

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Fallstudie zur Gewerbeuntersagung	1
I. Sachverhalt	1
II. Fallbesprechung	3
A. Zulässigkeit der Klage	3
I. Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO	3
1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	3
2. Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art	3
3. Zuweisung an ein anderes Gericht	4
II. Statthaftigkeit: Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO	4
III. Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO	6
1. Ausschluß der Popularklage	6
2. Geltendmachung einer möglichen Verletzung eigener Rechte	6
IV. Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO	7
V. Klagefrist nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO	7
VI. Sachliche und örtliche Zuständigkeit	7
VII. Richtiger Beklagter nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO	7
B. Begründetheit der Klage	8
I. Formelle Rechtmäßigkeit	8
1. Zuständigkeit der Behörde	8
2. Rechtliches Gehör	8
II. Materielle Rechtmäßigkeit	9
1. Rechtsgrundlage	9
2. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO	10
a) Gewerbe im Sinne des § 1 GewO	10
b) Gewerbetreibender	10
c) Unzuverlässigkeit	11
d) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Unzuverlässigkeit	13
e) Verwertbarkeit der Tatsachen trotz des Steuergeheimnisses?	14
f) Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten	15
aa) Einschränkung der Gewerbefreiheit	16
α) Einschränkungen des Grundrechts der Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG	16
β) Rechtfertigung der Grundrechtsbeschränkung und Verhältnismäßigkeit	18
bb) Schutz der durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG geschützten wirtschaftlichen Existenz	19
α) Eigentumsgrundrechtlicher Schutz des Unternehmens	19
β) Rechtfertigung der Regelung und der Maßnahme	20

ee) Schutz durch das Grundrecht freier wirtschaftlicher Betätigung aus Art. 2	
Abs. 1 GG _____	21
dd) Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO) _____	21
C. Fallabwandlung 1 _____	21
D. Fallabwandlung 2 _____	23
1. Gewerbetreibender _____	23
2. Unzuverlässigkeit _____	24
3. Adressat der Untersagungsverfügung _____	24

2. Kapitel

Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb _____	27
I. Sachverhalt _____	27
II. Ausgewählte Vorschriften _____	28
III. Erörterung der Rechtslage des Falles _____	29
A. Zulässigkeit der Klage _____	29
I. Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg? _____	29
1. Privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit? _____	30
a) Subordinationslehre / Subjektionslehre _____	32
b) Interessenlehre _____	34
c) Subjektslehre / Sonderrechtslehre _____	37
d) Strenge Subjektslehre _____	38
aa) Klageanspruch aus Art. 87 Abs. 1 BayGO _____	40
bb) Klageanspruch aus § 1 UWG _____	41
2. Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art _____	43
3. Zuweisung an ein anderes Gericht? _____	44
II. Anfechtungsklage _____	45
1. Verwaltungsakt _____	45
2. Subjektives Recht _____	50
a) Objektives und subjektives Recht _____	50
b) Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts _____	51
aa) Schutzzwecklehre / Schutznormlehre _____	51
bb) Betroffenheitslehre _____	53
cc) Allgemeines Recht auf Recht _____	54
III. Klagebefugnis _____	55
Exkurs: Verbandsklage _____	56
IV. Weitere Sachurteilsvoraussetzungen _____	57
B. Begründetheit der Klage _____	58
I. Rechtsgrundlage _____	58
II. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 BayGO _____	60
1. Unternehmen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Art. 86 BayGO _____	60
a) Rechtsform _____	60
Exkurs: Eigenbetrieb _____	61
b) Unternehmensbegriff _____	61

aa) Organisatorische Einheit	61
bb) Unternehmen als wirtschaftliche Tätigkeit	62
cc) Gewinnerzielungsabsicht	65
dd) Privatheitlichkeit	66
ee) Kostendeckung	68
2. Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO	68
a) Öffentlicher Zweck	69
b) Erforderlichkeit kommunaler Zweckverwirklichung	70
3. Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO	72
III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Art. 87 BayGO	76
1. Willkürverbot	76
2. Prinzip republikanischer Staatlichkeit (Art. 20 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG)	77
3. Subsidiaritätsprinzip / Privatheitsprinzip	78
4. Bestimmtheitsgrundsatz	79

3. Kapitel

Fallstudie Produktwarnung der Bundesregierung - Glykol-Skandal	83
I. Sachverhalt	83
II. Argumentation der Rechtsprechung	84
1. Argumentation des Oberverwaltungsgerichts Münster (13 A 1273/86; GewArch 1988, 11 ff.)	84
2. Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG 3 C 2.88; BVerwGE 87, 37 ff.)	93
3. Argumentation des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 558/91; BVerfGE 105, 252 ff. = NJW 2002, 2621 ff.)	100
III. Fallbesprechung und Kritik der Rechtsprechung	112
Zulässigkeit der Feststellungsklage	112
Begründetheit der Feststellungsklage	115
A. Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG	115
I. Begriffe des Berufs und der beruflichen Handlung des Art. 12 Abs. 1 GG	116
II. Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit	121
1. Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht	122
2. Eingriffscharakter der Produktwarnung	123
a) Verkehrsfähigkeit der Produkte/Erlaubniskriterium	123
b) Produktwarnung als Polizeiaufgabe des Landes	126
c) Klassischer (imperativer) und faktischer (informationeller) Eingriff	129
III. Kritik der Verweigerung des Grundrechtsschutzes	138
1. Öffentliche Warnung als Grundrechtseingriff	138
a) Informationsbefugnis der Regierung als Schutzverkürzung	138
b) Unterscheidung von Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsverletzung	139

c) Gesetzesvorbehalt für Informationsbefugnisse der Regierung _____	141
2. Verfassungsunmittelbare Grundrechtseinschränkungen oder Gesetzlichkeit _____	143
a) Gesetzlichkeit der Grundrechtseinschränkungen _____	143
b) Fallbezogene Abwägung ohne Gesetz, demokratie- und rechtsstaatswidrig _____	144
c) Gesetzlichkeit der Freiheit im Schutzbereich vorbehaltloser Grundrechte _____	150
3. Wettbewerbsfreiheit in den Grenzen marktbezogener Regierungsinformationen _____	153
a) Marktbezogene Informationsbefugnis der Regierung als Grenze der Wettbewerbsfreiheit _____	153
b) Verbotsgleiche Informationsmaßnahmen als Beschränkung der unternehmerischen Berufsausübungsfreiheit _____	158
4. Regierungsbefugnis zur Information der Öffentlichkeit _____	162
a) Staatsleitung und Informationsbefugnis _____	162
b) Regierungsverwaltung durch Informationen ohne gesetzliche Grundlage und ohne Grundrechtsbindung _____	164
c) Keine unbegrenzte Informationsbefugnis der Regierung _____	166
aa) Pluralismus der staatsleitenden Organe _____	167
bb) Kein Schluß von Aufgabe und Befugnis _____	167
cc) Wider die obrigkeitliche Bevormundung _____	169
dd) Legitimer Legitimationsbedarf? _____	170
d) Informationspflichten der Regierung und Informationsprinzipien _____	171
e) Informationsverwaltung / Warnungen als Landessache _____	172
f) Verfassungsunmittelbare Informationsbefugnis aus der Institution der Regierung _____	174
g) Informationeller Regierungsstaat / Propagandastaat _____	175
IV. Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit _____	181
1. Listenveröffentlichung keine Rechtsverordnung _____	182
2. Schutzpflicht - keine verfassungsunmittelbare Rechtsgrundlage _____	182
3. Krise als Rechtfertigung der gesetzlosen Warnung _____	183
4. Keine Meinungsäußerungsfreiheit des Staates _____	185
5. Warnungen des BMJFG keine Amtshilfe _____	186
6. Keine Befugnis des Bundes zum Vollzug von Landesgesetzen (keine Polizeibefugnis des Bundes) _____	187
IV. Ergebnis _____	188
B. Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG _____	188
I. Recht am Unternehmen als grundrechtsgeschütztes Eigentum _____	188
II. Eigentumsgewährleistung von Absatzmöglichkeiten _____	190
III. Rechtsverletzung nicht schon Grundrechtsverletzung _____	192
IV. Unternehmerische Tätigkeit als grundrechtsgeschützter Eigentumsgebrauch _____	200
V. Verletzung des Eigentumsgrundrechts durch Warnung ohne Rechtsgrundlage _____	201
C. Allgemeine (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG _____	202
I. Subsidiarität des allgemeinen Freiheitsgrundrechts _____	202
II. Allgemeines Grundrecht auf Gesetzlichkeit belastender Maßnahmen _____	203
D. Amtspflichtverletzung nach §§ 839 Abs. 1 , 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG _____	203
I. Amtspflichtverletzung durch unerlaubte Handlung _____	203
II. Verletzung des Rechts am Unternehmen _____	205

III. Kein Schadensersatzanspruch Pieroths	207
E. Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG	207
F. Rechtsverletzung durch Verwaltungsakt	209
I. Veröffentlichung der DEG-Liste als Verwaltungsakt	209
II. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und Rechtsverletzung	213

4. Kapitel

Fallstudie zum Streik im öffentlichen Dienst	215
I. Sachverhalt	215
II. Erörterung der Rechtslage des Falles	216
Einleitung	216
Fragwürdige Privatrechtlichkeit der Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst	216
A. Recht zum Streik im öffentlichen Dienst	219
I. Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie als Kernbereich, tariffähige Koalitionen, Arbeitskampffreiheit und -ordnung	219
1. Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit	219
2. Tarifautonomie im Kernbereich des Grundrechtsschutzes des Art. 9 Abs. 3 GG	221
3. Vertragslehre versus Delegationslehre	224
4. Tariffähige Koalitionen	229
5. Mächtigkeit als Kriterium tariffähiger Gewerkschaften	232
6. Arbeitskampffreiheit und Arbeitskampfordnung	234
II. Begriff des Streiks	236
1. Streik im engeren Sinne	236
2. Wilder Streik	239
3. Politischer Streik	241
4. Demonstrationsstreik	243
5. Rechtmäßiger Streik	243
III. Rechtsgrundlage des Streikrechts gegen Arbeitgeber	243
1. Grundrecht der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG als Streikrechtsgrundlage	244
a) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	244
b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	245
c) Streikfreiheit, nicht das Streikrecht, als Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG	246
d) Kein Streikrecht gegen Arbeitgeber aus Art. 9 Abs. 3 GG	247
2. Kein Streikrecht aus einfachen Gesetzen	252
3. Streikrecht aus dem Tarifvertragssystem	253
a) Arbeitsvertrag, Tarifvertrag, Friedenspflicht	253
b) Ablauf der Friedenspflicht, Nachwirkung des abgelaufenen Arbeitsvertrages und das Streikrecht	254
c) Streik der Gewerkschaften ohne Tarifvertrag durch kollektive Kündigung	259
IV. Tariffähigkeit des öffentlichen Dienstes und das Streikrecht im öffentlichen Dienst	259

1. Gesetzlichkeit des Beamtenrechts und hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums	260
2. Willkürliche Spaltung des öffentlichen Dienstrechts mittels der Fiskusdoktrin	263
3. Tarifautonomie für den gesamten öffentlichen Dienst, auch für Beamte?	264
4. Republikanisches Postulat eines einheitlichen Rechts für den öffentlichen Dienst	266
5. Tarifautonomie, Streikrecht und Gesetzesvollzug	269
B. Maßnahmen der Bundesregierung gegen den Dienststreik	270
I. Bundesgesetzliches Streikverbot	270
1. Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers	270
a) Streikverbot für Bundesbedienstete, Art. 73 Nr. 8 GG	270
b) Streikverbot für Landes- und Gemeindebedienstete, Art. 75 Nr. 1 GG	271
c) Streikverbot als Arbeitsrecht, Art. 74 Nr. 12 GG	272
2. Streikfreiheit	274
a) Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Streikverbots	274
b) Verfassungsgebottenheit eines Streikverbots für den öffentlichen Dienst	274
3. Kündigung wegen Streiks	275
a) Dienststreik als Dienstpflichtverletzung	275
b) Kündigung wegen Dienststreiks?	275
c) Übermaß einer Kündigung wegen Dienststreiks	276
II. Aussperrung der Mitglieder der ÖTV	278
1. Recht auf Aussperrung	278
a) Begriff und Rechtfertigung der Aussperrung in der gesetzlichen Aussperrungsordnung	278
b) Das Recht der Arbeitgeber zur suspendierenden Abwehraussperrung	281
2. Recht auf Aussperrung öffentlich Bediensteter	284
3. Selektive Aussperrung der ÖTV-Mitglieder	286
a) Das praktizierte Verbot der selektiven Aussperrung von Gewerkschaftlern	286
b) Kritik des aussperrungsrechtlichen Differenzierungsverbots zwischen Tarifpartnern und Außenseitern	287
c) Arbeitskämpfrechtliche Differenzierungspflicht zwischen Tarifpartnern und Außenseitern	289
III. Gesetzliche Überführung der privatrechtlich öffentlich Bediensteten in Beamtenverhältnisse	290
1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 8 oder Art. 75 Nr. 1 GG	290
2. Verwaltung durch Beamte als Verfassungsprinzip	291
3. Verbeamtung der privatrechtlich öffentlich Bediensteten durch Ernennungsakte ad personam	293
4. Unvereinbarkeit der Verbeamtung der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes mit der Berufsfreiheit	293
a) Berufsfreiheit, Berufswahlfreiheit, Berufsausübungsfreiheit	294
b) Berufsbegriff, insbesondere das Kriterium erlaubter Tätigkeiten	295
c) Privatrechtlich beschäftigter und beamteter öffentlicher Dienst als unterschiedliche Berufe	297

d) Keine Ausnahme vom Beamtenprinzip nach Art. 33 Abs. 4 GG, schon gar nicht nach der Staatstreue	297
e) Vertrauensschutz der privatrechtlich öffentlich Bediensteten	299
5. Aussonderung öffentlich Bediensteter, die nicht Beamte werden wollen	300
5. Kapitel	303
Fallstudie Umweltschutz (FCKW-Verbot)	303
I. Sachverhalt	303
II. Erörterung der Rechtslage des Falles	304
A. Recht auf Schutz vor FCKW	304
I. Allgemeine Schutzpflichtlehre	304
1. Verfassungsrechtliche Grundlegung der Schutzpflichten	304
2. Gefahrbegriff der grundrechtlichen Schutzpflichten	316
3. Intensität der Schadensabwehr und Schadensvorsorge	317
4. Standard des Standes von Wissenschaft und Technik	319
5. In dubio pro securitate	321
6. Einschränkung der Schutzpflicht (Gefahrentoleranz)	322
7. Offenheit, aber Effektivität der Schutzpflichtverwirklichung	322
8. Verantwortung der Judikative für die Schutzpflichtverwirklichung	323
9. Schutzzuständigkeit	325
II. Recht auf Verbot der Herstellung, des Vertriebs und der Nutzung von FCKW	325
1. Schutzgut	325
2. Gefahr für die körperliche Unversehrtheit	327
3. Relevantes Wissen um die Gefahr	329
4. Intensität der Schutzpflicht	330
5. Verhältnismäßigkeit des FCKW-Verbots	331
a) Geeignetheit des FCKW-Verbots	331
b) Notwendigkeit des FCKW-Verbots	331
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne des FCKW-Verbots	331
6. Gerechtfertigte Ausnahmen vom FCKW-Verbot	332
7. Befugnisse des Bundes	332
a) Bundesgesetz	332
b) Rechtsverordnung der Bundesregierung	333
III. Ergebnis	334
B. Abwehrrechte der Unternehmer gegenüber einem FCKW-Verbot	334
I. Grundrechtsschutz der Unternehmer aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	334
1. Wirkungsbereich der Berufsfreiheit	334
a) Praktizierte Einheit der Berufsfreiheit	334
b) Berufsbegriff	336
aa) Gewerbefreiheit als Berufsfreiheit?	336
bb) Berufskriterium der erlaubten Tätigkeiten	339
2. Ergebnis	342

II. Grundrechtsschutz der Unternehmen aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	342
1. Recht am Unternehmen als Eigentum	342
a) Gesetzlichkeit des Eigentumsschutzes	342
b) Eigentum am "eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"	344
c) Grundrechtlicher Eigentumsschutz unternehmerischer Betätigung	345
d) Grenzen eigentumsgrundrechtlich geschützter Unternehmensfreiheit	348
2. Eigentumsrechtlicher Vertrauensschutz	349
3. Grundrechtlicher Eigentumsschutz privatheitlicher juristischer Personen	352
4. Ergebnis	352
III. Grundrechtsschutz der Unternehmen aus der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG	353
1. Freiheit unternehmerischer Betätigung	353
2. Subsidiarität der allgemeinen (Handlungs)Freiheit	354
3. Schutzpflichten als Grenzen des Freiheitsschutzes	355
IV. Grundrechtsschutz gegen das FCKW-Verbot aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	355
V. Ergebnis	356
C. Schutz des Rechts auf Schutzmaßnahmen durch Rechtsetzung	357
I. Verwaltungsrechtsschutz	357
1. Verwaltungsrechtsweg	357
2. Klageart	359
3. Sachliche Zuständigkeit	360
4. Klagebefugnis	360
II. Verfassungsbeschwerde	361

6. Kapitel

Fallstudie zum Atomrecht	363
I. Sachverhalt	363
II. Auszug aus dem Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und dem Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)	364
III. Fallbesprechung	366
A. Erfolgsaussichten der Klage der AKWB-AG	366
I. Anfechtungsklage gegen den Widerruf der Betriebsgenehmigung	366
1. Rechtmäßigkeit und Gesetzlichkeit	366
2. § 17 AtomG als Gesetzesgrundlage	366
a) § 17 Abs. 5 AtomG	368
aa) Formelle Gesetzmäßigkeit	368
bb) Materielle Gesetzmäßigkeit	368
cc) Rechtmäßigkeit des Atomgesetzes	368
b) § 17 Abs. 3 Nr. 2 AtomG	369
c) § 17 Abs. 2 AtomG	371

II. Klage auf Feststellung der Entschädigungspflicht	372
1. Zulässigkeit	372
2. Gesetzliche Entschädigungsgrundlage	372
B. Rechtmäßigkeit des geplanten Atomgesetzes	373
I. Gesetzgebungsbefugnis des Bundes	373
II. Grundrechtsverletzung	373
1. Berufsfreiheiten des Art. 12 Abs. 1 S. 1 und 2 GG	373
2. Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG	375
a) Wirkungsbereich der Eigentumsgewährleistung	375
b) Entschädigungspflicht	379
3. Allgemeiner Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	381
4. Allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG	382
a) Wirkungsbereich des Freiheitsgrundrechts	382
b) Schutzpflicht als Rechtfertigung der Politik	385
c) Vertrauensschutz als Grenze der Politik	386

7. Kapitel

Fallstudie zur Transplantationsmedizin	389
I. Sachverhalt	389
II. Ausgewählte Vorschriften	390
III. Fallbesprechung	394
A. Zulässigkeit und Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung	394
I. Zulässigkeit	394
1. Beschwerdefähigkeit: „jedermann“	394
2. Beschwerdegegenstand: „Verletzung durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte“	395
a) Verletzung durch die öffentliche Gewalt	395
b) Verletzung in einem seiner Grundrechte	395
3. Rechtsschutzinteresse: „selbst, gegenwärtig, unmittelbar“	397
4. Verfahrensfähigkeit	399
5. Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 BVerfGG)	399
6. Frist	399
II. Annahme der Verfassungsbeschwerde	400
B. Begründetheit	401
I. Eingriff in die Würde des Menschen und das Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG)	401
1. Schutzbereich	401
2. Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG	402
a) Hirntod	402
b) Eingriff durch das Transplantationsgesetz	406
II. Eingriff in das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)	409
III. Verfassungsrechtliche Eingriffs	411

1. Formelle Rechtfertigung _____	411
2. Materielle Rechtfertigung _____	412
a) Einwilligung als Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG) _____	412
b) Enge Zustimmungslösung _____	414
c) Kriterium der „Spende“ _____	415
d) „Nächster Angehöriger“ und „mutmaßlicher Wille“ _____	415
3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs _____	418
a) Menschenwürde des Kranken _____	418
b) Schutzpflicht des Staates den Kranken gegenüber _____	420
Zwischenergebnis _____	423
Gesamtergebnis _____	423

8. Kapitel

Fallstudie Konkurrentenklage gegen Subventionen der öffentlichen Hand _____	425
I. Sachverhalt _____	425
II. Vorschriften _____	426
III. Fallbesprechung _____	429
A. Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage _____	429
I. Subjektives Recht auf Wettbewerbsschutz vor rechtswidrigen Subventionen _____	430
1. Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts _____	431
a) Schutzzwecklehre _____	431
b) Betroffenheitslehre _____	433
c) Allgemeines Recht auf Recht _____	434
2. Ergebnis _____	435
II. Anspruch auf Aufhebung des Subventionsbescheides _____	435
1. Subventionsbescheid als Verwaltungsakt gegenüber den Diakonischen Heimen in Kästorf e.V. _____	436
2. Rechtsgrundlage der Subvention des Landkreises Gifhorn _____	440
3. Rechtmäßige Anwendung der Richtlinie vom 31.05.2001 _____	448
4. Ergebnis _____	452
B. Unterlassungsansprüche aus den Grundrechten Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG _____	453
I. Elementaria des grundrechtlichen Wettbewerbsschutzes vor Subventionen der öffentlichen Hand _____	453
1. Privatheitsprinzip _____	453
2. Unternehmenseigenschaft der Diakonischen Heime in Kästorf e.V. _____	455
a) Wirtschaftseinheit _____	455
b) Gegenständlicher Wirtschaftsbegriff _____	456
c) Funktionaler Wirtschaftsbegriff _____	457
d) Privatheitlichkeit _____	458
e) Ergebnis _____	458
II. Wettbewerbsschutz aus Wirtschaftsgrundrechten _____	458

1. Wettbewerbsschutz der Diakonischen Heime als Unternehmer aus der Berufsfreiheit des Art. 12 GG	458
a) Berufsfreiheit als Gewerbefreiheit juristischer Personen?	458
b) Berufskriterium der erlaubten Tätigkeiten	463
c) Ergebnis	464
2. Wettbewerbsschutz der Unternehmen Diakonische Heime aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	466
a) Recht am Unternehmen als Eigentum	467
aa) Eigentumsschutz und Eigentumsgebrauchsschutz	467
bb) Eigentum am "ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"	468
b) Grundrechtlicher Eigentumsschutz unternehmerischer Betätigung	470
c) Grenzen eigentumsgrundrechtlich geschützter Unternehmensfreiheit	475
d) Grundrechtlicher Eigentumsschutz privatheitlicher juristischer Personen	476
e) Ergebnis	477
3. Wettbewerbsschutz der Diakonischen Heime aus der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG	477
a) Freiheit unternehmerischer Betätigung	477
b) Subsidiarität der allgemeinen (Handlungs)Freiheit	479
c) Verletzung der Diakonischen Heime in der Unternehmensfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG durch die Subvention	479
III. Grundrechtsschutz der Diakonischen Heime aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	480
IV. Wettbewerbsschutz der Diakonischen Heime aus der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	482
1. Staatsrechtliche Grundlagen der Diakonie	482
2. Diakonie als unternehmerisches Handeln, geschützt durch die Religionsfreiheit	490
3. Verletzung der Diakonischen Heime in der Religionsfreiheit	491
C. Wettbewerbsschutz aus § 1 UWG	492
I. Tatbestand des § 1 UWG	492
1. "Wer"	493
2. "Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" (Wettbewerbsverhältnis)	494
a) Objektive Komponente: Wettbewerbseignung	494
b) Subjektive Komponente: Wettbewerbsabsicht	495
3. "Verstoß gegen die guten Sitten"	496
4. Verschulden	503
5. Schadensersatz durch Rückforderung der Subvention	503
6. Aktivlegitimation nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG	505
7. Ergebnis	507
II. Grundsätzliche Kritik an der Praxis, Handeln der öffentlichen Hand an § 1 UWG zu messen	508
D. Deliktische Ansprüche gegen den Landkreis Gifhorn	517
I. Anspruch auf Ersatz des Subventionsschadens aus § 823 Abs. 1 BGB	517
II. Anspruch auf Ersatz des Subventionsschadens aus § 826 BGB	523

III. Beseitigungsanspruch auf Rückgängigmachung der Subvention aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB _____	525
IV. Amtshaftungsanspruch auf Ersatz des Subventionsschadens aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG _____	526
E. Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch auf Rückgängigmachung der Subvention _____	531
F. Zivilrechtliche Konkurrentenklage gegen Lebenshilfe Gifhorn _____	534
G. Klagezulässigkeit _____	535
I. Privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit / Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg _____	535
II. Klagebefugnis _____	539
 Stichwortverzeichnis _____	 541

1. Kapitel

Fallstudie zur Gewerbeuntersagung

K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*

I. Sachverhalt

Manfred Meier (M) betreibt in Nürnberg ein Unternehmen der Elektrobranche mit 30 Mitarbeitern. Wegen einer fusionsbedingten Liquidation eines Großabnehmers kommt M für längere Zeit in Zahlungsschwierigkeiten. Er weigert sich, seinen Kunden und Gläubigern Einblick in seine Vermögensverhältnisse zu gewähren und macht neue Schulden. M führt die Lohnsteuer seiner Mitarbeiter nicht ordnungsgemäß an das Finanzamt ab, um kurzfristig die Zahlungsfähigkeit zu wahren.

Von diesen Tatsachen erhielt das zuständige Amt für Gewerbeüberwachung der Stadt Nürnberg durch das Finanzamt Nürnberg-Nord Kenntnis. Ohne M vorher die Gelegenheit gegeben zu haben, sich zu den Vorgängen zu äußern, teilt das Amt für Gewerbeüberwachung dem M mit, daß ihm das weitere Betreiben seines Unternehmens mit sofortiger Wirkung untersagt wird, weil er sich durch die Steuersäumigkeit als unzuverlässig erwiesen habe, ein Unternehmen zu führen. In dem fristgerecht eingelegten Widerspruch äußert sich M zu den Vorwürfen. Dennoch bestätigt die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsbescheid die Entscheidung des Amtes für Gewerbeüberwachung Nürnberg.

Gegen den Widerspruchsbescheid legt M fristgemäß beim zuständigen Verwaltungsgericht Ansbach Klage ein. Er macht geltend, die Untersagung seines Gewerbes verletze ihn in seinen Grundrechten. Sie würde seine Existenz vernichten. Außerdem hätten sich in der Zwischenzeit die Zahlungsverhältnisse gebessert.

* Unter Mithilfe von W. Dörner

Fallabwandlung 1

M hat zwar die Lohnsteuer ordnungsgemäß an das Finanzamt abgeführt, aber das Finanzamt wirft ihm vor, anderweitige steuerliche Erklärungs- und Zahlungspflichten nicht erfüllt zu haben. Das Steuerfestsetzungsverfahren war, als die Gewerbeämter entschieden haben, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen und ist immer noch in der Schwebe.

Fallabwandlung 2

M betreibt sein Unternehmen nicht als Einzelkaufmann, sondern ist geschäftsführender Gesellschafter der Manfred Meier GmbH. Das Amt für Gewerbeüberwachung untersagt ihm, dem M, die Geschäftsführung.

Begutachten Sie für alle Fallgestaltungen die Rechtslage, die das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat.

II. Fallbesprechung

A. Zulässigkeit der Klage

I. Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn das geltend gemachte Recht sich aus dem öffentlichen Recht ergibt. Öffentliches Recht sind die Rechtsätze, welche den Staat (in allen seinen Institutionen) betreffen, d.h. den Staat berechtigen oder verpflichten, und zwar entgegen der Fiskusdoktrin in allen seinen Handlungsweisen (strenge Subjektslehre)¹. M greift auf der Grundlage des § 35 GewO, einer Vorschrift des öffentlichen Rechts, die durch das Amt für Gewerbeüberwachung der Stadt Nürnberg, eines Trägers öffentlicher Verwaltung, ergangene Untersagungsverfügung an. Er streitet um ein Recht, nämlich das Recht, sein Gewerbe zu betreiben, aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis.

2. Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art

Die öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist nicht verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, obwohl sich M auf Grundrechte beruft. Die Praxis schließt als verfassungsrechtlich nur Streitigkeiten zwischen Rechtsträgern, die unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt sind und um die Verfassungsrechtsverhältnisse streiten, vom Verwaltungsrechtsweg aus². Diese Auffassung verkennt, daß auch Streitigkeiten zwischen Bürgern und dem Staat verfassungsrechtlicher Art im funktionalen Sinne sein können³. Auch der Bürger ist am Verfassungsleben beteiligt; denn der Staat ist sein Staat (res publica res populi). Verfassungsstreitigkeiten sind nur solche Streitigkeiten, die im Verfassungsgesetz oder in Prozeßgesetzen einem Ver-

¹ Dazu näher *K. A. Schachtschneider* (A. *Emmerich-Fritsche*, M. *Kläver*, P. *Wollenschläger*), *Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Skript 1999, S. 12 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, *Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs*, S. 38 ff.

² BVerfGE 27, 152 (157); 42, 103 (112 ff.); *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, *VwGO*, Kommentar, 11. Aufl. 1998, § 40, Rdn. 32.

³ Vgl. dazu kritisch *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, *VwGO*, § 40, Rdn. 32a; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, *Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs*, S. 42 f.

fassungsgericht, insbesondere dem Bundesverfassungsgericht, zur Entscheidung zugewiesen sind⁴. Die Streitigkeit zwischen M und der Stadt Nürnberg ist weder nach der Praxis noch nach der Enumerationslehre verfassungsrechtlich.

3. Zuweisung an ein anderes Gericht

Der Verwaltungsrechtsweg ist nicht nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO durch Zuweisung der Streitigkeit an einen anderen Rechtsweg ausgeschlossen.

II. Statthaftigkeit: Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO

Statthaft sind nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO Anfechtungsklagen, wenn der Kläger die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt (Streitgegenstand der Anfechtungsklage⁵), weil Verwaltungsakte, die den Kläger angehen, also in seiner Privatheitlichkeit, d.h. seinen subjektiven Rechten, betreffen, ihn in seinen Rechten verletzen können⁶.

M wendet sich mit seiner Klage gegen die durch den Widerspruchsbescheid bestätigte Gewerbeuntersagung der Stadt Nürnberg. Diese ist eine verbindliche Verfügung einer Behörde (Untersagung) zur Regelung eines Einzelfalls (Untersagung des Unternehmens von M) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (Gewerberechts) mit unmittelbarer Rechtswirkung für M, also Außenwirkung. Die Untersagungsverfügung ist somit ein Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 S. 1 BayVwVfG (= § 35 S. 1 VwVfG)⁷.

⁴ K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs, S. 43; so auch F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 40, Rdn. 32a.

⁵ F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 90, Rdn. 7 ff.; K. A. Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl 1953, 163 ff.; K. A. Schachtschneider, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im allgemeinen Verwaltungsrecht, VerwArch 63 (1972), S. 138.

⁶ Zum Begriff des subjektiven Rechts K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs, S. 50 ff.

⁷ Zum Begriff des Verwaltungsaktes K. A. Schachtschneider, Grundlagen des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 2 ff.; näher auch K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs, S. 45 ff.

Exkurs:

Die Fassung des § 35 VwVfG, nämlich:

"Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft."

ist fragwürdig⁸. Insbesondere ist das materielle Kriterium der Einzelfallregelung kein aussagekräftiges Abgrenzungskriterium zu Rechtssätzen, weil auch diese nur einen Einzelfall regeln (Maßnahmegesetze) und Verwaltungsakte eine unbestimmte Vielheit von Personen betreffen, also personal, aber auch materiell allgemein sein können. Gesetze bedürfen nicht der materialen (gegenständlichen) Allgemeinheit, sondern der Allgemeinheit des Willens des Volkes, vertreten durch die Legislativorgane. Das gilt auch für Verordnungen (vgl. Art. 80 GG). Das Kriterium der Außenwirkung bezweckt lediglich, den Rechtsschutz im sogenannten Innenrechtskreis (Verwaltungsinterna) abzuweisen, obwohl auch diese Verhältnisse Rechtsverhältnisse sind. Es gibt keinerlei Verhältnisse, an denen der Staat beteiligt ist, die nicht vom Recht bestimmt wären. Willkür steht dem Staat in keinem Verhältnis zu. Das Kriterium: auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, will die privatheitlichen Handlungen aus dem Verwaltungsbegriff aussondern, als wenn der Staat berechtigt wäre, wie ein Privatrechtssubjekt zu agieren, also wie ein Privater. Der Staat ist immer nur Staat und durchgehend an das Staatsrecht, das öffentliche Recht, gebunden⁹.

Die Gewerbeuntersagung ist ein belastenden Verwaltungsakt, der durch den Widerspruchsbescheid bestätigt wurde (vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO ist statthaft. Sie begehrt die Aufhebung der Gewerbeuntersagung und des Widerspruchsbescheids.

⁸ Kritisch zu § 35 VwGO K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 2 ff.

⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 1 ff., insb. S. 253 ff.

III. Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO

1. Ausschluß der Popularklage

Zweck der Klagebefugnis ist der Ausschluß der "Popularklage"¹⁰. Freiheitsdogmatisch spricht alles für die Popularklage und damit für eine weite Auslegung des § 42 Abs. 2 VwGO, weil jedes Unrecht in der Republik alle Bürger, nämlich die durch die Gesetzlichkeit (Rechtlichkeit) verwirklichte allgemeine Freiheit, verletzt¹¹.

2. Geltendmachung einer möglichen Verletzung eigener Rechte

a) Der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts kann ohne weiteres durch den Verwaltungsakt verletzt sein, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil jeder Verwaltungsakt eine Regelung trifft, also die Rechtslage verändert (Adressatenlehre)¹². M ist Adressat der Untersagungsverfügung.

b) M beruft sich darauf, durch die rechtswidrige Untersagung seines Unternehmens in seiner Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO) verletzt zu sein. Dies erscheint jedenfalls möglich. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung, die substantiiert (gut begründet) vorgetragen sein muß, genügt, um die Rechtsverletzung im Sinne des Gesetzes geltend gemacht zu haben (Möglichkeitstheorie)¹³.

c) M macht außerdem geltend, die Untersagung seines Unternehmens verletze ihn in seinen Grundrechten. Eine Verletzung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und wegen der drohenden Existenzvernichtung, die M behauptet, auch der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG (Schutz des "ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs" durch § 823

¹⁰ Vgl. *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 1.

¹¹ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 448 f., auch S. 378 f., 556, 930; *ders.*, *Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 52 ff.; vgl. auch *ders./A. Emmerich-Fritsche*, *Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs*, S. 54.

¹² *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 69; vgl. *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, *Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs*, S. 45 ff., insb. S. 47 f.

¹³ Dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, *Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs*, S. 55 f.; *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 65 ff.

Abs. 1 BGB¹⁴)¹⁵, zumindest aber der allgemeinen (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG erscheint nicht ausgeschlossen, wenn die Gewerbeuntersagung rechtswidrig ist, weil das Recht, ein Gewerbe zu betreiben, Grundrechtsschutz genießen kann.

IV. Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO

Das Vorverfahren welches der Selbstkontrolle der Verwaltung und der Sicherung der Zweck- und Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns dient, ist nach §§ 68 ff. VwGO laut Sachverhalt ordnungsgemäß durchgeführt worden. Zuständige Widerspruchsbehörde gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Nr.1 BayGewerbeVO¹⁶, Art. 101, 96 BayLandkreisO ist als nächst höhere Behörde die Regierung von Mittelfranken in Ansbach.

V. Klagefrist nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO

Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO von einem Monat wurde laut Sachverhalt eingehalten.

VI. Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Zuständig ist sachlich und örtlich das Verwaltungsgericht Ansbach (§§ 45, 52 Nr. 3 S.1 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 4 BayAGVwGO).

VII. Richtiger Beklagter nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Die Klage ist nur zulässig¹⁷, wenn sie gegen den richtigen Beklagten erho-

¹⁴ RGZ 163, 21 (32); BGHZ 3, 270 (279); 23, 157 (162 f.); 24, 200 (205 ff.); 29, 65 (67 ff.); 36, 252 (256 f.); 45, 150 (155); 45, 296 (307); so auch *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, 1989, § 149, Rdn. 108, S. 1064; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14, Rdn. 95; vgl. *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 12. Aufl. 1996, Rdn. 972.

¹⁵ Zurückhaltend gegenüber dem Schutz des Unternehmens durch Art. 14 Abs. 1 GG BVerfGE 51, 193 (221 f.); 58, 300 (353); 66, 116 (145); 68, 193(222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); für eigentumsrechtlichen Grundrechtsschutz jedenfalls vor vernichtenden Maßnahmen *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 f.; *ders.*, Res publica res populi, S. 395; weitgehend BGHZ 92, 34 (37); BVerwGE 62, 224 (226); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG 1994, Art. 14, Rdn. 95 ff.; *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 108 ff., S. 1064 ff.

¹⁶ § 2 Abs. 1 Nr. 1 BayGewVO lautet: "Die Kreisverwaltungsbehörde ist zuständig für ... die Durchführung der Titel II bis IV der Gewerbeordnung und der darauf beruhenden Rechtsverordnungen ..."

¹⁷ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 78, Rdn. 1; *dies.*, § 40, Vorbemerkung 28,

ben wird. Beklagter ist in Anfechtungssachen (im Einklang mit § 61 Nr. 1 VwGO) grundsätzlich der Rechtsträger (juristische Person des öffentlichen Rechts, z. B. die Gebietskörperschaft), dem die Behörde angehört, die den Verwaltungsakt erlassen hat (Rechtsträgerprinzip. Dies gilt auch, wenn der Widerspruchsbescheid zusammen mit dem Verwaltungsakt angegriffen wird. Beklagter ist die Stadt Nürnberg.

Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung:

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Gewerbeuntersagung rechtswidrig ist und M dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit der Behörde

Nur die zuständige Behörde darf einen Verwaltungsakt erlassen (Art. 3 BayVwVfG, § 3 VwVfG). Das Amt für Gewerbeüberwachung der Stadt Nürnberg war gemäß § 2 BayGewerbeVO i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Bayerische Gemeindeordnung¹⁸ sachlich und gemäß § 35 Abs. 7 GewO örtlich zuständig.

2. Rechtliches Gehör

Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes setzt voraus, daß das Verfahren, in dem der Verwaltungsakt getroffen wurde, rechtmäßig (gesetzmäßig) war.

a) M wurde vor Erlaß der Gewerbeuntersagung keine Gelegenheit gegeben, sich zu der Maßnahme zu äußern. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG (§ 28 VwVfG)

dogmatisieren demgegenüber die Passivlegitimation, also die Verpflichtetheit des Beklagten (hier gegebenenfalls zur Aufhebung des Verwaltungsaktes) als Voraussetzung der Begründetheit der Klage; so auch *W. Schmitt Glaeser*, Verwaltungsprozeßrecht, 14. Aufl. 1997, S. 150 f.; a.A. (wohl) BVerfGE 45, 39 (45 f.).

¹⁸ Art. 9 Abs. 1, S. 1 BayGO lautet: "Die kreisfreie Gemeinde erfüllt im übertragenen Wirkungskreis alle Aufgaben, die sonst vom Landratsamt als der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde wahrzunehmen sind, sie ist insoweit Kreisverwaltungsbehörde".

schreibt vor, den, der durch einen Verwaltungsakt belastet wird, vor dem Erlaß des Verwaltungsaktes anzuhören. Ein Fall des Art. 28 Abs. 2 BayVwVfG (§ 28 Abs. 2 VwVfG), wonach die Anhörung unterbleiben kann, ist nicht ersichtlich. Auch die Unterlassung der Anhörung nach Art. 28 Abs. 3 BayVwVfG (§ 28 Abs. 3 VwVfG) ist nicht geboten, weil dafür kein zwingendes öffentliches Interesse (eng auszulegen: etwa Gefahr für ein Menschenleben) besteht. Die Stadt Nürnberg hat somit gegen Art. 28 BayVwVfG (§ 28 VwVfG) verstoßen.

b) Gemäß Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG) kann dieser Verfahrensfehler, der nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes nach Art. 44 BayVwVfG (§ 44 VwVfG) (sondern nur zur Rechtswidrigkeit) führt (Umkehrschluß), geheilt werden, wenn die Anhörung nachgeholt wird. Gemäß Art. 45 Abs. 2 BayVwVfG (§ 45 Abs. 2 VwVfG) ist dies bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Die Anhörung wurde rechtzeitig nachgeholt, indem sich M in seinem Widerspruch zu den Vorwürfen geäußert hat.

Somit ist Art. 28 BayVwVfG (§ 28 VwVfG) nicht in der Weise verletzt, daß der Verwaltungsakt aufgehoben werden müßte.

Zwischenergebnis:

Der Verwaltungsakt ist in formeller Hinsicht gesetzesgemäß.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Jeder Verwaltungsakt bedarf wegen des rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalts (Gesetzlichkeitsprinzip, argumentum aus Art. 20 Abs. 3 GG und aus den Grundrechten) einer Rechtsgrundlage in einem Gesetz¹⁹.

1. § 15 Abs. 2 GewO

Die Untersagungsverfügung ist keine Untersagung des Gewerbebetriebes nach § 15 Abs. 2 GewO²⁰. M benötigte für sein Unternehmen keine Erlaub-

¹⁹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 155 ff., 160 ff.

²⁰ Dazu B. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in I. v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 355; P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.); Gewerbeordnung (GewO), Kommentar, Stand 1999, § 15, Rdn. 10; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, Skript 2002, S.

nis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung), weil sein Gewerbe (mangels sachverhaltlicher Anhaltspunkte) nicht unter die zulassungspflichtigen Gewerbearten (§§ 29-34c GewO) fällt.

2. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

Die Untersagung des Unternehmens des M kann eine Rechtsgrundlage in § 35 Abs. 1 S. 1 GewO finden²¹. Danach kann die Ausübung eines Gewerbes untersagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Diese Tatbestandsmerkmale des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO sind im Folgenden zu prüfen:

a) Gewerbe im Sinne des § 1 GewO

Ein Gewerbe ist jede (als solche) erlaubte²², auf Gewinnerzielung und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung eigenen Vermögens²³. Das Unternehmen des M gehört zur Elektrobranche und ist (mangels anderer Angaben im Sachverhalt) ein Gewerbe.

b) Gewerbetreibender

M betreibt das Unternehmen, ist also Gewerbetreibender im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO²⁴.

17 ff.

²¹ Dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 17 ff.

²² Das Kriterium "erlaubt" im Sinne von "gesetzlich erlaubt" heißt nicht "nicht sozial unwertig"; vgl. H. Sieg/W. Leifermann/P. Tettinger, GewO, Kommentar, 5. Aufl. 1988, § 1, Rdn. 7; G. Kahl, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, Einleitung, Rdn. 38 ff.; dazu R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 (1981), Rdn. 24 ff.; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 14 f.; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung (Glykol-Sykandal), S. 115 ff.

²³ Zum Gewerbebegriff K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 13 ff.; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 350 f.; P. Tettinger, GewO, § 1, Rdn. 1 ff.; G. Kahl, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, Einleitung, Rdn. 32 ff.

²⁴ Dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 10 ff.

c) Unzuverlässigkeit

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO müssen Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden "in bezug auf dieses Gewerbe dartun".

aa) Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist in der Gewerbeordnung nicht definiert²⁵. Es handelt sich nach Rechtsprechung und Lehre um einen sogenannten unbestimmten, besser: um einen offenen oder ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff²⁶ ohne Beurteilungsspielraum (für die Behörde), der gerichtlich voll überprüfbar ist²⁷. Nach der Rechtsprechung ist gewerberechtlich unzuverlässig, wer "nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben werde"²⁸. Auf ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) kommt es nicht an²⁹. Die Unzuverlässigkeit muß von der Behörde auf Grund von Tatsachen, die sich auf das betriebene Gewerbe beziehen, nachgewiesen werden. Auf der Basis dieser Tatsachen hat die Behörde eine wertende Prognose darüber zu treffen, ob in Zukunft ein Fehlverhalten des Gewerbetreibenden in seinem Gewerbe wahrscheinlich ist.

bb) Die Zahlungsunfähigkeit des M kann seine Unzuverlässigkeit begründen. M war nicht in der Lage, die gegen ihn gerichteten Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Zahlungsschwierigkeiten beruhten auf konjunkturellen Schwierigkeiten, nicht auf persönlichem Versagen des M, etwa seiner

²⁵ Dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 18 ff.

²⁶ Der gängige Ausdruck "unbestimmter" Rechtsbegriff ist irreführend, weil alle Rechtsbegriffe etwas bestimmen, d.h. regeln; sonst wären es keine Begriffe. Besser ist der Ausdruck "offener Rechtsbegriff", K. A. Schachtschneider, *res publica res populi*, S. 819 ff., 831 ff.

²⁷ BVerwGE 23, 280 (286 f.); P. Badura, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 356 f.; P. Tettinger, *GewO*, § 35, Rdn. 10; P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *GewO*, § 35, Rdn. 29.

²⁸ Etwa BVerwGE 65, 1 (2); vgl. i.d.S. auch BVerwGE 23, 280 (281 ff.); 28, 202 (209 f.); so auch R. Scholz, in: Maunz/Dürig, *GG*, Art. 12, Rdn. 347; P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *GewO*, § 35, Rdn. 30; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, *Grundlagen des Gewerberechts*, S. 18 f.

²⁹ BVerwGE 65, 1 (4); P. Badura, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 357; P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *GewO*, § 35, Rdn. 30, 47.

Mißwirtschaft. Daraus allein lassen sich somit ausreichende Tatsachen für seine Unzuverlässigkeit nicht herleiten. Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit erfordert aber, wie gesagt, kein Verschulden. Das Bundesverwaltungsgericht hält es für unerheblich, welche Ursachen zu der Überschuldung und der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Unternehmens geführt haben³⁰. Im Interesse eines ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs müsse von einem Gewerbetreibenden erwartet werden, daß er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgebe³¹. Als unzuverlässig erweist sich M insoweit, als er sich weiter verschuldet und das Unternehmen nicht aufgibt oder Sanierungsmaßnahmen ergreift. Eine Besserung der Lage war nicht zu erwarten, vielmehr vermehrte M die Schulden. Er schädigte damit seine Gläubiger und verletzte ihr Vertrauen.

cc) Insbesondere hat M das Vertrauen seiner Kunden und Gläubiger verletzt, indem er ihnen seine Vermögensverhältnisse nicht offenbarte, so daß diese nicht entsprechend reagieren konnten. Dies ist eine Vernachlässigung der Pflichten einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung³². Im Zusammenhang mit der weitergehenden Verschuldung erwies M sich damit als unzuverlässig.

dd) M führte, entgegen seiner Verpflichtung aus § 41a Abs. 1 Nr. 2 EStG, nicht die durch ihn einbehaltene Lohnsteuer seiner Mitarbeiter an das Betriebsstättenfinanzamt ab. Die Pflicht, die Lohnsteuer abzuführen³³, ist

³⁰ BVerwGE 65, 1 (4 f.).

³¹ BVerwGE 65, 1 (4); vgl. auch BVerwGE 22, 16 (23 f.); BayVGH, GewArch 1979, 37; hierzu nicht unkritisch P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, § 35, Rdn. 45 ff.

³² Daß eine gesetzliche Pflicht etwa nach § 807 ZPO (eidesstattliche Versicherung) verletzt wurde, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor.

³³ § 41 Abs. 1 S. 1 EStGB lautet: "Der Arbeitgeber hat spätestens am zehnten Tag nach Ablauf eines jeden Lohnsteuer-Anmeldungszeitraums

1. dem Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Betriebsstätte (§ 41 Abs. 2) befindet (Betriebsstättenfinanzamt), eine Steuererklärung einzureichen, in der er die Summe der im Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum einzubehaltenden und zu übernehmenden Lohnsteuer angibt (Lohnsteueranmeldung),

2. die im Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum insgesamt einbehaltene und übernommene Lohnsteuer an das Betriebsstättenfinanzamt abzuführen."

eine steuerliche Entrichtungsschuld³⁴. Die Entrichtungspflicht findet ihren Rechtsgrund aber auch im Dienstverhältnis zu den Mitarbeitern³⁵. Indem er die Steuer einbehält, hat M nicht nur den bußgeldbewehrten Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 380 AO erfüllt, sondern auch treuwidrig eine Dienstleistungspflicht gegenüber seinen Beschäftigten verletzt. Er zeigt damit "einen erheblichen Mangel an sozialem Verantwortungsbewußtsein"³⁶ auch in bezug auf seinen Betrieb. Dies begründet seine Unzuverlässigkeit³⁷.

Zwischenergebnis:

M hat sich als unzuverlässig erwiesen.

d) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Unzuverlässigkeit

M macht geltend, seine Liquidität habe sich in der Zwischenzeit gebessert. In der Regel ist in Anfechtungssachen der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, hier der der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids, für die Tatsachenlage maßgeblich³⁸. Etwas anderes gilt grundsätzlich für Prozesse um Verwaltungsakte mit Dauerwirkung (sogenannte Dauerverwaltungsakte, z.B. Verkehrszeichen), die für die Tatsachen auf die Lage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abstellen³⁹. Die Gewerbeuntersagung wird in der Praxis als Dauerverwaltungsakt angesehen⁴⁰, so daß die frühere Praxis die Untersagungsvoraussetzungen nach den Tatsachen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung beurteilt hat⁴¹. Danach wäre die Verbes-

³⁴ *Ch. Trzaskalik*, EStG, zu § 41a, Rdn. A5; *L. Schmidt*, Einkommensteuergesetz (EStG), Kommentar, 18. Aufl. 1999, § 41a, Rdn. 6.

³⁵ Vgl. *Ch. Trzaskalik*, EStG, zu § 41a, Rdn. A9; i.d.S. auch BVerwGE 23, 280 (281 ff.); 28, 202 (209 f.).

³⁶ So BVerwGE 65, 1 (2); i.d.S. auch BVerwGE 23, 280 (281 ff.); 28, 202 (209 f.); so auch *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 357.

³⁷ BVerwGE 23, 280 (281 ff.); 65, 1 (2 ff.); *P. Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, § 35, Rdn. 49 ff. (mit umfangreichen Hinweisen).

³⁸ BVerwGE 34, 155 (158); 60, 133 (135).

³⁹ BVerwGE 59, 148 (160).

⁴⁰ BVerwGE 22, 16 (22 f.); 28, 202 (205); 65, 1 (3); *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 358; dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, S. 42 f.

⁴¹ Z.B. BVerwGE 22, 16 (19 ff.); 28, 202 (205 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, S. 43 f.

serung der Zahlungssituation des M zu berücksichtigen. Als Folge der Neufassung des § 35 Abs. 6 GewO im Jahre 1974 hat das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung jedoch geändert. Nach § 35 Abs. 6 S. 1 GewO n.F. ist die Gewerbeausübung wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Diese Gestattung ist von einem an die Behörde zu richtenden schriftlichen Antrag abhängig. Dieses Antragserfordernis schließt es nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts aus, die für die Wiedergestattung relevanten Umstände noch im laufenden Prozeß gegen die Anfechtung der Untersagung zu berücksichtigen. Wenn das Verfahren nach Absatz 6 des § 35 GewO durch einen an die Behörde gerichteten Antrag eingeleitet werden muß, könne es nicht ausreichen, wenn der Gewerbetreibende in dem Anfechtungsprozeß seinem Begehren auf Wiedergestattung in einem an das Gericht gerichteten Schriftsatz Ausdruck gibt⁴².

Konsequenter ist es, die Gewerbeuntersagung als gestaltenden Verwaltungsakt einzustufen, für den unstreitig bei gerichtlicher Anfechtung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich ist⁴³.

Zwischenergebnis:

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit war damit der Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids als letzte Behördenentscheidung. Die für M günstigen Tatsachen waren nicht mehr zu berücksichtigen.

e) Verwertbarkeit der Tatsachen trotz des Steuergeheimnisses?

Die Finanzbehörden dürfen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁴ der Gewerbebehörde und später dem Verwaltungsgericht über die Nichtabführung der Lohnsteuer Mitteilung machen, obgleich diese Angaben gemäß § 30 Abs. 2 AO Gegenstand des Steuergeheimnisses sind. Eine

⁴² BVerwGE 65, 1 (2 f.); so auch *P. Badura*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 358.

⁴³ So z.B. *P. Tettinger*, *GewO*, § 35, Rdn. 29; dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, *Grundlagen des Gewerberechts*, S. 43 f.

⁴⁴ BVerwGE 65, 1 (5 ff.); dem folgend *P. Marcks*, in: *Landmann/Rohmer* (Hrsg.), *GewO*, § 35, Rdn. 53 f.

dahingehende Ermächtigung ergebe sich nicht aus § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO, weil diese Bestimmung nur für steuerliche, nicht aber für gewerberechtliche Verfahren gelte. Die Offenbarungsbefugnis lasse sich jedoch aus § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ableiten, soweit für die Offenbarung ein zwingendes öffentliches Interesse bestehe. Ein derartiges zwingendes öffentliches Interesse an der Offenbarung sieht die Praxis, wenn für den Fall des Unterbleibens der Mitteilung die Gefahr bestünde, daß schwere Nachteile für das allgemeine Wohl eintreten. Als Beispielsfälle sind in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO die Gefahr einer erheblichen Störung der wirtschaftlichen Ordnung oder die Gefahr einer Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Redlichkeit des Geschäftsverkehrs oder die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden genannt. Das Verhalten des M ist als solches nicht geeignet, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören. Die Funktionsfähigkeit der Gewerbeaufsicht im allgemeinen erfordert aber nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, auf die Erkenntnisse der Finanzbehörden zurückzugreifen, soweit letztere mit der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in ursächlichem Zusammenhang stehen⁴⁵. Hierfür fehlt es indes an einer hinreichenden Rechtsgrundlage. Reine Effizienzüberlegungen lassen sich nicht auf § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO stützen, weil diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach eine besonders erhebliche Beeinträchtigung des allgemeinen Wohls voraussetzt.

Zwischenergebnis:

Das Amt für Gewerbeüberwachung kann auf keine verwertbaren Tatsachen zurückgreifen, welche die Unzuverlässigkeit des M in bezug auf den Betrieb seines Unternehmens dartun.

f) Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

Die Untersagungsverfügung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO setzt weiter voraus, daß sie zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Damit ist nicht nur der Erforderlichkeitsgrundsatz, sondern der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (mit seinen Kriterien Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit) verwaltungsbehördlich und damit überwachungsrechtliches Entscheidungskriterium, wie es auch

⁴⁵ BVerwGE 65, 1 (6 f.).

der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet⁴⁶. Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, daß M durch die Untersagungsverfügung in seiner Gewerbefreiheit damit und in den verfassungsmäßigen Wirtschaftsgrundrechten betroffen ist.

aa) Schutz der Gewerbefreiheit durch das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

α) Einschränkungen des Grundrechts der Berufswahlfreiheit

Ein Beruf ist nach der weiten Auslegung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁷ jede wirtschaftlich sinnvolle, erlaubte, selbständig oder unselbständig ausgeübte Tätigkeit, die für den Grundrechtsträger Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist⁴⁸. Der Beruf des M ist, wenn man so will, der Betrieb seines Unternehmens⁴⁹, gegen dessen gegenständliche Legalität der Sachverhalt nichts ergibt. Die unzuverlässige Ausübung eines nicht erlaubnispflichtigen Gewerbes steht nur unter Verbotsvorbehalt. Sie ist nicht von vornherein "nicht erlaubt" und somit nicht vom Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschlossen.

Die Gewerbeuntersagung bezieht sich nicht nur auf den konkreten Gewerbebetrieb, sondern auf die Gewerbetätigkeit des M im gesamten Geltungsbereich der Gewerbeordnung. Die Gewerbeuntersagung, zu der § 35 GewO ermächtigt, ist insoweit eine die Berufsausübung in derartiger Weise sperrende Maßnahme, daß die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigt wird. Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG handelt es sich bei der Freiheit der Berufswahl um ein schrankenloses Grundrecht⁵⁰. Die Recht-

⁴⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 388 ff.; genau A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung - mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, 2000, passim.

⁴⁷ BVerfGE 7, 377 (397 ff.); dazu R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 17 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 f.

⁴⁸ Nach engerer Auffassung sind nur "erlernte" Tätigkeiten ein Beruf. Der erlernte Beruf des M ist hier nicht genannt; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff. f.

⁴⁹ Zur Unternehmensfreiheit K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff., 338 ff.; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.; ders., Fallstudie Konkurrentenklage, S. 459 ff., 471 ff.

⁵⁰ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 392 ff.; ders., Fallstudie

sprechung des Bundesverfassungsgerichts sieht dagegen in Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, welches die Freiheit der Berufswahl und die Freiheit der Berufsausübung mit einem gestuften Regelungsvorbehalt umfaßt⁵¹. Der Verbotsvorbehalt wegen Unzuverlässigkeit stellt nach dieser Rechtsprechung eine subjektive Zulassungsschranke dar⁵².

Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt nicht die Gewerbefreiheit. Eine dahingehende Position widerspricht auch Art. 55 und Art. 66 GG, welche die Begriffe Beruf, Gewerbe und Unternehmen unterscheiden. Auch die Geschichte des Gewerbe- und des Berufsrechts spricht gegen die Subsumtion des Gewerbebegriffs unter den Berufsbegriff⁵³. Ein Unternehmer kann sich als solcher nicht auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen, sondern auf die Eigentumsgewährleistung⁵⁴ und auf die allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, die als "wirtschaftliche Betätigungsfreiheit" auch unternehmerisches Handeln grundrechtlich schützt⁵⁵. Soweit der Unterneh-

Produktwarnung, S. 115 ff.

⁵¹ BVerfGE 7, 377 (400 ff.); 9, 338 (344 f.); 17, 269 (276); 33, 303 (336); vgl. auch i.d.S. BVerfGE 97, 267 (302); vgl. R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 14 ff., 253 ff., 286 ff., 318 ff.; R. Breuer, Die Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, § 147, Rdn. 32 ff., 56 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff.; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

⁵² R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 318, 335, 339, 344, insb. Rdn. 347.

⁵³ A.A. BVerwG, BayBvI 1992, 504 (505); P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 351; H.-J. Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 814 ff., 832 ff.; ders., Unternehmen und Unternehmensfreiheit in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 29 ff.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 6, 115, 130, 135 ff., 255; R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 61; auch noch K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.; aber wie der Text ders., Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht, in: W. Thieme (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S. 130, Fn. 178; ders., Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff.; ders., Fallstudie Konkurrentenklage, S. 459 ff.; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche/D. S. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 2 ff.; vgl. offen BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.); vgl. eher im Sinne des Schutzes der Gewerbefreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 49, 89 (144); 50, 290 (362 ff.); 53, 290 (363).

⁵⁴ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 346 ff.; ders., Fallstudie Konkurrentenklage, S. 471 ff.; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 187 ff., 200 ff.

⁵⁵ BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347 f.); 50, 290 (366); 73, 261 (270); 75, 108 (154); 89, 48 (61); 95, 267 (303 f.).

mer mit seinem Unternehmen seinen (erlernten) Beruf ausübt, etwa als Ingenieur, schützt ihn die Berufsausübungsfreiheit gegen Gesetze mit berufsregelnder Tendenz⁵⁶. Bloße Rückwirkungen einer Vorschrift auf die Berufsfreiheit genügen nicht⁵⁷. Im Folgenden wird dennoch geprüft, ob die Berufsfreiheit materiell durch die Gewerbeuntersagung verletzt wäre.

β) Rechtfertigung der Grundrechtsbeschränkung und Verhältnismäßigkeit

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind (subjektive) berufswahlsperrende Maßnahmen gerechtfertigt, wenn sie zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter erforderlich sind⁵⁸.

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist die Untersagung des Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit nur gerechtfertigt, wenn diese zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Das ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach Grundrechtsbeschränkungen in einem vernünftigen Verhältnis zur Bedeutung des durch die Maßnahme geschützten Rechtsgutes stehen müssen⁵⁹.

Die Untersagung ist nicht erforderlich, wenn zum Schutz der Allgemeinheit und der Beschäftigten des M mildere, gleich wirksame Mittel eingesetzt werden können⁶⁰. Hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit kämen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und insbesondere ein Insolvenzverfahren der Gläubiger als mildere Mittel in Betracht. Die Gewerbeuntersagung ist zwar bequem und wirksam. Angesichts des schweren Eingriffs in die Unternehmensfreiheit (durch welches Grundrecht auch immer geschützt) wären die genannten milderen Maßnahmen aber aus Gründen der Angemessenheit

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 13, 181 (186); 37, 1 (18); 52, 42 (54); 70, 191 (214); 95, 267 (302); dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff., 128 ff.

⁵⁷ BVerfGE 95, 267 (302); vgl. auch BVerfGE 52, 42 (54); 70, 197 (214).

⁵⁸ BVerfGE 7, 377 (LS 6, 404 ff.); st. Rspr., etwa BVerfGE 95, 173 (183 ff.); dazu R. Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6 ff.

⁵⁹ Dazu grundlegend A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, S. 140 ff., 328 ff.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 97, 173 (183, 186 f.); BVerwGE 23, 280 (283 ff.); R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 318; A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, S. 150 ff., 211 f.

geboten.

In bezug auf die übrigen Unzuverlässigkeitsgründe, insbesondere das Nichtabführen der einbehaltenen Lohnsteuer, sind mildere Mittel nicht ersichtlich. Eine Teiluntersagung, etwa das Verbot, Arbeitnehmer zu beschäftigen, wäre nur ein wirksames milderes Mittel⁶¹, wenn sich die Unzuverlässigkeit lediglich aus den fehlenden Lohnsteuerabführungen ergeben würde. Der Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden ist ein wichtiges Allgemeininteresse. Das treuwidrige, teilweise ordnungswidrige Verhalten des M zeigt einen Mangel an Zuverlässigkeit, der nicht außer Verhältnis zur Schwere des Grundrechtseingriffs steht. Die Gewerbeuntersagung ist im übrigen zeitlich begrenzt, weil M die Möglichkeit hat, gemäß § 35 Abs. 6 GewO das Gewerbe wieder aufzunehmen, wenn ihm Unzuverlässigkeit nicht mehr vorgeworfen werden kann. Darauf hat er ganz im Sinne des grundrechtlichen Unternehmensschutzes ein subjektives Recht.

Zwischenergebnis:

Die Gewerbeuntersagung ist zum Wohl der Allgemeinheit, aber auch zum Wohl der im Betrieb Beschäftigten, deren Lohnsteuerpflichten M nicht erfüllt hat, erforderlich. Die Untersagungsverfügung verletzt M nicht in seiner Unternehmensfreiheit (falls diese durch das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist), weil § 35 GewO das Grundrecht sachgerecht einschränkt und der angegriffene Verwaltungsakt in § 35 GewO eine ausreichende Rechtsgrundlage hat.

bb) Schutz der durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14

Abs. 1 GG geschützten wirtschaftlichen Existenz

α) Eigentumsgrundrechtlicher Schutz des Unternehmens

Die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG schützt auch das Unternehmen, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb; denn dieser ist ein Vermögen, das zudem (regelmäßig) auf eigener Leistung beruht (oder ererbt und damit auch geschützt ist)⁶². Was Eigentum im Sinne

⁶¹ Vgl. i.d.S. BVerwGE 23, 280 (283 ff.).

⁶² So BGHZ 92, 34 (37); BVerwGE 62, 224 (226); *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 108 ff., S. 1064 ff.; *B. Pieroth/B. Schlink*, Staatsrecht II, Grundrechte, Rdn. 972 f.; zurückhaltend *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 394 ff.; dazu näher *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 ff.; *ders.*, Fallstudie

des Art. 14 Abs. 1 GG ist und inwieweit es geschützt wird, regelt, orientiert an der grundrechtlichen Eigentumsgewährleistung, der Gesetzgeber⁶³. Das Unternehmen ist nach der Zivilrechtsprechung ein Eigentum, das etwa § 823 Abs. 1 und 2 BGB schützt⁶⁴. Also ist es auch ein gesetzliches Eigentum im Sinne der Eigentumsgewährleistung. Das Bundesverfassungsgericht gibt den Unternehmen Schutz gegen substantielle Gefährdung (Vernichtung)⁶⁵.

Die Gewerbeuntersagung ist aber dadurch, daß er sein Unternehmen einstellen muß keine rechtswidrige Minderung der wirtschaftlichen Existenz des M; denn die Eigentumsgewährleistung schützt nicht eine die Allgemeinheit oder die Beschäftigten gefährdende oder verletzende Unzuverlässigkeit der Unternehmensführung. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Vermögen und dessen Gebrauch. Fehlverhalten dient nicht dem Wohl der Allgemeinheit und kann darum gemäß Absatz 2 Satz 2 des Art. 14 GG unterbunden werden.

β) Rechtfertigung der Regelung und der Maßnahme

Art. 14 Abs. 1 GG gibt hinsichtlich des Eigentumsgebrauchs nicht mehr Schutz als die allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG⁶⁶.

Bis die Gründe für seine Unzuverlässigkeit weggefallen sind, hat M im übrigen nach § 35 Abs. 2 GewO die Möglichkeit, sein Unternehmen durch

Produktwarnung, S. 187 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, S. 6 ff.; offen BVerfGE 1, 264 (277 f.); 22, 380 (386); 50, 290 (340); 51, 123 (221 f.); 66, 116 (144); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (232); weitergehend BVerfGE 22, 380 (383); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdn. 95, 98; vgl. die Hinweise in Fn. 12 f.; zum eigentumsrechtlichen Leistungsprinzip BVerfGE 1, 264 (277 f.); 14, 288 (293 f.); 50, 290 (340); 53, 253 (291 f.); 58, 81 (112 f.); 69, 272 (303); 72, 175 (193); 95, 350 (371); *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, 1999, S. 775 ff.

⁶³ *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 752 ff., 756 ff., insb. S. 763 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 1023 ff.; BVerfGE 52, 1 (27); 58, 300 (330); a.A. *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, 1989, § 149, Rdn. 54 ff., S. 1044 f.; kritisch auch *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 37 ff.

⁶⁴ Hinweise in Fn. 12.

⁶⁵ BVerfGE 42, 263 (295); 45, 272 (296); 50, 290 (341); 52, 1 (30); 58, 300 (345); 70, 191 (199); 93, 121 (137); vgl. auch BVerfGE 45, 142 (173), Schutz des "Kerns"; so auch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 347 ff., 353 ff.

⁶⁶ *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 772; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 346 ff., 353 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 200 f.

einen Stellvertreter führen zu lassen. Das mindert die Grundrechtsbeeinträchtigung.

cc) Schutz durch das Grundrecht freier wirtschaftlicher Betätigung aus Art. 2 Abs. 1 GG

Die Untersagungsverfügung verletzt das Grundrecht der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht, weil § 35 Abs. 1 GewO aus den zu aa, ∃ dargelegten Gründen gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Das Gesetz ist vom Amt für Gewerbeüberwachung auch richtig angewandt worden.

Im übrigen ist der Grundrechtsschutz der allgemeinen (Handlungs)Freiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den anderen Grundrechten subsidiär⁶⁷

dd) Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO)

Der Betrieb eines Gewerbes ist M gemäß § 1 Abs. 1 GewO nur soweit gestattet, als nicht durch die Gewerbeordnung Beschränkungen vorgesehen sind. Eine solche Beschränkung ist § 35 Abs. 1 S. 1 GewO. Weil die Untersagungsverfügung rechtsfehlerfrei auf § 35 Abs. 1 S. 1 GewO gestützt werden konnte, ist die Gewerbefreiheit des M nicht verletzt.

Ergebnis:

Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig und verletzt M nicht in seinen Rechten.

Gesamtergebnis:

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

C. Fallabwandlung 1

Die erste Fallabwandlung betrifft die Unzuverlässigkeit des M, also das im Hauptfall zu B II, 2 c erörterte Tatbestandsmerkmal.

Grundsätzlich gefährdet die Mißachtung steuerlicher Erklärungspflichten

⁶⁷ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 354 f.; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 201 f.

und gefährden Steuerschulden die Allgemeinheit und nicht den ordnungsgemäßen Betrieb eines Gewerbes. Fraglich ist daher, ob sie die Unzuverlässigkeit für ein bestimmtes Gewerbe begründen können. Zu bejahen ist dies für Gewerbesteuerückstände. Auch sonstige Steuerrückstände sind nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts dann geeignet, einen Gewerbetreibenden als unzuverlässig zu erweisen, wenn sie sowohl ihrer Höhe nach als auch im Verhältnis zur steuerlichen Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden von Gewicht sind. Auch die Zeitdauer der steuerlichen Pflichtverhältnisse spielt in der Praxis eine Rolle⁶⁸. Die Verletzung einzelner steuerlicher Erklärungs- und Entrichtungspflichten reicht nicht aus, um den Vorwurf der Unzuverlässigkeit zu stützen. Der Sachverhalt gibt hierzu keine hinreichenden Angaben.

Fraglich ist ohnehin, ob die vorgeworfene Verletzung steuerlicher Pflichten in diesem Fall als dargetane Tatsachen im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO gelten kann. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (zu B II, 2 d) war das Steuerverfahren zur Festsetzung der Höhe der Steuerschuld noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Das Problem ist daher, ob Tatsachen, welche Gegenstand eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens, also streitig, sind, die Unzuverlässigkeit des M zu begründen vermögen.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nicht auf die Rechtskraft⁶⁹ (Unanfechtbarkeit eines Richterspruches)⁷⁰, sondern nur auf die Vollziehbarkeit des Steuerbescheids (Bestandskraft, vgl. § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO, § 69 Abs. 1 S. 1 FGO)⁷¹ ab. Es weist darauf hin, daß Steuern grundsätzlich der Festsetzung durch Steuerbescheid (§ 155 AO) bedürfen. Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Besteuerungsgrundlagen gemäß § 162 AO nicht exakt ermittelt, sondern geschätzt werden. Wann eine Steuerschuld fällig ist, ergibt sich aus den einzelnen Steuergesetzen und im übrigen aus § 222 AO. Ein Steuerbescheid ist grundsätzlich, auch wenn ein Rechtsbehelf dagegen eingelegt wird, vollziehbar, es sei denn die Vollziehung ist ausgesetzt

⁶⁸ BVerwG, NVwZ 1988, 432.

⁶⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 154 ff.

⁷⁰ Beschluß v. 30.3.1992, DVBl. 1992, 1172.

⁷¹ Dazu F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 80, Rdn. 56 ff.

worden (§ 361 AO, § 69 Abs. 1 S. 1 FGO). Soweit hinsichtlich der von M zu entrichtenden Steuern noch keine vollziehbaren Steuerbescheide vorlagen, durften die angeblichen Steuerrückstände des M danach nicht zur Begründung der Unzuverlässigkeit des M herangezogen werden. Die fehlende Rechtskraft stünde der Verwertung jedoch in der Praxis nicht entgegen.

Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist bedenklich: Die verbindliche Erkenntnis der Rechtmäßigkeit von Steuerbescheiden ist Sache der Finanzgerichte. Wenn das Amt für Gewerbeüberwachung Nürnberg den Vorwurf der Unzuverlässigkeit aus dem Steuerverfahren schließt, desavouiert es mit der Gewerbeuntersagung die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Sanktionen in einem verfahrensfremden Verwaltungsbereich behindern den effektiven Rechtsschutz und verletzen Art. 19 Abs. 4 GG⁷².

Ergebnis:

Die angeblich mißachteten steuerlichen Pflichten des M können dessen Unzuverlässigkeit nicht begründen, bevor die Verletzung dieser Pflichten nicht rechtskräftig festgestellt ist. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO liegen (entgegen der Praxis) nicht vor.

D. Fallabwandlung 2

1. Gewerbetreibender

Gewerbetreibender des Unternehmens ist in diesem Fall nicht M selbst, sondern die M. M. GmbH als juristische Person. Die GmbH ist als juristische Person im Sinne des § 13 GmbHG⁷³ (anders als Personengesellschaften OHG, KG) selbst Gewerbetreibende⁷⁴.

⁷² K. A. Schachtschneider, Klagebegründung im Verwaltungsstreitverfahren xxx Vermögensverwaltungs- und Beratungs GmbH gegen den Oberstadtdirektor der Stadt Essen (Ordnungsamt) zum Akz 7 K 2912/88 v. 17.10.1989, S. 19.

⁷³ § 13 GmbHG lautet: "(1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechten und Pflichten, sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

(2) Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.

(3) Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs."

⁷⁴ P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, § 35, Rdn. 65; P. Tettinger, GewO, §

2. Unzuverlässigkeit

Fraglich ist, ob auf die Unzuverlässigkeit des M als Geschäftsführer oder auf eine solche der GmbH selbst abzustellen ist. Juristische Personen handeln durch ihre gesetzlich bestimmten Vertreter. Das ist bei der GmbH der Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1, 6 GmbHG). Es ist deshalb bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit auf das Handeln des Geschäftsführers abzustellen⁷⁵, jedenfalls soweit es sich auf Geschäftsführungstätigkeiten bezieht. Dessen Unzuverlässigkeit ist der GmbH zuzurechnen. Für bestimmte Unzuverlässigkeitsgründe, wie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wird jedoch auch vertreten, auf die GmbH selbst abzustellen⁷⁶. Dies ist abzulehnen, weil die Unzuverlässigkeit eine persönliche Eigenschaft ist, die nur natürliche Personen haben können.

Zwischenergebnis:

Die oben zu B II, 2 c erörterte Unzuverlässigkeit des M ist der GmbH zuzurechnen.

3. Adressat der Untersagungsverfügung

Die Untersagungsverfügung richtet sich grundsätzlich gegen den Gewerbetreibenden. Das ist im Fall 3 die GmbH. Gemäß § 35 Abs. 7a GewO⁷⁷ kann (Ermessen) die Untersagung auch gegen Vertretungsberechtigte ausgesprochen werden, also auch gegen M selbst. Hiermit könnte ein Eingriff in die Berufswahl (Art. 12 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. GG), die eines Geschäftsführers, vorliegen. Die Rechtsform, in der M sein Unternehmen betreibt, um die Haftung zu beschränken (verfassungsrechtlich bedenklich), verstärkt den Grundrechtsschutz nicht. Weil M jetzt (formal) Angestellter der M. M. GmbH ist, gewinnt sein Unternehmen nicht den Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, welche die Gewerbefreiheit nicht einschließt (dazu oben zu B II, 2 f, aa, α). Der Sache nach bleibt M Unternehmer, der sich als solcher auf die (allgemeine) Handlungsfreiheit des Art.

35, Rdn. 25.

⁷⁵ P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, § 35, Rdn. 68; P. Tettinger, GewO, § 35, Rdn. 25.

⁷⁶ P. Marcks, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, § 35, Rdn. 65; vgl. P. Tettinger, GewO, § 35, Rdn. 25.

⁷⁷ § 35 Abs. 1 S. 2 GewO ist nicht auf gesetzlich vertretungsbefugte Personen anwendbar.

2 Abs. 1 GG, nicht auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann.

Im übrigen ermöglicht § 35 Abs. 7a GewO die gezieltere Maßnahme und damit den milderen Grundrechtseingriff. Es genügt, die Untersagungsverfügung gegen den unzuverlässigen M selbst zu richten, um so dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen. Eine Untersagung gegen die gewerbetreibende GmbH ist nicht erforderlich. Insbesondere wegen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG schützt⁷⁸, auf den sich wegen Art. 19 Abs. 3 GG auch die GmbH berufen kann, ist die Untersagung auf den geringstmöglichen Eingriff zu beschränken und die Ermessensentscheidung verfassungsrechtlich auf dieses Mittel reduziert.

Ergebnis:

Die Untersagungsverfügung ist gegen M zu richten. Die Verfügung gegen M, welche ihm die Geschäftsführung der M. M. GmbH untersagt, ist rechtmäßig.

Gesamtergebnis:

M ist im Fall 1 und Fall 3 nicht in seinen Rechten verletzt, wohl aber in Fall 2.

⁷⁸ Hinweise in Fn. 55.

2. Kapitel

Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb

K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*

I. Sachverhalt

Der Wirtschaftsreferent Dr. R. F. hat in Nürnberg, ohne daß der Stadtrat das beschlossen hat, eine städtische Wohnungsvermittlung eingerichtet, die in der Form eines Eigenbetriebs geführt wird und ihre Tätigkeit am 1. September 2002 begonnen hat. Das Büro wird personell und sächlich aus dem Haushalt der Stadt finanziert, weil die Vermittlung nicht kostendeckend geleistet werden kann. Mieter oder Vermieter müssen für die Vermittlung eines Mietvertrages ein geringes Entgelt bezahlen, das im Durchschnitt weniger als 3 % der marktüblichen Maklerprovision beträgt. Der Makler M klagt im Interesse des Verbandes der Wohnungsmakler, die den Mietzins von zwei Monaten zu berechnen pflegen, auf Schließung dieses Büros, das in den ersten zwei Monaten seines Betriebes einen Marktanteil von 5 % erreicht hat.

Das Vorverfahren, mit dem der Makler M die Schließung des Büros im Verwaltungswege erreichen will, ist erfolglos.

Hat die Klage Erfolgsaussichten?

* Unter Mithilfe von W. Dorner

II. Ausgewählte Vorschriften

Art. 57 BayGO (Aufgaben des eigenen Wirkungskreises)

(1) ¹Im eigenen Wirkungskreis sollen die Gemeinden in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen und erhalten, die nach den örtlichen Verhältnissen für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl und die Förderung des Gemeinschaftslebens ihrer Einwohner erforderlich sind, insbesondere Einrichtungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Feuersicherheit, der öffentlichen Reinlichkeit, des öffentlichen Verkehrs, der Gesundheit, der öffentlichen Wohlfahrtspflege einschließlich der Jugendhilfe, des öffentlichen Unterrichts und der Erwachsenenbildung, der Jugendertüchtigung, des Breitensports und der Kultur- und Archivpflege; hierbei sind die Belange des Natur- und Umweltschutzes zu berücksichtigen. ²Die Verpflichtung, diese Aufgaben zu erfüllen, bestimmt sich nach den besonderen gesetzlichen Vorschriften.

(2) ¹Die Gemeinden sind unbeschadet bestehender Verbindlichkeiten Dritter in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, die aus Gründen des öffentlichen Wohls erforderlichen Einrichtungen zur Versorgung mit Trinkwasser herzustellen und zu unterhalten. ²Sonstige gesetzlich festgelegte Verpflichtungen der Gemeinden bleiben unberührt.

(3) Übersteigt eine Pflichtaufgabe die Leistungsfähigkeit einer Gemeinde, so ist die Aufgabe in kommunaler Zusammenarbeit zu erfüllen.

Art. 86 BayGO (Rechtsformen)

Die Gemeinde kann Unternehmen außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung in folgenden Rechtsformen betreiben:

1. als Eigenbetrieb,
2. als selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts,
3. in den Rechtsformen des Privatrechts.

Art. 87 BayGO (Allgemeine Zulässigkeit von Unternehmen und Beteiligungen)

(1) ¹Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinne von Art. 86 nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere wenn die Gemeinde

mit ihm gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 dieses Gesetzes erfüllen will,

2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,

3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind,

4. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

²Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichem Zweck. ³Soweit Unternehmen entgegen Satz 2 vor dem 1. September 1998 errichtet oder übernommen wurden, dürfen sie weitergeführt, jedoch nicht erweitert werden.

§ 1 UWG (Generalklausel)

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

§ 13 GVG (Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte)

Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

III. Erörterung der Rechtslage des Falles

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

I. Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg?

Vor die ordentlichen Gerichte, vor allem die Zivilgerichte, gehören nach § 13 GVG (Gerichtsverfassungsgesetz) (grundsätzlich) "alle bürgerlichen" (privatrechtlichen) "Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen", während der

Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) grundsätzlich "in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art" gegeben ist.

1. Privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit?

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, richtet sich danach, ob der geltend gemachte Anspruch, das subjektive Recht (dazu III 2 a), eine Grundlage im öffentlichen oder im privaten Recht hat oder haben kann. Ein Anspruch, die Wohnungsvermittlung der Stadt zu unterbinden, könnte privatrechtlich auf § 1 UWG, öffentlich-rechtlich auf Art. 87 BayGO i.V.m. Art. 12, Art. 14, Art. 2, Art. 3 GG gestützt werden. Die Frage des Rechtswegs wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen.

Der Bundesgerichtshof hält für Rechtsstreitigkeiten um wettbewerbliches Handeln öffentlicher Unternehmen die Zivilgerichte für zuständig, weil Handeln im Wettbewerb privatrechtlich sei¹. Grundsätzlich aber ist der Marktzutritt, die Teilnahme am Wettbewerb, nicht an § 1 UWG zu messen, sondern eine Frage "der Gesetzgebung und Verwaltung"². Obwohl Art. 87 BayGO, das gemeindeunternehmensrechtliche Subsidiaritätsprinzip, auch "die Privatwirtschaft vor einem Wettbewerb durch die Gemeinden schützen" wolle, habe diese Vorschrift doch keine "auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion", stellt der Bundesgerichtshof in seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung fest³. Damit behandelt der Bundesgerichtshof die Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand nicht als Verfassungs-, sondern als Gesetzesfrage, stellt sie also zur Disposition der Politik, unterwirft aber auch den Wettbewerb der öffentlichen Unternehmen dem Lauterkeitsrecht des § 1 UWG. Die überwiegende Lehre unterscheidet dementsprechend gemäß der Zweistufenlehre danach, ob es um die Befugnis unternehmerischer Betätigung der Gemeinde oder um die Ausübung des wettbewerblichen Handelns (ob und wie) geht⁴. Stehe die Befugnis zu unter-

¹ BGHZ 36, 91 (93); 37, 1 (16 ff.); 39, 353 (356); 64, 232 (234 f.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); vgl. auch BVerfGE 7, 364 (374); dazu m. w. Hinw. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 6 ff., 25 ff.

² BGH, NJW 2002, 2648.

³ BGH, NJW 2002, 2647 f.

⁴ Zur Zweistufenlehre vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, S.

nehmerischer Betätigung der Gemeinde in Frage, der Marktzutritt, beurteile sich dies in Bayern nach Art. 87 BayGO. Insoweit sei der Verwaltungsrechtsweg zu begehen⁵, während für die Streitigkeiten um die Auswirkung der wettbewerblichen staatlichen Betätigung auf den privaten Konkurrenten, die Art und Weise der wettbewerblichen Handlung, der Zivilrechtsweg eröffnet sei; denn als Anspruchsgrundlage sei § 1 UWG heranzuziehen⁶, selbst wenn das Verwaltungshandeln in einem anderen Verhältnis ein öffentlich-rechtliches sei (Doktrin von der Doppelqualifikation)⁷. Im Streitfall geht es den Maklern um die Schließung der kommunalen Wohnungsvermittlung. Diese könnten sie nach der Zweistufenlehre zum einen dadurch erreichen, daß sie die Befugnis der unternehmerischen Tätigkeit überhaupt in Abrede stellen und den Verwaltungsrechtsweg oder die Durchführung der staatlichen Betätigung auf dem Markt als sittenwidrig und verboten kritisieren und den Zivilrechtsweg beschreiten.

Eine andere Lehre will alle Rechtsfragen unternehmerischer, also wettbewerblicher, Betätigung der öffentlichen Hand zwar nach § 1 UWG beurteilen⁸, aber diese Vorschrift als eine solche des öffentlichen Rechts einstufen. *Rupert Scholz* spricht von der Neutralität des Wettbewerbsrechts. Je nachdem, ob das streitige Rechtsverhältnis privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich sei, sei entweder der Zivilrechtsweg oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Maßgeblich sei der Status der Streitparteien⁹.

427 ff.; *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, S. 4 ff.; *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, S. 214 ff.

⁵ BayVGh, BayVBl. 1976, 628; ganz so BGH, NJW 2002, 2645 ff.

⁶ BayVGh, BayVBl. 1976, 628; BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); st. Rspr.; BGH, DÖV 1974, 785; BGHZ 66, 232 (234 f.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); BGH, NJW 2002, 2645 ff. (2648).

⁷ BGHZ 19, 299 (303); 36, 91 (93 fff., 101); 39, 352 (356); 66, 229 (232 ff.); 67, 81 (85); 82, 375 (383 f.); 102, 280 (285 ff.); 123, 157 (160 ff.).

⁸ Vgl. die Erörterung im Urteil des Großen Senats der obersten Gerichtshöfe (BGHZ Gr.S. 102, 280 (285)); siehe auch OLG Hamm, JZ 1998, 576 f.; vgl. *K. Waechter*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 1995, S. 339, Rdn. 620; weitere Hinweise in Fn. 9.

⁹ *R. Scholz*, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), S. 97 ff.; folgend *U. Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 471 ff.; dazu krit. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 82 ff.

Richtigerweise ist das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) nicht auf unternehmerische Betätigung des Staates anzuwenden, weil das eigentlich staatliche Verwaltung ist. Der § 1 UWG ist Autonomierecht, das nur Privaten, nicht aber dem Staat das Recht gibt¹⁰. Damit scheidet der Zivilrechtsweg aus.

Um das öffentliche Recht vom Privatrecht abzugrenzen, werden verschiedene Lehren vertreten:

a) Subordinationslehre / Subjektionslehre

Nach der Subjektionslehre ist das öffentliche Recht durch ein Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen dem Staat und den Bürgern, das Zivilrecht von einem Verhältnis der Gleichordnung bestimmt¹¹.

Makler befinden sich weder wegen des Wohnungsvermittlungsbüros noch aus einem anderen Grund in einem Unterordnungsverhältnis zur Gemeinde, in der sie tätig sind, genausowenig wie andere Bürger. Ihre Beziehung zur Stadt Nürnberg könnte ein Wettbewerbsverhältnis sein, das nach der Rechtsprechung durch Gleichordnung gekennzeichnet ist¹². Dann könnte das Klagebegehren, gestützt auf § 1 UWG, nur im Zivilrechtsweg verfolgt werden. Die Praxis und die herrschende Lehre sehen den Staat, wenn er wie ein Unternehmer agiert, als ein Privatrechtssubjekt, das dem wettbewerblichen Lauterkeitsgebot unterliegt, weil seine Maßnahmen "Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" im Sinne des § 1 UWG seien¹³. Das Verhältnis des Staates als Unternehmer zum konkurrie-

¹⁰ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 5 ff., 173 ff., 235 ff. (insb. S. 261 ff.), 281 ff., 438 ff.; dazu genauer *ders.*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 508 ff.

¹¹ BGHZ 14, 222 (227); 27, 183; 35, 175 (177); 39, 362 (356); 66, 229 (232 f.); 67, 81 (86); 82, 375 (381 ff.); 102, 280 (283 ff.); vgl. auch H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 44, Rdn. 16; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 186 ff.

¹² Vgl. die Hinweise in Fn. 11; dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26 ff., 281 ff.

¹³ BGHZ 19, 299 (303); 66, 229 (232 f.); 67, 81 (86); 82, 375 (381 ff.); 102, 280 (285 ff.); 123, 157 (160 ff.); auch BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); BayVGH, BayVB1 1976, 628 f.; vgl. P. Badura, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818 (822); krit. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26 ff.

renden privaten Unternehmer müsse privatrechtlich und dürfe nicht öffentlich-rechtlich sein, um wettbewerblich und nicht amtlich zu sein. Diese Privatrechtlichkeit ergebe sich aus der Gleichordnung des Staates als Unternehmer und des Wettbewerbers im Gegensatz zu der Überordnung des Staates als Hoheitsträger über den untergeordneten Unternehmer, welche das Kennzeichen der Amtlichkeit und Hoheitlichkeit sei. Die Gleichordnung folge aus der Konkurrenz zwischen Staat und privatem Unternehmer, die sich daraus ergebe, daß beide auf einem Markt Leistungen anböten, unter denen die Nachfrager wählen könnten. Auch hoheitliches Handeln des Staates könne, wenn der Staat mit privaten Unternehmen am Markt konkurreiere, wettbewerblich und damit privatrechtlich sein (Doppelqualifikation)¹⁴.

Kritik:

Die Subordinationslehre entstammt der überkommenen Dogmatik von der hoheitlichen Staatlichkeit nach dem monarchischen Prinzip. Die Republik ist durch die Bürgerlichkeit gekennzeichnet, welche mit der Autonomie des Willens, dem Recht zur Selbstgesetzgebung, d. h. der (politischen) Freiheit, verbunden ist¹⁵. Der Bürger ist in der Republik nicht der staatlichen Obrigkeit unterworfen, also kein Untertan, sondern Herr seiner selbst. Der Staat ist die Organisation der Bürger für deren allgemeine Angelegenheiten¹⁶, nicht der Herr der Bürger. Es gibt nach dem Recht keine Herrschaft¹⁷. Die Subordinationslehre ist daher zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht untauglich. Außerdem erfaßt sie viele Bereiche modernen staatlichen Handelns, wie die Leistungsverwaltung, das Rechtsinstitut des öffentlich-

¹⁴ Rechtsprechungshinweise in Fn. 7; kritisch, mit Hinw. auf die Lehre, K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26 ff., 281 ff.; D. Ehlers, Verwaltung und Verwaltungsrecht, S. 47.

¹⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 14 ff., 211 ff., 275 ff., 325 ff., 494 ff.; ders., Freiheit in der Republik, Manuskript 1999, S. 44 ff., 49 ff., 107 ff., 127 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2002, S. 261 ff.

¹⁶ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 14 ff., 96, 165, auch S. 370 ff.

¹⁷ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 79 ff., 211 ff.; auch S. 153 ff., 160 ff.

rechtlichen Vertrages (§§ 54 ff. VwVfG) und insbesondere fiskalisches Handeln des Staates und seiner Untergliederungen nicht. Im übrigen gibt es sowohl im staatlichen wie im privaten Bereich Subordination und Koordination, so daß das Kriterium Unterordnung für den Begriff des öffentlichen Rechts unergiebig ist¹⁸.

b) Interessenlehre

Nach dieser Lehre, die auf *Ulpian's* Bestimmung "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem"¹⁹ zurückgeht, dient Privatrecht dem Nutzen Privater, öffentliches Recht dagegen dem Allgemeinwohl.

Kritik:

In der Republik läßt sich die Politik nicht nach der Verwirklichung von öffentlichen und privaten Interessen unterscheiden²⁰. Die Gesetze müssen, auch wenn sie die Verhältnisse der Privaten zueinander ordnen, gar Privatheit Einzelner schützen und fördern, die allgemeine Freiheit und das gute Leben aller, also das Gemeinwohl, verwirklichen²¹. Art. 87 BayGO, der die Zulässigkeit gemeindlicher Unternehmen regelt, verwirklicht das Gemeinwohl und schützt zugleich die von der staatlichen Konkurrenz betroffenen privaten Unternehmen²². § 1 UWG begrenzt das Wettbewerbshandeln Privater untereinander. Er dient damit dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Dies nützt sowohl den Interessen der Privaten als auch dem Gemeinwohl, weil der lautere Wettbewerb der allgemeinen Freiheit dient.

¹⁸ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 187 f. mit Hinweisen.

¹⁹ *Ulpian*, Digesten I 1.1 § 2.

²⁰ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 1 ff., 340 ff., 370 ff., 617 ff.; P. Häberle, „Öffentliches Interesse“ als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, 1970, S. 60 ff.; ders., Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, S. 21.

²¹ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 370 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 258 ff.

²² Ganz so BGH, NJW 2002, 2647 f.

Exkurs: Unterscheidung Privatheit - Staatlichkeit

Auch wenn die Interessenlehre keine genaue Abgrenzung ermöglicht, hat sie in ihren Voraussetzungen eine gewisse Berechtigung: Es kann und muß zwischen Privatheit und Staatlichkeit unterschieden werden.

Trotz des Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 BV), werden die Städte und Dörfer als Teil des Staates angesehen²³ (vgl. Art. 28 Abs. 1 und 3 GG). Die Praxis und die herrschende Lehre sehen im Staat auch ein Privatrechtssubjekt (Fiskusdoktrin). Sie gestehen dem Staat die privatrechtliche (fiskalische) Betätigung zu²⁴, nicht nur im unternehmerischen Bereich, sondern auch auf dem Gebiet allgemeiner Verwaltung (Verwaltungsprivatrecht)²⁵. Sie beurteilen das Verhalten des Staates nach Privatrecht, wenn der Staat als Privatrechtssubjekt agiert, indem er sich entweder als juristische Person des Privatrechts (z.B. AG, GmbH; vgl. Art. 86 Nr. 3 BayGO) organisiert, um unternehmerisch bestimmte Aufgaben in Privatrechtsform zu erledigen (Organisationsprivatisierung), oder als juristische Person des öffentlichen Rechts in den "Formen des Privatrechts" tätig wird²⁶. Die herrschende Lehre rechtfertigt dies mit der Jahrhunderte alten Tradition privatwirtschaftlicher Betätigung des Staates sowie mit Verfassungsgewohnheitsrecht²⁷. Sie hat zu Neuregelungen im Grundgesetz geführt (vgl. Art. 87d Abs. 1 S. 2 für die Luftverkehrsverwaltung, Art. 87e Abs. 3 für die Eisenbahnen, Art. 87f Abs. 2 GG für das Postwesen und für die Telekommunikation). Diese verfassungsgesetzlichen Bestimmungen müssen jedoch

²³ Dazu *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 40 ff.

²⁴ BVerfGE 27, 364 (373); BVerfG, NJW 1976, 667 ff.; BGHZ 35, 311 (312 f.); 36, 91 (95 f.); 37, 1 (16 f.); 82, 375 (381); BVerwGE 7, 180 (181 f.); 17, 306 (313); 38, 281 (283 f.); 39, 329 (337); zur Literatur *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 25 ff.

²⁵ *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungshandeln, S. 57 ff., *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 38 ff.

²⁶ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 6 ff.

²⁷ Etwa *G. Püttner*, Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 76 ff.; *P. Badura*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung der örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818 (820).

wegen der Unveräußerlichkeit der Verfassung²⁸, ausweislich der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, hinter den staatstragenden Prinzipien der Art. 1 und 20 GG, auf welche die Fiskuskritik gestützt ist, zurückstehen. Die Neuregelungen dienen weitgehend nur der Bewältigung des Übergangs zur materiellen Privatisierung.

Kritik der Fiskusdoktrin²⁹:

Entgegen der Praxis und herrschenden Lehre darf der Staat nicht beanspruchen, privatheitlich zu handeln. Die Privatrechtsfähigkeit hängt von der Privatheit ab. Der Staat ist aber der Privatheit nicht fähig. Eine Privatheit des Staates widerspräche dem, aber auch dem demokratischen Prinzip der Republik, beides Grundprinzipien des Rechts³⁰. Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Alle staatlichen Einrichtungen sind Einrichtungen des Volkes in dessen Staatlichkeit³¹. Privatheit ist das, was der Bürger nach seiner (freien) Willkür allein bestimmt - sein besonderes Glück³². Dazu zählt etwa das Gewinnstreben des Unternehmers, welches durch die allgemeinen Gesetze ermöglicht und begrenzt wird. Rechtlicher Kern der Privatheit ist die Privatautonomie, die sich in den Verträgen der Privaten äußert. Die Verbindlichkeit des Vertrages folgt als Teil des Rechtsprinzips aus dem übereinstimmenden (erklärten) Willen von Privaten, die

²⁸ Verfassung und Verfassungsgesetz müssen unterschieden werden; dazu *K. A. Schachtschneider (O. Gast)*, Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, S. 29 ff., 50 ff.

²⁹ Umfassend *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 184 ff.; vgl. nicht unkritisch auch *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, S. 39 ff.

³⁰ BVerfGE 84, 90 (121); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 107 ff., 232 ff.

³¹ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 372; vgl. *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 175 ff. zum institutionellen Begriff des Staates und S. 261 ff. zum Verbot der Privatisierung des Staatlichen; *ders.*, Grundrechtliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 142 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 28 ff.

³² Zur Privatheit *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1997), S. 140 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 263 ff.

hierbei ihre besonderen Interessen verfolgen³³. Grenzen der Vertragsfreiheit ergeben sich aus den allgemeinen Gesetzen. Dieser Begriff der Privatheit entspricht dem lateinischen Wort *privatus*, welches als Gegenbegriff zum Staatlichen, zum Allgemeinen, aufgefaßt werden muß³⁴. Der Staat, der als "Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen"³⁵ begrifflich allgemein ist, darf nicht privat, nämlich willkürlich oder gar beliebig (vgl. § 903 BGB) handeln. Das Willkürverbot ist ein fundamentales Prinzip der Staatlichkeit³⁶. Anders als die Monarchie ist die demokratische Republik nicht herrschaftlich. Sie wird nicht durch einen Menschen, den Herrscher, verkörpert und ist darum des eigenen Glückes und der Privatheit nicht fähig³⁷. Der freiheitliche Staat ist kein Makroanthropos.

c) Subjektslehre / Sonderrechtslehre

Die Staats- und Verwaltungsrechtslehre vertritt heute überwiegend die (modifizierte) Subjekts- oder Sonderrechtslehre³⁸. Diese legt auch die Verwaltungsrechtsprechung ihrer Praxis zugrunde³⁹ und ist die Logik des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 1 und § 35)⁴⁰. Danach soll maßgeblich

³³ Zur Vertragslehre *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 404 f.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 302 ff.; auch *ders.*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 337 ff.; zum Rechtsprinzip *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 43 ff., *passim*.

³⁴ *K. A. Schachtschneider*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 173 ff., 253 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 371.

³⁵ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431.

³⁶ BVerfGE 84, 90 (121); st. Rspr.; etwa 3, 58 (135 f.); 4, 144 (155); 9, 124 (129 f.); 50, 177 (186); 51, 295 (300 f.); 57, 107 (115 f.); 60, 16 (42); 71, 202 (207); 76, 256 (329); 89, 48 (51); 91, 389 (401); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 374 ff., 413 ff., 768 ff., 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 232 ff.

³⁷ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 14 ff.; *ders.*, *Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung*, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 142 ff.; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 48 ff., 175 ff.

³⁸ Grundlegend *H. J. Wolff*, *Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht*, *AöR* 76 (1950/51), S. 205 ff.; Hinweis bei *K. A. Schachtschneider*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 187 f., Fn. 66; vgl. auch *K. A. Schachtschneider* (*A. Emmerich-Fritsche/M. Kläver/P. Wollenschläger*), *Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Skript 1999, S. 12 ff.

³⁹ OVG Münster, *NJW* 1985, 1107; BVerwG, *NJW* 1990, 1435 f.

⁴⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 7 f.

sein, ob sich "der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient". Es seien also dem öffentlichen Recht diejenigen Rechtssätze zuzuordnen, die sich nicht an "jedermann", sondern nur an den Staat als solchen, also dem Staat als Hoheitsträger (oder sonstige Träger öffentlicher Gewalt, mittelbare Staatsverwaltung⁴¹, etwa beliehene Unternehmer⁴²) richten⁴³. Die enge Subjektslehre, die für den Begriff des öffentlichen Rechts auf die Hoheitlichkeit des staatlichen Handelns (Staat als solcher) abstellt, verschont die Fiskusdoktrin, weil der Staat ja auch Privatrechtssubjekt sein können soll. Sie ist eine zirkuläre Definition, die nicht zu klären vermag, ob der Staat als Hoheitsträger oder als Privatrechtssubjekt agiert. Das bleibt den Entscheidungen der Praxis überlassen, die sich an dem Vergleich mit dem Handeln Privater, zumal in der Wirtschaft, orientiert, letztlich aber mangels Begriffs willkürlich bleibt.

Art. 87 Abs. 1 BayGO regelt die Bedingungen, die speziell Gemeinden erfüllen müssen, wenn sie Unternehmen errichten oder betreiben, und ist somit im Sinne dieser Lehre staatliches Sonderrecht, auf das sich M im Verwaltungsrechtsweg berufen könnte. Für § 1 UWG gilt dies nicht, weil sich diese Vorschrift ausschließlich an Private richtet⁴⁴.

d) Strenge Subjektslehre

Öffentliches Recht ist "Sonderrecht des Staates"⁴⁵. Es besteht aus der Gesamtheit der Rechtssätze, die sich auf Rechtsverhältnisse beziehen, an denen der Staat oder seine Untergliederungen beteiligt sind. Der Staat ist das Volk, die res publica, und damit allgemein. Er darf als res publica nur aufgrund des

⁴¹ Hinweise wie Fn. 38; dazu (kritisch) *K. A. Schachtschneider*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 139 ff., insb. S. 144.

⁴² Dazu (kritisch) *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 179, 190 ff., 198 ff., 202 f.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 233 ff.

⁴³ OVG Münster, NJW 1985, 1107; BVerwG, NJW 1990, 1435 f.; *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, Kommentar, 12. Aufl. 2000, § 40, Rdn. 11; *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, S. 33 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 44 f.

⁴⁴ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., 363 ff., insb. S. 438 ff.

⁴⁵ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 181, 260 ff., 288 ff.; vgl. *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 40, Rdn. 11 ("ältere Subjektstheorie").

Staatsrechts handeln, sonst handelt er *ultra vires*⁴⁶. Der Staat nimmt ausschließlich Staatsaufgaben wahr. Der Staat ist institutionell und funktional ausschließlich staatlich⁴⁷. Alles Recht, welches für den Staat gilt, ist Staatsrecht. Zugleich folgt daraus, daß das Privatrecht und damit das Privatrechts-subjekt vom Privaten her zu begreifen ist. Privatrechtssubjekte sind nur die Träger des Rechts zur freien Willkür, des Rechts zur Autonomie des Willens, die institutionell Privaten, und nicht der Staat⁴⁸.

Die Fiskuslehre muß entweder Staatlichkeit funktional in fiskalisches und nichtfiskalisches/hoheitliches Verhalten differenzieren, um die "privatrechtlichen" Maßnahmen des Staates herauszusondern, oder ein Wahlrecht des Staates zwischen dem Recht der Privatrechtssubjekte und dem des Staates befürworten, weil die erste Differenzierung nicht gelingt. Ein solches fast allgemein befürwortetes Wahlrecht (Rechtsformenwahlrecht)⁴⁹ setzt die Austauschbarkeit der Teilrechtsordnungen für der den Staat und für die Privaten voraus. Der Staat verfügt aber nicht über die Privatautonomie, das Fundamentalprinzip der Privatrechtsordnung⁵⁰, sondern unterliegt strikter

⁴⁶ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 22 f., 41 f., 256, 262; *ders.*, Res publica res populi, S. 184, 202, 451 f., 473, 1143.

⁴⁷ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff., 261 ff., 275 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 211 ff., 519 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.

⁴⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff., 440; *ders.*, Res publica res populi, S. 211 ff., 370 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 258 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.

⁴⁹ RGZ 158, 83 (92 ff.); 161, 341 ff.; 164, 273 (276 ff.); BGHZ 9, 145 (147); 16 111 (112 f.); 35, 111 (112 f.); i.d.S. auch BVerfGE 27, 364 (374); dazu (ablehnend) K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 181 ff. mit Hinweisen auf die Lehre; vgl. auch B. E. Beck, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht, Gemeindliche Unternehmen Bayerns im Spannungsfeld zwischen Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes und Wettbewerbsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 26 ff.; für die herrschende Lehre H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 40.

⁵⁰ W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 1 ff.; K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1975, S. 1, 91 f., 94 f.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 ff., 60 f., 69 ff., 211; *ders.*, Res publica res populi, S. 399 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 302 ff.

Gemeinwohlbindung⁵¹. Der Staat und Private unterscheiden sich somit wesentlich, so daß der Staat sich nicht privatisieren darf, ja nicht einmal kann⁵².

Eine materielle Begrenzung der Staatsaufgaben, um hoheitliches von fiskalischem Handeln des Staates zu unterscheiden, ist, soweit eine solche nicht abschließend in der Verfassung festgelegt ist (was nicht der Fall ist), nicht möglich⁵³. Ein materiales, vorrechtliches Gemeinwohlverständnis stellt, indem es sich über das Recht erhebt, die Freiheit aller in Frage, weil es an bestimmte vorgegebene (z. B. religiöse) Werte anknüpft, die nicht notwendig allgemein sind⁵⁴. Ebenso wie das Staatliche ist das Private als Begriff formal (d. h. inhaltlich, besser: material unbestimmt) zu verstehen⁵⁵. Es gibt keine den Gesetzen vorgängigen materialen (d. h. inhaltlich bestimmten) Begriffe des Staatlichen und des Privaten. Die Lebensbewältigung ist staatlich, wenn sie dem Staat übertragen ist, sie ist privat, wenn sie den Privaten überlassen ist⁵⁶.

aa) Klageanspruch aus Art. 87 Abs. 1 BayGO

Die Klage des Wohnungsmaklers richtet sich gegen die Errichtung und den Betrieb des von der Stadt Nürnberg aufgrund Art. 86, 87 BayGO eingerichteten Wohnungsvermittlungsbüros. Gestützt auf Art. 87 Abs. 1 BayGO macht der Makler einen Anspruch auf Aufhebung des Errichtungsaktes des Büros und Unterlassen des Betriebes desselben geltend. Art. 87 Abs. 1

⁵¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 235 ff., insb. S. 253 ff., 261 ff., auch S. 440; auch *ders.*, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Grundrechtliche Aspekte in der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.

⁵² K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 261 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 204 ff., 220 ff.

⁵³ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 189 ff.

⁵⁴ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 346 ff.

⁵⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.

⁵⁶ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 173 ff.; 253 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 370 ff., auch S. 386 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 258 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.

BayGO ist eine Vorschrift des öffentlichen Rechts, weil sie spezifisch Befugnisse der Gemeinden (als Körperschaften des öffentlichen Rechts untere staatliche Gebietskörperschaften) regelt.

bb) Klageanspruch aus § 1 UWG

Auf § 1 UWG kann der Schließungsanspruch nicht gestützt werden. § 1 UWG regelt das Handeln im Wettbewerb und setzt das Recht zur Privatheit voraus; denn nur Private dürfen sich in den Wettbewerb begeben. Privates Handeln führt (vor allem wegen der Knappheit der Güter) zum Wettbewerb. Nur das Recht zur Privatheit rechtfertigt es Gewinn anzustreben, allgemeiner in (freier) Willkür zu handeln. Maxime des staatlichen Handelns darf wegen der Gemeinwohlverpflichtetheit des Staates nicht die Maximierung von Gewinnen sein⁵⁷, weil das dazu führen würde, daß Gemeinwohlinteressen (z. B. das Sozialprinzip) vernachlässigt würden. Das Gemeinwohl findet seine Grenzen somit prinzipiell nicht in den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs⁵⁸. Es ist widersprüchlich, rechtmäßiges staatliches Handeln an den "guten Sitten" zu messen⁵⁹. Die guten Sitten sind private Gesetze, die nur für privates Handeln gelten⁶⁰. Gesetze, welche der Staat zu vollziehen hat, müssen demokratisch gegeben sein, also der Wille des ganzen Volkes, vertreten durch die Vertreter des Volkes, sein⁶¹. Das Volk kann unmittelbar demokratisch Gewohnheitsrecht hervorbringen, das auch staatliches Handeln bindet⁶². Gute Sitten aber sind Rechtssätze, welche von besonderen Gruppen gelebt werden und nur für besondere Gruppen gelten⁶³. Wenn Richter staatliches Handeln an vermeintlich guten Sitten messen, bringen sie

⁵⁷ BVerfGE 61, 82 (107); K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff. (allgemeine Meinung).

⁵⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 358, 443 ff.

⁵⁹ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff., insb. S. 438 ff.

⁶⁰ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff., insb. S. 421 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, 1993, S. 195 ff. (206 ff.).

⁶¹ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 519 ff., 637 ff.

⁶² Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 429 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 206 ff.

⁶³ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 421 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 206 ff.

nicht wirklich gute Sitten zur Anwendung, obwohl sie es so sagen, sondern allgemeine Rechtsgrundsätze, meist die grundrechtlichen Wertgehalte (objektive Dimension)⁶⁴.

Weil die Ziele des Staates andere sind und sein müssen, als Einnahmen zu erwirtschaften (denn der Staat hat grundsätzlich seine Ausgaben aus Steuereinnahmen zu bezahlen, Grundsatz des Steuerstaates⁶⁵), steht der Staat zu den privaten Unternehmern mangels Zielkongruenz nicht in einem echten Wettbewerbsverhältnis⁶⁶. Die Anwendung des Wettbewerbsrechts, wie das des § 1 UWG, setzt aber ein wirkliches Wettbewerbsverhältnis voraus⁶⁷. Der Staat darf sich zudem nicht in Rivalität zu privaten Unternehmern begeben⁶⁸. Der Staat verfügt aufgrund der allgemeinen Rechtsetzungsmacht über rechtliche und aufgrund der Steuerhoheit über ökonomische Privilegien. Zwischen staatlichen und privaten Unternehmen fehlt es darum an der Gleichheit am Markt, ohne die Wettbewerb unzumutbar ist⁶⁹. Staatliche Unternehmungen sind der Sache nach nichtwettbewerbliche Verwaltungseinheiten. Als Maßstab der Rechtmäßigkeit von (unternehmensähnlichem) Verwaltungshandeln ist § 1 UWG inadäquat⁷⁰.

Auch die Zivilgerichte würden den Rechtsstreit gemäß § 13 GVG auf der Grundlage des § 1 UWG entscheiden, der Klage des Maklers M aber nur stattgeben, wenn die Mißachtung des Art. 87 BayGO, der den Marktzutritt regelt, auch ein Verstoß gegen die guten Sitten ist, etwa wenn und weil die öffentliche Hand sich im Wettbewerb durch interne Subventionierung Vorteile verschafft, wie die Stadt Nürnberg, die das Wohnungsvermittlungsbüro mit Haushaltsmitteln der Stadt finanziert, es sei denn, diese Finanzierung wäre durch soziale Gesichtspunkte gerechtfertigt (Hilfe armer Wohnungssuchender). Insbesondere wenn die Teilhabe der öffentlichen Hand am Wettbewerb den Bestand des Wettbewerbs gefährdet, verletzt die Marktbe-

⁶⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff.; etwa BVerfGE 7, 198 (206 f.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (253, 256); 84, 212 (223); 97, 298 (313 f.).

⁶⁵ K. Vogel, *Der Finanz- und Steuerstaat*, HStR, Bd. I, 1987, S. 27, Rdn. 50 ff.

⁶⁶ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 303 ff.

⁶⁷ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 281 ff., insb. 303 ff.

⁶⁸ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 306 ff.

⁶⁹ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 322 ff.

⁷⁰ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 363 ff., insb. S. 438 ff.

teilung die guten Sitten⁷¹. So hat der Bundesgerichtshof die Selbstabgabe von Brillen durch die Ortskrankenkassen, die durch Beitragsmittel der Pflichtversicherten intern subventioniert war, als wettbewerbswidrig verboten⁷². Überhaupt, wenn öffentliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt werden, insbesondere "die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung mißbraucht wird", ist die Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand sittenwidrig⁷³.

Zwischenergebnis:

Die Klage des Maklers M auf Schließung des Büros der städtischen Wohnungsvermittlung löst nach der strengen Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i. S. von § 40 Abs. 1 VwGO aus. Der Zivilrechtsweg nach § 13 GVG kann nicht beschritten werden.

2. Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art

Ein Rechtsstreit ist nicht schon "verfassungsrechtlich" im Sinne des § 40 VwGO, wenn und weil Grundrechte betroffen sind⁷⁴. Jedes Gericht muß die Grundrechte zum Maßstab seiner Erkenntnisse machen. So gesehen ist jedes Gericht Verfassungsgericht.

Nach der Praxis und gängigen Lehre sind verfassungsrechtliche Streitigkeiten Prozesse⁷⁵, in denen "am Verfassungsleben unmittelbar beteiligte Rechtsträger" um Rechte und Pflichten aus Verfassungsrechtsverhältnissen streiten⁷⁶. Rechtsstreitigkeiten zwischen den Bürgern und dem Staat sind grundsätzlich "nicht verfassungsrechtlich" im Sinne des § 40 VwGO⁷⁷.

⁷¹ BGH, NJW 2002, 2647; auch BGHZ 82, 375 (381 ff., 395 ff.); 123, 157 (160 ff.).

⁷² BGHZ 82, 375 (381 ff.); vgl. A. Baumbach/W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl. 1995, § 1 UWG, Rdn. 944.

⁷³ BGH, NJW 2002, 2647; auch BGH, NJW 2002, 1718.

⁷⁴ I.d.S. BVerfGE 42, 103 (112 ff.).

⁷⁵ Zum Begriff der Streitigkeit als Prozeß K. A. Schachtschneider, Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht in Bund-Länder-Streitigkeiten, 1969, S. 2 ff.

⁷⁶ BVerfGE 27, 152 (157); 42, 103 (112 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 42, 103 (112 f.); vgl. zum Meinungsstand F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 40, Rdn. 31 ff., zur Praxis selbst kritisch Fn. 32a.

Kritik:

Es gibt auch Verfassungsstreitigkeiten zwischen Bürgern und dem Staat, insbesondere die Verfassungsbeschwerdeverfahren, wenn diese auch gegenüber dem Verwaltungsstreitverfahren grundsätzlich subsidiär sind, d. h., daß der Verwaltungs- oder auch der Zivilrechtsweg erst erschöpft sein muß, bevor das Bundesverfassungsgericht angerufen werden darf (§ 90 Abs. 2 BVerfGG). Von diesem verfassungsbeschwerderechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz macht das Bundesverfassungsgericht eine Ausnahme für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze, wenn diese den Bürger selbst, gegenwärtig und unmittelbar in Grundrechten beeinträchtigen⁷⁸. Allein brauchbar ist daher der formelle Begriff der "verfassungsrechtlichen Streitigkeit", der darauf abstellt, daß Streitigkeiten vom Verfassungs- oder vom Gesetzgeber einem als Verfassungsgericht institutionalisierten Gericht zugewiesen sind (Enumerationsprinzip, vgl. insbesondere Art. 93 GG; § 13 BVerfGG)⁷⁹. Sonst führt § 40 Abs. 1 VwGO dazu, daß Streitigkeiten um Verfassungsrechtsfragen, die nicht einem Verfassungsgericht zur Entscheidung übertragen sind, ohne Rechtsschutz bleiben, wie in Berlin ein Prozeß um das zumutbare Verfahren eines Volksbegehrens zur Rechtschreibereform⁸⁰.

Verfassungsstreitigkeiten im Sinne des § 40 VwGO sind die den formellen Verfassungsgerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten. Die Klage des Maklers ist keine verfassungsrechtliche Streitigkeit, weil sie keinem der in den Zuständigkeitskatalogen des Verfassungsgerichts enumerierten Streittypen unterfällt, insbesondere nicht den Fällen des Art. 93 Abs. 1 GG, § 13 BVerfGG. Das ergibt sich bereits aus der Lektüre dieser Regelungen.

3. Zuweisung an ein anderes Gericht?

Eine gesetzliche Zuweisung, etwa an die Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 SGG) oder an die Finanzgerichtsbarkeit (§ 33 FGO), ist nicht ersichtlich.

⁷⁸ BVerfGE 1, 97 (101); st. Rspr., etwa BVerfGE 84, 90 (116); 86, 382 (382); 90, 128 (135 ff.).

⁷⁹ So auch (mit Hinweisen) *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 40, Rdn. 32 a.

⁸⁰ Berl. VerfGH 31 A/99, 31/99, Urteil vom 2. Juni 1999 (DVBl 1999, 979 / DÖV 1999,

Ergebnis:

Der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO ist eröffnet.

II. Anfechtungsklage

Eine Klage muß statthaft sein. Die Statthaftigkeit der Klagen vor Verwaltungsgerichten ergibt sich grundsätzlich aus § 42 und § 43 VwGO. Die Statthaftigkeit bestimmt sich nach dem Streitgegenstand, dem Klagebegehren. Die Klage des Maklers zielt auf die Verpflichtung der Stadt Nürnberg, die Wohnungsvermittlung zu unterlassen. Sie ist eine Konkurrentenklage⁸¹. Das Ziel der Klage, die Schließung des Vermittlungsbüros, kann dadurch erreicht werden, daß die Stadt Nürnberg verpflichtet wird, den Rechtsakt aufzuheben, auf dem die Errichtung des Büros beruht, und demgemäß das Büro zu schließen, also durch Anfechtungsklage.

1. Verwaltungsakt

Eine Anfechtungsklage kann nur gegen einen Verwaltungsakt erhoben werden (§ 42 Abs. 1 VwGO). Art. 35 BayVwVfG definiert ebenso wie § 35 Abs. 1 S. 1 VwGO den Verwaltungsakt als "jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist"⁸². Das Wirtschaftsreferat der Stadt Nürnberg ist eine Behörde; denn es ist eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (Art. 1 Abs. 4 BayVwVfG; § 1 Abs. 4 VwVfG). Die Entscheidung, die städtische Wohnungsvermittlung zu errichten und zu betreiben, regelt einen Einzelfall, nämlich die Errichtung des Wohnungsvermittlungsbüros. Diese Entscheidung bestimmt sich nach öffentlichem Recht, nämlich nach den Art. 86 und Art. 87 BayGO, welche die Rechtsformen und die allgemeine Zulässigkeit von Unternehmen und Beteiligungen der Gemeinden regeln. Diese Vorschriften sind Sonderrecht für die Gemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts, die zum

823), Verwaltungsgericht Berlin VG 1 A 155.99, Beschluß vom 5. Mai 1999.

⁸¹ Dazu umfassend K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 429 ff.

⁸² Dazu K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 14 ff., 17 f.

Bereich des Staatlichen (jedenfalls in der Dichotomie des Privatrechts und des öffentlichen (Staats-)Rechts) gehören. Es kommt nicht darauf an, ob das Wohnungsvermittlungsbüro gegenüber den Vermietern und Mietern in den Formen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts handelt, weil es um den Errichtungsakt geht. (Dem Recht, nicht der Praxis nach, handelt das Büro öffentlich-rechtlich, weil es zum staatlichen Bereich gehört, der Staat aber nicht in den Formen des Privatrechts handeln darf⁸³).

Die Errichtungsentscheidung ist auch auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet. Sie verbleibt nicht im Innenbereich der Verwaltung⁸⁴. Zunächst einmal erlaubt (legalisiert) sie aufgrund der Gemeindehoheit den Betrieb des Vermittlungsbüros gegenüber der Stadt Nürnberg, also deren Bürgern, insbesondere gegenüber den Wohnungsvermietern und Wohnungssuchenden. Das Büro verursacht Kosten und betrifft damit die gesamte Bürgerschaft der Stadt. Zudem beeinträchtigt die Entscheidung die Privatheit der Lebensbewältigung in Nürnberg, also das menschenrechtliche Subsidiaritätsprinzip⁸⁵. Schon deswegen hat die Errichtungsentscheidung Rechtswirkung nach außen und ist ein Verwaltungsakt. Diese Umstände würden aber der Praxis nicht genügen, um der Errichtungsentscheidung den Charakter eines Verwaltungsaktes beizumessen, weil diese Wirkung allgemein wäre und nicht besondere Interessen von besonderen Einzelnen berührt. Man sieht in derartigen Entscheidungen nichtrechtsschutzfähige Organisationsakte⁸⁶. Mit dieser restriktiven Begrifflichkeit will man die Popularklage abwenden, weil jeder Bürger berechtigt wäre (zu Recht), die Errichtungsentscheidung wegen Verletzung des Art. 87 BayGO anzufechten⁸⁷. Die Restriktion des Rechtsschutzes wurzelt im liberalistischen Denken, welches von "zugewiesenen Freiheitssphären, Freiheiten" ausgeht⁸⁸. Die

⁸³ Zur Kritik der Fiskusdoktrin und des Rechtsformenwahlrechts oben A 1 d.

⁸⁴ Zur verwaltungsaktsrechtlichen Unterscheidung des Innen- und des Außenbereichs *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, S. 259 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, S. 248; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 36 f., 185.

⁸⁵ Dazu näher unter B II,2 und 3, III,3.

⁸⁶ Dazu *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, S. 263 f. (mit Hinweisen).

⁸⁷ *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 280, 289.

⁸⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 378 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 138 ff.; auch *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, S. 259.

republikanische Rechtslehre läßt die Popularklage gegen jede Gesetzesverletzung zu, weil jede Gesetzesverletzung die allgemeine Freiheit, den allgemeinen Konsens über das richtige Gesetz, das Recht, und damit jeden Bürger, verletzt; denn alles Handeln hat Wirkung auf alle, so daß das Unrecht alle trifft und betrifft⁸⁹. Art. 98 S. 4 BV kennt immerhin die Popularklage gegen gesetzgeberische Verletzungen der bayerischen Grundrechte. Richtigerweise ist die Gemeindepolitik Sache jedes Bürgers (res publica res populi). Die immer noch bestimmende obrigkeitliche Sicht des Staates steht aber der Akzeptanz einer solchen Sorge des Bürgers für das gemeine Wohl entgegen. Entgegen dem demokratischen Prinzip wird der Bürger noch immer als Untertan behandelt⁹⁰, es sei denn, er hat nach der engen Schutzzweckdogmatik von der Rechtsprechung akzeptierte subjektive Rechte⁹¹.

Die Praxis und herrschende Lehre anerkennt (entgegen einer bürgerlichen Lehre vom Bürger⁹²) eine "Rechtswirkung: nach außen" nur, wenn eine Entscheidung den besonderen Rechtskreis von besonderen Einzelnen (natürliche oder juristische Personen) berührt⁹³. Dieser Außenrechtskreis wird nicht allein durch besondere Interessen definiert, sondern durch subjektive Rechte. Die Entscheidung muß somit besondere subjektive Rechte von Personen regeln, also verwirklichen oder verletzen, um ein Verwaltungsakt zu sein.⁹⁴ "Die Maßnahme muß darauf gerichtet sein, Rechte des Betroffenen zu begründen, abzuändern oder verbindlich festzustellen", pflegt das Bundesverwaltungsgericht zu formulieren⁹⁵. Es kommt also auf den Begriff des subjektiven Rechts an, wenn bestimmt werden soll, ob eine Entscheidung ein Verwaltungsakt ist⁹⁶ (obwohl sie eigentlich alle Bürger angeht)⁹⁷. Weil

⁸⁹ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 566.

⁹⁰ Kritik bei K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 71 ff., passim.

⁹¹ Dazu im Folgenden.

⁹² Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 211 ff.

⁹³ H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, S. 259 f.; vgl. auch F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S. 249, 261; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 36 f., 185.

⁹⁴ H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, S. 260.

⁹⁵ BVerwGE 55, 280 (285); 60, 144 (145); i.d.S. auch BVerwGE 36, 192 (194 f.).

⁹⁶ I.d.S. H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, S. 259 f.

⁹⁷ K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 14 ff.

aber eine Entscheidung, die an einen Bürger (eine Person) adressiert ist, diesem gegenüber eine Regelung trifft, die seine Sache zu Recht oder zu Unrecht regelt, sei es auch nur, daß er durch eine rechtlose Entscheidung belästigt wird, wird jede solche Entscheidung als Verwaltungsakt gegenüber der Person, an den sie adressiert ist, eingestuft (Adressaten-Lehre)⁹⁸. Das ist schon deswegen richtig, weil jeder aus dem Grundrecht der allgemeinen Freiheit Anspruch darauf hat, nicht mit Entscheidungen belastet zu werden, die keine Rechtsgrundlage haben⁹⁹. Die Adressatenlehre entlastet die Praxis (zu Recht) weitgehend von der Klärung subjektiver Rechte des Anfechtungsklägers, die sonst nötig ist, um festzustellen, ob die angefochtene Handlung des Staates oder der Kommune ein Verwaltungsakt ist. Wenn jedoch die Verwaltungsentscheidung niemandem außerhalb der Verwaltung bekannt gemacht wurde, also an niemanden adressiert wurde, und die allgemeine Bekanntmachung, die Adressierung an die gesamte Bürgerschaft nämlich, wegen der Popularklagephobie der Justiz nicht als Verwirklichung des Verwaltungsaktsbegriffes akzeptiert wird, kann die Rechtswirkung nach außen schlechterdings nur darin bestehen, daß die Entscheidung den Rechtskreis einer besonderen Person betrifft. Der aber besteht aus deren subjektiven Rechten auf Handeln und Unterlassen. So liegt der Fall der Errichtung der städtischen Wohnungsvermittlung.

Den Maklern ist die Entscheidung des Wirtschaftsreferenten, eine städtische Wohnungsvermittlung zu betreiben, nicht eigens bekannt gemacht worden (vgl. § 41 VwVfG, Art. 41 BayVwVfG). Sie haben irgendwie davon erfahren. Die Entscheidung ist somit nur ein Verwaltungsakt, wenn die Makler durch die Entscheidung in subjektiven Rechten betroffen sind, welche ihnen das Recht geben, daß die Stadt Nürnberg keine Wohnungsvermittlung betreibt. Es würde für den Verwaltungsaktsbegriff genügen, daß die Entscheidung bestimmten anderen Personen als den Maklern bekannt gemacht worden wäre. Sie wäre dann ein Verwaltungsakt mit Wirkung auf die Makler (Drittwirkung), welche diesen wegen ihrer subjektiven Rechte die Anfechtung gemäß § 42 Abs. 2 VwGO erlauben würde (janusköpfiger Verwal-

⁹⁸ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 69; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 281, 282 f.

⁹⁹ So auch *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 282.

tungsakt)¹⁰⁰.

Die Praxis würde, weil mit der Schließung des Büros schlichtes Verwaltungshandeln, nämlich das Unterlassen realer Handlungen¹⁰¹, die Vermittlung von Wohnungen, erstrebt wird, die allgemeine Leistungsklage, hier als Unterlassungsklage, für die gebotene Klageart halten¹⁰². Diese Klageart ist zwar in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht ausdrücklich aufgelistet, wird aber in § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO erwähnt, d. h. die VwGO setzt sie voraus, so daß die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß statthaft ist¹⁰³. Die Klagearten der VwGO sind nicht abschließend¹⁰⁴.

Verwaltungshandeln beruht aber auf Entscheidungen, die kraft ihrer Äußerung Rechtsakte sind, und soll durchgehend Gesetzesvollzug sein¹⁰⁵. Selbst wenn Verwaltungsentscheidungen keine gesetzliche Grundlage haben, sind sie Rechtsakte. Die Wohnungsvermittlung einzurichten hat der Wirtschaftsreferent entschieden. Sie ist nicht nur durch reales Handeln entstanden. Im übrigen liegt allem Handeln ein Wille zugrunde. Im Handeln erweist sich der Willensakt und damit ein Rechtsakt. Die praktizierte Lehre vom (bloßen) Realakt verzerrt die Rechtslage, wohl auch, um den Handlungsspielraum der Verwaltung trotz des Fehlens von handlungsermächtigenden Gesetzen oder Satzungen zu erweitern. Die Entscheidung des Wirtschaftsreferenten, eine städtische Wohnungsvermittlung zu betreiben, kann ein Verwaltungsakt sein, der angefochten werden kann. Wenn dieser Verwaltungsakt aufgehoben wird, wäre der Wohnungsvermittlung die Rechtsgrundlage entzogen

¹⁰⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 17 f.

¹⁰¹ Zum schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln BVerwGE 71, 183 (186 f.); BVerwG, DVBl 1996, 807; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 114.

¹⁰² *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 349 f.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 394.

¹⁰³ *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 349; vgl. BVerwGE 31, 301 (302 ff.).

¹⁰⁴ Bejahend: BVerfGE 20, 238 (251 ff.); verneinend: BVerwG, NJW 1978, 1870, gegen vorbeugend eingelegte Rechtsbehelfe.

¹⁰⁵ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, 8. Kap., I, S. 159 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 926 ff.

und sie wäre einzustellen (Folgenbeseitigungsanspruch¹⁰⁶).

2. Subjektives Recht

a) Objektives und subjektives Recht

Das subjektive öffentliche Recht ist allgemein durch die Möglichkeit gekennzeichnet, kraft objektiven (öffentlichen) Rechts ein Handeln oder Unterlassen des Staates (also einer staatlichen Institution wie dem Bund, einem Land, einer Kommune, einer Körperschaft) gerichtlich durchsetzen zu können¹⁰⁷. Subjektive Rechte sind Rechte des einzelnen Menschen (oder einzelner juristischer Personen), die gerade darum die Möglichkeit geben, die Pflichterfüllung, die dem Recht (gemäß dem objektiven Recht, dem allgemeinen Gesetz als dem allgemeinen Willen des Volkes) korrespondiert, mit den Mitteln, die der Staat zur Verfügung stellt (dem Rechtsschutz), zu erzwingen¹⁰⁸. Das subjektive Recht setzt somit objektives Recht voraus¹⁰⁹.

Subjektive öffentliche Rechte sind zunächst in den einfachen (formellen) Gesetzen, aber auch in Rechtsverordnungen, Satzungen (materiellen Gesetzen)¹¹⁰ usw., zu suchen. Sie können aber auch aus den Verfassungsgesetzen, wie dem Grundgesetz, unmittelbar folgen, etwa die Abwehr- oder auch Schutzansprüche aus den Grundrechten¹¹¹. Aber auch die Verwaltungsrechtsetzung¹¹² und die öffentlich-rechtlichen Verträge kommen als Rechtsgrund-

¹⁰⁶ F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S. 351; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 774 ff.; Ch. Claßen, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, S. 185 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 532 ff.

¹⁰⁷ E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG (Stand Jan. 1985), Art. 19 Abs. 4, Rdn. 118 ff., 127 ff.; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III,1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1984, S. 987; H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 1994, S. 564, Rdn. 12; zu den Lehren vom subjektiven Recht kritisch W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968 m.N.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 380 f., 931.

¹⁰⁸ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 379.

¹⁰⁹ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 378 ff.; K. A. Schachtschneider, prinzipien des Rechtsstaates, S. 215 ff.

¹¹⁰ Vgl. K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 129 ff., 207 ff.

¹¹¹ Dazu J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, S. 145 ff.

¹¹² Etwa durch Verwaltungsvorschriften, dazu F. Ossenbühl, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, S. 130 ff.

lage subjektiven öffentlichen Rechts in Betracht.

Als Rechtsgrundlage eines subjektiven Rechts des Maklers, die städtische Wohnungsvermittlung zu beenden, sind zu bedenken:

- Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BayGO

- die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgarantie), Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Freiheit), Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz).

Als erstes ist, weil ein Vertrag nicht geschlossen wurde, ein Anspruch des Maklers im einfachen Gesetzesrecht, also in der Gemeindeordnung, zu suchen.

b) Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts

Die Voraussetzungen eines subjektiven öffentlichen Rechts¹¹³, d. h. der rechtlich geschützten Möglichkeit, ein Handeln oder Unterlassen des Staates mittels Richterspruchs durchsetzen zu können, sind strittig.

aa) Schutzzwecklehre / Schutznormlehre

In Deutschland wird die Schutzzwecklehre oder auch Schutznormlehre praktiziert und demgemäß meist gelehrt¹¹⁴. Danach muß die Vorschrift (auch) den Schutz der Interessen des betroffenen Einzelnen bezwecken. Das ist für viele Rechtsgrundlagen fraglich; denn die Schutzzwecklehre lehnt ein allgemeines Recht auf Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens, also ein Recht aller auf allgemeine Achtung der Gesetze (und des Rechts) ab, auch wenn der Einzelne durch die Mißachtung der Gesetze benachteiligt wird.

Im Rahmen der Schutzzwecklehre ist es fraglich, ob Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und

¹¹³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 135 f.

¹¹⁴ Vgl. BVerwGE 1, 83 (83 f.); 22, 129 (132); 75, 285 (286 ff.); 77, 70 (73); 78, 40 (41 ff.); *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, § 11, Rdn. 30 ff., S. 225 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdn. 118 ff., 127 ff.; *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, 1994, § 43, Rdn. 12, S. 564; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 152 f.; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 380 f. mit Fn. 634; vgl. *ders.*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 135 ff.

4 BayGO, der die Gemeindeunternehmen öffentlichen Zwecken verpflichtet und das gemeindeunternehmensrechtliche Subsidiaritätsprinzip begründet, den Schutz der Interessen der durch die gemeindliche Konkurrenz betroffenen Unternehmer, hier der Makler gegenüber der ein Unternehmen betreibenden Stadt Nürnberg, zu schützen bezweckt. Das wird nach dem (vermeintlich) objektiven Willen des Gesetzgebers bemessen¹¹⁵.

Nach der Verwaltungsrechtsprechung begründet Art. 87 Abs. 1 BayGO eine Unternehmensbefugnis der Gemeinde und verfolgt lediglich kommunal- und wirtschaftspolitische Zwecke. Die Vorschrift wäre danach "nur objektives Recht"¹¹⁶, das allenfalls Rechtsreflexe für die durch den Gemeindebetrieb betroffenen Unternehmen erzeugen, aber eben kein subjektives Recht letzterer begründen würde, die Vorschrift zu beachten.

Der Bundesgerichtshof erkennt in Art. 87 BayGO jedenfalls kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich eines subjektiven Rechts des öffentlichen Rechts auf Achtung des wirtschaftsrechtlichen Privattheitsprinzips bleibt das Gericht offen, obwohl es "die Privatwirtschaft" durch Art. 87 BayGO "vor einem Wettbewerb durch Gemeinden" geschützt sieht¹¹⁷. Es hat aber den folgenden Satz gesagt:

„Die Vorschrift beschränkt zwar die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden auch deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Sie hat aber nicht den Zweck, die einzelnen Unternehmen dadurch vor einem Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen, dass ein Verstoß Individualansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung begründen kann.“¹¹⁸

Für das Subsidiaritätsprinzip des Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO wird jedoch

¹¹⁵ H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, § 11, Rdn. 32; vgl. auch die Hinweise in Fn. 114.

¹¹⁶ Vgl. BVerwGE 39, 329 (336 f.); BVerwG, NJW 1978, 1539; vgl. auch BayVGH, BayVBl. 1959, 90 ff.; kritisch U. Steiner, in: W. Berg/F.L. Knemeyer/H.-J. Papier/U. Steiner, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1996, Rdn. 180; vgl. BGH, NJW 2002, 2645 ff. (2647), der das offen läßt.

¹¹⁷ BGH, NJW 2002, 2647.

¹¹⁸ BGH, NJW 2002, 2648; i.d.S. auch die ständige Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, etwa BayVGH, BayVBl 1959, 90 ff.; BayVGH. BayVBl 1976, 628 ff. (zur Wohnungsvermittlung).

auch im Rahmen der Schutzzwecklehre vertreten, daß, weil die Vorschrift explizit auf den "anderen" Bezug nimmt, dieses gemeindeunternehmensrechtliche Subsidiaritätsprinzip den jeweiligen anderen zu schützen bezweckt, also drittschützende Wirkung entfaltet¹¹⁹.

Das OLG Hamm¹²⁰ hat den drittschützenden Charakter einer dem Art. 87 Abs. 1 BayGO ähnlichen Vorschrift der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung (§ 107), wonach die Gemeinde nur, wenn ein "dringender öffentlicher Zweck" vorliegt, erwerbswirtschaftlich tätig werden dürfe, anerkannt. Legt man der Schutzzwecklehre diese Rechtsprechung zugrunde, könnten die Makler auch die Beachtung des Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO beanspruchen.

Kritik an der Schutzzwecklehre:

Die auf dem liberalistischen Dogma einer Trennung von Staat und Gesellschaft beruhende Schutzzwecklehre verneint ein allgemeines schützenswertes Interesse der Bürger an der allgemeinen Gesetzlichkeit. Sie verweist den Menschen auf seine besonderen Interessen¹²¹ und degradiert ihn zum Untertanen. Dies widerspricht dem republikanischen Verständnis von der politischen Freiheit des Bürgers. Die politische Freiheit gibt dem Bürger ein Recht auf allgemeine Gesetzlichkeit und darüber hinaus auf Rechtllichkeit allen staatlichen Handelns¹²².

bb) Betroffenheitslehre

Nach der Betroffenheitslehre *Wilhelm Henkes* genügt für die Entstehung eines subjektiven öffentlichen Rechts, daß die Verwaltung ein Gesetz verletzt, das die "eigenen Angelegenheiten" eines Einzelnen betrifft¹²³. Diese

¹¹⁹ Vgl. zu Art. 89 BayGO a. F.; *Ch. Sailer*, Ist die Kommunale Wohnungsvermittlung unzulässig?, BayVBl. 1974, S. 549 (551).

¹²⁰ Urteil vom 23.09.1997, Akz 4 U 99/97, GewArch 1998, 197 ff. = JZ 1998, 576 ff.

¹²¹ Kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 378 ff., 448 f., 930 ff.

¹²² Dazu grundlegend *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 153 ff., 175 ff., 253 ff., insbes. 325 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 97 ff., 107 ff.; *ders.*, Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, IHI-Schriften 9/1998, S. 22 ff.

¹²³ *W. Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 57 ff.; ähnlich *R. Bartlsperger*, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwA 1969, S. 35 (49).

Lehre geht in die richtige Richtung; denn sie verengt den Rechtsschutz nicht entgegen den Interessen der Betroffenen und genügt gleichzeitig der Idee der Klagebefugnis, Klagen in Angelegenheiten, welche die besonderen Interessen des Klägers nicht berühren (Popularklagen), aus prozeßökonomischen Gründen nicht zuzulassen. Insbesondere entgeht diese Lehre dem Vorwurf, der Rechtsschutz werde willkürlich (praetorisch) zugeteilt¹²⁴.

Die Errichtung des städtischen Wohnungsvermittlungsbüros macht den Maklern Konkurrenz. Sie haben Umsatzeinbußen zu erleiden. Die Makler wären durch eine rechtswidrige Anwendung des Art. 87 BayGO in ihren eigenen Angelegenheiten und auch eigenen Interessen betroffen. Nach der Betroffenheitslehre können sich demnach die Makler auf Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BayGO als subjektives Recht stützen.

cc) Allgemeines Recht auf Recht

Republikanisch konzipierter Rechtsschutz setzt kein subjektives Recht im herkömmlichen materiellen Sinne, das ein besonderes Interesse schützt, voraus. Rechtsschutz verdient jeder Bürger in seinem bürgerlichen Interesse auf Achtung aller objektiven Gesetze, weil deren Verletzung seine Freiheit mißachtet. Jedes Unrecht verletzt den allgemeinen Frieden. Daraus erwächst ein formales subjektives Recht auf Gesetzmäßigkeit allen staatlichen und kommunalen Handelns, ein allgemeines Recht auf Recht, auf Rechtlichkeit des gemeinsamen Lebens, das mit Rechtsschutz bewehrt ist und die (sogenannte) Popularklage rechtfertigt¹²⁵.

Danach haben die Makler erst recht ein einklagbares Recht auf Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen der Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BayGO.

Ergebnis:

Im Rahmen der Schutzzwecklehre lassen sich aus Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BayGO zumindest auch subjektive Rechte ableiten. Soweit die Schutz-

¹²⁴ K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff.

¹²⁵ R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, 1957, S. 328 ff.; i.d.S. auch H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 74; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 448 f., auch S. 378 f., 930 ff.; ders., Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff., insb. S. 52 ff.

zwecklehre den bürgerschützenden Charakter des Art. 87 Abs. 1 BayGO leugnet, ist diese jedoch abzulehnen. Sowohl nach der Betroffenheitslehre als auch nach der republikanischen Rechtslehre vom subjektiven Recht kann mit Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BayGO das subjektive und damit einklagbare Recht gegen eine Gemeinde begründet werden, eine rechtswidrige Unternehmung zu unterlassen und darum einen diese errichtenden Verwaltungsakt aufzuheben. Die Makler können sich somit auf diese Bestimmungen berufen.

III. Klagebefugnis

Der individuelle Rechtsschutz hängt in Deutschland (anders als etwa in Frankreich) davon ab, daß der Kläger in "seinen Rechten" verletzt ist. Für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage macht § 42 Abs. 2 VwGO die Zuständigkeit der Klage ausdrücklich davon abhängig, daß der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder aber durch dessen Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein (Klagebefugnis)¹²⁶. Diese Klagebefugnis soll wiederum, wie schon die Begrifflichkeit des Verwaltungsaktes, die Popularklage abwehren¹²⁷, d.h. das Volk von seinem Recht trennen und damit den Gesetzesvollzug entdemokratisieren.

Die Rechtsverletzung muß möglich sein oder anders gesagt, als möglich erscheinen (Möglichkeitslehre)¹²⁸. Nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO hängt der Erfolg der Anfechtungsklage davon ab, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Entsprechendes gilt nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO für die Verpflichtungsklage. Nach Praxis und herrschender Lehre muß der Kläger auch bei der allgemeinen Leistungsklage, obwohl eine entsprechende Regelung fehlt, (schlüssig) geltend machen, in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)¹²⁹.

¹²⁶ Dazu *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 59, 65 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 277 ff., 330 ff.

¹²⁷ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 59; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 277 ff.

¹²⁸ BVerwGE 75, 147 (148); *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 65 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 281.

¹²⁹ BVerwGE 17, 87 (91); 18, 154 (157); 36, 192 (199); 72, 226 (227); vgl. auch BVerwGE 95, 133 (134), "offensichtlich" und "eindeutig" keine Rechtsverletzung; *F. O.*

Es genügt also nicht, daß der Kläger lediglich vorträgt, eine staatliche Maßnahme sei rechtswidrig.

Für die Klagebefugnis genügt es, substantiiert darzulegen, daß eine Verletzung subjektiver Rechte möglich erscheint¹³⁰. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die städtische Wohnungsvermittlung gegen Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BayGO verstößt.

Exkurs: Verbandsklage

Fraglich ist, ob sich der Verband der Wohnungsmakler auf eigene Rechte stützen könnte.

Fraglos ist die Zulässigkeit einer Verbandsklage nur, wenn sie gesetzlich geregelt ist (z. B. § 13 UWG). Unproblematisch ist die Zulässigkeit auch, wenn sich ein Verband auf eigene verbandsspezifische Rechte (etwa Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG) beruft (egoistische Verbandsklage)¹³¹. Beides ist hier nicht der Fall. Die Zulässigkeit der sogenannten altruistischen Verbandsklage, mit der ein Verband Rechte der Verbandsmitglieder durchzusetzen versucht¹³², ist dagegen strittig.

aa) Die herrschende Meinung lehnt die altruistische Verbandsklage ab: Der Verband sei zwar gemäß Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig. Er mache aber Rechte der Makler und nicht eigene (verbandliche) Rechte geltend, etwa aus Art. 9 Abs. 1 und 3 GG. Danach gäbe es keine Klagebefugnis des Verbands zur Geltendmachung der Rechte der Makler, selbst wenn das deren Verbandszweck sei (Ablehnung der Prozeßstandschaft im Verwaltungsprozeß¹³³). Die Klage des Verbandes wäre danach unzulässig.

Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 42, Rd. 62; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 281.

¹³⁰ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 65 ff.

¹³¹ Zum Verbandsgrundrecht vgl. für Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) etwa BVerfGE 4, 96 (101 f.); 13, 174 (175); 19, 303 (312, 319); 28, 295 (304); 30, 227 (241); 50, 290 (354, 367); 84, 212 (224); 84, 372 (378); 92, 26 (38); BAG GS 20, 175 (210 f.); *K. A. Schachtschneider*, Grundrechtliche Aspekte freiberuflicher Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 158.

¹³² Vgl. BVerwGE 61, 334 (340 ff.); *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, vor § 40, Rdn. 26.

¹³³ *W. Schmidt Glaeser/D. Horn*, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl. 2000, Rdn. 170; sehr zurückhaltend BVerwGE 61, 334 (340 ff.).

bb) Nach einer anderen Meinung kann der Verband in Prozeßstandschaft im eigenen Namen Rechte der Mitglieder einklagen. Die Prozeßstandschaft gibt die Befugnis, fremde Rechte im eigenen Namen geltend zu machen¹³⁴. Sie gibt kein eigenes Recht im Sinne der Klagebefugnis¹³⁵.

cc) Von einer beachtlichen Auffassung in der Literatur wird die Verbandsklage als zulässig angesehen: Der Verband sei nichts anderes als die Summe der Makler, denen die genannten Rechte jeweils zustehen würden. Deshalb müsse sich auch der Verband darauf berufen können. Danach wäre der Verband klagebefugt¹³⁶. Diese Lehre vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil der Verein eine eigenständige (bei Eintragung juristische) Person ist, der die subjektiven öffentlichen Rechte nicht materiell übertragen werden können, weil sie Rechte der Makler in deren Konkurrenzverhältnis zur Stadt Nürnberg sind, welche mit ihrem Beruf, ihrem Unternehmen, untrennbar verbunden, also nicht übertragbar sind.

Republikanisch konzipiert ist eine Verbandsklage als ein Unterfall der Popularklage zu befürworten, weil sie der Durchsetzung des Rechts dient.

Zwischenergebnis:

Nur die Makler selbst sind klagebefugt.

IV. Weitere Sachurteilsvoraussetzungen

Das Vorverfahren nach § 68 ff. VwGO wurde durchgeführt. Es ist eine Sachentscheidungsvoraussetzung der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (nicht der allgemeinen Leistungsklage)¹³⁷. Über den Widerspruch (Widerspruchsbescheid) hat, weil die Stadt Nürnberg sich nicht entschlossen hat,

¹³⁴ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, vor § 40, Rdn. 24; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 232 f.

¹³⁵ Ablehnend auch BVerfGE 16, 147 (158), wonach Grundrechte nicht durch Rechtsgeschäft auf eine andere Person zur treuhänderischen Wahrnehmung übertragen und dann von dieser im eigenen Namen durch Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können.

¹³⁶ *E. Rehlinger*, Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht, ZRP 1976, 157 ff.

¹³⁷ Vgl. BVerwGE 31, 301 (304 f.); 40, 323 (328); zu den Gründen vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1955, S. 89 f.

das Büro zu schließen, die Regierung von Mittelfranken in Ansbach zu entscheiden (§ 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 119 Nr. 1, 110 S. 2 BayGO).

Die Widerspruchsfrist der §§ 70 Abs. 1 S. 1, 58 Abs. 2 VwGO, die ausnahmsweise ein Jahr betrug, weil der Makler keinen Bescheid über die Errichtung des Büros und damit keine Rechtsmittelbelehrung erhalten hatte, war eingehalten. Die Klagefrist beträgt nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO einen Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheides.

Sachlich und örtlich zuständig ist gemäß §§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO das Verwaltungsgericht Ansbach.

Die Klage gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, richtet sich gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen die Stadt Nürnberg (sogenannte Passivlegitimation¹³⁸).

Ergebnis:

Die Klage ist als Anfechtungsklage, mit dem Begehren, die Entscheidung des Wirtschaftsreferenten, eine städtische Wohnungsvermittlung zu betreiben, aufzuheben, zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn die Entscheidung der Stadt Nürnberg, eine Wohnungsvermittlung zu betreiben, rechtswidrig ist und der Makler M ein Recht darauf hat, daß Nürnberg es unterläßt, Wohnungen zu vermitteln, so daß er durch die Entscheidung für den Betrieb einer Wohnungsvermittlung in seinen Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Rechtsgrundlage

Alles staatliche Handeln muß in der (notwendig demokratischen) Republik wegen der Prinzipien des Vorbehalts und Vorrangs der Gesetze aus Art. 20 Abs. 3 GG auf einer gesetzlichen Ermächtigung, welche das gute Leben

¹³⁸ Vgl. K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Gewerbeuntersagung, S. 7 f. in Fn. 17.

aller in allgemeiner Freiheit verwirklicht, beruhen (ultra-vires-Lehre)¹³⁹. Dieses Gesetzlichkeitsprinzip gilt wegen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für Städte und Dörfer, die den Prinzipien des Republikanismus und damit des Rechts, aber deswegen auch denen des Demokratischen verpflichtet sind. Die Gesetze der Kommunen sind die Satzungen (Art. 23 BayGO). Diese sind (sollen jedenfalls sein) demokratisch durch die Bürgerschaft legitimiert¹⁴⁰. Wenn die Satzungen sich im Rahmen der Rechte der Kommunen zur Selbstverwaltung (Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV, Art. 28 Abs. 2 GG) bewegen, genügen sie dem Gesetzlichkeitsprinzip¹⁴¹. Die Praxis und herrschende Lehre verlangt für Handlungsbefugnisse der Kommunen, welche in den Schutzbereich von Grundrechten einzuwirken ermächtigen, eine Grundlage im staatlichen Gesetz (des Bundes oder des Landes oder auch der Europäischen Gemeinschaften)¹⁴². Breite und weite Ermächtigungen (wie die des Art. 87 BayGO) sollen genügen¹⁴³. Diese Beschränkung der Städte und Gemeinden mindert deren Recht zur Selbstverwaltung in den eigenen Angelegenheiten, mißachtet die eigenständige demokratische Legitimation der Körperschaften und damit die Willensautonomie der Bürger der Gemeinde. Freilich müssen die Kommunen den Vorrang der Gesetze der Europäischen Union, des Bundes und des Landes achten, weil ihre Selbstverwaltung nur "im Rahmen der Gesetze" gewährleistet ist (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG), aber in deren Rahmen, den der Gesetzgeber nicht zu eng ziehen darf (unantastbarer Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung)¹⁴⁴, dürfen

¹³⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 22, 265 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 108 ff., 115 ff.; vgl. BGHZ 20, 119 (122 ff.); auch BVerfG, NJW 1982, 2173 (2175).

¹⁴⁰ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 254 ff.; vgl. mit anderer Tendenz BVerfGE 73, 118 (191); 83, 37 (57); auch BVerfGE 65, 282 (289).

¹⁴¹ BVerfGE 33, 125 (158 ff.); 76, 171 (184 f.); BVerwGE 90, 359 (361 f.); M. Sachs, in: K. Stern, Staatsrecht III, 2, 1994, S. 453 f.; F. Ossenbühl, Satzung, HStR, Bd. III, 1988, § 66, Rdn. 28 f.

¹⁴² BVerfGE 33, 125 (158 ff.); 76, 171 (184 ff.); BVerwGE 90, 359 (361 f.); i.d.S. M. Sachs, in: K. Stern, Staatsrecht III, 2, S. 453 ff.; F. Ossenbühl, Satzung, HStR, Bd. III, § 66, Rdn. 28 f.

¹⁴³ M. Sachs, in: K. Stern, Staatsrecht III, 2, S. 454; F. Ossenbühl, Satzung, HStR, Bd. III, § 66, Rdn. 28 f.; i.d.S. BVerfGE 33, 125 (158 ff.); 76, 171 (184 f.); vgl. auch BVerwGE 90, 359 (361 f.).

¹⁴⁴ BVerfGE 1, 167 (174); 11, 266 (274); 17, 172 (182); 21, 117 (129 f.); 23, 353 (367 ff.);

die Kommunen in ihren Angelegenheiten agieren; denn ihre Bürger sind frei. Es gibt aber keine Allzuständigkeit des Staates, wie des Bürgers als Privatem, in jeder Weise zu handeln, soweit ihm das die Gesetze nicht verbieten, wenn sie, der Staat oder die Kommune, im Bereich des Privatrechts verbleiben (extreme Fiskusdoktrin); denn weder der Staat noch die Kommunen haben eine private Existenz¹⁴⁵. Ein Gesetz oder eine Satzung sind jeweils Voraussetzung rechtmäßigen Verwaltungshandelns.

Die gesetzliche Ermächtigung für unternehmerische Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden findet sich in Art. 87 BayGO. Fraglich ist, ob dem Betrieb eines Unternehmens zusätzlich eine Satzung der Gemeinden zugrunde liegen muß, die nach dem Sachverhalt nicht beschlossen ist.

II. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 BayGO

Art. 87 BayGO regelt die unternehmerische Betätigung der Gemeinden nur als Ausnahmetatbestand. Nur wenn alle Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 BayGO vorliegen, darf die Stadt Nürnberg das Wohnungsvermittlungsbüro errichten und betreiben¹⁴⁶.

1. Unternehmen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Art. 86 BayGO

a) Rechtsform

Art. 87 BayGO ermächtigt die Gemeinde zur Errichtung von Unternehmen. Art. 86 BayGO nennt abschließend die Rechtsformen, in denen "Unternehmen außerhalb der allgemeinen Verwaltung" betrieben werden können, nämlich

aa) den Eigenbetrieb,

bb) das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts oder

cc) Unternehmen in den Rechtsformen des Privatrechts.

Die Nürnberger Wohnungsvermittlung wird als Eigenbetrieb geführt.

26, 172 (180); 38, 258 (278 f.); 50, 50 (55 f.); vgl. auch BVerfGE 79, 127 (143 ff.); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 259 ff.

¹⁴⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 265 f., auch S. 22; ; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 184 ff.; insb. BGHZ 20, 119 (122 ff.).

¹⁴⁶ Vgl. OLG Hamm GewArch 1998, 197 f.; vgl. auch BayVGh, BayVBl 1976, 628 ff.

Exkurs: Eigenbetrieb

aa) Eigenbetriebe sind wirtschaftliche Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit¹⁴⁷. Verantwortlicher Unternehmer und Rechtsträger ist die Gemeinde selbst. Art. 88 Abs. 1 BayGO lautet: "Eigenbetriebe sind gemeindliche Unternehmen, die außerhalb der allgemeinen Verwaltung als Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt werden". Hierin unterscheiden sich die Eigenbetriebe von den sogenannten Regiebetrieben, die innerhalb der allgemeinen Verwaltung bleiben, ohne Sondervermögen zu sein. Weil Art. 86 BayGO sie nicht nennt, sind sie keine Unternehmensform im Sinne des Art. 87 BayGO, obwohl es eine Vielzahl von Regiebetrieben gibt.

bb) Seit 1995 dürfen Gemeinden (abgesehen von der Gründung von Sparkassen) selbständige Kommunalunternehmen (Anstalten) des öffentlichen Rechts gründen¹⁴⁸.

cc) Als Rechtsformen des Privatrechts, in denen eine Gemeinde nach Art. 86 BayGO Unternehmen betreiben darf, kommen etwa die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Aktiengesellschaft, die offene Handelsgesellschaft oder die Kommanditgesellschaft in Betracht.

b) Unternehmensbegriff

aa) Organisatorische Einheit

Begriffsmerkmal des Unternehmens ist zunächst eine auf Dauer angelegte eigenständige organisatorische Einheit¹⁴⁹ (nicht notwendig rechtliche Selbständigkeit, z. B. Eigenbetrieb, Art. 86 Nr. 1 BayGO).

Die Stadt hat ein Büro eingerichtet. Die von ihr betriebene kommunale Wohnungsvermittlung ist eine Einrichtung der Gemeinde (vgl. Art. 21 BayGO). Sie verfügt über eine organisatorische Ausgestaltung, die auf Dauer angelegt ist und eine organisatorische Einheit bildet. Nach dem

¹⁴⁷ BayVGH BayVBl. 1983, 498 (499); vgl. *G. Püttner*, Öffentliche Unternehmen, S. 60 f.

¹⁴⁸ Dazu *B. E. Beck*, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht, S. 70 ff., 83 ff.

¹⁴⁹ *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1. Aufl. 1969, S. 56 f., 61; kritisch *V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 60 ff., 184 f.

Sachverhalt betreibt Nürnberg die Wohnungsvermittlung als Eigenbetrieb.

bb) Unternehmen als wirtschaftliche Tätigkeit

Der materielle Unternehmensbegriff beschreibt das Unternehmen in empirischer Anlehnung an private Unternehmen als Zusammenfassung sachlicher und personeller Produktionsfaktoren zum Zwecke gewerblicher Tätigkeit¹⁵⁰. Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff ist das Handeln auf dem Markt entscheidend, die Teilnahme am Wirtschaftsleben¹⁵¹ oder die gewerbliche Verwertung von Leistungen¹⁵². Der Begriff "wirtschaftlich" wird als die Wertschöpfung durch die Erzeugung von oder den Handel mit Waren oder durch Dienstleistungen (nicht reine Eigenbedarfs- und Hilfsbetriebe) verstanden¹⁵³.

Die Stadt betreibt die Wohnungsvermittlung als Dienstleistung und begibt sich zu den Maklern in Konkurrenz. Sie nimmt insoweit am Wirtschaftsleben teil. Die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder die wirtschaftliche Tätigkeit ist indes kein spezifisches Kriterium des Unternehmens. Jede Tätigkeit des Staates hat eine haushaltliche Seite (Kosten) und ist Wirtschaften. Immer gilt das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Art. 114 Abs. 2 GG, § 6 Abs. 1 HaushaltsgrundsätzeG). Deshalb ist aber nicht alles Handeln des Staates unternehmerische Tätigkeit. Das Kriterium des Wirtschaftens ist ungeeignet, staatliche oder kommunale Tätigkeit danach zu differenzieren, ob sie Verwaltung oder Unternehmung ist¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Zum materiellen Unternehmensbegriff *G. Pittner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 26 ff.; ähnlich *V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 50 ff., 55 f.; *P. Badura*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit besonderer Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen, ZHR 146 (1982), S. 448 f.; vgl. weitere Hinweise bei *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 292 ff.

¹⁵¹ EuGH v. 12.12.1974 - Rs. 36/74 Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg. 1974, 1405 (1418); *G. Pittner*, Öffentliche Unternehmen, S. 61; vgl. *R. Scholz*, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), 97 (125 ff.); kritisch *K. A. Schachtschneider*, Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des "öffentlichen Unternehmens" als Verfassungsproblem, in Vorbereitung.

¹⁵² Vgl. *A. Bleckmann*, Europarecht, 5. Aufl. 1990, Rdn. 1295.

¹⁵³ Zu § 98 Abs. 1 GWB *G. Pittner*, Öffentliche Unternehmen, S. 47; dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 294 ff.

¹⁵⁴ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 295 ff.; *K. A. Schacht-*

(Wirtschaftliche) Unternehmen der Gemeinden werden auch dahingehend umschrieben, daß es sich um solche Einrichtungen der Gemeinde handle, die auch ein privater Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betreiben könnte¹⁵⁵. Das Kriterium ist unergiebig, weil, was der Staat macht, auch Private machen können; denn es sind allemal Menschen, die handeln. Es geht darum, wer handeln darf. Das ist eine Frage der Gesetze. Der Begriff des Staatlichen ist formal und wird durch die Gesetze materialisiert¹⁵⁶.

Zu den öffentlichen Unternehmen werden u. a. die erwerbswirtschaftlichen Unternehmen gezählt, deren Zweck es ist, Überschüsse für einen öffentlichen Haushalt zu erwirtschaften und nebenher andere öffentliche Bedürfnisse zu befriedigen. Sie handeln grundsätzlich nur fiskalisch, d. h. privatrechtsmäßig. Staatliche Unternehmen sollen auch Unternehmen der Daseinsvorsorge sein, deren Zweck primär die Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse von öffentlichem Interesse ist. Sie sollen in der Regel soviel Überschuß erwirtschaften, daß das Eigenkapital marktgerecht verzinst wird. Sie werden nach kaufmännischen Gesichtspunkten geführt (Art. 95 Abs. 1 BayGO). Der Zweck, Überschüsse zu erzielen, also die Gewinnmaxime, steht aber dem Staat nicht zu. Ein solcher Zweck ist regelmäßig verfassungswidrig. Die Gewinnmaxime ist privattypisch¹⁵⁷. Das hat Art. 87 S. 2 BayGO aufgegriffen. Zur unternehmerischen Betätigung des Staates werden aber auch Unternehmungen, wie Bibliotheken und Krankenhäuser, gerechnet, die keinen erwerbswirtschaftlichen, sondern nur einen gemeinwirtschaftlichen (gemeinnützigen) Zweck haben, selbst wenn sie Überschüsse

schneide, Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des "öffentlichen Unternehmens" als Verfassungsproblem, in Vorbereitung.

¹⁵⁵ BVerwGE 39, 329 (333); *E. Schmidt-Jortzig*, Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, 2. Aufl. 1980, S. 88; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S 310 ff.

¹⁵⁶ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 261 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 370 ff., auch S. 211 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 35 ff.

¹⁵⁷ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff., 317 ff.; *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 327 f.; vgl. i.d.S. BVerfGE 61, 82 (100 ff.); BGHZ 82, 375 (381 ff.); auch *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1. Aufl. 1969, S. 200 ff.

erwirtschaften¹⁵⁸.

Der Staat reguliert die Wirtschaft. Er ist dadurch an der Wirtschaft beteiligt, aber er handelt nicht wie ein Privatunternehmer, weil er sich nicht dem Markt und damit dem Risiko der Insolvenz aussetzen darf¹⁵⁹. Das städtische Wohnungsvermittlungsbüro wird personell und sächlich aus dem Haushalt der Stadt, also letztlich durch die Steuermittel der kommunalen Allgemeinheit, finanziert. Nürnberg handelt damit nicht wirtschaftlich im eigentlichen Sinn. Versteht man Wirtschaftlichkeit im eigentlichen Sinn der Privatheitlichkeit als eine Voraussetzung des Unternehmensbegriffs¹⁶⁰, kann es begrifflich keine öffentlichen, sondern nur private Unternehmen geben. Der Staat darf sich nicht privatisieren, weil er einmal kein eigentlich Privater ist und weil er es in der Republik wegen des demokratischen Prinzips auch nicht sein darf¹⁶¹.

Der Begriff des Unternehmens darf allerdings nicht nur allgemein, sondern muß zunächst im Rahmen der Vorschriften der Art. 86 ff. BayGO entfaltet werden, weil deren Voraussetzungen geprüft werden. Auch die Aufzählung der zulässigen Rechtsformen in Art. 86 BayGO erfordert einen gesetzesimmanenten Unternehmensbegriff.

Ergebnis:

Das Kriterium "wirtschaftlicher Betätigung" ist kein hinreichend spezifisches Merkmal, um den Begriff des Unternehmens allgemein und insbesondere im Sinne der Art. 86 ff. BayGO, die offensichtlich von der Existenz öffentlicher Unternehmen ausgehen, zu erfassen. Dies wird dadurch bestätigt, daß Art. 87 BayGO n.F. den Zusatz "wirtschaftlich" (anders als Art. 89 BayGO a.F.) nicht mehr enthält.

¹⁵⁸ G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 4.

¹⁵⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 316 ff., 334 ff.

¹⁶⁰ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 394 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 286 ff.; ders., Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 419 ff.

¹⁶¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 261 ff.; ders., Res publica res populi, S. 51, 1119; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 220 ff.

cc) Gewinnerzielungsabsicht

Ob der Unternehmensbegriff Gewinnerzielungsabsicht bei der unternehmerischen Betätigung voraussetzt, ist strittig¹⁶². In der Marktwirtschaft ist die Gewinnerzielung der regelmäßige Zweck eines Unternehmens. Fraglich ist bereits, ob die Stadt Nürnberg die Wohnungsvermittlung mit Gewinnerzielungsabsicht betreibt. Die übliche Maklerprovision beträgt in der Regel zwei Monatsmieten. Für ihre Dienstleistung verlangt die Stadt Nürnberg als Preis nur einen Bruchteil der Maklerprovision. Damit liegt sie weit unter den in der Privatwirtschaft auf Gewinn kalkulierten Maklervergütungen. Selbst wenn diese teilweise überhöht sein sollten, liegen die Gebühren der Stadt so niedrig, daß damit keine Gewinne im Sinne eines Überschusses der Einnahmen über den Ausgaben nach Abzug aller Kosten erzielbar sind. Es können damit nicht einmal die Kosten gedeckt werden; denn diese müssen aus dem Haushalt der Stadt finanziert werden. Verbleibende "Überschüsse" sind keine Gewinne im wirtschaftlichen Sinn. Das städtische Wohnungsvermittlungsbüro wäre somit kein Unternehmen im marktwirtschaftlichen Sinn, wenn der Unternehmensbegriff eine Gewinnerzielungsabsicht einbezieht. Die Gewinnerzielung ist zwar betriebswirtschaftlich notwendig, wenn ein Unternehmen seinen Bestand wahren will, nicht aber rechtlich, weil Überschuldungen aus Drittmitteln alimentiert werden können. Kriterium eines Unternehmens ist die Privatheitlichkeit wirtschaftlicher Betätigung, nicht die Gewinnerzielung.

Es ist jedoch fraglich, ob Art. 87 BayGO ein so definiertes Unternehmen voraussetzt und überhaupt in einer Republik eine staatliche oder kommunale Betätigung als ein solches Unternehmen definieren darf. Die Gewinnerzielungsabsicht widerspricht nämlich regelmäßig der Pflicht der Stadt, in ihrem Wirkungsbereich das Gemeinwohl zu verwirklichen (Art. 1, Art. 6, Art. 57 BayGO). Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, daß "rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen", die nur den Zweck der Gewin-

¹⁶² Vgl. *F. Rittner*, Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, 1979, S. 133; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff.; *ders.*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 457 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, S. 15 f.

nerzielung haben, "den Gemeinden untersagt" seien¹⁶³. Die Gewinnerzielungsabsicht als Begriffsmerkmal kommunaler Unternehmen wird daher mit der Begründung verneint, die Gemeinden müßten Gemeinwohlzwecke erfüllen¹⁶⁴. Daß die Art. 86 ff. BayGO keine Gewinnerzielungsabsicht für die dort geregelten Unternehmen voraussetzen, wird aus diesen Bestimmungen deutlich. Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO verneint den öffentlichen Zweck des Unternehmens i.S. des Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO, wenn das Unternehmen nur Gewinnerzielung beabsichtigt. Art. 94 BayGO a.F., wonach die wirtschaftlichen Unternehmen einen Ertrag für den Gemeindehaushalt abwerfen mußten, ist gestrichen worden.

Zwischenergebnis:

Die fehlende und untersagte Gewinnerzielungsabsicht nimmt der kommunalen Wohnungsvermittlung nicht ihren Charakter als "Unternehmen" i.S. des Art. 87 BayGO.

dd) Privatheitlichkeit

Herkömmlich wird der Begriff des Unternehmens als privatrechtliche Kategorie verstanden, was dessen Anwendbarkeit auf Verwaltungstätigkeiten ausschließt, jedenfalls wenn diese öffentlich-rechtlich durchgeführt werden¹⁶⁵.

Wesentliches Kriterium eines Unternehmens ist dessen Privatheit. Alle Betätigungen von Privaten sind Unternehmungen im weiteren Sinne. In engerem Sinne sind es nur die privaten Betätigungen, die dem privatheitlichen Wirtschaftsrecht, insbesondere dem Handels- und Gesell-

¹⁶³ BVerfGE 61, 82 (107); ebenso BVerwGE 39, 329 (333 f.); i. d. S. OLG Hamm, JZ 1998, 577; dazu i.d.S. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff.; W. Berg, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates als Verfassungsproblem, GewArch. 1990, S. 225 ff., 228; W. Riefner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, 1988, § 80, Rdn. 19.

¹⁶⁴ F.-L. Knemeyer, Kommunalrecht, 8. Aufl. 1994, Rdn. 255; U. Steiner, in: W. Berg/F.-L. Knemeyer/H.-J. Papier/U. Steiner, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl. 1996, Rdn. 171; vgl.: EuGH v. 18.6.1975 - Rs 94/74 IGAV/ENCC, Slg. 1975, 699 (713). Der Begriff des öffentlichen Unternehmens i.S. des Art. 90 EGV wird nicht mit einem Erwerbszweck, sondern mit der Ausrichtung auf das öffentliche Interesse verbunden.

¹⁶⁵ Vgl. BGHZ 36, 91 (101 ff.); siehe K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 92, Fn. 385 m.N.

schaftsrecht und dem Wettbewerbsrecht, unterfallen¹⁶⁶. Die Maxime der Gewinnerzielung ist typisch die der privaten Unternehmer, die des Staates ist die Verwirklichung des Gemeinwohls durch den Vollzug der Gesetze. Das ist staatliche Verwaltung¹⁶⁷. Ein Handeln der Verwaltung "außerhalb der allgemeinen Verwaltung" (vgl. Art. 86 BayGO) darf es in der Republik als Staat der Freiheit und des Rechts nicht geben. Der Staat darf nicht unternehmerisch, d. h. willkürlich, handeln wie ein privater Unternehmer. Der Begriff des "staatlichen Unternehmens" ist ein Widerspruch in sich¹⁶⁸. Sogenannte staatliche Unternehmen sind Verwaltung¹⁶⁹.

Wie aus Art. 86 BayGO deutlich wird, setzt der Gesetzgeber für das kommunale Unternehmen Privatheit jedoch nicht voraus. Er regelt somit spezielle kommunale Verwaltungen ohne eigentlichen, nämlich privatheitlichen, Unternehmenscharakter.

Zwischenergebnis:

Weil die Wohnungsvermittlung der Stadt nicht privatheitlich, insbesondere nicht auf Gewinnerzielung, gerichtet ist und dies auch nicht sein darf, ist sie kein Unternehmen im engeren privatheitlichen Sinne. Sinn und Zweck des Art. 87 BayGO verlangen weder Privatheit noch Gewinnerzielungsabsicht für ein gemeindliches Unternehmen. Die Vorschrift hätte sonst keinen Sinn. Unternehmungen im Sinne des Art. 87 BayGO sind somit besondere Verwaltungen.

¹⁶⁶ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., insb. S. 357 ff.

¹⁶⁷ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 357 ff.; ders., Res publica res populi, S. 1119; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 142 f.; ders., Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 420 f.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 159 ff.

¹⁶⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 283 ff., 291 ff.; ders., Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ als Verfassungsproblem.

¹⁶⁹ H. Krüger, Das Staatsunternehmen - Ort und Rolle in der Marktwirtschaft, ZBR 1979, 157 ff.; ders., Allgemeine Staatslehre, S. 604 ff.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 357 ff.; ders., Res publica res populi, S. 1119; ders., Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 420 f.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.; B. E. Beck, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht, S. 44 ff.

ee) Kostendeckung

Weil das Wohnungsvermittlungsbüro sächlich und personell aus Mitteln der Stadt finanziert wird, ist es nicht auf Kostendeckung angelegt. Fraglich ist, ob auch ein Unternehmen i. S. d. Art. 87 BayGO wenigstens auf Kostendeckung ausgerichtet sein muß. Die Gemeinden dürfen Kosten verursachen, wenn das durch den mit der Betätigung verfolgten Zweck gerechtfertigt ist. Art. 95 Abs. 1 BayGO lautet:

"Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen sind unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze und des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit so zu führen, daß der öffentliche Zweck erfüllt wird. Entsprechendes gilt für die Steuerung und Überwachung von Unternehmen in Privatrechtsform, an denen die Gemeinde mit mehr als 50 v. H. beteiligt ist; bei einer geringeren Beteiligung soll die Gemeinde darauf hinwirken".

Durch Art. 95 Abs. 1 BayGO wird deutlich, daß die Verwirklichung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens im Vordergrund steht. Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie betriebswirtschaftliche Grundsätze, wozu auch der Grundsatz der Kostendeckung gehört, sind Maximen für die Führung des kommunalen Unternehmens. Nach dem Sinn der Vorschriften über kommunale Unternehmen in der BayGO ist somit Kostendeckung zwar Pflicht der kommunalen Unternehmen, nicht aber deren Begriffsmerkmal.

Zwischenergebnis:

Das städtische Wohnungsvermittlungsbüro ist zwar kein Unternehmen im eigentlichen Sinne, aber ein Unternehmen im Sinne des Art. 87 BayGO, also eine Unternehmen genannte kommunale Verwaltung.

2. Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO

Nach Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO (eine der Nachfolgevorschriften des § 67 Deutsche Gemeindeordnung 1935) darf eine Gemeinde ein Unternehmen im Sinne des Art. 86 BayGO nur errichten, wenn "ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert"¹⁷⁰. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gemeinde mit dem Unternehmen gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufga-

¹⁷⁰ Dazu *B. E. Beck*, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht, S. 63 ff.

ben gemäß Art. 83 Abs. 1 BV und Art. 57 BayGO erfüllt.

a) Öffentlicher Zweck

Das Kriterium des "öffentlichen Zwecks" hat nur eine die Befugnisse der Gemeinden begrenzende und damit rechtliche Wirkung, wenn der Begriff des öffentlichen Zwecks hinreichend materialisierbar ist. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Errichtung von Wohnungsvermittlungsunternehmen, in deren Vollzug der öffentliche Zweck läge, gibt es nicht. Daraus, daß Art. 89 Abs. 3 BayGO a.F., der die Wohnungsvermittlung explizit nannte, gestrichen worden ist, kann wegen des weiten Tatbestandes des Art. 87 BayGO, der zumindest nach dem Wortlaut auch die Wohnungsvermittlung erfaßt, nicht angenommen werden, gemeindliche Wohnungsvermittlung sei nunmehr verboten. Art. 83 Abs. 1 BV nennt beispielhaft Aufgaben des eigenen Wirkungskreises. Dazu zählen auch der Wohnungsbau und die Wohnungsaufsicht, nicht aber die Wohnungsvermittlung. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß die Wohnungsvermittlung aus den Aufgaben der Gemeinden ausgeschlossen ist. Weil die Aufzählung mit "insbesondere" eingeleitet wird, kann und muß daraus gefolgert werden, daß diese nicht abschließend ist. Nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV haben die Gemeinden das Recht, ihre "eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten". Nach Art. 57 BayGO sollen die "Gemeinden in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen und erhalten, die nach den örtlichen Verhältnissen für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl und die Förderung des Gemeinschaftslebens ihrer Einwohner erforderlich sind". Daran schließt sich erneut eine beispielhafte Aufzählung an, welche die Wohnungsvermittlung nicht nennt. Aufgrund des Wörtchens "insbesondere" und der weiten Formulierung in Satz 1 kann auch diese Liste nicht als abschließend oder die Wohnungsvermittlung ausschließend angesehen werden; denn eine gemeindliche Wohnungsvermittlung kann das soziale und wirtschaftliche Wohl fördern. Der öffentliche Zweck ist soweit Sache der Satzung der Gemeinde, wie allgemein die Staatlichkeit durch Gesetze materialisiert wird und werden muß, weil die staatliche die private Lebensbewältigung zurückdrängt und damit das verfassungsrangige Privatheitsprinzip¹⁷¹ einschränkt¹⁷². Wenn

¹⁷¹ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 386 ff.; ders., Freiheit in der

somit der Betrieb eines Gemeindeunternehmens nicht Vollzug eines Gesetzes ist, muß der öffentliche Zweck wegen des Grundsatzes der Privatheit der Lebensbewältigung durch Gemeindegliederung begründet sein. Daraus folgt, daß Nürnberg die städtische Wohnungsvermittlung durch Satzung des Rates hätte beschließen müssen. Das ist nach dem Sachverhalt nicht geschehen, so daß die Entscheidung des Wirtschaftsreferenten sowie der Betrieb der Büros zur Wohnungsvermittlung rechtswidrig sind.

b) Erforderlichkeit kommunaler Zweckverwirklichung

Der öffentliche Zweck muß im übrigen das Unternehmen "erfordern". Der Begriff "erfordern" verweist auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, insbesondere auf das Kriterium der Erforderlichkeit¹⁷³. Danach ist eine staatliche Maßnahme nur erforderlich, wenn der gleiche Zweck, nämlich die Wohnungsvermittlung, nicht anders, nämlich privat, oder mit milderen, ebenso geeigneten Mitteln erreicht werden kann. Mit dem Kriterium der Erforderlichkeit für einen öffentlichen Zweck ist bereits das gemeindeunternehmensrechtliche Subsidiaritätsprinzip¹⁷⁴ ausgesprochen, das in Ziffer 4 des Art. 87 Abs. 1 BayGO expliziert wird. Der Wortlaut zwingt nicht zu der Interpretation, daß der Begriff der Erforderlichkeit für einen öffentlichen Zweck die unternehmerische Agenda der Gemeinden im Sinne des Subsidiaritätsprinzips begrenzt. Eine wortlautmäßige Lesweise ist mit der Notwendigkeit, Art. 87 BayGO im Sinne der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 20 Abs. 2 GG jedenfalls verfassungskonform im Sinne des Grundsatzes und Vorrangs der privaten Lebensbewältigung (Privatheitsprinzip) und des Verbots staatlicher privatistischer Betätigung auszule-

Republik, S. 272 ff., *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.; genauer *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, Manuskript 2002, S. 61 ff.; *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff., 261 ff.; vgl. auch *ders.*, Das Sozialprinzip, 1974, S. 62 ff.; *W. Riefner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, § 80, Rdn. 16.

¹⁷² *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff., 253 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 386 ff.

¹⁷³ Dazu grundlegend *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, insb. S. 151 ff., 211 ff.

¹⁷⁴ Zum Subsidiaritätsprinzip allgemein *K. A. Schachtschneider*, Das Sozialprinzip, 1974, S. 62 ff.; weitere Hinweise in Fn. 162, 173.

gen, nicht vereinbar¹⁷⁵. Die gemeindliche Unternehmung muß somit für die Lebensbewältigung in der Kommune erforderlich sein. Trotz eines erheblichen Erkenntnispielraums im Rahmen dieses Subsidiaritätsprinzips¹⁷⁶ ist diese Erforderlichkeit entgegen der kommunalrechtlichen Praxis¹⁷⁷ judiziabel, also eine rechtsschutzfähige Rechtsfrage¹⁷⁸. Das Subsidiaritätsprinzip ist in allen Bereichen nicht nur Zweckmäßigkeits-, sondern Rechtsfrage¹⁷⁹. Dabei sind freilich die sozialpolitischen Zwecke, die der Staat oder die Gemeinde verfolgen, zu berücksichtigen. Wohnungssuchende haben die Möglichkeit, ihre Wohnung selbst, etwa per Zeitungsannonce oder per Internet, oder mit Hilfe von privaten Maklern zu suchen. Das ist die private Lebensbewältigung. Unzumutbare Kosten werden dadurch nicht verursacht. Eine besondere Wohnungsknappheit oder unannehmbare Maklercourtagen, verbunden mit einem Vermittlungsmonopol der Makler, Umstände, welche ein gemeindliches Unternehmen zum Zwecke der Versorgung der Bevölkerung mit Wohnungen rechtfertigen könnten, sind derzeit auf dem Wohnungsmarkt nicht zu verzeichnen. Ein öffentlicher Zweck, der eine städtische Wohnungsvermittlung erfordern würde, ist somit nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als die städtische Wohnungsvermittlung nicht kostendeckend arbeitet und so den städtischen Haushalt belastet, was dem Grundsatz

¹⁷⁵ Dazu genauer unter III,3.

¹⁷⁶ E. Schmidt-Jortzig, Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, in: G. Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 2. Aufl. 1984, S. 50 ff. (62); K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 390 f.

¹⁷⁷ BayVGH, BayVBl 1959, 90 f.; BayVGH, BayVBl 1976, 628 ff.; OVG Münster NVwZ 1986, 1045 ff.; mit anderer Tendenz OLG Hamm, JZ 1998, 577 ff.; VGH Mannheim, NJW 1984, 251 ff.; vgl. auch BVerwGE 39, 329 (330 ff.); vgl. auch (für Art.72 Abs. 2 GG a.F.) BVerfGE 2, 213 (224 f.); 13, 230 (233 f.).

¹⁷⁸ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 386 ff., insb. S. 390 f., auch S. 978 ff. zur Judiziabilität der praktischen Vernunft; ders., Freiheit in der Republik, S. 272 ff., 286 ff.; vgl. auch ders., Das Sozialprinzip, S. 62 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 146 ff.; vgl. auch G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 132 f.

¹⁷⁹ H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 327 f., 897; grundlegend J. Isensee, Subsidiarität und Verfassungsrecht, 1986, S. 215 f., 313 ff.; K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip, S. 62 ff.; ders., Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 272 f. mit Fn. 184, S. 317 ff. mit Fn. 182; ders., Res publica res populi, S. 386 ff.; vgl. auch BVerfGE 28, 245 (248); BVerfG, NJW 1982, 2173 (2175); BGH, NJW 2002, 2645 ff. (2647 f.).

sparsamer Haushaltsführung und damit den Verpflichtungen aus Art. 95 Abs. 1 BayGO zuwiderläuft.

Zwischenergebnis:

Die städtische Wohnungsvermittlung verstößt aus doppeltem Grunde gegen Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO, zum einen weil der öffentliche Zweck nicht durch Satzung Nürnbergs begründet und zum anderen weil eine städtische Wohnungsvermittlung in der gegenwärtigen Lage des Wohnungsmarktes nicht erforderlich ist. Die Makler können sich auf den Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO auch berufen (s. o. zu A III).

3. Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO

Das in Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO geregelte Subsidiaritätsprinzip schließt die Errichtung einer gemeindlichen Unternehmung aus, wenn "bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann". Ein "anderer" bezieht sich auch auf private Unternehmer¹⁸⁰. In diesem Fall sind das die Makler.

Das Subsidiaritätsprinzip, auf das sich die Makler berufen können (s. o. zu A III), greift nach dem Text des Gesetzes nur "außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge". Fraglich ist demnach, ob die kommunale Wohnungsvermittlung "Daseinsvorsorge" ist. Der Begriff der Daseinsvorsorge¹⁸¹ wird in der Gemeindeordnung nicht definiert. Er versteht sich auch nicht aus sich selbst heraus¹⁸² und entzieht sich einer materialen Bestimmung. Er umfaßt die gesamte Lebensbewältigung und ist damit ohne materiale Aussagekraft¹⁸³. Jedenfalls würde ein bestimmtes materiales Verständnis der Da-

¹⁸⁰ I.d.S. BGH, NJW 2002, 2647 f.

¹⁸¹ Grundlegend E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 5 f.; ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 22 ff.; vgl. K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 201 f., 348 f.; dazu B. E. Beck, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht, S. 281 ff.

¹⁸² Kritisch zum Begriff der Daseinsvorsorge H. Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1976, S. 68 ff.; vgl. auch W. Riefner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, § 80, Rdn. 51.

¹⁸³ Vgl. i.d.S. W. Riefner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, § 80, S. 1055, Rdn. 51.

seinsvorsorge das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht (Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV, Art. 28 Abs. 2 GG) in unzulässiger Weise einengen. Wesentlicher Gehalt der kommunalen Selbstverwaltung ist es nämlich, daß sich die Gemeinde, soweit keine anderweitige ausschließende Aufgabe und Befugnis besteht, durch Beschluß der Gemeindevertretung (Gemeinderat/Stadtrat) jederzeit im Interesse ihrer Einwohner neuer Aufgaben annehmen kann. Dies ist die Allzuständigkeit der Gemeinde (vgl. Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 6 BayGO), die den Kernbereich der Selbstverwaltung ausmacht¹⁸⁴. Somit ist der Begriff der Daseinsvorsorge formal zu verstehen¹⁸⁵. Daseinsvorsorge ist nichts anderes als die Bemühungen des Staates oder der Stadt in ihrem Wirkungsbereich, das *bonum commune*, das allgemeine Wohl (vgl. Art. 57 BayGO)¹⁸⁶, das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit¹⁸⁷, zu sichern. Zugrundegelegt wird dabei nicht etwa nur ein sozialer Mindeststandard, sondern der einer guten Lebensführung¹⁸⁸. Eine solche ist von den Maßstäben der Sozialleistung begrifflich zu unterscheiden¹⁸⁹.

In einem freiheitlichen Gemeinwesen ist Daseinsvorsorge, d. h. die allgemeine Lebensbewältigung, zunächst Aufgabe der Bürger in deren Privatheit. Um die allgemeine Freiheit zu verwirklichen, muß der Staat jedoch allgemeine Gesetze geben¹⁹⁰. Diese müssen die private Lebensbewältigung ermöglichen. Soweit der Staat nicht nur die Rahmenbedingungen privaten Lebens schafft, sondern selbst Leistungen zur Daseinsvorsorge erbringt,

¹⁸⁴ K. Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 412; F. L. Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 8. Aufl. 1994, S. 56 ff.; K. Waechter, Kommunalrecht, 2. Aufl. 1995, Rdn. 526, 529; B. E. Beck, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht, S. 161 ff.; vgl. auch BVerfGE 11, 266 (275 f.); 21, 117 (128 ff.); auch BVerfGE 79, 127 (148 f.).

¹⁸⁵ I.d.S. BVerfGE 79, 127 (143 ff.); K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 201 f., 348 f.

¹⁸⁶ Vgl. N. Achternberg/G. Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 1992, S. 41, Rdn. 88; K. Waechter, Kommunalrecht, S. 298 ff.

¹⁸⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 299 ff., 350 ff., 573 ff., 625 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 117 ff., 202 ff.

¹⁸⁸ W. Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, § 80, Rdn. 24.

¹⁸⁹ W. Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, § 80, Rdn. 24.

¹⁹⁰ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 374 ff., 494 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 97 ff., 107 ff.

muß er das Subsidiaritätsprinzip, den Vorrang privater Lebensbewältigung (Privatheitsprinzip), beachten¹⁹¹. Zur Materialisierung des Begriffs der Daseinsvorsorge wird auch häufig auf Art. 57 BayGO und Art. 83 BV verwiesen, die ebenfalls in Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO zur näheren Bestimmung des legitimen Zwecks des kommunalen Unternehmens genannt sind. Angesichts des formalen Begriffs der Daseinsvorsorge ist es unverständlich, wie eine Gemeinde unter Beachtung des Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO überhaupt Unternehmen "außerhalb der Daseinsvorsorge" errichten können soll. Diese neue Formulierung findet darin eine Erklärung, daß der Bayerische Verwaltungsgerichtshof es in ständiger Rechtsprechung abgelehnt hat, gegen die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Daseinsvorsorge Rechtsschutz zu geben¹⁹². Dabei will es der Gesetzgeber belassen, allerdings gegen das Privatheitsprinzip, also gegen das Recht. Soweit die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO erfüllt sind, bleibt für das Subsidiaritätsprinzip des Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO kein Raum. Einen engeren Begriff der Daseinsvorsorge hat *Ernst Forsthoff* vertreten. Zur Daseinsvorsorge in dem von ihm gemeinten Sinn zählen nur die von der öffentlichen Hand selbst dem Bürger unmittelbar zugewendeten Leistungen, die jeweils für wichtig gehaltene Bedürfnisse der Bürger befriedigen sollen¹⁹³. Die kommunale Wohnungsvermittlung verfolgt einen sozialen Zweck, nämlich die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnungen zu angemessenen Preisen. Von diesen Leistungen profitieren die Wohnungssuchenden unmittelbar. Sie wären daher "Daseinsvorsorge"¹⁹⁴ auch im Sinne Forsthoffs.

Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO wäre somit dem Text nach nicht anwendbar und deshalb auch nicht verletzt.

Andererseits erscheint die Auffassung fragwürdig und widersprüchlich, die Nürnberger Wohnungsvermittlung erfülle Aufgaben der Daseinsvorsorge, weil bereits oben festgestellt wurde, daß diese Wohnungsvermittlung gerade zur Erfüllung öffentlicher Zwecke nicht erforderlich sei. Der Begriff der

¹⁹¹ Hinweise in Fn. 171.

¹⁹² BayVGH, BayVBl 1976, 628 ff.

¹⁹³ *E. Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 9 ff., 28.

¹⁹⁴ I.d.S. *W. Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR, Bd. III, § 80, Rdn. 10.

Daseinsvorsorge ist wegen seiner Formalität auf das jeweilige Unternehmen und den jeweiligen Sachverhalt durch Gesetz oder Satzung zu materialisieren. Er hat keine vom öffentlichen Zweck des Unternehmens verselbständigte Bedeutung für die örtlichen gesetzlich oder satzungsgemäß geregelten Angelegenheiten. Der systematische Zusammenhang des Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO und des verfassungsrangigen Subsidiaritätsprinzips (Privatheitsprinzips) zwingt zu der Annahme, daß die städtische Wohnungsvermittlung "außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge" handelt, weil sie für die Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks nicht erforderlich ist. Die Regelung der Ziffer 4 des Art. 87 Abs. 1 BayGO ist mißlungen, weil sie einen nicht regelungsfähigen Begriff, den der "kommunalen Daseinsvorsorge", aufgegriffen hat, der die Agenda der Gemeinden nicht in solche, zu denen sie nur subsidiär befugt sind, und solche, die sie ohne Rücksicht auf das Privatheitsprinzip unternehmen dürfen, zu unterscheiden vermag. Der Sache nach erweitert diese Vorschrift die Ziffer 1 des Art. 87 Abs. 1 BayGO nicht. Sie hat, abgesehen von dem mißglückten Passus von der "kommunalen Daseinsvorsorge", allenfalls klarstellende Relevanz.

Zwischenergebnis:

Weil der Zweck angemessener Wohnraumvermittlung ebenso gut privat erfüllt werden kann, verletzt die Entscheidung für die Errichtung des Wohnungsvermittlungsbüros und dessen Betrieb auch Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO. Auf dessen Einhaltung haben die Makler ein Recht (s. o. zu A III).

Gesamtergebnis:

Die Entscheidung für die Errichtung des Nürnberger Wohnungsvermittlungsbüros erfüllt die tatbestandlichen, insbesondere die subsidiaritätsrechtlichen Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO nicht und verstößt gegen den in Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO zusätzlich deklarierten Subsidiaritätsgrundsatz. Das Nürnberger Wohnungsvermittlungsbüro wird daher ohne Rechtsgrundlage betrieben. Hierdurch werden die Makler in ihren Rechten verletzt; denn sie sind durch die städtische Wohnungsvermittlung in ihren Marktinteressen aber auch als Bürger Nürnbergs betroffen. Sie können daher mit Erfolg auf Schließung des Büros, d. h. auf Aufhebung des Verwaltungsaktes, das Büro einzurichten und zu betreiben, klagen.

III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Art. 87 BayGO

Sollte Art. 87 BayGO verfassungswidrig sein, würde die Wohnungsvermittlung einer verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage entbehren und wäre auch aus diesem Grund zu untersagen. Verletzte Normen der Verfassung könnten sein: das Willkürverbot, das republikanische Prinzip der Staatlichkeit, das auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, jedenfalls die allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gestützte Privatheitsprinzip (mensenrechtliches Subsidiaritätsprinzip)¹⁹⁵, und das rechtsstaatliche Bestimmtheitsprinzip.

1. Willkürverbot

Das Willkürverbot, welches entgegen der Praxis und herrschenden Lehre nicht in Art. 3 Abs. 1 GG, sondern in Art. 2 Abs. 1 GG verankert ist¹⁹⁶, schützt vor sachwidrigen oder unbegründbaren rechtlichen Gleich- und Ungleichbehandlungen¹⁹⁷.

Wie sich herausgestellt hat, ist der Begriff "öffentliches Unternehmen" ein Widerspruch in sich, weil die typische Bedingung unternehmerischer Tätigkeit, die Privatheit, bei sogenannten öffentlichen eigentlich: staatlichen oder kommunalen, Unternehmen nicht erfüllt ist. "Öffentliche Unternehmen" und private Unternehmen sind wesensverschieden¹⁹⁸. In ihren Wirkungsmöglichkeiten nach außen werden die öffentlichen Unternehmen aber den privaten Unternehmen auf dem Markt gleichgestellt. Umgekehrt ist jedenfalls das städtische Wohnungsvermittlungsbüro Nürnbergs gegenüber den privaten Maklerunternehmen sachlich wie rechtlich privilegiert, weil es als nicht-rechtsfähiger Eigenbetrieb nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Teil der juristischen Person des öffentlichen Rechts Nürnberg kein Insolvenzrisiko trägt, welches ebenfalls ein typisches Merkmal des Unternehmens ist¹⁹⁹. Das ist sachwidrig²⁰⁰. Durch den Zweck ist dies nicht gerechtfertigt, weil dieser

¹⁹⁵ Hinweise in Fn. 171; vgl. auch K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip, S. 62 ff.

¹⁹⁶ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 374 ff.; 413 ff.; 768 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 232 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstates, S. 369 ff.

¹⁹⁷ Dazu Hinweise in Fn. 36.

¹⁹⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 322 ff.

¹⁹⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 316 f.

²⁰⁰ Vgl. allgemein zum Sachlichkeitsprinzip K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen

ebenso gut durch private Unternehmer erfüllt werden kann. Wenn privatrechtliche Unternehmen nicht als besondere Verwaltungen betrieben werden können sollen, ist Art. 87 BayGO in Verbindung mit Art. 86 BayGO wegen Mißachtung des Willkürverbots verfassungswidrig.

2. Prinzip republikanischer Staatlichkeit **(Art. 20 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG)**

Der Wettbewerb des Staates mit Privaten widerspricht, wie schon erörtert, den republikanischen Staatsprinzipien (Art. 20 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG)²⁰¹. Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht "alle Staatsgewalt vom Volke aus". Alle staatlichen Einrichtungen sind Einrichtungen des Volkes in dessen Staatlichkeit²⁰². Die Gemeinden sind Teil der Länder und damit Teil der Bundesrepublik Deutschland. Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG "den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen". Wenn Art. 87 BayGO die Kommunen zum Wettbewerb mit Privaten ermächtigen will, würde das den Staat entstaatlichen²⁰³. Als Wettbewerber dürfen die Gemeindeunternehmen nicht agieren. Das erweist auch das Verbot der Gewinnmaxime des Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO. Als besondere Verwaltungen sind die Unternehmen der Gemeinden nach Art. 86 und Art. 87 BayGO nicht verfassungswidrig, wenn und soweit ihr Handeln den Grundsätzen des öffentlichen (Staats-)Rechts genügt, insbesondere den Kompetenzgrenzen, den Legitimationsprinzipien (insbesondere dem demokratischen Prinzip) und den Grundrechten. Eine den Rechtsformen des Privatrechts verbundene Privatheitlichkeit, wie sie Art. 87 Abs. 3 BayGO vorsieht, steht den Gemeinden nicht zu²⁰⁴. Die Vorschriften

und Privatrecht, S. 310 ff., 322 ff., 333 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 413, 674 ff., 897 ff., 984 ff., 991 ff.

²⁰¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., passim; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 184 ff.

²⁰² K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 372.

²⁰³ Dazu allgemein K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., 357 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 286 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 419 f., 420 f., diesen Aspekt sieht die Rechtsprechung nicht, vgl. BGH, NJW 2002, 2645 ff.

²⁰⁴ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 5 ff., 253 ff., 266

des Privatrechts sind allerdings weitgehend gegenüber der Dichotomie des Staatlichen und des Privaten neutral und können, insoweit sie neutral sind, modifiziert, der Staatlichkeit angepaßt, in der staatlichen und kommunalen Verwaltung angewandt werden²⁰⁵. Wenn ein privatheitliches Unternehmen der Gemeinden auf Art. 87 BayGO gestützt wird, folgt diese Vorschrift zwar der Fiskusdoktrin, ist aber republik- und damit verfassungswidrig.

3. Subsidiaritätsprinzip / Privatheitsprinzip

Überdies verstößt die durch Art. 86, 87 BayGO geschaffene Möglichkeit, kommunale Unternehmen zu errichten, gegen das aus den Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG zu folgernde menschenrechtliche Subsidiaritätsprinzip oder Privatheitsprinzip (Grundsatz und Vorrang der privaten Lebensbewältigung)²⁰⁶. Insbesondere die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG setzt die Privatheitlichkeit der Lebensbewältigung voraus, weil Eigentum in prinzipiell privaten Rechten des Eigenen besteht²⁰⁷.

Das Subsidiaritätsprinzip normiert den grundsätzlichen Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung vor staatlichem Handeln. Wenn die Privaten eine Lebensaufgabe bewältigen können, muß der Staat ihnen diese belassen. Der Gesetzgeber hat diesen Grundsatz in Art. 87 Abs. 1 Nr. 4, aber auch implizit in Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO, berücksichtigt (s. o. zu B II 3), aber in der näheren Materialisierung der Vorschrift nicht konsequent verwirklicht.

Prinzipiell muß die marktliche Sozialwirtschaft privatheitlich sein, weil die Marktlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit nur privatwirtschaftlich möglich sind²⁰⁸. Demgemäß ist die Europäische Gemeinschaft (der Gemeinsame Markt und der Binnenmarkt) "dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft

ff., passim; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 419 f., 420 ff.

²⁰⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 ff., 32 ff., 45 ff., 51 ff., 80 ff., 248 ff., 326, 384.

²⁰⁶ Hinweise in Fn. 171.

²⁰⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, 1999, S. 744 ff., 752 ff., 763 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 309 ff.

²⁰⁸ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 388.

mit freiem Wettbewerb" verpflichtet (Art. 4, Art. 98 und 105 EGV). Das postuliert die Privatheitlichkeit der Unternehmen in der Wirtschaft²⁰⁹.

Die Rechtsprechung bleibt zurückhaltend. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG schützen nach Auffassung der Verwaltungsrechtsprechung nicht vor Konkurrenz durch Staat oder Gemeinden, solange die privatwirtschaftliche Betätigung nicht unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird oder eine unerlaubte Monopolstellung entsteht, also existenzbedrohend ist²¹⁰. Diese Ansicht korrespondiert der Gesetzeslage und den Anforderungen der Bayerischen Verfassung. Nach Art. 95 Abs. 2 BayGO und Art. 153 BV dürfen gemeindliche Unternehmen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe bewirken.

Diese Gesetzeslage und Praxis sind jedoch zu kritisieren, weil der Wettbewerb des Staates auf dem privaten Markt immer, nicht nur in besonders schweren Fällen, unzumutbar und rechtswidrig ist. Der Staat darf unter republikanischem Recht mit Privaten nicht in Wettbewerb treten²¹¹. Als Rechtsgrundlage privatheitlicher und damit wettbewerblicher Unternehmen der Gemeinden verletzt Art. 87 BayGO das verfassungsrechtliche Privatheitsprinzip.

4. Bestimmtheitsgrundsatz

Die Begriffe in den Gesetzen, insbesondere die Voraussetzungen von Ausnahmetatbeständen, müssen bestimmt sein²¹². Dies ist wegen Art. 20 Abs. 2 GG sowohl ein freiheitlich-demokratisches als auch unter dem Funktionenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ein rechtsstaatliches, also ein republika-

²⁰⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 388.

²¹⁰ BVerwG BayVBl. 1995, 698; BVerwGE 17, 306 (314); 39, 329 (336); BVerfG, NJW 1978, 1540; vgl. i.d.S. auch BGHZ 82, 375 (381 ff.), gestützt auf § 1 UWG, dazu K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 347 ff., 359;

²¹¹ Dazu umfassend K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 281 ff. und passim.

²¹² BVerfGE 3, 255 (243); 9, 137 (147, 149); 13, 153 (160 f.); 20, 156 (158 f.); 21, 245 (261); 27, 1 (8); 34, 165 (199 f.); 35, 348 (359); 41, 378 (399); 42, 263 (278); 78, 205 (212); 84, 133 (149); 87, 234 (263); K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 13. Kap., S. 308 ff.; *ders.*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 411 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 850 ff., 868 ff., 888 ff.

nisches, dem Autonomieprinzip erwachsendes Postulat an den Gesetzgeber. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Verwaltung an die Gesetze gebunden. Das ist nur möglich, wenn die Gesetze bestimmen, wie die Verwaltung handeln soll, also hinreichend bestimmt sind.

Der in Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO verwendete Begriff der "kommunalen Daseinsvorsorge" ist materiell unbestimmt, nämlich formal (s. o. B II 3). Die Verwendung eines solchen Blanketts in dieser Vorschrift ist untragbar, weil er als tatbestandliche Voraussetzung für die Geltung des Subsidiaritätsprinzips fungiert. Wie gezeigt, kann dieses Prinzip lediglich greifen, wenn die Gemeinde mit reiner Gewinnerzielungsabsicht oder außerhalb ihrer örtlichen Zuständigkeit oder des öffentlichen Zwecks im übrigen tätig wird. Dann darf sie aber das Unternehmen ohnehin aus den nämlichen Gründen nicht errichten und betreiben. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO ist somit funktionslos und eine überflüssige, nicht erforderliche Regelung.

Versucht man den Begriff der Daseinsvorsorge dagegen materiell zu deuten, was überzeugend bisher nicht gelungen ist, und ihn an den herkömmlichen gemeindlichen Aufgaben auszurichten, orientiert an den in Art. 83 BV, Art. 57 BayGO genannten Beispielen, ist nicht nur das Selbstverwaltungsrecht beeinträchtigt (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 BV), sondern auch der Willkür Tür und Tor geöffnet. Rechtssätze müssen so bestimmt sein, daß die Verwaltung aus ihnen (mittels rechtswissenschaftlicher Auslegungsmethoden) erkennen kann, was Recht ist. Die Verwaltung steht nämlich wegen des ebenso freiheitlichen wie demokratischen Prinzips unter dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt. Dem wird Art. 87 Abs. 1 Nr.4 BayGO nicht gerecht, weil die Verwaltung in jedem Einzelfall den Begriff der Daseinsvorsorge neu materialisieren müßte und auf diese Weise selbst Recht setzen würde. Dies ist aber der Volksvertretung von Bund, Ländern oder Gemeinden vorbehalten (Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 und 2 GG). Mittels des Begriffs "Daseinsvorsorge" wird das Handeln der Verwaltung nicht bestimmt oder gebunden. Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO ist wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig.

Ergebnis:

Die Vorschriften über die Errichtung kommunaler Unternehmen, insbesondere Art. 87 Abs. 1 BayGO, sind verfassungswidrig. Hierauf können sich die

Makler wegen des Privatheitsprinzips auf Grund der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, jedenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG, berufen²¹³. Zumindest Art. 2 Abs. 1 GG schützt die Makler nämlich in ihrer unternehmerischen Betätigung vor rechtsgrundlosem, willkürlichem staatlichen Wettbewerb. Die Regelungen sind unbestimmt, zuwider der Staatlichkeit des Staates und erlauben Willkür. Auch dadurch sind sie grundrechtswidrig; denn Art. 2 Abs. 1 GG gibt das Grundrecht, nicht entgegen den Prinzipien der Verfassung und des Verfassungsgesetzes von der Verwaltung in seiner Privatheit beeinträchtigt zu werden. Die Klage des Maklers M ist begründet. Die Frage der Verfassungswidrigkeit des Art. 87 Abs. 1 BayGO müßte das zuständige Verwaltungsgericht dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Klärung vorlegen (konkrete Normenkontrolle).

²¹³ Zu den genannten Wirtschaftsgrundrechten, insbesondere deren Schutzbereichsdogmatik, genau *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 114 ff., 187 ff., 201 ff.; *ders.*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 453 ff. (459 ff., 467 ff., 481 ff., auch S. 483 ff.); *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 333 ff., 341 ff., 352 ff., 354 ff.

3. Kapitel

Fallstudie Produktwarnung der Bundesregierung - Glykol-Skandal

K. A. Schachtschneider

I. Sachverhalt

Nachdem festgestellt und durch die Presse veröffentlicht worden war, daß nicht nur Weine aus Italien, sondern auch deutsche Mosel- und Rheinweine mit Diethylenglykol (DEG), einem Mittel, das als Frostschutzmittel und chemisches Lösungsmittel verwendet wird, versetzt worden waren, hatte der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit (BMJFG) eine Liste der diethylenglykolhaltigen Weine, soweit dies bekannt war, herausgegeben. In der Liste standen das Herkunftsland, der Jahrgang, die Bezeichnung, das Prädikat, das Gebiet und der Abfüller des Weins, sowie die Amtliche Prüfnummer, aber auch der DEG-Gehalt des Weins, die Anzahl der untersuchten Proben sowie das Land, welches die Untersuchung vorgenommen hatte. Der BMJFG wollte durch diese Liste die Verbraucher über die gesundheitsgefährdenden Weine informieren und zugleich den Markt für die vor allem deutschen Weine, welche nicht beanstandet waren, schützen. Der BMJFG hat sich auf die Informationen der Weinüberwachungsbehörden der Länder gestützt.

Ein Auslesewein des Abfüllers Pieroth war auch in der Liste aufgeführt. Der Umsatz aller Produkte dieses Abfüllers war aufgrund der Veröffentlichung der sogenannten Glykol-Liste drastisch zurückgegangen.

Pieroth hat vor dem zuständigen Verwaltungsgericht auf Feststellung geklagt, daß die Veröffentlichung der Liste durch den BMJFG ihn in seinen Rechten verletzt habe, um aufgrund dieser Feststellung von dem zuständigen Landgericht seinen Schaden einzuklagen. War die Feststellungsklage zulässig und begründet?

II. Argumentation der Rechtsprechung

Die Veröffentlichung der DEG-Liste durch den BMJFG, mit der dieser (u.a.) vor bestimmten Weinen des Weinabfüllers Pieroth gewarnt hat, hat zu einem siebzehn Jahre währenden Rechtsstreit vor den Verwaltungsgerichten und schließlich zu einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht geführt. Als erste Instanz hat das Verwaltungsgericht Köln durch Gerichtsbescheid vom 14. April 1986 - 1 K 1228/86 - die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung der DEG-Liste abgewiesen. Die Berufung zum Oberverwaltungsgericht Münster ist durch Urteil vom 5. Juni 1987 zum Aktenzeichen 13 A 1273/86 zurückgewiesen worden (OVG Münster, GewArch 1988, 11 ff.). Die Revision hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts zum Aktenzeichen BVerwG 3 C 2.88 mit Urteil vom 18. Oktober 1990 zurückgewiesen (BVerfGE 87, 37 ff.). Die Verfassungsbeschwerde hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts zum Aktenzeichen 1 BvR 558/91 mit Beschluß vom 26. Juni 2002 zurückgewiesen (BVerfGE 105, 252 ff.).

Im Folgenden werden die rechtsdogmatischen Ausführungen aus den Begründungen des Urteils des Oberverwaltungsgerichts Münster, des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts weitestgehend sowie des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vollständig wiedergegeben, um die Argumentation der Gerichte und die Kritik an dieser Argumentation in der Fallbesprechung nachvollziehbar zu machen. Einige weitere Passagen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts finden sich in der Fallbesprechung, die im übrigen Sätze und Satzteile der Gerichtsentscheidungen in die Argumentation einbezieht.

1. Argumentation des Oberverwaltungsgerichts Münster (13 A 1273/86; GewArch 1988, 11 ff.)

1. Die Bundesregierung hat die Verbandskompetenz, die Bevölkerung zu informieren und vor Gesundheitsschäden zu warnen.
2. Die Herausgabe der Liste diethylenglykolhaltiger Weine war rechtmäßig (Bestätigung des Senatsbeschlusses v. 19.11.1985 – 13 B 2140/85 –).

In der vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit (BMJFG)

im Sommer 1985 herausgegebenen und zuletzt unter dem 17.12.1985 aktualisierten Liste diethylenglykolhaltiger Weine sind auch sieben von der Kl´in abgefüllte und vertriebene österreichische Weine mit einem festgestellten Gehalt an Diethylenglykol (DEG) zwischen 0,15 und 4,5 g/l aufgeführt und ist die Kl´in als Abfüllerin genannt.

Die Klage auf Unterlassung der Verbreitung der Liste DEG-haltiger Weine mit Angabe von der Kl´in abgefüllter Weine, hilfsweise der Kl´in als Abfüllerin dieser Weine (Antrag zu 1) und auf Verurteilung der Bekl., durch Pressemitteilung zu veröffentlichen, daß die Anklage von der Kl´in abgefüllter Weine, hilfsweise der Kl´in als Abfüllerin dieser Weine in der Liste DEG-haltiger Weine rechtswidrig war (Antrag zu 2), wie auch mit dem Hilfsantrag festzustellen, daß die Angabe von der Kl´in abgefüllter Weine, hilfsweise der Kl´in als Abfüllerin dieser Weine in der Liste DEG-haltiger rechtswidrig war (Antrag zu 3), blieb in beiden Instanzen erfolglos. Das Berufungsurteil ist nicht rechtskräftig.

Aus den Gründen:

Der Kl´in kann zunächst nicht darin gefolgt werden, daß der Bekl. die sachliche Zuständigkeit (Verbandskompetenz) zur Herausgabe der Liste DEG-haltiger Weine gefehlt habe. Die Verbandskompetenz dient der Aufgabenabgrenzung zwischen verschiedenen selbständigen Verwaltungsträgern und damit der Sicherung der Verwaltungshoheit des Bundes, der Länder, der Kommunen sowie sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Vgl. OVG NW, Urt. v. 3.10.1978 – XV A 1927/75 –, OVG 33, 274, 275 m. w. N.

Nach Art. 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt. Dies gilt sowohl dann, wenn es um die Ausführung von Gesetzen geht, als auch für die gesetzesfreie Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1,2/60 –, BVerfGE 12, 205, 246 f.

Die Herausgabe der strittigen Liste fällt jedoch unter die Ausnahme nach Art. 30 GG, da das Grundgesetz insofern eine andere Regelung jedenfalls

zugelassen hat.

Es gibt ureigene Rechte der Bundesregierung (vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.4.1984 – 7 B 20.83 -, NJW 1984, 2591 und OVG NW, Urt. v. 18.12.1985 – 5 A 1125/84), die in ihrem kompetenzrechtlich vermittelten organschaftlichen Status (Art. 62 ff. GG) wurzeln. Vgl. Bethge, Zur „Meinungsfreiheit“ der Bundesregierung, NJW 1985, 721. Ähnlich wird trotz Fehlens einer ausdrücklichen Erwähnung aus Art. 38 Abs. 1 GG die Redefreiheit des Abgeordneten im Parlament (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.6.1982 – 2 BvE 2/82 -, BVerfGE 60, 374, 379 f.; von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. 1 1985, Rz 116; Bethge, a.a.O.), und aus Art. 65 GG das Äußerungsrecht des Bundeskanzlers sowie der Bundesminister abgeleitet. Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, GG, Stand: Mai 1986, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rz 108; Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O. In diesem Sinne hat auch der 20. Senat des erkennenden Gerichts ein Recht der (Landes-)Regierung und ihrer Mitglieder, sich zu aktuellen Fragen öffentlich zu äußern, aus Art. 55 Abs. 2 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen abgeleitet. Vgl. Beschl. v. 31.8.1984 – 20 B 1361/84 -, DÖV 1985, 285. Schließlich werden Anregungen der Bundesregierung als unter dem Gesichtspunkt des Art. 30 GG bedeutungslose Tätigkeit angesehen (vgl. BVerfG, Urt. v. 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 u.a. -, BVerfGE 22, 180, 216), weil ein solches Recht zu Anregungen der Bundesregierung wesensimmanent ist.

Nach der Überzeugung des Senats gehört zu ihrem Wesen immanenten ureigenen Rechten der Bundesregierung auch das Recht, die Bevölkerung über Gefahren aufzuklären, die das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit berühren könnten, und gezielte Warnungen auszusprechen. Vgl. OVG NW, Urt. v. 18.12.1985.

Dieses Recht kann im Rahmen seines Handlungs- und Aufgabenbereichs auch von einem Bundesminister ausgeübt werden. Bei der Herausgabe der Liste DEG-haltiger Weine hat sich der BMJFG im Rahmen seines Handlungs- und Aufgabenbereichs gehalten, wie sich aus der Abgrenzung der Geschäftsbereiche der Bundesministerien ergibt und dadurch bestätigt wird, daß nach § 71 Abs. 1 des vom Bund aufgrund der ihm durch Art. 74 Nr. 20 GG eingeräumten konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit erlassene

WeinG v. 27.8.1982, BGBl I S. 1196, zum Erlaß von Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Durchführung des Weingesetzes und der nach diesem Gesetz erlassenen Rechtsverordnungen grundsätzlich der BMJFG federführend zuständig ist.

Im übrigen wären nach Auffassung des Senats auch die Voraussetzungen für die Bejahung einer Bundeskompetenz zur Herausgabe der Liste DEG-haltiger Weine aus der Natur der Sache gegeben. Vgl. hierzu BVerfG, Urt. v. 18.7.1967. a.a.O., S. 217. Angesichts des eindeutig überregionalen Charakters der von DEG-haltigen Wein ausgehenden Gefahren des bundesweiten öffentlichen Interesses und des Erfordernisses einerseits schnellen, andererseits abgestimmten Handelns war ein Tätigwerden des BMJFG nicht nur sachgerecht, sondern sogar geboten; die Möglichkeit eines isolierten oder koordinierten Vorgehens der Länder wäre der Gefahrenlage – so wie sie damals eingeschätzt werden durfte und mußte – nicht gerecht geworden.

Daß nach dem Vorbringen der Bekl. unter Hinweis auf den Ergebnisbericht über die Besprechung mit Vertretern der obersten Landesgesundheits- und Landesveterinärbehörden über Maßnahmen der Lebensmittelüberwachung in besonderen Fällen vom 19.12.179 und die Ausführungen des Pressediens-tes des BMJFG vom 18.7.1985 die Länder den BMJFG zur Herausgabe der Liste DEG-haltiger Weine ermächtigt haben sollen, widerspricht der Annahme eines originären Informations- und Warnrechts der Bundesregierung oder deren Kompetenz aus der Natur der Sache nicht, sondern würde der bestehenden Rechtslage durch einen klarstellenden Verzicht der Länder auf Einwendungen gegen die Bundeskompetenz Rechnung tragen.

Die behauptete Rechtswidrigkeit ergibt sich auch nicht daraus, daß für die Herausgabe der Liste DEG-haltiger Weine eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht vorhanden ist. Würde man nicht schon das allgemeine Informationsrecht der Bundesregierung als ausreichende Grundlage gelten lassen wollen, was offenbleiben kann, würde das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Veröffentlichung einer derartigen Liste doch nur beim Vorliegen eines Eingriffs in grundgesetzlich geschützte Positionen der Kl' in bestehen. Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34.84 -, BVerwGE 71, 183.

Wie auch von der Kl'in nicht anders behauptet, kommen hier nur das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG als besondere Ausprägung des allgemeinen Freiheitsrechts des Art. 2 GG und das durch Art. 14 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. Hierzu hat der Senat die Auffassung vertreten, in diese Rechte werde durch die Veröffentlichung hinsichtlich der negativen Auswirkungen auf den Umsatz der in der Liste namentlich aufgeführten DEG-haltigen Weine des jeweiligen Abfüllers schon deshalb nicht eingegriffen, weil eine unerlaubte gewerbliche Betätigung weder durch Art. 12 Abs. 1 noch durch Art. 14 GG geschützt sei. Vgl. Beschl. des Senats v. 19.11.1985 – 13 B 2140/85 -, LRE Bd. 18 Nr. 25 = ZLR 1986, 86 und v. 11.7.1986 – 13 B 311/86 -.

Diese Auffassung wird von der Kl'in zu Unrecht angegriffen. Sie meint, aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG sollten nur diejenigen seltenen Berufe ausgeklammert werden, die mit der objektiven Werteordnung der Verfassung nicht vereinbar seien. In der Tat hat das BVerfG bei verschiedenen Darlegungen, daß Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur bestimmte vorgegebene Berufsbilder, sondern alle denkbaren Berufe schütze, den Vorbehalt, daß es sich aber um erlaubte Betätigung handeln müsse, in mehr allgemeiner Form ausgesprochen. Zu einer genaueren Abgrenzung bestand in dem Beschl. v. 8.2.1972 – 1 BvR 170/81 -, BVerfGE 32, 311, 316, 317 Veranlassung. Dort hat das BVerfG zu einer wettbewerbswidrigen, mithin verbotenen Tätigkeit im Rahmen eines im übrigen generell erlaubten Berufs ausgeführt:

„Die bestehende Wirtschaftsordnung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien. Das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb ist ein Bestandteil ihrer Berufsausübung, die, soweit sie sich in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist...“

Dies widerlegt die Auffassung der Kl'in, im vorliegenden Fall sei nicht an die im Einzelfall vorgenommene Art und Weise der Berufsausübung anzuknüpfen, sondern daran, ob der Beruf insgesamt erlaubt sei, was für den Beruf des Weinhändlers in der Tat zu bejahen wäre. Da die Beigabe von DEG in den Wein und das Inverkehrbringen eines solchen Weines nach §§ 3 Abs. 4 und 8 Abs. 1 WG i.V.m. Art. 46 der VO 337/79/EWG, insbesondere

Anhang III, zu dieser VO nicht gestattet ist, wovon auch die Kl'in selbst ausgeht, ist eine derartige wirtschaftliche und berufliche Betätigung der Kl'in von Art. 12 Abs. 1 GG nicht gedeckt. Entsprechend schützt Art. 14 GG den eingerichteten Gewerbebetrieb nur, soweit er rechtmäßig ausgeübt wird. Wird von dem Eigentum ein Gebrauch gemacht, der – wie hier – mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht vereinbar ist, so kann sich der Eigentümer nicht auf den Schutz des Art. 14 GG berufen.

Der BMJFG war auch dann nicht durch Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 GG gehindert, die von der Kl'in abgefüllten Weine in die Liste DEG-haltiger Weine aufzunehmen, wenn diese Weine, jeder für sich alleine genossen, keine Gesundheitsschäden herbeiführten. Der Senat läßt offen, ob sich dies schon allein daraus ergibt, daß die Weine DEG-haltig und deswegen nicht verkehrsfähig waren, zumal der BMJFG die beanstandete Liste nicht auf diesen Gesichtspunkt gestützt hat. Zwar ist der umstrittenen Liste kein Hinweis des Herausgebers zu entnehmen, daß der Genuß der in der Liste aufgeführten Weine gesundheitsschädlich sei; aus dem Gesamtzusammenhang ergab sich jedoch, daß der BMJFG vor dem Genuß DEG-haltiger Weine warnen wollte (vgl. Beschl. des Senats v. 19.11.1985, a.a.O.), wodurch möglicherweise ein erstmaliger, jedenfalls ein anders gearteter und intensiverer Grundrechtsbezug hergestellt sein könnte als durch Maßnahmen im Zusammenhang mit der mangelnden Verkehrsfähigkeit.

Eine solche Warnung war sachgerecht, da die Bekl. von dem Vorhandensein von DEG in Wein überrascht wurde und die Auswirkungen nicht eindeutig abschätzbar waren, jedoch immerhin bekannt war, daß DEG sogar tödlich wirken kann. Die Warnung erweist sich aber auch im nachhinein als zutreffend, da DEG-haltige Weine Gesundheitsschäden hervorrufen können.

Soweit die von der Kl'in abgefüllten Weine die Schädlichkeitsgrenze nicht erreicht haben sollten, liegt in der Aufnahme in die Liste kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 GG, weil die Weine der Kl'in eine erstmalige oder verstärkte Gesundheitsschädigung verursachen konnten, wenn sie zusätzlich mit Wein mit einem DEG-Gehalt verzerrt werden, der selbst zu Gesundheitsschäden führte oder gerade noch nicht führte. Unter diesen Umständen kommt es weder darauf an, ob die DEG-haltigen Weine der Kl'in zutreffend angegeben sind, noch darauf, ob von den in der Liste

genannten Weinen der Kl'in selbst eine Gesundheitsgefährdung ausging...

Ein Eingriff in die Grundrechte der Kl'in ist auch nicht daraus abzuleiten, daß die Herausgabe der Liste nicht nur Auswirkungen insoweit hatte, als die Kl'in Weine mit der jeweils genannten Prüfnummer nicht mehr absetzen konnte und solche möglicherweise sogar zurücknehmen mußte, sondern daß die Kl'in darüber hinaus entsprechende Nachteile auch im Hinblick auf andere Weine, die nicht DEG-haltig waren, hatte. Zwar kommt Art. 12 Abs. 1 GG als Maßstab nicht nur für solche Vorschriften bzw. Maßnahmen in Betracht, die sich gerade auf die berufliche Betätigung beziehen und diese unmittelbar zum Gegenstand haben; der besondere Freiraum, den das Grundrecht sichern will, kann auch durch Vorschriften bzw. Maßnahmen berührt werden, die infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.10.1977 – 1 BvR 217, 216/75 -, BVerfGE 46, 120, 137 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 18.4.1985, a.a.O. S. 190.

Sind somit auch Grundrechtsverletzungen durch mittelbare Eingriffe denkbar, so schützen andererseits die Grundrechte nicht vor jeder nachteiligen Betroffenheit eines einzelnen. Voraussetzung ist, daß die tatsächlichen Auswirkungen im engen Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen und eine deutlich erkennbare objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59 -, BVerfGE 13, 181, 186; BVerwG, Urt. v. 18.4.1985, a.a.O. S. 191. Dies ist etwa dann der Fall wenn der Staat zielgerichtet gewisse Rahmenbedingungen verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen im öffentlichen Interesse erwünschten Erfolg herbeizuführen. Während der bloße Reflex staatlicher Maßnahmen nicht unter den Grundrechtsschutz fällt, handelt es sich in einem solchen Fall um eine grundrechtsspezifische Maßnahme. So kann man – auf die Wirkung der Maßnahme abstellend – unterscheiden zwischen dem tendenziell objektiv gewollten Effekt und dem sich nur als Begleiterscheinung (Reflex) einstellenden. Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1985, a.a.O. S. 193 f.

Hier ist eine objektiv berufsregelnde und wirtschaftslenkende Tendenz nicht erkennbar. Mit der Herausgabe der Liste sollte nicht bewirkt werden, daß auch andere als die genannten Weine nicht verzehrt würden. Vielmehr sollte die Liste informieren und warnen nur hinsichtlich der – vorschriftswidrig –

DEG-haltigen Weine. Soweit im Zusammenhang mit der Herausgabe der Liste bei nicht kontaminierten Weinen Umsatznachteile eingetreten sind, handelt es sich nur um Reflexe, die ihre Ursache primär in dem unzulässigen Vorhandensein von DEG in Weinen der Kl'in haben, das durch die Liste lediglich bekanntgemacht worden ist, aber auch durch eine private Verbraucherschutzorganisation oder die Stiftung "Warentest" hätte bekanntgemacht werden können. Nicht der Verbreitung der Liste, sondern dem unzulässigen Vorhandensein von DEG in Weinen der Kl'in ist das Mißtrauen in Verbraucherkreisen gegenüber auch anderen Weinen der Kl'in als den in der Liste aufgeführten zuzurechnen, wobei oftmals auch ein Wunsch des Verbrauchers nach persönlichen Sanktionen für die mißbilligte Feststellung von DEG in Weinen der Kl'in maßgeblich gewesen sein mag. Haben die mittelbaren Auswirkungen aber ihren Grund gerade in unzulässigen Zuständen im Bereich der Kl'in, so ist der erforderliche enge Zusammenhang mit der allein geschützten erlaubten Berufsausübung nicht gegeben, wenn auf diese Zustände hingewiesen wird. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil nach Kaufrecht ein Fehler der gelieferten Ware auch dann vorliegen kann, wenn diese wegen ihrer Herkunft unter dem auf konkrete Tatsachen gestützte Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit steht und dieser Verdacht durch dem Käufer zumutbare Maßnahmen nicht zu beseitigen ist. Vgl. BGH, Urt. v. 16.4.1969 – VIII ZR 176/66 -, NJW 1969, 1171 und v. 14.6.1972 – VIII ZR 75/71 -, MDR 1972, 1026; LG Münster, Urt. v. 1.10.1986 – 1 S 332 /86 -, MDR 1987, 232.

Die Verbreitung der Liste DEG-haltiger Weine erweist sich auch nicht insoweit als rechtswidrig, als die Kl'in als Abfüllerin solcher Weine aufgeführt ist. Die Nennung der Kl'in als Abfüllerin DEG-haltiger Weine greift nicht in deren Grundrechte ein und bedarf deshalb keiner gesetzlichen Grundlage. Auch insofern hat die Bekl. nicht final und grundrechtsspezifisch gehandelt. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder in das Namensrecht der Kl'in war nicht beabsichtigt. Vielmehr ging es auch insoweit um Verbraucherinformationen und Warnung. Der BMJFG hat nur eine zutreffende Tatsache bekanntgegeben, indem er die Kl'in als Abfüllerin benannt hat. Daß Veranlassung bestand, die Kl'in zu benennen, beruht auf dem Vorhandensein DEG-haltiger Weine, die die Kl'in abgefüllt hatte, also auf dem Umstand, der aus

der Sphäre der KI'in selbst stammt. Muß ein Gewerbetreibender eine der Wahrheit entsprechende Kritik seiner Leistung durch Presse und Fernsehen auch bei konkreter Namensnennung grundsätzlich hinnehmen (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1986 – VI ZR 269/85 -, JZ 1987, 414 m.W.N. und zustimmender Anmerkung von Brüggemeier), so gibt es keinen Grund, das Recht der Regierung zur Information und Warnung an engere Voraussetzungen zu knüpfen, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß der Regierung nicht Art. 5 GG zur Seite steht. Im übrigen hatte der BMJFG auch gute Gründe für die Benennung der Abfüller. Die Verbraucherinformation unter Beschränkung auf die amtliche Prüfnummer wäre unzulänglich gewesen. Sie hätte auch keinen wirksamen Schutz gegen Nachteile für die KI'in bedeutet, da Großabnehmer den Namen der KI'in auch über die amtliche Prüfnummer hätten ermitteln können und nicht ersichtlich ist, daß diese Abnehmer nicht auch ohne Bekanntwerden des Namens der KI'in bei dem Endverbraucher nicht kontaminierte Weine zurückgegeben hätten. Im übrigen nimmt der Senat auf seine Ausführungen im Beschluß vom 19.11.1985, a.a.O., Bezug.

Die Herausgabe der Liste ist auch nicht ermessensfehlerhaft, insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Die Bekl. durfte von einer Gefahrenlage schon deshalb ausgehen, weil die genauen Schädlichkeitsgrenzen nicht bekannt waren, DEG aber schon Todesfälle verursacht hatte, also nicht von vornherein als harmlos einzustufen war. Im übrigen hat sich die Einschätzung, daß DEG-haltiger Wein gesundheitsschädlich sein könnte – abgesehen von der Möglichkeit der Addition -, zumindest für die höher kontaminierten Weine bewahrheitet. Angesichts der Berechtigung der Bekl., eine über ein hinnehmbares Risiko hinausgehende Gefahrenlage anzunehmen, konnte auch nicht darauf abgestellt werden, wo für die Beifügung von DEG zu Wein die Schuld zu suchen war und ob Wein auch ohne Verschulden der Abfüller – etwa durch Verschleppung – mit DEG in Berührung gekommen sein konnte. Die Aufklärung dieser Umstände war nicht oder allenfalls unter erheblichem Zeitaufwand möglich. Von einer solchen Aufklärung konnte die Information und Warnung durch die Liste, die sich im übrigen einer Stellungnahme zur Frage eines Verschuldens gerade enthält, nicht abhängig gemacht werden.

Auch waren die Folgen der Verbreitung der Liste für die Abfüller, die bis heute nicht vollständig klar sind, im Jahr 1985 nicht im einzelnen abzuse-

hen. Ebenso wenig wie das Fernsehen im Hinblick auf Hersteller formaldehydhaltiger Desinfektionsmittel (vgl. BHG, Urt. v. 25.11.1986, a.a.O.) war hier die Bundesregierung verpflichtet, in einer den Weinhandel möglichst schonenden Weise vorzugehen, zumal DEG in Wein ohnehin unzulässig war. Unter diesen Umständen brauchte der Senat nicht aufzuklären, welche Ermessenserwägungen der BMJFG in diesem Zusammenhang bei der Herausgabe der Liste DEG-haltiger Weine tatsächlich angestellt hat.

2. Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG 3 C 2.88; BVerwGE 87, 37 ff.)

a) Das Bundesverwaltungsgericht (S. 41 ff.) geht bereits wegen der in der "Nebenfolge" eintretenden und vorhersehbaren schwerwiegenden beeinträchtigenden Wirkungen davon aus, daß die Veröffentlichung der Liste DEG-haltiger Weine durch den BMJFG als sogenanntes "schlichthoheitliches Handeln" ungeachtet der "bloß tatsächlichen und mittelbaren Betroffenheit des Grundrechtsträgers" den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt. Die Dogmatik von der faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung durch schlicht hoheitliches Handeln veranlaßt das Bundesverwaltungsgericht zu den folgenden Überlegungen:

"Der Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Klägerin durch die Listenveröffentlichung kann der Charakter einer Grundrechtsbeeinträchtigung auch nicht mit der Begründung abgesprochen werden, es fehle an einem hoheitlichen Tätigwerden der staatlichen Stellen mit unmittelbarer und rechtsverbindlicher Wirkung. Allerdings boten die Grundrechte nach ihrem ursprünglichen Verständnis nur Schutz gegen sogenannte klassische Eingriffe. Ein solcher Eingriff ist gekennzeichnet durch unmittelbare und rechtlich verbindliche Wirkungen. An beidem fehlte es hier. Die streitige Liste enthielt keinerlei verbindliche Anordnung, sondern wandte sich als Informationsakt an die Öffentlichkeit. Die Wirkungen der Liste auf die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten der Klägerin traten nicht unmittelbar ein, sondern wurden durch die - allerdings auf die Liste zurückzuführende - freie Kaufentscheidung der Abnehmer und Kunden vermittelt (S. 41 f.).

Die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf die Abwehr von Eingriffen im überkommenen Sinne wird jedoch der in den Grundrechtsbestimmungen zum Ausdruck kommenden Entscheidung der Verfassung für eine das gesamte staatliche Handeln prägende und bindende objektive Wertordnung nicht gerecht. Es

ist daher inzwischen allgemein anerkannt, daß unter Berücksichtigung der Schutzfunktion des jeweiligen Grundrechts auch eine von einem schlicht-hoheitlichen staatlichen Handeln ausgehende bloß tatsächliche und mittelbare Betroffenheit des Grundrechtsträgers einen Grundrechtseingriff bedeuten kann (vgl. BVerfGE 46, 120 (137), BVerfG, NJW 1990, 2306 = DVBl 1990, 990; BVerwGE 71, 183, (191); 82, 76 (79)). Dies gilt insbesondere für die Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 46, 120 (137); BVerwGE 71, 183 (191)). In welchem Umfang die Abwehr von mittelbaren Folgen staatlichen Handelns, die eine tatsächliche Beeinträchtigung der Berufsausübung hervorrufen, zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG gehört, ist allerdings in Rechtsprechung und Lehre bislang nicht abschließend geklärt (S. 42).

In seiner Entscheidung zur Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten hat der erkennende Senat einen Eingriff in die Berufsfreiheit bejaht bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen, mit denen der Staat zielgerichtet gewisse Rahmenbedingungen verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen im öffentlichen Interesse erwünschten Erfolg herbeizuführen (BVerwGE 71, 183 (192 ff.)). Einen ähnlichen Maßstab legt das Bundesverfassungsgericht an, wenn es im Zusammenhang mit der Nichtaufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausbedarfsplan ausführt, der besondere Freiheitsraum, den das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG sichern wolle, könne auch dann berührt sein, wenn die Auswirkungen hoheitlichen Handelns geeignet seien, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen; das sei insbesondere bei staatlicher Planung und Subventionierung mit berufsregelnder Tendenz möglich (BVerfG, NJW 1990, 2306 = DVBl 1990, 990). Die in diesen Entscheidungen genannten Voraussetzungen erfüllt die streitige Listenveröffentlichung jedoch nicht. Es handelte sich nicht um eine wirtschaftslenkende Maßnahme, die zielgerichtet die Absatzchancen der Klägerin beeinträchtigen sollte. Das gilt offenkundig für die Nachteile, die die Klägerin beim Absatz ihrer nicht in der Liste aufgeführten Weine hinnehmen mußte. Der Verkauf dieser Weine sollte erkennbar in keiner Weise behindert werden. Zur Benennung der Abfüller der beanstandeten Weine enthält die Liste im Vorspann den ausdrücklichen Hinweis, die Namensnennung erfolge lediglich deswegen, um dem Verbraucher eine Identifizierung der aufgeführten Weine zu ermöglichen. Selbst im Hinblick auf die in die Liste aufgenommenen Weine bestehen Bedenken, eine auf die Einschränkung der freien Berufsausübung der Klägerin zielende Maßnahme anzunehmen. Zum einen konnte die Beklagte davon ausgehen, daß die Klägerin den Absatz der DEG-kontaminierten Weine ohnehin von sich aus einstellen würde, weil sie andernfalls sofort mit Zwangsmaßnahmen der zuständigen Überwachungsbehörden hätte rechnen müssen.

Zum andern zielt die Liste auch nach der Art ihrer Erstellung nicht darauf, gerade die weitere berufliche Betätigung der Abfüller in bestimmter Weise zu beeinflussen. Das belegt schon die Tatsache, daß die Aufnahme eines Weines in die Liste gänzlich unabhängig davon war, ob der Abfüller noch über einen Posten dieses Weines verfügte oder ob der Wein überhaupt noch im Handel erhältlich war. Ebenso war es möglich, daß ein Wein in die Liste aufgenommen wurde, dessen Abfüllerbetrieb längst nicht mehr existierte (S. 42 f.).

Diese Überlegungen rechtfertigen allerdings noch nicht den Schluß, mangels einer berufsregelnden Tendenz der Listenveröffentlichung sei ein Eingriff in das Grundrecht der Klägerin auf Berufsfreiheit ausgeschlossen. Weder das Bundesverfassungsgericht noch der erkennende Senat haben in ihren beiden zuvor genannten Entscheidungen eine abschließende Bewertung dahin vorgenommen, daß nur bei Vorliegen einer berufsregelnden Tendenz das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt sein könne. Der Schutz, den dieses Grundrecht bietet, wäre vielmehr unvollständig, wenn an ihm nicht auch mit staatlicher Autorität vorgenommene Handlungen gemessen würden, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken (ebenso für die Grundrechte aus Art. 2 und 4 GG BVerwGE 82, 76 (79)). Die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Unternehmers können durch individualisierte negative Äußerungen staatlicher Stellen über den Wert seiner Erzeugnisse oder seiner Leistungen nachhaltig beeinträchtigt werden. Die Beschädigung seiner Berufsehre (vgl. dazu BVerfGE 50, 16 (27)) durch eine solche Maßnahme kann sogar soweit gehen, daß der Betrieb eingestellt werden muß. Eine Grundrechtsbestimmung, die den Betroffenen solchen Beeinträchtigungen seiner Berufsfreiheit völlig schutzlos aussetzte, würde ihrem Zweck nicht gerecht. Der Senat ist daher der Auffassung, daß der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich auch dann berührt ist, wenn die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Grundrechtsträgers durch öffentliche negative Äußerungen staatlicher Stellen über seine konkret angesprochene berufliche Betätigung nachhaltig eingeschränkt werden." (S. 43 f.).

b) Obwohl das Bundesverwaltungsgericht "die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten" des Unternehmers durch "öffentliche negative Äußerungen staatlicher Stellen" also auch durch behördliche Warnungen vor dessen Produkten "nachhaltig eingeschränkt" sieht, verneint es gleichwohl den Eingriffscharakter der "Listenveröffentlichung ... in den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsbereich der Klägerin" (S. 45 ff.). Es stellt eine

Kollision der "grundsätzlich zugunsten der Klägerin streitenden Freiheitsverbürgung des Art. 12 Abs. 1 GG mit der gleichfalls in der Verfassung verankerten Befugnis der Regierung zur verantwortlichen Leitung des Ganzen der inneren und äußeren Politik" fest und engt deswegen den Schutzbereich der Berufsfreiheit ein. Das überzeugt nicht, wie zu III 1, 2 noch näher dargelegt werden wird.

Das Bundesverwaltungsgericht führt aus:

"In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, daß öffentliche Warnungen vor Produkten unter Angabe der Herstellerfirma stets einen Grundrechtseingriff darstellen (vgl. Philipp aaO S. 157; Dolde aaO s. 21; Berg, ZLR 1990, 565, 567 f.; Gusy; JZ 1989, 1003, 1005; kritisch dagegen Wahl/Masing, JZ 1990, 553; vgl. auch Heintzen, VerwArch 1990, 532, 542). Diese Auffassung übersieht jedoch die Notwendigkeit, bei der Bestimmung des Schutzbereichs einer Grundrechtsgewährung deren Einbettung in die Gesamtheit der Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der sich der erkennende Senat anschließt, unterliegen selbst vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte Beschränkungen, die sich aus der Kollision mit anderen Verfassungsbestimmungen ergeben können. So findet die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Freiheit der Kunst ihre Grenzen nicht nur in den Grundrechten Dritter. Sie kann vielmehr mit Verfassungsbestimmungen aller Art kollidieren; denn ein geordnetes menschliches Zusammenleben setzt nicht nur die gegenseitige Rücksichtnahme der Bürger, sondern auch eine funktionierende staatliche Ordnung voraus, welche die Effektivität des Grundrechtsschutzes überhaupt erst sicherstellt (vgl. BVerfGE 81, 278, 292). Gleiches gilt für das Recht auf Kriegsdienstverweigerung (vgl. BVerfGE 28, 243, 259, 261; 69, 1, 21) wie auch für das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (vgl. BVerfGE 51, 324, 345 f.). Diese Rechtsprechung, die auf dem Gedanken der Einheit der Verfassung beruht, wird auch von der verfassungsrechtlichen Literatur weitgehend gebilligt (vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 17. Aufl. 1990, Rdn. 312; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 1988, S. 930; Starck in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Rdn. 176 f.; von Münch, Grundgesetz – Kommentar -, 3. Aufl. 1985, Vorbemerkung zur Art. 1 bis 19, Rdn. 57; kritisch Pieroth/Schlink aaO Rdn. 366 ff.). in allen Fällen, in denen eine Grundrechtsgewährleistung mit Grundrechten Dritter oder mit anderen Verfassungsgütern in Widerstreit gerät, ist die Auflösung des bestehenden Spannungsverhältnisses dadurch herbeizuführen, daß ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen

verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung gefunden wird. Der Konflikt zwischen dem Grundrecht und den anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern ist im Wege fallbezogener Abwägung zu lösen (vgl. BVerfGE 81, 278, 292 f.; 51, 324, 346; Hesse aaO Rdn. 319); (S. 45 f.)).

Diese Grundsätze beanspruchen Geltung nicht nur für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte. Sie müssen ebenso Anwendung finden bei solchen Grundrechten, die wie Art. 12 Abs. 1 GG einen Regelungsvorbehalt für den Gesetzgeber enthalten. Grundrechtsbegrenzungen, die sich aus der Verfassung selbst ergeben, gehen notwendig einer dem einfachen Gesetzgeber überlassenen Begrenzungsmöglichkeit vor (S. 46).

5. Im vorliegenden Fall kollidierte die grundsätzlich zugunsten der Klägerin streitende Freiheitsverbürgung des Art. 12 Abs. 1 GG mit der gleichfalls in der Verfassung verankerten Befugnis der Regierung zur verantwortlichen Leitung des Ganzen der inneren und äußeren Politik. Zwar sind die Aufgaben und Rechte, die der Regierung insoweit übertragen sind bzw. zustehen, im Grundgesetz weder ausdrücklich noch ins einzelne gehend beschrieben. Die Verfassung geht ersichtlich davon aus, daß schon in dem Begriff der Regierung das dem so bezeichneten Organ übertragene Aufgabenfeld hinreichend gekennzeichnet sei. Nach allgemeiner Auffassung gehört es jedenfalls zu diesen im Grundgesetz vorausgesetzten Aufgaben der Bundesregierung, die gesellschaftliche Entwicklung ständig zu beobachten, Fehlentwicklungen oder sonst auftretende Probleme möglichst rasch und genau zu diagnostizieren, Möglichkeiten ihrer Verhinderung oder zumindest Behebung zu erdenken und die dazu erforderlichen Maßnahmen in die Wege zu leiten, gleichgültig, ob es dazu noch der Beschlußfassung durch den Gesetzgeber bedarf oder nicht (vgl. BVerwGE 82, 76, 80; VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 4. Oktober 1988 – 1 S 3235/87 – VBIBW 1989, 187, 188; Herzog in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art. 20 Abschnitt V, Rdnr. 102; Busse, DÖV 1989, 45, 48; Schröder in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III S. 500; ähnlich Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, S. 681). In ihrer Verantwortung für das Staatsganze ist die Regierung besonders gefordert, wenn eine krisenhafte Entwicklung eintritt, die wichtige Gemeinschaftsgüter bedroht und bereits zu einer starken Beunruhigung der Bevölkerung geführt hat. In einem solchen Fall kann insbesondere die in den Grundrechtsgewährleistungen eingeschlossene Verpflichtung des Staates, seine Bürger auch vor einer Verletzung der grundrechtlich geschützten Güter und Freiheiten durch Dritte zu schützen, die Regierung zum Handeln zwingen (S. 46 f.).

Eines der wichtigsten Mittel, das der Regierung zur Bewältigung einer solchen krisenhaften Situation zur Verfügung steht, ist die Information der Öffentlichkeit durch sachgerechte Aufklärungsarbeit. Dieses Mittel ist geeignet, die Verwirklichung bestehender Gefahren zu verhindern, indem diese den Betroffenen aufgezeigt und Wege zu ihrer Beseitigung gewiesen werden. Eine solche die Tatsachen offenlegende Information der Allgemeinheit schafft gleichzeitig Vertrauen, daß die staatlichen Stellen die ihnen obliegende Fürsorge für die Bürger ernst nehmen und das Erforderliche zu deren Schutz tun. Einer sich ausbreitenden Unruhe in der Bevölkerung mit der Gefahr irrationaler oder gar hysterischer Reaktionen kann so wirksam begegnet werden. Es kann daher nicht ernsthaft bezweifelt werden, daß die Regierung von Verfassungs wegen das Recht haben muß und hat, zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter die Öffentlichkeit umfassend über die gegebene Sachlage zu informieren (S. 47).

"Diese Befugnis kann nicht generell dort enden, wo sie mit dem Interesse eines Bürgers auf möglichst ungestörte Verwirklichung einer ihm grundrechtlich verbürgten Freiheit in Kollision gerät. Die mit der Information der Öffentlichkeit verfolgten Ziele eines effektiven Schutzes der Bevölkerung und der Abwehr ihrer massiven Beunruhigung ließen sich häufig nicht erreichen, wenn die Quelle der Gefährdung und deren genaues Ausmaß nicht konkret bezeichnet werden dürften. Die Regierung müßte sich dann auf allgemeine Warnungen beschränken, die weder die nötige Effektivität gewährleisten noch das Risiko ausschalten würden, daß Unbeteiligte ohne Not durch diese Warnungen Nachteile erleiden. Das kann nicht die Absicht der Verfassung sein. Die der Regierung übertragene Aufgabe der politischen Krisenbewältigung durch Informationen und Warnungen der Öffentlichkeit muß auch die Befugnis einschließen, konkrete Grundrechtsträger als Quelle der bestehenden Gefahrensituation zu bezeichnen, wenn dies zur Erfüllung der genannten Aufgabe erforderlich ist. Dagegen können und sollen die Grundrechte keinen bedingungslosen Schutz gewähren. Für den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet dies, daß das prinzipiell von der Verfassung anerkannte Interesse, nicht durch negative Äußerungen staatlicher Stellen über die beruflichen Leistungen eines konkreten Grundrechtsträgers in der beruflichen Entfaltungsmöglichkeit eingeschränkt zu werden, keinen generellen Vorrang vor der Befugnis der Regierung beanspruchen kann, zur politischen Bewältigung einer krisenhaften Situation die Öffentlichkeit über den wahren Sachverhalt zu unterrichten (S. 47 f.).

6. "Die Veröffentlichung der Liste DEG-kontaminierter Weine zielte darauf ab, in der beschriebenen Weise eine krisenhafte Situation politisch zu bewältigen. In der Bevölkerung herrschte wegen des sogenannten Glykol-Skandals eine erheb-

liche Beunruhigung. ... Infolge dieser Verunsicherung zeichnete sich ein massiver Rückgang des Konsums österreichischer und auch deutscher Weine ab, der die Existenz der zahlreichen im Weingeschäft tätigen Unternehmen **Fehler! Textmarke nicht definiert.** gefährdete und so einen ganzen Wirtschaftszweig zu ruinieren drohte (S. 48).

In dieser Lage konnte Art. 12 Abs. 1 GG die Klägerin nicht davor schützen, daß die Beklagte eine Liste der in Deutschland aufgefundenen DEG-haltigen Weine unter Einbeziehung der entsprechenden von der Klägerin abgefüllten Weine und unter Benennung des Abfüllers veröffentlichte. Diese Maßnahme war bei der gebotenen fallbezogenen Abwägung zwischen den auf dem Spiele stehenden verfassungsrechtlich geschützten Gütern gerechtfertigt. Sie genügte in jeder Hinsicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (S. 48 f.).

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, daß die in die Liste aufgenommenen Weine nicht verkehrsfähig waren (*wird ausgeführt*, S. 49)¹.

Die gesundheitliche Bedenklichkeit des in die Liste aufgenommenen Weins bedeutete zugleich, daß die Beklagte mit der Veröffentlichung zum Schutze der körperlichen Unversehrtheit der Verbraucher tätig wurde und damit ihrer Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG Genüge tat. Die Erhaltung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten des mit der Produktion und dem Absatz von Wein befaßten Wirtschaftszweiges war ein durch Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Wert (S. 49 f.).

...

Die Listenveröffentlichung war geeignet und erforderlich, die damit verfolgten Ziele zu erreichen. Die lückenlose Aufzählung aller entdeckten DEG-kontaminierten Weine verschaffte dem Verbraucher die nach den Umständen größtmögliche Sicherheit, daß ein von ihm konsumierter Wein, der nicht auf der Liste stand, nicht DEG-haltig sei. Gleichzeitig ermöglichte die Angabe des DEG-Gehaltes der in die Liste aufgenommenen Weine im Zusammenwirken mit den vom Bundesgesundheitsamt veröffentlichten Erkenntnissen über das Ausmaß der Toxizität von Diethylenglykol im Wein ausgehenden Gesundheitsgefahren. Die Veröffentlichung war daher geeignet, der Gefahr von Gesundheitsschäden zu begegnen und zugleich die Beunruhigung der Bevölkerung nachhaltig einzudämmen. Ein anderes milderer Mittel zur Erreichung dieser Ziele stand nicht zur Verfügung (S. 50).

¹ Einschlägig war § 52 Abs. 3 Nr. 1 WeinG, "weil der DEG kontaminierte Wein von gesundheitlich bedenklicher Beschaffenheit war".

Auch die Benennung der Klägerin als Abfüllerin des beanstandeten Weines war zur Erreichung der aufgezeigten Ziele unverzichtbar ... (S. 50).

Diese Urteilspassage ist fast vollständig zitiert, weil sonst die (überaus fragwürdige) grundrechtsdogmatische Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts nicht nachvollzogen werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber eine Hilfsbegründung angefügt, um die Mißachtung des rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalts zu rechtfertigen. Nämlich:

"Hiernach griff die Beklagte mit der Listenveröffentlichung nicht in den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsbereich der Klägerin ein. Mangels eines solchen Grundrechtseingriffs kam der Vorbehalt des Gesetzes nicht zum Tragen. Der Annahme der Klägerin, die Listenveröffentlichung sei wegen Fehlens einer gesetzlichen Grundlage rechtswidrig, erweist sich damit als unzutreffend" (S. 50).

"Im übrigen würde sich am Ergebnis nichts ändern, wenn man abweichend von der hier vertretenen Auffassung annähme, der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG werde durch die verfassungsmäßigen Befugnisse der Regierung nicht eingeschränkt, so daß in der Listenveröffentlichung ein Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin läge. In diesem Falle wäre die verfassungsrechtliche Regelung der Aufgaben und Befugnisse der Bundesregierung entsprechend der vom 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts vertretenen Auffassung als Ermächtigungsnorm anzusehen, die den Grundrechtseingriff rechtfertigte (vgl. BVerwGE 82, 76, 80)" (S. 51).

3. Argumentation des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 558/91; BVerfGE 105, 252 ff. = NJW 2002, 2621 ff.)

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Beschluß vom 26. Juni 2002 zum Glykol-Skandal nicht etwa den Rechtsstaat wieder hergestellt, sondern die rechtstaatswidrige Ermächtigung der Bundesregierung zu Lasten des Gesetzgebers, der vollziehenden Gewalt und insbesondere zu Lasten der Bürger, nämlich zu Lasten derer Grundrechte, verstärkt. Es argumentiert in BVerfGE 105, 264 ff. (die Randnummern entstammen dem auch im Internet veröffentlichten Urteilsabdruck) wie folgt:

"C. Die Verfassungsbeschwerden sind unbegründet. Die Veröffentlichung der Liste DEG-haltiger Weine und die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerinnen nicht in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. (Rdn. 37)

I. Die Beschwerdeführerinnen sind in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht beeinträchtigt. (Rdn. 38)

1. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. "Beruf" ist jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient (vgl. BVerfGE 7, 377 <397 ff.>; 54, 301 <313>; 68, 272 <281>; 97, 228 <252 f.>). Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht (vgl. BVerfGE 50, 290 <363>; stRspr). Das trifft auf die Beschwerdeführerinnen zu. (Rdn. 39)

2. In der bestehenden Wirtschaftsordnung betrifft das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG insbesondere das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen (vgl. BVerfGE 32, 311 <317>). Das Grundrecht schützt aber nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken. Die Bundesregierung hat jedoch die rechtlichen Vorgaben für Informationshandeln zu wahren. (Rdn. 40)

a) Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren. Insbesondere umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 24, 236 <251>; 34, 252 <256>). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen. (Rdn. 41)

b) Ein am Markt tätiges Unternehmen setzt sich der Kommunikation und damit auch der Kritik der Qualität seiner Produkte oder seines Verhaltens aus. Gegen belastende Informationen kann sich das betroffene Unternehmen seinerseits marktgerecht durch Informationen wehren, so durch eigene Werbung und Betonung der Qualität seines Produkts. In den Schutz der Berufsausübungsfreiheit ist nämlich die auf die Förderung des beruflichen Erfolgs eines Unternehmens gerichtete Außendarstellung einschließlich der Werbung für das Unternehmen oder

für dessen Produkte eingeschlossen (vgl. BVerfGE 85, 97 <104>; 85, 248 <256>; 94, 372 <389>). (Rdn. 42)

Die Grundrechtsnorm verbürgt jedoch kein ausschließliches Recht auf eigene Außendarstellung und damit auf eine uneingeschränkte unternehmerische Selbstdarstellung am Markt. Zwar darf ein Unternehmen **Fehler! Textmarke nicht definiert.** selbst darüber entscheiden, wie es sich und seine Produkte im Wettbewerb präsentieren möchte. Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt aber nicht ein Recht des Unternehmens, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie es gesehen werden möchte oder wie es sich und seine Produkte selber sieht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kann ein solches Recht auch nicht in Parallele zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründet werden, zumal auch dieses einen solchen Anspruch nicht umfasst (vgl. BVerfGE 97, 125 <149>; 97, 391 <403>; 99, 185 <194>; 101, 361 <380>). (Rdn. 43)

c) Grundlage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist ein möglichst hohes Maß an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren. Erst die Informiertheit der Marktteilnehmer ermöglicht eine an den eigenen Interessen orientierte Entscheidung über die Bedingungen der Marktteilhabe, insbesondere über das Angebot von oder die Nachfrage nach Gütern und Leistungen. Die Verfügbarkeit entsprechender Informationen dient mittelbar auch der Qualität und Vielfalt der am Markt angebotenen Produkte. Fehlen beispielsweise den Verbrauchern entscheidungserhebliche Informationen, können sie nicht hinreichend beurteilen, ob das Angebot für sie bedarfsgerecht ist. Ein informiertes Handeln der Verbraucher wirkt auch auf die Leistungserbringer zurück, die sich infolgedessen auf den Bedarf der Konsumenten einstellen können. Defizite in der Verfügbarkeit entscheidungserheblicher Informationsinhalte bedrohen demnach die Selbststeuerungskraft des Marktes. (Rdn. 44)

Allerdings garantiert der Markt als Einrichtung nicht, dass stets ein bestimmter oder gar ein hoher Informationsstand besteht. Die am Markt verfügbaren Informationen sind häufig nicht vollständig. Informationen werden vielfach in selektiver Weise verbreitet. Auch haben nicht alle am Markt verfügbaren Informationen gleich gute Voraussetzungen, um von ihren Adressaten aufgenommen und folgenreich verarbeitet zu werden. Es fördert die Funktionsweise des Marktes, wenn in solchen Situationen durch zusätzliche, gegebenenfalls auch staatliche Informationen Gegengewichte gesetzt werden oder wenn die überlegene Informationsmacht einzelner Marktteilnehmer ausgeglichen wird. (Rdn. 45)

d) Die Rechtsordnung zielt auf die Ermöglichung eines hohen Maßes an markterheblichen Informationen und damit auf Markttransparenz. Dem dienen etwa die rechtlichen Vorkehrungen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, die

Festlegung von Werberegeln und Maßnahmen des Verbraucherschutzes, der vor allem durch Bereitstellung von Informationen bewirkt wird. Insbesondere schützt § 1 UWG die Funktionsfähigkeit des Leistungswettbewerbs vor Informationen, deren Verbreitung im geschäftlichen Verkehr gegen die guten Sitten verstößt, weil die Marktteilnehmer getäuscht werden. Dies bewertet die Rechtsordnung als wettbewerbsschädigend (vgl. namentlich §§ 2 ff. UWG). Dementsprechend wird der als Verbot vor Irreführungen verstandene Wahrheitsgrundsatz als beherrschende Leitlinie des Wettbewerbsrechts angesehen (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001, Rn. 5 zu § 1 UWG). Die Rechtsprechung hat die Anforderungen an den Schutz vor Irreführungen und damit an die Richtigkeit von Äußerungen im Rahmen des UWG im Hinblick auf die Anforderungen an das Wettbewerbsverhalten im geschäftlichen Verkehr näher konkretisiert (vgl. BGH, NJW 1987, S. 2930 <2931>; BGHZ 139, 368 <376>). Das Ziel der Sicherung von Markttransparenz wird aber auch herausgestellt, soweit Informationen nicht durch Wettbewerber verbreitet werden (vgl. BGHZ 65, 325 <332 ff.>). Es prägt ebenfalls die Rahmenbedingungen wettbewerbsbezogenen Verhaltens des Staates, wenn dieser wettbewerbserhebliche Informationen verbreitet, ohne selbst Wettbewerber zu sein. (Rdn. 46)

e) Marktbezogene Informationen des Staates beeinträchtigen den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt. Verfassungsrechtlich von Bedeutung sind das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe und die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung (aa) sowie die Beachtung der Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit von Informationen (bb). (Rdn. 47)

aa) Die Verbreitung staatlicher Informationen setzt eine Aufgabe der handelnden Stelle (1) und die Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen (2) voraus. (Rdn. 48)

(1) Können Aufgaben der Regierung oder der Verwaltung mittels öffentlicher Informationen wahrgenommen werden, liegt in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln. (Rdn. 49)

Dies ist bei der Staatsleitung der Regierung der Fall. Diese Aufgabe zielt auf die in einer Demokratie wichtige Gewinnung politischer Legitimation und umfasst die Mitwirkung an der Erfüllung konkreter öffentlicher Aufgaben außerhalb der Tätigkeit der Administration. Staatsleitung wird nicht allein mit den Mitteln der Gesetzgebung und der richtungsweisenden Einwirkung auf den Gesetzesvollzug wahrgenommen, sondern auch durch die Verbreitung von Informationen an die

Öffentlichkeit (vgl. Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 670/91 - Osho). (Rdn. 50)

Die staatliche Teilhabe an öffentlicher Kommunikation hat sich im Laufe der Zeit grundlegend gewandelt und verändert sich unter den gegenwärtigen Bedingungen fortlaufend weiter. Die gewachsene Rolle der Massenmedien, der Ausbau moderner Informations- und Kommunikationstechniken sowie die Entwicklung neuer Informationsdienste wirken sich auch auf die Art der Aufgabenerfüllung durch die Regierung aus. Regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit war herkömmlich insbesondere auf die Darstellung von Maßnahmen und Vorhaben der Regierung, die Darlegung und Erläuterung ihrer Vorstellungen über künftig zu bewältigende Aufgaben und die Werbung um Unterstützung bezogen (vgl. BVerfGE 20, 56 <100>; 44, 125 <147>; 63, 230 <242 f.>). Informationshandeln unter heutigen Bedingungen geht über eine solche Öffentlichkeitsarbeit vielfach hinaus (vgl. auch VerfGH NW, NWVB1 1992, S. 14 <15 f.>). So gehört es in einer Demokratie zur Aufgabe der Regierung, die Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld ihrer eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit zu unterrichten. In einer auf ein hohes Maß an Selbstverantwortung der Bürger bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme ausgerichteten politischen Ordnung ist von der Regierungsaufgabe auch die Verbreitung von Informationen erfasst, welche die Bürger zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an der Problembewältigung befähigen. Dementsprechend erwarten die Bürger für ihre persönliche Meinungsbildung und Orientierung von der Regierung Informationen, wenn diese andernfalls nicht verfügbar wären. Dies kann insbesondere Bereiche betreffen, in denen die Informationsversorgung der Bevölkerung auf interessengeleiteten, mit dem Risiko der Einseitigkeit verbundenen Informationen beruht und die gesellschaftlichen Kräfte nicht ausreichen, um ein hinreichendes Informationsgleichgewicht herzustellen. (Rdn. 51)

Von der Staatsleitung in diesem Sinne wird nicht nur die Aufgabe erfasst, durch rechtzeitige öffentliche Information die Bewältigung von Konflikten in Staat und Gesellschaft zu erleichtern, sondern auch, auf diese Weise neuen, oft kurzfristig auftretenden Herausforderungen entgegenzutreten, auf Krisen schnell und sachgerecht zu reagieren sowie den Bürgern zu Orientierungen zu verhelfen. Aktuelle Krisen im Agrar- und Lebensmittelbereich haben beispielhaft gezeigt, wie wichtig öffentlich zugängliche, mit der Autorität der Regierung versehene Informationen sind, um solche spannungsgeladenen Situationen angemessen meistern zu können. Würde die Regierung sich in solchen Lagen der Aufgabe entziehen, den Bürgern durch Aufklärung, Beratung und Verhaltensempfehlungen Orientierung zu geben, und sich stattdessen auf Gesetzesinitiativen beschränken oder auf administrative Maßnahmen anderer Staatsorgane warten,

würde ein wichtiges Element schneller, wirkungsvoller und auf möglichst geringe Beeinträchtigungen Dritter gerichteter Krisenbewältigung fehlen. Das Schweigen der Regierung würde von vielen Bürgern im Übrigen als Versagen bewertet werden. Dies kann zu Legitimationsverlusten führen. (Rdn. 52)

(2) Auch beim Informationshandeln ist die Kompetenzordnung zu beachten. Auf der Ebene des Bundes ergibt sich die Zuständigkeit im Verhältnis zwischen Bundeskanzler, Bundesministern und der Bundesregierung als Kollegium aus Art. 65 GG. Darüber hinaus ist die föderale Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern zu wahren (vgl. BVerfGE 44, 125 <149>). Dabei hängt die Entscheidung über die Verbandskompetenz davon ab, ob die jeweils zu erfüllende Informationsaufgabe dem Bund oder den Ländern zukommt oder ob parallele Kompetenzen bestehen. (Rdn. 53)

Die Aufgabe der Staatsleitung und der von ihr als integralem Bestandteil umfassten Informationsarbeit der Bundesregierung ist Ausdruck ihrer gesamtstaatlichen Verantwortung. Für die Regierungskompetenz zur Staatsleitung gibt es, anders als für die Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten, keine ausdrücklichen Bestimmungen im Grundgesetz. Das Grundgesetz geht aber stillschweigend von entsprechenden Kompetenzen aus, so etwa in den Normen über die Bildung und Aufgaben der Bundesregierung (Art. 62 ff. GG) oder über die Pflicht der Bundesregierung, den Bundestag und seine Ausschüsse zu unterrichten; Gleiches gilt für die Verpflichtung der Regierung und ihrer Mitglieder, dem Bundestag auf Fragen Rede und Antwort zu stehen und seinen Abgeordneten die zur Ausübung ihres Mandats erforderlichen Informationen zu verschaffen (vgl. zu Letzterem BVerfGE 13, 123 <125 f.>; 57, 1 <5>; 67, 100 <129>). Die Bundesregierung ist überall dort zur Informationsarbeit berechtigt, wo ihr eine gesamtstaatliche Verantwortung der Staatsleitung zukommt, die mit Hilfe von Informationen erfüllt werden kann. Anhaltspunkte für eine solche Verantwortung lassen sich etwa aus sonstigen Kompetenzvorschriften, beispielsweise denen über die Gesetzgebung, gewinnen, und zwar auch unabhängig von konkreten Gesetzesinitiativen. Der Bund ist zur Staatsleitung insbesondere berechtigt, wenn Vorgänge wegen ihres Auslandsbezugs oder ihrer länderübergreifenden Bedeutung überregionalen Charakter haben und eine bundesweite Informationsarbeit der Regierung die Effektivität der Problembewältigung fördert. In solchen Fällen kann die Bundesregierung den betreffenden Vorgang aufgreifen, gegenüber Parlament und Öffentlichkeit darstellen und bewerten und, soweit sie dies zur Problembewältigung für erforderlich hält, auch Empfehlungen oder Warnungen aussprechen. (Rdn. 54)

Mit dieser Ermächtigung der Bundesregierung zum Informationshandeln trifft das Grundgesetz zugleich im Verhältnis zu den Ländern eine andere Regelung im Sinne des Art. 30 GG. Maßgebend für die Kompetenz der Bundesregierung im Bereich des Informationshandelns sind nicht die Art. 83 ff. GG. Die Regierungstätigkeit ist nicht Verwaltung im Verständnis dieser Normen. Zur Ausführung von Gesetzen durch administrative Maßnahmen ist die Bundesregierung im Zuge ihrer Staatsleitung nicht befugt. Insoweit wird das Informationshandeln der Bundesregierung nicht von Regelungen berührt, die wie § 8 des Produktsicherheitsgesetzes vom 22. April 1997 (BGBl I S. 934), § 69 Abs. 4 des Arzneimittelgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1998 (BGBl I S. 3586) oder § 6 des Gerätesicherheitsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Mai 2001 (BGBl I S. 866) Verwaltungsbehörden im Rahmen des Gesetzesvollzugs zur Unterrichtung und Warnung der Öffentlichkeit ermächtigen. (Rdn. 55)

Die Informationskompetenz der Bundesregierung endet nicht schon dort, wo zur Bewältigung der Krise zusätzlich ein Handeln von Staatsorganen mit anderer Verbandskompetenz in Betracht kommt, etwa das der Landesregierungen im Zuge der Wahrnehmung ihrer eigenen staatsleitenden Aufgabe oder das der Verwaltung im Rahmen polizeilicher Gefahrenabwehr. Die Zielerreichung könnte verfehlt werden, wenn die Informationstätigkeit der Bundesregierung sich auf alles andere zur Krisenbewältigung Wichtige beziehen, nicht aber einen Hinweis auf die Gefährlichkeit bestimmter Umstände enthalten dürfte. Die Vollständigkeit einer Information ist ein wichtiges Element der Glaubwürdigkeit. Die problemangemessene und gegebenenfalls Kompetenzen anderer Staatsorgane übergreifende Unterrichtung durch die Bundesregierung ist unter dem Aspekt der föderalen Kompetenzaufteilung unbedenklich, da dieses Informationshandeln weder das der Landesregierungen für ihren Verantwortungsbereich ausschließt oder behindert noch den Verwaltungsbehörden verwehrt, ihre administrativen Aufgaben zu erfüllen. (Rdn. 56)

bb) Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor der Verbreitung von inhaltlich zutreffenden und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit angemessener Zurückhaltung formulierten Informationen durch einen Träger von Staatsgewalt. (Rdn. 57)

Die inhaltliche Richtigkeit einer Information ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass sie die Transparenz am Markt und damit dessen Funktionsfähigkeit fördert. Der Träger der Staatsgewalt kann allerdings zur Verbreitung von Informationen unter besonderen Voraussetzungen auch dann berechtigt sein, wenn ihre Richtigkeit noch nicht abschließend geklärt ist. In solchen Fällen hängt die

Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationstätigkeit davon ab, ob der Sachverhalt vor seiner Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen, gegebenenfalls auch unter Anhörung Betroffener, sowie in dem Bemühen um die nach den Umständen erreichbare Verlässlichkeit aufgeklärt worden ist. Verbleiben dennoch Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht, ist der Staat an der Verbreitung der Informationen gleichwohl jedenfalls dann nicht gehindert, wenn es im öffentlichen Interesse liegt, dass die Marktteilnehmer über einen für ihr Verhalten wichtigen Umstand, etwa ein Verbraucherrisiko, aufgeklärt werden. In solchen Fällen wird es angezeigt sein, die Marktteilnehmer auf verbleibende Unsicherheiten über die Richtigkeit der Information hinzuweisen, um sie in die Lage zu versetzen, selbst zu entscheiden, wie sie mit der Ungewissheit umgehen wollen. (Rdn. 58)

Informationen unterliegen wie jedes Staatshandeln dem Sachlichkeitsgebot (vgl. BVerfGE 57, 1 <8>). Bei marktbezogenen Informationen richten sich die Anforderungen auch nach den Funktionserfordernissen des Wettbewerbs. Wertungen dürfen nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen. Die Information darf auch bei zutreffendem Inhalt in der Form weder unsachlich noch herabsetzend formuliert sein. Im Übrigen ist die Verbreitung von Informationen unter Berücksichtigung möglicher nachteiliger Wirkungen für betroffene Wettbewerber auf das zur Informationsgewährung Erforderliche zu beschränken. (Rdn. 59)

cc) Der Gewährleistungsbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG wird durch die staatliche Tätigkeit allerdings dann beeinträchtigt, wenn sie sich nicht darauf beschränkt, den Marktteilnehmern marktrelevante Informationen bereitzustellen, auf deren Grundlage diese eigenbestimmte, an ihren Interessen ausgerichtete Entscheidungen über ihr Marktverhalten treffen können. Insbesondere kann die staatliche Informationstätigkeit eine Beeinträchtigung im Gewährleistungsbereich des Grundrechts sein, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre. Durch Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs können die besonderen Bindungen der Rechtsordnung nicht umgangen werden; vielmehr müssen die für Grundrechtseingriffe maßgebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt sein. (Rdn. 60)

Ebenfalls wird der Gewährleistungsbereich beeinträchtigt, wenn eine Information sich im Nachhinein als unrichtig erweist und dennoch weiterverbreitet oder nicht korrigiert wird, obwohl sie für Marktverhalten weiter von Belang ist. Mit der Feststellung der Beeinträchtigung des Schutzbereichs steht in solchen Fällen auch die Rechtswidrigkeit fest, da eine Rechtfertigung der Weiterverbreitung der

als unrichtig erkannten Information ausgeschlossen ist. (Rdn. 61)

3. Nach diesen Maßstäben ist die angegriffene Veröffentlichung der Liste DEG-haltiger Weine nicht zu beanstanden. Die Herausgabe der Liste mit unstreitig zutreffenden Angaben über DEG-haltigen Wein beeinträchtigte den Gewährleistungsbereich des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführerinnen auch insoweit nicht, als sich dies auf die Chancen zum Verkauf nicht DEG-haltigen Weins ausgewirkt haben sollte. Eingriffsqualität kommt der Listenveröffentlichung nicht zu. Die Regierung hat die rechtlichen Grenzen des Informationshandelns gewahrt. (Rdn. 62)

a) Die Veröffentlichung der Liste fiel als Maßnahme der Staatsleitung in den Aufgabenbereich der Bundesregierung. Sie war nach Zielsetzung, Inhalt und Wirkung als *aliud* zu einem Verwaltungshandeln konzipiert. (Rdn. 63)

aa) Der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit nahm eine Aufgabe der Staatsleitung der Bundesregierung wahr. Sein Handeln zielte im Rahmen der Regierungsverantwortung auf die Bewältigung einer die Öffentlichkeit beunruhigenden und den überregionalen Weinmarkt gefährdenden Krise durch Bereitstellung von Informationen. (Rdn. 64)

Die Veröffentlichung enthielt markterhebliche Informationen über die Verletzung von Qualitätsanforderungen bei Wein bestimmter Lagen und Abfüller. Die Information schuf Transparenz und setzte die Anbieter und Nachfrager auf dem Weinmarkt in die Lage, ihre Marktentscheidungen unter Nutzung von Erkenntnissen zu treffen, die für sie wichtig, ihnen aber sonst nicht zugänglich waren. Inhalt und Aufmachung der Veröffentlichung zeigten, dass sie darüber hinaus einer Vielzahl weiterer Zwecke diene. Die Bundesregierung wollte einer öffentlichen Erwartung an wirksame Maßnahmen zur Krisenbewältigung nachkommen und den weitgehend zusammengebrochenen überregionalen Weinmarkt stabilisieren. In diesem Rahmen wollte sie Anbieter und Nachfrager durch Informationen befähigen, mit der unerwünschten, möglicherweise sogar gefährlichen, Situation in informierter und damit eigenbestimmter Weise umzugehen. Die Weinhändler sollten ihre Angebote, die privaten Konsumenten ihr Kaufverhalten an der gegebenen Information orientieren können. Die Liste eröffnete den Weinhändlern insbesondere die Möglichkeit, betroffene Weine gegebenenfalls aus dem eigenen Weinangebot auszusortieren, aber auch durch Werbung die begrenzte Beteiligung der deutschen Weinwirtschaft und die begrenzte Betroffenheit deutscher Weine deutlich zu machen. Die Verbreitung der Information zielte darauf, das Vertrauen der Marktbeteiligten in andere Weine wiederherzustellen. Der Inhalt der Liste lief hinsichtlich des DEG-haltigen Weins auf eine Warnung der Verbraucher hinaus, hinsichtlich anderer Weine auf Entwarnung.

Die Erreichung entsprechender Wirkungen blieb aber den Marktteilnehmern überlassen; die Regierung beschränkte sich auf die Übermittlung der Untersuchungsbefunde. (Rdn. 65)

Die Liste war ein Informationsbeitrag im Rahmen einer Verunsicherung der Bevölkerung, für deren Bewältigung auch der Bundesregierung politische Verantwortung zugeschrieben wurde. Die Veröffentlichung zielte auf Krisenbewältigung in komplexer Weise, insbesondere auf die Wiederherstellung des Vertrauens am überregionalen Weinmarkt. Ihr ging es - anders als bei administrativen Maßnahmen des Rechtsgüterschutzes durch Gefahrenbekämpfung - nicht um die Behandlung konkreter Einzelfälle und die Beseitigung daraus resultierender Nachteile für einzelne Personen oder Personengruppen. Die Liste sollte insbesondere nicht bewirken, dass die zuständigen Verwaltungsbehörden auf sonstige Maßnahmen der Gefahrenabwehr - etwa das Verbot des Inverkehrbringens DEG-haltiger Weine und dessen Durchsetzung - verzichteten. Gefahrenabwehrmaßnahmen der Länder blieben ebenso möglich wie gegebenenfalls ein eigenes Informationshandeln der Landesregierungen. (Rdn. 66)

bb) Der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit handelte gemäß Art. 65 Satz 2 GG in seinem Geschäftsbereich. Die Verbandskompetenz des Bundes zum Regierungshandeln war gegeben. Der "Glykol-Skandal" hatte - wie auch die Gerichte festgestellt haben - in der gesamten Öffentlichkeit Aufmerksamkeit gefunden und forderte überregionale Reaktionen. Die Vorkommnisse führten sogar über das Bundesgebiet hinaus nach Österreich, wo zuerst Beimengungen von DEG festgestellt worden waren. Zunächst mussten dort auf diplomatischem Wege Informationen eingeholt werden und Fragen der Kontrolle durch den Zoll beim Weinimport bearbeitet werden. In der unklaren Situation über die Auswirkungen von DEG in Wein war es sachgerecht, das Bundesgesundheitsamt einzuschalten. Eine den Bund einbeziehende, länderübergreifende Koordination war ebenfalls zur Bewältigung der krisenhaften Situation sachgerecht. Auch wurde von der Bundesregierung eine Reaktion erwartet. Dies wurde bestätigt durch zahlreiche Anfragen im Bundestag nach den Aktivitäten der Regierung zu dieser Frage. Darüber hinaus forderten die Medien Aufklärung und Maßnahmen der Bundesregierung. Auf das so geprägte überregionale öffentliche Informationsinteresse reagierte diese. Die Bundesregierung durfte davon ausgehen, dass der Informationsbedarf durch ein Handeln nur der Regierungen der Länder nicht mit gleichem Erfolg hätte befriedigt werden können. Daher sprach auch der Gesichtspunkt der Effektivität der Bewältigung der verschiedenen Aspekte des Problems für die Notwendigkeit eines Handelns des Bundes. (Rdn. 67)

b) Die Veröffentlichung der Liste verstieß nicht gegen das Gebot der Richtigkeit und Sachlichkeit. (Rdn. 68)

Die in der Liste enthaltenen Angaben waren unstreitig zutreffend. Die Einzelheiten der Liste beschränkten sich auf die für das Marktverhalten wichtige Mitteilung von gesetzlich nicht zugelassenen DEG-Gehalten in den untersuchten Weinen. Unter der Überschrift "Wichtige Hinweise" wurde deutlich darauf aufmerksam gemacht, dass Wein gleicher Bezeichnung und Aufmachung desselben Abfüllers im Verkehr sein konnte, der nicht mit DEG versetzt ist. Es wurde weiter ausgeführt, dass aus der Angabe einer Lagebezeichnung nicht geschlossen werden dürfte, dass alle Weine dieser Lage DEG enthalten könnten, sondern dass dies nur im Zusammenhang mit dem Namen des Abfüllers und der angegebenen Amtlichen Prüfungsnummer gefolgert werden könnte. (Rdn. 69)

Die Liste war auch nicht deshalb unrichtig, weil die Frage der Verkehrsfähigkeit und der gesundheitlichen Bedenklichkeit bei Weinen mit niedrigem DEG-Gehalt nicht geklärt war. Ein Informationsbedarf der in weiten Teilen beunruhigten Öffentlichkeit war gegeben. Die Regierung teilte den ihr zugänglichen Wissensstand über DEG-haltige Weine mit. Die Richtigkeit dieser Information hing nicht davon ab, ob eine Gefahr im ordnungsrechtlichen Sinne vorlag. Auch bestanden hinsichtlich der aus staatlichen Untersuchungen der genannten Weine gewonnenen Erkenntnisse keine Geheimhaltungspflichten. Im Übrigen wurden Richtigkeit und Sachlichkeit der Information nicht dadurch in Frage gestellt, dass aus Kapazitätsgründen nicht alle Weine untersucht werden konnten. (Rdn. 70)

4. Da die Beschwerdeführerinnen in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG durch die Veröffentlichung der Liste DEG-haltiger Weine nicht beeinträchtigt sind, verstoßen auch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen jedenfalls im Ergebnis nicht gegen dieses Grundrecht. Es ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, dass die Gerichte davon ausgegangen sind, ohne namentliche Nennung der Abfüller wären die schnelle Groborientierung für die Verbraucher nicht möglich und damit die Tauglichkeit der Informationen zur eigenbestimmten Problembewältigung nur begrenzt gegeben gewesen. (Rdn. 71)

II. Auch die übrigen Grundrechtsrügen bleiben ohne Erfolg. (Rdn. 72)

1. Art. 14 Abs. 1 GG ist schon deshalb nicht verletzt, weil der Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie durch die Veröffentlichung der Liste nicht berührt ist. (Rdn. 73)

Die Eigentumsgarantie soll dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglichen. Sie schützt den konkreten Bestand an ver-

mögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. Eine allgemeine Wertgarantie vermögenswerter Rechtspositionen folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 5. Februar 2002 - 2 BvR 305/93 und 2 BvR 348/93 -, Umdruck S. 19). Art. 14 Abs. 1 GG erfasst nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 68, 193 <222> m.w.N.). (Rdn. 74)

Hieraus folgt, dass die von den Beschwerdeführerinnen vorgetragenen Beeinträchtigungen ihrer Absatzmöglichkeiten infolge der Listenveröffentlichung kein Schutzgut des Art. 14 Abs. 1 GG betreffen. Das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum ist zwar durch die dem Eigentümer zustehende grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Hierunter fällt grundsätzlich auch das Recht des Eigentümers, sein Eigentum zu veräußern. In dem Recht, ihren Wein auf dem Markt anzubieten, sind die Beschwerdeführerinnen durch die Veröffentlichung der Liste jedoch nicht eingeschränkt worden. Beeinträchtigt war nach ihrem Vortrag die tatsächliche Möglichkeit, die Produkte weiterhin zu verkaufen und damit die im Angebot liegende Chance eines gewinnbringenden Absatzes zu realisieren. Während die rechtliche Befugnis, Sachen zum Verkauf anzubieten, zum erworbenen und über Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestand zu rechnen ist, gehört die tatsächliche Absatzmöglichkeit nicht zu dem bereits Erworbenen, sondern zur Erwerbstätigkeit. (Rdn. 75)

Auch aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ergibt sich keine andere Bewertung. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher offen gelassen, ob und inwieweit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als tatsächliche Zusammenfassung der zum Vermögen eines Unternehmens gehörenden Sachen und Rechte in eigenständiger Weise von der Gewährleistung der Eigentumsgarantie erfasst wird (vgl. BVerfGE 51, 193 <221 f.>; 68, 193 <222 f.>). Die Verfassungsbeschwerden geben keinen Anlass, diese Frage nunmehr zu entscheiden. Auch wenn bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, werden sie vom Grundgesetz eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet (vgl. BVerfGE 68, 193 <222 f.>; 77, 84 <118>; 81, 208 <227 f.>). (Rdn. 76)

Nichts anderes gilt für den von den Beschwerdeführerinnen als verletzt gerügten Unternehmensruf. Dieser ist durch Art. 14 GG jedenfalls insoweit nicht geschützt, als es sich um Chancen und günstige Gelegenheiten handelt. Auch soweit der Unternehmensruf das Resultat vorangegangener Leistungen darstellt, ist

er nicht dem Unternehmen im Sinne einer von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsposition zugewiesen (vgl. Philipp, Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht, 1989, S. 175 ff.). Er stellt sich am Markt durch die Leistungen und Selbstdarstellungen des Unternehmens einerseits und durch die Bewertung der Marktteilnehmer andererseits immer wieder neu her und ist damit ständiger Veränderung unterworfen. Art. 14 GG schützt nur normativ zugeordnete Rechtspositionen, nicht aber das Ergebnis situativer Einschätzungen der Marktbeteiligten, auch wenn dieses wirtschaftlich folgenreich ist. (Rdn. 77)

2. Art. 3 Abs. 1 GG ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zu 1 nicht deshalb verletzt, weil keinerlei Warnungen an die Öffentlichkeit gegeben worden seien, als zu früheren Zeitpunkten Monobrom- oder Homogenessigsäure in Wein oder in Sekt festgestellt worden waren. Eine rechtmäßige Maßnahme wird nicht dadurch gleichheitswidrig, dass in möglicherweise vergleichbaren anderen Fällen anders verfahren worden ist. Dass im konkreten Fall willkürlich, etwa unter Verwendung sachlich zu missbilligender Motive, gehandelt worden ist, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht behauptet. (Rdn. 78)

3. Art. 2 Abs. 1 GG scheidet als Maßstab aus, weil die mit den Verfassungsbeschwerden aufgeworfenen Fragen des Schutzes von Marktteilnehmern im Wettbewerb von der sachlich spezielleren Grundrechtsnorm des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst werden (vgl. BVerfGE 25, 88 <101>; 59, 128 <163>; stRspr). Rdn. 79).

III. Fallbesprechung und Kritik der Rechtsprechung

Zulässigkeit der Feststellungsklage

Nach § 43 Abs. 1 VwGO kann durch Klage (subsidiär, Absatz 2 Satz 1 des § 43 VwGO) "die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses" begehrt werden, "wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat". Ein Rechtsverhältnis wird durch die Rechte einer Person gegen eine andere Person, also durch ein Verhältnis von Rechten und Pflichten, begründet². Die Rechtsverletzung begründet ein (feststellbares) Rechtsverhältnis zwischen dem Akteur, der Bundesrepublik

² Dazu *H. J. Wolff/O. Bahof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 32, Rdn. 12, S. 392; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage 1998, § 11, Rdn. 24, S. 240.

Deutschland, und dem durch die Aktion betroffenen Opfer, Pieroth, das vielfältige Rechtsfolgen haben kann, etwa einen Unterlassungsanspruch weiterer Rechtsverletzungen, einen Schadensersatzanspruch, insbesondere aus § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB wegen Amtspflichtverletzung durch unerlaubte Handlung (Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dazu B) oder eben den Anspruch auf Feststellung der Rechtsverletzung.

Die Veröffentlichung der DEG-Liste war ein Verwaltungsakt gegenüber Pieroth, der festgestellt hat, daß bestimmte Produkte seines Unternehmens gesundheitsgefährdend sind (feststellender Verwaltungsakt³) und zugleich der Vollzug dieses Verwaltungsaktes durch die Veröffentlichung, welche die Verbraucher vor den Produkten Pieroths gewarnt hat. Das wird noch näher erläutert (F I).

Dieser Verwaltungsakt ist aber durch die Veröffentlichung der DEG-Liste als Warnung sofort und unmittelbar vollzogen worden und hat sich dadurch erledigt⁴. Eine Anfechtung kann dem Verwaltungsakt die regelnde Wirkung nicht mehr nehmen, wenn und weil dieser vollzogen wurde. Die Anfechtungsklage wird darum wegen Erledigung unzulässig⁵. Folglich kann der durch den Verwaltungsakt Betroffene gemäß § 43 VwGO gerichtlich feststellen lassen, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war und ihn in seinen Rechten verletzt hat, daß also ein Rechtsverhältnis bestand⁶. Die Verletzung Pieroths in seinen Rechten durch den Verwaltungsakt und der daraus erwachsende Anspruch, die Rechtsverletzung aus der Welt zu schaffen, der anfechtungsrechtliche Aufhebungsanspruch also (§§ 42, 113 Abs. 1 S. 1

³ Dazu *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 9, Rdn. 46, S. 203; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, § 12, Rdn. 28, S. 278.

⁴ Dazu allgemein *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 14, Rdn. 12, S. 251; *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, Kommentar, 12. Aufl. 2000, § 113, Rdn. 95, 99.

⁵ BVerwGE 81, 226 (227); *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 113, Rdn. 95, 99.

⁶ BVerwGE 49, 36 (39); 56, 24 (26); 87, 23 (25); *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 113, Rdn. 99, § 43, Rdn. 5, plädiert für die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, der die Fortsetzungsfeststellungsklage ermöglicht; auch *J. Schmidt*, in: *E. Eyermann*, Verwaltungsgerichtsordnung, Komm., 11. Aufl. 2000, § 113, Rdn. 72; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, § 18, Rdn. 63 ff., S. 374 ff.; vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 64.

VwGO), haben nämlich ein Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Unternehmer Pieroth begründet, das auch nach Erledigung des Verwaltungsaktes festgestellt werden kann. Wenn man, wie die Praxis und die dieser folgenden Lehre, in der Warnung nicht die Bekanntgabe und den gleichzeitigen Vollzug eines Verwaltungsaktes sieht, sondern ein schlicht hoheitliches Handeln durch einen Realakt (S. 41 f.⁷)⁸, müßte man dem Unternehmer gegen den Bund, dieser vertreten durch das BMJFG, einen Unterlassungsanspruch zuerkennen, die warnende Veröffentlichung der DEG-Liste zu unterlassen. Dieser Unterlassungsanspruch hätte ebenfalls ein Rechtsverhältnis begründet. Auch dieser Unterlassungsanspruch wäre durch die Warnung selbst erledigt, falls nicht weitere Veröffentlichungen zu Lasten Pieroths gedroht haben oder drohen sollten. Dafür gibt der Sachverhalt nichts her. Die Feststellung der Verletzung des Unterlassungsanspruchs, also der Rechte Pieroths gegenüber dem Bund, wäre ebenfalls nach wie vor möglich.

Das besondere Rechtsschutzbedürfnis gemäß § 43 VwGO, "das berechtigete Interesse an der baldigen Feststellung", ergibt sich aus dem Rehabilitierungsinteresse Pieroths⁹. Es besteht nach derart einschneidenden, zumal grundrechtswidrigen, Maßnahmen gegen einen Unternehmer allemal ein

⁷ Im folgenden wird das Urteil des 3. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.10.1990, BVerwG 3 C 2.88, zum Glykol-Skandal nach der Amtlichen Sammlung BVerwGE 87, 37 ff. mit den Seitenzahlen und der Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 26.6.2002, 1BvR 558/91, nach dem Abdruck, der im Internet veröffentlicht ist, mit den Randnummern und mit den Seitenzahlen der amtlichen Sammlung, jeweils in Textklammern, zitiert.

⁸ BVerwGE 71, 183 (186 f.); BVerwG, DVBl 1996, 807; BVerfG, NJW 1989, 3269 ff.; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, § 30, Rdn. 1, S. 449; *F. Ossenbühl*, Umwelterhaltung durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 12 ff.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 541 ff.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information. Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns, NJW 2000, 977 ff. (978 f.); *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 625 f.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 669 f.; vgl. *H. Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 49 f., der vom "belastenden Informationsakt mit Interventionseffekt" spricht.

⁹ BVerwGE 12, 87 (90); 26, 161 (168); 87, 23 (25); *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, § 18, Rdn. 71, 75 ff.; *J. Schmidt*, in: E. Eyermann, VwGO, § 113, Rdn. 87 ff., 92 f.; vgl. *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 113, Rdn. 129 ff., 142 f.

Rechtsklärungsinteresse¹⁰. Wegen eventueller Schadenersatzklagen aus Amtspflichtverletzung hat Pieroth das Rechtsschutzbedürfnis oder eben das Feststellungsinteresse, das die Praxis aber nur in engen Grenzen zugesteht und auch nur, wenn sich das Klagebegehren einer Feststellungs- oder Leistungsklage im Verwaltungsprozeß erledigt hat¹¹.

Begründetheit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die Veröffentlichung der DEG-Liste durch den BMJFG den Unternehmer Pieroth in seinen Rechten verletzt hat und darum rechtswidrig war.

Die Veröffentlichung der DEG-Liste kann Pieroth in den Grundrechten des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit), Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgewährleistung) und Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine (Handlungs)Freiheit), aber auch in dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dem Recht am Unternehmen, das §§ 823 Abs. 1 und § 1004 BGB schützen, sowie in seinem unternehmerischen Recht auf lauterer Wettbewerb aus § 1 UWG beeinträchtigt und verletzt haben und darum rechtswidrig gewesen sein. Die Warnung kann Pieroth aber auch als nunmehr erledigter rechtswidriger Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt haben.

A. Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

Zu prüfen ist insbesondere eine Beeinträchtigung und Verletzung des Grundrechts der (sogenannten) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, genauer des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit des Art 12 Abs. 1 S. 2 GG. Die Berufsfreiheit gewährt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dem Einzelnen das Recht, jede "Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d.h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen"¹².

¹⁰ Vgl. *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, § 18, Rdn. 79 f. (kritisch).

¹¹ BVerwGE 100, 83 (91 f.); vgl. auch BVerwGE 81, 226 (227 ff.); *J. Schmidt*, in: E. Eyermann, VwGO, § 113, Rdn. 87 ff., 92 f.; vgl. *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 113, Rdn. 129 ff., 142 f.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, § 18, Rdn. 71, 77 ff.

¹² BVerfGE 7, 377 (397); 19, 330 (336 f.); 30, 292 (334); 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 68, 272 (281); 75, 284 (292); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); BVerwGE 87, 37

Die Berufsfreiheit materialisiere dadurch "das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) für den Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung und "ziele" "auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab"¹³. Diese Interpretation des Tatbestandes der Berufsfreiheit, der als solcher nicht einmal im Grundgesetz genannt ist, ist extensiv und umfaßt auch unternehmerische Tätigkeiten, ja die nicht genannte Gewerbefreiheit (S. 39)¹⁴. Das überzeugt weder nach dem Wortlaut des Grundrechts, noch nach der Systematik des Grundgesetzes (argumentum aus Art. 55 Abs. 2 und Art. 66 GG) und erst recht nicht nach der Geschichte der Berufs- und Gewerbefreiheit¹⁵. Der Unternehmer Pieroth übt aber als Abfüller von Weinen einen Beruf aus, so daß es auf die restriktive oder extensive Interpretation des Tatbestandes nicht ankommt.

I. Begriffe des Berufs und der beruflichen Handlung des Art. 12 Abs. 1 GG

1. Das wesentliche Tatbestandsmerkmal der Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG, nämlich der Berufswahlfreiheit und der Berufsausübungsfreiheit, ist der Leitbegriff "Beruf". Die Praxis und die ihr folgende Lehre verstehen darunter jede auf Dauer angelegte, selbständige oder unselbständige, aber erlaubte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage (S. 39)¹⁶. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt Art. 12 Abs. 1 GG als Beruf nur erlaubte Tätigkeiten¹⁷.

(39).

¹³ BVerfGE 53, 301 (313); 82, 209 (223); BVerwGE 87, 37 (39); vgl. auch die Hinweise in Fn. 12.

¹⁴ Vgl. BVerwGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 71, 183 (189); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 50, 290 (363); 97, 228 (253); dazu K. A. Schachtschneider (*P. Wollenschläger*), Fallstudie Umweltschutz (FCKW-Verbot), S. 334 ff. (336 ff.).

¹⁵ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, Lehrstuhl 2002, S. 2 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397 ff.); 50, 290 (362); 68, 272 (281); 75, 284 (292); 82, 209 (293); 97, 228 (252 f.); BVerwGE 71, 183 (189); weitere Rechtsprechungshinweise in Fn. 12; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 12. Aufl. 1996, Rdn. 878; R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, § 147, Rdn. 34 ff.; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff., 339 ff.

¹⁷ BVerfGE 7, 377 (397); 14, 19 (22); 48, 376 (388); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 81, 70 (85); so auch BVerwGE 71, 183 (189); 87, 39 (41 f.); das Kriterium der Erlaubtheit ist in BVerfGE 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); in

Nach Auffassung des Gerichts müssen auch die einzelnen Betätigungen einer an sich im Einklang mit der Rechtsordnung stehenden und daher allgemein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübung erlaubt sein, um in den Schutzbereich der Berufsfreiheit zu fallen (S. 41)¹⁸. In der Literatur wird zu Recht kritisiert, durch diese Rechtsprechung würden verbotene Tätigkeiten von vornherein dem Grundrechtstatbestand entzogen, so daß die entsprechenden gesetzlichen Verbote gar nicht erst an den Gründen gemessen werden könnten und müßten, welche Eingriffe in die Berufsfreiheit rechtfertigen könnten (vgl. S. 41)¹⁹. Handlungsverbote können dadurch ganze Berufe aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG herausnehmen, daß die beruflichen Tätigkeiten untersagt werden. Art 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt auch nur die freie Wahl des Berufs (dazu auch III 3 b). Das Bundesverwaltungsgericht wollte nur "schlechthin gemeinschädliche Tätigkeiten aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausscheiden"²⁰, der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat aber das Erlaubniskriterium des Bundesverfassungsgerichts übernommen und aufgrund der Hierarchie der Gerichte übernehmen müssen (S. 41)²¹.

Die Kritik am "Erlaubniskriterium" berücksichtigt nicht, daß es (im Rahmen der Grundrechte) Sache des Gesetzgebers ist, Handlungen, die dem Gemeinwohl schaden, zu unterbinden. Meist folgt er damit einer grundrechtlichen Schutzpflicht²². Die Handlungsregelungen können letztlich nicht davon

BVerfG 1BvR 558/91 vom 26.6.2002, Rdn. 39, nicht erwähnt; dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339 ff.

¹⁸ BVerfGE 32, 311 (316); 46, 120 (137 f.); 61, 291 (311); auch BVerwGE 71, 183 (189); auch die Berufungsinstanz OVG Münster, GewArch 1988, 11 (12 f.); vgl. *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 115, 123 f., 135 f.; *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 27 f.

¹⁹ *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 43 f.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 667 (669); *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2712, Fn. 74; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 622, Fn. 20; *ders.*, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629; dazu auch *W. Berg*, Berufsfreiheit und verbotene Berufe, GewArch 1977, 249 ff.

²⁰ BVerwGE 22, 286 (287 ff., insb. 289); 96, 302 (308 f.).

²¹ BVerfGE 71, 183 (189).

²² Dazu Hinweise in Fn. 249; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.,

abhängig gemacht werden, ob die Handlungen Gegenstand eines Berufs sind; denn Handlungen gewinnen dadurch, daß sie beruflich ausgeübt werden, keine zusätzliche Rechtfertigung. Jede der beruflichen Handlungen muß darum als solche erlaubt, d.h. rechtmäßig, sein. Ob die Beruflichkeit des Handelns (typischer Weise eine vielfache Wiederholung bestimmter Handlungen) verboten oder beschränkt werden darf, ob also Handlungsarten zum Beruf gemacht werden dürfen, um damit Einkommen zu erzielen, bestimmt sich nach dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG. Demgemäß mißt das Bundesverfassungsgericht auch nur Gesetze an dem Grundrecht der sogenannten Berufsfreiheit, wenn sie berufsregelnde Tendenz haben²³. Die jeweiligen Handlungen finden gegebenenfalls in anderen besonderen Grundrechten Schutz²⁴. Handlungsverbote, welche die berufliche Betätigung bestimmter Art, also bestimmte Tätigkeiten im Rahmen des Berufs, unterbinden, können freilich auch das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG verletzen (S. 41)²⁵. Diese Regelungen sind Berufsausübungsregelungen, die ihren Grundrechtsschutz nun einmal nach dem unzweideutigen Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG in diesem Grundrecht finden, dessen Substanz ihr Gesetzesvorbehalt ist. Die Schutzintensität dieses Grundrechts unterscheidet sich nicht von der der allgemeinen (Handlungs)Freiheit, die allen Regelungen im Interesse des Gemeinwohls offensteht²⁶. Als Berufsausübung schützt Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erlaubte, besser: nicht verbotene Tätigkeiten, legales, nicht illegales Handeln, was sonst, wie jede Freiheit, aber ein Verbot muß wirksam sein, darf also nicht gegen die Prinzipien der Verfassung und des Verfassungsgesetzes verstoßen, zumal nicht gegen die Prinzipien der praktischen Vernunft. Insbesondere muß sie wie jede Handlungsregelung den Gesetzesvorbehalt²⁷ wahren (dazu III 2). Andere Verbote können die Be-

325 ff.

²³ BVerfGE 13, 181 (186); 16, 147 (162); 22, 380 (384); 38, 61 (79); 52, 42 (54); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 89, 48 (61); 95, 267 (302); 96, 375 (397); vgl. K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 337 f.

²⁴ B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, Rdn. 876 f.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 28 f.

²⁵ Hinweise in Fn. 19.

²⁶ Für die Berufsausübungsfreiheit BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 81, 70 (84); 85, 360 (373 f.); R. Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 7; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 28.

²⁷ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

rufsausübung nicht regeln, ohne das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit zu verletzen. Folglich ist Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG das Grundrecht, an dem die Verbote auf ihre Richtigkeit hin geprüft werden müssen. Der Streit um das Erlaubniskriterium hat seinen Grund in dem extensiven Berufsbegriff der Rechtsprechung, welche jede Tätigkeit, wenn diese um des Erwerbs willen ausgeübt wird, als Beruf schützen zu müssen glaubt. Richtigerweise kann der Beruf nur eine die ganze Persönlichkeit erfassende Betätigung sein, die eine besondere Könnerschaft erfordert, die erlernt oder studiert sein muß, also eine Profession²⁸. Der Berufsbegriff des Grundgesetzes erfaßt Berufe im herkömmlichen Sinne, die der Freien Berufe, etwa den des Arztes, die Handwerksberufe, wie den des Maurers, die Berufe des Beamten, die der Angestellten. Neue Berufe können und müssen sich an diesen Berufsbildern orientieren. Regelmäßig sind Berufe in besonderen Berufsordnungen geregelt. Die ungelernete Arbeit findet hinreichenden Grundrechtsschutz auch in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, der die freie Wahl des Arbeitsplatzes schützt. Richtig unterscheidet das Grundgesetz Beruf, Arbeit, Ausbildung, Gewerbe, Unternehmen, Amt u.a. (vgl. Art. 12, Art. 55 Abs. 2 und Art. 66 GG). Die Einebnung aller Begriffe fördert die Rechtserkenntnis nicht.

Pieroth hat als Weinabfüller eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt, welche als solche weder verboten noch "schlechthin gemeinschädlich" ist. Hieran ändert der Umstand nichts, daß Pieroth bei der Abfüllung eines bestimmten Weines durch die Zugabe von DEG gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen hat, nämlich gegen § 52 Abs. 3 Nr. 1 WeinG vom 27. August 1982 (BGBl I (Bd. 2), 1196), weil der in Österreich hergestellte Wein "von gesundheitsbedenklicher Beschaffenheit"²⁹ war. Der Berufsausübung sind allgemeine und besondere Grenzen gezogen. Trotz der Rechtsverletzung bleibt die Gesamttätigkeit Pieroths sein Beruf, der den Schutz der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gegen gesetzliche Regelungen und zumal gesetzlose Verwaltung genießt³⁰. Nicht nur die Verbote einzelner

²⁸ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; ders., Fallstudie Streik im öffentlichen Dienst, S. 294 f.

²⁹ Gegenwärtig gilt das Weingesetz vom 8. Juli 1994 (BGBl I, 1994, 1467).

³⁰ So auch F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 27 f.; R. Gröschner, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629; auch ders., Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 622.

Tätigkeiten wie das Zusetzen von DEG sind, wie gesagt, an diesem Grundrecht zu prüfen (dieses Verbot war aber nicht Gegenstand des Rechtsstreits und der Verfassungsbeschwerde), sondern auch die Art und Weise, wie der Staat mit der verbotenen Tätigkeit Pieroths, zumal mit dem Vertrieb des verbotenen Produkts umgegangen ist, also die Warnung vor Produkten Pieroths sowie die damit verbundene Schädigung des Unternehmensrufs Pieroths, sind Maßnahmen des Staates, welche die Berufsausübung beeinträchtigen und welche "verfahrensrechtliche" oder "materiellrechtliche Regelungen" verletzt haben können, "in denen der Gesetzgeber die Voraussetzungen einer solchen Maßnahme festgelegt hat" (S. 41).

2. Das Bundesverwaltungsgericht hat unter Berufung auf das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen:

"Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung. Im Rahmen der bestehenden Wirtschaftsordnung ist das Verhalten des Unternehmens im Wettbewerb Bestandteil dieser unternehmerischen Betätigung. Es gehört daher zu dem Freiheitsbereich, der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt wird" (S. 39)³¹.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt weder die Gewerbefreiheit³², noch eine Wettbewerbsfreiheit³³ als solche (a.A. Rdn. 40 ff. = S. 265 ff.; dazu auch III 3), sondern nach Absatz 1 S. 2 die Berufsausübung. Wenn die unternehmerische Betätigung Berufsausübung ist, kann sie den Schutz der Berufsausübungsfreiheit in Anspruch nehmen, freilich nur gegen Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz³⁴. Das Abfüllen des Weines durch einen Weinab-

³¹ Unter Hinweis auf BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); auch BVerwGE 71, 183 (189); auch BVerfGE 21, 261 (266); 50, 290 (362 ff.); 95, 173 (181); 97, 228 (252 f.).

³² K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 2 ff.; a.A. H.-J. Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 799 ff., 814, 832 ff.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 115, 130, 135, 255; R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 61; auch K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 353 ff.

³³ A.A. BVerwGE 30, 191 (198 f.); 60, 154 (160); 65, 167 (174); 71, 183 (189 ff.); R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 79 ff.; H.-J. Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, S. 799 ff., 834; G. Lübke-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 ff.

³⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 23.

füller ist Berufsausübung. Insoweit ist auch Pieroth durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG geschützt (S. 39 ff.)³⁵.

Die Berufung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist fragwürdig. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich nur gesagt:

"Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann."³⁶

Es geht somit immer spezifisch um den Schutz der Berufswahl oder der Berufsausübung, wenn man so will, der Berufsfreiheit, nicht um den Schutz von Unternehmen als solchen. Aber ein Unternehmen kann Berufsausübung sein.

Das Bundesverfassungsgericht hat berufsfreiheitsrechtlichen Schutz nur gegen Maßnahmen mit berufsregelnder (explizit oder implizit, subjektiv oder auch nur objektiv) Tendenz zugestanden (S. 42 f.)³⁷. In dem Beschluß zum Glykol-Skandal, welcher die Verfassungsbeschwerde gegen das Glykol-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als unbegründet zurückgewiesen hat, hat das Bundesverfassungsgericht wie das Bundesverwaltungsgericht eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit nicht zu erkennen vermocht. Es hat das Grundrecht der Berufsfreiheit in die Grenzen des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs und in die Grenzen der staatsleitenden Regierungsinformationen gewiesen (Rdn. 40 ff., 47 ff. = S. 265 ff.; dazu III 3), wohl auch, weil es weder der marktlichen und wettbewerblichen Wirtschaftsordnung noch der staatlichen Informationsordnung berufsregelnde Tendenz zumißt.

II. Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit

Fraglich ist, ob die Veröffentlichung der DEG-Liste, welche Ausleseweine aus dem Hause Pieroth aufgeführt hat, in die Berufsausübungsfreiheit Pieroths eingegriffen hat, weil sie die unternehmerische Betätigung dessel-

³⁵ Vgl. i.d.S. BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); BVerwGE 71, 183 (189).

³⁶ BVerfGE 21, 261 (266); 50, 290 (363); 74, 129 (148); 95, 173 (181); 97, 228 (252 f.).

³⁷ Hinweise in Fn. 23.

ben beeinträchtigt hat. Fraglos schädigt diese Veröffentlichung die Stellung Pieroths am Markt. Pieroth hat nach dem Sachverhalt drastische Umsatzeinbußen erlitten. Voraussetzung des berufsfreiheitlichen Schutzes ist, daß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG auch vor Eingriffen des Staates in den marktlichen Wettbewerb, also als unternehmerische Berufsausübungsfreiheit auch eine Art Wettbewerbsfreiheit schützt (so Rdn 40 ff. = S. 265 ff.)³⁸. Das Problem des Glykolfalles ist der Schutzbereich, also der Gegenstand der Berufsfreiheit, nämlich die Frage, ob das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG die staatliche Einwirkung (Ingerenz) in die Möglichkeiten des Unternehmers, vor allem in dessen marktliche Möglichkeiten (Marktchancen), die Absatzchancen am Markt, abzuwehren erlaubt, zumal marktrelevante Informationen der Regierung an die Öffentlichkeit.

1. Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 18. Oktober 1990 zum Glykol-Skandal (BVerfGE 87, 37 ff.) die tatsächlichen Einwirkungen auf die Marktposition von Abfüllbetrieben aufgezeigt, welche sich mit der Aufnahme von deren Weinen in die DEG-Liste des BMJFG verbinden:

"Die Veröffentlichung der Liste DEG-haltiger Weine unter Einbeziehung von Weinen, die die Klägerin abgefüllt hatte, und unter Nennung ihres Namens wirkte nachhaltig auf die Wettbewerbsposition der Klägerin ein. Zum einen verhinderte die Maßnahme, daß die Klägerin etwa noch vorhandene Bestände der in der Liste genannten DEG-kontaminierten Weine auf den Markt brachte. Sie konnte schon aus geschäftlichen Gründen keinesfalls weiterhin Weine anbieten, von denen bekannt war, daß sie mit einem u. a. als Frostschutzmittel eingesetzten chemischen Lösungsmittel versetzt waren und die deshalb weithin als gesundheitsgefährdend angesehen wurden. Zum anderen war die Nennung von Weinen der Klägerin in der Liste aber auch geeignet, den Absatz ihrer übrigen nicht DEG-haltigen Weine massiv zu erschweren. Vor allem im Hinblick auf die mehrfache Nennung der Klägerin in der Liste lag es nahe, daß ihr Unternehmen insgesamt in Mißkredit geriet und daß die Käufer sich auch von ihren nicht DEG-belasteten Produkten abwandten ..." (S. 39 f.).

Die Veröffentlichung der DEG-Liste wirkte auf die Marktverhältnisse Pieroths ein. Sie hat dessen Möglichkeiten unternehmerischer Betätigung, nämlich die Absatzchancen, beeinträchtigt. Das ist dadurch geschehen, daß

³⁸ Vgl. die Hinweise in Fn. 33.

die möglichen Abnehmer, die Verbraucher, durch die Warnung vor bestimmten Weinen des Abfüllers Pieroth nicht nur die benannten Weine nicht erworben, sondern überhaupt Weine des Hauses Pieroth gemieden haben. Dem Anbieter Pieroth wurden somit die Abnehmer genommen. Er konnte seine Weine nicht mehr vertreiben, also seinen Beruf als Produzent von Weinen, zu dem auch der Vertrieb der Weine gehört, nicht mehr ausüben. Ob der Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG³⁹ auch den Marktanteil, also die Vertriebsmöglichkeiten am Markt, erfaßt oder ob das nicht Schutzgegenstand der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG ist, ist die eine Frage. Die andere Frage ist, ob die öffentliche Warnung vor den Produkten Pieroths in die Berufsausübungsfreiheit eingegriffen hat, ob dieses Grundrecht auch vor Beeinträchtigungen durch öffentliche Informationen der Regierung schützt. Beides wird sowohl vom Bundesverwaltungsgericht (S. 40 ff. = S. 265 ff.) als auch vom Bundesverfassungsgericht (Rdn. 38 ff. = S. 265 ff.) verneint, beide Fragen zu Unrecht. Der Marktanteil als solcher wird freilich nicht durch die Berufsausübungsfreiheit, sondern durch die Eigentumsgewährleistung geschützt (dazu B II).

2. Eingriffscharakter der Produktwarnung

Dogmatisch wird ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG, der gerechtfertigt werden können müßte, insbesondere nur "durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes" erfolgen darf, unter verschiedenen Aspekten in Frage gestellt:

a) Verkehrsfähigkeit der Produkte/Erlaubniskriterium

Die Auswirkungen der Listenveröffentlichung auf den Absatz der in der Liste aufgeführten Weine, also der Eingriff in den Markt, hätte schon deswegen nicht in das Grundrecht des Pieroth aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen, weil diese Weine wegen ihrer DEG-Kontaminierung nicht verkehrsfähig gewesen seien; denn wegen des Erlaubtheitskriteriums sei eine rechtswidrige gewerbliche Betätigung durch das Grundrecht der Berufsfreiheit

³⁹ Das Bundesverfassungsgericht dogmatisiert die beiden Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG, die Berufswahlfreiheit des Satzes 1 und die Berufsausübungsfreiheit des Satzes 2, als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, BVerfGE 7, 377 (400 ff.); 50, 290 (362 ff.); 80, 269 (278 ff.); 82, 209 (228 f.), zu Unrecht, vgl. K. A. Schachtschneider, Fallstudie zum Umweltschutz, S. 334 f.

nicht geschützt⁴⁰.

Mit dem Bundesverwaltungsgericht ist zu entgegnen:

"Die Aussage, daß Art. 12 Abs. 1 GG nur eine erlaubte wirtschaftliche und berufliche Betätigung schützt, darf ... nicht dahin verstanden werden, daß dem Staat im Umgang mit unerlaubten Betätigungen von Verfassungen wegen keinerlei Beschränkungen auferlegt seien. So hat etwa die zuständige Behörde bei der Beschlagnahme eines gesundheitsschädlichen Lebensmittels selbstverständlich alle verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Regelungen zu beachten, in denen der Gesetzgeber die Voraussetzungen einer solchen Maßnahme festgelegt hat. Nur innerhalb dieses Rahmens gebührt dem Betroffenen kein grundrechtlicher Schutz gegen das behördliche Vorgehen. Die Feststellung, daß eine bestimmte berufliche Betätigung verboten ist, entbindet daher nicht von der Prüfung, welche Maßnahmen der Staat gegen diese Tätigkeit von Verfassung und Gesetzes wegen ergreifen darf ..." (S. 41).

Selbst eine staatliche (behördliche) Maßnahme gegen eine rechtswidrige berufliche Betätigung kann somit aus mannigfachen Gründen selbst Unrecht sein und die Berufsausübungsfreiheit verletzen, welche auch die hoheitlichen Maßnahmen gegen Unrecht material (insbesondere an das Verhältnismäßigkeitsprinzip) und prozedural an verfassungsrechtliche Prinzipien bindet. Das aber setzt voraus, daß der Schutzbereich des Grundrechts derart weit gefaßt wird, daß er die Abwehr staatlichen Unrechts im Berufsbereich erlaubt.

Die Warnung vor DEG-kontaminierten Weinen durch die Veröffentlichung einer DEG-Liste geht über das gesundheits-/polizeirechtliche Verbot hinaus, weil sie ohne Zweifel das Unternehmen, dessen Produkte als gesundheitsgefährlich genannt werden, in öffentlichen Mißkredit bringt und dessen Marktstellung insgesamt beeinträchtigt⁴¹. Sie schädigt den Ruf des Unternehmens (S. 39 f., 43 ff.). Das Abfüllen von Weinen ist fraglos für einen Weinabfüller Berufsausübung, weil die Erzeugung von Wein und der Handel mit Wein an sich erlaubte Tätigkeiten sind, die als Beruf ergriffen werden dürfen. Das

⁴⁰ Ähnlich OVG Berlin, Beschl. v. 28.1.1987 - Az. 5 S 1/87; *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 27 f.; *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, DVBl 1990, 622.

⁴¹ Ganz so *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 25 ff., 29 ff.

gesundheitsrechtliche Verbot, DEG-kontaminierte Weine abzufüllen und zu vertreiben (§ 52 Abs. 3 Nr. 1 WeinG), erfüllt die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG⁴². Es beeinträchtigt die Berufswahlfreiheit nicht, weil als Beruf nur erlaubte Tätigkeiten ausgeübt werden dürfen (S. 40 f.)⁴³. Die gesundheitsrechtlichen Vorschriften über das Weinabfüllen sind Regelungen der Berufsausübung und beeinträchtigen die Berufsausübungsfreiheit, deren Schutzwirkungen freilich über die der allgemeinen (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG nicht hinausreichen⁴⁴. Es ist kein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützter Beruf, wenn jemand mit verbotenen Tätigkeiten seinen Lebensunterhalt zu verdienen betreibt. Insoweit ist, wie schon gesagt⁴⁵, die Erlaubtheit der erwerblichen Betätigung Begriffskriterium des Berufs. Bei der Berufsausübung sind jedoch mannigfache Rechtsverletzungen möglich, welche die jeweilige rechtsverletzende Tätigkeit nicht aus dem Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit herausnimmt. Wenn die Berufsausübung als solche geregelt wird, ist das jeweils eine die Freiheit der Berufsausübung einschränkende Regelung⁴⁶, welche vor dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 S 2 GG gerechtfertigt werden, also vor allem auf Gesetz beruhen muß. Das folgt schon daraus, daß derartige Regelungen sonst an dem subsidiären Grundrecht der allgemeinen (Handlungs)Freiheit zu messen wären. Dessen Schutzaufgabe ist für die Berufsausübung auf Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG übertragen. Die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG müssen unterschieden werden⁴⁷. Das Grundrecht der Berufswahlfreiheit schützt es, wie zu I ausgeführt, keinesfalls, verbotene Tätigkeiten zum Beruf zu machen, etwa DEG-kontaminierten Wein abzufüllen. Das wäre absurd und würde auch dem

⁴² Dazu Hinweise in Fn. 249.

⁴³ Hinweise in Fn. 17 f.

⁴⁴ Vgl. *R. Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 20 ff.; vgl. die Hinweise in Fn. 26.

⁴⁵ Hinweise in Fn. 16, 17.

⁴⁶ *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 27 f.; so selbst *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2712, Fn. 74; auch *R. Gröschner*, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629.

⁴⁷ *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 f.; a.A. BVerfGE 7, 377 (400 f.); st. Rspr., etwa BVerfGE 80, 269 (278 f.); 82, 209 (228 f.).

'Beruf' des 'Killers' gewissermaßen Grundrechtsschutz verschaffen. Aber das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit schützt vor staatlichen Regelungen der beruflichen Betätigung, also auch vor gesundheitsrechtlichen Verboten bestimmter Berufsausübung, etwa bestimmte Substanzen dem Wein zuzusetzen, wenn diese Verbote nicht gerechtfertigt werden können. Der Gesundheitsschutz muß sich schon wegen Art. 2 Abs. 2 GG, dem Grundrecht des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, gegen die Berufsausübungsfreiheit durchsetzen. Das bedarf aber nach dem unzweideutigen Wortlaut des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG des Gesetzes. Die Berufswahlfreiheit ist demgegenüber keiner gesetzlichen Einschränkung zugänglich. Schon das erweist, daß unerlaubte Tätigkeiten keinen berufswahlfreiheitlichen Schutz genießen können. Jede einzelne Handlung der Berufsausübung wäre verboten, wenn auch unerlaubte Tätigkeiten ein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützter Beruf sein könnte. Handlungen können aber nicht deswegen erlaubt sein, weil sie beruflich ausgeübt werden, weil jemand damit seinen Lebensunterhalt verdient, obwohl sie sonst aus guten Gründen, verfassungsgemäß, verboten sind. Wer die beiden Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG dogmatisieren will, muß sie, wie gesagt, zunächst unterscheiden. Mit der Berufsausübung wird eine unternehmerische Betätigung grundrechtlich geschützt, nicht weil sie unternehmerisch ist, sondern weil das Unternehmen Berufsausübung ist⁴⁸.

b) Produktwarnung als Polizeiaufgabe des Landes

Das Verbot, gesundheitsgefährdende Weine abzufüllen und zu vertreiben, steht in § 52 Abs. 3 Nr. 1 WeinG, beeinträchtigt die Berufsausübungsfreiheit, ist aber schon wegen Art. 2 Abs. 2 GG fraglos gerechtfertigt, ja verfassungsrechtlich geboten. Die Warnung vor den DEG-kontaminierten Weinen durch Veröffentlichung der DEG-Liste geht über das Herstellungs- und Vertriebsverbot des § 52 Abs. 3 Nr. 1 WeinG hinaus. Sie ist aber durch die polizeiliche Generalklausel gerechtfertigt⁴⁹. Diese lautet etwa in Bayern:

⁴⁸ I.d.S. BVerfGE 50, 290 (362); 97, 228 (253 f.).

⁴⁹ Allgemeine Meinung, etwa *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 11; *R. Philipp*, *Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, S. 288 ff.; *M. Heintzen*, *Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im Bundesstaat*, NJW 1990, 1451; *ders.*, *Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem*, *VerwArch* 89 (1990), S. 550; *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenauf-*

"Die Polizei hat die Aufgabe, die allgemein oder im Einzelfall bestehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren" (Art. 2 BayPolizeiaufgabenG).

Im Bayerischen Landesstraf- und Verordnungsgesetz vom 13. September 1982 (BayRS 2011-2-I), BayLStVG, heißt es im Zweiten Teil "Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden; Entschädigung"

Art. 6 Aufgaben der Sicherheitsbehörden

Die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Inneren haben als Sicherheitsbehörde die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten.

Art. 7 Befugnisse der Sicherheitsbehörden

(1) Anordnungen und sonstige Maßnahmen, die in die Rechte anderer eingreifen, dürfen nur getroffen werden, wenn die Sicherheitsbehörden durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes dazu besonders ermächtigt sind.

(2) Soweit eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht in Vorschriften dieses Gesetzes oder in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist, können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen nur treffen, um

1. rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden,
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen,
3. Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.

In den anderen Ländern Deutschlands lautet die polizeiliche Generalklausel ähnlich und ist in der Sache gleich⁵⁰. Es ist Pflicht der Polizei, in der Sache der Gesundheitsbehörden, gegebenenfalls des zuständigen Landesministers,

gabe, DVBl 1990, S. 623; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 981; *V. Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 177, S. 71; auch *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987,2707; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, § 27, Rdn. 10, S. 498.

⁵⁰ Vormals § 14 Abs. 1 PVG von 1931; dazu *V. Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, S. 15 ff., 33 ff., 42 ff., 52 ff.

die Schäden durch DEG-kontaminierte Weine für die Verbraucher abzuwenden. Dem Grundsatz der Art. 30, 83 GG gemäß weisen die §§ 40 Abs. 1, 41 LMBG die Durchführung lebensmittelrechtlicher Überwachungsmaßnahmen dem Landesrecht zu. Beispielhaft sei auf Art. 1 Abs. 1 BayVollzGLmR verwiesen, der die zum Vollzug lebensmittelrechtlicher Vorschriften zuständigen (Landes-)Behörden benennt. Die entsprechenden Zuständigkeiten (vgl. insb. die Einzelfallbefugnisse nach Art. 4 BayVollzGLmR) gehen den Aufgaben und Befugnissen des allgemeinen Sicherheitsrechts (Art. 6, 7 BayLStVG) vor. Die Aufgabe und Befugnis der Landesbehörden zur Gefahrenabwehr ist sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden (S. 40, 43; Rdn. 56, 66 = S. 271, 275). Polizeiliche Maßnahmen müssen verhältnismäßig (geeignet, erforderlich und nicht übermäßig) sein⁵¹. Die öffentliche Warnung ist geeignet, die Gefahr von Verbrauchern abzuwenden. Die Maßnahme ist auch notwendig, weil keine andere Maßnahme die gleiche Chance bietet, alle Verbraucher, also die Allgemeinheit zu erreichen und zu warnen, als die öffentliche Information, schon weil niemand weiß und niemand wissen kann, wer den kontaminierten Wein besitzt (Publizitätsmaxime)⁵². Die engere Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (Übermaßverbot) ist ebenfalls fraglos. Den Schaden für sein Unternehmen muß der Abfüller und Vertreiber Pieroth hinnehmen; denn er ist Verursacher der Gefahr, also Störer⁵³. Gegen eine landespolizeiliche öffentliche Information zur Warnung gibt es keine Bedenken, zumal diese zumindest in der polizeilichen Generalklausel eine Rechtsgrundlage hätte. Für die Maßnahmen des Bundes, des BMJFG, freilich schafft das keine Rechtsgrundlage,

⁵¹ V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 333 ff., 337 ff., 341 ff., S. 123 ff.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 399 ff.

⁵² H. U. Jerschke, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, 1971, S. 264 ff.; F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 36 f.; G. Lübbe-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2707; R. Philipp, Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht, S. 212; R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 623 f.; vgl. W. Leisner, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, 1966, S. 82 ff.

⁵³ Zur polizeilichen Störerverantwortlichkeit V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 75 ff.; E. Denninger, in: H. Lisken/E. Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, E, 57 ff., S. 228 ff.

denn der Bund hat nicht die allgemeinen Polizeiaufgaben und Polizeibefugnisse⁵⁴.

Mangels gesetzlicher Grundlage ist somit die Veröffentlichung der DEG-Liste durch den BMJFG rechtswidrig und wegen Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG grundrechts- und verfassungswidrig. Das Gerede des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts von der Aufgabe zur Krisenbewältigung (S. 47 f.; Rdn. 65, 66 = S. 274 f.) hilft darüber nicht hinweg. Die Warnung durch die zuständige Landesbehörde hätte die "Krise" auch bundesweit bewältigt⁵⁵.

c) Klassischer (imperativer) und faktischer (informationeller) Eingriff

Regelungen in Gesetzen oder Verwaltungsakten, welche "mit unmittelbarer und rechtsverbindlicher Wirkung", imperativ, die berufliche Tätigkeit des Bürgers einschränken, wenn es denn eine berufliche, also allgemein erlaubte Tätigkeit ist, sind "klassische" Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG (S. 41)⁵⁶. Das Bundesverwaltungsgericht hat Maßnahmen, die "eindeutig auf einen auf Seiten der Unternehmer entstehenden nachteiligen Effekt abzielen und diesen Effekt nicht lediglich als Begleiterscheinung mit sich bringen", auch wenn diese nicht imperativ sind, dem klassischen Eingriff grundrechtsdogmatisch gleichgestellt, zumal wenn der "maßgebliche Wirkungszusammenhang" "vom handelnden Staat insgesamt beherrscht wird"⁵⁷. Nach der Praxis und der dieser folgenden Lehre schützen die Grundrechte, auch und insbesondere das der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, auch gegen tatsächliche Wirkungen staatlicher Maßnahmen, voraus-

⁵⁴ VGH Mannheim, DÖV 1989, 169; R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 623 ff.; M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 550; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 981.

⁵⁵ R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 624.

⁵⁶ BVerwGE 90, 112 (121); M. Sachs, in: K. Stern, Staatsrecht III/2, 1994, S. 82 ff.; G. Lübbe-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2708 ff. (2710); F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 669 f.; R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 623; vgl. auch M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 541 ff.; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982 ff.

⁵⁷ BVerwGE 71, 183 (194); 90, 112 (121); BVerwG, DVBl 1996, 807

gesetzt, daß diese im schutzrelevanten Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen und objektiv eine erkennbare berufsregelnde Tendenz haben (sogenannte "mittelbare" oder "faktische" Grundrechtsbeeinträchtigung (S. 41 f.))⁵⁸. Meist sind freilich die von der Praxis als faktische Grundrechtsbeeinträchtigung behandelten Maßnahmen Vollzug von Verwaltungsakten (dazu F I). Der Eingriff staatlicher Maßnahmen in die (sogenannte) Berufsfreiheit wurde und wird vielfach noch danach beurteilt, ob diese Maßnahmen "zielgerichtet" ("final") und "grundrechtsspezifisch" sind⁵⁹. Meist wird die "Finalität" der Maßnahme als Kriterium des faktischen Grundrechtseingriffs genannt⁶⁰. Diese Kriterien werden kritisiert, weil sie unergiebig seien⁶¹. Zu Recht stellt der Bundesgerichtshof in seiner Praxis des enteignungsähnlichen Eingriffs auf die objektive Grundrechtsbeeinträchtigung ab, die

⁵⁸ Vgl. BVerwGE 71, 183 (191 ff.); 82, 76 (79); auch BVerwGE 90, 112 (120 ff.); BVerfGE 46, 120 (137); 95, 267 (302 f.); grundlegend *U. Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; *M. Sachs*, in: K. Stern, Staatsrecht III/2, § 78 III, S. 128 ff. mit umfassenden Hinweisen; auch *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 29 ff.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 541 ff.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 669 f.; a.A. *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2711 f.; zurückhaltend wegen der nur mittelbaren Wirkung der "Aufklärung" *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 625 ff.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982 ff.; dazu auch *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 473 f.

⁵⁹ OVG Münster, GewArchiv 1988, 13 f.; BVerwGE 71, 183 (194); auch BVerwGE 90, 112 (120); BVerwG, DVBl 1996, 807; *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 31, 50.

⁶⁰ BVerwGE 71, 185 (194); 82, 76 (79); 90, 112 (120); auch BVerwG, DVBl 1996, 807; *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 30 f.; vgl. *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 983; kritisch *U. Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, S. 22; *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 37 ff.; *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710; kritisch auch *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 545 ff.; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 625 f.

⁶¹ *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2709 f.; auch *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 625 f.; auch *R. Philipp*, Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht, 1989, S. 103 (Fn. 43); *M. Sachs*, in: K. Stern, Staatsrecht Bd. III/2, S. 117 ff., insb. S. 121 ff.

eine gewisse Intensität haben müsse⁶². Der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat das Finalitätskriterium "fortentwickelt" und "den Schutz des Art. 12 GG auf staatliche Verlautbarungen erstreckt, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken" (S. 43 f.)⁶³. "Bei bloß faktischen und damit in der Regel unspezifischen Einwirkungen des Staates auf die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre" läßt der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts "'schwerwiegende' oder 'nachhaltige' Grundrechtsbeeinträchtigungen genügen"⁶⁴. Das Finalitätskriterium müßte, um den Grundrechtsschutz nicht von dem berufsregelnden Zweck der staatlichen Maßnahme oder gar der berufsregelnden Absicht des handelnden Amtswalters, also von Subjektivitäten, abhängig zu machen, objektiviert werden, so daß doch die Grundrechtsbeeinträchtigung nach den Wirkungen der Maßnahmen bestimmt werden muß. Die Wirkungen der staatlichen Maßnahmen auf bestimmte grundrechtlich geschützte Freiheiten, wie auch die Berufswahl- oder auch die Berufsausübungsfreiheit, ist feststellbar, ganz unabhängig davon, ob die jeweilige Maßnahme ein Gesetz ist, ein Gesetz vollzieht oder ohne gesetzliche Grundlage getroffen wurde. Maßgeblich ist die Einschränkung der jeweiligen Freiheit, etwa der beruflichen Handlungsfreiheit, wie das durch Handlungsgebote oder -verbote geschieht, durch (sogenannte) imperative Maßnahmen. Indikative Maßnahmen, etwa Warnungen, können, normativ betrachtet, dieselbe Wirkung haben wie imperative Maßnahmen. Das ist eine Frage der Wirkung der Maßnahmen. Jede Wirkung auf das Handeln von Menschen ist eine lebensmäßige Verbindlichkeit. Auch Imperative haben nur Verbindlichkeit, wenn und weil sie den Menschen durch Drohung mit Zwang (*vis compulsiva*) zu einem Handeln nötigen, etwa durch Strafdrohung, oder auch durch Anreize, etwa direkte oder indirekte (Steuervergünstigung) Subventionen, Auszeichnungen, zu einem Handeln bestimmen. Auch die Anreize haben (psychi-

⁶² BGH 37, 44 (47); vgl. *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710, die zu Recht auf die Rechtsprechung zum enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriff hinweist, der nicht von der Finalität abhängig gemacht werde.

⁶³ BVerwG, DVBl 1996, 807, unter Berufung auf BVerwGE 87, 37 (43 f.).

⁶⁴ BVerwGE 90, 112 (121), auch unter Berufung auf BVerwGE 87, 37 (43).

sche) Wirkung (Prinzip von Zuckerbrot und Peitsche). Verbindlichkeit kann auf vielfältige Weise begründet werden, auch durch Empfehlungen und Warnungen, ja durch bloße Information, etwa Informationen, die Angst auslösen. Angst ist eine der stärksten Handlungsmotivationen des Menschen, wohl nach der Liebe die stärkste. Informationen können rationales Handeln nach sich ziehen, wenn und soweit der Mensch der Rationalität fähig, also aufgeklärt ist. Eher führen Informationen zu irrationalem Handeln, eben aus Angst oder aus sonstigen Emotionen, etwa Neigungen wie der Habsucht, der Machtsucht und der Ehrsucht. Auch Hoffnungen können durch Informationen genährt werden. In der Realität sind Rationalität und Irrationalität meist eine (noch nicht hinreichend erforschte) Einheit der inneren Handlungsbestimmung des Menschen, schon weil der Mensch die Wirklichkeit selten kennt, ja nicht einmal kennen kann. Oft sind emotionale, mehr oder weniger irrationale, Reaktionen des Menschen auf Informationen von den Informanten beabsichtigt, zumal von den Regierungen. Darum versuchen Regierungen die öffentliche Meinung, welche die politischen Handlungen der Menschen am stärksten bestimmt, zu beherrschen⁶⁵. Dann wird Information zur Propaganda. Grundrechtsdogmatisch ist maßgeblich, daß jede Art von Maßnahme des Staates, welche das Handeln beeinflusst (motiviert/steuert), rechtmäßig sein muß und der Politik der Grundrechte, deren objektive Leitentscheidungen⁶⁶, genügen muß⁶⁷. Die Imperativität ist, wenn und weil der Staat (zu Unrecht) nicht nur Gesetze gibt und Gesetze vollzieht, nicht von der Art und Weise der Maßnahme abhängig, sondern von der Wirkung derselben, d.h. davon, ob der Staat das Handeln der Menschen wirksam (spürbar) steuert. In diesem Sinne haben alle handlungssteuernden Maßnahmen des Staates imperative Wirkung (weiter Begriff der Imperativität). "Jedwede Modalität von Schutzbereichsverkürzungen durch die staatliche Gewalt" ist an den Grundrechten zu messen, postuliert Friedrich Schoch⁶⁸. Markus Heintzen schlägt vor, die "Inanspruchnahme staatli-

⁶⁵ Dazu Fn. 234 f.

⁶⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 461 ff., 819 ff., 832 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, Manuskript 2002, S. 139 ff., auch S. 200 f.

⁶⁷ I.d.S. auch Ch. Gusy, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 983.

⁶⁸ Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 669; i.d.S. auch F. Ossenbühl, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 15 ff., 29

cher Autorität" zu berücksichtigen⁶⁹. Das überzeugt, gilt aber für alles staatliche Handeln. Wer, wie Gertrude Lübbe-Wolff, einen engen Begriff der Imperativität vertritt und (vermeintlich bloß) indikative Maßnahmen von dem Grundrechtsschutz ausnimmt⁷⁰, ebnet den Weg in den Propagandastaat. Imperative Maßnahmen des Staates im engeren Sinne (Gesetze, Verwaltungsakte, Richtersprüche) führen zur Illegalität eines Handelns, das diese Imperative mißachtet. Das kann zur Folge haben, daß der Staat die Legalität erzwingt. Wenn das Handeln indikative Maßnahmen, etwa Warnungen, ignoriert, bleibt es legal. Die Folgen sind gegebenenfalls Nachteile. Dieser Unterschied der Illegalität und Legalität des Handelns der Menschen ändert aber nichts an dem grundrechtsdogmatischen Eingriffscharakter beider Arten von staatlichen Maßnahmen, weil jeweils die Freiheit des Handelns, nämlich die Bestimmung der Maxime, beeinträchtigt wird; denn Freiheit ist die "Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür" (Kant)⁷¹. Der nötige Charakter der Maßnahmen ist dargetan. Die Willkür ergibt sich aus der Gesetzlosigkeit.

Die Praxis hat erkannt, daß der Staat über viele Instrumente verfügt, den Menschen gefügig zu machen, und räumt darum auch gegen faktische Beeinträchtigungen der Grundrechte Rechtsschutz ein⁷². Eine Differenzierung zwischen unmittelbar und mittelbar wirkenden Maßnahmen des Staates als Kriterium für oder gegen den Grundrechtsschutz⁷³, das wegen der Fragwürdigkeit des Finalitätskriterium strapaziert wird (wie regelmäßig in der Rechtslehre, wenn die Subsumtion mangels hinreichend bestimmter gesetz-

ff.

⁶⁹ Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, *VerwArch* 89 (1990), S. 547 f.

⁷⁰ Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, *NJW* 1987, 2711 f.

⁷¹ *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 345; *Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag*, II, 6, S. 40 f.; *M. Kriele*, *Freiheit und Gleichheit*, *HVerfR*, 1983, S. 145 f.; dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 56, auch S. 275 ff., 303 ff., *passim*; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 39 ff., 200 ff., *passim*; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 19.

⁷² Hinweise in Fn. 58.

⁷³ I.d.S. *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, *DVB1* 1990, 626; vgl. zu Recht kritisch *Ch. Gusy*, *Verwaltung durch Information*, *NJW* 2000, 983; *K. Stern*, *Staatsrecht III/2*, S. 124 ff.; vgl. *R. Philipp*, *Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, S. 135 ff., 157 ff.; richtig *BVerwGE* 90, 112 (121).

licher Begriffe Wertungen erzwingt), ist nicht tragfähig. Wenn etwa der Absatz eines Produkts leidet, weil die Verbraucher vom Staat "aufgeklärt", also ohne daß ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Produzenten genannt wurde, gewarnt sind, eben weil sie Angst um ihre Gesundheit haben, ist das nicht etwa eine bloß mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung, gegen welche die Grundrechte keine Schutzwirkung entfalten, weil, wie Rolf Gröschner meint, der Staat keine Verantwortung für diese Wirkung trage, weil diese "nicht dem Verantwortungsbereich der Behörde" zugerechnet werden könne, weil vielmehr der Verbraucher sich "freiwillig" für den Erwerb von fragwürdigen Produkten entscheide⁷⁴. Die Behörde hat doch "aufgeklärt", also das Handeln ausgelöst (Kausalitätsprinzip). Die Verbraucher werden objektiv vom Staat, gegebenenfalls um ihres eigenen Schutzes willen, für die Handlungssteuerung durch Warnung, die sich wie ein Vertriebsverbot auswirkt, funktionalisiert, ja sogar subjektiv, zweck- und absichtsvoll. Dieses Verbraucherhandeln, der Boykott bestimmter Produkte, ist Zweck der öffentlichen Information. Die Information ist eine effiziente staatliche Handlungssteuerung. Christoph Gusy will entweder auf Finalität oder auf Unmittelbarkeit abstellen⁷⁵. Das überwindet die Unsicherheit des Grundrechtsschutzes nicht. Der Grundrechtsschutz sollte freilich von der Einwirkungsintensität (Schwere des Eingriffs) der staatlichen Maßnahme auf die grundrechtsgeschützte Freiheit abhängig gemacht werden (i.d.S. S. 43 f.)⁷⁶, um Verfassungsstreitigkeiten um minimale Wirkungen auszuschließen (*minima non curat praetor*). Wenn die Verwaltung ausschließlich Gesetze vollzieht, ergibt das keine grundrechtsdogmatischen Besonderheiten.

Die staatliche Veränderung der Handlungsmöglichkeiten, etwa Veränderungen der Infrastruktur, beeinflussen die Handlungsfreiheit nicht⁷⁷. Die Möglichkeiten können Schutzgut der Eigentumsgewährleistung sein, wenn sie Eigenes sind (dazu B II).

⁷⁴ Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 626; ähnlich *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 983; richtig dagegen BVerwGE 90, 112 (121).

⁷⁵ Verwaltung durch Information, NJW 2000, 983.

⁷⁶ I.d.S. auch BVerwG, DVBl 1996, 807; auch *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 29 ff. (31); *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 545 ff.

⁷⁷ A.A. *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Rdn. 889.

Der Freiheitsschutz ist in Art. 12 Abs. 1 GG dem Wortlaut nach gegen imperative Maßnahmen (Gesetze, Verwaltungsakte, Richtersprüche), also gegen klassische Eingriffe, angelegt; denn nach Satz 2 dieser Vorschrift kann die Berufsausübung "durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden". Jede Beeinträchtigung, die sich nicht durch ein Gesetz rechtfertigen läßt, wäre grundrechtswidrig. Demgemäß war das Problem des Glykolfalles, daß der BMJFG keine gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung der DEG-Liste hatte. Eine Begrenzung der Schutzwirkung des Grundrechts der (sogenannten) Berufsfreiheit gegen imperative Maßnahmen des Staates muß einerseits bedacht werden, wenn der Schutzbereich des Grundrechts bestimmt wird, andererseits, wenn die Maßnahmen des Staates Handlungsformen, nämlich Verwaltungsakten oder Realakten, zugeordnet werden. Der Verwaltungsaktsbegriff des § 35 VwVfG ist zu eng, wird jedenfalls allzu restriktiv interpretiert, und behindert die rechtsstaatliche Verwirklichung des Gemeinwohls⁷⁸. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG für die Berufsausübungsfreiheit erweist den totalen Gesetzesvorbehalt für hoheitliches Handeln⁷⁹. Gesetzlose Maßnahmen des Staates, welche die Berufsfreiheiten beeinträchtigen, sind eben verfassungswidrig. Die Dogmatik der faktischen Beeinträchtigung von Grundrechten⁸⁰ folgt der richtigen Beobachtung, daß die öffentliche Hand Fakten schaffen kann, welche es erschweren oder gar ausschließen, die grundrechtlich geschützte Freiheit, also die Berufswahlfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit, in Anspruch zu nehmen, also so zu leben, wie es diesen Freiheiten, zusammengefaßt der Berufsfreiheit⁸¹, entspricht. Diese Dogmatik hat ihren Grund darin, daß die Praxis den totalen Gesetzesvorbehalt nicht zu praktizieren bereit ist⁸². Das zwingt die Praxis gegen (sogenannte) faktische Maßnahmen der öffentlichen Hand, die zumindest wie imperative Maßnahmen wirken,

⁷⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider* (*A. Emmerich-Fritsche, M. Kläver, P. Wollenschläger*), Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Skript 1999, S. 2 ff.

⁷⁹ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

⁸⁰ Vgl. die Hinweise in Fn. 58.

⁸¹ Dazu Hinweise in Fn. 39; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff.

⁸² Vgl. BVerwGE 6, 282 (257 f.); 48, 305 (308); BGHZ 111, 229 (234); dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

wenn sie nicht sogar als solche dogmatisiert werden müssen (dazu auch F I), Grundrechtsschutz zu geben. Die Entscheidungen zum Glykol-Skandal zeigen, daß die Rechtsprechung im Begriff ist, den grundrechtsfreien Machtbereich, jedenfalls den der Regierungen, zu erweitern. Die objektive Dimension der Grundrechte⁸³ gebietet dem Staat, dem Bürger das Leben in größtmöglicher Freiheit im Sinne der Freiheiten der Grundrechte zu ermöglichen. Dazu verpflichtet auch das Sozialprinzip den Staat⁸⁴. Sozial ist das Gemeinwesen, wenn die Menschen- und Grundrechte Lebenswirklichkeit aller Menschen im Lande sind, etwa wenn alle Beruf und Arbeit haben⁸⁵, genauso wenn alle studierfähigen Studenten Studienplätze haben⁸⁶. Der Staat muß für menschen- und grundrechtsgerechte Lebensmöglichkeiten Sorge tragen. Erst recht muß er grundrechtswidrige Eingriffe in grundrechtsgerechte Handlungsweisen und Handlungsmöglichkeiten unterlassen, also auch die faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie kein tatbestandsgesteuerter Gesetzesvollzug sind. Die Lehre vom Grundrechtsschutz gegen faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen bemüht sich um die Gesetzlichkeit staatlichen Handelns⁸⁷, wenn dieses in Grundrechte eingreift, verkennt aber, daß alle staatlichen Maßnahmen entweder Rechtsakte (Gesetze, Verwaltungsakte oder Richtersprüche) sind oder Vollzug von Rechtsakten, wenn sie denn nicht rechtlos, Unrecht, sein sollen, weil, wie schon betont, im Rechtsstaat der totale Gesetzesvorbehalt gilt, ohne den die allgemeine Freiheit keine Wirklichkeit haben kann⁸⁸. Auch die Veröffentlichung der DEG-Liste war, wie zu F I noch näher dargelegt wird, ein Rechtsakt, ein Verwaltungsakt, nicht ein "schlicht hoheitliches

⁸³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 461 ff., 819 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 139 ff.

⁸⁴ K. A. Schachtschneider, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: *ders.*, Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 289 ff..

⁸⁵ K. A. Schachtschneider, Recht auf Arbeit - Pflicht zur Arbeit, in: *ders.* u.a. (Hrsg.), *Transport - Wirtschaft - Recht*, Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm, 2001, S. 827 ff.

⁸⁶ BVerfGE 33, 303 (331 f.), Numerus-clausus-Urteil; BVerfGE 39, 258 ff., 43, 291 ff., 66, 155 ff.

⁸⁷ BVerwGE 71, 183 (194); 90, 112 (120 ff.); BVerwG, DVBl 1996, 807; vgl. *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, *VerwArch* 89 (1990), S. 545 ff.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, *NJW* 2002, 978 f.; letztlich alle Lehren von der faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung, vgl. Fn. 58.

⁸⁸ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff., 115 ff. (119 ff.).

Handeln", wie dies das Bundesverwaltungsgericht meint (S. 42)⁸⁹. Diese Maßnahme regelt auch den Einzelfall Pieroth, nämlich warnt die Öffentlichkeit vor bestimmten seiner Produkte und ändert damit die Rechtsverhältnisse Pieroths, der sich diese Maßnahme trotz der Unternehmerfreiheit gefallen lassen muß. Die Warnung betrifft somit dessen subjektive (Verfassungs)Rechte, zumindest dessen (allgemeine) Handlungsfreiheit, welche Art. 2 Abs. 1 GG schützt. Ein solcher Verwaltungsakt⁹⁰ muß freilich auf ein Gesetz gestützt werden können. Richtig ist, daß alle Maßnahmen des Staates, welche mit der Politik der Grundrechte nicht vereinbar sind, von den Menschen abgewehrt werden können müssen, jedenfalls von denen, die durch diese Maßnahmen benachteiligt werden (betroffen sind)⁹¹, ganz unabhängig von der Handlungsform der Staates (dazu III 1)⁹² und erst Recht unabhängig von der Dogmatik der Praxis oder Lehre. Der Staat kann die von ihm bezweckten Wirkungen, nämlich imperativisch oder faktisch (indikativ), durch Rechtsakte oder durch bloße Realakte⁹³, durch Gebote und Verbote oder durch Informationen aber auch durch Verschweigen von Informationen bewirken. Befugt ist der Staat, wenn er eine Republik sein will, ausschließlich, Gesetze des Rechts zu geben und diese Gesetze dem Recht gemäß zu vollziehen⁹⁴.

⁸⁹ BVerwGE 71, 183 (191); 82, 76 (79); ebenso *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 669; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 978 f.; weitere Hinweise in Fn. 8.

⁹⁰ Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 2 ff.

⁹¹ Zur Popularklage *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 448 f., auch S. 378 f., 930 ff.; *ders.*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 51 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 54.

⁹² So BVerwGE 71, 183 (191); 82, 76 (89); 87, 37 (41 f.); BVerwG DVBl 1996, 807; auch BVerfGE 46, 120 (137); *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 29 ff.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 532 ff. (537); *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 625 ff.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1981, 669 f.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982 ff.

⁹³ Dazu *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 978 ff.; weitere Hinweise in Fn. 8.

⁹⁴ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 290 ff., 303 ff., 360 ff., 494 ff., 526

III. Kritik der Verweigerung des Grundrechtsschutzes

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungs- und des Bundesverfassungsgerichts sind grundrechtsdogmatisch untragbar, demokratierechtlich und rechtsstaatlich sind sie empörend. Sie gehen auf dem Weg von der Republik, also vom Rechtsstaat und der Demokratie⁹⁵, zur Diktatur⁹⁶ einen großen Schritt voran. Das Wort Diktatur wird hier im Sinne des 20. Jahrhunderts für den rechtlosen Führerstaat benutzt, nicht im klassischen Sinne einer republikanischen Institution für Notlagen⁹⁷.

1. Öffentliche Warnung als Grundrechtseingriff

a) Informationsbefugnis der Regierung als Schutzverkürzung

Wenn und weil das Grundrecht jedenfalls der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG die Unternehmensfreiheit umfaßt, wie der Sache nach mehr oder weniger weitgehend die Praxis und die dieser folgende Lehre annehmen⁹⁸ (dazu I), so ist die öffentliche Information über Gesundheitsgefahren, die von einem Unternehmensprodukt ausgehen, hier von dem DEG-kontaminierten Wein, also die Warnung, eine schwere Beeinträchtigung des Grundrechts, nämlich der geschützten unternehmerischen Betätigung als dem Schutzgut der Unternehmensfreiheit (dazu II). Das Unternehmen kann sich am Markt nicht so entfalten, wie ohne die vor seinen Produkten warnende Information. Es findet nämlich keine oder allenfalls wenig Abnehmer und kann darum entweder keine oder eben nur wenige Geschäfte durchführen. Das ist die Beeinträchtigung, welche die Praxis und die dieser

ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 95 ff., 189 ff., 288 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff., 115 ff., 159 f.

⁹⁵ Zur Einheit von Rechtsstaat und Demokratie *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 123; *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1. Aufl. 1996, S. 251, auch S. 293 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff. (50), S. 685 ff. zur Einheit von Rechtsstaat und Republik.

⁹⁶ Zur Gefahr den Entwicklung Deutschlands von der Demokratie über den Parteienstaat zur Diktatur *K. Jaspers*, Wohin treibt die Bundesrepublik?, Tatsachen, Gefahren, Chancen, 1966, 10. Aufl. 1988, S. 141 ff., 146 ff., 194 ff.

⁹⁷ *C. Schmitt*, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 1922, 5. Aufl. 1989, S. 1 f.; *ders.*, Verfassungslehre, 1928, 8. Aufl. 1993, S. 111 f.

⁹⁸ Hinweise in Fn. 31, 32, 33.

folgende Lehre als faktische Beeinträchtigung dogmatisieren (dazu II 2 c)⁹⁹, die aber in der Sache verwaltungsmäßige Regelung des Marktes des betroffenen Unternehmens durch den Staat, hier den BMJFG ist, also Eingriff durch einen Verwaltungsakt, ein marktgestaltender, informationeller Eingriff (dazu näher F I). Das Bundesverwaltungsgericht gesteht denn auch zu, daß die (sogenannte) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG faktisch beeinträchtigt wäre, wenn deren Schutzbereich nicht durch das gegenläufige Regierungsprinzip, die Befugnis der Regierung zur staatsleitenden Information der Öffentlichkeit, eingeschränkt wäre (S. 41 ff., 46 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hätte den "Gewährleistungsbereich" der Berufsfreiheit als beeinträchtigt erachtet, wenn die Information erkennbar unrichtig gewesen wäre (Rdn. 60 f. = S. 273), nicht aber, wenn den Rechtsgrundsätzen staatsleitender Informationen, insbesondere also dem Sachlichkeits- und Richtigkeitsgebot, genüge getan ist (Rdn 47 ff., 57 ff. = S. 268 ff., 272 ff.). Diese Differenzierung ist ohne Logik.

b) Unterscheidung von Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsverletzung

Die Grundrechtsbeeinträchtigung liegt in der Wirkung der Information der Öffentlichkeit über die Gesundheitsgefahr der benannten Weine, also in der Wirkung der Verwaltungsmaßnahme, der Warnung (dazu a, insb. II 2 c), die nicht von der Rechtmäßigkeit derselben abhängt. Wenn eine solche Maßnahme dem Recht entspricht, muß der Unternehmer sie hinnehmen, obwohl sie sein Grundrecht beeinträchtigt; denn Grundrechtseingriffe sind rechtmäßig und verletzen das Grundrecht nicht, wenn sie sich in die jeweiligen Grundrechtsschranken fügen, also vor dem Grundrecht wegen dessen Schranken gerechtfertigt werden können, also auch den sogenannten Schranken-Schranken genügen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁰⁰. Der Unterschied zwischen Grundrechtsbeeinträchtigung und

⁹⁹ Hinweise in Fn. 58.

¹⁰⁰ Für die Berufsfreiheit (Drei-Stufen-Lehre) BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 19, 300 (336 f.); 30, 392 (396); 46, 120 (138); zum Verhältnismäßigkeitsprinzip allgemein *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 388 ff., insb. S. 395 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht III/2, S. 761 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung - mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, 2000, S. 140 ff.

Grundrechtsverletzung kann nicht dahin eingeebnet werden, daß nur rechtswidrige Grundrechtseingriffe Grundrechtsbeeinträchtigungen seien¹⁰¹. Das entspricht nicht der materialen Offenheit der Grundrechtstatbestände¹⁰², welche zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt nötig, also den Gesetzgeber, aber auch nur den Gesetzgeber, befugt, die Lebensverhältnisse auch zu Lasten der Grundrechte zu regeln, wenn das die praktische Vernunft, materialisiert vor allem in den politischen Leitentscheidungen der Grundrechte, deren objektive Dimension¹⁰³, gebietet. Darum darf der Wesensgehalt der Grundrechte ausweislich Art. 19 Abs. 2 GG nicht angetastet werden¹⁰⁴. Diese Vorschrift, aber auch die expliziten Gesetzesvorbehalte der Grundrechte und zudem Art. 19 Abs. 1 GG, das gesetzgeberische Allgemeinheitsprinzip (S. 1)¹⁰⁵ sowie das gesetzgeberische Grundrechtszitiiergebot (S. 2), erweisen die Richtigkeit dieser Grundrechtsdogmatik, welche zwischen dem Tatbestand eines Grundrechts, dessen Schutz- oder Wirkungsbereich, in den eine staatliche Maßnahme eingreifen kann, und den Schranken des Grundrechts, welche den Eingriff des Staates formal, prozedural und material ermöglichen, also zu rechtfertigen vermögen, unterscheidet¹⁰⁶. Erst ein Eingriff in ein Grundrecht, welcher aufgrund der expliziten oder immanenten Grundrechtsschranken nicht gerechtfertigt werden kann, ist eine Grundrechtsverletzung. Durchgehend setzt die Rechtfertigung eines Grundrechts-

¹⁰¹ Ganz so *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1981, 669 ff.

¹⁰² Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., 831 ff., 847 ff.

¹⁰³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 461 ff., 819 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 139 ff.

¹⁰⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., 831 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 200 ff.; grundlegend *P. Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Staatsvorbehalt, 1962, 3. Aufl. 1983; vgl. insbesondere zur gemeinschaftsrechtlichen Dogmatik auch *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 143 f., 348 ff.

¹⁰⁵ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 221 f.

¹⁰⁶ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 489 f.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 152 ff.; *K. Stern* mit *(M. Sachs*, Staatsrecht III/2, S. 3 ff., 76 ff., 225 ff.; *H. Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 37 ff. (46 f.); vgl. auch *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 33 ff., 56 f.

eingriffs ein Gesetz voraus (grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt)¹⁰⁷. Das ist vor allem demokratierechtlich, also legitimatorisch, geboten¹⁰⁸, weil die demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgane, die Vertreter des ganzen Volkes, und nur sie den Grundrechtseingriff ermöglichen sollen und gerade nicht die Exekutive, insbesondere nicht die Regierung aus eigener Gewalt (Macht) in die Grundrechte eingreifen können soll, etwa weil sie das für nötig hält. Zumindest das Wesentliche muß der Gesetzgeber regeln, jedenfalls wenn er Grundrechte einschränkt, die eigentliche Politik definieren (Wesentlichkeitslehre)¹⁰⁹. Mit diesem großen, in einem Rechtsstaat unverzichtbaren, Prinzip der allgemeinen Freiheit brechen die beiden Entscheidungen zum Glykol-Skandal, die der eigentliche Skandal, nämlich der rechtsstaatliche Skandal, sind¹¹⁰. Diese Entscheidungen markieren das Ende des demokratischen Rechtsstaates und den Umbruch zum diktatorischen Regierungsstaat im Informationszeitalter, der freilich auch in anderen Phänomenen der Verfassungswirklichkeit sichtbar ist¹¹¹.

c) Gesetzesvorbehalt für Informationsbefugnisse der Regierung

Der Glykol-Fall ist dadurch charakterisiert, daß die öffentliche Information

¹⁰⁷ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.; F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, 1989, § 62, S. 326 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, HStR, Bd. I, § 94, Rdn. 63 ff.; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 670; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982 ff.

¹⁰⁸ I.d.S. BVerfGE 33, 195 (159 f.); 40, 237 (248 f.); 41, 231 (243); 41, 251 (259 f.); 49, 89 (126 f.); F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 14, 33 ff.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 119 f.

¹⁰⁹ BVerfGE 20, 150 (157 f.); 34, 165 (192); st. Rspr.; BVerfGE 49, 89 (126 f.); 95, 267 (387 f.); 98, 218 (251 f.); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122 ff.; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982.

¹¹⁰ Dieser Bruch mit dem rechtsstaatlichen Gesetzlichkeitsprinzip wird in der Literatur durchgehend kritisiert; vgl. M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 541 ff., 554 f.; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 670 ff.; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 984 f.

¹¹¹ Vgl. K. A. Schachtschneider, Rechtsstaatlichkeit als Grundlage des inneren und äußeren Friedens, in: Mut zur Ethik. Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Völkerrecht versus Krieg, 2002, S. 61 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 37 ff., 139 ff., 152 ff., 196 ff., 268 ff., 295, 368 ff.

des BMJFG keine gesetzliche Grundlage hatte. Die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts spricht dieses Dilemma klar an (S. 44 f., 50 f.). Wenn nur Grundrechtsverletzungen, also rechtswidrige Grundrechtsbeeinträchtigungen als Grundrechtsbeeinträchtigungen angesehen werden, wie vom Bundesverfassungsgericht (Rdn. 47 ff., 57 ff. = S. 268 ff., 272 ff.), lösen sich die materiellen Grundrechte vollends in die formalen Prinzipien der praktischen Vernunft, nämlich in das Sachlichkeitsprinzip, das vom Willkürverbot nicht zu unterscheiden ist, in das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das auch keinen anderen materialen Gehalt als das Sachlichkeitsprinzip hat, und in das Vertrauensschutzprinzip auf¹¹². Insbesondere aber wird der Gesetzgeber beiseite geschoben und damit der Schutz der Grundrechte durch den Gesetzgeber ausgehebelt; denn eine Grundrechtsbeeinträchtigung von gesetzlosen Maßnahmen, jedenfalls von Informationsakten, der Regierungen wird nicht mehr festgestellt, wenn die Gerichte die Maßnahmen für sachlich, für praktisch vernünftig, für gerechtfertigt halten. Wenn nicht das Rechtsstaatsprinzip als solches¹¹³, begründen die Grundrechte den Gesetzesvorbehalt¹¹⁴. Der Gesetzesvorbehalt ist der essentielle demokratische Schutz vor der Exekutive, insbesondere vor der Regierung. Erst das Gesetz soll im Rechtsstaat, der demokratisch sein muß, bestimmen, was die Sache gebietet, was gerechtfertigt ist. Die Einebnung des Unterschiedes von Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsverletzung hebt die Gesetzlichkeit auf, jedenfalls für die Informationspolitik der Regierung, wie es denn auch das offenkundige Anliegen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts ist. Das mißachtet offen die Grundrechte, welche ausweislich Art. 1 Abs. 3 GG alle staatliche Gewalt, auch die vollziehende Gewalt, zu der die Regierung (auch) gehört¹¹⁵, ja sogar die Gesetzgebung, binden. Der Staat darf gegenüber dem Bürger keinerlei Wirkung, sei es rechtlich oder sei es (vermeintlich) nur faktisch, entfalten, keinerlei Eingriff vornehmen, wenn er nicht

¹¹² Zu diesen Prinzipien *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff., 383 ff., 408 ff.

¹¹³ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

¹¹⁴ So an sich BVerfGE 20, 150 (157 f.); 33, 125 (158 f.); st. Rspr., BVerfGE 49, 89 (126); 85, 386 (403 f.); 98, 218 (252); BVerwGE 47, 194 (197 f.); 48, 305 (308); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

¹¹⁵ *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 628; auch *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 669 f.

eine gesetzliche Grundlage hat ("Kein Eingriff ohne Gesetz")¹¹⁶. Das ist das freiheitliche Gesetzlichkeitsprinzip¹¹⁷, das nur im totalen Gesetzesvorbehalt Wirklichkeit findet¹¹⁸. Die Institution der Regierung gibt als solche trotz aller ihrer Aufgaben keine Befugnisse gegenüber dem Bürger, die ihr nicht durch Gesetz eingeräumt sind¹¹⁹. Unmittelbarer Verfassungsvollzug, der eben nicht Vollzug von Gesetzen ist, ist nicht demokratisch und nicht rechtsstaatlich.

2. Verfassungsunmittelbare Grundrechtseinschränkungen oder Gesetzlichkeit

a) Gesetzlichkeit der Grundrechtseinschränkungen

Das Bundesverwaltungsgericht sieht das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht beeinträchtigt, weil dessen Schutzwirkung nicht weiter reiche, als es die Verwirklichung der anderen Verfassungsprinzipien zulasse (S. 45 ff.). Der Satz: "Grundrechtsbegrenzungen, die sich aus der Verfassung selbst ergeben, gehen notwendig einer dem einfachen Gesetzgeber überlassenen Begrenzungsmöglichkeit vor" (S. 46), ist nicht nur der meist kritisierte Satz des Urteils¹²⁰, er hebt auch die freiheitsschützende Grundrechtsdogmatik aus den Angeln, weil sich "Grundrechtsbegrenzungen" nur aus den Grundrechten selbst ergeben, die freilich explizite oder implizite Gesetzesvorbehalte haben und haben müssen. Implizit ist der Gesetzesvorbehalt aus dem Freiheitsbegriff, weil Freiheit ausweislich des Art. 2 Abs. 1 GG durch Gesetze

¹¹⁶ Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982.

¹¹⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res pouli, S. 35 ff., 153 ff., 303 ff., 494 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 26 ff., 95 ff., 114 ff., 200 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff.

¹¹⁸ D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 145 ff., 171 ff. (175 ff.); K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 265 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.; a.A. BVerfGE 20, 150 (157 f.); 68, 1 (109); K. Stern, Staatsrecht I, S. 808; F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 17 ff.

¹¹⁹ So auch M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990); Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 984 f.

¹²⁰ F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 671; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 984.

verwirklicht wird¹²¹, also jedes Grundrecht der Gesetzgebung offensteht¹²². Freilich müssen die Gesetze die politischen Leitentscheidungen der Grundrechte, wie der Verfassung und des Verfassungsgesetzes überhaupt, wahren¹²³. Immer aber bedarf es des Gesetzes, wenn die Schutzwirkung eines Grundrechts eingeschränkt wird. Ohne Gesetzlichkeit gibt es keinen Rechtsstaat, nämlich keine Freiheitlichkeit¹²⁴, zumal keine Demokratie¹²⁵.

b) Fallbezogene Abwägung ohne Gesetz, demokratie- und rechtsstaatswidrig

Die verschiedenen Verfassungsprinzipien, zu denen die Grundrechte genauso gehören würden wie das Regierungsprinzip, müßten "einen verhältnismäßigen Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung" finden (S. 45 f.). "Der Konflikt zwischen dem Grundrecht und den anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern sei im Wege fallbezogener Abwägung zu lösen" (S. 46). Das Bundesverwaltungsgericht hat, wie zitiert, auf die Kollision "der grundsätzlich zugunsten der Klägerin streitende Freiheitsverbürgung des Art. 12 Abs. 1 GG und der gleichfalls in der Verfassung verankerten Befugnis der Regierung zur verantwortlichen Leitung des Ganzen der inneren und äußeren Politik" (S. 46), aber auch auf die "Schutzpflicht aus

¹²¹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 153 ff., 303 ff., 332 ff., 356 ff., 494 ff., 519 ff., 536 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 26 ff., 95 ff., 200 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 16 ff., 25 ff., 29 ff.

¹²² K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 450 f., 465 ff., 479 f. (481), 828 ff., 831 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 106 ff., 116 ff.; im Ergebnis nicht anders die Praxis zu den vorbehaltlosen Grundrechten BVerfGE 50, 280 (368 f.); 51, 324 (346); 81, 278 (292 f.); 84, 212 (228); 92, 365 (394 f.); 94, 268 (284 f.); 100, 271 (283 f.); BVerwGE 87, 37 (46); BVerwG, DVBl 1996, 807, obwohl das BVerfG die von ihm sogenannte Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG nicht auf andere Grundrechte anwendet, etwa E 6, 32 (37); 9, 73 (77); 19, 303 (314); 30, 173 (192); 32, 98 (107), zu Unrecht; vgl. K. A. Schachtschneider, *Fallstudie Streik im öffentlichen Dienst*, S. 221 ff.

¹²³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 461 ff., 490 ff., 573 ff., 819 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 139 ff., 200 ff., 300 ff.; in der Sache ebenso die Praxis; vgl. die Hinweise in Fn. 122.

¹²⁴ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 7 ff., 43 ff., 94 ff.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 121.

¹²⁵ Ch. Gusy, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 982, 984, der freilich Demokratie als Herrschaft der Mehrheit über Minderheiten verkennt (dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 71 ff., 105 ff.).

Art. 2 Abs. 2" zugunsten "der körperlichen Unversehrtheit der Verbraucher", die Erhaltung der "wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten des mit der Produktion und dem Absatz von Wein befaßten Wirtschaftszweiges" als "einen durch Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Wert" (S. 49 f.) und die mangelnde Verkehrsfähigkeit der in der Liste aufgenommenen Weine (S. 49) hingewiesen. Das sind alles beachtliche Argumente für die Erkenntnis des richtigen Gesetzes, also *de lege ferenda*, und es sind auch wesentliche Argumente für die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes, also *de lege constitutione*, aber sie ersetzen ein Gesetz nicht¹²⁶. Objektive Grundrechtskollisionen und Kollisionen von verfassungsgesetzlichen Prinzipien kann demokratisch und damit rechtsstaatlich nur der Gesetzgeber lösen¹²⁷. Die expliziten und impliziten Gesetzesvorbehalte der Grundrechte machen das möglich. Das Bundesverwaltungsgericht mußte wie auch das Bundesverfassungsgericht mit dem Dilemma fertig werden, daß der Veröffentlichung der DEG-Liste durch das BMJFG eine gesetzliche Grundlage fehlte. Das hat zu einer apologetischen Dogmatik verführt, wenn nicht genötigt, weil die Alternative das unerwünschte Verdikt der Verfassungswidrigkeit der Regierungsmaßnahme gewesen wäre, welche den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zu umgehen ermöglichte. Die einzige Möglichkeit war die Annahme, das Grundrecht der Berufsfreiheit sei nicht beeinträchtigt, weil seine Schutzwirkung durch die gegenläufigen Verfassungsprinzipien eingeschränkt sei. Das Bundesverwaltungsgericht kommt denn auch zu dem zitierten Ergebnis:

"Hiernach griff die Beklagte mit der Listenveröffentlichung nicht in den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsbereich der Klägerin ein. Mangels eines solchen Grundrechtseingriffs kam der Vorbehalt des Gesetzes nicht zum Tragen.

¹²⁶ I.d.S. auch *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, *VerwArch* 89 (1990), 554; auch *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, *DVBf* 1991, 669 f.; *R. Gröschner*, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, *JZ* 1991, 629; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, *NJW* 2000, 982; grundlegend *C. Schmitt*, Rechtsstaatlicher Vollzug, in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, S. 452 ff.; so auch BVerwGE 71, 183 (194); 90, 112 (122 ff.); BVerwG, *DVBf* 1996, 807 f.

¹²⁷ *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, *DVBf* 1991, 671 f.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, *NJW* 2000, 984; auch *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, *VerwArch* 89 (1990), 553 f.

Der Annahme der Klägerin, die Listenveröffentlichung sei wegen Fehlens einer gesetzlichen Grundlage rechtswidrig, erweist sich damit als unzutreffend." (S. 50).

Angemerkt sei, daß das Gericht einen dogmatischen Irrweg fortsetzt, den der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts, unter Vorsitz des Präsidenten Prof. Dr. Horst Sandler, bereits in dem Urteil vom 23. März 1989 zur "Transzendentalen Meditation" eingeschlagen hatte (BVerwGE 82, 76 (79 ff.)) ebenso ein freiheitsvergessenes, wie staatsbesessenes Urteil.

Die verfassungsunmittelbare Abwägung der Rechtsprinzipien zur Regelung von Einzelfällen der Verwaltung (S. 45 f.), um also Verwaltungsakte zu erlassen, ist sowohl mit dem demokratischen Prinzip als auch mit den Prinzipien des Rechtsstaates unvereinbar, also republikwidrig¹²⁸. Rechtsdogmatik ist Erkenntnis des Rechts in praktischer Vernunft. Dessen sind die Institutionen, nicht nur die Richter, sondern auch die Beamten und auch die Minister fähig. Aber: Die allgemeine Freiheit gebietet die allgemeine Gesetzlichkeit, weil die Gesetze der allgemeine Wille sein sollen, weil die Gesetze der gesetzgeberischen Erkenntnis aller Bürger erwachsen sollen¹²⁹. Die Gesetze müssen den Willen der Bürger der Verwaltung derart vermitteln, daß dieser keine Willkürmöglichkeit bleibt. Die Gesetze müssen also größtmöglich bestimmt sein (Bestimmtheitsprinzip)¹³⁰. Ohne derartige, die größtmögliche Subsumibilität gewährleistende¹³¹, Gesetzlichkeit gibt es keine Rechtlichkeit. Es gibt keinen Rechtsstaat ohne Demokratie¹³². Alle

¹²⁸ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 895 ff., 1015 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 328 f.; kritisch auch R. Gröschner, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 671 f.

¹²⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 35 ff., 303 ff., 340 ff., 410 ff., 494 ff., 519 ff., 560 ff., 637 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 114 ff., 228 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 43 ff., 94 ff.

¹³⁰ BVerfGE 57, 257 (274); auch BVerfGE 6, 32 (42); 8, 71 (76); 20, 150 (158); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 102 ff., 118, 308 ff.; auch Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982; auch M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 553, 555.

¹³¹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 310 f.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 850 ff., 866 ff., 882 ff., 886 ff.

¹³² J. Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, S. 251.

Politik ist (soll sein) Erkenntnis des Rechts¹³³ ("ausübende Rechtslehre", Kant)¹³⁴, aber diese Erkenntnis ist (ausschließlich) Sache des Volkes, unmittelbar oder vertreten durch die Vertreter des Volkes in den Organen des Staates¹³⁵. Res publica res populi. Es ist wesentlich, wer die Aufgabe und Befugnis zur verbindlichen Erkenntnis des Richtigen für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit (Staatszweck)¹³⁶ hat. Das ist der Sinn der differenzierten demokratischen Organisation der Republik, die vielfältig geteilt ist, föderal, kommunal, funktional¹³⁷. Nach der leidvollen Erfahrung der Menschheit mit der Herrschaft von Menschen über Menschen ist eine vielfältige Gewaltenteilung, die notwendig mit der Teilung der Aufgaben und Befugnisse unter vielfältige Einheiten und Organe des Staates mit sich bringt, notwendig, um das Rechtsprinzip und damit die allgemeine Freiheit zu sichern¹³⁸. Die Menschen können sich nicht darauf verlassen, daß die Amtswalter das Recht von sich aus wahren. Es bedarf insbesondere des Rechtsschutzes durch die Gerichte¹³⁹. Auch Gerichte können versagen, wie diese Fallstudie erneut aufzeigt, aber sie sind um des Rechts willen unverzichtbar. Freilich darf in keinem Gericht ein Richter sitzen, der zugleich einer politischen Partei angehört¹⁴⁰. Solche Richter können das Vertrauen des Volkes nicht haben, wenn die Parteien den Staat beherrschen, jedenfalls nicht, wenn Bürger gegen den Staat Rechtsschutz suchen. Die politischen Parteien genießen auch sonst kein Vertrauen des Volkes und werden es niemals genießen, weil sie Vereinigun-

¹³³ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 560 ff., 584 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 200 ff. (205); ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 230 ff.

¹³⁴ Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 229.

¹³⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 560 f., 637 ff., 707 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 46 f.; ders., Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, S. 66 ff.

¹³⁶ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 567 ff. (569), 978 ff. (980), 990 ff. (996); ders., Freiheit in der Republik, S. 47, 113, 158; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7.

¹³⁷ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 184 ff.

¹³⁸ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 184 ff., auch S. 210 ff.

¹³⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 124 ff.

¹⁴⁰ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 200 ff., 242 f.

gen des Eigennutzes (vor allem der Ämterpatronage) sind¹⁴¹. Die wichtigste Sicherung des Rechts ist die Gesetzgebung durch das Volk, am besten unmittelbar oder notfalls durch Vertreter des Volkes, die vom Volk (wirklich) gewählt werden¹⁴². Wenn auch der deutsche Parteienstaat sich davon weit entfernt hat, so ist doch die Institution des Parlaments für eine Republik, das Gemeinwesen der Freiheit, ebenfalls unverzichtbar. Freilich muß das Wahlrecht republikanisiert werden¹⁴³. Die Freiheit ist die Autonomie des Willens, also das Leben und Handeln ausschließlich unter dem eigenen Gesetz¹⁴⁴. Das gilt für alle Bürger, also müssen die Gesetze allgemeine Gesetze aller Bürger sein. Jeder Bruch mit dem Prinzip der Gesetzlichkeit verletzt das Heiligtum der Republik. Weder die Gerichte können den am stärksten demokratisch legitimierten Gesetzgeber ersetzen noch gar die Regierungen. Wenn die Regierungen verwalten, ohne daß ihre Verwaltung Vollzug von Gesetzen (des Volkes oder der Volksvertretung) ist, ist dies ein schwerer Bruch des Rechtsprinzips¹⁴⁵. Darum ist, um es erneut zu unterstreichen, der umfassende (totale) Gesetzesvorbehalt durch die Verfassung der Menschheit des Menschen geboten¹⁴⁶.

Richter sind nach Art. 97 Abs. 1 GG "nur dem Gesetze" unterworfen. Das entbindet die Richter nicht von der Verantwortung für das Recht (Art. 20

¹⁴¹ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1113 ff.; *ders.*, Der republikwidrige Parteienstaat, in: Dietrich Murswiek u.a. (Hrsg.), *Staat - Souveränität - Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, 2000, S. 141 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 160, 200, 206 u.ö.; *H. H. v. Arnim*, *Ämterpatronage durch politische Parteien*, 1980; *ders.*, *Staat ohne Diener. Was schert die Politiker das Wohl des Volkes?*, 1993, S. 129 ff.; *R. Wassermann*, *Die Zuschauerdemokratie*, 1986/1989, S. 133 ff., 174 ff.

¹⁴² Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 637 ff.; *H. H. v. Arnim*, *Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?*, JZ 2002, 578 ff.

¹⁴³ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1147 ff.

¹⁴⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff., 410 ff., 519 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 39 ff., 51 ff., 79 ff., 288 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 19 ff.

¹⁴⁵ *J.-J. Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag*, III, 1, Reclam, S. 61 ff.; vgl. auch K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 265 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 162 ff., 184 ff.; vgl. auch *ders.*, *Res publica res populi*, S. 290 ff., 303 ff., 494 ff., 526; i.d.S. auch *H. Bethge*, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57 (1998), S. 46 f.

¹⁴⁶ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 115 ff.

Abs. 3 GG) und damit auch nicht von der Verantwortung für die Rechtheit der Gesetze¹⁴⁷, aber es gibt keine demokratische Rechtsprechung ohne Gesetzlichkeit¹⁴⁸. Die Richter können nur dem Gesetz unterworfen sein, wenn es Gesetze gibt. Art. 97 Abs. 1 GG formt wesentlich das demokratische Prinzip der Republik aus. Der abwägende unmittelbare Verfassungsvollzug durch die Gerichte in Einzelfällen ist trotz allen Bemühens um praktische Vernunft schlechterdings demokratiewidrig und damit mit den Prinzipien des Rechtsstaates unvereinbar¹⁴⁹. Das gilt erst recht für den unmittelbaren (gesetzlosen) Verfassungsvollzug durch die Exekutive, einschließlich der Regierung. Es geht in der Politik, wie gesagt, immer um das Recht. Die Revolution (Befreiung zum Recht¹⁵⁰) der Demokratie ist, daß die gesetzgeberische Erkenntnis des Rechts Sache des Volkes ist, nicht die von Fürsten (Monokraten), nicht die von Parteiführungen (Oligarchien), nicht die von Priestern (Kirchen). Sowohl die Verwaltung als auch die Rechtsprechung muß Gesetzesverwirklichung sein¹⁵¹. Das setzt derart bestimmte Gesetze voraus, daß die Beamten und die Richter ihre Rechtsakte durch Subsumtion zu erkennen vermögen. Die Subsumtion ist das kennzeichnende Element der Gesetzesbindung¹⁵². Die verfassungsunmittelbare Abwägung im Einzelfall durch die Verwaltung oder die Rechtsprechung verschiebt somit das grundgesetzliche Verfassungsgefüge zu Lasten der Legislative und damit zu Lasten des Volkes, der Bürgerschaft, und ist darum

¹⁴⁷ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 863 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 274 ff.

¹⁴⁸ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 863 ff. (866 ff.); *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 321 ff.

¹⁴⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 863 ff., 895 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 294 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 328 f.; i.d.S. auch F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 671 f.; R. Gröschner, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629.

¹⁵⁰ K. A. Schachtschneider (*O. Gast*), Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, S. 29 ff., 50 ff.

¹⁵¹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 863 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff., 124 ff., 161 ff.

¹⁵² Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 880 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 310.

grundsätzlich demokratiewidrig¹⁵³. Das ist der zentrale Vorwurf gegen die Dogmatik des Bundesverwaltungsgerichts und in der Sache auch gegen die des Bundesverfassungsgerichts.

c) Gesetzlichkeit der Freiheit im Schutzbereich vorbehaltloser Grundrechte

Auch vorbehaltlos formulierte Grundrechte, wie etwa die Religions-, die Kunst-, die Wissenschafts- oder die Koalitionsfreiheit, verbieten dem Gesetzgeber Regelungen des von diesen Freiheiten bestimmten Lebens- und Handlungsbereich nicht. Eine andere Verfassungsordnung wäre lebenswidrig, wie das Bundesverwaltungsgericht richtig erkannt hat (S. 45). Die gesetzliche Materialisierung der vorbehaltlosen Grundrechte, welche sogenannte verfassungsimmanente Schranken zur Geltung bringt, ist dennoch ständige Praxis¹⁵⁴. Das richtige Argument für diese Rechtslage ist, daß die Freiheit, die in den Freiheitsrechten für besondere Handlungsbereiche besonders geschützt wird, immer die Freiheit ist, welche Art. 2 Abs. 1 GG definiert¹⁵⁵. Diese Freiheit ist mit dem Gesetzlichkeitsprinzip untrennbar verbunden; denn Freiheit wird durch Gesetze verwirklicht, nicht aber eingeschränkt¹⁵⁶. Die sogenannte Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, die Rechte

¹⁵³ K. A. Schachtschneider, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im allgemeinen Verwaltungsrecht, *VerwArch* 63 (1972), S. 306 ff.; *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 388 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 895 ff., 1009 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 294 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 328 f.; i.d.S. auch F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, *DVBf* 1991, 671 f.; R. Gröschner, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, *JZ* 1991, 629; Ch. Gussy, Verwaltung durch Information, *NJW* 2000, 982.

¹⁵⁴ Für die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG BVerfGE 17, 319 (333 f.); 84, 212 (228); 88, 103 (114); 92, 365 (394 f.); 93, 352 (359); 94, 268 (284); für die Kunstfreiheit BVerfGE 30, 173 (193 ff.); 67, 213 (228); 81, 278 (289 ff.); 83, 130 (143); für die Wissenschaftsfreiheit BVerfGE 47, 327 (369 f.); für die Religionsfreiheit BVerfGE 32, 98 (107 f.); 93, 1 (21); BVerwGE 90, 112 (122 ff.); K. A. Schachtschneider, Fallstudie zum Streik im öffentlichen Dienst, S. 221 ff.

¹⁵⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 1002 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 288 ff.; A. Enderlein, Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte. Konzeption und Begründung eines einheitlichen, formalen Freiheitsbegriffs, dargestellt am Beispiel der Kunstfreiheit, 1995, S. 25 ff., 51 ff.; a.A. BVerfGE 30, 173 (192 ff.); 81, 278 (292); 83, 130 (138 ff.)

¹⁵⁶ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 478 ff., 494 ff., auch S. 275 ff., 449 ff., 560 ff., 637 ff., passim; *ders.*, Freiheit in der Republik, passim; *ders.*, Prinzipien des

anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz, sind Definiens der Freiheit, in jedem Zusammenhang. Aber ohne Gesetze wird die Freiheit gerade nicht Wirklichkeit, sondern im Wesen mißachtet. Die vorbehaltlosen Grundrechte, auf die auch das Bundesverwaltungsgericht hinweist (S. 45), sind mit dem Gesetzlichkeitsprinzip verbunden, gerade weil sie die Freiheit in besonderen Bereichen schützen. Die Gesetze müssen freilich die Leitentscheidungen dieser Grundrechte, deren Politik, bestmöglich, d.h. größtmöglich verwirklichen¹⁵⁷. Das gilt aber für alle Grundrechte und auch für sonstige materiale Verfassungsprinzipien, insbesondere das Sozialprinzip¹⁵⁸. Die erforderliche Abwägung unter den Verfassungsprinzipien, den Werten oder den Gütern, um die vorbehaltlosen Grundrechte in die Lebenswirklichkeit umzusetzen, ist Sache des Gesetzgebers, nicht der Verwaltung, nicht der Regierung (als Exekutive), nicht der Rechtsprechung. Die Regierung hat nur als Gesetzgebungsorgan (Art. 76, Initiativrecht) die Aufgabe und Befugnis, die Verfassungsprinzipien abwägend, den Legislativorganen Gesetze vorzuschlagen. Die Gesetzlichkeit gebietet unausweichlich das demokratische Prinzip. Die Regierungsaufgaben und insbesondere die Regierungsbefugnisse sind somit keine verfassungsunmittelbaren Grenzen der Schutzwirkung der Grundrechte, insbesondere nicht der Unternehmensfreiheit aus dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG. Jedenfalls Regierungsbefugnisse, welche grundrechtlich geschützte Freiheiten einschränken, müssen durch Gesetz begründet werden¹⁵⁹, durch ein Gesetz, das mit dem freiheitlichen Prinzip der Berufsfreiheit verträglich ist und im übrigen auch

Rechtsstaates, S. 9 ff., 19 ff., 25 ff.

¹⁵⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., 847 ff.

¹⁵⁸ K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip. Zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974, S. 71 ff.; ders., Res publica res populi, S. 247 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 11 ff., 106 ff.; ders., Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; vgl. BVerfGE 1, 95 (105); 100, 271 (283 ff.); 102, 254 (298); st. Rspr.

¹⁵⁹ So die ganz herrschende Lehre, etwa M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 541 ff., 554 f.; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 670 ff.; Ch. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 982, 984 f.; H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 49 f.; auch F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 42 ff., 50 ff. (57), der den weitergehenden Fall erörtert, daß vor gesetzesgemäßen Produkten gewarnt wird; im Sinne des Textes auch BVerwGE 90, 112 (122 ff.).

in jeder Weise der Verfassung und dem Verfassungsgesetz, insbesondere der bundesstaatlichen Ordnung, genügt. Verfassungsprinzipien können Gesetze gegenüber den Grundrechten rechtfertigen, können aber nicht die Schutzwirkung der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber eingrenzen¹⁶⁰, zumal nicht in der objektiven Dimension¹⁶¹. Der Logik nach würden sonst die Grundrechte gegenüber den gegenläufigen Verfassungsprinzipien keine Wirkung haben, nämlich von deren Wirkung gänzlich zurückgedrängt werden, schlimmer noch, in ihrem Schutzbereich von der amtswalterlichen Abwägung abhängig sein (vgl. S. 45 f.), als hätten sie keine Wirkung gegenüber anderen verfassungsgesetzlichen Wirkkräften. Weil das auch umgekehrt gölte, verlöre die Verfassungsordnung ihre politische Steuerungskraft, die aus den Verfassungsprinzipien gemäß deren Tatbeständen folgt. Die Verfassungsordnung würde (und wird) endgültig zu einem unmittelbar vollziehbaren formalen Prinzip der praktischen Vernunft, also der politischen Abwägung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände, aufgelöst. Das ist ohnehin kaum vermeidbar und in der Sache schon oft erkannt¹⁶². Untragbar ist jedoch, daß mit der kritisierten Dogmatik zugunsten eines Regierungsprinzips das Gesetzlichkeitsprinzip ausgehebelt wird, welches die Gerichte wesentlich auf die Grundrechte stützen, obwohl es richtigerweise Essentiale des demokratischen Prinzips und des Rechtsstaatsprinzips ist. Regierung der Bürger, die nicht Vollzug des Bürgerwillens ist, degradiert den Menschen zu Untertanen und ist Despotie, im Sinne des Sprachgebrauchs des 20. Jahrhunderts Diktatur.

Immerhin hat das Bundesverwaltungsgericht bedacht, ob sein Urteil auch tragfähig wäre, wenn "der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht" als "durch die verfassungsmäßigen Befugnisse der Regierung eingeschränkt" angesehen werde, "so daß in der Listenveröffentlichung ein Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin läge" (S. 51). In diesem Falle wäre, meint das Gericht, der 3. Senat, wie schon der 7. Senat desselben Gerichts (BVerwGE 82, 76 (80)) "die verfassungsrechtliche Regelung der Aufgaben und Befug-

¹⁶⁰ Hinweise wie Fn. 159.

¹⁶¹ Zur objektiven Dimension der Grundrechte *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 461 ff., 819 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 139 ff.

¹⁶² Vgl. *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 230 ff., 383 ff.; *W. Leisner*, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, 1997.

nisse der Bundesregierung als Ermächtigungsnorm anzusehen, die den Grundrechtseingriff rechtfertigen" würde. Diese Auffassung, die den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt umgehen will, um das unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, daß die Veröffentlichung der DEG-Liste durch das BMJFG rechtswidrig war, ist schon kritisiert (III 1 c 2a). Sie ist schon deswegen unhaltbar, weil die Institutionalisierung der Regierung keine informationsgesetzshafte Handlungsermächtigung, geschweige denn eine Regelung der Informationsaufgaben und Informationsbefugnisse der Bundesregierung ausmacht.

3. Wettbewerbsfreiheit in den Grenzen marktbezogener Regierungsinformationen

a) Marktbezogene Informationsbefugnis der Regierung als Grenze der Wettbewerbsfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht stellt die Schutzwirkung der Unternehmensfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG unter den Vorbehalt rechtmäßiger Regierungsinformationen, macht aber die Rechtmäßigkeit der marktwirksamen Informationen der Bundesregierung von der Aufgabe und Befugnis der Bundesregierung zur Information und der Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Information abhängig (Rdn. 47 ff. = S. 268 ff.). Damit ist wiederum der aus dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG (wie aus allen Grundrechten) folgende Gesetzesvorbehalt ausgehebelt, den das Grundrecht nur vorschreibt und vorschreiben kann, wenn sein Tatbestand einschlägig ist, wenn sich also die Schutzwirkung des Grundrechts entfaltet. Das Prinzip der Gesetzlichkeit ist mit den zu oben 2 dargelegten Argumenten zu verteidigen. Daß ein Grundrecht nur beeinträchtigt ist, wenn staatliche Maßnahmen nicht gerechtfertigt werden können, das Grundrecht also zugleich verletzt ist, ist oben zu 1. schon kritisiert.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schützt "das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG" "nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung" seien, "selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken" (Rdn. 40 = S. 265), weil, wenn "die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs erfolgt, die Reichweite des Freiheitsschutzes

auch durch die rechtlichen Regelungen mitbestimmt" werde, "die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen", und "Art. 12 Abs. 1 GG in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen" sichere¹⁶³. "Marktbezogene Informationen des Staates" würden "den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber nicht beeinträchtigen, sofern der Einfluß auf wettbewerbsserhebliche Fakten ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgabe für staatliches Informationshandeln" erfolge (Rdn. 47 = S. 268). "Art. 12 Abs. 1 GG" schütze "nicht vor der Verbreitung von inhaltlich zutreffenden und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie insbesondere mit angemessener Zurückhaltung formulierten Informationen durch einen Träger der Staatsgewalt" (Rdn. 57 = S. 272). "Eingriffsqualität", komme "der Listenveröffentlichung nicht zu. Die Regierung" habe "die rechtlichen Grenzen des Informationshandelns gewahrt." (Rdn. 62 = S. 273).

Während das Bundesverwaltungsgericht dem Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 GG an sich das Recht entnimmt, die Veröffentlichung einer die Marktstellung schädigenden Information abzuwehren (S. 44), aber die Schutzwirkung des Grundrechts durch gegenläufige Verfassungsprinzipien, insbesondere das Regierungsprinzip (dazu 2 a, b, c, auch 4), eingeschränkt sieht, weil sogar die vorbehaltlosen Grundrechte verfassungsimmanenten Schranken unterlägen, und die daraus erwachsende Kollision der Verfassungsgüter durch "fallbezogene Abwägung" bewältigen will (S. 45 f.), zieht das Bundesverfassungsgericht der aus dem Grundrecht abgeleiteten Wettbewerbsfreiheit tatbestandliche Grenzen, welche der Bundesregierung die Information der Öffentlichkeit ermöglichen, soweit letztere rechtmäßig sei (Rdn. 47 ff., 57 ff. = S. 268 ff., 272 ff.)¹⁶⁴. Dieser Unterschied macht keine wesentliche dogmatische Differenz aus, weil zum einen die Schutzwirkung des Grundrechts jeweils verengt wird, freilich nach einer tatbestandwidrigen Ausdehnung derselben auf eine unternehmerische Wettbewerbsfreiheit im Rahmen einer Markt- und Wettbewerbswirtschaft, und weil zum anderen die

¹⁶³ Ganz so *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 f.; ebenso BVerfG 1 BvL 28/95 vom 17.12.2002 zur Festbetragsregelung der §§ 35, 36 SGB V, Rdn. 107 ff.

¹⁶⁴ Ganz so *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 f.

Entscheidungen über die Grundrechtsbeeinträchtigung, die in der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zugleich Grundrechtsverletzung ist (Rdn. 61 = S. 273), im Einzelfall fällt, davon abhängig, ob die öffentliche Information gerechtfertigt werden kann, nämlich zuständig, sachlich, verhältnismäßig, war. Beide dogmatischen Ansätze überzeugen nicht. Sie schieben erklärtermaßen das Gesetzlichkeitsprinzip beiseite, nicht nur weil der Veröffentlichung der DEG-Liste durch das BMJFG keine Grundlage im Gesetz zur Verfügung stand, sondern weil nach dem Grundgesetz eine derartige Informationsbefugnis des Bundes und damit der Bundesregierung zu Lasten der Länderbefugnisse auch nicht eingeführt werden kann (darf). Dafür gibt es nämlich keine verfassungsgesetzliche Grundlage, auf die wegen Art. 30 GG jede Verwaltungsbefugnis des Bundes angewiesen ist (dazu 4a, f, aa, bb, g).

Das Bundesverfassungsgericht sieht (im Widerspruch zur Eingriffslogik) durch "marktbezogene Informationen" den "grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber" als beeinträchtigt (Rdn. 47 = S. 268) und verletzt (Rdn. 61 = S. 273), wenn die "rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln" mißachtet werden. Die "Zuständigkeitsordnung" für die Informationstätigkeit muß eingehalten und die Richtigkeit und Sachlichkeit der Information muß beachtet sein. Das Hauptproblem des Glykol-Skandals war, daß der BMJFG die DEG-Liste veröffentlicht hat, nicht die zuständige Landesbehörde.

Das Bundesverfassungsgericht reduziert der Sache nach tatbestandlich das zur Unternehmensfreiheit überdehnte Grundrecht der Berufsfreiheit. Es gesteht der unternehmerischen Entfaltung Grundrechtsschutz nur im Rahmen der Markt- und Wettbewerbsordnung, d.h. im Rahmen der Legalität, zu (Rdn. 40 ff. = S. 265 ff.)¹⁶⁵. Gegen die legale Gestaltung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse entnimmt das Gericht dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG keinen Grundrechtsschutz. Die allgemeine Wirtschaftsordnung unterstellt es nicht dem Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, auch nicht, wenn diese Ordnung die unternehmerische Entfaltung beeinträchtigt, selbst nicht, wenn sie diese nachhaltig beeinträchtigt (Rdn. 40 = S. 265). Die allgemeine Politik, also auch die Informationspoli-

¹⁶⁵ In deutlicher Anlehnung an *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 ff.

tik, unabhängig davon, ob diese rechtmäßig ist oder nicht, wird nicht an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen. Genausowenig wie mit Art. 12 Abs. 1 GG, also dem Grundrecht der sogenannten Berufsfreiheit, allgemeine Handlungsverbote, etwa Strafbestimmungen, abgewehrt werden können, wenn diese keine berufsregelnde Tendenz haben¹⁶⁶ (das ist nur mittels anderer Grundrechte, insbesondere aufgrund der allgemeinen (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, aber auch aufgrund der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, möglich), könne die rechtmäßige Einwirkung des Staates auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse mittels des Grundrechts der Berufsfreiheit zurückgewiesen werden (Rdn 40 ff. = S. 265 ff.). Einem Unternehmer wird nur das (vermeintlich) berufsfreiheitliche Recht zugestanden, unternehmerisch in den Verhältnissen tätig zu sein, die er vorfindet. Diese können vom Staat, auch durch "neutrale, objektive und fachkundige" (Rdn. 44 ff. = S. 266 ff.) Informationen, gestaltet sein. Solche Informationen, seien sie privat oder staatlich, würden den Wettbewerb nicht stören, meint Gertrude Lübbe-Wolff¹⁶⁷. Die Ordnung, welche durch die Grundrechte geschützt werde, sei der "funktionsfähige, transparente Wettbewerb". Richtig ist, daß der Staat diese Wettbewerbsordnung gestaltet und gestalten darf und sollte. Aber das ist eine Aufgabe des Gesetzgebers. Die Frage der Grundrechtsbeeinträchtigung durch wettbewerbsrechtliche Maßnahmen, welche ordnungspolitisch gerechtfertigt werden müssen und durchaus auch können, wenn sie die grundrechtlichen Prinzipien, insbesondere den Gesetzesvorbehalt, wahren, stellt Lübbe-Wolff nicht wirklich. Sie verneint den Eingriff, wie nach ihr das Bundesverfassungsgericht (Rdn. 47 ff. = S. 268 ff.), weil die Informationspolitik die wettbewerbsliche Transparenz fördere, ohne nach der gesetzlichen Grundlage zu suchen. Für (nur) indikative, nicht imperative Maßnahmen hält sie eine solche nicht für nötig¹⁶⁸. Irrig ist der dogmatische Ansatz Lübbe-Wolffs, der Rechtsschutzfrage gegen wettbewerbswirksame Informationen des Staates eine Wettbewerbsfreiheit als subjektives Abwehr-

¹⁶⁶ Vgl. zu diesem berufsfreiheitlichen Tatbestandsmerkmal die Hinweise in Fn. 23.

¹⁶⁷ Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 ff., unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH zum Warentest, BGHZ 65, 325 (334).

¹⁶⁸ Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2708 ff. (2710 ff.); gegen *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 11, 28, 57; vgl. daselbst S. 11 ff., 29 ff.

recht zugrunde zulegen¹⁶⁹. Eine solche Wettbewerbsfreiheit sieht sie, verständlich, wie ähnlich später das Bundesverfassungsgericht (Rdn. 41 ff. = S. 265), nur im Rahmen des genannten wettbewerblichen Ordnungsziels ("funktionsfähiger, transparenter Wettbewerb") geschützt ("Markttransparenz", Rdn. 46, auch Rdn. 65 = S. 267 f., 274). Staatliche Maßnahmen, welche diesem Ordnungsziel dienen würden, sollen die Wettbewerbsfreiheit nicht beeinträchtigen. Aber: Erstens gibt es kein Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit, weil das Grundgesetz ein solches Grundrecht nicht benennt. Es gibt keine unbenannten Freiheitsrechte, sondern nur die Anwendung der Grundrechte auf die vielfältigen Lebensprobleme¹⁷⁰. Sowohl das Grundrecht einer Wettbewerbsfreiheit als auch und erst recht dessen Grenzen sind Unterstellung, Lübbe-Wolffsche¹⁷¹ Verfassungsgesetzgebung. Lübbe-Wolff und ähnlich nach ihr das Bundesverfassungsgericht (Rdn. 41, auch ff. = S. 265 ff.) kreieren ein Grundrecht, setzen es an die Stelle der benannten Grundrechte, nämlich der Grundrechte der Berufsausübungsfreiheit und der Eigentumsgewährleistung, und lösen mittels der selbst gesetzten Rechtsordnung die Rechtsfragen, vom Ergebnis geleitet. Das ist rechtsstaatswidrige Dogmatik. Der Wortlaut der Rechtstexte muß gebieterisch bleiben. Die Rechtsfrage ist, ob das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit oder das der Eigentumsgewährleistung durch Maßnahmen des Staates beeinträchtigt worden ist. Das ist für die wettbewerbsgestaltenden Maßnahmen regelmäßig zu bejahen. Diese Maßnahmen müssen dann gerechtfertigt werden können. Das ist angesichts der Effizienz des funktionsfähigen Wettbewerbs¹⁷² und vor allem wegen des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts von der "offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" (Art. 4 Abs. 1, aber auch Art. 98 und Art. 105 Abs. 1 EGV) keine Schwierigkeit. Es bedarf aber eines Gesetzes. Es gibt raffinierte Argumenta-

¹⁶⁹ Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 ff.

¹⁷⁰ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 331, 978 f.; ders., Freiheit in der Republik, S. 72, 114, 201, 256; a.A. BVerfGE 7, 89 (92); 10, 55 (59); 17, 306 (317 ff.); 21, 1 (26); 27, 344 (351); 54, 143 (146); 65, 1 (42 f.); 80, 367 (373).

¹⁷¹ Prof. Dr. Gertrude Lübbe-Wolff, die den kritisierten Aufsatz als Privatdozentin an der Universität Bielefeld verfaßt hat, ist jetzt Richterin am Bundesverfassungsgericht. Sie ist Schülerin von Prof. Dr. Dieter Grimm und im übrigen die Tochter des respektablen Philosophieprofessors Herrmann Lübbe, Zürich.

¹⁷² Vgl. E. Kantzenbach, Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1965.

tionen, um die Grundrechte und den Rechtsstaat zu unterminieren.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die "unternehmerische Berufstätigkeit" durch Art. 12 Abs. 1 GG "im Rahmen" "der rechtlichen Regeln, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen", "die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen" geschützt. "Die grundrechtliche Gewährleistung" umfasse "dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren" (Rdn. 41 = S. 265). "Das Grundrecht" schütze "aber nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn der Inhalt sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachhaltig auswirken" würde (Rdn. 40, auch Rdn. 41 ff. = S. 265 ff.). "Marktbezogene Informationen des Staates" würden "den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber nicht beeinträchtigen, sofern der Einfluß auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln" erfolge (Rdn. 47= S. 268). Die derart begrenzte Unternehmensfreiheit im Wettbewerb am auch durch staatliche Information beeinflussten Markt, eine Kernaussage des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, ist unter bestimmten Aspekten schon kritisiert. Art. 12 Abs. 1 GG schützt eine solche Unternehmensfreiheit als eine Wettbewerbsfreiheit nicht. Die Unternehmensfreiheit ist aber (auch und vornehmlich) Schutzgegenstand der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG (dazu B I, II, IV), so daß die informationsverfassungsrechtlichen Grenzen dieser Unternehmens- oder, wenn man so will, Wettbewerbsfreiheit, die das Bundesverfassungsgericht zieht, grundrechtlich bedeutsam sind; denn auch die Unternehmensfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG steht unter Gesetzesvorbehalt, weil nach Satz 2 dieses Grundrechtsatzes Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetze bestimmt werden. In der Sache verstärken weder die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG noch die Eigentumsgebrauchsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG die allgemeine (Handlungs)Freiheit, die (subsidiär) unternehmerischem Handeln wie allem Handeln Grundrechtsschutz gegenüber dem Staat gibt.

b) Verbotsgleiche Informationsmaßnahmen als Beschränkung der unternehmerischen Berufsausübungsfreiheit

Handeln ist frei, wenn es Gesetzen entspricht¹⁷³. Gebote oder Verbote des Staates, die keine gesetzliche Grundlage haben oder deren gesetzliche Grundlage nicht dem Recht entspricht, verletzen die Freiheit des Handelns. Die Wirkung von Geboten und Verboten kann der Staat auch durch andere Maßnahmen erzielen, welche wie Gebote oder Verbote behandelt werden müssen. Das Bundesverfassungsgericht spricht von "funktionalen Äquivalenten eines Eingriffs" (Rdn. 60 = S. 273). Die Warnung vor Produkten eines Produzenten wirkt wie ein Vertriebsverbot. Fritz Ossenbühl hat auf "Fälle des psychologischen Zwangs" hingewiesen, zu Recht¹⁷⁴. Die Warnung bedarf darum der gesetzlichen Grundlage, um dem Freiheitsprinzip zu genügen, zumal die Veröffentlichung der DEG-Liste richtigerweise ein Verwaltungsakt ist. Die Unterscheidung von imperativen und (nur) indikativen Maßnahmen, die Lübke-Wolff einbringt, um den Grundrechtsschutz abzuwehren¹⁷⁵, bewertet die Instrumente, mit denen der Informationsstaat seine Ziele zu verfolgen vermag¹⁷⁶, nicht grundrechtsgemäß. Nicht jede Maßnahme des Staates, die auf den Markt und den Wettbewerb einwirkt, ist jedoch Gebot, Verbot oder eine den Geboten und Verboten funktional äquivalente Maßnahme des Staates, wie schon gesagt, außenpolitische Maßnahmen, infrastrukturelle Maßnahmen, ökologische Maßnahmen, es sei denn, daß diese (generelle Rahmenbedingungen)¹⁷⁷ Maßnahmen funktional handlungsregelnd sind, wie das Bundesverfassungsgericht im Wirkungsbe-

¹⁷³ K. A. *Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 35 ff., 211 ff., 279 ff., 303 ff., 332 ff., 360 ff., 378 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 26 ff., 51 ff., 95 ff., 177 ff., 245 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 167.

¹⁷⁴ *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 29.

¹⁷⁵ *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW 1987, 2711.

¹⁷⁶ Dazu *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 8 ff.; *M. Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregelung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 162 ff.; *U. di Fabio*, zum mämlichen Thema daselbst, S. 241 ff.

¹⁷⁷ Für die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG vgl. BGHZ 45, 83 (85 ff.), Senkung des Außenzolls; BGH, NJW 1964, 769, Kinoverbot für Kinder unter 6 Jahren; BGH, NJW 1968, 293, Änderung der Vorschriften über die Blinkleuchten durch die StVO; BGHZ 65, 241 ff. (244), Neuordnung der Landgerichtsbezirke; *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 25 ff.; das schließt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nicht aus (vgl. etwa BGHZ 65, 241 (243)).

reich der Berufsfreiheit die berufsregelnde Tendenz einer Maßnahme als berufsfreiheitsrechtliche Schutzvoraussetzung praktiziert¹⁷⁸. Allgemeine Informationen der Öffentlichkeit über die Gefahr von Lebens- oder Genußmitteln, die nicht vor bestimmten Produkten warnen, sind noch nicht Handlungsregeln, wenn sie auch schon in den Grenzbereich zu verbotsgleichen Maßnahmen geraten. Sie belasten fraglos den Markt, aber sind weder Verwaltungsakte gegenüber einem Unternehmer, weil ein solcher nicht genannt und nicht besonders betroffen ist, noch handlungsregelnde Maßnahmen, welche Gebote oder Verbote surrogieren. Sie beeinflussen die Möglichkeiten eines Unternehmens, weil sie die Marktverhältnisse verändern. Das aber ist kein Eingriff in die Handlungsfreiheit, sondern gegebenenfalls ein Eingriff in die Handlungsmöglichkeiten, also in das Eigentum, wenn die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG einerseits den Marktanteil als Eigentum (dazu B II) und andererseits die Gesetze, geschrieben oder ungeschrieben, Marktverhältnisse vor absatzbelastenden Informationen schützen.

Der Unternehmer hat nicht das Recht bestimmte Sozialversicherungsgesetze zurückzuweisen, aber er ist wegen der Lohnnebenkosten, die seine Wettbewerbslage, zumal seine internationale Wettbewerbslage, nachhaltig beeinflussen, in der Berufsausübung beeinträchtigt und kann verlangen, daß die Sozialversicherungspolitik auf verfassungsgemäße Gesetze gestützt wird, jedenfalls wenn diese berufsregelnde Tendenz hat. Die allgemeine Politik gestaltet die Rahmenbedingungen der Unternehmen, indem sie allgemeine Gebote und Verbote gibt. Wie nur für erlaubte Tätigkeiten berufswahlfreiheitlicher Schutz aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG beansprucht werden kann¹⁷⁹, so finden unternehmerische Tätigkeiten allenfalls im Rahmen der allgemeinen Gegebenheiten des Gemeinwesens, auch der allgemeinen wirtschaftlichen Gegebenheiten, Schutz. Die Schutzwirkung der Berufswahlfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG erreicht die Gestaltung der allgemeinen Gegebenheiten im Lande und damit auch die Rahmenbedingungen des Marktes und des Wettbewerbs nicht (Rdn 41, auch ff. = S. 265 ff.)¹⁸⁰. Eine andere Frage ist, ob staatliche Maßnahmen die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S.

¹⁷⁸ Hinweise in Fn. 23.

¹⁷⁹ Hinweise in Fn. 17 f.

¹⁸⁰ So auch *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 25 ff.; Hinweise in Fn. 177.

2 GG beeinträchtigen. Informationen der Bundesregierung etwa zur allgemeinen konjunkturellen Lage Deutschlands, welche für bestimmte Unternehmen, etwa börsenabhängige Unternehmen (Banken/Versicherungen), verheerend sein können, beeinträchtigen eine auf Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gestützte Unternehmensfreiheit, wenn sie objektiv berufsregelnde Tendenz haben. Das kann durchaus der Fall sein. Eine weitere Frage ist es, ob derartige Maßnahmen mit der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, mit der allgemeinen (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG oder auch mit anderen Grundrechten vereinbar sind. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts findet genausowenig wie die von Gertrude Lübke-Wolff zu dieser tatbestandbezogenen Dogmatik. Die rechtswidrige Information der Bundesregierung kann eben doch in die Unternehmensfreiheit, besser die "unternehmerische Berufsfreiheit" eingreifen (anders Rdn. 57 ff. = S. 272 ff.). Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme, der öffentlichen Information also, kann jedenfalls nicht das Kriterium für die Grundrechtsbeeinträchtigung sein, sondern nur das für die Grundrechtsverletzung.

Bedeutsam ist: Über die Berufsausübungsfreiheit hinaus schützt Art. 12 Abs. 1 GG keine Unternehmensfreiheit und auch keine allgemeine Erwerbsfreiheit, zumal nicht die Gewerbefreiheit¹⁸¹. Die unternehmerische oder gewerbliche Tätigkeit ist insoweit grundrechtlich geschützt, als sie Berufsausübung ist. Insoweit können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen auf diese berufen¹⁸². Die mühsamen Erörterungen des Bundesverfassungsgerichts zur Unternehmensfreiheit in der Markt- und Wettbewerbswirtschaft, also zum Grundrecht auf "Teilhabe am Wettbewerb", sind irreführend, ja verzerren und verkürzen das Grundrecht. Sie haben ihren Grund in einer extensiven Interpretation des Art. 12 Abs. 1 GG als einem Grundrecht der Erwerbsfreiheit, die weder dem Wortlaut noch der Geschichte noch gar dem menschheitlichen Anliegen der Berufsfreiheit gerecht wird, nämlich den Menschen in seiner wesentlichen Persönlichkeitsentfaltung, der Berufswahl, zu schützen, aber dem Staat die Regelung der Berufsausübung zu

¹⁸¹ K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerbe-rechts, S. 2 ff.; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; dazu oben S. 114 ff.

¹⁸² So in ständiger Rechtsprechung das BVerfG, vgl. Fn. 36.

überantworten, freilich nur durch Gesetz. Das Grundrecht ist personalistisch, nicht ökonomistisch zu interpretieren¹⁸³.

4. Regierungsbefugnis zur Information der Öffentlichkeit

a) Staatsleitung und Informationsbefugnis

Das Bundesverfassungsgericht (Rdn. 48 ff. = S. 268 ff.) leitet nicht anders als das Bundesverwaltungsgericht (S. 46 ff. = S. 267 ff.) aus der Aufgabe der Regierung zur Staatsleitung her, daß die Regierung die Öffentlichkeit zur "politischen Krisenbewältigung" informieren und auch warnen dürfe (Rdn 65 ff.). "Die Aufgabe" ziele "auf die in einer Demokratie wichtige Gewinnung politischer Legitimation und" umfasse "die Mitwirkung an der Erfüllung konkreter öffentlicher Aufgaben außerhalb der Tätigkeit der Administration". "Staatsleitung" werde "nicht allein mit den Mitteln der Gesetzgebung und der richtungsweisenden Einwirkung auf den Gesetzesvollzug wahrgenommen, sondern auch durch die Verbreitung von Informationen an die Öffentlichkeit" (Rdn. 50 = S. 268; ähnlich S. 46 ff. = S. 274 ff.). Aus der Informationsaufgabe schließen die Gerichte auf die Befugnis zur Information (S. 47 f.; Rdn. 49 = S. 268). "In der Aufgabenzuweisung" liege "grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln", wenn Aufgaben der Regierung oder der Verwaltung mittels öffentlicher Information wahrgenommen werden" könnten (Rdn. 49 = S. 268). "Die Bundesregierung" sei "überall dort zur Informationsarbeit berechtigt, wo ihr eine gesamtstaatliche Verantwortung der Staatsleitung" zukomme, "die mit Hilfe von Informationen erfüllt werden" könne (Rdn. 54 = S. 268 f.). Die "bundesweite Informationsarbeit der Regierung" sei berechtigt, um "die Effektivität der Problembewältigung zu fördern". Dafür könne sie "auch Empfehlungen oder Warnungen" aussprechen (Rdn. 54 = S. 278 f.). "Mit dieser Ermächtigung der Bundesregierung zum Informationshandeln" treffe "das Grundgesetz zugleich im Verhältnis zu den Ländern eine andere Regelung im Sinne des Art. 30 GG", der die "Ausübung der staatlichen Befugnis und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben" den Ländern überträgt, "soweit

¹⁸³ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 f.; i.d.S. Auch BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362), persönlicher Bezug.

dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt (Rdn. 55 = S. 271; auch S. 51). "Maßgebend für die Kompetenz der Bundesregierung im Bereich des Informationshandelns", seien "nicht Art. 83 ff. GG" welche die "Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung regeln". "Die Regierungstätigkeit" sei "nicht Verwaltung im Verständnis dieser Normen". "Zur Ausführung von Gesetzen durch administrative Maßnahmen" sei "die Bundesregierung im Zuge der Staatsleitung nicht befugt" (Rdn. 55 = S. 271). Die Aufgaben und Befugnisse "von Staatsorganen mit anderer Verbandskompetenz", insbesondere der Länder, hindere die Informationskompetenz der Bundesregierung nicht, auch nicht im "Rahmen polizeilicher Gefahren" (Rdn. 56 = S. 271 f.). "Die Vollständigkeit einer Information" sei "ein wichtiges Element der Glaubwürdigkeit" (Rdn. 56 = S. 271 f.). "Die Veröffentlichung der Liste" sei "als Maßnahme der Staatsleitung in den Aufgabenbereich der Bundesregierung" gefallen. "Sie" wäre "nach Zielsetzung, Inhalt und Wirkung als aliud zu einem Verwaltungshandeln konzipiert" (Rdn. 63 = S. 273 f.).

Der eigentliche Skandal des Glykolfalles liegt in den soeben erneut zitierten Sätzen des Bundesverfassungsgerichts, die aber im Wesentlichen von dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, aber auch schon dem Berufungsurteil des OVG Münster, vorgeprägt waren, wie die Entscheidungszitate erweisen. Fast jeder Satz dieser Argumentation, die von dem Richter Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem aus Hamburg, lange Zeit Vorsitzender des gewerkschaftlichen Hans-Dredow-Instituts, vorübergehend Senator für Justiz der Freien und Hansestadt Hamburg, weitestgehend in Übereinstimmung mit seinem Vorgänger in seinem Richteramt Prof. Dr. Dieter Grimm aus Bielefeldt, formuliert ist, aber vom ganzen Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts verantwortet wird, verdient scharfen Widerspruch derer, die Demokratie und Rechtsstaat verteidigen wollen. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts schafft eine Verfassungsordnung des Informationsstaates, welche sich weitestgehend vom Rechtsstaat des Grundgesetzes löst, und ebnet den Weg in den diktatorischen Propagandastaat; denn welchen Schutz vermag ein informationsrechtliches Sachlichkeitsprinzip angesichts dessen zu geben, daß Wahrheit und Richtigkeit von Informationen immer fragwürdig sind, besonders fragwürdig, wenn Regierungen informieren, um politische Wirkungen zu erzielen. Im Folgenden werden nur einige wesentliche

Aspekte der durchgehend verfassungsrechtlich bedenklichen Argumentation angesprochen.

b) Regierungsverwaltung durch Informationen ohne gesetzliche Grundlage und ohne Grundrechtsbindung

Die dogmatische Institutionalisierung einer "Staatsleitung", welche der Bundesregierung obliege (S. 46 ff.; Rdn. 50 ff. = S. 268 ff.), zumal einer informationellen Staatsleitung, welcher in der föderalistischen Aufgaben- und Befugnisordnung eine Sonderregelung zugemessen wird und als "Regierungstätigkeit" ein "aliud" zu einem Verwaltungshandeln sei (Rdn. 63 = S. 273 f.), also nicht "Administration", "Gesetzesvollzug" (Rdn. 55 = S. 271), eine Staatsleitung, die das Bundesverfassungsgericht nicht explizit, aber doch implizit von den Grundrechtsbindungen freistellt, hebt zumindest ein elementares Prinzip des Rechtsstaates für die Staatsleitung durch Informationen auf, den Gesetzesvorbehalt; denn trotz der fraglosen Wirkung der Veröffentlichung der DEG-Liste auf die betroffenen Unternehmen, sei diese eine Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit, der Eigentumsgewährleistung oder der allgemeinen (Handlungs)Freiheit, verweigert das Bundesverfassungsgericht mit begrenzender Definition des Schutzbereichs der Unternehmensfreiheit, genauer der Wettbewerbsfreiheit, zum einen und der Eigentumsgewährleistung zum anderen (Rdn. 75 ff. = S. 277 ff.) den Grundrechtsschutz, nämlich den Vorbehalt des Gesetzes. Die allgemeine (Handlungs)Freiheit wird als subsidiär gar nicht erst geprüft (Rdn. 79 = S. 279).

Der Gesetzesvorbehalt für das Informationshandeln des Staates, den das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich noch zugestanden hat, "wenn die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Grundrechtsträgers durch öffentliche negative Äußerungen staatlicher Stellen über seine konkret angesprochene berufliche Betätigung nachteilig eingeschränkt" würden (S. 44), läßt sich nicht ableugnen. Wenn Art. 2 Abs. 1 GG, weil subsidiär, als Maßstab ausscheidet, weil "die Fragen des Schutzes von Marktteilnehmern im Wettbewerb von der sachlich spezielleren Grundrechtsnorm des Art. 12 Abs. 1 GG erfaßt" werde (Rdn. 79 = S. 279), muß logisch die Berufsausübungsfreiheit dieses Grundrechts betroffen, d.h. beeinträchtigt, gewesen sein, es sei denn, man leugnet die Wirkung der Listenveröffentlichung auf das Unternehmen Pieroth überhaupt. Das macht das Bundesverfas-

sungsgericht aber nicht (Rdn. 75 = S. 277 f.). Das wäre auch abwegig, weil das Gericht eine rechtswidrige marktbezogene Information als Beeinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs erkennt (Rdn. 60 f. = S. 273). Von der Rechtmäßigkeit hängt die Verletzung des Grundrechts, nicht die Beeinträchtigung desselben ab, weil, wie oben zu III 1 b ausgeführt ist, sonst der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt leer liefe. Wenn das Grundrecht eigentlich denn doch beeinträchtigt ist, kann der Gesetzesvorbehalt nur entfallen, weil er wegen der verfassungsunmittelbaren Regierungsbefugnis zur Information der Öffentlichkeit nicht für die Regierungsarbeit vorgeschrieben ist. So hat das Bundesverwaltungsgericht argumentiert, nämlich aus der Regierungsfunktion eine verfassungsunmittelbare Begrenzung der Schutzwirkung der Berufsfreiheit hergeleitet, und die Regierung, wenn sie die Öffentlichkeit informiere, explizit vom Gesetzesvorbehalt entlastet (S. 46 ff., 50). Wenn Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG wirklich nicht beeinträchtigt wäre, würde der Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 1 GG folgen, weil die Subsidiarität, d.h. die Spezialität eines besonderen Grundrechts, voraussetzt, daß es einschlägig ist. Einschlägig kann es aber nur sein, wenn es durch eine staatliche Maßnahme berührt, d.h. beeinträchtigt ist. Wie schon gesagt, liegt die Beeinträchtigung des Unternehmens Pieroth darin, daß er hinnehmen muß, daß seine Produkte durch die Veröffentlichung der DEG-Liste unverkäuflich werden, nicht nur die in der Liste benannten Produkte, sondern, weil die Verbraucher durch die Warnung das Vertrauen in alle Produkte dieses Unternehmers verlieren, alle seine Produkte gleicher Art wie die benannten Produkte. Die Warnung wirkt wie ein Verkaufsverbot, jedenfalls muß es so behandelt werden¹⁸⁴. Lübbe-Wolff versucht das mit der Unterscheidung von imperativen Maßnahmen, die einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, und indikativen Maßnahmen, etwa Verhaltensempfehlungen,

¹⁸⁴ So *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 29 ff.; *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, DVBl 1990, S. 622 ff., 625 ff., der "Aufklärung" von "Warnung" unterscheidet; *F. Schoch*, *Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit*, DVBl 1991, 669 f.; vorsichtiger, aber mit derselben Tendenz *M. Heintzen*, *Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem*, VerwArch 89 (1990), S. 540 ff.; *Ch. Gusy*, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 978 f., 982 f.; *H. Sodan*, *Gesundheitsbehördliche Informationsfreiheit und Grundrechtsschutz*, DÖV 1987, 858 ff. (863); a.A. *G. Lübbe-Wolff*, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW 1987, 2708 ff., 2710 ff.

Warnungen, die nicht in die Grundrechte eingreifen, herunterzuspielen¹⁸⁵. Derartige Eingriffe, wenn man so will, faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, wie es das Bundesverwaltungsgericht sieht (S. 41 ff.)¹⁸⁶, darf der Staat ohne gesetzliche Grundlage nicht vornehmen¹⁸⁷. Folglich hat auch das Bundesverfassungsgericht die informationelle Regierungsbefugnis von der Grundrechtsbindung mit dem daraus folgenden Gesetzesvorbehalt gelöst. Das führt zu dem Schluß, Regierungshandeln, jedenfalls regierungsamtliche Informationen sind, wenn sie gewissen Rechtsprinzipien (Zuständigkeit, Sachlichkeit, Richtigkeit) genügen, nicht "vollziehende Gewalt" im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG¹⁸⁸; denn diese ist an die Grundrechte gebunden. Das logische Defizit einer solchen Argumentation ist augenscheinlich.

Nach dem Grundgesetz ist aber jede Art der Staatstätigkeit grundrechtsgebunden. Das ist ein Grundprinzip des Rechtsstaates (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Demokratie. Vor allem die Regierung ist in allem ihren Handeln grundrechtsverpflichtet. Die Regierungen sind nach aller Erfahrung der Vergangenheit und der Gegenwart die größte Gefahr für die Freiheit der Menschen. Auch Regierungshandeln ist darauf hin zu prüfen, ob es in Grundrechte eingreift. Wenn das der Fall ist, entfaltet sich der Grundrechtsschutz, insbesondere der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt. Ohne Gesetz ist grundrechtseingreifendes Regierungshandeln verfassungswidrig. Fraglos beeinträchtigt Information der Öffentlichkeit über die Gefährlichkeit eines Produkts den Unternehmer in dessen unternehmerischer Freiheit, zumal in der Vertragsfreiheit, auf welches Grundrecht diese auch gestützt werden mag, weil ihm die Vertragspartner wie durch ein Vertragsverbot abgespenstig gemacht werden.

c) Keine unbegrenzte Informationsbefugnis der Regierung

¹⁸⁵ Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2711 f.

¹⁸⁶ Ebenso die Leitentscheidung BVerfGE 71, 183 (191 f.) – zur Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten; auch BVerwGE 82, 76 (79); dazu die Hinweise in Fn. 58.

¹⁸⁷ Ganz so BVerwGE 71, 183 (189 ff.); im Grundsatz auch BVerwGE 87, 37 (40 ff., 46) freilich verfassungsimmanent durch die Regierungsbefugnisse relativiert.

¹⁸⁸ Richtig dagegen BVerfGE 1, 327 (394); 95, 1 (15); K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 673 ff.; M. Schröder, Aufgaben der Bundesregierung, HStR, Bd. II, 1987, § 50, Rdn. 2 ff.; K. A. Schachtschneiders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 244.

Wesentlich ist weiterhin, daß es eine unbegrenzte Informationsbefugnis der Bundesregierung aus einer Aufgabe zur Staatsleitung nicht gibt, schon gar nicht, um der politischen Legitimation oder der Krisenbewältigung willen¹⁸⁹.

aa) Pluralismus der staatsleitenden Organe

Die Bundesregierung hat nicht die allgemeine Aufgabe der Staatsleitung (anders S. 46 ff.; Rdn. 50 ff. = S. 268 ff.). Das steht nicht im Grundgesetz. Wenn man überhaupt von Staatsleitung sprechen will, teilt sich diese Aufgabe auf unterschiedliche Institutionen und Organe. Insbesondere ist die Legislative des Bundes an der Staatsleitung beteiligt, zumal der Bundestag¹⁹⁰. Allemal gehört zur Staatsleitung das Bundesverfassungsgericht¹⁹¹. Letztlich sind alle Verfassungsorgane an der Staatsleitung beteiligt. Insbesondere teilt sich die Staatsleitung zwischen Bund und Ländern, wenn vom Gesamtstaat Bundesrepublik Deutschland die Rede ist. Im Glykolfall ging es um eine Landessache, also um eine Landesaufgabe. Die bundesweite Aufregung über den Glykol-Skandal schafft nicht etwa aus der überregionalen Natur der Sache, bewirkt durch überregionalen Vertrieb und überregionale Medienberichte, eine Bundeskompetenz¹⁹². Zur Staatsleitung gehört auch die Politik der Organe der Europäischen Union, aber auch die des Nortatlantikpaktes. Die Staatsleitung ist genauso wie die funktionale Staatlichkeit internationalisiert¹⁹³.

bb) Kein Schluß von Aufgabe und Befugnis

Die Bundesregierung hat spezifische Aufgaben und wieder andere spezifi-

¹⁸⁹ Kritisch auch *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 624; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 672 f.

¹⁹⁰ BVerfGE 11, 77 (85); 26, 338 (395 f); 45, 1 (46); *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 956; *M. Schröder*, Aufgaben der Bundesregierung, HStR, Bd. II, § 50, Rdn. 4; *H. H. Klein*, Aufgaben des Bundestages, HStR, Bd. II, § 40, Rdn. 8; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 244.

¹⁹¹ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 274 ff.

¹⁹² Ablehnend auch *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 624; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 673 f.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 981; a.A. *R. Philipp*, Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht, S. 61 f., 228 ff.

¹⁹³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 62 ff.

sche Befugnisse. Aus den Aufgaben kann nicht auf die Befugnisse geschlossen werden (a.A. Rdn 40 ff., 47 ff. = S. 265 ff.)¹⁹⁴. Demgemäß unterscheidet Art. 30 GG "die Ausübung der staatlichen Befugnisse" von der "Erfüllung der staatlichen Aufgaben". Wenn der Schluß von den Aufgaben auf die Befugnisse verallgemeinert würde, wäre der Rechtsstaat weitestgehend ruiniert, zumal das europarechtliche Prinzip der begrenzten Ermächtigung¹⁹⁵. Das Gemeinschaftsrecht unterscheidet Ziele, Aufgaben und Befugnisse konsequent (vgl. Art. 5 Abs. 1, 7 Abs. 1, 308 EGV)¹⁹⁶. Die Aufgaben folgen meist dem Zweck einer Institution. Der ebenso materialistische

¹⁹⁴ *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 38 ff.; *R. Philipp*, *Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, S. 202 ff.; *G. Lübke-Wolff*, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW 1987, 2709; *M. Heintzen*, *Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem*, VerwArch 89 (1990), S. 551; *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, DVBl 1990, S. 622 ff. (628, 629); *ders.*, *Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG*, JZ 1991, 630; *F. Schoch*, *Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit*, DVBl 1991, 672 f.; *Ch. Gusy*, *Anmerkungen zum Jugendschutz-Urteil des BVerwGs (E 82, 76 ff.)*, JZ 1989, 1004 ff.; *ders.*, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 982, 984; *D. Ehlers*, *Die unerwünschte Zusendung von Werbematerial durch öffentliche Unternehmen*, JZ 1991, 231 ff. (234); a.A. wohl *H. Sodan*, *Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz*, DÖV 1987, 858 ff. (866); allgemein zur polizeirechtlichen Unterscheidung von Aufgaben und Befugnissen *V. Götz*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 12. Aufl. 1995, Rdn. 176 f., 179 ff., S. 71 f., 73 ff.; *F.-L. Knemeyer*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3. Aufl. 1989, Rdn. 53 f.; *ders.*, *Funktionen der Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen*, DÖV 1978, 11 ff.; *ders.*, *Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive*, VVDStRL 35 (1977), S. 244; allgemein *H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl. 1994, § 30, Rdn. 18, S. 356; *J. Isensee*, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, HStR, Bd. III, 1988, § 57, Rdn. 142 f.; vgl. auch *P. Kirchhof*, *Mittel staatlichen Handelns*, HStR, Bd. III, 1988, § 59, Rdn. 16, 24 ff.; vgl. auch BVerfGE 30, 1 (20), wo aus der Begründung einer Aufgabe durch eine Gesetzgebungskompetenz (Verfassungsschutz Art. 73 Ziff. 10 GG) und eines Amtes (Verfassungsschutzamt, Art. 87 Abs. 1 GG) darauf geschlossen wird, daß dem Amt nicht die Mittel vorenthalten werden dürfen, die zur Erfüllung des Verfassungsauftrages nötig sind (aber nicht ohne Gesetz!); im Grundsatz auch BVerwG, DVBl 1996, 808; a.A. für die Staatsleitung jedenfalls der Bundesregierung BVerwGE 82, 76 (80 ff.); 87, 37 (46 ff.).

¹⁹⁵ BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 69 ff.

¹⁹⁶ *Th. C. W. Beyer/K. A. Schachtschneider*, *Die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten*, in: *K. A. Schachtschneider*, *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, Stand 2002, § 6 I 1, S. 107 ff.

(marxistische wie jesuitische) Grundsatz, der Zweck heilige die Mittel, wäre Verfassungsprinzip. Das wäre das Ende des Rechtsstaates.

cc) Wider die obrigkeitliche Bevormundung

Das Bundesverfassungsgericht hat den Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis nur für die Informationsarbeit der Regierungen ausgesprochen, aber der Bundesregierung auch die Aufgabe zugesprochen, durch Information "den Bürgern zu Orientierungen zu verhelfen", den Bürgern "durch Aufklärung, Beratung und Verhaltensempfehlungen Orientierung zu geben" (Rdn. 52 = S. 269 f., auch S. 47). Diese Befugnisse kommen der Bundesregierung in keiner Weise zu. Sie charakterisieren geradezu den Propagandastaat, zumal das Gericht darin "ein wichtiges Element schneller, wirkungsvoller und auf möglichst geringe Beeinträchtigung Dritter gerichtete Krisenbewältigung" erblickt (Rdn. 52 = S. 269 f.).

"Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen"

beginnt Kants berühmte "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?" vom 5. Dezember 1783¹⁹⁷. Der Staat kann informieren, nicht aufklären. Staatliche "Aufklärung" ist nichts anderes als Vergewaltigung der Bürger. Information und Aufklärung zu verwechseln, ist Ausdruck des kulturwidrigen Bildungsdefizits der Politik¹⁹⁸, auch des Bundesverfassungsgerichts, welches den Rechtsstaat gefährdet. "Beratung" ist Eingriff in die Selbstbestimmung. Zwangsberatung jedenfalls steht dem Staat nicht zu. § 219 StGB schreibt die Beratung von abtreibungswilligen Schwangeren vor¹⁹⁹, eine

¹⁹⁷ Ed. Weischedel, Bd. 9, S. 53.

¹⁹⁸ Eine Vielzahl von Gesetzen benutzt den Ausdruck "Aufklärung", etwa die "Aufklärung der Öffentlichkeit in Umweltfragen" in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UABG (Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes vom 22.7.1974, BGBl I, 1505). Diese Gesetze ermächtigen zu beherrschender Information; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 620 ff., 262 ff, erinnert an Kants Aufklärungsbegriff, bleibt aber merklich unkritisch, wohl weil der vormundschaftliche Gebrauch des Wortes Aufklärung in Deutschland, dem ewigen Obrigkeits- und Untertanenstaat, weit verbreitet ist.

¹⁹⁹ Vgl. näher das Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz) vom 27.7.1992 (BGBl I, S. 1398, geändert durch Gesetz vom 21.8.1995 (BGBl I, S. 1050).

Beeinträchtigung der freien Entfaltung der Persönlichkeit, eine Verhöhnung der Selbständigkeit der Frauen, welche an die Grenze der Menschenwürde stößt²⁰⁰. Staatliche "Verhaltensempfehlungen" sind eine untragbare Mißachtung der Autonomie des Willens, der Freiheit, welche die Bürger zu bevormunden sucht. Das Bundesverwaltungsgericht spricht gar von der "den staatlichen Stellen obliegenden Fürsorge für die Bürger". Das ist die Sprache und Denkweise sozialistischer Vormundschaft, die für freie Bürger unerträglich ist. Vor langer Zeit wurde das diskriminierende Wort "Fürsorge" durch das Wort "Sozialhilfe" ersetzt. Der deutsche Staat bleibt Obrigkeit. Er versteht Freiheit nicht. Er weiß nicht, was ein Bürger ist²⁰¹. Ganz im Gegensatz zur Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und auch schon das Bundesverwaltungsgericht im kritisierten Beschluß hat der Staat lediglich Gesetze zu geben, diese zu vollziehen und in Streitfällen das Recht zu klären²⁰². Freilich hat er auch außenpolitische Aufgaben, die aber ebenso auf die Rechtsetzung (durch völkerrechtliche Verträge²⁰³) zielen. Die Republik ist kein Führerstaat und soll und darf es nicht werden. Aber Deutschland hat sich längst zur Parteienoligarchie entwickelt, welche zunehmend führerstaatlichen Charakter gewinnt, wenn auch mit beachtlichen Restbeständen eines Rechtsstaates²⁰⁴. Der Wahlkampf 2002 war Ausdruck dieser Entwicklung, insbesondere die Fernsehduelle der beiden Kanzlerkandidaten. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juni 2002 ist ein Meilenstein auf dem abschüssigen Weg Deutschlands in die "Diktatur"²⁰⁵. Der "vormundschaftliche Staat", ähnlich der untergegangenen DDR²⁰⁶, hat sich etabliert.

dd) Legitimer Legitimationsbedarf?

Das Gericht sorgt sich um "Legitimationsverluste" der Regierung (Rdn. 52 =

²⁰⁰ A.A. BVerfGE 88, 203 (Ls 1, S. 204, 241 ff.).

²⁰¹ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 207 ff.

²⁰² Vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 43 ff., 94 ff., 124 ff., 161 ff., 184 ff., 210 ff.

²⁰³ Dazu W. Heintschel von Heinegg, in: K. Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 1999, §§ 9 ff., S. 92 ff.; W. Graf Vitzthum, *Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts*, in: ders., *Völkerrecht*, 1997, S. 73 ff.

²⁰⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 249 f.; ders., *Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens*, S. 68.

²⁰⁵ Vgl. K. Jaspers, *Wohin treibt die Bundesrepublik?*, S. 128 ff., 141 ff., 146, 194 ff.

²⁰⁶ R. Henrich, *Der vormundschaftliche Staat*, 1989.

S. 269 f.), nicht um die Verwirklichung der Freiheit. Herrschaft und Führung bedürfen der Legitimation. Herrschaft vermag nur Gott zu legitimieren. Gott aber ist tot; er ist durch die Aufklärung "unglaublich" geworden (Friedrich Nietzsche)²⁰⁷. Führung beruht auf Akklamation des Volkes²⁰⁸, das sich durch die Akklamation seiner politischen Freiheit begibt, weil es unmündig ist.

d) Informationspflichten der Regierung und Informationsprinzipien

Im Rahmen der Regierungsaufgaben, etwa der Gesetzgebungsaufgabe als Organ der Gesetzgebung (Art. 76 GG), hat die Bundesregierung Informationsbefugnisse, Rechte und Pflichten (Rdn. 51 = S. 268 f.)²⁰⁹. So muß sie den Gesetzgebungsvorschlag aufgrund ihres Gesetzesinitiativrechtes nicht nur bekannt machen, sondern auch begründen, also die anderen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe informieren. Sie muß aber auch die Öffentlichkeit, die Bürgerschaft, von dem Gesetzgebungsvorhaben, sogar schon von den ersten Anfängen einer Politik, die zu einem Gesetz führen soll, unterrichten, weil Gesetze rechtens nur im allgemeinen Diskurs der Bürgerschaft hervorgebracht werden können²¹⁰. Es gibt eine Informationspflicht, jedenfalls eine Informationsaufgabe und -befugnis aller Organe und Behörden des Staates gegenüber der Bürgerschaft über die staatlichen

²⁰⁷ Die fröhliche Wissenschaft, 1882 (1887), S. 343; vgl. auch, Der Antichrist. Fluch auf das Christenthum, S. 38.

²⁰⁸ C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 4. Aufl. 1965, S. 83 ff., 223 ff., 243, 277, 315, 346 f., 350 f.; kritisch M. Kriele, Die demokratische Weltrevolution. Warum sich die Freiheit durchsetzen wird, 1987, S. 36 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 43 f., 101 ff., 589 ff., 602 ff., 691 ff., 741 ff., 754 ff.

²⁰⁹ BVerfGE 20, 56 (98 ff.); 44, 125 (147); 63, 230 (242 f.); BVerwGE 82, 76 (80 ff.); W. Schmitt Glaeser, Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, HStR, Bd. II, 1987, § 31, Rdn. 31; M. Kloepfer, Öffentliche Meinung, Massenmedien, HStR, Bd. II, 1987, § 35, Rdn. 59, 60, 64; M. Schröder, Aufgaben der Bundesregierung, HStR, Bd. II, § 50, Rdn. 30; F. Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 101 ff.; R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 627; M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 551 f.; grundlegend K. Jaspers, wohin treibt die Bundesrepublik?, S. 194 f.; W. Leisner, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung, 1966; auch K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 602 ff.

²¹⁰ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 560 ff., 584 ff.

Angelegenheiten, die sie wahrzunehmen haben (Annexzuständigkeit)²¹¹. Diese folgt schon aus dem Informationsanspruch der Bürger, die über ihre Angelegenheiten, nämlich die allgemeinen, also staatlichen Angelegenheiten, die *rerēs publicae*, informiert zu sein beanspruchen können²¹². Diese Informationspflicht folgt auch aus Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK, dem Menschenrecht auf Meinungsbildung²¹³. Man kann seine Meinung in staatlichen, also allgemeinen, Angelegenheiten nicht bilden, wenn man nicht über die Angelegenheiten informiert ist. Insoweit ist die Position des Bundesverfassungsgerichts richtig (Rdn. 48 ff. = S. 268 ff.). Insbesondere ist richtig, daß Informationen sachlich und richtig sein müssen (Rdn. 57 ff. = S. 272 ff.)²¹⁴. Sie müssen aber auch von den zuständigen Organen oder den zuständigen Behörden erfolgen. Die durchaus richtigen informationsrechtlichen Prinzipien der Sachlichkeit, Richtigkeit und Zuständigkeit, die das Bundesverfassungsgericht herausstellt (Rdn. 47 ff. = S. 268 ff.), kranken daran, daß das Bundesverfassungsgericht diese als Grenzen einer führerstaatlichen Informationsbefugnis der Regierung nennt, anstatt die Informationsverfassung als Essentiale der Bürgerlichkeit der Bürger zu entfalten.

e) Informationsverwaltung / Warnungen als Landessache

²¹¹ *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 36 ff.; so auch *G. Lübke-Wolff*, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW 1987, 2707, 2712; *R. Philipp*, *Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, S. 212; *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, DVBl 1990, 623; *M. Heintzen*, *Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem*, VerwArch 89 (1990), S. 551 f.; *Ch. Gusy*, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 980; vgl. auch die Hinweie in Fn. 209.

²¹² *K. A. Schachtschneider*, *Anspruch auf Demokratie, Überlegungen zum Demokratie-rechtsschutz des Bürgers*, JR 1970, S. 401 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 602 ff.; *K. Jaspers*, *Wohin treibt die Bundesrepublik?*, S. 194 ff.; i.d.S. *F. Schoch*, *Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, VVDStRL 57 (1998), S. 201 f.; dazu *M. Kloepfer*, *Öffentliche Meinung, Massenmedien*, HStR, Bd. II, § 35, Rdn. 59.

²¹³ *A.A. F. Schoch*, *Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, VVDStRL 57 (1998), S. 202, Fn. 215.

²¹⁴ Dazu *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 57 ff.; wie der Text auch *G. Lübke-Wolff*, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW 1987, 2711, gestützt auf das private Recht zur Produktkritik (Warentest), BGHZ 65, 325 (334 f.); *Ch. Gusy*, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 985, 986; auch BVerfGE 40, 287 (293); VGH München, NVwZ 1995, 793 (796); VGH Kassel, DVBl 1996, 819 L; OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 (2693).

Die Bundesregierung hat keine allgemeine, alle die Öffentlichkeit erregenden Angelegenheiten betreffenden Informationsbefugnisse. Keinesfalls rechtfertigt die Informationsbefugnis, die dem bürgerlichen Informationsanspruch erwächst, Grundrechtseingriffe ohne gesetzliche Grundlage vorzunehmen (dazu 2)²¹⁵. Informieren ist Verwaltung, wenn es Verwaltungswirkungen hat, zumal in Grundrechte von Bürgern oder auch Unternehmen eingreift. Das Bundesverwaltungsgericht hat das sowohl in der Entscheidung zur Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten als auch in der hier erörterten Entscheidung zum Glykol-Skandal richtig gesehen (BVerwGE 71, 183 (186 ff.); 87, 37 (39 ff.)), in der zuletzt genannten Entscheidung allerdings die Berufsfreiheit verfassungsimmanent, aber verfassungswidrig, restringiert (S. 46 ff.). Information gehört zur Gesetzgebung, wenn es um die Vorbereitung von Gesetzen geht. Warnungen sind Verwaltung²¹⁶. Rüdiger Zuck hat von "Eingriffswarnungen" gesprochen²¹⁷. Weil aus der Regierungsaufgabe, die sich allenfalls aus der Institution der Regierung in Art. 62 ff. GG ergibt, die jedenfalls nicht expliziert ist, keinesfalls eine Befugnis zur informationellen Verwaltung ergibt, wie das sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesverfassungsgericht feststellen (S. 46 ff., Rdn. 48 ff. = S. 268 ff.), bleibt es bei der Verteilung der Aufgaben und Befugnisse durch Art. 30 GG, also bleibt die Warnung ausschließlich eine Aufgabe des zuständigen Landes (a.A. S. 51, Rdn. 55 = S. 271). Das Land bedarf einer Rechtsgrundlage für die Information. Es gibt verschiedene derartige Rechtsgrundlagen²¹⁸. Für die Warnung vor

²¹⁵ Ganz so BVerwG 90, 112 (120 ff.); auch BVerwG, DVBl 1996, 807 f.

²¹⁶ So auch als geradezu selbstverständlich *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2706; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 623 ff.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 549 ff.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 672; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 980 f.; *H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 57, Rdn. 20, S. 853 f.

²¹⁷ Die Eingriffswarnung, MDR 1988, 1020; dem folgt *H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 57, Rdn. 20, S. 854.

²¹⁸ Etwa § 2 Abs. 1 Nr. 2 Gesetz über das Umweltbundesamt; Art. 1 § 4 Gesetz über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes; § 8 Abs. 2 ProduktsicherheitsG; § 16 BundesverfassungsschutzG; § 1 UmweltinformationsG; § 9 Abs. 1 StrahlenschutzG; § 10 Abs. 1 BundesseuchenG; § 23 Abs. 1 JugendwohlfahrtsG; vgl. *R. Gröschner*,

gesundheitsgefährdenden Weinen kommt, soweit keine Sonderregelung besteht, auch die polizeiliche Generalklausel in Betracht²¹⁹, die es der Polizei aufgibt, Schaden von und schon Gefahren für die Sicherheit und Ordnung abzuwenden (etwa Art 2 Bay.PolAufG)²²⁰. Die Sicherheit ist verletzt, wenn Gesetze verletzt sind, sie ist gefährdet, wenn Gesetzesverletzungen drohen²²¹. Die Gefahr für Leben und Gesundheit durch DEG-kontaminierte Weine (falls darin eine Gefährdung besteht) ist eine polizeiliche Gefahrenlage (S. 43, 49, Rdn. 55 f., 66 = S. 271 f., 275), weil Leben und Gesundheit in vielfältiger Weise durch die Gesetze geschützt werden, insbesondere durch § 823 Abs. 1 BGB, aber auch durch das Strafrecht.

f) Verfassungsunmittelbare Informationsbefugnis aus der Institution der Regierung

Verfassungsstaatlich, zumal grundrechtlich, untragbar ist es, daß das Bundesverfassungsgericht (Rdn. 49 ff. = S. 268 ff.) wie auch das Bundesverwaltungsgericht (S. 46 ff. = 267 ff.) die Informationsbefugnis unmittelbar aus dem Grundgesetz, dem Verfassungsgesetz, herleiten, zudem lediglich aus der Institutionalisierung der Bundesregierung. Expliziert ist die Informationsaufgabe im Grundgesetz nicht. Aus der Regierungsaufgabe folgt sie, wie ausgeführt, nicht. Die Natur der Sache begründet keine Befugnisse, schon gar nicht des Bundes zu Lasten der Länder oder auch nur neben den Ländern, wie es das Bundesverfassungsgericht zuläßt (Rdn. 55, 66 S. 271, 275). Diese Rechtslage hat das Bundesverfassungsgericht erstmals vernachlässigt, drastisch und folgenschwer. Wenn es eine verfassungsrechtliche Informationsbefugnis der Bundesregierung gäbe, würde sie keinesfalls als verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen vermögen. Die gegenläufigen Verfassungsprinzipien, etwa Grundrechte zum einen und Befugnisse von Staatsorganen zum anderen, können rechtsstaatlich ausschließlich durch Gesetz zum Ausgleich (praktischer Konkor-

Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 621, 623.

²¹⁹ Hinweise in Fn. 49.

²²⁰ Dazu allgemein V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 89 ff., 122 ff., S. 42 ff., 52 ff.; E. Denninger, in: H. Lisken/E. Denninger, Handbuch des Polizeirechts, E 5 ff., S. 205 ff.

²²¹ V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 89, S. 42; E. Denninger, in: H. Lisken/E. Denninger, Handbuch des Polizeirechts, E 7 ff., S. 205.

danz) gebracht werden²²². Verfassungsunmittelbare Abwägung der gegenläufigen Prinzipien durch die Regierung, wie sie das Bundesverwaltungsgericht zulässt (S. 45 ff.), ist rechtlos. Rechtliche Abwägung ist nichts anderes als Erkenntnis richtigen Rechts. Das ist primär Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Die Verfassungsrechtsprechung hat die Gesetze darauf hin zu prüfen, ob sie der praktischen Vernunft genügen, insbesondere den objektiven Leitentscheidungen der Grundrechte²²³

g) Informationeller Regierungsstaat / Propagandastaat

Wie schon angesprochen, war die warnende Information der Öffentlichkeit vor dem DEG-kontaminierten Wein funktional Verwaltung. Folglich war diese Warnung Sache der Landesverwaltung (Art. 30 GG), näherhin der zuständigen Landesbehörden (dazu IV 6)²²⁴. Das Bundesverfassungsgericht aber ordnet die marktbezogenen Informationen nicht zum Gesetzesvollzug, nicht zur Administration, sondern zur Staatsleitung (Rdn. 63 = S. 273 f.) und reklamiert damit einen verfassungsgesetzlichen Unterschied zwischen Verwaltung (Exekutive) und Staatsleitung (Gubernative), der letztere weitgehend aus der grundgesetzlichen Verfassungsordnung herausnimmt und eine eigenständige Verfassungsordnung für die Staatsleitung, jedenfalls eine eigenständige staatsleitende Informationsverfassung, kreiert, für die es im Grundgesetz keinen Ansatzpunkt gibt. Informationen sind ein wichtiges

²²² So auch *H. Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 46 f.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 554 f.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 672; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 388 ff., 395 ff., 411 f.; *ders.*, Res publica res populi, S. 858 ff., 895 ff., 978 ff., 990 ff., 1015 ff., 1027 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 328 f.; i.d.S. BVerwGE 90, 112 (122 ff.); BVerwG, DVBl 1996, 807 f.; BVerwGE, NJW 2002, 3344 (3345); BGH, NJW 2002, 3536 (3537) praktiziert die „praktische Konkordanz“ selbst durch „nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung“; allgemein zur praktischen Konkordanz BVerfGE 93, 1 (21).

²²³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., 978 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 139 ff., 200 ff.

²²⁴ *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 550; *ders.*, Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im Bundesstaat, NJW 1990, 1448 ff.; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 623 f.; *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 673; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 980 f.

Mittel der Politik, in einem freiheitlichen Gemeinwesen das wirksamste Mittel, zumal in der sogenannten Informationsgesellschaft. Informationen können ebenso ein Herrschaftsmittel sein und werden meist zur Herrschaft genutzt. Die Einrichtungen der Freiheitsordnung des Grundgesetzes dürfen gegenüber dem informierenden Staat nicht zurückgenommen werden, sondern müssen uneingeschränkt zur Geltung gebracht werden, insbesondere die rechtsstaatliche, grundrechtliche²²⁵ und bundesstaatliche Gewaltenteilung²²⁶, vor allem das ebenso grundrechtliche wie allgemein rechtsstaatliche Prinzip der Gesetzlichkeit²²⁷. Eine Regierung, die uneingeschränkt mittels Informationen politisch wirksam werden darf, auch wenn das Bürger und Unternehmen beeinträchtigt, verfügt über ein Herrschaftsinstrument, welches mit dem Republikprinzip unvereinbar ist, weil die Politik nicht mehr Sache des Volkes und der Volksvertreter im Parlament ist, sondern nur noch Sache der Regierung, zumal die Regierung wegen des globalen Verbundes der Politik in wenig durchsichtiger Weise international eingebunden ist. Die außerordentliche Stärkung der Regierungsbefugnisse durch die beiden kritisierten Entscheidungen dürfte wesentlich den internationalistischen Handlungsmöglichkeiten der Regierungen nützen, die ebenso unter demokratischen wie rechtsstaatlichen Aspekten fragwürdig sind. Außenpolitik ist Innenpolitik und Innenpolitik ist Außenpolitik. Eine republikanische Rechtslehre ist bemüht, das Recht und damit die Freiheit im gemeinsamen Leben der Völker zu verteidigen. Die vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobene selbstverständliche Pflicht zur Sachlichkeit und Richtigkeit der Regierungsinformationen mindert die Republikwidrigkeit der instrumentellen Institution nicht. Die Gerichte, zumal das Bundesverfassungsgericht, werden der Regierung gerade bei ihrer Staatsleitung durch Informationen einen großen Erkenntnis- und Bewertungsspielraum zugestehen²²⁸, zumal die

²²⁵ BVerfGE 2, 1 (13); 3, 225 (247); 5, 85 (140); st. Rspr., BVerfGE 22, 106 (111); *M. Kriele*, die demokratische Weltrevolution, S. 33 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 92 ff.; *ders.* Staatsrecht II, S. 511 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 184 ff.

²²⁶ Zur föderalistischen Gewaltenteilung BVerfGE 55, 274 (318); *K. Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 27; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, 1987, § 26, Rdn. 43 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 190.

²²⁷ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7 ff., 43 ff., 94 ff., passim; weitere Hinweise in Fn. 156.

²²⁸ Vgl. zum Spielraumproblem allgemein *R. Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 15 ff.; *K.*

Informationen auch politische Handlungsorientierung geben können und sollen. Die gerichtliche Praxis wird die Unsachlichkeit und Unrichtigkeit der Informationen ähnlich der Praxis zur Meinungsfreiheit²²⁹ weitestgehend hinnehmen und gar nicht anders können, weil Informationen nichts anderes sind als Meinungsäußerungen, nämlich Beiträge zur Wahrheit, also Theorien von der Wirklichkeit²³⁰, und zur Richtigkeit²³¹. Das Bundesverfassungsgericht hat die Relativität der informationellen Richtigkeitsgewähr schon eingeräumt, nämlich:

"Der Träger der Staatsgewalt kann allerdings zur Verbreitung von Informationen unter besonderen Voraussetzungen auch dann berechtigt sein, wenn ihre Richtigkeit noch nicht abschließend geklärt ist. In solchen Fällen hängt die Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationstätigkeit davon ab, ob der Sachverhalt vor seiner Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen, gegebenenfalls auch unter Anhörung Betroffener, sowie in dem Bemühen um die nach den Umständen erreichbare Verlässlichkeit aufgeklärt worden ist. Verbleiben dennoch Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht, ist der Staat an der Verbreitung der Information gleichwohl jedenfalls dann nicht gehindert, wenn es im öffentlichen Interesse liegt, daß die Marktteilnehmer über einen für ihr Verhalten wichtigen Umstand, etwa ein Verbraucherisiko, aufgeklärt werden. In solchen Fällen wird es angezeigt sein, die Marktteilnehmer auf verbleibende Unsicherheiten über die Richtigkeiten der Information hinzuweisen, um sie in die Lage zu versetzen, selbst zu entscheiden, wie sie mit der Ungewissheit umgehen wollen." (Rdn. 58 = S. 272).

A. *Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 308 ff. (314 ff., 317 ff.) zum Bestimmtheitsprinzip, insb. zum Ermessen und Bewertungsspielraum der Exekutive.

²²⁹ Dazu K. A. *Schachtschneider*, Medienmacht versus Persönlichkeitsschutz, Manuskript 2002, S. 1 ff.

²³⁰ Vgl. zu dieser Korrespondenztheorie der Wahrheit K. R. *Popper*, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl. 1984, S. 44 ff., 332 ff.; i.d.S. schon *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, S. 688; K. A. *Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht, in: W. Thieme (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S. 100 ff., 105 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 569; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 33 f.

²³¹ K. A. *Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 588, 604, 608 ff., 1095 ff., 1159 ff., auch S. 156 ff., 799 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 209, 288 ff.; *ders.*, Medienmacht versus Persönlichkeitsschutz, S. 22 ff.; i.d.S. auch H. *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 439 f.

Wenn diese Kriterien auf Informationen über religiöse oder weltanschauliche oder gar politische Gruppierungen übertragen werden, wie es das Bundesverfassungsgericht im Beschluß zum Aktenzeichen 1 BvR 670/91 vom gleichen Tage, dem 26. Juni 2002, bereits getan hat, wird die Gefahr des Propagandastaates offenkundig. Weil der Staat sich nicht auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG berufen kann (darf)²³², weil die Grundrechte nicht den Staat, sondern die Bürger schützen²³³, hat jetzt das Bundesverfassungsgericht eine Rechtsgrundlage für die "staatliche Teilhabe an der öffentlichen Kommunikation" (Rdn. 51 = S. 268 f.) 'entdeckt', welche jedenfalls der Bundesregierung eine Art Meinungsfreiheit, nämlich die Befugnis zur Information aus der Aufgabe der Staatsleitung, zugesteht. Das ist, wie schon kritisiert, eine führerstaatliche Verfassungskorrektur, jedenfalls kann das Regierungsinstrument führerstaatlich genutzt (mißbraucht) werden. Auf die Frage: "Wer herrscht in der Welt" antwortet Ortega y Gasset: "Die öffentliche Meinung herrscht"²³⁴. "Die öffentliche Meinung" ist die "moderne Art der Akklamation" (Carl Schmitt)²³⁵ des parteienstaatlichen Demokratismus. Darum nehmen die Regierungen das Recht in Anspruch, diese öffentliche Meinung zu beeinflussen. Den Menschen die Meinung vorzuschreiben, hat schon Thomas Hobbes dem Leviathan empfohlen, "weil Handlungen ihren Grund in Meinungen haben": "Der höchsten Gewalt also gebührt die Beurteilung aller Meinungen und Lehren, weil diese nicht selten Grund und Ursprung von Uneinigkeit und Bürgerkrieg sind"²³⁶. Die Information dürfte das wichtigste, weil wirksamste Herrschaftsinstrument sein und muß im Rechtsstaat gerade deswegen strikt an das Recht, zumal die Grundrechte, gebunden sein. Die Meinungsmacht der Medien ist eine andere Frage²³⁷.

²³² BVerwGE 71, 183 (195 f.); *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 985, Fn. 102.

²³³ Hinweise in Fn. 259.

²³⁴ *Aufstand der Massen*, 1930 (1956), S. 93 ff.; i.d.S. auch *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 246 f.; dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 602 ff.

²³⁵ Verfassungslehre, S. 246 f.

²³⁶ *Leviathan*, II, 18, Reclam 1970, S. 161.

²³⁷ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Medienmacht versus Persönlichkeitsschutz*, 1 ff.; *ders.*, *Verbände, Parteien und Medien in der Republik des Grundgesetzes*, in: *Die Rolle der Medien im Gefüge des demokratischen Verfassungsstaates*, Erlanger Medientage 1997, S. 81 ff. (101 ff.).

Das Bundesverfassungsgericht zieht den informationellen Funktionsbereich der Bundesregierung aus der Aufgabe zur Staatleitung äußerst weit, nämlich gesteht die Informationsbefugnisse für den Bereich der "gesamtstaatlichen Verantwortung" (Rdn. 54 = S. 270) zu. Dieser kann durch jedes Ereignis und jedes Interesse ausgelöst werden. Als Rahmen nennt das Gericht, wie das Bundesverwaltungsgericht (S. 51), die "Kompetenzvorschriften" über die Gesetzgebung²³⁸. Das ist fast der gesamte Politikbereich, wie ein Blick in die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes aus Art. 73 bis Art. 75 GG zeigt. Aber das Gericht ergänzt diesen fast alle Politiken erfassenden Bereich um die "Vorgänge", die "wegen ihres Auslandsbezuges oder ihrer länderübergreifenden Bedeutung überregionalen Charakter haben", und für die Lagen, in denen "eine bundesweite Informationsarbeit der Regierung die Effektivität der Problembewältigung fördert" (Rdn. 54 = S. 270 f.). "In solchen Fällen" könne die Bundesregierung "die Vorgänge" nicht nur "gegenüber Parlament und Öffentlichkeit darstellen und bewerten", sondern auch "soweit sie das zur Problembewältigung erforderlich hält, auch Empfehlungen und Warnungen aussprechen" (Rdn. 54 = S. 270 f.)²³⁹. Das konstituiert, entgegen dem Grundgesetz, eine umfassende Führungsbefugnis der Bundesregierung, soweit sie diese durch Informationen wahrnehmen kann. Das ist aber weitestgehend möglich, zumal "auf empfehlende und warnende" Öffentlichkeitsarbeit Gesetze folgen können, welche die Bundesregierung im entdemokratisierten parteienstaatlichen Parlamentarismus²⁴⁰ durchzusetzen nur wenig Schwierigkeiten hat, sofern nicht im Bundesrat die parlamentarische Opposition über die Mehrheit verfügt. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts gibt der Bundesregierung ein neues wirksames Machtin-

²³⁸ Kritisch *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 622, 627, 629; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 980 ff.

²³⁹ So schon *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2707, 2711 f.

²⁴⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 772 ff., 1060 ff.; *ders.*, Der republikwidrige Parteienstaat, FS H. Quaritsch, S. 141 ff.; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, S. 80 ff.; vgl. auch den apologetischen Rechtfertigungsversuch von *M. Morlock* in seinem Vortrag vor der Staatsrechtslehrervereinigung am 3. Oktober 2002 in St. Gallen zum Thema: Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?

strument und ist ein weiterer großer Schritt auf dem langen Weg der Republik in den Führerstaat, eine Entwicklung, die zu befürchten war, weil die *classa politica*, die wesentlich aus Parteifunktionären besteht, vornehmlich Parteigänger in das Bundesverfassungsgericht entsendet, deren Gewissen sich mit der Berufung in das machtvolle Amt rechtsdogmatischen Bedenken zu verschließen pflegt. Das Gericht schätzt augenscheinlich die Information der Bundesregierung hoch ein, zumal zur "Krisenbewältigung" (Rdn. 52) = S. 269 f.)). Die Staatsrechtslehrer haben 1997 den Gesetzesvorbehalt für faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, zumal öffentliche Warnungen, als grundrechtsgeboten angemahnt²⁴¹. Kein Teilnehmer an der Aussprache über den Grundrechtseingriff hat einer verfassungsunmittelbaren Grundrechtsbeschränkung durch Informationsaufgaben und -befugnisse der Regierung das Wort geredet. Der Berichterstatter des hier kritisierten Beschlusses Wolfgang Hoffman-Riem hat der Veranstaltung vorgesessen. Er hat sich von der einhellig vertretenen Eingriffs- und Schrankendogmatik nicht beeindruckt lassen. Der bestimmende Begriff, mit dem das demokratische und rechtsstaatliche Verfassungsgefüge des Grundgesetzes zerstört wird, ist der der "Effektivität" (S. 45; Rdn. 54, 67 = s. 270 f., 275 f.)²⁴². Das ist eine Dogmatik des Umsturzes, wenn durch Informationen gar die "politische Legitimation" gewonnen können werden soll (Rdn. 50, 52 = S. 268 f.), ist das die Ermächtigung zur Propaganda, von der denn auch schon lange Gebrauch gemacht wird. Man erinnere sich an die sachferne Propaganda für die Einführung der Währungsunion (Euro), welche den wirtschaftlichen Niedergang Deutschlands besiegelt hat, aber als friedenspolitisch notwendig und beschäftigungspolitisch hilfreich hingestellt wurde²⁴³. Orientierende und

²⁴¹ Vgl. *H. Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 50, und die aufschlußreiche Aussprache, S. 96 ff., zur Warnungsproblematik insbesondere die Voten von *P. Tettinger*, S. 105, *J. Isensee*, S. 110, *R. Wahl*, S. 118, *M. Kloeper*, S. 120 ff., *B. Weber-Dürler*, S. 127.

²⁴² So auch Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); *A. v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 35 ff. (funktionales Prinzip); vgl. auch *W. Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971; richtig im Sinne der Effektivität der Rechtlichkeit *R. Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, Politikwissenschaft, 13. Aufl. 1999, S. 48 f.; zur Effektivität des Rechtsschutzes Hinweise in Fn. 334.

²⁴³ Dazu *W. Hankel*, *W. Nölling*, *K. A. Schachtschneider*, *J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998; *dies.*, Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten?, 2001.

legitimierende Propaganda ist allemal auch die Diffamierung oppositioneller Parteien als rechts- (früher auch als links-) extrem, ohne daß dafür rechtliche Kriterien bestünden, die an Tatsachen geprüft werden könnten. Mit der hier kritisierten Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls am 26. Juni 2002 der Bundesregierung zugestanden, religiöse oder quasireligiöse Gruppen öffentlich als Sekten hinzustellen (1 BvR 670/91, Osho-Sekte)²⁴⁴, eine Vereinigung in der Öffentlichkeit schwer belastende Charakterisierung, weil allein schon der Begriff Sekte eine Vereinigung aus dem ganz überwiegend akzeptierten gesellschaftlichen Bereich herausdrängt, illegitimiert²⁴⁵. Im Parteienstaat wird der Staat unvermeidlich mit den staatstragenden Parteien, den sogenannten demokratischen Parteien, identifiziert. Diese haben mit dem Informationsinstrument Macht, konkurrierende Parteien in der Öffentlichkeit allein dadurch zu diffamieren, daß sie sie als extrem, also außerhalb des politisch korrekten Konsenses positioniert, 'outen'. Derartige (in der Sache diffamierende) Information steht dem Staat nicht zu. Sie verletzt das (nicht nur, aber vor allem religionsverfassungsrechtliche) Neutralitätsgebot, welches das Bundesverfassungsgericht zwar anerkennt²⁴⁶, aber zu mißachten ermöglicht.

IV. Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit

Weil die Veröffentlichung der DEG-Liste in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG eingreift, bedarf das BMJFG für

²⁴⁴ BVerfGE 105, 279 ff. = NJW 2002, 2726 ff.

²⁴⁵ Die fast ausschließliche Finanzierung eines 'privaten' Vereins, der die Osho-Gemeinschaft (früher Bhagwan) in der Öffentlichkeit bekämpft, mit Bundesmitteln hat BVerwGE 90, 112 (114 ff.) wegen Verletzung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG als grundrechtswidrig erkannt.

²⁴⁶ BVerfGE 1 BvR 670/91, Pressemitteilung, a, c; BVerfGE 93, 1 (16); BVerwGE 90, 112 (123 f.); BVerwG, NJW 2002, 3344 (3345); *J. Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 34 ff. (Schleier des Nichtwissens); *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 178 ff., 367 (Nicht-Identifikation des Staates); *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vernehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972, insb. S. 236 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 625 ff., 661 f., 1159 ff.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 986; auch *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2711.

die Maßnahme einer gesetzlichen Grundlage²⁴⁷.

1. Listenveröffentlichung keine Rechtsverordnung

§ 9 Abs. 1 LMBG ermächtigt das "Bundesministerium" zum Erlaß von Rechtsverordnungen. Die Veröffentlichung der DEG-Liste ist keine Rechtsverordnung, sondern ein Verwaltungsakt (dazu F I). Auch als schlichte Verwaltungshandlung, als Realakt, wie derartige Warnungen meist qualifiziert werden²⁴⁸, wäre sie keine Rechtsverordnung.

2. Schutzpflicht - keine verfassungsunmittelbare Rechtsgrundlage

Die Pflicht des Staates, Leben und Gesundheit zu schützen, die aus der objektiven Dimension des Art. 2 Abs. 2 GG folgt²⁴⁹, ist keine verfassungsunmittelbare Rechtsgrundlage für Verwaltungshandeln. Die Schutzpflicht muß in praktischer Vernunft, insbesondere in Abwägung mit den sonstigen Verfassungsprinzipien, vor allem mit den Grundrechten, durch den Gesetz-

²⁴⁷ I.d.S. BVerwGE 71, 183 (189 ff.); 90, 112 (120 ff.); auch BVerwG, DVBl 1996, 807 f.; *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 14, 32, 33 ff.; *F. Schoch*, *Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit*, DVBl 1991, 667 (670 ff.); ganz so *U. Di Fabio*, *Information als hoheitliches Gestaltungsmittel*, JuS 1997, 1 (5); *M. Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 225 f. mit Fn. 254; *H. Bethge*, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57 (1998), S. 50; *Ch. Gusy*, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 984; *R. Käß*, *Die Warnung als verwaltungsrechtliche Handlungsform*, WiVerw 2002/3, 204 ff.; auch *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, DVBl 1990, S. 623 (weil Warnungen in das Selbstdarstellungsrecht des Unternehmers eingreifen); *ders.*, *Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG*, JZ 1991, 629; a.A. *G. Lübke-Wolff*, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW 1987, 2711 ff. (mangels Imperativität kein Grundrechtseingriff).

²⁴⁸ Hinweise in Fn. 8.

²⁴⁹ Zur Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG BVerfGE 35, 202 (221); 39, 1 (42); 46, 160 (164 f.); 49, 89 (141 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (73, 78, 80); 77, 170 (214); 88, 203 (251 ff.); aus Art. 5 Abs. 3 GG BVerfGE 36, 321 (331); 85, 360 (384 f.); aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG BVerfGE 97, 298 (313 f.); einschränkend für Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG BVerfGE 97, 350 (370 ff.); aus Art. 6 Abs. 1 GG BVerfGE 6, 55 (76); 76, 1 (42 f., 49); 84, 133 (155 f.); 88, 203 (258); aus Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 81, 242 (256); vgl. auch *A. Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 324 ff., insb. S. 356; *K. Stern/M. Sachs*, *Staatsrecht*, Bd. III/1, S. 943 ff.; *J. Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 80 ff., 86, 93 f., 129 (außer den Gleichheitssätzen, dogmatisch nicht ohne Kritik); *K. A. Schachtschneider*, *Fallstudie Umweltschutz*, S. 304 ff., 325 ff.

geber verwirklicht werden (an sich aus S. 46)²⁵⁰. Die Schutzpflicht hebt das Gesetzlichkeitsprinzip nicht auf, sondern gibt dem Gesetzgeber eine verbindliche Orientierung. Keinesfalls gibt die Schutzpflicht der Verwaltung, auch nicht der Verwaltung durch die Regierung, das Recht, ohne gesetzliche Grundlage in Grundrechte einzugreifen. Rolf Gröschner hat sich gegen einen "kasuistischen" "Abwägungsvorbehalt" anstelle eines "systematischen" "Gesetzesvorbehalts" ausgesprochen, weil das die subjektive Rechtsstellung aus den Grundrechten nicht gerade stärke²⁵¹. Der Bundesgesetzgeber ist im übrigen durch seine Lebensmittelgesetzgebung, aber auch durch die Weingesetzgebung seiner Schutzpflicht nachgekommen. Eine Verletzung der Schutzpflicht pflegt das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgebern nur vorzuwerfen, wenn dessen Regelungen "evident unzureichend" sind ("Untermaßverbot")²⁵². Die Gesamtheit der lebensmittelrechtlichen Regelungen genügt den schutzrechtlichen Anforderungen. Jedenfalls ist ein schutzrechtliches Defizit nicht zu erkennen. Insbesondere enthält das Lebensmittelrecht auch Befugnisse zur Warnung der Öffentlichkeit, jedenfalls (subsidiär) in der polizeilichen Generalklausel, wie dargelegt ist (II 2 b).

3. Krise als Rechtfertigung der gesetzlosen Warnung

Keinesfalls kann die Veröffentlichung der DEG-Liste durch den BMJFG auf eine allgemeine Aufgabe und Befugnis der Bundesregierung zur Krisenbewältigung, durch öffentliche warnende, orientierende empfehlende Informa-

²⁵⁰ BVerfGE 51, 324 (346); 88, 203 (254); BVerwGE 82, 76 (79 ff.); 90, 112 (122 f.); BVerwG, DVBl 1996, 807; *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 42 ff.; *ders.*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. VI, § 111, Rdn 148 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff., 325 ff.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 553 f.; *R. Gröschner*, Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629.

²⁵¹ Anmerkungen zum Glykol-Urteil des BVerwG, JZ 1991, 629; i.d.S. auch BVerwG, DVBl 1996, 808.

²⁵² BVerfG, NJW 1996, 651; BVerfGE 39, 1 (42 ff.); 45, 160 (164); 49, 89 (148); 53, 30 (57); 56, 54 (80 f.); 77, 170 (214 f.); 79, 174 (202); 88, 203 (254 ff.); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, Rdn. 138 f., 165 ff.; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 553 f.; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, 317 f., 322 ff.

tion gestützt werden (a.A. S. 46 ff.; Rdn. 47 ff. = S. 268 ff.)²⁵³. Zum einen ist dem Grundgesetz, das die Bundesregierung institutionalisiert und bestimmte Aufgaben der Bundesregierung regelt, eine solche Aufgabe nicht zu entnehmen und zum anderen ließe sich aus der Aufgabe keine Befugnis herleiten, wie dargelegt ist (dazu III 4 f, bb). Für eine solche Befugnis benötigt die Bundesregierung eine gesetzliche Grundlage (dazu III 2). Die Bundesregierung hat die demokratierechtlich begründete Aufgabe und Befugnis, die Öffentlichkeit über ihre Arbeit zu informieren²⁵⁴. Diese Aufgabe und Befugnis darf aber nicht zu gesetzloser Verwaltung werden, schon gar nicht, wenn diese in Grundrechte eingreift. Gegenstand dieser Aufgabe und Befugnis ist vielmehr die Gesetzgebungsarbeit im nationalen, im europäischen und im internationalen Bereich, welche Rechtsform die Gesetze auch haben mögen, aber auch andere Bereiche, die Aufgabe und Befugnis der Regierung sind²⁵⁵. Das sind aber nicht alle Bereiche des Lebens, auch nicht jede Art von Krisenbewältigung, wenn man bei dem Glykol-Skandal überhaupt von einer Krise sprechen sollte. Um das klarzustellen, die Aufgabe und Befugnis der Regierungen zur Öffentlichkeitsarbeit trägt Verwaltungsmaßnahmen wie die Warnung vor gefährlichen Produkten, welche Sache der zur Durchführung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften berufenen Sicherheitsbehörden der Länder ist, nicht²⁵⁶, keinesfalls die zur grundrechtseinschränkenden War-

²⁵³ A.A. für die Warnung vor "Jugendsekten" oder "Jugendreligionen" und "Psychogruppen" BVerwGE 82, 76 (80), gestützt durch den Kammerbeschluß BVerfG, NJW 1989, 3269 (3270); BVerwGE 90, 112 (123), aber nur wenn die Bundesregierung handelt, nicht ein "privater Verein", der von der Bundesrepublik Deutschland fast ausschließlich finanziert wird; ebenso BVerfG, NJW 1991, 1777 ff.; BVerfG, NVwZ 1994, 162 ff.; OVG Münster, NVwZ 1991, 174 (175); OVG Münster, NJW 1996, 2114; VGH Mannheim, NJW 1996, 2116 (2117); OVG Münster, NJW 1996, 3355 ff.; *G. Lübke-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2711 ff.; wie der Text *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 36 ff.; *M. Heintzen*, *Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem*, *VerwArch* 89 (1990), S. 551; *F. Schoch*, *Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit*, *DVBl.* 1991, 672 f.; *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, *DVBl* 1990, 622 ff.; *Ch. Gusy*, *Verwaltung durch Information*, NJW 2000, 980 ff.

²⁵⁴ Hinweise in Fn. 209.

²⁵⁵ *R. Gröschner*, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, *DVBl* 1990, 619 (620, 628); vgl. insb. auch BVerfGE 44, 125 (147 f.); *M. Kloepfer*, *Öffentliche Meinung, Massenmedien*, *HStR*, Bd. II, 1987, § 35, Rdn. 60.

²⁵⁶ I.d.S. auch BVerwGE 90, 112 (112 f.); BVerwG, *DVBl* 1996, 807 f.; im Ergebnis wie hier *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 36

nung vor bestimmten (genannten) Produkten bestimmter Produzenten. Die Warnungsbefugnis gehört keinesfalls zu "den ureigenen Rechten der Bundesregierung", wie es die führerstaatliche Überzeugung des Oberverwaltungsgerichts Münster war und wohl noch ist (Glykol-Urteil, Berufungsinstanzen)²⁵⁷. Krisenbewältigung ist Sache der Notstandsverfassung, die außer den inneren Notstand (Art. 87 Abs 4, Art. 91 Abs. 2 GG) und den Verteidigungsfall, den äußeren Notstand (Art. 115 a ff., Art. 80 a, Art. 87 a Abs. 3 GG) auch den Katastrophenfall (Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) umfaßt.

4. Keine Meinungsäußerungsfreiheit des Staates

Der BMJFG kann sich für die Veröffentlichung der DEG-Liste keinesfalls auf die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG berufen²⁵⁸. Weder der Staat insgesamt noch eine seiner Institutionen und seiner Organe sind, ganz unabhängig von der Handlungsform, grundrechtsberechtigt²⁵⁹. Grund-

ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, 1990, § 98, Rdn. 195; *U. Di Fabio*, JuS 1997, 1 (3 f., 6); *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 667; *M. Heintzen*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 89 (1990), S. 551 f.; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 622 ff.; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 980 ff.; *H. Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 50; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 33.

²⁵⁷ GewArch 1988, 12; ähnlich BVerwG, NJW 1984, 2591 ("Das Recht der politischen Meinungsäußerung gehört zu den ureigenen verfassungsmäßigen Rechten der Regierung ..., ... dessen Rechtfertigung ... eines Rückgriffs auf Art. 5 GG nicht bedarf."); kritisch *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 623.

²⁵⁸ *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 33 ff., 50; im Ergebnis auch *H. Bethge*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 1996, Art. 5, Rdn. 39 ff., 61; vgl. aber mit entgegengesetzter Tendenz (nicht auf Art. 5 Abs. 1 GG gestützt) BVerwG, NJW 1984, 2591; BVerwGE 71, 183 (195 f.); 90, 112 (123); BVerwG, DVBl 1996, 807 f.; BGHZ 65, 325 (331 ff.), Stiftung Warentest.

²⁵⁹ BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 35, 263 (271); 39, 302 (314 f.); 45, 63 (78 f.); 61, 82 (101); 62, 354 (369); 68, 163 (206); 70, 1 (15 ff.); 75, 192 (196); 85, 360 (385); BVerwGE 71, 183 (195 f.); der Sache nach auch BVerwGE 90, 112 (123); klar BVerwG, DVBl 1996, 807 f.; *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 33 ff. zu Art. III; *H. Bethge*, Die Grundrechtsträger, HStR, Bd. V, 1992, § 116, Rdn. 64 ff.; *W. Riefner*, Grundrechtsträger, HStR, Bd. V, 1992, § 116, Rdn. 64 ff.; *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 33 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 275 ff.; *ders.*, Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 145; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 53 f.; differenziert A.

rechte schützen Menschen und Bürger, gegebenenfalls gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch die Vereinigungen von Menschen und Bürgern²⁶⁰. Auch die bundesstaatliche Aufgaben- und Befugnisteilung des Art. 30 GG kann nicht mittels der Grundrechte überwunden werden. Es ist augenscheinlich, daß die Rechtsprechung den Regierungen eine Art Meinungsäußerungsrecht, das den Regierungen genauso wenig wie allen anderen staatlichen Organen²⁶¹ zusteht, schafft²⁶². Weil Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ein allgemeines Meinungsäußerungsrecht des Staates nicht zu tragen vermag, soll ein gleichgeartetes Informationsrecht aus der Regierungsfunktion, gegebenenfalls aus den Funktionen der jeweiligen Staatsorgane, folgen. Die Prinzipien des Rechtsstaates und der Demokratie sind damit gründlich verkannt.

5. Warnungen des BMJFG keine Amtshilfe

Dogmatisch bedenkenswert erscheint allenfalls, die Veröffentlichung lediglich als bundeseinheitliche Verlautbarung der von den zuständigen Landesbehörden dem BMJFG mitgeteilten Erkenntnisse (vgl. § 40 Abs. 3 LMBG) im Wege der Amtshilfe²⁶³ zu erfassen²⁶⁴. Nach Art. 35 Abs. 1 GG leisten sich alle Behörden des Bundes und der Länder gegenseitig Rechts- und Amtshilfe. Nach dem Sachverhalt fehlt es jedoch schon an einem Ersuchen der

v. *Mutius*, GG, Bonner Kommentar, Rdn. 87 ff., 114 ff. zu Art. 19 Abs. 3.

²⁶⁰ BVerfGE 4, 7 (12); 10, 89 (99); 20, 257 (265 f.); 42, 374 (383 f.); 66, 116 (130); K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 352 f.

²⁶¹ Das gilt nicht für die Professoren, obwohl die Universitäten neben ihrem Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts und dem Recht der Selbstverwaltung als auch "staatliche Einrichtungen" eingestuft werden (Art. 4 Abs. 1 BayHSchG) und die Professoren im öffentlichen Dienst sind. Die Staatlichkeit der Universitäten verkennt die Eigenart der Universitäten. Universitäten sind geborene Selbstverwaltungskörperschaften und nicht Teil des Staates (vgl. K. A. Schachtschneider, Die Universität in der Republik, BAQS-Perspektive, Sonderausgabe 9/2000, S. 48 ff.). Deren Grundrechtsfähigkeit (Art. 5 Abs. 3 GG) ist anerkannt (BVerfGE 31, 314 (322); 35, 79 (116 ff.)); st. Rspr.; BVerfGE 85, 360 (384 f.); vgl. auch BVerfGE 75, 192 (196)). Wer wollte die Wissenschaftsfreiheit, die Freiheit von Forschung und Lehre, in Anspruch nehmen können, wenn nicht die Wissenschaftler, also vor allem die Professoren und Assistenten, aber auch die Studenten.

²⁶² Dazu tendiert BVerwGE 90, 112 (123), obwohl das Äußerungsrecht der Bundesregierung auf die Funktion der Staatsleitung gestützt wird.

²⁶³ Dazu J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 228 ff.

²⁶⁴ Dazu R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 619, 624 f.

Landesbehörden an den BMJFG, die DEG-Listen zu veröffentlichen. Das wäre Voraussetzung der Amtshilfe²⁶⁵. Darüber hinaus bedürfte die einheitliche Bekanntgabe durch den BMJFG einer eingehenden Begründung der Erforderlichkeit der Bundesmaßnahme²⁶⁶. Im Rahmen der Medienöffentlichkeit wäre eine das ganze Bundesgebiet erfassende Mitteilung etwaiger Gefährdungen auch durch die jeweils zuständigen Landesbehörden sichergestellt²⁶⁷.

6. Keine Befugnis des Bundes zum Vollzug von Landesgesetzen (keine Polizeibefugnis des Bundes)

Keinesfalls wäre es tragfähig, dem Bund zuzugestehen, die landesrechtlichen Ermächtigungsnormen für den Eingriff in die Grundrechte durch eine Warnung zu vollziehen. Es ist dargelegt, daß den Ländern die notwendigen gesetzlichen Grundlagen für den Eingriff durch die Warnung zur Verfügung stehen, letztlich die polizeiliche Generalklausel (dazu II 2 b). Im Bundesstaat verbietet es sich aber, daß der Bund Landesgesetze vollzieht²⁶⁸. Das ist geradezu die eiserne Reserve der Landeshoheit. Im übrigen wollte der BMJFG weder die Aufgaben der Landesverwaltung aus den Bundesgesetzen übernehmen oder die aus diesen Gesetzen folgenden Landesbefugnisse in Anspruch nehmen noch gar landesrechtliche Vorschriften vollziehen, etwa Polizeimaßnahmen treffen. Vielmehr hat der BMJFG eine eigenständige Bundesmaßnahme getroffen, um die (vermeintliche) Krise zu bewältigen. Er hat eine eigenständige Aufgabe des Bundes und eine eigenständige Befugnis zur öffentlichen Information über die DEG-kontaminierten Weine wahrzunehmen gemeint. Er sah sich darin durch die vorgängige Rechtsprechung zu warnenden Maßnahmen der Bundesregierung gegen Jugendsekten usw.

²⁶⁵ Vgl. *W. Erbguth*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 35, Rdn. 15.

²⁶⁶ Nach BVerfGE 63, 1 (38 ff., 41) bedarf es im Verhältnis der Bundes- und Länderverwaltungszuständigkeiten "für das Abgehen von dem 'Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung' ... eines besonderen sachlichen Grundes"; großzügig *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 624 f.

²⁶⁷ Vgl. *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 624 ff.

²⁶⁸ *F. Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 674; *Ch. Gusy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 985; vgl. auch *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 622 ff.

berechtigt²⁶⁹. Der BMJFG hat das getan, was er nach der Rechtsprechung meinte tun zu dürfen. Nur: Diese Rechtsprechung und demgemäß die Maßnahme des BMJFG sind rechtsstaatswidrig, demokratiewidrig und insbesondere grundrechtswidrig. Friedrich Schoch hat diese Rechtsprechung als "Rückfall hinter das 19. Jahrhundert" kritisiert²⁷⁰. Sie ist nicht nur ein Rückfall in vorrechtsstaatliche Zeiten, schlimmer noch, sie ist der Weg in die Informationsdiktatur.

V. Ergebnis

Für die Veröffentlichung der Liste durch den BMJFG ist weder eine Rechtsgrundlage noch gar eine Rechtfertigung ersichtlich. Die Maßnahme ist eine (zumindest faktische) Regelung der Berufsausübung Pieroths, welche diesen, weil ihr die gesetzliche Grundlage fehlt, in seinem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit verletzt.

B. Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG

I. Recht am Unternehmen als grundrechtsgeschütztes Eigentum

Eine Beeinträchtigung und Verletzung der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG durch die Veröffentlichung der DEG-Liste setzt voraus, daß das Recht Pieroths am Unternehmen, genauer: das Recht an seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG ist, weil die Maßnahme des BMJFG den Umsatz Pieroths schmälert und dadurch dessen Unternehmen behindert hat. Die herrschende Lehre²⁷¹, das Bundesverwaltungsgericht²⁷² und der Bundesgerichtshof²⁷³

²⁶⁹ Vgl. BVerwGE 82, 76 (80 ff.).

²⁷⁰ Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, 673.

²⁷¹ W. Leisner, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 108 ff.; P. Badura, Der Eigentumschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, AöR 98 (1973), S. 153 ff.; ders., Eigentum, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 10, Rdn. 94 ff., S. 387 ff.; K. H. Friauf/R. Wendt, Eigentum am Unternehmen, 1977, S. 22 ff. (29 f.); H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 14, Rdn. 95 ff.; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 344 ff.; ders., Fallstudie Konkurrentenklage, S. 468 ff.

²⁷² BVerwGE 67, 84 (92); 67, 93 (96).

²⁷³ BGHZ 111, 349 (355 f.); BGH, JZ 1996, 1122 (1123); vgl. i. d. S. auch BGHZ 23, 157 (162 f.); 67, 190 (192); 81, 21 (33); 92, 34 (37).

befürworten den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch das Eigentumsgrundrecht des Art 14 Abs. 1 GG. Walter Leisner spricht vom "Betriebseigentum"²⁷⁴. Besser ist der Begriff Eigentum am Unternehmen. Das Bundesverfassungsgericht läßt die Frage bisher offen (Rdn. 76 = S. 278)²⁷⁵. Das Gericht ordnet jedenfalls "bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten", "auch wenn, (diese) für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung" seien, "eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens" zu (Rdn. 76 = S. 278)²⁷⁶. Ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist jedoch von der Rechtsprechung der Fachgerichte, jedenfalls als Eigentum im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt, und, wie zitiert, sogar als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG eingestuft. Es hat als richterrechtliches Gewohnheitsrecht den Status der Gesetzlichkeit²⁷⁷. Demgemäß genießt dieses Recht am Unternehmen aus der Logik des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetz bestimmt werden, grundrechtlichen Eigentumsschutz²⁷⁸. Der Bundesgerichtshof stellt den "gesamten gewerblichen Tätigkeitskreis" unter den Schutz der Eigentumsgewährleistung²⁷⁹, zu Recht.

²⁷⁴ Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 108 ff.

²⁷⁵ BVerfGE 1, 264 (277 f.); 22, 380 (386); 45, 142 (173); 50, 290 (340); 51, 193 (221 f.); 58, 300 (353); 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 81, 208 (227 f.); weitergehend BVerfGE 22, 380 (383).

²⁷⁶ Unter Hinweis auf BVerfGE 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); so auch BVerwGE 100, 82 (92 f.); so auch *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn 96, S. 388 f.; richtig differenzierend *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 110.

²⁷⁷ Vgl. BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 29, 65 (67); 45, 296 (306 f.); 65, 325 (328); 67, 190 (192); 69, 128 (138); 81, 21 (33); 86, 152 (156); 92, 34 (37); 98, 341 (351); *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 344 ff.; kritisch *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts III/2, 1994, § 81, S. 538 ff., 560 ff.

²⁷⁸ So BGHZ 92, 34 (37); BVerwGE 62, 224 (226); *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 108 ff., S. 1064 ff.; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdn. 95, 98; *B. Pieroth/B. Schlink*, Staatsrecht II, Grundrechte, Rdn. 972 f.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 394 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 309 ff., 316 ff., 322 ff.; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 ff.; *ders.*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 468 ff.

²⁷⁹ RGZ 163, 21 (32); BGHZ 3, 270 (279 f.); 23, 157 (162); 29, 65 (70); 45, 150 (155); 78, 41 (44); vgl. auch die Hinweise in Fn. 273.

II. Eigentumsgewährleistung von Absatzmöglichkeiten

Den Schutz der Eigentumsgewährleistung pflegt man auf den Bestand des Unternehmens zu begrenzen (Rdn. 75 = S. 277)²⁸⁰, nicht aber auf die Umsatz- und Gewinnchancen und "einfachrechtlich ungesicherte bloße Erwerbsmöglichkeiten" des Unternehmens auszudehnen (Rdn. 76 = S. 278)²⁸¹. Das "Recht zur gewerblichen Tätigkeit" sei zwar verbindlich geschützt, nicht aber als "ein absolutes Recht zugewiesen"²⁸². Die Veröffentlichung der DEG-Liste wird darum, obwohl sie einen drastischen Umsatzrückgang Pieroths zur Folge hatte, nicht als Eingriff in das Eigentumsgrundrecht behandelt. Das überzeugt nicht. Zum einen werden die Absatzmöglichkeiten ("geschäftliche Verbindungen, Beziehungen, der Kundenstamm", "kurz alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebes ausmacht") von der Zivilrechtsprechung in den deliktsrechtlichen Schutz des § 823 BGB einbezogen²⁸³, zumindest bei der Schadensbestimmung (argumentum aus § 252 BGB)²⁸⁴. Zum anderen sind die Absatzmöglichkeiten Eigenes des jeweiligen Unternehmers. Sie gehören zum Unternehmen, zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Eigenes sind die Möglichkeiten des Lebens und Handelns eines Men-

²⁸⁰ Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 142 (173); 45, 272 (296); 51, 193 (222); 65, 196 (209); 68, 193 (222 f.); 74, 129 (148); 81, 208 (227 f.); 82, 70 (96); BVerwGE 100, 82 (92 f.); vgl. BGH, JZ 1996, 1122 (1123): "Art. 14 Abs. 1 GG schützt ... das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst", mit Anm. *H. Maurer*; so im Ergebnis *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 220, anders aber *ders.*, ebenda, Rdn. 95; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn. 94 f., S. 287 f.; weitergehend *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 110; kritisch auch *R. Breuer*, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 100; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 468 f.

²⁸¹ Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 142 (173); 45, 272 (296); 51, 193 (222); 65, 196 (209); 68, 193 (222 f.); 74, 129 (148); 81, 208 (227 f.); 95, 173 (187 f.); BVerwGE 100, 82 (92 f.); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 220; *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 626.

²⁸² BGHZ 71, 86 (98); zustimmend *R. Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 626.

²⁸³ I.d.S. RGZ 163, 21 (32); BGHZ 3, 270 (279 f.); 23, 157 (162); 29, 65 (70); 45, 150 (155); 57, 359 (361); 78, 41 (45 ff.); 98, 341 (351 f.); *P. Badura*, Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, AöR 98 (1973), S. 160.

²⁸⁴ *H. Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 252, Rdn. 1 ff.

schen²⁸⁵. Wie weit dieses Eigene als Eigentum geschützt wird, ist Sache der Gesetze, also Sache der freiheitlichen Politik²⁸⁶. Soweit das Eigene auf eigener Leistung beruht, ist es grundsätzlich als Eigentum zu schützen²⁸⁷. Die Eigentumsgewährleistung sichert gerade diese Schutzpflicht des Staates²⁸⁸. Freilich werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)²⁸⁹. Das Grundgesetz gewährleistet die richtige, die eigentumsgemäße gesetzliche Eigentumsordnung. Das Eigentumsgrundrecht ist verletzt, wenn das Eigentum nicht der praktischen Vernunft gemäß geordnet, also auch nicht demgemäß geschützt ist. Die Absatzmöglichkeiten eines Unternehmens sind, wenn sie sich zu Vermögensbestandteilen als Elemente eines Gewerbebetriebes verdichtet haben, zum einen als Eigentum durch § 823 BGB²⁹⁰ und zum anderen in der Praxis in gewissem Umfang durch § 1 UWG gegen wettbewerbswidrige Ingerenz des Staates²⁹¹ geschützt. Absatzmöglichkeiten sind somit jedenfalls insofern grundrechtsgeschütztes Eigentum, als sie auf eigener Leistung beruhen, als sie in einem Marktanteil bestehen, der mit eigenen Mitteln, etwa durch Werbung, aufgebaut ist (a.A. Rdn 75, 77 = S. 277 ff.), und mit Produkten genutzt werden sollen, die dem Unternehmer gehören. Jedenfalls die selbst

²⁸⁵ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte freiheitlicher Eigentumsgewährung, in: J. Isensee/H. Lecheler (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, FS für Walter Leisner, 1999, S. 744 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 309 ff.

²⁸⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 316 ff.

²⁸⁷ Zum eigentumsrechtlichen Leistungsprinzip BVerfGE 1, 264 (277 f.); 14, 288 (293 f.); 50, 290 (340); 53, 253 (291 f.); 58, 81 (112 f.); 69, 272 (303); 72, 175 (193); 95, 350 (371); K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, S. 775 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 349 ff., 355 ff.; im Sinne des Texte W. Leisner, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 110.

²⁸⁸ Zur Schutzpflichtdogmatik allgemein K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.; Hinweise in Fn. 249; für das Eigentum H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, 2002, Art. 14, Rdn. 11 ff.; BVerfGE 46, 321 (334); 51, 150 (156).

²⁸⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, S. 751 ff., 755 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 316 ff., auch S. 322 ff.

²⁹⁰ I.d.S. BGHZ 45, 150 (155); 76, 387 (394); 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.); H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 95; H.-J. Mertens, Münchener Kommentar, BGB, § 823, Rdn. 485, 499 ff. (Fallgruppen).

²⁹¹ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 493 ff.

erwirtschafteten Absatzmöglichkeiten eines Unternehmers und dessen Produkte, die durch die Produktwarnung entwertet werden, gehören zum verfassungsgeschützten Eigentum des Unternehmers²⁹². Damit ist das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG maßgeblich. Dieses Grundrecht gibt ein spezifisches Recht, nämlich das Recht, daß der Gesetzgeber Regelungen über das Eigene durch Gesetz trifft. Zum einen besteht ein Grundrecht darauf, daß geregelt wird, ob Eigenes als Eigentum geschützt wird, d.h. als Recht durch den Staat, also vornehmlich durch Rechtsschutz des Staates, geschützt wird, etwa mittels § 823 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift schützt den Marktanteil, der Bestandteil des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist, jedenfalls wenn er auf eigener Leistung beruht²⁹³. Zum anderen müssen die Regelungen des Eigentums gerade durch Gesetz erfolgen. Das Gesetz muß den Prinzipien der praktischen Vernunft genügen²⁹⁴. Wenn somit der Staat in das als Eigentum geschützte Eigene eingreift, muß er den Eingriff auf ein Gesetz stützen können. Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 14 Abs. 1 GG hat somit doppelten Effekt: das Recht auf die Regelung des Eigentumsschutzes für das Eigene zum einen, den Schutz des durch Gesetz begründeten Eigentums gegen staatliche Eingriffe ohne Gesetz zum anderen. Dadurch ist das Eigene als Eigentum gegen Private geschützt, aber auch gegen den Staat. Art. 14 Abs. 1 GG sichert die Gesetzlichkeit des Handelns dadurch, daß er die Handlungsmöglichkeiten (das Eigene) gesetzlich zu regeln (zu ordnen) gewährleistet.

III. Rechtsverletzung nicht schon Grundrechtsverletzung

Nicht jede Rechtsverletzung ist eine Grundrechtsverletzung. Eine Gesetzesverletzung ist nicht schon eine Grundrechtsverletzung²⁹⁵. Sie greift prinzipi-

²⁹² Ganz so *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, S. 43 ff. (45 ff.); *W. Leisner*, *Eigentum*, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 110; *K. A. Schachtschneider*, *Das Recht am und das Recht auf Eigentum*, FS *W. Leisner*, S. 772; *ders.*, *Fallstudie Umweltschutz*, S. 346 ff.

²⁹³ Vgl. die Hinweise in Fn. 292.

²⁹⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 94 ff., 372 ff., 388 ff., 408 ff.

²⁹⁵ Streitig, vgl. zur Rechtsprechung die Hinweise in Fn. 323; im Sinne des Textes *H.-U. Erichsen*, *Allgemeine Handlungsfreiheit*, HStR, Bd. VI, § 152, Rdn. 17 ff.; *W. Löwer*, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 154, 164; *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 360 ff.; *ders.*, *Freiheit in der*

ell nicht in Grundrechte ein. Ein Gesetz, welches das Recht achtet, genügt den Grundrechten. Die Grundrechte sichern die Freiheit jeweils in besonderer Weise, aber immer dieselbe Freiheit²⁹⁶. Die Freiheit wird durch rechtliche Gesetzmäßigkeit, durch Gesetze des Rechts, verwirklicht²⁹⁷. Die Gesetze müssen die Grundrechte respektieren (subjektive Dimension) und verwirklichen (objektive Dimension)²⁹⁸ und sie müssen dem Recht gemäß vollzogen werden²⁹⁹. Die Verfassungsgerichtsbarkeit sichert ihrem Zweck und Prinzip nach die Rechtmäßigkeit der Gesetze und schützt subjektive Rechte aus den Gesetzen und die Gesetzmäßigkeit des Gesetzesvollzugs als Nebenwirkung³⁰⁰. Die Gesetzesverletzung als solche ist keine Grundrechtsverletzung, obwohl ein durch die Grundrechte und durch das Rechtsstaatsprinzip begründetes Recht auf rechtmäßigen Gesetzesvollzug besteht, freilich nach Maßgabe der subjektiven Rechte³⁰¹. Dieses Recht wird in Verfahren verwirklicht, welche die bestmögliche Gewähr für die Rechtmäßigkeit des Gesetzesvollzugs

Republik, S. 189 ff.; a.A. *G. Lübke-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich der staatlichen Leistungen, 1988, S. 105; dazu, selbst ratlos und darum pragmatisch, *G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 142 mit Fn. 113, S. 144 ff.; *K. Schlaich/St. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, S. 186 ff.; *G. Robbers*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 935 ff.; auch *J. Wieland*, Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum Supreme Court, Der Staat 29 (1990), S. 333 ff. (338 f.); *R. Herzog*, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, in: H. Maurer (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz, FS G. Dürig (70), 1990, S. 431 ff.

²⁹⁶ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 360 ff., 1021; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 189 ff., 300 ff. (305); *A. Enderlein*, Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte, S. 21 ff., 43 ff.; a.A. (in der Dogmatik, nicht in der Sache) BVerfGE 30, 173 (192 ff.); 81, 278 (292).

²⁹⁷ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 279 ff., 303 ff., 332 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 29 ff., 43 ff., 94 ff., 116 ff., 219 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff., 43 ff., 98 ff.

²⁹⁸ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 361, 461 ff., 819 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 139 ff., auch S. 200 ff.

²⁹⁹ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 161 ff.

³⁰⁰ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 360 ff., 901 ff., 951 ff.

³⁰¹ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 164 ff.; vgl. BVerfGE 27, 297 (307); 31, 33 (39 f.); 57, 9 (25 f.).

geben, seien es Verwaltungs- seien es Gerichtsverfahren³⁰². Das Recht auf Recht³⁰³ sichert auch eine die Rechtllichkeit des Gesetzesvollzuges gewährleistende Amtswalterschaft, also Beamte und Richter, die befähigt sind, die Gesetze dem Recht gemäß zu vollziehen und anzuwenden³⁰⁴. Ausdruck dieses Rechts ist das Rechtsschutzprinzip, das zum einen ein subjektives Recht auf Justizgewährleistung³⁰⁵, zum anderen ein subjektives Recht auf Rechtsschutz gegen rechtsverletzende Akte der öffentlichen Gewalt gibt (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG)³⁰⁶. Wenn die Prinzipien des Rechtsstaates bei dem Vollzug der Gesetze gewahrt sind, kann ein Rechtsakt des Staates keine Grundrechtsverletzung sein.

Der Rechtsstaat ist bemüht, die größtmögliche Gerechtigkeit durch Rechtllichkeit, also durch Gesetzlichkeit, zu verwirklichen. Er kann aber die Rechtllichkeit nicht sicherstellen, weil der Mensch, "aus krummen Holze" (Kant)³⁰⁷, sich im Tatsächlichen und im Rechtllichen irren kann (*errare humanum est*)³⁰⁸, auch Beamte und Richter, sogar Professoren, denn: $M \Leftrightarrow \Phi \wedge \Pi \Delta \Leftrightarrow B \vartheta, \Phi \eta \forall \wedge \nu 48 \gamma \wp$ (die Wahrheit liebt es, verborgen zu sein)³⁰⁹. Rechtsprechung ist aber verbindliche Klärung des Rechts³¹⁰. Die

³⁰² K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 332 ff.

³⁰³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 290 ff., auch S. 310 f., 325 ff., 431 ff., 497 ff., 852 f., 1005; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 21 ff., 86 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 44 ff.

³⁰⁴ Vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 349 ff.

³⁰⁵ BVerfGE 69, 381 (385); 78, 123 (126); 80, 103 (107); 85, 337 (345); 88, 118 (123); 93, 99 (107); 97, 169 (185); *H.-J. Papier*, *Justizgewährleistungsanspruch*, HStR, Bd. IV, § 153, S. 1222 ff.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 361, 872 ff., 1169 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 124 ff., 139.

³⁰⁶ Dazu *H.-J. Papier*, *Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt*, HStR, Bd. VI, § 154, S. 1233 ff.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 361; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 149 ff.

³⁰⁷ Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 41; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 361 f.

³⁰⁸ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 156 ff., *ders.*, *Res publica res populi*, S. 567 ff., 641 ff.; grundlegend K. R. Popper, *Objektive Erkenntnis*, S. 13 ff., 270 ff.; auch BVerfGE 49, 89 (143); 53, 30 (58 f.).

³⁰⁹ *Heraklit*, Fragment 123.

³¹⁰ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 872 ff., 885 ff., 911 ff., 1137 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 234 f.; i.d.S. auch K. A. Bettermann, *Die rechtsprechende Gewalt*, HStR, Bd. III, § 73, Rdn. 33, 38; genau R. Berenbrok, *Das Recht des*

immerwährende Ungeklärtheit der Rechtslage widerspräche der Logik des Verfassungsinstituts der Rechtskraft³¹¹. Eine andere Dogmatik würde bedeuten, daß die Rechtllichkeit eines staatlichen Rechtsaktes immer unentschieden bliebe. Der "außerordentliche Rechtsbehelf" der Verfassungsbeschwerde hat "doppelte Funktion". Er dient dem allgemeinen objektiven Grundrechtsschutz und dem besonderen subjektiven Rechtsschutz (vgl. § 93a BVerfGG³¹²). Die Gewährleistung bestmöglichen Rechtsschutzes gegen den Staat, auch gegen den Gesetzgeber, ist der Sinn der Grundrechte, die eben Rechte sind. Zugleich sollen sie mit der Gesetzlichkeit die (politische) Freiheit sichern, nämlich gewährleisten, daß die Gesetze der allgemeine Wille des Volkes/der Bürgerschaft sind (demokratisches Prinzip)³¹³. Die Wahrheitlichkeit und Richtigkeit der Gesetze und auch des Gesetzesvollzuges kann nicht sichergestellt, sondern nur größtmöglich gefördert werden³¹⁴. Unsicher bleibt die Rechtllichkeit der Gesetze, der Verwaltungsakte und der Richtersprüche immer. Das ergibt sich aus der Schwierigkeit, Wahrheit und Richtigkeit zu erkennen³¹⁵. Dennoch haben Verwaltungsakte Bestandskraft³¹⁶ und führen Gerichtsverfahren zur Rechtskraft der Urteile und auch der Beschlüsse der Gerichte³¹⁷. Mehr als Gesetze, Verwaltungsakte und

Notvorsandes der Aktiengesellschaft, 1991, S. 10 ff., 30 ff.

³¹¹ BVerfGE 2, 380 (403 ff.); 22, 322 (329); 47, 146 (161 f.); *K. A. Schachtschneider*, Neubescheidung nach Rechtskraft, *VerwArch* 63 (1972), S. 308 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 871 f.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 154 ff.

³¹² BVerfGE 33, 247 (258 f.); 45, 63 (74); 51, 130 (139f.); vgl. auch BVerfGE 18, 315 (325); 49, 252 (258); *W. Löwer*, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, *HStR*, Bd. II, § 56, Rdn. 141 f.

³¹³ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 35 ff., 275 ff., 325 ff., 410 ff., 449 ff., 519 ff., 637 ff., *passim*; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 26 ff., 51 ff., 79 ff., 95 ff., 114 ff., 200 ff., *passim*; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 44 ff., 94 ff.

³¹⁴ *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 156 ff.; *ders.*, *Neubescheidung nach Rechtskraft*, *VerwArch* 63 (1972), S. 309 f.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 360 ff., 567 ff., 598 ff.

³¹⁵ *Grundlegend K. R. Popper*, *Objektive Erkenntnis*, S. 13 ff., 270 ff.; auch BVerfGE 49, 89 (143); 53, 30 (58 f.).

³¹⁶ *Dazu K. A. Schachtschneider*, *Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 28 ff.; vgl. BVerfGE 20, 230 (236); 27, 297 (305 f.); 60, 253 (270).

³¹⁷ *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 154 ff.; vgl. BVerfGE 2, 380 (403 ff.); 22, 322 (329); 47, 146 (161 f.).

Richtersprüche, welche auf bestmöglicher Erkenntnis von Wahrheit und Richtigkeit beruhen, kann der Rechtsstaat nicht gewährleisten. Dieser rechtlichen Erkenntnistheorie folgt die gesamte Praxis, zumal durch die Spielräume, welche die Rechtsprechung der Gesetzgebung und auch der Verwaltung, insbesondere sich selbst einräumt³¹⁸.

Ohne diese erkenntnishafte Toleranz müßte jeder Richterspruch als Grundrechtsverletzung behandelt werden, wenn seine tatsächlichen Grundlagen nicht der Wahrheit entsprachen oder wenn er das Recht verkannt hat. Kein Verfahren vermag aber die Wahrheitlichkeit und Richtigkeit von Entscheidungen sicherzustellen, schon weil Verfahren zeitlich beschränkt sind und sein müssen³¹⁹. Zu Recht reduziert das Bundesverfassungsgericht den Grundrechtsschutz gegen Verwaltungsakte und insbesondere gegen Richtersprüche auf die Mißachtung "spezifischen Verfassungsrechts" (Heck'sche Formel)³²⁰. Richtersprüche sind nur grundrechtswidrig, wenn sie Willkürakte sind, das Willkürverbot verletzen³²¹, oder wenn sie die Materie eines Grund-

³¹⁸ Zur Spielraumtheorie *R. Alexy*, VVDStRL 61 (2002), S. 15 ff.

³¹⁹ *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 21; *K. A. Schachtschneider*, Neubescheidung nach Rechtskraft, VerwArch 63 (1972), S. 309 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 156 ff., 334 f.

³²⁰ BVerfGE 1, 418 (420); 18, 85 (92); 21, 209 (216); 42, 20 (27 f.); 51, 77 (89 ff., 95 ff.); vgl. auch BVerfGE 6, 32 (43); 7, 198 (207); 79, 372 (376); 80, 124 (136); 80, 286 (296); 85, 1 (13); 85, 248 (258); dazu *R. Scholz*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), S. 95 ff., 111 ff. mit Fn. 174, mit demselben Ergebnis; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdn. 427, S. 165 f.; *G. Lübke-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 112 ff.; *H.-J. Papier*, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformeln des Bundesverfassungsgerichts, in: Ch. Starck (Hrsg.) FS BVerfG 1976, Bd. I, S. 435 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht III, 2, S. 1356 ff.; kritisch *H.-U. Erichsen*, HStR, Bd. VI, S. 1204 f.; vgl. auch *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 165; *E. Benda/E. Klein*, Verfassungsprozeßrecht, S. 248 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 362; *G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 145, der dieser Formel vorwirft, Dezisionismus zu verdecken.

³²¹ BVerfGE 7, 198 (206 f.); 18, 85 (92 f.); 21, 209 (216); 30, 173 (187 f.); 32, 311 (316); 35, 202 (219); 71, 354 (362); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 366 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 189 ff.; *W. R. Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 38; *M. Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 160 ff.;

rechts grundsätzlich verkennen³²², nicht aber wenn sie falsch sind, weil sie das Gesetz aus tatsächlichen oder auch rechtlichen Gründen verletzen³²³. "Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Auslegung einfacher Gesetze und ihre Anwendung auf den konkreten Fall auf ihre Richtigkeit zu kontrollieren"³²⁴. Das Bundesverfassungsgericht will und soll keine "Superinstanz", Superrevisionsinstanz oder gar Supertatsacheninstanz, sein³²⁵, kann das aber wegen der tatsächlichen und rechtlichen Einheit der Rechtsfragen nur schwer vermeiden³²⁶. Das Willkürverbot sichert die Bürger vor krassem, grobem Unrecht der Fachrichter im Einzelfall³²⁷, der Willkürvorwurf erwächst aus dem guten Willen der Verfassungsrichter zu helfen, die um ein dogmatisches Alibi ("Eingriffsintensität", "Rang und Bedeutung des auf dem Spiel stehenden Grundrechtsgutes und die Eigenart der betroffenen Sachbereiche", "je stärker der Grundrechtseingriff, desto intensiver die Nachprüfung") nicht verlegen sind³²⁸. Man nennt es pragmatisch, wenn man

G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 142, auch S. 144 ff.

³²² BVerfGE 67, 213 (228 f.); 99, 145 (160); 100, 214 (222); 101, 361 (388 f.); weitere Hinweise in Fn. 323; dazu *G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 145.

³²³ BVerfGE 3, 213 (219 f.); 7, 198 (207); 18, 85 (92 f.); 19, 166 (175); 61, 1 (12); vgl. aber auch BVerfGE 35, 202 (219); 42, 143 (148 f.); 42, 163 (168 f.); *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 154, 164; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 360 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 189 ff.; vgl. *G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 144 ff.

³²⁴ Hinweise wie Fn. 323; etwa BVerfGE 19, 166 (175).

³²⁵ BVerfGE 3, 213 (219 f.); 17, 198 (207); 18, 85 (92 f.); 42, 143 (148); *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 164.

³²⁶ *G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 144, 149 f.

³²⁷ *P. Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Bd. V, 1992, § 124, Rdn. 235 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

³²⁸ Vgl. BVerfGE 18, 88 (93); 35, 202 (219); 42, 143 (148 f.); 54, 147 (151); 64, 389 (394); 97, 169 (181); 98, 365 (389) einerseits; BVerfGE 76, 1 (5 f.); 81, 278 (289 f.) andererseits; *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 165; *J. Wieland*, Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum Supreme Court, Der Staat 29 (1990), S. 339; kritisch *G. Hermes*,

keine Kriterien hat³²⁹. Die "grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs", bestimmt das Bundesverfassungsgericht nach der Verallgemeinerungsfähigkeit der Grundrechtsinterpretation des Fachgerichts gemäß der Schumannschen Formel³³⁰, ganz überzeugend. Nicht jedes Fehlurteil ist ein Willkürakt. Eine "Eingriffsfreiheit" gegen Gesetzesverstöße aber gibt es nicht, sondern eine Rechtsschutzgarantie³³¹.

Wenn somit eine Gesetzesverletzung nicht schon eine Grundrechtsverletzung ist, so muß doch der Rechtsstaat als Gerichtsstaat³³² bestmöglich die Rechtllichkeit nicht nur der Gesetze, sondern auch und vor allem des Gesetzesvollzugs gewährleisten. Es muß somit einen bestmöglichen Verwaltungsschutz gegen Rechtsverletzungen beim Gesetzesvollzug oder gerade auch gegen Rechtsverletzungen außerhalb des Gesetzesvollzuges (soweit eine solche Verwaltung überhaupt zugelassen wird) geben, ganz unabhängig

Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 154 f.; Kritik an der Einzelfalljudikatur des Bundesverfassungsgerichts *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 886 ff., 895 ff., 1009 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 294 ff.; *ders.*, *Medienmacht versus Persönlichkeitsschutz*, S. 9 ff. (14 ff.).

³²⁹ *W. Löwer*, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 165; *G. Hermes*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL 61 (2002), S. 146.

³³⁰ *W. Schumann*, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, 1963, S. 207: Die Bedeutung eines Grundrechts ist grundsätzlich verkannt, "wenn der angefochtene Richterspruch eine Rechtsfolge annimmt, die der einfache Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte"; vgl. BVerfGE 58, 369 (374); 70, 230 (240); 59, 231 (256 f.); 61, 1 (7); 63, 45 (67); 69, 126 (138 f.); 82, 6 (15 f.); 84, 212 (228 f.); 85, 1 (16); 97, 12 (27); 99, 129 (139); vgl. *A. Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 93, Rdn. 61 mit Fn. 300; *G. Hermes*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL 61 (2002), S. 145 mit Fn. 129; *W. Löwer*, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 154, 164 f.

³³¹ *H.-U. Erichsen*, *Allgemeine Handlungsfreiheit*, HStR, Bd. VI, § 152, Rdn. 17 ff., 174 ff.; *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 361; vgl. auch *R. Scholz*, *Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 100 (1975), S. 80 ff. (95 ff.); a.A. *Lübbe-Wolff*, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, S. 105.

³³² *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 1, 124 ff., 225; auch *ders.*, *Res publica res populi*, S. 360 ff.

davon, ob die Rechtsverletzung eine Grundrechtsbeeinträchtigung sein kann oder auch ist oder eben nicht. Das subjektive Recht auf Rechtsschutz, ein grundlegendes Rechtsstaatsprinzip³³³, das auch aus den Grundrechten, insbesondere aus dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, folgt, schützt auch das Recht auf wahrheitlichen und richtigen Gesetzesvollzug, auf Gesetzlichkeit eben. Dieses Recht ist verletzt, wenn der rechtsschutzgemäße Rechtsschutz verweigert wird (Prinzip des effektiven Rechtsschutzes³³⁴), nicht aber, wenn eine Entscheidung eines Gerichts falsch, also gesetzeswidrig, ist.

Wenn die verfassungsgemäßen (praktisch vernünftigen) Gesetze, die das Eigentum regeln, durch Private oder durch den Staat verletzt werden, ist das keine Eigentumsgrundrechtsverletzung, sondern eine Eigentumsgesetzesverletzung, welche keine Verfassungsbeschwerde rechtfertigt, sondern Rechtsschutz durch Fachgerichte. Das BMJFG greift in das Eigentum Pieroths, in dessen Absatzmöglichkeiten, also in dessen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, ein, ohne eine gesetzliche Grundlage dafür zu haben. Das ist eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips, also eine Beeinträchtigung und Verletzung des Grundrechts des Art. 14 Abs. 1 GG, weil dieses Grundrecht (wie jedes Grundrecht) die Gesetzlichkeit und zwar die richtige, praktisch vernünftige, rechtliche Gesetzlichkeit sichern soll.

Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesverfassungsgericht würden zu einem anderen Ergebnis kommen, weil sie wie die Berufsfreiheit auch die "Eigentumsgarantie", wie sie das Grundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG (fälschlich) zu bezeichnen pflegen (Rdn. 73 ff. = S. 277 ff.)³³⁵, verfassungsimmanent durch die Befugnis der Bundesregierung zur sachlichen und richtigen Information aus der Regierungsaufgabe zur Staatsleitung eingeengt sehen würden (S. 51 f.), wenn sie nicht den eigentumsgrundrechtlichen Schutz aus Art. 14 Abs. 1 GG für das Unternehmen von vorneherein um die "tatsächlichen Absatzmöglichkeiten" als (vermeintlichen) Teil der "Erwerbs-

³³³ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 136 ff., 149 ff.

³³⁴ BVerfGE 37, 150 (153); 54, 39 (41); 60, 253 (276); 84, 34 (49); K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 130, 148.

³³⁵ BVerfGE 68, 193 (222); 79, 292 (303 f.); 83, 201 (208); 97, 350 (370 f.); anders auch BVerfGE 14, 263 (275).

tätigkeit" verkürzen würden (Rdn. 75 = S. 277 ff.)³³⁶. Das zieht den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts enger, so daß das Prinzip der Gerechtigkeit eigentumsverfassungsrechtlich verkürzt wird. Diese Dogmatik wäre der zur Berufsausübungsfreiheit dargelegten Kritik ausgesetzt.

Das Bundesverfassungsgericht rechnet zwar "die rechtliche Befugnis, Sachen zum Verkauf anzubieten, zum erworbenen und über Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestand (Verfügungsbefugnis)"³³⁷, aber "die tatsächliche Absatzmöglichkeit nicht zum bereits Erworbenen, sondern zur Erwerbstätigkeit" (Rdn. 75 = S. 277 ff.). Wie schon kritisiert, ist dadurch der Grundrechtsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG entgegen dem Wortlaut des Grundrechts und entgegen dem Prinzip Eigentum reduziert. Das Gericht verweigert damit aber tatsächlichen Absatzmöglichkeiten jeden Grundrechtsschutz vor staatlichen Beeinträchtigungen, wie durch die Produktwarnungen, weil es auch die Berufsfreiheit nicht durch sachliche, richtige und zuständige Informationen der Regierung in der Öffentlichkeit beeinträchtigt sieht (dazu A II 3 a, b). Zweck der restriktiven Dogmatik ist es, dem Informationsstaat keine Barrieren entgegen zu stellen. Diese Barriere wäre das Gesetzlichkeitsprinzip, mehr nicht, im Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit. Freilich würde dies die Informationsbefugnis des Bundes ausschließen, der ohne Ermächtigung im Grundgesetz nicht zum Vollzug von Gesetzen, also nicht zur Verwaltung, befugt ist. Gerade weil die öffentliche Warnung keine gesetzliche Grundlage hatte, ist sie grundrechtswidrig.

IV. Unternehmerische Tätigkeit als grundrechtsgeschützter Eigentumsgebrauch

Art. 14 Abs. 1 GG schützt ausweislich des Absatz 2 Satz 2 dieser Vorschrift auch den Gebrauch des Eigentums³³⁸. Das gehört zu dem eigentumsgrundrechtlichen Privatnützigkeitsprinzip³³⁹. Wenn und weil das Unternehmen in

³³⁶ Vgl. die Hinweise in Fn. 281.

³³⁷ St.Rspr. BVerfGE 42, 263 (294); 50, 290 (339); 52, 1 (30 f.); BVerwGE 92, 322 (327).

³³⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, S. 772; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 342; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 346 ff.; i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); wohl auch *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 43 ff.

³³⁹ BVerfGE 24, 367 (390); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); 52, 1 (30); 58, 300 (345); 79, 292 (303); 93, 121 (137) u.ö.; *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149,

seiner Gesamtheit ein Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG ist, genießt der Gebrauch des Unternehmens als Gebrauch des Eigentums, also die unternehmerische Betätigung, grundrechtlichen Eigentumsschutz³⁴⁰ (nicht anders als das Wohnen im eigenen Haus). Damit ist nicht jede Gewinnchance (Hoffnung) geschützt, aber doch die (typisch) gewinnorientierte unternehmerische Tätigkeit³⁴¹. Die unternehmerische Tätigkeit Pieroths wird durch die Veröffentlichung der DEG-Liste beeinträchtigt. Die Warnung vor den Produkten (Weinen), die Pieroth herstellt (abfüllt) und am Markt anbietet, ist ein empfindlicher Eingriff in seine Unternehmung, wie das auch das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesverfassungsgericht zugestanden haben (S. 39 ff., 43 f.; Rdn. 75 = S. 277 f.). Pieroth kann sein Eigentum, das Unternehmen, nicht mehr in der Weise gebrauchen wie ohne diese Maßnahme des BMJFG. Der durch die gezielte Warnung intendierte, jedenfalls bewirkte, Nachfrageverlust ist ein Substanzeingriff in den Marktanteil und damit in die unternehmerische Tätigkeit und Lage³⁴². Folglich bedarf dieser Eingriff einer gesetzlichen Grundlage, welche sich vor der Eigentumsgewährleistung rechtfertigen läßt.

V. Verletzung des Eigentumsgrundrechts durch Warnung ohne Rechtsgrundlage

Nach den Ausführungen zu A IV läßt sich der Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen. Weil das Recht am Unternehmen unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG fällt, das Unternehmen und die von dem Unternehmer selbst erarbeiteten Marktchancen Eigentum sind und auch die

Rdn. 44, 74, 140; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 366 ff.; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn. 2, 25, S. 330, 342; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 277 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 1004, 1023 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, S. 754, 772; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 342 f.; weitere Hinweise *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 f.

³⁴⁰ *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 346 ff.; i.d.S. auch *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 43 ff.; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn. 95, S. 388.

³⁴¹ BGHZ 3, 270 (279); 29, 65 (69); 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.); *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 45.

³⁴² Ganz so *F. Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 45.

unternehmerische Betätigung (als Gebrauch des Unternehmens) den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt, ist Pieroth durch die Veröffentlichung der DEG-Liste durch das BMJFG auch in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG beeinträchtigt und mangels gesetzlicher Grundlage der Maßnahme des Bundes, aber auch, weil der Bund keine Vollzugsbefugnis hat, verletzt.

Die Feststellungsklage ist somit auch wegen der Mißachtung der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG begründet.

C. Allgemeine (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG

I. Subsidiarität des allgemeinen Freiheitsgrundrechts

Weil die Veröffentlichung der DEG-Liste den Schutzbereich sowohl der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG (dazu A II) als auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG (dazu B I, II, V) beeinträchtigt, ist die allgemeine (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG als das subsidiäre allgemeine Freiheitsgrundrecht auch der wirtschaftlichen Betätigung (Rdn. 79 = S. 279)³⁴³ nicht anwendbar (Subsidiarität, Rdn 79 = S. 279)³⁴⁴. Sonst wäre dieses Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG das maßgebliche Grundrecht der Unternehmensfreiheit, welches durch die Veröffentlichung der DEG-Liste durch den BMJFG beeinträchtigt und verletzt wäre, weil auch die allgemeine (Handlungs)Freiheit verletzt ist, wenn der Staat ohne gesetzliche Grundlage einen Bürger in seinem Handeln auch als Unternehmer beeinträchtigt. Ob auch Handlungsmöglichkeiten durch das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind und nicht nur das Handeln selbst, ob also auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG ein besonderes Freiheitsgrundrecht ist, das den Rückgriff auf die allgemeine (Handlungs)Freiheit ausschließt, wie das die Praxis und dieser folgende herr-

³⁴³ BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 25, 88 (101); 27, 375 (384); 29, 260 (266 f.); 50, 290 (366); 59, 128 (163); 65, 196 (210); 95, 267 (303); K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 352 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 287 ff., 293 ff.; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 353 ff.

³⁴⁴ BVerfGE 9, 73 (77); 25, 88 (101); 59, 128 (163); 95, 173 (188); U. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 (2001), Rdn. 17; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 354 f.

schende Lehre annehmen³⁴⁵, ist zweifelhaft, weil Art. 2 Abs. 1 GG das Recht des Menschen zu Handeln schützt, während die Eigentumsgewährleistung die Möglichkeiten des Menschen zum Handeln schützt, nämlich das Eigene, wenn es Eigentum ist.

II. Allgemeines Grundrecht auf Gesetzlichkeit belastender Maßnahmen

Aus Art. 2 Abs. 1 GG folgern die Praxis und die dieser folgende Lehre ein allgemeines Grundrecht jedes Einzelnen, Handeln des Staates abwehren zu dürfen, das ihn entgegen den formellen und materiellen Regelungen der Verfassung und des Verfassungsgesetzes belastet, insbesondere auf rechtlosen Gesetzen beruht³⁴⁶. Wenn jedoch der Verfassungsverstoß eine besonderes Grundrecht verletzt, tritt das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wiederum als subsidiär zurück.

D. Amtspflichtverletzung nach §§ 839 Abs. 1 , 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG

I. Amtspflichtverletzung durch unerlaubte Handlung

Die Feststellungsklage Pieroths kann auch begründet sein, weil er, ganz unabhängig von einer Grundrechtsverletzung, in seinen einfachgesetzlich geschützten Rechten verletzt worden sein kann. Zu untersuchen ist, ob der BMJFG die Amtspflichten gegenüber Pieroth verletzt hat. § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG kann einen Schadenersatzanspruch

³⁴⁵ BVerfGE 9, 73 (77); 9, 338 (343); 21, 227 (243); 30, 292 (336); 58, 358 (363); 101, 54 (74); *D. Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 2, Rdn. 137; *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 1386 f.; *H.-U. Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, Rdn. 13; *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 17 in Fn. 4; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 353 ff.

³⁴⁶ Vgl. BVerfGE 1, 264 (273 f.); 6, 32 (37 f.); 19, 253 (257); 23, 402 (408); 33, 44 (48); 42, 20 (27); 50, 256 (262); 58, 358 (363); 59, 275 (278); 65, 237 (248); 95, 267 (306); BVerwGE 30, 191 (198 f.); *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 12; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 281 f.; kritisch zur Dogmatisierung des Eigentumsgrundrechts als Freiheit *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 322 ff.

wegen Amtspflichtverletzung³⁴⁷ gegen den Dienstherrn des BMJFG, also gegen den Bund, begründen. Die Amtspflichten der Beamten und damit gemäß dem amtspflichtrechtlichen Beamtenbegriff³⁴⁸ des BMJFG ergeben sich aus den Gesetzen. Insbesondere ist jede unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB durch Amtswalter des Staates, seien diese Beamte oder seien diese Arbeitnehmer³⁴⁹, eine Amtspflichtverletzung³⁵⁰. Freilich kann der Staat besondere Rechtfertigungsgründe für staatliches Handeln haben, die eine Beeinträchtigung der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte in besonderer Weise zu rechtfertigen vermögen.

Als Amtspflichtverletzung kann die Veröffentlichung der DEG-Liste eine nach § 43 VwGO festzustellende Rechtsverletzung Pieroths sein, unabhängig davon, ob sie ein Grundrecht Pieroths verletzt hat, wenn sie also ein Gesetz verkannt hat, gar ohne gesetzliche Grundlage erfolgt ist oder auch die Zuständigkeitsordnung mißachtet hat. Freilich muß Pieroth ein Recht haben, in dem er beeinträchtigt und verletzt war und ist. Ein solches Recht kann aus den Grundrechten folgen, wie dies zu A und B dargelegt ist, kann aber auch aus einfachem Recht, aus den Gesetzen, welche die Grundrechtspolitik, die objektive Dimension der Grundrechte verwirklichen, folgen. Das Bundesverwaltungsgericht hat (nur) geprüft, ob die Veröffentlichung der DEG-Liste Rechte aus Grundrechten verletzt hat (S. 39 ff.). Das hat es abgelehnt und ist darin vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden, zu Unrecht. Es kommen aber auch Verletzungen einfachgesetzlicher Rechte in Betracht, die nach der Praxis des Bundesverfassungsgerichts nicht durch Grundrechte geschützt sind, aber dennoch zur Rechtsordnung gehören, wie das auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, aber auch das Recht aus § 1 UWG, im Wettbewerb nicht

³⁴⁷ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 527 ff.

³⁴⁸ H.-J. Papier, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rdn. 17; W. Rüfner, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 14, S. 91; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 13, S. 621 f.; H. Vinke, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 24; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 528; vgl. BGHZ 121, 161 (164 f.).

³⁴⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Streik im öffentlichen Dienst, S. 290 ff.

³⁵⁰ BGHZ 69, 128 (138); 112, 74 (74 f.); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 21, S. 626; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 527 ff.

rechtswidrig vom Staat behindert zu werden³⁵¹. Auch die polizeirechtlichen, die gesundheits- und weinrechtlichen Vorschriften können falsch angewandt worden sein.

II. Verletzung des Rechts am Unternehmen

Unerlaubte Handlungen im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sind auch dem Staat untersagt. Auch der Staat hat die Rechte, die § 823 Abs. 1 BGB mit Schadenersatzansprüchen gegen rechtswidrige und schuldhafte Beeinträchtigungen bewehrt, zu achten. Unerlaubte Handlungen sind Amtspflichtverletzungen im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB³⁵². Aus § 823 Abs. 1 BGB folgt auch ein Unterlassungsanspruch gegen Handlungen, welche die durch diese Vorschrift geschützten Rechte verletzen oder zu verletzen drohen³⁵³. Der Unterlassungsanspruch gegen drohende Rechtsverletzungen kann auch auf § 1004 BGB gestützt werden³⁵⁴. Diese Unterlassungspflichten hat auch der Staat. Er darf keine unerlaubten Handlungen begehen, also seine Amtspflichten nicht verletzen. Diese Vorschriften des Rechts der unerlaubten Handlungen sind Verwirklichung der staatlichen Schutzpflicht, welche den Grundrechten erwächst³⁵⁵. Prinzipiell sind die Rechte, welche durch die Grundrechte geschützt werden, auch Schutzgüter, die § 823 Abs. 1 BGB gegen Verletzungen durch wen auch immer schützt, sogenannte absolute Rechte, insbesondere das Recht der Persönlichkeit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG)³⁵⁶, das Leben und die Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG). § 823 Abs. 1 und § 1004 BGB sind keinesfalls nur Vorschriften des Privatrechts. Sie verpflichten

³⁵¹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 493 ff.

³⁵² Hinweise in Fn. 350.

³⁵³ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 526, zu § 826 BGB.

³⁵⁴ *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 527.

³⁵⁵ *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.

³⁵⁶ BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 32, 373 (379); 54, 148 (153); 60, 123 (134 f.); 65, 1 (41); 71, 183 (201); 97, 125 (146); 99, 185 (193 ff.); 101, 361 (379 ff.), st. Rspr.; *H.-U. Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 152, Rdn. 52 ff.; *E. Benda*, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 6, Rdn. 7, S. 161 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 148 f.; *ders.*, Res publica res populi, S. 222 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff.; *ders.*, Medienrecht versus Persönlichkeitsschutz, S. 9 ff.

auch den Staat. Es sind gegenüber der Dichotomie des Privaten und des Staatlichen neutrale Vorschriften³⁵⁷. Die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, am Unternehmen also, wie auch immer diese Verletzung dogmatisiert wird³⁵⁸, verpflichtet auch den Staat zum Schadensersatz, wenn sie schuldhaft ist. Auch der Staat hat solche Verletzungen zu unterlassen. Ganz unabhängig vom Grundrechtsschutz eines Unternehmens durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 14 Abs. 1 GG oder durch Art. 2 Abs. 1 GG findet der Unternehmer Rechtsschutz im Recht der unerlaubten Handlung (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB, gegebenenfalls auch in § 823 Abs. 2 BGB und anderen Vorschriften), weil dieses Recht am Unternehmen durch Richterrecht anerkannt ist, welches zu Gewohnheitsrecht geworden ist³⁵⁹. Wenn der Staat die unerlaubte Handlung begeht, ist der Rechtsschutz ein Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung, gegebenenfalls auch ein Störungsbeseitigungsanspruch³⁶⁰.

Das BMJFG hat Pieroths Recht am Unternehmen durch die Veröffentlichung der DEG-Liste verletzt. Rechtfertigen kann er entgegen den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts die Maßnahme nicht, weil sein Handeln keine Grundlage in einem Gesetz findet. Die Warnung der Öffentlichkeit war zwar berechtigt, weil bestimmte Weine des Unternehmens Pieroth DEG-kontaminiert waren, aber es war nicht Sache des Bundes und damit nicht Sache des BMJFG, diese Warnung auszusprechen. Das BMJFG wollte auch keine Polizeimaßnahme treffen, wie sie dem zuständigen Land zugestanden hätte. Er hat von einer (vermeintlichen) staatsleitenden Regierungsbefugnis Gebrauch gemacht, ohne polizeiliche Befugnisse in Anspruch nehmen zu wollen. Wegen der Beeinträchtigung der Unternehmensrechte Pieroths hatte der Bund die Veröffentlichung der DEG-Liste zu unterlassen, d.h. der zuständigen Landesbehörde

³⁵⁷ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 12 ff., 32 ff., 45 ff., 80 ff., 248 ff., u.ö.

³⁵⁸ G. Hönn/M. Dönneweg, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 60; H.-J. Mertens, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl. 1997, § 823, Rdn. 481 ff., insb. S. 483, 491 ff.; vgl. K. A. Schachtschneider, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 467 ff.; kritisch K. Larenz/C.-W. Canaris, Besonderes Schuldrecht, S. 545, 561.

³⁵⁹ Hinweise wie Fn. 358.

³⁶⁰ O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 1004, Rdn. 3; P. Bassenge, in: Palandt, BGB, § 1004, Rdn. 27 ff., 31 ff.

zu überlassen.

III. Kein Schadensersatzanspruch Pieroths

Ob der Bund dem Unternehmer Pieroth Schadensersatz zu leisten verpflichtet ist, weil Pieroth durch die Warnung drastische Umsatzeinbußen erlitten hat, ist damit nicht beantwortet. Pieroth hätte die Umsatzeinbußen auch hinnehmen müssen, wenn die zuständige Landesbehörde auf polizeirechtlicher Grundlage (allgemein oder speziell) die warnende DEG-Liste bekannt gemacht hätte (wozu diese verpflichtet war). Die Maßnahme des Bundes ist somit zwar kausal für den Schaden Pieroths, aber Pieroth hätte den Schaden, wenn die Öffentlichkeit rechtmäßig von der Landesbehörde gewarnt worden wäre, auch erlitten, letztlich wegen des Mangels seiner Produkte, also wegen seiner eigenen Rechtsverletzung. In diesem Fall ist die Kausalität der Maßnahme des BMJFG nicht relevant (rechtmäßiges Alternativverhalten)³⁶¹, so daß ein Schadensersatzanspruch entfällt. Der eine Schadensersatzpflicht begründende normative Kausalzusammenhang fehlt, weil die Warnung durch die zuständige Landesbehörde auf der Grundlage hinreichender Gesetze ausgesprochen worden wäre, wenn das nicht der BMJFG getan hätte. Diesen Schaden hätte Pieroth hinnehmen müssen, weil eine Polizeimaßnahme des Landes gerechtfertigt (und geboten) gewesen wäre.

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung der DEGL-Liste durch den BMJFG aber ist begründet, weil der BMJFG für seine Maßnahme keine Rechtsgrundlage hatte.

E. Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG

Die Zivilgerichte praktizieren mehr und mehr einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch von Unternehmern gegen staatliche Ingerenz in den Wettbewerb, den sie auf § 1 UWG stützen, weil auch amtliches Handeln nach der Doktrin von der Doppelqualifikation staatlichen Handelns als amtlich und wettbewerblich, wenn es in ein Wettbewerbsverhältnis von Unternehmen einwirkt, eben auch wettbewerbliches Handeln sein kann³⁶².

³⁶¹ BGH, NJW 1971, 239; H. Heinrichs, in: Palandt, BGB, Vorbemerkung zu § 249, Rdn. 105.

³⁶² OLG Stuttgart, WRP 80, 101 (102); OLG Köln, WRP 1991, 259 (263); OLG Frank-

Richtigerweise ist das Verhältnis des Staates in allen seinen Einrichtungen (Organen, Behörden, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen) zu Unternehmen, die durch ihre Privatheit definiert sind³⁶³, niemals ein Wettbewerbsverhältnis, auch und erst recht nicht, wenn der Staat wie ein Unternehmer am Markt agiert, als sei er Wettbewerber (unternehmerische Verwaltung), sondern typisch hoheitlich, nicht unternehmensgleich, auf den Markt und den Wettbewerb einwirkt³⁶⁴. Den rechtswidrigen Marktzutritt einer kommunalen Unternehmung, nämlich die Mißachtung des Art. 87 BayGO, hat der Bundesgerichtshof allerdings jüngst als Verstoß gegen das Lauterkeitsgebot des § 1 UWG ins Unrecht zu setzen abgelehnt, weil diese Vorschrift nicht die Lauterkeit des Wettbewerbs zu schützen bezwecke, inkonsequent, weil das rechtswidrige Unternehmen das Prinzip des Wettbewerbs ganz besonders empfindlich verletzt, aber im Ergebnis richtig³⁶⁵. Staatliche Unternehmungen sind der Sache nach nicht wettbewerbliche Verwaltungs-

furt, WRP 97, 592 ff.; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 UWG, Rdn. 946; *P. Ulmer*, Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren und Dienstleistungen, ZHR 146 (1982), S. 466 ff. (474 ff.); *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 6. Aufl. 2002, S. 32 f.; *H. Köhler/E. Steindorf*, Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, 1795 (1708 ff.); *P. Groeschke*, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, 2329 ff.; allgemein zur Doppelqualifikation staatlichen Handelns BGHZ 36, 91 (102 ff.); 66, 229 (232 ff.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); 101, 72 (75 f.); (GrS) 102, 280 (285); 107, 40 (48); 114, 218 (232 ff.); BGH, WRP 99, 1283 (1286) „Kartenlesegerät“; zur Doppelqualifikation *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 26 ff., 81 mit Hinweisen in Fn. 319, auch S. 288 f.; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 494 ff.

³⁶³ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., 357 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2002, S. 180 f.; *ders.*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 452 f.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie Kommunalen Wettbewerb, S. 66 ff.

³⁶⁴ Zu dieser weitreichenden Problematik, die hier nicht ausgebreitet werden soll, *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Konkurrentenklage, S. 502 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie Kommunalen Wettbewerb, S. 61 ff.; grundlegend *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.*, Der Anspruch auf materielle Privatisierung, S. 220 ff.; folgend *W. Löwer*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 417 ff.

³⁶⁵ BGH, NJW 2002, 2645 ff. (vom 25.4.2002); dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie Kommunalen Wettbewerb, S. 30 ff., 41 ff., 51 ff.

einheiten³⁶⁶.

F. Rechtsverletzung durch Verwaltungsakt

Die Klage auf Feststellung, daß das BMJFG Pieroth durch die Veröffentlichung der DEG-Liste in dessen Rechten verletzt habe, kann auch deswegen begründet sein, weil das BMJFG die Angelegenheiten Pieroths durch einen Verwaltungsakt geregelt hat, der rechtswidrig war und Pieroth in seinen Rechten verletzt hat (vgl. §§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), sich aber erledigt hat.

I. Veröffentlichung der DEG-Liste als Verwaltungsakt

Ein Verwaltungsakt, der die Rechte eines Menschen, also einer natürlichen Person oder auch einer juristischen Person, schmälert, kann eine Rechtsverletzung der betroffenen Person sein. Insbesondere kann ein Verwaltungsakt, der an eine Person adressiert ist, eine Rechtsverletzung sein, weil er diese Person als den Adressaten des Verwaltungsaktes belastet; denn der Verwaltungsakt trifft eine Regelung zu Lasten der Person³⁶⁷, sei es, daß er ein Gebot, sei es, daß er ein Verbot oder sei es, daß er nur eine rechtlich bedeutsame Feststellung ausspricht (Adressatenlehre). Personen, an die der Verwaltungsakt nicht adressiert ist, sind von diesem betroffen, wenn der Verwaltungsakt die Angelegenheiten dieser Personen regelt, also auf deren Rechtsverhältnisse einwirkt, deren Rechte schmälert oder deren Pflichten erweitert, etwa eine Belastung auferlegt³⁶⁸. Die Belastung kann darin bestehen, daß Handlungen oder Verhältnisse der Person festgestellt werden, insbesondere daß festgestellt wird, die Person störe die öffentliche Sicher-

³⁶⁶ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 357 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 268 ff.; vgl. ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 62 ff. (67).

³⁶⁷ F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 52, Rdn. 69; F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, S. 282; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerb, S. 47 f.

³⁶⁸ K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerb, S. 46 ff.; H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, § 12, Rdn. 38, S. 285 f.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 39, Rdn. 26 ff., S. 185 ff.; i.d.S. BVerwGE 55, 280 (285); K. Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVBl 1957, 44 ff., 87 f.

heit, handele also polizeiwidrig, indem sie gesundheitsgefährdende Produkte auf den Markt bringt, der Fall des Glykol-Skandals. Verwaltungsakte haben als Akte der Ausübung der Staatsgewalt (vgl. Art. 20 Abs. 2 GG), als Hoheitsakte, eigenständige Regelungskraft und verändern durch ihren Bestand die Rechtslage³⁶⁹. Die Angelegenheiten einer Person werden geregelt, wenn die Regelungen der Verwaltung die Person betrifft. Die Person ist als Rechtsperson als Träger von Rechten und Pflichten definiert³⁷⁰. Selbstverständlich ist im Rechtsstaat jeder Mensch in diesem Sinne Person³⁷¹ und hat (u.a.) die Rechte, die mit der Menschheit des Menschen verbunden sind, die Menschenrechte. Kriterien der Betroffenheit einer Person ist die Beeinträchtigung der Rechte derselben³⁷². Zu den Rechten gehört das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG, die allgemeine Freiheit, oder, wie das Bundesverfassungsgericht zu formulieren pflegt, die allgemeine Handlungsfreiheit³⁷³, aber auch die Unternehmensfreiheit, auf welches Grundrecht auch immer diese gestützt wird.

Auch tatsächliche Veränderungen können die Rechte und damit die Persönlichkeit eines Menschen oder die einer juristischen Person betreffen, nämlich deren Rechte beeinträchtigen und verletzen und gerade dadurch Rechtsverhältnisse verändern, etwa Unerlassungs- oder auch Schadensersatzansprüche begründen, wie das zu D erörtert wurde. Rechtliche Regelungen, also auch

³⁶⁹ K. A. Schachtschneider; Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 161 f.; ders., Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 5 ff., 28, 38 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs, S. 49; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rdn. 22, S. 237, § 11, Rdn. 2, S. 263; H.-U. Erichsen, Verwaltungshandeln, § 12, Rdn. 5, S. 267.

³⁷⁰ H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 32, Rdn. 9, S. 391.

³⁷¹ H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 33, Rdn. 1, S. 405 f.; vgl. K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff., 32 ff.; grundlegend Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 59 ff. (Selbstzwecklehre).

³⁷² K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie Kommunalen Wettbewerbs, S. 45 ff., 52 f.; so auch K. Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVBl 1957, 87 f.

³⁷³ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 143 (146); 55, 159 (165 ff.); 59, 275 (278); 74, 129 (151); 75, 108 (154 f.); 80, 137 (152 ff.); 95, 267 (303); 97, 350 (377); st. Rspr.; H.-U. Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, Rdn. 1 ff., 13 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 441 ff., insb. S. 478 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 87 ff., 141 ff.

Verwaltungsakte, haben eine andere Wirkung, nämlich Regelungswirkung. Sie verändern, wie gesagt, die Rechtsverhältnisse der betroffenen Personen. Die Veröffentlichung der DEG-Liste, die einen bestimmten Produzenten und bestimmte seiner Produkte (Waren) benennt, ist entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (S. 41 f.) ein Verwaltungsakt, auch im Sinne eines richtig verstandenen § 35 VwVfG³⁷⁴.

Zunächst ist eine solche Maßnahme, anders als das das Bundesverfassungsgericht sieht (Rdn. 55 = S. 271), eine Verwaltungsmaßnahme. Auch Akte der Regierung können Verwaltungsakte sein, wenn sie nämlich die Angelegenheiten einer Person regeln, ohne exekutive Gesetzgebung, nämlich Rechtsverordnungen³⁷⁵, zu sein. Die Veröffentlichung warnt vor bestimmten Waren Pieroths, regelt also dessen Angelegenheiten, weil seine unternehmerischen Rechte betroffen sind (dazu B-E). Das BMJFG trifft eine Maßnahme, die zwar den Kauf von Produkten Pieroths nicht verbietet, aber doch Kaufentscheidungen der Abnehmer/Verbraucher für diese Produkte wirksam verhindert. Das wirkt wie ein Verbot (dazu A II 2 a, c)³⁷⁶. Es ist eine besondere effektive Art, den Verkauf zu verhindern. "Die vis indirecta löst die vis directa ab" (Fritz Ossenbühl)³⁷⁷. Diese Vorgehensweise ist einerseits notwendig, weil unbekannt ist, wer die Produkte im Besitz hat, aber auch wirksam, weil ein Verbot (dazu A II 2 b), das ausschließlich an Pieroth gerichtet wäre, nicht alle Händler seiner Produkte erreichen muß, geschweige denn die Verbraucher. Andererseits wäre eine Verbotsverfügung eine Polizeimaßnahme, welche die Befugnis des BMJFG augenscheinlich übersteigt. Jedenfalls beeinträchtigt die Warnung den Markt Pieroths, ja zerstört diesen geradezu. Diese Warnung vor bestimmten (benannten) Weinen Pieroths ist gerade deswegen eine Regelung und damit ein Verwaltungsakt,

³⁷⁴ K. Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVBl 1957, 87 f.; dazu K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 2 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 172 ff., auch S. 217 ff.; vgl. auch H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, § 12, Rdn. 1 ff., S. 265 ff.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rdn. 1 ff., S. 174 ff.

³⁷⁵ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 172 ff., 212 ff., 217 ff.

³⁷⁶ So auch F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 8 ff. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15, Rdn. 10, S. 396.

³⁷⁷ Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 9.

weil sie ordnend in die unternehmerische Tätigkeit Pieroths eingreift und dessen Markt verändert oder gestaltet, nämlich vernichtet.

Die Verwaltungswirkung wird dadurch erzeugt, daß die Warnung nicht nur die Regelung zum Ausdruck bringt, nämlich die, daß bestimmte Weine des Weinabfüllers Pieroth DEG-kontaminiert seien, sondern diese an sich nur feststellende Regelung zugleich vollzieht, als sei sie ein Verbot. Bedenkenswert ist, ob die Maßnahme des BMJFG wegen ihrer verbotsgleichen Wirkung nicht als Verbot, also als Verbotsakt, zu werten ist³⁷⁸. Jedenfalls ist die Maßnahme ein in die Rechte Pieroths eingreifender Verwaltungsakt. Dieser wird, ähnlich einer Verkehrsregelung eines Polizisten, unmittelbar vollzogen. Wenn die Warnung rechtmäßig gewesen wäre, müßte Pieroth sie akzeptieren. Die Warnung hat allein durch ihren öffentlichen Bestand seine Verhältnisse und damit als Rechtsakt seine Rechtsverhältnisse verändert. Jede Entscheidung einer Behörde, wie auch die des BMJFG gemäß § 1 Abs. 4 VwVfG, ist materielle Verwaltung, ist ein Rechtsakt und damit ein Verwaltungsakt. Der Vollzug der Entscheidung, die Veröffentlichung der DEG-Liste, ist eine Handlung ohne eigenen Regelungsgehalt, nämlich der Vollzug einer Regelung. Aber der Vollzug der Warnung und die Bekanntgabe des warnenden (feststellenden) Verwaltungsaktes als der Erklärung der Entscheidung des BMJFG für diese Maßnahme fallen in einen Akt zusammen, sind rechtlich zwei Maßnahmen *uno acto*. Das liegt an der Eigenart einer eilbedürftigen Warnung, die des unmittelbaren Vollzuges des warnenden (eine Gefahr feststellenden) Verwaltungsaktes bedarf. Dieser unmittelbare oder auch sofortige Vollzug nimmt der Warnung genausowenig den Charakter als Verwaltungsakt wie eine Verkehrsregelung eines Polizisten durch Handzeichen, die ebenfalls schon deswegen unmittelbar wirkt, weil alle betroffenen Verkehrsteilnehmer sich um ihrer Sicherheit willen nach diesen Handzeichen richten, ganz unabhängig von deren Rechtmäßigkeit, und im übrigen verpflichtet sind, sich danach zu richten, weil diese Maßnahme des Polizisten ein wirksamer Verwaltungsakt ist³⁷⁹. Gegen den Verwaltungsakt

³⁷⁸ I.d.S. BezVG Berlin vom 21.1.1947, NJW 1947/48, 355; VGH Wü-Ba vom 25.5.1950, DRZ 1950, 500; W. Jellinek, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1948, S. 24, 258; K. Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVBl 1957, 87; vgl. F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 13.

³⁷⁹ Dazu H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rdn. 36, S. 193; F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 14, Rdn. 23, S. 256; zum sofortigen Vollzug F.

hätte Pieroth Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO erheben können, soweit die Warnung ihn betrifft, also sein Unternehmen und seine Produkte benannt waren. Die Warnung war die Verbindung einer rechtsakthaften Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG)³⁸⁰, welche die Allgemeinheit gewarnt hat, mit einer Sammelverfügung³⁸¹, welche sich gegen mehrere bestimmte Unternehmer und deren Produkte gerichtet hat, jedenfalls gegen Pieroth und dessen Produkte. Die Warnung war somit Pieroth gegenüber ein Verwaltungsakt.

II. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und Rechtsverletzung

Die Veröffentlichung der DEG-Liste, die Warnung vor den Weinen Pieroths, war rechtswidrig und hat Pieroth in seinen Rechten verletzt; denn sie hat Pieroths Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, dessen Grundrecht der Eigentumsgewährleistung aus Art. 14 Abs. 1 GG, nämlich dessen Unternehmensrecht, und dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) verletzt.

Rador, in: H. Lisken/E. Denninger, Handbuch des Polizeirechts, F 758 ff.

³⁸⁰ Dazu *H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 45, Rdn. 78 ff., S. 638 f.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rdn. 31 ff., S. 190 ff.; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, § 12, Rdn. 50 ff., S. 292 ff.

³⁸¹ Dazu *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, § 12, Rdn. 51, S. 293 f.; *H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 45, Rdn. 77.

4. Kapitel

Fallstudie zum Streik im öffentlichen Dienst

K. A. Schachtschneider

I. Sachverhalt

Die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, Transport und Verkehr (ÖTV) plant einen Streik der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, um Forderungen nach höheren Löhnen und Gehältern im öffentlichen Dienst durchzusetzen. Die Bundesregierung erklärt, sie werde einen Streik angesichts der Haushaltslage nicht hinnehmen.

Die Bundesregierung erwägt die folgenden Maßnahmen:

Der Streik öffentlich Bediensteter wird durch Bundesgesetz verboten. Das Gesetz soll u. a. vorschreiben, daß Bedienstete, die streiken, gekündigt werden müssen.

Im Falle eines Streikes werden, solange der Gesetzgeber das geplante Streikverbot nicht verabschiedet hat, die Mitglieder der ÖTV in allen Bereichen des öffentlichen Dienstes ausgesperrt.

3. Alle öffentlichen Bediensteten werden durch Gesetz in Beamtenverhältnisse überführt. Die Bediensteten, die nicht verbeamtet werden wollen, müssen aus dem öffentlichen Dienst ausscheiden.

Fragen

1. Wäre ein Streik der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes rechtmäßig?
2. Wären die Maßnahmen der Bundesregierung rechtmäßig?

II. Erörterung der Rechtslage des Falles

Einleitung

Fragwürdige Privatrechtlichkeit der Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst

Ein Streik der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes bedarf wie jede Handlung, welche Wirkungen auf andere hat, insbesondere wenn sie andere schädigen kann, einer Rechtfertigung. Eine solche kann nur ein Gesetz geben, welches das Recht verwirklicht¹.

Durch einen Streik kann das Recht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag auf Arbeitsleistung des Arbeitnehmers², aber auch das Recht des arbeitgebenden Unternehmers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, welches § 823 Abs. 1 BGB vor unerlaubten Handlungen (nur vor "unmittelbaren", also "betriebsbezogenen" Eingriffen) schützt³, verletzt werden⁴. Es kommen vorrangig Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2

¹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 279 ff., 325 ff., 519 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, Manuskript, 1999, S. 24 ff., 105 ff., 219 ff.

² H. Brox/B. Rütters, *Arbeitsrecht*, 14. Aufl. 1999, 12 ff., 40 ff., 72; H. Brox, in: Brox/Rütters, *Arbeitskampfrecht*, 2. Aufl. 1982, S. 197 (Schadensersatzpflicht aus § 325 BGB); W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, 14. Neuausgabe 1995, S. 110 ff. (kritisch); auch BGHZ 78, 41 (42 ff.); 111, 349 (355 f.); dazu H.-J. Mertens, *Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl. 1997, § 823, Rdn. 481 ff. (Rahmenrecht), insb. Rdn. 490 ff.

³ BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 29, 65 (67, 71, 74); 45, 296 (306 f.); 55, 153 (161); 59, 30 (34 f.); 65, 325 (328); 66, 388 (393); 67, 190 (192); 69, 128 (138 f.); 81, 21 (33); 86, 152 (156); 90, 113 (123); 92, 34 (37); 98, 341 (351); H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), in: Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Zweiter Band, *Kollektives Arbeitsrecht*, Erster Halbband, 7. Aufl. 1967, S. 988 ff., 993 ff.; kritisch C.-W. Canaris, in: Larenz/Canaris, *Besonderes Schuldrecht*, 13. Aufl. 1994, § 81; zum Grundrechtsschutz der Unternehmen K. A. Schachtschneider, *Fallstudie Umweltschutz (FCKW-Verbot)* S. 334 ff.; *ders.*, *Fallstudie Produktwarnung*, S. 114 ff., 187 ff.; *ders.*, *Fallstudie Konkurrentenklage*, S. 459 ff.

⁴ BAGE 2, 75 (76 f., 80, 81); 15, 174 (195 ff.); 15, 202 (205 f.); 15, 211 (215); 30, 50 (58); 58, 364 (389); 59, 48 (53 ff.); BGHZ 59, 30 (35); H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 987 ff., 993 ff., zur Rechtswidrigkeit, insb. zur Lehre von der

BGB wegen Verletzung einer Schutzpflicht und aus § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung in Betracht⁵. § 611 Abs. 1 BGB verpflichtet den Arbeitnehmer, die im Arbeitsvertrag versprochene Dienstleistung zu erbringen⁶. Diese Vorschrift ist auch die praktizierte Rechtsgrundlage der Dienstpflichten der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, weil deren Dienstverhältnisse aufgrund der Fiskusdoktrin privatrechtlich geregelt sind, ohne daß sie "substantielle Unterschiede zum Beamtenstatus" aufweisen⁷. Nach der Fiskusdoktrin ist der Staat in allen seinen Einheiten auch Privatrechtssubjekt und kann darum an privatrechtlich geregelten Rechtsverhältnissen beteiligt sein. Diese Fiskusdoktrin ist mit dem Grundgesetz unvereinbar⁸. Sie wird aber trotz der Revolution von 1918, welche die konstitutionelle Monarchie durch eine Republik ersetzte, unverändert und mit zunehmend größerer Intensität praktiziert⁹ und darum im Folgenden in die Überlegungen einbezogen. Der Sache nach ist das als öffentliches Dienstrecht verwandte privatrechtliche Arbeitsrecht besonderes Verwaltungsrecht (als Teil des Staatsrechts), welches gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht um die Rechtssätze modifiziert ist, welche um der Staatlichkeit des Staates

Sozialadäquanz des Arbeitskampfes, S. 998 ff.; A. Söllner, *Arbeitsrecht*, 1969, S. 79 ff. (insb. zum Rechtmäßigkeitskriterium der "sozialen Adäquanz"); W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, S. 356 ff., 360 ff. (kritisch); a.A. H. Brox/B. Rütters, *Arbeitsrecht*, Rdn. 332; vgl. H. Brox, in: Brox/Rütters, *Arbeitskampfrecht*, S. 199 ff.

⁵ BAGE 59, 48 (54); H. Brox, in: Brox/Rütters, *Arbeitskampfrecht*, S. 201; wegen des engen Tatbestandes des § 826 BGB kritisch H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 991 ff.; A. Söllner, *Arbeitsrecht*, S. 79 ff.

⁶ H. Brox/B. Rütters, *Arbeitsrecht*, Rdn. 72; W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2, rororo-aktuell 10. Aufl. 1995, S. 348 ff.

⁷ J. Isensee, *Öffentlicher Dienst*, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 32, Rdn. 74 ff.; vgl. auch H. Lecheler, *Der öffentliche Dienst*, HStR, Bd. III, 1988, § 72, Rdn. 132; W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2, S. 859.

⁸ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie*, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, passim, insb. S. 173 ff., 253 ff., 261 ff.; ders., *Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern*, 2002, S. 184 ff.

⁹ Etwa BGHZ 35, 311 (312 f.); 36, 91 (95 f.); 37, 1 (16 f.); BVerwGE 7, 180 (181 f.); 38, 281 (283 f.); 39, 329 (337); 39, 364 (374); BVerfGE 27, 364 (374); dazu K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 6 ff.; ders., *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 188 ff., mit Hinweisen.

willen unverzichtbar sind¹⁰. Niemals darf der Staat agieren, als sei er ein Bürger mit Privatheit, also ein Bürger mit Rechten zur (freien) Willkür¹¹. Er tut das auch nicht wirklich. Die Überlagerung des Privatrechts, welches auf Rechtsverhältnisse, an denen der Staat beteiligt ist, angewandt wird, durch mannigfache Prinzipien des Verfassungsrechts, vor allem durch die Grundrechte in ihrer objektiven Dimension¹², ist ständige Praxis¹³. Die Arbeitspflicht der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes ist somit eine öffentliche Dienstpflicht, deren Rechtsgrundlage § 611 Abs. 1 BGB ist. Diese Vorschrift gehört damit zu den Vorschriften auch des öffentlichen Rechts, weil sie ein Rechtsverhältnis regelt, an dem der Staat beteiligt ist. Das lehrt die strenge Subjektslehre vom Begriff des öffentlichen Rechts¹⁴. Alle Rechtssätze, welche die Privatheit auch des am Rechtsverhältnis beteiligten Staates voraussetzen würden, sind aus dem dienstrechtlichen Verhältnis der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes zu eliminieren. Insbesondere ist zu prüfen, ob ein Streik mit den öffentlichen Dienstpflichten vereinbar ist.

¹⁰ Ganz so *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 14; klar *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 74 ff.

¹¹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 173 ff., 253 ff., 261 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 370 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 258 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 51 ff.

¹² Grundlegend BVerfGE 7, 198 (204 ff.); st. Rspr., etwa BVerfGE 49, 89 (142); 50, 290 (337); 53, 30 (57); 56, 54 (73 ff.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (256); 99, 365 (394, 397); dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 461 ff., 490 ff., 819 ff., 978 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 150 ff., 219 ff.

¹³ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 11 f., 19 f. mit Hinweisen in Fn. 57, S. 45 f., 49 ff., 60, 73, 84 ff., 188, 224 ff., 230, 255 f., 271.

¹⁴ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 181 ff., 187 ff., 287; zum Begriff des öffentlichen Rechts, *K. A. Schachtschneider* (*A. Emmerich-Fritsche/M. Kläver/P. Wollenschläger*), Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Skript, 1999, S. 12 ff., mit umfangreichen Hinweisen.

A. Recht zum Streik im öffentlichen Dienst

I. Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie als Kernbereich, tariffähige Koalitionen, Arbeitskampffreiheit und -ordnung

1. Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet "jedermann und für alle Berufe" "das Recht", "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden". Diese spezielle Vereinigungsfreiheit wird allgemein, auch vom Bundesverfassungsgericht, als Koalitionsfreiheit bezeichnet. Das ist im Interesse der Unterscheidung von der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG akzeptabel, darf aber wegen der unten (A, II, 1, 4) erwähnten Diskussion der Weimarer Nationalversammlung nicht zur Folge haben, daß aus dem Wortgebrauch Rechtsfolgen hergeleitet werden. Koalitionen sind Vereinigungen (vor allem) von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern zur gemeinsamen Wahrnehmung der Arbeitnehmer- bzw. der Arbeitgeberinteressen gegenüber dem Partner des Arbeitsverhältnisses, aber auch gegenüber dem Staat¹⁵, also "kollektive Zusammenschlüsse zum Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen"¹⁶.

Die individuelle (positive) Koalitionsfreiheit ist das Recht des einzelnen Arbeitnehmers oder des einzelnen Arbeitgebers¹⁷ zu koalieren, d. h. einer Koalition beizutreten, in dieser zu verbleiben, sich in dieser zu betätigen, aber auch die Koalition zu verlassen oder in eine andere Koalition überzutreten¹⁸. Dieses Recht ist ein Recht zur (freien) Willkür, also zur Privatheit. Daraus folgt, daß man nicht ohne hinreichende Begründung gezwungen werden darf, einer Koalition beizutreten, in ihr zu verbleiben, usw. (Pflicht-

¹⁵ Vgl. *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Rdn. 193 zu Art. 9; *ders.*, Koalitionsfreiheit, *HStR*, Bd. VI, § 151, Rdn. 54 ff.; enger auch *W. Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, S. 98 ff.; weitere Hinweise in Fn. 109.

¹⁶ BVerfGE 92, 26 (38).

¹⁷ BVerfGE 84, 212 (224).

¹⁸ BAGE 20, 175 (213 ff.); BVerfGE 50, 290 (367); 64, 208 (213); 84, 212 (224); 100, 271 (282); *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 9, Rdn. 222; *ders.*, Koalitionsfreiheit, *HStR*, Bd. VI, § 151, Rdn. 80 ff.; *W. Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, S. 102.

mitgliedschaft). Zwangskoalitionen beeinträchtigen die Koalitionsfreiheit¹⁹ und verletzen sie, wenn nicht verfassungslegitimierte Gründe die Pflichtmitgliedschaft rechtfertigen, wie bei Berufskörperschaften, die Koalitionen (öffentlichen Rechts) mit Pflichtmitgliedschaft sind²⁰. Dieser Aspekt der individuellen Koalitionsfreiheit wird meist als negative Koalitionsfreiheit bezeichnet²¹, zu Unrecht, weil es keine negativen Freiheitsrechte gibt, jedenfalls keine negative Koalitionsfreiheit²². Das Grundgesetz schützt das Koalieren, nicht das Nicht-Koalieren. Das Recht der Privatheit verbietet aber den Zwang zu bestimmtem Koalieren. Keinesfalls schließt die Pflichtmitgliedschaft (entgegen der Praxis und der dieser folgenden Lehre)²³ den Koalitionscharakter einer Vereinigung aus (dazu A, I, 4).

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG schützt nach der Praxis und die dieser folgenden überwiegenden Lehre auch die kollektive Koalitionsfreiheit. Diese soll die Koalition als solche in ihrem Bestand und in ihrer Entwicklung, sowie in ihrer koalitionsmäßigen Betätigung schützen²⁴. Ein wirksamer Schutz der

¹⁹ BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (28); 50, 290 (367); 55, 7 (21); 57, 220 (245); 64, 208 (213 f.); i.d.S. auch BVerfGE 100, 214 (223); dazu (weitergehend) *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 223.

²⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 139 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Recht der Vertragsärzte des Sozialgesetzbuches V, S. 54 ff.

²¹ Vgl. BAGE 20, 175 (207 ff., 215 ff.); 30, 195 (203); BVerfGE 50, 290 (366 ff.); 55, 7 (22); 57, 224 (245); 64, 208 (213 f.); 73, 261 (270); 84, 212 (224); 93, 37 (84); 93, 352 (357); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 226, 228; vgl. allgemein für die negative und positive Bekenntnisfreiheit BVerfGE 52, 223 (247); 93, 1 (22); BVerfG, NJW 2002, 3344 (3345).

²² Ganz so *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 154 ff.; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 54 f., der die "negative Koalitionsfreiheit" lediglich als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sieht, was nicht zu Lasten der Koalitionen gehen dürfe; umfassend *M. Schuhmann*, Negative Freiheitsrechte. Zugleich ein Beitrag zur negativen Koalitionsfreiheit, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1997, S. 48 ff., 143 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 610; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Recht der Vertragsärzte des Sozialgesetzbuches V, S. 52 f.; kritisch auch *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 104 ff., der nur eine "negative Vereinigungsfreiheit", vor allem historisch begründet, akzeptiert.

²³ Hinweise in Fn. 76.

²⁴ BVerfGE 4, 96 (101 f., 106); 17, 319 (333); 18, 18 (26, 32); 28, 295, (304); 50, 290 (367, 373); 84, 212 (224 ff.); 92, 26 (38); 92, 365 (403); 93, 352 (357); 94, 268 (282 f.); 100, 214 (221); 100, 271 (282); dazu *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 107 ff., 110 ff.;

Koalitionsfreiheit soll durch den Schutz der individuellen Koalitionsfreiheit allein nicht möglich sein. Effektiv sei die Koalitionsfreiheit nur, wenn auch der Koalition selbst ein eigener subjektiver Grundrechtsschutz zustehe²⁵. Richtigerweise folgt der Schutz der Koalition aus der individuellen Koalitionsfreiheit. Die Koalition nimmt, gestützt auf Art. 19 Abs. 3 GG, die individuellen Rechte der Mitglieder der Koalition gemeinschaftlich wahr ("Rechtstellungsgarantie")²⁶.

2. Tarifautonomie im Kernbereich des Grundrechtsschutzes des Art. 9 Abs. 3 GG

In Verwirklichung der Leitentscheidung des Art. 9 Abs. 3 GG für die Koalitionsfreiheit gibt § 2 Abs. 1 TVG tariffähigen Sozialpartnern das Recht, Tarifverträge zu schließen. Die Tarifverträge können den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, aber auch andere, vor allem betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche, Materien regeln (§ 1 TVG)²⁷. Ein solcher Vertrag ist ein Mittel der durch Art. 9 Abs. 3 GG (mittelbar) geschützten koalitionsmäßigen Betätigung zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen²⁸, die nicht nur als wirtschaftliche Arbeitsbedingungen begriffen werden dürfen²⁹. Ohne den Schutz der koalitionsmäßigen Betätigung liefe die Koalitionsfreiheit leer; denn der Gesetzgeber könnte jede Art sinnvoller Betätigung der Koalitionen unterbinden. Das Bundesverfassungsgericht sieht einen "Kernbereich verbandsmäßiger Lohngestaltung", also einen Kernbereich der Tarifautonomie, durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt³⁰. Diese "aus der Koalitionsfreiheit entsprungene Tarifautonomie" soll den Tarifpartnern die Kompetenz geben, das Arbeitsleben

R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 239 ff.

²⁵ BVerfGE 4, 96 (101 f); 17, 319 (333); 18, 18 (26); 19, 303 (312 ff.).

²⁶ *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 73 ff.; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 239 ff.; vgl. mit dieser Tendenz BVerfGE 94, 268 (282 f.).

²⁷ Dazu *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 164 ff., 178 ff., 197 ff., 214 ff.

²⁸ BVerfGE 18, 18 (26); 28, 295 (304); 84, 212 (224); 100, 271 (282).

²⁹ So aber *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 93 ff.

³⁰ BVerfGE 4, 96 (110); 20, 312 (317), vgl. auch BVerfGE 18, 18 (27 f.); 28, 295 (304); 38, 281 (305); 38, 386 (393); 50, 290 (368 f.); 53, 233 (247 f.); 57, 220 (245 f.); 84, 212 (225); 88, 212 (228); 93, 352 (358 ff.); stärker BVerfGE 94, 268 (283); 100, 271 (282 f., 285 ff.); BAG etwa E 48, 307 (311); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 299 ff.

"zu ordnen und zu befrieden", genauer den in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG genannten Zweck "im öffentlichen Interesse zu erfüllen", "in dem von der staatlichen Rechtsetzung freigelassenen Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung für die verschiedenen Berufstätigkeiten festzulegen, und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden"³¹. In BVerfGE 84, 212 (224) ist nur noch von einem "wesentlichen Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalition", "dem Abschluß von Tarifverträgen"³², worin "die Vereinigungen nach dem Willen des GG "frei sein" sollen", allerdings von "Tarifautonomie", aber nicht von einer öffentlichen Aufgabe oder ähnlichem die Rede³³. In BVerfGE 100, 271 (282, 286) heißt es:

"Der Schutz ist nicht von vorneherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen³⁴ und umfaßt insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht. Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen. Zu den der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und die materiellen Arbeitsbedingungen³⁵. Einerseits sind gesetzliche Vorgaben, die den Spielraum der Gewerkschaften bei Lohnverhandlungen einschränken, besonders belastend. Die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen überläßt, haben hier ihren Schwerpunkt. Gegenüber Eingriffen in die autonome Festsetzung der Tariflöhne entfaltet das Grundrecht besonders große Wirkkraft".

Zu den Schranken der Koalitionsfreiheit hat BVerfGE 100, 271 (283 f.) zur Rechtfertigung von Lohnabstandsregelungen im Rahmen von Arbeitsförderungsmaßnahmen ausgeführt:

"Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit kann, obwohl sie ohne

³¹ BVerfGE 18, 18 (27 f.); vgl. auch BVerfGE 20, 312 (317); 44, 322 (338 ff.); 50, 290 (367); 53, 233 (246 ff.); 88, 103 (115).

³² Unter Hinweis auf BVerfGE 44, 322 (341); 50, 290 (367); so auch BVerfGE 94, 268 (283).

³³ Ebensowenig in BVerfGE 92, 365 (393 ff.).

³⁴ So auch BVerfGE 4, 96 (106); 19, 303 (320); 42, 133 (138); 84, 212 (224 ff.); 88, 103 (114 ff.); 92, 26 (38); 92, 365 (393); 93, 352 (358 ff.); 94, 268 (283); 100, 214 (221 f.).

³⁵ So auch BVerfGE 94, 268 (283).

Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, jedenfalls zum Schutz von Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt³⁶. Dem Gesetzgeber ist es, wenn solche Gründe vorliegen, grundsätzlich nicht verwehrt, Fragen zu regeln, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem die Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragspartnern geregelt werden kann, weil sie nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und anderer materieller Arbeitsbedingungen. Je gewichtiger der Schutz ist, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die einen Eingriff rechtfertigen sollen."³⁷

Als einen verfassungsrangigen Gemeinwohlbelang zieht das Gericht das "Sozialstaatsprinzip" heran, das "gebiete Arbeitsplätze für Arbeitslose zu schaffen". Dieses hohe soziale Anliegen "sei zugleich von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, also von den Prinzipien der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit getragen, diene aber auch dem in Art. 109 Abs. 2 GG verankerten Ziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts" (BVerfGE 100, 271 (284 f.)). Die Dogmatik der Koalitionsfreiheit ist somit auch von dem Abwägungsgrundsatz und der Zumutbarkeitsgrenze³⁸ bestimmt. "Vielmehr müssen in jedem Fall die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung und das Gewicht der entgegenstehenden Rechtsgüter abgewogen werden" (BVerfGE 100, 214 (222)). "Dem Betätigungsrecht der Koalition dürfen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind". Sonst werde der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Kerngehalt der Koalitionsbetätigung angeta-

³⁶ BVerfGE 18, 18 (32); 50, 290 (371); 84, 212 (228); 88, 103 (114 ff.); 92, 26 (41); st. Rspr.; etwa BVerfGE 100, 214 (223 f.).

³⁷ Unter Berufung auf BVerfGE 94, 268 (284 f.), weitgehend wortgleich.

³⁸ Vgl. etwa BVerfGE 92, 26 (45); zur Grenze der Zumutbarkeit auch BVerfGE 30, 393 (316); 59, 275 (279); 67, 157 (178); 78, 176 (202); 81, 70 (92); 90, 145 (173); 100, 226 (243); zum Rechtsbegriff der Zumutbarkeit A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 153 f., 218.

stet"³⁹. Rechtssicherheit schafft bei solcher Dogmatik des Rechtsprinzips der Sachlichkeit erst der Spruch des Bundesverfassungsgerichts, der funktional Gesetzgebung ist⁴⁰, zumal zu den verfassungsranigen Schutzgütern auch die "allgemeine Handlungsfreiheit" des Art. 2 Abs. 1 GG gehört, die den Staat zur praktisch vernünftigen, also sachlichen, Gesetzgebung verpflichtet⁴¹. Das würde den Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit miß-achten⁴², den Art. 19 Abs. 2 GG auch für unantastbar erklärt⁴³.

3. Vertragslehre versus Delegationslehre

Tarifverträge sind besondere, private Verträge, die nicht allgemeine Gesetze hervorbringen. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch ausgesprochen, daß "der Tarifvertrag das Gebiet des privaten Vertragsrechts verlasse" "und als "unabdingbarer Koalitionsvertrag normative Wirkung" äußere (BVerfGE 4, 96 (108))⁴⁴. "Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifpartnern in diesem Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol" (BVerfGE 94, 268 (284)). Der gewerkschaftsstaatlichen Auffassung der rechtsverbindlichen Gemeinwohlverwirklichung durch Tarifverträge nach

³⁹ BVerfGE 17, 319 (333 f.); 19, 303 (320 f.); 20, 312 (317); 28, 295 (306); 38, 386 (393); 50, 290 (368 f.); 57, 220 (225, 246); 58, 233 (247 f.); 84, 212 (228); 88, 103 (114); 92, 365 (394 f.); 93, 352 (359); 94, 268 (284).

⁴⁰ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff.; vgl. *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 381 ff., 387 ff., 393 ff., 402 ff.; zu den Grenzen der Tarifautonomie *ders./A. Emmerich-Fritsche*, *Das Recht der Vertragsärzte des Sozialgesetzbuches V*, S. 133 ff.

⁴¹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 325 ff., 841 ff., 978 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 89 ff., 194 ff., 219 ff.

⁴² K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, *Das Recht der Vertragsärzte des Sozialgesetzbuchs V*, S. 79 ff.

⁴³ Allgemein zur Wesensgehaltsgarantie P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 9 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3. Aufl. 1983, S. 58 ff.; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 269 ff.: Die Stärke der gegenläufigen Gründe müsse überproportional wachsen, je weiter das Grundrecht zurückgedrängt werde; dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff., 978 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 219 ff.; Überblick bei M. Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1991, S. 83 ff.; vgl. BGHSt 4, 375 (377).

⁴⁴ Zur Rechtsnormhaftigkeit der Tarifverträge i.d.S. auch BVerfGE 18, 18 (26); 28, 295 (304 f.); 44, 322 (340); 55, 7 (24); 64, 208 (215); weitere Hinweise in Fn. 112; i.d.S. auch BVerfGE 94, 268 (284).

habe Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit § 1 TVG den Tarifpartnern die staatliche Rechtsetzungskompetenz delegiert⁴⁵.

"Die Tarifvertragsparteien leiten ihre Autonomie zur Rechtsetzung aus ausdrücklicher staatlicher Übertragung im Tarifvertragsgesetz ab. Sie würde ohne diese nicht bestehen. Die normative Wirkung der Regeln des Tarifvertrages geht also letztlich doch auf hoheitliche Gewalt zurück. Ist diese an die Verfassung gebunden, so muß das Gleiche für diejenigen gelten, die aufgrund staatlicher Delegation Rechtsetzungsbefugnisse haben" (BAGE 1, 258 (264)).

Nach § 1 TVG enthält ein Tarifvertrag "Rechtsnormen". Auch insoweit geht das Bundesverfassungsgericht weit über die demokratierechtlich vertretbaren Befugnisse privatheitlicher Vereinigungen hinaus:

"Der Tarifvertrag enthält in seinem normativen Teil Rechtsregeln, d.h. generell-abstrakte, nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 TVG zwingende Bestimmungen für den Inhalt der von ihm erfaßten Arbeitsverhältnisse. Bei der Normsetzung durch die Tarifparteien handelt es sich um Gesetzgebung im materiellen Sinne, die Normen im rechtstechnischen Sinne erzeugt" (BVerfGE 44, 322 (341))⁴⁶.

Durch Art. 9 Abs. 3 GG sei eine "autonome Ordnung des Arbeitslebens" intendiert⁴⁷. Später ist das Gericht in seinen Formulierungen eher vorsichtig geworden, so daß der Widerspruch zur Privatheitlichkeit der Koalitionen wenig augenscheinlich ist⁴⁸. Die Rechtsnormhaftigkeit der Tarifverträge ist akzeptabel, wenn deren Rechtsnormcharakter aus der (breiten) Verbindlichkeit der Vertragsbestimmungen hergeleitet wird.

Hinter dem Begriff Tarifautonomie verbirgt sich die vom Bundesverfassungsgericht gestützte⁴⁹, aber verfassungsrechtlich fragwürdige Delegationslehre, welche die Tarifverträge als quasi staatliche Gesetze einstuft⁵⁰.

⁴⁵ BAGE 1, 258 (262 ff.); 4, 240 (250 f.); i.d.S. auch BAGE 48, 65 (74); 50, 137 (141 ff.).

⁴⁶ Vgl. i.d.S. auch BVerfGE 4, 96 (106); 18, 18 (26); 28, 295 (304 f.); 55, 7 (24); 64, 208 (215); 94, 268 (284); weitere Hinweise in Fn. 44, 50, 112.

⁴⁷ BVerfGE 44, 322 (341); auch BVerfGE 34, 307 (317); weitere Hinweise in Fn. 154.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 94, 268 (283); unter Hinweis auf die soeben zitierte Entscheidung BVerfGE 44, 322 (340).

⁴⁹ BVerfGE 34, 307 (317 ff.); 44, 322 (341 ff.); 55, 7 (21); auch schon BVerfGE 4, 96 (107 ff.); 18, 18 (27).

⁵⁰ C. H. Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht, S. 28; vorsichtig A. Söllner, Arbeitsrecht,

Weder sind die Tarifpartner der Staat, noch sind sie Organe des Staates. Sie sind vielmehr private Vereinigungen und ihre Verträge sind private Verträge. Tarifautonomie ist ein Teil der Privatheit⁵¹. Freiheitliche Privatheit ist das Recht zur freien, also sittlichen, Willkür⁵². Mit der Autonomie des Willens ist auch die Privatheit durch die allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Das Privatheitsprinzip wird durch die Gesamtheit der auf den allgemeinen Gesetzen beruhenden freiheitlichen Rechte zur (freien) Willkür verwirklicht⁵³. Die Autonomie des Willens der Privaten oder der einzelnen Menschen in ihrer Besonderheit entfaltet sich im Rahmen der Gesetze eigen- oder alleinbestimmt. Die Willkür der Privatheit ist freiheitlich, wenn und weil sie einerseits dem allgemeinen Gesetz, welches die Freiheit aller verwirklicht, entspricht und andererseits durch Moralität sittlich ist⁵⁴. Private Handlungen sind gemeinverträglich, also legal, weil sie den allgemeinen Gesetzen genügen. Die staatlich verfaßte Allgemeinheit (die Bürgerschaft, das Volk) ist mit den Handlungen der Privaten (etwa mit deren Verträgen oder auch Tarifverträgen) einverstanden, obwohl andere Menschen gegebenenfalls durch diese Nachteile haben (Legalitätslehre); denn das allgemeine Gesetz hat das Recht, Tarifverträge zu schließen, den Tarifpartnern überlassen und mußte dies, jedenfalls im Kern, wegen der Koalitionsfreiheit. Die Tarifautonomie ist ein Teil der privaten Lebensbewältigung (Privatheitsprinzip)⁵⁵. Die privatheitliche Dogmatik der Tarifwir-

S. 102 ff. ("hybrides Gebilde", S. 106); kritisch *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 399 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 297 ff.; *ders.*, *Imperative Lohnleitlinien unter dem Grundgesetz*, *Der Staat* 16 (1977), S. 504 ff.; weitere Hinweise in Fn. 58, 87; zur Rechtsnormhaftigkeit der Tarifverträge Hinweise in Fn. 44, 112.

⁵¹ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 370 ff., insb. S. 399 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 259 ff., insb. S. 297 ff.; i.d.S. schon *R. Richardi*, *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*, 1968, passim, insb. S. 164; *ders.*, 61. DJT, 1996, Gutachten B, S. 33 ff.

⁵² *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 374 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 204 ff.

⁵³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 378 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 267 ff.

⁵⁴ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 378 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 267 ff.

⁵⁵ Dazu umfassend *K. A. Schachtschneider*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 51 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 386 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 273 ff.; i.d.S. auch *K. Biedenkopf*, *Grenzen der Tarifautonomie*, 1964, S. 178 ff.

kungen widerspricht nicht der einflußreichen "Verbandstheorie" vom "korporativen Arbeitsnormenvertrag" *Hugo Sinsheimers*⁵⁶, weil Verbände als privatheitliche Organisationen über die Gewalt ihrer Mitglieder verfügen (im Rahmen der Satzung), welche (autonome) Rechtsetzung trägt, wenn deren Verbindlichkeit vom Staat legalisiert ist⁵⁷.

Die Delegationslehre und die ihr folgende Praxis sind mit dem Grundgesetz unvereinbar⁵⁸. Insbesondere fehlt für eine quasi staatliche Rechtsetzung schon wegen der Freiheit zu koalieren die demokratische Legitimation. Die Definition des Gemeinwohls ist Sache des (demokratischen) Gesetzgebers⁵⁹. Die Tarifverträge nehmen das Recht zur Privatheit wahr und können darum nur die besonderen Interessen der Vertragsparteien befrieden⁶⁰. Das allgemeine Interesse an den befriedenden Arbeitstarifen rechtfertigt es nicht, die Tarifpartner als quasi staatlich zu behandeln, als seien sie mit der Gesetzgebungsbefugnis beliehene Einrichtungen (Unternehmer/Verbände)⁶¹. Das Gemeinwohl wird durch Gesetze verwirklicht. Private und private Verbände

⁵⁶ Der korporative Arbeitsnormvertrag, Teil 1, 1907, S. 72 ff.; dazu *Th. Raum*, Die Parteien des Tarifvertrages, 1961, S. 41 f.; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 103.

⁵⁷ *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf maeriale Privatisierung, S. 284 ff.

⁵⁸ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 399 ff., *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 296 ff.; *C.-J. Bruhn*, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie. Eine Kritik der Mächtigkeitstheorie des Bundesarbeitsgerichts, 1993, S. 113 ff., 153 ff.; kritisch auch *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 103, aber *ders.*, a.a.O., Rdn. 33; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 301; kritisch *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987, S. 181 ff.; grundsätzlich Kritik an der Dogmatik von der Delegation von Hoheitsbefugnissen *K. A. Schachtschneider*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 148 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 250 ff., 270 ff.

⁵⁹ *K. A. Schachtschneider*, Imperative Lohnleitlinien unter dem Grundgesetz, Der Staat 16 (1977), 516; *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 265 ff., auch S. 263 ff., 242 ff., 247 ff., 253 ff., *ders.*, Res publica res populi, S. 655 ff.; so auch *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 34.

⁶⁰ Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff., insb. S. 404 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 258 ff., insb. S. 302 ff.

⁶¹ Zur Kritik der Beleihung Privater mit Befugnissen der Staatsgewalt *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 250 ff., 270 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 148 ff.; kritisch insofern auch *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 102.

agieren, wenn sie legal handeln, nicht gegen das Gemeinwohl, sondern ihr Handeln, insbesondere ihre Verträge, sind die Art der Lebensbewältigung, die dem allgemeinen Gesetz, und damit dem Gemeinwohl gemäß ist. Das private Tarifwesen ist ein *res publica*, wie alles private Handeln. Es wird dadurch aber nicht staatlich, ist aber nicht staatswidrig; denn staatliche und privatheitliche Lebensbewältigung bilden eine Einheit. Funktional staatlich ist das private Handeln nur insoweit, als es die staatlichen Gesetze vollzieht⁶². Das Gemeinwohl muß notfalls auch gegenüber den Tarifpartnern mittels der Gesetze durchgesetzt werden⁶³. Solange und soweit aber die Regelungen der Tarifverträge dem Gemeinwohl, gemessen an Verfassung(sgesetz) und Gesetz genügen, verwirklichen sie privatheitlich das Gemeinwohl, soweit es das Gesetz des Staates und damit die Allgemeinheit will, nämlich legal.

Die Tarifpartner haben aber keine "öffentliche Aufgabe"⁶⁴, welche ihre Privatheitlichkeit zu relativieren vermöchte, nämlich keine staatliche Aufgabe, wenn auch ihre Verträge von zentraler Bedeutung für das Gemeinwesen sind und dieses ein existentielles Interesse an einem befriedeten Tarifwesen im Arbeitsleben hat, zumal an Tarifverträgen, welche eine hinreichende Gleichheit und Gemeinschaftsverträglichkeit der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Entlohnung, gewährleistet. Die Flächentarifverträge (Verbandstarifverträge im Gegensatz zu den Firmentarifverträgen) setzen den nationalen Verteilungsmaßstab, an den mehr oder weniger unmittelbar oder mittelbar die Verteilung aller Masseneinkommen des Gemeinwesens gebunden ist⁶⁵. Der Begriff der "öffentlichen Aufgabe", den das Bundesverfassungsgericht vielfach nutzt, um privatheitliche Lebensbewältigung in den

⁶² Zur funktionalen (im Gegensatz zur institutionellen) Staatlichkeit *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 211 ff., 370 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 259 ff.; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 26 f.

⁶³ BAGE 23, 292 (306); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Imperative Lohnleitlinien unter dem Grundgesetz*, *Der Staat* 16 (1977), 493, 504 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 399 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 296 ff.; so auch *R. Scholz*, *Koalitionsfreiheit*, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 31 ff.

⁶⁴ So aber BVerfGE 28, 295 (304); vgl. i.d.S. ("im öffentlichen Interesse der Koalitionen übertragene Aufgabe") auch BVerfGE 18, 18 (27 f.); zurückhaltend jetzt BVerfGE 84, 212 (223 ff.); 92, 365 (393 ff.).

⁶⁵ *K. A. Schachtschneider*, *Flächentarifvertrag. Nationaler Verteilungsmaßstab*, 2001.

Bereich des Staatlichen zu ziehen, gar als mittelbare Staatsverwaltung auszuweisen⁶⁶, ist als formaler Begriff nicht material differenzierend. Staatliche Aufgabe ist, was dem Staat (auf Grund des Verfassungsgesetzes oder der Gesetze) zur Aufgabe übertragen wird⁶⁷. Die Bedeutung von Aufgaben für die Allgemeinheit kann Gesetze legitimieren, auch wenn diese die Privatheit einschränken, sie kann auch legitimieren, daß der Staat Aufgaben übernimmt, qualifiziert aber private Aufgabenträger nicht als staatliche Einrichtungen (im Sinne mittelbarer Staatsverwaltung) und macht auch private Verträge, selbst wenn sie viele Menschen betreffen, nicht zu staatlichen Gesetzen. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber ausgesprochen: "Bei der Normsetzung durch die Tarifparteien handelt es sich um Gesetzgebung im materiellen Sinne, die Normen im rechtstechnischen Sinne erzeugt."⁶⁸ Richtig ist, daß private Verträge nicht weniger verbindlich sind als staatliche Gesetze. Man spricht von *leges contractus*. Die Verbindlichkeit der Verträge folgt aus dem Rechtsprinzip⁶⁹.

4. Tariffähige Koalitionen

Die wesentliche Voraussetzung einer tariffähigen Koalition ist in der Praxis der Zusammenschluß von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern, eine satzungsmäßige Aufgabe, die dem in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG genannten Zweck genügt, die hinreichende Unabhängigkeit der Koalition vom Staat, von Parteien, von

⁶⁶ Vgl. für die privatheitlichen, aber öffentlich-rechtlich gestalteten Körperschaften der Berufsstände (Selbstverwaltungskörperschaften) BVerfGE 39, 302 (312 f.); 62, 354 (369); 68, 193 (206 ff.); 70, 1 (15 ff.); BVerfGE 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluß vom 7.12.2001, BayVBl. 2002, 560 ff. (562), zur IHK; vgl. auch BVerfGE 10, 89 (102); 15, 235 (241); 38, 281 (299); dazu kritisch K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 250 ff., 270 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Recht der Vertragsärzte des Sozialgesetzbuches V, S. 30 ff., insb. S. 40 ff.

⁶⁷ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 189 ff., 265 ff.; ders., Res publica res populi, S. 198 ff., 346 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 131 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 16 ff., 29 ff.

⁶⁸ BVerfGE 44, 322, (341); ebenso BVerfGE 55, 7 (21); so vor allem H. C. Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht, S. 27 ff., gestützt auf das Sozialstaatsprinzip; weitere Hinweise in Fn. 44, 50, 112.

⁶⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 404 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 302.

Kirchen, aber auch vom sogenannten Gegner, etwa den Arbeitgebern bzw. den Arbeitnehmern, "um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet nachhaltig vertreten" zu können⁷⁰, sowie prinzipiell gegnerfreie Organisation⁷¹. Nach Art. 2 Abs. 1 TVG sind nur Gewerkschaften auf der Arbeitnehmerseite tariffähige Koalitionen⁷². Die gewerkschaftliche Organisation muß nicht überbetrieblich sein⁷³, sie muß nur mächtig genug sein, Tarifverträge zu erstreiten⁷⁴. Den Großunternehmen können auch Unternehmens- oder Betriebsgewerkschaften entgegentreten⁷⁵. Die Praxis begrenzt den Begriff der Koalition auf freiwillige Vereinigungen. Sie müssen, so das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, "frei gebildet" und damit "privatrechtlich" sein⁷⁶.

Dieses Kriterium schließt die Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Mitgliedschaft nicht freiwillig ist (Pflichtmitgliedschaft), von dem Schutz

⁷⁰ BVerfGE 4, 96 (107); 18, 18 (28); 50, 290 (368); 58, 233 (247), 92, 26 (40); dazu *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 54 ff.; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 193 ff.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 98 ff.

⁷¹ BVerfGE 4, 96 (106 ff.); 18, 18 (28); 50, 290 (368); 58, 233 (247); 100, 214 (223); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 195 ff. zu Art. 9; *ders.*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd VI, § 151, Rdn. 54 ff., insb. Rdn. 56.

⁷² Hinweise in Fn. 84 f., 109, auch Fn. 73 f.

⁷³ So aber BAGE 29, 72 (80); BVerfGE 4, 96 (107); 18, 18 (28); 50, 290 (367 f.); 58, 233 (247); richtig *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 63; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 99.

⁷⁴ BAGE 21, 98 (201); 29, 72 (79 ff.); 49, 322 (330 ff.); 53, 347 (355 ff.); 64, 16 (20 ff.); BAG NZA 1990, 626; weitere Hinweise in Fn. 70; vgl. i.d.S. BVerfGE 18, 18 (28); 28, 295 (305); insb. BVerfGE 58, 233 (249 f.); *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht. Ein Arbeitskämpfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte, 1975, S. 489; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 66 (nicht unkritisch); *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 100 (nicht unkritisch); kritisch *C.-J. Bruhn*, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie, S. 189 ff., passim, S. 21 ff. Darstellung der Rechtsprechung.

⁷⁵ *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 63; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 99 (Grenze 2.000 Beschäftigte).

⁷⁶ BVerfGE 4, 96 (106 ff.); 18, 18 (28); 20, 312 (320); 44, 322 (340); 50, 290 (368); 57, 220 (245); 58, 233 (247); 80, 244 (252 f.); 84, 212 (224); 92, 26 (40); 93, 352 (357); BAGE 19, 217 (227); 20, 175 (209 ff., 215 ff.); 29, 72 (79); 48, 307 (311 ff.); *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 59 f.; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 66, 196; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 98; vgl. zum "Prinzip der freien sozialen Gruppenbildung" auch BVerfGE 100, 214 (223).

des Art. 9 Abs. 3 GG aus⁷⁷, selbst wenn diese ebenfalls Berufsverbände sind, deren Zweck die Wahrung und Förderung ihrer Wirtschaftsinteressen ist. Diese Praxis verkennt den Grundrechtsschutz der Körperschaften des öffentlichen Rechts folgenreich, obwohl diese in der Substanz privatheitlich bleiben und nicht zur (mittelbaren) Staatsverwaltung gehören (a.A. die Praxis). Die Reduzierung der Koalitionsfreiheit auf ein Grundrecht des Arbeitslebens⁷⁸ mißachtet den Wortlaut ("alle Berufe"), die Geschichte, die Entstehungsgeschichte und vor allem den republikanischen (demokratischen, sozialen) Zusammenhang dieses Grundrechts der wirtschaftlichen und auch freiberuflichen Selbstverwaltung⁷⁹. Richtig ist, daß die Pflichtmitgliedschaft wegen der Koalitionsfreiheit der Rechtfertigung durch gute Gründe bedarf. Sie vermag als Minderung der Koalitionsfreiheit aber nicht den Grundrechtsschutz dieser öffentlich-rechtlichen Koalition gänzlich zu vernichten.

Das Bundesarbeitsgericht hat des weiteren als Voraussetzung der tariffähigen Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG die Arbeitskampfwilligkeit der Gewerkschaft postuliert⁸⁰. Das Bundesverfassungsgericht⁸¹ sieht im Gegensatz zum Bundesarbeitsgericht⁸² im Koalitionsbegriff das Merkmal des satzungsmäßigen Willens zum Arbeitskampf nicht enthalten, weil die Koalitionsziele auch mit der Hilfe anderer Mittel erreicht werden könnten, und macht die Tariffähigkeit der Koalitionen nicht von dem Kampfwillen abhängig.

⁷⁷ I.d.S. BVerfGE 38, 281 (298 ff.); 62, 354 (369); 68, 193 (206 ff.); 70, 1 (15 ff.); R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 59 f.

⁷⁸ Vgl. H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, Kollektives Arbeitsrecht, 1. Halbbd., 1964, S. 102 ff.; R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 54 f., 56 ff.; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 3, 159, 193 ff.; ders., Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 47 ff.

⁷⁹ Zum Ganzen K. A. Schachtschneider, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 139 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Recht der Vertragsärzte des SGB V, Gutachten 1999, S. 52 ff., insb. S. 54 ff.

⁸⁰ BAGE 4, 351 (352); 12, 184 (190).

⁸¹ BVerfGE 18, 18 (27 ff.); 50, 210 (368); gestützt auf RAGE 2, 289 (293); 2, 299 (303); 3, 170 (173); 6, 139 (143); so auch R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 65.

⁸² BAGE 4, 351 (352); 12, 184 (190).

Die Koalitionen müssen im übrigen das geltende Tarifrecht als für sie verbindlich anerkennen⁸³.

Zusammengefaßt definiert das Bundesverfassungsgericht:

"Als Partner von Tarifverträgen müssen die Koalitionen frei gebildet, gegnerfrei und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert, ihrer Struktur nach unabhängig genug sein, um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet nachhaltig zu vertreten, und das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen ..." (BVerfGE 50, 290 (367 f.))⁸⁴.

5. Mächtigkeit als Kriterium tariffähiger Gewerkschaften

Das Bundesarbeitsgericht macht die Tariffähigkeit davon abhängig, daß die Gewerkschaft mächtig ist⁸⁵, gestützt vom Bundesverfassungsgericht, das die Fähigkeit der Koalition verlangt, die "öffentliche Aufgabe", die Gemeinschaft "sozial zu befrieden, sinnvoll erfüllen zu können"⁸⁶. Das erfordert "Verbandmacht" und "Durchsetzungskraft" gegenüber dem sozialen Gegenspieler⁸⁷. Dieses Kriterium ist verfassungswidrig, weil das wesentliche Recht einer Koalition, nämlich das Recht, Tarifverträge zu schließen, einer verfassungsgemäßen Koalition nicht vorenthalten werden darf; denn der Staat darf die Koalitionen nicht unterschiedlich behandeln. Die Mächtigkeitslehre hängt mit der (verfassungswidrigen) Auffassung zusammen, daß die Gewerkschaften in gewisser "sozialer Vormundschaft" die Arbeitnehmerschaft vertreten⁸⁸ und durch die Tarifverträge das Gemeinwohl verwirk-

⁸³ BAGE 21, 98 (101); 29, 72 (79); BVerfGE 4, 96 (107); 18, 18 (28); 50, 240 (368); 58, 233 (247); *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 100 (kritisch).

⁸⁴ Unter Hinweis auf BVerfGE 18, 18 (28); ebenso BVerfGE 4, 96 (106 f.); 58, 233 (247); st. Rspr., Hinweise in Fn. 70 ff.

⁸⁵ BAGE 21, 98 ff.; 23, 230 ff.; 29, 72 (79 ff., 83); 30, 50 (61); 49, 322 (330 f.); 53, 347 (356); 64, 16 (20 ff.); BAG NZA 1990, 626; nicht unkritisch dazu *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 66; *ders.*, in: Maunz/Dürig, Art. 9, Rdn. 218; ausführlich *C.-J. Bruhn*, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie, S. 17 ff., insb. S. 189 ff.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 74.

⁸⁶ BVerfGE 18, 18 (26 ff.); vgl. auch BVerfGE 4, 96 (107 ff.); 28, 295 (304 f.); 44, 322 (340 f.); 58, 233 (248 ff.); auch BVerfGE 92, 365 (395); 100, 214 (223).

⁸⁷ BVerfGE 58, 233 (248 ff.); BAG etwa E 29, 72 (79 ff.); *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 66; weitere Hinweise in Fn. 73, 84.

⁸⁸ *Th. Ramm*, Die Parteien des Tarifvertrages, 1961, S. 69 ff.; vgl. *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 104; dazu die Kritik der Mächtigkeitslehre von *C.-J. Bruhn*, Tariffähigkeit von Gewerk-

lichen würden. Die Gewerkschaften sind Arbeitnehmervereinigungen. Ihre Organe vertreten nur ihre Mitglieder. Auch das Bundesverfassungsgericht hält nur eine "Koalition für leistungsfähig, wenn sie Autorität gegenüber ihrem Gegenspieler und ihren Mitgliedern besitzt"⁸⁹. Es überzeichnet mit der folgenden Sentenz den öffentlichen Status der Koalitionen:

"Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen"⁹⁰. "Voraussetzung dafür sind die Geschlossenheit der Organisation und die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler"⁹¹.

Dieser Status tendiert dahin, die privatheitlichen Koalitionen als quasi staatliche Institutionen zu dogmatisieren, wie das denn auch die Delegationslehre⁹² vertritt. Die staatlichen Gesetze und deren Vollzug verwirklichen das Gemeinwohl⁹³. Die Gewerkschaften sind keine staatlichen Einheiten und können darum im Rechtsstaat schon wegen des demokratischen Prinzips das Gemeinwohl nicht bestimmen, nur insoweit, als die staatlichen Gesetze das legalisieren. Den Gewerkschaften fehlt, wie allen Privaten die Allgemeinheit, zumal ihre Vereinigungen freiwillig sind. Privatrechtlichen Vereinigungen kann aber rechtens keine Mächtigkeit vorgeschrieben werden, damit sie die Freiheitsrechte in Anspruch nehmen können.

schaften und Autonomie, S. 113 ff. (zur Delegationslehre), S. 189 ff. (zur sozialen Mächtigkeit).

⁸⁹ BVerfGE 58, 233 (249); i.d.S. auch BVerfGE 4, 96 (107 ff.); 18, 18 (26 ff.).

⁹⁰ BVerfGE 44, 322 (340); vgl. auch i.d.S. BVerfGE 4, 96 (106 f.); 18, 18 (26, 28); 20, 312 (317); 28, 295 (304); 38, 281 (305 f.); 50, 290 (367); i.d.S. auch BVerfGE 92, 365 (394 f.); 100, 214 (223); 100, 271 (282 f., 286 f.); vgl. R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 260.

⁹¹ BVerfGE 58, 233 (248 f.); auch BVerfGE 4, 96 (107 ff.); 18, 18 (26 ff.); st. Rspr., BVerfGE 84, 212 (229); 92, 365 (394); 100, 214 (223).

⁹² Hinweise in Fn. 45, 50, 58; kritisch C.-J. Bruhn, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie, S. 113 ff., 153 ff.

⁹³ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 265 ff.; ders., Res publica res populi, S. 655 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 216 ff.

Jede Koalition hat somit das Recht, Tarifverträge zu schließen⁹⁴, und ist funktional Gewerkschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG. Ob sie einen Tarifpartner findet, hängt von ihrem Einfluß ab. Wenn sie einen Tarifvertrag erzwingen will, muß sie ihn, solange sie nicht aus einem Tarifvertrag einen Verhandlungsanspruch ableiten kann, durch gemeinschaftliche Kündigung, ein besonderes Arbeitskämpfungsmittel⁹⁵, erreichen. Das verlangt von ihren Mitgliedern die Übernahme eines erheblichen Risikos, weil die Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet⁹⁶. Ihre Mächtigkeit erweist eine Gewerkschaft in der Praxis. Ein Kriterium für die Tariffähigkeit ist die Mächtigkeit nach dem geltenden Recht nicht⁹⁷.

6. Arbeitskämpfungsfreiheit und Arbeitskämpfungsforderung

Diese Tarifprivatheit ergibt sich aus einer gesetzlichen und mangels Gesetzen richterlichen⁹⁸ Verwirklichung der in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG verankerten Koalitionsfreiheit, zu der der Gesetzgeber zumindest durch Satz 3 dieser Vorschrift verpflichtet ist; denn die Arbeitskämpfungsfreiheit, die zwingend aus der Institutionalisierung von Arbeitskämpfen in der Verfassung folgt, wäre sinnlos, wenn der regelmäßige und wesentliche Zweck von Streiks, zur tariflichen Einigung zu finden, nicht ermöglicht würde⁹⁹. Aber auch die Notwendigkeit, den Interessenausgleich der Sozialpartner zu ermöglichen, verpflichtet den Gesetzgeber eine Tarifordnung einschließlich einer Arbeits-

⁹⁴ *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 137 ff., 422; *R. Dietz*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, 3. Bd., 1. Halbbd., 1958, S. 461; dazu *BVerfGE* 18, 18 (26 ff.).

⁹⁵ Vgl. *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, *HStR*, Bd. VI, § 151, Rdn. 106; *H. Brox*, in: *Brox/Rüthers*, *Arbeitskampfrecht*, S. 343 ff.; *BAG AP Nr. 37 zu Art. 9, Arbeitskämpfung*.

⁹⁶ Vgl. *W. Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, S. 394 f., der für einen Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung der Auseinandersetzung plädiert.

⁹⁷ *C.-J. Bruhn*, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie, passim, insb. S. 189 ff.

⁹⁸ Dazu Hinweise in Fn. 305, 317; vgl. *BVerfGE* 84, 212 (226); 88, 103 (115 f.); 92, 365 (393 ff.); *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, *HStR*, Bd. VI, § 151, Rdn. 107; *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, *GG*, Art. 9, Rdn. 168, 312.

⁹⁹ *BVerfGE* 84, 212 (225 ff.); dazu im Sinne einer "Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes" (Institutsgarantie) *B. Rüthers*, in: *Brox/Rüthers*, *Arbeitskampfrecht*, S. 30 ff., insb. S. 36 ff.; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, *HStR*, Bd. VI, § 151, Rdn. 105 ff.; auch schon *H. C. Nipperdey*, *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 140 ff.; ablehnend mit entstehungsgeschichtlichen Argumenten (aber textlich nicht überzeugend): *H. Seiter*, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, S. 69 ff.; schwankend *A. Söllner*, *Arbeitsrecht*, S. 69 ff.

kampfordnung, ein Tarifvertragssystem, bereitzustellen¹⁰⁰. Insoweit begründet Art. 9 Abs. 3 GG eine Schutzpflicht¹⁰¹. Die Grenzen der Tariffreiheit sind damit nicht abgesteckt. Auch ein Recht zum Streik gegenüber den Arbeitgebern folgt daraus nicht, aber das Verbot an den Staat, jede Art von Streik zu unterbinden. Das Tarif- und das Arbeitskampfwesen sind vielmehr praktisch vernünftig zu ordnen. Aus der objektiven Dimension der Koalitionsfreiheit folgt, daß der Staat der koalitionsmäßigen Betätigung der Tarifpartner die bestmögliche Ordnung geben muß¹⁰². "Der Gesetzgeber hat einen weiten Gestaltungsspielraum" oder "weiten Handlungsspielraum"¹⁰³. Die Arbeitskampffreiheit verpflichtet den Staat, den Koalitionen auch die Möglichkeit zu eröffnen, zu streiken oder auch nicht zu streiken und die Tarifauseinandersetzung anders zu regeln. Die Koalitionen haben aufgrund der grundgesetzlichen Arbeitskampffreiheit das Recht, das Arbeitskampfwesen selbst zu ordnen¹⁰⁴, d. h. darüber Verträge zu schließen.

"Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens, bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrags grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat" (BVerfGE 44,

¹⁰⁰ BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (26); 50, 290 (368 f.); 57, 220 (245 ff.); 84, 212 (226, 228); 88, 103 (114 f.); 92, 26 (41); 92, 365 (393); 93, 352 (359); 94, 268 (284); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 167 ff., 300 f., 312.

¹⁰¹ I.d.S. BVerfGE 4, 96 (108); 22, 365 (397); 25, 1 (13); 50, 290 (335); *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 119 f.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 167.

¹⁰² I.d.S. auch BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (27); 19, 303 (321); 28, 295 (306); 50, 290 (368 f.); 58, 233 (248 f.); 84, 212 (226 f.); 88, 103 (114 f.); 92, 365 (393); 93, 352 (359); 94, 268 (284); 100, 271 (282 ff.); *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 19, Rdn. 125 ff.; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 121 f.; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 167 ff.

¹⁰³ BVerfGE 20, 312 (317); 50, 290 (368 f.); 92, 365 (394); *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 62, 125; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 300 f., 312, auch Rdn. 167 ff.

¹⁰⁴ BAGE 1, 291 (308 f., 313); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 316; vgl. BAGE 33, 140 (149); BVerfGE 18, 18 (32 f.); 84, 212 (224 f.); 88, 103 (114); 92, 365 (394); zur freien Wahl der Kampffreiheit *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 105 ff.

322 (340)¹⁰⁵.

Der Vorrang der Gesetze bleibt unberührt. Aber die Gesetze des Staates müssen der Streikfreiheit bestmögliche Chancen lassen. Nur Belange des Gemeinwohls, welchen das Grundgesetz einen "gleichermaßen verfassungsrechtlichen" Rang gibt, rechtfertigen es, die Streikfreiheit einzuschränken¹⁰⁶. Den Arbeitnehmern muß das staatliche Gesetz die Möglichkeit lassen, dem Streikbegriff gemäß die Arbeit kollektiv einzustellen. Die Koalitionen dürfen wegen der Streikfreiheit nicht daran gehindert werden, im Tarifverfahren zu kämpfen, genauer, sie dürfen nicht durch den Staat zur Arbeit gezwungen werden, wenn ein Tarifvertrag nicht besteht. Ein subjektives Privatrecht zum Streik gegenüber dem Tarifpartner ist jedoch dadurch nicht begründet (dazu A, III).

II. Begriff des Streiks

1. Streik im engeren Sinne

Um die Rechtsgrundlage für einen Streik ermitteln zu können, muß der Streik begrifflich erfaßt werden. Die Praxis definiert den Streik als die gewerkschaftlich organisierte, gemeinsame und planmäßig (auf Grund eines Kampfbeschlusses) durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern, die ein bestimmtes Kampfziel, vor allem den Abschluß eines neuen Tarifvertrages, durchsetzen wollen¹⁰⁷. Ein rechtmäßiger Streik löst die Arbeitsverhältnisse im Prinzip nicht auf, sondern suspendiert die Arbeitspflicht der streikenden Arbeitnehmer und die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, also die Hauptleistungspflichten aus dem Arbeits-

¹⁰⁵ So auch BVerfGE 34, 307 (316 f.); 50, 290 (367), dem folgt BAGE 33,1 40 (149); 46, 322 (345).

¹⁰⁶ K. A. Schachtschneider, Imperative Lohnleitlinien unter dem Grundgesetz, Der Staat, 16 (1977) S. 513 ff; i.d.S. auch BVerfGE 19, 303 (322); allgemein BVerfGE 84, 212 (328); 94, 268 (284); 100, 271 (283); weitere Hinweise in Fn. 39.

¹⁰⁷ BAGE 1, 291 (304 ff.); 20, 211 (213); 30, 50 (61); i.d.S. auch BVerfGE 44, 322 (341); 50, 290 (371 f.); 84, 212 (224 f.); 92, 365 (393 ff.); 100, 271 (287); H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 892, insb. S. 896; dazu genau H. Brox, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 11 ff., 17 ff.; vgl. R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 105 ff., 114 ff.; dazu i.d.S. auch C.-J. Bruhn, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie, S. 143 ff.

verhältnis¹⁰⁸.

Wenn das Streikrecht vertraglich begründet ist (dazu unten A, III, 3), kann ein Streik nur das Ziel haben, einen Vertrag zwischen den Tarifvertragsparteien, nämlich nach § 2 Abs. 1 TVG den zur Gewerkschaft vereinigten Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber oder einer Vereinigung von Arbeitgebern¹⁰⁹, also einen Tarifvertrag, herbeizuführen¹¹⁰. Ein Tarifvertrag regelt nämlich außer dem (schuldrechtlichen) obligatorischen Teil, etwa die Laufzeit des Tarifvertrages und damit die Friedenspflicht oder eine Schlichtungsregelung¹¹¹, nach § 1 TVG "die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können"¹¹². Tarifverträge können die Arbeitsverhältnisse im Rahmen der Gesetze umfassend regeln. Andere Ziele, welche die Arbeitnehmer etwa eines Betriebes oder eines Unternehmens zur gemeinschaftlichen Arbeitsniederlegung, also zum Streik, ver-

¹⁰⁸ BAGE 1, 291 (304); 23, 292 (310 ff.); *H. Brox*, in: *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, S. 176 ff.; *H. Brox/B. Rüthers*, Arbeitsrecht, Rdn. 328; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 322; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 114.

¹⁰⁹ BAGE 4, 351 (352 ff.); 64, 16 (19 ff.); BVerfGE 18, 18 (25 ff.); dazu *H. C. Nipperdey* (*F. J. Säcker*), Kollektives Arbeitsrecht, S. 895; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 131 ff.; *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 9, Rdn. 193 ff.; zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit Hinweise in Fn. 70 ff., 83 ff.

¹¹⁰ BVerfGE 4, 96 (106 ff.); 18, 48 (26, 28); 20, 312 (317); 28, 195 (304); 38, 281 (306); 44, 322 (340 f.); 84, 212 (225); BAGE 2, 75 (77); 23, 292 (304 ff., 306), "rechtmäßiges Kampfziel; regelmäßig Abschluß eines Tarifvertrages".

¹¹¹ BAGE 6, 321 (341); vgl. *B. Rüthers*, in: *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, S. 137 ff.; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 115, 740, auch S. 94 ff.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 134 f., 153 ff. (jeweils zur Friedenspflicht).

¹¹² Zur Rechtsnormhaftigkeit der Tarifverträge, also deren "unmittelbare und zwingende" Geltung für die, die tarifgebunden sind (§ 4 Abs. 1 TVG), BVerfGE 4, 96 (106); 18, 18 (26); 28, 295 (305); 34, 307 (317); 44, 322 (340); 55, 7 (24); 64, 208 (215); 94, 268 (284); BVerwGE 80, 355 (357); BAGE 1, 258 (262 ff.); 4, 240 (250 f.); 48, 65 (74); *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 207; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 102; *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 9, Rdn. 301; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 102; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 139 ff.

anlassen und die nicht Gegenstand eines Tarifvertrags sein können¹¹³, können eine Rechtfertigung nur in anderen Rechtsgrundlagen als dem tarifrechtlichen Recht zum Streik finden, etwa im Recht zur Notwehr oder im Zurückbehaltungsrecht¹¹⁴. Die Definition des Streiks ist also von der Rechtfertigung des Streiks, von dessen Rechtsgrundlage, zu unterscheiden. Darum ist eine Definition des Arbeitskampfes, insbesondere des Streiks, gerechtfertigt, welche lediglich den regelmäßigen Zweck der kollektiven Arbeitsniederlegung in dem Abschluß eines Tarifvertrages (Streik im engeren Sinne) sieht und den Begriff des Streiks im weiteren Sinne nicht von dessen Organisation durch eine Gewerkschaft abhängig macht¹¹⁵.

Weil nach § 2 Abs. 1 TVG außer einzelnen Arbeitgebern und Vereinigungen von Arbeitgebern nur Gewerkschaften, also Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 des Art. 9 Abs. 3 GG, Tarifvertragsparteien sein können¹¹⁶, ist der tarifrechtliche Begriff des Arbeitskampfes auf Auseinandersetzungen reduziert, an denen Gewerkschaften beteiligt sind. Somit ist der Streik im engeren Sinne als eine Form des Arbeitskampfes die gewerkschaftlich organisierte Arbeitseinstellung einer Vielheit von Arbeitnehmern, welche den Arbeitgeber oder die vereinigten Arbeitgeber als Tarifpartner zum Abschluß eines neuen Tarifvertrages (oder nach der Praxis, die nur den gewerkschaftlich organisierten Streik akzeptiert, ausnahmsweise zu einem anderen Handeln) veranlassen soll¹¹⁷.

Zum Streik im engeren Sinne gehört der Warnstreik, der ein Kampfmittel ist, um im Sinne einer "neuen Beweglichkeit" die tarifliche Einigung zu be-

¹¹³ Auch Vereinbarungen der Tarifpartner können Regelungsgegenstände der Disposition der Tarifpartner entziehen, so daß diese erst nach Ablauf eines Tarifvertrages tarifvertraglich geregelt werden können. Gegebenenfalls müssen Gegenstände auch um der Vollständigkeit der Arbeitsverhältnisse willen geregelt werden können, die nicht im Tarifvertrag geregelt sind, so daß sich insofern ein Streikrecht nicht aus dem Ablauf des Tarifvertrages ergibt.

¹¹⁴ Vgl. BAGE 30, 50 (58 ff.); dazu *H. Brox*, in: *Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht*, S. 371 ff., vgl. auch S. 136 f., 204 f., zur Abwehraussperrung aus Notwehr; *W. Däubler*, *Das Arbeitsrecht 1*, S. 391 f. (Zurückbehaltungsrecht), S. 410 f. (Notwehr).

¹¹⁵ Ganz so, gestützt auf Art. 6 Nr. 4 ESC, *Th. Ramm*, *Die Anerkennung des Streikrechts*, *ArbuR* 1967, 97, 108 ff.

¹¹⁶ Hinweise in Fn. 109.

¹¹⁷ Hinweise in Fn. 107.

schleunigen und gegebenenfalls ohne großen Arbeitskampf zu erreichen. Trotz des Ultima-ratio-Prinzips darf im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit Tarifverhandlungen, gewerkschaftlich organisiert, die Arbeit zeitlich kurz befristet niederlegt werden, um die Ernsthaftigkeit der Tarifforderungen und die Durchsetzungsfähigkeit der Gewerkschaft zu demonstrieren¹¹⁸.

2. Wilder Streik

Ein "wilder Streik" fällt nach der Definition der Praxis nicht unter den Streikbegriff, weil er nicht gewerkschaftlich organisiert ist und regelmäßig nicht den Abschluß eines Tarifvertrages bezweckt¹¹⁹. Der wilde Streik wird in der Praxis als rechtswidrig behandelt¹²⁰. Der nichtgewerkschaftliche Streik wird aber, gestützt auf Art. 9 Abs. 3 GG und auf Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta, als "Ad-hoc-Koalition" gerechtfertigt, wenn ein kollektiv regelbares Ziel verfolgt wird und die Gewerkschaften ihrer Verantwortung nicht mehr gerecht werden können¹²¹.

Bedenkenswert ist darüber hinaus eine betriebsbezogene Arbeitsniederlegung, um ein legitimes Ziel zu verfolgen, das nicht durch Tarifvertrag geregelt werden muß oder auch nur kann und die regelmäßig überbetrieblich organisierte Gewerkschaft als solche nicht interessiert, weil es nur die Mitarbeiter eines Betriebes angeht, etwa die Verteidigung der Arbeitsplätze in einem Unternehmen, das die Arbeitsplätze stilllegen will, sei es, weil der

¹¹⁸ BAGE 28, 295 (297 ff.); 46, 322 (345 ff., 350 ff.); 58, 364 (375 ff.); B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 90 ff. (kritisch); H. C. Nipperdey (F. J. Sacker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 897, 1024; H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 257 ff.

¹¹⁹ BAGE 15, 174 (191 ff.); 15, 202 (205); 30, 50 (61); H. Brox, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 18; B. Rütters, daselbst, S. 73; R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 114; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 192, 214, 323; a. A. (wenn es um ein kollektivrechtliches Rahmenziel geht) H. C. Nipperdey (F. J. Sacker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 873; kritisch W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 285 ff.

¹²⁰ Wie Fn. 119.

¹²¹ Dazu R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 114; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 192; weitergehend Th. Ramm, Die Anerkennung des Streikrechts, ArbuR 1967, 109 f. (wegen Art. 6 Nr. 4 ESC); W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 285 ff.; vgl. auch H. C. Nipperdey (F. J. Sacker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 873.

Standort innerhalb Deutschlands, sei es, daß der Standort in das europäische oder außereuropäische Ausland verlagert werden soll, sei es, daß das Unternehmen oder nur der Betrieb wegen den Interessen der Anteilseigner (shareholder) geschlossen werden soll. Mit einem solchen betriebsbezogenen Streik¹²² verteidigen die Arbeitnehmer ihre Arbeitsverhältnisse, an denen sie Eigentum haben¹²³. Die Belegschaft kämpft als spontane Koalition zur Verteidigung ihrer Arbeitsplätze, obwohl sie gegebenenfalls die Gewerkschaft nicht für ihre Sache gewinnen kann. Der Betriebsrat kann die Stilllegungs- oder die Verlagerungsbedingungen zwar im Sozialplan beeinflussen, aber die Stilllegung oder die Verlagerung nicht verhindern (§§ 111 ff. BetrVG). Das Bundesarbeitsgericht hat einen solchen Streik als rechtswidrig untersagt¹²⁴, aber auch ein Notwehrrecht nach § 227 BGB und ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 320 BGB abgelehnt¹²⁵. Wegen der Eigentumsverletzung ist aber ein Notwehrrecht vertretbar, das einen Streik rechtfertigt, der nicht gewerkschaftlich organisiert ist. Das Eigentum am Arbeitsplatz ist ein notwehrfähiges Recht, dessen Gefährdung "ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff" im Sinne des § 227 Abs. 2 BGB sein kann¹²⁶. Das Recht des Unternehmers zur Stilllegung eines Betriebes oder zu dessen Verlagerung, die er auf die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, zumindest aber auf die allgemeine (Handlungs-)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG stützen kann¹²⁷, besteht nur in den Grenzen der Rechte der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz. Letztere werden durch das Kündigungsschutzrecht, das Mitbestimmungsrecht, das Betriebsverfassungsrecht und andere Gesetze geregelt und im Sinne der arbeitsplatzrechtlichen Eigentumsgewährleistung geschützt. Ob der Schutz des Arbeitnehmereigentums am Arbeitsplatz dem Recht nach weiter geht, ist eine Frage der Abwägung zwischen den wider-

¹²² H. Brox, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 20.

¹²³ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte der freiheitlichen Eigentumsgewährleistung, FS W. Leisner, 1999, S. 775 ff.; ders., Das Recht auf Arbeit, Manuskript, 2000; H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 995 f., anerkennt das Recht am Arbeitsplatz als subjektives Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, also quasi als Eigentum.

¹²⁴ BAGE 30, 50 (61); ebenso LAG Hamm, Urteil vom 31.05.2000, Az.: 18 Sa 858/00 (noch nicht veröffentlicht).

¹²⁵ BAGE 30, 50 (58 ff.); kritisch W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 410 f.

¹²⁶ So auch W. Däubler, Das Arbeitskampfrecht 1, S. 410 f.

¹²⁷ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 ff., 353 ff.

streitenden Grundrechten von Unternehmern und Arbeitnehmern, die jeweils durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentum haben. Diese Abwägung ist Sache des Gesetzgebers¹²⁸. Sie muß, wenn die Gesetze unzureichend, insbesondere unvollkommen sind, durch die Richter, gesetzesvertretend und rechtsetzend¹²⁹ vorgenommen werden. Jedenfalls für unternehmerische Maßnahmen, die durch international agierende Eigner bestimmt sind, fehlt es an hinreichenden Vorschriften zum Schutz des Eigentums an den Arbeitsplätzen¹³⁰.

3. Politischer Streik

Auch ein politischer Streik läßt sich nicht tarifvertragsrechtlich rechtfertigen. Er wird darum meist (zu weitgehend) als rechtswidrig abgelehnt¹³¹. Er ist kein Streik im engeren Sinne, weil er nicht auf Abschluß eines Tarifvertrages ausgerichtet ist, sondern staatliche Organe zu bestimmten Entscheidungen nötigen will¹³². Ein politischer Streit kann als Widerstand durch

¹²⁸ Hinweise in Fn. 15, 70 auf die entsprechenden Interessengegensätze der Tarifpartner; etwa BAGE 1, 291 ff.; zur grundrechtsabwägenden Rechtserkenntnis des Gesetzgebers BVerfGE 49, 24 (55 f.); 89, 214 (232); Hinweise in Fn. 38 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 318 mit Fn. 72; *ders.*, Res publica res populi, S. 419, 880 ff., 895 ff., 900 ff.; vgl. auch zur "Einheit der grundgesetzlichen Wertordnung" BVerfGE 28, 243 (261); 30, 1 (19); 30, 173 (193); 34, 269 (287); 35, 202 (225); zur Abwägung im Rechtswesen allgemein *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1975, S. 71 ff., 145 ff.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. III/2, 1994, § 84 IV, S. 814 ff.; *W. Leisner*, Der Abwägungsstaat, Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 1997, S. 152 ff. (kritisch); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, S. 66 ff., 247 ff., 361; zum schutzpflichtrechtlichen Abwägungsgebot *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 173 ff., mit fragwürdiger Schrankenlehre.

¹²⁹ Hinweise in Fn. 98, 305, 317, zum Richterrecht.

¹³⁰ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 409 ff.

¹³¹ BAGE 1, 291 (300); 2, 75 (77); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 316, 322, 375 zu Art. 9; *ders.*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 109; *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 884 ff.; *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 53 ff., 69 ff., 147 ff.; *H. Brox*, daselbst, S. 243 f., 343 ff.; *W. Schlüter*, daselbst, S. 289 ff.; kritisch *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 289 ff., insb. S. 294.

¹³² Vgl. Hinweise in Fn. 131.

Art. 20 Abs. 4 GG gerechtfertigt sein¹³³. Wenn der Gesetzgeber den "Vorrang" (Normsetzungsprärogative) tarifvertraglicher Ordnung des Arbeitslebens¹³⁴ mißachtet und mit dem Mittel des Gesetzes die Tarifpolitik der Unternehmer betreibt, weil er die Unternehmerinteressen, etwa aus Gründen der Standortpolitik im globalen, die Arbeitnehmerinteressen vernachlässigenden, Wettbewerb der multinational agierenden Unternehmen, bevorzugt, gewinnt der Streik in dem staatsabwehrenden Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG Legitimation. Wenn der Staat in der Auseinandersetzung zwischen "Kapital und Arbeit" den Gewerkschaften die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Gesetz unmöglich macht oder übermäßig erschwert, ist das Grundrecht als Koalitionsfreiheit verletzt. Der Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht, der in Anspruch genommen werden kann und muß, um die grundrechtsgeschützten Rechte zu verteidigen, stellt nicht notwendig zufrieden. Wenn der Staat mittels seiner Gesetzgebungsbefugnis Partei für die Unternehmer ergreift, also die verfassungsgewollte Neutralität im Tarifwesen¹³⁵ aufgibt, wird er zum tarifpolitischen Gegner an der Seite der Unternehmer, so daß neben dem wenig sicheren Rechtsschutz der Streik zur Verteidigung der Verhandlungsparität¹³⁶ bedacht werden kann¹³⁷. Aber letztlich müssen im Rechtsstaat doch die Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Gesetze (der Politik des Staates) entscheiden. Wenn sie in dieser Aufgabe versagen, bleibt nur der fragwürdige Widerstand nach Art. 20 Abs. 4 GG, notfalls durch Streik. Art. 9 Abs. 3 GG vermag den Streik als Maßnahme des Rechtsschutzes nicht zu rechtfertigen. Den Rechtsfrieden sollen die Gerichte herstellen.

Die Gerichte sind die größte Gefahr für das Recht; denn sie erzeugen oft nur den Schein von Recht (Gerechtigkeit) und damit besonders häßliches Unrecht.

¹³³ R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 109; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 316, 375 f.; W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 291.

¹³⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 31, 154, auch Fn. 104 ff., 303; K. Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 104 ff.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 9, Rdn. 270 (kritisch).

¹³⁵ BAGE 1, 291 (308); 14, 59 (59); R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 283 f.; ders., Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 19; B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 56 f., 267 f.

¹³⁶ Dazu Hinweise in Fn. 294 ff., 309 ff.

¹³⁷ So W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 280; Italienischer VerFGH, EuGRZ 1975, 114.

"Denn die höchste Ungerechtigkeit ist, daß man gerecht scheine, ohne es zu sein" (*Platon, Politeia*, 361 a).

Aber die Gerichte sind zugleich eine Notwendigkeit des Rechts. Die Gerichtlichkeit ist ein Essentiale des Rechtsstaates¹³⁸. Alles kommt auf die Rechtlichkeit (Gerechtigkeit) der Richter, alles kommt auf die Rechtslehre und auf die Rechtstreue an.

4. Demonstrationsstreik

Als politische Demonstration kann eine Arbeitsniederlegung (in engen Grenzen, insbesondere in zeitlichen Grenzen) als Meinungsäußerung durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gerechtfertigt sein¹³⁹.

5. Rechtmäßiger Streik

Die Arbeitnehmer sind zwar durch ihren individuellen Arbeitsvertrag zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung verpflichtet, aber sie verletzen durch die Teilnahme an einem Streik ihre Arbeitspflicht nicht, wenn der Streik rechtmäßig ist¹⁴⁰. Die Rechtmäßigkeit des Streiks setzt eine Rechtsgrundlage für ein Recht zum Streik voraus, eben weil die individuelle Arbeitspflicht suspendiert wird. Dogmatisch relativiert ein Recht zum Streik die in § 611 Abs. 1 BGB begründete, durch den Arbeitsvertrag materialisierte, Pflicht zur Arbeit gegenüber dem Arbeitgeber. Wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips darf ein Streik (abgesehen von anderen Voraussetzungen) nur ultima ratio durchgeführt werden, weil er sonst nicht erforderlich ist, um sein Ziel, die (im Regelfall) Tarifeinigung zu erreichen¹⁴¹.

III. Rechtsgrundlage des Streikrechts gegen Arbeitgeber

Eine Rechtsgrundlage für ein Streikrecht im engeren Sinne kann sich aus

¹³⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, 7. Kap., 11. Kap.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 1131 ff.

¹³⁹ *W. Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, S. 385 f.; *B. Rütters*, in: *Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht*, S. 57; a. A. BAG DB 1985, 1239.

¹⁴⁰ *H. Brox*, in: *Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht*, S. 176 ff.; etwa BAGE 30, 50 (58); *H. Brox/B. Rütters*, *Arbeitsrecht*, Rdn. 327 ff.; *W. Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, S. 322 ff.; *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 953.

¹⁴¹ BAGE 1, 291 (295 ff.); 23, 292 (306); 28, 295 (297 ff.); 46, 322 (350 ff.); 58, 364 (375 ff.); weitere Hinweise in Fn. 293 (Aussperrung).

dem Grundgesetz, nämlich Art. 9 Abs. 3, aus einfachen Gesetzen oder aus Verträgen ergeben. (Obwohl grundsätzlich vor Rechten aus dem Grundgesetz, Rechte aus den einfachen Gesetzen und vor diesen Rechte aus Verträgen geprüft werden sollten, weil die Verträge die Gesetze, die Gesetze das Verfassungsgesetz und das Verfassungsgesetz die Verfassung (der Menschheit des Menschen)¹⁴² näher materialisieren, empfiehlt es sich ausnahmsweise, zunächst eine grundgesetzliche Rechtsgrundlage des Streikrechts zu bedenken, weil diese eine gesetzliche und auch eine vertragliche Rechtsgrundlage erübrigen würde. Das drängt sich vor allem darum auf, weil weder das Grundgesetz noch einfache Gesetze noch Verträge ein Streikrecht explizit regeln. Der Aufbau einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung richtet sich danach, wie die Rechtsfragen bestmöglich, ohne die Logik zu verletzen, vorgestellt werden, nicht aber nach einem allgemeingültigen Schema.)

1. Grundrecht der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG als Streikrechtsgrundlage

a) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Nach Auffassung des I. Senats des Bundesarbeitsgerichts und einer breit vertretenen Lehre ist in Art. 9 Abs. 3 GG ein Recht zum Streik verankert¹⁴³. Das Gericht sieht im Rechtsinstitut des Streiks einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Ordnung des Tarifwesens. Der Arbeitskampf und somit insbesondere der Streik sei ein letztes, aber notwendiges Mittel, um den Abschluß eines Tarifvertrages erzwingen zu können. Er sei ein typisches Koalitionsmittel für die koalitionsmäßige Interessenauseinandersetzung. Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik wären nicht mehr als "kol-

¹⁴² K. A. Schachtschneider (*O. Gast*), Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre vom Recht und Unrecht, 1996, S. 29 ff., 50 ff.

¹⁴³ BAGE 46, 322 (345 ff.); W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 272 ff.; ders. Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 1971, S. 70 ff., 73 ff., der das mit dem grundrechtlichen Effektivitätsprinzip begründet; dazu B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 30 ff., der den Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsinstitut gewährleistet sieht, aber kein Grundrecht auf Arbeitskampf erkennt (S. 35 ff.); R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 114; gegen Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage eines subjektiven Privatrechts zum Arbeitskampf auch H. Seiter, Streikrecht und Aussperrung, S. 58 ff., 83 ff.

lektives Betteln"¹⁴⁴. Sonst hat das Bundesarbeitsgericht das Recht zum Arbeitskampf, insbesondere das zur (suspendierenden Abwehr-) Aussperrung als ein Rechtsinstitut verstanden, welches von dem durch die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Institut der Tarifautonomie ("konkretisierendes Tarifrecht") vorausgesetzt, aber nicht als solches durch das Grundrecht gewährleistet sei¹⁴⁵. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat ein Recht zum Streik gegenüber dem Tarifpartner nicht in Art. 9 Abs. 3 GG zu erkennen vermocht¹⁴⁶, zu Recht.

"Weder im Tarifvertragsgesetz noch in den verschiedenen tarifdispositiven Schutzgesetzen ist vom Arbeitskampf ausdrücklich die Rede. Der Arbeitskampf wird aber als Institution für die Tarifautonomie vorausgesetzt, weil sonst weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachgerechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet wären. Der Arbeitskampf muß in unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem als ultima ratio zum Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte möglich sein." "Heute (sc. 10. Juni 1980) besteht Einigkeit darüber, daß das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung darstellt, der durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist (BAGE 33, 140 (150, 151))"¹⁴⁷.

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat auch in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht¹⁴⁸ keine Aussage darüber gemacht, ob sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ein subjektives Streikrecht ableiten lasse. Es dogmatisiert nicht etwa eine vom Tarifvertragssystem losgelöste Arbeitskampffreiheit, sondern stellt deren Funktionszusammenhang mit der Tarifautonomie heraus. Im BVerfGE 92, 365 (393) heißt es:

"Die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung dieses Zwecks (sc. "Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen") für geeignet halten, überläßt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich ihnen selbst. Das Grundrecht schützt als

¹⁴⁴ BAGE 33, 140 (151); 46, 322 (346); 48, 195 (201); a.A. BVerfGE 18, 18 (29 ff.).

¹⁴⁵ Vgl. BAGE 1, 291 (295 ff.); 23, 292 (306); 33, 140 (150 ff.); vgl. auch die Hinweise zum Aussperrungsrecht in Fn. 307 ff.

¹⁴⁶ BAGE 1, 291 (295 ff.) mit ausführlicher, materialreicher Begründung.

¹⁴⁷ Unter Hinweis auf BAGE 1, 291 (295 ff.); 23, 292 (306); weitere Hinweise auf das Ultima-ratio-Prinzip in Fn. 141 (Streik), 293 (Aussperrung).

¹⁴⁸ BVerfGE 84, 212 (225); 88, 103 (114); 92, 365 (393 ff.).

koalitionsmäßige Betätigung auch Arbeitsk Kampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Dazu gehört auch der Streik"¹⁴⁹.

Das Gericht spricht auch in BVerfGE 100, 271 (287) "von dem ihr (der Arbeitnehmerkoalition) allein zu Gebote stehenden Mittel der kollektiven Arbeitsverweigerung bei Tarifverhandlungen". Im wesentlichen akzeptiert das Bundesverfassungsgericht die richterrechtliche Entwicklung des Rechts der suspendierenden Aussperrung durch das Bundesarbeitsgericht, weil der Gesetzgeber das Arbeitsk Kampfrecht nicht selbst geregelt habe und die Richter die Regelungslücke schließen müßten, um sachgerecht rechtsprechen zu können, wie es ihrer Pflicht zur Justizgewährung entspreche¹⁵⁰.

c) Streikfreiheit, nicht das Streikrecht, als Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 GG schützt jedoch das private Streikrecht gegenüber dem Arbeitgeber (im Gegensatz zur Streikfreiheit gegenüber dem Staat) nicht. Die Streikfreiheit ist die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit gegenüber dem Staat, das Recht zum Streik gegenüber dem Tarifpartner mit diesen zu regeln und nach Maßgabe dieser Regelung zu streiken. Das Recht zum Streik im engeren Sinne ist das Recht gegenüber dem Tarifpartner, aber auch das Recht gegenüber dem Staat und jedem Dritten, welche mittelbar von dem Streik betroffen sind, die Arbeit kollektiv niederzulegen, um einen Tarifvertrag durchzusetzen. Die Streikfreiheit wird nach ständiger Rechtsprechung von der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG umfaßt¹⁵¹. Daß

¹⁴⁹ Unter Berufung auf BVerfGE 84, 212 (224 f.); 88, 103 (114).

¹⁵⁰ BVerfGE 84, 212 (226 f.); dazu i.d.S. R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 46, 107.

¹⁵¹ BVerfGE 18, 18 (29 ff.); 50, 290 (373 f.); 84, 212 (225); 88, 103 (114); 92, 365 (393 ff.); 100, 271 (287); ganz so auch das Bundesarbeitsgericht, Hinweise in Fn. 142 ff.; Th. Ramm, Die Anerkennung des Streikrechts, ArbuR 1967, 100 ff., der Streikfreiheit und Streikrecht wie der Text unterscheidet; i.d.S. auch die Lehre vom Arbeitsk Kampf als grundrechtsgeschütztem Rechtsinstitut, etwa B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitsk Kampfrecht, S. 30 ff.; H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 58 ff., 83 ff. (zum Grundrecht auf "kampfweise Betätigung", welches Seiter auf Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG stützt, S. 97); im Sinne bloßen Schutzes der Streikfreiheit auch A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 79 ff.

ein Streikrecht der vertraglichen Rechtsgrundlage bedarf, folgt bereits aus der von Art. 9 Abs. 3 GG ebenfalls geschützten Freiheit der Koalitionsbetätigung, also auch der freien Bestimmung der Verfahren und Mittel, die zum Tarifvertrag führen¹⁵². Das können auch Schlichtungen sein. Der Arbeitskampf ist nur ein besonderes, wenn auch besonders wirksames, Verfahren oder Mittel der tarifvertragsorientierten Koalitionsbetätigung¹⁵³.

d) Kein Streikrecht gegen Arbeitgeber aus Art. 9 Abs. 3 GG

Der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG ergibt kein subjektives Privatrecht zu streiken. Ein solches Recht müßte ein Recht gegenüber dem Arbeitgeber sein. Das Recht gegenüber dem Staat, streiken zu dürfen, wenn das die Rechte des Arbeitgebers nicht verletzt, die Streikfreiheit also, ergibt noch nicht ein Streikrecht gegenüber dem Arbeitgeber. Nicht der Staat wird bestreikt, sondern der Tarifpartner. Die Streikfreiheit gegenüber dem Staat verbietet lediglich dem Staat, jede Art von Streik zu unterbinden. Die Grenzen der Streikfreiheit sind durch Gesetz zu bestimmen, das der Leitentscheidung der Verfassung für die "autonome Ordnung des Arbeitslebens" durch die Koalitionen¹⁵⁴ gerecht werden muß. Die Verfassungsnovelle von 1968, mit der dem Art. 9 Abs. 3 GG der Satz 3 angefügt wurde, hat zwar den Arbeitskampf als Einrichtung des arbeitsrechtlichen Tarifwesens explizit institutionalisiert, aber die streikrechtliche Lage nicht verändert¹⁵⁵. Streiks waren vor dieser Notstandsnovelle erlaubt und wurden auch praktiziert. Es bestand eine zumindest einfachrechtliche Streikfreiheit, d. h. das Recht zu streiken als ein Recht der Privatheit. *Hans Carl Nipperdey* und *Franz Jürgen*

¹⁵² BVerfGE 18, 18 (29 ff.); 28, 295 (304); 44, 32, 22 (340); 50, 290 (367 f.); 55, 7 (21); 58, 233 (246); 73, 263 (270); 77, 1 (62 f.); 84, 212 (224 f.); 88, 103 (114 ff.); 92, 365 (393 f.); 100, 214 (221); *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 92 ff., 105 ff.

¹⁵³ BVerfGE 18, 18 (27 ff.), wonach die Kampfwilligkeit nicht Voraussetzung einer tariffähigen Gewerkschaft ist; a.A. BAGE 4, 351 (352 f.); 12, 184 (190); i.d.S. auch BVerfGE 50, 290 (368); 84, 212 (224); 88, 103 (114); 93, 365 (398 f.); dazu *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 108 ff., 435.

¹⁵⁴ So oder i.d.S. BVerfGE 4, 96 (107); 18, 18 (27 f.); 20, 312 (317); 28, 295 (304 ff.); 34, 307 (317); 38, 289 (306); 44, 322 (340 ff.); 50, 290 (367); 58, 233 (248 ff.); i.d.S. auch BVerfGE 84, 212 (226 f.); 92, 365 (394); 94, 268 (283); 100, 214 (223 f.); 100, 271 (282 ff.).

¹⁵⁵ Dazu i.d.S. BAGE 33, 140 (155 f.).

Säcker haben schon vor der Novelle von einer Institutsgarantie für den Arbeitskampf gesprochen¹⁵⁶. Die Neuregelung sollte lediglich sicherstellen, daß Arbeitskämpfe, soweit sie legal sind, nicht durch Notstandsmaßnahmen verhindert werden dürfen¹⁵⁷. Nur unter dieser Voraussetzung waren die Gewerkschaften bereit, die Notstandsverfassung zu tolerieren, mit der Folge, daß die SPD der Verfassungsänderung zugestimmt hat¹⁵⁸.

Auch Art. 159 WRV hatte kein Streikrecht verankert. Mit dem Wort "Vereinigungsfreiheit" entgegen dem Wort "Koalitionsfreiheit", das begrifflich mit dem Streikrecht verbunden wurde, hatte sich die Nationalversammlung, welche die Weimarer Reichsverfassung ausgearbeitet hat, auf Rat *Hugo Sinzheimer's* bewußt gegen ein Streikrecht entschieden¹⁵⁹. Die Lehre zur Weimarer Reichsverfassung hat ein subjektives Verfassungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber auf Streik mehrheitlich nicht akzeptiert¹⁶⁰. Die fast unveränderte Übernahme des Wortlauts des Art. 159 WRV durch Art. 9 Abs. 3 GG gibt ein schwerwiegendes Argument dafür, daß die Rechtslage der Weimarer Zeit beibehalten werden sollte. Dafür spricht weiterhin, daß der Vorschlag, in einem Absatz 4 des jetzigen Art. 9 GG das Streikrecht explizit zu regeln, nicht in den Text des Grundgesetzes aufgenommen worden ist¹⁶¹.

Ein wesentliches Argument gegen die Auffassung, das Grundgesetz gebe

¹⁵⁶ Kollektives Arbeitsrecht, S. 142, 914 ff.; ebenso jetzt *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 30 ff., insb. S. 36 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 312; weitere Hinweise in Fn. 99.

¹⁵⁷ *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 71 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 5, 388 ff.; *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 45, 60 ff.

¹⁵⁸ *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1322 ff.

¹⁵⁹ Verhandlungen der Nationalversammlung, Bd. 329, S. 1749; vgl. *W. Anschütz*, Weimarer Reichsverfassung, Komm., 14. Aufl. 1933, Anm. 5 zu Art. 159; *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 140 f.; *Th. Ramm*, Die Anerkennung des Streikrechts, ArbuR 1967, 103; *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 58 ff.

¹⁶⁰ *W. Anschütz*, WRV, Anm. 5 zu Art. 159; *O. Bühler*, Streikrecht oder nur Streikfreiheit, ARBR 1923, 561 ff.; *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 58 ff., 61 f., der auf die richtige Unterscheidung der Weimarer Rechtslehre zwischen Streikfreiheit (die anerkannt war, freilich ohne verfassungsrechtlichen Schutz) und Streikrecht hinweist; ebenso *Th. Ramm*, Die Anerkennung des Streikrechts, ArbuR 1967, 100 ff., der das Streikrecht in Art. 6 Nr. 4 ESC gewährleistet sieht; i.d.S. auch *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 70, der die Streikfreiheit vornehmlich auf das Sozialstaatsprinzip stützt (S. 79 ff.).

¹⁶¹ Vgl. *U. Matz*, JöR, N. F. Bd. 1 (1950), S. 116 ff.

den Arbeitnehmern ein Streikrecht gegen die Arbeitgeber, ist, daß es der freiheitlichen Sittlichkeit des Grundgesetzes nicht gerecht würde, wenn nicht auch andere Verfahren des Interessenausgleichs benutzt werden dürften, um Tarifauseinandersetzungen zu befrieden. Der Streik ist ein Weg, um Interessen durchzusetzen. Ein anderer Weg, der dem dem Sittengesetz verpflichteten Konsensprinzip besser entspricht, ist der des verbindlichen Schlichtungsverfahrens. Dem Grundgesetz entspricht es eher, wenn die Tarifvertragsparteien ihre Interessen in einem diskursiven und deliberativen Schlichtungsverfahren abstimmen, als wenn eine Seite die andere Seite zu einer Einigung dadurch zu bewegen vermag, daß sie ihr Nachteile zufügt. Zwar ist eine Nötigung des Vertragspartners, die dadurch bewirkt wird, daß dieser auf ein Vertragsangebot nicht einzugehen bereit ist, kein Unrecht; denn das Recht, Verträge zu schließen, schließt das Recht ein, Vertragsangebote abzulehnen. Das Vertragsprinzip ist elementares Prinzip der freiheitlichen Privatheit. Verträge verwirklichen die allgemeine Freiheit. Ihre Verbindlichkeit folgt aus dem Rechtsprinzip¹⁶². Weil aber die Tarifpartner nach dem Tarifvertragssystem, welches die individuellen Arbeitsverhältnisse überlagert¹⁶³, verpflichtet sind, eine Einigung zu finden, ist ein Schlichtungsverfahren, das die Schädigung des Tarifpartners vermeidet, sittlich überlegen¹⁶⁴. Die Einigungsverpflichtung ergibt sich daraus, daß der Arbeitskampf die wesentlichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis lediglich suspendiert¹⁶⁵, daß also das Arbeitsverhältnis bestehen bleibt und durch einen Tarifvertrag seine vollständige Regelung erhalten soll. Die Aufhebung der Arbeitsverhältnisse durch Streik oder Aussperrung entspricht gerade

¹⁶² K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 404 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 302 ff.

¹⁶³ I.d.S. BAGE 6, 321 (341); zum Vorrang des Kollektivprinzips vor dem Individualvertrag H. C. Nipperdey, *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 234 ff., zur Normativität der Tarifverträge S. 239 ff.; W. Däubler, *Das Arbeitsrecht 1*, S. 77 f.

¹⁶⁴ Vgl. i.d.S. F. Farthmann/M. Coen, *Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung*, HVerfR, § 19, Rdn. 147; zum Schlichtungswesen im kollektiven Arbeitsrecht H. C. Nipperdey, *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 722 ff.

¹⁶⁵ BAGE 1, 291 (304); st. Rpsr.; H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), *Kollektives Arbeitsrecht*, S. 893 ff., 935 ff., 1023 ff.; H. Brox, in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, S. 176 ff., 190 ff., 195 ff.; A. Söllner, *Arbeitsrecht*, S. 87 ff.; W. Däubler, *Das Arbeitsrecht 1*, S. 322, 343.

nicht dem modernen Tarifvertragswesen¹⁶⁶.

Das Arbeitskampfwesen, das die Nötigung des Vertragspartners durch "kollektive Arbeitsverweigerung" als Mittel der Interessendurchsetzung einzusetzen erlaubt¹⁶⁷, harmoniert nicht mit der Fürsorge- und Treuepflicht, die das Arbeitsverhältnis "als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" wesentlich bestimmt¹⁶⁸. Das Arbeitskampfwesen paßt nicht in eine Zeit, in der Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Erkenntnis des für alle Richtigen auf der Grundlage der Wahrheit gelöst werden¹⁶⁹. Insbesondere berücksichtigt das Institut des Arbeitskampfes nicht, daß jeder Arbeitskampf dem Gemeinwesen Nachteile zufügt. Die Wirtschaft ist auch eine *res publica*, also *res populi*¹⁷⁰. Das Gemeinwesen trägt wesentliche Verantwortung für die Unternehmen und vor allem für die Arbeitsplätze¹⁷¹. Im Arbeitskampf werden aber lediglich besondere Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern durchgesetzt. Klassenkämpferische Modelle der Konfliktbewältigung sind republikwidrig konzipiert. Die Notstandsnovelle von 1968, die das Wort Arbeitskampf in die Verfassung aufgenommen hat, war also nicht fortschrittlich, sondern ein Rückschritt zu einem Konzept des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Sie zeigt den übermäßigen politischen Einfluß, den die Gewerkschaften damals auf die Parteien hatten. Es läßt sich aber nicht bestreiten, daß das Grundgesetz die Arbeitskampffreiheit normiert hat. Sie findet zudem eine legitimierende Stütze in den Menschenrechtstexten, etwa Art. 8 Abs. 1 lit. d Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle

¹⁶⁶ Vgl. BAGE 1, 291 (311 ff.); 23, 292 ff.; dazu *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 326.

¹⁶⁷ Hinweise in Fn. 70, 80, 99 f., 196, auch Fn. 143 ff.

¹⁶⁸ *A. Hueck*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Aufl. 1963, S. 128 ff. (personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis), S. 390 ff. (Fürsorgepflicht) bzw. S. 241 ff. (Treuepflicht); *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 359 ff. (kritisch).

¹⁶⁹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 560 ff., 584 ff., auch S. 617 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 136 ff., 219 ff.

¹⁷⁰ *K. A. Schachtschneider*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 419 ff.

¹⁷¹ Ganz i.d.S. BVerfGE 100, 271 (284 ff.), wo aus dem "Sozialstaatsprinzip" die Pflicht hergeleitet wird, die "Massenarbeitslosigkeit" zu bekämpfen; *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998, S. 206 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Das Recht auf Arbeit - Pflicht zur Arbeit, in: *ders. u.a. (Hrsg.)*, Transport - Wirtschaft - Recht, GS J. G. Helm, 2001, S. 827 ff.

Rechte ("das Streikrecht, soweit es in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeführt wird") und insbesondere in Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta, welcher die Vertragsparteien zunächst verpflichtet, "die Einrichtungen und Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern"¹⁷².

Eine Arbeitskämpfungsfreiheit, vertragsrechtlich dogmatisiert, ist nicht verfassungswidrig, schon gar nicht verfassungsgesetzwidrig. Jedenfalls muß, wenn die Interpretation dem republikanischen Charakter des Grundgesetzes gerecht werden will¹⁷³, den Tarifvertragsparteien das Recht bleiben, verbindliche Schlichtungsverfahren zu etablieren, die Nachteile für die Vertragsparteien und die Allgemeinheit bestmöglich zu vermeiden versuchen. Wenn aber ein Recht zum Streik im Grundgesetz verankert wäre, wäre jedes einfachgesetzlich oder vertraglich begründete Schlichtungsverfahren, welches durch seine Verbindlichkeit den Streik verbietet, verfassungswidrig¹⁷⁴. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht in dem auf Konfrontation beruhenden Tarifsysteem nicht den einzigen Weg sinnvoller Ordnung des Arbeitslebens¹⁷⁵. Das Bundesarbeitsgericht hält das kampfrechtliche Ultima-ratio-Prinzip¹⁷⁶ für verletzt, wenn nicht alle Verständigungsmöglichkeiten

¹⁷² Dazu BAGE 46, 322 (348 ff.); *Th. Ramm*, Die Anerkennung des Streikrechts, *ArbuR* 1967, 99 ff., insb. 108 ff., der das Streikrecht seit der Sozialcharta anerkannt sieht (dazu *A. III*); *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 278 f., 28 f., 281 f., zu Art. 11 MRK ("Recht, Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten"), von dem ein "generelles Arbeitskämpfungrecht" abgeleitet wird (EuGH für Menschenrechte, *EuGRZ* 1976, 68) und zum ILO-Abkommen Nr. 87 (BGBI 1956 II, 2072 ff.), dem die Praxis der Überwachungsorgane trotz eines zurückhaltenden Textes ein Streikrecht entnehmen; vgl. auch *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 72; *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 9, Rdn. 174 ff.

¹⁷³ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 1 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 1 ff.

¹⁷⁴ Vgl. *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 93 ff., der das Argument aus der Weimarer Zeit, ein grundrechtsgeschütztes Streikrecht würde die Friedenspflicht ausschließen (so *A. Nikisch*, Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts, 1951), kritisch erörtert; dagegen zu Recht auch *Th. Ramm*, Die Anerkennung des Streikrechts, *ArbuR* 1967, 104 ff., insb. 105.

¹⁷⁵ BVerfGE 18, 18 (29 ff.); 50, 290 (371); 80, 18 (30); vgl. auch die Hinweise in Fn. 90, 154.

¹⁷⁶ BAGE 1, 291 (309); 12, 184, (190); 15, 174 (191); 23, 292 (306); 46, 322 (345 ff.); *W.*

ausgeschöpft sind¹⁷⁷. Sogar ein Schlichtungsverfahren sei erforderlich¹⁷⁸. Das Kontrollratsgesetz Nr. 35 vom 20. August 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats, S. 174) schreibt, noch heute verbindlich, vor jedem Arbeitskampf ein Schlichtungsverfahren vor, das freilich nicht staatlich, sondern koalitionsmäßig ist¹⁷⁹. Das Bundesverfassungsgericht erkennt Befriedungschancen auch in "Einsicht und den guten Willen" (BVerfGE 18, 18 (31)), aber auch in andersartigen Organisationsformen, wie der der Mitbestimmung (BVerfGE 50, 290 (371)). Die Kirchen haben kirchengesetzlich verbindliche Schlichtungsverfahren vorgeschrieben¹⁸⁰. Auch die diakonischen Werke haben kampfflose Tarifeinigungen verbindlich gemacht. Dieser dritte Weg wäre verfassungswidrig, wenn in Art. 9 Abs. 3 GG ein Streikrecht stünde; denn mit dem besonderen Status der Kirchen, insbesondere mit der Religionsfreiheit, ließe sich eine Ausnahme von dem Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG nicht rechtfertigen.

Wortlaut, Geschichte, Entstehungsgeschichte und vor allem die Republikanität des Grundgesetzes widerstreiten einem in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungskräftig verankertem privaten Streikrecht der Arbeitnehmer (vereintigt zu Gewerkschaften) gegenüber dem oder den Arbeitgeber(n) selbst.

2. Kein Streikrecht aus einfachen Gesetzen

In einfachen Gesetzen läßt sich eine Rechtsgrundlage für ein Recht zum Streik nicht finden. Es gibt zwar viele Vorschriften, die ausdrücklich die Worte Streik oder Arbeitskampf enthalten, etwa § 2 Abs.1 Nr. 2 ArbGG, § 25 KSchG, § 146 SGB III; § 74 BetrVG, § 66 Abs. 2 BPersVO, Art. 1 § 11 Abs. 5 AVG. Doch diese Vorschriften ordnen lediglich die Rechtsfolgen, die ein Arbeitskampf oder ein Streik mit sich bringen. Diese Vorschriften gehen

Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 299 ff.; weitere Hinweise in Fn. 141, 196, 293.

¹⁷⁷ BAGE 23, 292 (306); 46, 322 (345 ff.); *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 123 ff., 143 f.

¹⁷⁸ BAGE 23, 292 (306); vgl. auch BAGE 46, 322 (345 ff.); *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 124 f.

¹⁷⁹ Vgl. *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 125; dazu *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 94 ff., 98 ff.

¹⁸⁰ *A. Hollerbach*, Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisation, HStR, Bd. VI, 1989, § 139, Rdn. 48; grundlegend hierzu *A. Janssen*, Das Streikrecht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst und der "dritte Weg" der Kirchen, 1982.

von der rechtlichen Möglichkeit von Streiks aus, ohne diesen eine Rechtsgrundlage zu geben. Sie sind insofern "neutral"¹⁸¹.

Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta gewährleistet das "Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen". Die Sozialcharta, von Deutschland am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichnet, ist seit dem 26. Februar 1965 in Kraft. Jeder beteiligte Staat hat das Recht, die Ausübung des Streikrechts in gewissen Grenzen (Art. 31 der Charta) durch Gesetz zu regeln (Anhang zur Charta, zu Teil II, Art. 6 Nr. 4). Das ist in Deutschland nicht geschehen. Es ist bei der Streikfreiheit geblieben. Ein privates Streikrecht gegenüber dem Arbeitgeber folgt aus der Sozialcharta nicht¹⁸², schon nach dem Text nicht, weil die "Gesamtarbeitsverträge" nach ihren Friedensregelungen vorgehen. Vor allem aber ist die Sozialcharta als völkerrechtlicher Vertrag nicht unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse anwendbar, sondern verpflichtet die Vertragsstaaten zu entsprechender Politik¹⁸³.

3. Streikrecht aus dem Tarifvertragssystem

a) Arbeitsvertrag, Tarifvertrag, Friedenspflicht

Im Rahmen der Gesetze bestimmen die Verträge, auch die Tarifverträge, die privaten Rechtsverhältnisse näher¹⁸⁴. Es fragt sich somit, ob sich ein Streikrecht aus den Tarifverträgen ergibt. Die privatrechtliche Rechtsgrundlage für das Recht der Arbeitnehmer, den Arbeitgeber zu bestreiken, kann sich aus

¹⁸¹ So auch BAGE 23, 292 (308); 48, 195 (204); 58, 138 (148).

¹⁸² So aber *Th. Ramm*, Die Anerkennung des Streikrechts, *ArbuR* 1967, 108 ff.; *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 177 ff.; auch, wenn auch unklar, weil Streikfreiheit und Streikrecht nicht konsequent unterschieden sind, *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 72

¹⁸³ Richtig BAGE 23, 282 (308); weitergehend BAGE 46, 322 (348 ff.): wie der Text *W. Wengler*, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969, insb. S. 13 ff., 49 ff.; *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes. Zum hessischen Aussperrungsverbot, 1968, S. 82 ff.; *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 129 ff.; das verkennt *Th. Ramm*, Die Anerkennung des Streikrechts, *ArbuR* 1967, 108 ff.

¹⁸⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 370 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 259 ff.

dem Rechtsverhältnis zwischen den Arbeitnehmern und den Arbeitgebern ergeben, die ihre Regelungen in den individuellen Arbeitsverträgen und den kollektiven Tarifverträgen finden. Mit dem Ablauf des Tarifvertrages verliert das Arbeitsverhältnis, dessen Rechtsgrundlage der tarifvertraglich geregelte Arbeitsvertrag ist, wesentliche Regelungen, nämlich "Normen, die den Einzelarbeitsvertrag beherrschen"¹⁸⁵. Der Tarifvertrag regelt etwa den Arbeitslohn, so daß nach Ablauf des Tarifvertrages die Arbeitsverhältnisse einer tariflichen Lohnregelung entbehren. Die Laufzeit der Tarifverträge kann durch die Tarifpartner bestimmt werden. Meist einigt man sich auf die Laufzeit von einem Jahr. Regelmäßig wird ein Kündigungsrecht zu einem Termin vereinbart¹⁸⁶. Während dieser Zeit sind Arbeitskämpfe verboten. Es besteht eine (relative) Friedenspflicht¹⁸⁷. Diese Friedenspflicht, das Kampfverbot, ist nichts anderes als die Verbindlichkeit des Tarifvertrages¹⁸⁸. Der Arbeitnehmer ist zur Arbeitsleistung verpflichtet, weil ein gültiger und vollständiger Vertrag ihn bindet. Keine Vertragspartei ist berechtigt, den Vertrag zu mißachten und entweder nicht zu arbeiten oder den Lohn zu verweigern. Die Friedenspflicht ist relativ, d. h. sie beschränkt sich auf die Tarifvereinbarungen¹⁸⁹; denn sie ist Vertragserfüllungspflicht¹⁹⁰.

b) Ablauf der Friedenspflicht, Nachwirkung des abgelaufenen Arbeitsvertrages und das Streikrecht

Wenn die Vertragszeit des Tarifvertrages und damit die Friedenspflicht abgelaufen ist, fehlt dem Arbeitsverhältnis in einem wesentlichen Punkte, etwa dem des Arbeitsentgeltes, eine Regelung, weil die Regelung des Lohnes durch Tarifvertrag erfolgen soll, dessen Laufzeit aber beendet ist.

¹⁸⁵ BAGE 6, 321 (341).

¹⁸⁶ Vgl. A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 114; W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 258 f.

¹⁸⁷ RGZ 111, 105 (107); BAGE 41, 209 (219); dazu H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 305 ff., 979; K. Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 17 ff.; B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 137 ff.; A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 74 ff.; W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 153 ff. (relativierend)

¹⁸⁸ I.d.S. auch H. C. Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht, S. 305 ff.; vgl. auch H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 506 ff.

¹⁸⁹ W. Däubler, Das Arbeitsrecht, S. 154; B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 138, 140 ff.

¹⁹⁰ H. C. Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht, S. 313; i.d.S. auch B. Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 137 ff.

Die Partner des Arbeitsverhältnisses haben einen partiellen Dissens, der nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedeutet, sondern in der Regel die Pflicht, um eine tarifliche Regelung, also des Lohnes, bemüht zu sein¹⁹¹. Diese Einigung kann freilich nicht rechtlich erzwungen und darum auch nicht durch einen Richter ersetzt werden. Zum Einigungsverfahren gehört vielmehr der Arbeitskampf, also die Nötigung des Vertragspartners, ohne daß diese Handlungen Unrecht wären; denn die Vertragspartner haben keinen Anspruch auf eine bestimmte Regelung und damit auch kein Recht auf Einigung. Trotz der wirtschaftlichen Nachteile, die ein Arbeitskampf zufügt, sind das keine Schädigungen im Rechtssinne, weil dieser Begriff rechtswidrige Handlungen voraussetzt; denn was schadet, bestimmen die Gesetze (Art. 4 der Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers von 1789)¹⁹². Streik und Aussperrung, welche das Arbeitsverhältnis nicht aufheben, sondern die wesentlichen Leistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis lediglich suspendieren¹⁹³, sind ein Surrogat der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wie es eine Kündigung mit sich bringen würde. Dieses Surrogat ist eine Modifizierung der grundsätzlich mit der Ablehnung eines Angebots verbundenen Verweigerung, ein Rechtsverhältnis zu begründen oder (gegebenenfalls) fortzusetzen oder zu ändern.

Die Schwebezeit bis zur erneuten tariflichen Einigung regelt § 4 Abs. 5 TVG dahingehend, daß die Rechtsnormen des abgelaufenen Tarifvertrages fortgelten. Diese sogenannte Nachwirkungsregelung¹⁹⁴ ist der wesentliche

¹⁹¹ H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 1023 ff.; H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 513 ff.; i.d.S. BAGE 1, 291 (309); 6, 321 (346); 15, 211 (218); das ist Logik des Ultima-Ratio-Prinzips, vgl. die Hinweise in Fn. 141, 176, 196, 293.

¹⁹² Der Schadensbegriff des Bürgerlichen Rechts stellt allein auf den wirtschaftlichen Nachteil (Differenzhypothese) ab, vgl. H. Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Grundbuch, Komm., 54. Aufl. 1995, Vorbemerkung vor S. 249, Rdn. 7 ff.; W. Grunsky, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1994, Vorbemerkung vor § 249, Rdn. 6 ff. (kritisch), setzt aber als Tatbestandsmerkmal jeweils eine Unrechtshandlung voraus, etwa eine Vertragsverletzung, eine unerlaubte Handlung oder eine sonstige Gesetzesverletzung.

¹⁹³ BAGE 1, 291 (304); C. H. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 893 ff., 935 ff., 1023 ff.; weitere Hinweise in Fn. 165.

¹⁹⁴ Dazu H. C. Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht, S. 537 ff., insb. S. 542 ff.; A. Söllner,

Rechtssatz für die arbeitskampfrechtliche Dogmatik, welche durch die Überlagerung des individuellen Arbeitsverhältnisses durch die kollektiven Einigungsformen gekennzeichnet ist¹⁹⁵. Das staatliche Gesetz also befriedet die Übergangszeit, weil die Aufhebung der Arbeitsverhältnisse nicht nur unnötig ist, um die Tarifaufeinanderersetzung zu lösen, sondern auch sozialpolitisch unerträglich. Das hindert aber eine vertragsrechtliche Dogmatik des Rechts des Arbeitskampfes nicht. Wenn die Tarifpartner sich nicht einigen können, dürfen die Arbeitnehmer als letztes Mittel, ultima ratio, die Arbeit verweigern¹⁹⁶. Das ist der Streik. Der Streik ist somit die durch die staatliche Tarifordnung modifizierte kollektive Ablehnung des Vertragsvorschlages des Arbeitgebers, welche ihre Rechtfertigung darin findet, daß dem Grundsatz nach eine vertragliche Verbindlichkeit nicht besteht, solange nicht alle wesentlichen Punkte eines Rechtsverhältnisses geregelt sind¹⁹⁷. Daß die Arbeitspflicht zu den Bedingungen des abgelaufenen Tarifvertrages fortbesteht, solange die Gewerkschaft den Streik nicht durchführt, ist eine gesetzliche Modifizierung dieses vertragsrechtlichen Grundsatzes, ändert aber die Dogmatik nicht prinzipiell¹⁹⁸. Die Arbeitspflicht wird erst durch die Streikteilnahme oder die vollzogene Aussperrung suspendiert¹⁹⁹. Die Modifizierung folgt der Logik der genannten Überlagerung der individuellen Arbeitsverhältnisse durch die kollektiven Tarifverhältnisse.

Arbeitsrecht, S. 114; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 260.

¹⁹⁵ Dazu *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 234 f.; vgl. auch BAGE 6, 321 (341).

¹⁹⁶ BAGE 1, 291 (309); 12, 184 (190); 15, 174 (191); 15, 211 (218); 23, 292 (306 ff.); 33, 140 (150); 46, 322 (345 ff.); abgeleitet aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip st. Rspr.; vgl. zum Ultima-ratio-Prinzip des Arbeitskampfrechts *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 1022 ff.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 118; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 299 ff.

¹⁹⁷ Zum privatrechtlichen Konsensgrundsatz *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 355 f., 382 f.; *C.-W. Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 411 ff., 439 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 404 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 302 ff.; *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 153 ff., u.ö. zur konsensualen Rechtsetzung.

¹⁹⁸ Nach *W. Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, S. 608, läßt § 4 Abs. 5 TVG keine tariffreie Periode im Arbeitsverhältnis zu. Man spricht von "Überbrückungshilfe".

¹⁹⁹ Hinweise in Fn. 165.

Aus dieser Dogmatik folgt zugleich, daß die Arbeitseinstellung (im Falle des Streiks im engeren Sinne) nicht mehr, wie es dem individuellen Arbeitsverhältnis entspräche, einzeln, sondern um der gemeinschaftlichen Tariflichkeit willen nur noch kollektiv, d. h. gewerkschaftlich organisiert, erfolgen darf²⁰⁰; denn, wie schon gesagt (A, I, 4; A, II, 1), nur die Gewerkschaften sind nach § 2 Abs. 1 TVG tariffähig. Der einzelne Arbeitnehmer als Mitglied der Gewerkschaft und der Arbeitgeber haben im Grundsatz kein Recht mehr, die Arbeitsbedingungen individuell zu regeln. Nach § 4 Abs. 1 TVG gelten die Rechtsnormen des Tarifvertrages unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (Unabdingbarkeit)²⁰¹. § 4 Abs. 3 TVG gibt ihnen, wenn nicht die Tarifnormen selbst dispositiv sind, lediglich das Recht, für den Arbeitnehmer günstigere Absprachen zu treffen (Günstigkeitsprinzip)²⁰². Es kann, wird vertreten, günstiger sein, Arbeitsplätze zu erhalten, als bei den Tariflöhnen zu verharren²⁰³.

Die Befriedung der tariflosen Übergangszeit durch § 4 Abs. 5 TVG fördert nicht nur den Arbeitsfrieden, sondern auch die Kollektivität des Tarifwesens. Das entspricht der objektiven Dimension der Koalitionsfreiheit, welche den Schutz des in der Regel individuell verhandlungsschwachen Arbeitnehmers gebietet²⁰⁴. Es ist sinnvoll, einen neuen Tarifvertrag abzuwarten,

²⁰⁰ Dazu *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 872 ff. (differenzierend); Hinweise in Fn. 107, 119.

²⁰¹ *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 533 ff.; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 116; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 140 ff.; zur Rechtsnormhaftigkeit der Tarifregelungen Hinweise in Fn. 44, 50, 112.

²⁰² BAGE 10, 247 (255 ff.), Verfassungsrang; vgl. BVerfGE 18, 18 (26); dazu *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 569 ff. (für Tarifverträge), auch S. 1290 ff. (für Betriebsvereinbarungen); *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 116 f.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 140 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 273, kein Verfassungsrang.

²⁰³ *K. Adomeit*, Das Arbeitsrecht und unsere wirtschaftliche Zukunft, 1985, S. 13 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 273.

²⁰⁴ Zur Schutzpflichtlehre allgemein *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.; für Art. 9 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 50, 290 (373); 84, 212 (226 f.); 88, 103 (114); so auch *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 62, 125 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 187.

weil dieser erwartbar ist. Wegen der Kollektivität bedarf das Tarifwesen der Organisation, welche die Gewerkschaften leisten. Es muß bestimmt sein, wer durch den kollektiven Vertrag gebunden wird. Darum dürfen auch nur Gewerkschaften einen Streik im engeren Sinne führen (dazu oben A, I, 4; A, II, 1). Sie sind die Vereinigungen der tarifwilligen Arbeitnehmer. Die Überlagerung der individuellen Arbeitsverhältnisse durch das kollektive Tarifwesen verändert die Rechtsstellung der Arbeitsvertragsparteien wesentlich. Das hat Vor- und Nachteile. Wer einer Koalition beitrifft, läßt sich auf das Tarifwesen ein. Der Streik verletzt somit den Arbeitsvertrag nicht. Er ist kein Unrecht. Vielmehr wird der Logik des Tarifwesens gemäß das Recht, trotz des Arbeitsverhältnisses nicht zu arbeiten, welches jedem Arbeitnehmer zusteht, weil ein zur Arbeit verpflichtender vollständiger Vertrag nicht vorliegt, kollektiv wahrgenommen. Um der sinnvollen Kollektivität willen darf das Recht, nicht zu arbeiten, auch nur kollektiv ausgeübt werden, also nur gewerkschaftlich organisiert und auch nur, wie gesagt, *ultima ratio*²⁰⁵.

Die Rechtsgrundlage für das Recht zum Streik ergibt sich aus dem Grundsatz, daß niemand verpflichtet ist, eine Leistung ohne verbindliche Gesetzes- und Vertragsgrundlage (§ 305 BGB) zu erbringen. Die Vertragsverpflichtung entfällt mit dem Ablauf des Tarifvertrages. Die Modifizierung des Arbeitsverhältnisses durch § 4 Abs. 5 TVG gibt nur für die Übergangszeit eine Hilfsregelung und ermöglicht den Bestand der Arbeitsverhältnisse ohne vollständige Vertragsregelungen, welche die Arbeitsvertragsparteien während der tariflosen Zeit individualrechtlich regeln dürfen²⁰⁶. Der alte Tarifvertrag steht zur Disposition. Diese Notordnung hebt Vertragsprinzipien nicht auf, sondern modifiziert sie für eine Übergangszeit im Interesse des Gemeinwohls. Der Substanz nach ist der Streikbeschluß die gemeinschaftliche Ablehnung der Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse zu den alten Bedingungen. Das ist kein Unrecht, sondern Ausdruck der allgemeinen Vertragsfreiheit.

²⁰⁵ Hinweise in Fn. 141, 176, 196, 293.

²⁰⁶ A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 114; W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 260; H. C. Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht, S. 540 ff.

c) Streik der Gewerkschaften ohne Tarifvertrag durch kollektive Kündigung

Ein besonderes Problem werfen Gewerkschaften auf, die noch nicht Tarifvertragspartner sind. Sie haben kein durch Tarifvertrag begründetes Mittel, um einen Tarifabschluß, der auch ihre Interessen berücksichtigt, zu erwirken. Die in diesen Gewerkschaften vereinigten Arbeitnehmer sind an ihre individuellen Arbeitsverträge oder an die Tarifverträge ihrer früheren Gewerkschaft gebunden. Dieses Dilemma können diese Gewerkschaften nur dadurch lösen, daß sie einen Tarifvertrag abschließen. Darauf muß sich aber der Arbeitgeber erst einmal einlassen. Wenn er dazu nicht bereit ist, gewinnen diese Gewerkschaften keine Rechtsgrundlage für einen Streik. Ein Streik würde die Arbeitspflichten verletzen. Diese Rechtsfolge ist eine wesentliche Konsequenz der Lehre, daß Art. 9 Abs. 3 GG selbst das Recht zum Streik gegenüber dem Arbeitgeber nicht normiert. Die Gewerkschaften ohne Tarifvertrag können sich nur dadurch durchzusetzen versuchen, daß ihre Mitglieder ihre Arbeitsverhältnisse nach Maßgabe des Kündigungsrechts, insbesondere der Kündigungsfristen, kündigen oder mit einer derartigen Kündigung drohen. Eine solche Kündigung würde ihre Arbeitsverhältnisse beenden und nicht lediglich die Hauptleistungspflichten suspendieren. Das Risiko, daß die Arbeitsverhältnisse nicht wieder begründet werden, ist vorhanden, aber diese Gewerkschaften haben nun einmal keine tarifvertraglichen Rechte, solange ein Tarifvertrag nicht geschlossen ist. Wer das Streikrecht aus dem Tarifvertragssystem²⁰⁷, nicht aus dem jeweiligen Tarifvertrag oder gar aus der Koalitionsfreiheit²⁰⁸ herleitet, erspart den tarifvertragslosen Gewerkschaften das Problem des Einstiegs in das Recht zum Streik, hat aber dafür Probleme mit der Rechtsgrundlage.

IV. Tariffähigkeit des öffentlichen Dienstes und das Streikrecht im öffentlichen Dienst

Fraglich ist jedoch, ob das aus den Vertragsprinzipien hergeleitete Recht zum Streik im engeren Sinne auch den Angehörigen des öffentlichen Dienstes, deren Dienstverhältnisse in der Praxis durch Tarifverträge geregelt

²⁰⁷ Hinweise in Fn. 143 ff.

²⁰⁸ Hinweise in Fn. 143.

werden²⁰⁹, zusteht. Während ein Streikrecht der Beamten von der Praxis und der überwiegenden Lehre abgelehnt wird²¹⁰, wird ein solches den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst weitestgehend zugestanden²¹¹.

1. Gesetzlichkeit des Beamtenrechts und hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums

Ein Streikrecht des öffentlichen Dienstes setzt zunächst voraus, daß die Rechtsverhältnisse des öffentlichen Dienstes überhaupt durch Tarifvertrag geregelt werden dürfen. Für das Beamtenrecht hat das Bundesverfassungsgericht die Tarifautonomie abgelehnt²¹². Die Rechtsverhältnisse der Beamten ordnet ausschließlich der Gesetzgeber²¹³. Dieser hat nach Art. 33 Abs. 5 GG

²⁰⁹ Dazu *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 157; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 74 f.

²¹⁰ Schon RGSt 56, 419 (422); 59, 149 (151); *G. Anschütz*, WRV, Art. 159, Anm. 5, 6; BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264); i.d.S. auch BVerfGE 88, 103 (144); *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 519 f. (1. Aufl. S. 966); *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 979; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 73; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 87; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 51, 63 ff., auch Rdn. 71; *ders.*, Beamtenstreik, 1971, passim, insb. S. 83 ff.; *W. Schlüter*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 305 ff.; dagegen (nicht unbeachtlich, mit Hinweisen auf die Entwicklung in Europa und auf Art. 6 Ziff 4 der Europäischen Sozialcharta) *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 158 ff.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, S. 856 ff., der ähnlich argumentiert; *ders.*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 66 ff. (zusammenfassende Erörterung, S. 183 ff. zur Sozialcharta)

²¹¹ BVerfGE 88, 103 (114); *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 21 ff., 94 ff.; *ders.*, Das Arbeitsrecht 2, S. 856 ff.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 158 ("allgemein anerkannt"); *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 979 ff., insb. S. 983 ff.; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 73 ff.; *W. Schlüter*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 333 f.; kritisch und restriktiv *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 76 f.; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 110 ff.; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, 1988, § 72, Rdn. 137 f.; *G. Wacke*, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, 1957, S. 90; *ders.*, Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 1964, S. 29; *A. Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1959, S. 143 ff.

²¹² BVerfGE 4, 96 (107); 8, 1 (16); i.d.S. auch *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 67; BVerfGE 88, 103 (114); dagegen (umfassend) *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 143 ff.

²¹³ BVerfGE 44, 249 (264); *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 62, 67; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 38 ff., 49 ff, insb. Rdn. 54,

bei der Regelung des öffentlichen Dienstes die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu berücksichtigen. Grundsätze des Berufsbeamtentums sind "hergebracht", wenn sie ein maßgebliches Prinzip des Berufsbeamtentums darstellen und während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraumes, mindestens aber schon unter der Weimarer Rechtsverfassung, bestanden haben, wenn sie also "das Bild des Berufsbeamten in seiner überkommenen Gestalt maßgeblich prägen"²¹⁴. Außer den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums hat der Gesetzgeber, wenn er das Recht des öffentlichen Dienstes regelt, alle Leitentscheidungen des Grundgesetzes, insbesondere die der Grundrechte, zu beachten. Die Besoldung der Beamten in Bund, Ländern und Gemeinden ist im Bundesbesoldungsgesetz (zur Zeit) vom 3. Dezember 1989 (BBesG) geregelt. Im Grundsatz haben Beamte kein Recht, die Ausgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse zu erstreiten, auch nicht ihre Gehälter²¹⁵. Davon gibt es wenige Ausnahmen, insbesondere im Recht der Hochschullehrer, die Berufungsverhandlungen (in gewissen Grenzen) führen können. Das Besoldungsrecht ist durch das Alimentationsprinzip gekennzeichnet. Dieses soll eine angemessene Besoldung und Versorgung der Beamten und ihrer Familien sicherstellen und an der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards orientiert sein²¹⁶. Der Staat regelt somit das Recht der Beamten (einseitig) durch Gesetze²¹⁷. Wenn das mit dem Grundgesetz vereinbar ist, muß es für den gesamten öffentlichen Dienst gelten, weil Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG für eine Differenzierung des

87; kritisch *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 151 ff.

²¹⁴ BVerfGE 8, 332 (343); *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 55 zu Art. 33; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 63 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 62 ff.

²¹⁵ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264); *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 54 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 67.

²¹⁶ BVerfGE 8, 1 (16 ff.); 44, 249 (263), keine Besitzstandswahrung; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 68; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 54 ff.

²¹⁷ BVerfGE 44, 249 (264); *H. C. Nipperdey* (*F. J. Säcker*), Kollektives Arbeitsrecht, S. 979; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 4, 67, 75; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 87.

öffentlichen Dienstes keinen Ansatzpunkt bieten²¹⁸.

Das Bundesverfassungsgericht wendet Art. 33 Abs. 5 GG nur auf das Beamtenrecht, nicht auch auf das übrige Recht des öffentlichen Dienstes an²¹⁹, zu Unrecht. Jede staatliche Tätigkeit ist wesentlich Gesetzesvollzug. Staatlichkeit läßt sich nicht in "hoheitsrechtliche Befugnisse" (Art. 33 Abs. 4 GG) und andere Aufgaben differenzieren²²⁰. Staatsgewalt des Volkes im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG ist jede Art staatlichen Handelns in Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung. Alle Versuche solcher Differenzierung sind gescheitert. Bereits im Parlamentarischen Rat war die intensive Erörterung dieser Unterscheidung hoheitlicher und anderer Befugnisse unergiebig²²¹ und die begriffliche Erfassung verschiedener Gruppen des öffentlichen Dienstes ist mißlungen²²². Das liegt an der Formalität des Begriffs der öffentlichen Aufgabe²²³. Jede Tätigkeit, die durch Gesetz dem Staat übertragen wird, die das Volk also staatlich bewältigen will, ist staatliche Aufgabe²²⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat dies der Sache nach

²¹⁸ A.A. BVerfGE 44, 249 (262 f.).

²¹⁹ BVerfGE 3, 162 (186); i.d.S. auch BVerfGE 44, 249 (262 f.).

²²⁰ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 186 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 271 ff.; a.A. BVerfGE 44, 249 (262).

²²¹ Die (nicht mögliche) Unterscheidung von Hoheitlichkeit und sonstiger Staatlichkeit ist auch im europäischen Gemeinschaftsrecht von großer Bedeutung, vgl. EuGH v. 17.12.1980, Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 3881 (3900); EuGH v. 3.6.1986, Rs. 307/84 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 1725 (1738 f.); EuGH v. 30.5.1989, Rs. 33/88 (Pilar Allue u.a./Universita degli studi die Venezia), Slg. 1989, 1591 (1609 f.); A. Randelzhofer, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Stand 1992, Art. 48, Rdn. 60. Die Unterscheidung kaschiert willkürliche Maßnahmen, dazu K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 271 ff.

²²² Vgl. U. Matz, JöR N. F. Bd. 1 (1951), S. 314 ff.

²²³ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 235 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 29 ff.; vgl. aber BVerfGE 38, 281 (299); BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, BayVBl. 2002, 556 ff. (561), das öffentliche von staatlichen Aufgaben unterscheidet.

²²⁴ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 189 ff., 265 ff.; ders., Res publica res populi, S. 198 ff., 346 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 139 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 29 ff.; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 766 ff.; H.-P. Bull, Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 99 ff.; J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, HStR, Bd. III, 1988, § 57, Rdn. 137.

insoweit anerkannt, als es den Staat bei allen seinen Aufgaben nicht nur den Grundrechten unterwirft, sondern auch die demokratische Legitimation "jedenfalls alles amtlichen Handelns mit Entscheidungscharakter" postuliert²²⁵.

2. Willkürliche Spaltung des öffentlichen Dienstrechts mittels der Fiskusdoktrin

Die verfassungsgeboteene Einheitlichkeit des öffentlichen Dienstrechtes wäre auch durch ein Recht aller öffentlich Bediensteten gewahrt, mit den öffentlichen Dienstgebern, den verschiedenen Einheiten des Staates also, Tarifverträge zu schließen. Praktiziert wird die Tariflichkeit des Dienstrechts für die privatrechtlich beschäftigten Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes. Mit gewissem Recht bezeichnet *Josef Isensee* "die Tarifautonomie des öffentlichen Dienstes als verfassungsrechtliche Anomalie"²²⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Differenzierung dadurch ermöglicht, daß es, ohne jede Begründung, ausgesprochen hat, daß Art. 33 Abs. 5 GG auf diese Gruppe des öffentlichen Dienstes keine Anwendung finde²²⁷. Dogmatische Grundlage der privatrechtlichen Dienstverhältnisse, also der staatlichen Arbeitsverhältnisse, ist die Fiskusdoktrin, nach der der Staat auch Privatrechtssubjekt sei. Nach dieser Lehre darf der Staat, wenn nicht besondere Prinzipien eingreifen, wählen, ob er Rechtsverhältnisse privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet (Rechtsformenwahlrecht)²²⁸. Die Fiskusdoktrin ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, weil Privatrechtlichkeit Privatheit voraussetzt²²⁹. Privatheit ist aber das Recht zur (freien) Willkür in den Grenzen der allgemeinen Gesetze²³⁰. Das Willkürverbot ist ein Grund-

²²⁵ BVerfGE 83, 60 (73); vgl. auch BVerfGE 47, 253 (273).

²²⁶ Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 77.

²²⁷ BVerfGE 3, 162 (186); ebenso in der Sache BVerfGE 44, 249 (262 f.).

²²⁸ Dazu ablehnend *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 328; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 181 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 208 ff.; *B. Kempen*, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, 1989, S. 91 ff.

²²⁹ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 5 ff., 235 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 180 ff.

²³⁰ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff., 374 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 245 ff., 254 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 51 ff.

prinzip des Rechtsstaates²³¹. Privatheit und Staatlichkeit sind Gegensätze. Die meisten Rechtsvorschriften sind jedoch gegenüber der Dichotomie von Staatlichkeit und Privatheit neutral, d. h. sie geben sowohl dem Staat als auch Privaten das Recht²³². Ein Beispiel bildet das Kaufrecht. Daraus, daß der Staat kaufen und verkaufen kann und darf, ist nicht zu schließen, daß er Privatrechtssubjekt ist. Das Beschaffungsrecht schafft für den staatlichen Kauf mannigfache Sonderregelungen. In keinem Rechtsverhältnis, auch nicht in dem vermeintlichen Wettbewerbsverhältnis zwischen Staat und Privaten, unterliegt der Staat demselben Recht wie Private²³³. Die Fiskusdoktrin ist nicht nur verfassungswidrig, sie beschreibt die Rechtswirklichkeit auch unrichtig. Mit der Fiskusdoktrin versucht der Staat, den freiheitlichen Regelungen der Republik zu entgehen, um mancherlei illegitime Vorteile, vor allem für die den Staat beherrschende Parteienoligarchie, zu erlangen. Es geht vor allem um Pfründen, welche für die Führungskräfte bessere Einkommen gewährleisten, als sie das staatliche Besoldungsrecht zuließe. Die unteren Besoldungs-/Lohngruppen werden durch das fiskalistische (privatrechtliche) Dienstrecht gegenüber einem Beamtenstatus schlechter gestellt. Die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst tolerieren zudem den Einfluß der Gewerkschaften auf den Staat und relativieren dadurch die Gesetzlichkeit des öffentlichen Dienstes. Sie sind, wenn man sie denn schon praktiziert, möglichst dem öffentlichen Dienstrecht, das durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gekennzeichnet ist, also dem republikanischen Rechtsprinzipien, anzupassen²³⁴.

3. Tarifautonomie für den gesamten öffentlichen Dienst, auch für Beamte?

Dennoch ist wegen des Grundrechts des Art. 9 Abs. 3 GG, welches die Koalitionsfreiheit für jedermann und für alle Berufe gewährleistet, also auch

²³¹ BVerfGE 1, 14 (52); 1, 208 (233); 12, 341 (348); 23, 98 (106 f.); 84, 90 (121); 91, 389 (401); st. Rspr.; vgl. K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 374 ff., 413 ff., 978 ff., 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 219 ff., 233 ff., 241 ff.

²³² K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 12 ff., 32 ff., 45 ff., 51 ff., 80 ff., 248, 253, 257, 260, 384; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 211 f.

²³³ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 281 ff.

²³⁴ Ganz so J. Isensee, *Öffentlicher Dienst*, HVerfR, § 32, Rdn. 79.

für den öffentlichen Dienst²³⁵, ein Recht des öffentlichen Dienstes, Tarifverträge mit dem Staat als Dienstgeber zu schließen, bedenkenswert. Wenn ein Teil des öffentlichen Dienstes, die Angestellten und Arbeiter, gewerkschaftlich organisiert tariffähig ist, so muß dies auch für den anderen Teil, die Beamten, gelten; denn die unterschiedliche Behandlung des öffentlichen Dienstes ist nicht begründbar²³⁶. Weil in Art. 9 Abs. 3 GG die Tarifautonomie besonders intensiv geschützt ist²³⁷ (dazu A, I, 2), ist das Prinzip der Gesetzlichkeit des Beamtenrechts bedenklich, weil Beamte sich, wie auch § 91 BBG bestätigt, genauso auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen können wie alle anderen Berufsgruppen²³⁸.

Das Bundesverfassungsgericht und ihm folgend der Großteil der Lehre begründen das beamtenrechtliche Prinzip der Gesetzlichkeit mit der Spezialität des Art. 33 Abs. 5 GG gegenüber Art. 9 Abs. 3 GG²³⁹. Die Fragwürdigkeit dieser Dogmatik wird dadurch relativiert, daß Art. 33 Abs. 5 GG auf den größeren Teil des öffentlichen Dienstes, nämlich die Angestellten und Arbeiter, gar nicht erst angewandt wird. Die Lehre von der Spezialität des Art. 33 Abs. 5 GG ist genauso fragwürdig wie die Differenzierung des öffentlichen Dienstes in zwei Gruppen, die gänzlich unterschiedlichem Recht unterliegen. Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG verbietet eine Dogmatik seiner Spezialität gegenüber der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Während die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums ledig-

²³⁵ BVerfGE 19, 303 (322); 88, 103 (114); BVerwGE 59, 48 (54); *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 157 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 75; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, S. 856; *ders.*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 98 ff.

²³⁶ Ganz so *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 7 f., 74 ff., 79.

²³⁷ Dazu Hinweise in Fn. 30.

²³⁸ BVerfGE 19, 303 (322); BVerwGE 59, 48 (54); *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 82; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 159; *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 143 ff. (157); *ders.*, Das Arbeitsrecht 2, S. 856.

²³⁹ BVerfGE 4, 96 (107); 19, 303 (322); auch BVerfGE 44, 249 (262 ff.); BAGE 12, 184 (193); BVerwGE 53, 330 f.; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 87; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 110; *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 979 ff.; a. A. *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 98 ff., 107 ff., 151 ff.

lich zu berücksichtigen sind, binden die Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht, wie der durch die Gesetzgebung unveränderbare (Art. 79 Abs. 3 GG) Art. 1 Abs. 3 GG formuliert. Die stärkere Verbindlichkeit hat das Grundrecht. Die Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums bei der Regelung des öffentlichen Dienstrechtes darf sich nur in den Grenzen der Grundrechte bewegen. Das irriige Argument, Art. 9 Abs. 3 GG habe hinter Art. 33 Abs. 5 GG zurückzustehen, rührt noch daher, daß früher gelehrt und praktiziert wurde, daß in besonderen Gewaltverhältnissen, wie dem der Beamten, Grundrechte allenfalls sehr begrenzt gelten, daß jedenfalls die Besonderheiten des besonderen Gewaltverhältnisses (etwa auch das der Studenten, Schüler, Strafgefangenen) sich aus dem jeweiligen Verhältnis bestimmen und gegenüber den Grundrechten durchsetzen²⁴⁰.

4. Republikanisches Postulat eines einheitlichen Rechts für den öffentlichen Dienst

Das Recht, Tarifverträge zu erzwingen oder auch nur zu schließen, ist jedoch in Art. 9 Abs. 3 GG nur insoweit verankert, als die Institutionalisierung des Arbeitskampfes, also die Arbeitskampffreiheit, das um der Sache willen erfordert²⁴¹. Der Gesetzgeber darf dem Recht, Tarifverträge zu schließen, also der Tarifautonomie, Grenzen ziehen, wenn dies, wie oben schon ausgeführt (A, I, 4), durch andere Verfassungsprinzipien, insbesondere Grundrechte, gerechtfertigt ist²⁴². Er darf folglich auch das Recht zum Arbeitskampf regeln und dadurch die Arbeitskampffreiheit einschränken, soweit er die Leitentscheidung des Grundgesetzes für die Koalitionsfreiheit beachtet²⁴³. Wie der Gesetzgeber das öffentliche Dienstrecht unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, aber ohne Verletzung anderer Verfassungsprinzipien, regelt, ist weitgehend offen. Wenn der Gesetzgeber dem öffentlichen Dienst den Abschluß von Tarif-

²⁴⁰ Dazu W. Loschelder, Grundrechte im Sonderstatus, HStR, Bd. V, 1992, § 123, Rdn. 1.; kritisch W. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 98 ff. ("Relikt des Obrigkeitsstaates", S. 99).

²⁴¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 99 f.

²⁴² BVerfGE 84, 212 (226 ff.); 100, 271 (283 ff.); weitere Hinweise in Fn. 39, 106.

²⁴³ BVerfGE 18, 18 (27); 19, 303 (321); 28, 395 (306); 50, 290 (368 ff.); 53, 233 (247 f.); 84, 212 (228); R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 17 ff.; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 270, 300, 348.

verträgen ermöglicht, ist die Verfassung nicht verletzt, solange der Gesetzesvollzug sichergestellt ist.

Nur die Differenzierung des öffentlichen Dienstes ist verfassungsrechtlich bedenklich, weil sie einer Gruppe von Bürgern, den Beamten, einen besonderen Status einräumt, der in der Republik nicht mehr gerechtfertigt ist. Ein besonderes Verhältnis zum Staat ist ein Relikt des monarchischen Prinzips²⁴⁴ und widerspricht dem bürgerlichen Prinzip des Art. 33 Abs. 2 GG, der jedem Deutschen (nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung) die gleiche Amtsfähigkeit zuerkennt²⁴⁵. Das dogmatisiert freilich die Praxis, gestützt von der herrschenden Lehre, entgegengesetzt. Diese lassen es, der herrschaftlichen Konzeption des Staates gemäß²⁴⁶, zu, daß eine besondere Gruppe der Bürger, die Beamten, einen besonderen Status, also besondere Rechte und Pflichten, hat, welche ein besonderes politisches Treueverhältnis zum Staat voraussetzen und begründen, die Verfassungstreue²⁴⁷. Die Republik, das bürgerliche Gemeinwesen, muß zwar die uneingeschränkte Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens sicherstellen, bietet aber keine Rechtfertigung für die Sonderung der Bürger in eine Gruppe, die für den Staatsdienst geeignet ist, und in eine andere Gruppe, der die Eignung abgesprochen wird. Besonders wichtige Ämter (Art. 48 Abs. 2 GG) haben die Abgeordneten; denn sie beschließen die Gesetze. Ihre Wahl setzt aber wegen der (passiven) Wahlgleichheit keine Verfassungstreue besonderer Art voraus. Selbst Mitglieder nicht (gemäß Art. 21 Abs. 2 GG) verbotener Parteien, die aber als verfassungsfeindlich eingestuft und deren Mitglieder deswegen als ungeeignet

²⁴⁴ Dazu *W. Schlüter*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 317, der die "demokratische und republikanische Tradition der Treuepflicht" für das Treueverhältnis reklamiert; richtige Kritik bei *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 114 ff., insb. S. 118, die auf die besondere Treue zum "Führer" im NS-Beamtenverhältnis als Gegenargument hinweist.

²⁴⁵ Dazu *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 38 ff., insb. Rdn. 41 f.; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 16; im Sinne des Textes *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 117 ff., mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, *W. Matz*, JöR NF Bd. 1, S. 322.

²⁴⁶ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff. (ablehnend).

²⁴⁷ BVerfGE 39, 334 (346 ff.); *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 91 ff., 96 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 65, 71; *W. Schlüter*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 316 ff.

für den öffentlichen Dienst behandelt werden²⁴⁸, können Mitglieder des Bundestages sein. Das ist wenig konsequent.

Sichergestellt werden muß der uneingeschränkte Gesetzesvollzug²⁴⁹. Auch die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes erfüllen diese Aufgabe. Gesetze verwirklichen die Freiheit²⁵⁰. Ohne Gesetze würde ein Zustand des Krieges aller gegen alle bestehen²⁵¹. Mit dem Gesetzesvollzug wäre auch die Verwirklichung der Freiheit ausgesetzt. Diesen Zustand darf der Staat nicht zulassen; denn sein Zweck ist die Sicherheit des gemeinsamen Lebens, also die Wirklichkeit der Freiheit und damit die Gesetzlichkeit²⁵². Deshalb sollte der Gesetzesvollzug insgesamt einem öffentlichen Dienst übertragen werden, dessen Rechtsverhältnisse so gestaltet sind, daß die Staatlichkeit des Staates bestmöglichst gesichert ist. Exakt diese Konzeption hat zur Formulierung des Art. 33 Abs. 4 GG geführt, der "die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen" gebietet, die "in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen". Einem solchen republikanischen Dienstverhältnis sollen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums Orientierung geben. Nur der uneingeschränkte, sachgerechte, rechtmäßige, vor allem der korruptionslose Vollzug der Gesetze, also eine stetige, gesetzestreue Verwaltung gewährleistet die

²⁴⁸ Vgl. BVerfGE 39, 334 (357 ff.); dazu (kritisch) *U. Battis*, in: M. Sachs, GG, Art. 33, Rdn. 32 ff.

²⁴⁹ *W. Schlüter*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 310; *A. Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 142 ff.; i.d.S. auch *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 137; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 51, 64, der von der "unbedingten Dienstbereitschaft der Exekutive für die Aufgaben des sozialen Rechtsstaates" spricht; *ders.*, Beamtenstreik, S. 83 ff.; abwehrend und differenzierend *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 170, 231 ff.

²⁵⁰ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 279 ff., 325 ff., 410 ff., 494 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 29 ff., 105 ff., 219 ff.

²⁵¹ *Hobbes*, De cive, in: G. Geismann/K. Herb, Hobbes über die Freiheit, 1988; *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, S. 22 f.; *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 430; *ders.*, Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 203, 208; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 484.

²⁵² Zum Staatszweck des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit, *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 299 ff., 350 ff., 494 ff., 573 ff., 625 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 205 ff.

Gesetzlichkeit und damit die Freiheit. Ein dienstliches Treueverhältnis, wie es auch das Arbeitsverhältnis ist²⁵³, setzt keine besondere Verfassungstreue voraus, welche die öffentlich Bediensteten stärker mit dem Staat verbindet als andere Bürger. Die Treue zur Republik ist die Sittlichkeit jedes Bürgers.

5. Tarifautonomie, Streikrecht und Gesetzesvollzug

Ein Recht der öffentlich Bediensteten, Tarifverträge zu schließen, steht der Stetigkeit des Gesetzesvollzuges nicht entgegen, wenn dieses Recht mit einem verbindlichen Schlichtungsverfahren verbunden ist. Eine grundgesetzliche Garantie eines solchen Tarifrechts ist jedoch Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu entnehmen, weil dem Text (Satz 3) allein die Arbeitskampffreiheit entnommen werden kann²⁵⁴. Im übrigen ist die objektive Dimension der Koalitionsfreiheit bestmöglich durch Gesetz zu verwirklichen²⁵⁵. Ein solches Gesetz kann, um den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gerecht werden zu können, auch die Gesetzlichkeit des öffentlichen Dienstrechts vorschreiben, ohne Art. 9 Abs. 3 GG zu verletzen. Eine Arbeitskampffreiheit steht jedoch dem öffentlichen Dienst nicht zu; denn ein Streik der öffentlich Bediensteten würde den Gesetzesvollzug unterbrechen. Das Streikverbot, welches das Bundesverfassungsgericht für Beamte praktiziert²⁵⁶, ist auf den gesamten öffentlichen Dienst zu übertragen. Diesem Postulat kommen *Rupert Scholz* und *Josef Isensee*²⁵⁷ weit entgegen, wenn nämlich die Aufgaben der Bediensteten funktionell denen der Beamten gleichen²⁵⁸. Die Funktionsgleichheit gilt aber für den gesamten öffentlichen Dienst, weil der Staat sich nirgends privatisieren darf. Das Prinzip der Gesetzlichkeit als ein Grundprinzip des Rechtsstaates und damit des freiheitlichen Gemeinwesens, das in Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist, zwingt den Staat, das öffentliche Dienstrecht so zu regeln, daß der Gesetzesvollzug

²⁵³ A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 241 ff.; A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 201 f.; W. Däubler, Arbeitsrecht 2, S. 361 ff. (kritisch).

²⁵⁴ Dazu A, III, 1 b, c.

²⁵⁵ Vgl. die Hinweise in Fn. 100 ff.

²⁵⁶ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264); weitere Hinweise in Fn. 209.

²⁵⁷ R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 110; J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 76 f.

²⁵⁸ I.d.S. H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 137.

stetig gewährleistet ist²⁵⁹. Eine Relativierung dieses Prinzips bedürfte einer hinreichend klaren Grundlage in der Verfassung. Eine solche Grundlage bietet Art. 9 Abs. 3 GG gerade nicht, weil in dieser Vorschrift ein Recht zum Streik nicht enthalten ist und die Arbeitskampffreiheit um der gesamten Verfassung willen der gesetzlichen oder vertraglichen Ausgestaltung bedarf. Die Arbeitskampffreiheit steht unter Verfassungsvorbehalt. Der staatliche Dienstgeber darf wegen Art. 20 Abs. 3 GG, also wegen des Gesetzlichkeitsprinzips, seinen Bediensteten jedoch ein Recht zum Streik nicht geben. Insoweit grenzt die Verfassung selbst die Koalitionsfreiheit ein.

Der öffentliche Dienststreik und die Staatlichkeit sind ein Widerspruch. Jeder Streik des öffentlichen Dienstes ist verfassungswidrig.

B. Maßnahmen der Bundesregierung gegen den Dienststreik

I. Bundesgesetzliches Streikverbot

1. Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers

a) Streikverbot für Bundesbedienstete, Art. 73 Nr. 8 GG

Als föderalistische Kompetenzgrundlage (gegenüber den Ländern) für ein Streikverbot im öffentlichen Dienst kommt Art. 73 Nr. 8 GG in Betracht. Diese Vorschrift gibt dem Bund die ausschließliche Zuständigkeit, die Rechtsverhältnisse der Personen zu regeln, die "im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts" stehen, also der Bundesbediensteten. Diese Gesetzgebungskompetenz betrifft alle Dienstnehmer des öffentlichen Dienstes, also sowohl die Beamten als auch die Angestellten und Arbeiter (Arbeitnehmer)²⁶⁰. Der Begriff des "Rechtsverhältnisses" in dieser Vorschrift umfaßt die Entstehung, die Beendigung und die Nachwirkungen von Dienstverhältnissen, also sämtliche Rechte und Pflichten des Dienstnehmers, einschließlich der Besoldung, der Versorgung und des Rechtsschutzes sowie des Disziplinarrechts²⁶¹.

Das geplante Gesetz soll nicht nur Bundesbediensteten den Streik verbieten, sondern allen Dienstnehmern des Bundes, der Länder, der Gemeinden und

²⁵⁹ Vgl. die Hinweise in Fn. 249.

²⁶⁰ *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 73, Rdn. 137.

²⁶¹ *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 73, Rdn. 142.

aller anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Art. 73 Nr. 8 GG verschafft dem Bund jedoch nur eine Kompetenz, die Rechtsverhältnisse von Bundesbediensteten zu regeln.

b) Streikverbot für Landes- und Gemeindebedienstete, Art. 75 Nr. 1 GG

Für die Regelung der Rechtsverhältnisse der anderen öffentlich Bediensteten kann der Bund sich nur auf die Kompetenzgrundlage des Art. 75 Nr. 1 GG berufen, die ihm das Recht gibt, über "die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen, soweit Artikel 74 a nichts anderes bestimmt," "Rahmenvorschriften zu erlassen". Für das Besoldungs- und Versorgungsrecht "der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen", hat der Bund nach Art. 74 a Abs. 1 GG die Zuständigkeit zur konkurrierenden Gesetzgebung, soweit er nicht darüber hinaus die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz hat, nämlich für die Bundesbediensteten nach Art. 73 Nr. 8 GG. Art. 74 a Abs. 1 GG erfaßt nach seiner Entstehungsgeschichte nur Beamte, wenn auch der Wortlaut an Art. 33 Abs. 4 GG anknüpft. Diese Verfassungsnovelle hatte die restriktive Interpretation des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG aufgegriffen, ohne dadurch die sachgerechte Interpretation dieser Vorschriften selbst beeinflussen zu können, weil diese von den Grundprinzipien der Republik gefordert ist; denn die Amtsprinzipien des Art. 33 GG sind Materialisierung des Republikprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG²⁶² und stehen darum weder zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers noch gar zur Disposition der verfassungsinterpretierenden Rechtsprechung. Für die Rechtsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes, abgesehen von den Bundesbediensteten, hat der Bund nur die genannte Rahmenkompetenz aus Artikel 75 Nr. 1 GG²⁶³. Eine Rahmenkompetenz ist eine Art der konkurrierenden Kompetenz und darum von der

²⁶² I.d.S. auch *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 253 ff.; *W. Leisner*, Grundlagen des Berufsbeamtentums, 1971, S. 29 ff.; vgl. auch *W. Henke*, Die Republik, HStR, Bd. I, 1987, § 21, Rdn. 17 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 15; *ders.*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, HStR, Bd. III, 1988, § 57, Rdn. 7 ff., 53 ff.

²⁶³ BVerfGE 7, 120 (127); 51, 43 (53 f.).

Voraussetzung des Art. 72 GG abhängig²⁶⁴. Daraus folgt, daß die Länder die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70 GG behalten. Der Bund darf lediglich einen "ausfüllungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen" rechtlichen Rahmen setzen²⁶⁵. Dazu gehören aber auch Vorschriften von grundsätzlicher Bedeutung²⁶⁶, welche keiner weiteren Ausführung bedürfen, wenn nur den Ländern ein hinreichender Gesetzgebungsbereich "von substanziellem Gewicht" ("Raum für eigene Willensentschließungen von substanziellem Gehalt") bleibt²⁶⁷. Das Beamtenrechtsrahmengesetz des Bundes ist im übrigen derart eng geregelt, daß das Beamtenrecht der Länder weitestgehend mit dem des Bundes übereinstimmt. Der den Ländern verbliebene Regelungsbereich ist schmal. Die Rahmenkompetenz muß das Recht umfassen, Grundsätzliches zu regeln, weil sie sonst sinnvoll nicht genutzt werden kann²⁶⁸. Ein Streikverbot für öffentlich Bedienstete ist ein Grundsatz, der unter die Rahmenkompetenz fällt und schon wegen der Verwirklichung des Republikprinzips allgemeiner Regelung bedarf. Das Streikrecht des öffentlichen Dienstes darf in den Ländern des Bundes nicht unterschiedlich sein, weil das Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 GG die hinreichende Republikanität und dementsprechend Rechtsstaatlichkeit in allen Ländern vorschreibt.

c) Streikverbot als Arbeitsrecht, Art. 74 Nr. 12 GG

Bedenkenswert ist auch die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Nr. 12 GG für das Arbeitsrecht. Diese Vorschrift begründet die Zuständigkeit, das gesamte individuelle und kollektive Arbeitsrecht einschließlich des Tarifvertragsrechts und damit einschließlich des

²⁶⁴ BVerfGE 51, 43 (53 f.); *P. Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 1996, Art. 75, Rdn. 2, 5; in diesem Sinne auch *H.-W. Rengeling*, Gesetzgebungskompetenz, HStR, Bd. IV, 1990, § 100, Rdn. 260 f.

²⁶⁵ BVerfGE 4, 115 (129); i.d.S. auch BVerfGE 51, 43 (54); *P. Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 75, Rdn. 8; *H.-W. Rengeling*, Gesetzgebungskompetenz, HStR, Bd. IV, § 100, Rdn. 253.

²⁶⁶ I.d.S. auch BVerfGE 4, 115 (129); *H.-W. Rengeling*, Gesetzgebungskompetenz, HStR, Bd. IV, § 100, Rdn. 254.

²⁶⁷ BVerfGE 4, 115 (129); 36, 193 (202); 38, 1 (10); 51, 43 (54); *H.-W. Rengeling*, Gesetzgebungskompetenz, HStR, Bd. IV, § 100, Rdn. 255.

²⁶⁸ Zu den Rechtsfragen der Rahmenkompetenz BVerfGE 4, 115 (123 f.); 51, 43 (53 f.); *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 75, Rdn. 20 ff.

Streikrechts zu regeln²⁶⁹. Das Beamtenrecht fällt nicht unter den Begriff des Arbeitsrechts im Sinne dieser Zuständigkeitsregelung²⁷⁰. Die kompetenzielle Rechtslage für das Recht der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes wird unterschiedlich beurteilt. Das Bundesverfassungsgericht hält Art. 74 Nr. 12 GG für anwendbar, wenn das Gesetz das allgemeine Arbeitsrecht regelt, etwa den Kündigungsschutz oder das Tarifvertragsrecht²⁷¹. Gesetze jedoch, welche Besonderheiten des öffentlichen Dienstes regeln, etwa die (fragwürdige) Verfassungstreue oder die Personalvertretung, sollen ihre Kompetenzgrundlage, je nach dem Dienstverhältnis zum Bund oder zu anderen Dienstgebern, in Art. 73 Nr. 8 oder Art. 75 Nr. 1 GG finden²⁷². Überzeugender ist die Lehre, welche sowohl Art. 73 Nr. 8 als auch Art. 75 Nr. 1 GG als Spezialregelungen gegenüber Art. 74 Nr. 12 GG versteht, weil der öffentliche Dienst im eigentlichen Sinne nicht unter den Begriff des Arbeitsrechts fällt. Das hat die sinnvolle Konsequenz, daß nicht auch die Länder Gesetze für die Angestellten und Arbeiter des Bundes geben können, sondern nur der Bund nach Art. 73 Nr. 8 GG. Für die Landesbediensteten, usw., bleibt es bei der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 75 Nr. 1 GG. Das Recht privater Arbeit ist für den öffentlichen Dienst ausweislich Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG inadäquat. Die Personalhoheit der Länder gilt für den gesamten öffentlichen Dienst. Darum kann der Bund nur die Rahmenkompetenz beanspruchen, nicht auch die Vollkompetenz aus Art. 74 Nr. 12 GG. In der Kompetenzfrage zeigt sich wiederum der Streit um die Fiskusdoktrin, der zugunsten der uneingeschränkten Staatlichkeit des Staates zu entscheiden ist.

Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz für ein Streikverbot und für Sanktionen wegen der Verletzung desselben für den gesamten öffentlichen Dienst in Bund, Ländern, Gemeinden, usw.

²⁶⁹ *Th. Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74, Rdn. 165.

²⁷⁰ *Th. Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74, Rdn. 166.

²⁷¹ BVerfGE 51, 43 (55 f.).

²⁷² Vgl. BVerfGE 11, 89 (97); 51, 43 (53 f.).

2. Streikfreiheit

a) Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Streikverbots

Das geplante Streikverbot für den gesamten öffentlichen Dienst kann Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG verletzen. Wenn sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Streikrecht (im engeren Sinne) ableiten ließe (vgl. A, III), wäre das Streikverbot grundrechtswidrig. Ein Streikverbot verletzt aber auch die Streikfreiheit, welche den Arbeitnehmern das Recht gegenüber dem Staat gibt, sich gewerkschaftlich zu organisieren und mit den Arbeitgebern Regelungen darüber zu treffen, wie Tarifauseinandersetzungen gelöst werden, nämlich gegebenenfalls durch kollektive Arbeitseinstellung (dazu A, III, 3). Ein Gesetz, welches Streiks allgemein verböte, wäre verfassungswidrig, zumal Arbeitskämpfe in Satz 3 des Art. 9 Abs. 3 GG (seit 1968) explizit genannt und zumindest seither institutionalisiert sind²⁷³.

b) Verfassungsgebottenheit eines Streikverbots für den öffentlichen Dienst

Ein Streikverbot für den öffentlichen Dienst ist jedoch, wie schon unter A, VI, 5 erörtert, verfassungsgeboten. Wenn den öffentlich Bediensteten einschließlich der Beamten das Recht zugestanden wird, ihre Dienstverhältnisse durch Tarifvertrag mit dem Dienstgeber zu regeln, weil sie das Grundrecht zu koalieren haben²⁷⁴, welches durch derartige gesetzlich begründete Rechte verwirklicht würde, so folgt daraus nicht schon die Streikfreiheit für den öffentlichen Dienst. Zwar ist die Streikfreiheit als Institut durch Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG geschützt, aber dieser Schutz muß sich die schon genannten Grenzen aus dem Republikprinzip, spezieller dem Prinzip der Gesetzlichkeit²⁷⁵ als einem fundamentalen Verfassungsprinzip, gefallen lassen (dazu A, I, 2).

Ein Streikverbot für die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes

²⁷³ Hinweise in Fn. 99.

²⁷⁴ BVerfGE 19, 303 (322) für Beamte; BVerfGE 88, 103 (119) für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes; weitere Hinweise in Fn. 235 für den öffentlichen Dienst; W. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 143 ff.

²⁷⁵ Dazu allgemein K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 279 ff., 325 ff., 410 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 24 ff., 101 ff., auch S. 219 ff., 250 ff.

(und nur für diese) wäre nach der Rechtsprechung verfassungswidrig²⁷⁶. Diese hat ihre Praxis der streikrechtsbewährten Tarifautonomie auf den privatrechtlich beschäftigten öffentlichen Dienst unabhängig davon, ob dieser "hoheitliche oder andere Aufgaben" erfülle, ausgedehnt²⁷⁷. Verfassung und Verfassungsgesetz lassen jedoch einen Streik des öffentlichen Dienstes nicht zu; denn ein solcher ist mit der allgemeinen Freiheit und dem daraus folgenden Prinzip der uneingeschränkten Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens, also mit dem Republikprinzip oder eben mit dem Rechtsprinzip, unvereinbar (vgl. oben A, IV, 5).

3. Kündigung wegen Streiks

a) Dienststreik als Dienstpflichtverletzung

Weil ein Streikverbot für den gesamten öffentlichen Dienst aus der Verfassung folgt, verletzt ein Streik die Dienstpflichten des öffentlich Bediensteten; denn der Streik ist eine Dienstverweigerung²⁷⁸.

b) Kündigung wegen Dienststreiks?

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Dienstpflichtverletzung eine Kündigung rechtfertigt. Die Kündigung wegen Streiks bekäme eine eigenständige gesetzliche Grundlage, welche die Voraussetzung der Kündigung nicht von den bereits geltenden Kündigungsformen abhängig macht, nämlich der ordentlichen (§ 622 f. BGB), welche regelmäßig nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt sein muß, und der außerordentlichen Kündigung, welche einen wichtigen Grund, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht (§ 626 Abs. 1 BGB), voraussetzt. Außerdem sind außerordentliche Kündigungen (gemäß § 626 Abs. 1 BGB) wegen rechtswidrigen Streiks, der Arbeitsvertragsbruch ist, in der Praxis ohnehin, freilich nach Abwägung aller Umstände, insbesondere ohne willkürliche Differenzierung, erlaubt²⁷⁹.

²⁷⁶ Hinweise in Fn. 211.

²⁷⁷ BVerfGE 88, 109 (114).

²⁷⁸ Vgl. *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 66; a. A. für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes BVerfGE 88, 103 (114); weitere Hinweise in Fn. 210.

²⁷⁹ BAGE 23, 292 (315); 30, 50 (58 f.); vgl. auch BAGE 1, 291 (308); *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 362 ff. (kritisch); *H. Brox*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 201 ff.

Eine Kündigung von Beamten würde gegen Art. 33 Abs. 5 GG verstoßen. Wenn nämlich ein Beamter seine Dienstpflichten verletzt, schreiben die Disziplinarordnungen von Bund und Ländern Disziplinarverfahren vor. Abhängig von der Schwere des Dienstvergehens können als Disziplinarmaßnahmen ein Verweis, eine Geldbuße, eine Gehaltskürzung, eine Versetzung und auch die Entfernung aus dem Dienst verfügt werden (§§ 6, 7, 9, 10 Bundesdisziplinarordnung, BDO). Während der Verweis und die Geldbuße durch Disziplinarverfügung der Dienstvorgesetzten (im weiteren Sinne) verhängt werden dürfen (§ 29 BDO), setzen die Gehaltskürzung, die Versetzung oder die Entfernung aus dem Dienst ein förmliches Disziplinarverfahren voraus, in welchem Disziplinargerichte (Verwaltungsgerichte) entscheiden (§§ 33 ff. BDO). Die Prinzipien der Disziplinarverfahren gehören zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums²⁸⁰ und können ohne Verfassungsverstoß nicht durch ein schlichtes Kündigungsrecht ergänzt werden.

c) Übermaß einer Kündigung wegen Dienststreiks

Das geplante Gesetz richtet sich nicht spezifisch gegen Beamte, sondern gegen die öffentlich Bediensteten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen²⁸¹. Diese dürfen nach den praktizierten Vorschriften des Rechts für Arbeitnehmer grundsätzlich gekündigt werden. Das Kündigungsrecht des öffentlichen Dienstes weist wie das ganze (vermeintlich) privatrechtliche öffentliche Arbeitsrecht²⁸² manche Besonderheit zumal durch den Bundesangestellten- und die Länderangestelltentarifverträge, aber auch die Mantel-tarifverträge des Bundes und der Länder auf²⁸³. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses (jedenfalls die aus wichtigem Grund), welche die Praxis wegen eines rechtswidrigen Streiks der Arbeitnehmer zumindest als letztes Mittel zuläßt²⁸⁴, entspricht der Entfernung eines Beamten aus dem Dienst. Eine

²⁸⁰ J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 68.

²⁸¹ In diesen Rechtsverhältnissen A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 80 ff. ("Sondergruppe"); J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 73 ff.; H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 132 ff.

²⁸² A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 80 ff. (etwa das Personalvertretungsrecht anstelle des Betriebsverfassungsrechts); W. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 859 ff.

²⁸³ Dazu A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 81; zum BAT W. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 859 ff.

²⁸⁴ H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 953; W. Däubler, Das

pflichtwidrige Arbeitsniederlegung würde jedoch die schwerste Form der Disziplinarmaßnahme im Beamtenverhältnis nicht rechtfertigen²⁸⁵. Folglich genügt eine solche Pflichtwidrigkeit auch nicht als Grund einer Kündigung, weil eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Gruppen des öffentlichen Dienstes nicht gerechtfertigt werden kann. Eine Kündigung wegen eines Streiks wäre eine Disziplinarmaßnahme, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzen würde; denn sie wäre nicht erforderlich. Mildere Maßnahmen würden genügen, um den Dienstnehmer zu veranlassen, nicht durch Streiks seine Dienstpflicht zu verletzen. Im übrigen wäre auch das Übermaßverbot, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, durch die geplante Kündigungsregelung mißachtet, weil die Entlassung aus dem Dienst wegen eines Streiks eine nicht tragfähige Härte wäre, zumal dessen Rechtswidrigkeit angesichts der langjährigen Praxis keinesfalls auf der Hand liegt, so daß ein Verbotsirrtum entschuldbar wäre (vgl. § 17 StGB)²⁸⁶. Eine solche Maßnahme ließe sich rechtfertigen, wenn ein öffentlich Bediensteter seine Pflicht zu ständigem Dienst grundsätzlich in Frage stellen würde. Die Materialisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist Politik der praktischen Vernunft²⁸⁷, also Sache des Gesetzgebers. Die letzte ordentliche Verantwortung hat dafür aber das Bundesverfassungsgericht, welches ein Gesetz als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig verwerfen darf. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein Verfassungsgrundsatz, der aus dem Prinzip der allgemeinen Freiheit und damit aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird²⁸⁸. Demnach ist das geplante Gesetz, welches

Arbeitsrecht 1, S. 362 ff.; a.A. AG Hamburg, BB 1955, 1025; vgl. auch BAGE 1, 291 ff.

²⁸⁵ Zum Bummelstreik von Beamten ("Fluglotsen") vgl. BVerwG NJW 1978, 178, Suspendierung eines Fluglotsens, der führend an der Organisation des Bummelstreiks mitgewirkt hat; W. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, S. 388 ff. (kritisch); ders., Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 258 ff.; vgl. zum Schadenersatzanspruch gegen den Bund BGHZ 69, 128 (131 ff.); 70, 277 (278 ff.); BVerfG NJW 1980, 169.

²⁸⁶ Vgl. zur Fragwürdigkeit von Kündigungen im Arbeitskampf, die zur Suspensionsdogmatik geführt hat, grundlegend BAGE 1, 291 ff.

²⁸⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 362 f., 987; ders., Freiheit in der Republik, S. 233 ff.; grundsätzlich A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 57 f.

²⁸⁸ BVerfGE 19, 342 (348 ff.), st. Rspr.; vgl. K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, 16. Kap., III, 17. Kap.; ders., Res publica res populi, S. 978 ff.; A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 49 ff.

lediglich von einer Kündigung spricht, wenn gestreikt wird, ohne die Tatbestände zu differenzieren und ohne alternative Rechtsfolgen für verbotswidrige Streiks zu regeln, wegen des doppelten Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip (nicht erforderlich und übermäßig) verfassungswidrig. Nur die angemessenen Mittel, etwa eine Abmahnung, sind als das richtige Maß rechtens.

II. Aussperrung der Mitglieder der ÖTV

1. Recht auf Aussperrung

a) Begriff und Rechtfertigung der Aussperrung in der gesetzlichen Aussperrungsordnung

aa) Eine Aussperrung definiert das Bundesarbeitsgericht als die planmäßige Ausschließung einer Mehrzahl von Arbeitnehmern von der Arbeit durch den Arbeitgeber dem Zwecke, ein bestimmtes Kampfziel zu erreichen (BAGE 1, 291 (316))²⁸⁹. Ausgesperrt werden kann nur, wer nicht schon streikt; denn die Hauptleistungspflichten sind bereits durch den Streik suspendiert²⁹⁰.

bb) Der Arbeitgeber darf, wenn die Rechtslage es ihm erlaubt, die Annahme der vertragsgemäß angebotenen Arbeit einer Vielheit von Arbeitnehmern verweigern, um eine Gewerkschaft zu einer bestimmten Vereinbarung, insbesondere zu einem Tarifvertrag, wie ihn der Arbeitgeber vorschlägt, zu veranlassen. Die Verweigerung der Arbeitsannahme ist an sich Annahmeverzug (§ 615 BGB)²⁹¹, wenn sie nicht durch das tariflose oder sonst nicht vollständig geregelte Rechtsverhältnis gerechtfertigt ist. Eine solche Rechtfertigung kann sich wie im Falle eines Streiks daraus ergeben, daß die Vertragszeit eines Tarifvertrages abgelaufen ist. Nur eine aus dem Tarifvertragsverhältnis gerechtfertigte Verweigerung der Annahme der angebotenen Arbeit ist eine rechtmäßige Aussperrung (im engeren Sinne), unabhängig davon, daß derartige Aussperrungen weiteren rechtlichen Grenzen unterwor-

²⁸⁹ BAGE 10, 88 (92); 15, 145 (150); 16, 123 (125); *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 900, und Erläuterung S. 900 ff.

²⁹⁰ BAGE 1, 291 (310 f.); st. Rspr., etwa BAGE 67, 50 (53, 56), 68, 200 (301); *A. Söllner*, Arbeitsrecht, 1969, S. 90.

²⁹¹ Dazu *A. Hueck*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 217 ff., 326 ff.; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 89; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 135.

fen sein können, insbesondere dem (auch aus der Sozialpartnerschaft hergeleiteten) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁹². Auch und erst recht für die Aussperrung gilt das Ultima-Ratio-Prinzip²⁹³. Wegen dieses Prinzips wird (zumindest die lösende) Angriffsaussperrung als unnötig und damit als Mißachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, als sozialwidrig und rechtswidrig zurückgewiesen²⁹⁴.

Die Aussperrung darf im Interesse des "Gleichgewichts der Verhandlungschancen", der "Verhandlungsparität", nur als Reaktion auf Teilstreiks durchgeführt werden²⁹⁵. Ist der Streik auf weniger als 25 % der Arbeitnehmer des Tarifwesens beschränkt, so akzeptiert das Bundesarbeitsgericht eine Abwehraussperrung als nicht unverhältnismäßig, wenn sie ihrerseits nicht mehr als 25 % der Arbeitnehmer des Tarifgebiets erfaßt²⁹⁶. *Friedhelm Farthmann* und *Martin Coen* sprechen von einer "Asymmetrie von Streik und Aussperrung"²⁹⁷.

Die rechtswidrige Verweigerung der Annahme der angebotenen Arbeit beläßt wie eine rechtswidrige Aussperrung dem Arbeitnehmer wegen des Annahmeverzuges des Arbeitgebers den Lohnanspruch²⁹⁸. Wenn der Arbeitgeber die Arbeit nicht annimmt, weil er seinen Betrieb wegen eines Teil-

²⁹² BAGE 23, 292 (306 ff.); 33, 140 (148 f.); 48, 195 (200 ff.); BVerfGE 84, 212 (230 ff.); *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 1022 ff.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 118; vgl. *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 295 ff., zum Streik.

²⁹³ BAGE 1, 291 (309); 15, 174 (191); 23, 292 (306); 33, 140 (150); 46, 328 (345 ff.); *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 901, 1023 ff.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 118; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 299 ff.

²⁹⁴ BAGE 23, 292 (306 ff.); *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 901 f., 1024 f.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 118.

²⁹⁵ BAGE 23, 292 (306 ff.); 33, 140 (148 ff.); 33, 185 (191 ff.); 33, 195 (206); *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 119; BVerfGE 84, 212 (225, 228 ff.); weitere Hinweise in Fn. 310 ff.

²⁹⁶ BAGE 33, 185 (186, Leitsatz 4 c, 195).

²⁹⁷ Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 127 ff.; kritisch insofern *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 51.

²⁹⁸ Etwa BAGE 33, 140 (148); 33, 195 (202); 48, 195 (199); 75, 186 (190).

streiks in seinem oder eines Streiks in einem anderen Betrieb nicht betreiben kann, entfällt der Lohnanspruch (jedenfalls wenn der Unternehmer für solche Fälle nicht Vorsorge treffen konnte) auf Grund der mit der Kampfparität begründeten Sphärendoktrin, weil der Grund der Betriebsstörung, die Unmöglichkeit, arbeitswillige Mitarbeiter zu beschäftigen, im Bereich der Arbeitnehmer, die in Solidarität verbunden seien, liege ("Arbeitskampfrisiko")²⁹⁹. Der Unternehmer trägt das Betriebsrisiko³⁰⁰. Die Arbeitnehmer sind keine "Gemeinschaft", die in "Solidarität" verbunden wären³⁰¹, keine Klasse. Das Betriebsrisiko (auch) auf die Arbeitnehmer zu überbürden, die nicht der kämpfenden Gewerkschaft angehören, weil diese sich am Streik beteiligen oder auch nur mittelbar von dem Streik in einem anderen (fernen) Betrieb profitieren könnten, ist Ausdruck klassenkämpferischer Dogmatik und mit der Koalitionsfreiheit sowie mit dem Vertragsprinzip unvereinbar.

cc) Für das Arbeitskampfrecht hat der Gesetzgeber einen "weiten Gestaltungsspielraum"³⁰². Aus der Leitentscheidung für die Koalitionsfreiheit folgt die Pflicht des Gesetzgebers (Schutzpflicht), ein "funktionsfähiges Arbeitskampfsystem" in Organisation und Verfahren bereitzustellen³⁰³, welche freilich das Arbeitskampsystem für Entwicklungen offen halten sollten³⁰⁴.

²⁹⁹ So RGZ 106, 272 (275 f.); BAGE 3, 346 (348 ff.); 27, 311 (312 ff.); 34, 355 (360 ff.); 68, 298 (301 f.); 75, 186 (189 ff.); A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 347 ff., 352 ff.; H. C. Nipperdey (F. J. Säcker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 945 ff. ("Risikoverteilungsprinzip"); A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 89; vgl. F. Farthmann/M. Coen, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 135 f.; kritisch insb. H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 305 ff.

³⁰⁰ Zum Betriebsrisiko A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 347 ff.; A. Söllner, Arbeitsrecht, S. 89; weitere Hinweise in Fn. 299.

³⁰¹ Zum Solidarprinzip K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Das Recht der Vertragsärzte des SGB V, S. 8 ff., 12 ff.; a. A. A. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 350 f.

³⁰² BVerfGE 20, 312 (317); 50, 290 (369); i.d.S. auch BVerfGE 84, 112 (225 ff.); 88, 103 (115 f.); F. Farthmann/M. Coen, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 12; weitere Hinweise in Fn. 103.

³⁰³ Vgl. BVerfGE 28, 295 (306); 50, 290 (369); 57, 220 (245 f.); 58, 233 (247 f.); F. Farthmann/M. Coen, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 126, 133, 142 ff., aber Rdn. 155; R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 17, vgl. auch Rdn. 45 f.; weitere Hinweise in Fn. 100.

³⁰⁴ So auch R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 36 ff., 44 ff.; F.

Freilich hat der Gesetzgeber bisher kein Arbeitskampfgesetz geschaffen. Das Arbeitskampfrecht hat die Rechtsprechung angesichts "unzureichender gesetzlicher Vorgaben" mit vermeintlich "anerkannten Methoden der Rechtsfindung" in unmittelbarer Verwirklichung der Koalitionsfreiheit "aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen" des Art. 9 Abs. 3 GG entwickelt (gesetzesvertretendes Richterrecht)³⁰⁵. Das Versagen des Gesetzgebers zeigt die Defizite der politischen Willensbildung in Deutschland.

b) Das Recht der Arbeitgeber zur suspendierenden Abwehraussperrung

Die Bundesregierung plant eine Abwehraussperrung, welche im Gegensatz zu der Angriffsaussperrung eine Reaktion auf Streikmaßnahmen der Gewerkschaften ist. Auch die Aussperrung suspendiert grundsätzlich nur die Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses, nämlich die Pflicht zur Arbeit und die Pflicht zur Zahlung des Lohnes³⁰⁶.

Das Bundesarbeitsgericht folgert ein Recht zur Aussperrung nicht anders als das Recht zum Streik aus dem "freiheitlichen Tarifvertragssystem", weil beide Rechte mit der vom Bundesarbeitsgericht dogmatisierten Tarifautonomie, wenn diese sinnvoll sein sollte, verbunden seien³⁰⁷. Daß das Recht zur Aussperrung aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG folge³⁰⁸, hat auch das Bundesarbeitsgericht bisher nicht ausgesprochen, sondern explizit offengelassen³⁰⁹. Das

Farthmann/M. Coen, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 146 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 58, 233 (247).

³⁰⁵ BAGE 23, 292 (306 ff., auch 319 f.); 33, 140 (159 f.); das akzeptiert BVerfGE 84, 212 (226 f., 228 f.); vgl. auch BVerfGE 88, 103 (115 f.); vgl. *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 124; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 46 (kritisch); weitere Hinweise in Fn. 317.

³⁰⁶ BAGE 23, 292 (306 ff.); 33, 140 (148 ff.); 33, 185 (190 ff.); 33, 195 (206); 48, 195 (200 ff.); *H. C. Nipperday*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 201; *A. Söllner*, Arbeitsrecht, S. 88 ff., 90 ff.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht I, S. 343.

³⁰⁷ BAGE 23, 292 (308); 33, 140, (148 ff.); 48, 195 (200 ff.).

³⁰⁸ So etwa *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 117 f.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 119 f., 127 ff.

³⁰⁹ BAGE 48, 195 (203 f.); das Recht zur Aussperrung offengelassen in BVerfGE 38, 386 (393 ff.), bestätigt in BVerfGE 84, 212 (225 ff.); dazu *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 119 f.,

Gericht sieht in dem Recht der Arbeitgeber zur Aussperrung das um der Parität willen notwendige Gegenmittel zum Streik. Die Aussperrung sei das funktions- und paritätstypische kollektive Kampfmittel der Arbeitgeber. Zwischen den Tarifparteien müsse hinreichend "Verhandlungsparität" (nicht notwendig instrumentelle Kampfparität oder Waffengleichheit, sondern "materielle Paritätsbetrachtung") bestehen³¹⁰, weil nur diese einen beide Seiten gerecht werdenden Interessenausgleich ermögliche. Es müßten hinreichend gleiche Verhandlungschancen bestehen. Beiden Seiten eines Tarifvertrages müsse die Rechtsordnung nicht nur gleiche Rechte verschaffen, sondern auch ein hinreichend gleiches Gewicht bei den Verhandlungen³¹¹. Die hinreichende Gleichheit der Vertragspartner ist ein grundlegendes Prinzip des Vertragsrechts³¹². "Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung"³¹³ Ein paritätsrechtlich begründetes Recht zur Aussperrung ist vielfach bestritten worden³¹⁴. Spätestens seit der Institutionalisierung der Arbeitskampffreiheit in

Rdn. 127 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen, aber sehr zurückhaltend gegenüber dem Recht zur Aussperrung, auch Rdn. 143.

³¹⁰ Für die Verhandlungsgleichheit BAGE 23, 292 (308 ff.); 33, 140 (148 ff.); 48, 195 (201); 58, 138 (144 ff.); 71, 92 (98 f.); das Recht zur Aussperrung offengelassen in BVerfGE 38, 386 (393 ff.); den Grundsatz der Kampfmittelparität offengelassen in BVerfGE 47, 191 (197); Grundsatz der Verhandlungsparität mit dem Schutz notwendiger Kampfparität bestätigt in BVerfGE 84, 212 (225, 227 ff.); dazu BVerfGE 88, 103 (115); für Waffengleichheit BAGE 1, 291 (308 ff.); 10, 88 (93); für Kampfparität BAGE 1, 291 (310); 71, 92 (98); *H. C. Nipperday (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 928 f., 938; ein wenig abweichend *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 119, 122; dazu *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 47 ff., für Kampfparität und Waffengleichheit; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 287 ff.

³¹¹ Vgl. BAGE 33, 114 (148 ff.); 48, 195 (200 ff.); so auch BVerfGE 84, 212 (228 ff.).

³¹² BVerfGE 89, 214 (232); *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 322 ff.

³¹³ BVerfGE 81, 242 (255); 84, 214 (232).

³¹⁴ Gegen das Recht zur Aussperrung *W. Däubler/H. Hegel*, Koalitionsfreiheit. Ein Kommentar, 1976, S. 115 f.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 342 ff., insb. S. 349 ff.; zum Kampf um das Recht zur Aussperrung *Th. Raiser*, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, 1975; *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 329 ff.; *D. Rittner*, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980; *W. Zöllner*, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 19 ff.; *R. Scholz/H. Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeits-

Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG ist diese Kritik nicht mehr überzeugend³¹⁵. Art. 29 Abs. 5 HessVerf., der die Aussperrung verboten hatte, ist vom Bundesarbeitsgericht als verfassungswidrig und nichtig erkannt worden³¹⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat das vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Aussperrungsrecht als Richterrecht akzeptiert³¹⁷ und besonders die von der Rechtsordnung zu gewährleistende "Verhandlungsfähigkeit beider sozialer Gegenspieler", die "Verhandlungsparität", "die Möglichkeit prinzipiell gleichwertige Interessenswahrnehmung" unter den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG gestellt³¹⁸.

Wenn die Laufzeit eines Tarifvertrages beendet ist, stehen den Tarifvertragsparteien, um zu einer neuen tariflichen Einigung zu gelangen, nur Instrumente des kollektiven Arbeitsrechtes zu. Wird eine Einigung nicht erzielt, ist auch der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Arbeit anzunehmen, also dauerhaft das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, obwohl die Pflicht besteht, eine Einigung anzustreben³¹⁹. Daraus folgt analog der streikrechtlichen Dogmatik ein Recht zur Aussperrung. Dieses ist somit auch vertragsdogmatisch zu begründen. Diese Lehre folgt der Überlagerung des individuellen durch das kollektive Arbeitsrecht. Folglich kann das Instrument der Aussperrung rechtens nur in einer tariflichen Auseinandersetzung mit den gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern eingesetzt werden.

verfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980; für das Recht zur suspendierenden Abwehraussperrung BAGE 23, 292 (306 ff.) mit Hinweisen; BAGE 33, 140 (148 ff.); 33, 185 (191 ff.); 33, 195 (202); 48, 195 (203 ff.); offengelassen in BVerfGE 38, 386 (394 ff.); zustimmend in BVerfGE 84, 212 (223 ff.).

³¹⁵ Kritisch zu diesem Wortlautargument BAGE 33, 140 (155 f.); 58, 138 (145, 147 f.); vgl. auch *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 116 ff.; weitere Hinweise in Fn. 99.

³¹⁶ BAGE 58, 138 (150 ff.); *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 117; *ders./H. Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, S. 271 f.; *ders.*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 328.

³¹⁷ BVerfGE 84, 212 (225 ff.); vgl. auch *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 124; zur Dogmatik des Richterrechtes, *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 536 ff., 863 ff., 928.

³¹⁸ BVerfGE 84, 212 (225, 227 ff.) bzw. BVerfGE 100, 271 (287).

³¹⁹ Hinweise in Fn. 191.

2. Recht auf Aussperrung öffentlich Bediensteter

Fraglich ist jedoch, ob staatliche Dienstgeber auch Angehörige des öffentlichen Dienstes aussperren dürfen.

Ein Recht, Beamte auszusperrern, wäre absurd³²⁰. Es würde der Staatlichkeit als der Verwirklichung der Freiheit durch Gesetzlichkeit widersprechen. Im übrigen haben die Beamten kein Streikrecht (dazu A, IV, 3, 4; B I, 2 b), welches ein Recht zur Aussperrung rechtfertigen könnte, damit beide Seiten des Dienstverhältnisses mit gleichen Waffen kämpfen könnten. Allein die Sprache verrät die Absurdität eines Arbeitskampfes im öffentlichen Dienst. Ein Paritätsprinzip³²¹ zwischen dem Staat und seinen Bediensteten ist inadäquat. Der Staat als Organisation des Volkes für die Verwirklichung des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit³²² ist in keiner Weise dem einzelnen Bürger oder dem einzelnen Beamten/öffentlich Bediensteten, der auch Bürger ist, gleichwertig. Der Staat ist kein Mensch, kein Makroanthropos, und kein durch die Privatheitlichkeit gekennzeichnetes Unternehmen³²³. Die Verhältnisse des Staates zu den Bürgern oder Menschen sind weder durch die Kategorie staatlicher Freiheit noch durch die der Gleichheit des Staates mit den Bürgern zu dogmatisieren; denn das würde den Staat zum Menschen machen. Die Menschen sind gleich in ihrer Freiheit³²⁴. Der Staat ist eine Einrichtung der Menschen, die sich als Bürger durch ein Verfassungsgesetz zu einem Staat (im weiteren Sinne) vereinigen³²⁵.

Ohne Bedienstete verliert der Staat seine Fähigkeit, die Gesetze zu vollziehen, und damit mehr oder weniger seine Staatlichkeit, die auch und wesent-

³²⁰ W. Schlüter, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 309; a.A. W. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 166 ff.

³²¹ Dazu R. Scholz, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 44 ff.; weitere Hinweise in Fn. 295, 310 ff.

³²² Hinweise in Fn. 252.

³²³ Zum Unternehmensbegriff K. A. Schachtschneider, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 419 f.; auch ders., Res publica res populi, S. 394 ff., 396 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 287 ff., 293 ff.

³²⁴ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 279 ff., 325 ff., insb. S. 410 ff., 494 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 24 ff., 94 ff., 125 ff., insb. S. 219 ff., 250 ff.; ders., Republikanische Freiheit, FS M. Kriele, 1997, S. 829 ff.

³²⁵ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 14 ff., 519 ff.; ders. (O. Gast), Sozialistische Schulden nach der Revolution, 1996, S. 29 ff., 80 ff.

lich durch die Möglichkeit gekennzeichnet ist, jederzeit die Gesetze durchzusetzen (Gewaltüberlegenheit)³²⁶. Das verbieten das Republikprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ohne jede Ausnahme. Die allgemeinen Gesetze müssen jederzeit, in jedem Fall und ohne jede Einschränkung vollzogen werden³²⁷; denn die Freiheit duldet weder eine Unterbrechung noch einen Aufschub und erst recht keine Ausnahme. Der Staatsdienst ist keine private Angelegenheit, die dem Vertragsprinzip ausgesetzt werden darf, jedenfalls nicht derart, daß der Vollzug der Gesetze von der Willkür der Bediensteten abhängt. Vertraglichkeit ist ein Widerspruch zur Staatlichkeit und läßt sich nur insoweit für die Verwirklichung des Staatlichen nutzen, als den Bürgern Privatheit zusteht, etwa im Beschaffungswesen. §§ 54 ff. VwVfG institutionalisieren den öffentlich-rechtlichen Vertrag in eher engen Grenzen³²⁸. Immer aber muß der Staat seine Aufgaben erfüllen können. Auch die Beschaffung muß sichergestellt werden. Dem dienen Sicherstellungsgesetze. Ein Tarifwesen des öffentlichen Dienstes wäre wegen Art. 9 Abs. 3 GG trotz der Staatlichkeit des Staates rechtens, weil die Bediensteten als Menschen und Bürger Partner des staatlichen Dienstherrn sind (dazu A, IV, 3, 5), nicht anders als etwa beim Kaufvertrag des Beschaffungswesens.

Wer den öffentlich Bediensteten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ein auf Art. 9 Abs. 3 GG gestütztes Streikrecht zubilligt³²⁹, mag sich zu der

³²⁶ *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, Rdn. 142, 176; umfassend *ders.*, Grundrechtsvoraussetzung und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, HStR, Bd. V, 1992, § 115, Rdn. 109 ff.; *ders.*, Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, 1987, § 13, Rdn. 74 ff.; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 271 ff., 284 ff.

³²⁷ I.d.S. auch *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 29 ff., 75 f.; vgl. auch die Hinweise gegen ein Streikrecht im öffentlichen Dienst in Fn. 248, auch Fn. 209.

³²⁸ Zum Problem der öffentlich-rechtlichen Verträge *K. Stern*, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 1958, S. 106 ff.; *M. Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962; Hinweise bei *F. O. Kopp*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 1996, Vorbemerkung zu § 54.

³²⁹ *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 158; *W. Schlüter*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 333; *W. Däubler*, Arbeitsrecht 2, S. 861; in engen Grenzen *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 77; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 110;

Konsequenz gedrängt sehen, auch dem staatlichen oder kommunalen Dienstgeber als dem vermeintlichen Gegenspieler um der Verhandlungsparität willen³³⁰, das Instrument der Aussperrung an die Hand geben zu müssen, zumal der Begriff des Arbeitskampfes in Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG auch die Aussperrung umfaßt³³¹. Eine solche Lehre geriete aber in einen nicht mehr tragfähigen Konflikt mit den Prinzipien einer freiheitlichen Staatlichkeit.

Die freiheitsrechtliche Absurdität einer staatlichen Aussperrung ist ein Zusatzargument gegen den öffentlichen Dienststreik, weil die hinreichende "Kampfparität", die von der überwiegenden Lehre und der Praxis als arbeitskampfrechtlich unverzichtbar eingestuft wird³³², nicht hergestellt werden darf, wenn die Republik Rechtsstaat bleiben soll.

Eine Aussperrung öffentlich Bediensteter, seien dies Beamte oder seien dies privatrechtlich beschäftigte Arbeitnehmer, ist nach allen Auffassungen mit der Verfassung unvereinbar.

3. Selektive Aussperrung der ÖTV-Mitglieder

Die selektive Aussperrung der Mitglieder der ÖTV kann ein weiterer Grund des Unrechts sein.

a) Das praktizierte Verbot der selektiven Aussperrung von Gewerkschaftlern

Das Bundesarbeitsgericht praktiziert ein aussperrungsrechtliches Differenzierungsverbot. Wenn der Arbeitgeber nur gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer aussperrt, soll er nach diesem Differenzierungsverbot gegen die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Bestandsschutz der Koalition (Gewerkschaft) und die positive Koalitionsfreiheit verstoßen, weil das Gewerk-

weitere Hinweise in Fn. 210; a.A. *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 137; dazu oben A, IV, 1; B, I, 2 b.

³³⁰ Zur Verhandlungsparität, Waffengleichheit und Kampfparität Hinweise in Fn. 295, 310 ff., 332.

³³¹ Vgl. zurückhaltend BAGE 33, 140 (153 ff.); 58, 138(145, 147); dazu oben B, II, 1.

³³² *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 50; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 287 ff.; BAGE 23, 292 (308 f.); 33, 140 (148 ff.); 48, 195 (201 ff.) für Asymmetrie im Arbeitskampf zu Lasten der Arbeitgeber jedoch *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 127 ff.; weitere Hinweise in Fn. 295, 310 ff.

schaftsmitglied wegen dieser Mitgliedschaft benachteiligt werde³³³; denn die Außenseiter seien auch berechtigt, sich am Streik zu beteiligen³³⁴. Eine Differenzierung der Arbeitnehmer, die ausgesperrt werden, von denen, die von dieser Maßnahme verschont bleiben, müsse durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Solche Gründe würden aber gegen Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG verstoßen, wenn sie eine koalitionspolitische Tendenz hätten. Mit selektiven Aussperrungen wolle der Arbeitgeber den nichtorganisierten Arbeitnehmern, den Außenseitern, keinen Anlaß geben, um der Streikunterstützung willen einer Gewerkschaft beizutreten. Die selektive Aussperrung verschone den Außenseiter von den belastenden Kampfeinwirkungen und gefährde damit den Mitgliederbestand der kämpfenden Arbeitnehmerkoalition. Wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Arbeitskampf³³⁵ sei zwar die möglichste Zurückhaltung mit Aussperrungsmaßnahmen gerechtfertigt, aber die Differenzierung nach der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft sei wegen Mißachtung der "positiven Koalitionsfreiheit" rechtlich zu mißbilligen³³⁶, zumal "nichtorganisierte Arbeitnehmer potentielle Kampfbeteiligte" seien³³⁷.

b) Kritik des aussperrungsrechtlichen Differenzierungsverbots zwischen Tarifpartnern und Außenseitern

Das Differenzierungsverbot unterwirft die Außenseiter, die gerade nicht der kämpfenden oder überhaupt einer Gewerkschaft angehören, den Kampf-

³³³ BAGE 1, 291 (307); 33, 195 (202 ff.); vgl. hierzu *B. Rütters*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 135; dazu kritisch *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 342, 347; *M. Schuhmann*, Negative Koalitionsfreiheit, S. 95 f., 132 ff.; dazu *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 192.

³³⁴ BAGE 1, 291 (307); 20, 291 (307); 23, 292 (309 f.); 33, 195 (202); *H. Brox*, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 177 f.; *H. C. Nipperdey (F. J. Säcker)*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 933; a.A. (zu Recht) *R. Richardi*, Arbeitsrecht, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, 3. Aufl. 1976, S. 117; *Th. Ramm*, Streik und Arbeitsvertragsbruch, AuR 1964, 321 ff.

³³⁵ BAGE 23, 292 (305 ff., 310 ff.); 33, 140 (148 ff.); 46, 322 (347 f.); 48, 195 (200 ff.); 58, 138 (145); 71, 92 (97 ff.); BVerfGE 84, 212 (227 ff.); Hinweise zum allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip in Fn. 287 f.

³³⁶ BAGE 33, 195 (202 ff.); *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 50; kritisch (zu Recht) *M. Schuhmann*, Negative Freiheitsrechte, S. 95 f., 132 ff.

³³⁷ Hinweise in Fn. 334.

maßnahmen einer Vereinigung, der sie nicht angehören. Die Außenseiter werden in die Tarifaueinandersetzung hineingezogen, obwohl sie diese nicht beeinflussen können. Das Bundesarbeitsgericht behandelt die "nicht-organisierten Arbeitnehmer", wie gesagt, als "potentielle Kampfbeteiligte", die sich am Streik beteiligen und infolgedessen auch ausgesperrt werden können³³⁸. Wenn Außenseiter an den Kampfmaßnahmen der Gewerkschaft teilnehmen wollen, dürfen sie dieser jederzeit beitreten. Ihre Streikbeteiligung mag man als Beitritt einstufen. "Das Kampfbündnis eines Außenseiters mit einem tariffähigen Verband" könne "eine Vereinigung im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG sein, wenn es den Abschluß eines Tarifvertrages im Interesse des Außenseiters beeinflussen" solle, hat das Bundesverfassungsgericht für die Beteiligung von Arbeitgebern an einer Aussperrungsmaßnahme eines Arbeitgeberverbandes, dem sie nicht angehören, ausgesprochen³³⁹. Wenn die Außenseiter aber arbeiten wollen, haben sie aus ihrem Arbeitsvertrag ein Recht dazu, jedenfalls ein Recht auf die Zahlung des versprochenen Lohns. Die Außenseiter haben nicht koalitiert und werden bei dem Tarifabschluß nicht von der kämpfenden Gewerkschaft vertreten. Ihre sogenannte negative Koalitionsfreiheit³⁴⁰, genauer ihr Recht, selbst zu bestimmen, ob sie koalieren und mit wem sie koalieren, wird verletzt³⁴¹. Vor allem sind die Außenseiter nicht in den gewerkschaftlichen Willensbildungsprozeß einbezogen. Der Streik ist nicht ihr Streik. Wenn sie an dem Erfolg des Streiks partizipieren, weil die Arbeitgeber der Erfahrung nach vor allem die Löhne auch der Außenseiter an die Regelung der Tarifverträge anpassen, so ist dieses sogenannte Trittbrettfahren doch die Konsequenz der Vertragsfreiheit. Die Aussperrung von Außenseitern ist eine Vergewaltigung derselben, zu der die Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit die Arbeitgeber zwingt. Die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter sind ausschließlich nach dem individuellen Arbeitsvertrag zu beurteilen³⁴². Weil die Koalitionen freiwillig sind, ist

³³⁸ Hinweise wie Fn. 334.

³³⁹ BVerfGE 84, 212 (225); so zuvor auch BAGE 48, 195 (200 ff.).

³⁴⁰ Zur Kritik dieses Begriffs *H.-C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 154 ff.; *M. Schuhmann*, Negative Freiheitsrechte, passim, insb. S. 102 ff., 157 ff., 229 ff.; weitere Hinweise in Fn. 21 f.

³⁴¹ A. A. BAGE 33, 195 (202 f.); kritisch *M. Schuhmann*, Negative Freiheitsrechte, S. 95 f., 132 ff.

³⁴² I.d.S. *R. Richardi*, Arbeitsrecht, S. 117; dazu *H. Brox*, in: Brox/Rüthers, Arbeits-

das Tarifvertragswesen auf die Mitglieder der Gewerkschaften zu beschränken. Die Delegationsdoktrin (dazu A, I, 3), die Sphärendoktrin (dazu B, II, 1 b) und das aussperrungsrechtliche Differenzierungsverbot, aber auch und insbesondere das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG³⁴³, sind Elemente einer Zwangsgemeinschaft der Arbeitnehmer unter "sozialer Vormundschaft" der jeweiligen Gewerkschaft³⁴⁴. Den Arbeitnehmern wird Solidarität abgenötigt, welche ohne mitgliedschaftliche Bindung nicht einmal für die jeweilige Belegschaft eines Betriebes begründbar ist. Die kritisierte Praxis surrogiert die Zwangsgewerkschaft, welche nicht offen postuliert wird, weil der Koalitionsbegriff mit der Freiwilligkeit der Mitgliedschaft verbunden wird³⁴⁵, für die homogenen Berufsverbände³⁴⁶ zu Unrecht (A, I, 4), für die heterogene Arbeitnehmerschaft gut begründet. Diese zwangsgewerkschaftlichen Wirkungen der Praxis schaffen ein Maß an Gewerkschaftsstaatlichkeit, das mit dem Grundgesetz schwerlich vereinbar ist.

c) Arbeitskampfrechtliche Differenzierungspflicht zwischen Tarifpartnern und Außenseitern

Aus der Koalitionsfreiheit folgt umgekehrt eine arbeitskampfrechtliche Differenzierungspflicht zwischen den Mitgliedern einer Gewerkschaft und den Außenseitern. Die organisierten Mitglieder, und nur diese, müssen sich einer kollektiven Bindung fügen, weil nur diese sich in einem tariflosen Zustand, also in einem partiellen Dissens zu den Arbeitgebern befinden (dazu 1. Teil A, III). Wenn Außenseiter in den Arbeitskampf einbezogen werden, so haben sie wegen der Suspension der Hauptleistungspflichten des

kamprecht, S. 177 f.

³⁴³ Dazu BVerfGE 44, 322 (338 ff.); vgl. dazu BVerfGE 64, 208 (215); *H. C. Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 654 ff.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 247; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 53, 70 f., 106, die das "Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlichkeit zum Kernbereich der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit" rechnen; vgl. nüchterner *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 86; *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 9, Rdn. 238.

³⁴⁴ Dazu Hinweise in Fn. 88.

³⁴⁵ Hinweise in Fn. 76.

³⁴⁶ Hinweise in Fn. 77.

Arbeitsverhältnisses keinen Lohnanspruch. Weil sie nicht zur kämpfenden Gewerkschaft gehören, können sie auch keine Unterstützung aus der Streikkasse erwarten. Sie haben auch wegen der arbeitskampfrechtlichen Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit nach § 146 SGB III keinen Anspruch aus ihrem Arbeitslosenversicherungsverhältnis auf Arbeitslosengeld oder auch nur Arbeitslosenunterstützung, weil sie nicht beschäftigt werden, eine fragwürdige Regelung, die mit dem Differenzierungsverbot zusammenhängt³⁴⁷. Die Aussperrung der Außenseiter kann deren wirtschaftliche Existenz gefährden. Wenn sie bedürftig sind, sind die Außenseiter auf Sozialhilfe angewiesen, obwohl sie ein Arbeitsverhältnis haben. Wiederum trägt im übrigen das Gemeinwesen den Schaden der verfehlten Gewerkschaftsstaatlichkeit, welche die Ideologie von der sozialen Vormundschaft mit sich bringt.

Das Differenzierungsverbot ist verfassungswidrig. Die Begrenzung der Aussperrung auf Mitglieder der ÖTV wäre als solche kein Unrecht.

III. Gesetzliche Überführung der privatrechtlich öffentlich Bediensteten in Beamtenverhältnisse

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 8 oder Art. 75 Nr. 1 GG

Die Zuständigkeit des Bundes, ein Gesetz zu erlassen, welches die öffentlich Bediensteten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in Beamtenverhältnisse überführt, ergibt sich aus Art. 73 Nr. 8 oder Art. 75 Nr. 1 GG, je nachdem, ob die Rechtsverhältnisse der Bundes- oder der Landesbediensteten geregelt werden. Die Rechtsform des öffentlichen Dienstes, also das Verbot privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse, ist eine Grundsatzentscheidung, die darum in einem Rahmengesetz des Bundes getroffen werden darf³⁴⁸, zumal dies lediglich Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG verwirklicht und dem Amtsprinzip der Republik, der Staatlichkeit des Staates also, gerecht wird.

³⁴⁷ Dazu *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, HStR, Bd. VI, § 151, Rdn. 52; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 137 ff.; *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 332 ff.

³⁴⁸ Dazu Hinweise in Fn. 263 ff.

2. Verwaltung durch Beamte als Verfassungsprinzip

Das geplante Gesetz wäre eine außergewöhnliche Überleitungsmaßnahme. Diese entspräche dem Amtsprinzip, wonach der jederzeitige Gesetzesvollzug als "Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse" nur von Amtswaltern, die in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat stehen, gewährleistet werden kann (Art. 33 Abs. 4 GG). Das sind die Beamten, für die Art. 33 Abs. 5 GG im Interesse größtmöglicher Stabilität und Funktionalität des Staates eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums³⁴⁹ getroffen und deren Recht das Grundgesetz eine Orientierung gegeben hat, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums³⁵⁰. Es gibt keinen vernünftigen Grund, den öffentlichen Dienst nach gänzlich unterschiedlichen Prinzipien zu regeln, schon gar nicht, wenn die einen Bediensteten ein Streikrecht haben sollen und die anderen nicht³⁵¹. Eine Unterscheidung der Aufgaben, die hoheitsrechtliche und nicht hoheitsrechtliche Befugnisse mit sich bringen, ist noch niemandem gelungen³⁵². Sie kann nicht gelingen, weil sie willkürlich wäre, d. h. Gleiches von Gleichem unterscheiden wollte. Der Grund der Ununterscheidbarkeit ist die Formalität des Begriffes der öffentlichen Aufgabe³⁵³. Es gibt keine wichtigen und unwichtigen Aufgaben des

³⁴⁹ *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 50 ff.; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 21; *U. Battis*, in: M. Sachs, GG, Art. 33, Rdn. 45.

³⁵⁰ BVerfGE 3, 162 (186); vgl. *U. Matz*, JöR N. F. Bd. 1 (1951), S. 314 ff.; dazu *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 62 ff.; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 49 ff.

³⁵¹ Ganz so *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 3 ff.

³⁵² Nicht unkritisch *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 23 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 29 ff., 207 ff., 270 ff.

³⁵³ *K. A. Schachtschneider*, Staatunternehmen und Privatrecht, S. 189 ff., 265 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 198 ff., 346 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 29 ff.; auch *H.-P. Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 99 ff.; a. A. *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, HVerfR, § 19, Rdn. 160 f., die sich auf die (fragwürdige) Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der öffentlichen Verwaltung in Art. 48 Abs. 4 (jetzt Art. 39 Abs. 4) EGV berufen, welche die hoheitlichen Tätigkeiten im Interesse größtmöglicher Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf Leistungsaufgaben reduzieren; vgl. EuGH v. 17.12.1980 - Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 3881; EuGH v. 02.07.1996 - Rs. C-473/93

Staates, die ein Kriterium für die Rechtsform des Dienstverhältnisses geben könnten. Ohne Schreibdienst etwa wäre nach dem geltenden Prozeßrecht wegen des Prinzips der Schriftlichkeit der Vorbereitung der Entscheidungen und insbesondere der Entscheidungen und deren Begründung selbst eine verfassungsgemäße Rechtsprechung nicht möglich. Im übrigen werden in der Praxis auch einfache wie schwierige Tätigkeiten von Beamten und Angestellten ausgeübt, ohne daß bei der Übertragung des Amtes oder der Aufgabe danach differenziert würde, ob das Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein sollte. Ein Beispiel sind die wissenschaftlichen Mitarbeiter der Universität. Die Unterscheidung bei der householdlichen Stellenbeschreibung zeigt den dezisionistischen, also willkürlichen Charakter derselben³⁵⁴.

Richtig ist, daß der Staat nur Aufgaben übernehmen sollte und wegen des Privatheitsprinzips des freiheitlichen Gemeinwesens³⁵⁵ auch nur übernehmen darf, die der staatlichen Bewältigung bedürfen, also wegen ihrer Eigenart hoheitlich sind, weil das Grundgesetz sie dem Staat vorbehält oder weil sie privatheitlich nicht sachgerecht bewältigt werden können. Diese Einschätzung ist Sache der Politik, die aber gut begründbar sein muß, um das Privatheitsprinzip nicht zu verletzen. Unternehmerische Betätigung im eigentlichen, privatheitlichen Sinne steht dem Staat nicht zu³⁵⁶. Art. 33 Abs. 4 GG ist wenig klar, rechtfertigt aber nicht, daß der Staat privatheitlich, also nicht hoheitlich agiert. Hoheitlichkeit ist nichts als Staatlichkeit, Ausübung von Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 GG), und somit jede staatliche Tätigkeit.

(Kommission/Luxemburg), Slg. 1996, I-3207 (3250, Rdn. 2); EuGH v. 02.07.1996 - Rs. C-173/94 (Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-3265 (3278, Rdn. 2); EuGH v. 02.07.1996 - Rs. C-290/94 (Kommission/Griechenland), Slg. 1996, I-3285 (I-3319, Rdn. 2); EuGH v. 03.07.1986 - Rs. 86/65 (Lawrie Blum), Slg. 1986, 2121 (2146 f.); EuGH v. 27.11.1991 - Rs. C-4/91 (Bleis), Slg. 1991, I-5638 (5641); vgl. auch A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 82 f.; vgl. i.d.S. auch BVerfGE 44, 249 (262), das augenscheinlich einen engen Begriff der "hoheitlichen Befugnisse als ständige Aufgabe" vertritt. Vgl. auch Fn. 223.

³⁵⁴ Vgl. H. *Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 37, Fn. 58.

³⁵⁵ Dazu Hinweise in Fn. 51 ff.

³⁵⁶ K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, passim, insb. S. 261 ff., 281 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 121 ff., insb. S. 130 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 420 f.; vgl. H. *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 604 ff.

Demgemäß gibt es keinen Handlungsbereich des Staates und keine Handlungsmittel des Staates, die sich von den verfassungsrechtlichen Bindungen, vor allem den Strukturprinzipien des Art. 20 GG und den Grundrechten lösen dürften. Hoheitlichkeit eignet in der Republik dem Volk, der Bürgerschaft. Hoheit ist die Freiheit des Volkes. Alle Befugnisse des Staates sind "hoheitsrechtliche Befugnisse" im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG³⁵⁷.

3. Verbeamtung der privatrechtlich öffentlich Bediensteten durch Ernennungsakte ad personam

Nach der jetzigen Gesetzeslage werden Beamte nicht gruppenhaft durch Gesetz in ein Beamtenverhältnis überführt, sondern durch Einzelakte ernannt (§§ 6 ff. BBG, §§ 5 ff. BRRG). Durch den Ernennungsakt, der ohne Einwilligung des Beamten nicht erfolgen darf³⁵⁸, wird dem Beamten ein Amt verliehen. Die Ernennung ist formgebunden. Sie erfolgt durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde (§ 6 Abs. 2 BBG, § 5 Abs. 2 BRRG).

Die Überführung von privatrechtlichen Dienstverhältnissen in Beamtenverhältnisse ist verfassungsgeboten. Aber die Einzelfallentscheidung bleibt notwendig, weil nicht alle Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes die Ernennungskriterien, etwa die gesundheitlichen, für Beamte erfüllen. Das geplante Gesetz ist in seiner Rigidität nicht verfassungsgemäß, kann aber verfassungskonform dahin interpretiert werden³⁵⁹, daß alle Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes in Beamtenverhältnisse überführt werden sollen, wenn sie die spezifischen Voraussetzungen für die Ernennung zum Beamten erfüllen.

4. Unvereinbarkeit der Verbeamtung der Arbeitnehmer des öffentlichen

³⁵⁷ Zur Problematik (rätselnd) *P. Kirchhof*, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Artikel 33 Abs. IV des Grundgesetzes, 1968; ganz unsicher *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 56 ff.; nahe dem Text *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 37.

³⁵⁸ Dazu *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 111, Rdn. 11.

³⁵⁹ Zur verfassungskonformen Interpretation von Vorschriften, die sonst verfassungswidrig wären, BVerfGE 49, 91 (95); 48, 40 (45); 70, 134 (137); 72, 278 (295); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 906; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, 11. Kap., I, 2.

Dienstes mit der Berufsfreiheit

Die geplante Überföhrungsmaßnahme kann Art. 12 Abs. 1 GG widersprechen.

a) Berufsfreiheit, Berufswahlfreiheit, Berufsausübungsfreiheit

Die Verfassungspraxis begreift Art. 12 Abs. 1 GG als ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, welches sowohl das Recht der freien Berufswahl, das der freien Wahl des Arbeitsplatzes und das der freien Wahl der Ausbildungsstätte als auch das Recht der freien Berufsausübung umfasse³⁶⁰. Diese Dogmatik hat das Grundrecht des Satzes 1, den Beruf frei zu wählen, ausgehöhlt und zu der ohnehin bestehenden Verbindlichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips reduziert. Vor allem die sogenannte Stufenlehre, die das Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil skizziert hat³⁶¹, gibt allenfalls ein Prüfungsschema her, weil sie in der Praxis nicht durchhaltbar war und ist³⁶². Die grundrechtliche Schutzintensität sollte sich von Regelungen der Berufsausübung über Regelungen von subjektiven Zulassungsschranken zu Regelungen objektiver Zulassungsschranken steigern, so daß die Belange des Gemeinwohls, welche derartige Regelungen rechtfertigen können sollen, ein zunehmend großes Gewicht haben müßten³⁶³. Die Stufenlehre hat keinen Halt im Wortlaut. Sie ist dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterlagen, welches wegen seiner Offenheit sachgerechte Entscheidungen zu begründen erlaubt. Der Sache nach ist das Gericht um praktische Vernunft und damit um das jeweils rechte Maß der Eingriffe in die

³⁶⁰ BVerfGE 7, 377 (400 ff., insb. 402); st. Rspr., BVerfGE 11, 30 (42 f.); 33, 303 (329 f.); 46, 120 (138 ff.); 50, 290 (362 ff.); 54, 237 (245 f.); 80, 269 (278 f.); 82, 209 (228 f.); anders wohl der EuGH, vgl. A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 392.

³⁶¹ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 19, 330 (336 f.); 46, 120 (138); R. *Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, § 147, Rdn. 59; *ders.*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, 1989, § 148, Rdn. 6 ff.

³⁶² Vgl. H. *Lecheler*, Artikel 12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 55 ff.; das beurteilt positiver R. *Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6 ff., 8 ff.

³⁶³ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 81, 70 (84), 85, 360 (373 f.); R. *Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 7; vgl. R. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 28.

Berufsfreiheit bemüht, also um Verhältnismäßigkeit der Politik³⁶⁴. Die Stufenlehre hat im Lehrbetrieb eine Rigidität erfahren, welche der Schwierigkeit abwägender praktischer Vernunft in keiner Weise gerecht wird. Vor allem hat das Bundesverfassungsgericht mit der Stufenlehre die Relativierung des uneinschränkbareren Grundrechts der freien Wahl des Berufes begründet und damit die Verfassung mißachtet.

b) Berufsbegriff, insbesondere das Kriterium erlaubter Tätigkeiten

Jede erlaubte Tätigkeit darf zum Beruf gemacht werden³⁶⁵. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gibt aber kein subjektives Recht darauf, daß Tätigkeiten erlaubt sind. Die Legalität von Tätigkeiten richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Prinzipien und Regeln, insbesondere nach Art. 2 Abs. 1 GG, dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit³⁶⁶. Das Verbot von beruflich genutzten Tätigkeiten ist keine objektive Zulassungsschranke zum Beruf (oder Gewerbe)³⁶⁷. Freilich darf der Gesetzgeber die freie Wahl des Berufes nicht dadurch beeinträchtigen, daß er unsachliche und gleichheitswidrige Voraussetzungen der Berufsausübung schafft. Wer einen Beruf wählt, etwa den des Steuerberaters, darf ihn noch nicht ausüben. Vielmehr muß er Prüfungen bestehen. Das sind Berufsausübungsregelungen, welche Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erlaubt. Diese Ausübungsregelungen können für die freie Berufswahl prohibitiv sein und dürfen darum die objektive Dimension der Berufswahlfreiheit nicht verletzen³⁶⁸. In die Freiheit der Berufswahl darf nur um der notwendigen Regelung

³⁶⁴ Vgl. BVerfGE 7, 377 (403 ff.); etwa BVerfGE 30, 392 (396); *R. Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6 ff.

³⁶⁵ BVerfGE 7, 377 (397); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 32, 311 (316); 48, 376 (388); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 81, 70 (85).; anders nur "schlechthin gemeinschädliche Handlungen" nicht berufsfähig, BVerwGE 22, 286 (287 ff., 289); 96, 302 (308 f.); i.d.S. auch *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 44; dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

³⁶⁶ *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339 ff. ; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

³⁶⁷ *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339 ff. ; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

³⁶⁸ Vgl. zur Lehre von der Berufsfreiheit *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, S. 877 ff., insb. Rdn. 56 ff.; *ders.*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, S. 957 ff.

der Berufsausübung willen eingegriffen werden³⁶⁹.

Welche erlaubte Tätigkeit beruflich ausgeübt wird, ist um der Persönlichkeit des Menschen willen eine selbstbestimmte Entscheidung³⁷⁰. In keiner Weise darf der Staat auf diese Wahl Einfluß nehmen. Die Beruflichkeit besteht darin, daß die Tätigkeit zur "Grundlage der Lebensführung" gemacht wird³⁷¹. Das Berufliche erfordert nicht, daß mit der Berufsausübung Einkünfte erzielt werden oder auch nur werden sollen³⁷². Erforderlich ist vielmehr, daß dem Beruf eine gewisse Könnerschaft zugrunde liegt. Der Berufsbegriff ist an dem Begriff der Profession des Preußischen Allgemeinen Landrechts orientiert. Wer nichts kann, hat keinen Beruf. Der ungelernete Arbeiter hat keinen Beruf, obwohl er dauerhaft seine Arbeitskraft einsetzt, um Einkünfte zu erzielen. Das Bundesverfassungsgericht tendiert mit dem Satz: "Die Arbeit als 'Beruf' hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde" zur entgegengesetzten Ansicht³⁷³. Der Gesetzgeber kann die Berufe gestalten und ordnen und dadurch typisieren³⁷⁴. Der Schutz der Gewerbefreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG, der weitestgehend der Praxis und herrschenden Lehre entspricht³⁷⁵, eliminiert das personalistische Element zugunsten eines kapita-

³⁶⁹ BVerfGE 7, 377 (403).

³⁷⁰ Vgl. zum "individual-personalen Ansatz" BVerfGE 50, 290 (362 f.); auch K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff., 339 ff.

³⁷¹ I.d.S. BVerfGE 7, 377 (397); 19, 33 (336 f.); 30, 292 (334); 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 75, 284 (292); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); i.d.S. auch BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

³⁷² Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362), wo dieser Aspekt nicht genannt ist.

³⁷³ BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362).

³⁷⁴ BVerfGE 13, 97 (117); 21, 173 (180 ff.); 25, 236 (247 f.); 34, 252 (254 ff.); 46, 43 (54); dazu R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 35 ff.

³⁷⁵ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 50, 290 (362 ff.); 53, 280 (363); 65, 196 (209 ff.); 74, 129 (148 f.); auch BVerfGE 97, 228 (252 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.); ganz so BVerwGE 71, 183 (189); 87, 183 (189); 87, 37 (39); BVerwG BayVBl 1992, 502 (505); dem folgend P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: I. v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1994, S. 814 ff., 832 ff.; ders., Unternehmen und Unternehmensfreiheit in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 29 ff.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rdn. 6, 115, 130, 135 ff., 225; R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 61; auch noch K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.; aber wie der Text ders., Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissi-

listischen aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit³⁷⁶.

c) Privatrechtlich beschäftigter und beamteter öffentlicher Dienst als unterschiedliche Berufe

Die geplante Regelung würde einen Berufszweig, den der privatrechtlich beschäftigten öffentlich Bediensteten, abschaffen, wenn diese Rechtsform des öffentlichen Dienstes ein eigenständiges Berufsbild prägen sollte. Die selbständige oder unselbständige Tätigkeit führt zu unterschiedlichen Berufen, wenn die Form der Tätigkeit unterschiedliches soziales Gewicht hat³⁷⁷. Auch die Tätigkeit als Beamter und als Arbeiter oder Angestellter im Privatrechtsverhältnis des öffentlichen Dienstes unterscheidet sich wesentlich durch die vielfältigen und schwerwiegenden Unterschiede des Rechtsverhältnisses, etwa das Kündigungs- im Gegensatz zum Disziplinarrecht, das Pensions- im Gegensatz zum Rentenrecht, die Sozialversicherungspflicht im Gegensatz zum Beihilfeanspruch, insbesondere die Gesetzlichkeit des Dienstverhältnisses im Gegensatz zur (weitgehenden) Tarifvertragsfreiheit, aber auch die Verwaltungsrechtlichkeit des Beamtenverhältnisses im Gegensatz zur Privatheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses. Beide Gruppen haben trotz gleicher Tätigkeiten wegen des Status unterschiedliche Berufe³⁷⁸. Daraus folgt, daß der Wechsel vom privatrechtlich beschäftigten Arbeiter oder Angestellten im öffentlichen Dienst zum Beamten ein Berufswechsel ist. Das geplante Gesetz würde insoweit die öffentlich Bediensteten zu einem Berufswechsel zwingen. Das widerspricht Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG. Nur mit Zustimmung der öffentlich Bediensteten darf somit die Umwandlung der Dienstverhältnisse in Beamtenverhältnisse durchgeführt werden.

d) Keine Ausnahme vom Beamtenprinzip nach Art. 33 Abs. 4 GG, schon gar nicht nach der Staatstreue

Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG verpflichten zwar den Staat, den Prinzipien republikanischer Staatlichkeit gemäß, den Vollzug der Gesetze Beamten zu

onsschutzrecht, in: W. Thieme (Hrsg.), *Umweltschutz im Recht*, 1988, S. 130, Fn. 178.

³⁷⁶ Kritisch K. A. *Schachtschneider*, Fallstudie *Umweltschutz*, S. 336 ff.

³⁷⁷ BVerfGE 7, 377 (398 f.); vgl. R. *Breuer*, *Freiheit des Berufs*, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 42.

³⁷⁸ Vgl. i.d.S. R. *Breuer*, *Freiheit des Berufs*, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 45 ff., zu den Besonderheiten der öffentlichen Ämter.

übertragen. Nur Ausnahmen läßt Art. 33 Abs. 4 GG zu, weil nicht jeder Vollzug der Gesetze Beamten in dem spezifischen Rechtsverhältnis von Beamten übertragen werden kann. In zunehmendem Umfang läßt die Praxis beliehene Unternehmer zu³⁷⁹. Beliehene Unternehmer sind private Unternehmer, denen (vermeintlich) öffentliche Aufgaben und hoheitliche Befugnisse übertragen werden³⁸⁰. Das Rechtsinstitut der Beleihung beruht auf einer irrigen Dogmatik der Staatsgewalt und verwechselt die Legalität privaten Handelns, das notwendig Gewalt ausübt, nämlich Wirkung auf andere hat, mit der Beleihung mit staatlichen Befugnissen zur Gewaltausübung, zumal der Aufgabenbegriff ohnehin formal ist, was heißt, daß Aufgaben, welche Private haben, privatheitlich und schlechterdings nicht staatlich sind³⁸¹.

Keinesfalls darf eine Republik aber zwischen Beamten in einem Verfassungstreueverhältnis und anderen öffentlich Bediensteten, die nicht in ein derart besonderes Verhältnis zum Staat eingebunden sind, unterscheiden³⁸². Das gibt der Passus "in der Regel" in Art. 33 Abs. 4 GG nicht her. Weil beide Gruppen von öffentlichen Bediensteten die Gesetze zu vollziehen haben, müssen sie den gleichen Anforderungen genügen³⁸³. Die Aufgaben

³⁷⁹ Dazu (kritisch) K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 240 ff., 250 ff., 270 ff.; vgl. aber J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 51, 53, 59 (selbst zweifelnd).

³⁸⁰ So oder ähnlich BVerwGE 29, 166 (169 ff.); 61, 222 (225 ff.); U. Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 222 ff.; R. Michaelis, Der Beliehene, 1969, S. 90 f.; W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 133 ff.; F. Ossenbühl und U. Gallwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 147 ff., bzw. S. 211 ff.; H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht II, § 104, Rdn. 2, S. 412 f.; H. W. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 12, Rdn. 14, S. 249; D. Ehlers, Verwaltung und Verwaltungsrecht, daselbst, § 1, Rdn. 15, S. 9; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 15, Rdn. 56 ff.

³⁸¹ Zur Kritik am Rechtsinstitut der Beleihung K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 240 ff., 270 ff.

³⁸² Zum dienstrechtlichen Treueverhältnis etwa BVerfGE 44, 249 (264); H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 91 ff.; J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 65, 135; wie der Text auch W. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 114 ff.

³⁸³ I.d.S. auch H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 135 ff.; J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 3 ff., 75 ff.

lassen sich nicht relevant unterscheiden. Eine besondere Staatstreue kann in der Republik kein Berufsmerkmal sein, weil das die Amtsfähigkeit der Bürger entgegen Art. 33 Abs. 2 GG differenzieren würde. Die Republik benötigt zwar eine Führende Schicht³⁸⁴, erlaubt aber keine rechtliche Unterscheidung zwischen einer staatstragenden Beamtenschicht und der Schicht der Untertanen, die an der Staatlichkeit im engeren Sinne nicht teilhaben dürfen und deren Verfassungstreue darum auch nicht bedeutsam ist. Alle Bürger sind in gleicher Weise der Verfassung und dem Verfassungsgesetz verpflichtet³⁸⁵. Alle Deutschen haben nach ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte, formuliert Art. 33 Abs. 2 GG im republikanischen Sinne³⁸⁶. Wer die Gesetze als öffentlich Bediensteter nicht ordentlich vollzieht, muß, wenn es unerträglich wird, aus dem öffentlichen Dienst entfernt werden. Wer die Gewähr für den jederzeitigen richtigen Vollzug der Gesetze nicht bietet, ist ungeeignet für den öffentlichen Dienst, sowohl als Beamter als auch als Angestellter oder Arbeiter. Eine privilegierte Schicht darf in der Republik nicht ausgesondert werden, auch nicht durch den Beamtenbegriff. Beamte sind Bürger wie alle anderen Bürger auch. Der Staat ist somit nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, den gesamten öffentlichen Dienst in einheitliche Rechtsverhältnisse, orientiert an den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, zu überführen. Das berechtigt ihn aber nicht, die öffentlich Bediensteten gegen ihren Willen in Beamtenverhältnisse zu überführen, weil sich die Beamtenverhältnisse tiefgreifend von den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen unterscheiden.

e) Vertrauensschutz der privatrechtlich öffentlich Bediensteten

Die Umwandlung der Dienstverhältnisse läßt sich nur langsam vollziehen.

³⁸⁴ Dazu *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 351 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 679 ff., insb. zum aristokratischen Prinzip der Republik.

³⁸⁵ Zur Verfassungstreue der Beamten als deren besonderes Persönlichkeitskriterium BVerfGE 39, 334 (346 ff.); 44, 249 (264); BVerwGE 47, 330 ff.; 47, 365 ff.; 61, 176 (183); *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 65, *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 91, 96 ff.; richtig *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 118.

³⁸⁶ Dazu *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 38 ff.; *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 18 ff.

Die öffentlich Bediensteten, die nicht in ein Beamtenverhältnis wechseln wollen, haben nach Maßgabe ihrer Rechtsverhältnisse Anspruch, weiter beschäftigt zu werden. Die weitere Begründung von privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen Dienst darf der Gesetzgeber unterbinden. Das wäre keine Einschränkung der Berufswahlfreiheit, weil nur erlaubte Berufe gewählt werden dürfen, der öffentliche Dienst in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen aber der Verfassung der Republik nicht entspricht. Die gegenwärtig beschäftigten öffentlich Bediensteten haben aber ein Recht auf Schutz ihres Besitzstandes aus dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzprinzip³⁸⁷. Die Dienstgeber wären berechtigt, die öffentlichen Dienstverhältnisse nach Maßgabe der kündigungrechtlichen Gegebenheiten zu beenden. Das ist nach den Rahmentarifen für längerbeschäftigte Bedienstete nicht möglich, weil sie nach fünfzehn Dienstjahren, frühestens nach Vollendung des 40. Lebensjahres und bei einer mindestens halbtäglichen Beschäftigungszeit, unkündbar sind (BAT, § 53 III, 1).

5. Aussonderung öffentlich Bediensteter, die nicht Beamte werden wollen

Eine Regelung, welche Angestellte und Arbeiter rechtlich als quasi Beschäftigte, aus dem öffentlichen Dienst aussondert, die nicht Beamte werden wollen, ist wegen des Vertrauensschutzprinzips verfassungswidrig. Auch Art. 14 Abs. 1 GG, die Eigentumsgewährleistung, wäre verletzt, weil der Arbeitsplatz ein Eigentum, wenn nicht das wichtigste Eigentum in der Arbeitsgesellschaft ist³⁸⁸. Der öffentliche Dienst ist durch eigenständige

³⁸⁷ BVerfGE 25, 269 (291); BGHZ 78, 41 (45 ff.); vgl. auch BVerfGE 13, 161 (170 ff.); 18, 429 (439); 25, 371 (406); 51, 361 (391); 68, 287 (306); 72, 141 (154); 72, 200 (243 f., 257 ff.); 72, 302 (321 ff.), unechte Rückwirkung, tatbestandliche Rückanknüpfung. Wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift, gilt das als eine echte, retroaktive, Rückwirkung; etwa BVerfGE 13, 261 (270 f.); 25, 371 (403 f.); 57, 361 (391); 63, 152 (175); 68, 187 (306); 72, 175 (196); dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, 18. Kap., V, VI.

³⁸⁸ P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 85, 100 f.; K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.; ders., Das Recht auf Arbeit, Manuskript 2000; i.d.S. auch H. C. Nipperdey (F. J. Säker), Kollektives Arbeitsrecht, S. 995 ff., der vor allem wegen des Sozialstaatsprinzips, aber auch wegen der Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG das Recht am Arbeitsplatz wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch § 823 Abs. 1 BGB als "sonstiges Recht" geschützt sieht; vgl. auch A. Söllner,

Prinzipien der Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG geregelt. Diese verdrängen aber den Eigentumsschutz nicht³⁸⁹, sondern geben der gesetzlichen Regelung dieses Eigentums, nämlich des Arbeitsplatzes im öffentlichen Dienst, eine besondere Orientierung. Die Maßnahme würde aber auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, weil mildere Mittel nicht vorgesehen sind. Es müßte eine Übergangsregelung getroffen werden. Jedenfalls wäre die Maßnahme allzu rigoros und darum mit dem der Gerechtigkeit verpflichteten Grundgesetz unvereinbar.

Arbeitsrecht, S. 80.

³⁸⁹ So aber die Praxis und die dieser folgende Lehre für das Beamtenverhältnis; etwa BVerfGE 3, 58 (153); 52, 303 (344 f.); st. Rspr.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 82; dagegen *K. A. Schachtschneider/M. Kläver*, Der versorgungsrechtliche Besitzstand der Postbetriebsärzte und der Postneuordnung, Telekompraxis 12/97, S. 28 ff.

5. Kapitel

Fallstudie Umweltschutz (FCKW-Verbot)

K. A. Schachtschneider (P. Wollenschläger)

I. Sachverhalt

Greenpeace fordert das Verbot der Herstellung und Nutzung von FCKW (Fluorchlor-Kohlenwasserstoff), weil dieses Treibgas die Ozonschicht beschädigt und dadurch Leben und Gesundheit der Menschen, Tiere und Pflanzen gefährdet. Die Bundesregierung verweist auf Sachverständigengutachten, welche die Kausalität des Gebrauchs von FCKW für die Beschädigung der Ozonschicht zwar für möglich, aber nicht für erwiesen erachten. Angesichts der industriellen und auch medizinischen Nutzung von FCKW in aller Welt, vor allem in den Entwicklungsländern, soll ein gänzlich Verbot erst auf Grund einer internationalen Absprache erfolgen, nachdem die Produktion und die Verwendung von FCKW in der Europäischen Gemeinschaft und in Deutschland auf Grund des Montrealer Protokolls schon drastisch eingeschränkt worden ist.

Die Unternehmen der chemischen Industrie legen dar, daß ein FCKW-Verbot ihre unternehmerischen Grundrechte verletze, zumal Betriebe stillgelegt und Arbeitnehmer entlassen werden müßten, aber auch marktgängige Produkte, die von FCKW abhängig seien, nicht mehr hergestellt werden könnten.

Ein Verbot könnte durch Bundesgesetz oder auf Grund einer Ermächtigung im Chemikaliengesetz durch Rechtsverordnung der Bundesregierung erfolgen.

Haben Mitglieder von Greenpeace ein Recht auf das Verbot der Herstellung und der Nutzung von FCKW und wie können sie ein solches Recht durchsetzen? Können die Unternehmen, die FCKW oder FCKW-Produkte herstellen, vertreiben oder nutzen, ein derartiges Verbot abwehren?

II. Erörterung der Rechtslage des Falles

A. Recht auf Schutz vor FCKW

I. Allgemeine Schutzpflichtlehre

1. Verfassungsrechtliche Grundlegung der Schutzpflichten

Praxis und Lehre leiten aus den Grundrechten nicht nur "subjektive Abwehrrechte" des Einzelnen gegen den Staat ab (subjektive Dimension)¹, sondern handhaben die Grundrechte als eine objektive Wertordnung, als "objektivrechtliche Wertentscheidung der Verfassung", an die Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtsprechung gebunden seien (objektive Dimension)². Die Grundrechte sind politische Leitentscheidungen für das gemeinsame Leben, die bestmöglich durch die Gesetze verwirklicht werden sollen. Darauf hat jeder Mensch oder Bürger Anspruch, nämlich das Recht auf Recht nach Maßgabe der Menschenrechte, die in den Grundrechten formuliert sind³.

Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG formuliert explizit, daß die Würde des Menschen zu

¹ BVerfGE 7, 198 (204); st. Rspr.; BVerfGE 13, 318 (325 f.); 50, 290 (337 f.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 96, 56 (64); 97, 350 (370 ff.); *K. Stern/M. Sachs*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. III/1, 1988, S. 558 ff.; *J. Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, HStR, Bd. III, 1988, § 57, Rdn. 82; *ders.*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, Rdn. 77 ff.

² BVerfGE 7, 198 (206 f.); 39, 1 (41); 49, 89 (141 f.); 56, 54 (73); 73, 261 (269); 77, 170 (124); 77, 381 (402 f.); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (253); 84, 212 (223); 87, 181 (198); 89, 214 (229 f.); 96, 56 (64); 97, 298 (313 ff.); 97, 350, (370 ff.); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 80 ff. (kritisch); *H. H. Klein*, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994, 489 ff.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 819 ff., auch S. 448 f.; *ders.*, Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, IHI-Schriften 9/1998, S. 26 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, Manuskript, 1999, S. 153 ff., 216 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 342 ff.

³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff.; *ders.* Freiheit in der Republik, S. 76, 136, 150, 174 f., 260; *ders.*, Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, S. 22 ff., 26 ff., insb. S. 32; i.d.S. BVerfGE 7, 198 (206 f.); st. Rspr., insb. BVerfGE 97, 298 (313); anders aber BVerfGE 97, 350 (370 ff.), Euro-Beschluß.

achten und zu schützen Verpflichtung aller staatlichen Gewalt sei⁴. Auch Art. 6 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 GG begründen ausdrücklich Schutzpflichten zugunsten der Ehe und Familie, der Mütter⁵ und "unehelichen Kinder"⁶. Das Wächteramt des Staates über die elterliche Pflege und Erziehung der Kinder nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG begründet ebenfalls eine Schutzpflicht⁷. Die Pflicht des Staates, den objektiven Gehalt der Grundrechte, deren Prinzipienhaftigkeit, zu verwirklichen, besteht für alle Grundrechte⁸.

Die wichtigsten schutzpflichtrechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind die in den folgenden Rechtssachen: Kindeswohl, BVerfGE 24, 119 ff.; Abtreibung (nasciturus I), BVerfGE 39, 1 ff.; lebenslange Freiheitsstrafe, BVerfGE 45, 187 ff.; Hanns-Martin Schleyer, Austausch gegen RAF-Gefangene, BVerfGE 46, 160 ff.; Kontaktsperre, RAF-Terror,

⁴ BVerfGE 49, 89 (142); 88, 203 (251 ff.); 102, 347 (367); *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, 1958, Art. 1, Rdn. 2; dazu *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, Bd. I, 1987, § 20, Rdn. 46 ff.; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 13.

⁵ BVerfGE 55, 154 (157 f.); 60, 68 (74); *H. Lecheler*, Schutz von Ehe und Familie, HStR, Bd. VI, 1990, § 133, Rdn. 49 ff.; *H. F. Zacher*, Elternrecht, HStR, Bd. VI, 1989, § 134, Rdn. 115 ff.; kritisch *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 96, 136; richtig *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 130 f.

⁶ BVerfGE 17, 148 (153 f.); 25, 167 (173); 79, 203 (209); 84, 168 (184 f.); *H. F. Zacher*, Elternrecht, HStR, Bd. VI, § 134, Rdn. 120 ff.

⁷ BVerfGE 24, 119 (144); 55, 171 (179); auch BVerfGE 60, 79 (88 ff.); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 14 ff., 78.

⁸ Vgl. für Art. 2 Abs. 2 GG BVerfGE 35, 202 (221); 39, 1 (42); 46, 160 (164 f.); 49, 89 (141 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (73, 78, 80); 77, 170 (214); 88, 203 (251 ff.); für Art. 5 Abs. 3 GG BVerfGE 36, 321 (331); für Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG BVerfGE 97, 298 (313 f.); einschränkend für Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG BVerfGE 97, 350 (370 ff.); für Art. 6 Abs. 1 GG BVerfGE 6, 55 (76); 76, 1 (42 f., 49); 84, 133 (155 f.); 88, 203 (258); für Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 81, 242 (256); *K. Stern/M. Sachs*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 943 ff.; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 80 ff., 86, 93 f., 129 (außer den Gleichheitssätzen dogmatisch nicht ohne Kritik); *E. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff.; *H. H. Klein*, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994, 489 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 551 ff., 670 ff., 819 ff.; vgl. auch *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 324 ff., insb. S. 356; vgl. zum Ganzen auch *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992.

BVerfGE 49, 24 ff.; Atomkraftwerk Kalkar I, BVerfGE 49, 89 ff.; Atomkraftwerk Mühlheim-Kährlich, BVerfGE 53, 30 ff.; Flughafen Düsseldorf, Fluglärm, BVerfGE 56, 54 ff.; Raketenstationierung, BVerfGE 66, 139 ff.; Fluglärm des Flughafens Salzburg, BVerfGE 72, 66 ff.; Lagerung chemischer Waffen (C-Waffen), BVerfGE 77, 170 ff.; Zwischenlager für Kernbrennelemente, BVerfGE 77, 381 ff.; Straßenverkehrslärm, BVerfGE 79, 174 ff.; Atomkraftwerk Kalkar II, BVerfGE 81, 310 ff.; Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter, BVerfGE 81, 242 ff.; Abtreibung (nasciturus II, BVerfGE 88, 203 ff.; Bürgschaft einer geschäftsunerfahrenen Tochter, BVerfGE 89, 214 ff.

Die Schutzpflicht gebietet dem Staat, die grundrechtlich geschützten Güter, wie die Würde, das Leben, die Gesundheit, die Ehe, die Familie, vor allem die Kinder, aber auch den Beruf und insbesondere das Eigentum, vor Eingriffen von Menschen, seien diese privat oder staatlich, von innen oder von außen, aber auch vor Eingriffen der Natur zu bewahren⁹. Die Schutzpflichten sind nicht darauf beschränkt, die Integrität der Menschen gegen Verletzungen durch andere Menschen als Besonderen, also gegen deren privates Handeln, zu verteidigen und damit den menschheitlichen Grundsatz, daß einer den anderen nicht schaden dürfe (Grundsatz des *neminem laedere*) zu verwirklichen, wie *Josef Isensee* lehrt¹⁰, der die Schutzpflichtdogmatik in ein (vermeintliches) Wirkungsdreieck "Staat – Störer – Opfer" einzwängt und dabei Störer und Opfer auf Private beschränkt¹¹. Darum nimmt *Isensee* Gefährdungen der Schutzgüter durch die Natur, aber auch Gefährdungen durch den Staat und insbesondere Gefährdung durch auswärtige Staaten aus der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates aus¹². Die Natur sei kein Störer und dem Staat würden zum Schutz der grundrechtsgeschützten Güter die Grundrechte in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte entgegen-

⁹ BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); st. Rspr.; BVerfGE 88, 203 (251 ff.); 90, 145 (195); vgl. *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 93.

¹⁰ HStR, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Bd. V, § 111, Rdn. 89, 102 ff., 128, 134 f., 140, 151, 157, 177.

¹¹ Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 1 ff., insb. Rdn. 5, auch Rdn. 174, u. ö.

¹² Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 89, 112 bzw. Rdn. 89, 93 ff.

gehalten werden können¹³. Gefährdung durch die Natur, aber auch Gefährdung durch auswärtige Staaten habe der Staat nach anderen Rechtsprinzipien entgegenzutreten.

Zweck des Staates ist es, das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit zu ermöglichen¹⁴. Die Leitprinzipien des guten Lebens sind die Grundrechte, deren Verwirklichung der Staat gewährleisten soll (Grundrechtsverwirklichungsprinzip). Dieser Staatszweck wird durch Rechtlichkeit mittels allgemeiner Gesetzlichkeit verwirklicht¹⁵. Zur Rechtlichkeit gehört die bestmögliche Wirklichkeit der Menschenrechte, und zwar der liberalen und der sozialen, aber auch der ökologischen Menschenrechte, als Materialisierung der Menschheit des Menschen¹⁶. Die Menschenrechte schützen die essentiellen Güter der Menschen, wie das Leben, die Gesundheit, die Arbeit, den Beruf, die Rede und das Eigentum, das Eigene des Menschen im weitesten Sinne also¹⁷.

Mittels des Sozialprinzips¹⁸, welches das Grundgesetz unverrückbar in Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 und Art. 23 Abs. 1 S. 1 verankert und um der Verfassung der Menschheit willen des Menschen willen verfassungsgesetzlich, also höchstrangig, allseitig verbindlich machen mußte und muß¹⁹,

¹³ Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 1 ff., 9 ff., 37 ff., 89.

¹⁴ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 299 ff., 350 ff., 573 ff., 625 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 205 ff.

¹⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 126 ff., 145 ff., 153 ff., 275 ff., 519 ff., 637 ff., 868 ff., 978 ff., 990 ff., 1027 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 26 ff., 87 ff., 96 ff., 203 ff., 230 ff.; für einen „Gesetzesvorbehalt“ auch J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 151 ff.

¹⁶ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 446 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 76, 136, 150, 174 f., 260.

¹⁷ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, 1999, S. 744 ff.

¹⁸ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip, zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974; ders., Res publica res populi, S. 234 ff.; ders., FS. W. Leisner, S. 755 ff.; W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998, S. 200 ff.

¹⁹ Ganz so BVerfGE 84, 90 (120 f.); K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 440, 575; ders., Das Sozialprinzip, S. 35 ff., 48 ff., 71; W. Hankel u. a., Die Euro-

sind auch die sozialen Menschenrechte, welche in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 aufgeführt sind, wie das Recht auf Eigentum (Art. 17 Abs. 1), das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 22)²⁰, das Recht auf Bildung (Art. 26), das Recht auf Arbeit (Art. 23 Abs. 1), höchstrangige Prinzipien Deutschlands. Das folgt bereits aus Art. 1 Abs. 2 GG, aber auch aus dem Rang des Sozialprinzips, welches durch die Menschenrechte materialisiert wird. Die sozialen Menschenrechte bilden eine untrennbare Einheit mit den liberalen Menschenrechten²¹. Art. 6 Abs. 2 der Erklärung zum Recht auf Entwicklung der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 4. Dezember 1986 erklärt die Menschenrechte für "unteilbar und interdependent". Die Schlußerklärung der Wiener Menschenrechtskonferenz spricht 1993 von der "Allgemeingültigkeit", "Unteilbarkeit" und dem "Zusammenhang" der Menschenrechte. Das Sozialprinzip ist verwirklicht, wenn alle Menschenrechte ihrer objektiven Dimension nach Lebenswirklichkeit aller Menschen sind²², d. h. wenn alle Menschen leben können, gesund sind, arbeiten können und insbesondere ein Eigentum haben, das ihre Freiheit, nämlich ihre Selbständigkeit, gewährleistet²³. Der (materiale) Rechtsschutz durch die Grundrechte in Verbindung mit dem Sozialprinzip schafft die Rechtsgüter, welche der Staat zu verwirklichen hat, sei es durch Schutz, sei es durch Förderung. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründet "aus seinem objektiv-rechtlichen Gehalt die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen

Klage, S. 202.

²⁰ „Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuß der für seine Würde und die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.“

²¹ *H. von Senger*, Der Menschenrechtsgedanke im Lichte chinesischer Werte, in: *W. Schweidler* (Hrsg.), *Menschenrechte und Gemeinsinn – westlicher und östlicher Weg?*, 1998, S. 267 ff.; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Recht der Vertragsärzte des Sozialgesetzbuchs V, Rechtsgutachten, 1999, S. 4; i.d.S. *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30 (1972), S. 69 ff., 80 ff., 90 ff.

²² I.d.S. *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30 (1972), S. 80 ff., 90 ff.; *W. Hankel u. a.*, Die Euro-Klage, S. 201.

²³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, *FS W. Leisner*, S. 755 ff.

und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren"²⁴.

Der Staat, das Gemeinwesen freier Menschen, nämlich die "Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" (Kant)²⁵, hat alle seine Möglichkeiten²⁶ zu bemühen, um die Verwirklichung der grundrechtsgeschützten Güter des Menschen, diese Grundrechte der Menschen, zu fördern. Darin besteht die Rechtlichkeit der Menschenrechte, nicht lediglich in der liberalistischen Abwehrwirkung der Grundrechte gegen einen Staat, der diese Rechte schmälert. Die liberalistische Grundrechtskonzeption begünstigt nur die Menschen durch die Menschenrechte, welche über die geschützten Güter verfügen, nicht aber alle Menschen, deren gutes Leben aber allgemeines Interesse des Gemeinwesens ist und sein muß²⁷. Eine solche Dogmatik trifft besonders schmerzlich die Menschen, die keine Arbeit haben, die sich nicht ausbilden können und die über kein oder wenig Eigentum verfügen. Jeder Mensch hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, wie bereits dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG entnommen werden kann, aber auch das Recht auf Eigentum; denn das Eigentum wird jedem Menschen gewährleistet²⁸; darum stehen Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG "unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung", darum wacht die staatliche Gemeinschaft über die Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und darum haben Mütter nach Art. 6 Abs.

²⁴ BVerfGE 53, 30 (57); so auch BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); 88, 203 (251); 90, 145 (195); vgl. *D. Lorenz*, Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 128, Rdn. 44.

²⁵ *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431; *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 519.

²⁶ Zum dogmatischen Vorbehalt des Möglichen *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, 1992, § 112, Rdn. 57 ff., 94, 107 f.; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 144; i.d.S. auch *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 107 ff.

²⁷ Vgl. die Hinweise in Fn. 14, 15; zu diesem Gerechtigkeitsargument *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 26 ff., der sich freilich darüber hinwegsetzt.

²⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, FS W. Leisner, S. 744 ff., insb. S. 755 ff.

4 GG "Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft".

Die "Rechte" der Grundrechte sind nicht nur als Abwehrrechte zu begreifen, sondern eben auch, wie man sagt, als Teilhaberechte²⁹, besser als soziale Grundrechte³⁰, nämlich als Rechte auf Leben, auf Gesundheit, auf Arbeit, auf Eigentum, zusammengefaßt Rechte auf gutes Leben gemäß dem Staatszweck einer Republik, dem guten Leben aller in allgemeiner Freiheit³¹. Wie das Sozialprinzip binden die Grundrechte in ihrer objektiven Dimension als politische Leitentscheidungen³² das als Staat organisierte Gemeinwesen, die Republik. Sie materialisieren das gute Leben in der Gemeinschaft und bestimmen damit die Zwecke derselben, die Staatszwecke also. "Das Grundgesetz enthält in seinem Grundrechtsabschnitt verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts" (BVerfGE 89, 214 (229)). Die Rechte sollen die grundrechtlich geschützten Güter schützen und fördern, also die Würde, das Leben, die Gesundheit, das Eigentum, usw. Nur eine solche soziale Grundrechtslehre³³ genügt dem Sozialprinzip, das ein gemeinschaftliches Leben, ein Leben in Brüderlichkeit, anstrebt³⁴, ein Leben, in dem jeder Mensch nicht nur zum Glück finden darf, sondern auch kann, also in seinem Streben nach Glück von der Gemeinschaft, in der er

²⁹ P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 82 ff., 89, 111 ff.; D. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 1 ff., 21 ff., 26 ff., 40 ff.

³⁰ P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 69 ff., 80 ff., 90 ff.; auch K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip, S. 17 f., 19 f., 68; dazu kritisch D. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 40 ff.

³¹ Hinweis in Fn. 14.

³² Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 461 ff., 819 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 153 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 89, 214 (229).

³³ Grundlegend P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 69 ff., 80 ff., 90 ff.

³⁴ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 234 ff.; W. Hankel u. a., Die Euro-Klage, S. 200 ff.; so auch P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 60, 99, passim; insoweit auch D. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 31, 48, der (wie viele) die soziale Grundrechtslehre mit fragwürdigen Argumenten der geringen Bestimmtheit und der Verschiebung der politischen Funktionen von der Legislative zur Judikative, aber auch mit Übertreibungen kritisiert, vgl. Rdn. 90 ff., u. ö.

lebt, gefördert wird³⁵, in dem der Mensch ein wirkliches Recht auf Glück hat, dessen Wirklichkeit das Gemeinwesen zu gewährleisten sucht. Nur durch ein soziales Grundrechtsverständnis wird das Defizit des Grundgesetzes, welches die sozialen Grundrechte trotz seines Bekenntnisses zu den "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt" in Art. 1 Abs. 2 GG nicht expliziert hat, ausgeglichen. Die soziale Grundrechtslehre ist Gebot der Verfassung der Menschheit des Menschen, nämlich des Sozialprinzips³⁶. Nur eine solche Interpretation wird dem Weltrechtsprinzip des Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte gerecht, welches lautet:

"Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen."

Mit dem Weltrechtsprinzip ist eine liberalistische Grundrechtslehre schlechterdings unvereinbar. Liberalistisch interpretiert wäre das Grundgesetz menschenrechtswidrig³⁷. Das Sozialprinzip gewinnt somit mittels der Grundrechte grundrechtlichen Schutz und wird verfassungsbeschwerdefähig³⁸, wie es nach der Praxis des Bundesverfassungsgerichts auch für die anderen Grundprinzipien des Grundgesetzes, insbesondere das Rechtsstaatsprinzip, gilt, deren Mißachtung eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG sein kann³⁹.

³⁵ Ganz so *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 80 ff., 90 ff.

³⁶ I.d.S. *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 69 ff., 80 ff., 90 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Das Sozialprinzip, S. 17 f., 19 f., 68; dagegen *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 44 ff.

³⁷ Zur Problematik vgl. *J. Isensee*, Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19 (1980), S. 367 ff.; auch *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 44 ff.

³⁸ Ganz so *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 80 ff., 90 ff., 121 ff.

³⁹ Vgl. BVerfGE 6, 32 (37 f.); 11, 105 (110); 19, 253 (257); 29, 402 (408); 34, 369 (378 f.); 34, 384 (395); 49, 24 (57); 59, 275 (278); 75, 108 (146); 80, 137 (152 f.); 90, 145 (172).

"Recht" im Sinne der Grundrechte ist somit mehr als ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat. Es ist eine verfassungsrangige Gewährleistung, wie das Art. 14 Abs. 1 GG richtig für das Eigentumsgrundrecht formuliert, bestimmter Güter, wie das Leben usw., welche dadurch zu verfassungsrangigen Rechtsgütern, zu Schutzgütern der staatlichen Gemeinschaft werden.

Diese Lehre entspricht der älteren Grundrechtstradition. Die objektive Dimension der Grundrechte ist der eigentliche Grundrechtsgehalt. So wurden die Rechte des Menschen und des Bürgers der Französischen Revolution verstanden⁴⁰. Die subjektive Dimension eröffnet dem Einzelnen Rechtsschutz. Der Liberalismus des deutschen Konstitutionalismus hat die Grundrechte zu liberalen Abwehrrechten restringiert und damit entrepublikanisert. Er hat die soziale Frage nicht als Rechtsfrage gelten lassen⁴¹. Diese Politik wurde durch die sozialen Verfassungsprinzipien der Weimarer Reichsverfassung, aber auch der Landesverfassungen nach dem Zweiten Weltkrieg, vor allem aber durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und die dieser folgenden Sozialpakte, insbesondere durch die Europäische Sozialcharta von 1961 und durch den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966⁴², revidiert. Die liberalistische Restauration seit den fünfziger Jahren, welche die Staatsrechtslehre nach wie vor dominiert⁴³, hat das Sozialprinzip zurückgedrängt⁴⁴ und den Grundrechten einen wesentlichen Gehalt menschheitlicher Substanz streitig gemacht. Die Lehre von den sozialen Teilhaberechten, vor allem von *Peter*

⁴⁰ *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 25 ff., 32; *K. Stern*, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, HStR, Bd. V, 1992, § 108, Rdn. 13 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 353 f.

⁴¹ Das hat *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 80 ff., 90 ff., nachgeholt; i.d.S. auch *K. A. Schachtschneider*, Das Sozialprinzip, 1974; auch *H.-F. Zacher*, Das soziale Staatsziel, HStR, Bd. I, 1987, § 25, S. 1045 ff..

⁴² Dazu *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 41 ff., 44 ff.

⁴³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Wende, JöR, NF 42, 1994, S. 23 ff.

⁴⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Das Sozialprinzip, S. 35 ff., 52 ff.; vgl. etwa die Aufsätze in: *E. Forsthoff*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, insb. *E. Forsthoff* (Hrsg.), selbst daselbst, S. 172 ff., 186 ff., 200.

Häberle vorgetragen⁴⁵, und die Schutzpflichtlehre des Bundesverfassungsgerichts finden weitgehend zur Substanz der Grundrechte zurück⁴⁶. Durch "Teilhabe an Gütern und Leistungen der Allgemeinheit" soll die "reale Freiheit" (im Gegensatz zur "formalen", "rechtlichen" Freiheit) gefördert werden⁴⁷. Diese "reale Freiheit", die Möglichkeiten des guten Lebens schafft, ist richtigerweise Eigentum, auf das jeder Mensch ein Verfassungsrecht hat⁴⁸.

Die Schutzpflichtlehren sind somit nicht textlos, wie *Josef Isensee* kritisiert⁴⁹, sondern eigentlicher Gehalt der menschenrechtlichen und damit sozial verstandenen Grundrechte⁵⁰. "Alle Grundrechte sind soziale Grundrechte" (*Peter Häberle*)⁵¹. Der abwehrrechtliche Gehalt der Grundrechte ist (lediglich) eine Wirkung derselben, nämlich die durchaus notwendige Abwehrwirkung gegen den Staat, der die Schutzgüter der Grundrechte kraft seiner Gewalt (Macht) vor allem als Gesetzgeber wie kein anderer gefährden

⁴⁵ Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 80 ff., 90 ff.; dazu *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 1 ff., 21 ff., 86 ff.; *K. Stern/M. Sachs*, Staatsrecht III, 1, 1988, § 67, Leistungsansprüche S. 687 ff.

⁴⁶ I.d.S. *E. Denninger*, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, HStR, Bd. V, 1992, § 113, Rdn. 1 ff., 40 ff.; zum Zusammenhang auch *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 20.

⁴⁷ Kritisch berichtend *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 26 ff.; so aber richtig *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 68, 70, 96, S. 85, 91, 104, der auch von „sozialer Freiheit“ spricht.

⁴⁸ *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.

⁴⁹ Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 9 ff.

⁵⁰ So *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 69 ff., 80 ff., 90 ff.; demgegenüber lehnt *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 61 ff., 86 ff., insb. Rdn. 90 ff. die „Umfunktionierung“ der „negativen“ Freiheitsrechte in „positive“ Rechte auf „reale“ Freiheit“ ab; vgl. aber BVerfGE 33, 303 (330 ff.), numerus clausus. Zur sozialen Funktion der Grundrechte im Europarecht: *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 333 ff.

⁵¹ Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 76, 92.

und verletzen kann. Der Staat muß auch Rechtsschutz gegen seine eigenen Organe geben, auch gegen den Gesetzgeber, dessen eigentliche Aufgabe die Verwirklichung des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit ist. Darum gibt es die Verfassungsgerichtsbarkeit, welche die Verfassung, die Menschheit des Menschen⁵², die Menschenrechte des Menschen schützen soll⁵³, aber im oligarchischen Parteienstaat zunehmend versagt⁵⁴. Der Staat hat die Grundrechte als politische Leitentscheidungen in jeder Weise zu fördern und zu schützen, auch gegen staatliche Maßnahmen. Die Abwehrwirkung der Grundrechte aktiviert nichts anderes als die Schutzpflicht der Gerichte, vor allem der Verfassungsgerichte, gegen die Grundrechtsgefährdungen oder die Grundrechtsverletzungen durch andere Organe des Staates, seien es Organe der Legislative oder seien es Organe der Exekutive oder auch Organe der Judikative. Darum spricht man vom Rechtsschutz. Abgewehrt werden Handlungen des Staates, die das Recht verletzen. Das führt zu einer Art Anfechtungsklage. Pflichtwidriges Unterlassen berechtigt zur Verpflichtungsklage (eine Art Leistungsklage), zur Schutzpflichtklage eben. In allen Prozessen geht es um die Grundrechtsverwirklichung.

Weil die Rechtsgüter nicht nur durch den Staat selbst, sondern auch durch nichtstaatliche, also private Mächte, durch einzelne Menschen und noch mehr durch Bündnisse von Menschen, welche ihre Vorteile auf Kosten anderer Menschen suchen, gefährdet sind, ist der Staat mit den Befugnissen und Möglichkeiten ausgestattet, sich gegenüber jeder Gewalt (Macht) im Staat durchzusetzen, fragwürdig Gewaltmonopol genannt⁵⁵. Das ist die Polizeifunktion des Staates, die sich im Gesetzesstaat auch in Schutzpflichten des Gesetzgebers materialisiert, weil der Gesetzgeber durch die Geset-

⁵² K. A. Schachtschneider (*O. Gast*), Sozialistische Schulden nach der Revolution, 1996, S. 29 ff., 50 ff.

⁵³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 909 ff., 932 ff.

⁵⁴ K. A. Schachtschneider, Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, S. 19 ff.; *ders.*, Der republikwidrige Parteienstaat, FS H. Quaritsch, 2000, S.141 ff., 160 f.

⁵⁵ J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 142, 176; umfassend *ders.*, Grundrechtsvoraussetzung und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, HStR, Bd. V, 1992, § 115, Rdn. 109 ff.; *ders.*, Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, 1987, § 13, Rdn. 74 ff.; kritisch K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, Rechtsgutachten, 2000, S. 271 ff., 284 ff.

zesordnung die Rechtsgüter zu verwirklichen und zu schädigen vermag. Die Rechtsetzungspflicht folgt auch aus dem allgemeinen Gesetzlichkeitsprinzip⁵⁶, weil die (exekutive) Polizei nicht ohne gesetzliche Handlungsbefugnis gegen Gefährdungen der Rechtsgüter einzuschreiten berechtigt ist⁵⁷. Der Staat muß somit eine Gesetzesordnung bereithalten, welche die Menschen bestmöglich in dem Eigenen (Leben, Gesundheit, Eigentum usw.) schützt und fördert (Gesetzlichkeitsprinzip)⁵⁸. Die grundrechtsgeschützten und damit rechtsschutzfähigen Schutzpflichten gehören im freiheitlichen Gemeinwesen, in der Republik, zur Staatlichkeit des Staates, dessen wesentlicher Zweck die Sicherheit der Menschen⁵⁹ und damit der Schutz der elementaren Güter des Menschen, wie das Leben, die Gesundheit und das Eigentum, ist.

Ein Grundrecht auf Umweltschutz soll das Staatsziel Umweltschutz des Art. 20 a GG nicht begründen⁶⁰. Dieses Staatsziel verpflichtet den Staat "in Verantwortung für die künftigen Generationen" zum bestmöglichen Schutz der "natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung". Allein aus Art. 20 a GG wird ein subjektives Recht auf bestimmte umweltschützende Gesetze

⁵⁶ Hinweise wie in Fn. 15.

⁵⁷ *F.-L. Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1989, Rdn. 53; *V. Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, Rdn. 171 ff.; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 151 ff.

⁵⁸ Dazu *E. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 89, 1635 f.; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 137 ff., 151 ff.; vgl. die Hinweise in Fn. 8.

⁵⁹ *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff., 21 ff.; *ders.*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 83, 137 ff.; *ders.*, Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, § 13, Rdn. 62 ff., 74 ff.; *V. Götz*, Innere Sicherheit, HStR, Bd. III, 1988, § 79, Rdn. 7 ff.; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 121 ff.; *Ch. Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 27 ff.; *G. Ress*, daselbst zum nämlichen Thema, S. 90 f.; klar und deutlich BVerfGE 49, 24 (56 f.); auch BVerwGE 49, 202 (209); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 353 f.

⁶⁰ BVerwGE 54, 211 (219); *Ph. Kunig*, in: I. v. Münch/Ph. Kunig, GG-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 2, Rdn. 71; *D. Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 1996, Art. 20 a, Rdn. 12; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 a, 1996, Rdn. 33 f.

nicht hergeleitet⁶¹. Der grundrechtliche Schutz vor Gefahren der Umwelt kann weitgehend auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und auch auf die allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gestützt werden. Die Überlegungen zur sozialen Grundrechtslehre können auch für eine ökologische Grundrechtslehre fruchtbar gemacht werden, so daß Art. 20 a GG entgegen der Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers verfassungsbeschwerdefähig wird.

2. Gefahrbegriff der grundrechtlichen Schutzpflichten

Die Grundrechte verpflichten den Staat zu bestmöglicher Verwirklichung der grundrechtsgeschützten Güter (Grundrechtsverwirklichung) und damit zum größtmöglichen Schutz vor Gefahren für die grundrechtsgeschützten Rechtsgüter⁶². Der Schutz der Grundrechtsgüter muß effektiv sein⁶³. Eine Gefahr ist die Möglichkeit, daß die (grundrechtsgeschützten) Güter Schaden nehmen, d. h. verletzt werden⁶⁴. Ein Schaden ist möglich, wenn die Entwicklung (zukünftiges Geschehen) einen Schaden nach der Erfahrung möglich erscheinen läßt. Maßgeblich sind die Theorien der Wirklichkeit und deren Entwicklung, also die theoretische (empirische) Kausalität der Gegebenheiten, die einen Schaden nach sich ziehen kann. Schaden ist jede Rechtsverletzung⁶⁵, ein Grundrechtsschaden eine Verletzung des durch das jeweilige

⁶¹ R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20a, Rdn. 33; D. Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 20 a, Rdn. 12.

⁶² BVerfGE 49, 89 (143); vgl. auch weitere Hinweise in Fn. 8 und 63; K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht", in: W. Thieme (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S. 85 f.; K. Bedner, Gesundheitsschutz und Gesundheitsförderung in Betrieben, 2001, S. 30 ff., 40 ff., 53 ff. zur Schutzvorsorge, mit weiteren Hinweisen.

⁶³ BVerfGE 39, 1 (42 ff.); 46, 160 (164); 49, 89 (148); 53, 30 (57 ff.); 56, 54 (73, 80 ff.); 88, 203 (254); K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 85; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 91, 138, 165 ff.; E. Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, HStR, Bd. V, § 113, Rdn. 3 ff.; allgemein W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 24 ff., 38 ff.

⁶⁴ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 87 ff., 95 ff.; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 106; vgl. F.-L. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 61 ff.

⁶⁵ V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 141; W. Martens, Gefahrenabwehr, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. 1986, S. 232 ff., 245 ff.; F.-L.

Grundrecht geschützten Gutes, wie etwa das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum. Das allgemeine Sicherheitsrecht (Polizeirecht) sieht erst in einer Sachlage, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, also zu einer Rechtsverletzung, führen wird, eine Gefahr⁶⁶. Die Sachlage und die Wahrscheinlichkeit des Schadens wird mit dem jeweiligen Sachverstand beurteilt, der den gesetzesgemäßen Amtswaltern typischerweise zu Gebote steht (Fachverstand), also von Polizisten mit deren üblichen Kenntnissen gemäß der allgemeinen Lebenserfahrung (Polizeiverstand)⁶⁷. Die Behörden müssen so eingerichtet sein, daß sie die Gefahren ihres Verantwortungsbereichs zu erkennen befähigt sind (sachgerechter Fachverstand), d. h. für die Sicherheit von Kernkraftwerken müssen Fachleute der Reaktorsicherheit verantwortlich sein.

3. Intensität der Schadensabwehr und Schadensvorsorge

Die Intensität der Schadensabwehr und der Schadensvorsorge ist eine Frage der von den Grundrechten geleiteten praktischen Vernunft. "Die Schutzverpflichtung des Staates muß um so ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist" (BVerfGE 39,1 (41 f.). Weiterhin hängen die Handlungspflichten des Staates von Nähe und Ausmaß der möglichen Schäden, aber auch von den für die Gefahrenabwehr schon vorhandenen Regelungen ab⁶⁸. Je größer die möglichen Schäden sind, desto geringere Anforderungen dürfen an die Wahrscheinlichkeit des in der Zukunft aufgrund des gegebenen Sachverhalts erwartbaren Schadens gestellt werden

Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 73 ff.

⁶⁶ V. *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 140, 142; W. *Martens*, Gefahrenabwehr, S. 224; F.-L. *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 61 ff. (wenig klar); zu den verschiedenen die polizeirechtliche Schutzpflicht relativierenden Klauseln K. A. *Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 87 f.; so auch J. *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 106.

⁶⁷ BVerwGE 55, 250 (254); W. *Martens*, Gefahrenabwehr, S. 224; V. *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 146, 151; K. A. *Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 96 ff.

⁶⁸ BVerfGE 49, 89 (142); zur Schutzvorsorge K. *Bedner*, Gesundheitsschutz und Gesundheitsförderung in Betrieben, S. 53 ff.

("Je-desto-Formel")⁶⁹. Das Atomrecht etwa verbietet jede Möglichkeit eines Schadensfalles durch den Bau oder den Betrieb eines Atomkraftwerkes (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG)⁷⁰.

Wegen der Schutzpflicht müssen Verletzungen von Grundrechtsgütern nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Die Schutzwirkung darf wie die Abwehrwirkung der Grundrechte vom Gesetzgeber um der verfassungsgemäßen Gesamtordnung willen auf Grund der expliziten oder impliziten Grenzen der Grundrechte, etwa der, daß kein Handeln (nach Maßgabe der Gesetze) andere schädigen darf (allgemeines Freiheitsprinzip⁷¹), eingeschränkt werden. Zwischen der Schutzpflicht für ein grundrechtsgeschütztes Rechtsgut und dem allgemeinem Interesse an der dieses Rechtsgut gefährdenden Betätigung ist abzuwägen⁷². Der Wesensgehalt der relevanten Grundrechte, der, was immer diese materialisieren⁷³, nicht angetastet werden darf (Art. 19 Abs. 2 GG), und die Prinzipien der praktischen Vernunft, insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip⁷⁴, sind zu verwirklichen.

⁶⁹ Vgl. die Hinweise bei *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 88 in Fn. 16.

⁷⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 83 ff.

⁷¹ Den Grundsatz des *neminem laedere* stellt *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 89, 102 ff., 128, 134 f., 140, 151, 157, 177, in den Mittelpunkt seiner Schutzpflichtdogmatik.

⁷² Etwa BVerfGE 39, 1 (47); 49, 24 (55 f.); 77, 170 (214 f.); 88, 203 (254); 89, 241 (232); 96, 56 (64); vgl. auch zur „Einheit der grundgesetzlichen Wertordnung BVerfGE 28, 243 (261); 30, 1 (19); 30, 173 (193); 34, 269 (287); 35, 202 (225); zur Abwägung im Rechtswesen allgemein *R. Alexy*, Theorie des Grundrechts, 1975, S. 71 ff., 145 ff.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. III/2, 1994, § 84 IV, S. 814 ff.; *W. Leisner*, Der Abwägungsstaat, Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 1997, S. 152 ff. (kritisch); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 419, 880 ff., 895 ff., 900 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 66 ff., 247 ff., 361; zum schutzpflichtrechtlichen Abwägungsgebot *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 173 ff., mit fragwürdiger Schrankenlehre.

⁷³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., 831 ff.

⁷⁴ Dazu umfassend *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 143 ff., vgl. auch daselbst S. 336 ff., 353 ff.

4. Standard des Standes von Wissenschaft und Technik

Der Gesetzgeber muß Regelungen treffen, welche, wie im Atomrecht, den Eintritt eines Schadens entweder ausschließen oder bestmöglich verhindern, falls andere Belange des Gemeinwohls eine gewisse Gefahr hinzunehmen gebieten. Die Schutzmöglichkeiten, die sich aus dem Stand von Wissenschaft und Technik ergeben, sind zu nutzen, nämlich "die Schadensvorsorge, die nach den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen für erforderlich gehalten wird"⁷⁵. Ein Restrisiko muß hingenommen werden, weil es theoretisch nicht erfaßt ist und auch nicht Maßstab praktischer Politik sein kann⁷⁶. "Ungewißheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens; sie sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen"⁷⁷. Auch im Hinblick auf ein verbleibendes Restrisiko in Gestalt einer künftigen Grundrechtsgefährdung läßt das Gesetz eine Genehmigung nur dann zu, wenn es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen ist, daß solche Schadensereignisse eintreten⁷⁸. Die Naturwissenschaften verfügen nur über "Annäherungswissen", das durch Erfahrungen falsifizierbar ist und sich demgemäß nur auf "dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet"⁷⁹. Strengere Maßstäbe würden "die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen"⁸⁰.

Die Schutzpflicht entwickelt sich gemäß dem Fortschritt der Erkenntnisse und der Technik ("dynamischer Grundrechtsschutz")⁸¹. Die Verfassung

⁷⁵ BVerfGE 53, 30 (59); vgl. auch BVerfGE 49, 89 (135 ff., 140 ff.).

⁷⁶ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 86 f.; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR. Bd. V, § 111, Rdn. 90, 108, 145; vgl. zum Restrisiko auch BVerfGE 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (59); auch BVerwGE 61, 256 (263).

⁷⁷ BVerfGE 49, 89 (143); 53, 30 (58 f.); 56, 54 (76 ff.).

⁷⁸ BVerfGE 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (59).

⁷⁹ BVerfGE 49, 89 (143); auch BVerfGE 53, 30 (69 ff., 76 f.); K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 100 f., 111 f.; grundlegend K. R. Popper, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl. 1984, insb. S. 1 ff., 13 ff., 17 ff., 298 ff.

⁸⁰ BVerfGE 49, 89 (143).

⁸¹ BVerfGE 49, 89 (135 ff., 142 ff.); vgl. auch BVerfGE 53, 30 (58 f.); 56, 54 (78 ff., 81);

gebietet einen Schutz nach dem Stand von Wissenschaft und Technik, unabhängig davon, ob dieser Standard gesetzlich, wie in § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG vorgeschrieben ist; denn die Lebensbewältigung muß sachlich, d.h. wissenschaftlich sein⁸². Freiheitlichkeit verlangt nach Wahrheit⁸³ als der besten Theorie von der Wirklichkeit⁸⁴. Um der praktischen Vernunft willen muß der Staat sich bestmögliche Kenntnisse (Theorien) über die Gefahren einer Handlung verschaffen⁸⁵. Die größtmögliche Sicherheit ist erreicht, wenn Schäden theoretisch nicht möglich sind⁸⁶; denn nur dann sind sie nach menschlichem Erkenntnisvermögen praktisch ausgeschlossen. Das ist nach dem Stand des Wissens zu beurteilen. Eine herrschende Meinung oder eine Mehrheitsmeinung ist nicht ohne weiteres maßgeblich⁸⁷. Der Stand der Wissenschaftler, insbesondere der in ihrer Befähigung formal ausgewiesenen Experten, etwa die Universitätsprofessoren, sind berufen, die erforderli-

BVerwGE 72, 300 (315); K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 116; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 78, 153 ff.

⁸² K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 95 ff., 100 ff., 115 ff., 117 ff.; zum Sachlichkeitsprinzip BVerfGE 3, 58 (135 f.); 18, 18 (27); 23, 135 (143); 25, 101 (105); 42, 64 (72); 55, 72 (88 ff.); 60, 16 (42); 76, 256 (329); 76, 256 (329); K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 151, 242, 253 f. 425 f.; ders., Res publica res populi, S. 674 ff., 897 ff., 984 ff., 991 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 243 ff.

⁸³ K. Jaspers, Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1949, S. 197 ff.; K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 105 ff.; ders., Res publica res populi, S. 567 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 46, 52 f., 191, 205.

⁸⁴ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 106; ders., Res publica res populi, S. 569 f.; grundlegend K. R. Popper, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 214, 219, u.ö.; ders., Objektive Erkenntnis, S. 44 ff., 100, 276, 332 ff., 337, 342, u.ö.; i.d.S. schon Kant, Kritik der reinen Vernunft, ed. Weischedel, Bd. 4, S. 688.

⁸⁵ I.d.S. BVerfGE 49, 89 (136, 139, 140); vgl. auch BVerwGE 69, 37 (43); 72, 300 (316); K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 117 f.; ders., Res publica res populi, S. 567 ff.

⁸⁶ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 111 ff.; i.d.S. BVerfGE 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (59).

⁸⁷ BVerfGE 49, 89 (140); BVerwGE 72, 300 (316).

chen Kenntnisse dem Staat zu vermitteln⁸⁸. Unterschiedliche Theorien, die den Ansprüchen der Wissenschaft genügen, sind grundsätzlich gleichwertig⁸⁹. Soweit Theorien nicht falsifiziert sind⁹⁰, haben sie im Sinne der praktischen Vernunft und damit des Rechts den gleichen Wahrheitsgehalt⁹¹. Die Ämter haben diese Kenntnisse zu ermitteln, wobei sie "alle wissenschaftlich und technisch vertretbaren Erkenntnisse heranzuziehen haben"⁹².

5. In dubio pro securitate

Wenn die größtmögliche Sicherheit (Schadensunmöglichkeit) gewährleistet werden soll, ist die an der Sicherheit zweifelnde Theorie maßgeblich. Das Postulat größtmöglicher Sicherheit führt zu dem Satz „in dubio pro securitate“⁹³. Zweifel an der Sicherheit aufgrund relevanter Theorien verpflichten zu Schutzmaßnahmen, welche den Schadensausschluß nach dem Stand der Wissenschaft sicherstellen. Ein Schaden kann auch mit diesem Standard nicht ausgeschlossen werden, weil die Theorien irrig sein können. „Die Grenzen rationaler Effektivität des Schadensausschlusses sind mit den Grenzen menschlicher Erkenntnisse der Schadensmöglichkeiten identisch“⁹⁴. Das Restrisiko des Theoriedefizits ist, wenn das Gemeinwesen von praktischer Vernunft geleitet sein soll, hinzunehmen, eben weil es nicht theoretisch erfaßbar ist⁹⁵.

⁸⁸ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 126 ff.

⁸⁹ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 118 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 48, 89 (136, 139, 140); BVerwGE 72, 300 (316).

⁹⁰ Dazu erkenntnistheoretisch K. R. Popper, Logik der Forschung, S. 8, 73, 93, 114, 198 ff., 211 ff.; ders., Objektive Erkenntnis, S. 270 ff., 273 f.; dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 111 f.

⁹¹ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 118.

⁹² BVerfGE 49, 89 (140); K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 115 ff., 126 ff.; i.d.S. auch V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdn. 151.

⁹³ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 120 f.

⁹⁴ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 86.

⁹⁵ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“,

6. Einschränkung der Schutzpflicht (Gefahrentoleranz)

Gefahren dürfen toleriert werden, wenn das der Verwirklichung anderer durch das Verfassungsgesetz geschützter Güter, insbesondere dem Schutz von grundrechtlich geschützten Gütern anderer Menschen, die gegebenenfalls grundrechtliche Abwehrrechte haben⁹⁶, dient; denn nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG darf der Gesetzgeber die durch die Sätze 1 und 2 geschützten Rechtsgüter einschränken. Das erlaubt auch, die Schutzpflicht zu begrenzen⁹⁷. Dabei muß das Gesetz die Einschränkung des Grundrechts explizieren (Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG), um die Grundrechtseinschränkung offenzulegen⁹⁸.

7. Offenheit, aber Effektivität der Schutzpflichtverwirklichung

In welcher Weise und mit welchen Mitteln der Staat der Schutzpflicht nachkommt, welche Maßnahmen also zweckdienlich sind, entscheidet er in eigener Verantwortung. Um den Schutzpflichten zu genügen, kommen Maßnahmen jeder Art in Betracht, gesetzliche Regelungen privaten und öffentlichen Rechts, etwa straf- und bußgeldbewehrte Verbote, Verfahren, welche Sicherheitsüberprüfungen sicherstellen, Beteiligung gefährdeter Menschen an den Genehmigungsverfahren⁹⁹ u.a.m. Wie allgemein bei der Grundrechtsverwirklichung ist das Privatheitsprinzip, der grundsätzliche Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung, zu beachten (mensenrechtliches Subsidiaritätsprinzip)¹⁰⁰.

S. 86 f., 90, 104, 110, 130 f.; i.d.S. auch *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 90, 108, 145.

⁹⁶ I.d.S. BVerfGE 49, 89 (141); 88, 203 (253 ff.); 96, 56 (64 f.); dazu *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 253 ff.; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 168 ff.

⁹⁷ I.d.S. BVerfGE 49, 89 (141); 88, 203 (253 f.).

⁹⁸ BVerfGE 49, 89 (141); 64, 72 (79 ff.); 85, 386 (403 f.).

⁹⁹ BVerfGE 53, 30 (59 ff.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 46, 160 (164 f.); vgl. i.d.S. *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 139.

¹⁰⁰ *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 142 f.; allgemein zu diesem Privatheitsprinzip *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff., insb. S. 386 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 259 ff., 273 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung des staatlichen und kommunalen

Der Gesetz- oder der Verordnungsgeber können in praktischer Vernunft die Mittel bestimmen, welche den Schutz der grundrechtsgeschützten Güter gewährleisten und deren Entwicklung fördern sollen. "Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen"¹⁰¹. "Sie (sc. die staatlichen Organe) befinden darüber, welche Schutzmaßnahmen zweckdienlich und geboten sind..."¹⁰². Der Schutz und die Förderung der grundrechtlichen Prinzipien muß effektiv sein¹⁰³. Wenn jedoch deren effektiver Schutz (nach dem Stand von Wissenschaft und Technik) nur durch die Wahl eines bestimmten Mittels erreicht werden kann, ist dieses einzusetzen und es besteht ein subjektives Recht der Bürger auf diese („ganz bestimmte“) Maßnahmen¹⁰⁴.

8. Verantwortung der Judikative für die Schutzpflichtverwirklichung

Wegen der Funktionenteilung zwischen der Legislative und der Judikative praktiziert letztere Zurückhaltung mit verfassungsrechtlicher Kritik der Gesetze¹⁰⁵. Die Verantwortung für die bestmögliche Gefahrenabwehr und damit für die bestmögliche Grundrechtsverwirklichung tragen (wie für jede Politik) alle staatlichen Organe¹⁰⁶. Die Judikative beschränkt sich aber darauf, den groben Verstoß gegen die praktische Vernunft abzuwehren, die

Vermessungswesens in Bayern, 2000, S. 50 ff., 60 ff.

¹⁰¹ BVerfGE 77, 170 (214 f., 230); 79, 174 (202); 88, 203 (262); 96, 56 (64); vgl. auch BVerfGE 39, 1 (44 f.); 46, 160 (164 f.); 102, 1 (18); so auch *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 162.

¹⁰² BVerfGE 46, 160 (164); vgl. auch die Hinweise in Fn. 101.

¹⁰³ Hinweise in Fn. 63; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 356.

¹⁰⁴ BVerfGE 46, 160 (164 f.); 77, 170 (215); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 183 f.

¹⁰⁵ BVerfGE 36, 1 (14 f.); 35, 257 (262); 45, 187 (237 f.); 50, 290 (332 f.); 53, 185 (196); 59, 360 (377); 77, 170 (215); 97, 350 (370 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 955 ff.; vgl. auch *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 162, auch Rdn. 183 f.

¹⁰⁶ BVerfGE 46, 160 (164 f.); 77, 170 (215); 79, 174 (201 f.).

Willkür, das (grobe) Unrecht¹⁰⁷.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Schutzpflicht nur verletzt, wenn "die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen"¹⁰⁸, insbesondere wenn die Gefahren offensichtlich das Maß dessen überschreiten, was dem Menschen nach der grundrechtlichen Wertentscheidung noch zuzumuten ist ("Untermaßverbot")¹⁰⁹. Die Zumutbarkeit staatlicher Maßnahmen ist zum maßgeblichen Kriterium der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts geworden¹¹⁰, welches die Rechtserkenntnis auf das Judiz (Rechtsgefühl) reduziert. Der Spielraum des Gesetzgebers "hängt von Faktoren verschiedener Art ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich - zumal über künftige Entwicklungen, wie die Auswirkungen einer Norm - ein ausreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter"¹¹¹. Die "verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich in jedem Fall darauf, ob der Gesetzgeber die genannten Faktoren ausrei-

¹⁰⁷ Zum Willkürverbot als Unrecht *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 978 ff., 990 ff. mit Hinweisen; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 219 ff., 233 ff., 241 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 16. Kap.; vgl. i.d.S. *P. Kirchhof*, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, HStR, Bd. V, 1992, § 124, Rdn. 235 ff. ("Objektivitätsgebot"); das Argument der Funktionenteilung überzieht *D. Murswiek*, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 95, 97, gegen die soziale Grundrechtslehre.

¹⁰⁸ BVerfGE 56, 54 (81); 77, 170 (215); 79, 174 (202); 85, 191 (212 f.); strenger BVerfGE 88, 203 (262 f.); 96, 56 (64).

¹⁰⁹ BVerfGE 88, 203 (254); vgl. auch BVerfGE 79, 174 (202); zum Untermaßverbot allgemein *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 547; *J. Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 165 f.; i.d.S. auch *D. Murswiek*, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, HStR, Bd. V, § 112, Rdn. 108; *A. Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 247ff.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 63.

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 59, 275 (279) in Sachen *Schutzhelm*; BVerfGE 79, 174 (202) in Sachen *Lärmschutz*; BVerfGE 90, 145 (173) in Sachen *Strafbarkeit (Cannabis)*; vgl. auch BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92); 92, 26 (45); 94, 268 (287, 293); 95, 867 (303 ff.); 98, 17 (41); zum Rechtsbegriff der Zumutbarkeit *A. Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 153 f., 218.

¹¹¹ BVerfGE 50, 290 (332 f.); 76, 1 (51); 77, 170 (214 f.); 88, 203 (262); 90, 145 (173).

chend berücksichtigt und seinen Entscheidungsspielraum in vertretbarer Weise" gehandhabt hat¹¹².

9. Schutzzuständigkeit

Zu verwirklichen hat die Schutzpflicht die Gebietskörperschaft (Europäische Gemeinschaft, Bund, Land, Gemeinde) oder auch juristische Person des öffentlichen Rechts, welche die jeweilige Aufgabe und Befugnisse hat, und innerhalb des zuständigen Rechtsträgers das jeweilig zuständige Organ der Gesetzgebung, Legislative oder Exekutive, je nachdem, ob gesetzliche Regelungen bestehen, die ausgeführt werden müssen, oder nicht¹¹³.

II. Recht auf Verbot der Herstellung, des Vertriebs und der Nutzung von FCKW

Ein subjektives Recht auf ein FCKW-Verbotsgesetz oder eine FCKW-Verbotsverordnung kann sich aus der Schutzpflicht, welche aus dem Grundrecht des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) folgt, ergeben.

1. Schutzgut

Das menschliche Leben ist die Existenz des Menschen von seinem ersten Anfang der Befruchtung der Eizelle bis zum Tode. Nach dem Stand von Wissenschaft ist der Hirntod das Ende des Lebens¹¹⁴ (Danach endet die Existenz des Menschen nicht, sie ist vielmehr ohne Ende¹¹⁵). Der Rechtsschutz der Menschen hat wie dessen Würdeschutz kein zeitliches Ende¹¹⁶.

¹¹² BVerfGE 88, 203 (262).

¹¹³ Dazu i.d.S. *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 148 ff.

¹¹⁴ *K. A. Schachtschneider/D. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 129, 130 mit Hinweisen in Fn. 1 und 5; *D. Lorenz*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 128, Rdn. 15.

¹¹⁵ *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“, DÖV 2000, 131, 136 f. mit Fn. 29.

¹¹⁶ BVerfGE 30, 173 (194); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 93; *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die

Die Würde des Menschen, die der Staat nach Satz 2 des Art. 1 Abs. 1 GG zu achten und zu schützen hat, ist nach Satz 2 dieser Vorschrift unantastbar¹¹⁷. Sie bleibt ewig und hat Relevanz, solange ein Mensch in Erinnerung von Menschen ist.)

Die körperliche Unversehrtheit ist die physische und psychische Integrität des Menschen¹¹⁸. Die WHO-Satzung von 1946 definiert Gesundheit als den "Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur das Freisein von Krankheit und Gebrechen"¹¹⁹. Das Bundesverfassungsgericht folgt diesem Begriff mit gewisser Zurückhaltung¹²⁰. Die Lehre restringiert den Grundrechtsschutz überwiegend auf die Unversehrtheit eines engeren körperlichen Bereichs¹²¹.

Die Schutzpflicht erfaßt die gesamte körperliche Integrität gegen jede Art von Einwirkung von außen, etwa auch gegen körperlichen Schmerz durch Lärm¹²², nicht aber gegen Einwirkungen des Menschen selbst¹²³, also gegen eine gesundheitswidrige Lebensweise, weil die Lebensweise in gewissen Grenzen zum Wesensgehalt der freien Entfaltung der Persönlichkeit, zum nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 GG "unantastbaren Bereich, soweit nicht der ‚Leichtsinn‘ (Motorradfahren ohne Schutzhelm) der Allgemeinheit

„erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 mit Fn. 32.

¹¹⁷ Dazu *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, Bd. I, 1987, § 20, Rdn. 5 ff., 56 ff.

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 56, 54 (73 ff.); *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 223; *O. Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 44 f.; dazu *K. Bedner*, Gesundheitsschutz und Gesundheitsförderung in Betrieben, S. 13 ff., 20 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 56, 54 (74).

¹²⁰ BVerfGE 56, 54 (74 ff.).

¹²¹ Vgl. *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, 1958, Art. 2 Abs. 2, Rdn. 29 ff.; *D. Lorenz*, Recht auf Leben, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 16 ff.; *Ph. Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 2, Rdn. 62 f.; *D. Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 1996, Art. 2, Rdn. 154 ff.

¹²² BVerfGE 56, 54 (73 ff.); *D. Lorenz*, Recht auf Leben, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 18.

¹²³ *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 89, 113 f.; differenzierend, wenig klar *D. Lorenz*, Recht auf Leben, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 62 ff.

Schaden zufügen kann¹²⁴, privater Lebensgestaltung"¹²⁵, gehört ("Kernbereich"). (Obwohl "körperliche Unversehrtheit" und Gesundheit begrifflich nicht identisch sind, ist Rechtsgrundlage der Gesundheitspolitik wesentlich die Grundrechtsverwirklichungspflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; denn das Rechtsgut dieses Grundrechts ist das Leben, welches durch Krankheit verkürzt werden kann, aber auch die Gesundheit, welche wesentlich "körperliche Unversehrtheit" ist. Demgemäß gibt es ein Menschenrecht auf Gesundheit (Art. 25 AEMR). Außerdem sind die Ursachen der Krankheiten vielfältig und weitgehend Lebensbedingungen, welche vom Gemeinwesen gesetzt sind, so daß eine Verantwortung des Staates für die Gesundheit im Sinne einer sozialen Grundrechtslehre besteht¹²⁶. Auch wesentlich selbst verursachte oder selbstverschuldete Krankheiten lösen die Schutzpflicht des Staates aus, deren berechtigte Maßnahmen, etwa Pflichten, die Gesundheit zu wahren, durch Abwägung mit den Grundrechten der Privatheit zu bestimmen sind¹²⁷. *Josef Isensee* spricht von "Grundrechtsfürsorge"¹²⁸. Geringfügige Eingriffe lösen die Schutzpflicht nicht aus¹²⁹.

2. Gefahr für die körperliche Unversehrtheit

Gefahren für die körperliche Unversehrtheit, vor allem Schädigungen durch rechtswidrige Eingriffe¹³⁰, verpflichten den Staat, die Gefahren abzuweh-

¹²⁴ BVerfGE 59, 275 (278); 90, 145 (174 f., 195 ff.).

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 35, 202 (220); 65, 1 (41); 72, 153 (170). Ständige Rspr.; BVerfGE 80, 137 (152); 90, 145 (171); dazu umfassend *W. Schmitt Glaeser*, Schutz der Privatsphäre, HStR, Bd. VI, 1989, § 129, Rdn. 1 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 222 ff.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 58, 208 (220 ff.); 90, 145 (174, 195); *K. A. Schachtschneider/D. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 133 mit Fn. 52.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 59, 275 (278); *D. Lorenz*, Recht auf Leben, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 61 ff., insb. Rdn. 63.

¹²⁸ Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 115.

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 17, 108 (115); aber offen BVerfGE 56, 54 (75); BVerwGE 46, 1 (7); 54, 211 (223); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 107; kritisch (zu Recht) *D. Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 2, Rdn. 163.

¹³⁰ Zum schutzpflichtdogmatischen Eingriffskriterium *J. Isensee*, Das Grundrecht als

ren¹³¹. Die Herstellung, der Vertrieb und vor allem die Nutzung von FCKW können eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit der Menschen sein. Herstellung und Vertrieb führen zur Nutzung und sind darum (adäquat und relevant) kausal für den Schaden durch die Nutzung. Die Schadensmöglichkeit (Gefahr) beurteilt sich nach dem Stand der Wissenschaft. Leitlinie der staatlichen Schutzmaßnahmen muß das Prinzip einer effektiven Gefahrenabwehr sein¹³².

Die Umweltwissenschaft kennt die Theorie, daß FCKW (und ähnliche Stoffe) zu einem Abbau der die Erde vor bestimmten Sonnenstrahlungen schützenden Ozonschicht führt. In bestimmten Regionen der Welt ist nach den Untersuchungen die Ozonschicht bereits erheblich geschädigt¹³³. Der Ozonmangel in höheren Luftschichten wirkt nachweisbar auf Menschen und Natur. Pflanzen verändern sich, Tiere erblinden, Menschen erleiden bereits durch kurze Sonneneinstrahlung Schäden. Ozon hat die besondere Eigenschaft, die harte Ultraviolett-B-Strahlung zu absorbieren, so daß eine ausgedünnte Ozonschicht diese für Lebewesen schädliche Strahlung verstärkt auf die Erdoberfläche gelangen läßt¹³⁴. Das Risiko, an Hautkrebs zu erkranken, ist erhöht. FCKW wirkt sich irgendwo in der Welt aus, nicht notwendig dort, wo es in die Umwelt gelangt, etwa in Afrika, wo es noch unbeschränkt verwendet werden darf¹³⁵. (Auch die Bewegungsmöglichkeiten im Freien werden beeinträchtigt, so daß auch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG den Staat zum Schutz gegen die FCKW-Gefahr verpflichtet.)

Daneben fördert FCKW als äußerst effektives Treibhausgas die allgemeine

Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 89, 97 ff.

¹³¹ Zur schutzrechtlichen Abwehrpflicht *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 90, 137 ff., 165 ff.

¹³² BVerfGE 88, 203 (254); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 91, 138 ff., 165 ff.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 63.

¹³³ Greenpeace, FCKW - Ausstieg ohne Umstieg auf Treibhausgase, S. 1, http://www.green-peace.de/GP_DOK_3P/BROSCHUE7ARGUMENT/C08AR01.HTM.

¹³⁴ Vgl. den Zwischenbericht der Enquete-Kommission des 11. Deutschen Bundestags "Vorsorge zum Schutz der Erdatmosphäre", in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Zur Sache - Themen parlamentarischer Beratung Nr.5, 1988.

¹³⁵ Greenpeace, FCKW - Ausstieg ohne Umstieg auf Treibhausgase, S. 1.

Klimaveränderung durch Erwärmung¹³⁶. Wegen abschmelzender Polkappen, steigender Wasserspiegel und Stürme etc. können zusätzliche Gefahren, insbesondere im küstennahen Bereich, für Leben und Gesundheit entstehen¹³⁷.

3. Relevantes Wissen um die Gefahr

Eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Schadensmöglichkeit durch FCKW ist nicht erforderlich. Ausreichend ist vielmehr das unwiderlegte Wissen der Kausalität der FCKW-Nutzung für den Schaden an der Ozonschicht. Die Schadensmöglichkeiten durch die Nutzung von FCKW sind Stand der Wissenschaft, weil nicht falsifizierte Theorien diese ausweisen. Unwiderlegbares Wissen ist empirisch (naturwissenschaftlich) nicht möglich. Alles Wissen ist nur Vermutung und darum nicht verifizierbar, sondern nur falsifizierbar¹³⁸. Widerlegt sind jedenfalls die Theorien über die Gefahren des FCKW, wenn dieses in die Atmosphäre gelangt, nicht. Der Hinweis der Bundesregierung auf Sachverständigengutachten, welche die Kausalität lediglich für möglich, nicht aber für sicher halten, ist nicht geeignet, die Annahme derartiger Gefahren auszuschließen, auch nicht, wenn die zweifelnden Experten ebenfalls anerkannte Fachwissenschaftler sind. Die Schutzpflicht hängt nicht von einer größeren Wahrscheinlichkeit der Schadensmöglichkeit ab, die durch Abwägung der unterschiedlichen Einschätzungen von der Gefahr zu ermitteln¹³⁹ oder nach der Mehrheit der Fachwissenschaftler, welche die Gefahr erkennen¹⁴⁰, zu bestimmen wäre. Zum einen

¹³⁶ Greenpeace, FCKW - Ausstieg ohne Umstieg auf Treibhausgase, S. 2 f.

¹³⁷ Vgl. E. U. v. Weizsäcker, Erdpolitik, 1992, S. 55 f.

¹³⁸ Hinweise in Fn. 90.

¹³⁹ So aber BVerwGE 69, 37 (44); 72, 300 (315 ff.); P. Marburger, Atomrechtliche Schadensvorsorge, Möglichkeiten und Grenzen einer normativen Regelung, 1983, S. 46 ff., 50 ff., 56 f., 71 ff., 117 ff., passim; dagegen K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 118 ff., 122, dort Hinweise S. 89 in Fn. 16, S. 120 Fn. 138.

¹⁴⁰ F. Nicklisch, Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht - zur kontrollierten Rezeption wissenschaftlicher-technischer Standards durch die Rechtsordnung, NJW 1982, 2633 (2639 ff.); ders., Technische Regelwerke-Sachverständigengutachten im Rechtssinne, NJW 1983, 841 (844 ff.); R. Scholz, Technik und Recht, FS Berliner Juristische Gesellschaft, 1984, S. 691 ff., 708 f.; vgl. BVerfGE 49, 89 (139 f.); ablehnend BVerwGE 72, 300 (315 ff.).

darf die Schutzpflicht wegen der großen Schadensmöglichkeit der Ozonlöcher nicht relativiert werden und zum anderen ist die Relevanz der Theorie eine Frage der praktischen Vernunft. Letztere aber gebietet, die Gefahr durch FCKW wegen des Satzes: "in dubio pro securitate", ernstzunehmen und Maßnahmen gegen diese Gefahr zu ergreifen.

4. Intensität der Schutzpflicht

Der Staat ist durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 (und S. 2) GG zum Schutz gegen die von FCKW ausgehenden Gefahren verpflichtet. Die Intensität der Schutzpflicht bemißt sich nach den durch die Schutzmaßnahmen betroffenen gegenläufigen Interessen (Rechtsgüter), zumal wenn diese Grundrechtsschutz genießen¹⁴¹. Die Schutzpolitik muß (im Rahmen eines "weiten Spielraums") sachlich abwägen¹⁴². Der Staat darf wegen des Satzes 3 des Art. 2 Abs. 2 GG die Schutzrechte einschränken, jedenfalls wenn gegenläufige Interessen als Rechtsgüter durch das Grundgesetz geschützt sind¹⁴³. Deswegen können auch schonende Maßnahmen geboten sein, beispielsweise Mengenbeschränkungen, eine prohibitive Besteuerung der Herstellung, des Vertriebs oder der Nutzung von FCKW, Verbote bestimmter Nutzungen, Schutzvorkehrungen gegen den Austritt (Filterung) von FCKW, Übergangszeiten, u. a. Derartige Maßnahmen sind getroffen worden¹⁴⁴, aber sie genügen als Schutzvorkehrungen gegen eine FCKW-Gefahr nicht¹⁴⁵. Dem Staat ist ein "Untermaß" an Schutz untersagt¹⁴⁶. Es ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Prinzipien der Verfassung und des Verfassungsgesetzes, gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip das geeignete, erforderliche und das im engeren Sinne verhältnismäßige Mittel einzuset-

¹⁴¹ Hinweise in Fn. 101.

¹⁴² BVerfGE 96, 56 (63 ff.); weitere Hinweise zum Abwägungsgebot in Fn. 72; vgl. auch die Hinweise in Fn. 110.

¹⁴³ BVerfGE 49, 89 (141); 88, 203 (253 f.); 96, 56 (63 f.).

¹⁴⁴ Vgl. zu VII, 2.

¹⁴⁵ Greenpeace, FCKW - Ausstieg ohne Umstieg auf Treibhausgase, S. 1 ff.

¹⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (262); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 91, 138, 165 ff.; vgl. auch die Hinweise in den Fn. 63, 109.

zen¹⁴⁷.

5. Verhältnismäßigkeit des FCKW-Verbots

a) Geeignetheit des FCKW-Verbots

Das Verbot der Herstellung und der Nutzung der die Ozonschicht schädigenden Stoffe trägt nach dem Stand der Wissenschaft zum Schutz der Ozonschicht bei und mindert Gefahren aus dem Gebrauch derselben. Die beanspruchte gesetzliche Regelung ist somit geeignet, den von ihr angestrebten Zweck zu erreichen.

b) Notwendigkeit des FCKW-Verbots

Mildere Maßnahmen sind nach dem Stand der Wissenschaft nicht wirksam. Wenn in Deutschland die Nutzung von FCKW unterbunden oder zumindest durch steuerliche Belastung eingeschränkt würde, so würde die Herstellung für den Export weiterhin zur Umweltschädigung in der Welt beitragen, wenn nicht in relevanten Teilen der Welt die Nutzung von FCKW untersagt wird. Global wäre die Ozonschicht weiterhin durch FCKW gefährdet, auch durch die FCKW-Herstellung in Deutschland. Ein internationales Herstellungs-, Vertriebs- und Nutzungsverbot von FCKW (und ähnlichen Stoffen wie FKW-134a) wäre der wirksamste Schutz der Ozonschicht, aber wenn ein solches nicht erreicht werden kann, erlaubt das Deutschland nicht, zum Schaden beizutragen. Starke Besteuerung kann die Entwicklung und Nutzung von Ersatzstoffen provozieren. Aber ob dadurch die Gefahren durch Nutzung von FCKW effektiv beseitigt werden, ist eine Frage der Intensität der Gefahren und nicht recht einschätzbar. Nach dem Stand der Wissenschaft ist ein sofortiges und umfassendes Verbot von FCKW erforderlich.

c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne des FCKW-Verbots

Die Maßnahmen müssen verhältnismäßig im engeren Sinne sein¹⁴⁸. Interessen, die gegen ein sofortiges und umfassendes Verbot der Herstellung, des Vertriebes und der Nutzung von FCKW sprechen, wie die Unternehmensin-

¹⁴⁷ BVerfGE 88, 203 (254); zum Verhältnismäßigkeitsprinzip etwa BVerfGE 98, 45 (172 f.); weitere Hinweise in Fn. 148.

¹⁴⁸ BVerfGE 48, 396 (402); 50, 217 (227); 80, 103 (107); 83, 1 (19); 88, 203 (254); 90, 145 (172 f.); dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 153 ff.

teressen der FCKW-Hersteller und die Arbeitnehmerinteressen an den FCKW-Arbeitsplätzen, aber auch die Interessen der FCKW-Forschung und bestimmter Kranker, etwa der Asthmakranken, welche auf die FCKW-Aerosole angewiesen sind, können sich angesichts der erheblichen Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der weltweiten Bevölkerung nicht durchsetzen. Den Schutz des Grundgesetzes genießen sie wegen der Gefahren, die von der FCKW-Nutzung ausgehen, nicht. "Das Leben stellt ... innerhalb der grundgesetzlichen Wertordnung den Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte"¹⁴⁹. Die Gesundheit hat einen ähnlich hohen Rang. Ins Gewicht fällt, daß von den Gefahren des Ozonlochs jeder einzelne Mensch betroffen ist. Die unternehmerischen Interessen und Rechte haben demgegenüber keine Relevanz, wie im Teil 2 gezeigt werden wird, auch nicht, wenn das Verbot zu einer Aufgabe der Unternehmung zwingt. Für die meisten FCKW-Produkte gibt es im übrigen Ersatzstoffe, welche meist sogar von den bisherigen FCKW-Produzenten hergestellt werden. Auch das Interesse an Arbeitsplätzen rechtfertigt es nicht, die FCKW-Gefahren zu ignorieren, obwohl der Arbeitsplatz den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt¹⁵⁰.

6. Gerechtfertigte Ausnahmen vom FCKW-Verbot

Allenfalls Ausnahmen vom FCKW-Verbot in geringem Umfang, etwa für wichtige Forschungen oder medizinische Zwecke sind tragfähig. Die Menge an FCKW, welche für die für Asthmakranke lebenswichtigen Präparate verwendet wird, beträgt nur ca. 0,5 % der derzeit verwendeten Gesamtmenge¹⁵¹.

7. Befugnisse des Bundes

Nach dem Sachverhalt kann das FCKW-Verbot durch Bundesgesetz oder durch Rechtsverordnung der Bundesregierung erfolgen.

a) Bundesgesetz

¹⁴⁹ BVerfGE 9,1 (42); 39, 1 (42); 49, 24 (53 ff.); 88, 203 (253 ff.).

¹⁵⁰ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.

¹⁵¹ Greenpeace, FCKW - Ausstieg ohne Umstieg auf Treibhausgase, S. 5 f.

Der Bund ist nach Art. 74 Nr. 11 GG für das "Recht der Wirtschaft" konkurrierend zuständig. Diese Befugnisnorm wird in der Praxis weit ausgelegt¹⁵². Auch Verbote der Herstellung und Nutzung bestimmter Produkte, wie FCKW, fallen unter die Gesetzgebungsbefugnis für das Recht der Wirtschaft. Das föderalistische Subsidiaritätsprinzip des Art. 72 Abs. 2 GG hindert den Bund nicht an einem FCKW-Gesetz, weil die FCKW-Herstellung und Nutzung einer länderübergreifenden, eigentlich weltweiten Regelung bedarf, weil die Schäden, welche die FCKW-Nutzung bewirken kann oder bewirkt, alle Menschen betreffen.

b) Rechtsverordnung der Bundesregierung

Die Befugnis zum Erlaß einer Rechtsverordnung findet die Bundesregierung in dem Chemikaliengesetz¹⁵³, das als Bundesgesetz auf der Grundlage des Art. 74 Nr. 11 GG ergangen ist. Nach § 1 hat das Chemikaliengesetz den Zweck, "den Menschen und die Umwelt vor schädlichen Einwirkungen gefährlicher Stoffe und Zubereitungen zu schützen". Durch § 17 Chemikaliengesetz wird die Bundesregierung gemäß Art. 80 Abs. 1 GG nach näherer Regelung, soweit es zu dem in § 1 genannten Zweck erforderlich ist, zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt. Hiervon hat sie etwa durch den Erlaß einer "Verordnung zum Verbot von bestimmten die Ozonschicht abbauenden Halogenkohlenwasserstoffen" (FCKW-Halon-Verbots-Verordnung) vom 6. Mai 1991 in der Fassung vom 24. Juni 1994¹⁵⁴, gestützt auf das Chemikaliengesetz in der Fassung vom 14. März 1990 und das Abfallgesetz in der Fassung vom 27. August 1986, Gebrauch gemacht¹⁵⁵. Außerdem hat der Rat der Europäischen Gemeinschaft durch Verordnung vom 15. Dezember 1994 über die Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 22. Dezember 1994, L 333, S. 1 - 20), die Produktion, die Einfuhr, die Ausfuhr, das Ange-

¹⁵² BVerfGE 8, 143 (148).

¹⁵³ Derzeit i.d.F. vom 25. Juli 1994 (BGBl. I, S. 1718).

¹⁵⁴ BGBl. I/91, 1090, bzw. BGBl. I/94, 1416.

¹⁵⁵ Die Verordnungsbefugnis aus § 23 Abs. 1 BImSchG ermächtigt, an genehmigungsbedürftige Anlagen Anforderungen zu stellen, die verhindern, daß von den Anlagen bei der Herstellung eines Produkts schädliche Umwelteinwirkungen ausgehen, nicht aber zu Verboten von Produkten und deren Verwendung wegen der Gefahr schädlicher Umwelteinwirkung im Sinne von § 3 Abs. 1 BImSchG.

bot, die Verwendung und die Rückgewinnung vor allem von FCKW drastisch eingeschränkt, weil feststehe, daß die im bisherigen Umfang fortdauernde Emission dieser Stoffe schwere Schäden an der Ozonschicht zur Folge habe.

Der Bund ist befugt, die Herstellung und die Nutzung von FCKW zu verbieten. Die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ihn, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen.

III. Ergebnis

Alle Menschen haben gegenüber Deutschland ein der Schutzpflicht entsprechendes subjektives Recht auf Schutz vor den Gefahren von FCKW, welches durch ein gesetzliches Verbot der Herstellung und der Nutzung von FCKW und verwirklicht wird. Begrenzte Ausnahmen sind verfassungsgemäß. Weil der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht durch den Erlass des Chemikaliengesetzes, das entsprechende Ermächtigungen der Exekutive bereithält, nachgekommen ist, richtet sich der Schutzanspruch gegen die Bundesregierung, die eine der Schutzpflicht gemäße Rechtsverordnung zu erlassen befugt und verpflichtet ist.

B. Abwehrrechte der Unternehmer gegenüber einem FCKW-Verbot

Ein weitergehendes FCKW-Verbot wäre rechtswidrig, wenn es die Grundrechte derjenigen Unternehmer verletzt, die FCKW oder FCKW-Produkte herstellen und/oder vertreiben oder auch nutzen.

I. Grundrechtsschutz der Unternehmer aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

1. Wirkungsbereich der Berufsfreiheit

a) Praktizierte Einheit der Berufsfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht dogmatisiert seit dem Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377 (400 ff.)) die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und die Freiheit der Berufsausübung des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG als ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, das unter dem Gesetzesvorbehalt des Satzes 2 des Art. 12 Abs. 1 GG stehe¹⁵⁶. Gesetzliche Beschränkun-

¹⁵⁶ St. Rspr., BVerfGE 11, 30 (42 f.); 33, 303 (329 f.); 46, 120 (138 ff.); 50, 290 (362 ff.);

gen der einheitlichen Berufsfreiheit müssen sich nach der sogenannten "Drei-Stufen-Lehre"¹⁵⁷ rechtfertigen lassen. Die Schutzintensität des Grundrechts steigert sich von Regelungen der Berufsausübung (etwa Sicherheitsvorkehrungen) über Regelungen von subjektiven Zulassungsschranken (etwa Zuverlässigkeitsanforderungen) zu Regelungen objektiver Zulassungsschranken (etwa Bedarfsprüfungen), so daß die Gemeinwohlbelange, welche zur Rechtfertigung derartiger Regelungen herangezogen werden, ein zunehmend großes Gewicht haben müssen¹⁵⁸. In der Sache wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip praktiziert¹⁵⁹.

Auch das dem Wortlaut nach uneinschränkbare Grundrecht der freien Wahl des Berufes stellt die Praxis damit, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zur Disposition des Gesetzgebers¹⁶⁰. Die den Freiheitsschutz einschränkende Vereinheitlichung der verschiedenen berufsfreiheitlichen Gewährleistungen ist bedenklich, weil die freie Wahl des Berufs als Kern der Persönlichkeitsentfaltung keinerlei Einschränkung verträgt. Berufsausübungsregelungen können aber so weit gehen, daß sie die freie Wahl des Berufs beeinträchtigen. Solche Regelungen können nur dadurch gerechtfertigt werden, daß sie für die Verwirklichung verfassungsrangiger Rechtsgüter notwendig sind. Im übrigen dürfen sie nur der Berufsausübung dienen und "nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl

54, 237 (245 f.); 80, 269 (278 f.); 82, 209 (228 f.); anders wohl der EuGH, vgl. dazu A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 399 ff.; kritisch K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung (Glykol-Skandal), S. 115 ff.

¹⁵⁷ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 19, 330 (336 f.); 46, 120 (138); R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, § 147, Rdn. 59; ders., Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6 ff.

¹⁵⁸ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 81, 70 (84); 85, 360 (373 f.); R. Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 7; vgl. auch R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 28.

¹⁵⁹ Etwa BVerfGE 30, 392 (396); R. Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6; P. J. Tettinger, in: Sachs (Hrsg.), GG, 1996, Art. 12, Rdn. 109 ff.; A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 399 ff.

¹⁶⁰ R. Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 295.

eingreifen."¹⁶¹

b) Berufsbegriff

Ein Beruf besteht nach der Praxis aus erlaubten Tätigkeiten, welche auf Dauer angelegt sind und der Erhaltung des Lebens dienen, seien sie selbständig oder unselbständig, also in einem Dienstverhältnis, ausgeübt¹⁶².

aa) Gewerbefreiheit als Berufsfreiheit?

Beruf ist im Gegensatz zu dem weiten Begriff des Bundesverfassungsgerichts¹⁶³ die Profession, das Erlernte und Gekonnte¹⁶⁴. Nur ein Mensch kann einen Beruf haben, nicht eine juristische Person, die auch nicht "Deutscher" sein kann (vgl. Art. 12 Abs. 1 GG). Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht jüngst hervorgehoben: "Beruf ist danach nicht nur die aufgrund einer persönlichen ‚Berufung‘ ausgewählte und aufgenommene Tätigkeit, sondern jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft. Bei diesem weiten, nicht personal gebundenen Berufsbegriff ist das Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar" (BVerfGE 97, 228 (253))¹⁶⁵. Das Bundesverwaltungsgericht folgt dem Bundesverfassungsgericht: "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung"¹⁶⁶. Damit haben die Gerichte die Berufsfreiheit, ausweislich Art. 23 Nr. 1 AEMR ein Menschenrecht, erneut zur Erwerbsfreiheit und damit zur "Unternehmensfreiheit", welche auch juristischen Personen, also Unternehmensgesellschaften, zukommt, umgewandelt. Sie schließen damit in der Sache an die über Jahrzehnte wiederholte Rechtsprechung an, welche explizit oder meist implizit die Gewerbefreiheit unter den Schutz des Grundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG

¹⁶¹ BVerfGE 7, 377 (403).

¹⁶² I.d.S. BVerfGE 7, 377 (397); 30, 292 (334); 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 75, 284 (292); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); i.d.S. auch BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

¹⁶³ Vgl. Fn. 162.

¹⁶⁴ Zur Geschichte des Berufsbegriffs *W. Conze*, Beruf, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, 1972/79, S. 490 ff.

¹⁶⁵ Unter Berufung auf BVerfGE 50, 290 (363) – Mitbestimmung.

¹⁶⁶ BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

stellt, um auch juristischen Personen die Berufung auf die Berufsfreiheit zu ermöglichen¹⁶⁷. Kernsatz dieser Judikate ist: "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann"¹⁶⁸. Das Gericht sieht die "Gewerbefreiheit" von Art. 12 Abs. 1 GG "umfaßt"¹⁶⁹.

Der Beruf ist wesentlicher Teil der Persönlichkeit des Menschen. Der Berufsbegriff ist somit personalistisch, nicht aber ökonomistisch. Das Bundesverfassungsgericht hat den "personalen Grundzug" aus dem Berufsbegriff eliminiert und dem Begriff einen kapitalistischen Bezug verschafft, so daß Unternehmen jeder Form und jeder Größe sich auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können. "Wahrnehmung der Unternehmensfreiheit ist sowohl die Gründung und Nutzung eines Klein- oder Mittelbetriebes als auch die Tätigkeit eines Großunternehmens"¹⁷⁰. Mit dem Kriterium der "berufsregelnden Tendenz"¹⁷¹ reduziert das Bundesverfassungsgericht

¹⁶⁷ BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); auch BVerfGE 50, 290 (362 ff.); 53, 280 (363); 65, 196 (209 ff.); 74, 129 (148 f.); auch BVerfGE 97, 228 (252 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.); 95, 173 (181); ganz so BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39); BVerwG BayVBl 1992, 502 (505); dem folgend *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: I. v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 351; *H.-J. Papier*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 814 ff., 832 ff.; *ders.*, Unternehmen und Unternehmensfreiheit in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 29 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 6, 115, 130, 135 ff., 255; *R. Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 61; auch noch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.; aber wie der Text *ders.*, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 130, Fn. 178; kritisch *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff., 120 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsch/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, 2002, S. 2 ff.

¹⁶⁸ BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 41, 205 (228); 50, 290 (363); 65, 196 (209 f.); 74, 129 (148 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 95, 173 (181); 97, 228 (252 f.), zum Wettbewerb als Berufsausübung.

¹⁶⁹ BVerfGE 50, 290 (362); i.d.S. auch BVerfGE 41, 205 (228) wo das „Prinzip der Gewerbe- und Unternehmerfreiheit“ als Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG genannt wird.

¹⁷⁰ BVerfGE 50, 290 (362 ff.).

¹⁷¹ Hinweise in Fn. 177.

die Abwehrwirkung des tatbestandlich (allzu) weit interpretierten Grundrechts, freilich mit einem überaus offenen (wenig bestimmten) Begriff, dessen Anwendung überaus unsicher ist. Das Argument des "personalen Grundzuges" nutzt das Gericht (nur), um Maßnahmen des Gesetzgebers, welche die Sozialpflichtigkeit des Unternehmens einfordern ("sozialer Bezug") gegenüber großen Unternehmen zu rechtfertigen. Soweit die Berufsausübung personalen Bezug hat, ist der berufsfreiheitliche Schutz intensiver¹⁷².

Nicht jede Betätigung, mit der man sein Leben fristet oder gar nur Geld "macht", ist Beruf, insbesondere nicht die unternehmerische Betätigung als solche. Der verfassungsgesetzliche Berufsbegriff orientiert sich an den herkömmlichen Berufen, etwa den Handwerkern, die eine Lehre haben, den freien Berufen, die meist eine akademische Ausbildung voraussetzen, aber auch am öffentlichen Dienst, den Berufsbeamten (Art. 33 Abs. 5 GG). Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht die Gewerbefreiheit. Die Gewerbefreiheit ist gerade nicht als eigenständiges Grundrecht in das Grundgesetz aufgenommen worden, wie der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG erweist. Art. 55 und Art. 66 GG nennen das Gewerbe neben dem Beruf und dem auf Erwerb gerichteten Unternehmen und zeigen damit, daß dem Parlamentarischen Rat der Unterschied zwischen Beruf und Gewerbe bewußt war. In der deutschen Wirtschaftsgeschichte ist immer zwischen den Begriffen Beruf (Profession) und Gewerbe unterschieden worden¹⁷³. Art. 158 der Paulskirchenverfassung von 1849 kannte die Freiheit, den Beruf zu wählen, die Weimarer Reichsverfassung von 1919 in Art. 151 Abs. 3 die "Freiheit des Handels und Gewerbes" nach Maßgabe der Reichsgesetze. Trotz § 1 GewO vom 21. Juni 1869 (zunächst für den Norddeutschen Bund, später für das Deutsche Reich, heute für die Bundesrepublik Deutschland), der "für jedermann den Betrieb eines Gewerbes gestattet", ist diese nicht in das Grundgesetz geschrieben worden. Die Gewerbefreiheit ist nicht in der Berufsfreiheit aufgegangen, wie *Rüdiger Breuer* lapidar meint¹⁷⁴. Die Interpretation des Grundrechts darf diese Politik nicht umkehren. Die Unternehmer finden in anderen Grund-

¹⁷² So BVerfGE 50, 290 (363 f.).

¹⁷³ Dazu *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 1 ff.; *W. Conze*, Beruf, S. 490 ff.

¹⁷⁴ Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 9.

rechten Schutz ihrer Unternehmungen, vor allem in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG und (subsidiär) in der allgemeinen (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG¹⁷⁵.

Art. 19 Abs. 3 GG bahnt den juristischen Personen den Weg zum Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG allenfalls insoweit, als auch natürliche Personen grundrechtlichen und damit verfassungsgerichtlichen Schutz ihrer Berufsinteressen beanspruchen können.

Nach dem traditionellen personalen Berufsbegriff kommt ein berufsfreiheitlicher Schutz der FCKW-Hersteller und -Vertreiber nicht in Betracht, weil sie ein Unternehmen betreiben, nicht aber einen Beruf ausüben. Soweit Nutzer FCKW beruflich benötigen, können sie sich insoweit auf Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG berufen.

bb) Berufskriterium der erlaubten Tätigkeiten

FCKW-Hersteller oder FCKW-Vertreiber, aber gegebenenfalls auch FCKW-Nutzer sind Unternehmer. Sie erfüllen die Kriterien des weiten Berufsbegriffs der Praxis, wenn ihre auf Erwerb gerichteten, also gewerblichen Tätigkeiten erlaubt, d.h. legal, sind. Durch ein gesetzliches Verbot würden die Herstellung, der Vertrieb und die Nutzung von FCKW unerlaubte Handlungen. Weil den Tätigkeiten, welche beruflich genutzt werden, die Legalität genommen wird, entfällt der Schutz aus der Berufsfreiheit¹⁷⁶. Das Verbot der Tätigkeiten selbst ist nicht etwa eine (gar objektive) Beschränkung der Berufsfreiheit, die nur aus schwerwiegenden Belangen des Gemeinwohls gerechtfertigt wäre. Das Verbot bezweckt den Schutz von Leben und Gesundheit und verbietet nicht spezifisch eine berufliche Betätigung allgemein erlaubter Handlungen. Es hat keine, wie das Bundesverfassungsgericht es zu formulieren pflegt¹⁷⁷, „berufsregelnde Tendenz“. Beruflichkeit setzt erlaubte Tätigkeiten voraus. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht bestimmte Handlungen, sondern nur die berufliche Ausübung von erlaubten Handlungen.

¹⁷⁵ Ausführlich hierzu B II, III.

¹⁷⁶ BVerfGE 7, 377 (397); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 32, 311 (316); 48, 376 (388); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 81, 70 (85).

¹⁷⁷ BVerfGE 13, 181 (186); 16, 147 (162); 22, 380 (384); 38, 61 (79); 52, 42 (54); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 89, 48 (61); 95, 267 (302); 96, 375 (397).

gen¹⁷⁸. Die Umweltschutzpolitik (etwa) kann nicht davon abhängig gemacht werden, daß Menschen die umweltbelastenden Tätigkeiten zu ihrem Beruf oder auch nur zu ihrem Unternehmen gemacht haben. Das Bundesverwaltungsgericht will nur schlechthin gemeinschädliche Tätigkeiten aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausnehmen¹⁷⁹, so daß das Verbot beruflicher Tätigkeiten zur objektiven Zulassungsschranke wird, welche nur zugunsten besonders wichtiger und überragender Gemeinrechtsgüter, die das Verbot "zwingend erfordern", gerechtfertigt werden könne¹⁸⁰. Dagegen spricht, daß es vom Gesetz abhängt, ob eine Tätigkeit als gemeinschädlich bewertet wird. Sonst übernehmen die Gerichte die Aufgabe der Gesetzgebung. Sie haben diese aber nur an den Maßstäben des Rechts zu überprüfen¹⁸¹. Jedenfalls sind Umweltbelastungen, die wegen der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unterbunden werden müssen, im Sinne des Berufsbegriffs gemeinschädlich.

Wenn freilich beruflich geübte Tätigkeiten entgegen dem Recht durch Gesetz verboten werden, so daß die nach dem Recht legale Tätigkeit auch nicht mehr beruflich ausgeübt werden darf, bis der Rechtsverstoß des Gesetzgebers geklärt ist, dann hat der Gesetzgeber auch die Berufsfreiheit verletzt, weil er rechtmäßige Tätigkeiten und damit eine verfassungsgemäße Berufswahl und/oder Berufsausübung unterbunden hat. Das Begriffsmerkmal der Erlaubtheit der beruflichen Tätigkeit war nach dem Recht, wenn auch nicht nach dem Gesetz, erfüllt. Demgemäß muß sich der grundrechtliche Schutz der Berufsfreiheit auch gegen Gesetze entfalten können, welche entgegen dem Recht Tätigkeiten illegalisieren, die als Beruf ausgeübt werden können, seien es Berufe insgesamt oder seien es einzelne beruflich ausgeübte Tätigkeiten. Unerlaubte Tätigkeiten können nicht als Beruf gewählt werden, weil ein solcher Beruf nicht ausgeübt werden könnte¹⁸². Die Legalität bestimmter Handlungen ist an sich keine Frage der Berufswahl-

¹⁷⁸ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

¹⁷⁹ BVerwGE 22, 286 (287 ff., 289); 96, 302 (308 f.); i.d.S. auch R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 44.

¹⁸⁰ BVerwGE 96, 302 (311).

¹⁸¹ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 858 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 219 ff.

¹⁸² K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

freiheit, sondern eine Frage des Rechts im übrigen, insbesondere eine Frage der anderen Grundrechte. Wenn jedoch an sich legales Handeln beruflich auszuüben, also als Beruf, untersagt wird, ist das eine Beeinträchtigung der Berufswahlfreiheit. Wenn einzelne berufliche Tätigkeiten illegalisiert werden, etwa die Nutzung von FCKW für die Produktion bestimmter Produkte, ist das eine Berufsausübungsregelung, jedenfalls wenn die unternehmerische Tätigkeit zur Berufsausübung gerechnet wird¹⁸³. Durch diese Begrifflichkeit würde Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eine äußerst weitreichende Schutzwirkung entfalten, die aber keinen intensiveren Schutz zu geben vermag als die allgemeine (Handlungs)Freiheit. Die Berufsausübungsfreiheit wäre die allgemeine Freiheit von ungesetzlichen Maßnahmen des Staates bei beruflichem, wenn man so will, unternehmerischem Handeln; denn die Berufsausübung kann nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden¹⁸⁴. Das Bundesverfassungsgericht reduziert den berufsgrundrechtlichen Schutz auf Maßnahmen, insbesondere Gesetze, mit berufsregelnder Tendenz¹⁸⁵. Das ist überzeugend. Gesetze, die einer Schutzpflicht genügen, wie das FCKW-Verbot, haben keine berufsregelnde Tendenz, sondern verfolgen einen ökologischen Zweck, obwohl sie Berufe und Berufsausübungen illegalisieren, also im weiteren Sinne regeln. Den Berufsfreiheiten wird somit nur ein reduzierter, spezifisch berufsfreiheitlicher Schutzzweck zugemessen. Die grundrechtliche Schutzwirkung insgesamt geht dadurch nicht verloren. Wenn nicht Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG herangezogen wird, vermag Art. 2 Abs. 1 GG Schutz zu geben, abgesehen von der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG. Letztlich können die berufstätigen Menschen und auch die Unternehmen nicht mehr verteidigen als die praktische Vernunft, die Sachlichkeit der Gesetze.

Würde man das gesetzliche Verbot einer unternehmerischen Handlung als objektive Zulassungsschranke im Sinne der berufsfreiheitsrechtlichen Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts ansehen, so würde dem Interesse jedenfalls an einem bereits ausgeübten Beruf ein größtmögliches Gewicht beigemessen, weil eine derartige Schranke für die (einheitliche) Berufsfrei-

¹⁸³ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 115.

¹⁸⁴ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 117 f.

¹⁸⁵ Vgl. die Hinweise in Fn. 177.

heit nur "unter strengen Voraussetzungen zum Schutze besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter" zulässig ist¹⁸⁶. Zum Erwerb genutzte Möglichkeiten, gefährliche Stoffe herzustellen, zu vertreiben oder zu nutzen, die sich in einem "Beruf", richtiger einem Gewerbe, manifestieren, dürfen sich jedoch nicht gegen die Schutzpflichten des Grundgesetzes durchsetzen können. Letztere schützen allemal "besonders wichtige Gemeinschaftsgüter". Schutzpflichtwidrige Handlungen sind auch "schlechthin gemeinschädlich" im Sinne des Berufsbegriffs des Bundesverwaltungsgerichts, so daß auch dieses Gericht keinen Schutz aus der Berufsfreiheit zugestehen würde.

2. Ergebnis

Die Verbote der Herstellung, des Vertriebs aber auch der Nutzung von FCKW fallen daher nicht unter die Freiheit des Berufs, auch nicht, wenn ein Chemiker das als Beruf betreibt. Das FCKW-Verbot hat keine berufsregelnde Tendenz, sondern unterbindet (gemäß der Schutzpflicht, Teil 1) eine gefährdende Tätigkeit.

II. Grundrechtsschutz der Unternehmen aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

1. Recht am Unternehmen als Eigentum

a) Gesetzlichkeit des Eigentumsschutzes

Das Grundgesetz materialisiert den Rechtsbegriff Eigentum nicht näher. Inhalt und Schranken des Eigentums werden demgemäß nach Satz 2 des Art. 14 Abs. 1 GG durch die (einfachen) Gesetze bestimmt. Was als Eigentum grundrechtlichen Schutz genießt, ist Sache der Politik, weil das Eigentum nicht nur privatnützig¹⁸⁷, sondern auch sozialpflichtig ist¹⁸⁸ ("Wohl der

¹⁸⁶ BVerfGE 7, 377 (407 f.); 11, 30 (45); 11, 168 (183); 25, 1 (11); 40, 196 (218); 75, 284 (296); 84, 133 (151); 85, 360 (374); vgl. BVerwGE 96, 302 (311).

¹⁸⁷ BVerfGE 24, 367 (390); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); 52, 1 (30); 58, 300 (345); 70, 191 (200); 79, 174 (198); 79, 292 (303); 81, 208 (220); 87, 114 (138 f.); 91, 294 (308 f.); 93, 121 (137); 100, 226 (247); 100, 289 (303); 102, 1 (15) u.ö.; grundlegend R. Reinhardt, Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, in: ders./U. Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 10 ff., 33 ff.; W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 171 ff. (kritisch); ders., Eigentum - Grundlage der Freiheit, in: ders., Eigentum (hrsg. von J. Isensee), 1996, S. 26, 44; ders., Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 44, 74, 140; H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 366 ff.; P.

Allgemeinheit", Art. 14 Abs. 2 S. GG¹⁸⁹) Die Sozialpolitik ist aber lageabhängig. Freilich muß der Gesetzgeber sich an der grundsätzlichen Privatheitlichkeit des Eigentums orientieren¹⁹⁰. Das soziale Eigentum ist das gesetzliche Eigentum¹⁹¹.

Als Eigentum werden alle vermögenswerten privaten Rechte¹⁹² (also nicht nur Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches), aber auch öffentlich-rechtliche vermögenswerte Rechte geschützt, letztere nach der Praxis nur wenn sie auf eigener Leistung beruhen¹⁹³.

Badura, Eigentum, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 10, Rdn. 2, 25, S. 330, 342; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 277 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 1004, 1023 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 754, 772.

¹⁸⁸ BVerfGE 8, 71 (80); 20, 351 (356); 25, 112 (117); 37, 132 (140); 52, 1 (29); 81, 208 (220); 89, 1 (9); 100, 226 (240 f.); 102, 1 (17 f.); *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff., insb. S. 773 f.; *ders.*, Fallstudie Atomrecht, S. 375 ff.

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 81, 202 (220).

¹⁹⁰ *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 765 f.; i.d.S. BVerfGE 100, 226 (241).

¹⁹¹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.; vgl. i.d.S. BVerfGE 100, 226 (241).

¹⁹² Etwa BVerfGE 1, 264 (278); 58, 300 (335 f.); 70, 191 (199); 83, 201 (209); 95, 267 (300); *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn. 35 ff., S. 347 ff.

¹⁹³ BVerfGE 14, 288 (293); st. Rspr.; etwa BVerfGE 30, 292 (334); 53, 257 (289 ff.); 58, 81 (112 f.); 69, 272 (300 ff.); 70, 115 (122); 72, 175 (193); 95, 64 (82); 97, 350 (371); BGH, NJW 2002, 3536; *W. Leisner*, Sozialbindung des Eigentums, S. 19 ff. (zur Entwicklung dieses Begriffs); *ders.*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 3, 85 ff., 119 ff.; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn. 1, 35 ff., S. 329, 347 ff.; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 1994, Art. 14, Rdn. 124 ff. (nicht zu kritisch); *O. Kimminich*, GG, Bonner Kommentar, Drittbearbeitung, 1992, Art. 14, Rdn. 31, 55 f.; *R. Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 113 ff., der Eigentum "als qualifiziertes normatives Zugehören" dogmatisiert (S. 121 ff.); *D. Ehlers*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung, VVDStRL 51 (1992), S. 214 f.; weiter noch BGHZ (Großer Senat) 6, 270 (278), wonach "jedes vermögenswerte Recht", "das ganze Vermögen der Bürger", durch die Eigentumsgarantie und den Eigentumsschutz geschützt sei, "gleichgültig, ob es dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht" angehöre; *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff., insb. S. 767 ff., der auch Rechte auf soziale Leistungen in den Eigentumsbegriff einbezieht, Hinweise daselbst zu Fn. 169.

b) Eigentum am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"

Grundrechtlichen Eigentumsschutz genießt auch der sogenannte "eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb", das Unternehmen¹⁹⁴. Das Bundesverfassungsgericht läßt dies jedoch ständig unentschieden¹⁹⁵, weil ein Unternehmen nur die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu einem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte sei, die als solche schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt seien.

Der Bundesgerichtshof anerkennt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in gewissem Sinne als sonstiges Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB an¹⁹⁶, ein Auffangrecht, das aber nur bei "unmittelbaren", "betriebsbezogenen Eingriffen" verletzt sei¹⁹⁷, so daß ein offener Tatbestand entstanden ist, der richterliche Rechtsetzung deckt¹⁹⁸. Der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht beziehen dieses Recht am Unternehmen auch in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ein¹⁹⁹. Das Unternehmen wird als eine Einheit begriffen. Daß ein Unternehmen ein eigenständiger Vermögenswert ist, erweist der Markt.

Gegenstand des deliktsrechtlichen Schutzes sind die rechtmäßig ausgeübten gewerblichen unternehmerischen Tätigkeiten. Das Unternehmen wird in der

¹⁹⁴ BGHZ 67, 190 (192); 78, 41 (42 ff.); 81, 21 (33); 92, 34 (37); 98, 341 (351); 111, 349 (355 f.); BGHZ, JZ 1996, 1122 (1123); BVerwGE 62, 224 (226); 67, 84 (92); 67, 93 (96); W. Leisner, Eigentum, HStR, Bd. VI, 1989, § 149; Rdn. 108 ff.; P. Badura, Eigentum, HVerfR., § 10, Rdn. 94 ff., S. 387 ff.; H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, 1994, Art. 14, Rdn. 95 ff., 220; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 188 ff., 200 f.

¹⁹⁵ BVerfGE 45, 142 (173); 51, 193 (221 f.); 58, 300 (353); 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); 84, 212 (232); aber BVerfGE 22, 380 (386).

¹⁹⁶ BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 29, 65 (67); 45, 296 (306 f.); 65, 325 (328); 67, 190 (192); 69, 128 (138); 81, 21 (33); 84, 212 (232); 86, 152 (156); 92, 34 (37); 98, 341 (351); kritisch K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II, 2, Besonderes Schuldrecht, 13. Aufl. 1994, § 81, 538 ff., 560 ff.

¹⁹⁷ BGHZ 3, 270 (279 f.); 29, 65 (74); 69, 128 (139); 78, 441 (43); 86, 152 (156); H. Thomas, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 54. Aufl. 1995, Rdn. 21 zu § 823; H.-J. Mertens, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, § 823, Rdn. 481 ff. (Rahmenrecht), insb. Rdn. 490 ff.; K. Larenz/C.-W. Canaris, Besonderes Schuldrecht, S. 540 ff.

¹⁹⁸ Kritisch H.-J. Mertens, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 483, 491 ff.; K. Larenz/C.-W. Canaris, Besonderes Schuldrecht, S. 545, 561

¹⁹⁹ Hinweise in Fn. 194.

"gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit" geschützt²⁰⁰. Umfaßt ist alles, was den Wert des Betriebs ausmacht²⁰¹, vor allem der Bestand des Unternehmens²⁰², aber auch dessen bereits eingeführte (nicht die nur geplanten) Handlungsweisen²⁰³, dessen geschäftliche Verbindungen, Beziehungen, Kundenstamm, u.a.²⁰⁴, also auch die Herstellung, der Vertrieb und die Nutzung von FCKW und FCKW-Produkten.

Die Zivilgerichte praktizieren das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, also das Recht am Unternehmen, weniger als ein "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, als vielmehr als einen unternehmer-schützenden deliktischen Auffangtatbestand²⁰⁵. Darum indiziert die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs in dieses Recht am Unternehmen nicht schon die Rechtswidrigkeit, wie grundsätzlich nach der legislativen Konzeption im Recht unerlaubter Handlungen, sondern das Unrecht wird durch Interessen- und Güterabwägung unter Beachtung aller Umstände positiv festgestellt²⁰⁶. Dieses Recht ist richterrechtliche Materialisierung des grundgesetzlichen Eigentumsbegriffs und darum des grundrechtlichen Eigentumsschutzes fähig²⁰⁷.

c) Grundrechtlicher Eigentumsschutz unternehmerischer Betätigung

²⁰⁰ BGHZ 3, 270 (279 f.); 29, 65 (69); interpretationsbedürftig i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351); *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, Rdn. 485; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 539, 544 ff.

²⁰¹ BGHZ 23, 157 (162 f.); 45, 150 (155); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 95.

²⁰² BGHZ 3, 270 (279); 29, 65 (69); 92, 34 (46); 98, 341 (351): „nur Bestandsschutz, nicht Erwerbsschutz“; BVerfGE 30, 292 (334 ff.).

²⁰³ I.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.).

²⁰⁴ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 95; *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar BGB, § 823, Rdn. 485, 492 ff. (Fallgruppen); *K. A. Schahtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 189 ff.

²⁰⁵ BGHZ 35, 200 (204); vgl. *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 484 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543 f.

²⁰⁶ BGHZ 45, 296 (307 f.); 65, 325 (329); *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, Rdn. 1 ff.; *H. Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 32 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543.

²⁰⁷ Vgl. die Hinweise in Fn. 194, 196, 197.

Das Recht am Unternehmen umfaßt in der Praxis der Zivilgerichte auch die (ingerichtete) unternehmerische Betätigung²⁰⁸ und nicht nur das Unternehmen in dessen Bestand im engeren Sinne (also Eigentum und ähnliche Rechte im Sinne des Privatrechts). Die unternehmerische Betätigung will die verfassungsgerichtliche Praxis allenfalls mittels Art. 12 Abs. 1 GG und nicht mittels Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützen und begründet dies mit der wenig überzeugenden Formel, Art. 14 Abs. 1 GG schütze nicht den Erwerb, sondern das Erworbene²⁰⁹. Aber auch die hinreichend stabilisierten Erwerbsmöglichkeiten sind Eigenes und damit eigentumschutzfähig²¹⁰. Die Berufsfreiheit leistet allenfalls mittelbar unternehmerischen Erwerbsschutz, weil sie nicht die Unternehmensfreiheit als solche schützt²¹¹, aber die Eigentumsgewährleistung den Schutz des Eigentumsgebrauchs und damit auch den des praktizierten Erwerbs durch Gebrauch des Eigentums²¹². Art. 14 Abs. 1 GG schützt ausweislich des Absatzes 2 dieser Vorschrift auch den Gebrauch des Eigentums, nämlich die Privatnützigkeit²¹³. Der eigentumsgrundrechtlich geschützte Unternehmer ist somit in seiner unternehmerischen Tätigkeit als seinem Eigentumsgebrauch durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Dieser Schutz von Handlungen, die das Eigentum nutzen, geht aber nicht weiter als der der allgemeinen (Handlungs)Freiheit, weil Eigentum zwar geschützt werden darf, aber nicht zum Schaden Dritter, zumal Inhalt und Schranken der Eigentumsgewährleistung durch die Gesetze bestimmt werden (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Freilich muß der Gesetzgeber die politische Leitentschei-

²⁰⁸ Hinweise in Fn. 200; insb. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.); K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 200 f.

²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 142 (173); 45, 272 (296); 51, 193 (222); 65, 196 (209); 68, 193 (222 f.); 74, 129 (148); 81, 208 (227 f.); 82, 70 (96); vgl. BGH, JZ 1996, 1122 (1123): "Art. 14 Abs. 1 GG schützt ... das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst", mit Anm. H. Maurer; BGH, NJW 2002, 3536; so im Ergebnis H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 220, anders aber ders., ebenda, Rdn. 95; kritisch auch R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 100.

²¹⁰ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 772; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 189 ff.; i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351).

²¹¹ Hinweise zur Gegenansicht in Fn. 166; dazu 1. Kapitel, 2 a; dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 159 f.

²¹² Ganz so BGHZ 78, 41 (42 ff.).

²¹³ Hinweise in Fn. 187.

derung für das Eigentum und die privatheitliche Nutzung des Eigentums beachten.

Das Bundesverfassungsgericht schließt mit der kritisierten Erwerb/Erworbenes-Formel tatsächliche und auch rechtlich begründete "in der Zukunft liegende" Chancen für Unternehmen (etwa "optimale Absatzchancen" oder "bloße (Umsatz- und Gewinn-) Chancen und tatsächliche Gegebenheiten"; "Interessen, Chancen, Verbindungsmöglichkeiten") vom Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG aus²¹⁴.

Der Bundesgerichtshof subsumiert auch den eingerichteten Gebrauch des Eigentums und damit die jeweils spezifische Betätigung eines Unternehmens unter die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG²¹⁵. Der III. Zivilsenat etwa hat Werbefahrten mit Oldtimern (aus Vertrauensschutzgründen) als grundrechtlich geschützten Eigentumsgebrauch angesehen²¹⁶, allerdings die verkehrsrechtliche Erlaubnis zu innerstädtischen Werbefahrten, welche (verfassungswidrig)²¹⁷ durch eine Novellierung der Straßenverkehrsordnung aufgehoben wurde, nur deswegen als eigentumsgrundrechtlich geschützte Unternehmenschance eingestuft, weil das Vertrauen des Unternehmers in den Bestand der Erlaubnis von innerstädtischen Werbefahrten schutzwürdig erschien²¹⁸.

Zum eigentumsrechtlichen Vertrauensschutz wird zu II näher Stellung genommen. Logisch hat der III. Zivilsenat den unternehmerischen Möglichkeiten (Chancen) den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG zuerkannt, wenn sie Vertrauensschutz verdienen²¹⁹, zu Recht; denn Eigentum sind die Handlungsmöglichkeiten des Menschen, soweit sie rechtlich, durch Gesetze

²¹⁴ Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 142 (173); 45, 272 (296); 51, 193 (222); 65, 196 (209); 68, 193 (222 f.); 74, 129 (148); 81, 208 (227 f.); 95, 173 (187 f.); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 220; weitergehend *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 110; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 189 f.

²¹⁵ Hinweise in Fn. 194 ff.; vgl. insb. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.).

²¹⁶ BGHZ 78, 41 (42 ff.).

²¹⁷ BVerfGE 40, 371 ff.; vgl. BGHZ 78, 41 (42).

²¹⁸ BGHZ 78, 41 (45 ff.).

²¹⁹ BGHZ 78, 41 (42 ff.); vgl. i.d.S. auch BGHZ 98, 341 (351 f.).

des Rechts also, geschützt sind und dadurch eine politische (lebensweltliche) Stabilität genießen, die durch schützenswertes Vertrauen gestärkt wird. Jedes Gesetz aber schafft ein gewisses Vertrauen und bewirkt, daß Menschen sich auf die vom Gesetz geschaffene Lage einrichten. Das Vertrauensschutzprinzip kann einem Gesetz, das unternehmerische Tätigkeiten unterbindet, die Rechtfertigung nehmen, steht aber der Subsumtion solcher Gesetze unter die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG nicht entgegen. Unternehmensrechtliche Gesetze greifen somit in das Eigentumsrecht ein, weil dieses die unternehmerische Handlungsfreiheit regelt, wenn ein Unternehmen eingerichtet und ausgeübt wird.

Richtig ist es, illegalen Handlungen keinen Eigentumsschutz zu geben. Die Illegalisierung von Handlungen ist eine Frage der praktischen Vernunft; denn der eigentumsrechtliche Gebrauchsschutz, geht, wie Absatz 2 des Art. 14 GG (Sozialpflichtigkeit)²²⁰ erweist, nicht weiter als der Grundrechtsschutz der allgemeinen (Handlungs)Freiheit. Freiheit aber wird durch rechtliche Gesetzmäßigkeit verwirklicht²²¹. Der grundrechtliche Freiheitsschutz gibt ein Recht auf eine Politik, die allein den Rechtsprinzipien der praktischen Vernunft unterliegt, also auf sittliche Politik²²². Die Sachlichkeit, praktische Vernünftigkeit der Illegalisierung ist freilich vor Art. 14 Abs. 1 GG zu rechtfertigen.

d) Grenzen eigentumsgrundrechtlich geschützter Unternehmensfreiheit

Das Unternehmen genießt in allen seinen Möglichkeiten, seinen geregelten Bestand im weiteren Sinne, den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG, aber die Eigentumsgewährleistung schützt nicht vor dem Verbot gemeinwohlwidriger Handlungen, schon gar nicht, wenn der Gesetzgeber den Schutzpflichten folgt. Was das Gemeinwohl fordert, bestimmt im Rahmen des Rechts das Gesetz. Welche unternehmerischen Möglichkeiten die Politik zuläßt, ist Sache der dem Recht verpflichteten Gesetzgebung, wie Satz 2 des Art. 14 Abs. 1 GG klarstellt. Dabei ist die Leitentscheidung für das Eigen-

²²⁰ Hinweise in Fn. 188.

²²¹ Hinweise in Fn. 15, 253.

²²² K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 279 ff., 427 ff., 978 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 24 ff., 105 ff., 219 ff., 213 ff.

tum, also auch für durch die Privatheitlichkeit definierten Unternehmen²²³, zu verwirklichen. Daß die Gefährlichkeit bestimmter Stoffe nicht erkannt war, hindert den Gesetzgeber nicht, den neuen Erkenntnissen zu folgen, im Gegenteil: Der Gesetzgeber ist dazu verpflichtet. Auch der Unternehmer darf nicht andere durch sein Handeln schädigen. Ein solches Recht gibt ihm kein Grundrecht²²⁴.

2. Eigentumsrechtlicher Vertrauensschutz

Die Investitionen (genauer: die Nutzbarkeit von Einrichtungen) sind gegen die richtige Politik nicht geschützt. Soweit reicht auch der durch die Eigentumsgewährleistung begründete Vertrauensschutz²²⁵ nicht. Das Vertrauensschutzprinzip ist Materialisierung des Rechtsprinzips, das eine hinreichende Beständigkeit der Gesetze fordert, damit die Menschen ihr Handeln verlässlich auf diese einrichten können²²⁶. Der Vertrauensschutz ist somit wesentlich ein Prinzip des Rechtsstaates²²⁷. Das Verbot, FCKW herzustellen, zu vertreiben und zu nutzen, wirkt retrospektiv, weil es "auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte (nämlich die aktiven Unternehmen) für die Zukunft einwirkt und damit die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet"²²⁸. Bisher waren die Herstellung, der Vertrieb und die Nutzung von FCKW erlaubt. Die Investitionen der Unternehmer wären nun

²²³ Hinweise in Fn. 254.

²²⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 334; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 118.

²²⁵ W. Leisner, *Eigentum*, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 94 ff.; H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 318; vgl. BVerfGE 14, 263 (278); 18, 121 (132); 62, 169 (183); vgl. BGHZ 45, 83 (87 ff.); 78, 41 (45 ff.).

²²⁶ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 18. Kap., S. 408 ff.; i.d.S. auch W. Leisner, *Eigentum*, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 97.

²²⁷ BVerfGE 25, 269 (291); vgl. BGHZ 78, 41 (45 ff.); K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 18. Kap.; weitere Hinweise in Fn. 228.

²²⁸ BVerfGE 13, 161 (170 ff.); 18, 429 (439); 25, 371 (406); 51, 361 (391); 68, 287 (306); 72, 141 (154); 72, 200 (243 f., 257 ff.); 72, 302 (321 ff.), unechte Rückwirkung, tatbestandliche Rückanknüpfung. Wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift, gilt das als eine echte, retroaktive, Rückwirkung; etwa BVerfGE 13, 261 (270 f.); 25, 371 (403 f.); 57, 361 (391); 63, 152 (175); 68, 187 (306); 72, 175 (196); dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 18. Kap., V, S. 417 ff.

weitgehend nutzlos. Eine solche "unechte" Rückwirkung ist rechtmäßig, es sei denn, daß "das Gesetz einen Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen braucht, den er also bei seinen Dispositionen auch nicht berücksichtigen konnte, wobei das Vertrauen in den Fortbestand gesetzlicher Regelungen regelmäßig nicht geschützt wird" und das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdiger ist als das mit dem Gesetz verfolgte Anliegen²²⁹.

Das Vertrauen der Hersteller in die Möglichkeit, FCKW herzustellen, und der Händler, dieses zu vertreiben, vermag sich nicht gegen den verfassungsgebundenen Schutz von Leben und Gesundheit durchzusetzen. Vertrauensschutz kann sich rechtens nicht gegen grundrechtliche Schutzpflichten behaupten. In Betracht kommen Ansprüche auf Entschädigungen wegen der Investitionen, deren Wert durch die Schutzmaßnahmen verlorengelht, wenn der Verlust der Investitionen wirtschaftlich unzumutbar ist²³⁰.

In engen Grenzen entfaltet jedoch die Eigentumsgewährleistung wirtschaftlichen Schutz selbst gegenüber Maßnahmen, welche durch Schutzpflichten geboten sind, zumal der Gesetzgeber bei seinen Maßnahmen alle Verfassungsprinzipien abwägend zu berücksichtigen hat²³¹. Keinesfalls kann sich aber eine Betätigung von Unternehmen gegen Schutzpflichten durchsetzen, wenn Gefahren für Leben und Gesundheit abgewehrt werden müssen, die nicht vernachlässigenswert sind, also nicht bagatellisiert werden können. Letzteres ist wieder eine Frage gesetzgeberischer Politik. Grundsätzlich aber entfaltet die Unternehmensfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht mehr Abwehrwirkung gegen die Politik als die allgemeine (Handlungs)Freiheit. Die aber ist in die Grenzen der praktisch vernünftigen Rechtsordnung gewiesen (Art. 2 Abs. 1 GG). Das Grundgesetz schützt kein Recht unternehmerischer Betätigung zu Lasten verfassungsgeschützter Rechte anderer. Die Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG können zwar nach Satz 3 dieser Vorschrift eingeschränkt werden²³², aber nur zugunsten anderer grundgesetzlich geschützter Güter. Dazu gehört die unternehmerische Handlungsfreiheit nicht,

²²⁹ Vgl. BVerfGE 13, 161 (170 ff.); 18, 429 (439); 68, 287 (306); 72, 200 (257 ff.); 72, 302 (321 ff.).

²³⁰ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Atomrecht, S. 379 ff.

²³¹ Hinweise in Fn. 72, 142.

²³² Hinweise in Fn. 143.

weil diese zum einen unter Gesetzesvorbehalt steht (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) und zum anderen sozialpflichtig ist, d.h. unternehmerisches Handeln soll nicht nur privatnützig sein²³³, sondern "zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen" (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG). Das Wohl der Allgemeinheit wird aber durch die Gesetze materialisiert²³⁴ und diese sind den Schutzgütern der Verfassung und des Verfassungsgesetzes verpflichtet. Der Eigentumsschutz ist eben eine Sache der Gesetzgebung (Gesetzlichkeit des Eigentums)²³⁵. Der Bestandsschutz aber wird, wenn der Bestand wegen des Gemeinwohls aufgehoben werden muß, zum Wertschutz²³⁶, wie auch das Rechtsinstitut der Enteignungsentschädigung erweist (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Das gebietet auch das Vertrauensschutzprinzip, das darum auch zur grundrechtlichen Eigentumsgewährleistung gehört²³⁷. Vertrauen in eine rechtswidrige Politik des Gesetzgebers verdient jedoch keinen Schutz.

Auch wenn ein Unternehmen wegen des FCKW-Verbots seine Tätigkeit einstellen müßte, würde die Eigentumsgewährleistung dagegen nicht schützen, weil diese keinen Schutz bestimmter Tätigkeiten gegen deren Verbot durch Gesetze gibt, wenn das Gesetz der Verfassung und dem Verfassungsgesetz gemäß, also praktisch vernünftig, ist²³⁸. Erst recht kann der Unternehmer trotz aller eigentumsrechtlichen Unternehmensfreiheit nicht die Verwirklichung der Schutzpflichten durch den Staat abwehren; denn so weit geht die Privatnützigkeit des Eigentums nicht. Das Recht zum Gebrauch des Eigentums findet seine Grenze in dem in Art. 2 Abs. 1 GG formulierten Freiheitsschutz der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und

²³³ Vgl. die Hinweise in Fn. 187, 188.

²³⁴ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 265 ff.; ders., Res publica res populi, S. 655 ff.

²³⁵ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.; BVerfGE 100, 226 (241).

²³⁶ BVerfGE 24, 367 (397); 38, 175 (181); 45, 297 (322); 58, 300 (323); H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 9; W. Leisner, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 168 f.

²³⁷ H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 318.

²³⁸ K. A. Schachtschneider, Das Recht auf und das Recht am Eigentum, FS W. Leisner, S. 763 ff.; ders., Fallstudie Atomrecht, S. 377 ff.

des Sittengesetzes²³⁹, welche durch ein FCKW-Verbot materialisiert würden.

3. Grundrechtlicher Eigentumsschutz privatheitlicher juristischer Personen

Nach Art. 19 Abs. 3 GG kann sich auch eine juristische Person, etwa eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen. Das Grundrecht ist seinem Wesen nach auf privatheitliche juristische Personen anwendbar²⁴⁰. Die natürlichen Personen arbeiten in der Gesellschaft zusammen. Die juristische Person nimmt deren Grundrechte wahr (Durchgriffslehre)²⁴¹. Freilich kann die juristische Person nicht mehr an Grundrechtsschutz und keinen anderen Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen als eine natürliche Person.

4. Ergebnis

Ein Verbot der Herstellung, des Vertriebs und der Nutzung von FCKW würde in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG eingreifen, ohne aber dieses Grundrecht zu verletzen, weil der Gesetzgeber die unternehmerische Eigentumsnutzung den Schutzpflichten gemäß bestimmen würde. Eine solche darf durch formelles Gesetz, aber auch durch eine Rechtsverordnung

²³⁹ K. A. Schachtschneider, Das Recht auf und das Recht am Eigentum, FS W. Leisner, S. 756 ff., 774 ff.; ders., Fallstudie Atomrecht, S. 373 f.

²⁴⁰ BVerfGE 61, 78 (108); 66, 116 (130), nicht aber auf juristische Personen des öffentlichen Rechts; BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 35, 263 (271); 39, 302 (314 f.); 45, 63 (78 f.); 61, 82 (101); 62, 354 (369); 68, 163 (206); 70, 1 (15 ff.); 75, 192 (196); 85, 360 (385); G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 1977, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 33 ff.; H. Bethge, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, S. 61 ff.; W. Rüfner, Grundrechtsträger, HStR, Bd. V, 1992, § 116, Rdn. 64 ff.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 275 ff.; differenziert A. v. Mutius, GG, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, 1975, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 87 ff., 114 ff.

²⁴¹ Für das Durchgriffskriterium vor allem G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 1 ff.; vgl. A. v. Mutius, GG, Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 29; L. Fröhler/P. Oberndorfer, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, 1974, S. 53 f., 56 f.; auch i.d.S. K. Stern, Staatsrecht, III/1, S. 1162 f.; auch G. Haverkate, Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, S. 345 ff., 383 ff.; vgl. durchaus i.d.S. BVerfGE 68, 193 (206); auch BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (101 f.); BVerfGE NVwZ 1994, 262, wo den "Innungen nicht in ihrer Funktion als Teil der öffentlichen Verwaltung, sondern als Interessenvertreter ihrer Mitglieder Grundrechtsschutz zugestanden wird"; vgl. auch BVerfG NJW 1996, 1588 f.

erfolgen, wenn sie im Gesetz eine Rechtsgrundlage hat²⁴².

III. Grundrechtsschutz der Unternehmen aus der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG

1. Freiheit unternehmerischer Betätigung

Geschützt ist durch Art. 2 Abs. 1 GG, als Materialisierung der allgemeinen Freiheit²⁴³, auch die Freiheit des wirtschaftlichen Handelns²⁴⁴, etwa auch die "unternehmerische Dispositionsfreiheit"²⁴⁵. Insbesondere private Unternehmen mit allen unternehmerischen Handlungsweisen sind Gegenstand des Freiheitsschutzes. Das Bundesverfassungsgericht dogmatisiert Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit²⁴⁶ und subsumiert die (sogenannten) unbenannten "Freiheiten"²⁴⁷ unter dieses Grundrecht, eben auch die Freiheit wirtschaftlichen Handelns. Die Unternehmensfreiheit ergibt sich vornehmlich aus der durch das Grundrecht der allgemeinen Freiheit geschützten Vertragsfreiheit²⁴⁸, ein Grundprinzip der Menschheit des Menschen²⁴⁹. Unternehmerisches Handeln nutzt der Vertragsfreiheit. Ein Unternehmen ist

²⁴² Vgl. BVerfGE 8, 71 (79).

²⁴³ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff., 494 ff., passim; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 87 ff., 141 ff.

²⁴⁴ Vgl. BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 29, 260 (266 f.); 32, 311 (316); 50, 290 (366); 65, 196 (210); 75, 108 (154); 89, 48 (61); 95, 267 (303); *H.-J. Papier*, *Grundgesetz und Wirtschaftsordnung*, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 820 ff., 832 ff.; vgl. auch K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 353 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 394 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 287 ff., 293 ff.

²⁴⁵ BVerfGE 95, 173 (188).

²⁴⁶ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 143 (146); 55, 159 (165 ff.); 59, 275 (278); 74, 129 (151); 75, 108 (154 f.); 80, 137 (152 ff.); 89, 214 (231); 95, 267 (303); 97, 350 (377); st. Rspr.; *H.-U. Erichsen*, *Allgemeine Handlungsfreiheit*, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, S. 1188 ff., 1191 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 441 ff., insb. S. 478 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 87 ff., 141 ff.

²⁴⁷ BVerfGE 54, 148 (153); vgl. auch BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (351); 34, 269 (282 f.); 35, 202 (220); 54, 143 (146); 1 (41 ff.); 80, 137 (152 ff.); 80, 367 (373); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 95, 267 (303); kritisch K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 313, 331 f.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 126.

²⁴⁸ BVerfGE 8, 274 (328); st. Rspr.; BVerfGE 89, 214 (232 ff.); 95, 267 (303).

²⁴⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 404 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 302 ff.; *ders.*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 337 ff.

die Einheit einer Menge von Rechten aus Gesetzen und Verträgen, die zu einem Zweck (auch rechtsverbindlich, etwa vertraglich) organisiert wird, meist zu dem Zweck, Gewinn zu erzielen²⁵⁰.

Auch das Bundesverfassungsgericht sieht in dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit geschützt²⁵¹. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die unternehmerische Tätigkeiten allenfalls gegen Gesetze mit berufsregelnder Tendenz²⁵². Die allgemeine Freiheit wird durch die allgemeinen Gesetze verwirklicht, die freilich dem Recht entsprechen müssen²⁵³. Unternehmerisches Handeln läßt sich material nicht definieren. Das Kriterium des Unternehmerischen ist das privatheitliche Handeln, zu welchem Zweck und in welcher Form auch immer²⁵⁴. Der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit geht es um die berufliche Persönlichkeitsentfaltung eines Menschen²⁵⁵, während die unternehmerische Betätigung, etwa von Aktionären einer Aktiengesellschaft, sich oft darauf beschränkt, das Kapital zur Verfügung zu stellen.

2. Subsidiarität der allgemeinen (Handlungs)Freiheit

Das "Auffanggrundrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG greift nach dem Grundsatz des Vorrangs des spezielleren Gesetzes nur ein, wenn besondere Grundrechte (wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG) keinen Schutz geben (Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit)²⁵⁶. Demnach ist die unternehmerische

²⁵⁰ Zur unternehmerischen Gewinnmaxime *H. Steinmann/A. Löhr*, Grundlagen der Unternehmensethik, 2. Aufl. 1994, S. 98, 101, 194, 123 ff., u.ö. ("Formalzielorientierung"); vgl. auch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff.

²⁵¹ Hinweise in Fn. 244.

²⁵² Vgl. die Hinweise in Fn. 177; zum Unternehmensschutz auf Grund Art. 12 Abs. 1 GG 1. Kap., I, 2 a.

²⁵³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 279 ff., 303 ff., 332 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 29 ff., 43 ff., 94 ff., 116 ff., 219 ff.

²⁵⁴ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 394 ff., 396 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 287 ff., 293 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 419 f.

²⁵⁵ Vgl. BVerfGE 50, 290 (362); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 399.

²⁵⁶ BVerfGE 1, 264 (273 f.); 6, 32 (37); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 55 (58); 19, 206 (225); 21, 227 (243); 23, 50 (55 f.); 30, 292 (336); 32, 98 (107); 54, 237 (251); 58, 358 (363); 60, 215 (229); 64, 208 (213); 65, 196 (209 f.); 65, 237 (248); *D. Murswiek*, in:

Betätigung durch Art. 2 Abs. 1 GG nur insoweit geschützt, als sie nicht durch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG Grundrechtsschutz genießt. Letzteres ist der Fall, aber die Berufsausübungsfreiheit steht dem FCKW-Verbot nicht entgegen. Die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG hat entgegen der Praxis²⁵⁷ keine Spezialität gegenüber der allgemeinen Freiheit, weil sie Handlungsmöglichkeiten, Eigentum, schützt, nicht die Freiheit der Handlungen.

3. Schutzpflichten als Grenzen des Freiheitsschutzes

Durch das Verbot der Herstellung, des Vertriebs und der Nutzung von FCKW wären bestimmte unternehmerische Tätigkeiten unterbunden. Dadurch würde die allgemeine Handlungsfreiheit eingeschränkt. Deren Grundrechtsschutz reicht aber ausweislich des Wortlauts des Art. 2 Abs. 1 GG nicht weiter, als es die "Rechte anderer" und die "verfassungsmäßige Ordnung" zulassen. Die Rechte anderer finden sich auch in Art. 2 Abs. 2 GG, welche der Gesetzgeber im Rahmen der Schutzpflicht materialisiert. Die Gesetze, welche Leben und Gesundheit schützen, gehören zur "verfassungsmäßigen Ordnung". Art. 2 Abs. 2 GG schließt somit eine Verletzung der allgemeinen (Handlungs)Freiheit aus. Jedermann muß sich wegen der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG das FCKW-Verbot gefallen lassen. Auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG vermag eine unternehmerische Tätigkeit gegen Schutzpflichten vor allem zugunsten von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG nicht zu rechtfertigen²⁵⁸.

IV. Grundrechtsschutz gegen das FCKW-Verbot aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG

Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kann darin liegen, daß die Hersteller, Vertreiber und Nutzer von FCKW gegenüber den Herstellern anderer die Ozonschicht, aber auch anderer die Gesundheit und das Leben gefährdender Stoffe unterschiedlich behandelt werden, indem die Herstellung, der Vertrieb und die Nutzung dieser anderen Stoffe nicht

Sachs (Hrsg.), GG, Art. 2, Rdn. 137; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 1386 f.; H.-U. Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, Rdn. 13, 25 ff.

²⁵⁷ Hinweise in Fn. 256.

²⁵⁸ Dazu 2. Kap., I, 4; II; BVerfGE 102, 1 (18).

verboten wird.

Die genannten Sachverhalte können der Herstellung und dem Vertrieb des ebenfalls lebens- und gesundheitsgefährdenden FCKW wesentlich gleich sein. Wenn wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt würden, ohne daß das sachlich gerechtfertigt wäre, verstößt das gegen das allgemeine Willkürverbot. Das Willkürverbot folgt aus der allgemeinen Freiheit und ist darum Gegenstand des Art. 2 Abs. 1 GG²⁵⁹. Die Praxis stützt aber das Willkürverbot auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG²⁶⁰. Der Gesetzgeber muß nicht die zweckmäßigste, vernünftigste und gerechteste Lösung wählen, wenn sich nur "irgendein sachlich vertretbarer Differenzierungsgrund" für unterschiedliche Maßnahmen anführen läßt²⁶¹. Die Gefährlichkeit des FCKW ist wissenschaftlich erforscht, die entsprechenden Theorien werden von anerkannten Fachwissenschaftlern vertreten und die möglichen Schäden bei einer Ausbreitung von "Ozonlöchern" sind gravierend. Dies rechtfertigt ein Verbot, auch wenn andere gefährliche Stoffe nicht verboten werden. Die verfassungswidrige Duldung anderer Gefahren ist Unrecht²⁶². Es gibt prinzipiell kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht. Die Verletzung der Schutzpflicht in anderen Fällen rechtfertigt es keinesfalls, die Schutzpflicht auch gegenüber den FCKW-Gefahren zu mißachten.

V. Ergebnis

Keines der Grundrechte, auf die sich die von dem Verbot betroffenen Unternehmen berufen könnten, ist verletzt. Diese können sich nicht gegen den Erlaß eines FCKW-Verbotsgesetzes zur Wehr setzen.

²⁵⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 219 ff., 233 ff., 241 ff.

²⁶⁰ BVerfGE 1, 208 (233); 23, 98 (106 f.); 84 (90 (121)); 91, 389 (401); vgl. K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 374 ff., 413 ff., 978 ff., 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 219 ff., 233 ff., 241 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 372 ff.

²⁶¹ BVerfGE 83, 1 (23); 89, 132 (141 f.).

²⁶² Zum Grundsatz: „Keine Gleichheit im Unrecht“, G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 1973, Art. 3 Abs. 1, Rdn. 179 ff.; P. Kirchhof, *Gleichheit in der Funktionenordnung*, HStR, Bd. V, 1992, § 125, Rdn. 65 ff.; G. Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3, Rdn. 46 ff.

C. Schutz des Rechts auf Schutzmaßnahmen durch Rechtsetzung

I. Verwaltungsrechtsschutz

1. Verwaltungsrechtsweg

Das subjektive Recht auf das FCKW-Verbot, also auf staatliche Rechtsetzung, kann im Verwaltungsrechtsweg Gerichtsschutz finden.

Nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO entscheiden die Verwaltungsgerichte über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art. Die FCKW-Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, weil das subjektive Recht auf das FCKW-Verbot aus dem öffentlichen Recht folgt, nämlich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Diese Vorschrift verpflichtet den Staat und ist somit nach allen Lehren, insbesondere nach der richtigen strengen Subjektslehre²⁶³, öffentliches Recht. Die Streitigkeit ist nach der Enumerationslehre nicht verfassungsrechtlicher Art, weil derartige Streitfälle um Schutzpflichten des Staates nicht als Prozesse der Verfassungsgerichte enumeriert sind (vgl. Art. 93 Abs. 1 GG). Die Verfassungsbeschwerde ist grundsätzlich gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG subsidiär²⁶⁴. Auch nach dem praktizierten materiellen Begriff der Verfassungsstreitigkeit ist diese Streitigkeit nicht verfassungsrechtlich, weil nicht auf beiden Seiten des Rechtsstreits Verfassungsorgane beteiligt sind, die um ihre Rechte aus dem Verfassungsgesetz prozessieren²⁶⁵. Der Staat kann von den Verwaltungsgerichten auch zur Erfüllung seiner Verpflichtungen verurteilt werden, wenn er

²⁶³ Zu den Lehren vom Begriff des öffentlichen Rechts *K. A. Schachtschneider* (*A. Emmerich-Fritsche, M. Kläver, P. Wollenschläger*), Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Skript 1999, S. 12 ff.; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 38 ff.

²⁶⁴ BVerfGE 33, 247 (258); 74, 102 (113); 78, 58 (68); 81, 22 (27); 92, 245 (256); 93, 165 (171); *B. Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/ders./Klein/Ulsamer, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand 1998, § 90, Rdn. 188.

²⁶⁵ BVerfGE 27, 152 (157); 42, 103 (112 ff.); *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie zum kommunalen Wettbewerb, S. 43 f.; a.A., wenn um den Erlaß eines formellen Gesetzes gestritten wird, BVerwGE 75, 330 (334); 80, 355 (358); BVerwG NVwZ 1990, 163; *W.-R. Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 333 ff., auch für Klagen auf nicht formalgesetzliche Rechtssätze; dagegen richtig *Th. Württemberg*, Die Normenerlaßklage als funktionsgerechte Fortbildung verwaltungsprozeßualen Rechtsschutzes, AöR 105 (1980), 370, 381 f.

Rechtssätze zu erlassen verpflichtet ist. Dies folgt aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gegenüber der öffentlichen Gewalt²⁶⁶, aber auch aus dem verpflichtenden Grundrecht selbst, das ohne Rechtsschutz wirkungslos wäre (grundrechtliches Effizienzprinzip)²⁶⁷.

Wenn das Fachgericht (etwa das Verwaltungsgericht) erkennt, daß die Schutzpflicht nur durch ein formelles Gesetz (Legislativgesetz) erfüllt werden kann und demgemäß eine Verurteilung des Gesetzgebers zur schutzpflichtgemäßen Gesetzgebung beansprucht werden kann, ist die Befugnis der Fachgerichte, eine solche Verpflichtung auszusprechen, fragwürdig, weil über die Verfassungsmäßigkeit von formellen Gesetzen, wenn diese unter dem Grundgesetz erlassen werden, im Rechtsschutzsystem des Grundgesetzes die Verfassungsgerichte entscheiden (argumentum aus Art. 100 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG). Dieses Normverwerfungsmonopol der Verfassungsgerichte²⁶⁸ ist eine Materialisierung der gewaltenteiligen Funktionsordnung, welche die demokratische Legitimation der Legislative besonders in Rechnung stellt. Deswegen lehnt die Praxis für Klagen aus dem Recht auf formelle Gesetzgebung den Verwaltungsgerichtsweg mit dem Argument, dies seien Verfassungsstreitigkeiten, ab²⁶⁹. Den Respekt vor der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ist aber mit einer analogen Anwendung des Art. 100 Abs. 1 GG Genüge getan, weil auf Grund dieser Vorschrift das entscheidende Wort über die Pflichten des Gesetzgebers die Verfassungsgerichte haben, wenn auch eine materiale Entscheidung der demokratischen Legislative noch nicht vorliegt, die eigentlich Voraussetzung der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG ist²⁷⁰. Diese Analogie

²⁶⁶ *H.-J. Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, HStR, Bd. VI, 1989, § 154, Rdn. 29, 36; *Th. Württenberger*, Die Normenerlaßklage, AöR 105 (1980), 371, 391 ff., für nichtlegislative Rechtssätze; BVerwG NVwZ 1990, 163, für Satzungen; vgl. auch BVerwGE 80, 355 (361) für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.

²⁶⁷ BVerfGE 60, 253 (269); 88, 118 (123 f.); vgl. auch BVerfGE 97, 298 (315).

²⁶⁸ BVerfGE 1, 184 (188 ff.); 48, 40 (45); 70, 126 (129); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 903 ff., 1013; *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 66 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

²⁶⁹ BVerwGE 75, 330 (334 f.); 80, 355 (359); BVerwG NVwZ 1990, 163; *H.-J. Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, HStR, Bd. VI, § 154, Rdn. 36.

²⁷⁰ So auch *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 156; gegen die Analogie, weil ein Gesetz nicht bestehe,

greift nicht für Rechtssätze, die nicht formelle Gesetze schaffen, wie für Rechtsverordnungen²⁷¹.

Der Streit zwischen dem Bürger und dem Staat, auch der um Grundrechtsverletzungen, ist aber ein typischer Verwaltungsrechtsstreit. In Verwaltungsprozessen geht es meist um Grundrechtsverstöße. Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ist nur ein außerordentlicher Rechtsbehelf²⁷², der den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO nicht zu verdrängen vermag, zumal Verfassungsbeschwerden nur ausnahmsweise zur Entscheidung angenommen werden (§ 93a BVerfGG)²⁷³.

2. Klageart

Strittig ist die Klageart, mit der das Recht auf Erlaß von Rechtsvorschriften gerichtlich geltend gemacht werden kann. Die in der Verwaltungsgerichtsordnung aufgeführten Klagearten sind nicht abschließend. Empfohlen wird für das Recht auf einen Rechtssatz die allgemeine Leistungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO²⁷⁴ oder die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO²⁷⁵, aber auch eine analoge Anwendung von § 47 VwGO (Normenkontrollklage)²⁷⁶, sowie eine Klage sui generis, gestützt auf Art. 19 Abs. 4

BVerwGE 75, 330 (334 f.).

²⁷¹ I.d.S. BVerfGE 79, 174 (194); *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 156.

²⁷² BVerfGE 18, 315 (325).

²⁷³ A.A. *H.-J. Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, HStR, Bd. VI, § 154, Rdn. 36.

²⁷⁴ VGH München, BayVBl 1981, 503; *F. O. Kopp*, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 47, Rdn. 9; *E. Eyermann*, VwGO, 10. Aufl. 1998, § 42, Rdn. 63; beides spricht *H.-J. Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, HStR, Bd. VI, § 154, Rdn. 29, an; vgl. auch *G. Robbers*, Anspruch auf Normenerlaß, JuS 1988, 949 ff.

²⁷⁵ *W. Schmidt Glaeser*, Verwaltungsprozeßrecht, 14. Aufl. 1997, Rdn. 332; *W.-R. Schenke*, Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen, VerwArch 82 (1991), S. 307, 347 ff.; *F.-O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 47, Rdn. 10; *J. Ziekow*, in: H. Sodan/ders., VwGO, 1996, § 47, Rdn. 65; i.d.S. BVerwGE 80, 355 (365), für Rechtssätze unterhalb der formellen Gesetze; auch BVerwG NVwZ 1990, 163, für Satzungen.

²⁷⁶ BayVGH, BayVBl. 1980, 211; dagegen BVerwGE 80, 355 (362); dagegen auch *Th. Würtenberger*, Die Normenerlaßklage, AöR 105 (1980), S. 388 f.

S. 1 GG in Verbindung mit § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO²⁷⁷. Die allgemeine Leistungsklage ist die richtige Klageart, weil diese nicht auf Klagen gegen Einzelakte der Verwaltung beschränkt ist²⁷⁸.

3. Sachliche Zuständigkeit

Vertreten wird, daß das Oberverwaltungsgericht in Analogie zu § 47 VwGO für Klagen auf Rechtsetzung sachlich zuständig sei. Das überzeugt nicht, weil nach § 45 VwGO die normale sachliche Zuständigkeit bei den Verwaltungsgerichten liegt und die Verwaltung nicht substantiell anders verpflichtet ist, wenn sie das Recht durch Rechtssätze zu gestalten, als wenn sie Verwaltungsakte zu erlassen hat²⁷⁹.

4. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis verlangt, daß der Kläger ein subjektives Recht auf ein FCKW-Verbot geltend macht²⁸⁰. Der Schutzpflicht des Staates entspricht ein subjektives Recht auf den Schutz durch ein FCKW-Verbot mittels eines geeigneten Rechtssatzes. Der Schutzanspruch gehört zum Grundrechtsgehalt ("Grundrechtsbeachtungsanspruch")²⁸¹. Nach jeder Lehre vom subjektiven Recht (Schutzzwecklehre, Betroffenheitslehre, Bürgerlehre)²⁸² folgt aus der

²⁷⁷ *Th. Würtemberger*, Die Normenerlaßklage, AöR 105 (1980), S. 389 ff.; *K. Obermeyer*, Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1965, 625, 633.

²⁷⁸ A.A. BVerwGE 80, 355 (365); BVerwG NVwZ 1990, 163; *J. Ziekow*, in: H. Sodan/ders., VwGO, § 47, Rdn. 65; dagegen *Th. Würtemberger*, Die Normenerlaßklage, AöR 105 (1980), S. 382 ff.

²⁷⁹ Vgl. i.d.S. BVerwG NVwZ 1990, 163; *J. Ziekow*, in: H. Sodan/ders., VwGO, § 47, Rdn. 65.

²⁸⁰ Dazu *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 59, 65 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, S. 277 ff., 330 ff.; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie zum kommunalen Wettbewerb, S. 55 f.

²⁸¹ BVerfGE 7, 198 (206 f.); 48, 127 (161); 69, 1 (22); 77, 170 (214); 77, 381 (402 f.); 79, 174 (201 f.); 87, 181 (198); 97, 298 (313 f.); relativierend BVerfGE 97, 350 (370 ff.) – Euro-Beschluß; richtig *E. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1637; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 88, 92, 183 ff.; *ders.*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 49 ff.; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, S. 186 ff.; kritisch *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 154 ff.; dazu *K. Bedner*, Gesundheitsschutz und Gesundheitsförderung in Betrieben, S. 46 ff.

²⁸² *K. A. Schachtschneider*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff.

objektiven Schutzpflicht des Staates das einklagbare Recht auf Schutz.

Für die Klagebefugnis genügt es, die Möglichkeit eines solchen Rechtes (substantiiert) vorzutragen²⁸³.

II. Verfassungsbeschwerde

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG kann wegen einer Grundrechtsverletzung Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Die Mißachtung der Schutzpflicht ist eine verfassungsbeschwerdefähige Grundrechtsverletzung²⁸⁴. Wegen der Subsidiarität von Verfassungsbeschwerden setzt eine Verfassungsbeschwerde jedoch die "Erschöpfung des Rechtsweges" voraus (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), es sei denn, daß die Verfassungsbeschwerde "von allgemeiner Bedeutung ist oder dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde" (Satz 2). Die Verfassungsbeschwerde in der FCKW-Sache ist zumindest von allgemeiner Bedeutung, so daß das Bundesverfassungsgericht über diese sofort entscheiden könnte, zumal sie wegen der "grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung" zur Entscheidung anzunehmen wäre (§ 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG).

²⁸³ F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 42, Rdn. 65 ff.; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum kommunalen Wettbewerb, S. 55 f.

²⁸⁴ Hinweise wie Fn. 281, aber auch alle Entscheidungen zur grundrechtlichen Schutzpflicht, vgl. Fn. 8; vgl. auch H.-J. Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, HStR, Bd. VI, § 154, Rdn. 29, 36; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 156.

6. Kapitel

Fallstudie zum Atomrecht

K. A. Schachtschneider

I. Sachverhalt

I) In der Umgebung einzelner Atomkraftwerke wurden vermehrt Krebserkrankungen festgestellt. Mehrere Gutachten bestätigen die Ursächlichkeit der von den betroffenen Atomkraftwerken ausgehenden Strahlung für die Krankheiten. Daraufhin weist der Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die Länder an, die Genehmigungen zum Betrieb der betroffenen Atomkraftwerke (Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen, die der Erzeugung von Elektrizität dienen) zu widerrufen. Die zuständigen Behörden widerrufen hierauf die atomrechtlichen Betriebsgenehmigungen der betroffenen Anlagen.

Die Atomkraftwerksbetreiberin AKWB-AG klagt nach erfolgloser Durchführung des Vorverfahrens vor dem zuständigen Verwaltungsgericht auf Aufhebung des Genehmigungswiderrufs. Hilfsweise klagt sie auf Feststellung der Entschädigungspflicht.

Haben die (zulässigen) Klageanträge Aussicht auf Erfolg?

II) Statt des Widerrufs einzelner Betriebsgenehmigungen plant der Bundesumweltminister eine "Reform" des Atomgesetzes. Die Errichtung und der Betrieb von Atomkraftwerken soll verboten werden. Eine Entschädigungsregelung sieht das neue Atomgesetz nicht vor.

Die Betreiberin AKWB-GmbH eines Atomkraftwerkes, in deren Nähe keine erhöhte Krebsrate festgestellt wurde, ohne daß die Fachgutachter das erklären können, befürchtet, durch das geplante Gesetz in ihren Grundrechten verletzt zu werden, und beauftragt einen Rechtswissenschaftler, das entschädigungslose Verbot auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen.

Erstellen Sie das verfassungsrechtliche Gutachten.

II. Auszug aus dem Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und dem Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)

...

§ 7 Genehmigung von Anlagen

(1) Wer eine ortsfeste Anlage zur Erzeugung oder zur Bearbeitung oder Verarbeitung oder zur Spaltung von Kernbrennstoffen oder zur Aufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe errichtet, betreibt oder sonst innehat oder die Anlage oder ihren Betrieb wesentlich verändert, bedarf der Genehmigung.

(2) ¹Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn

...

3. die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist,

§ 17 Inhaltliche Beschränkungen, Auflagen, Widerruf, Bezeichnung als Inhaber einer Kernanlage.

(1) ¹Genehmigungen und allgemeine Zulassungen nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung sind schriftlich zu erteilen. ²Sie können zur Erreichung der in § 1 bezeichneten Zwecke inhaltlich beschränkt und mit Auflagen verbunden werden. ³Soweit es zur Erreichung der in § 1 Nr. 2 und 3 bezeichneten Zwecke erforderlich ist, sind nachträgliche Auflagen zulässig. ⁴Genehmigungen, mit Ausnahme derjenigen nach § 7, sowie allgemeine Zulassungen können befristet werden.

(2) Genehmigungen und allgemeine Zulassungen können zurückgenommen werden, wenn eine ihrer Voraussetzungen bei der Erteilung nicht vorgelegen hat.

(3) Genehmigungen und allgemeine Zulassungen können widerrufen werden, wenn

2. eine ihrer Voraussetzungen später weggefallen ist und nicht in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen wird

...

(5) Genehmigungen oder allgemeine Zulassungen sind außerdem zu widerrufen, wenn dies wegen einer erheblichen Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit erforderlich ist und nicht durch nachträgliche Auflagen in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen werden kann.

§ 18 Entschädigung

(1) ¹Im Falle der Rücknahme oder des Widerrufs einer nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung erteilten Genehmigung oder allgemeinen Zulassung muß dem Berechtigten eine angemessene Entschädigung in Geld geleistet werden.

(2) Eine Entschädigungspflicht ist nicht gegeben, wenn

1. der Inhaber die Genehmigung oder allgemeine Zulassung auf Grund von Angaben erhalten hat, die in wesentlichen Punkten unrichtig oder unvollständig waren,

2. der Inhaber der Genehmigung oder allgemeinen Zulassung oder die für ihn im Zusammenhang mit der Ausübung der Genehmigung oder allgemeinen Zulassung tätigen Personen durch ihr Verhalten Anlaß zum Widerruf der Genehmigung oder allgemeinen Zulassung gegeben haben, insbesondere durch erhebliche oder wiederholte Verstöße gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsverordnungen oder gegen die hierauf beruhenden Anordnungen und Verfügungen der Aufsichtsbehörden oder gegen die Bestimmungen des Bescheids über die Genehmigung oder allgemeine Zulassung oder durch Nichteinhaltung nachträglicher Auflagen.

3. der Widerruf wegen einer nachträglich eingetretenen, in der genehmigten Anlage oder Tätigkeit begründeten erheblichen Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit ausgesprochen werden mußte.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für nachträgliche Auflagen

nach § 17 Abs. 1 Satz 3.

(4) ¹Wenn das Land eine Entschädigung zu leisten hat, sind der Bund oder ein anderes Land entsprechend ihrem sich aus der Gesamtlage ergebenden Interesse an der Rücknahme oder am Widerruf verpflichtet, diesem Land Ausgleich zu leisten. ²Entsprechendes gilt, wenn der Bund eine Entschädigung zu leisten hat.

III. Fallbesprechung

A. Erfolgsaussichten der Klage der AKWB-AG

I. Anfechtungsklage gegen den Widerruf der Betriebsgenehmigung

1. Rechtmäßigkeit und Gesetzlichkeit

Die Anfechtungsklage hat Erfolg und der Widerrufsbescheid wird gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO aufgehoben, wenn er rechtswidrig ist und die AKWB-AG in ihren Rechten verletzt. Als Adressatin des Widerrufs wäre die AKWB-AG in ihren Rechten verletzt, wenn der Widerruf rechtswidrig ist, zumal die Betriebsgenehmigung ihr das Betriebsrecht, ein subjektives Recht und Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG, einräumt. Der Klageerfolg hängt somit von der Rechtmäßigkeit des Widerrufsbescheides ab.

Der in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene Grundsatz der Gesetzlichkeit der Verwaltung besagt, daß sich staatliches Handeln prinzipiell auf ein Gesetz stützen lassen muß. Dieser Gesetzesvorbehalt folgt aus dem Gesetzesvorrang¹ (allerdings kann Grundlage des Verwaltungshandelns auch ein Vertrag sein, vgl. §§ 54 ff. VwVfG). Fehlt eine gesetzliche Grundlage, ist der Verwaltungsakt rechtswidrig.

2. § 17 AtomG als Gesetzesgrundlage

Als Gesetzesgrundlage für den Widerrufsbescheid kommt § 17 AtomG mit seinen verschiedenen Widerrufsmöglichkeiten in Betracht. Allgemein sind Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in dem Verwal-

¹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, 6. Kap., II und III, S. 108 ff., 115 ff.

tungsverfahrensgesetz (VwVfG) geregelt². § 48 VwVfG behandelt die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte, § 49 VwVfG den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte. Neben diesen allgemeinen Regelungen finden sich in vielen Gesetzen des besonderen Verwaltungsrechts besondere Rücknahme- und Widerrufsvorschriften. Diese gelten nur für den in dem Spezialgesetz geregelten Lebensbereich und gehen den allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vor, können aber nicht verallgemeinert werden. Das Atomgesetz kennt eigenständige Rücknahme- und Widerrufsvorschriften. Diese sind in den verschiedenen Absätzen des § 17 AtomG geregelt und verdrängen die allgemeineren Vorschriften der VwVfG.

§ 17 AtomG kennt verschiedene Rücknahme- und Widerrufsfälle atomrechtlicher Genehmigungen:

(1) Rücknahme nach § 17 Abs. 2 AtomG, wenn eine der Genehmigungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hat.

(2) Widerruf nach § 17 Abs. 3 AtomG, wenn erstens von der Genehmigung innerhalb von zwei Jahren kein Gebrauch gemacht worden ist, wenn zweitens eine der Genehmigungsvoraussetzungen später weggefallen ist und nicht in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen wird und wenn drittens gegen die Vorschriften des Atomgesetzes, hierzu ergangenen Rechtsverordnungen, gegen die Anordnungen und Verfügungen der Aufsichtsbehörden oder gegen Bestimmungen des Bescheids über die Genehmigung erheblich oder wiederholt verstoßen worden ist und nicht in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen wird.

(3) Widerruf nach § 17 Abs. 4 AtomG, wenn die Deckungsvorsorge nicht den Vorschriften entspricht.

(4) Widerruf nach § 17 Abs. 5 AtomG, wenn dieser wegen einer erheblichen Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit erforderlich ist und nicht durch nachträgliche Auflagen in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen werden kann.

² Zur Begrifflichkeit siehe *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 11, Rdn. 10 f.

Der Widerrufsbescheid gegen die AKWB-AG kann auf § 17 Abs. 5, § 17 Abs. 3 Nr. 2 und § 17 Abs. 2 AtomG gestützt werden. § 17 Abs. 5 AtomG läßt der Behörde im Gegensatz zu § 17 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 2 AtomG kein Ermessen.

a) § 17 Abs. 5 AtomG

aa) Formelle Gesetzmäßigkeit

Der Widerrufsbescheid ist formell gesetzmäßig, insbesondere hat laut Sachverhalt die nach § 1 der Verordnung über die Zuständigkeiten zum Vollzug atomrechtlicher Vorschriften (AtZustV) zuständige Behörde, etwa das Bayerische Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen, gehandelt. Die Anweisung des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hingegen, die Genehmigungen zum Betrieb der betroffenen Atomkraftwerke zu widerrufen, ist nicht der angefochtene Verwaltungsakt. (Diese Anweisung wirft bundesstaatsrechtliche Fragen auf, die für die Fallösung nicht bedeutsam sind.)

bb) Materielle Gesetzmäßigkeit

Nach § 17 Abs. 5 AtomG sind Genehmigungen (oder allgemeine Zulassungen) zu widerrufen, wenn dies wegen einer erheblichen Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit erforderlich ist und nicht durch nachträgliche Auflagen in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen werden kann. Mehrere Gutachten bestätigen die Ursächlichkeit der von den betroffenen Atomkraftwerken ausgehenden Strahlung für die Krebserkrankungen. Auf Grund der Schwere der Krankheit und ihrer Häufigkeit ist von einer erheblichen Gefährdung Dritter, der Allgemeinheit und auch der Beschäftigten auszugehen. Schließlich ist es bei dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik ausgeschlossen, daß nachträgliche Auflagen eine angemessene Abhilfe in angemessener Zeit bewirken können, so daß der Tatbestand des § 17 Abs. 5 AtomG erfüllt ist und die Betriebsgenehmigung widerrufen werden muß.

cc) Rechtmäßigkeit des Atomgesetzes

Gegen die Widerrufsregelung des § 17 Abs. 5 AtomG gibt es keine durchgreifenden Bedenken verfassungsgesetzlicher Art, obwohl der Widerruf der Genehmigung eines Atomkraftwerkes, zumal in Betrieb, Grundrechte beeinträchtigen kann, etwa die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S.

2 GG, die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. All diese Grundrechte geben aber kein Recht, Menschen zu schaden oder auch nur zu gefährden³. Art. 2 Abs. 1 GG schränkt die allgemeine Freiheit auf die Gemeinwohlverträglichkeit des Handelns ein. Die "Rechte anderer", aber auch das "Sittengesetz" dürfen nicht verletzt werden⁴. Diese freiheitliche Handlungsschranke gilt für alle Grundrechte⁵. § 17 Abs. 5 AtomG verwirklicht dieses Freiheitsprinzip und schränkt es sogar (fragwürdig) ein ("erhebliche Gefährdung", "Abhilfe in angemessener Zeit").

§ 17 Abs. 5 AtomG ist, kursorisch betrachtet, rechtmäßig. Das Atomgesetz selbst ist erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt, die zu einer streng an der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG zugunsten von Leben und körperlicher Unversehrtheit ausgerichteten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Kalkar-Beschluß (BVerfGE 49, 89 ff.)⁶ geführt haben. Das Atomgesetz ist aber nicht für nichtig erklärt worden und wird praktiziert. Die verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen weiter, müssen aber in dem Gutachten zu dem Widerruf nicht näher erörtert werden. Zum einen wäre das für die Praxis unergiebig, zum anderen, und das ist gutachtlich wesentlich, werden die Grundrechtsfragen im 2. Teil zur Verfassungsmäßigkeit des geplanten Atomgesetzes erörtert.

Der Widerruf ist auf ein rechtmäßiges Gesetz gestützt und somit selbst rechtmäßig. Die Anfechtungsklage ist unbegründet.

b) § 17 Abs. 3 Nr. 2 AtomG

Der Widerruf nach § 17 Abs. 3 Nr. 2 AtomG setzt voraus, daß eine der Genehmigungsvoraussetzungen später weggefallen ist und nicht in ange-

³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 450 f., 465 ff., 479 f., insb. S. 481; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, Manuskript, 2001, S. 106 ff., 116 ff.

⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 259 ff.

⁵ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 313 ff.; a. A. BVerfGE 6, 32 (37); 9, 73 (77); 19, 303 (314); 30, 173 (192); 32, 98 (107).

⁶ Vgl. auch BVerfGE 53, 30 (59); dazu K. A. Schachtschneider, *Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht*, in: W. Thieme (Hrsg.), *Umweltschutz im Recht*, S. 79 ff. (mit Hinweisen).

messener Zeit Abhilfe geschaffen wird. Die Voraussetzungen atomrechtlicher Genehmigungen sind in § 7 Abs. 2 AtomG geregelt. Diese Vorschrift legt in Nr. 3 fest, daß Genehmigungen nur erteilt werden dürfen, wenn "die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist".

Von dem Betreiber muß die erforderliche Vorsorge gegen Schäden getroffen worden sein. Vorsorge gegen Schäden i.S.d. Atomgesetzes ist getroffen, wenn Gefahren, wie sie Art. 74 Abs. 1 Nr. 11a GG anspricht⁷, nicht bestehen. Dieser Gefahrenbegriff ist von dem im Polizeirecht praktizierten Gefahrenbegriff⁸ zu unterscheiden. Während eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne durch einem Zustand eintritt, der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung in absehbarer Zeit (bei Ablauf des Geschehens) den Eintritt eines Schadens für die öffentliche Sicherheit und/oder Ordnung, also eine Rechtsverletzung, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten läßt⁹, ist das Vorsorgeprinzip des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG wegen des außerordentlichen Schadenspotentials der Atomkraftwerke wesentlich strenger. Jede Schadensmöglichkeit soll ausgeschlossen werden. Allerdings muß die Schadensmöglichkeit theoretisiert sein¹⁰. Restrisiken¹¹, die nicht theoretisch erfaßt sind, können nicht unterbunden werden. Sonst wäre das Prinzip praktischer Vernunft, die auf theoretischer Vernunft basiert, verlas-

⁷ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 85 ff. Zum Vorsorgebegriff im Umweltrecht siehe W. Hoppe/M. Beckmann, Umweltrecht, 1989, § 1, Rdn. 50.

⁸ Hierzu F.-L. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 1985, Rdn. 61; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, § 7, Rdn. 140 ff.; genau F. Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im technischen Sicherheitsrecht, 1982, S. 17 ff., 35 ff.

⁹ Zu den differenzierten Intensitätsgraden, welche den Staat zu Schadensabwehrmaßnahmen verpflichten, K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 87 ff.

¹⁰ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 100 ff., 111 ff.; zu den erkenntnispraktischen Grenzen der Theoretisierbarkeit der Gefahren D. Lohse, Der Rechtsbegriff "Stand der Wissenschaft" aus erkenntnistheoretischer Sicht, 1994, insb. S. 68 ff., 100 ff.

¹¹ Vgl. BVerfGE 48, 89 (140 ff., 143); 53, 30 (59); K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 90, 104, 110, 130 f.

sen¹².

Die Schadensmöglichkeit bestimmt sich nach dem Stand von Wissenschaft und Technik¹³. Die Theorien und die Praxis sind den Behörden und Gerichten wissenschaftlich zu vermitteln¹⁴ und von den Entscheidern zugrunde zu legen. Diese haben keine Einschätzungs-, Bewertungs- oder Ermessensspielräume¹⁵.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, daß mehrere Gutachten die Ursächlichkeit der von den betroffenen Atomkraftwerken ausgehenden Strahlung für die Krebserkrankungen bestätigt haben. Wenn man bei der Erteilung der Genehmigungen gewußt hätte, daß von den Atomkraftwerken gesundheits-schädliche Strahlungen ausgehen werden, wären die Genehmigungen nicht erteilt worden. Nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft verursachen die Atomkraftwerke Schäden.

Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG liegen nicht mehr vor. Der Widerrufsbescheid kann auch auf § 17 Abs. 3 Nr. 2 AtomG gestützt werden.

c) § 17 Abs. 2 AtomG

§ 17 Abs. 2 AtomG kann nicht als Gesetzesgrundlage für den Widerruf herangezogen werden. Die Vorschrift stellt darauf ab, daß eine der Genehmigungsvoraussetzungen bei der Erteilung nicht vorgelegen habe. Bei Erlaß der Genehmigung war jedoch gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG nach dem Stand von Wissenschaft und Technik die Gefahr nicht theoretisiert, daß Strahlungen von bestimmten Atomkraftwerken ausgehen. Die Gefahr konnte darum rechtens dem Genehmigungsbescheid nicht als Tatsache zugrundegelegt werden¹⁶. Die Genehmigungen waren rechtmäßig erteilt worden.

¹² K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 100 ff., 104, 130 ff.; ders., Res publica res populi, S. 567 ff.

¹³ Hierzu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 81 ff.

¹⁴ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 117 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 49, 89 (140); vgl. auch BVerwGE 72, 300 (316).

¹⁵ K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 124 ff.; a.A. BVerwGE 72, 300 (315 ff.); unklar BVerfGE 49, 89 (139 f.).

¹⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik",

II. Klage auf Feststellung der Entschädigungspflicht

1. Zulässigkeit

Die Feststellungsklage ist nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig, weil ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung der Entschädigungspflicht besteht, wenn die Leistungsklage noch nicht substantiiert werden kann, weil der Schaden noch nicht berechenbar ist (vgl. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO)¹⁷. Das Feststellungsinteresse folgt insbesondere aus der drohenden Verjährung. Der Sachverhalt unterstellt die Zulässigkeit der Klage.

2. Gesetzliche Entschädigungsgrundlage

§ 18 Abs. 1 S. 1 AtomG sieht vor, daß im Falle der Rücknahme oder des Widerrufs einer nach diesem Gesetz erteilten Genehmigung (oder einer allgemeinen Zulassung) dem Berechtigten eine angemessene Entschädigung in Geld geleistet wird. Entschädigung wird in den Fällen des § 18 Abs. 2 AtomG nicht gewährt. Wenn der Widerruf wegen einer nachträglich eingetretenen, in der genehmigten Anlage oder Tätigkeit begründeten erheblichen Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit erfolgt ist, steht § 18 Abs. 2 Nr. 3 AtomG dem Entschädigungsanspruch entgegen. Wie zu § 17 Abs. 5 AtomG erörtert, hat die erhebliche Gefährdung der Beschäftigten, Dritter und der Allgemeinheit, die durch den Betrieb des Atomkraftwerkes hervorgerufen wird, den Widerruf erzwungen. Die Strahlungsgefahr durfte schon im Zeitpunkt des Genehmigungserlasses bestanden haben. Die Theorie von der Schadensmöglichkeit war aber noch nicht vorhanden. Dieser Stand der Wissenschaft (Theorielage) muß unter das Tatbestandsmerkmal der Nachträglichkeit subsumiert werden, weil nur theoretisierte Erkenntnisse als Tatsachen gelten können; denn Umstände, von denen die Menschheit nichts weiß, sind in einem Gemeinwesen der Aufklärung, also der Wissenschaftlichkeit, nicht als Tatsachen zu behandeln. Das Atomgesetz gibt der Atomkraftwerksbetreiberin AKWB-AG somit keinen Entschädigungsanspruch.

Diese Regelung ist jedoch wegen des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzprinzips bedenklich, wie unten im 2. Teil II, 4 c dargelegt wird. Eine

S. 115 ff.

¹⁷ BVerwG BayVBl 1997, 90.

angemessene Entschädigung für die Investitionen der AKWB-AG ist rechtsstaatlich geboten (vorausgesetzt, das Unternehmen ist privatheitlich und nicht staatlich im funktionalen Sinne¹⁸; der Staat ist seinen Unternehmen gegenüber nicht ersatzpflichtig. Es besteht kein substantielles Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem formal privatisierten Unternehmen¹⁹. Letztere genießen auch keinen Grundrechtsschutz²⁰).

B. Rechtmäßigkeit des geplanten Atomgesetzes

I. Gesetzgebungsbefugnis des Bundes

Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes beruht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11a GG.

II. Grundrechtsverletzung

Das geplante Atomgesetz ist rechtswidrig, wenn es die Grundrechte verletzt. Die Berufsfreiheiten des Art. 12 Abs. 1 GG, die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die allgemeine (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG könnten verletzt sein.

1. Berufsfreiheiten des Art. 12 Abs. 1 S. 1 und 2 GG

Art. 12 Abs. 1 GG enthält keine nähere Definition des Berufsbegriffs und damit auch keine nähere Umschreibung des Wirkungsbereichs der Berufsfreiheit. Nach der Praxis ist Beruf jede selbständige oder unselbständige Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung oder Erhaltung einer

¹⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grundrechtliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 142 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2002, S. 35 ff., 40 ff.

¹⁹ Zur Kritik der Fiskusdoktrin *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 184 ff.

²⁰ BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 61, 82 (101); 85, 360 (385); st. Rspr.; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 275 ff.; *ders.*, Grundrechtliche Aspekte der Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 145.

Lebensgrundlage dient²¹. In den Grenzen des Schutzes durch die Berufsfreiheit wird auch die Unternehmensfreiheit, also das Recht, Unternehmen zu betreiben, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt²². Die beruflich ausgeübte, gegebenenfalls unternehmerische, Tätigkeit muß erlaubt sein, d.h. dem Gesetz entsprechen²³. Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Auffassung, daß nur sozial- oder gemeinschaftsschädliche Tätigkeiten nicht durch die Berufsfreiheit des Art. 12 GG geschützt würden²⁴. Dafür wird geltend gemacht, daß es nicht in der Macht des einfachen Gesetzgebers liegen dürfe, durch Verbotsgesetze den Berufsbegriff zu bestimmen und so gewisse Tätigkeiten dem Wirkungsbereich des Art. 12 GG zu entziehen. Die Begriffe der Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit sind jedoch allzu weit und erlauben keine richterliche Abgrenzung. Sie bedürfen der Materialisierung durch den Gesetzgeber. Im übrigen verbietet der Gesetzgeber nicht einen Beruf, sondern bestimmte Tätigkeiten, wenn er dies zum Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren für Leben und Gesundheit für geboten hält (Schutzpflicht)²⁵. Die allgemeine Politik, die bestimmtes Handeln unterbindet oder gebietet, wird nicht von dem Grundrecht der Berufsfreiheit gesteuert. Nur wegen eines beruflichen Besitzstandes kann die allgemeine Politik nicht behindert werden. Der berechtigte Schutz der Aufwendungen folgt, wenn nicht aus der Eigentumsgewährleistung, aus dem Vertrauensschutzprinzip²⁶. Zu Recht macht das Bundesverfassungsgericht den Schutz

²¹ So BVerfGE 7, 377 (397); 32, 1 (28 f.); 50, 290 (362); 54, 301 (313); *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 12. Aufl. 1999, Rdn. 878; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 1981, Rdn. 19 zu Art. 12; dazu *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, § 147, S. 898 ff., 904 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

²² BVerfGE 30, 292 (312); 32, 11 (316); 46, 120 (137 f.); 50, 290 (363 f.); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Rdn. 115, 130, 136 f. zu Art. 12; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 157.

²³ BVerfGE 7, 377 (397); 81, 70 (85); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 32, 311 (316); 81, 70 (85); *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, Rdn. 876; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Rdn. 28 zu Art. 12; *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, S. 910 f. (kritisch); dazu genauer *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

²⁴ BVerwGE 22, 286 (289); dazu *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, S. 910 f.

²⁵ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.

²⁶ Hinweise in Fn. 77.

des Art. 12 Abs. 1 GG davon abhängig, ob ein Gesetz eine berufsregelnde Tendenz habe²⁷. Gegen solche Gesetze entfaltet sich die Schutzwirkung der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG²⁸. Die Novellierung des Atomgesetzes bezweckt nicht, die Berufsordnung zu ändern.

Das neue Atomgesetz soll die Errichtung und den Betrieb von Atomkraftwerken verbieten. Rechtfertigung des Gesetzes ist der Schutz der Bevölkerung vor den unermesslichen Gefahren der Atomwirtschaft (GAU), aber auch vor Erkrankungen durch deren betriebsgemäße Nutzung. Darüber hinaus bezweckt das Gesetz auch den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG), die insbesondere durch die nicht bewältigte Entsorgung der Abfälle der Atomkraftwerke gefährdet sind. Das Betreiben von Atomkraftwerken kann somit verboten werden, so daß ein berufsfreiheitsrechtlicher Schutz nicht mehr in Betracht kommt.

Die Berufsfreiheit ist nicht verletzt.

2. Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG

a) Wirkungsbereich der Eigentumsgewährleistung

Das Grundgesetz enthält keine nähere Definition des Begriffes Eigentum. In Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG wird vielmehr festgelegt, daß Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden.

Das geplante Gesetz verbietet die Nutzung des Atomkraftwerkes auch der AKWB-GmbH und wirft damit die Frage auf, ob das durch die Eigentumsgewährleistung u. a. geschützte Recht, das Eigentum zu nutzen, verletzt ist. Das Recht, das Eigentum zu gebrauchen, ist als Schutzgegenstand des Art. 14 Abs. 1 GG nichts anderes als das Recht der freien Handlung, welche das Eigentumsgrundrecht als Möglichkeit des Handelns schützt²⁹. An sich gehört das Handeln in Freiheit in den Schutzbereich der allgemeinen (Hand-

²⁷ BVerfGE 13, 181 (186); 38, 61 (79); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 89, 48 (61); 95, 267 (302); st. Rspr.

²⁸ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 120.

²⁹ Zum Begriff des Eigentums als rechtlich geschützte Handlungsmöglichkeit K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte freiheitlicher Eigentumsgewährleistung, FS W. Leisner, 1999, S. 743 ff.; ders, Freiheit in der Republik, S. 309 ff.

lungen) Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG oder in den von Spezialfreiheitsrechten, aber Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG, wonach der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll, zwingt zu der Interpretation, auch der Gebrauch, die Nutzung des Eigentums, dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zuzuordnen. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist nichts anderes als die Bindung des Handelns, welches das Eigentum nutzt, an das Sittengesetz³⁰. Der Schutz der Freiheit bestimmt sich durchgehend nach Art. 2 Abs. 1 GG, ist also in die Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung, der Rechte anderer und des Sittengesetzes gewiesen. Diese Grenzen verwirklichen die Gesetze. Gesetze schränken die Freiheit nicht ein, sondern verwirklichen die Freiheit³¹.

Wenn somit Gesetze den Gebrauch des Eigentums ordnen, wird die Eigentumsgewährleistung nicht beeinträchtigt, sondern die durch Art. 14 Abs. 1 GG mitgeschützte Freiheit, das Eigentum zu nutzen, verwirklicht, d. h. die Eigentumsnutzung allgemeinverträglich gestaltet. Ein Grundrecht, das Eigentum gemeinschädlich zu nutzen, kennt das Grundgesetz nicht. Das wäre auch mit dem Rechtsprinzip einer Republik unvereinbar, insbesondere mit dem Sozialprinzip, welches in Art. 14 Abs. 2 GG wiederholt wird und welches rechtliche Verwirklichung des Sittengesetzes ist³². Diese Dogmatik ist ohne Widerspruch zu den Erkenntnissen der Rechtsprechung zur Pflicht, tollwutkranke Hunde zu töten. Auch diese Pflicht beeinträchtigt das Eigentumsgrundrecht nicht (BVerfGE 20, 351 (355 ff.)). Die wahrheitlichen und richtigen Gesetze, welche den Gebrauch des Eigentums ordnen, beeinträchtigen somit die Eigentumsgewährleistung des Grundgesetzes nicht, sondern verwirklichen das soziale Eigentumsprinzip³³. Der Gesetzgeber hat (auch) dabei das Richtige für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit auf

³⁰ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 756 ff., insb. S. 774 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 322 ff., 367 ff.; zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums BVerfGE 20, 351 (356); auch BVerfGE 25, 112 (117); 37, 132 (140 f.); 52, 1 (29).

³¹ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 279 ff., 303 ff., 332 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 42 ff., 93 ff., 113 ff., 197 ff.

³² K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 773; ders., Freiheit in der Republik, S. 322 ff. vgl. ders., Res publica res populi, S. 234 ff.

³³ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 774 ff., 792 ff.

der Grundlage der Wahrheit zu erkennen³⁴ und durch Gesetze verbindlich zu machen. Über die praktische Vernünftigkeit seiner Erkenntnisse, seiner Politik, wacht die Rechtsprechung³⁵. Wenn die Wahrheitlichkeit und die Richtigkeit verfehlt werden, ist die Eigentumsgewährleistung verletzt, welche keine Rechtfertigung gibt, die Privatnützigkeit³⁶ des Eigentums über das sozial notwendige Maß hinaus einzuschränken. Jede Politik, welche Handlungsmöglichkeiten einschränkt, ist somit an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen; denn rechtliche Möglichkeiten des Handelns sind Eigentum³⁷. Der Maßstab sind die Wahrheitlichkeit und die Richtigkeit der Politik und damit die formalen Prinzipien des rechten Maßes³⁸.

Ein Gebrauch des Eigentums, welcher anderen Schaden zufügt, ist nicht allgemeinverträglich. Ein solcher Gebrauch genügt nicht dem Freiheitsprinzip. Er ist gesetzlich zu unterbinden. Das verlangt auch die Schutzpflicht, soweit diese, etwa aus Art. 2 Abs. 2 GG zugunsten von Leben und Gesundheit³⁹, reicht. Der Gesetzgeber kann auch gewisse Schädigungen erlauben,

³⁴ Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 303 ff., 560 ff., insb. S. 573 ff., auch S. 617 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 47, 119, 158, u.ö.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7.

³⁵ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 197 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 274 ff.

³⁶ Dazu BVerfGE 24, 367 (390); 31, 229 (240); 50, 290 (339); 52, 1 (30); 58, 300 (354); 79, 292 (303); 93, 121 (137); st. Rspr.; *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 752 ff., 756 ff.

³⁷ *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 744 ff.; enger die Praxis, wonach Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG die privatrechtlichen vermögenswerten Rechte und die öffentlich-rechtlichen vermögenswerten Rechte, wenn diese auf eigener Leistung beruhen, sind, BVerfGE 14, 288 (293); 30, 292 (334); 53, 257 (289 ff.); 70, 191 (197); 83, 201 (209); 95, 267 (300); 97, 350 (371).

³⁸ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 978 ff., insb. S. 987; i.d.S. auch *P. Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Bd. V, 1992, S. 311 ff., 249; *A. Emmenrich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 49 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff., 388 ff.

³⁹ BVerfGE 39, 1 (42 ff.); 46, 160 (164); 49, 89 (142); 53, 30 (57 ff.); 56, 54 (73, 80 ff.); 88, 203 (251 ff.); st. Rspr.; *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 85 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 819 ff., insb. S. 822; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 348, 355.

um andere Zwecke zu fördern, etwa Emissionen zulassen. Wenn jedoch der Gesetzgeber Schäden unterbinden will und darum gefährliche (d. h. schadensgeneigte) Anlagen verbietet, steht der Schutz der Eigentumsgewährleistung dem nicht entgegen. Vielmehr ist Art. 14 Abs. 1 GG gar nicht beeinträchtigt, weil die Eigentumsgewährleistung nicht über einen gesetzesgemäßen Eigentumsgebrauch hinausreicht⁴⁰. Wenn freilich die Gesetze keine Grundlage in der auf Wahrheit (Theorien) gestützten praktischen Vernunft haben, verletzen sie das Eigentumsgrundrecht; denn sie sind willkürlich/sachwidrig. Das Grundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG ist durch jede Regelung berührt⁴¹, welche das Eigene, die Handlungsmöglichkeiten, zum Gegenstand hat; denn das Eigene muß der Gesetzgeber dem Recht gemäß ordnen und, wenn das praktisch vernünftig ist, als Eigentum schützen.

Folglich darf der Betrieb von Atomkraftwerken nur unterbunden werden, wenn von diesen Schadensmöglichkeiten (Gefahren) ausgehen. Sichere Nutzung von atomaren Anlagen gefährdet nicht und löst keine Schutzpflicht aus⁴². Schadensgeneigte (also gefährliche) Atomkraftwerke dürfen verboten werden. Der Eigentümer der Anlagen wird dadurch nicht in seinem Eigentum beeinträchtigt, weil der gesetzliche und auch der grundgesetzliche Eigentumsschutz so weit nicht reicht. (Das Verbot wäre nicht erzwungen, wenn der Gesetzgeber (das Volk) die Gefahren hinnehmen will; das aber ist bei Krebsgefahr nicht anzunehmen und auch mit Art. 2 Abs. 2 GG nicht vereinbar).

Wenn einzelne, aber nicht alle Atomkraftwerke krebisgefährlich sind, ist es eine Frage der Erkenntnisse, der Theorien, ob die festgestellte Gefahr oder gar die Schäden durch einige Kraftwerke verallgemeinert werden müssen oder wenigstens können. Wenn die fachspezifische Wissenschaft eine dahingehende Theorie der Allgemeinheit der Gefahr aufstellt, darf das Verbot allgemein sein. Wenn die Allgemeinheit der Gefahr nicht auszu-

⁴⁰ Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 763 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 322 ff.

⁴¹ Die Grundrechtsbeeinträchtigung, der Grundrechtseingriff, ist von der Grundrechtsberührung durch eine Regelung zu unterscheiden. Die Inhaltsbestimmung des Eigentums ist nicht schon eine Schrankenziehung des geschützten Eigentums, die ein Eingriff ist.

⁴² I.d.S. auch BVerfGE 49, 89 (100 ff., 143); 53, 30 (59); *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 83 ff., insb. S. 130 f.

schließen ist, ist das Gesetz, das alle potentiell gefährlichen Anlagen zu nutzen verbietet, ebenfalls gerechtfertigt⁴³. Nur wenn die Erkenntnisse keine Anhaltspunkte für eine Verallgemeinerung der Gefahr ergeben, ist das allgemeine Verbot eine Verletzung der Eigentumsgewährleistung.

Auch das als grundrechtsgeschütztes Eigentum strittige Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁴⁴ ist berührt. Aber auch dieses Recht berechtigt nicht, Dritten Schaden zuzufügen. Das Verbot, die Atomkraftwerke zu nutzen, erreicht somit den Wirkungsbereich dieses grundrechtsgeschützten Eigentums, soweit die Schadenserfahrung verallgemeinert werden darf, nicht.

b) Entschädigungspflicht

Eine Entschädigungspflicht läßt sich auf Art. 14 Abs. 1 GG nicht stützen, weil das berechtigte Verbot, die Atomkraftwerke zu nutzen, die Eigentumsgewährleistung nicht beeinträchtigt. Art. 14 Abs. 3 GG kommt als verfassungsgesetzliche Grundlage eine Entschädigungspflicht nicht in Betracht, weil das Verbot der Nutzung der Atomkraftwerke keine Enteignung der Eigentümer (und Betreiber) ist, sondern eine Unterbindung der Gefahren, die mit der Nutzung der Anlagen verbunden sind. Es werden die von der Sache (Theorien) gebotenen Grenzen der Eigentumsgewährleistung neu gezogen; aber es wird nicht genommen, was jemandem gehört. Es gibt keinen Eigentumsschutz zu Lasten der Allgemeinheit, gegen das wahrheitliche und richtige Gesetz. Ein Vertrauen in das Betriebsrecht schafft nicht schon wegen der Investitionen Eigentum, weil es rechtens keinen

⁴³ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 130 f., zur Rechtmäßigkeit vorgeschriebener Redundanzen.

⁴⁴ BGHZ 23, 157 (162 ff.); 67, 190 (192); 81, 21 (33) für den Eigentumsbegriff des § 823 Abs. 1 BGB; BGHZ 92, 34 (37); 111, 349 (355 f.); BGHZ, JZ 1996, 1122 (1123); BVerwGE 62, 224 (226); 67, 84 (92); 67, 93 (96); 78, 41 (42 ff.) für den Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG; vgl. (offen lassend) BVerfGE 45, 142 (173); 51, 193 (221 f.); 66, 116 (144 ff.); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); 84, 212 (232); aber BVerfGE 22, 380 (386); dafür *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. IV, 1989, § 149, Rdn. 108 ff.; *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, Rdn. 972 f.; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 10, Rdn. 94 ff.; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 95 ff.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 187 f.

Schutz geben darf, wenn der Gebrauch von Handlungsmöglichkeiten Gefahren für Dritte und die Allgemeinheit schafft. Schadensgeneigte Handlungsmöglichkeiten können nicht Eigentum sein, weil jedes Recht gemeinverträglich sein muß. Darum ist das Eigentum abhängig von den Erkenntnissen (Theorien) der Lage. Vertrauen in den Bestand der Theorien (vorläufige Irrtümer) ist nicht schutzfähig.

Eine Entschädigungspflicht kann aus dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgrundsatz folgen⁴⁵. Entscheidend ist, wer die Folgen neuer Erkenntnisse (neuer Theorien) von den Schadensmöglichkeiten der Kraftwerksnutzung zu tragen hat, der Betreiber als Unternehmer (falls er ein solcher ist⁴⁶, und nicht der Staat die Atomkraftwerke betreibt) oder der Staat, der die Nutzung erlaubt hat und allgemeinverbindlich die Gefahrlosigkeit der Nutzung der Atomkraftwerke durch das Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und die jeweilige Errichtungs- und Betriebsgenehmigung nach § 7 AtomG festgestellt hat. Damit hat der Staat (die Allgemeinheit) das Risiko vorläufiger Theorien, das Risiko der Irrtümer, zumindest auch auf sich genommen. Die Gefahren nach den neuen Erkenntnissen (Theorien) allein den Unternehmern anzulasten, wie es dem Grundsatz freien Handelns entspräche (Handeln darf nicht zu Lasten Dritter gehen, ob es allerdings Dritte belastet (gefährdet), ist eine Frage der Theorie, und um der Wahrheitlichkeit seiner Administration willen darf der Staat nicht theorielos handeln, etwa verbieten), überbürdet den Unternehmern ein übermäßiges Risiko. Die staatliche Atomwirtschaftspolitik muß verlässlich sein, d. h. hinreichende unternehmerische Sicherheit geben; zumal der Staat durch seine enge Überwachung atomwirtschaftlicher Unternehmen die Verantwortung für die Sicherheit mitträgt. Unternehmerisch müssen genehmigte Anlagen und genehmigter Betrieb von Atomkraftwerken, soweit die Genehmigung materiell reicht, als sicher gelten können. Der Staat übernimmt durch seine atomwirtschaftliche Politik auch ein atomwirtschaftliches

⁴⁵ Dazu näher unter 4, c.

⁴⁶ Zur Privatheitlichkeit von Unternehmen *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 261 ff., 281 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 386 ff., 394 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 260 ff., 266 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 419 ff., 421 ff.; vgl. auch *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 781 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, S. 10 ff.

Risiko; denn alle Unternehmen, zumal derart kostspielige, sind eine *res publica*⁴⁷. Folglich ist der Gesetzgeber aus dem Vertrauensschutzgedanken gehalten, bei Theoriewechsel (von Sicherheit zu Unsicherheit) die Unternehmer angemessen zu entschädigen (nicht notwendig nach dem Verkehrswert, sondern analog Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG). Der Gesetzgeber hat das zu regeln.

3. Allgemeiner Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG

Das allgemeine Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG ist nach der Praxis verletzt, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wenn wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird⁴⁸. (Richtigerweise ist eine solche Willkür eine Freiheitsverletzung⁴⁹).

Eine Ungleichbehandlung könnte darin liegen, daß in dem Gesetzentwurf keine Unterscheidung zwischen Atomkraftwerken, in deren Nähe eine erhöhte Krebsrate festgestellt und radioaktive Strahlungen nachgewiesen wurden, von den anderen Atomkraftwerken getroffen ist. Die Unterscheidung zwischen diesen und jenen Atomkraftwerken könnte gebieten, daß man den Betreibern der nicht als schädlich in Erscheinung getretenen Kraftwerke eine Entschädigung für die Schließung des Atomkraftwerkes zugesteht und den anderen nicht.

Der Betrieb derjenigen Atomkraftwerke, in deren Umgebung vermehrt Krebserkrankungen festgestellt wurden, wird nach der gegenwärtig geltenden Regelung des § 18 Abs. 2 Nr. 3 AtomG ohne die Pflicht des Staates zur Entschädigung verboten. Atomkraftwerke, in deren Nähe keine erhöhte Krebsrate festgestellt wurde, bieten als solche keinen Grund für eine entschädigungslose Schließung des Betriebes, wenn auch ihr Betriebsverbot wegen der Verallgemeinerung der Schadenserfahrung rechters ist. Der

⁴⁷ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 394 ff., 396 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 260 ff., 266 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, S. 418 ff., 426 ff.

⁴⁸ BVerfGE 1, 14 (52); 12, 341 (348); 18, 38 (46); 27, 364 (371 f.); 49, 148 (165); 55, 72 (88); 75, 108 (157); 78, 249 (287); 86, 81 (87); 89, 48 (51); 91, 389 (401), st. Rspr.; dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 412 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 213 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

⁴⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 197 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff., 383 ff.

Gesetzgeber ist aber nicht verpflichtet, wegen der unterschiedlichen Schadenslagen die verschiedenen Eigentümer ungleich zu behandeln, d. h. die einen zu entschädigen und die anderen nicht. Die Gefahrenlage war allen nicht bekannt und ist wesentlich von der Allgemeinheit zu verantworten. Der Gleichheitssatz ist durch die Verweigerung einer Entschädigung nicht verletzt.

Die Entschädigungspflicht überhaupt ist keine Frage des Gleichheitssatzes, sondern eine Frage des Vertrauensschutzes.

4. Allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG

a) Wirkungsbereich des Freiheitsgrundrechts

Art. 2 Abs. 1 GG schützt das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Das Bundesverfassungsgericht begreift dieses Grundrecht als allgemeine Handlungsfreiheit⁵⁰. Materialisiert wird diese allgemeine Handlungsfreiheit auch für den wirtschaftlichen Bereich, soweit nicht besondere Grundrechte maßgeblich sind⁵¹. In diesen Wirkungsbereich wird durch das geplante Gesetz eingegriffen, weil es verbieten würde, sich in Deutschland atomwirtschaftlich zu betätigen.

Richtigerweise schützt Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Freiheit, also das Recht zu handeln, wenn die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz geachtet werden⁵². Geschützt wird auch das Recht, Verträge zu schließen, also die Vertragsfreiheit⁵³. Die Vertragsfreiheit ist die

⁵⁰ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 145 (146); 55, 159 (165 ff.); 59, 275 (278); 74, 129 (151); 75, 108 (154 f.); 80, 137 (152 ff.); 95, 267 (303); 97, 350 (377); st. Rspr.; *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, Rdn. 401; *H.-U. Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, S. 1188 ff., 1191 ff.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 441 ff., insb. S. 478 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 87ff., 141 ff.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 25, 375 (384); 29, 260 (266 f.); 32, 311 (316); 50, 290 (366); 65, 196 (210 f.); 75, 108 (154); 89, 48 (61); 95, 267 (303); *H.-J. Papier*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 820 ff., 832 ff.; vgl. auch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 394 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 260 ff., 266 ff.

⁵² *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 441 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 78 ff., 197 ff., 233 ff.

⁵³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 386 ff., 404 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 274 ff.

Grundlage unternehmerischer Betätigung⁵⁴. Auch andere Grundrechte schützen unternehmerisch relevante Rechte, etwa die Berufsfreiheit, die Assoziierungsfreiheit, die Koalitionsfreiheit, vor allem die Eigentumsgewährleistung, aber auch alle anderen Grundrechte. Demgemäß wird unternehmerisches Handeln durch die einzelnen Grundrechte gemäß deren Tatbestand (weitgehend) grundrechtlich geschützt, wenn es auch keine umfassende Unternehmensfreiheit gibt, die etwa in objektiver Dimension eine Leitentscheidung für freies Unternehmertum ausspricht. Es gibt eben keine unbenannten Freiheitsrechte⁵⁵. Die Prinzipien Marktlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit folgen begrenzt aus den wirtschaftlichen Grundrechten, aus dem Prinzip des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, vor allem aber aus dem Markt- und Wettbewerbsprinzip der Europäischen Gemeinschaft (Art. 4, Art. 98, Art. 105 EGV)⁵⁶.

Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht unbegrenzt. Wer handelt, hat die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz zu beachten. Diese (sogenannten) Schranken begründen das Prinzip der allgemeinen Gesetzlichkeit des Handelns⁵⁷, das Sittengesetz als Prinzip der inneren Freiheit zusätzlich die Pflicht zur Sittlichkeit⁵⁸. Unter dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung versteht das Bundesverfassungsgericht die Gesamtheit der Vorschriften, die formell und materiell mit dem Verfassungsgesetz im Einklang stehen⁵⁹. Darüber hinaus müssen die Gesetze dem Prinzip der praktischen Vernunft genügen. Sie müssen auf

⁵⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 386 ff., 394 ff., 404 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 274 ff.

⁵⁵ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 331 f., 979 f.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 260 ff., 266 ff.; anders BVerfGE 21, 1 (26); 27, 344 (351); 54, 143 (146); 54, 148 (153); 65, 1 (41 ff.).

⁵⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, *Das Recht am und das Recht auf Eigentum*, FS W. Leisner, S. 781 ff.; *ders.* mit W. Hankel, W. Nölling, J. Starbatty, *Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß*, 1998, S. 200 ff., 206 ff.

⁵⁷ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 303 ff., 494 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 127.

⁵⁸ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 279 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 71 ff.; *ders.*, *Das Sittengesetz und die guten Sitten*, FS W. Thieme, 1993, S. 195 ff.

⁵⁹ BVerfGE 6, 32 (38 ff.); 80, 137 (153); st. Rspr.

Wahrheit beruhen und richtig sein. Die praktische Vernünftigkeit ist judiziabel⁶⁰. Die Praxis spricht u. a. von der Verhältnismäßigkeit⁶¹ und von der Sachgerechtigkeit⁶². Freilich hat die Rechtsprechung Zurückhaltung zu wahren⁶³. Nur der grobe Verstoß gegen die praktische Vernunft führt zur Nichtigkeit eines Gesetzes. Sonst würde die gewaltenteilige Funktionsordnung allzu sehr verschoben. Die Richter, vor allem die des Bundesverfassungsgerichts, würden die Gesetzgebungsfunktion so gut wie vollständig übernehmen⁶⁴. Nichts anderes ergibt sich aus dem Willkürverbot, welches die Praxis auf Art. 3 Abs. 1 GG stützt⁶⁵, das aber aus der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten äußeren Freiheit, dem Recht auf Unabhängigkeit von einer anderen nötiger Willkür (Kant), folgt⁶⁶. Auch das Willkürverbot fordert das Richtige auf der Grundlage der Wahrheit als Politik. Gesetze, welche die Wahrheit mißachten, d. h. sich nicht von den Theorien über die Wirklichkeit abhängig machen, sind sach- und damit rechtswidrig⁶⁷. Das geplante Gesetz beruht auf der Erfahrung von Schäden bei dem Betrieb von Atomkraftwerken und verallgemeinert diese Erfahrung. Das ist tragfähig (praktisch vernünftig), wenn diese Verallgemeinerung theoretisiert ist. Davon kann (mangels Anhaltspunkten für eine andere Sicht) ausgegangen werden.

Weil die Gesetze, wenn sie praktisch vernünftig sind, die Freiheit verwirklichen, bedarf der Gesetzgeber keines besonderen verfassungsrechtlichen

⁶⁰ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 573 ff., 978 ff., 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 197 ff.

⁶¹ Etwa BVerfGE 7, 377 (405 f.); 10, 55 (59); 38, 281 (298); 69, 315 (354); 80, 367 (373); 91, 389 (401); vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 388 ff.

⁶² BVerfGE 10, 234 (246); 25, 269 (292 f.); 55, 72 (88 ff.); 76, 256 (329); st. Rspr.

⁶³ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 955 ff.; zu weitgehend BVerfGE 97, 350 (373 ff.); dazu K. A. Schachtschneider, *Die Rechtsverweigerung im Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, in: W. Hankel u.a., *Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten?*, 2001, S. 274 ff.

⁶⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 184 ff., 274 ff.

⁶⁵ Hinweise in Fn. 48.

⁶⁶ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 978 ff., 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 209 ff., 219 ff.

⁶⁷ Dazu K. A. Schachtschneider, *Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik"*, S. 100 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 567 ff.

Grundes für ein Gesetz. Regelmäßig gibt es jedoch einen solchen Grund, insbesondere aus den Schutzpflichten des Grundgesetzes oder aus dem Sozialprinzip.

b) Schutzpflicht als Rechtfertigung der Politik

Das Leben und die körperliche Unversehrtheit werden durch eine Krebserkrankung geschädigt. Art. 2 Abs. 2 GG begründet die Pflicht des Staates, Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen⁶⁸. Die Schutzpflicht folgt aus der objektiven Dimension des Grundrechts⁶⁹. Ihre Beachtung kann von jedem Bürger, der betroffen ist, eingefordert werden⁷⁰. Bei der Verwirklichung der Schutzpflicht ist der Stand der Wissenschaft und Technik zu beachten. Wenn es Theorien der Gefahr (Schadensmöglichkeit) gibt, müssen die gefährdenden Maßnahmen unterbunden werden, es sei denn, das Gemeinwesen will sie hinnehmen. Das bedarf einer Entscheidung durch Gesetz, weil es das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit einschränkt (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG), und muß verfassungsgesetzlichen Zwecken folgen, die Beachtung erheischen⁷¹. Solche sind zu Lasten von Leben und Gesundheit nicht zu erkennen. Wenn die Technik nicht andere Maßnahmen der Gefahrenabwehr ermöglicht, ist das Verbot von gefährlichen Anlagen Pflicht.

Die Schutzpflicht läßt sich nur durch andere verfassungsgesetzliche Zwecke relativieren. Solche sind nicht ersichtlich. Insbesondere sind keine Grundrechte der Atomkraftwerksbetreiber erkennbar, wenn die Kraftwerke Schäden verursachen. Wenn allerdings keine Schäden von den Kraftwerken verursacht werden, also dies nicht theoretisiert und somit rechtlich als Tatsache nicht berücksichtigt werden kann, ist das Betriebsverbot an dem Eigentumsgrundrecht zu messen; denn ungefährliches Eigentum darf der

⁶⁸ Hinweise in Fn. 37.

⁶⁹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 821 f.; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304; etwa BVerfGE 49, 89 (140).

⁷⁰ BVerfGE 7, 198 (206 f.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (253, 256); bedenklich aber BVerfGE 97, 350 (370 ff.), Euro-Beschluß; dazu *K. A. Schachtschneider*, *Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, S. 19 ff., insb. S. 22 ff.

⁷¹ Großzügiger (für die Gefahren des Straßenverkehrs) augenscheinlich BVerfGE 49, 89 (129).

Eigentümer gebrauchen. Allerdings hängt deren eigentumsrechtliches Gebrauchsrecht von den Gesetzen ab, welche "Inhalt und Schranken" des Eigentums regeln. Die Sozialbindung des Eigentums muß auf Theorien (wissenschaftlichen Erkenntnissen) beruhen, um praktisch vernünftig, d. h. rechtens, zu sein. Die bekannten Schäden durch einige Atomkraftwerke erlauben es, zur Vorsorge gegen Gefahren die Erfahrungen zu verallgemeinern und alle derartigen Anlagen zu verbieten, jedenfalls solange differenzierende Maßnahmen nicht theoretisiert (Stand der Wissenschaft) sind und nicht dem Stand der Technik entsprechen. Das folgt aus dem Rechtsgrundsatz: *in dubio pro securitate*⁷².

Weil ein Opfer an Rechten von den Betreibern der gefährlichen Anlagen nicht abverlangt wird, ist die Verhältnismäßigkeit als Schrankenschanke des Gesetzgebers, die zur Abwägung der geschützten und der geopferten Rechte führen würde⁷³, nicht zu prüfen. Daß die Politik geeignet und erforderlich sein muß, um den Zweck, die Sicherheit im Bereich der Atomwirtschaft, zu erreichen, ist ein grundlegendes Prinzip staatlicher Sachlichkeit und folgt aus dem Prinzip der praktischen Vernunft und somit auch aus dem Willkürverbot⁷⁴. Politik darf darüber hinaus nicht das rechte Maß verfehlen, d. h. der Ausgleich der Interessen von Vor- und Nachteilen für den Bürger muß gelingen⁷⁵.

c) Vertrauensschutz als Grenze der Politik

Rechtsstaatswidrige Gesetze verletzen die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschütz-

⁷² K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 120 f.

⁷³ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 897 ff., auch S. 978 ff., 990 ff.; kritisch W. Leisner, *Der Abwägungsstaat. Die Verhältnismäßigkeit der Gerechtigkeit*, 1997; dazu A. Emmerich-Fritsche, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, S. 148 f.

⁷⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 978 ff., 990 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 197 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 383 ff.; A. Emmerich-Fritsche, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, S. 57 ff., 262 f.

⁷⁵ Vgl. K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 617 ff.; A. Emmerich-Fritsche, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, S. 66, 76 ff., 148 f.

te Freiheit⁷⁶. Zum Rechtsstaat gehört der Vertrauensschutz⁷⁷. Das Vertrauen der AKW-GmbH in den Bestand des Betriebsrechts wird durch das geplante Gesetz erschüttert. Dem Vertrauensschutz genügt eine Entschädigung, wenn der Bestand der Rechte, nämlich die Nutzung der Atomkraftwerke, nicht zu rechtfertigen ist.

Wie die Regelungen des gegenwärtig geltenden Atomgesetzes zeigen, ist nach § 18 Abs. 1 AtomG dem Berechtigten eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten, wenn eine einmal erteilte Genehmigung zum Betrieb einer atomrechtlichen Anlage zurückgenommen oder widerrufen wird. Die Entschädigungspflicht des § 18 Abs. 1 entfällt nach § 18 Abs. 2 AtomG, wenn die atomrechtliche Genehmigung aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben erlangt wurde (Nr. 1), wenn näher geregeltes Verhalten des Personals des Betreibers Anlaß zum Widerruf der Genehmigung gegeben hat (Nr. 2), oder wenn der Widerruf wegen einer nachträglich eingetretenen, in der genehmigten Anlage oder Tätigkeit begründeten erheblichen Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit ausgesprochen werden mußte (Nr. 3). In dieser Regelung kommt das Vertrauensschutzprinzip zur Geltung. Die Entschädigungspflicht entfällt also nur in Ausnahmefällen, insbesondere wenn der Berechtigte nicht schutzwürdig ist. Der Ausnahmegrund des § 18 Abs. 2 Nr. 3 AtomG ist bedenklich, weil die Allgemeinheit durch das Atomgesetz und die Errichtungs- und Betriebsgenehmigungen die Verantwortung für das Unternehmen, das sich nach neuen Theorien als gefährlich erweist, mitträgt. Ein solches Unternehmen ist eine *res publica*.

Aus dem Vertrauensschutzgedanken folgt kein Recht, den gefährlichen Betrieb eines Atomkraftwerks fortzusetzen, aber doch ein Entschädigungsanspruch für die Investoren, wenn das Investitionsvertrauen schutzwürdig ist. Dieses Rechtsprinzip findet sich in vielen Vorschriften, etwa § 48 Abs. 3

⁷⁶ BVerfGE 6, 32 (41); 9, 83 (88); 19, 206 (215); vgl. auch BVerfGE 50, 256 (262); 59, 275 (278); 72, 200 (245).

⁷⁷ Dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 18. Kap., S. 408 ff.; ders., *Res publica res populi*, S. 406.; Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S. 208 ff., 215 ff., 416 ff.; K. H. Lenz, *Das Vertrauensschutzprinzip. Zugleich eine notwendige Besinnung auf die Grundlagen unserer Rechtsordnung*, 1968.

und § 49 Abs. 6 VwVfG, aber auch mannigfach im Privatrecht⁷⁸. Wer besondere Interessen im Allgemeininteresse aufopfern muß, verdient einen materiellen Ausgleich. Dieses Rechtsprinzip kommt auch in Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG zum Tragen (Aufopferungsentschädigung⁷⁹), ohne daß der Ausgleichsanspruch deswegen auf die Eigentumsgewährleistung gestützt werden könnte.

Das geplante Gesetz sieht keine Entschädigung vor. Derart rigoros verstößt es gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzprinzip. Zumindest diejenigen Betreiber, die die Genehmigung für den Betrieb eines Atomkraftwerkes erhalten haben und in deren Kraftwerksbereichen keine Strahlungen gemessen wurden, müßten entschädigt werden. Das Gesetz ist insoweit rechtsstaatswidrig. Es bedarf hinsichtlich der Entschädigungspflicht der Novellierung. Das Betriebsverbot der Atomkraftwerke ist aber rechtmäßig.

⁷⁸ Dazu *K. H. Lenz*, Vertrauensschutzprinzip, passim; *C.-W. Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.

⁷⁹ Dazu *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 176 ff.

7. Kapitel

Fallstudie zur Transplantationsmedizin

K. A. Schachtschneider / D. I. Siebold

I. Sachverhalt

Im Mai 1998 hat der Student M in der Zeitung gelesen, daß am 1. Dezember 1997 das Transplantationsgesetz (TPG) in Kraft getreten ist. § 4 TPG erlaubt, daß einem hirntoten Menschen Organe entnommen werden, auch wenn der "Organspender" nicht in die Organentnahme eingewilligt hat, insbesondere der "Spender" keinen Organspendeausweis hat. Es genügt die Zustimmung bestimmter Angehöriger.

M hatte keinen Organspendeausweis und hatte über die Entnahme seiner Organe auch keinerlei Vorstellungen entwickelt oder gar geäußert. Klar ist für ihn, daß er ausschließlich allein über seinen Körper vor und nach dem Tode verfügen will.

M hat rechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 4 TPG. Durch jene Vorschrift sieht er sich genötigt, zu Lebzeiten einen Widerspruch gegen eine Organentnahme zu erklären, wenn er die Entscheidung über die Organspende nicht Dritten überlassen möchte. Er hat noch 1998 Verfassungsbeschwerde gegen § 4 TPG erhoben.

War die Verfassungsbeschwerde zulässig und hätte das Bundesverfassungsgericht diese zur Entscheidung annehmen müssen, und war die Verfassungsbeschwerde begründet?

II. Ausgewählte Vorschriften

Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG) vom 5. November 1997

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die Spende und die Entnahme von menschlichen Organen, Organteilen oder Geweben (Organe) zum Zwecke der Übertragung auf andere Menschen sowie für die Übertragung der Organe einschließlich der Vorbereitung dieser Maßnahmen. Es gilt ferner für das Verbot des Handels mit menschlichen Organen.

(2) Dieses Gesetz gilt nicht für Blut und Knochenmark sowie embryonale und fetale Organe und Gewebe.

§ 2 Aufklärung der Bevölkerung, Erklärung zur Organspende, Organspenderegister, Organspendeausweise

(1) Die nach Landesrecht zuständigen Stellen, die Bundesbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit, insbesondere die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, sowie die Krankenkassen sollen auf der Grundlage dieses Gesetzes die Bevölkerung über die Möglichkeiten der Organspende, die Voraussetzungen der Organentnahme und die Bedeutung der Organübertragung aufklären. Sie sollen auch Ausweise für die Erklärung zur Organspende (Organspendeausweise) zusammen mit geeigneten Aufklärungsunterlagen bereithalten. Die Krankenkassen und die privaten Krankenversicherungsunternehmen stellen diese Unterlagen in regelmäßigen Abständen ihren Versicherten, die das sechzehnte Lebensjahr vollendet haben, zur Verfügung mit der Bitte, eine Erklärung zur Organspende abzugeben.

(2) Wer eine Erklärung zur Organspende abgibt, kann in eine Organentnahme nach § 3 einwilligen, ihr widersprechen oder die Entscheidung einer namentlich benannten Person seines Vertrauens übertragen (Erklärung zur Organspende). Die Erklärung kann auf bestimmte Organe beschränkt werden. Die Einwilligung und die Übertragung der Entscheidung können vom vollendeten sechzehnten, der Widerspruch kann vom vollendeten vierzehnten Lebensjahr an erklärt werden.

(3) Das Bundesministerium für Gesundheit kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates einer Stelle die Aufgabe übertragen, die Erklärun-

gen zur Organspende auf Wunsch der Erklärenden zu speichern und darüber berechtigten Personen Auskunft zu erteilen (Organspenderegister). Die gespeicherten personenbezogenen Daten dürfen nur zum Zwecke der Feststellung verwendet werden, ob bei demjenigen, der die Erklärung abgegeben hatte, eine Organentnahme nach § 3 oder § 4 zulässig ist. Die Rechtsverordnung regelt insbesondere die für die Entgegennahme einer Erklärung zur Organspende oder für deren Änderung zuständigen öffentlichen Stellen (Anlaufstellen), die Verwendung eines Vordrucks, die Art der darauf anzugebenden Daten und die Prüfung der Identität des Erklärenden, die Übermittlung der Erklärung durch die Anlaufstellen an das Organspenderegister sowie die Speicherung der Erklärung und der darin enthaltenen Daten bei den Anlaufstellen und dem Register, die Aufzeichnung aller Abrufe im automatisierten Verfahren nach § 10 des Bundesdatenschutzgesetzes sowie der sonstigen Auskünfte aus dem Organspenderegister zum Zwecke der Prüfung der Zulässigkeit der Anfragen und Auskünfte, die Speicherung der Personendaten der nach Absatz 4 Satz 1 auskunftsberechtigten Ärzte bei dem Register sowie die Vergabe, Speicherung und Zusammensetzung der Codenummern für ihre Auskunftsberechtigung, die Löschung der gespeicherten Daten und die Finanzierung des Organspenderegisters.

(4) Die Auskunft aus dem Organspenderegister darf ausschließlich an den Erklärenden sowie an einen von einem Krankenhaus dem Register als auskunftsberechtigt benannten Arzt erteilt werden, der weder an der Entnahme noch an der Übertragung der Organe des möglichen Organspenders beteiligt ist und auch nicht Weisungen eines Arztes untersteht, der an diesen Maßnahmen beteiligt ist. Die Anfrage darf erst nach der Feststellung des Todes gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 erfolgen. Die Auskunft darf nur an den Arzt weitergegeben werden, der die Organentnahme vornehmen soll, und an die Person, die nach § 3 Abs. 3 Satz 1 über die beabsichtigte oder nach § 4 über eine in Frage kommende Organentnahme zu unterrichten ist.

§ 3 Organentnahme mit Einwilligung des Organspenders

(1) Die Entnahme von Organen ist, soweit in § 4 nichts Abweichendes bestimmt ist, nur zulässig, wenn der Organspender in die Entnahme eingewilligt hatte, der Tod des Organspenders nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist und der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen wird.

(2) Die Entnahme von Organen ist unzulässig, wenn die Person, deren Tod festgestellt ist, der Organentnahme widersprochen hatte, nicht vor der Entnahme bei

dem Organspender der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist.

(3) Der Arzt hat den nächsten Angehörigen des Organspenders über die beabsichtigte Organentnahme zu unterrichten. Er hat Ablauf und Umfang der Organentnahme aufzuzeichnen. Der nächste Angehörige hat das Recht auf Einsichtnahme. Er kann eine Person seines Vertrauens hinzuziehen.

§ 4 Organentnahme mit Zustimmung anderer Personen

(1) Liegt dem Arzt, der die Organentnahme vornehmen soll, weder eine schriftliche Einwilligung noch ein schriftlicher Widerspruch des möglichen Organspenders vor, ist dessen nächster Angehöriger zu befragen, ob ihm von diesem eine Erklärung zur Organspende bekannt ist. Ist auch dem Angehörigen eine solche Erklärung nicht bekannt, so ist die Entnahme unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 und Abs. 2 nur zulässig, wenn ein Arzt den Angehörigen über eine in Frage kommende Organentnahme unterrichtet und dieser ihr zugestimmt hat. Der Angehörige hat bei seiner Entscheidung einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organspenders zu beachten. Der Arzt hat den Angehörigen hierauf hinzuweisen. Der Angehörige kann mit dem Arzt vereinbaren, daß er seine Erklärung innerhalb einer bestimmten, vereinbarten Frist widerrufen kann.

(2) Nächste Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind in der Rangfolge ihrer Aufzählung: Ehegatte, volljährige Kinder, Eltern oder, sofern der mögliche Organspender zur Todeszeit minderjährig war und die Sorge für seine Person zu dieser Zeit nur einem Elternteil, einem Vormund oder einem Pfleger zustand, dieser Sorgeinhaber, volljährige Geschwister, Großeltern.

Der nächste Angehörige ist nur dann zu einer Entscheidung nach Absatz 1 befugt, wenn er in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des möglichen Organspenders zu diesem persönlichen Kontakt hatte. Der Arzt hat dies durch Befragung des Angehörigen festzustellen. Bei mehreren gleichrangigen Angehörigen genügt es, wenn einer von ihnen nach Absatz 1 beteiligt wird und eine Entscheidung trifft; es ist jedoch der Widerspruch eines jeden von ihnen beachtlich. Ist ein vorrangiger Angehöriger innerhalb angemessener Zeit nicht erreichbar, genügt die Beteiligung und Entscheidung des nächst erreichbaren nachrangigen Angehörigen. Dem nächsten Angehörigen steht eine volljährige Person gleich, die dem möglichen Organspender bis zu seinem Tode in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahegestanden hat; sie tritt neben den nächsten An-

gehörigen.

(3) Hatte der mögliche Organspender die Entscheidung über eine Organentnahme einer bestimmten Person übertragen, tritt diese an die Stelle des nächsten Angehörigen.

(4) Der Arzt hat Ablauf, Inhalt und Ergebnis der Beteiligung der Angehörigen sowie der Personen nach Absatz 2 Satz 6 und Absatz 3 aufzuzeichnen. Die Personen nach den Absätzen 2 und 3 haben das Recht auf Einsichtnahme. Eine Vereinbarung nach Absatz 1 Satz 5 bedarf der Schriftform.

§ 6 Achtung der Würde des Organspenders

(1) Die Organentnahme und alle mit ihr zusammenhängenden Maßnahmen müssen unter Achtung der Würde des Organspenders in einer der ärztlichen Sorgfaltspflicht entsprechenden Weise durchgeführt werden.

(2) Der Leichnam des Organspenders muß in würdigem Zustand zur Bestattung übergeben werden. Zuvor ist dem nächsten Angehörigen Gelegenheit zu geben, den Leichnam zu sehen.

§ 8 Zulässigkeit der Organentnahme

(1) Die Entnahme von Organen einer lebenden Person ist nur zulässig, wenn

1. die Person

a) volljährig und einwilligungsfähig ist,

b) nach Absatz 2 Satz 1 aufgeklärt worden ist und in die Entnahme eingewilligt hat,

c) nach ärztlicher Beurteilung als Spender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird. (...)

III. Fallbesprechung

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet zunächst über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde und gibt ihr danach statt, wenn sie begründet ist.

A. Zulässigkeit und Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung

Eine Verfassungsbeschwerde gemäß § 13 Nr. 8 a BVerfGG ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG und §§ 90 ff. BVerfGG vorliegen. Sie bedarf aber nach § 93a BVerfGG der besonderen Annahme.

I. Zulässigkeit

1. Beschwerdefähigkeit: „jedermann“

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann eine Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben, also auch der Student M.

Zusatz:

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für „inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“ Folglich kann diese Person Verfassungsbeschwerde erheben. Streitig ist, ob auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sich auf Grundrechte berufen können¹. Das Bundesverfassungsgericht lehnt das weitgehend ab². Entscheidend aber ist, ob die juristischen Personen in ihrer Substanz staatlich und privatheitlich sind (Durchgriffslehre). Privatheitliche Personen sind unabhängig von ihrer Rechtsform grundrechtsfähig³.

¹ Dazu *H. Bethge*, Grundrechtsträger, HStR, Bd. V, 1992, § 116, Rdn. 64 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 275 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 184; *A. v. Mutius*, GG, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, 1974, Art. 19 Abs. III, Rdn. 87 ff., 114 ff.

² BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 61, 82 (101); 62, 354 (369); 85, 360 (385).

³ *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2002, S. 52.

2. Beschwerdegegenstand: „Verletzung durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte“

a) Verletzung durch die öffentliche Gewalt

Verfassungsbeschwerden können sich nur gegen eine „Verletzung durch die öffentliche Gewalt“ richten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). Öffentliche Gewalt, die Staatsgewalt, die nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vom Volke ausgeht, wird nach S. 2 dieser Vorschrift, wenn nicht durch Wahlen und Abstimmungen des Volkes selbst, durch die Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt⁴. Jedes Handeln des Staates fällt unter eine der drei Gewalten und ist grundrechtsverpflichtet (Art. 1 Abs. 3 GG). Wenn das staatliche Handeln nicht Gesetzgebung oder Rechtsprechung ist, ist es vollziehende Gewalt, unabhängig von der öffentlich-rechtlichen (staatlichen) oder privat-rechtlichen Organisations- oder Handlungsform. Auch wirtschaftliches Handeln des Staates in Unternehmensformen, eine besondere Verwaltungsform, ist vollziehende Gewalt und ohne Einschränkung grundrechtsverpflichtet⁵. Der Student M greift unmittelbar das Transplantationsgesetz, ein Gesetz, und damit also die Gesetzgebung an.

b) Verletzung in einem seiner Grundrechte

Der Beschwerdeführer muß behaupten, durch das Transplantationsgesetz in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein. Daraus erwächst seine Beschwerdebefugnis (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG in Verbindung mit § 90 Abs. 1 BVerfGG). Der Beschwerdevortrag muß die Grundrechtsverletzung substantiiert, d.h. hinreichend überzeugend, vortragen⁶. Sonst wird die Verfassungsbeschwerde nach § 93a BVerfGG nicht zur Entscheidung

⁴ Zum Begriff der Staatsgewalt *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 14 ff, auch S. 637 ff.; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 272 ff., 277 ff., 284 ff.

⁵ *K. A. Schachtschneider*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 16 ff. (mit Hinw. in Fn. 56), 175 ff., 253 ff., 261 ff.

⁶ BVerfGE 51, 369 (376); 56, 192 (203); 64, 1 (12); *W. Löwer*, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 151.

angenommen, weil zum einen die „grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung“ nicht erkennbar ist und weil zum anderen die Annahme zur Entscheidung „zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 genannten Rechte“ nicht „angezeigt ist“. (In der Praxis ist ein bestmöglich rechtswissenschaftlicher Vortrag der Grundrechtsverletzung nötig, um auch nur eine Chance der Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung zu haben. Etwa 98 Prozent der Verfassungsbeschwerden werden nicht zur Entscheidung angenommen.

aa) Das Transplantationsgesetz sieht zwei Möglichkeiten der Organentnahme vor: Die Organentnahme von lebenden Personen, geregelt in § 8 des Dritten Abschnitts, welche nicht Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde ist, und die Organentnahme von Toten, geregelt in § 3 ff. des Zweiten Abschnitts. Diese Vorschriften unterscheiden die Organentnahme mit Einwilligung des Organspenders und die mit bloßer Zustimmung dritter Personen. Letztere ist (was zu B näher begründet werden wird) verfassungswidrig und verletzt M. in seinen Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG auf Achtung und Schutz der Menschenwürde und aus Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, je nach Begrifflichkeit auch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, dem Grundrecht des Rechts auf Leben.

Gemäß § 4 Abs. 1 TPG darf nach Feststellung des Todes eine Organentnahme erfolgen, wenn bestimmte Angehörige des Toten oder diesem nahestehende Personen dieser zustimmen. Diese Regelung mißachtet die Würde des Menschen und ist darum verfassungswidrig⁷. Die nach § 4 Abs. 2 TPG entscheidungsbefugten Personen (nächste Angehörige oder diesen nach Satz 6 dieser Vorschrift gleichstehende Personen, deren Zustimmung die Organentnahme abgesehen von den weiteren Voraussetzungen zu rechtfertigen vermag) haben lediglich „einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organspenders zu beachten“ (§ 4 Abs. 1 S. 2 TPG). Der von diesen Personen

⁷ So (im Ergebnis) auch *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 207; *W. Höfling*, Stellungnahme zum Transplantationsgesetz, DtBT, Ausschuß für Gesundheit, AusschußDrs. 599/13, S. 2 ff; *H. Däubler-Gmelin*, DtBT, Stenographischer Bericht, Plenarprotokoll 13/99, S. 8845; *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 129 ff. a.A *H. L. Schreiber*, Stellungnahme, DtBT, Ausschuß für Gesundheit, AusschußDrs. 600/13, S. 9 ff.

gemutmaße Wille des „Organspenders“ vermag dessen fehlende Einwilligung in die Organentnahme nicht zu ersetzen, wenn die Würde des toten Menschen geachtet werden soll.

bb) Der Staat vermag weder den Beschwerdeführer noch andere Personen zu verpflichten, zu Lebzeiten schriftlich zu erklären, ob sie in die Organentnahme einwilligen oder nicht. So weit geht das Transplantationsgesetz in § 2 auch nicht. Eine derartige Verpflichtung würde gegen den Persönlichkeitschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG und gegebenenfalls gegen die Religions- und die Weltanschauungsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG verstoßen⁸. Wenn im Todeszeitpunkt eine schriftliche Erklärung des Verstorbenen zur Organentnahme nicht bekannt wird, so sind seine Angehörigen und auch weitere Personen befugt, die fehlende Einwilligung des Verstorbenen durch ihre Zustimmung zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen des § 4 TPG vorliegen. Das nötigt jeden, der sich dieser geradezu unvermeidlich willkürlichen Entscheidung nicht aussetzen und seine Würde sowie Selbstbestimmung wahren will, sich dazu zu erklären, ob er seine Organe oder eines seiner Organe zu spenden bereit ist ("Erklärung zur Organspende" im Sinne des § 2 TPG). Diese Nötigung ist eine unmittelbare und gegenwärtige Beeinträchtigung der genannten Grundrechte des Beschwerdeführers wie jedes Menschen und rechtfertigt darum die Verfassungsbeschwerde gegen das Transplantationsgesetz durch den Beschwerdeführer. Sie verletzt die Freiheit der Persönlichkeit und ist darum verfassungswidrig. Nach seinem Tod könnte der Beschwerdeführer Opfer einer Fremdbestimmung werden, die seinem Willen und damit seiner Würde widerspricht.

3. Rechtsschutzinteresse: „selbst, gegenwärtig, unmittelbar“

Wer unmittelbar gegen ein Gesetz Verfassungsbeschwerde erhebt (ohne daß das Gesetz durch Verwaltungsakt oder durch andere Maßnahmen gegen ihn

⁸ *H. J. Vogel*, Zustimmung oder Widerspruch, Bemerkung zu einer Kernfrage der Organtransplantation, NJW 1980, 627; *H. Maurer*, Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, 13; *R. Gröschner*, Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses 1997, S. 37; *K. Kloth*, Rechtsprobleme der Todesbestimmung und der Organentnahme von Verstorbenen, 1994, S. 125, 139 f; dazu auch *H. Ch. Kühn*, Die Motivationslösung. Neue Wege im Recht der Organtransplantation, 1998, S. 183 ff., auch S. 103 ff.; *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131.

vollzogen wurde) muß nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹ durch das angegriffene Gesetz „selbst, gegenwärtig und unmittelbar“ in einem der als verletzt gerügten Grundrechte, also hier Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 GG und gegebenenfalls Art. 4 Abs. 1 GG, betroffen sein¹⁰.

M. könnte nach § 4 TPG, falls er stirbt, „Organspender“ werden, ohne daß er in die Organentnahme nach seinem Tod eingewilligt hätte. Damit zählt er zu dem potentiellen Adressatenkreis des Gesetzes, das sich allgemein an die Betroffenen der Spende, der Entnahme und der Übertragung von Organen richtet. Diese Gesetzeslage gefährdet die Würde des Beschwerdeführers und auch sein Recht, seine Persönlichkeit frei zu entfalten, also sein Selbstbestimmtheit, weil die Gefahr des Todes jederzeit besteht. Der Beschwerdeführer ist selbst betroffen.

An der Gegenwartigkeit der Betroffenheit könnte es fehlen, weil das Gesetz angegriffen wird, bevor Rechtswirkungen auf den Beschwerdeführer ausgehen; denn dieser lebt noch und kommt daher als Organspender nach § 4 TPG nicht in Betracht. Obgleich die Grundrechte der Art. Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 GG und gegebenenfalls Art. 4 Abs. 1 GG im Zeitpunkt der Verfassungsbeschwerde noch nicht verletzt sind, ist der Beschwerdeführer in seinen elementarsten Grundrechten durch das Transplantationsgesetz gefährdet. Er muß, aufgrund des Gegenstandes des Gesetzes, jetzt Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen, weil er das schlechterdings nach seinem Tod nicht könnte. Der Beschwerdeführer ist darum jederzeit durch das Gesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten beeinträchtigt und durch die Möglichkeit der Organentnahme nach seinem Tode verletzt. Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, daß die Grundrechtsgefährdung eine Verfassungsbeschwerde zulässig macht, wenn die drohende Grundrechtsverletzung anders nicht abgewehrt werden kann.¹¹

⁹ BVerfGE 1, 97 (101); 89, 155 (171); dazu *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 155.

¹⁰ BVerfGE 1, 97 (101); 53, 30 (48); 89, 155 (179); *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 155.

¹¹ BVerfGE 49, 89 (141 f.); 51, 324 (346 f.); 53, 30 (51); 66, 39 (58 f.).

4. Verfahrensfähigkeit

Die Frage nach der Verfahrensfähigkeit erübrigt sich, wenn der Beschwerdeführer volljährig und Privatperson ist. Erhebt eine juristische Person oder ein minderjähriges Kind Verfassungsbeschwerde, ist die Frage der Verfahrens- oder Prozeßfähigkeit zu erörtern. Eine juristische Person ist als Person verfahrensfähig. Das ist wesentlicher Zweck der juristischen Personifizierung von Vereinigungen. Grundsätzlich sind auch Minderjährige im Verfassungsbeschwerdeverfahren verfahrensfähig. Sie müssen von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten werden.

5. Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 BVerfGG)

Gegen Bundesgesetze steht den Bürgern nach der (strittigen) Praxis¹² unmittelbar kein Rechtsweg offen (vgl. Art. 93 Abs. 3 BVerfGG), so daß das verfassungsprozessuale Subsidiaritätsprinzip des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG¹³ nicht einschlägig ist. Die Verfassungsbeschwerde selbst ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, kein Rechtsmittel¹⁴.

6. Frist

Die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz ist auf ein Jahr nach dessen Inkrafttreten (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) befristet. (Für Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen beträgt die Frist einen Monat nach Bekanntgabe der Entscheidung (§ 93 Abs. 1 BVerfGG)).

Die vorgeschriebene Einjahresfrist ist eingehalten, wenn M seine Gesetzesverfassungsbeschwerde gegen das Transplantationsgesetz bis zum 30. November 1998 eingereicht hat. Die Verfassungsbeschwerde wurde laut Sachverhalt bereits im Mai 1998 an das Bundesverfassungsgericht gerichtet, die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG wurde also gewahrt.

Die Verfassungsbeschwerde war zulässig.

¹² Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 357 ff.; in Betracht kommt die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses.

¹³ Dazu BVerfGE 31, 364 (368); 39, 276 (291); 42, 243 (247); 63, 45 (58); 63, 77 (78 f.); dazu W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 157; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 283.

¹⁴ BVerfGE 18, 315 (324); 94, 166 (212).

II. Annahme der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde wird nach § 93a Abs. 2 BVerfGG aber nur zur Entscheidung angenommen, wenn ihr entweder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt oder wenn das zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 genannten Rechte (der Grundrechte) angezeigt ist. „Dies kann auch der Fall sein, wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht“ (§ 93a Abs. 2b BVerfGG).

Die Klärung der Grundrechtsgefährdung durch Organtransplantationen ohne Zustimmung des "Organspenders" ist für alle Menschen und für die medizinisch in vielen Fällen notwendige Organspende von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht hat aber die Verfassungsbeschwerde von 254 Verfassungsbeschwerdeführern nicht zur Entscheidung angenommen, weil jeder einzelne sich durch Erklärung gegen die Nutzung seiner Organe gegen eine "Organspende" ohne seine Zustimmung schützen könne¹⁵. Das war eine fadenscheinige Begründung, weil die meisten Menschen von der Gefahr, Organspender gegen oder ohne ihren Willen zu werden, nichts wissen. Jedenfalls begründet das Transplantationsgesetz eine Handlungspflicht, nämlich die Pflicht, die abwehrende Erklärung abzugeben und stets bei sich zu führen. Das ist eine Grundrechtsbeeinträchtigung und wegen der Grundrechtswidrigkeit der zustimmungslosen "Organspende" eine verfassungswidrige Zumutung. Das Gericht ist der menschenrechtlichen Verantwortung (wie häufig) ausgewichen.

Die zweite Annahmealternative ist ebensowenig herangezogen worden. Das ist ebenfalls bedenklich, weil die Klärung der transplantationsrechtlichen Menschenrechtsfragen angezeigt war und ist.

Die Verfassungsbeschwerde hätte angenommen werden müssen.

¹⁵ 1. Kammer des 1. Senats, 1 BvR 2156/98

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde war und ist begründet, wenn M durch das Transplantationsgesetz in einem seiner Grundrechte verletzt wurde und verletzt wird. Ein Grundrecht ist verletzt, wenn das Transplantationsgesetz in den Schutzbereich dieses Grundrechts eingreift und dieser Eingriff nicht zu rechtfertigen ist.

In Betracht kommen Verletzungen des Art. 1 Abs. 1 Satz 1, des Art. 2 Abs. 1 und gegebenenfalls aus Art. 2 Abs. 2 GG.

I. Eingriff in die Würde des Menschen und das Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG)

1. Schutzbereich

Die elementare Voraussetzung einer Organentnahme ist die Feststellung des Todes des „Organspenders nach den Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen“ (§ 3 Abs. 1 TPG). Das gilt auch für die „Organentnahme mit Zustimmung anderer Personen“ nach § 4 TPG, der in Absatz 1 Satz 2 auf diese Voraussetzung verweist.

Das Recht der Organentnahme bestimmt sich nach dem Menschenwürdeprinzip des Art. 1 Abs. 1 GG¹⁶ und am diesem folgenden Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG¹⁷. Darüber hinaus, abhängig davon, welchen Todesbegriff man vertritt, müßte sich das Recht der Transplantation nach dem Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG richten¹⁸.

Das Bundesverfassungsgericht hat für Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG festgestellt, daß der Schutz der Menschenwürde ohne Einschränkung jedem Menschen

¹⁶ Vgl. *St. Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 464 ff.

¹⁷ Vgl. *St. Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 464 ff.

¹⁸ Vgl. *St. Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 461 ff.; *W. Höfling/St. Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 65 ff.; *E. Wagner/L. Brocker*, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, 228 ff; vgl. auch *H. Ch. Kühn*, Motivationslösung, S. 99.

zukommt, auch solchen, die sich der Menschenwürde nicht mehr bewußt sein können¹⁹. Dies gilt explizit für das werdende wie für das endende Leben und insbesondere während des Todesprozesses. Der „allgemeine menschliche Eigenwert der Würde“ (*Günter Dürig*) ist unabhängig von der Existenzphase des Menschen²⁰.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt²¹. Der Staat darf durch keine Maßnahme, auch nicht durch ein Gesetz wie das Transplantationsgesetz, die Würde des Menschen verletzen oder den durch das Würdeprinzip materialisierten Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG antasten (Art. 19 Abs. 2 GG). Das Grundgesetz schützt „einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung“ jedes Menschen, „der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen“ ist²².

Diese Grundrechte umfassen sowohl das Leben, aber auch den möglichen Zustand des Hirntods des Menschen und damit des M. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG sind daher durch die Transplantationspolitik thematisiert, deren Schutzbereich vermag gegen Eingriffe Abwehrwirkung zu entfalten.

2. Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG

a) Hirntod

Das Transplantationsgesetz definiert in § 3 Abs. 2 als Voraussetzung der Organentnahme „den endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktionen des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft

¹⁹ BVerfGE 39, 1 (41).

²⁰ *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, 1958, Art. 1 I, Rdn. 23; vgl. auch *K. Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, § 70 IV 2, S. 1048; *H. v. Mangoldt/F. Klein/Chr. Starck*, GG, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Abs. 1, Rdn. 14; *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 f.

²¹ BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350 f.); 34, 205 (209); 33, 367 (376); 54, 148 (153).

²² BVerfGE 6, 32 (41); 6, 389 (433); 27, 1 (6 f.); 32, 373 (379); 65, 1 (41); 67, 213 (228); 71, 183 (201); 72, 153 (170); 90, 255 (260), st.Rspr.; dazu mit Hinweisen *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 222 ff.; *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 132.

entsprechen“. Dieser Ausfall wird im allgemeinen Sprachgebrauch und in der Fachliteratur als Hirntod bezeichnet²³. Nach § 16 TPG wird der Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien, nicht anders als „die Verfahrensregeln zur Feststellung des endgültigen, nicht behebbaren Ausfalls der Gesamtfunktionen des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach § 3 Abs. 2 Nr. 2“, von der Bundesärztekammer festgestellt. Diese Richtlinien geben die Regeln zur Feststellung des Todes und des sogenannten Hirntodes, welche nach § 4 Abs. 1 S. 2 TPG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und Abs. 2 TPG Voraussetzung der Entnahme von Organen toter Menschen ist.

Naturwissenschaftlich gibt es eine Vielfalt möglicher Todesbegriffe. In der Sache erfassen die unterschiedlichen Begriffe verschiedene prozeßhafte Stationen des Todes, wie den Stillstand von Kreislauf und Atmung, das Absterben des gesamten Gehirns, das Auftreten von Leichenstarre und Totenflecken, das Absterben einzelner Organe oder das Absterben der Zellen. Der Todesbegriff ist strittig²⁴. Die verschiedenen durch die Medizintechnik ermöglichten Todesphasen führen zu dem neuen Begriff des Todesprozesses²⁵. Andere verstehen diese Existenzphase als Teil des Sterbepro-

²³ Wissenschaftlicher Beirat Bundesärztekammer, Dt. ÄrzteBl. 1992, A/B 45 - 55. 2. Fortschreibung, Dt. ÄrzteBl. 1991, C 2417-2422; *ders.*, Der endgültige Ausfall der gesamten Hirnfunktion ("Hirntod") als sicheres Todeszeichen, Dt. ÄrzteBl. 1993, B 2177-2179; vgl. etwa *Ch. Lang*, Kultur des Lebens oder Kultur des Sterbens, ZRP 1995, 457, 459 f.; *H. P. Schlake/K. Roosen*, Der Hirntod - Tod des Menschen, in: Höglinger/Kleinert, Hirntod und Organtransplantation, 1998, S. 25; *H. Angstwurm*, in: Hoff/In der Schmitt (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, 1994, S. 41 ff.; *ders.*, Hirntod und postmortale Organexplantation, in: Brandt/Dichgans/Diener, Therapie neurologischer Erkrankungen, 1998, S. 636; *H. Ch. Kühn*, Motivationslösung. Neue Wege im Recht der Organtransplantation, 1998, S. 72 ff.

²⁴ *E. Wagner/L. Brocker*, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, 226; i.d.S. *A. Laufs*, Handbuch des Arztrechts, 1992, § 131, Rdn. 4, 6.

²⁵ *H. L. Schreiber*, Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses zum Transplantationsgesetz, 1997, S. 2; *W. Höfling*, Verfassungsrechtliche Grundfragen des Transplantationswesens, in: Höglinger/Kleinert (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, 1998; in diesem Sinne auch *E. Wagner/L. Brocker*, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, 226 ("Sterben als Prozeß"); *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 129 f.

zesses²⁶. Dieser Todesprozeß verlangt nach einem eigenständigen, sachgemäßen Recht.

Der Begriff Hirntod, auf den die medizinische Wissenschaft und Praxis abstellen, besagt, daß, unter intensivmedizinischen Bedingungen, das Gehirn vor dem übrigen Körper abgestorben ist²⁷. Der Hirntod kennzeichnet somit den Beginn des Todesprozesses, der unumkehrbar ist. Klinisch wird er als der „vollständige und irreversible Ausfall der gesamten Hirnfunktion, wobei die kontrollierte Beatmung und die übrige Intensivbehandlung die Herzaktion, den Kreislauf und damit die Funktion der anderen Organe aufrechterhalten“, beschrieben²⁸. Mit dem Hirntod befindet sich der Mensch im Tode, unabhängig davon, ob und in wie vielen Körperteilen noch die für diese, für die Organe, die Gewebe, die Zellen, kennzeichnenden vitalen Merkmale erkennbar sind. Das Verfahren der Organentnahme verlängert den Todesprozeß und verkürzt ihn nicht.²⁹ Die Organe des hirntoten Menschen, welche mit Hilfe der Apparate funktionsfähig bleiben, sind keine Leichenteile; denn sie können, transplantiert, in dem Körper eines anderen Menschen an dessen Leben teilhaben, wenn sie in letzterem auch fremd bleiben. Diese Vitalität der Organe verbietet es, sie als Leichenteile und damit den hirntoten Menschen als Leiche zu bezeichnen und so zu behandeln³⁰.

²⁶ W. Höfling, Verfassungsrechtliche Grundfragen des Transplantationswesens, S. 86; St. Rixen, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 464 ff.; W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 48 ff., 65 ff., 69 ff., insb. S. 75; St. Rixen, Lebensschutz am Lebensende. Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption - zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, i.E. 1999, S. 258 ff.

²⁷ H. Angstwurm, Der Hirntod als Ereignis, als Befund und als sicheres Todeszeichen des Menschen, DtBT, Ausschuß für Gesundheit, AusschußDrs. 579/13, S. 3 ff.

²⁸ H. Angstwurm, Hirntod und postmortale Organexplantation, S. 636.

²⁹ Ausführlich K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Verfassungsbeschwerde (1 BvR 2156/98) gegen § 4 des Transplantationsgesetzes, vom 23. November 1998, in: R. Fuchs/K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Spenden was uns nicht gehört, 1999, S. 162 ff.; auch dies., Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 130.

³⁰ I.d.S. Ch. Lang, ZRP 1995, 459; R. Beckmann, Ist der hirntote Mensch eine Leiche?, ZRP 1996, 219 ff., insb. S. 225; K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 130 f.

Der Gesetzgeber muß dem Wissen in Theorie und Praxis Rechnung tragen, daß im Zeitpunkt der Organentnahme der Mensch zwar tot (hirntot) ist, jedoch die Organe noch funktionsfähig sind und der Todesprozeß darum noch nicht abgeschlossen ist. Der Übergangszustand von der Beendigung des Lebens durch den Hirntod bis zum Abschluß des Todes als dem Übergang zum Leichenzustand, der Todesprozeß nämlich, ist eine Phase der Existenz des Menschen, welche durch die medizinische Entwicklung entstanden ist und der politischen Bewältigung bedarf. Mit der Transplantationsmedizin hat sich ein "neuer Horizont der Verantwortlichkeit"³¹ eröffnet, der ein neues politisches Problem erzeugt. Politik aber ist nichts anderes als Erkenntnis des Rechts³², "ausübende Rechtslehre"³³.

Das Transplantationsgesetz nutzt gemäß dem Stand der Wissenschaft und Praxis den Hirntod als (relevanten) Todesbegriff³⁴. Es ist vom Recht geboten, die Erkenntnisse über den medizinischen Todeseintritt, die uneingeschränkt und ohne den Vorwurf eines Rechtsverstößes praktiziert werden, im Gesetz zu übernehmen und zum Explantationskriterium zu erheben; denn der Gesetzgeber hatte die Erkenntnisse des Rechts zu beschließen. Die Erkenntnisse des Rechts aber sind untrennbar auf die Erkenntnisse der Wirklichkeit gegründet³⁵, hier dem Stand der medizinischen Wissenschaft vom Leben und vom Tode.

³¹ A. Laufs, HbA, § 4 Rdn. 6 f.

³² K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 912 ff., insb. S. 921.

³³ Kant, Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 228 ff.; dazu V. Gerhardt, Immanuel Kants Entwurf "Zum ewigen Frieden". Eine Theorie der Politik, 1995, S. 146 ff.

³⁴ D. Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 142; D. Lorenz, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 128, Rdn. 15; dezidiert anderer Ansicht: W. Höfling, JZ 1995, 26 (32 f.); ders., in: Sachs, GG, Art. 1, Rdn. 55; St. Rixen, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 462 ff. mit Hinweisen; W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin. Hirntodkriterium und Transplantationsgesetz in der Diskussion, 1996, S. 48 ff.; A. Laufs, Arztrecht, 4. Aufl. 1988, S. 88 ff.

³⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 568; ders., Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht, in: W. Thieme

b) Eingriff durch das Transplantationsgesetz

Mit dem Hirntod wird der Mensch jedoch nicht rechtlos³⁶. Das Recht der Organentnahme bestimmt sich vielmehr nach dem Würdeprinzip des Art. 1 Abs. 1 GG³⁷. Die Organentnahme muß darum mit der Autonomie des Willens als der Freiheit des Menschen, die seine Würde ausmacht³⁸, übereinstimmen. Sie bedarf darum kategorisch der Einwilligung des verstorbenen Menschen³⁹. Der Gesetzgeber hat die Würde des Menschen zu wahren, auch und vor allem im Todesprozeß. Dieser Todesprozeß ist ein existentieller Teil des menschlichen Daseins. Der Staat hat den Todesprozeß des Menschen besonders vor Rechtsverletzungen zu schützen, weil der Staat das Gemeinwesen von Menschen ist, die gemeinsam in Würde zu existieren (zu leben, zu sterben und tot zu sein) das Recht haben. Der Schutz der Menschenwürde kommt ohne Einschränkung jedem Menschen zu, auch solchen, die sich der

(Hrsg.), *Umweltschutz im Recht*, 1988, S. 105 ff.

³⁶ *W. Heun*, Stellungnahme zum Transplantationsgesetz, DtBT, Ausschuß für Gesundheit, AusschußDrs. 585/13, S. 21, 29; im Ergebnis auch die Autoren, die den Hirntoten als lebenden Menschen verstehen. *St. Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 464 ff.; auch *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 130.

³⁷ Vgl. *St. Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 464 ff.

³⁸ *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 67 ff., 81 ff.; *ders.*, *Kritik der praktischen Vernunft*, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 125 ff., 138 ff., 141 ff., 144 ff., 191 ff., 218; dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 16 ff., 79 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 19 ff.

³⁹ I.d.S. *St. Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 464 ff. und *W. Höfling*, *Verfassungsrechtliche Grundfragen des Transplantationswesens*, in: *Höglinger/Kleinert*, *Hirntod und Organtransplantation* 1998, S. 87, die beide davon ausgehen, daß der Hirntode lebt; im Grundsatz auch *W. Höfling/St. Rixen*, *Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin*, S. 82 ff., trotz Modifizierung der engen Zustimmungslösung durch eine Botenlösung, S. 100 ff.; *H. Ch. Kühn*, *Die Motivationslösung*, S. 133 ff., 138 f.; zur Problematik der "Einwilligung der Moribunden" *E. Wagner/L. Brocker*, *Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht*, ZRP 1996, 228 ff.; *K. A. Schachtschneider /D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 ff.; ausführlich *dies.*, *Verfassungsbeschwerde*, S. 162 ff.

Menschenwürde nicht mehr bewußt sein können⁴⁰. „Die Würde des Menschen“ ist unabhängig von der Existenzphase des Menschen⁴¹.

Wenn die Rechtsfähigkeit des Menschen endet, findet nicht schon dessen Rechtsschutz ein Ende; denn auch nach dem Tod ist er ein Mensch mit einer schützenswerten Existenz, mit Würde⁴². Das Bundesverfassungsgericht hat im Mephisto-Urteil erkannt:

„Es würde mit dem verfassungsverbürgten Verbot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personenseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode“.⁴³

Es darf folglich auch keine Transplantation geben, welche der Menschenwürde widerspricht. Darum kann jeder Mensch die Achtung und den Schutz seiner Würde durch die deutsche Staatsgewalt nach dem Tod beanspruchen. Die Menschenwürde ist allgemeines Menschenrecht. Das Grundgesetz anerkennt dies; denn nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ist es Verpflichtung aller staatlichen Gewalt Deutschlands, die Menschenwürde zu achten und zu schützen⁴⁴. Das Transplantationsgesetz darf die Würde der hirntoten Menschen nicht mißachten, es wäre sonst verfassungswidrig.

Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt also auch das Recht auf einen menschenwürdigen Todesprozeß. Dieser muß, wie das Leben, größtmöglich selbstbestimmt (autonom) sein, wenn die Würde des Menschen geachtet werden soll. Nur

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (41).

⁴¹ Hinweise in Fn. 20.

⁴² Vgl. *Ph. Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 1, Rdn. 15; Hinweise auch in Fn. 20.

⁴³ BVerfGE 30, 173 (194).

⁴⁴ BVerfGE 27, 1 (6); 48, 127 (163); 49, 286 (298); 50, 166 (175), st. Rspr.; *W. Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 72 ff.; *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, Bd. I, 1987, § 20, Rdn. 5 ff; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 99 ff; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff.

der jeweilige Mensch hat um seiner Persönlichkeit willen das Recht, zu bestimmen, ob sein Todesprozeß für die Organentnahme mittels der Apparatemedizin verlängert werden soll und ob ihm insbesondere im Todesprozeß Organe entnommen werden sollen. Darum ist eine Explantation ohne Einwilligung des verstorbenen Menschen weder ethisch noch rechtlich legal; denn sie mißachtet die Willensautonomie, die Freiheit. Die im Transplantationsgesetz vorgesehene „weite Zustimmungslösung“, die von der höchstpersönlichen Einwilligung des Organspenders absieht, rechtfertigen die Organentnahme keinesfalls⁴⁵. Nur die Einwilligung des „Organspenders“ vermag die Organentnahme zu legalisieren.

Das Transplantationsgesetz greift jedoch in dieses Menschen- und Grundrecht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde ein, weil es die Organexplantation ohne Einwilligung des „Organspenders“ ermöglicht. Die Todesfeststellung allein rechtfertigt die Organexplantation nicht, wenn letztere die Menschenwürde achten soll. Das verkennt § 6 TPG, der verfassungskonform dahin zu restringieren ist, daß er eine Organentnahme die Einwilligung des „Organspenders“ voraussetzt. Die Todesfeststellung ist eine notwendige, nicht aber schon eine hinreichende Bedingung der mortalen Organexplantation. Organe dürfen dem Menschen nicht schon deshalb entnommen werden, weil er tot ist. Die persönliche Einwilligung des Menschen, dessen Organe genutzt werden sollen, ist um der Würde des Menschen willen unabdingbar, um die Organentnahme zu rechtfertigen. Es gibt keinen Grund, den Schutz der körperlichen Integrität des toten Menschen anders zu behandeln als den des lebenden Menschen⁴⁶, für den das Einwilligungsprinzip ein Fundamentalprinzip des Rechts ist, das auch durch das Transplantationsgesetz in § 8 Abs. 1 Nr. 1 b respektiert wird.

⁴⁵ So im Ergebnis *R. Beckmann*, ZRP 1996, 225; *E. Steffen*, Wieviele Tode stirbt der Mensch?, NJW 1997, 1620; so *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 ff.

⁴⁶ *H. J. Vogel*, Zustimmung oder Widerspruch, Bemerkung zu einer Kernfrage der Organtransplantation, NJW 1980, 627 ff; *H. Maurer*, Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, 9; *H. Ch. Kühn*, Motivationslösung, S. 83 ff (bei lebenden Menschen), S. 140 ff. (Motivationslösung); *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 ff.

Art. 1 Abs. 1 GG, der die Würde des Menschen für unantastbar erklärt, und der unten noch näher zu erläuternde Art. 2 Abs. 1 GG, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Menschen als Grundrecht schützt, sind Ausdruck des freiheitlichen Menschenbildes des Grundgesetzes⁴⁷. In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert⁴⁸. Wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes leitet das Bekenntnis zur Würde des Menschen auch den Grundrechtsschutz der allgemeinen Freiheit, insbesondere den in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Persönlichkeitsschutz⁴⁹. Der Staat darf durch keine Maßnahme, auch nicht durch ein Gesetz wie das Transplantationsgesetz, die Würde des Menschen verletzen oder den durch das Würdeprinzip materialisierten Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG antasten (Art. 19 Abs. 2 GG). Das Grundgesetz schützt darum, wie gesagt, "einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung" jedes Menschen, "der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen" ist⁵⁰.

II. Eingriff in das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Eine andere Auffassung ist, daß Hirntote sterbende und damit lebende Menschen sind⁵¹. Die Organe sind noch funktionsfähig und können auch nach der Implantation in einem anderen Menschen am Leben teilhaben, nämlich am Leben dieses anderen Menschen. Das Recht der Transplantation hätte sich dann nach dem Grundrecht des Rechts auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu richten⁵². Es wäre zu bedenken, ob der durch dieses Grundrecht

⁴⁷ W. Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 72 ff.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 99 ff; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff.; i.d.S. auch A. Laufs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1613.

⁴⁸ BVerfGE 6, 32 (41).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350 f.); 34, 205 (209); 33, 367 (376); 54, 148 (153); P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft, HStR, Bd. I, § 20, Rdn. 6.

⁵⁰ Hinweise in Fn. 22.

⁵¹ Vor allem von Wolfram Höfling und Stephan Rixen Hinweise in Fn. 26.

⁵² Vgl. St. Rixen, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 461 ff.; W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 65 ff.; E. Wagner/L. Brocker, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, 228 ff; vgl. auch H. Ch. Kühn, Motivationslösung, S. 99.

gesicherte Schutz des Rechts auf Leben und damit des Lebens die Organentnahme verbietet. Die Sachlage ändert sich durch diese rechtliche Zuordnung nicht. Das Grundrecht des Rechts auf Leben vermag keinen stärkeren Rechtsschutz zu begründen als der Grundrechtsschutz der Würde des Menschen. Eine Organentnahme könnte ebenfalls nur durch die Einwilligung des „Organspenders“ gerechtfertigt sein⁵³.

Die rechtliche Bewertung der Transplantation ohne Einwilligung des Verstorbenen oder (irreversibel) Sterbenden darf nicht durch die unterschiedliche Sprache über den hirntoten Menschen, der entweder als tot oder als lebend bezeichnet wird, determiniert oder gar verzerrt werden⁵⁴. Die Lage des hirntoten Menschen ist jeweils dieselbe. Sein Gehirn ist tot. Seine Organe funktionieren ausschließlich mit Hilfe intensivmedizinischer Maßnahmen, können aber in einem anderen Menschen erneut am Leben teilhaben, das heißt, von einem menschlichen Gehirn, freilich dem eines anderen Menschen, aktiviert werden - eine erfolgreiche Transplantation vorausgesetzt. Die praktische und rechtliche Konsequenz ist für beide Sprechweisen dieselbe. Nur die Einwilligung des „Organspenders“ vermag die Organentnahme zu rechtfertigen.

Der Abschied aus dem Leben, der Tod, ist das Persönlichste des Menschen. Über den Todesprozeß kann und darf nur der einzelne Mensch allein bestimmen⁵⁵. Das Sterben und der Todesprozeß des Menschen sind besonders schutzbedürftig, weil der Mensch in dieser Phase seiner Existenz besonders gefährdet ist. Die Organentnahme ist nicht nur ein gravierender Eingriff in die Privatheit der körperlichen Unversehrtheit, sondern greift auch in den Todesprozeß ein. Der ärztliche Eingriff der Organentnahme ist ebenso wie

⁵³ W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 83 ff., die aber eine modifizierte Zustimmungslösung vorgeschlagen haben, S. 100 ff.; K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 ff.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 56.

⁵⁴ Ein Beispiel sprachbestimmter Wertung bietet H. Grewel, Zwischen Lebensrettung und Euthanasie - das tödliche Dilemma der Transplantationsmedizin, ZRP 1995, 217 ff.

⁵⁵ I.d.S. H. J. Vogel, Zustimmung oder Widerspruch, Bemerkung zu einer Kernfrage der Organtransplantation, NJW 1980, 627; W. Kluth, Die Hirntodkonzeption – 13 Thesen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, DtBT, Ausschuß für Gesundheit, AusschußDrs. 589/13 S. 21 f.

grundsätzlich jeder invasive Eingriff am „lebenden“ Patienten nur nach der Einwilligung des Betroffenen (ethisch und rechtlich) legal⁵⁶ und darf anders nicht zu legalisieren versucht werden.

„Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Personalität des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird – auch gegenüber der normativen Regelung ärztlicher Eingriffe zu Heilzwecken – in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG besonders hervorgehoben und verbürgt. Denn auch der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff tastet die leibliche und gegebenenfalls auch seelische Integrität des Menschen an. ... Ein Gesetz, daß ärztliche Heileingriffe generell ohne Einwilligung des Betroffenen gestattete, würde diese Grenzen verkennen und den Menschen allenfalls zum bloßen Gegenstand von Gesundheitspolitik und ihrer Vollzüge machen“⁵⁷.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff in die Grundrechte des Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG durch das Transplantationsgesetz ist verfassungsmäßig, wenn das Gesetz formell und materiell vor dem Grundgesetz gerechtfertigt werden kann.

1. Formelle Rechtfertigung

Von der ordnungsgemäßen Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens und der Beachtung der Formvorschriften ist, mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt, auszugehen.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG. Neben der künstlichen Befruchtung beim Menschen, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen werden

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 52, 131 (168 f.); eindrucksvoll das Minderheitenvotum der Richter Hirsch, Niebler, Steinberger, daselbst S. 171 (175); A. Laufs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1613 ff.; D. Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 206 (auch für die Organentnahme bei toten Menschen); D. Lorenz, HStR Bd. VI, § 128, Rdn. 16; H. Tröndle, Der Organspender muß einwilligen, FAZ, 17.5.97, S. 12; H. Ch. Kühn, Motivationslösung, S. 83 ff.

⁵⁷ BVerfGE 52, 131 (175), Minderheitenvotum der Richter Hirsch, Niebler und Steinberger.

explizit die Regelungen zur Transplantation von Organen und Geweben genannt.

Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Dafür nennt Art. 72 Abs. 2 GG die Voraussetzungen. Hier ist zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit eine bundesgesetzliche Regelung auch im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich, weil die Transplantation, die nicht nur bundesweit, sondern europaweit auf Kooperation angewiesen ist, nur durch eine bundeseinheitliche Regelung erreicht werden kann. Somit steht der Gesetzeskompetenz des Bundes zum Erlaß des Transplantationsgesetzes nichts im Wege.

2. Materielle Rechtfertigung

Der legitime Zweck des Transplantationsgesetzes ist, die Übertragung der Organe auf andere Menschen, einschließlich der Vorbereitung der dafür notwendigen Maßnahmen zu regeln.

a) Einwilligung als Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG)

Die Interessen des einzelnen Menschen sind subjektiv. Der Mensch bestimmt sie also selbst. In dieser Selbstbestimmung sieht der monarchisch geprägte konstitutionelle Liberalismus, der die Freiheitslehre unter dem Grundgesetz dominiert, die Freiheit selbst⁵⁸. Danach ist die Freiheit des Menschen das Recht, zu tun und zu lassen, was ihm zu bezwecken beliebt. Dies ist die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Freiheit ist sittliche Selbstbestimmung des Menschen, also Autonomie des Willens. Kein Mensch muß von einem Dritten bestimmen lassen, wie er lebt und wie er stirbt, aber auch nicht, was mit ihm nach dem Tode geschehen soll, wie er also existiert. Das gilt auch und vor allem im Todesprozeß. Weil dieses Recht alle Menschen haben, dürfen sie ihre Persönlichkeit nur in den Grenzen der Rechte anderer entfalten. Das gebietet das Sittengesetz, welches das allgemeine Freiheitsprinzip und damit auch das des Grundgesetzes aus der Logik der Gleichheit in der Freiheit definiert⁵⁹. Die Rechte der Men-

⁵⁸ Dazu BVerfGE 6, 32 (36 ff.), st. Rspr.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 300 f.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 129 ff.

⁵⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 4 f., 410 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 42 ff., 49 ff., 51 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 19 ffl; vgl. auch P.

schen sind allgemein. Niemand darf andere um seiner Zwecke willen nötigen oder gebrauchen. Äußere Freiheit ist die „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ (Kant)⁶⁰. Nur wenn alle die Sittlichkeit, die innere Freiheit, wahren, können alle miteinander in Freiheit und damit Frieden leben. Die allgemeinen Gesetze als die Gesetze aller verwirklichen die allgemeine Freiheit, wenn sie das Sittengesetz wahren⁶¹. Dadurch sind sie Recht, dessen Verwirklichung niemanden verletzt⁶². Wie die allgemeinen Gesetze der Einwilligung aller bedürfen, welche vom Volk unmittelbar oder in stellvertretender Sittlichkeit durch die Vertreter des ganzen Volkes erkannt und beschlossen werden sollen⁶³, so bedarf jede Handlung, welche die Integrität eines anderen berührt, dessen Einwilligung⁶⁴.

Der Staat darf das Mittel der Rechtsetzung durch das allgemeine Gesetz nur nutzen, wenn Handlungen der Menschen auf andere einwirken können und diese Einwirkung eine gewisse Erheblichkeit hat⁶⁵. Soweit der Mensch jedoch nicht durch Handlungen auf andere einwirkt, sondern lediglich existiert, verbietet sich ein allgemeines Gesetz, welches die Integrität des Menschen relativiert. Die Integrität des Menschen darf allenfalls eingeschränkt werden, wenn er persönlich einwilligt, solange das Rechtsprinzip gewahrt sein soll. Der Mensch darf nicht Objekt anderer Menschen werden. Das ist ein Grundprinzip der Ethik und damit des Rechts. Der Mensch wird aber, wenn sein Körper oder Teile seines Körpers genutzt werden, zum

Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR V, 1992, S. 882 ff.;

⁶⁰ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Bd. 7, S. 345; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 42 ff., 49 ff., 200 ff.

⁶¹ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 519 ff., 560 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 51 ff.

⁶² *K. A. Schachtschneider*, ebenda.

⁶³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 637 ff., 707 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 116 ff., 129 ff., 164 ff., 202 ff. u.ö.

⁶⁴ BVerfGE 52, 131 (168 f, 175 f.); *D. Lorenz*, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 16, für die "Integrität des Körpers"; zur Problematik der "Einwilligung des Moribunden": *E. Wagner/L. Brocker*, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, 228 ff.; *A. Laufs*, Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1613 ff.; *H. Ch. Kühn*, Motivationslösung, S. 83 ff.; *K. A. Schachtschneider/ D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 132.

⁶⁵ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 337 ff.

Objekt, ja zur Ware, selbst wenn dadurch anderen Menschen geholfen wird. Die Hilfe ist ethisch wertvoll, darf aber nicht erzwungen werden. Die Subjekthaftigkeit des Menschen darf nicht in Frage gestellt werden⁶⁶. Das gebietet die „sittliche Persönlichkeit“ und der „soziale Achtungsanspruch des Menschen“⁶⁷.

b) Enge Zustimmungslösung

Die ärztliche Rechtsordnung kennt kein Behandlungsrecht gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten, sondern wahrt dessen Selbstbestimmungsrecht. Ärztliches Handeln ist nicht allein durch seine Ziele, sondern vor allem durch die Einwilligung des Patienten legitimiert und legalisiert⁶⁸. Der ärztliche Behandlungsauftrag endet grundsätzlich mit dem (Hirn)Tod. Weitere therapeutische Maßnahmen setzen nicht nur die Zustimmung des (toten) Patienten voraus, sondern würden auch eine Indikation verlangen. Dem Behandlungsverhältnis fehlt die Rechtsgrundlage; denn eine Heilbehandlung ist zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich. Es kommt nur die Vorbereitung des Hirntoten auf eine mögliche Transplantation in Betracht, die aber ist vom Behandlungsverhältnis nicht umfaßt. Die von § 4 TPG ermöglichte Fremdbestimmung zur Transplantation darf erst nach der Todesfeststellung eingeholt werden. Der Hirntote hat auch und gerade in dieser Phase seiner Existenz das Menschenrecht auf Schutz seiner körperlichen Integrität, wenn man davon ausgeht, daß Hirntote leben, den des Lebens. Er darf nicht schutzlos weiterer Behandlung ausgesetzt sein, welche ohne seine legalisierende Einwilligung in seinen Todesprozeß eingreift. Der mortale Persönlichkeitsschutz verbietet grundsätzlich Eingriffe, die „das organische Sterben hinhalten oder verlängern“⁶⁹. Nur eine vor dem Tod getroffene persönliche Einwilligung zur Organexplantation schafft dieser und den dafür erforderlichen Eingriffen ein Recht. Sonst stehen die Menschenrechte des Toten den medizinischen Maßnahmen entgegen⁷⁰.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 30, 1 (25 f.)

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 9, 167 (171); 45, 187 (228).

⁶⁸ A. Laufs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1613; H. Ch. Kühn, Motivationslösung, S. 83 ff.

⁶⁹ A. Laufs, HbA, § 58, Rdn. 4; W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 87.

⁷⁰ K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Trans-

c) Kriterium der „Spende“

Nur eine Einwilligung in die Organspende in höchstpersönlicher Selbstbestimmung vermag die ethische und rechtliche Legalität der Organentnahme zu begründen. Eine erweiterte Zustimmungslösung, welche in der Zustimmung Dritter die Legalität der Organentnahme sucht, ist rechtswidrig. Die legalisierende Legitimität einer solchen Lösung wird nicht dadurch erhöht, daß eine formal näher definierte, aber doch material immer nur fingierte Nähe der Dritten zu dem hirntoten Menschen besteht. Eine Organspende setzt mehr noch als jede andere Spende voraus, daß der Spender persönlich seine Bereitschaft zur Spende äußert. Dabei muß die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Organentnahme sorgfältig gesichert werden⁷¹. Nur die Einwilligung rechtfertigt überhaupt das Wort Spende, welches § 4 TPG zu Unrecht benutzt⁷².

Nur wer umfassend informiert ist, wie es § 2 TPG als "Aufklärung der Bevölkerung" vorschreibt, kann, falls er sich für die Einwilligung in eine Organentnahme nach seinem Tode entscheidet, als Organspender bezeichnet werden. Eine solche bestmöglich qualifizierte Entscheidung vermag die Organentnahme und schließlich die Organübertragung zu rechtfertigen⁷³. Nur eine derart qualifizierte „enge Zustimmungslösung“ wird der programmatischen Überschrift des Transplantationsgesetzes, nämlich „Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen“, und dem als „Anwendungsbereich“ bezeichneten Zweck des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 gerecht.

d) „Nächster Angehöriger“ und „mutmaßlicher Wille“

Die suggestive Formulierung „nächster Angehöriger“, die der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 TPG definiert, verschafft der Zustimmung ebenso wenig

plantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 134.

⁷¹ Dazu W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 83 ff.

⁷² K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 135.

⁷³ H. Ch. Kühn, Motivationslösung, S. 140 ff.; K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 135.

Legitimation⁷⁴, etwa dadurch, daß der sogenannte nächste Angehörige nach Satz 2 dieses Absatzes nur dann zur Entscheidung über die Organentnahme befugt sein soll, „wenn er in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des möglichen Organspenders zu diesem persönlichen Kontakt hatte“. Was ist schon ein persönlicher Kontakt? Ein Telefonat, ein Fax, eine Email? Entscheidend wäre doch, was gesprochen und geschrieben wurde. Die formalen Kriterien des „nächsten Angehörigen“, wie Ehegatte, volljährige Kinder, volljährige Geschwister, rechtfertigen nichts. Nähe dieser Dritten zu dem toten Menschen ist dadurch nicht offenkundig. Die Legalisierung der Organentnahme durch die Zustimmung der in § 4 TPG genannten Dritten betreibt nichts anders als die Förderung der Organbeschaffung. Den wesentlichen Einfluß auf die Legalisierung werden die zuständigen Ärzte haben, welche die erklärungsbefugten Dritten zu unterrichten und von diesen die Zustimmungserklärung abzufragen haben.

Auch ein "mutmaßlicher Wille", falls dieser einmal, obwohl nicht hinreichend erklärt, erkennbar sein sollte, so daß er überhaupt beachtet werden kann, vermag der Drittzustimmung keine Legitimation und folgend Legalität zu verschaffen⁷⁵. Es gibt nämlich keinen mutmaßlichen Willen im Rechtsinne. Ein solcher Begriff ist ein Widerspruch in sich, obwohl er schon dem Bürgerlichen Gesetzbuch bekannt ist (§§ 677, 678, 683 BGB). Der Wille eines Menschen ist erst äußerlich, wenn er geäußert ist. Im Menschen bereitet sich gegebenenfalls eine Willensäußerung vor, aber diese Vorbereitung ist noch kein Wille. Der Wille und dessen Erklärung sind eine untrennbare Einheit. Die (vor allem zivilistischen) Bemühungen um den Begriff der Willenserklärung führen das vor Augen. Ein Wille kann nicht mutmaßlich sein. Niemand kann in einen anderen Menschen derart hineinschauen, daß er weiß, welchen Willen dieser äußern würde, wenn er sich äußern sollte. Tragfähig ist nur der wirkliche Wille, also die Einwilligung, die sich keinesfalls von (sogenannten) objektiven Interessen abhängig machen muß. Der Begriff des "mutmaßlichen Willens" ist kein möglicher Rechtsbegriff. Satz 3

⁷⁴ So auch A. Laufs, HbA, § 131, Rdn. 14.

⁷⁵ K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 135; a. A. W. Höfling/St. Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 100 ff., mit der "Botenlösung".

des § 4 Abs. 1 TPG macht die Vorschrift allein schon rechtswidrig. Die Formulierung verfolgt geradezu propagandistisch Legitimationsinteressen, trägt aber kein Rechtfertigungspotential in sich.

Der Sache nach löst die Regelung des § 4 Abs. 1 TPG die Organentnahme entgegen den Grundprinzipien einer menschheitlichen Verfassung von dem Einwilligungsprinzip. In § 4 wird das Transplantationsgesetz zu einem Organbeschaffungsgesetz⁷⁶, welches auf den Willen der Menschen gerade keine Rücksicht nimmt. Art. 2 Abs.1 und Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG sind durch diese Politik eklatant verletzt. Eine Einwilligung, die höchstpersönlich getroffen werden muß, ist eben nicht surrogierbar. Wie sollten auch Dritte, seien es Angehörige oder Nahestehende, den mutmaßlichen Willen dessen, der sich selbst nicht geäußert hat und nicht mehr äußern kann, feststellen? Diese Mutmaßung ist nichts als Fiktion. Fremder Wille bestimmt dann das Schicksal des toten Menschen, der gerade keine Erklärung über die Organentnahme getroffen hat, der das Recht hat, seine letzte Ruhe so zu finden, wie er ist, unversehrt und nicht zu fremden Zwecken gebraucht, also zum Objekt degradiert, entwürdigt.

Der Mensch kann beanspruchen, daß seine Willensautonomie in jeder Phase seiner Existenz respektiert wird. Er ist (grundsätzlich) unverfügbar für Dritte und auch für den Staat. Die Zustimmung Dritter, die die Einschränkung der Integrität rechtfertigen soll, ist für Tote nicht weniger untragbar wie für Lebende. Die Organtransplantation ist fremdnützig und beeinträchtigt den Menschen in seinen elementarsten Rechten, insbesondere in dem der körperlichen Unversehrtheit. Das macht, wie herausgestellt, die höchstpersönliche Einwilligung notwendig, die von keinem Dritten ersetzt werden kann, auch nicht, falls ein Wille des gestorbenen Menschen gemutmaßt wird. Dieses Kriterium ist vielmehr widersprüchlich und schon dadurch rechtlos. Weil das Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht mit dem Tod endet⁷⁷, sondern mortal und postmortal besteht, kann jeder Mensch nur persönlich in die Organentnahme einwilligen. Das Recht läßt kein anderes Modell als das

⁷⁶ Deutlich auch *H. Seehofer*, DtBT, Plenarprotokoll 13/99, S. 8832: "... deshalb bin ich überzeugt, ..., daß wir ohne Einbeziehung der Angehörigen nicht auskommen".

⁷⁷ BVerfGE 30, 173 (194); *E. Steffen*, Wieviele Tode stirbt der Mensch?, NJW 1997, 1620; *Ph. Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG-Komm., Art. 1, Rdn. 15.

der engen Zustimmungslösung zu. Staatlich geförderte Organbeschaffung ohne Einwilligung der betroffenen Menschen ist im Rechtsstaat nicht möglich, selbst nicht, wenn dadurch der Hilfe für die Kranken Grenzen gezogen sind⁷⁸.

3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Fraglich ist im übrigen, ob dieses Gesetz zur Erreichung der mit ihm beabsichtigten Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen, verhältnismäßig i.e.S.⁷⁹, ist.

An der Geeignetheit des Gesetzes für die Organbeschaffung ist schwerlich zu zweifeln, weil das Gesetz mit verschiedenen Regeln die Übertragung von Organen von lebenden und toten Spendern auf die Organempfänger ermöglicht. Der Gesetzgeber orientiert seinen Todesbegriff an den wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin, formuliert von der Bundesärztekammer, und entspricht damit dem vom Gesetzgeber zu beachtenden Stand von Wissenschaft und Technik.

Fraglich erscheint allerdings, ob das Gesetz im Umfang der Regelung des § 4 TPG auch erforderlich ist. Der Zweck der Übertragung von Organen kann auch mit dem milderen Mittel, nämlich dem der engen Zustimmungslösung, erreicht werden, wenn auch zugestanden werden muß, daß die enge Zustimmungslösung Bereitstellung weder der gewünschten noch der erforderlichen Menge von Organen gewährleisten kann, noch im Vergleich mit den europäischen Nachbarländern angezeigt erscheinen mag.

Dieses Defizit der engen Zustimmungslösung führt jedoch bei der gebotenen Abwägung zwischen dem vom Gesetz verfolgten Gemeinwohlbelang der Krankenversorgung und dem Recht des einzelnen (hirntoten) Menschen, in dessen Rechte durch die Organentnahme eingegriffen wird (Verhältnismäßigkeit i.e.S.), nicht zu einer anderen Rechtslage.

a) Menschenwürde des Kranken

Es wäre verfehlt, die Menschenwürde des Hirntoten mit der Menschenwürde

⁷⁸ Zur Abwägung der Rechte der Kranken 2 a,b.

⁷⁹ Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip, K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 388 ff.

des Kranken abwägen zu wollen. Die Behandlung des Menschen durch das Transplantationsgesetz berührt die Menschenwürde durch die Mißachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personenseins zukommt. Alle Staatsgewalt hat den Menschen in seinem Eigenwert zu achten und darf ihn nicht, auch nicht nach dem Leben, wie ein bloßes Objekt behandeln⁸⁰, nicht einmal, wenn das nicht aus Mißachtung des Personenwerts, sondern in der „guten Absicht“ geschieht⁸¹, anderes Menschenleben zu retten. Der Hirntote darf nicht zum bloßen Objekt der Überlebensinteressen anderer werden. Der Kern der Privatheit des Menschen ist seine Subjekthaftigkeit, eben die persönliche Autonomie seines Willens.

Zur Rechtfertigung des Eingriffs in die privateste Privatheit des Todesprozesses durch die Zustimmung der in § 4 Abs. 2 TPG gereihten Dritten können zwei Argumente eingebracht werden: Die Angehörigen und Nahestehenden haben zum ersten ein Totensorgerecht⁸². Daraus könnte ein subsidiäres Recht, einer Transplantation zuzustimmen, erwachsen. Zum zweiten könnte aus dem Prinzip der Nächstenliebe eine Verpflichtung herzuleiten versucht werden, dem Kranken zu helfen und die existentielle Fremdbestimmung zu legalisieren⁸³. Beide Argumente finden aber keine verfassungsrechtliche Grundlage, zumal sie die Unantastbarkeit der Menschenwürde relativieren würden. Das Einwirken in den Bereich privatester Privatheit des Menschen im Todesprozeß läßt sich durch die Zustimmung Dritter nicht legalisieren, weil der Kern der Persönlichkeit ausschließlich der Willensautonomie des einzelnen Menschen vorbehalten sein muß. Vielmehr wird der fremdbestimmte „Organspender“ durch die Organentnahme ver-

⁸⁰ BVerfGE 5, 85 (204); 7, 198 (205); 50, 166 (175); grundlegend *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 59 ff., *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, Bd. I, § 20, Rdn. 8.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 30, 33 (39 f.).

⁸² *E. Steffen*, Wieviele Tode stirbt der Mensch?, NJW 1997, 1620; *H. L. Schreiber*, Wann ist der Mensch tot; FAZ Nr. 46/1997, S. 8; vgl. auch *H. Ch. Kühn*, Motivationslösung, S. 81 f.

⁸³ I.d.S. Evang. Kirche in Deutschland, DtBT, AusschußDrs. 594/13, S. 16 (Organspende als "Zeichen der Nächstenliebe und Solidarität mit Kranken"); auch die Erklärung der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der Evangelischen Kirchen in Deutschland, 1990, "Organtransplantation", deren Vereinbarkeit mit dem christlichen Glauben nicht recht einsichtig ist; vgl. dazu *H. Ch. Kühn*, Motivationslösung, S. 104.

letzt. Sein Wille wird vergewaltigt, weil ihm ein „mutmaßlicher Wille“ unterstellt wird, ein Wille, der, falls er überhaupt bestehen sollte, nicht bekannt ist. Wenn, wie das Bundesverfassungsgericht judiziert⁸⁴, ein „Innenraum“ verbleiben muß, in dem der Mensch „sich selbst besitzt“ und „zu dem die Umwelt keinen Zutritt genießt, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt“, muß erst recht der Todesprozeß eines Menschen von jeder Ingerenz um irgendwelcher Zwecke willen verschont bleiben. Der Mensch darf nicht gezwungen werden, Objekt der Zwecke anderer zu werden, sei der Zweck auch das Leben oder die Gesundheit anderer. Insoweit zieht das Recht eine unüberschreitbare Grenze⁸⁵.

b) Schutzpflicht des Staates den Kranken gegenüber

Zur Persönlichkeit des Menschen gehören wesentlich sein Leben und sein Körper. Darum sind (in Art. 2 GG neben der freien Entfaltung der Persönlichkeit durch Absatz 1) das Leben und die körperliche Unversehrtheit durch ein eigenständiges Grundrecht in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt⁸⁶. Das entspricht Art. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Auch Art. 2 Abs. 1 EMRK schützt das Recht des Lebens. Das Recht des Privatlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK umfaßt den Schutz der körperlichen Unversehrtheit⁸⁷. Die körperliche Unversehrtheit gehört zum Kern der Menschheit des Menschen, den der Staat zu schützen hat. Der Staat darf in den Körper des Menschen nicht eingreifen, es sei denn, daß von dem Menschen oder dessen Körper Gefahren ausgehen⁸⁸.

Die Schutzpflicht, die aus den Grundrechten, insbesondere aus Art. 2 Abs. 2

⁸⁴ BVerfGE 27, 1 (6 f.); *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rdn. 37.

⁸⁵ *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 131 ff.

⁸⁶ Zur Einheit des durch Art. 2 gewährleisteten Persönlichkeitsschutzes: *D. Lorenz*, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 16; *E. Grabitz*, Freiheit der Person, HStR, Bd. VI, § 130, Rdn. 1; *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 148.

⁸⁷ *L. Wildhaber/St. Breitenmoser*, EMRK - Internationaler Kommentar, Art. 8, Rdn. 119; zur Einheit des durch Art. 2 GG gewährleisteten Persönlichkeitsschutzes: *D. Lorenz*, HStR, Bd. VI, § 128, Rdn. 16; *E. Grabitz*, Freiheit der Person, HStR, Bd. VI, § 130, Rdn. 1; *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 148.

⁸⁸ I.d.S. *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 247 ff.; *K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold*, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes in Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 133.

S. 1 GG, dem Grundrecht des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, erwächst⁸⁹, aber auch aus den Menschenrechten, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 EMRK, den Menschenrechten auf Leben und Privatheit und damit auf körperliche Unversehrtheit, folgt, wäre verkannt, wenn aus ihr die Befugnis des Staates abgeleitet würde, eine Pflicht des Menschen einzufordern, sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit aufzuopfern, um anderen zu helfen⁹⁰.

Wenn jemand seine Organe spendet, um anderen zu helfen, mag das als gut (tugendlich) bewertet werden, aber niemand darf dazu gezwungen werden, weder unmittelbar noch mittelbar, weder rechtlich noch faktisch. Die Schutzpflicht des Staates, die dem Staatszweck, Sicherheit zu schaffen, entspricht, dient vor allem der Abwehr äußerer Gefahren für die Menschen⁹¹. Die Schutzpflicht ist keine Rechtsgrundlage einer allgemeinen Verpflichtung, Kranken zu helfen, wenn auch der Staat wegen dieser Schutzpflicht für ein bestmögliches Gesundheitssystem Sorge zu tragen hat. Keinesfalls besteht eine Verpflichtung, anderen Menschen zu helfen, wenn die Hilfe für den, der hilft, Lebens- oder Gesundheitsgefahren mit sich bringt⁹². Auch nach dem Tode muß die körperliche Integrität nicht um der Hilfe für andere willen aufgeopfert werden. Die Krankheit eines Menschen ist keine Gefahr für die allgemeine Sicherheit, sondern lediglich eine Gefahr für den kranken Menschen selbst.

Die fraglose sozialpolitische Fürsorgepflicht des Staates, die aus dem men-

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (142); 77, 170 (214); 88, 203 (251), wo auch Art. 1 Abs. 1 GG als stärkende Rechtsgrundlage genannt ist; *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 190; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, Rdn. 86 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.

⁹⁰ I.d.S. *H. U. Gallwas*, Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Aspekten der Transplantationsproblematik, S. 6.

⁹¹ *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rdn. 188; *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 247 ff; vgl. auch *W. Höfling/St. Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 87; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 83 ff.; i.d.S. BVerfGE 39, 1 (42); 88, 203 (251).

⁹² *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 224 ff.

schenrechtlichen Sozialprinzip erwächst⁹³, begründet keine Pflicht der Menschen, ihr Leben oder ihre körperliche Integrität für andere aufzuopfern. Dem widerspricht nicht nur die durch das Menschenwürdeprinzip fundierte Einwilligungspflicht in Einschränkungen der körperlichen Integrität, sondern die fundamentale Eigenständigkeit des Menschen, der als Einzelner (als Individuum) existiert und existieren darf, wie Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Grundrechtsschutz des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erweist⁹⁴.

Das Gemeinwesen ist, unbeschadet der Pflicht zur Solidarität der miteinander lebenden Menschen⁹⁵, ein Gemeinwesen besonderer Menschen, die alle das Recht haben, sie selbst zu sein und unabhängig von anderen zu existieren. Gerade daraus entsteht das Prinzip der allgemeinen Gesetzlichkeit als Wirklichkeit der allgemeinen Freiheit, welche des sittlichen, notfalls repräsentativen, Konsenses bedarf⁹⁶. Das republikanische Rechtsprinzip basiert auf der fundamentalen Integrität jedes einzelnen Menschen. Das gilt im Leben wie im Tode. Der Schutz der Integrität des Menschen ist die Rechtfertigung des Staates⁹⁷. Es gibt somit keinen Weg des Rechts, der die persönliche Einwilligung zur Rechtfertigung von Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit, sei es im Leben, sei es im Tode, zu ersetzen vermag, auch nicht das Prinzip der Hilfe; denn die Hilfeleistung ist eine Tugendpflicht,

⁹³ I.d.S. *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 114, 130 ff.; auch *W. Höfling/St. Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, S. 92 f., der Art. 2 II 1 GG mit dem "Sozialstaatsprinzip" verbindet; allg. *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung, 2002, S. 19 ff.

⁹⁴ BVerfGE 4, 7 (15 f.); 7, 198 (215); 24, 119 (144); 27, 1 (6 f.); 48, 127 (163); 49, 286 (298); 50, 166 (175); st. Rspr.; *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 99 ff., m.w.H.

⁹⁵ *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung, S. 19 ff.

⁹⁶ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 325 ff., 560 ff., 707 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 26 ff., 95 ff., 200 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7 ff., 19 ff., 94 ff.

⁹⁷ *V. Götz*, Innere Sicherheit, HStR, Bd. III, § 79, Rdn. 1 ff.; *Ch. Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 27 f.; *G. Ress*, daselbst zum nämlichen Thema, S. 83 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 547 m.w.H.

deren Wesen der "Selbstzwang" (Kant) ist⁹⁸.

Der Eingriff des Transplantationsgesetzes in die Würde des Menschen i.V.m. dessen Menschenrecht zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit und, abhängig von der Begrifflichkeit des Hirntods und des Lebens, in dessen Grundrecht des Rechts auf Leben, findet keine Rechtfertigung. Er ist zudem unverhältnismäßig und aus mehrfachen Gründen materiell verfassungswidrig.

Zwischenergebnis

Das Transplantationsgesetz greift demnach in die Menschenrechte des M ein, die grundrechtlich in der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsrecht, aber auch in dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit geschützt sind. Diese Grundrechte des M sind verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist somit begründet.

Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des Studenten M gegen das Transplantationsgesetz ist zulässig und begründet.

Anmerkung zur realen Verfahrenslage:

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde, die von 254 Persönlichkeiten, überwiegend Medizinern, erhoben und von uns vertreten worden war, nicht zur Entscheidung angenommen (1 BvR 2156/98).

In der knappen Begründung werden die Beschwerdeführer darauf hingewiesen, daß sie einer möglichen Organentnahme widersprechen könnten und damit eine Grundrechtsverletzung nicht zu befürchten hätten. Im übrigen sei nicht ersichtlich, daß die Notwendigkeit, den Widerspruch zu erklären, eine Grundrechtsverletzung sei. Damit hätten es die Betroffenen selbst in der Hand, der befürchteten Grundrechtsverletzung vorzubeugen.

Gegen den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts haben einige der Beschwerdeführer Menschenrechtsbeschwerde vor dem Europäischen

⁹⁸ Metaphysik der Sitten, S. 508 ff., 519 ff.

Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg erhoben, ebenfalls von uns vertreten. Über diese Beschwerde ist noch nicht entschieden.

8. Kapitel

Fallstudie Konkurrentenklage gegen Subventionen der öffentlichen Hand

K. A. Schachtschneider (St. Jungheim/W. Dorner)

I. Sachverhalt

Eine gemeinnützige Gesellschaft mbH für Lebenshilfe Gifhorn, die Lebenshilfe Gifhorn, plant eine Arbeitswerkstatt zur Förderung seelisch behinderter Menschen mit 60 Förderplätzen. Sie hat dafür bereits ein Grundstück erworben. Die Investitionen für den Aufbau der Arbeitswerkstatt von 1,8 Mio. Euro sollen durch Subventionen der Bundesanstalt für Arbeit, des Landes Niedersachsen und des Landkreises Gifhorn finanziert werden. Auf Grund eines einseitigen Lageberichts des zuständigen Kreisrates zugunsten des Förderauftrags der Lebenshilfe Gifhorn hat der Landkreis Gifhorn, nämlich der Sozialausschuß des Kreistages, der Fördermaßnahme zugestimmt, und hat die Landrätin die Mittel, nämlich 10 % der Investitionskosten, an die Lebenshilfe Gifhorn ausbezahlt. Der Landkreis stützt die Förderung auf eine Verwaltungsrichtlinie des Niedersächsischen Sozialministeriums, welche die Zuteilung der Fördermittel für seelisch Behinderte aus den Mitteln der Schwerbehindertenausgleichsabgaben im Rahmen der dafür vom Landtag beschlossenen Haushaltsmittel in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Behörden stellt, aber vom Bedarf an Förderplätzen abhängig macht (Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen vom 21.05.2001). Ein formelles Gesetz gibt es darüber nicht.

Im Landkreis Gifhorn befassen sich auch die Diakonischen Heime in Kästorf e. V. mit der Förderung seelisch Behinderter. Das ist dem Landkreis bekannt. Die Diakonie ist eine kirchliche (evangelische) Einrichtung der tätigen Nächstenliebe, die nicht nach Gewinn strebt. Sie betreibt eine anerkannte und seit Jahren bewährte Förderwerkstatt für Behinderte. Die Diako-

nischen Heime haben die Einrichtung ihrer Förderwerkstatt mit eigenen Mitteln finanziert. Den Betrieb ihrer Förderwerkstatt finanzieren sie aus den Mitteln, welche sie gemäß dem Bundessozialhilfegesetz für diese Arbeit beanspruchen können. So wird auch der Betrieb der Lebenshilfe finanziert. Die Diakonischen Heime sind, wenn sie ihre Förderwerkstatt aufrecht erhalten wollen, darauf angewiesen, daß die hilfsbedürftigen seelisch Behinderten des Landkreises Gifhorn und der angrenzenden Landkreise ihre Hilfe in Anspruch nehmen. Durch die Arbeitswerkstatt der Lebenshilfe wird die wirtschaftlich notwendige Auslastung ihrer Förderwerkstatt beeinträchtigt.

Können die Diakonischen Heime aufgrund von Grundrechten oder auch aus anderen Rechtsgründen beanspruchen, daß der Landkreis Gifhorn den Subventionsbescheid zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn aufhebt und die ausbezahlten Subventionsmittel zurückfordert?

II. Vorschriften

1. Auszug aus der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen vom 21.05.2001:

RdErl. d. MFAS v. 31.5.2001 - 104-43 191/1 – (Nds.MBl. Nr. 26/2001 S.609) - VORIS 21141 00 00 70 007 –

1. Zuwendungszweck, Rechtsgrundlage

1.1 Das Land gewährt nach Maßgabe dieser Richtlinie und der VV/VV-GK zu § 44 LHO Zuwendungen zur Errichtung und Ausstattung von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen (im Folgenden: WfB) und Wohnstätten (im Folgenden: Wst) für in Werkstätten beschäftigte behinderte Menschen aus Mitteln der Ausgleichsabgabe nach dem SGB IX.

1.2 Ein Anspruch auf Gewährung der Zuwendung besteht nicht. Vielmehr entscheidet die Bewilligungsbehörde aufgrund pflichtgemäßen Ermessens im Rahmen der verfügbaren Ausgleichsabgabemittel.

2. Gegenstand der Förderung

Gefördert werden:

Neu-, Um- und Erweiterungsbauten einschließlich Grunderwerbskosten,
Kauf von geeigneten Gebäuden,
die notwendige Ausstattung.

3. Zuwendungsempfänger

Verbände der Freien Wohlfahrtspflege und diesen angeschlossene juristische Personen,

andere Träger, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke i.S. des §52 der Abgabenordnung verfolgen,

Gebietskörperschaften,

Zweckverbände.

4. Zuwendungsvoraussetzungen

Eine Zuwendung wird gewährt, wenn

die Voraussetzungen der Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabeverordnung in der jeweils geltenden Fassung erfüllt sind,

für das Vorhaben ein Bedarf besteht,

der Standort der Planung des Landes entspricht,

das Projekt als Einrichtung der Sozialhilfe. geeignet ist,

das Raumprogramm den Richtlinien oder Vorgaben des Landes entspricht,

die Zustimmung des zuständigen Sozialhilfeträgers nach § 93 Abs. 2 Satz 4 des Bundessozialhilfegesetzes (im Folgenden: BSHG) vorliegt.

5. Art, Umfang und Höhe der Zuwendung

5.1 Die Zuwendung wird als Zuschuss und/oder Darlehen zur Projektförderung im Wege der Fehlbedarfsfinanzierung vergeben.

Die Zuwendung wird zur Deckung des Fehlbedarfs nur dann gewährt, wenn der Nachweis über die übrigen zur Sicherung der Gesamtfinanzierung erforderlichen Mittel erbracht ist und der Antragsteller alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um für die Förderung seines Vorhabens in Betracht kommende Zuwendungen anderer Stellen einschließlich kommunaler Gebietskörperschaften zu erlangen. Ausnahmsweise kann auch eine Festbetrags- oder eine Anteilsfinanzierung gewährt werden.

5.2 Zuwendungsfähig sind Ausgaben für

den Neu- und Umbau sowie die Erweiterung einer Einrichtung einschließlich der mit den Maßnahmen verbundenen Grundstücks- und Grunderwerbskosten,

den Erwerb von Gebäuden, deren Wert durch das Gutachten eines Gutachterausschusses beim Katasteramt nachzuweisen ist,

die notwendige Ausstattung.

7. Anweisungen zum Verfahren

7.1 Für die Bewilligung, Auszahlung und Abrechnung der Zuwendung sowie für den Nachweis und die Prüfung der Verwendung und die ggf. erforderliche Aufhebung des Zuwendungsbescheides und die Rückforderung der gewährten Zuwendung gelten die VV/VV-Gk zu §44 LHO, soweit nicht in dieser Förderrichtlinie Abweichungen zugelassen worden sind.

7.2 Bewilligungsbehörde ist das NLZSA.

2. Auszug aus der Niedersächsischen Landkreisordnung

§ 6 Organe der Landkreise

Organe der Landkreise sind der Kreistag, der Kreisausschuss und die Landrätin oder der Landrat.

3. Auszug aus dem Bundessozialhilfegesetz

§ 93 BSHG

(1) Zur Gewährung von Sozialhilfe sollen die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen einschließlich Dienste nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Vereinbarungen nach Absatz 2 sind nur mit Trägern von Einrichtungen abzuschließen, die insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit und der Gewährleistung der Grundsätze des § 3 Abs. 1 zur Erbringung der Leistungen geeignet sind. Sind Einrichtungen vorhanden, die in gleichem Maße geeignet sind, soll der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen vorrangig mit Trägern abschließen, deren Vergütung bei gleichem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Träger.

(2) Wird die Leistung von einer Einrichtung erbracht, ist der Träger der Sozialhilfe zur Übernahme oder Vergütung für die Leistung nur verpflichtet, wenn mit dem Träger der Einrichtung oder seinem Verband eine Vereinbarung über

1. Inhalt, Umgang und Qualität der Leistungen (Leistungsvereinbarung),
2. die Vergütung, die sich aus Pauschalen und Beträgen für einzelne Leistungsbereiche zusammensetzt (Vergütungsvereinbarung) und
3. die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen (Prüfungsvereinbarung)

besteht. Die Vereinbarungen müssen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen.

§ 93a BSHG

Die Vereinbarung über die Leistung muß die wesentlichen Leistungsmerkmale festlegen, mindestens jedoch die betriebsnotwendigen Anlagen der Einrichtung,

den von ihr zu betreuenden Personenkreis, Art, Ziel und Qualität der Leistung, Qualifikation des Personals, sowie die erforderliche sächliche und personelle Ausstattung. In die Vereinbarung ist die Verpflichtung der Einrichtung aufzunehmen, im Rahmen des vereinbarten Leistungsangebotes Hilfeempfänger aufzunehmen und zu betreuen. Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.

III. Fallbesprechung

Anspruch auf Rückgängigmachung der Subvention

Die Diakonischen Heime in Kästorf e.V. wollen und müssen die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn nicht hinnehmen. Der Anspruch der Diakonischen Heime in Kästorf auf Rückgängigmachung dieser Subvention gegen den Landkreis Gifhorn kann im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Konkurrentenschutzes auf eine fehlende gesetzliche Grundlage der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen vom 31.05.2001 und auf eine rechtswidrige Anwendung dieser Richtlinie (A), sowie auf die Verletzung von Grundrechten (B) gestützt werden. Die Diakonischen Heime in Kästorf können einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Subvention gegen den Landkreis Gifhorn aber auch wettbewerbsrechtlich auf einen Beseitigungs- und einen Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG stützen (C). Als weitere (deliktsrechtliche) Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche gegen den Landkreis Gifhorn, die auch die Rückgängigmachung der Subvention umfassen, kommen § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB, aber auch § 839 BGB (aus Amtspflichtverletzung) in Betracht (D). Zu bedenken ist auch ein eigentumsrechtlicher Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf Rückgängigmachung der Subvention (E) und ein öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch mit demselben Gegenstand (F). Schließlich ist auch eine zivilrechtliche Konkurrentenklage gegen die Lebenshilfe Gifhorn anzusprechen (G).

A. Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage

Die Diakonischen Heime können mittels der öffentlich-rechtlichen

Konkurrentenklage die Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn rückgängig zu machen beanspruchen, wenn sie durch die Subvention in ihren subjektiven Rechten verletzt sind. Das setzt voraus, daß der Unternehmer ein Recht hat, rechtswidrige Subventionen an den Wettbewerber abzuwehren. Ein solches Recht ist streitig, wird aber zunehmend anerkannt und praktiziert. Es hängt vom Begriff des subjektiven Rechts ab.

I. Subjektives Recht auf Wettbewerbsschutz vor rechtswidrigen Subventionen

Das subjektive öffentliche Recht ist allgemein durch die Möglichkeit gekennzeichnet, kraft objektiven (öffentlichen) Rechts ein Handeln oder Unterlassen der öffentlichen Hand (u.a. Bund oder Land, Kommune sowie Körperschaft) mit Hilfe der staatlichen Gewalt, vornehmlich der Gerichtsbarkeit, durchsetzen zu können¹. Subjektive Rechte sind Rechte des Menschen (oder juristischer Personen), die gerade darum die Möglichkeit geben, die Pflichterfüllung, die dem Recht (gemäß dem objektiven Recht, dem allgemeinen Gesetz als dem allgemeinen Willen des Volkes) entspricht, mit den Mitteln, die der Staat zur Verfügung stellt (dem Rechtsschutz als Staatsschutz), zu erzwingen². Das subjektive Recht beruht somit auf jeweiligem objektivem Recht³.

Subjektive öffentliche Rechte sind zunächst in den einfachen Gesetzen, aber auch in Rechtsverordnungen, Satzungen usw., zu finden. Sie können aber auch aus den Verfassungsgesetzen, wie dem Grundgesetz, unmittelbar

¹ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 2001, S. 136 f.; E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG (Stand Jan. 1985), Art. 19 Abs. 4, Rdn. 118 ff., 127 ff.; K. Stern, *Staatsrecht*, Bd. III,1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, 1984, S. 987; H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, *Verwaltungsrecht I*, 1994, S. 564, Rdn. 12. Zu den Lehren vom subjektiven Recht W. Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, 1968; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre*, 1994, S. 380 f., 931; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 130 ff.; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. 1997, § 8, Rdn. 1 ff., S. 148 ff.; H.-U. Erichsen, *Das Verwaltungshandeln*, in: ders., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995, S. 225 ff.

² K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 379; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 136 f.

³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 378 ff.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 130 ff., 136 ff.

folgen, etwa die Abwehr- oder auch Schutzansprüche aus den Grundrechten⁴. Aber auch die Verwaltungsrechtssetzung⁵ und die öffentlich-rechtlichen Verträge kommen als Rechtsgrundlage subjektiven öffentlichen Rechts in Betracht.

Als objektive Rechtsgrundlage eines subjektiven Rechts der Diakonischen Heime, den Subventionsbescheid zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn aufzuheben, sind, weil ein Vertrag nicht geschlossen wurde, zu bedenken:

Ziffer 4 der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für seelisch behinderte Menschen vom 31.05.2001, die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgewährleistung), Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Freiheit), Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz und Willkürverbot) und insbesondere Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (Religionsfreiheit).

1. Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts

Die Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts, nämlich die Verwirklichung des objektiven Rechts erzwingen zu können, sind strittig.

a) Schutzzwecklehre

In Deutschland wird die Schutzzwecklehre (Schutznormlehre) praktiziert und demgemäß meist gelehrt⁶. Danach muß die in Anspruch genommene Vorschrift (auch) den Schutz der Interessen des betroffenen Einzelnen

⁴ Dazu *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, S. 145 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff.

⁵ Etwa durch Verwaltungsvorschriften, dazu *F. Ossenbühl*, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, S. 130 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 172 ff., 175 ff.

⁶ Vgl. BVerwGE 1, 83 (83 f.); 22, 129 (132); 75, 285 (286 ff.); 77, 70 (73); 78, 40 (41 ff.); *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, S. 225 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdn. 118 ff., 127 ff.; *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, S. 564, Rdn. 12; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8, Rdn. 8, S. 152 f.; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 380 f. mit Fn. 634; vgl. *ders.* (*A. Emmerich-Fritsche/M. Kläver/P. Wollenschläger*), Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Lehrstuhl 1999, S. 49 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 136 ff.

bezwecken. Das ist für viele Rechtsgrundlagen problematisch. Die Schutzzwecklehre lehnt ein allgemeines Recht auf Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens, also ein Recht aller auf allgemeine Achtung der Gesetze (und des Rechts) ab, auch wenn der Einzelne durch die Mißachtung der Gesetze benachteiligt wird.

Im Rahmen der Schutzzwecklehre ist es fraglich, ob die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen den Schutz der Interessen der Diakonischen Heime, welche durch die Wettbewerbsverzerrung infolge der Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn betroffen sind, bezweckt. Ziffer 4 der Richtlinie lautet:

"Eine Zuwendung kann gewährt werden, wenn die Voraussetzungen der Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabenverordnung in der jeweils geltenden Fassung erfüllt sind, für das Vorhaben ein Bedarf besteht, der Standort der Planung des Landes entspricht, das Projekt als Einrichtung der Sozialhilfe geeignet ist, das Raumprogramm den Richtlinien des Landes entspricht, die Zustimmung des zuständigen Sozialhilfeträgers nach § 93 a Abs. 2 Satz 4 des Bundessozialhilfegesetzes vorliegt."

Die Richtlinie nimmt auf Dritte Bezug, indem sie in Ziffer 4 als Zuwendungsvoraussetzung den Bedarf für das Vorhaben vorschreibt. Das entspricht dem Subsidiaritätsprinzip, insbesondere dem Privatheitsprinzip, wonach der Staat nur eingreifen darf, wenn die Privaten ihre Angelegenheiten nicht selbst zu bewältigen vermögen⁷. Eine Richtlinie als solche schafft in der Praxis keine Rechtsgrundlage für subjektive Rechte, weil Verwaltungsvorschriften wie derartige Richtlinien die Außenwirkung zu den Bürgern abgesprochen wird⁸. Richtigerweise sind auch Verwaltungsvorschriften Rechtssätze, die ihre Verbindlichkeit aus der eigenständigen Gewalt der Verwaltung herleiten⁹. Die Gerichte praktizieren eine Selbstbin-

⁷ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 386 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 250 ff.; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern*, 2002, S. 61 ff.

⁸ BVerwGE 44, 72 (74 f.); 61, 15 (18); dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 172 ff.

⁹ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 172 ff.

derung der Verwaltung¹⁰, auf die sich berufen kann, wer entgegen einer richtliniengemäßen Verwaltungspraxis benachteiligt wird. Die Rechtsprechung hat sich insbesondere im Subventionsbereich, der durch die Gesetzlosigkeit und die Etattitel-Legitimierung charakterisiert ist (dazu II, 2.), durchgesetzt. Sie wird auf den Gleichheitssatz gestützt (dazu B, III)¹¹. Die Richtlinie würde in praxi ein subjektives Recht begründen können.

Den Schutz des Unternehmens als Eigentümer bezweckt aber auch, wie zu B, II, 2 dargelegt wird, die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, den Schutz des Unternehmens vor rechtloser Ingerenz der öffentlichen Hand das Grundrecht der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG (dazu B, II, 3), den Schutz der Diakonie in ihrer helfenden Unternehmung die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, wie zu B, IV erörtert wird. Aus diesen Grundrechten folgt somit auch nach der Schutzzwecklehre das subjektive Recht der Diakonischen Heime, nicht durch rechtswidrige Subvention zugunsten eines Wettbewerbers benachteiligt zu werden. Hinzu kommt das Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG und das rechtsstaatliche Willkürverbot (dazu B, III).

b) Betroffenheitslehre

Nach der Betroffenheitslehre Wilhelm Henkes genügt für die Entstehung eines subjektiven öffentlichen Rechts, daß die Verwaltung ein Gesetz verletzt, welches die "eigenen Angelegenheiten" eines Einzelnen betrifft¹². Diese Lehre verengt den Rechtsschutz nicht entgegen den Interessen der Betroffenen und genügt gleichzeitig der Idee der Klagebefugnis, Klagen in Angelegenheiten, welche die besonderen Interessen des Klägers nicht berühren (Popularklagen), aus prozeßökonomischen Gründen nicht zuzulassen. Insbesondere entgeht diese Lehre dem Vorwurf, der Rechtsschutz werde willkürlich (praetorisch) zugeteilt¹³.

¹⁰ BVerwGE 8, 4 (10); 34, 278 (280); 36, 323 (327); 44, 72 (74 f.); 61, 15 (18); dazu *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 III, S. 598 ff.

¹¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 10.

¹² *W. Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 57 ff.; ähnlich *R. Bartlspenger*, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwA 1969, S. 35 (49).

¹³ *K. A. Schachtschneider*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff.

Die Werkstätten für seelisch Behinderte der Lebenshilfe Gifhorn stehen im Wettbewerb zu denen der Diakonischen Heime bei der Hilfe für seelisch Behinderte, deren Angebote einen Markt bilden. Die Diakonischen Heime haben Nachteile zu erleiden, welche sie sogar zur Einstellung ihres Angebots zwingen können. Die Diakonischen Heime sind durch Ziffer 4 der Richtlinie vom 31.05.2001 und deren Vollzug, zumal in einem rechtswidrigen, sie benachteiligenden Vollzug, in ihren eigenen Angelegenheiten und auch eigenen Interessen betroffen, wie zu II, 3, c dargelegt wird. Nach der Betroffenheitslehre begründet demnach für die Diakonischen Heime in Kästorf e.V. Ziffer 4 der Richtlinie vom 31.05.2001 ein subjektives Recht auf rechtmäßigen, insbesondere richtliniengerechten Vollzug.

c) Allgemeines Recht auf Recht

Die auf dem liberalistischen Dogma einer Trennung von Staat und Gesellschaft beruhende Schutzzwecklehre verneint ein allgemeines schützenswertes Interesse der Bürger an der allgemeinen Gesetzlichkeit. Sie verweist den Menschen auf seine besonderen Interessen¹⁴ und degradiert ihn zum Untertanen. Dies widerspricht dem republikanischen Verständnis von der politischen Freiheit des Bürgers. Die politische Freiheit gibt dem Bürger ein Recht auf allgemeine Gesetzlichkeit und darüber hinaus auf Rechtlichkeit allen staatlichen Handelns, das Recht auf Recht¹⁵.

Republikanisch konzipierter Rechtsschutz setzt kein subjektives Recht im herkömmlichen materiellen Sinne, das ein besonderes Interesse schützt, voraus. Rechtsschutz verdient jeder Bürger in seinem bürgerlichen Interesse auf Achtung aller objektiven Gesetze, weil deren Verletzung seine Freiheit mißachtet. Jedes Unrecht verletzt den allgemeinen Frieden. Daraus erwächst ein formales subjektives Recht auf Gesetzmäßigkeit allen staatlichen, kommunalen oder sonst hoheitlichen Handelns, ein allgemeines Recht auf Recht, auf Rechtlichkeit des gemeinsamen Lebens, das mit Rechtsschutz bewehrt

¹⁴ Kritisch K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 378 ff., 448 f., 930 ff.

¹⁵ Dazu grundlegend K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 153 ff., 175 ff., 253 ff., insbes. 325 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 97 ff., 107 ff.; *ders.*, *Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, IHI-Schriften 9/1998, S. 22 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 44 ff.

ist und die (sogenannte) Popularklage rechtfertigt¹⁶.

Danach haben die Diakonischen Heime in Kästorf erst recht ein einklagbares Recht auf Einhaltung der materiellen Voraussetzungen der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen.

2. Ergebnis

Im Rahmen der Schutzzwecklehre lassen sich aus der Richtlinie vom 31.05.2001 subjektive Rechte ableiten. Erst recht können nach der Betroffenheitslehre als auch nach der republikanischen Rechtslehre vom subjektiven Recht mit der Richtlinie das subjektive und damit das einklagbare Recht gegen den Landkreis Gifhorn begründet werden, eine rechtswidrige Subvention zu unterlassen und darum den Subventionsbescheid aufzuheben. Die Diakonischen Heime in Kästorf können sich somit vor Gericht auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen. Erst recht ergeben die Wirtschaftsgrundrechte und die Religionsfreiheit ein subjektives Recht der Diakonischen Heime auf Achtung des Rechts bei der Subventionsvergabe.

II. Anspruch auf Aufhebung des Subventionsbescheides

Eine Konkurrentenklage der Diakonischen Heime hätte die Verpflichtung des Landkreises Gifhorn zum Ziel, die Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn zurückzufordern. Wenn eine Subvention bereits gezahlt ist, bedarf der Konkurrentenschutz zweier Klageschritte, erstens der Klage auf Aufhebung des Subventionsbescheides, also der einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO, welche den Verwaltungsakt als Rechtsgrundlage der Subventionszahlung aus der Welt schafft, und zweitens der Klage auf Verpflichtung des Subventionsgebers, des Landkreises Gifhorn, von dem Subventionsempfänger, der Lebenshilfe Gifhorn, den gezahlten Subventionsbetrag durch einen Rückforderungsakt zurückzufordern, also eine Ver-

¹⁶ R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, 1957, S. 328 ff.; i.d.S. auch H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 74; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 448 f., auch S. 378 f., 930 ff.; ders., Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 49 ff., insb. S. 52 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 130 ff., 136 ff.

pflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO. Beide Klagen haben einen anderen Streitgegenstand.

1. Subventionsbescheid als Verwaltungsakt gegenüber den Diakonischen Heimen in Kästorf e.V.

a) Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn die Entscheidung des Landkreises Gifhorn, eine Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn zu zahlen, rechtswidrig ist und die Diakonischen Heime in Kästorf e.V. durch die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn in ihrem Recht auf rechtmäßigen Vollzug des Subventionsrechts verletzt sind (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Eine Anfechtungsklage kann nur gegen einen Verwaltungsakt erhoben werden (§ 42 Abs. 1 VwGO). § 35 Abs. 1 VwVfG definiert den Verwaltungsakt als "jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist"¹⁷. Gemäß § 4 NdsLKO (Niedersächsische Landkreisordnung) erfüllen die Landkreise die ihnen zugewiesenen staatlichen Aufgaben als untere Verwaltungsbehörde. Nach § 6 NdsLKO sind die Organe des Landkreises der Kreistag, der Kreisausschuß und die Landrätin oder der Landrat. Die Subventionsentscheidung des Landkreises Gifhorn ist eine Einzelfallentscheidung, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Sie verbleibt nicht im Innenbereich der Verwaltung¹⁸; denn die Bewilligung der Beihilfe zielt auf eine Geldzahlung an die Lebenshilfe Gifhorn.

b) Die Entscheidung beruht auf öffentlichem Recht. Die Staats- und Verwaltungsrechtslehre vertritt überwiegend die (modifizierte, enge) Subjekts- oder Sonderrechtslehre vom öffentlichen Recht¹⁹. Diese legt auch die Verwal-

¹⁷ Dazu *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, S. 174 ff.; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 14 ff., 17 f.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 45 ff.

¹⁸ Zur verwaltungsaktsrechtlichen Unterscheidung des Innen- und des Außenbereichs *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, S. 259 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, S. 248; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rdn. 4 ff., S. 36 f., § 9, Rdn. 26 ff., S. 185 ff.

¹⁹ Grundlegend *H. J. Wolff*, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), S. 205 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rdn. 12 ff., S. 42 ff.; *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: *H.-U. Erichsen* (Hrsg.),

tungsrechtsprechung ihrer Praxis zugrunde²⁰ und sie ist die Logik des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 1 und § 35 VwVfG)²¹. Danach soll maßgeblich sein, ob sich "der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient". Es seien also dem öffentlichen Recht diejenigen Rechtssätze zuzuordnen, die sich nicht an "jedermann", sondern nur an den Staat als solchen, also den Staat als Hoheitsträger (oder sonstige Träger öffentlicher Gewalt, mittelbare Staatsverwaltung²², etwa beliebige Unternehmer²³) richten²⁴. Die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen ist wie alle Vorschriften, die der öffentlichen Hand Subventionen aufgeben oder auch nur zur Subventionierung ermächtigen, öffentliches Recht, weil die öffentliche Hand als Hoheitsträger subventioniert, jedenfalls wenn die Subvention dem Gemeinwohl dienlich sein soll (Zweistufenlehre²⁵).

Richtig ist die strenge Subjektslehre. Öffentliches Recht ist danach "Sonderrecht des Staates"²⁶. Es besteht aus der Gesamtheit der Rechtssätze, die sich auf Rechtsverhältnisse beziehen, an denen der Staat oder seine Untergliederungen beteiligt sind. Der Staat ist das Volk, die *res publica*, und damit

Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, S. 39 ff.; Nachweise bei K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 187 f., Fn. 66; vgl. auch *ders.*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 12 ff.

²⁰ OVG Münster, NJW 1985, 1107; BVerwG, NJW 1990, 1435 f.

²¹ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 7 f.

²² Dazu (kritisch) K. A. Schachtschneider, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 139 ff., insb. S. 144.

²³ Dazu (kritisch) K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 179, 190 ff., 198 ff., 202 f.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 233 ff., 260 ff.

²⁴ OVG Münster, NJW 1985, 1107; BVerwG, NJW 1990, 1435 f.; F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VWGO, Kommentar, 11. Aufl. 1998, § 40, Rdn. 11; D. Ehlers, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, S. 33 ff.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rdn. 17, S. 44 f.

²⁵ Dazu H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, 1990, § 92, Rdn. 56 ff.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rdn. 11 ff., S. 427 ff.

²⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 181, 260 ff., 288 ff.

allgemein. Er darf als *res publica* nur aufgrund des Staatsrechts handeln, sonst handelt er *ultra vires*²⁷. Der Staat nimmt ausschließlich Staatsaufgaben wahr. Der Staat ist institutionell und funktional ausschließlich staatlich²⁸. Alles Recht, welches für den Staat gilt, ist Staatsrecht oder eben öffentliches Recht. Zugleich folgt daraus, daß das Privatrecht und damit das Privatrechtssubjekt vom Privaten her zu begreifen ist. Privatrechtssubjekte sind nur die Träger des Rechts zur freien Willkür, des Rechts zur Autonomie des Willens, die institutionell Privaten, die Bürger in ihrer Privatheit (nicht in ihrer Staatlichkeit), und nicht der Staat (dazu kritisch C, II.)²⁹. Nach der strengen Subjektslehre ist die Subventionierung fraglos eine Maßnahme im Bereich des öffentlichen Rechts.

c) Die Diakonischen Heime in Kästorf e.V. können nur einen Verwaltungsakt anfechten, der ihnen gegenüber ergangen ist, der sie rechtlich betrifft (§ 42 Abs. 1 VwGO). Adressiert war der Subventionsbescheid an die Lebenshilfe Gifhorn, nicht an die Diakonischen Heime. Aber nicht nur der Adressat kann von einem Verwaltungsakt betroffen sein. Die Praxis und herrschende Lehre anerkennt (entgegen einer bürgerlichen Lehre vom Bürger³⁰) eine "Rechtswirkung: nach außen" nur, wenn eine Entscheidung den besonderen Rechtskreis von besonderen Einzelnen (natürliche oder juristische Personen) berührt³¹. Dieser Außenrechtskreis wird nicht allein durch besondere Interessen definiert, sondern durch subjektive Rechte. Die Entscheidung muß somit besondere subjektive Rechte von Personen regeln, also verwirklichen

²⁷ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 22 f., 41 f., 256, 262, 265 ff.; ders., *Res publica res populi*, S. 184, 202, 451 f., 473, 1143; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 82 ff., 221 ff.

²⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff., 261 ff., 275 ff.; ders., *Res publica res populi*, S. 211 ff., 519 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 140 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 40 ff, 48 ff.

²⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff., 440; ders., *Res publica res populi*, S. 211 ff., 370 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 258 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 140 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 35 ff.

³⁰ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 211 ff.

³¹ H.-U. Erichsen, *Das Verwaltungshandeln*, S. 259 f.; vgl. auch F. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, S. 249, 261; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3, Rdn. 4 ff., S. 36 f., § 9, Rdn. 26 ff., S. 185 ff.

oder verletzen, um diesen Personen gegenüber ein Verwaltungsakt zu sein³². "Die Maßnahme muß darauf gerichtet sein, Rechte des Betroffenen zu begründen, abzuändern oder verbindlich festzustellen", pflegt das Bundesverwaltungsgericht zu formulieren³³. Es kommt also auf den Begriff des subjektiven Rechts an, wenn bestimmt werden soll, ob eine Entscheidung ein Verwaltungsakt ist³⁴ (obwohl jede staatliche und kommunale Maßnahme eigentlich alle Bürger angeht)³⁵. Es würde für den Verwaltungsaktsbegriff genügen, daß die Entscheidung bestimmten anderen Personen als den Diakonischen Heimen bekannt gemacht worden wäre. Sie wäre ein Verwaltungsakt mit Wirkung auf die Diakonischen Heime, weil die Subvention diese in dem subjektiven Recht auf Wettbewerbsschutz vor rechtswidriger Subvention der öffentlichen Hand verletzen kann (Drittwirkung). Das würde den Diakonischen Heimen wegen ihrer subjektiven Rechte die Anfechtung gemäß § 42 Abs. 2 VwGO erlauben (janusköpfiger Verwaltungsakt)³⁶.

Die Wirkung der Entscheidung betrifft auch die besonderen Interessen einzelner Personen. Daß die Diakonischen Heime besondere Rechte geltend machen können, wurde schon gesagt (A, I) und wird grundrechtlich zu B, II, insbesondere B, IV näher dargestellt. Der Subventionsbescheid zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn ist ein Verwaltungsakt gegenüber den Diakonischen Heimen, den letztere anfechten können.

Weil im übrigen eine Entscheidung, die an einen Bürger (eine Person) adressiert ist, diesem gegenüber eine Regelung trifft, die seine Sache zu Recht oder zu Unrecht regelt, sei es auch nur, daß er durch eine rechtlose Entscheidung belästigt wird, wird jede solche Entscheidung als Verwaltungsakt gegenüber der Person, an die sie adressiert ist, eingestuft (Adressa-

³² H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, S. 260.

³³ BVerwGE 55, 280 (285); 60, 144 (145).

³⁴ I.d.S. H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, S. 259 f.

³⁵ K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 14 ff.

³⁶ BVerwGE 30, 191 (197); vgl. auch BVerwGE 60, 154 (159 ff.); 87, 37 (41 f.); BVerwG, DVBl 1996, 807; K. A. Schachtschneider, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 17 f.; ders. Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, Rdn. 89, S. 283; a.A. aber BVerwGE 55, 280 (285); 60, 144 (145).

ten-Lehre)³⁷. Das ist schon deswegen richtig, weil jeder aus dem Grundrecht der allgemeinen Freiheit Anspruch darauf hat, nicht mit Entscheidungen belastet zu werden, die keine Rechtsgrundlage haben³⁸. Die Adressatenlehre entlastet die Praxis (zu Recht) weitgehend von der Klärung subjektiver Rechte des Anfechtungsklägers, die sonst nötig ist, um festzustellen, ob die angefochtene Handlung des Staates oder der Kommune ein Verwaltungsakt ist.

2. Rechtsgrundlage der Subvention des Landkreises Gifhorn

a) Alles staatliche Handeln muß in der (notwendig demokratischen) Republik auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen³⁹ (ultra-vires-Lehre⁴⁰). Dieses Gesetzlichkeitsprinzip gilt wegen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für Gemeinden und Landkreise, die den Prinzipien des Republikanismus und damit des Rechts, aber deswegen auch dem demokratischen Prinzip verpflichtet sind. Die Gesetze der Kommunen sind die Satzungen. Diese sind demokratisch durch die jeweilige Bürgerschaft legitimiert. Wenn die Satzungen sich im Rahmen der Rechte der Kommunen zur Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) bewegen, können sie dem Gesetzlichkeitsprinzip genügen⁴¹. Die Praxis und herrschende Lehre verlangt für Handlungsbefugnisse der Kommunen, welche in den Schutzbereich von Grundrechten einzuwirken ermächtigen, eine Grundlage im staatlichen Gesetz (des Bundes

³⁷ F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 52, Rdn. 69; F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S. 281, 282 f.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rdn. 29, S. 244.

³⁸ BVerfGE 9, 83 (88); 29, 402 (408); BVerwGE 30, 191 (198); F. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S. 282; zum Vorbehalt des Gesetzes K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

³⁹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.; ders., Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 247 ff., 253 ff., 310 ff.; ders., Res publica res populi, S. 490 f., 863 ff., 891, 928 f.; vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, HStR, Bd. I, 1987, § 24, Rdn. 63 ff.; F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, 1988, § 62, S. 316 ff.; K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 104 ff., 107 ff.

⁴⁰ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 22, 256, 265 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 82 ff., 221 ff.; vgl. BGHZ 20, 119 (122 ff.); auch BVerfG, NJW 1982, 2173 (2175).

⁴¹ BVerfGE 33, 125 (158 ff.); 76, 171 (184 f.); BVerwGE 90, 359 (361 f.); M. Sachs, in: K. Stern, Staatsrecht III, 2, 1994, S. 453 f.; F. Ossenbühl, Satzung, HStR, Bd. III, 1988, § 66, Rdn. 28 f.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 261 ff.

oder des Landes oder auch der Europäischen Gemeinschaften)⁴². Breite und weite Ermächtigungen sollen genügen⁴³. Fraglos müssen die Kommunen den Vorrang der Gesetze der Europäischen Union, des Bundes und des Landes achten, weil ihre Selbstverwaltung nur "im Rahmen der Gesetze" gewährleistet ist (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG), aber in deren Rahmen, den der Gesetzgeber nicht zu eng ziehen darf (unantastbarer Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung)⁴⁴, dürfen die Kommunen in ihren Angelegenheiten agieren; denn ihre Bürger sind frei. Es gibt aber keine Allzuständigkeit der öffentlichen Hand wie die des Bürgers als Privatem, in jeder Weise zu handeln, soweit ihnen das die Gesetze nicht verbieten, wenn sie etwa im Bereich des Privatrechts verbleiben (extreme Fiskusdoktrin⁴⁵); denn weder der Staat noch die Kommunen haben eine private Existenz⁴⁶. Ein Gesetz oder eine Satzung sind jeweils Voraussetzung rechtmäßigen Verwaltungshandelns. Ein Subventionsgesetz im formellen Sinne des Landes Niedersachsen ist nicht ersichtlich, aber auch keine Subventionssatzung des Landkreises Gifhorn.

b) Der Vorbehalt des Gesetzes ist von der Lehre für die sogenannte Eingriffsverwaltung allgemein anerkannt⁴⁷. Er wird vornehmlich mit einem

⁴² BVerfGE 33, 125 (158 ff.); 76, 171 (184 ff.); BVerwGE 90, 359 (361 f.); i.d.S. *M. Sachs*, in: *K. Stern*, Staatsrecht III, 2, S. 453 ff.; *F. Ossenbühl*, Satzung, HStR, Bd. III, § 66, Rdn. 28 f.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 260 f.

⁴³ *M. Sachs*, in: *K. Stern*, Staatsrecht III, 2, S. 454; *F. Ossenbühl*, Satzung, HStR, Bd. III, § 66, Rdn. 28 f.; i.d.S. BVerfGE 33, 125 (158 ff.); 76, 171 (184 f.); vgl. auch BVerwGE 90, 359 (361 f.).

⁴⁴ BVerfGE 1, 167 (174); 11, 266 (274); 17, 172 (182); 21, 117 (129 f.); 23, 353 (367 ff.); 26, 172 (180); 38, 258 (278 f.); 50, 50 (55 f.); vgl. auch BVerfGE 79, 127 (143 ff.).

⁴⁵ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 184 ff.

⁴⁶ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 265 f., auch S. 22; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 28 ff., 40 ff., 211 ff., 220 ff.; insb. BGHZ 20, 119 (122 ff.).

⁴⁷ *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 808; *H. P. Ipsen*, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 39 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, HStR, Bd. I, § 24, Rdn. 63 ff.; dazu (i.d.S.) *F. Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 18 ff.; *ders.*, Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 9, Rdn. 11 ff.

materiellen, liberalistischen Freiheitsprinzip begründet⁴⁸, welches vor gesetzesloser staatlicher Ingerenz schütze. Die Praxis stützt den eingriffsrechtlichen Gesetzesvorbehalt auf die jeweiligen Grundrechte, in welche die Verwaltungsmaßnahme eingreift, subsidiär auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, für Rechtsverordnungen in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 GG⁴⁹. Für die (sogenannte) Leistungsverwaltung, insbesondere Subventionen, lehnt die Praxis⁵⁰, unterstützt von einem Teil der Lehre⁵¹, einen Vorbehalt des Gesetzes ab.

c) Weil die Gesetze die Freiheit verwirklichen, sind die Kriterien des Eingriffs und der Leistung, mittels derer die Praxis den Wirkungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes bestimmen will, unsachlich. Sie dogmatisieren die Trennung von Staat und Gesellschaft, welche schon die Weimarer Verfassung, erst recht aber das ebenfalls republikanische Grundgesetz überwunden hat⁵². Jedes Gesetz verwirklicht die Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit der Bürger und umgekehrt gebieten Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit die Republikanität des Gemeinwesens, die allgemeine Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens. Eine republikanische Willensbildung kann nur demokratisch sein⁵³. Demgemäß muß alle Staatlichkeit demokratisch und damit durch Gesetz begründet sein. Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Die vollziehende Gewalt muß zwar demokratisch legitimiert sein, ist aber eben nur Vollzugsgewalt. Die Wesentlichkeitslehre⁵⁴ unterwirft sie durchgehend

⁴⁸ Kritik am liberalistischen Freiheitsprinzip und der damit verbundenen Eingriffsdoktrin K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 441 ff., insb. S. 478; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 129 ff.

⁴⁹ BVerfGE 20, 150 (157 f.); 33, 125 (158 f.); 33, 303 (337); 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126); 58, 257 (274); 85, 386 (403 f.); 98, 218 (252); vgl. BVerwGE 47, 194 (197 f.); 48, 305 (308); dazu F. Ossenbühl, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 16.

⁵⁰ BVerwGE 6, 282 (287); 18, 352 (353); 20, 101 (102); 31, 279 (285); 48, 305 (308); 58, 45 (48); BGHZ 111, 229 (234), offen BVerfGE 38, 121 (126).

⁵¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 47.

⁵² K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 159 ff., 175 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 19 ff. (auch zum Folgenden); vgl. H. H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, 2. Aufl. 1991, S. 113 ff.

⁵³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 14 ff.; i.d.S. BVerfGE 80, 60 (71 ff.); 89, 155 (171 ff., 181 ff.).

⁵⁴ Hinweise in Fn. 80; vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 122 ff.

dem Gesetzesvorbehalt im Grundsätzlichen. Schon wegen des Privattheitsprinzips⁵⁵ ist jede staatliche Ingerenz, sei es durch Eingriff oder Leistung, eine Grundrechtsbeeinträchtigung. Zudem verursacht jede Leistung Kosten, die regelmäßig durch Steuern finanziert werden müssen. Eingriffe können als Belastungen, also Nachteile, Leistungen als Begünstigungen, also Vorteile, verstanden werden. Vorteile oder Nachteile sind interessenhafte Kriterien, denen auch die Begriffe Eingriff und Leistung folgen. Sie sind ohne rechtliche Relevanz, wenn die Gesetze Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit verwirklichen. Rechtlich relevant ist der Dissens zwischen dem Bürger und der vollziehenden Gewalt. Der Dissens entsteht, wenn ein Antrag eines Bürgers von der Verwaltung abgelehnt wird oder wenn der Bürger eine Maßnahme der Verwaltung ablehnt. Aus all dem folgt, daß alles Handeln der vollziehenden Gewalt einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Der Gesetzesvorbehalt ist somit auch und wesentlich im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und im demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verankert⁵⁶. Aus der Logik der demokratischen und rechtsstaatlichen Begründung des Gesetzesvorbehalts ergibt sich der umfassende, auch die Leistungsverwaltung erfassende Gesetzesvorbehalt (totaler Gesetzesvorbehalt)⁵⁷. Das demokratische Prinzip und das Rechtsstaatsprinzip sind eine Einheit. Beide folgen logisch aus der allgemeinen Freiheit. Eine Demokratie muß rechtsstaatlich, ein Rechtsstaat demokratisch sein⁵⁸. Der umfassende

⁵⁵ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 370 ff., insb. S. 386 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 237 ff., insb. S. 250 ff.; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 61 ff.

⁵⁶ BVerfGE 33, 125 (158 f.); 40, 237 (248 f.); 41, 231 (243); 41, 251 (259 f.); 49, 89 (126 f.); vgl. i.d.S., wenn auch einschränkend auf "grundrechtsrelevante Bereiche", BVerwGE 33, 125 (158 f., 163); 33, 303 (337); 34, 165 (192 f.); 47, 194 (197 f.); 48, 305 (308); K. Stern, *Staatsrecht I*, S. 805; F. Ossenbühl, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 14, 33 ff.; K. Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, S. 111; a.A. BGHZ 111, 229 (234).

⁵⁷ D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, 1961, 2. Aufl. 1968, S. 145 f., 171 ff., insb. S. 175 ff.; K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 119 ff.; a.A. (aber offen) BVerfGE 20, 150 (157 f.); 68, 1 (109); E. Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, HStR, Bd. I, § 94, Rdn. 63; K. Stern, *Staatsrecht I*, S. 808; F. Ossenbühl, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 17 ff.; *ders.*, *Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung*, § 19, Rdn. 11.

⁵⁸ So J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des*

Begriff ist der der Republik.

d) Über die gesetzliche Definition des Staatlichen hinaus kann es keine Vollzugsaufgabe der Exekutive geben, weil Staatlichkeit die allgemeine und rechtmäßige Gesetzlichkeit ist⁵⁹. Dieses Argument gilt für jede Aufgabe der Verwaltung, nicht nur für die sogenannte Eingriffsverwaltung. Entgegen der Praxis⁶⁰ sind etwa auch Subventionen, die nicht auf Gesetze, sondern nur auf haushaltsrechtliche Pläne gestützt werden können, verfassungswidrig. Wenn aber die Staatlichkeit Gesetzlichkeit ist, müssen die Gesetze hinreichend bestimmt sein, weil ohne begriffliche Bestimmtheit rechtliche Entscheidungen nicht vermittelt werden können⁶¹. Begriffe ohne Bestimmtheit sind nicht in der Lage, rechtliche Bindungswirkung zu entfalten.

Die Praxis läßt Haushaltstitel als hinreichende parlamentarische Leistungsermächtigungen genügen Haushaltsgesetz (Etattitel-Legitimierung)⁶². Der Haushaltsplan wird zwar durch das Parlament beschlossen, begründet aber keine Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürger und dem Staat⁶³. Der Haushaltsplan gibt keine hinreichend bestimmte Handlungsgrundlage für die Verwaltung, wenn er auch die vollziehende Gewalt parlamentarisch ermächtigt, Haushaltsmittel für bestimmte Zwecke auszugeben (§ 3 HGrG)⁶⁴. Er ist kein Gesetz, das durch Subsumibilität gekennzeichnet ist. Der Haushaltsplan

demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 154, 361; *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996, S. 277 ff., 293 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 14 ff., 685 ff., 735 ff., passim; *ders.* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122.

⁵⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 279 ff., 494 ff., insb. S. 519 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 26 ff., 86 ff.; *ders.* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff., 37 ff., 43 ff., 94 ff.

⁶⁰ BVerwGE 6, 282 (287); 18, 352 (353); 20, 101 (102); 31, 279 (285); 58, 45 (48); Hinweise in Fn. 72 f., 81 f.

⁶¹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 308 ff.; weitere Hinweise in Fn. 70.

⁶² Hinweise in Fn. 50, 72 f., 81 f.

⁶³ F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 21; H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 41 ff.; G. Kisker, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, 1990, § 89, Rdn. 25 ff.; vgl. zum Haushaltsplan und Haushaltsgesetz BVerfGE 20, 56 (90 ff.); wie der Text K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 121 f.

⁶⁴ BVerfGE 20, 56 (90 ff.); dazu G. Kisker, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 25 f., 28; H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 42 ff.

ist auf seine haushalts- und finanzwirtschaftliche Funktion begrenzt. Die Verwaltung wird somit durch den Haushaltsplan nicht verpflichtet, den Bürgern Leistungen zu gewähren (§ 3 HGrG)⁶⁵. Insbesondere sind Art und Umfang der Leistungen nicht in der Weise geregelt, daß sie das Verhältnis der Bürger untereinander befrieden könnten. Die vielfältigen Wirkungen staatlicher Leistungen auf Dritte erfordern gesetzliche Regelungen. Subventionen für den einen Unternehmer sind Belastungen für den Wettbewerber, die dessen Unternehmerfreiheit⁶⁶ (zumindest mittelbar) beeinträchtigen. Folglich steht einem Unternehmer Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige Subvention zugunsten des Wettbewerbers zu. Richtigerweise ist die Subventionsmaßnahme auch ein Verwaltungsakt gegenüber dem (zu Lasten des) nicht subventionierten Wettbewerber⁶⁷. Die Rechtmäßigkeit von Leistungen muß mit Verbindlichkeit für alle Bürger geklärt sein oder werden können.

e) Eine haushaltsrechtliche Regelung von Zuwendungen findet sich in § 44 LHO. Die Richtlinie des Niedersächsischen Ministeriums für Frauen, Arbeit und Soziales vom 31.05.2001 über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen, eine Verwaltungsvorschrift, wird auf § 44 LHO gestützt. Eine hinreichende Grundlage im Gesetz hat die Subvention des Landkreises Gifhorn nicht. Die Praxis dürfte den Ansatz im Haushaltsgesetz (Etattitel-Legitimierung)⁶⁸ und die dazu erlassene Verwaltungsvorschrift, die Richtlinie vom 31.05.2001, als rechtliche Grundlage für die Gewährung von Subventionen ausreichen lassen⁶⁹.

§ 44 Abs. 1 S. 1 LHO lautet:

"Zuwendungen dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 23 LHO gewährt werden."

In § 23 LHO wird bestimmt:

⁶⁵ Vgl. i.d.S. BVerfGE 38, 12 (125); *G. Kisker*, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 25 f.; i. d. S. *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 1203 (Haushaltsplan nur "Organgesetz").

⁶⁶ Dazu näher unter B, II, 2, 3, auch B, IV.

⁶⁷ Dazu unter 1.

⁶⁸ Dazu *H. P. Ipsen*, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 39 f.

⁶⁹ Hinweise in Fn. 71 f., 81 f.

"Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Landesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur veranschlagt werden, wenn das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, welches ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann."

Die Begriffe in den Gesetzen, insbesondere die Voraussetzungen von Ausnahmetatbeständen, müssen bestimmt sein⁷⁰. Dies ist wegen Art. 20 Abs. 2 GG sowohl ein freiheitlich-demokratisches als auch unter dem Funktionenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ein rechtsstaatliches, also ein republikanisches, dem Autonomieprinzip erwachsendes Prinzip der Gesetzgebung. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Verwaltung an die Gesetze gebunden. Das ist nur möglich, wenn die Gesetze bestimmen, wie die Verwaltung handeln soll, also hinreichend bestimmt sind.

Das Prinzip des Gesetzesvorbehalts gilt, wie gesagt, auch für Subventionen, weil Subventionen Grundrechtseingriffe darstellen können und weil ihre Gewährung aus Gründen des demokratischen Prinzips dem Gesetzgeber vorzubehalten ist⁷¹. Die herrschende Meinung⁷² und die Rechtsprechung⁷³ lassen, wie gesagt, bislang den bloßen Haushaltsansatz genügen. Der im

⁷⁰ BVerfGE 3, 255 (243); 9, 137 (147, 149); 13, 153 (160 f.); 20, 156 (158 f.); 21, 245 (261); 27, 1 (8); 34, 165 (199 f.); 35, 348 (359); 41, 378 (399); 42, 263 (278); 78, 205 (212); 84, 133 (149); 87, 234 (263); K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 308 ff., 314 ff.; *ders.*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 411 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 850 ff., 868 ff., 888 ff.

⁷¹ G. Haverkate, *Subventionsrecht*, in: R. Schmidt (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1995, § 4, Rdn. 29; K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 119 ff.

⁷² H. D. Grosser, *Verfassungsdirektiven der staatlichen Subventionierung nach der Wesentlichkeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: BayVBl. 1983, S. 551 ff.; H. D. Jarass, *Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen*, in: NVwZ 1984, 473 ff.; W. Krebs, *Probleme der rechtlichen Steuerung von Wirtschaftssubventionen*, in: ZRP 1984, S. 733 ff.; M. Oldiges, *Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung*, in: NJW 1984, S. 1927 ff.; H. Bauer, *Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht*, in: DÖV 1983, S. 53 ff.; vgl. auch K. Stern, *Staatsrecht I*, S. 808; E. Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, HStR, Bd. I, § 24, Rdn. 63 ff.; dazu (i.d.S.) F. Ossenbühl, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, HStR, Bd. III, § 62, Rdn. 18 ff.; *ders.*, *Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung*, § 9, Rdn. 11 ff.

⁷³ BVerwGE 6, 282 (287); 20, 101 (102); 31, 279 (285); 48, 305 (308); 58, 45 (48); 75, 109 (117); auch BGHZ 111, 229 (234); dazu kritisch K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 119 ff.

Haushaltsplan festgehaltene Verwendungszweck entfaltet aus zwei Gründen keine die untergesetzlichen Vorschriften prägende Kraft: Zum einen sind die Verwendungsangaben im Haushaltsplan zu wenig bestimmt und zum anderen sind sie rechtlich nicht verbindlich, weshalb sie auch nicht der Rechtsanwendung der Gerichte zugrunde gelegt werden könnten⁷⁴. Durch die Zweckangaben im Haushaltsplan bindet das Parlament, welches die Ausgaben bewilligt, die Regierung⁷⁵. Es handelt sich um Innenrecht zwischen Parlament und Regierung, welches keine außenrechtliche Verbindlichkeit entfaltet⁷⁶. Die Haushaltsplanansätze hält Haverkate nicht für Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG, dessen Einhaltung die Gerichte im Streit zwischen Staat und Bürger zu überprüfen befugt wären⁷⁷. Subventionsrichtlinien der Verwaltungen können diese Zweckpräzisierung zwar nachholen, seien aber nicht Präzisierungen des Gesetzgebers, sondern bloße Durchführungspräzisierungen der Verwaltung⁷⁸. Immerhin sieht die Rechtsprechung und die Lehre die Subventionsverwaltung mittels des Gleichheitssatzes (dem Kardinalprinzip des Subventionswesens) an diese Verwaltungsvorschriften gebunden und gibt dem, der gleichheitswidrig nicht gefördert wurde, ein subjektives Recht auf gleichheitsgemäße Subvention (vgl. B, III)⁷⁹.

Sowohl § 44 LHO als auch § 23 LHO sind wegen ihres spezifischen haus-

⁷⁴ G. Haverkate, Subventionsrecht, § 4, Rdn. 30.; *ders.*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, S. 202 f.; H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 72; kritisch auch K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates S. 121 f.

⁷⁵ G. Haverkate, Subventionsrecht, § 4, Rdn. 32; G. Kisker, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 25 f., 28; H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 39, 41; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 121.

⁷⁶ G. Haverkate, Subventionsrecht, § 4, Rdn. 32; F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, 1988, § 62, Rdn. 21; G. Kisker, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 25 ff.; H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 41 f.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 121.

⁷⁷ G. Haverkate, Subventionsrecht, § 4, Rdn. 32.

⁷⁸ G. Haverkate, Subventionsrecht, § 4, Rdn. 34; i.d.S. auch K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 121 f.

⁷⁹ BVerwGE 20, 101 (105); 30, 191 (194, 197); 31, 279 (285 f.); G. Kisker, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 26; H. P. Ipsen, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 42; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdn. 88, 89, S. 282 f.; P.-M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 277 f.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122.

haltsrechtlichen Zwecks keine gesetzliche Grundlage für die Verwaltungsrichtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen. Subventionen bedürfen wegen des dargelegten Gesetzesvorbehalts einer materiellen Regelung in einem formellen Gesetz, welches die Subvention im Einzelnen, insbesondere die Subventionsberechtigten, bestimmt. Die ständig praktizierte Wesentlichkeitslehre⁸⁰ gebietet um des demokratischen Prinzips willen, daß alle wesentlichen Regelungen der Subvention im Gesetz der Legislative getroffen werden. Die Exekutive darf ermächtigt werden, nähere Regelungen in einer Rechtsverordnung zu treffen (argumentum aus Art. 80 Abs. 1 GG; Art. 34 Abs. 1 NdsVerf.), nicht aber in einer Verwaltungsvorschrift wie der Richtlinie vom 31.05.2001. Eine solche Richtlinie darf den Vollzug der Rechtsvorschriften näher regeln, darf aber die Subventionsvoraussetzungen nicht materialisieren, also nicht bestimmen, wer welche Subvention bekommen soll.

Somit hat die Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn keine gesetzliche Grundlage. Deshalb ist die Subvention rechtswidrig und verletzt die Rechte der Diakonischen Heime in Kästorf e.V.

3. Rechtmäßige Anwendung der Richtlinie vom 31.05.2001

Die Rechtsprechung⁸¹ und die dieser folgenden Lehre⁸² lassen, wie zu 2. dargelegt, den Haushaltsansatz in Verbindung mit Verwaltungsvorschriften als rechtliche Grundlage für die Subvention genügen. Die Rechtmäßigkeit der Subvention hängt auf dieser Grundlage davon ab, daß die Verwaltungs-

⁸⁰ BVerfGE 33, 1 (10 f.); 33, 303 (337); 34, 165 (192 f.); 40, 237 (248 f.); 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417); 47, 46 (78 f.); 48, 210 (291); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (268 ff.); 89, 155 (191 f.); 98, 218 (251 ff.); auch BVerwGE 47, 194 (197 ff.); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122 ff.

⁸¹ BVerwGE 6, 282 (287); 20, 101 (102); 31, 279 (285); 48, 305 (308); 58, 45 (48); 75, 109 (117); auch BGHZ 111, 229 (234).

⁸² H. D. Grosser, Verfassungs direktiven der staatlichen Subventionierung nach der Wesentlichkeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: BayVBl. 1983, S. 551 ff.; H. D. Jarass, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, in: NVwZ 1984, 473 ff.; W. Krebs, Probleme der rechtlichen Steuerung von Wirtschaftssubventionen, in: ZRP 1984, S. 733 ff.; M. Oldiges, Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung, in: NJW 1984, S. 1927 ff.; H. Bauer, Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht, in: DÖV 1983, S. 53 ff.

vorschrift ihrerseits rechtmäßig angewendet worden ist.

a) Die Richtlinie regelt die Voraussetzungen für die Bewilligung von Beihilfen für die Errichtung und Ausstattung von anerkannten Werkstätten und Wohnstätten für in Werkstätten beschäftigte behinderte Menschen aus Mitteln der Ausgleichsabgabe nach dem § 77 SGB IX.

Die Richtlinie macht in Ziffer 4 (Wortlaut A, I, 1, a) die Zuwendung von einem Bedarf abhängig. Die Diakonischen Heime decken mit ihrer Förderwerkstatt den Bedarf an einer Werkstatt für seelisch Behinderte erfolgreich, weshalb ein "Bedarf" im Sinne der Ziffer 4 der Richtlinie nicht besteht. Durch die Subventionierung der Lebenshilfe Gifhorn und die dadurch bewirkte Wettbewerbsverzerrung können die Diakonischen Heime ihr Angebot am Markt nicht aufrechterhalten. Somit entsteht erst durch die Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn der Bedarf an einer Werkstatt für seelisch Behinderte. Die öffentliche Hand verhindert durch ihre Subvention die nicht-staatliche (diakonische) Aufgabenbewältigung, weil diese nicht mehr wettbewerbsfähig ist und wegen der einseitigen, wettbewerbsverzerrenden Ingerenz der öffentlichen Hand aus Marktgründen aufzugeben gezwungen ist. Die Ziffer 4 der Richtlinie bezweckt explizit die Förderung bestehender Einrichtungen. Ziffer 4 der Richtlinie ist zu Lasten der Diakonischen Heime mißachtet.

b) Gemäß Ziffer 1.2 der Richtlinie entscheidet die Bewilligungsbehörde "aufgrund pflichtgemäßen Ermessens im Rahmen der verfügbaren Ausgleichsabgabemittel".

Abgesehen davon, daß der Tatbestand des „pflichtgemäßen Ermessens“ ohne jede Bestimmtheit ist und darum als materialer Subventionstatbestand ganz unabhängig davon, daß er nicht in einem Gesetz der Legislative steht, rechtsstaatswidrig ist, weil er die Materialisierung der Subventionsvoraussetzungen gänzlich der Verwaltung überläßt, war die Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn nicht pflichtgemäß, sondern willkürlich.

Der einseitige Lagebericht des Kreisrates ist ein Verstoß gegen das Erfordernis des pflichtgemäßen Ermessens. Bei der Entscheidung über eine Subvention sind alle wesentlichen Umstände einzubeziehen. Insbesondere

sind alle Subventionsinteressenten, zumal wenn diese Subventionsanträge gestellt haben, zu berücksichtigen. Der Kreisrat ist zu einer neutralen Darstellung des Sachverhalts verpflichtet, damit die Mitglieder des Sozialausschusses sich ein objektives Bild machen können, auf dessen Grundlage sie abstimmen können. Gerade bei einer Subventionsentscheidung, die Wirkung auf Dritte hat, müssen die Interessen aller Wettbewerber berücksichtigt werden. Eine einseitige Darstellung des Sachverhalts verletzt nicht nur § 24 Abs. 2 VwVfG⁸³, wonach "die Behörde ... alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen" hat, sondern auch das Prinzip des fairen Verfahrens⁸⁴. Verfahren sind Essenz des Rechtsstaates. Nur die Kenntnis des ganzen relevanten Sachverhalts und nur ein faires Verfahren können zu einer rechtmäßigen, d.h. gerechten Subventionsentscheidung führen, die "pflichtgemäßem Ermessen" genügt, wenn schon in der Richtlinie keine näheren materialen Regelungen getroffen sind, die eine überprüfbare Subventionsentscheidung ermöglichen. Ein einseitiger, einen Interessenten begünstigender Bericht im Entscheidungsausschuß ist eine schwerwiegende Pflichtverletzung der Verwaltung, die grobes Unrecht, Willkür also, hervorbringt.

c) "Pflichtgemäßes Ermessen" gebietet allemal die Gesetzmäßigkeit der Subventionsmaßnahmen. Der Gesetzesvorrang⁸⁵ bleibt auch, wenn die Verwaltung (entgegen dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip) ohne gesetzliche Grundlage handelt, unangefochten.

Die Diakonischen Heime betreiben eine geeignete und anerkannte Förderwerkstatt im Sinne der §§ 136 ff. SGB IX. Keinesfalls durfte der Landkreis Gifhorn die Lebenshilfe Gifhorn durch Subvention fördern und auf diese Weise die Fördermittel entgegen den in § 93 Abs. 1 BSHG verankerten Grundsätzen des Bestandsschutzes und der Sparsamkeit verausgaben, zumal er dadurch entgegen den Grundrechten (dazu B) und entgegen den guten

⁸³ Nach § 1 NdsVwVfG vom 03.12.1976, zuletzt geändert durch Art. 4 G vom 28.11.1997, sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes vom 25.05.1976 (mit Änderungen) auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit u.a. der Landkreise anzuwenden.

⁸⁴ BVerfGE 39, 105 (111); 46, 202 (210); 57, 250 (274 f.); 66, 313 (318 f.); 78, 123 (126); 91, 176 (180); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 332 ff.; 341 f.

⁸⁵ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 108 ff.

Sitten in den Wettbewerb zwischen den Diakonischen Heimen in Kästorf und der Lebenshilfe Gifhorn eingegriffen hat (vgl. dazu C). § 93 Abs. 1 BSHG lautet:

"Zur Gewährung von Sozialhilfe sollen die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen einschließlich Dienste nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Vereinbarungen nach Absatz 2 sind nur mit Trägern von Einrichtungen abzuschließen, die insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit und der Gewährleistung der Grundsätze des § 3 Abs. 1 zur Erbringung der Leistungen geeignet sind. Sind Einrichtungen vorhanden, die in gleichem Maße geeignet sind, soll der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen vorrangig mit Trägern abschließen, deren Vergütung bei gleichem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Träger."

Unmittelbar verbietet diese Vorschrift nur "eigene Einrichtungen einschließlich Dienste" der "Träger der Sozialhilfe", also etwa des Landkreises Gifhorn (§ 96 Abs. 1 BSHG). Die Analogie zu dieser Vorschrift verbietet aber auch, den Aufbau von neuen Einrichtungen zu fördern, die weitestgehend (im Falle der Arbeitswerkstatt der Lebenshilfe Gifhorn 90 %) mit öffentlichen Mitteln finanziert werden, jedenfalls den Einsatz öffentlicher Mittel notwendig machen, obwohl diese gespart werden könnten, weil bereits "geeignete Einrichtungen anderer Träger" zur Verfügung stehen. Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Haushalte (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 6 Abs. 1 HGrG)⁸⁶, der auch unmittelbar eine staatliche oder kommunale Investitionsförderung für Einrichtungen ins Unrecht setzt, wenn eine Aufgabe durch bestehende, zumal nicht staatliche oder kommunale, Einrichtungen bewältigt wird oder werden kann, zwingt zur Analogie des § 93 Abs. 1 S. 1 BSHG dahingehend, daß öffentliche Mittel nicht eingesetzt werden sollen (dürfen), um neue Einrichtungen zu schaffen, wenn bereits geeignete Einrichtungen bestehen. Diese Analogie ist durch das Prinzip verfassungskonformer Anwendung von Vorschriften geboten, deren Regelung entgegen den Verfassungsprinzipien zu eng oder zu weit ist⁸⁷. Den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit

⁸⁶ K. Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 435, 1208, 1251 f.; Th. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, 1984, Art. 114, Rdn. 50.

⁸⁷ Vgl. zur verfassungskonformen Interpretation BVerfGE 2, 260 (282); 7, 120 (126); 8,

bringt auch Satz 3 des § 93 Abs. 1 BSHG zum Ausdruck. Die Diakonischen Heime haben eine geeignete und anerkannte Förderwerkstatt. Angesichts dieser Tatsachen verbietet die Analogie zu § 93 Abs. 1 BSHG den Aufbau einer neuen Einrichtung mit öffentlichen Mitteln (Ausgleichsabgaben) zu unterstützen. Die Entscheidung des Landkreises Gifhorn für die Subvention der Lebenshilfe Gifhorn war darum wegen Verstoßes gegen § 93 Abs. 1 BSHG analog gesetzeswidrig.

e) Zur rechtmäßigen Anwendung der Richtlinie vom 31.05.2001 gehört auch die Beachtung der sogenannten Startverbotsklausel⁸⁸. Danach gehört es regelmäßig zu den in Verwaltungsvorschriften festgelegten Voraussetzungen für eine Subvention, daß das Projekt vor der Bewilligung noch nicht begonnen wurde, um die öffentliche Hand nicht in Zugzwang zu setzen. Im Falle der Lebenshilfe Gifhorn wurde bereits vor der Bewilligung der Subvention das Grundstück für die Werkstätte für seelisch Behinderte gekauft. Der Ankauf des Grundstücks macht bereits einen großen Teil der insgesamt beantragten Subventionen aus. Das Projekt war somit schon vor der Subvention begonnen, die Startverbotsklausel wurde mißachtet.

Die (als solche als Rechtsgrundlage der Subvention nicht reichende) Richtlinie vom 31.05.2001 ist nicht rechtmäßig angewandt worden.

4. Ergebnis

Der Subventionsbescheid des Landkreises Gifhorn war aus doppeltem Grunde rechtswidrig. Er hatte erstens keine hinreichende Rechtsgrundlage in einem Gesetz und er hat zweitens die zugrundegelegte Richtlinie vom 31.05.2001 verletzt. Als Verwaltungsakt mit Wirkung für den Wettbewerber Diakonische Heime des Adressaten Lebenshilfe Gifhorn (Drittwirkung) hat der Subventionsbescheid wegen seiner Unsachlichkeit und Rechtswidrigkeit die Diakonischen Heime in ihren Rechten verletzt und ist gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO durch das Verwaltungsgericht aufzuheben, wenn der Landkreis Gifhorn den Bescheid nicht gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 VwVfG aufhebt.

38 (41); 9, 194 (200); 32, 373 (383 f.); 33, 52 (70); 48, 40 (45 f.); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 277 f.; ders., Res publica res populi, S. 905 ff.; W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 111 f.

⁸⁸ R. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Aufl. 2001, S. 373.

Wegen der wettbewerbsrechtlichen Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG ist der Subventionsbescheid darüber hinaus nach § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig, wie zu C, I, 5 dargelegt werden wird.

B. Unterlassungsansprüche aus den Grundrechten Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

Die Diakonischen Heime können einen grundrechtlichen Unterlassungsanspruch aufgrund der Verletzung ihrer Unternehmensfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, aber auch wegen der Verletzung ihrer Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch die Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn haben, weil sie durch diese in ihrem diakonischen Unternehmen, seelisch Behinderten zu helfen, ohne Rechtfertigung beeinträchtigt worden sind.

I. Elementaria des grundrechtlichen Wettbewerbsschutzes vor Subventionen der öffentlichen Hand

1. Privatheitsprinzip

Aus den Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ist als menschenrechtliches Subsidiaritätsprinzip das Privatheitsprinzip (Grundsatz und Vorrang der privaten Lebensbewältigung) zu folgern⁸⁹. Insbesondere die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG setzt die Privatheitlichkeit der Lebensbewältigung voraus, weil Eigentum aus prinzipiell privaten Rechten des Eigenen besteht⁹⁰.

Das Privatheitsprinzip normiert den grundsätzlichen Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung vor staatlichem Handeln. Wenn eine Lebensaufgabe in Privatheit bewältigt werden kann, muß die öffentliche Hand den Privaten

⁸⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff., 261 ff.; ders. Res publica res populi, S. 368 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 272 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 f.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 61 ff.; vgl. auch ders., Das Sozialprinzip, zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974, S. 62 ff.

⁹⁰ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 386 ff.; ders., Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte freiheitlicher Eigentumsgewährleistung, in: J. Isensee, H. Lecheler (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, FS Walter Leisner, 1999, S. 744 ff., 752 ff., 763 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 309 ff.

diese belassen. Prinzipiell muß die marktliche Sozialwirtschaft⁹¹ privatheitlich sein, weil die Marktlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit nur privatwirtschaftlich möglich sind⁹². Demgemäß ist die Europäische Gemeinschaft (der Gemeinsame Markt und der Binnenmarkt) "dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" verpflichtet (Art. 4 Abs. 1, Art. 98 und 105 Abs. 1 EGV). Das postuliert die Privatheitlichkeit der Unternehmen in der Wirtschaft⁹³. Die Ingerenz der öffentlichen Hand in den Markt und in den Wettbewerb, sei es durch eigene unternehmerische Verwaltung (öffentliche Unternehmen⁹⁴), sei es durch Subventionen, ist jeweils Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit und kann von den Unternehmern insoweit abgewehrt werden, als die Grundrechte der Unternehmensfreiheit Schutz geben⁹⁵. Daß Beihilfen den Wettbewerb beeinträchtigen und darum besonderer Rechtfertigung bedürfen, die keinesfalls ohne Gesetze möglich ist, erweist im europäischen Gemeinschaftsrecht das strenge Beihilferecht des Art. 87 ff. EGV. Der Wettbewerb ist die Logik des Marktes, dieser aber die der Unternehmensfreiheit, solange Markt und Wettbewerb funktionsfähig sind⁹⁶. Die Unternehmensgrundrechte können somit dem Unternehmer, hier den Diakonischen Heimen und ihrer Förderwerkstatt die verfassungsgesetzlichen subjektiven Rechte verschaffen, die es erlauben,

⁹¹ Dazu K. A. Schachtschneider, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: ders. (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 289 ff.

⁹² K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff.; ders., Res publica res populi, S. 388.; ders., Freiheit in der Republik, S. 264 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.; A. Emmerich-Fritsche, Das Privatheitsprinzip des Binnenmarktes, EWS 2001, S. 365 ff.

⁹³ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff.; ders., Res publica res populi, S. 388, 394 f.; ders., Freiheit in der Republik, S. 264 ff., 270 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 66 f.

⁹⁴ Zum Begriff K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 357 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 61 ff. (68).

⁹⁵ Vgl. F. Rittner/K.-D. Stephan, Die Konkurrentenklage im Subventionsrecht, GewArch 1985, 177 (182 f.); P.-M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 375 ff.; i.d.S. BVerwGE 87, 37 (41 ff.).

⁹⁶ M. Kläver, Die Verfassung des Marktes. F. A. v. Hayeks Lehre von Staat und Markt im Spiegel grundgesetzlicher Staats- und Verfassungslehre, 2000, S. 127 ff.; vgl. auch K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 369 ff., 388 ff., 393 ff.; ders., Res publica res populi, S. 396 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 270 ff.

rechtswidrige Subventionen an einen Wettbewerber abzuwehren, etwa und insbesondere den Subventionsbescheid anzufechten, weil er die Unternehmensfreiheit beeinträchtigt und dadurch als Verwaltungsakt Drittwirkung entfaltet, wie es zu A, II, 1 dargelegt ist.

Voraussetzung der grundrechtlichen Unternehmensfreiheit ist die Unternehmenseigenschaft.

2. Unternehmenseigenschaft der Diakonischen Heime in Kästorf e.V.

a) Wirtschaftseinheit

Ein Unternehmen ist eine eigenständige Wirtschaftseinheit⁹⁷. Der Begriff der Wirtschaftseinheit engt den Unternehmensbegriff auf wirtschaftliches Handeln ein. Wirtschaftlich kann gegenständlich (b) und funktional (c) verstanden werden. Eine unternehmerische Einheit ist die Zusammenfassung sachlicher und personeller Handlungsmöglichkeiten (Faktoren, Ressourcen) zum Zwecke wirtschaftlicher (gewerblicher oder freiberuflicher) Tätigkeit⁹⁸. Die Diakonischen Heime sind eine solche Einheit, jedenfalls deren Förderwerkstatt.

§ 14 BGB definiert (neuerdings, seit der Novelle vom 02.01.2002) Unternehmer wie folgt:

"Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt".

⁹⁷ G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1. Aufl. 1969, S. 56 f., 61; kritisch V. Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 60 ff., 184 f.; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 61 ff.

⁹⁸ Zum Unternehmensbegriff G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 26 ff.; ähnlich V. Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 50 ff.; P. Badura, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter besonderer Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherungsunternehmen, ZHR 146 (1982), S. 448 f.; vgl. R. Scholz, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), S. 97 (125 ff.); D. Ehlers, DJT 2002; vgl. weitere Hinweise bei K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 292 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 61 ff.; dies./D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 13 ff.

b) Gegenständlicher Wirtschaftsbegriff

Der Europäische Gerichtshof definiert eine Unternehmung als Teilnahme am Wirtschaftsleben⁹⁹. Der Begriff Wirtschaft umfaßt gegenständlich die Herstellung (Produktion) von oder den Handel (Distribution) mit Waren oder Dienstleistungen¹⁰⁰. Diese Kriterien sind wenig präzise, geben aber eine begriffliche Orientierung. Die Diakonischen Heime stellen Waren her, die vertrieben werden, und erbringen Dienstleistungen. Sie sind somit im Sinne des Typusbegriffs Unternehmen unternehmerisch tätig, insbesondere deren Förderwerkstatt.

Im weitesten Sinne ist alles private Handeln Unternehmung. Betriebswirtschaftlich ist der Unternehmensbegriff aber auf einkommensorientierte Wirtschaftseinheiten eingeeengt¹⁰¹. Volkswirtschaftlich ist die Unternehmung im System der Marktwirtschaft dadurch, daß "durch den Einsatz von Produktionsfaktoren Leistungen für Dritte produziert werden (Fremdbedarfsdeckung)", durch "das Autonomieprinzip, durch das erwerbswirtschaftliche Prinzip und durch das Prinzip des Privateigentums" charakterisiert¹⁰². Dieses Unternehmensverständnis ist mit der Definition des Umsatzsteuergesetzes in § 2 Abs. 1 kompatibel. Die Vorschrift lautet:

"Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfaßt die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird."

Die unternehmerischen Gesetze haben spezifische Unternehmensbegriffe,

⁹⁹ EuGH v. 12.12.1974 – Rs. 36/74 Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg. 1974, 1405 (1418); vgl. auch EuGH v. 16.06.1987 – Rs. 118/85 (Kommission/Italien), Slg. 1987, 2599, Rdn. 7; EuGH v. 18.06.1998 – Rs. C-35/96 (Kommission/Italien), Slg. 1998, I-3851, Rdn. 36; EuGH v. 12.09.2000 – Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavolov/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten), Slg. 2000, 6451, Rdn. 75.

¹⁰⁰ *W. Neus*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 1998, S. 7 f.; *G. Püttner*, Öffentliche Unternehmen, S. 47; dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 294 ff.

¹⁰¹ Vgl. *W. Neus*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 2 ff. (8).

¹⁰² *C. Schreiter*, Theorie der Unternehmung, Gabler, Volkswirtschaftslexikon, 1997, S. 1068 f.

die sich letztlich am Gewerbebegriff orientieren, aber die freien Berufe begrifflich einbeziehen. Das Gewerbe wird wie folgt definiert: Gewerbe ist jede von der Rechtsordnung erlaubte (generell nicht verbotene), auf Dauer angelegte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbständig ausgeübte Tätigkeit. Aus dem Gewerbebegriff ausgeklammert sind freie Berufe, die Urproduktion und die Verwaltung eigenen Vermögens¹⁰³.

Ob der Unternehmensbegriff Gewinnerzielungsabsicht bei der unternehmerischen Betätigung voraussetzt, ist fragwürdig¹⁰⁴. In der Marktwirtschaft ist die Gewinnerzielung der typische Zweck eines Unternehmens. Spezifisches Kriterium eines Unternehmens ist jedoch die Privatheitlichkeit wirtschaftlicher Betätigung, nicht die Gewinnerzielung. Die Diakonischen Heime betreiben ihre Einrichtungen wirtschaftlich, um aus den Überschüssen ihrer diakonischen Verpflichtung der Nächstenliebe nachkommen zu können. Wirtschaftlichkeit im Sinne des ökonomischen Prinzips (dazu c) ist das Wirtschaftskriterium, nicht die Absicht der Gewinnerzielung. Das gilt richtigerweise auch für den Gewerbebetrieb¹⁰⁵. In diesem Sinne sind die Diakonischen Heime in Kästorf ein Unternehmen.

c) Funktionaler Wirtschaftsbegriff

Wirtschaftlichkeit im Sinne des ökonomischen Prinzips ist eine Notwendigkeit eines Unternehmens, das seinen Bestand wahren will. Nach dem ökonomischen Prinzip werden Zwecke mit den dafür notwendigen Mitteln angestrebt (Minimum- oder Maximumprinzip)¹⁰⁶. Eine solche Rationalität ist das funktionale Wirtschaftskriterium, nach dem sich Unternehmer zu richten pflegen. Man sagt, ein Handeln sei unwirtschaftlich, wenn es dem ökonomi-

¹⁰³ BVerwG, GewArch 1976, 293; BVerwG, NVwZ 1995, 473; dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 11 ff.

¹⁰⁴ Vgl. F. Rittner, Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, 1979, S. 133; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 65 f.; dies./D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 15 f.

¹⁰⁵ Dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 12 f.

¹⁰⁶ Dazu W. Neus, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 3 ff.

schen Prinzip nicht folgt. Ein rechtliches Tatbestandsmerkmal des Unternehmensbegriffs ist diese funktionale Wirtschaftlichkeit nach keinem Gesetz. Sie ist vielmehr der unternehmerische Imperativ.

d) Privatheitlichkeit

Wesentliches Kriterium eines Unternehmens ist dessen Privatheit¹⁰⁷. Alle Betätigungen von Privaten sind Unternehmungen im weiteren Sinne. In engerem Sinne sind es nur die privaten Betätigungen, die dem privatheitlichen Wirtschaftsrecht, insbesondere dem Handels-, Gesellschafts- und dem Wettbewerbsrecht, unterfallen¹⁰⁸. Die Einrichtungen der Diakonie sind, wenn auch kirchlich, so doch nicht staatlich¹⁰⁹, also privatheitlich.

e) Ergebnis

Die Diakonischen Heime betreiben ein Unternehmen, jedenfalls mit der Förderwerkstatt für seelisch Behinderte. Deshalb bestimmen die Grundrechte, welche Unternehmen und unternehmerische Tätigkeiten und damit auch deren Wettbewerb schützen, die Rechtsverhältnisse dieser Diakonischen Heime, also Art. 12 GG, Art. 14 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, aber auch Art. 4 GG.

II. Wettbewerbsschutz aus Wirtschaftsgrundrechten

1. Wettbewerbsschutz der Diakonischen Heime als Unternehmer aus der Berufsfreiheit des Art. 12 GG

a) Berufsfreiheit als Gewerbefreiheit juristischer Personen?

Ein Beruf besteht nach der Praxis aus erlaubten Tätigkeiten, welche auf Dauer angelegt sind und der Erhaltung des Lebens dienen, seien sie selbständig oder unselbständig, also in einem Dienstverhältnis, ausgeübt¹¹⁰. Die

¹⁰⁷ K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 66 f.; vgl. auch *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., insb. S. 285 ff.; *ders.* Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 264 ff.

¹⁰⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., insb. S. 357 ff.

¹⁰⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsrechtliche Grundlagen der Diakonie, in: Forschungsgruppe Diakonienmanagement, Arbeitsbericht 2001-1, Der Diakonische Auftrag: Grundlagen - Ansprüche - Verantwortung, 4. Management-Symposium der Diakonischen Heime in Kästorf e.V. am 10. und 11. November 2000, S. 51 ff.

¹¹⁰ I.d.S. BVerfGE 7, 377 (397); 19, 330 (336 f.); 30, 292 (334); 50, 290 (362); 54, 301

sogenannte Berufsfreiheit ist dem Text des Art. 12 Abs. 1 GG gemäß in die Berufswahlfreiheit (Satz 1, 1. Altern.) und die Berufsausübungsfreiheit zu unterscheiden¹¹¹.

Auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auch (inländische) juristische Personen berufen¹¹². Der Begriff der juristischen Person ist verfassungsrechtlich weiter als der enge zivilistische Begriff der juristischen Person und erfaßt alle gefestigten Vereinigungen von Menschen¹¹³, also gegebenenfalls auch die Kirchen und ihre rechtlich selbständigen Einrichtungen. Die Frage ist, ob unternehmerische Tätigkeit, wie sie auch die Diakonie übt, unter die Berufsfreiheit fällt, wie das viele Rechtslehrer vertreten und wie es auch die Rechtsprechung, mit gewissen Vorbehalten, praktiziert¹¹⁴. Die Freiheit der Wahl des Berufs ist personalistisch¹¹⁵ und kann juristischen Personen als solchen kein Grundrecht geben. Die Freiheit der Berufsausübung ist entgegen der vom Bundesverfassungsgericht praktizierten Einheit der Berufsfreiheit¹¹⁶ ein eigenständiges Grundrecht, aber die Regeln, welche an diesem Grundrecht gemessen werden, müssen berufsregelnde Tendenz haben, praktiziert das Bundesverfassungsgericht¹¹⁷. Die Unternehmensfreiheit ist Gewerbefreiheit. Unternehmerische Tätigkeit kann sowohl durch die Berufswahlfreiheit als auch und insbeson-

(313); 59, 302 (315); 75, 284 (292); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); i.d.S. auch BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39); K. A. *Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung (Glykol-Skandal), S. 115 ff.

¹¹¹ K. A. *Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

¹¹² BVerfGE 50, 290 (363); 53, 1 (13); 65, 196 (209 f.); 97, 228 (253).

¹¹³ BVerfGE 4, 7 (12, 17); 20, 162 (171); 53, 1 (23); st. Rspr.

¹¹⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 126; dazu und zum Folgenden K. A. *Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

¹¹⁵ K. A. *Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 118.

¹¹⁶ BVerfGE 7, 377 (400 ff.); st. Rspr., BVerfGE 11, 30 (42 f.); 33, 303 (329 f.); 46, 120 (138 ff.); 50, 290 (362 ff.); 54, 237 (245 f.); 80, 269 (278 f.); 82, 209 (228 f.); anders wohl der EuGH, vgl. dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 399 ff.

¹¹⁷ BVerfGE 13, 181 (186); 38, 61 (79); 82, 209 (223 f.); 95, 267 (302); 96, 375 (397); st. Rspr.

dere durch die Berufsausübungsfreiheit grundrechtlich geschützt sein¹¹⁸ (argumentum aus § 14 BGB). Die Gewerbefreiheit als solche ist durch die Berufsfreiheiten der Grundrechte aus Art. 12 GG nicht geschützt¹¹⁹. Als Unternehmensfreiheit kommt für die Diakonischen Heime allenfalls der berufsfreiheitliche Grundrechtsschutz der Berufsausübung, also der unternehmerischen Betätigung (nicht der Berufswahl) in Betracht, den ein Gewerbetreibender in Anspruch nehmen kann; denn einen Beruf im eigentlichen Sinne übt eine Diakonie nicht aus. Das Europarecht kennt im übrigen wirtschaftliche Grundfreiheiten¹²⁰ und den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb¹²¹.

Beruf ist im Gegensatz zu dem weiten Begriff des Bundesverfassungsgerichts¹²² die Profession, das Erlernte und Gekonnte¹²³. Nur ein Mensch kann einen Beruf haben, nicht eine juristische Person, die auch nicht "Deutscher" sein kann (vgl. Art. 12 Abs. 1 GG). Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht jüngst hervorgehoben: "Beruf ist danach nicht nur die aufgrund einer persönlichen ‚Berufung‘ ausgewählte und aufgenommene Tätigkeit, sondern jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft. Bei diesem weiten, nicht personal gebundenen Berufsbegriff ist das Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar" (BVerfGE 97, 228 (253))¹²⁴. Das Bundesverwaltungsgericht formuliert das noch klarer als das

¹¹⁸ K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

¹¹⁹ Dazu genauer K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 2 ff.; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 334 ff.; auch ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.

¹²⁰ Art. 28 EGV (Warenverkehrsfreiheit), Art. 39 (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art. 43 (Niederlassungsfreiheit), Art. 49 (Dienstleistungsfreiheit), Art. 56 (Kapitalverkehrsfreiheit).

¹²¹ Art. 4 EGV, auch Art. 98 und Art. 105 Abs. 1 EGV.

¹²² I.d.S. BVerfGE 7, 377 (397); 19, 330 (336 f.); 30, 292 (334); 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 75, 284 (292); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); i.d.S. auch BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

¹²³ Zur Geschichte des Berufsbegriffs W. Conze, Beruf, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 1, 1972/79, S. 490 ff.

¹²⁴ Unter Berufung auf BVerfGE 50, 290 (363) – Mitbestimmung; so auch BVerfGE 21, 261 (266); 65, 196 (209 f.); 74, 129 (148 f.); 95, 173 (181).

Bundesverfassungsgericht: "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung"¹²⁵. Damit haben die Gerichte die Berufsfreiheit, ausweislich Art. 23 Nr. 1 AEMR ein Menschenrecht, erneut zur Erwerbsfreiheit und damit zur "Unternehmensfreiheit", welche auch juristischen Personen, also Unternehmensgesellschaften, zukommt, umgewandelt. Sie schließen damit in der Sache an die über Jahrzehnte praktizierte Rechtsprechung an, welche explizit oder meist implizit die Gewerbefreiheit unter den Schutz des Grundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG stellt, um auch juristischen Personen die Berufung auf die Berufsfreiheit (besser: Berufsfreiheiten) zu ermöglichen¹²⁶. Kernsatz dieser Judikate ist: "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann"¹²⁷. Das Gericht sieht die "Gewerbefreiheit" von Art. 12 Abs. 1 GG "umfaßt"¹²⁸.

¹²⁵ BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

¹²⁶ BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 50, 290 (362 ff.); 53, 280 (363); 65, 196 (209 ff.); 74, 129 (148 f.); auch BVerfGE 97, 228 (252 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.); ganz so BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39); BVerwG, BayVBl 1992, 502 (505); dem folgend *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdn. 44, S. 252 f.; *H.-J. Papier*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 814 ff., 832 ff.; *ders.*, Unternehmen und Unternehmensfreiheit in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 29 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 6, 115, 130, 135 ff., 255; *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, § 147, Rdn. 61; auch noch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.; aber restriktiv *ders.*, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, in: W. Thieme (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S. 130, Fn. 178; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 336 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold*, Grundlagen des Gewerberechts, S. 2 ff.

¹²⁷ BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 41, 205 (228); 50, 290 (363); 65, 196 (209 f.); 74, 129 (148 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 97, 228 (252 f.), zum Wettbewerb als Berufsausübung; auch BVerfG, 1BvR/558 vom 26.6.2002, NJW 2002, 2621 ff.

¹²⁸ BVerfGE 50, 290 (362); i.d.S. auch BVerfGE 41, 205 (228) wo das „Prinzip der Gewerbe- und Unternehmerfreiheit“ als Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG genannt wird.

Der Beruf ist wesentlicher Teil der Persönlichkeit eines Menschen. Der Berufsbegriff ist, wie gesagt, personalistisch, nicht aber ökonomistisch. Das Bundesverfassungsgericht hat den "personalen Grundzug" aus dem Berufsbegriff eliminiert und dem Begriff einen kapitalistischen Bezug verschafft, so daß Unternehmen jeder Form und jeder Größe sich auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können. "Wahrnehmung der Unternehmensfreiheit ist sowohl die Gründung und Nutzung eines Klein- oder Mittelbetriebes als auch die Tätigkeit eines Großunternehmens"¹²⁹. Mit dem Kriterium der "berufsregelnden Tendenz"¹³⁰ reduziert das Bundesverfassungsgericht freilich die Abwehrwirkung des tatbestandlich (allzu) weit interpretierten Grundrechts, allerdings mit einem offenen (wenig bestimmten) Begriff, dessen Anwendung überaus unsicher ist. Das Argument des "personalen Grundzuges" nutzt das Gericht (nur), um Maßnahmen des Gesetzgebers, welche die Sozialpflichtigkeit des Unternehmens einfordern ("sozialer Bezug"), gegenüber großen Unternehmen zu rechtfertigen. Soweit die Berufsausübung personalen Bezug hat, ist der berufsfreiheitliche Schutz intensiver¹³¹.

Nicht jede Betätigung, mit der man sein Leben fristet oder gar nur Geld "macht", ist Beruf, insbesondere nicht die unternehmerische Betätigung als solche. Der verfassungsgesetzliche Berufsbegriff orientiert sich an den herkömmlichen Berufen, etwa den Handwerkern, die eine Lehre haben, den freien Berufen, die meist eine akademische Ausbildung voraussetzen, aber auch am öffentlichen Dienst, den Berufsbeamten (Art. 33 Abs. 5 GG). Art. 12 Abs. 1 GG schützt an sich nicht die Gewerbefreiheit. Die Gewerbefreiheit ist gerade nicht als eigenständiges Grundrecht in das Grundgesetz aufgenommen worden, wie der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG erweist. Art. 55 und Art. 66 GG nennen das Gewerbe neben dem Beruf und dem auf Erwerb gerichteten Unternehmen und zeigen damit, daß dem Parlamentarischen Rat der Unterschied zwischen Beruf und Gewerbe bewußt war. In der deutschen Wirtschaftsgeschichte ist immer zwischen den Begriffen Beruf

¹²⁹ BVerfGE 50, 290 (362 ff.).

¹³⁰ BVerfGE 7, 377 (397); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 32, 311 (316); 48, 376 (388); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 81, 70 (85); 95, 267 (302); 96, 375 (397); zurückhaltend BVerwGE 87, 37 (43 f.).

¹³¹ So BVerfGE 50, 290 (363 f.).

und Gewerbe unterschieden worden¹³². Art. 158 der Paulskirchenverfassung von 1849 kannte die Freiheit, den Beruf zu wählen, die Weimarer Reichsverfassung von 1919 in Art. 151 Abs. 3 die "Freiheit des Handels und Gewerbes" nach Maßgabe der Reichsgesetze. Trotz § 1 GewO vom 21. Juni 1869 (zunächst für den Norddeutschen Bund, später für das Deutsche Reich, heute für die Bundesrepublik Deutschland), der "für jedermann den Betrieb eines Gewerbes gestattet", ist die Gewerbefreiheit nicht in das Grundgesetz geschrieben worden. Die Gewerbefreiheit ist nicht in der Berufsfreiheit aufgegangen, wie es etwa Rüdiger Breuer vertritt¹³³. Die Interpretation des Grundrechts darf diese Politik nicht umkehren. Die Unternehmer finden in anderen Grundrechten Schutz ihrer Unternehmungen, vor allem in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG und (subsidiär) in der allgemeinen (Handlungs)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

Art. 19 Abs. 3 GG bahnt den juristischen Personen den Weg zum Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG allenfalls insoweit, als auch natürliche Personen grundrechtlichen und damit verfassungsgerichtlichen Schutz ihrer Berufsinteressen beanspruchen können¹³⁴. Weitreichend schützt die Berufsausübungsfreiheit des Satzes 2 von Art. 12 Abs. 1 GG die unternehmerische Betätigung.

b) Berufskriterium der erlaubten Tätigkeiten

Unternehmer erfüllen die Kriterien des weiten Berufsbegriffs der Praxis, wenn ihre auf Erwerb gerichteten, also gewerblichen, Tätigkeiten erlaubt, d.h. legal, sind. Beruflichkeit setzt erlaubte Tätigkeiten voraus¹³⁵. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht bestimmte Handlungen, sondern nur die berufliche

¹³² Dazu *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 1 ff.; *W. Conze*, Beruf, S. 490 ff.

¹³³ Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 9.

¹³⁴ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339; i.d.S. BVerfG, Hinweise wie Fn. 127.

¹³⁵ BVerfGE 7, 377 (397); 14, 19 (22); 48, 376 (388); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 81, 70 (85); das Kriterium der Erlaubtheit ist in BVerfGE 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 82, 909 (293); 97, 228 (252 f.); BVerfG, 1 BVR 558/91 vom 26.06.2002, Rdn. 39, erwähnt das Kriterium nicht, schränkt aber die Wettbewerbsfreiheit drastisch ein; dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff.; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 339 ff.

Ausübung von erlaubten Handlungen. Das Bundesverwaltungsgericht will nur schlechthin gemeinschädliche Tätigkeiten aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausnehmen¹³⁶, so daß das Verbot beruflicher Tätigkeiten zur objektiven Zulassungsschranke wird, welche nur zugunsten besonders wichtiger und überragender Gemeinrechtsgüter, die das Verbot "zwingend erfordern", gerechtfertigt werden könne¹³⁷. Dagegen spricht, daß es vom Gesetz abhängt, ob eine Tätigkeit als gemeinschädlich bewertet wird. Sonst übernehmen die Gerichte die Aufgabe der Gesetzgebung. Sie haben diese aber nur an den Maßstäben des Rechts zu überprüfen¹³⁸. Wenn Betätigungen eines Unternehmens verboten oder sonstwie mit berufsregelnder Tendenz unterbunden werden, kann das eine Berufsausübungsregelung sein, die gegenüber der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zu rechtfertigen ist. Das bedarf eines Gesetzes, das der praktischen Vernunft genügt¹³⁹.

c) Ergebnis

Die Diakonischen Heime sind ein Unternehmen, das eine Förderwerkstatt betreibt. Die Tätigkeit ist allgemein erlaubt und die Förderwerkstatt ist anerkannt. Das Unternehmen will seelisch Behinderten helfen. Es ist ein Teil der Diakonie. Es ist aber zugleich ein gewerbliches Unternehmen. In diesem werden zwar verschiedene Berufe ausgeübt. Es ist aber als Unternehmen nicht Beruf im personalen Sinne. Als Unternehmen und juristische Person können sich die Diakonischen Heime auf den Schutz der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG berufen, wenn sie von den Maßnahmen der öffentlichen Hand, des Kreises Gifhorn, so betroffen sind, wie es jemand wäre, der einen Beruf ausübt¹⁴⁰. Das hängt davon ab, ob die Maßnahme eine zumindest objektiv "berufsregelnde Tendenz" hat¹⁴¹. Eine berufsregelnde

¹³⁶ BVerwGE 22, 286 (287 ff., 289); 96, 302 (308 f.); i.d.S. auch *R. Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 44; dem Bundesverfassungsgericht aber folgt BVerwGE 87, 37 (39).

¹³⁷ BVerwGE 96, 302 (311).

¹³⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 858 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 219 ff.

¹³⁹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff., 122 ff., 137 ff.

¹⁴⁰ Vgl. die Hinweise in Fn. 127.

¹⁴¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 130.

Tendenz hat die Rechtsprechung Subventionen, die einen Unternehmer begünstigen und dessen Wettbewerber benachteiligen, bisher nicht zugesprochen. Die (vermeintlich bloß) faktische und mittelbare Beeinträchtigung des Unternehmens durch die Subvention des Wettbewerbers kann das benachteiligte Unternehmen vom Markt verdrängen. Das ist spezifisch eine unternehmerische Wirkung, die nicht einen Beruf, etwa den des Förderwerkstättenbetreibers für seelisch Behinderte, unterbinden oder regeln will oder auch nur regelt¹⁴². Vielmehr ist das eine marktliche Maßnahme, die einen Unternehmer am Markt benachteiligt, nicht aber einen Beruf als solchen verbietet oder behindert oder auch nur dessen Ausübung ordnet. So hat das Bundesverfassungsgericht der Belastung von landwirtschaftlichen Unternehmen mit Geldleistungspflichten (Altschulden), welche die Unternehmen zur Aufgabe ihrer Unternehmung gezwungen haben, nicht als Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz eingestuft (BVerfGE 95, 267 (302))¹⁴³. Daß einzelne Unternehmen wegen einer Regelung, etwa wegen eines Steuergesetzes, ihr Unternehmen liquidieren müssen, macht noch keine berufsregelnde Tendenz aus. Anders ist es, wenn eine bestimmte Betätigung, etwa die Automatenaufstellung, durch hohe Besteuerung erdrückt werden soll¹⁴⁴. Die Subvention der Lebenshilfe Gifhorn ist somit keine Beeinträchtigung und Verletzung der Berufsausübungsfreiheit, soweit sich die Diakonischen Heime auf diese berufen können, obwohl die Maßnahme keine gesetzliche Grundlage hat.

Wäre die Gewerbefreiheit ohne die Einschränkung auf Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, wie es vielfach, nicht immer aufgrund genauen Studiums der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vertreten wird¹⁴⁵, so wäre die Subvention eines

¹⁴² Tendenziell anders BVerwGE 87, 37 (41), öffentliche Warnung vor Glykol; dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 115 ff., 128 ff.; zur faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung 2, b und Fn. 187.

¹⁴³ Zur Altschuldenproblematik K. A. Schachtschneider (*O. Gast*), Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, insb. S. 94 ff., 175 ff.

¹⁴⁴ Vgl. BVerfGE 13, 181 (186 f.); 14, 76 (100 f.), 16, 147 (161); 17, 135 (137); 29, 327 (331, 333 f.); dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 353 ff.

¹⁴⁵ Vgl. die Hinweise in Fn. 126; tendenziell auch BVerwGE 87, 37 (41 ff.).

Wettbewerbers eine Beeinträchtigung des Berufsgrundrechts und mangels gesetzlicher Grundlage eine Grundrechtsverletzung, wie es die Erörterung der Eigentumsgewährleistung als Unternehmensfreiheit zu 2. vor Augen führt.

Wenn gar eine Wettbewerbsfreiheit vom grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit erfaßt wäre¹⁴⁶, so wäre die staatliche Subvention eines Unternehmens zu Lasten eines anderen Unternehmens fraglos eine Beeinträchtigung diese Wettbewerbsfreiheit und eine Verletzung derselben, wenn die Subvention nicht auf ein Gesetz der Legislative gestützt werden kann. Ein solches Gesetz müßte starke Gründe für sich haben, weil der Staat grundsätzlich zur Neutralität gegenüber dem unternehmerischen Wettbewerb verpflichtet ist¹⁴⁷. Das Grundgesetz kennt aber kein Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit. Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb, insbesondere durch Subvention, müssen spezifisch an der Berufsausübungsfreiheit, der Eigentumsgewährleistung und gegebenenfalls der allgemeinen (Handlungs)Freiheit gemessen werden. Subventionen können die Marktstellung und damit das Eigentum gefährden (dazu 2, b), sind aber, jedenfalls Investitionssubventionen, keine Berufsausübungsregelungen. Die verwaltungsgewärtliche Praxis hat bislang auch keinen Grundrechtsschutz gegen staatliche Subventionen aus der Berufsausübungsfreiheit zugestanden, im Widerspruch zur Dogmatik von der Wettbewerbsfreiheit.

2. Wettbewerbsschutz der Unternehmen Diakonische Heime aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

Die Unternehmensbeeinträchtigungen der "wettbewerbsverzerrenden" Maßnahmen des Landkreises Gifhorn können die Diakonischen Heime in dem Unternehmens- und damit Wettbewerbsschutz aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG verletzen.

¹⁴⁶ So BVerwGE 30, 191 (198 f.); 60, 154 (160); 65, 167 (174); 71, 183 (189 ff.); R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rdn. 79 ff.; H.-J. Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, HVerfR, S. 799 ff., 834; G. Lübke-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2710 ff.; BVerfG, 1BvR 558/91 vom 26.6.2002, Rdn. 40 ff.; NJW 2002, 2622 ff.; kritisch K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung, S. 152 ff.

a) Recht am Unternehmen als Eigentum

aa) Eigentumsschutz und Eigentumsgebrauchsschutz

Als Eigentum werden alle vermögenswerten privaten Rechte oder "Güter" (also nicht nur Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches), aber auch öffentlich-rechtliche vermögenswerte Rechte geschützt, letztere nach der Praxis nur, wenn sie auf eigener Leistung beruhen¹⁴⁸.

Das Grundgesetz materialisiert den Rechtsbegriff Eigentum nicht näher. Inhalt und Schranken des Eigentums werden demgemäß nach Satz 2 des Art. 14 Abs. 1 GG durch die (einfachen) Gesetze bestimmt¹⁴⁹. Was als Eigentum grundrechtlichen Schutz genießt, ist Sache der Politik, weil das Eigentum nicht nur privatnützig¹⁵⁰, sondern auch sozialpflichtig ist¹⁵¹. Die Sozialpolitik

¹⁴⁷ Hinweise in Fn. 192 ff.

¹⁴⁸ BVerfGE 14, 288 (293); st. Rspr.; etwa BVerfGE 30, 292 (334); 53, 257 (289 ff.); 58, 81 (112 f.); 69, 272 (300 ff.); 70, 115 (122); 70, 191 (199); 72, 175 (193); 83, 201 (209); 95, 267 (300); 97, 350 (371); BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.06.2002, Rdn. 74; *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 3, 85 ff., 119 ff.; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 329, 347 ff.; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 1994, Art. 14, Rdn. 124 ff.; *O. Kimminich*, GG, Bonner Kommentar, Drittbearbeitung, 1992, Art. 14, Rdn. 31, 55 f.; *R. Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 113 ff., der Eigentum "als qualifiziertes normatives Zugehören" dogmatisiert (S. 121 ff.); *D. Ehlers*, Eigentumschutz, Sozialbindung und Enteignung, VVDStRL 51 (1992), S. 214 f.; weiter noch BGHZ (Großer Senat) 6, 270 (278), wonach "jedes vermögenswerte Recht", "das ganze Vermögen der Bürger", durch die Eigentumsgarantie und den Eigentumsschutz geschützt sei, "gleichgültig, ob es dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht" angehöre; *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff., insb. S. 767 ff., der auch Rechte auf soziale Leistungen in den Eigentumsbegriff einbezieht, Hinweise daselbst zu Fn. 169.

¹⁴⁹ Dazu und zum Folgenden *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 743 ff., insb. S. 751 ff., 755 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 316 ff., 322 ff., 367 ff.

¹⁵⁰ BVerfGE 24, 367 (390); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); 52, 1 (30); 58, 300 (345); 70, 191 (200); 79, 174 (198); 79, 292 (303); 81, 208 (220); 87, 114 (138 f.); 91, 294 (308 f.); 93, 121 (137); 100, 226 (247); 100, 289 (303) u.ö.; *W. Leisner*, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 44, 74, 140; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 366 ff.; *P. Badura*, Eigentum, HVerfR, S. 330, 342; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 277 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 1004, 1023 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 754, 772.

¹⁵¹ BVerfGE 8, 71 (80); 20, 351 (356); 25, 112 (117); 37, 132 (140 f.); 52, 1 (29); 81, 208

ist aber lageabhängig. Freilich muß der Gesetzgeber sich an der grundsätzlichen Privatheitlichkeit des Eigentums orientieren¹⁵². Das soziale Eigentum ist das gesetzliche Eigentum¹⁵³.

Die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG umfaßt auch den Gebrauch des Eigentums. Der Gebrauch des Eigentums soll nämlich nach Satz 2 des Absatzes 2 dieses Grundrechts zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Zunächst darf der Gebrauch somit privatnützig sein. Das Privatnützigkeitsprinzip ist der wichtigste Topos der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 14 GG¹⁵⁴. Das Eigentumsgebrauchsrecht findet in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des Bundesverwaltungsgerichts Schutz in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG¹⁵⁵.

bb) Eigentum am "engerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"

Grundrechtlichen Eigentumsschutz genießt in der Zivil- und Verwaltungsrechtsprechung zu Recht auch der sogenannte "engerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb", das Unternehmen¹⁵⁶. Das Bundesverfassungsgericht läßt diesen Unternehmensschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG jedoch ständig unent-

(222); 89, 1 (9); 100, 226 (240 f.); K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff., insb. S. 773 f.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 322 ff.; *ders.*, Fallstudie Umweltschutz, S. 342 f.

¹⁵² K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 765 f.; i.d.S. BVerfGE 100, 226 (241).

¹⁵³ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 322 ff.; vgl. i.d.S. BVerfGE 100, 226 (241).

¹⁵⁴ Etwa BVerfGE 24, 367 (390); 50, 290 (339); 87, 114 (138); 93, 121 (137); 100, 226 (247); 100, 289 (303); st. Rspr.

¹⁵⁵ BGHZ 78, 41 (42 ff.); 92, 34 (37); 111, 349 (355 f.); BVerwGE 62, 224 (226); 67, 84 (92); 67, 93 (96).

¹⁵⁶ BGHZ 78, 41 (42 ff.); 92, 34 (37); 111, 349 (355 f.); BGHZ JZ 1996, 1122 (1123); BVerwGE 62, 224 (226); 67, 84 (92); 67, 93 (96) für den Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG; dafür W. Leisner, Eigentum, HStR, Bd. VI, § 149, Rdn. 108 ff.; P. Badura, Eigentum, HVerfR, § 10, Rdn. 94 ff.; H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, 1994, Art. 14, Rdn. 95 ff., 220; K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 344 ff.; vgl. auch *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 346 ff., 353 ff.; *ders.*, Fallstudie Produktwarnung, S. 187 ff.

schieden¹⁵⁷, weil ein Unternehmen nur die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu einem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte sei, die als solche schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt seien.

Das Recht am Unternehmen ist als Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte, schon vom Reichsgericht, anerkannt¹⁵⁸. Der Bundesgerichtshof anerkennt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in gewissem Sinne (und auch nur als Auffangrecht) als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB an¹⁵⁹, das aber nur bei "unmittelbar betriebsbezogenen Eingriffen" verletzt sei¹⁶⁰, so daß ein offener Tatbestand entstanden ist, der richterliche Rechtsetzung deckt¹⁶¹ (vgl. D, I, 2 und 6). Der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht beziehen dieses Recht am Unternehmen auch in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ein¹⁶². Das Unternehmen wird als eine Einheit begriffen. Daß ein Unternehmen ein eigenständiger Vermögenswert ist, erweist der Markt. Dieses Recht ist richterrechtliche Materialisierung des grundgesetzlichen Eigentumsbegriffs und darum des grundrechtlichen Eigentumsschutzes fähig¹⁶³.

Gegenstand des deliktsrechtlichen Schutzes sind die rechtmäßig ausgeübten

¹⁵⁷ BVerfGE 45, 142 (173); 51, 193 (221 f.); 58, 300 (353); 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); 84, 212 (232); BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.06.2002, Rdn. 76; aber BVerfGE 22, 380 (386).

¹⁵⁸ RGZ 58, 23 (29); BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 45, 296 (306 f.); 81, 21 (33); 84, 112 (232); 98, 341 (351).

¹⁵⁹ BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 29, 65 (67); 45, 296 (306 f.); 65, 325 (328); 67, 190 (192); 69, 128 (138); 81, 21 (33); 86, 152 (156); 92, 34 (37); 98, 341 (351); kritisch *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Lehrbruch des Schuldrechts, III, 2, Besonderes Schuldrecht, 13. Aufl. 1994, § 81, S. 538 ff., 560 ff.

¹⁶⁰ BGHZ 29, 65 (74); 69, 128 (139); 86, 152 (156); *H. Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, Rdn. 21 zu § 823; *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, § 823, Rdn. 481 ff. (Rahmenrecht), insb. 490 ff.

¹⁶¹ Kritisch *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 483, 491 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 545, 561.

¹⁶² Hinweise wie Fn. 156; auch *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 562.

¹⁶³ Hinweise in Fn. 156, 159, 160.

unternehmerischen Tätigkeiten. Das Unternehmen wird in der "gesamten wirtschaftlichen Betätigung" geschützt¹⁶⁴. Umfaßt ist alles, was den Wert des Betriebs ausmacht¹⁶⁵, vor allem der Bestand des Unternehmens¹⁶⁶, aber auch dessen bereits eingeführte (nicht die nur geplanten) Handlungsweisen¹⁶⁷, dessen "Kundenstamm, geschäftliche Verbindungen, Beziehungen", u.a.¹⁶⁸.

Die Zivilgerichte praktizieren das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, also das Recht am Unternehmen, weniger als ein "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, als vielmehr als einen unternehmensschützenden deliktischen Auffangtatbestand¹⁶⁹. Darum indiziert die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs in dieses Recht am Unternehmen nicht schon die Rechtswidrigkeit, wie grundsätzlich nach der legislativen Konzeption im Recht unerlaubter Handlungen, sondern das Unrecht wird unter Beachtung aller Umstände durch Güter- und Interessenabwägung positiv ermittelt¹⁷⁰.

b) Grundrechtlicher Eigentumsschutz unternehmerischer Betätigung

Das Recht am Unternehmen umfaßt in der Praxis der Zivilgerichte auch die (eingerichtete) unternehmerische Betätigung¹⁷¹ und nicht nur das Unterneh-

¹⁶⁴ BGHZ 3, 270 (279); 29, 65 (69); interpretationsbedürftig i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351); *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 485.

¹⁶⁵ BGHZ 23, 157 (162 f.); 45, 150 (155); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 14, Rdn. 95.

¹⁶⁶ BGHZ 30, 292 (334 f.); 92, 34 (46); 98, 341 (351): „nur Bestandsschutz, nicht Erwerbsschutz“.

¹⁶⁷ I.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.).

¹⁶⁸ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 95; *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 485, 492 ff. (Fallgruppen); genauer *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 189 ff.; *ders.*, Fallstudie Umweltchutz, S. 346 ff.

¹⁶⁹ BGHZ 45, 296 (307); vgl. *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 484 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 558, 561; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 823, Rdn. 19.

¹⁷⁰ BGHZ 45, 296 (307 f.); 65, 325 (329); *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 1 ff.; *H. Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 32 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543.

¹⁷¹ Insb. BGHZ, 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.); *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes

men in dessen Bestand im engeren Sinne (also Eigentum und ähnliche Rechte des Privatrechts). Die unternehmerische Betätigung will die verfassungsgerichtliche Praxis allenfalls mittels Art. 12 Abs. 1 GG (gegen Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz, vgl. 1a) und nicht mittels Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützen und begründet dies mit der wenig überzeugenden Formel, Art. 14 Abs. 1 GG schütze nicht den Erwerb, sondern das Erworbene¹⁷². Aber auch die hinreichend stabilisierten Erwerbsmöglichkeiten, insbesondere Absatzmöglichkeiten, Marktanteile, jedenfalls wenn diese durch eigene Leistung aufgebaut sind, sind Eigenes¹⁷³ und damit eigentumschutzfähig¹⁷⁴. Die Berufsfreiheit leistet keinen unternehmerischen Erwerbsschutz, weil sie nicht die Unternehmensfreiheit als solche schützt¹⁷⁵, aber die Eigentumsgewährleistung den Schutz des Eigentumsgebrauchs und damit auch den des eingerichteten Erwerbs durch Gebrauch des Eigentums¹⁷⁶. Art. 14 Abs. 1 GG schützt ausweislich des Absatzes 2 dieser Vorschrift auch den Gebrauch des Eigentums, nämlich die Privatnützigkeit¹⁷⁷. Der eigentumsgrundrechtlich geschützte Unternehmer ist somit in seiner unternehmerischen Tätigkeit als seinem Eigentumsgebrauch durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Dieser Schutz von Handlungen, die das Eigentum nutzen, geht aber nicht weiter als der der allgemeinen (Handlungs)Freiheit, weil Eigentum zwar genutzt

Schuldrecht, S. 539, 544 ff.

¹⁷² Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 142 (173); 45, 272 (296); 51, 193 (222); 65, 196 (209); 68, 193 (222 f.); 74, 129 (148); 81, 208 (227 f.); 82, 70 (96); BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.06.2002, Rdn. 75, NJW 2002, 2625; vgl. BGH, JZ 1996, 1122 (1123): "Art. 14 Abs. 1 GG schützt ... das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst", mit Anm. H. Maurer; BGH, NJW 2002, 3536; so im Ergebnis H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 220, anders aber ders., ebenda, Rdn. 95; kritisch auch R. Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 100.

¹⁷³ Zum Begriff des Eigenen K. A. Schachtschneider, Das Recht auf und das Recht am Eigentum, FS W. Leisner, S. 744 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 309 ff.

¹⁷⁴ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 772; ders., Freiheit in der Republik, S. 309 ff., 316 ff.; ders., Fallstudie Umweltschutz, S. 346 f.; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 189 ff.; i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351).

¹⁷⁵ Hinweise zur Gegenansicht in Fn. 126.

¹⁷⁶ Ganz so BGHZ 78, 41 (42 ff.).

¹⁷⁷ Hinweise in Fn. 150.

werden darf, aber nicht zum Schaden Dritter, zumal Inhalt und Schranken der Eigentumsgewährleistung durch die Gesetze bestimmt werden (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Freilich muß der Gesetzgeber die politische Leitentscheidung für das Eigentum und die privatheitliche Nutzung des Eigentums beachten.

Das Bundesverfassungsgericht schließt mit der kritisierten Erwerb/Erworbenes-Formel tatsächliche und auch rechtlich begründete "in der Zukunft liegende" Chancen für Unternehmen (etwa "optimale Absatzchancen" oder "bloße (Umsatz- und Gewinn)Chancen und tatsächliche Gegebenheiten", "Interessen, Chancen, Verdienstmöglichkeiten") vom Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG aus¹⁷⁸.

Der Bundesgerichtshof subsumiert, wie gesagt, auch den eingerichteten Gebrauch des Eigentums und damit die jeweils spezifische Betätigung eines Unternehmens unter die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG¹⁷⁹. Der III. Zivilsenat etwa hat Werbefahrten mit Oldtimern (aus Vertrauensschutzgründen) als grundrechtlich geschützten Eigentumsgebrauch angesehen¹⁸⁰, allerdings die verkehrsrechtliche Erlaubnis zu innerstädtischen Werbefahrten, welche (verfassungswidrig)¹⁸¹ durch eine Novellierung der Straßenverkehrsordnung aufgehoben wurde, nur deswegen als eigentumsgrundrechtlich geschützte Unternehmenschance eingestuft, weil das Vertrauen des Unternehmers in den Bestand der Erlaubnis von innerstädtischen Werbefahrten schutzwürdig erschien¹⁸².

Logisch hat der III. Zivilsenat den unternehmerischen Möglichkeiten (Chancen) den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG zuerkannt, wenn sie Vertrauensschutz verdienen¹⁸³, zu Recht; denn Eigentum sind die Hand-

¹⁷⁸ Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 142 (173); 45, 272 (296); 51, 193 (222); 65, 196 (209); 68, 193 (222 f.); 74, 129 (148); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.06.2002, Rdn. 74, 76, NJW 2002, 2625; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 220.

¹⁷⁹ Vgl. insb. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.).

¹⁸⁰ BGHZ 78, 41 (42 ff.).

¹⁸¹ BVerfGE 40, 371 ff.; vgl. BGHZ 78, 41 (42).

¹⁸² BGHZ 78, 41 (45 ff.).

¹⁸³ BGHZ 78, 41 (42 ff.); vgl. i.d.S. auch BGHZ 98, 341 (351 f.).

lungsmöglichkeiten des Menschen, soweit sie rechtlich, durch Gesetze des Rechts also, geschützt sind und dadurch eine politische (lebensweltliche) Stabilität genießen, die durch schützenswertes Vertrauen gestärkt wird. Jedes Gesetz aber schafft ein gewisses Vertrauen und bewirkt, daß Menschen sich auf die vom Gesetz geschaffene Lage einrichten. Das Vertrauensschutzprinzip kann einem Gesetz, das unternehmerische Tätigkeiten unterbindet, die Rechtfertigung nehmen, steht aber der Subsumtion solcher Gesetze unter die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG nicht entgegen. Unternehmensrechtliche Gesetze greifen somit in das Eigentumsrecht ein, weil dieses die unternehmerische Handlungsfreiheit regelt, wenn ein Unternehmen eingerichtet und ausgeübt wird. Nicht nur unternehmensrechtliche Gesetze, sondern alle unternehmensbezogenen Maßnahmen der öffentlichen Hand beeinträchtigen die eigentumsgeschützte Unternehmensfreiheit, insbesondere die Subventionierung des Wettbewerbers ohne gesetzliche Grundlage. Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet nicht nur das Eigentum, sondern mittels Satz 2 die Gesetzlichkeit der Eigentumsordnung¹⁸⁴. Jede Beeinträchtigung des Eigentums einschließlich des Eigentumsgebrauchs muß, um dem Eigentumsgrundrecht zu genügen, durch Gesetz gerechtfertigt und zudem praktisch vernünftig, verhältnismäßig,¹⁸⁵ sein. Maßnahmen der öffentlichen Hand, welche das Eigentum beeinträchtigen, aber nicht auf ein Gesetz gestützt werden können, insbesondere also die faktischen Beeinträchtigungen¹⁸⁶, bedürfen nicht etwa keiner Rechtfertigung vor dem Eigentumsgrundrecht, sondern sind grundrechtswidrig, also verfassungswidrig. Daraus folgt der allgemeine Gesetzesvorbehalt für Maßnahmen der öffentli-

¹⁸⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 153; auch Fn. 150, 151.

¹⁸⁵ Dazu BVerfGE 7, 377 (405 f.); 17, 306 (313 f.); 19, 342 (348 f.); 24, 367 (404); 27, 344 (350 ff.); 38, 281 (298); 69, 315 (354); 42, 212 (220); 43, 242 (298); 51, 97 (113); 61, 126 (134); 76, 1 (50 f.); 77, 308 (334); 81, 310 (338); st. Rspr.; dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 388 ff.

¹⁸⁶ BVerfGE 46, 120 (137); BVerfG, NJW 1990, 2306; vgl. auch BVerfGE 13, 181 (185 ff.); 14, 76 (100 f.); 16, 147 (161); 17, 135 (137); 29, 327 (331 ff.); BVerwGE 71, 183 (191); 82, 76 (89); 87, 37 (41 ff.); dazu U. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 21 ff.; J. Schwabe, Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 176 ff.; M. Kloepfer, Grundrechte als Entstehensordnung und Bestandsschutz, 1970, insb. S. 21 f.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 351 ff.; dazu genauer ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 128 ff.

chen Hand zu Lasten des Eigentumsgebrauchs¹⁸⁷. Der grundrechtliche Schutz vor faktischen und mittelbaren Beeinträchtigungen der Eigentumsgewährleistung wie auch der Berufsfreiheit ist allgemein anerkannt¹⁸⁸. Wenn und weil die Unternehmensfreiheit als eingerichteter Gebrauch des Unternehmens Grundrechtsschutz durch Art. 14 Abs. 1 und 2 GG findet, ist jede Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit eine Verletzung der Eigentumsgewährleistung, wenn sie nicht durch ein Gesetz gerechtfertigt werden kann. Diese Logik wird dadurch bestätigt, daß in ständiger Rechtsprechung faktische, nicht gesetzlich begründete Eigentumsentziehungen an Art. 14 GG gemessen werden¹⁸⁹ und lange als enteignungsgleiche Eingriffe nach Art. 14 Abs. 3 GG beurteilt wurden¹⁹⁰.

Die Subvention eines Wettbewerbers ist eine Maßnahme der öffentlichen Hand, welche das Unternehmen beeinträchtigt, gegebenenfalls sogar dessen Bestand gefährdet. Sie gefährdet insbesondere die Marktstellung des benachteiligten Unternehmens, weil der Wettbewerber Kostenvorteile hat. Auf die Logik des grundsätzlichen Beihilfeverbots im europäischen Gemeinschaftsrecht ist schon hingewiesen worden. Wenn (auch weil) Unternehmen Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sind, sind die Unternehmen grundrechtlich berechtigt, Subventionen des Wettbewerbers durch die öffentliche Hand abzuwehren, wenn diese Subventionen nicht auf einem verfassungsmäßigen Gesetz beruhen¹⁹¹, welches insbesondere das Gleichbehandlungsgebot

¹⁸⁷ I.d.S. *U. Di Fabio*, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, 1 ff. (5); *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie Produktwarnung, S. 200 f.; zum Gesetzesvorbehalt allgemein *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 195 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 115 ff.

¹⁸⁸ Vgl. die Hinweise in Fn. 186; insbesondere BVerwGE 87, 37 (41 ff.).

¹⁸⁹ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 1994, Art. 14, Rdn. 363 ff., 687 ff., 726 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 26, Rdn. 87 ff., S. 705 ff.

¹⁹⁰ Vgl. BGHZ 6, 270 (290); 7, 296 (298); 13, 88 (92); 32, 208 (211 f.); BVerwGE 5, 143 (145); 7, 297 (299); 11, 68 (75); 19, 94 (98 f.); 32, 173 (179); dogmatische Wende durch BVerfGE 58, 300 (317 ff.); dazu *H.-J. Papier*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 363 ff., 689 ff., auch Rdn. 726 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 26, Rdn. 87 ff., S. 705 ff.

¹⁹¹ So auch *F. Rittner/K. D. Stephan*, Die Konkurrentenklage im Subventionsrecht, GewArch 1985, S. 183 ff.; *P.-M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 380 ff.; auch *G. Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaates, S. 149 f.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122.

wahren muß.

Die Chancengleichheit von Unternehmen im Wettbewerb ist ein sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene herausragendes Prinzip, um einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten¹⁹². Der Staat ist in seinem Handeln zur Wettbewerbsneutralität verpflichtet¹⁹³. Die gezielte staatliche Förderung einzelner Unternehmen widerspricht jedoch dieser Verpflichtung, jedenfalls wenn sie rechtswidrig ist¹⁹⁴. Subventionen an Konkurrenten verzerren den Wettbewerb, können aber durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden. Unzulässige Subventionen an Unternehmen benachteiligen deren Wettbewerber und verschaffen den subventionierten Unternehmen unlautere Wettbewerbsvorteile¹⁹⁵.

c) Grenzen eigentumsgrundrechtlich geschützter Unternehmensfreiheit

Das Unternehmen genießt in allen seinen Möglichkeiten, seinem geregelten Bestand im weiteren Sinne, den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG, aber die Eigentumsgewährleistung schützt nicht vor dem Verbot gemeinwohlwidriger Handlungen, schon gar nicht, wenn der Gesetzgeber grund-

¹⁹² H. P. Ipsen, Subvention, HStR, Bd. IV, 1990, § 92, Rdn. 72, 76; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 344; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdn. 89, S. 283; H. Köhler/E. Steindorf, Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, 1705 (1708); P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2329; vgl. auch BVerwGE 30, 191 (197); 87, 37 (41 ff.).

¹⁹³ Vgl. R. Schmidt, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, HStR, Bd. III, 1988, § 83, Rdn. 25; P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2329; i. d. S. BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.06.2002, Ls. 1, Rdn. 47, NJW 2002, 2622.

¹⁹⁴ BGH, GRUR, 1990, 463 (464) „Firmenrufnummer“; P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2329; H. Köhler/E. Steindorf, Öffentlicher Auftrag, Subventionen und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, S. 1708.

¹⁹⁵ P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2329; H. Köhler/E. Steindorf, Öffentlicher Auftrag, Subventionen und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, S. 1708 f.; P.-M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 20 ff.

rechtlichen Schutzpflichten folgt¹⁹⁶. Was das Gemeinwohl fordert, bestimmt im Rahmen des Rechts das Gesetz. Welche unternehmerischen Möglichkeiten die Politik zuläßt, ist Sache der dem Recht verpflichteten Gesetzgebung, wie Satz 2 des Art. 14 Abs. 1 GG klarstellt. Dabei ist die Leitentscheidung für das Eigentum, also auch für durch die Privatheitlichkeit definierte Unternehmen¹⁹⁷, zu verwirklichen.

d) Grundrechtlicher Eigentumsschutz privatheitlicher juristischer Personen

Nach Art. 19 Abs. 3 GG kann sich auch eine (inländische) juristische Person, etwa eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen; denn dieses Grundrecht ist seinem Wesen nach auf privatheitliche juristische Personen anwendbar¹⁹⁸. Das gilt auch für den eingetragenen Verein wie die Diakonischen Heime in Kästorf e.V. Die natürlichen Personen arbeiten in der Gesellschaft oder im Verein zusammen. Die juristische Person nimmt deren Grundrechte wahr (Durchgriffslehre)¹⁹⁹. Freilich kann die juristische Person nicht mehr an

¹⁹⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, S. 304 ff., 355; ders., Fallstudie Produktwarnung, S. 181 f.

¹⁹⁷ Vgl. K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 394 ff., 396 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 287 ff., 293 ff.; ders., Eigentümer globaler Unternehmen, in: B. N. Kumar, M. Osterloh, G. Schreyögg (Hrsg.), Unternehmensethik und die Transformation des Wettbewerbs, FS Horst Steinmann, 1999, S. 419 f.; dazu I, 2.

¹⁹⁸ BVerfGE 61, 78 (108); 66, 116 (130), nicht aber auf juristische Personen des öffentlichen Rechts; BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 35, 263 (271); 39, 302 (314 f.); 45, 63 (78 f.); 61, 82 (101); 62, 354 (369); 68, 163 (206); 70, 1 (15 ff.); 75, 192 (196); 85, 360 (385); G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 1977, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 33 ff.; H. Bethge, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, S. 61 ff.; W. Rüfner, Grundrechtsträger, HStR, Bd. V, 1992, § 116, Rdn. 64 ff.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 275 ff.; differenziert A. v. Mutius, GG, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, 1975, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 87 ff., 114 ff.

¹⁹⁹ Für das Durchgriffskriterium vor allem G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 1 ff.; vgl. A. v. Mutius, GG, Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 3, Rdn. 29; L. Fröhler/P. Oberndorfer, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, 1974, S. 53 f., 56 f.; i.d.S. auch K. Stern, Staatsrecht, III/1, S. 1162 f.; auch G. Haverkate, Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, S. 345 ff., 383 ff.; vgl. durchaus i.d.S. BVerfGE 68, 193 (206); auch BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (101 f.); BVerfG, NVwZ 1994, 262, wo den "Innungen nicht in ihrer Funktion als Teil der öffentlichen Verwaltung, sondern als Interessenvertreter ihrer Mitglieder Grundrechtsschutz zugestanden wird"; vgl. auch BVerfG, NJW 1996, 1588 f.

Grundrechtsschutz und keinen anderen Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen als eine natürliche Person.

e) Ergebnis

Die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn ist nicht nur ein faktischer, sondern ein (indirekter) imperativer (mittelbarer) Eingriff in den grundrechtlichen Eigentumsschutz der Diakonischen Heime in Kästorf e.V. als Unternehmen, weil die Subventionsbewilligung ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung zu Lasten der Diakonischen Heime ist (dazu A II 1). Weil die Subventionsbewilligung, wie bereits festgestellt, keine gesetzliche Grundlage hat und zudem die Subventionsrichtlinie vom 31.05.2001 nicht dem Recht gemäß angewendet wurde, ist das Grundrecht der Eigentumsgewährleistung des Art 14 Abs. 1 GG verletzt.

3. Wettbewerbsschutz der Diakonischen Heime aus der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG

a) Freiheit unternehmerischer Betätigung

Geschützt ist durch Art. 2 Abs. 1 GG, als Materialisierung der allgemeinen Freiheit²⁰⁰, auch die Freiheit des wirtschaftlichen Handelns²⁰¹, nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts auch die Wettbewerbsfreiheit²⁰². Insbesondere private Unternehmungen mit allen unternehmerischen Handlungsweisen sind Gegenstand des Freiheitsschutzes. Das Bundesverfassungsgericht dogmatisiert Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit²⁰³ und subsumiert die (sogenannten) unbenannten "Freiheiten"²⁰⁴ unter

²⁰⁰ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff., 494 ff., passim; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 87 ff., 141 ff.

²⁰¹ Vgl. BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 25, 375 (384); 29, 260 (266 f.); 32, 311 (316); 50, 290 (366); 65, 196 (210 f.); 75, 108 (154); 89, 48 (61); 95, 267 (303); BVerwGE 60, 154 (159 ff.); H.-J. Papier, *Grundgesetz und Wirtschaftsordnung*, HVerfR, S. 820 ff., 832 ff.; vgl. auch K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 353 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 394 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 287 ff., 293 ff.; *ders.*, *Fallstudie Umweltschutz*, S. 353 f.; *ders.*, *Fallstudie Produktwarnung*, S. 201 f.

²⁰² BVerwGE 30, 191 (198); 60, 143 (159 ff.); vgl. auch die Hinweise in Fn. 146

²⁰³ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 143 (146); 55, 159 (165 ff.); 59, 275 (278); 74, 129 (151); 75, 108 (154 f.); 80, 137 (152 ff.); 95, 267 (303); 97, 350 (377); st. Rspr.; H.-U. Erichsen, *Allgemeine Handlungsfreiheit*, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, S. 1188 ff., 1191 ff.; dazu K.

dieses Grundrecht, eben auch die Freiheit wirtschaftlichen Handelns. Die Unternehmensfreiheit ergibt sich vornehmlich aus der durch das Grundrecht der allgemeinen Freiheit geschützten Vertragsfreiheit²⁰⁵, einem Grundprinzip der Menschheit des Menschen²⁰⁶. Unternehmerisches Handeln nutzt der Vertragsfreiheit. Ein Unternehmen ist die Einheit einer Menge von Rechten aus Gesetzen und Verträgen, die zu einem Zweck (auch rechtsverbindlich, etwa vertraglich) organisiert wird, meist zu dem Zweck, Gewinn zu erzielen²⁰⁷, aber auch zu anderen Zwecken wie dem diakonischen Zweck der Hilfe für die Schwachen und Gebrechlichen.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit in dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt²⁰⁸. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die unternehmerische Tätigkeit allenfalls gegen Gesetze mit berufsregelnder Tendenz²⁰⁹. Die allgemeine Freiheit wird durch die allgemeinen Gesetze verwirklicht, die freilich dem Recht entsprechen müssen²¹⁰. Unternehmerisches Handeln läßt sich material nicht definieren. Das Kriterium des Unternehmerischen ist das privatheitliche Handeln, zu welchem Zweck und in welcher Form auch immer²¹¹. Der durch Art. 12 Abs.

A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 441 ff., insb. S. 478 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 87 ff., 141 ff.

²⁰⁴ BVerfGE 27, 1 (26); 27, 344 (351); 54, 143 (146); 54, 148 (153); 65, 1 (41 ff.); 80, 137 (152 ff.); 80, 367 (373); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 96, 267 (303); kritisch K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 313, 331 f.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 126.

²⁰⁵ BVerfGE 8, 274 (328); st. Rspr.; BVerfGE 96, 267 (303).

²⁰⁶ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 404 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 302 ff.; *ders.*, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 337 ff.

²⁰⁷ Zur unternehmerischen Gewinnmaxime H. Steinmann/A. Löhr, *Grundlagen der Unternehmensethik*, 2. Aufl. 1994, S. 98, 101, 194, 123 ff., u.ö. ("Formalzielorientierung"); vgl. auch K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, S. 310 ff; dazu I, 2.

²⁰⁸ Vgl. die Hinweise in Fn. 201.

²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 13, 181 (186); 38, 61 (79); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 89, 48 (61); 95, 267 (302); 96, 375 (397); weiter BVerwGE 87, 37 (41 ff.).

²¹⁰ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 279 ff., 303 ff., 332 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 29 ff., 43 ff., 94 ff., 116 ff., 219 ff.

²¹¹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 394 ff., 396 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 287 ff., 293 ff.; *ders.*, *Eigentümer globaler Unternehmen*, FS H. Steinmann, S. 419 f.; dazu I, 2.

1 GG geschützten Berufsfreiheit geht es um die berufliche Persönlichkeitsentfaltung eines Menschen²¹², während die unternehmerische Betätigung, etwa von Aktionären einer Aktiengesellschaft, sich oft darauf beschränkt, das Kapital zur Verfügung zu stellen.

Der Schutz gegen die Subvention von Wettbewerbern aus Art. 2 Abs. 1 GG geht keinesfalls weiter als der Unternehmensschutz aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, weil Art. 2 Abs. 1 GG (lediglich) das Prinzip der (rechtlichen) Gesetzlichkeit verankert²¹³.

b) Subsidiarität der allgemeinen (Handlungs)Freiheit

Das "Auffanggrundrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG greift nach dem Grundsatz des Vorrangs des spezielleren Gesetzes nur ein, wenn besondere Grundrechte (wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) nicht einschlägig sind (Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit)²¹⁴. Demnach ist die unternehmerische Betätigung durch Art. 2 Abs. 1 GG nur insoweit geschützt, als sie nicht durch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG oder die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG Grundrechtsschutz genießt.

c) Verletzung der Diakonischen Heime in der Unternehmensfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG durch die Subvention

Wenn man eine Verletzung der Diakonischen Heime in ihrem unternehmensrechtlichen Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht zu erkennen vermag, muß man akzeptieren, daß die Subvention des Wettbewerbers die unternehmerische Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG beeinträchtigen und verletzen kann. Die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn ist

²¹² Vgl. BVerfGE 50, 290 (362); A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 399.

²¹³ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 441 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 86 ff., 95 ff., 200 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7 ff., 16 ff., 43 ff., 94 ff.

²¹⁴ BVerfGE 9, 73 (77); 9, 338 (343); 21, 227 (243); 30, 292 (336); 58, 358 (363); D. Murswiek, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, Art. 2, Rdn. 137; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 1386 f.; H.-U. Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, Rdn. 13; für den "Schutz von Marktteilnehmern im Wettbewerb", soweit dieser von Art. 12 Abs. 1 GG erfaßt sei, BVerfGE 25, 88 (101); 59, 128 (163); BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.06.2002, Rdn. 79, NJW 2002, 2625.

ein Eingriff in den Markt der Förderwerkstätten für seelisch Behinderte. Der Eingriff ist durch den Subventionsbescheid erfolgt, der Drittwirkung zu Lasten der Diakonischen Heime hat (dazu a II 1). Die Subvention beeinträchtigt die unternehmerische Betätigung der Diakonischen Heime. Deren Wettbewerber wird finanziell unterstützt, was zu einer Verzerrung der Kosten der Anbieter von Einrichtungen für seelisch Behinderte führt. Die Diakonischen Heime unterhalten eine Förderwerkstatt, in der Produkte hergestellt werden, die sie am Markt anbieten. Aus den Einnahmen finanzieren sie weitgehend ihre Einrichtungen. Um eine entsprechende Palette von Produkten am Markt anbieten zu können, müssen die Plätze der Förderwerkstatt besetzt werden. So greift die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn auf zwei Ebenen in den Wettbewerb ein. Zum einen in den Wettbewerb um die Besetzung der Plätze der Einrichtung und zum anderen in den Wettbewerb um das Angebot der dort produzierten Produkte. Durch die Subvention der Lebenshilfe Gifhorn besteht keine Chancengleichheit der Wettbewerber²¹⁵. Der Staat hat aber gerade die Pflicht zur Wettbewerbsneutralität²¹⁶. Er darf nicht in den Wettbewerb eingreifen und dadurch die Existenz von Unternehmen gefährden oder auch nur deren Wettbewerb erschweren. Die Diakonischen Heime sind berechtigt, den Eingriff in ihre unternehmerische Handlungsfreiheit durch die Subvention der Lebenshilfe Gifhorn aus Art. 2 Abs. 1 GG abzuwehren. Art. 19 Abs. 3 GG ermöglicht ihnen auch den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

III. Grundrechtsschutz der Diakonischen Heime aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG

Die Diakonischen Heime können einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz geltend machen, wenn der Landkreis Gifhorn mit seiner Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn ohne Rechtfertigung gleiche Sachverhalte ungleich behandelt hat.

Wenn wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden, ohne daß das sachlich gerechtfertigt wäre, verstößt das gegen das allgemeine rechtsstaatliche Willkürverbot²¹⁷. Das Willkürverbot folgt aus der allgemeinen

²¹⁵ Dazu Hinweise in Fn. 192.

²¹⁶ Dazu Hinweise in Fn. 193.

²¹⁷ Vgl. BVerfGE 58, 369 (374); 60, 329 (346); 70, 230 (239 f.); 71, 146 (154 f.); 74, 9

Freiheit und ist darum eigentlich Gegenstand des Art. 2 Abs. 1 GG²¹⁸. Die Praxis stützt aber das Willkürverbot auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG²¹⁹. Der Gesetzgeber muß nicht die zweckmäßigste, vernünftigste und gerechteste Lösung wählen, wenn sich nur bei "am Gerechtigkeitsgedanken orientierter Betrachtungsweise" "irgendein sachlich vertretbarer Differenzierungsgrund" für unterschiedliche Maßnahmen anführen läßt²²⁰. Die Gleichbehandlung läßt sich wiederum nur durch (sachlich gerechte) Gesetze gewährleisten²²¹.

Bei den Förderwerkstätten der Diakonischen Heime und der Lebenshilfe Gifhorn handelt es sich zumindest um gleiche Sachverhalte im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG. Eine gesetzliche Grundlage hatte die Subvention nicht, so daß eine verfassungsgemäße Gleichbehandlung nicht gewährleistet war. Die Richtlinie vom 31.05.2001 vermochte mit ihrem Kriterium des "pflichtgemäßen Ermessens" mangels bestimmter Tatbestände die Gleichbehandlung nicht sicherzustellen, reicht aber, zumal aus demokratierechtlichen und zugleich rechtsstaatlichen Gründen, auch der Form nach als Rechtsgrundlage nicht. Zudem ist die Richtlinie mißachtet worden. Aufgrund der Darstellungen des Kreisrates, die nicht den Gegebenheiten entsprachen, wurde von

(24); 75, 108 (157); 75, 284 (300); 75, 348 (357); 75, 382 (393); 78, 249 (287); vgl. aber auch Zweiter Senat, etwa BVerfGE 71, 39 (58 f.) m.H.; *P. Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Bd. V, § 124, Rdn. 215 ff.; *W. Riefner*, GG, Bonner Komm., Rdn. 25 ff. zu Art. 3 Abs. 1; so schon *E. Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 9 f.

²¹⁸ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 219 ff., 233 ff., 241 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

²¹⁹ BVerfGE 1, 208 (233); 23, 98 (106 f.); 84 (90 (121)); 91, 389 (401); vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 374 ff., 413 ff., 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 219 ff., 233 ff., 241 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

²²⁰ BVerfGE 83, 1 (23); 89, 132 (141 f.); vgl. auch BVerfGE 1, 264 (275 f.); 2, 118 (119 f.); 9, 124 (129 f.); 9, 334 (337); vgl. auch BVerfGE 15, 167 (201); 23, 12 (24 f.); 25, 269 (293); 47, 168 (178); 48, 227 (235); 50, 177 (186); 57, 107 (115); 65, 325 (354); 71, 39 (58); 71, 202 (205); 76, 256 (329); 80, 48 (51); 102, 254 (299); vgl. v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Rdn. 10 zu Art. 3 Abs. 1, S. 265; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdn. 438, S. 170; *W. Riefner*, GG, Bonner Komm., Rdn. 4 zu Art. 3 Abs. 1; dazu *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 373 ff.; *P. Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Bd. V, § 124, Rdn. 22 ff., 82 ff., 235 ff.

²²¹ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

der Möglichkeit, die Förderwerkstatt der Diakonischen Heime zu subventionieren, kein Gebrauch gemacht. Weil es sich bei den Ausführungen des Kreisrates eben nicht um sachlich vertretbare Gründe für die unterschiedliche Behandlung beider Einrichtungen gehandelt hat, ist die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.

Zu A, II, 3 ist dargelegt, daß sozialrechtlich überhaupt nur eine finanzielle Unterstützung der Diakonischen Heime in Betracht kam, weil dies Haushaltsmittel zu sparen ermöglichte (§ 93 BSHG analog).

Die Diakonischen Heime können ihre Einrichtung auch ohne die strittigen Investitionszuschüsse erfolgreich betreiben, wenn nicht gerade der Wettbewerber vom Landkreis wettbewerbsrelevant begünstigt wird. Sie fordern deshalb die Rücknahme der Subvention an die Lebenshilfe Gifhorn und die Rückforderung der Subvention. Sie können sich dafür auch auf die Verletzung des rechtsstaatlichen Willkürverbots, das entweder auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG oder richtiger auf das Freiheitsprinzip des Art. 2 Abs. 1 GG gestützt wird, berufen.

IV. Wettbewerbsschutz der Diakonischen Heime aus der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

1. Staatsrechtliche Grundlagen der Diakonie²²²

Auch die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG kann den Diakonischen Heimen in Kästorf ein grundgesetzliches Abwehrrecht gegen die rechtswidrige Subvention des Landkreises Gifhorn zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn geben, wenn die Religionsfreiheit der diakonischen auch als einer unternehmerischen Tätigkeit Schutz gegenüber der öffentlichen Hand gibt.

Die Diakonie ist religiös, sie ist kirchlich, sie ist öffentlich, sie ist sozial, sie ist unternehmerisch, sie ist wettbewerblich, aber sie ist nicht staatlich. Das Diakonische Werk gehört zur Kirche im weiteren Sinne. Die Kirchen können sich fraglos auf die Grundrechte berufen, insbesondere auf die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG²²³. Die Kirchen sind grund-

²²² Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsrechtliche Grundlagen der Diakonie, S. 53 ff.

²²³ BVerfGE 19, 129 (132); 24, 236 (245 ff.); 42, 312 (323); 46, 73 (83); 53, 366 (387); 66, 1 (22); A. Hollerbach, Grundlagen des Staatskirchenrechts, HStR, Bd. VI, § 138, Rdn. 108 ff.

rechtsfähig, aber sie sind auch grundrechtsgebunden. Sie sind öffentlich und haben eine öffentliche Aufgabe, nämlich die kirchliche Aufgabe. Diese ist etwas besonderes, aber sie ist nicht staatlich. In der Dichotomie von Staatlichkeit und Privatheit kann alles, was nicht staatlich ist, als privatheitlich verstanden werden. Aber das Nichtstaatliche teilt sich in viele Bereiche, etwa in den unternehmerischen, den sportlichen, den künstlerischen, den wissenschaftlichen und eben auch den kirchlichen. Alle diese Bereiche sind mehr oder weniger öffentlich und von großer Bedeutung für das Leben aller. Nur das Öffentliche und die Öffentlichkeit der Aufgabe macht eine Tätigkeit nicht schon zur staatlichen Aufgabe. Der Staat hat keine Allzuständigkeit für öffentliche Aufgaben. Nicht alles, was öffentlich ist, muß staatlich bewältigt werden. Vielmehr muß sich die staatliche Lebensbewältigung, die durch Gesetz begründet wird und begründet werden muß, vor dem Subsidiaritätsprinzip, insbesondere dem Privatheitsprinzip, welches aus den Grundrechten, aber auch aus den Grundfreiheiten der Europäischen Union folgt²²⁴, rechtfertigen. Den Kirchen hat das Bundesverfassungsgericht immer originäre Gewalt zuerkannt. Das gilt auch allgemein. Die Kirchen verwalten demgemäß ihre Aufgaben eigenständig, allerdings im Rahmen der "für alle geltenden Gesetze"²²⁵. Das stellt Artikel 137 Absatz 3 der Weimarer Reichsverfassung fest, welcher nach Art. 140 GG für die Religionsgesellschaften und damit vor allem für die Kirchen fortgilt.

Diakonie ist in allen ihren Erscheinungsformen Religionsausübung. Sie genießt den Schutz der Religionsfreiheit des Art. 4 GG. Daß Diakonie Religionsausübung sei, sieht auch das Bundesverfassungsgericht nicht anders²²⁶. Die Diakonie ist unternehmerisch tätig (B, I, 2) und steht damit im Wettbewerb. Unternehmerische Tätigkeit und Religionsausübung sind kein Widerspruch²²⁷. Auch unternehmerische Tätigkeit ist Religionsausübung,

²²⁴ K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 61 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 237 ff., insb. S. 250 ff.; A. Emmerich-Fritsche, Das Privatheitsprinzip des Binnenmarkts, S. 365 ff.; weitere Hinweise in Fn. 89 ff.; dazu I, 1.

²²⁵ Vgl. BVerfGE 46, 73 (85); 53, 366 (391).

²²⁶ Vgl. BVerfGE 19, 129 (132); 24, 236 (246 ff.); 30, 112 (119 f.); 42, 312 (321 f.); 46, 73 (83 ff.); 53, 266 (387 f., 391 ff.); J. Winter, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. 1990, S. 9, u.ö.

²²⁷ Ganz so BVerwGE 90, 112 (116 ff.).

wenn sie im Namen Christi dient und hilft, also religiös bestimmt ist, wenn die Nächstenliebe ihre eigentliche Triebfeder ist. Die Diakonie gibt sich in ihrer Satzung eine christliche Aufgabe, wie aus der Präambel der Satzung des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland zu ersehen ist:

"Die Kirche hat den Auftrag, Gottes Liebe zur Welt in Jesus Christus allen Menschen zu bezeugen. Diakonie ist eine Gestalt dieses Zeugnisses und nimmt sich besonders der Menschen in leiblicher Not, in seelischer Bedrängnis und in sozial ungerechten Verhältnissen an. Sie sucht auch die Ursachen dieser Nöte zu beheben. Sie richtet sich in ökumenischer Weite an einzelne und Gruppen, an Nahe und Ferne, an Christen und Nichtchristen.

Da die Entfremdung von Gott die tiefste Not des Menschen ist und sein Heil und Wohl untrennbar zusammengehören, vollzieht sich Diakonie in Wort und Tat als ganzheitlicher Dienst am Menschen."

Die Diakonie übernimmt einen Dienst im Namen Christi. Das ist Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 GG, nämlich tätiges Christentum. Die Religionsfreiheit steht in jedem Menschenrechtstext, auch in Art. 10 Abs. 1 der in Nizza im Dezember 2000 propagierten Grundrechtecharta der Europäischen Union²²⁸. Die Religionsfreiheit ist für die diakonische Tätigkeit nicht nur die stärkere, sie ist auch die sachgerechtere Grundlage als die allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Grundrechte, weil das bestimmende Prinzip der Diakonie die Verwirklichung der christlichen Nächstenliebe ist. In Nähe zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das entscheidende Grundrecht der Diakonie Art. 4 GG, die Religionsfreiheit, zu der die Religionsausübungsfreiheit gehört. Damit gehören zum Verfassungsrecht der Diakonie auch die kirchenrechtlichen Artikel, die aus der Weimarer Reichsverfassung übernommen sind. Nicht jede Religionsausübung ist kirchlich. Man kann religiös sein, ohne kirchlich zu sein. Aber wenn eine Arbeit zur Kirche gehört, wie die Diakonie, dann kommt vermittlels Art. 140 GG Art. 137 Abs. 3 der Weimarer Reichsverfassung zum Tragen. Nach der Rechtsprechung muß, wenn diese Vorschriften zur Anwendung kommen sollen,

²²⁸ Zu dieser Charta kritisch K. A. Schachtschneider, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 52-53/2000, S. 13 ff.; ders., Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, *Recht und Politik* 1/2001, S. 16 ff.

die kirchliche Zielsetzung auch organisatorisch hinreichend gefestigt sein²²⁹. Die Tätigkeit muß wirklich eine kirchliche Angelegenheit sein, damit für sie der Grundrechtsschutz der Kirchen in Anspruch genommen werden kann. Das hängt von der Satzung (vgl. S. 1 der Satzung des Diakonischen Werkes), das hängt von dem Handeln, das hängt von der Wirklichkeit ab. Die Kirchlichkeit der Diakonischen Heime in Kästorf erweist sich in deren tagtäglicher Diakonie, in deren tätiger Nächstenliebe, zumal zugunsten der seelisch Behinderten.

Gegen die Auffassung, diakonische Unternehmungen seien Religionsausübung, wird eingewandt, die Religionsfreiheit sei ein derart starkes Grundrecht, daß sie staatlicher Reglementierung im Wege stehe, welche für die unternehmerische Tätigkeit auch der Diakonie und der Caritas notwendig sei²³⁰. Ausgerechnet die Schutzintensität des Grundrechts wird gegen dessen Relevanz gekehrt. Man bietet den vergleichsweise schwachen Grundrechtsschutz der Wirtschaftsgrundrechte an, um dem Staat die nötigen Regelungen zu ermöglichen (dazu II.). Das Grundgesetz hat die Religionsfreiheit nämlich nicht unter Gesetzesvorbehalt gestellt. Das schließt aber eine Politik der praktischen Vernunft in Sachen der Diakonie genauso wenig wie in Sachen der Kirchen aus. Jedes Grundrecht ist Verwirklichung der Freiheit und steht damit unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Verwirklichung eben der praktischen Vernunft²³¹. Freiheit ist Leben in Sittlichkeit und bedarf deswegen des Einvernehmens aller mit dem Handeln aller durch allgemeine Gesetze²³². Das Problem der Rechtswissenschaft ist seit langem, daß der Freiheitsbegriff streitig ist²³³.

²²⁹ Vgl. BVerfGE 53, 266 (391 ff.); 83, 238 (353 ff.).

²³⁰ J. Isensee, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, HdbStKirchR, 2. Aufl. 1994, S. 705 ff., 720 ff.

²³¹ Vgl. K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 1002 ff., zur ebenfalls vorbehaltlosen Kunstfreiheit; auch ders., Freiheit in der Republik, S. 288 ff., auch S. 200 ff.

²³² K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 494 ff., 537 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 21 ff., 26 ff., 95 ff., 114 ff., 123 ff., 200 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7 ff., 19 ff., 43 ff., 94 ff.

²³³ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 441 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 79 ff., 129 ff., auch zum Folgenden; ders., Republikanische Freiheit, in: B. Ziemke, Th. Langheid, H. Wilms, G. Haverkate (Hrsg.), Staatsphilosophie

Nach dem republikanischen Freiheitsbegriff, dem der allgemeinen Freiheit, der ausweislich des Wortlauts des Art. 2 Abs. 1 GG auch der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes ist²³⁴, ist der Mensch unabhängig von seiner Determiniertheit der Idee nach frei. Der Mensch ist im Gemeinwesen mit anderen Menschen, also politisch, im Staat, frei. Die Freiheit ist mit dem Menschen geboren. Der Begriff der Freiheit umfaßt nicht die mehr oder weniger durch verfassungsgesetzliche Grundrechte gewährleisteten oder auch nur gewährten Rechte. Vielmehr wird die Freiheit in unterschiedlicher Intensität durch das Verfassungsgesetz geschützt. Dieser einheitliche Begriff der Freiheit ist auch der christliche Freiheitsbegriff. Menschheitsgemäß ist allein dieser republikanische Freiheitsbegriff, den Kant, von Rousseau belehrt, formuliert hat²³⁵. Es ist immer dieselbe Freiheit, welche die einzelnen Grundrechte schützen, etwa die Berufsfreiheit, die Meinungsäußerungsfreiheit oder eben die Religionsfreiheit, abgesehen von dem Schutz des Rechts am und des Rechts auf Eigentum, dem zweiten Fundament eines Lebens in Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit²³⁶.

Die Freiheit ist in Absatz 1 des Artikel 2 des Grundgesetzes als die äußere und die innere Freiheit klassisch definiert. Die äußere Freiheit ist nach der kantianischen Formulierung in der Metaphysik der Sitten die "Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür"²³⁷. Die innere Freiheit ist die Sittlichkeit, die man als Christlichkeit begreifen kann. Sie hat ihr Gesetz im kategorischen Imperativ, dem Sittengesetz²³⁸. So steht es in der Bibel (3. Mose 19, 18; Matthäus, 5, 6, 43; 22, 37 – 40; Römer 13, 9 und 10). So steht es im Grundgesetz. Das Sittengesetz ist nichts anderes, so Kant

und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, 1997, S. 829 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff.

²³⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 253 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 1 ff., 62 ff.; *ders.* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff.

²³⁵ Dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 1 ff., 14 ff., 62 ff., *passim*.

²³⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, S. 743 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 309 ff.

²³⁷ *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 345; dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 39 ff.

²³⁸ *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 58 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 51 ff., 211 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff.

selbst, als das christliche Liebesprinzip²³⁹. Dieses Sittengesetz ist uralte. Es hat in der lex aurea der Bergpredigt (Matthäus 7, 12) eine einfache Formel. Die Freiheit, welche in den Grundrechten geschützt wird, ist immer durch das Sittengesetz gebunden.

Aus diesem Grunde ist auch die Diakonie grundrechtsverpflichtet. Die Diakonie akzeptiert die Gleichheit der Menschen und dient wie keine andere Einrichtung der Brüderlichkeit unter den Menschen. Schon aus ihrem eigenen christlichen und kirchlichen Verständnis ist die Diakonie dem Sozialprinzip²⁴⁰ verpflichtet. Das Sozialprinzip ist verwirklicht, wenn die Menschenrechte für alle Menschen Wirklichkeit haben. Jeder Mensch hat als Mensch kraft der inneren Freiheit, kraft der Sittlichkeit, kraft der Verbindlichkeit des Sittengesetzes Grundpflichten. Die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz, sind keine Schranken der Freiheit, sondern das Wesen, der Begriff der Freiheit, wie es Art. 2 Abs. 1 GG klarstellt. Von einer Schrankentrias²⁴¹ kann nur sprechen, wer den Freiheitsbegriff liberalistisch mißversteht²⁴². Auch die Religionsfreiheit ist durch den Freiheitsbegriff bestimmt. Es gibt keine Religionsfreiheit zu Lasten der Rechte Dritter, keine Religionsfreiheit gegen die verfassungsmäßige Ordnung und keine Religionsfreiheit gegen das Sittengesetz. Es bedarf nicht des Rückgriffs auf andere Grundrechte, um dem Staat Regelungsmöglichkeiten für das diakonische Handeln zu geben. So stark ist die Religionsfreiheit, wenn man so will, nicht, daß sie die Verwirklichung der Sittlichkeit abzuwehren erlaubt. Jedenfalls ist der Staat befugt, berechtigt und verpflichtet, andere Verfassungsprinzipien oder "Verfassungsgüter" gegenüber der Religionsfreiheit zur Geltung zu bringen und mittels einer alle relevanten

²³⁹ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 25 f.; Kritik der praktischen Vernunft, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 205 f.; Metaphysik der Sitten, S. 533 ff., 584 ff.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 277; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 5; *ders.* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 34.

²⁴⁰ Dazu und zum Folgenden K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip, zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 234 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 129 ff.

²⁴¹ Etwa BVerfGE 6, 32 (36 f.); 54, 159 (165 ff.); 59, 275 (278),

²⁴² Dazu kritisch K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 441 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 129 ff.

Verfassungsprinzipien abwägenden Gesetzgebung der praktischen Vernunft gegebenenfalls auch der Ausübung der Religionsfreiheit Grenzen zu ziehen, zumal wenn diese unternehmerische Tätigkeiten grundrechtlich schützt. Eine solche Dogmatik entspricht der allgemeinen Praxis vorbehaltloser Grundrechte, wie sie insbesondere für die Koalitionsfreiheit und deren Kern, die Tarifautonomie, entwickelt ist²⁴³. Die unternehmerische, besser: die diakonische Freiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG wäre nicht vorbehaltlos, sondern gesetzlichen Regelungen um der praktischen Vernunft willen zugänglich. Freilich ist die Unternehmensfreiheit durch die Religionsfreiheit stärker geschützt als sonst die Unternehmensfreiheit durch die allgemeinen Wirtschaftsgrundrechte; denn sie kann nur um anderer gleichrangiger Verfassungsprinzipien willen eingeschränkt werden. Keinesfalls ist es tragfähig, der Diakonie für ihr unternehmerisches Handeln, das zugleich von christlicher Nächstenliebe, von der diakonischen Pflicht, bestimmt ist, den Grundrechtsschutz aus Art. 4 GG zu versagen.

Die Verwirklichung der Sittlichkeit geschieht durch die allgemeinen Gesetze, aber der Gesetzgeber darf nicht alles bestimmen. Die Gesetze müssen das Privatheitsprinzip, die Personalität der Handlungsmaximen, insbesondere die Religionsfreiheit, wahren. Nach der Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichts muß ein Gesetz, welches ein Grundrecht einschränkt, die Politik der Grundrechte, deren Wertgehalt, auch deren objektive Dimension genannt, bestmöglich verwirklichen²⁴⁴. Die allgemeinen Gesetze müssen das Rechtsprinzip achten. Das Rechtsprinzip kann als das Richtige für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit definiert werden²⁴⁵. Freiheit gibt es nur in Gleichheit und in Brüderlichkeit²⁴⁶. Immer muß das Gesetz das gute Leben aller wahren und auf Wahrheit beruhen²⁴⁷, aber auch die Gleichheit aller in der Freiheit achten²⁴⁸.

²⁴³ BVerfGE 18, 18 (32); 50, 280 (371); 84, 212 (228); 88, 103 (114 ff.); 92, 26 (41); st. Rspr.; etwa BVerfGE 100, 214 (223 f.); vgl. K. A. Schachtschneider, Fallstudie zum Streik im öffentlichen Dienst, S. 221 ff.

²⁴⁴ BVerfGE 7, 198 (205, 208 ff.); 28, 191 (202); 54, 129 (138 f.); 66, 116 (150); st. Rspr.

²⁴⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 298 ff., 350 ff., 625 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 47, 113, 158 u. ö.

²⁴⁶ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 9 ff., 19 ff., 25 ff., 98 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 325 ff.

²⁴⁷ A. Brecht, Politische Theorie. Die Grundlagen des politischen Denkens im 20. Jahr-

Gesetze in diesem Sinne, also allgemeine Gesetze des Rechts, Rechtsgesetze, sind fraglos von der Diakonie zu beachten. So ist ihr innerer Wille, der darin der Religionsfreiheit gerecht wird. Deswegen ist die Religionsfreiheit die richtige Grundlage, das richtige Grundrecht der Diakonie. Kirche und damit Diakonie ist immer etwas Besonderes. Ein diakonisches Unternehmen ist kein gewöhnliches Unternehmen. Es ist unternehmerisch, aber es ist kein Unternehmen, welches von der Gewinnmaxime bestimmt ist.

Gegenüber der Religionsausübung muß der Staat Neutralität wahren²⁴⁹. Der Staat darf nur handeln, wenn das Verfassungsgesetz ihm eine Handlungsermächtigung, eine Befugnis, einräumt oder zumindest ein Gesetz material legitimiert. Es bedarf guter Gründe für staatliche Aufgaben, für staatliche Befugnisse und für staatliche Mittel. Dies gilt auch und insbesondere für die Wohlfahrtspflege. Der Staat darf nicht Aufgaben an sich ziehen, welche im nichtstaatlichen Bereich, insbesondere von den Kirchen und deren Werken, bewältigt werden können. Aber das Subsidiaritätsprinzip, im wirtschaftlichen Bereich das Privatheitsprinzip, hat in den verschiedenen Grundrechten eine Grundlage²⁵⁰, gerade auch in der Religionsfreiheit. Europarechtlich ist

hundert, 1961, S. 487 ff.; *K. Jaspers*, Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1949, S. 197 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 567 ff.; *ders.*, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik", S. 105 ff.

²⁴⁸ *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, 1958, Rdn. 18, 134 zu Art. 1 Abs. 1; *W. Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 427 ff., insb. S. 455 ff., 499 ff., 507 ff.; *M. Kriele*, Freiheit und Gleichheit, HVerfR, 1983, S. 129 ff.; *D. Suhr*, Entfaltung des Menschen durch die Menschen, Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, 1976, S. 139 ff.; *P. Kirchhof*, Objektivität und Willkür, FS W. Geiger, 1989, S. 99 ff.; *ders.*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Bd. V, § 124, Rdn. 44 ff., 103 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Republikanische Freiheit, FS Martin Kriele, S. 829 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 4 f., 275 ff., 325 ff., 410 ff., 422 ff., passim; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 33 ff., 39 ff., 105 ff., 216 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 25 ff.; *J. Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 34 ff., 223 ff., passim, stellt seine "Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß" allein auf diesen Grundsatz; *E. Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde, 1961, 2. Aufl. 1980, S. 83, sieht das als ein nicht mehr naturrechtliches Apriori Kants.

²⁴⁹ Vgl. BVerfGE 10, 59 (84 f.); 12, 45 (54); 19, 1 (8); 19, 206 (216); 19, 226 (238 ff.); 19, 268 (278 ff.); 24, 236 (246 f.); 33, 23 (29); 93, 1 (16 f.).

²⁵⁰ Dazu Hinweise in Fn. 89 f.; vgl. auch *J. Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, S. 738 ff.

das Privatheitsprinzip in den wirtschaftlichen Grundfreiheiten begründet²⁵¹. Der Staat hat sich zurückzunehmen. Er muß material privatisieren, was nicht staatlicher Betreuung bedarf. Insbesondere muß er aber der Diakonie lassen, was sie, religiös motiviert, unternimmt. Die öffentliche Hand darf die Diakonie nicht behindern, auch nicht indem sie Wettbewerber der Diakonie durch Subventionen derart am Markt stärkt, daß die Diakonie ihre helfende Hand aus wirtschaftlichen Gründen zurückziehen muß.

Dem Modernen Staat, der Sozialstaat sein soll, macht das besondere Schwierigkeiten, gerade weil seine Grundlagen die Freiheit, die Gleichheit und die Brüderlichkeit sind. Das Sozialprinzip hat höchsten Verfassungsrang²⁵². Es ist untrennbar mit dem Freiheitsprinzip verbunden. Das Bundesverfassungsgericht hat im Bodenreformurteil 1991 ausgesprochen, daß jedes Verfassungsgesetz "die grundlegenden Elemente des Sozialstaatsprinzips" achten müsse, nicht anders als die des Rechtsstaatsprinzips²⁵³. Der Staat hat die Aufgabe, das Sozialprinzip zu verwirklichen, aber auch insoweit gilt das Subsidiaritätsprinzip. Soweit die Wohlfahrtseinrichtungen die soziale Aufgabe des Gemeinwesens bewältigen, hat der Staat zwar seine helfende Hand zu reichen, mehr aber auch nicht²⁵⁴. Wie die Aufgaben zur Verwirklichung des Sozialprinzips zwischen dem Staat, den Kirchen und den sonstigen nichtstaatlichen Einrichtungen abgegrenzt werden, ist eine Frage der Alltagspolitik. Dabei ist aber die Religionsfreiheit der Diakonie zu achten, die ihr ein Vorrang begründendes Gewicht gibt.

2. Diakonie als unternehmerisches Handeln, geschützt durch die Religionsfreiheit

Es ist kein Widerspruch, kirchliches Handeln und damit das Diakonische Werk als unternehmerisch einzustufen, wenn es denn unternehmerisch ist.

²⁵¹ K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 88 ff.; A. Emmerich-Fritsche, Das Privatheitsprinzip des Binnenmarktes, EWS 2001, S. 365 ff.

²⁵² Zum Sozialprinzip K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip. Zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974; ders., Res publica res populi, S. 234 ff.; ders., Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.

²⁵³ BVerfGE 84, 90 (121).

²⁵⁴ § 10 BSHG regelt eine Kooperation zwischen den Trägern der Sozialhilfe und den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sowie den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege, welche dem Subsidiaritätsprinzip nur begrenzt gerecht wird.

Unternehmerisches Handeln ist (nichtstaatliche) Teilnahme am Markt und am Wettbewerb. Somit ist das Wettbewerbsrecht auf diakonische Unternehmen anzuwenden²⁵⁵. Ein Unternehmen ist durch seine Privatheitlichkeit gekennzeichnet, aber das Formalziel ist die Gewinnmaxime²⁵⁶. Ohne Gewinn ist die langfristige Alternative meist Insolvenz, aber die Gewinnmaxime definiert nicht den Unternehmensbegriff²⁵⁷. Auch der Europäische Gerichtshof hat noch einmal ausgesprochen, daß es für den Unternehmensbegriff auf die Gewinnmaxime nicht ankomme²⁵⁸. Dem folgt auch § 2 Abs. 1 UStG. Letztlich ist der Bestand eines Unternehmens wesentlich. Auch ohne Gewinn kann ein Unternehmen seinen Bestand wahren, wenn es nämlich in geeigneter Weise subventioniert wird. Der Unternehmensbegriff hängt nicht von der Gewinnmaxime ab²⁵⁹, aber im Unternehmensrecht wird berücksichtigt, daß Unternehmen vornehmlich Gewinne erstreben. Man kann im übrigen auch Gewinne oder besser: Überschüsse anstreben, wenn man soziale Ziele verfolgt. Beides zu tun, ist kein Widerspruch. Wenn die Diakonie Überschüsse anstrebt, hat auch das nach ihrer Satzung und ihrer Praxis eine dienende Funktion. Mit den Mitteln, die sie erwirtschaftet, will die Diakonie helfen.

3. Verletzung der Diakonischen Heime in der Religionsfreiheit

Die Diakonischen Heime werden durch die Subvention des Landkreises Gifhorn zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn in der Religionsausübungsfreiheit verletzt, weil die Subvention ihre diakonische Arbeit behindert, ja

²⁵⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 5 ff., 25 ff., 281 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 368 ff., auch zum Folgenden.

²⁵⁶ Vgl. H. Steinmann/A. Löhr, Grundlagen der Unternehmensethik, 2. Aufl. 1994, S. 98, 104, 123 ff., 191; vgl. auch K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff.; ders., Eigentümer globaler Unternehmen, FS Horst Steinmann, S. 419 f.

²⁵⁷ BSGE 16, 79 (81); 36, 111 (115); F. Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, 1962, S. 16; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff.; anders die Praxis für den Gewerbebegriff, vgl. K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 15 f.; dazu I, 2.

²⁵⁸ Grundlegend EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. 170/83 (Hydrotherm Gerätebau/Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas), Slg. 1984, 2999 (3016); EuGH, Urteil vom 21.09.99, Rs. C-219/97 (Drijvende Bokken/Stichting Pensioenfonds), Slg. 1999, I-6125 (I-6147 f.).

²⁵⁹ Dazu oben I, 2, c.

verhindern kann, ohne daß dem ein Gesetz zugrunde liegt, das Verfassungsprinzipien schützt, die der Religionsfreiheit im diakonischen Bereich gleichrangig sind. Die Diakonischen Heime müssen am Markt Überschüsse erzielen, aus denen sie ihre Einrichtungen für seelisch Behinderte finanzieren können. Sie werden durch die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn in ihrer Verpflichtung zur christlichen Nächstenliebe behindert, obwohl sie durch ihre Einrichtungen gerade den Staat, der die Subventionen bereitstellt, gemäß dem Subsidiaritätsprinzip entlasten wollen und sollen (dazu A, II, 3, c).

Die diakonischen Unternehmensrechte aus der Religionsfreiheit bestehen in Idealkonkurrenz zu den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Unternehmensrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und (subsidiär) Art. 2 Abs. 1 GG.

C. Wettbewerbsschutz aus § 1 UWG

I. Tatbestand des § 1 UWG

§ 1 UWG ist eine Generalklausel²⁶⁰, die große Generalklausel des wettbewerblichen Unternehmensrechts, nach der derjenige auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, der ("wer") "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen". § 1 UWG begründet im Wettbewerbsrecht einen Unterlassungs- und eine Beseitigungs-, sowie bei Verschulden einen Schadensersatzanspruch gegen unlauteres, wettbewerbswidriges Handeln, nach der Praxis auch gegen Handeln der öffentlichen Hand. Der Maßstab der Lauterkeit, die guten Sitten, ist die Rechtsordnung und kann im Rechtsstaat nur die Rechtsordnung sein. Zu dieser Rechtsordnung gehört das Richterrecht, das die Praxis für den fairen Leistungswettbewerb entwickelt hat.

Die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn durch den Landkreis Gifhorn fördert den Wettbewerb zum Nachteil der Diakonischen Heime. Das kann einen Anspruch der Diakonischen Heime auf Unterlassung der Subvention aus § 1 UWG, aber auch auf Rückforderung der Subvention gegen

²⁶⁰ W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, UWG Einl., Rdn. 66 ff.

den Landkreis Gifhorn begründen.

Nach der Rechtsprechung wird das Wettbewerbsrecht im Falle von Subventionen der öffentlichen Hand durch die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage nicht ausgeschlossen²⁶¹. Die Zivilrechtsprechung geht von der Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen aus, wenn die hoheitliche Tätigkeit der öffentlichen Hand Auswirkungen auf den Wettbewerb hat²⁶². Aus dieser Doppelqualifikation folgt die Rechtsprechung die Möglichkeit der Doppelkontrolle, sowohl im Verwaltungsrechtsweg als auch im Zivilrechtsweg²⁶³.

1. "Wer"

"Wer" im Sinne des § 1 UWG kann jede natürliche und juristische Person sein²⁶⁴. Staat und Kommunen sind juristische Personen. Der Landkreis Gifhorn ist Rechtsträger (§ 1 Abs. 1 NdsLKO) und, wenn man von seiner Hoheitlichkeit, die ihn an sich aus dem Adressatenkreis des Lauterkeitsrechts ausschließt (dazu II)²⁶⁵, absieht, nach der praktizierten Fiskusdoktrin

²⁶¹ OLG Stuttgart, WRP 80, 101 (102); OLG Köln, WRP 1991, 259 (263); OLG Frankfurt, WRP 97, 592 ff.; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 UWG, Rdn. 946; *P. Ulmer*, Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren und Dienstleistungen, ZHR 146 (1982), S. 466 ff. (474 ff.); *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 6. Aufl. 2002, S. 32 f.; *H. Köhler/E. Steindorf*, Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, 1795 (1708 ff.); *P. Groeschke*, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, 2329 ff.

²⁶² BGHZ 36, 91 (102 ff.); 66, 229 (232 ff.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); 101, 72 (75 f.); (GrS) 102, 280 (285); 107, 40 (48); 114, 218 (232 ff.); BGH, WRP 99, 1283 (1286) „Kartenlesegerät“; zur Doppelqualifikation *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 26 ff., 81 mit Hinweisen in Fn. 319, auch S. 288 f.

²⁶³ GemS OGB in BGHZ 102, 280 (285); *H. Köhler*, in: *H. Köhler/Piper*, UWG, § 1, Rdn. 437; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 946.

²⁶⁴ *H. Köhler*, UWG, Einf., Rdn. 146; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 41 ff.; *F. Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, § 2, Rdn. 2.

²⁶⁵ Dazu die Kritik von *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.* Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 302 ff., 309 ff.; *ders.* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 270 ff.

also, unter den Begriff "wer" im Sinne des § 1 UWG zu subsumieren²⁶⁶.

2. "Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" (Wettbewerbsverhältnis)

Das Merkmal "Handeln im geschäftlichen Verkehr" im Sinne des § 1 UWG ist denkbar weit gefaßt und verlangt "irgendeine der Förderung eines Geschäftszwecks dienende Tätigkeit im Gegensatz zu einer rein privaten oder amtlichen Betätigung"²⁶⁷. Dem Begriff des "geschäftlichen Verkehrs" kommt nur eine geringe Filterfunktion zu²⁶⁸. Eine Gewinnerzielung muß jedenfalls mit der fraglichen Tätigkeit nicht beabsichtigt sein²⁶⁹. Die Subvention durch den Landkreis Gifhorn an die Lebenshilfe Gifhorn ist eine Handlung, die in den Wettbewerb zwischen den Unternehmen, die seelisch Behinderten Hilfe geben, eingreift. § 1 UWG setzt nicht eine Wettbewerbs-handlung in eigenem Wettbewerb voraus. Es genügt, wenn Dritte in ein Wettbewerbsverhältnis einwirken²⁷⁰.

a) Objektive Komponente: Wettbewerbseignung

Die Handlung muß objektiv geeignet sein, den eigenen oder fremden Absatz auf Kosten eines anderen Gewerbetreibenden zu fördern, um als Wettbewerbshandlung im Sinne des § 1 UWG qualifiziert werden zu können²⁷¹. Die Subvention ist geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen; denn erst die Subvention ermöglicht der Lebenshilfe Gifhorn, auf dem Markt der Förde-

²⁶⁶ BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); BGHZ 36, 91 (102 ff.); 66, 229 (232 ff.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); 101, 72 (75 f.); 102, 280 (285); 107, 40 (48); 114, 218 (232 ff.); BGH, WRP 99, 1283 (1286); BVerfGE 27, 364 (374); dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 26 ff., 81 mit Hinweisen in Fn. 319, auch S. 288 f.

²⁶⁷ BGHZ 19, 299 (303), „Bad Ems“; BGHZ 67, 81(84), „Ärztekammer, kassenärztliche Vereinigung“; H. Piper, in: Köhler / Piper, UWG, Einf., Rdn. 156; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 208; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 21 ff. (23).

²⁶⁸ BGHZ 42, 210 (218); U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Verhaltensrechtliche Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln, 1997, S. 314.

²⁶⁹ Vgl. OGH, ÖBl. 1998, 232 (236) „Notruftelefon I“.

²⁷⁰ BGHZ 67, 81 (84); W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 214, 219, 247 f.

²⁷¹ BGHZ 114, 218 (237); LM § 1 UWG Nr. 739 „Emil Grünbär“; OGH, ÖBl. 2000, 109 (110 f.); V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 23; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 215.

zung von seelisch Behinderten tätig zu werden. Jedenfalls begünstigt die Subvention die Kosten des Marktteilnehmers Lebenshilfe Gifhorn und verschlechtert damit die Marktlage des Wettbewerbers Diakonische Heime. Die Wettbewerbsfähigkeit von Subventionen der öffentlichen Hand zugunsten eines Marktteilnehmers ist vielfach anerkannt, auch wenn die Subvention amtlich geleistet wird²⁷². Amtliches Handeln entzieht in der jüngeren Praxis das wettbewerbsbezogene Handeln, also auch die staatliche oder kommunale Ingerenz, nicht dem Lauterkeitsregime des § 1 UWG. Entgegen früherer Praxis und Lehre²⁷³ wird die Doppelqualifikation des Handelns der öffentlichen Hand auf das verwaltende, zumal das subventionierende, Handeln ausgedehnt²⁷⁴. Dem steht die allgemeine Kritik der Fiskusdoktrin entgegen, daß hoheitliches Handeln in keinem Fall privatheitlich und darum mangels Privatautonomie von Staat und Kommunen auch nicht wettbewerbsfähig ist (dazu II)²⁷⁵.

b) Subjektive Komponente: Wettbewerbsabsicht

Der Handelnde muß beabsichtigen, den eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern. Die Wettbewerbsabsicht muß nicht den ausschließlichen Beweggrund des Handelns bilden²⁷⁶. Auch Subventionen der öffentlichen Hand erfüllen den Tatbestand des "Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs", wenn sie den Zweck verfolgen, fremden Wettbe-

²⁷² BVerwGE 30, 191 (197 f.); OLG Stuttgart, WRP 1980, 101 (102); OLG Köln, WRP 1991, 259 ff. (263); OLG Frankfurt, WRP 1997, 592 ff.; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 946; *F. Rittner/K. D. Stephan*, Die Konkurrentenklage im Subventionsrecht, GewArch 1985, 177 ff. (183); *P.-M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 379 ff.

²⁷³ So noch *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl. 1995, § 1 UWG, Rdn. 946; *R. Scholz*, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), S. 97 ff. (129); vgl. *V. Emmerich*, in: E.-J. Mestmäcker/U. Immenga, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 1991, § 198 Abs. 1, Rdn. 5 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26.

²⁷⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 261.

²⁷⁵ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 25 ff., 261 ff., 281 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.

²⁷⁶ Vgl. BGHZ 3, 270 (277 f.); 136, 111 (117); *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 234 ff.; weitergehend *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 23, 25 f., 28 f.

werb zu fördern²⁷⁷. Die Subvention des Landkreises Gifhorn verfolgt den Zweck, fremden Wettbewerb, den Wettbewerb der Lebenshilfe Gifhorn nämlich, zu fördern. Sie will der Lebenshilfe Gifhorn die Teilnahme am Markt der Förderung seelisch Behinderter geradezu ermöglichen. Der rechtswidrige Marktzutritt eines kommunalen Unternehmens, etwa der Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 87 BayGO, ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (I. Zivilsenat) nicht schon sittenwidrig, wenn nicht "der Bestand des Wettbewerbs auf dem einschlägigen Markt gefährdet wird"²⁷⁸, weil § 1 UWG nicht die Marktstruktur schützt, sondern das Markthandeln. Der Marktzutritt der öffentlichen Hand sei grundsätzlich eine Frage des öffentlichen Rechts, des Kommunalrechts etwa, nicht des Lauterkeitsrechts. Die Belegung des Wettbewerbs, auch durch Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb, ist im Grundsatz nicht wettbewerbswidrig, kann aber den Schutz der Privatwirtschaft mißachten, den etwa Art. 87 BayGO bezweckt²⁷⁹. Die Subvention des Marktzutritts eines dritten Wettbewerbers, die Investitionssubvention also, verzerrt wegen der Kostenfolgen den Wettbewerb der privaten Unternehmer und ist unlauter, also Verstoß gegen die guten Sitten, wenn sie nicht durch Gesetze gerechtfertigt ist, zumal die öffentliche Hand das Neutralitätsgebot gegenüber dem privaten Wettbewerb, das deren Chancengleichheit schützt, mißachtet²⁸⁰. Der Landkreis Gifhorn hat zudem bei seiner Subventionsentscheidung ignoriert, daß nach Ziffer 4 der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Werkstätten und Wohnstätten für behinderte Menschen vom 31.05.2001 eine Zuwendungsvoraussetzung der "Bedarf" an einer solchen Einrichtung ist, obwohl die vorhandenen Plätze der Förderwerkstatt der Diakonischen Heime bekannt sind. Von der Wettbewerbsabsicht ist angesichts dieses Umstandes auszugehen.

3. "Verstoß gegen die guten Sitten"

a) Zentrales Tatbestandsmerkmal des § 1 UWG ist der Verstoß gegen die

²⁷⁷ H. Köhler, in: Köhler / Piper, UWG, § 1, Rdn. 453; auch W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 946; vgl. auch die Hinweise in Fn. 272.

²⁷⁸ BGH, NJW 2002, 2645 ff. einerseits, BGHZ 82, 375 (395 ff.); 123, 157 (160) ff.) andererseits.

²⁷⁹ BGH, NJW 2002, 2647; vgl. BVerwG, NJW 1995, 2938 (2939).

²⁸⁰ Dazu Hinweise in Fn. 192 ff.

"guten Sitten"²⁸¹. Die guten Sitten leiten ihre rechtliche Verbindlichkeit aus allgemeinen Gesetzen her²⁸². § 1 UWG dient dem freien und fairen Leistungswettbewerb²⁸³. Er bezweckt den Schutz der formalen Wettbewerbsfreiheit und den Schutz der materialen Wettbewerbsmöglichkeit. § 1 UWG ist gewissermaßen die einfachgesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Wettbewerbsprinzips²⁸⁴, das seine Grundlagen in den menschheitlichen Grundsätzen von Freiheit und Eigentum hat, aber auch durch die Effizienzerfahrung der Marktwirtschaft gestützt wird²⁸⁵. Wie das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dient auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb einer ebenso effizienten wie fairen Marktwirtschaft. Die dafür notwendigen Rechtssätze geben der Gesetzgeber und, weil und insoweit dieser überfordert ist, die Wettbewerbsrichter, denen, rechtstatsächlich betrachtet, die Wettbewerbspolitik mittels § 1 UWG delegiert ist²⁸⁶, obwohl gute Sitten an sich unmittelbar demokratisch legitimierte Rechtssätze der Bürgerschaft allgemein oder von Gruppen derselben sind, welche den

²⁸¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff.; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 66 ff., § 1 UWG, Rdn. 2 ff.; H. Piper, in: Köhler / Piper, UWG, Einf., Rdn. 175 ff.; F. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 2, Rdn. 14; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 5, S. 40 ff.

²⁸² K. A. Schachtschneider, Das Sittengesetz und die guten Sitten, in: Becker/Bull/Seewald (Hrsg.), Festschrift für W. Thieme, 1994, S. 206.

²⁸³ V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 2, 50 ff., 54, passim; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgemeines, Rdn. 76; U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 349; vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 36 f., 369, 427.

²⁸⁴ Vgl. U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 347 f.; i.d.S. St. Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, S. 186.

²⁸⁵ Vgl. K. A. Schachtschneider, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.

²⁸⁶ F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933/1964, S. 104 ff., 124 ff.; insb. S. 273 f.; E.-J. Mestmäcker, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, FS F. Böhm zu 80. Geburtstag, 1975, S. 383 ff., 392 ff., 410 ff.; ders., Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, S. 28 ff., 50 ff.; B. Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung. Zur vertragsrechtlichen Relevanz der Ordnungsfunktion dezentraler Interessenkoordination in einer Wettbewerbswirtschaft, 1978, S. 137 ff., 160, 162 ff.; C. Ott, Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik, FS für Ludwig Raiser, 1974, S. 403 ff.; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 46 ff., 50 ff.; dazu (kritisch) K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 385 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 209 ff.

Charakter von Gewohnheitsrecht haben²⁸⁷. Die guten Sitten sind in der Praxis der Sache nach Richterrecht²⁸⁸.

Eine nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung der Marktstellung eines Wettbewerbers durch einen anderen Wettbewerber oder auch durch einen Dritten wird als sittenwidrig eingestuft²⁸⁹. Freilich beeinträchtigt jedes wettbewerbsrelevante Handeln die Marktstellung der Wettbewerber. Darum müssen rechtmäßige Wettbewerbshandlungen von sittenwidriger Wettbewerbsbehinderung unterschieden werden²⁹⁰. Die Grenzen der guten Sitten zieht die Praxis, wenn der Nachteil eines Wettbewerbers nicht mehr Folge des freien Wettbewerbs ist, sondern eines wettbewerbslich illegitimen Eingriffs²⁹¹. Sittenwidrig sind Handlungen, deren Verwirklichung von der Rechtsgemeinschaft mißbilligt werden. Die Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG ist eine wettbewerbspezifische Rechtswidrigkeit. Die Rechtsprechung hat eine Fülle von Fallgruppen entwickelt, welche den Vorwurf der Sittenwidrigkeit oder eben den der Wettbewerbswidrigkeit begründen²⁹². Das Prinzip des Leistungswettbewerbs setzt Handlungen ins Unrecht, welche den freien und fairen Wettbewerb verfälschen oder ausschließen²⁹³.

Die öffentliche Hand darf sich nur auf Belange des Gemeinwohls berufen²⁹⁴.

²⁸⁷ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff., insb. S. 373 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 206 ff.; vgl. V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 46 f.; K. Larenz/C.-W. Canaris, Besonderes Schuldrecht, S. 449 ff. (kritisch).

²⁸⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 373 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 217 ff.; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 72; vgl. V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 46 ff., 50 ff.; zum Richterrecht allgemein, K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 225 ff.

²⁸⁹ W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgemeines, Rdn. 21 ff.

²⁹⁰ W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 149 ff.

²⁹¹ Vgl. W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 70; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 50 ff.; U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 347.

²⁹² Vgl. W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, § 1 UWG, Rdn. 3 ff.; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 57 ff., 59 ff.; U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 352 ff.

²⁹³ V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 49 f.; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 96 ff.; U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 349.

²⁹⁴ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff.; ders., Der

Sie ist darum uneingeschränkt an das Recht des Staates und der Kommunen, das Staatsrecht und das Kommunalrecht oder eben das öffentliche Recht gebunden²⁹⁵. Vornehmlich geben die Verfassung und das Verfassungsgesetz dem Staat und den Kommunen das Recht, insbesondere die Menschen- und Grundrechte. Grundrechtswidrige Maßnahmen der öffentlichen Hand können nicht den guten Sitten im Sinne des § 1 UWG genügen²⁹⁶. Anerkannt ist in der Praxis, daß eine gesetzwidrige Maßnahme der öffentlichen Hand die guten Sitten dieser Vorschrift verletzt, wenn die gesetzwidrige Handlung in den Wettbewerb eingreift²⁹⁷.

Jüngst hat der Bundesgerichtshof den Schutz auf § 1 UWG dadurch verengt, daß er die Sittenwidrigkeit eines Gesetzesverstößes der öffentlichen Hand davon abhängig macht, daß die verletzte Vorschrift, im entschiedenen (bayerischen) Fall Art. 87 BayGO, der u.a. die durch private Unternehmer geprägte Marktstruktur erhalten solle, nicht bezwecke, die Lauterkeit des Wettbewerbs zu schützen²⁹⁸. Wieder einmal wird dadurch der Rechtsschutz gegen den rechtswidrigen Marktzutritt der öffentlichen Hand verkürzt, der Sache nach ein subjektives Recht der privaten Unternehmer auf Achtung des Privatheitsprinzips zurückgewiesen. Aber das Subventionsrecht, spezifisch durch das Gleichheitsprinzip (Chancengleichheit) und das Neutralitätsprinzip geprägt, dient der Freiheit und Gleichheit im Wettbewerb und hat folglich Schutzfunktion für die Lauterkeit im Wettbewerb, wie die zitierten Judikate zu unlauteren Subventionen erweisen²⁹⁹. Wenn auch nicht die Entscheidung über den Marktzutritt, die rechtswidrig sein kann, grundsätzlich an dem Lauterkeitsmaßstab gemessen wird, so doch die "Art und Weise" des Marktzutritts; denn auch der Marktzutritt ist ein Handeln am Markt³⁰⁰. Der durch Subvention privilegierte Marktzutritt ist unlau-

Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 38 ff., 48 ff., 211 ff., 304 ff.

²⁹⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 38 ff., 211 ff.

²⁹⁶ Ganz i.d.S. BGHZ 80, 25 (27 ff.).

²⁹⁷ W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 609 ff.; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 312 f.

²⁹⁸ BGH, NJW 2002, 2645 ff. (2647).

²⁹⁹ Hinweise in Fn. 261.

³⁰⁰ Vgl. BGH, NJW 2002, 2648.

ter/sittenwidrig, zumal wenn die Subvention rechtswidrig ist.

Bei wettbewerbsrelevanten Gesetzesverstößen der öffentlichen Hand kommt es jedenfalls nicht darauf an, ob das Gesetz sittlich "wertbezogene" oder "wertneutrale Normen" enthält³⁰¹. Hefermehl beurteilt die Sittenwidrigkeit wettbewerbsrelevanter Tätigkeiten der öffentlichen Hand aufgrund einer Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und den Interessen anderer Wettbewerbsbeteiligter³⁰². Schliesky hält eine Wettbewerbsbehandlung durch die öffentliche Hand für sittenwidrig, wenn sie geeignet sei, die Wettbewerbslage zugunsten von Mitbewerbern zu verändern, und dies nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sei oder sonst gegen das Recht verstoße³⁰³. Das überzeugt, wenn die Interessen einen rechtlichen Schutz genießen, also Rechtsinteressen sind, und wird durch das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaft bestätigt. Eine wettbewerbsrelevante Tätigkeit der öffentlichen Hand ist somit sittenwidrig und wettbewerbswidrig, wenn für diese Tätigkeit ein öffentliches Interesse fehlt, welches von der Rechtsordnung legalisiert ist³⁰⁴. Auch wenn die öffentliche Hand private Unternehmen fördert und dadurch in den Wettbewerb eingreift, muß das Förderinteresse rechtlich geregelt sein. Zunächst einmal muß die Förderung (Subvention) eine gesetzliche Grundlage haben. Daran mangelt es der Subvention des Landkreises Gifhorn zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn (A, II, 2).

Die Schaffung von Förderwerkstätten für seelisch Behinderte, um letztere langfristig ins Arbeitsleben zu integrieren, liegt im öffentlichen Interesse, das in §§ 54 ff. SchwbG, jetzt §§ 136 SGB IX, aber auch §§ 93 ff. BSHG zum Ausdruck gebracht ist. Dieses öffentliche Interesse wird von den Diakonischen Heimen in Kästorf seit langem verwirklicht. Diese betreiben seit mehreren Jahren erfolgreich eine Förderwerkstatt für seelisch Behinderte ohne staatliche Subventionen. Die Diakonischen Heime haben eine

³⁰¹ Zu diesem Kriterium der Fallgruppe Rechtsbruch im Unlauterkeitsrecht v. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 308 ff.; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 612, 613 ff., 630 ff.

³⁰² Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 40 ff.; so auch *U. Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 354.

³⁰³ Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 349.

³⁰⁴ Vgl. *U. Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 350.

langjährige Erfahrung in der Betreuung von seelisch Behinderten. Die Tätigkeit der Diakonischen Heime verwirklicht das öffentliche Interesse, das der Landkreis Gifhorn mit seiner Subvention fördern will. Durch die Subvention der Lebenshilfe Gifhorn werden die Diakonischen Heime aber in ihrer Tätigkeit wirtschaftlich behindert, weil sie ohne Subvention ihre Förderwerkstatt betreiben.

Wegen der Religionsfreiheit, auf die sich die Diakonischen Heime berufen können (dazu B, IV) widerspricht es dem öffentlichen Interesse, nämlich dem Verfassungsinteresse, daß eine kirchliche Organisation, die Diakonie, in ihrer Religionsausübung von der öffentlichen Hand unter Einsatz staatlicher Mittel beeinträchtigt wird. Das Interesse der Lebenshilfe Gifhorn an der Subvention findet keine derart hochrangige Rechtfertigung wie das religiöse Interesse der Diakonischen Heime an der ungehinderten, eigenständig finanzierten Tätigkeit.

Die Diakonischen Heime beweisen, daß die Arbeitsförderung seelisch Behinderter auch ohne Subventionen verwirklicht werden kann. Die Lebenshilfe Gifhorn dagegen kann in der Förderarbeit mit seelisch Behinderten nicht einmal Erfahrung nachweisen, die sie als Träger einer Werkstatt für seelisch Behinderte benötigt. Der Bedarf an einer Werkstatt für seelisch Behinderte im Landkreis Gifhorn wird durch die Diakonischen Heime in Kästorf gedeckt. Es ist unter allen Aspekten des Gemeinwohls sinnvoller, einen selbstfinanzierten Ausbau der Förderwerkstatt zu stützen, als ein neues Projekt zu subventionieren, dessen Erfolg ungewiß ist. Diese Politik stützt § 93 Abs. 1 S. 1 BSHG. Ein Wettbewerb ist nicht fair, wenn ein Wettbewerber subventioniert wird, der andere aber nicht. Die Diakonischen Heime können ihrer diakonischen Aufgabe nur nachkommen, wenn sie wirtschaftlich tätig sind, das heißt auch, daß sie Überschüsse erzielen müssen, um ihren Bestand erhalten zu können. Eine Werkstatt für seelisch Behinderte hingegen, deren Aufbau wesentlich aus Subventionen finanziert werden konnte, kann letztlich auch ihre Produkte zu günstigeren, nämlich mittelbar subventionierten, Preisen anbieten. Mit subventionierten Preisen bildet sich kein wirklicher Marktpreis. Eine solche Preisunterbietung ist im Sinne des § 1 UWG,

welcher den Leistungswettbewerb schützen will, sittenwidrig³⁰⁵. Bereits diese Interessenabwägung setzt die Subvention des Landkreises Gifhorn zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn ins Unrecht.

b) Der Subvention des Landkreises Gifhorn stehen demgegenüber keine rechtlich geschützten öffentlichen Interessen zur Seite. Zum einen verwirklichen die Diakonischen Heime das öffentliche Interesse an einer Förderwerkstatt für seelisch Behinderte. Zum anderen beeinträchtigt die Subvention die Privatheit der Lebensbewältigung, also das menschenrechtliche Subsidiaritätsprinzip³⁰⁶. Zum dritten und vor allem aber hat die Subvention keine demokratische Legitimation; denn ihr liegt kein Gesetz der Legislative zugrunde. Nicht nur die Mißachtung der Religionsfreiheit der Diakonischen Heime aus Art. 4 GG, sondern auch die der Unternehmensfreiheit aus den allgemeinen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundrechten (Art. 14 Abs. 1 GG und subsidiär Art. 2 Abs. 1 GG), wie oben zu B, II, 2 und 3, IV dargelegt ist, führt zu dem sittlichen Verdikt gegen die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn durch den Landkreis Gifhorn. Die Grundrechte sind nach ständiger Praxis die materiale Substanz der guten Sitten im Privatrecht³⁰⁷ und erst recht im öffentlichen Recht, wenn das Handeln der öffentlichen Hand an den guten Sitten gemessen wird³⁰⁸. Die Legalität staatlichen und kommunalen Handelns bestimmt sich nach der gesamten Rechtsordnung, die ihre Leitprinzipien in der Verfassung und im Verfassungsgesetz, insbesondere in den Grundrechten, hat³⁰⁹.

c) Der Verstoß gegen die guten Sitten bedarf keines besonderen Bewußt-

³⁰⁵ Vgl. *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 251 ff. zur Fallgruppe Preisunterbietung; *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 59 ff.

³⁰⁶ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff., 261 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 368 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 272 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 f.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 61 ff.; vgl. auch *ders.*, Das Sozialprinzip, S. 62 ff.

³⁰⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198 (206 ff.); 42, 143 (148); 77, 178 (214); 79, 174 (201); 81, 242 (253, 256); 84, 212 (223); 89, 214 (223 f.); 97, 298 (313 f.).

³⁰⁸ Vgl. *F. O. Kopp/U. Ramsauer*, VwVfG, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000, § 44, Rdn. 47.

³⁰⁹ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff., 438 ff., insb. S. 446 ff.

seins der Sittenwidrigkeit³¹⁰. Auch für den Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG ist darum nicht das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit oder auch nur die Kenntnis von den Wirkungen der Wettbewerbshandlung erforderlich³¹¹. Es bedarf auch keines Verschuldens oder der Kenntnis aller die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände³¹².

4. Verschulden

Die unlautere Wettbewerbshandlung ist vom Landkreis Gifhorn verschuldet. Die Organe des Landkreises, insbesondere die Landrätin (§§ 55 ff. NdsLKO), müssen das Recht beachten und es kennen. Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum entschuldigt die Amtswalter nicht³¹³.

5. Schadensersatz durch Rückforderung der Subvention

Der Schadensersatzanspruch geht grundsätzlich auf Geldersatz für den Wettbewerbsschaden, umfaßt somit den finanziellen Ausfall der Diakonischen Heime wegen der Subvention zugunsten der Lebenshilfe. Zur Wiedergutmachung des Schadens und zur Unterlassung eines weiteren Schadens gehört es, daß der Landkreis Gifhorn die ausbezahlte Subvention von der Lebenshilfe Gifhorn zurückfordert. Im übrigen wird auf § 1 UWG ein Beseitigungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gestützt, unabhängig vom Verschulden³¹⁴. Dem steht der Subventionsbescheid, auf dem die Ausbezahlung der Subvention beruht, nicht entgegen. Dieser Verwaltungs-

³¹⁰ RGZ (GS) 67, 150, 1 (3, 5 f.); BGHZ 8, 387 (393); 23, 184 (193 f.); 177, 115 (117 f.); BGH, GRUR 1955, 411 (414); BGH, GRUR 1988, 652 (654); BGH, GRUR 1991, 769 (771); *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 125, 128; *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 56 f.

³¹¹ BGH, GRUR 1967, 596 (597); *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 125, 128; *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 56 f.

³¹² *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 125, 128; *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 56 f.

³¹³ Vgl. *W. Rüfner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, in: H.-U. Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 48, Rdn. 25, zur Amtshaftung; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 220, 225 ff.; zur Amtshaftung; vgl. zur Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs BGHZ 2, 209 (214, 217 f.); 22, 258 (263, 266 f.); 106, 329 (329 f.); 129, 226 (232).

³¹⁴ *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 343 f.; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, UWG Einl., Rdn. 307 ff.

akt ist nämlich nach § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig, weil er gegen die guten Sitten verstößt. Die zu c) festgestellte Unlauterkeit hat zwar ihre Substanz in der Verletzung der verschiedenen Grundrechte und in der Mißachtung des Prinzips der Gesetzlichkeit, insbesondere in der rechtswidrigen Anwendung der Richtlinie, und damit in Rechtsverstößen, die typisch zur Aufhebung von Verwaltungsakten durch Verwaltungsgerichte führen. Die Logik des Lauterkeitsrechts aber, welches die Zivilrechtsprechung wegen der (vermeintlichen, dazu II) Bindung der öffentlichen Hand an das Wettbewerbsrecht heranzieht, ist eine Sittenwidrigkeit des amtlichen Handelns, die sich material weitestgehend an den Rechtsvorschriften mißt, die dem Staat das Recht geben³¹⁵, also vornehmlich an den Prinzipien des Rechtsstaates, insbesondere den Grundrechten. Der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG und § 44 Abs. 1 Nr. 6 VwVfG ist aus der Logik der Offenheit des Begriffs der guten Sitten derselbe, jedenfalls wenn dem Staat oder der Kommune Sittenwidrigkeit vorgeworfen wird. Der Sittenverstoß ist ein Unwerturteil der Richter (dazu 3, a, auch II). Der Sittenverstoß durch einen Verwaltungsakt ist somit auch ein Sittenverstoß des Verwaltungsaktes. Die Wettbewerbswidrigkeit verstärkt damit in der Wirkung die Rechtsfolge des rechtswidrigen Verwaltungshandelns durch Verwaltungsakt. Er führt nämlich zur Nichtigkeit desselben, die auch die Zivilgerichtsbarkeit zu berücksichtigen hat, die nicht befugt ist, Verwaltungsakte wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben³¹⁶. Weiterhin ist tragender Grund dessen, daß der Amtshaftungsanspruch auf Geldersatz begrenzt wird³¹⁷, daß der Amtswalter als Person nicht zu amtlichen Handlungen verurteilt werden kann, die Sache des Dienstherrn, also des Staates oder der Kommunen, sind³¹⁸. Diese Lehre ist zwar wegen Art. 34 GG, wonach die Haftung den Dienstherrn trifft, frag-

³¹⁵ Ganz so BGHZ 80, 25 (27 ff.); vgl. auch die Hinweise in Fn. 307; Grenzen der Sittenwidrigkeit gesetzwidrigen Handelns der öffentlichen Hand (Kommunen) zieht BGH, NJW 2002, 2645 ff., für den den (vermeintlich) Wettbewerb belebenden Marktzutritt, der Sache nach eine Rechtsschutzverkürzung.

³¹⁶ Vgl. für Schadensersatzansprüche aus Delikt D, I, III; so *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 41; *H.-J. Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 1998, Art. 34, Rdn. 233; vgl. BGHZ 34, 99 (105); 67, 92 (100); 78, 274 (276); 121, 367 (374).

³¹⁷ Hinweise in Fn. 316.

³¹⁸ So *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 41; *H.-J. Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 34, Rdn. 233.

würdig, schwächt aber die Position, daß im Rahmen der zivilrechtlichen Ansprüche gegen die öffentliche Hand eine Verpflichtung letzterer zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes nicht in Betracht kommt, so daß die eigentlich für die Naturalrestitution notwendige Rückgängigmachung der Folgen des rechtswidrigen Verwaltungsaktes (Folgenbeseitigung) nicht im Wege des Schadensersatzes beansprucht werden dürfe. Der eigentliche Schaden der Diakonischen Heime erwächst aus der Subventionszahlung an die Lebenshilfe Gifhorn. Diese zurückzufordern ist die Wiedergutmachung des Unrechts, die Naturalrestitution. Wegen der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Gerichtsbarkeiten, die alle demselben Recht verpflichtet sind, einem Recht, das nicht in unterschiedliche Teile gespalten werden kann (Rechtseinheit), gibt es keine durchgreifenden Argumente gegen einen Anspruch aus § 1 UWG darauf, daß der Subventionsgeber, der Landkreis Gifhorn, verpflichtet wird, von dem Subventionsnehmer, der Lebenshilfe Gifhorn, den bezahlten Subventionsbetrag durch Verwaltungsakt zurückzufordern und diesen Verwaltungsakt auch zu vollziehen. Für diese Position spricht auch, daß die Zivilgerichte aus § 1 UWG sogar die Verpflichtung der öffentlichen Hand hergeleitet haben, hoheitliche Maßnahmen zu unterlassen, weil sie einerseits wettbewerbliche Handlungen seien, andererseits aber den Wettbewerb ausschließen (eine geradezu absurde Argumentation aus der Logik der Fiskusdoktrin), beispielsweise die Selbstabgabe von Brillen durch Allgemeine Ortskrankenkassen (BGHZ 82, 375 ff.)³¹⁹.

6. Aktivlegitimation nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 UWG kann der Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG geltend gemacht werden.

"von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen."

Die Diakonischen Heime betreiben ein Unternehmen (B, I, 2). Sie sind "Gewerbetreibende" im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG, wenn auch der

³¹⁹ Dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 ff.; vgl. auch BGHZ 123, 157 (160 ff.); anders freilich BGH, NJW 2002, 2645 ff.

Unternehmensbegriff weiter ist als der Gewerbebegriff, schon weil auch freiberufliche Tätigkeiten Unternehmen, jedenfalls im Sinne mancher Vorschriften der Rechtsordnung (insbesondere des § 14 BGB), sind, aber keine Gewerbebetriebe, weil spezifisch die freien Berufe nicht unter den Gewerbebegriff fallen³²⁰. Die Diakonischen Heime erfüllen jedoch alle Kriterien des Gewerbebegriffs, zumal, wie zu B, I, 2, c) dargelegt ist, die Wirtschaftlichkeit der Betätigung dem Gewerbebegriff genügt. Die Diakonischen Heime erbringen Leistungen, nämlich die Förderung der Arbeitsfähigkeit seelisch Behinderter, welche auch die Lebenshilfe Gifhorn zu erbringen vorhat. Es besteht somit ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Diakonischen Heimen und der Lebenshilfe Gifhorn. Fraglos bieten beide Unternehmen die Leistungen für seelisch Behinderte auf "demselben Markt" im engsten Sinne, nämlich in demselben Landkreis an. Das Wettbewerbsverhältnis, welches § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG zum Kriterium der (sogenannten) Aktivlegitimation macht, um Popularklagen gegen unlauteren Wettbewerb auszuschließen, besteht somit.

Es kommt für § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG nicht darauf an, daß die Unterlassungsklage (oder auch die Beseitigungsklage) sich gegen den Wettbewerber richtet, sondern daß der Unterlassungskläger Wettbewerbschutz anstrebt. Für diesen setzt der Gesetzgeber ein Wettbewerbsverhältnis auf demselben Markt voraus, welches sogar durch die unlautere Handlung "wesentlich" beeinträchtigt sein muß. Die Handlung muß aber nicht von dem Wettbewerber ausgehen, sondern kann, wie es der stetigen Wettbewerbsrechtsprechung entspricht, auch eine Handlung Dritter zur Förderung fremden Wettbewerbs sein³²¹. Es ist in diesem Kapitel, zumal zu 2., ausgeführt, daß die Subvention durch den Landkreis Gifhorn trotz deren öffentlich-rechtlichen Charakters wegen der Lehre von der Doppelqualifikation des Handelns der öffentlichen Hand als eine Wettbewerbshandlung, nämlich die Förderung des Wettbewerbs eines Dritten, zu qualifizieren ist, welche an § 1 UWG gemessen

³²⁰ Vgl. K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold, Grundlagen des Gewerberechts, S. 15 f.; dazu B I, 2.

³²¹ BGHZ 14, 163 (171); 19, 299 (303); BGH GRUR 1987, 829 (830); BGH GRUR 1990, 611 (612 f.); OLG Köln, WRP 1991, 259 (262); OLG Frankfurt, WRP 1997, 592 (593); OLG Frankfurt, WRP 2000, 220 (223); W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 215; § 13 UWG, Rdn. 15a; vgl. auch V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 348 ff.

werden kann und gemessen werden muß. Die Logik dessen, daß das Handeln der öffentlichen Hand den Lauterkeitsprinzipien des Wettbewerbsrechts entsprechen muß, wenn es wettbewerblich ist oder in den Wettbewerb eingreift, ist, daß der verletzte Wettbewerber gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG auf Unterlassung dieser Handlung und auf Beseitigung der Handlungsfolgen klagen kann. So praktiziert das auch die ständige soeben zitierte Rechtsprechung.

Das Kriterium wesentlicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt soll Bagatelleverstöße gegen die Lauterkeitsprinzipien des Wettbewerbsrechts von dem Rechtsschutz ausnehmen³²². Die Wesentlichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist dargetan. Das Handeln des Landkreises Gifhorn ermöglicht dem Wettbewerber der Diakonischen Heime, nämlich der Lebenshilfe Gifhorn, überhaupt erst die Teilnahme am Wettbewerb um die Förderung der seelisch Behinderten im Landkreis Gifhorn, also auf dem relevanten Markt, der richtigerweise über die Grenzen des Landkreises Gifhorn weit hinausgeht. Wenn und weil das Verwaltungshandeln des Landkreises Gifhorn, nämlich die Unterstützung der Lebenshilfe Gifhorn, insbesondere die Subvention, wettbewerbsrelevantes Handeln ist, ist die Aktivlegitimation der Diakonischen Heime in Kästorf nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG zweifelsfrei.

7. Ergebnis

Die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn zur Errichtung und Ausstattung einer Werkstatt für seelisch Behinderte ist Förderung fremden Wettbewerbs zu Lasten der Diakonischen Heime und verstößt gegen § 1 UWG. Die Diakonischen Heime können beanspruchen, daß die unlautere Wettbewerbsbehandlung unterlassen wird, daß die unlautere Wettbewerbslage beseitigt wird und daß der Landkreis Gifhorn wegen seines Verschuldens Schadensersatz leistet. Zum Schadensersatz gehört die Rückforderung der ausbezahlten Subvention, weil diese wegen der Nichtigkeit des Subventionsbescheides auch in diesem Bescheid keine Rechtsgrundlage hat. Die Rückforderung der Subvention kann auch aufgrund des Beseitigungsanspruches durchgesetzt werden.

³²² W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 13 UWG, Rdn. 18a, b.

Der Anspruch aus § 1 UWG verjährt nach § 21 Abs. 1 UWG in 6 Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Berechtigte von der Handlung und von der Person der Verpflichteten, also von der Subvention des Landkreises Gifhorn, Kenntnis erlangt hat, spätestens jedoch, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis, in drei Jahren von der Begehung der Handlung an.

II. Grundsätzliche Kritik an der Praxis, Handeln der öffentlichen Hand an § 1 UWG zu messen

Das Wettbewerbsverhältnis ist nach der Rechtsprechung durch Gleichordnung gekennzeichnet und gehört zum Privatrecht³²³. Der Landkreis Gifhorn fördert durch die Subvention fremden Wettbewerb und begibt sich dadurch in der Sicht der Praxis in ein Wettbewerbsverhältnis (vgl. I, 2). Die Praxis und die herrschende Lehre behandeln Staat und Kommunen als (vermeintlichen) Wettbewerber wie ein Privatrechtssubjekt, das dem wettbewerblichen Lauterkeitsgebot des § 1 UWG unterliege, weil seine Maßnahmen "Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" seien³²⁴. Das folge aus den Definitionen der Tatbestandsmerkmale "im geschäftlichen Verkehr" und "zu Zwecken des Wettbewerbs". Jedenfalls das Verhältnis des Staates als Unternehmer zum konkurrierenden privaten Unternehmer müsse privatrechtlich und dürfe nicht öffentlich-rechtlich sein, um wettbewerblich und nicht amtlich zu sein. Diese Privatrechtlichkeit ergebe sich aus der Gleichordnung des Staates als Unternehmer und des Wettbewerbers im Gegensatz zu der Überordnung des Staates als Hoheitsträger über den untergeordneten Unternehmer, welche das Kennzeichen der Amtlichkeit und Hoheitlichkeit sei, bekanntlich das Kriterium des öffentlichen Rechts der von den Zivilgerichten praktizierten Subjektionslehre³²⁵. Die Gleichordnung folge aus der Konkurrenz zwischen Staat und privatem Unternehmer, die sich daraus ergebe, daß beide auf einem Markt Leistungen anböten, unter

³²³ Vgl. die Hinweise in Fn. 458; V. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 31 ff.; dazu K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26 ff., 281 ff.

³²⁴ BGHZ 19, 299 (303); 66, 229 (232 f.); 67, 81 (86); 82, 375 (381 ff.); 102, 280 (285); auch BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); BayVGH, BayVBl 1976, 628 f.; V. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 31 ff.; vgl. P. *Badura*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818 (822); krit. K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.

³²⁵ Hinweise in Fn. 458.

denen die Nachfrager wählen könnten. Auch hoheitliches Handeln des Staates könne, wenn der Staat mit privaten Unternehmen am Markt konkurriere, wettbewerblich und damit privatrechtlich sein (Lehre von der Doppelqualifikation)³²⁶. Im Sinne der Doppelqualifikation wird auch die in den Wettbewerb Dritter ingerierende hoheitliche Maßnahme (fragwürdig) als wettbewerblich und damit privatheitlich und privatrechtlich eingestuft.

Die Subordinations- oder Subjektionslehre entstammt der überkommenen Dogmatik von der hoheitlichen Staatlichkeit nach dem monarchischen Prinzip. Die Republik ist durch die Bürgerlichkeit gekennzeichnet, welche mit der Autonomie des Willens, dem Recht zur Selbstgesetzgebung, d. h. der (politischen) Freiheit, verbunden ist³²⁷. Der Bürger ist in der Republik nicht der staatlichen Obrigkeit unterworfen, also kein Untertan, sondern Herr seiner selbst. Der Staat ist die Organisation der Bürger für deren allgemeine Angelegenheiten³²⁸, nicht der Herr der Bürger. Es gibt nach dem Recht keine Herrschaft³²⁹. Die Subordinationslehre ist daher zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht, wie allgemein zur Bestimmung der Vorschriften, die dem Staat das Recht geben, untauglich. Außerdem erfaßt sie viele Bereiche modernen staatlichen Handelns, wie die Leistungsverwaltung, das Rechtsinstitut des öffentlich-rechtlichen Vertrages (§§ 54 ff. VwVfG) und insbesondere fiskalisches Handeln des Staates und seiner Untergliederungen nicht.

Trotz ihres Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 BV), werden die Städte und Dörfer, die Kommunen, als Teil des Staates angese-

³²⁶ BGHZ 19, 299 (303); 36, 91 (93 ff., 101); 39, 352 (356); BGHZ Gr.S. 66, 229 (232 f.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (383); V. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 32 ff.; kritisch, mit Hinw. auf die Lehre, K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 26 ff., 281 ff.; D. *Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, S. 47.

³²⁷ K. A. *Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 211 ff., 275 ff., 325 ff., 494 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 44 ff., 49 ff., 107 ff., 127 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 16 ff., 43 ff., 94 ff.

³²⁸ K. A. *Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 96, 165, auch S. 370 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 7 ff., 53 ff.

³²⁹ Dazu K. A. *Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 79 ff., 211 ff.; auch S. 153 ff., 160 ff.

hen³³⁰ (vgl. Art. 28 Abs. 1 und 3 GG). Die Praxis und die herrschende Lehre sehen im Staat auch ein Privatrechtssubjekt (Fiskusdoktrin). Sie gestehen dem Staat die privatrechtliche (fiskalische) Betätigung zu³³¹, nicht nur im unternehmerischen Bereich, sondern auch auf dem Gebiet allgemeiner Verwaltung (Verwaltungsprivatrecht)³³². Sie beurteilen das Handeln des Staates nach Privatrecht, wenn der Staat als Privatrechtssubjekt agiert, indem er sich entweder als juristische Person des Privatrechts (z.B. AG, GmbH; vgl. Art. 86 Nr. 3 BayGO) organisiert, um unternehmerisch bestimmte Aufgaben in Privatrechtsform zu erledigen (Organisationsprivatisierung), oder auch als juristische Person des öffentlichen Rechts in den "Formen des Privatrechts" tätig wird (Handlungsprivatisierung)³³³, etwa in der Sicht der Praxis wettbewerblich handelt. Die praxisapologetische Lehre rechtfertigt dies mit der Jahrhunderte alten Tradition privatwirtschaftlicher Betätigung des Staates sowie mit vermeintlichem Verfassungsgewohnheitsrecht³³⁴. Sie wird durch Neuregelungen im Grundgesetz gestützt (vgl. Art. 87d Abs. 1 S. 2 für die Luftverkehrsverwaltung, Art. 87e Abs. 3 für die Eisenbahnen, Art. 87f Abs. 2 für das Postwesen und für die Telekommunikation). Diese verfassungsgesetzlichen Bestimmungen müssen jedoch wegen der, ausweislich der sogenannten Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, Unveräußerlichkeit der Verfassung³³⁵, hinter den staatstragenden Prinzipien der Art. 1 und 20 GG, auf welche die Fiskuskritik gestützt ist, zurückstehen. Die Neuregelungen dienen weitgehend nur der Bewältigung

³³⁰ Dazu *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 40 ff.

³³¹ BVerfGE 27, 364 (373); BVerfG, NJW 1976, 667 ff.; BGHZ 35, 311 (312 f.); 36, 91 (95 f.); 37, 1 (16 f.); 82, 375 (381); BVerwGE 7, 180 (181 f.); 17, 306 (313); 38, 281 (283 f.); 39, 329 (337); zur Literatur *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 25 ff.

³³² *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungshandeln, S. 57 ff., *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 38 ff.

³³³ *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff.

³³⁴ Etwa *G. Püttner*, Öffentliche Unternehmen, S. 76 ff.; *P. Badura*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung der örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818 (820).

³³⁵ Verfassung und Verfassungsgesetz müssen unterschieden werden; dazu *K. A. Schachtschneider (O. Gast)*, Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, S. 29 ff., 50 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 85 ff.

des Übergangs zur materiellen Privatisierung.

Entgegen der Praxis und herrschenden Lehre darf der Staat nicht beanspruchen, privatheitlich zu handeln³³⁶. Die Privatrechtsfähigkeit hängt von der Privatheit ab. Der Staat ist der Privatheit nicht fähig. Eine Privatheit des Staates widerspräche dem Willkürverbot, aber auch dem demokratischen Prinzip der Republik, beides Grundprinzipien des Rechts³³⁷. Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Alle staatlichen Einrichtungen sind Einrichtungen des Volkes in dessen Staatlichkeit³³⁸. Privatheit ist das, was der Bürger nach seiner (freien) Willkür allein bestimmt - sein besonderes Glück³³⁹. Dazu zählt etwa das Gewinnstreben des Unternehmers, welches durch die allgemeinen Gesetze ermöglicht und begrenzt wird. Zur Privatheit gehört die Privatautonomie, die sich in den Verträgen der Privaten äußert. Die Verbindlichkeit des Vertrages folgt als Teil des Rechtsprinzips aus dem übereinstimmenden (erklärten) Willen von Privaten, die hierbei ihre besonderen Interessen verfolgen³⁴⁰. Grenzen der Vertragsfreiheit ergeben sich aus den allgemeinen Gesetzen. Dieser Begriff der Privatheit entspricht dem lateinischen Wort *privatus*, welches als Ge-

³³⁶ Umfassende Kritik der Fiskusdoktrin *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 220 ff.; folgend *W. Löwer*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 417 ff.; vgl. nicht unkritisch auch *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, S. 39 ff.

³³⁷ BVerfGE 84, 90 (121); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 990 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 107 ff., 232 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

³³⁸ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 372; vgl. *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 175 ff. zum institutionellen Begriff des Staates und S. 261 ff. zum Verbot der Privatisierung des Staatlichen; *ders.*, Grundrechtliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 142 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 28 ff., 296 ff.

³³⁹ Zur Privatheit *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1997), S. 140 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 263 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 61 ff.

³⁴⁰ Zur Vertragslehre *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 404 f.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 302 ff.; auch *ders.*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 337 ff.

genbegriff zum Staatlichen, zum Allgemeinen, aufgefaßt werden muß³⁴¹. Der Staat, der als "Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen"³⁴² begrifflich allgemein ist, darf nicht privat, nämlich willkürlich oder gar beliebig (vgl. § 903 BGB) handeln. Das Willkürverbot ist ein fundamentales Prinzip der Staatlichkeit³⁴³. Anders als die Monarchie ist die demokratische Republik nicht herrschaftlich. Sie wird nicht durch einen Fürsten, den Herrscher, also einen Menschen, verkörpert und ist damit weder der Selbstverwirklichung noch der Privatheit fähig³⁴⁴. Der freiheitliche Staat ist kein Makroanthropos. Im übrigen gibt es sowohl im staatlichen wie im privaten Bereich Subordination und Koordination, so daß das Kriterium der Unterordnung für den Begriff des öffentlichen Rechts unergiebig ist³⁴⁵. In der Republik läßt sich das Staatliche und das Private auch nicht nach der Verwirklichung von öffentlichen bzw. privaten Interessen unterscheiden³⁴⁶. Die Gesetze müssen, auch wenn sie die Verhältnisse der Privaten zueinander ordnen, ja Privatheit Einzelner schützen und fördern, die allgemeine Freiheit und das gute Leben aller, also das Gemeinwohl, verwirklichen³⁴⁷. Die Gesetze verwirklichen das bürgerliche Interesse, also das private und staatliche Interesse zugleich; denn der Staat ist das Gemeinwesen seiner Bürger

³⁴¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 173 ff., 253 ff.; ders., Res publica res populi, S. 371; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 35 ff.

³⁴² Kant, Metaphysik der Sitten, S. 431; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 519.

³⁴³ BVerfGE 84, 90 (121); st. Rspr.; etwa BVerfGE 3, 58 (135 f.); 4, 144 (155); 9, 124 (129 f.); 50, 177 (186); 51, 295 (300 f.); 57, 107 (115 f.); 60, 16 (42); 71, 202 (207); 76, 256 (329); 89, 48 (51); 91, 389 (401); dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 374 ff., 413 ff., 768 ff., 990 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 232 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 372 ff.

³⁴⁴ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 14 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 142 ff.

³⁴⁵ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 187 f. mit Hinweisen.

³⁴⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 1 ff., 340 ff., 370 ff., 617 ff.; P. Häberle, "Öffentliches Interesse" als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, 1970, S. 60 ff.; ders., Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, S. 21.

³⁴⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 370 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 258 ff.

(Cicero, De re publica, liber primus, 32).

Die Fiskuslehre muß entweder Staatlichkeit funktional in fiskalisches und nichtfiskalisches/hoheitliches Verhalten differenzieren, um die "privatrechtlichen" Maßnahmen des Staates herauszusondern, oder ein Wahlrecht des Staates zwischen dem Recht der Privatrechtssubjekte und dem des Staates befürworten, weil die erste Differenzierung nicht gelingt und nicht gelingen kann. Ein solches fast allgemein befürwortetes Wahlrecht (Rechtsformenwahlrecht)³⁴⁸ setzt die Austauschbarkeit von Rechtsordnungen für den Staat und für die Privaten voraus. Der Staat verfügt aber nicht über die Privatautonomie, das Fundamentalprinzip der Privatrechtsordnung³⁴⁹, sondern unterliegt strikter Gemeinwohlbindung³⁵⁰. Der Staat und Private unterscheiden sich somit wesentlich, so daß der Staat sich nicht privatisieren darf³⁵¹.

Eine materielle Begrenzung der Staatsaufgaben, um hoheitliches von fiskalischem Handeln des Staates zu unterscheiden, ist, soweit eine solche nicht abschließend in der Verfassung festgelegt ist (was nicht der Fall ist), nicht möglich³⁵². Ein materiales, vorrechtliches Gemeinwohlverständnis stellt, indem es sich über das Recht erhebt, die Freiheit aller in Frage, weil es an bestimmte vorgegebene (z. B. religiöse) Werte anknüpft, die nicht notwen-

³⁴⁸ RGZ 158, 83 (92 ff.); 161, 341 ff.; 164, 273 (276 ff.); BGHZ 9, 145 (147); 16 111 (112 f.); 35, 111 (112 f.); i.d.S. auch BVerfGE 27, 364 (374); dazu (ablehnend) K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 181 ff. mit Hinweisen auf die Lehre; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 204 ff.; vgl. auch B. E. Beck, Gemeindliche Unternehmen Bayerns, S. 26 ff.; für die herrschende Lehre H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 40.

³⁴⁹ W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 1 ff.; K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1975, S. 1, 91 f., 94 f.; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 ff., 60 f., 69 ff., 211; ders., Res publica res populi, S. 399 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 302 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 48 ff., 177 ff., 220 ff.

³⁵⁰ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 235 ff., insb. S. 253 ff., 261 ff., auch S. 440; auch ders., Res publica res populi, S. 519 ff.; ders., Grundrechtliche Aspekte in der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 38 ff., 48 ff., 211 ff., 304 ff.

³⁵¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 261 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 220 ff.

³⁵² K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 189 ff.

dig allgemein sind³⁵³. Ebenso wie das Staatliche ist das Private als Begriff formal (d. h. inhaltlich, besser: material unbestimmt) zu verstehen³⁵⁴. Es gibt keine den Gesetzen vorgängigen materialen (d. h. inhaltlich bestimmten) Begriffe des Staatlichen und des Privaten. Die Lebensbewältigung ist staatlich, wenn sie dem Staat übertragen ist, sie ist privat, wenn sie den Privaten belassen ist³⁵⁵.

§ 1 UWG regelt das Handeln im Wettbewerb und setzt das Recht zur Privatheit, also die Privatautonomie, voraus³⁵⁶; denn nur Private dürfen sich in den Wettbewerb begeben. Staat und Kommunen sind nicht zum Wettbewerb befugt³⁵⁷. Privates Handeln führt (vor allem wegen der Knappheit der Güter) zum Wettbewerb. Nur das Recht zur Privatheit rechtfertigt es, Gewinn anzustreben, allgemeiner: in (freier) Willkür zu handeln. Maxime des staatlichen und kommunalen Handelns darf wegen der Gemeinwohlverpflichtetheit des Staates nicht die Maximierung von Gewinnen sein³⁵⁸, weil das dazu führen würde, daß Gemeinwohlinteressen (z. B. das Sozialprinzip) vernachlässigt würden. In Art. 87 BayGO ist das explizit formuliert. Das Gemeinwohl findet seine Grenzen somit prinzipiell nicht in den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs³⁵⁹. Es ist widersprüchlich, rechtmäßiges

³⁵³ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff.; ders., Res publica res populi, S. 346 ff.

³⁵⁴ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 236 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 35 ff.

³⁵⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 173 ff.; 253 ff.; ders., Res publica res populi, S. 370 ff., auch S. 386 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 258 ff.; ders., Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 28 ff., 40 ff.

³⁵⁶ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff., 302 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 270 ff.

³⁵⁷ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff., 302 ff., i.d.S. auch W. Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 416 ff.; a.A. zuletzt BGH, NJW 2002, 2645 ff. (2648).

³⁵⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 310 ff. (allgemeine Meinung); ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 62 ff.

³⁵⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., 357 ff., 443 ff.;

staatliches Handeln an den "guten Sitten" zu messen³⁶⁰. Die guten Sitten sind private Gesetze, die nur für privates Handeln gelten³⁶¹. Gesetze, welche der Staat zu vollziehen hat, müssen demokratisch gegeben sein, also der Wille des ganzen Volkes, unmittelbar abgestimmt oder beschlossen durch die Vertreter des Volkes, sein³⁶². Das Volk kann unmittelbar demokratisch Gewohnheitsrecht hervorbringen, das auch staatliches Handeln bindet³⁶³. Gute Sitten aber sind Rechtssätze, welche von besonderen Gruppen gelebt werden und nur für besondere Gruppen gelten³⁶⁴. Wenn Richter vermeintlich gute Sitten auf staatliches Handeln anwenden, bringen sie nicht wirklich gute Sitten zur Anwendung, obwohl sie dies reklamieren, sondern allgemeine Rechtsgrundsätze, meist die grundrechtlichen Wertgehalte, deren objektive Dimension³⁶⁵.

Weil die Ziele des Staates andere sind und sein müssen, als Einnahmen zu erzielen (denn der Staat hat grundsätzlich seine Ausgaben aus Steuereinnahmen zu bezahlen, Grundsatz des Steuerstaates³⁶⁶), steht der Staat zu den privaten Unternehmern mangels Zielkonkurrenz nicht in einem echten Wettbewerbsverhältnis³⁶⁷. Die Anwendung des Wettbewerbsrechts, wie das des § 1 UWG, setzt aber ein wirkliches Wettbewerbsverhältnis voraus³⁶⁸. Der Staat darf sich zudem nicht in Rivalität zu privaten Unternehmern

ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 302 ff.

³⁶⁰ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff., insb. S. 438 ff.

³⁶¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff., insb. S. 421 ff.; *ders.*, Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, 1993, S. 195 ff. (206 ff.).

³⁶² K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 519 ff., 637 ff.

³⁶³ Vgl. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 429 ff.; *ders.*, Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 206 ff.

³⁶⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 421 ff.; *ders.*, Das Sittengesetz und die guten Sitten, FS W. Thieme, S. 206 ff.

³⁶⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff.; etwa BVerfGE 7, 198 (206 f.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (253, 256); 84, 212 (223); 97, 298 (313 f.).

³⁶⁶ K. Vogel, Der Finanz- und Steuerstaat, HStR, Bd. I, 1987, § 27, Rdn. 50 ff.

³⁶⁷ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 303 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff., auch zum Folgenden.

³⁶⁸ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., insb. 303 ff.

begeben³⁶⁹. Weil der Staat aufgrund der allgemeinen Rechtsetzungsgewalt über rechtliche und aufgrund der Steuerhoheit über ökonomische Privilegien verfügt, fehlt es insbesondere an der Gleichheit am Markt zwischen staatlichen und privaten Unternehmen³⁷⁰. Ohne hinreichende Freiheit ist Wettbewerb unzumutbar. Staatliche Unternehmungen sind der Sache nach nicht-wettbewerbliche Verwaltungseinheiten³⁷¹. Als Maßstab der Rechtmäßigkeit von (unternehmensähnlichem) Verwaltungshandeln ist § 1 UWG inadäquat³⁷². Die Doktrin von der Doppelqualifikation hoheitlichen Handelns als wettbewerblich ist staatswidrig.

Diese Kritik erfaßt auch Handeln der öffentlichen Hand, das nicht selbst unternehmerisch ist, sondern in den privatwirtschaftlichen Wettbewerb eingreift, also auch Subventionen. Solches Handeln ist hoheitlich und darum verwaltungs- und verfassungsrechtlich zu beurteilen. Es verletzt, wenn nicht rechtmäßige Gesetz die Ingerenz rechtfertigen, die Unternehmensfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG und (subsidiär) Art. 2 Abs. 1 GG und gegenüber einer unternehmerisch tätigen Diakonie auch die Religionsfreiheit, gegebenenfalls auch den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und das rechtsstaatliche Willkürverbot.

Die Ingerenz der öffentlichen Hand in ein (privates) Wettbewerbsverhältnis ist staatliches oder kommunales Verwaltungshandeln, das an den Gesetzen, an dem Verfassungsgesetz und an der Verfassung zu messen ist und, falls es rechtswidrig ist, die verwaltungsrechtlichen Aufhebungs-, Unterlassungs-, Erstattungs- und Schadensersatzansprüche zur Folge hat. Die wettbewerbsrechtliche Bewertung der Ingerenz durch die öffentliche Hand bestimmt sich im übrigen in der Sache nach dem allgemein für den Staat und die Kommu-

³⁶⁹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 306 ff.

³⁷⁰ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 322 ff.

³⁷¹ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 357 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 296 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 268 ff.; vgl. ders./A. Emmerich-Fritsche, Fallstudie zum Kommunalen Wettbewerb, S. 66 f.

³⁷² K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 ff., insb. S. 438 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 302 ff.; nicht unkritisch auch St. Storr, Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 489 ff. (522 f.).

nen (usw.) geltenden Recht. Das Wettbewerbsrecht hat nicht die Kraft, der öffentlichen Hand das Recht zu setzen. Es ist seinem Charakter nach Recht für privates Handeln. Staat und Kommunen sind aber nicht privat und dürfen sich nicht privatisieren³⁷³, sondern haben die Gesetze dem Recht gemäß zu vollziehen³⁷⁴. Auf § 1 UWG kann die Konkurrentenklage (entgegen der Praxis und der dieser folgenden Lehre) eigentlich nicht gestützt werden.

Die Zivilgerichte aber würden den Rechtsstreit gemäß § 13 GVG auf der Grundlage des § 1 UWG entscheiden. So hat der Bundesgerichtshof sogar die Selbstabgabe von Brillen durch die Ortskrankenkassen, die durch Beitragsmittel der Pflichtversicherten intern subventioniert war, als wettbewerbswidrig verboten³⁷⁵.

D. Deliktische Ansprüche gegen den Landkreis Gifhorn

I. Anspruch auf Ersatz des Subventionsschadens aus § 823 Abs. 1 BGB

1. Nach § 823 Abs. 1 BGB ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die Diakonischen Heime können vom Landkreis Gifhorn als Schadensersatz, gestützt auf § 823 Abs. 1 BGB, beanspruchen, daß dieser die Subvention von der Lebenshilfe Gifhorn zurückfordert, wenn die Subvention das Recht am Unternehmen der Diakonischen Heime derart verletzt, daß der Unternehmensschutz einen Ausgleichsanspruch gebietet, und der Bestand des Subventionsbescheides nicht entgegensteht.

2. Das Recht am Unternehmen ist als Recht am eingerichteten und ausgeüb-

³⁷³ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 5 ff., 10 ff., 17 ff., 253 ff., 261 ff.; ders., Res publica res populi, S. 372; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 220 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 268 ff., 276 ff.

³⁷⁴ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 253 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 161 ff.

³⁷⁵ BGHZ 82, 375 (381 ff.); i.d.S. auch BGHZ 123, 157 (160 ff.); aber BGH, NJW 2002, 2645 ff.; vgl. W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 944; dazu kritisch K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 ff.

ten Gewerbebetrieb in ständiger Rechtsprechung, schon vom Reichsgericht, anerkannt³⁷⁶. Der Bundesgerichtshof anerkennt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewissermaßen als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB an³⁷⁷, das aber nur bei "unmittelbar betriebsbezogenen Eingriffen" verletzt sei³⁷⁸, so daß ein offener Tatbestand entstanden ist, der richterliche Rechtsetzung deckt³⁷⁹.

Gegenstand des deliktsrechtlichen Schutzes sind die rechtmäßig ausgeübten unternehmerischen Tätigkeiten. Das Unternehmen wird in der "gesamten wirtschaftlichen Betätigung" geschützt³⁸⁰. Umfaßt ist alles, was den Wert des Betriebs ausmacht³⁸¹, vor allem der Bestand des Unternehmens³⁸², aber auch dessen bereits eingeführte (nicht die nur geplanten) Handlungsweisen³⁸³, insbesondere dessen "Kundenstamm, geschäftliche Verbindungen, Beziehungen", u.a.³⁸⁴. Die Zivilgerichte praktizieren das Recht am eingerichteten

³⁷⁶ RGZ 58, 23 (29); BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 45, 296 (306 f.); 69, 128 (138 f.); 80, 25 (27); 81, 21 (33); 84, 112 (232); 98, 341 (351).

³⁷⁷ BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 29, 65 (67); 35, 200 (204); 45, 296 (306 f.); 65, 325 (328); 67, 190 (192); 69, 128 (138); 81, 21 (33); 86, 152 (156); 92, 34 (37); 98, 341 (351); kritisch berichtend *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, § 81, S. 538 ff., der S. 560 ff. das Rechtsinstitut eines "Rechts am Gewerbebetrieb" selbst als überflüssig zurückweist.

³⁷⁸ BGHZ 29, 65 (74); 69, 128 (139); 86, 152 (156); *H. Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Rdn. 21 zu § 823; *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, § 823, Rdn. 481 ff. (Rahmenrecht), insb. 490 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 540 ff.

³⁷⁹ Hinweise wie in Fn. 377; kritisch *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 483, 491 ff.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 545, 561.

³⁸⁰ BGHZ 3, 270 (279); 29, 65 (69); interpretationsbedürftig i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351); *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 485; *J. Hager*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823, Rdn. D 9; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 539, 543 ff.

³⁸¹ BGHZ 23, 157 (162 f.); 45, 150 (155); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14, Rdn. 95.

³⁸² BGHZ 30, 292 (334 f.); 92, 34 (46); 98, 341 (351): „nur Bestandsschutz, nicht Erwerbsschutz“.

³⁸³ I.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.); vgl. *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 539 ff., 544 ff.

³⁸⁴ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 95; *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 485, 492 ff. (Fallgruppen); *J. Hager*,

und ausgeübten Gewerbebetrieb, also das Recht am Unternehmen, weniger als ein "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, als vielmehr als einen unternehmerschützenden deliktischen Auffangtatbestand³⁸⁵. Darum indiziert die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs in dieses Recht am Unternehmen nicht schon die Rechtswidrigkeit, wie grundsätzlich nach der legislativen Konzeption im Recht unerlaubter Handlungen³⁸⁶. Die Rechtswidrigkeit folgt aus der Unrechtmäßigkeit der Handlung (oder Unterlassung), die sich aus einer Bewertung aller Umstände, aus einer Güter- und Interessenabwägung, ergibt³⁸⁷.

Die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß der eingetretene Verletzungserfolg auf ein rechtswidriges Handeln zurückzuführen ist. Gerade im Hinblick auf den verursachten Erfolg muß das rechtswidrige Handeln vorwerfbar sein³⁸⁸. Unrecht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB können nicht nur Handlungen, sondern auch Unterlassungen sein³⁸⁹. Der Unternehmensschutz des § 823 Abs. 1 BGB erfordert die Unternehmensbezogenheit des Eingriffs, d.h. der Eingriff muß (institutional) gegen das Unternehmen gerichtet sein³⁹⁰, die Grundlagen des Unternehmens bedrohen, den Funktionszusammenhang der Unternehmensmittel auf längere Zeit aufheben oder die Tätigkeit des Unternehmens als solche in Frage stellen³⁹¹. Die

in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. D 9.

³⁸⁵ Vgl. *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 484 ff.; *A. Zeuner*, in: Soergel, BGB, § 823, Rdn. 114; *J. Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. D 2, D 20; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543 f.; BGHZ 35, 200 (204); 36, 252 (256); 69, 128 (139), weiter Hinweise in Fn. 377.

³⁸⁶ BGHZ 45, 296 (307 f.); 65, 325 (329); *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 1 ff.; *H. Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 32 ff.; *J. Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. D 4; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543.

³⁸⁷ Hinweise wie in Fn. 386.

³⁸⁸ Vgl. *A. Zeuner*, in: Soergel, BGB, § 823, Rdn. 154; *J. Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. H 14, ff.; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 823, Rdn. 32 ff.

³⁸⁹ *J. Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. H 1 ff.; *A. Zeuner*, in: Soergel, BGB, § 823, Rdn. 155 f.

³⁹⁰ BGHZ 29, 65 (72); 55, 153 (161); *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 823, Rdn. 21; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 540 ff.

³⁹¹ BGH, NJW 1983, 812 (813); *J. Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. D 11.

Verletzung des Unternehmens muß Unrecht sein und schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, erfolgen³⁹². Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB³⁹³.

3. Die Subvention des Landkreises Gifhorn zugunsten des Wettbewerbers der Diakonischen Heime in Kästorf, die Lebenshilfe Gifhorn, beeinträchtigt und verletzt das Unternehmen der Diakonischen Heime, wie schon zu B, II, 2 dargelegt ist. Die Kostenlage der Diakonischen Heime für ihre Förderwerkstatt für seelisch Behinderte wird durch diese Subvention im Vergleich zur Kostenlage des Wettbewerbers Lebenshilfe Gifhorn derart verschlechtert, daß die Diakonischen Heime die Wettbewerbsfähigkeit einbüßen. Sie müssen notfalls ihre Förderwerkstatt schließen und die Hilfe für seelisch Behinderte einstellen. Die Handlung des Landkreises Gifhorn, die Förderung des Wettbewerbers durch die Subvention, hat die Verletzung des Unternehmens der Diakonischen Heime zur unvermeidlichen Folge und ist darum im Sinne der unternehmensschützenden Deliktsrechtsprechung ein unternehmensbezogener Eingriff in das Unternehmen. Das folgt auch daraus, daß dem Landkreis Gifhorn die Förderwerkstatt der Diakonischen Heime und deren Wettbewerb mit der Lebenshilfe Gifhorn bestens bekannt waren und sind. Die Umstände, die zur Subventionsentscheidung allein zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn geführt haben, lassen darauf schließen, daß der Landkreis Gifhorn geradezu bezweckt, jedenfalls billigend in Kauf genommen hat, die Diakonischen Heime vom Markt für Förderwerkstätten für seelisch Behinderte zu verdrängen. Diese Umstände ergeben zugleich den Vorsatz der unternehmensschädigenden Handlungen des Landkreises Gifhorn. Die Rechtswidrigkeit dieser Handlung, nämlich der Subvention, folgt aus den vielfältigen Gründen, die zu A und zu B dargelegt sind. Die Subvention verletzt den Unternehmensschutz der Diakonischen Heime aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG (B, II, 2), aber auch den (subsidiären) Wettbewerbsschutz aus dem Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG (B, II, 3). Sie mißachtet das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, ja das rechtsstaatliche Willkürverbot (B, III) und verletzt insbesondere die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG der unternehmeri-

³⁹² H. Thomas, in: Palandt, BGB, § 823, Rdn. 32, 54 ff.

³⁹³ H. Thomas, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 823, Rdn. 12, § 823, Rdn. 159; A. Zeuner, in: Soergel, BGB, § 823, Rdn. 278; J. Hager, in: Staudinger, BGB, § 823, Rdn. H 23.

schen Diakonie (B, IV). Die zivilgerichtliche Praxis wird die Subvention als Verletzung des wettbewerblichen Lauterkeitsgebotes des § 1 UWG behandeln (C). Das Unrecht der unternehmensverletzenden Handlung des Landkreises Gifhorn ist somit vielfach begründet und das Verschulden dargetan.

4. Der Subventionsbescheid rechtfertigt die Handlung des Landkreises Gifhorn, auch wenn der Bescheid Bestandskraft hat (§ 43 Abs. 2 VwVfG)³⁹⁴, nicht. Es ist ständige Praxis, daß die Zivilgerichte, die über Schadensersatzansprüche auch gegen die öffentliche Hand zu entscheiden haben (§ 40 Abs. 2 S. 1 VwGO), eigenständig über das Unrecht eines Verwaltungsaktes befinden und nicht an die Bestandskraft desselben gebunden sind³⁹⁵. Im übrigen kann der Subventionsbescheid, weil er den Diakonischen Heimen nicht zugestellt worden ist, ein Jahr lang von diesen angefochten werden, nachdem er ihnen bekannt geworden ist (§ 58 Abs. 2 VwGO).

5. Der Schadensersatz ist gemäß § 249 S. 1 BGB an sich dadurch zu leisten, daß der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Naturalrestitution). Demgemäß ist der Landkreis Gifhorn verpflichtet, den Diakonischen Heimen jeden Schaden zu ersetzen, der diesen dadurch entstanden ist, daß sie ihre Förderwerkstatt für seelisch Behinderte nicht oder nur mit Wettbewerbsnachteilen gegenüber der Lebenshilfe Gifhorn betreiben konnten. Die Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB begründet an sich keinen Anspruch auf Rücknahme des Subventionsbescheids, aber der Bescheid des Landkreises Gifhorn ist nichtig (dazu C, I, 5).

Rechtswidrige Verwaltungsakte hat die Behörde gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG (in der Regel) zurückzunehmen³⁹⁶. Diese Pflicht und das subjektive Recht des Drittbetroffenen (argumentum aus § 50 VwVfG) folgt aus dem

³⁹⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrecht, S. 28 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, S. 262 ff.

³⁹⁵ BGHZ 2, 209 (214); 9, 129 (131 ff.); 86, 356 (359); 112, 363 (365); 113, 17 (18 f.); BGH, NVwZ 1986, 76 (77); *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 49, Rdn. 73; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 47a.

³⁹⁶ Dazu *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rdn. 10 ff., 28 ff., 47 ff., S. 266 ff., 278 ff., 295 ff.

Rechtsstaatsprinzip und aus Art. 2 Abs. 1 GG³⁹⁷. Dies gilt auch für nichtige Verwaltungsakte, obwohl diese keine Wirkung entfalten (§ 43 Abs. 3 VwVfG). Jedenfalls ist die Verwaltung zur klärenden Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes verpflichtet³⁹⁸. Der Rücknahme- und der Widerrufsanspruch sind rein öffentlich-rechtlich. Wenn die Verwaltung diesem Anspruch nicht genügt, stehen dem Betroffenen oder Drittbetroffenen nur die Rechtsmittel des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zur Verfügung, also (insbesondere) die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO. Dieses Rechtsmittel, das zum primären Rechtsschutz gehört, welcher die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns sicherstellen soll, verdrängt Schadensersatzansprüche, die zum sekundären Rechtsschutz gehören,³⁹⁹ und schon deswegen nicht zu bewirken vermögen, was Zweck des primären Rechtsschutzes ist. Wenn der Subventionsbescheid wirksam ist, hat die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn eine Rechtsgrundlage in dem Verwaltungsakt als eigenständigem Hoheitsakt⁴⁰⁰ und kann darum nicht zurückzufordern beansprucht werden. Der Subventionsbescheid ist aber wegen Sittenwidrigkeit nichtig (§ 44 Abs. 2 Ziff. 6 VwVfG) und steht darum der Rückforderung und somit einem Anspruch auf Rückforderung der als Subvention gezahlten Gelder nicht entgegen.

6. Der Deliktsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den Landkreis Gifhorn wegen des hoheitlichen, amtlichen Handelns, der Subventionierung der Lebenshilfe Gifhorn, wird durch den Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB verdrängt (dazu IV.). Weil jedoch der Landkreis Gifhorn den Tatbestand des Delikts gegen das Unternehmen der Diakonischen Heime verwirklicht hat, ist, durch wen auch immer, insbesondere aber durch die Landrätin, eine Amtspflicht gegenüber den Diakonischen Heimen verletzt. Jedes Delikt im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist, wenn es von einem Amtswalter verübt

³⁹⁷ Dazu Hinweise in Fn. 395.

³⁹⁸ Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rdn. 17, S. 271 f., auch § 10, Rdn. 37, S. 250 f.

³⁹⁹ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 231, 233; dazu *W. Erbguth/W. Höfling/R. Streinz/A. Eginer*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 221 ff., 260 ff., 300 ff., 362 ff., Aussprache S. 425 ff.

⁴⁰⁰ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 161 f.; vgl. BVerfGE 98, 218 (251 f.).

wird, eine Amtspflichtverletzung⁴⁰¹.

Die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB wegen schädigenden Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist streitig, wenn die Handlung gegen § 1 UWG verstößt. Der Bundesgerichtshof lehnt sie wegen des lückenfüllenden Auffangcharakters des Rechts am Unternehmen aus § 823 Abs. 1 BGB ab⁴⁰². Canaris weist diese Subsidiarität zurück, wendet sich aber insgesamt gegen den eigenständigen Schutz des Gewerbebetriebes aus § 823 Abs. 1 BGB⁴⁰³.

II. Anspruch auf Ersatz des Subventionsschadens aus § 826 BGB

Nach § 826 BGB ist derjenige, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

§ 826 BGB ist ein Auffangtatbestand zum Schutz allgemeiner materieller oder ideeller Interessen vor vorsätzlicher und sittenwidriger Schädigung⁴⁰⁴. § 826 BGB ist als übergeordnete allgemeine Vorschrift⁴⁰⁵ grundsätzlich neben anderen Anspruchsgrundlagen innerhalb und außerhalb des BGB, wie z.B. § 1 UWG, anwendbar⁴⁰⁶. Die Sittenwidrigkeit eines Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs des § 1 UWG erfüllt weitgehend auch den Tatbestand der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ Hinweise in Fn. 431.

⁴⁰² BGHZ 36, 252 (254 ff.); 65, 325 (328); 69, 128 (138 f.); 90, 113 (122 f.); vgl. *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 826, Rdn. 61, § 823, Rdn. 19; *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 484; vgl. *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543 f., 558, 561.

⁴⁰³ *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 543 f. bzw. 560 ff.

⁴⁰⁴ *A. Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 826, Rdn. 1; *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 242.

⁴⁰⁵ BGH, NJW 90, 708; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 826, Rdn. 1.

⁴⁰⁶ BGHZ 59, 30 (34); vgl. i.d.S. BGHZ 80, 25 (27 f.); *A. Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 826, Rdn. 2; *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 61.

⁴⁰⁷ BGHZ 59, 30 (34); 80, 25 (27 f.); vgl. aber auch BGH, GRUR 1990, 522 (528); BGHZ 110, 156 (174 f.); *R. Sack*, Gibt es einen spezifisch kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriff, BB 1970, 1511 (1514); *W. Kohte*, Rechtsschutz gegen die Vollstreckung des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts nach § 826 BGB, NJW 1985, 2217 (2220); *H. Thomas*, in: Palandt,

Das ist bedeutsam, wenn die Ansprüche aus § 1 UWG verjährt sind⁴⁰⁸.

Durch § 826 BGB wird unmittelbar das Vermögen als solches geschützt⁴⁰⁹. Unter den Begriff "Schädigung" im Sinne des § 826 BGB sind nicht nur Vermögensinteressen zu subsumieren, sondern jede Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen, auch ideeller⁴¹⁰.

Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB⁴¹¹. Jede Vermögensminderung ist als Schaden im Sinne des § 826 BGB anzusehen⁴¹². Darum ist nach § 826 BGB auch die Beeinträchtigung einer tatsächlichen Erwerbssaussicht⁴¹³, das Abschneiden einer Bezugsquelle oder die Verhinderung einer auf Kundengewinne gerichteten Tätigkeit sowie jede nachteilige Beeinflussung der Vermögenslage im Ganzen schadensersatzpflichtig⁴¹⁴.

Die Rechtsprechung hat als Ergänzung zu dem Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB einen Unterlassungsanspruch bei sittenwidriger Vermögensschädigung entwickelt⁴¹⁵. Ebenso kann ein vorbeugender Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden, wenn eine sittenwidrige Schädigung zwar noch nicht erfolgt ist, aber bereits ernstlich droht, so daß eine akute Gefährdung vorliegt⁴¹⁶.

BGB, § 826, Rdn. 62; vgl. *W. Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 61, 155; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Besonderes Schuldrecht, S. 451; informativ, insbesondere zur Entwicklung der Praxis, *V. Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 41 ff.; kritisch *Th. Mayer-Maly*, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1993, § 138, Rdn. 18 ff.; vgl. auch *U. Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 344.

⁴⁰⁸ *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 22.

⁴⁰⁹ *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 60.

⁴¹⁰ *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 61; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 826, Rdn. 14.

⁴¹¹ *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 81; *H. Heinrichs*, in: Palandt, BGB Vorb. v. § 249, Rdn. 7-18.

⁴¹² *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 81.

⁴¹³ RGZ 79, 55 (58); OLG Saarbrücken, NJW-RR 1987, 500.

⁴¹⁴ RGZ 75, 61 (63); 111, 151 (156).

⁴¹⁵ RGZ 48, 114 (118); vgl. *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 826, Rdn. 14.

⁴¹⁶ *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: Soergel, BGB, § 826, Rdn. 82; *H. Thomas*, in: Palandt,

Wie zum Deliktsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB (I, 5) und zum Amtshafungsanspruch (IV, 4) dargelegt ist, begründen die sekundären Schadensersatzansprüche, die in der Praxis von den ordentlichen Gerichten judiziert werden und gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO werden sollen⁴¹⁷, keine Ansprüche auf Rücknahme, Widerruf oder Aufhebung von Verwaltungsakten. Wegen der eigenständigen Bestandskraft der Verwaltungsakte (§ 43 Abs. 2 VwVfG) kann nur die Verwaltung selbst ihre Verwaltungsakte zurücknehmen oder widerrufen oder sind die Verwaltungsgerichte befugt, Verwaltungsakte aufzuheben (§ 42 Abs. 1, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Auch nach § 826 BGB können die Diakonischen Heime nur den Ersatz ihres Vermögensschadens durch die vorsätzliche, sittenwidrige Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn in Geld beanspruchen. Wegen der Nichtigkeit des Subventionsbescheides, der gegen die guten Sitten verstößt (C, II, 3), besteht jedoch keine Notwendigkeit, den Bescheid aufzuheben (dazu C, I, 5; IV, 4).

§ 839 BGB verdrängt als Sonderregelung auch § 826 BGB⁴¹⁸. Ein vorsätzlich sittenwidrig handelnder Amtswalter verwirklicht stets den Tatbestand der Amtspflichtverletzung gemäß § 839 BGB⁴¹⁹.

III. Beseitigungsanspruch auf Rückgängigmachung der Subvention aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 1004 Abs. 1 BGB lautet: "Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen."

Die Abwehransprüche des § 1004 Abs. 1 BGB materialisieren die Aus-

BGB, Einf. v. § 823, Rdn. 18.

⁴¹⁷ Dazu *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2000, § 40, Rdn. 69 f.

⁴¹⁸ *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 45, S. 640.

⁴¹⁹ *A. Teichmann*, in: *Jauernig*, BGB, § 826, Rdn. 2; *G. Hönn / M. Dönneweg*, in: *Soergel*, BGB, § 826, Rdn. 243, 223; *H.-J. Papier*, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III*, 3. Aufl. 1997, § 839, Rdn. 196.

schließungsbefugnis des Eigentümers aus § 903 S. 1 BGB⁴²⁰. § 1004 Abs. 1 BGB gibt zum einen einen Beseitigungs- und zum anderen einen Unterlassungsanspruch⁴²¹. Der Anwendungsbereich des § 1004 Abs. 1 BGB umfaßt auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁴²². Der Beseitigungsanspruch des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zielt auf die Beseitigung einer bestehenden Beeinträchtigung, der Störung also, nicht aber auf den Ersatz des Schadens, der durch die Beeinträchtigung entstanden ist⁴²³. § 1004 BGB setzt kein Verschulden des Störers voraus⁴²⁴. Der Unterlassungsanspruch des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zielt auf die Verhinderung künftiger Beeinträchtigungen⁴²⁵.

Die Subvention des Landkreises Gifhorn zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn beeinträchtigt das Förderunternehmen der Diakonischen Heime, das diese zur Hilfe der seelisch Behinderten betreiben, stört also das Unternehmen im Wettbewerb. Diese Störung ist rechtswidrig und sittenwidrig, wie zu A, II, 2 und 3, zu C, 3 und zu D, I und II dargelegt ist. Unabhängig vom Verschulden des Landkreises Gifhorn müssen die Diakonischen Heime diese Störung nicht hinnehmen, sondern können deren Beseitigung beanspruchen. Die Beseitigung kann nur dadurch erfolgen, daß die rechtswidrige Subvention von der Lebenshilfe Gifhorn zurückgefordert wird. Der Subventionsbescheid steht dem nicht entgegen, weil er wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist (C, I, 5).

IV. Amtshaftungsanspruch auf Ersatz des Subventionsschadens aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG

Gemäß § 839 Abs. 1 BGB hat "ein Beamter", der "vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" verletzt, "dem

⁴²⁰ O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, 8. Aufl., 1997, § 1004, Rdn. 1; P. Bassenge, in: Palandt, BGB, § 1004, Rdn. 1.

⁴²¹ O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 1004, Rdn. 3; P. Bassenge, in: Palandt, BGB, § 1004, Rdn. 27 ff., 31 ff.

⁴²² O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 1004, Rdn. 2; P. Bassenge, in: Palandt, BGB, § 1004, Rdn. 4.

⁴²³ O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 1004, Rdn. 6.

⁴²⁴ BGH, NJW 90, 2058; O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 1004, Rdn. 7.

⁴²⁵ O. Jauernig, in: Jauernig, BGB, § 1004, Rdn. 10; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 12 ff., S. 620 ff.

Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag".

Die Diakonischen Heime können Schadensersatzansprüche aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 S. 1 GG gegen den Landkreis Gifhorn geltend machen, wenn dieser mit der Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn seine Amtspflicht gegenüber den Diakonischen Heimen verletzt hat. Verantwortlich ist vor allem die Landrätin.

1. § 839 BGB regelt die Haftung für Handeln von Beamten in Ausübung eines öffentlichen Amtes⁴²⁶. Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff umfaßt jeden, dem ein öffentliches Amt im funktionellen Sinne anvertraut worden ist⁴²⁷, also alle Amtswalter. Gemäß § 55 Abs. 5 NdsLKO ist die Landrätin oder der Landrat Beamte(r) auf Zeit.

Im Rahmen seiner Amtspflicht muß der Amtswalter die Gesetze (§ 38 Abs. 1 BRRG), aber auch die allgemeinen Dienst- und Verwaltungsvorschriften beachten⁴²⁸. Weiterhin ist der Amtswalter im Rahmen des Zumutbaren zur bestmöglichen Ermittlung des Sachverhaltes verpflichtet (vgl. § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG)⁴²⁹.

2. Dritter im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB ist jeder, dessen rechtlich geschützten Interessen die Amtspflicht dient und in dessen Rechtskreis durch

⁴²⁶ *H. Vinke*, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 24; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 839, Rdn. 10; *A. Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 839, Rdn. 7; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 12 ff., S. 620 ff.

⁴²⁷ *H.-J. Papier*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rdn. 17; *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 14, S. 91; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 13, S. 621 f.; *H. Vinke*, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 24; vgl. BGHZ 121, 161 (164 f.).

⁴²⁸ *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 839, Rdn. 32; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24, Rdn. 16 f., 21, S. 623 f., 626; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 157.

⁴²⁹ *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 839, Rdn. 32; *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 17; *F. O. Kopp/U. Ramsauer*, VwVfG, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 24, Rdn. 2, 6.

die Amtspflichtverletzung eingegriffen wird, auch wenn er nur mittelbar oder unbeabsichtigt betroffen wird⁴³⁰. Die Landrätin hatte die Amtspflicht, dafür Sorge zu tragen, daß bei den Subventionsmaßnahmen zugunsten der Förderwerkstätten für seelisch Behinderte das Recht beachtet wird, daß nicht ohne gesetzliche Grundlage subventioniert wird (vgl. A, 2), daß nicht, wenn es schon an einem Gesetz mangelte, die Richtlinie vom 31.05.2001 selbst und das Recht, nämlich das Sozialrecht und der Gleichheitssatz, mißachtet und insbesondere, daß der Subventionsentscheidung nicht unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt werden (vgl. A, 3). Die Landrätin hat die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Beschlüsse des Kreisausschusses (§ 59 Abs. 1 NdsLKO), zumal für die Achtung der Grundrechte, vor allem der Religionsfreiheit (vgl. B, IV), aber auch der Wirtschaftsgrundrechte (vgl. B, II) und des Gleichheitssatzes (vgl. B, III). Der Landrätin obliegt gemäß § 57 Abs. 3 NdsLKO die Leitung und Beaufsichtigung der Geschäftsgänge der Verwaltung. Gemäß § 59 Abs. 2 NdsLKO ist die Landrätin zum Einspruch verpflichtet, wenn sie einen Beschluß des Kreisausschusses für rechtswidrig hält, und hat der kommunalen Aufsichtsbehörde unverzüglich davon zu berichten. Die Landrätin hat ihre Amtspflichten in der Subventionssache Förderwerkstätten für seelisch Behinderte also in vielfältiger Weise verletzt. Das deliktische Unrecht der Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn und zu Lasten der Diakonischen Heime im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist zu I. dargelegt. Dieses Delikt ist, weil es von einer Amtswalterin (und im übrigen weiteren Amtswaltern im Sozialausschuß, §§ 47, 49, 51 NdsLKO) begangen wurde, eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB⁴³¹.

Liegt die Amtspflichtverletzung in dem Erlaß eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes, deckt sich gewissermaßen die Drittgerichtetheit mit der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO, also mit der Drittwirkung des

⁴³⁰ BGH, NJW 1966, 157; BGHZ 56, 40 (45); 69, 128 (136); 84, 292 (299); 93, 87 (90 ff.); 106, 323 (331); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 19, S. 624 f.; dazu *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 15 ff.

⁴³¹ Vgl. allgemein BGHZ 69, 128 (138); 112, 74 (74 f.); *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 18, S. 595; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 21, S. 626.

belastenden Verwaltungsaktes⁴³². Die Klagebefugnis der Diakonischen Heime, die deren subjektiven Rechten erwächst, wurde schon bei der Prüfung der öffentlich-rechtlichen Konkurrentenklage festgestellt (A, II, 1), so daß es sich bei den Diakonischen Heimen um Dritte im Sinne des § 839 BGB handelt. Die Landrätin hatte somit die Amtspflicht gegenüber den Diakonischen Heimen, bei Subventionsmaßnahmen das Recht zu wahren.

3. Die Schadensersatzpflicht aus § 839 Abs. 1 BGB setzt Verschulden des Amtswalters voraus. Vorsätzlich handelt der Amtswalter, der die Tatsachen, welche die Pflichtverletzung ergeben, kennt und sich der Pflichtwidrigkeit bewußt ist oder mindestens mit der Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Amtspflicht rechnet und gleichwohl handelt (*dolus eventualis*)⁴³³. Fahrlässigkeit ist vorzuwerfen, wenn der Amtswalter bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt (eines "pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten") hätte erkennen müssen, daß er seiner Amtspflicht zuwiderhandelt⁴³⁴. Der Maßstab gilt auch für einen Kreisausschuß⁴³⁵. Nach der Rechtsprechung ist die unrichtige Gesetzesauslegung oder Rechtsanwendung vorwerfbar, jedenfalls wenn sie gegen den bestimmten, unzweideutigen Wortlaut einer Vorschrift oder gegen höchstrichterliche Rechtsprechung verstößt⁴³⁶. Schon eine Vorschrift oder eine Entscheidung kann Klarheit geben⁴³⁷. Der *prima facie*-Beweis wirkt der Sache nach wie eine Beweislastumkehr⁴³⁸.

⁴³² BGH, NJW 1994, 1647; *H.-J. Papier*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 166 ff.; vgl. *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 16; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 19, S. 624.

⁴³³ BGH, VersR 73, 443; *H. Vinke*, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 197; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 223.

⁴³⁴ BGHZ 30, 374 (381); 34, 375 (381); BGH, NVwZ 1986, 505; BGHZ 106, 323 (329 f.); *H. Vinke*, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 198; *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 25; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 24, S. 629.

⁴³⁵ BGH, NVwZ 1986, 504; BGHZ 106, 323 (330); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 24, S. 629.

⁴³⁶ BGH, NVwZ 1987, 258 (260); BGH, VersR 89, 184; BGHZ 73, 161 (164 f.); 119, 365 (369 f.); *H. Vinke*, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 199; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 839, Rdn. 53.

⁴³⁷ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 595.

⁴³⁸ Vgl. RGZ 125, 85; *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 222.

4. Der Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung richtet sich auf Geldersatz, weil der Schadensersatzanspruch nur das beinhalten kann, was der einzelne Amtswalter kraft seiner deliktischen Eigenverantwortlichkeit und damit als Zivilperson losgelöst von seiner Amtsstellung zu leisten vermag⁴³⁹. Der Bestand des unangefochtenen Verwaltungsaktes hindert an sich die Amtshaftungspflicht nicht⁴⁴⁰, aber ordentliche Gerichte sind nicht befugt, in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte überzugreifen und die Verwaltung wegen der Amtspflichtverletzung eines Amtswalters auf Unterlassung eines Verwaltungsaktes zu verurteilen oder gar den Verwaltungsakt selbst aufzuheben⁴⁴¹. Der Subventionsbescheid ist aber wegen Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerb, der zu C, I, 3 festgestellt ist, gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig. Schon deswegen steht er einem Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG nicht entgegen (dazu I, 5). Der Schaden der Diakonischen Heime ist der Wettbewerbsschaden, der ihnen daraus erwächst, daß sie die geplante Hilfe für die seelisch Behinderten nicht leisten konnten und viele Betroffene sie nicht um Aufnahme in die Förderwerkstätte gebeten haben, sondern sich der Lebenshilfe Gifhorn zugewandt haben, die ohne die rechtswidrige Subvention des Landkreises Gifhorn gar nicht für seelisch Behinderte tätig wäre. Der Schaden ist zu beziffern.

5. § 839 BGB verdrängt in seinem Anwendungsbereich als *lex specialis* die allgemeinen Deliktstatbestände der §§ 823 ff. BGB⁴⁴² und regelt die Verantwortlichkeit des Amtswalters und in Verbindung mit Art. 34 GG der Dienstherren (Landkreis Gifhorn)⁴⁴³ selbständig und abschließend⁴⁴⁴. Der

⁴³⁹ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 290 ff.; *ders.*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rdn. 19; *W. Riefner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, § 48, Rdn. 14; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 44, S. 639; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 839, Rdn. 79.

⁴⁴⁰ Hinweise in Fn. 395.

⁴⁴¹ *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34, Rdn. 231 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 44, S. 639 ff.; *H. Thomas*, in: Palandt, BGB, § 839, Rdn. 79; *A. Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 839, Rdn. 4.

⁴⁴² *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25, Rdn. 45, S. 640.

⁴⁴³ BGHZ 1, 388 (391); 4, 10 (45); 13, 88 (104); 34, 99 (101, 110); BVerwGE 13, 17 (23); 25, 138 (145 f.); *H. Vinke*, in: Soergel, BGB, § 839, Rdn. 23, 30 ff.; *H.-J. Papier*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Rdn. 117.

Amtshaftungsanspruch verjährt nach § 852 BGB in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.

E. Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch auf Rückgängigmachung der Subvention

1. Das Interesse der Diakonischen Heime geht dahin, daß die gleichen Chancen am Markt der Förderwerkstätten im Landkreis Gifhorn für seelisch Behinderte wieder hergestellt werden. Diese Wettbewerbsgleichheit mit der Lebenshilfe Gifhorn erfordert, daß letztere die gezahlte Subvention an den Landkreis Gifhorn zurückzahlt. Weil der Subventionsbescheid wegen seiner Nichtigkeit (C, I, 5) der Subventionszahlung keine Rechtsgrundlage verschafft hat, ist die Lebenshilfe Gifhorn um die gezahlte Subvention ungerechtfertigt bereichert und die Wettbewerbslage weiterhin beeinträchtigt. Das wäre nicht anders, wenn der Subventionsbescheid gerichtlich aufgehoben wäre.

Nach § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG ist der Empfänger einer Leistung aufgrund eines Verwaltungsaktes, der "mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen" worden ist, verpflichtet, "bereits erbrachte Leistungen zu erstatten". Für den "Umfang der Erstattung", "gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung", also §§ 812 ff. BGB, aber: "Auf den Wegfall der Bereicherung kann sich der Begünstigte nicht berufen, soweit er die Umstände kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, die zur Rücknahme ... oder zur Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes geführt haben" (§ 49a Abs. 2 VwVfG). Subventionen sind der klassische Fall dieser (neuen, 1996) Regelung. Die Erstattungspflicht der Lebenshilfe Gifhorn folgt aus der Nichtigkeit des Subventionsbescheids (C, I, 5), jedenfalls aus dessen Rücknahme, wenn der Landkreis Gifhorn seiner Rücknahmepflicht gefolgt ist. Einen Vertrauensschutz genießt die Lebenshilfe Gifhorn wegen § 50 VwVfG ebensowenig wie einen Bereicherungsschutz nach § 49a Abs. 2 S. 2

⁴⁴⁴ BGHZ 34, 99 (104); 60, 54 (62); BayObLG, NJW 1972, 1325 (1326).

VwVfG, weil sie die Umstände der rechts- und sittenwidrigen Subvention kannte.

Wenn der Landkreis Gifhorn den Subventionsbescheid gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zurücknimmt, ist er somit berechtigt (und verpflichtet), die "zu erstattende Leistung" nach § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG "festzusetzen", also die Subvention zurückzufordern. Wenn jedoch der Landkreis Gifhorn die Erstattung von der Lebenshilfe Gifhorn nicht einfordert oder nicht durchsetzt, kommt ein Anspruch der durch den rechtswidrigen und sittenwidrigen Subventionsbescheid drittbetroffenen Diakonischen Heime auf bestmögliche Wiederherstellung der Verhältnisse, die ohne den nichtigen Subventionsbescheid bestehen würden, in Betracht, ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Folgenbeseitigung, der dem Rechtsstaatsprinzip erwächst⁴⁴⁵.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist vor den Verwaltungsgerichten mit der Leistungsklage geltend zu machen⁴⁴⁶. Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch unterscheidet sich von Schadensersatzansprüchen auf uneingeschränkte Naturalrestitution nach § 249 BGB dadurch, daß nicht ein hypothetischer Zustand, sondern der ursprüngliche oder allenfalls ein diesem gleichwertiger Zustand herzustellen beansprucht werden kann⁴⁴⁷. Die Beseitigungspflicht umfaßt nur die unmittelbaren Folgen des rechtswidrigen Hoheitsaktes⁴⁴⁸. Durch das selbständige, verschuldensunabhängige Institut des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs wird die Amtshaftung, welche die Naturalrestitution grundsätzlich auf Geldersatz beschränkt, ergänzt⁴⁴⁹.

Der Rechtsstaat gibt den Diakonischen Heimen das Recht, von der öffentli-

⁴⁴⁵ Dazu i.d.S. *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 293 ff. (297 ff.); *Ch. Claßen*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, S. 188 ff., 198 ff.

⁴⁴⁶ *H.-J. Papier*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rdn. 85; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29, Rdn. 19, S. 782.

⁴⁴⁷ BVerwGE 28, 155 (165); *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 286 ff., 301 ff.; *H.-J. Papier*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rdn. 83.

⁴⁴⁸ BVerwG, NJW 1985, 817; *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 286 ff., 301 ff. ff.; *H.-J. Papier*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rdn. 83.

⁴⁴⁹ BVerwGE 28, 155 (163 ff.); 35, 268 (272); BVerwG, NJW 1972, 269; BVerwG, NJW 1985, 817.

chen Hand, hier den Landkreis Gifhorn, zu beanspruchen, die Folgen des rechtswidrigen und sittenwidrigen Subventionsbescheides, nämlich die Subvention selbst, zu beseitigen, also die Subventionszahlung zurückzufordern, aber auch die weiteren Folgen der Subvention zu beheben. Freilich geht der Folgenbeseitigungsanspruch nicht auf Ersatz jedes Folgeschadens.

2. Wenn der Landkreis Gifhorn entgegen seiner Pflicht die Nichtigkeit des Subventionsbescheides nicht feststellt oder nicht zumindest den Subventionsbescheid zurücknimmt, muß der Bescheid im Verwaltungsgerichtsweg gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO aufgehoben werden, weil er nichtig, jedenfalls rechtswidrig ist und die Diakonischen Heime in deren Rechten verletzt (A). Nach gerichtlicher Aufhebung eines Bescheides greift § 49a VwVfG nicht ein⁴⁵⁰, aber die öffentliche Hand, die ohne Rechtsgrund eine Leistung erbracht hat, hat aus dem Rechtsstaatsprinzip einen Rückforderungsanspruch gegen den unberechtigten Leistungsempfänger (öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch)⁴⁵¹. § 49a VwVfG ist Ausdruck dieses rechtsstaatlichen Prinzips, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig gemacht werden soll, nicht anders als §§ 812 ff. BGB⁴⁵². So wie der Landkreis Gifhorn nach verwaltungsrechtlicher Aufhebung des Subventionsbescheides auf Klage der drittbetroffenen Diakonischen Heime hin berechtigt ist, den gezahlten Subventionsbetrag von der Lebenshilfe Gifhorn zurückzufordern, sind die betroffenen (und in ihren Rechten verletzten) Diakonischen Heime auf Grund des Folgenbeseitigungsanspruchs berechtigt, auch wenn der Subventionsbescheid erst vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden mußte, vom Landkreis Gifhorn zu verlangen, daß dieser zur Beseitigung der Folgen des rechtsverletzenden Verwaltungsaktes (Subventionsbescheid) den Subventionsbetrag von der Lebenshilfe Gifhorn zurückfordert. Die Diakonischen Heime können diese Maßnahme vom Landkreis Gifhorn letztlich auch durch eine Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO gerichtlich erzwingen, weil die Rückerstattung vom Landkreis Gifhorn durch Verwaltungsakt festzusetzen ist (analog § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG).

⁴⁵⁰ *F. O. Kopp/U. Ramsauer*, VwVfG, § 49a, Rdn. 4.

⁴⁵¹ Vgl. BVerwGE 48, 279 (286); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 28, Rdn. 20 ff., S. 751 ff.

⁴⁵² I.d.S. auch *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 28, Rdn. 21, S. 752.

F. Zivilrechtliche Konkurrentenklage gegen Lebenshilfe Gifhorn

Die sogenannte zivilrechtliche Konkurrentenklage aus § 1 UWG richtet sich im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Konkurrentenklage nicht gegen die öffentliche Hand, sondern direkt gegen den rechtswidrig subventionierten Konkurrenten, um dessen aus der rechtlosen Subvention erwachsende Wettbewerbsvorteile abzuwehren⁴⁵³. Zur Abwehr noch nicht erfolgter, aber unmittelbar bevorstehender unberechtigter Subventionen sowie der mit der Subvention verbundenen Wettbewerbsvorteile kann der benachteiligte Wettbewerber vorbeugend die Unterlassung der Subvention beanspruchen⁴⁵⁴. Weiterhin können Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, um die Verletzergewinne des unrechtmäßig subventionierten Wettbewerbers abzuschöpfen⁴⁵⁵. Als Anspruchsgrundlage zur Abwehr der unberechtigten Subvention eines Wettbewerbers bietet der Tatbestand des § 1 UWG die Fallgruppe der Ausnutzung rechtswidriger Vorteile oder auch des Rechtsbruchs⁴⁵⁶. Groeschke nennt die Fallgruppe der Konkurrenzvereitelung⁴⁵⁷. Die Lebenshilfe Gifhorn nutzt die Subvention, die ihr (gegebenenfalls) von dem Landkreis Gifhorn gezahlt wurde, und nutzt damit den Rechtsbruch des Landkreises, der zu A, II, 2 und 3 und C, I, 3 dargelegt ist. Die Subvention des Landkreises war wettbewerbsbezogen und demgemäß der Rechtsbruch eine wettbewerbswidrige Maßnahme. Die wettbewerbliche Ausnutzung des Rechtsbruchs ist selbst sittenwidrig. § 1 UWG gibt darum den Diakonischen Heimen gegen die Lebenshilfe Gifhorn einen Anspruch auf Beseitigung der wettbewerbswidrigen Lage durch Rückzahlung der

⁴⁵³ P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2332.

⁴⁵⁴ BGH, GRUR 1958, 86 (88); P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2332.

⁴⁵⁵ BGHZ 57, 116 (118 f.); BGH, GRUR 1993, 55 (57); BGH, DB 1995, 1324 (1325); P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, 2333; enger H. Köhler/E. Steindorf, NJW 1995, 1710.

⁴⁵⁶ W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdn. 608 ff.; V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 309 ff.

⁴⁵⁷ P. Groeschke, Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aufgrund der unrechtmäßigen Subventionierung von Konkurrenten, BB 1995, S. 2329, 2332.

Subvention an den Landkreis Gifhorn. Die Rückzahlung der Subvention würde den fairen Wettbewerb (insofern) wieder herstellen. Wegen des Verschuldens der Lebenshilfe Gifhorn, die allein schon aus der Kenntnis der Umstände der Subventionsmaßnahme folgt, ist die Lebenshilfe Gifhorn verpflichtet, auch den Schaden der Diakonischen Heime zu ersetzen.

G. Klagezulässigkeit

I. Privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit / Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg

Vor die ordentlichen Gerichte, vor allem die Zivilgerichte, gehören nach § 13 GVG (grundsätzlich) "alle bürgerlichen (sc. privatrechtlichen) Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen", während der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO grundsätzlich "in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art" eröffnet ist.

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, richtet sich danach, ob der geltend gemachte Anspruch, das subjektive Recht, seine Grundlage im öffentlichen oder im privaten Recht hat oder haben kann. Ein Anspruch gegen den Landkreis Gifhorn, die Subvention zugunsten der Lebenshilfe Gifhorn zu unterlassen oder die gezahlte Subvention zurückzufordern, ergibt sich aus § 1 UWG und aus den deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen, aber auch aus den Grundrechten, nämlich Art. 14 Abs. 1 und subsidiär aus Art. 2 Abs. 1 GG, insbesondere aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und auch aus Art. 3 GG, sowie aus dem Folgenbeseitigungsanspruch. Der subjektive Konkurrentenschutz aus den Grundrechten bewirkt die Drittwirkung des Subventionsbescheids, die den Diakonischen Heimen die Anfechtung des Bescheides gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ermöglicht.

Die Frage des Rechtswegs wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen. Nach der überkommenen Subjektions- oder Subordinationslehre ist das öffentliche Recht durch ein Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen dem Staat und den Bürgern, das Zivilrecht von einem Verhältnis der Gleichordnung bestimmt⁴⁵⁸. Wie oben zu A, II, C, I, 1,

⁴⁵⁸ BGHZ 14, 222 (227); 27, 183; 35, 175 (177); 37, 1 (6); 39, 362 (356); (Gr.S.) 66, 229 (232 f.); 67, 81 (86); 82, 375 (381 ff.); 102, 280 (289); vgl. auch *H. Maurer*, Allgemeines

b dargelegt ist, vertritt die Staats- und Verwaltungsrechtslehre heute überwiegend die (modifizierte) Subjekts- oder Sonderrechtslehre. Diese legt auch die Verwaltungsrechtsprechung ihrer Praxis zugrunde. Öffentliches Recht ist aber nach der strengen Subjektslehre "Sonderrecht des Staates" (dazu A, II, C, I, 1 b). Die Subvention ist hoheitliches, amtliches Handeln des Landkreises Gifhorn und darum nach der engen Subjektslehre der verwaltungsgerichtlichen Praxis und erst recht nach der strengen Subjektslehre eine Maßnahme, die sich nach öffentlichem Recht beurteilt⁴⁵⁹. Das ergibt sich auch aus der zivilrechtlichen Praxis der Doppelqualifikation derartiger Maßnahmen⁴⁶⁰.

Ein Rechtsstreit ist nicht schon verfassungsrechtlich im Sinne des § 40 VwGO, wenn und weil Grundrechte betroffen sind⁴⁶¹. Jedes Gericht muß die Grundrechte zum Maßstab seiner Erkenntnisse machen. So gesehen ist jedes Gericht Verfassungsgericht. Nach der Praxis und gängigen Lehre sind verfassungsrechtliche Streitigkeiten Prozesse⁴⁶², in denen "am Verfassungsleben unmittelbar beteiligte Rechtsträger" um Rechte und Pflichten aus Verfassungsrechtsverhältnissen streiten⁴⁶³. Rechtsstreitigkeiten zwischen den Bürgern und dem Staat sind grundsätzlich "nichtverfassungsrechtlich" im Sinne des § 40 VwGO⁴⁶⁴. Verfassungsstreitigkeiten im Sinne des § 40 VwGO sind richtigerweise die den formellen Verfassungsgerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten. Die Klage der Diakonischen Heime in Kästorf ist keine verfassungsrechtliche Streitigkeit, weil sie keinem der in den Zuständigkeitskatalogen des Verfassungsgerichts enumerierten Streittypen unterfällt, insbesondere nicht den Fällen des Art. 93 Abs. 1 GG, § 13 BVerfGG. Das ergibt sich bereits aus der Lektüre dieser Regelungen.

An sich ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO für die

Verwaltungsrecht, S. 44, Rdn. 16; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 186 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. die Hinweise in Fn. 36; *H. P. Ipsen*, Subventionen, HStR, Bd. IV, § 92, Rdn. 85.

⁴⁶⁰ Hinweise in Fn. 261, 467.

⁴⁶¹ I.d.S. BVerfGE 42, 103 (112 ff.).

⁴⁶² Zum Begriff der Streitigkeit als Prozeß *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht in Bund-Länder-Streitigkeiten, 1969, S. 2 ff.

⁴⁶³ BVerfGE 27, 152 (157); 42, 103 (112 ff.)

⁴⁶⁴ BVerfGE 42, 103 (112 f.).

Auseinandersetzung zwischen den Diakonischen Heimen und dem Landkreis Gifhorn eröffnet.

Der Bundesgerichtshof und auch das Bundesverwaltungsgericht halten für Rechtsstreitigkeiten um wettbewerbliches Handeln der öffentlichen Hand die Zivilgerichte für zuständig, weil Handeln im Wettbewerb privatrechtlich sei⁴⁶⁵. Für die Streitigkeiten um die wettbewerblichen Auswirkungen staatlichen Handelns auf private Wettbewerber sieht die Praxis also den Zivilrechtsweg eröffnet, eben weil § 1 UWG diese privatrechtliche Anspruchsgrundlage sei⁴⁶⁶, selbst wenn das Verwaltungshandeln in einem anderen Verhältnis öffentlich-rechtlich zu beurteilen sei (Lehre von der Doppelqualifikation)⁴⁶⁷.

Eine andere Lehre tritt dafür ein, Rechtsfragen wettbewerblicher Betätigung der öffentlichen Hand zwar nach § 1 UWG zu beurteilen, aber diese Vorschrift, wenn die öffentliche Hand an diesem Rechtsverhältnis beteiligt ist, als öffentlich-rechtlich einzustufen und folglich den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen⁴⁶⁸. Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG entscheidet das Gericht den Rechtsstreit unter allen rechtlichen, also auch unter verfassungs- und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten⁴⁶⁹. § 1 UWG untersage auch dem Staat Handlungen, welche gegen die guten Sitten verstoßen würden⁴⁷⁰. Die Gene-

⁴⁶⁵ BGHZ 36, 91 (93); 37, 1 (16 ff.); 39, 353 (356); (GS) 66, 229 (232 ff.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); (VS) 102, 280 (285); 114, 218 (232 ff.); BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); vgl. auch BVerfGE 7, 364 (374); dazu m. w. Hinw. K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 25 ff.

⁴⁶⁶ BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); st. Rspr.; BGH, DÖV 1974, 785; BGHZ 66, 232 (234 f.); 67, 81 (85 ff.); 82, 375 (381 ff.); 102, 280 (285); BayVGH, BayVBl. 1976, 628.

⁴⁶⁷ BGHZ 66, 229 (232 ff.); 67, 81 (85); 82, 375 (383 f.); 102, 280 (285); vgl. K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 6 ff., 25 ff.; Hinweise auch in Fn. 251.

⁴⁶⁸ R. *Scholz*, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), S. 97 ff.; ebenso: U. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 296; dazu krit. K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 82 ff.

⁴⁶⁹ BVerwG, DVBl 1996, 152 (153); VGH Mannheim, NJW 1995, 274; H. *Köhler*, in: Köhler / Piper, UWG, § 1, Rdn. 438.

⁴⁷⁰ R. *Scholz*, ZHR 132 (1969), S. 122 ff.; U. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 292.

ralklausel des § 1 UWG schütze allgemein die Lauterkeit des Wettbewerbs⁴⁷¹. Die Vorschrift sei gegenüber der Dichotomie von Staatlichkeit auf Privatheitlichkeit neutral⁴⁷². Geschützt würden das Interesse am Wettbewerb als solches, die Interessen der Wettbewerber, der Verbraucher sowie der Allgemeinheit am lauterem Wettbewerb⁴⁷³. Normadressat sei nach § 1 UWG jeder Wettbewerbsteilnehmer. Der Schutz der Institution Wettbewerb bezieht sich laut Schliesky objektivrechtlich allein auf die Einhaltung der verhaltensrechtlichen Regeln wie die Wahrung der "Lauterkeit" und der "guten Sitten" bei allen Wettbewerbshandlungen⁴⁷⁴.

Entgegen der Praxis der Rechtsprechung ist das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) nicht auf die Handlungen des Staates anzuwenden. Der § 1 UWG ist Autonomierecht, das nur Privaten, nicht aber dem Staat das Recht gibt⁴⁷⁵. Damit scheidet der Zivilrechtsweg für alles wettbewerbsrelevante Handeln der öffentlichen Hand aus. Die Klagen auf Wettbewerbschutz sind vielmehr, gestützt auf die öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlagen, insbesondere die Grundrechte, vor den Verwaltungsgerichten zu führen.

Für die Praxis ist jedoch davon auszugehen, daß eine auf § 1 UWG gestützte Unterlassungs-, Beseitigungs- oder (bei Verschulden) Schadensersatzklage vor den Zivilgerichten zu erheben ist. Dies würde auch für die deliktischen Ansprüche gelten, soweit diese nicht durch den Amtshaftungsanspruch aus §

⁴⁷¹ R. Scholz, ZHR 132 (1969), S. 97 ff., insb. S. 122 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 80 ff.; vgl. auch U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 294.

⁴⁷² R. Scholz, ZHR 132 (1969), S. 122 ff.; a.A. K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 12 ff., 32 ff., 45 ff., 51 ff., 80 ff. u.ö.

⁴⁷³ RGZ 128, 330 (343); BGHZ 15, 356 (364 f.); st. Rspr., etwa BGHZ 19, 392 (396 ff.); 81, 291 (295 f.); U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 294; kritisch V. Emmenrich, Unlauterer Wettbewerb, S. 17 ff.; W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 42 f., 80, passim; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 376 ff. mit Hinweisen in Fn. 55, S. 376.

⁴⁷⁴ U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 295; vgl. W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rdn. 50 f.

⁴⁷⁵ K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 5 ff., 173 ff., 235 ff. (insb. S. 261 ff.), 281 ff., 438 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 302 ff., 309 ff.; folgend W. Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 416 ff.

839 Abs. 1 BGB verdrängt sind. Eine Klage wegen Amtshaftung ist durch Art. 34 S. 3 GG, § 40 Abs. 2 VwGO in den ordentlichen Rechtsweg gewiesen. Darüber haben die Landgerichte zu entscheiden (§ 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG). Die Anfechtungsklage gegen den Subventionsbescheid ist jedoch nach allen Lehren und nach der einhelligen Praxis eine Verwaltungsrechtsstreitigkeit gemäß § 40 Abs. 1 VwGO. Auch der Folgenbeseitigungsanspruch ist öffentlich-rechtlich und im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen.

II. Klagebefugnis

Der individuelle Rechtsschutz hängt in Deutschland davon ab, daß der Kläger in "seinen Rechten" verletzt ist. Für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage macht § 42 Abs. 2 VwGO die Zulässigkeit der Klage ausdrücklich davon abhängig, daß der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder aber durch dessen Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein (Klagebefugnis)⁴⁷⁶. Diese Klagebefugnis soll wiederum, wie schon die Begrifflichkeit des Verwaltungsaktes, die Popularklage abwehren⁴⁷⁷, d.h., kritisch gesprochen, das Volk von seinem Recht trennen und damit den Gesetzesvollzug entdemokratisieren und individualisieren.

Die Rechtsverletzung muß möglich sein (Möglichkeitslehre)⁴⁷⁸. Nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO hängt der Erfolg der Anfechtungsklage davon ab, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Entsprechendes gilt nach § 113 Abs. 5 VwGO für die Verpflichtungsklage. Nach Praxis und herrschender Lehre muß der Kläger auch bei der allgemeinen Leistungsklage, also der Klage aus dem Folgenbeseitigungsanspruch, obwohl eine entsprechende Regelung fehlt, geltend machen, in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)⁴⁷⁹. Es genügt also nicht, daß der Kläger lediglich vorträgt, eine staatliche Maßnahme sei

⁴⁷⁶ Dazu *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 59, 65 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 277 ff., 330 ff.

⁴⁷⁷ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 59; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 277 ff.

⁴⁷⁸ *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rdn. 65 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 281.

⁴⁷⁹ BVerwGE 17, 87 (91); 18, 154 (157); 36, 192 (199); *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 42, Rd. 62; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 281.

rechtswidrig.

Für die Klagebefugnis genügt es, substantiiert darzulegen, daß eine Verletzung subjektiver Rechte möglich erscheint⁴⁸⁰. Es ist dargelegt, daß die Subvention des Landkreises Gifhorn aus vielfältigen Gründen rechtswidrig ist und die Rechte der Diakonischen Heime in Kästorf e.V. verletzt.

Im Zivilrechtsweg (Ansprüche aus § 1 UWG, aus §§ 823 Abs. 1, 826, 1004 Abs. 1 BGB und § 839 Abs. 1 BGB) ergibt sich die Klagebefugnis daraus, daß der Anspruch geltend gemacht wird, daß also die Klage wegen dieses Anspruchs erhoben wird.

⁴⁸⁰ F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VWGO, § 42, Rdn. 65 ff.

Stichwortverzeichnis

Kursive Zahlen zeigen ff. an

Abgeordneter	294	Allgemeinheit ..5, 6, 246, 249, 254, 275, 363
Ablehnung		Schutz der
modifizierte.....	280	Wohl der
Abnehmer	132	Allgemeinheit der Gefahr
Absatz	544	Theorie der
Absatzchancen.....	131	Allgemeinheitsprinzip
Absatzmöglichkeiten		gesetzgeberisches
als Eigentum	206	Allgemeininteresse
Abtreibung (nasciturus I, II).....	339	Allgemeinverbindlicherklärung
Abwägung.....	17, 104, 366	Allgemeinverfügung
amtswalterliche	164	rechtsakthaften.....
fallbezogene.....	155, 166	Allgemeinwohl
mit den Verfassungsprinzipien	197	Allzuständigkeit
verfassungsunmittelbare	157, 189	der Gemeinde
Abwägungsgrundsatz	243	des Staates
Abwehranspruch		Alternativverhalten
aus Grundrechten.....	475	rechtmäßiges.....
des § 1004 Abs. 1 BGB.....	579	Altschulden.....
Abwehraussperrung.....	308, 310	Amt
suspendierende	267, 310	öffentliches
Abwehrrecht	340, 344, 346, 358, 371	Ämterpatronage.....
liberales.....	346	Amtlichkeit.....
subjektives	337	Amtshaftungsanspruch.....
Abwehrwirkung.....	348, 353, 375, 390	aus § 839 BGB
liberalistische	343	Amtshaftungsklage.....
Ad-hoc-Koalition.....	261	Amtshilfe
Administration.....	175, 177, 189	Amtspflicht.....
Adressat	27, 483	Amtspflichtverletzung.....
Adressatenkreis	543	583
Adressatenlehre	7, 53, 485	als Rechtsverletzung.....
Akklamation		Amtsprinzip
des Volkes.....	184	Amtswalter
Alimentationsprinzip	287	Verschulden des
Allgemeine Erklärung der		Amtswalterschaft
Menschenrechte.....	341, 346, 464	Analogie
Allgemeine Freiheit.....	456	

- Anfechtungsklage ... 4, 49, 60, 349, 407, 575, 594
 Begründetheit 480
 Erfolg der 595
 und Erledigung 121
- Angehörige
 des öffentlichen Dienstes. 285, 295, 298, 313
- Angelegenheiten
 eigene des Einzelnen 59
- Angestellte und Arbeiter 301
 des öffentlichen Dienstes. 294, 299, 300, 302
- Angestellter 27, 234, 285, 297, 323, 333
- Angriff
 gegenwärtiger rechtswidriger 262
- Angst 141
- Anhörung 10
- Annäherungswissen 355
- Annahme 307
- Annahmeverzug 307
- Anreize 141
- Anspruch
 deliktischer 570
- Anspruchsgrundlage
 privatrechtliche 592
 zur Abwehr der unberechtigten
 Subvention 589
- Antrag
 schriftlicher 15
- Apothekenurteil 326, 372
- Arbeit 146, 260, 301, 306
 ungelernete 128
- Arbeiter ... 234, 289, 291, 297, 329, 330, 332, 333
 des öffentlichen Dienstes 235, 325
 ungelernerter 328
- Arbeitgeber 256, 271, 306, 310, 318
 vereinigte 260
- Arbeitgeberinteressen 238
- Arbeitgeberverband 318
- Arbeitnehmer 234, 238, 297
 im öffentlichen Dienst 285, 325
 nichtorganisierte 317
 tarifwilliger 282
- Arbeitnehmerinteressen 238, 369
- Arbeitnehmerkoalition 268, 317
- Arbeitnehmerschaft 320
- Arbeitnehmervereinigung 253
- Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen
 238
 Förderung der 238, 241
- Arbeitsannahme 307
- Arbeitsbedingungen 281
 wirtschaftliche 241
- Arbeitseinstellung 258, 281
 gewerkschaftlich organisierte 260
 kollektive 302
- Arbeitsentgelt 279
- Arbeitsförderung
 seelisch Behinderter 552
- Arbeitsförderungsmaßnahmen 242
- Arbeitsfrieden 282
- Arbeitskampf .. 252, 260, 267, 273, 292, 302, 314, 316
 großer 260
- Arbeitskampffreiheit 238, 255, 268, 274, 292
- Arbeitskampfgesetz 310
- Arbeitskampfmittel 255
- Arbeitskampfordnung 256
- Arbeitskampfrecht 268, 309
- Arbeitskampfsystem 309
 funktionsfähiges 309
- Arbeitskampfwesen 256, 257, 273
- Arbeitskampfwilligkeit 252
- Arbeitskraft 328
- Arbeitsleben 264
- Arbeitsleistung 234, 265
- Arbeitslohn 278
- Arbeitslosengeld 321
- Arbeitslosenunterstützung 321
- Arbeitslosenversicherungsverhältnis 321
- Arbeitsniederlegung 265
 betriebsbezogene 261
 gemeinschaftliche 259
 kollektive 259
 pflichtwidrige 305

- Arbeitsnormenvertrag
 korporativer247
 Arbeitspflicht... 236, 258, 265, 281, 284
 individuelle266
 Arbeitsplatz..... 243, 261, 274, 282, 333,
 334
 freie Wahl128
 Verteidigung des.....261
 Arbeitsrecht236, 300
 individuelles.....300
 kollektives.....300
 Arbeitstarif.....247
 Arbeitsvergütung241
 Arbeitsverhältnis ... 258, 273, 295, 310,
 320, 321, 329
 Abschluß des..... 240, 259
 Beendigung des 240, 259, 279
 Bestand des283
 der Außenseiter.....319
 individuelles..... 272, 280
 Inhalt des.....240
 privatrechtliches..... 290, 304, 315, 321
 staatliches.....289
 Arbeitsvertrag 234, 266, 277, 318
 individueller 265, 278, 284, 319
 Arbeitsvertragsbruch303
 Arbeitsvertragspartei282, 283
 Arbeitsverweigerung268
 kollektive273
 Arzneimittel-Transparenzlisten.....101
 Ärztlicher Behandlungsauftrag458
 Assoziierungsfreiheit.....425
 Asymmetrie von Streik und
 Aussperrung.....308
 Atomkraftwerk Kalkar I, II.....339
 Atomkraftwerk Mühlheim-Kährlich 339
 Atomrecht354
 Auffanggrundrecht528
 Auffangtatbestand572, 577
 Aufgabe.....315, 322, 361
 öffentliche248, 253, 288, 323, 330
 Öffentlichkeit der.....532
 staatliche 248, 288
 Aufgabe und Befugnis.....175, 199
- Aufgaben
 außenpolitische.....184
 Aufgaben und Befugnisse 137, 181, 187
 der Bundesregierung164
 Aufgabenbegriff331
 Aufgabenbewältigung
 nicht-staatliche.....495
 Aufklärung.....182
 staatliche183
 Aufklärungsarbeit.....105
 Aufopferungsentschädigung430
 Auseinandersetzung
 tarifliche.....313
 Ausgleichsausgaben498
 Auslegung.....6
 Ausnahmetatbestände
 Voraussetzungen von86
 Ausprägung
 einfachgesetzliche.....547
 Ausschließung
 planmäßige306
 Ausschließungsbefugnis
 des Eigentümers579
 Außenpolitik.....191
 Außenrechtskreis.....52, 483
 Außenseiter.....317
 Außenwirkung.....5, 477
 Aussperrung273, 279, 306
 Angriffsaussperrung308, 310
 rechtmäßige307
 selektive316
 staatliche316
 suspendierende269
 vollzogene281
 Aussperrungsmaßnahme317
 Aussperrungsordnung306
 Aussperrungsrecht.....312, 313
 Ausübungsregelung327
 Automatenaufstellung513
 Autonomie des Willens.....36, 43, 183,
 246, 449, 456
 Autonomieprinzip492
 Autonomierecht.....594
 Autorität

- staatliche 142
- Beamtenbegriff 332
- amtspflichtrechtlicher 220
- haftungsrechtlicher 581
- Beamtenrecht 285
- Gesetzlichkeit des 291
- Beamtenrechtsrahmengesetz 299
- Beamtenschicht 331
- Beamtenstatus 290
- Beamtenverhältnis .. 305, 321, 324, 325, 330, 332
- Beamter ... 128, 157, 286, 296, 298, 314, 322, 329, 580
- Bedarf 495
- Bedarfsprüfungen 372
- Bedeutung
- allgemeine 402
- Bediensteter 314, 322
- öffentlich .. 288, 295, 298, 313, 316, 321, 329, 332, 333
- privatrechtlich öffentlich 321, 332
- Beeinträchtigung
- der Berufsfreiheit 101
- faktische 521
- faktische und mittelbare 512
- Verhinderung künftiger 580
- Befähigung 293, 332
- Befriedung 282
- Befruchtung 362
- Befugnis 361, 371
- der Gemeinde zur unternehmerischen
- Betätigung 34
- hoheitliche 287, 295, 322, 324, 330
- staatliche 330
- Befugnisnorm 370
- Behandlungsverhältnis
- Rechtsgrundlage 458
- Behörde 5, 9, 12, 13, 15, 50
- Entscheidung einer, als materielle
- Verwaltung 229
- Beihilfe 329, 495
- Beihilferecht
- Art. 87 ff. EGV 501
- der Europäischen Gemeinschaft 551
- Beitritt 318
- Bekanntmachung 53
- Beklagter 8, 9
- Belastung 226
- Belegschaft 320
- Beleihung 330
- Beratung 183
- Bereicherung
- ungerechtfertigte 586, 588
- Bereicherungsschutz 586
- Bergpredigt 536
- Beruf . 18, 124, 291, 327, 329, 339, 373, 506
- erlaubter 332
- freier 11, 127
- herkömmlicher 376
- Könnerschaft 127
- Unterschied zu Gewerbe 510
- Beruflichkeit 328, 511
- Berufsausübung 18, 326, 372, 376
- Beeinträchtigung der 101
- Berufsausübungsfreiheit... 20, 124, 130, 168, 173, 177, 216, 219, 325, 372, 506
- Eingriff 130
- Rechtfertigung des Eingriffs in die ... 196
- Schutz der 109
- Berufsausübungsregelung 127, 327, 373
- Berufsbeamtentum 286, 322
- Grundsätze des 286, 296
- hergebrachte Grundsätze des ... 290, 304, 322, 332
- maßgebliches Prinzip des 286
- Berufsbeamter 286
- Berufsbegriff 19, 125, 327, 373, 415
- nicht personal gebundener 374
- ökonomistischer 375
- personaler 377
- personalistischer 375
- Berufsbild 329
- Berufsehre 102
- Berufsfreiheit .. 7, 27, 82, 124, 125, 130, 145, 167, 325, 372, 378, 385, 394, 415, 425, 505
- Beeinträchtigung 115

- Begriff der.....108
 Eingriff in.....102
 Einheit der..... 372, 506
 einheitliche.....380
 Schutzbereich der 102, 108, 114
 und Art. 19 Abs. 3 GG108
 Berufsgruppe291
 berufsregelnde Tendenz20, 102, 126,
 168, 172, 375, 378, 416, 507, 512
 berufsregelnde Tendenz394
 Berufsverband.....251, 320
 Berufsverhandlung287
 Berufswahl.....18, 27, 327
 freie.....327
 Berufswahlfreiheit ... 18, 126, 135, 173,
 325, 332, 372
 Berufswechsel330
 Beschaffungsrecht290
 Beschaffungswesen315
 Beschäftigter 17
 Beschäftigungsverhältnis
 privatheitliches.....332
 Beschwerdeführer.....402
 Beseitigungsanspruch.....542, 554, 559,
 579
 auf Rückgängigmachung579
 Beseitigungsklage.....594
 Beseitigungspflicht.....587
 Besoldung286, 298
 der Beamten.....287
 Besoldungs- und Versorgungsrecht .298
 Besoldungs-/Lohngruppe290
 Bestandskraft25, 574
 der Verwaltungsakte211
 Bestandsschutz391
 der Koalition.....317
 eigentumsgrundrechtlicher204
 Besteuerung
 prohibitive.....367
 Besteuerungsgrundlage25
 Bestimmtheit.....490
 Bestimmtheitsprinzip86, 157
 Betätigung
 berufliche377
 fiskalische38
 koalitionsmäßige240
 unerlaubte133
 unternehmerische..... 129, 217, 324, 374,
 376, 384, 385, 425, 518
 Betätigungsfreiheit
 wirtschaftliche19, 23
 Betrieb23, 308
 Wert des.....571
 Betriebsgewerkschaft.....251
 Betriebsrat262
 Betriebsrisiko309
 Betriebsstörung309
 Betriebsverfassungsrecht262
 Betriebswert384
 Betroffenheit
 bloß tatsächliche und mittelbare.....100
 Betroffenheitslehre.....59, 60, 147, 401,
 477, 479
 Betteln
 kollektives.....267
 Beurteilungsspielraum12
 Bevölkerung
 Schutz der105
 Beweislastumkehr584
 Bewilligungsbehörde495
 Beziehungen571
 Bezug
 kapitalistischer.....509
 personaler376
 sozialer.....376, 509
 Bezugsquelle578
 Bildungsdefizit
 der Politik183
 Binnenmarkt501
 Bodenreformurteil540
 bonum commune79
 Boykott144
 Brüderlichkeit.....344
 Bund361
 Bundesangestelltentarifvertrag305
 Bundesbediensteter297, 321
 Bundesbesoldungsgesetz.....286
 Bundesgesetze

- Ausführungen der 175
 Bundesverwaltung 175
 Bundesverwaltungsgericht 484
 Bürger...6, 236, 293, 314, 331, 332, 561
 freie 183
 Bürgerlichkeit 561
 Bürgerschaft..... 161
 Diskurs der.....185
 Bürgerwillen
 Vollzug des 164
 Bürgerschaft 485
 einer geschäftsunerfahrenen Tochter 339
 Caritas 534
 Chancengleichheit
 der Wettbewerber529
 von Unternehmen im Wettbewerb523
 Charakter
 drittschützens58
 Chemikaliengesetz..... 370
 Chemische Waffen
 Lagerung.....339
 Christentum
 tätiges.....533
 Christlichkeit..... 535
 classa politica..... 194
 Daseinsvorsorge..... 78, 87
 Begriff der79
 kommunale87
 Unternehmen als69
 Dauerverwaltungsakt 15
 de lege constitutione 156
 de lege ferenda 156
 Delegationslehre 244, 254, 319
 Deliktsanspruch
 aus § 823 Abs. 1 BGB.....576
 Deliktsrechtsprechung 573
 Demokratie..... 148, 176, 179
 demokratierechtlich 151
 Demokratismus
 parteienstaatlicher.....193
 Demonstration
 politische.....265
 Demonstrationstreik 265
 Despotie 164
 Determiniertheit.....535
 Deutscher374
 Diakonie.....531
 als unternehmerisches Handeln..... 540
 Dichotomie
 des Privaten222
 des Staatlichen und Privaten84, 531, 593
 Dienst
 öffentlicher 236, 237, 285, 296, 301, 329
 ständiger 306
 Dienst- und Treueverhältnis322
 öffentlich-rechtliches295
 Dienstgeber 291, 302, 313, 333
 öffentlicher288
 staatlicher.....297
 Dienstherr585
 staatlicher.....315
 Dienstleistung235
 Dienstleistungspflicht 14
 Dienstnehmer298, 305
 des öffentlichen Dienstes297
 Dienstpflicht235, 304
 des öffentlich Bediensteten 303
 öffentliche236
 Dienstpflichtverletzung303
 Dienstrecht290
 öffentliches236, 288, 296
 Tariflichkeit des..... 289
 Dienststreik297, 303
 öffentlicher297, 316
 Dienstvergehen304
 Dienstverhältnis 235, 300, 313, 323,
 330, 332, 373
 Beendigung des298
 Entstehen des297
 Nachwirkungen des298
 öffentliches 333
 privatrechtliches289, 325
 republikanisches295
 Dienstverweigerung.....303
 Differenzierungsgrund.....396
 Differenzierungspflicht
 arbeitskampfrechtliche 320
 Differenzierungsverbot.....317, 321
 aussperrungsrechtliches..... 317

- Diktatur148, 164, 184
- Dimension
objektive ..236, 256, 296, 327, 337, 342,
344, 346, 538
subjektive 337, 346
- Dissens488
partieller..... 279, 320
- Disziplinarmaßnahme.....304
- Disziplinarordnung.....304
- Disziplinarrecht298, 329
- Disziplinarverfahren.....304
förmliches304
- Dogmatik
apologetische156
arbeitskampfrechtliche.....280
rechtsstaatswidrige.....170
- dolus eventualis583
- Doppelkontrolle.....543
- Doppelnatur
hoheitlicher Maßnahmen543
- Doppelqualifikation.....543, 560, 592
Lehre von der.....34, 36
staatlichen Handelns als amtlich und
wettbewerblich..... 224, 545
- Drei-Stufen-Lehre.....372
- Dritter
im Sinne des § 839 BGB582
- Dritter Weg276
- Drittgerichtetheit583
- Drittwirkung53, 484, 499
des belastenden Verwaltungsaktes583
- Drohung mit Zwang 141
- Durchgriffslehre392, 436, 525
- Durchsetzungsfähigkeit der
Gewerkschaft260
- Durchsetzungskraft.....253
- Effektivität195
- Effizienzprinzip
grundrechtliches.....398
- Ehe und Familie.....338
- Eigenbetrieb.....66
- Eigene219
- Eigenes
und eigene Leistung.....206
und Eigentum.....206
- Eigentum .. 22, 222, 262, 333, 347, 381,
385, 514
am eingerichteten und ausgeübten
Gewerbebetrieb516
Gebrauch des 217, 387, 391, 419, 519
gesetzliches.....22, 382, 515
Inhalt und Schranken.....207, 428
Nutzung des417
Privatnützigkeit des391, 418, 515
Schutzbereich des119
Sozialbindung des428
soziales381, 515
Sozialpflichtigkeit des381, 417
- Eigentum am Arbeitsplatz.....262
- Eigentumsdogmatik
des Bundesverfassungsgerichts516
- Eigentumsentschädigung391
- Eigentumsentziehung522
- Eigentumsgarantie119
- Eigentumsgebrauch23, 385, 417, 516
- Eigentumsgebrauchsschutz514
- Eigentumsgesetzesverletzung215
- Eigentumsgewährleistung7, 19, 21,
170, 172, 177, 203, 219, 262, 333, 377,
381, 385, 395, 416, 425, 500, 514
arbeitsrechtliche.....262
Grenzen der421
Inhalt und Schranken der.....386
Wirkungsbereich der417
- Eigentumsgrundrecht204, 215, 346
- Eigentumsnutzung392
- Eigentumsordnung
Gesetzlichkeit der521
- Eigentumsprinzip
soziales418
- Eigentumsrecht387
- Eigentumsschutz334, 388, 390, 514
Gesetzlichkeit des381
grundrechtlicher.....205, 382
unternehmerischer Betätigung.....518
von privatheitlichen juristischen
Personen524
- Eigentumsveräußerung.....119
- Eigentumsverletzung262

- Eigenverantwortlichkeit..... 584
- Eignung 293, 331
- Eingriff 125, 132, 139
- betriebsbezogener.....234
 - enteignungsgleicher522
 - faktischer, mittelbarer.....525
 - informationeller 149
 - klassischer..... 138
 - ohne Gesetz153
 - unmittelbar betriebsbezogener ..383, 571
 - unmittelbarer.....234
 - unmittelbarer betriebsbezogener517
- Eingriff und Leistung
- Kriterien.....487
- Eingriffscharakter
- der Listenveröffentlichung103
- Eingriffsfreiheit..... 214
- Eingriffslogik 167
- Eingriffsverwaltung 487, 489
- Eingriffswarnungen 187
- Einheit
- organisatorische.....67, 502
- Einigung 272, 279, 313
- tarifliche 255, 280, 313
- Einigungsform
- konventionelle280
- Einigungsverfahren..... 279
- Einigungsverpflichtung 273
- Einkünfte 328
- Einrichtung..... 314
- Einrichtungen
- geeignete.....498
- Einschätzungs- und Gestaltungsbereich
- 359
- Einspruch 582
- Einwilligung..... 324
- Einwilligung des Organspenders..... 438
- Einwirkungsintensität 144
- Einzelakte..... 324
- Einzelarbeitsvertrag 278
- Einzelfall 5, 50
- Regelung des5
- Einzelfallentscheidung..... 325, 481
- Einzelner
- eigene Angelegenheiten, des477
- Eisenbahn.....562
- Emotionalität141
- Empfehlung.....141
- Empfehlungen
- und Warnungen 194
- Enteignung.....421
- Entfernung304
- Entlassung.....305
- Entlohnung.....249
- Entrichtungsschuld 14
- Entschädigung 389, 413, 429, 430
- Entschädigungsanspruch414, 430
- Entschädigungspflicht421, 429
- Entfallen der 430
- Entscheidungsausschuß.....497
- Enumerationslehre.....4, 398
- Enumerationsprinzip48
- Erfahrungen
- falsifizierbare355
- Erforderlichkeit.....17, 76
- Erkenntnis
- menschliche357
 - neue422
 - wissenschaftliche.....354
- Erkenntnis- und Bewertungsspielraum
- 191
- Erkenntnisfortschritt.....355
- Erkenntnisspielraum
- im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips 77
- Erkenntnistheorie
- rechtliche212
- Erkenntnisvermögen
- menschliches355
- Erlaubnis 10
- Erlaubniskriterium.....126, 134
- Erlaubtheit379
- Erlaubtsein126
- Erledigung.....121, 226
- Ermächtigung
- begrenzte 182
 - gesetzliche485
- Ermächtigungen
- breite und weite486

Ermächtigungsnormen	
landesrechtliche	202
Ermessen.....	27
pflichtgemäßes.....	496
pflichtgemäßes, Kriterium.....	530
Ermessensentscheidung.....	28
Ernennung.....	324, 325
Ernennungsakt	324
Ernennungsurkunde.....	325
errare humanum est	210
Errichtungsakt.....	50
Errichtungsentscheidung	50
Erstattungsanspruch	588
Erstattungspflicht.....	586
Erwebszweck	130
Erwerb/Erworbenes-Formel.....	386, 520
Erwerbsaussicht	
Beeinträchtigung.....	578
Erwerbsfreiheit	374, 508
Erwerbsmöglichkeit.....	385
Erwerbsmöglichkeiten.....	519
Erwerbsschutz	
unternehmerischer	385
Erwerbsszweck.....	129, 374, 375
Etattitel-Legitimierung	490
Europäische Gemeinschaft.....	85, 361, 501
Europäische Sozialcharta.....	261, 274, 276, 347
Ewigkeitsgarantie	562
des Art. 79 Abs. 3 GG	39
Exekutive	
Schutz vor der.....	153
Existenz	
private	65, 486
wirtschaftliche.....	22
Fachgericht	398, 399
Fachverband.....	352
Fachwissenschaftler	366
Fahrlässigkeit.....	581, 583
Falsifizierbarkeit.....	366
Familie	339
FCKW-Verbotsgesetz	361
FCKW-Verbotsverordnung.....	362
Fehlurteil	
nicht schon Willkürakt	214
Festsetzung	25
Feststellungsinteresse.....	413
Feststellungsklage	120, 123, 413
allgemeine.....	400
Filterfunktion.....	544
Finalität.....	139
Finanzbehörde	16
Firmentarifvertrag	249
Fiskusdoktrin.....	3, 38, 42, 65, 235, 289, 290, 301, 543, 561, 565
extreme	486
Kritik der	545, 562
Flächentarifvertrag	249
Flughafen Düsseldorf.....	339
Folgenbeseitigungsanspruch.....	54, 556, 587, 594
öffentlich-rechtlicher	585
Folgeschaden	587
Förderinteresse	551
Fördermittel	497
Förderung	342
bestehender Einrichtungen	495
Förderwerkstatt	551
Formalität	288, 322
Fragen	
betriebliche	259
betriebsverfassungsrechtliche.....	259
Freiheit.....	58, 143, 162, 294, 313, 324, 387, 427, 451, 456
allgemeine....	6, 19, 23, 38, 82, 158, 246, 272, 306, 351, 392, 396, 410, 424
als Autonomie des Willens.....	159
äußere	456, 535
des wirtschaftlichen Handelns...393,	526
diakonische.....	537
durch Gesetze	162
durch rechtliche Gesetzlichkeit	209
innere	425, 535
Materialisierung der allgemeinen.....	526
politische.....	36, 478
reale	347
rechtliche	347
Schutz der	417

- unbenannte.....393, 526
- unternehmerischer Betätigung.....525
- unternehmerischer Handlung393
- Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit
..... 535
- Bürger488
- Freiheitlichkeit 155, 355
- Freiheitsbegriff..... 154, 534
- christlicher535
- republikanischer535
- Freiheitsgrundrecht
- Wirkungsbereich des424
- Freiheitsprinzip 419
- allgemeines353
- liberalistisches487
- Freiheitsrechte..... 254
- negative.....239
- unbenannte.....169, 425
- Freiheitsschutz 387, 391
- Freiheitsstrafe
- lebenslange339
- Fremdbedarfsdeckung 503
- Fremdbestimmung 312, 440, 458
- Frieden 456
- Friedenspflicht 258, 277
- relative278
- Führerstaat..... 184, 194
- rechtloser148
- Führung 184
- Führungsbefugnis
- der Bundesregierung.....194
- Funktionenordnung
- gewaltenteilige.....399
- Funktionenteilung 158, 359, 492
- Funktionsbereich
- informationeller193
- Funktionszusammenhang
- der Unternehmensmittel572
- Fürsorge 183
- für die Bürger105, 183
- Fürsorge- und Treuepflicht..... 273
- Gebiet des öffentlichen Rechts.....5
- Gebietskörperschaft9
- Gebote 171
- Gebrauch
- praktizierter 386
- Gefahr 351, 356, 360, 364, 411
- für Leben und Gesundheit 390
- Gefahrbegriff351
- im Polizeirecht.....411
- Gefährdung
- akute578
- substantielle22
- Gefahrenabwehr353, 360
- effektive365
- Gefahrenlage
- polizeiliche 188
- Gefahrentoleranz358
- Gegenspieler316
- sozialer.....253, 312
- Gegner.....250
- Gehälter.....287
- Gehaltskürzung.....304
- Geldbuße.....304
- Geldersatz554, 584
- Gemeinde.....361
- Allzuständigkeit.....79
- Gemeinden485
- Gemeindepolitik51
- Gemeindeunternehmen.....76
- Gemeinrechtsgüter
- überragende378
- Gemeinsamer Markt501
- gemeinschaftlich378
- Gemeinschaftsgut
- besonders wichtiges.....380
- wichtige20
- Gemeinschaftsverhältnis
- personenrechtliches273
- Gemeinschaftsverträglichkeit.....249
- Gemeinwesen.. 273, 321, 345, 350, 357,
364, 565
- bürgerliches294
- freiheitliches296
- soziale Aufgabe des.....540
- Gemeinwesen freier Menschen.....343
- Gemeinwohl 38, 45, 242, 248, 257, 283,
326, 354, 377, 388, 524, 549, 565

- Gemeinwohlbindung43, 565
- Gemeinwohlverständnis566
- Genehmigungen
 atomrechtliche411
- Generalklausel 198, 542
 des § 1 UWG593
 polizeiliche.....188
- Gerechtigkeit210, 265
- Gerichte
 Rechtsanwendung.....493
- Gerichtsschutz397
- Gesamtarbeitsvertrag.....277
- Gesamtwirkung
 verfassungsgemäße353
- Geschäftsführer26, 27
- Geschäftsführung.....26
- Gesetz553
 allgemeines 244, 246, 248, 289, 315, 394, 456
 als der allgemeine Wille 157, 211
 des Rechts209
 einfaches 266, 276
 formelles 392, 398, 399
 Nichtigkeit des426
 praktisch, vernünftig426
 rechtloses220
 spezielles, Grundsatz des Vorrangs...528
- Gesetze
 Vorrang der.....486
- Gesetzesauslegung
 unrichtige584
- Gesetzesgrundlage.....407
- Gesetzesordnung350
- Gesetzesunterworfenheit160
- Gesetzesverletzung51
- Gesetzesverstoß
 der öffentlichen Hand550
- Gesetzesvollzug 54, 175, 287, 293, 295, 315, 330
 Gesetzlichkeit des209
 rechtmäßiger209
 tatbestandsgesteuerter146
- Gesetzesvorbehalt..... 10, 107, 127, 145, 177, 372, 390, 407, 487
 allgemeiner522
- eingriffsrechtlicher487
- explizit oder implizit 154
- für das Informationshandeln.....177
- grundrechtlicher.....150
- Prinzip des492
- rechtsstaatlicher87
- totaler145, 160, 489
- Wirkungsbereich des487
- Gesetzesvorrang 64, 257, 407
- Gesetzgeber 359
 demokratischer247
 Präzisierungen493
- Gesetzgebung 175
 exekutive.....228
 funktionale243
 konkurrierende.....298
- Gesetzgebungsbefugnis... 264, 297, 321, 370
 ausschließliche.....298
 des Bundes.....193, 414, 455
 konkurrierende.....300, 455
- Gesetzgebungsbereich.....299
- Gesetzgebungsorgane
 demokratisch legitimierte 151
- Gesetzlichkeit 6, 10, 164, 167, 205, 215, 294, 296, 297, 302, 313, 329, 349, 350, 485
 allgemeine..... 157, 340, 478, 488, 489
 des öffentlichen Dienstrechts296
 freiheitliche 153
 Grundsatz der407
 Prinzip527
 Recht auf.....476
 rechtliche387
- Gesetzlichkeit des Eigentums 390
- Gesetzlichkeits 64
- Gesetzmäßigkeit
 formelle.....409
 materielle409
- Gestaltungsspielraum..... 256, 309
- Gesundheit.....339, 364, 369
- Gesundheitsbehörde 137
- Gesundheitsschutz..... 135
- Gewalt 348
 öffentliche..... 153, 360, 398, 482

- Träger hoheitlicher41, 481
vollziehende.....153, 488
- Gewaltausübung 331
- Gewaltenteilung 190
vielfältige158
- Gewaltmonopol..... 349
- Gewaltüberlegenheit 314
- Gewaltverhältnis
besonderes292
- Gewerbe3, 11, 19, 23, 327, 376, 380, 504
erlaubnispflichtiges..... 18
Unterschied zu Beruf.....510
- Gewerbeart..... 11
- Gewerbeaufsicht 16
- Gewerbebetrieb..... 10, 13, 18, 24
eingesetzter und ausgeübter.7, 22, 204, 234, 382
- Gewerbefreiheit 17, 23, 24, 27, 129, 174, 328, 374, 507
juristischer Personen.....506
- Gewerbeordnung..... 12, 23
- Gewerberecht5
- Gewerberückstand 24
- Gewerbetreibender..... 11, 24
- Gewerbeüberwachung3
- Gewerbeuntersagung 5, 8, 18, 20
- Gewerkschaft ..252, 258, 274, 281, 307, 310, 317
kämpfende309
ohne Tarifvertrag.....284
überbetrieblich.....261
- Gewerkschaftsmitglied 317, 319
- Gewerkschaftsstaatlichkeit 320
- Gewinn 45, 69, 567
Ausfall des554
- Gewinnchance..... 217
- Gewinnerzielung..... 504
- Gewinnerzielungsabsicht.... 11, 70, 504, 544
- Gewinnmaxime 84, 538, 540
- Gewinnstreben 40, 563
- Gewohnheitsrecht 45, 548
richterliches204
- Gleichbehandlung.....530
- Gleichbehandlung im Unrecht397
- Gleichgewicht
gesamtwirtschaftliches243, 425
- Gleichheit.....249
aller in der Freiheit538
- Gleichheitlichkeit497
- Gleichheitssatz..... 396, 493, 529
allgemeiner396, 423
- Gleichordnung559
- Gleichwertigkeit
der Gerichtsbarkeiten556
- Glykol-Skandal106
- GmbH.....26
- Grenzen
verfassungsunmittelbare 163
- Gründe
sachlich vertretbare530
- Grundentscheidung
verfassungsrechtliche 344
- Grundfreiheiten
wirtschaftliche507, 539
- Grundgesetz266, 287
- Grundpflichten.....536
- Grundrecht 3, 7, 236, 288, 292, 340, 343, 348, 353, 363, 393, 397, 553
Anwendbarkeit 436
auf Leben453
besonderes395
einheitliches.....325, 372
Gesetzesvorbehalt 150
objektive Dimension 146, 209
Politik 142
politische Leitentscheidungen 150
schrakenloses..... 18
Schutz durch den Gesetzgeber 153
Schutz oder Wirkungsbereich 151
Schutzfunktion des 101
Schutzintensität des 534
Schutzwirkung der..... 163
sichern die Freiheit208
soziales344, 348
subjektive Dimension.....209
Tatbestand 151
uneinschränkbares 373

- vorbehaltslose166
- vorbehaltsloses..... 161, 537
- Wesensgehalt.....150
- Grundrechtsbeachtungsanspruch401
- Grundrechtsbeeinträchtigung ...150, 243
 - faktische 100, 179
 - Intensität140
 - mittelbare139
- Grundrechtsbegrenzungen..... 104
- Grundrechtsberechtigung
 - keine des Staates.....200
- Grundrechtsbeschränkung.....20, 358
- Grundrechtsdogmatik
 - freiheitsschützende154
- Grundrechtseingriff 100, 149
 - faktischer.....139
 - Rechtfertigung 151, 455
- Grundrechtsfürsorge.....364
- Grundrechtsgefährdung.....349
 - künftige355
- Grundrechtsgehalt401
 - objektiver338
- Grundrechtsgüterverletzung.....353
- Grundrechtskollision
 - objektive156
- Grundrechtslehre
 - liberalistische345
 - ökologische351
 - soziale 344, 351, 364
- Grundrechtsschaden352
- Grundrechtsschranken.....149
 - verfassungsunmittelbare188
- Grundrechtsschutz.. 240, 264, 363, 372, 377, 395
 - Beschränkung des100
 - dynamischer355
 - Effektivität des.....103
 - subjektiver240
- Grundrechtstatbestände 150
- Grundrechtsträger
 - mittelbare Betroffenheit des101
- Grundrechtsverletzung150, 349, 399, 402, 414
- Grundrechtsverstoß400
- Grundrechtsverwirklichung340, 349, 351, 360, 363
- Grundrechtszitiiergebot
 - gesetzgeberisches 151
- Grundsatz
 - der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit74, 498
- Grundsatzentscheidung 321
- Grundzug
 - personaler375, 509
- Gruppen
 - religiöse, quasireligiöse 195
- Gruppierungen
 - politische..... 192
- Gubernative 190
- Günstigkeitsprinzip 282
- gute Leben 343
- gute Leben aller..... 538
- gute Leben aller in allgemeiner Freiheit 38, 64, 80, 314, 340, 344, 348, 418
- gute Sitten.....45, 555, 567
 - materiale Substanz, im Privatrecht....553
 - Verstoß gegen.....547
- Güter 514
 - grundrechtsgeschützte339, 340, 344, 351, 359
 - Knappheit der567
- Haftung
 - von Beamten.....581
- Handeln
 - fiskalisches.....37, 44, 561
 - hoheitliches.....44
 - im geschäftlichen Verkehr.....544
 - privates45, 248, 339
 - schlicht hoheitliches100, 122, 147
 - staatliches437
 - unternehmerisches 19, 390, 393, 527, 540
 - wettbewerbswidriges542
- Handlung
 - berufliche124
 - erlaubte378
 - gemeinwohlwidrige388
 - illegale387
 - private246
 - unerlaubte221, 234, 377

- unerlaubte, Amtspflichtverletzung220
- Handlungsbefugnis 349
- Handlungsfreiheit 172
 allgemeine 8, 23, 27, 127, 134, 168, 177,
 218, 243, 262, 327, 346, 377, 386, 390,
 393, 417, 424, 456, 526
 unternehmerische.....387, 390
 wirtschaftliche.....28, 394
- Handlungsgrundlage
 für die Verwaltung.....490
- Handlungsmöglichkeit..... 172, 387, 521
 der Regierung, insternationalistische 190
 Einschränkung von419
- Handlungspflichten..... 353
- Handlungsspielraum
 des Gesetzgebers256
- Handlungsverbot..... 126
- Handlungsweisen..... 518
- Handwerksberuf..... 128
- Hanns-Martin-Schleyer 339
- Härte
 tragfähige305
- Hauptleistungspflicht..... 258, 284, 307,
 310
- Haushaltsansatz..... 492, 495
- Haushaltsmittel 490
- Haushaltsplan..... 490, 492
- Haushaltstitel 490
- Heck'sche Formel..... 212
- Heilung..... 10
- Herrschaft...37, 158, 184, 190, 561, 564
- Herstellungsverbot..... 135
- Hirntod 445, 453
- Hochschullehrer
 Recht der.....287
- Hoffnung 141
- Hoheitlichkeit..... 324, 560
- Hoheitsakte 227
- Hoheitsträger..... 41, 482
- Homogenitätsprinzip..... 300
- Idealkonkurrenz 542
- Illegalität 142
- Imperative 141
- Imperativität
 enger Begriff.....142
 weiter Begriff 142
- in dubio pro securitate 357, 367, 428
- Information 141, 147, 166, 168, 190
 als Gesetzgebung.....187
 als Konfliktbewältigung 112
 als Verwaltung.....189
- Befugnis zur 175
- der Öffentlichkeit105, 166, 175
- der Regierungen113
- Herrschaftsinstrument 190
- inhaltliche Richtigkeit114
- marktbezogene 111, 165, 167, 170, 178,
 189
- öffentliche.....132, 148
- Sachlichkeitsgebot der 115
- staatliche Zuständigkeitsgrenzen..... 111
- staatsleitende 149
- Verschweigen von 147
- wettbewerbswirksame 169
- Informationsakte
 der Regierungen 153
- Informationsanspruch
 der Bürger.....185
- Informationsaufgabe.....188
- Informationsbefugnis109, 114, 193, 201
 der Bundesregierung185
 der Regierung .. 112, 114, 165, 167, 217
 Kompetenzordnung113
 verfassungsunmittelbare188
- Informationsdiktatur203
- Informationsgehalt
 des Rechtes 110
- Informationsgesellschaft190
- Informationsgleichgewicht.....112
- Informationsinteresse
 öffentliches 118
- Informationspflicht
 gegenüber der Bürgerschaft185
- Informationspolitik168
 Rechtmäßigkeit.....115
- Informationsstaat 172, 176, 216
- Informationsverfassung 186
 staatsleitende 190
- Informationszeitalter.....152

- Informieren
 als Verwaltung 187
- Ingerenz 501, 569
 der öffentlichen Hand 569
 kommunale 545
 staatliche 487, 545
 wettbewerbswidrige 207
- Innenpolitik 191
- Innenrechtskreis 6
- Insolvenz 70, 83
- Institution
 staatliche 254
 Wettbewerb 593
- Institutionalisierung
 der Bundesregierung 165, 188
- Institutsgarantie 270
- Integrität
 des Menschen 457
 körperliche 363, 465
 psychische 362
 pysische 362
- Interesse 550
 allgemeines 247
 Beeinträchtigung 577
 besonderes 247
 öffentliches 101, 551
 religiöses 551
 Schutz des 476
 unternehmerisches 369
 Verwirklichung 564
 zwingendes öffentliches 16
- Interessenabwägung 550, 552
- Interessenauseinandersetzung
 koalitionsmäßige 267
- Interessenausgleich 256, 272, 311
- Interessendurchsetzung 273
- Interessenlehre 37
- Interessenwahrnehmung 313
- Internationaler Pakt über
 wirtschaftliche, soziale und kulturelle
 Rechte 274, 347
- Investitionen 388
- Investitionsförderung 498
- Investitionsvertrauen 430
- Irrationalität 141
- Irreführung
 Verbot von 110
- jedermann 238, 376, 395
- Je-desto-Formel 353
- Jugendsekten 203
- juristische Person 392
 des öffentlichen Rechts 9, 298
- Justizgewährleistung 210, 269
- Kalkar-Beschluß 410
- Kampfbeschuß 258
- Kampfbeteiligter 318
 potentieller 318
- Kampfbündnis 318
- Kampfmaßnahme 318
- Kampfmittel 260
 kollektives 311
- Kampfparität 308, 316
 instrumentelle 311
- Kampfwillen 252
- Kampfziel 258, 307
- Kapital und Arbeit 264
- kategorischer Imperativ 535
- Kaufrecht 290
- Kaufvertrag 315
- Kausalität 224, 351, 366
- Kausalzusammenhang
 normativer 224
- Kenntnisse 356
- Kern der Persönlichkeit 463
- Kernbereich 238, 240, 241, 363
 unantastbarer, der kommunalen
 Selbstverwaltung 65
- Kerngehalt 243
- Kinder 339
- Kindeswohl 339
- Kirche 531
- Kirchlichkeit
 der Diakonischen Heime 534
- Klage
 Begründetheit der 64
- Klage sui generis 400
- Klageart 400
- Klagebefugnis 6, 59, 401, 478, 594
- Klagebegehren 49

- Klageerfolg 407
 Klagefrist..... 8, 63
 Klageschritte 480
 Klagezulässigkeit 590
 Koalition 238, 270, 282, 319
 privatheitliche 254
 tariffähige 250
 Koalitionsfreiheit ... 238, 252, 264, 267,
 284, 290, 309, 320, 425, 537
 kollektive 238
 negative 239, 319
 objektive Dimension der 282
 positive 318
 Koalitionsmittel 267
 Koalitionsvertrag 244
 Koalitionsziele 252
 Koalitionsfreiheit 251
 Kollision 155
 von verfassungsgesetzlichen Prinzipien
 156
 Kommunalunternehmen 66
 selbständige 67
 Kommune 485
 Gesetze der 64
 Handlungsbefugnisse der 486
 Rechte der 485
 Kommunikation
 öffentliche 111
 Kompetenzaufteilung
 föderale 113
 Kompetenzgrundlage 297
 Komponente
 objektive 544
 subjektive 545
 Konfliktbewältigung 274
 Konkordanz
 praktische 189
 Konkurrentenklage 49, 480, 570
 öffentlich-rechtliche 473, 542
 zivilrechtliche 588
 Konkurrentenschutz 473, 480
 Konkurrenz
 Staat und Privater 560
 Konkurrenzverletzung 589
 Konsens
 politisch korrekter 196
 Konsensprinzip 272
 Konstitutionalismus 346
 Konstitutioneller Liberalismus 456
 Kontaktsperre 339
 Kontrollgesetz 275
 Koordination 564
 Körperschaft
 bundesunmittelbare 297
 des öffentlichen Rechts 251
 Kosten
 des Marktteilnehmers 545
 Verzerrung der 528
 Kostendeckung 74
 Kostenlage 573
 Krankenhausbedarfsplan 101
 Kreisausschuß 481
 Kreisrat
 Lagebericht 496
 Kreistag 481
 Krisenbewältigung.. 138, 180, 182, 194,
 198
 politische 175
 Kundenstamm 571
 Kündigung 255, 280, 303, 306
 Arbeitsverhältnis 305
 außerordentliche 303
 gemeinschaftliche 255
 ordentliche 303
 von Beamten 304
 wegen Dienststreik 304
 wegen Streiks 303
 Kündigungsform 303
 Kündigungsrecht 278, 304, 329
 schlichtes 304
 Kündigungsregelung 305
 Kündigungsschutz 262, 300
 Kunstfreiheit
 Grenzen der 103
 Land 361
 Länder 175
 Länderangestelltentarifvertrag 305
 Landes- und Gemeindebedienstete .298,

- 301
- Landesbediensteter321
- Landesgesetze
Vollzug der202
- Landeshoheit.....202
- Landesverfassung346
- Landkreis481, 485
- Landrat481
- Lasten
sozialadäquate.....355
- Laufzeit258, 278, 313
- Lauterkeit
des Wettbewerbs.....593
Maßstab der542
- Lauterkeitsgebot559
- Lauterkeitsrecht543
Logik des555
- Lauterkeitsregime545
- Leben339, 364, 369
menschliches.....362
und Gesundheit 197, 222
- Lebensbewältigung.....44, 566
private 76, 80, 246, 249
Privatheit der.....51, 552
- Lebensführung.....328
- Lebensgestaltung
private363
- Lebensgrundlage
natürliche350
- Lebensmöglichkeiten
grundrechtsgerechte.....146
- Lebensstandard
allgemeiner287
- Legalität 142, 168, 327, 330, 377
staatlichen Handelns553
- Legalitätslehre246
- Legislative6, 553
- Legitimation
demokratische..... 247, 288, 399, 553
politische..... 111, 180, 195
- Legitimationsverlust..... 113
der Regierung184
- Leichtsinn363
- Leistung
eigene.....22, 382
fachliche293, 332
- Leistungsermächtigung
parlamentarische.....490
- Leistungsfähigkeit
wirtschaftliche27
- Leistungsklage..... 413, 587
allgemeine..... 54, 61, 400, 595
- Leistungsunfähigkeit
wirtschaftliche 13
- Leistungsverwaltung487
- Leistungswettbewerb547, 552
Funktionsfähigkeit des..... 110
Prinzip des549
- Leitentscheidung270, 286, 293, 309,
388
grundrechtliche 162
objektive 142, 189
politische.....337, 348, 386
- Leitlinie 365
- Leitprinzipien 340, 553
- lex aurea536
- lex specialis585
- Liberalismus346
- Liebe 141
- Liebesprinzip
christliches.....536
- Listenveröffentlichung
der Staatsleitung116
Eingriffsqualität der.....116
politische Verantwortung 117
- Lohn.....319
- Lohnabstandsregelung242
- Lohnanspruch..... 308, 318
- Lohnnebenkosten 173
- Lohnregelung
tarifliche.....278
- Lohnsteuer..... 14, 16, 21
- Lohnsteuerpflichtiger..... 21
- Lohnzahlungspflicht.....258
- Luftverkehrsverwaltung562
- Macht.....348
- Machtbereich
grundrechtsfreier 146

- Mächtigkeit 250, 253
- Mächtigkeitslehre 253
- Maklerprovision..... 71
- Makroanthropos 314, 564
- Manteltarifvertrag 305
- Markt
- Gleichheit am.....568
- Markt- und Wettbewerbsordnung ... 167
- Marktanteil 132, 207
- Marktlichkeit..... 425, 500
- Marktpreis 552
- Marktstellung
- Beeinträchtigung der548
- Markttransparenz 110, 169
- Marktwirtschaft
- Effizienz der547
- Grundsatz der offenen 85, 170, 501
- Marktzutritt 33
- rechtswidriger225
- Masseneinkommen 249
- Maßnahme
- faktische 145
- grundrechtswidrige549
- imperative 141, 144, 179
- indikative 141, 171, 179
- marktliche512
- mildere305
- staatliche348
- Maßnahmegesetz5
- Maximumprinzip 504
- Medien 118
- Medienberichte
- überregionale180
- Meinung 265
- öffentliche142, 193
- Meinungsäußerungsfreiheit 191, 200
- Meinungsmacht..... 193
- Mengenbeschränkungen 367
- Mensch 314
- als Objekt.....457
- ist Person227
- Menschenrecht
- auf Meinungsbildung.....186
- Menschenrechte 227, 274, 337, 341, 343, 348, 374
- liberale341
- ökologische.....341
- Rechtllichkeit der343
- soziale341
- unverletzliche345
- Menschenwürde..... 243, 369, 438, 444
- als Menschenrecht450
- des Hirmtoten462
- des Kranken.....462
- Schutz450
- Unantastbarkeit.....463
- Menschheit des Menschen227, 266, 341, 345, 348, 393, 526
- Mephisto-Urteil450
- minima non curat praetor 144
- Minimumprinzip.....504
- Minister.....157
- Mitarbeiter261
- wissenschaftlicher.....323
- Mitbestimmung.....262, 276
- Mitgliederbestand317
- Mitgliedschaft.....251, 317
- Mittel
- letztes.....267, 305
- milderes 21
- Möglichkeiten.....388
- unternehmerische.....387
- Möglichkeitslehre61, 595
- Monarchie41, 564
- Monokraten.....161
- Moralität246
- Mutmaßlicher Wille460, 463
- Nachfrageverlust
- als Substanzeingriff in den Marktanteil218
- Nächstenliebe532
- Verpflichtung zur christlichen.....541
- Nachteil
- schwerer..... 16
- wirtschaftlicher279
- Nachwirkungsregelung.....280
- Natur der Sache 188
- überregionale 180

- Naturalrestitution.....556, 574, 587
Naturwissenschaften355
Neigung.....141
neminem laedere.....340
Neutralität196, 264, 539
 der Bundesanstalt für Arbeit.....320
 im Tarifwesen264
nichtverfassungsrechtlich.....591
Normadressat593
Normen
 wertbezogene550
 wertneutrale550
Normenkontrolle
 konkrete88
Normsetzungsmonopol.....244
Normsetzungsprärogative.....264
Normsetzungsrecht244
Normverwerfungsmonopol399
Nötigung272, 279
Notstandsmaßnahme271
Notstandsnovelle270, 274
Notstandsverfassung.....271
Notwehr262
 Recht zur259, 262
Nutzung
 privatheitliche386
Obrigkeit183
Offenbarungsbefugnis16
Offenheit358
öffentliche Hand
 Allzuständigkeit der.....486
 hoheitliche Tätigkeit der.....543
 Ingerenz495
Öffentlicher Dienst
 Angehöriger des.....285
öffentliches Recht.....3, 483
Öffentlichkeitsarbeit.....199
 regierungsamtliche.....112
ökonomistisch.....174
Oldtimer
 Werbefahrten520
Oligarchien161
Opfer340
Opposition
 parlamentarische.....194
Optimierung155
Ordnung
 freiheitliche267
 öffentliche352
 tarifvertragliche264
 verfassungsmäßige350, 391, 395
 wirtschaftliche16
Ordnung des Arbeitslebens275
 autonome245, 270
Ordnungswidrigkeit14
Organ
 des Landkreises481
Organentnahme438
 als Spende.....458
 Einwilligung449
 Erklärung des Verstorbenen.....439
 Legalisierung der460
 Recht.....449
 von lebenden Personen.....438
 von Toten.....438
 Voraussetzung der444
Organisation
 gegnerfreie250
 privatheitliche247
Organisationsakte
 nicht rechtsschutzfähige51
Organisationsprivatisierung39, 562
Organspende
 Erklärung zur440
Organspender
 Einwilligung des451, 453
 mutmaßlicher Wille439
Orientierung
 der Bürger.....182
Ortskrankenkassen
 Selbstabgabe von Brillen durch die47
ÖTV306
Ozonlöcher396
Ozonschicht365, 368, 396
Parität.....311
Paritätsprinzip314
Parlament.....159
 Innenrecht zwischen Regierung und493
Parlamentarischer Rat288, 376

- Parlamentarismus..... 194
- Partei
- demokratische..... 196
 - politische..... 159
- Parteienoligarchie 184, 290
- Parteiführungen..... 161
- Parteifunktionäre..... 194
- Paulskirchenverfassung 510
- Pensionsrecht 329
- Person..... 227
- Betroffenheit der, als Beeinträchtigung der Rechte 227
 - juristische..... 26, 361, 374, 377, 506, 524
 - juristische, des öffentlichen Rechts ... 562
 - juristische, des Privatrechts 562
 - natürliche 27, 375, 377, 392
- Personaler Grundzug 376
- Personalhoheit..... 301
- personalistisch..... 174
- Personalität
- der Handlungsmaxime..... 537
- Personalvertretung 300
- Personengesellschaft..... 26
- Persönlichkeit..... 127
- des Menschen 222, 328, 375
 - freie Entfaltung 183, 424, 438
- Persönlichkeitsentfaltung 174, 363
- berufliche 394
 - freie 243
 - Kern der 373
- Persönlichkeitsrecht..... 444
- postmortales..... 461
- Persönlichkeitsschutz..... 439
- mortaler..... 458
- Pflege
- elterliche 338
- Pflicht
- zur Arbeit..... 310
 - zur Lohnzahlung 310
 - zur Solidarität 466
- Pflichtmitgliedschaft..... 239, 251
- Pflichtwidrigkeit 305, 583
- Plan
- haushaltsrechtlicher 490
- Politik..... 360
- als Erkenntnis des Rechts 158
 - Begriff 448
 - der Grundrechte..... 538
 - praktische..... 354
 - sittliche 387
- Polizei 137
- Polizeibefugnisse 138
- Polizeifunktion..... 349
- polizeiliche Generalklausel 136, 202
- Polizeiverstand..... 352
- polizeiwidrig..... 227
- Popularklage 6, 51, 60, 478
- Popularklagephobie 53
- Postwesen 562
- Praxis
- Kritik der 559
- Preise
- subventionierte 552
- Preisunterbietung 552
- prima facie-Beweis 584
- Prinzip
- demokratisches 40, 84, 157, 160, 164, 211, 254, 485, 489
 - monarchisches 36, 293
 - von Zuckerbrot und Peitsche..... 141
- Prinzip der Nächstenliebe 463
- Prinzip verfassungskonformer Anwendung von Vorschriften..... 498
- Prinzipien
- formale, der praktischen Vernunft 152
- Privatautonomie..... 40, 43, 563
- Privater..... 6
- Privatheit..... 38, 236, 249, 289, 563
- Begriff der 40, 564
 - freiheitliche..... 272
- Privatheitlichkeit... 4, 72, 245, 248, 314, 329, 388, 504, 540
- der Lebensbewältigung 500
 - des Eigentums..... 515
 - wirtschaftlicher Betätigung 71
- Privatheitlichkeit des Eigentums..... 381
- Privatheitsprinzip.. 76, 80, 85, 246, 323, 324, 358, 476, 488, 500, 539

- privatnützig 390
 Privatnützigkeit.....381, 385, 519
 des Eigentums 391, 418
 Privatnützigkeitsprinzip217, 516
 eigentumsgrundrechtliches217
 Privatrecht..... 35, 39, 43, 236, 483, 559, 562
 Formen des562
 subjektives 257, 270
 Privatrechtlichkeit289, 560
 Privatrechtsbeeinträchtigung
 faktische139
 Privatrechtsfähigkeit.....40, 563
 Privatrechtsform 74
 Privatrechtssubjekt .. 6, 38, 42, 289, 483
 Recht des.....565
 Privatrechtsverhältnis 329
 Privilegien
 ökonomische568
 Problembewältigung
 Effektivität der194
 Produktwarnung207, 216
 Produzent 132
 Profession 127, 328, 374, 376
 Prognose 13
 Propaganda 142
 Propagandastaat.....142, 182, 192
 diktatorischer 176
 Prozeßstandschaft 62
 Publizitätsmaxime 137
 RAF-Gefangene
 Austausch gegen339
 Rahmenbefugnis
 generelle.....172
 Rahmengesetz.....322
 Rahmengesetzgebungskompetenz ...301
 Rahmenkompetenz299
 Rahmentarif333
 Rahmenvorschrift298
 Raketenstationierung339
 Rationalität 141
 Realakt 54, 122, 145, 197
 Recht
 am eingerichteten und ausgeübten
 Gewerbebetrieb 383, 421, 516, 570, 580
 am Unternehmen203, 516, 570
 auf Arbeit341
 auf Aussperrung.....306
 auf Bildung341
 auf Eigentum341
 auf Einigung279
 auf formelle Gesetzgebung.....399
 auf freie Entfaltung der Persönlichkeit
 343
 auf körperliche Unversehrtheit..... 135
 auf Leben 135, 438
 auf Leben und körperliche
 Unversehrtheit343
 auf Recht..... 59, 209, 337, 478
 auf Rechtsschutz.....215
 auf soziale Sicherheit.....341
 Begriff des subjektiven.....52, 483
 des öffentlichen Dienstes.....286
 Entstehung des subjektiven, öffentlichen
 477
 Grundprinzipien des563
 notwehrfähiges262
 objektives.....55, 57, 474
 öffentliches 35, 50, 236, 397, 398
 öffentlich-rechtlich vermögenswertes382
 sonstiges383, 570
 subjektives ... 4, 21, 33, 52, 55, 327, 350,
 359, 361, 397, 401, 407, 474, 590
 subjektives öffentliches59
 subjektives, auf Wettbewerbsschutz .474
 vermögenswertes382
 vermögenswertes, privates382
 Voraussetzungen des subjektiven
 öffentlichen.....56
 zur gewerblichen Tätigkeit.....205
 zur Privatheit247
 Recht zur Autonomie des Willens ... 483
 Recht zur freien Willkür 483
 Rechte
 absolute.....222
 anderer395, 410
 subjektive..... 147
 tarifliche.....284
 verbandsspezifische 61
 vermögenswerte.....514

Rechte und Pflichten	
Träger von	227
Rechtes Maß	326
Rechtfertigung	259, 307, 387
Rechtliches Gehör.....	9
Rechtlichkeit	6, 158, 265, 340
der Gesetze	160, 209
Rechtmäßigkeit	
der Beschlüsse, Verantwortung für die	
.....	582
formelle.....	9
Maßstab der	46
materielle	10
Rechtsakte	
Vollzug	146
Rechtsanwendung	
unrichtige	584
Rechtsbegriff	
offener.....	12
Rechtsbehelf.....	25
Rechtsbruch	589
gewerbliche Ausnutzung des.....	589
Rechtsschutz	
Restriktion des	51
Rechtsdogmatik	157
Rechtseinheit.....	556
Rechtserkenntnis.....	361
Rechtsetzung	
richterliche.....	571
staatliche	397
Rechtsetzungsgewalt.....	568
Rechtsetzungsmacht	
allgemeine.....	46
Rechtsetzungspflicht.....	349
Rechtsfindung	310
Rechtsform.....	66
Rechtsformenwahlrecht.....	43, 289, 565
Rechtsfrieden	265
Rechtsgefühl	361
Rechtsgesetze.....	538
Rechtsgrundlage....	10, 53, 64, 236, 257, 310, 363, 392, 485
für subjektive Rechte.....	476
objektive	475
Rechtsgrundsatz	
allgemeiner	568
Rechtsgüter	243, 342, 361
grundrechtsgeschützte	351
Rechtsgütergefährdung.....	349
Rechtsinteresse	551
Rechtsirrtum	554
Rechtsklärungsinteresse	123
Rechtskraft.....	25, 211
der Urteile.....	212
Rechtskreis.....	52, 483
Rechtslehre	265
republikanische.....	479
Rechtsnormcharakter.....	245
Rechtsordnung.....	311, 344, 542, 551
Austauschbarkeit der.....	565
Rechtsperson.....	227
Rechtsprechung	559, 570, 578
als Gesetzesverwirklichung.....	161
als verbindliche Klärung des Rechts.....	210
demokratische.....	160
Rechtssprinzip ..	158, 243, 250, 272, 388, 538
republikanisches	290, 466
Rechtsreflexe	57
Rechtssatz	5, 567
des öffentlichen Rechts	481
Rechtssätze	
Gesamtheit.....	482
Gesamtheit der.....	42
Rechtsschutz	55, 210, 211, 298, 342, 346, 349, 362, 478
durch Gerichte	158
effektiver.....	26
gegen rechtsverletzende Akte der	
öffentlichen Gewalt	210
primärer	575
Rechtsmittel des	
verwaltungsgerichtlichen.....	575
republikanisch konzipierter.....	59
sekundärer	575
Rechtsschutzbedürfnis.....	123
Rechtsschutzgarantie	398
Rechtssicherheit.....	243

- Rechtsstaat 146, 210, 265, 289, 296, 316, 389
 demokratischer 152
 Prinzipien des 157, 210
 Rechtsstaat als Gerichtsstaat 215
 Rechtsstaatlichkeit 300
 Rechtsstaatsprinzip. 153, 164, 315, 346, 488
 Rechtsstreit 593
 Rechtsstreitigkeit
 zwischen Bürgern und dem Staat 48
 Rechtsstreitigkeiten
 bürgerliche 32
 um wettbewerbliches Handeln
 öffentlicher Unternehmen 33
 Rechtstellungsgarantie 240
 Rechtsträger 543
 Rechtstreue 265
 Rechtsunkenntnis 554
 Rechtsverhältnis 121, 236, 297, 307
 der Beamten 286
 des öffentlichen Dienstes 286
 öffentlich-rechtliches 3
 Rechtsverletzung 7, 352
 durch Verwaltungsakt 226
 eigene 7
 nicht schon Grundrechtsverletzung ... 208
 Rechtsverordnung... 197, 228, 370, 494
 Rechtsvorschriften 289
 Rechtsweg
 Erschöpfung des 402
 Rechtsweggarantie 25
 Rechtswidrigkeit 499, 572
 wettbewerbsspezifische 549
 Rechtswirkung
 nach außen 52, 483
 unmittelbare 5
 unmittelbare nach außen 50, 481
 Regelung 7
 des öffentlichen Dienstrechtes 292
 Regelungskraft
 eigenständige 227
 Regelungslücke 269
 Regelungsvorbehalt
 des Gesetzgebers 104
 Regiebetriebe 66
 Regierung 151, 179
 als Gesetzgebungsorgan 163
 Aufgaben der 108, 112
 Innenrecht zwischen Parlament und .. 493
 Regierungsakt
 als Verwaltungsakt 228
 Regierungsaufgabe 106, 163, 185
 Regierungsbefugnis 163
 verfassungsunmittelbare, zur
 Information 178
 Regierungsprinzip ... 149, 155, 164, 166
 Regierungsstaat
 diktatorischer 152
 Regierungstätigkeit 177
 nicht Verwaltung 175
 Rehabilitierungsinteresse 123
 Relevanz der Theorie 367
 Religions- und
 Weltanschauungsfreiheit 439
 Religionsausübung 532
 Religionsausübungsfreiheit 533, 541
 Religionsfreiheit 276, 499, 531
 Religionsgesellschaft 532
 Rentenrecht 329
 Republik 6, 36, 290, 294, 316, 332, 344, 489, 560
 Heiligtum der 159
 Prinzip der demokratischen 563
 Republikanismus
 Prinzipien 485
 Republikanität 300
 des Gemeinwesens 488
 Republikprinzip 300, 302, 315
 res populi 274
 res publica res populi 4
 res publica 248, 273, 482
 Restrisiko 354, 357, 412
 verbleibendes 355
 Revolution
 als Befreiung zum Recht 160
 Richter 157, 160
 Richterrecht 223, 310, 312, 542

Richtige	
für das gute Leben aller in allgemeiner	
Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit	
.....	158
Richtigkeit.....	167, 179, 186, 191
Richtigkeit und Sachlichkeit	
Gebot der	118, 149
Richtigkeitsgewähr	
informationelle.....	192
Richtlinie.....	476, 494
Risiko	
der Irrtümer.....	422
vorläufiger Theorien.....	422
Rückerstattung	588
Rückforderung	
der Subvention.....	554
Rückforderungsakt.....	480
Rückforderungsanspruch.....	588
Rücknahmeanspruch.....	575
Rückwirkung	
unechte.....	389
Sachgerechtigkeit.....	426
Sachlage	352
Sachlichkeit.....	152, 167, 179, 186, 191
der Information.....	165
Sachlichkeitsgebot	149, 166
Sachurteilsvoraussetzungen.....	63
Sachverhalt	
Ermittlung des.....	581
Sachverstand	352
Sammelverfügung.....	230
Satzung.....	64, 485
des Diakonischen Werks	533
Schaden	351, 363, 585
im Sinne des § 826 BGB.....	578
möglicher	353
Unterlassung eines weiteren	554
Wiedergutmachung des	554
Schadensabwehr	352
Schadensausschluß	357
Schadenseintritt.....	354
Schadensereignis.....	355
Schadenserfahrung	
Verallgemeinerung der	423
Schadensersatz.....	554, 559, 570, 574
Schadensersatzanspruch .	228, 234, 542,
	554, 574, 589
aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG	
.....	581
aus Amtspflichtverletzung.....	584
Naturalrestitution nach § 249 BGB ..	587
sekundärer	578
Schadensersatzklage.....	594
Schadensersatzpflicht	
aus § 823 Abs. 1 BGB.....	574
aus § 839 BGB	583
Schadensmöglichkeit.....	357, 366, 411, 427
aus Atomkraftwerken	420
Schadensvorsorge	352, 354
Schädigung	577
sittenwidrige	235, 577
Schlichtung	269
Schlichtungsregelung	258
Schlichtungsverfahren	272
diskursives	272
verbindliches	275, 295
Schranken	
verfassungsimmanente	162
Schranken-Schranken	150
Schrankentrias	536
des Art. 2 Abs. 1 GG.....	162
Schüler	292
Schumannsche Formel	214
Schutz.....	342
der Allgemeinheit	416
der natürlichen Lebensgrundlagen ...	416
des eingerichteten und ausgeübten	
Gewerbebetriebs.....	119
Schutz von Leben und Gesundheit .	377,
	389
Schutzanspruch.....	371
aus Grundrechten.....	475
Schutzbereich	
des Art. 12 Abs. 1.....	100
Schutzgut	348, 362
verfassungsrangiges.....	243
Schutzintensität.....	372
grundrechtliche.....	326

- Schutzmaßnahmen.....357, 359, 365
 Schutzmöglichkeiten354
 Schutznormlehre.....56, 475
 Schutzpflicht... 126, 155, 197, 256, 309, 337, 349, 358, 366, 371, 380, 388, 395, 427
 aus Art. 14 GG.....419
 eigentumsrechtliche206
 im Atomrecht.....410
 objektive401
 Relativierung der428
 Schutzpflicht des Staates.....464
 Schutzpflichten
 grundrechtliche389
 Schutzpflichtlehre.....347, 348
 Schutzpflichtverwirklichung359
 Effektivität der358
 Schutzpolitik.....367
 Schutzverpflichtung.....353
 Schutzwirkung353
 der Berufsfreiheit.....154
 Schutzziel.....360
 Schutzzuständigkeit.....361
 Schutzzweckdogmatik.....52
 Schutzzwecklehre 56, 401, 475, 478
 Schwebezeit280
 Sekten195
 Selbstabgabe556
 Selbständigkeit342
 der Frauen.....183
 Selbstbestimmung183, 439
 Einwilligung als455
 sittliche.....456
 Selbstbindung
 der Verwaltung477
 Selbstdarstellung
 unternehmerische.....109
 Selbstgesetzgebung
 Recht zur36, 561
 Selbstverwaltung64
 freiberufliche.....252
 Kernbereich der kommunalen79, 486
 kommunale79
 wirtschaftliche.....252
 Selbstverwaltungsrecht38, 561
 Selbstverwirklichung564
 share-holder261
 Sicherheit.....188, 350
 des gemeinsamen Lebens295
 öffentliche.....352
 und Ordnung.....188
 Verantwortung für die422
 Sicherheitsrecht
 allgemeines352
 Sicherstellungsgesetz315
 Sittengesetz.....272, 391, 410, 417, 424, 456, 536
 Sittenverstoß.....555
 Sittenwidrigkeit
 Bewußtsein der553
 des amtlichen Handelns.....555
 Kenntnis der begründenden Umstände
 der554
 Vorwurf der549
 wettbewerbsrechtliche499
 Sittlichkeit295, 535
 freiheitliche.....272
 Pflicht zur425
 Verwirklichung.....537
 Skandal
 rechtsstaatlicher152
 Solidarität320
 Sonderrecht.....50, 482
 des Staates42, 591
 Sonderrechtslehre.....41, 481
 modifizierte.....591
 Sozialausschuss496
 Sozialcharta277
 Soziale Frage346
 Sozialhilfe.....183, 321
 Sozialpakete347
 Sozialpartner.....256
 tariffähige.....240
 Sozialpartnerschaft.....307
 sozialpflichtig390
 Sozialpflichtigkeit376, 387, 509
 Sozialplan262
 Sozialpolitik381

- Sozialpolitische Fürsorgepflicht..... 465
 Sozialprinzip 45, 146, 162, 341, 418, 427, 536, 539
 menschenrechtliches.....466
 Sozialstaat 539
 Sozialstaatsprinzip 243
 Sozialversicherungspflicht 329
 Sozialwirtschaft
 marktliche85, 500
 Sparsamkeit
 Grundsatz der 74
 Spezialregelung..... 301
 Sphärendoktrin..... 309, 319
 Spielräume
 der Rechtspraxis212
 spürbar..... 142
 Staat..... 37, 314, 482, 564
 als Privatrechtssubjekt.....562
 Gemeinwohlverpflichtetheit des.....567
 Gleichordnung des, als Unternehmer 560
 im weiteren Sinne314
 institutionell und funktional.....482
 Privatheit des563
 Sonderrecht des42
 Tradition privatwirtschaftlicher
 Betätigung des562
 Überordnung des, als Hoheitsträger ..560
 vormundschaftlicher 184
 Wächteramt des338
 Ziele des.....568
 Staat als Unternehmer..... 437
 Staat und Gesellschaft 478
 Trennung von.....487
 Staatlichkeit. 38, 41, 236, 287, 295, 313, 322, 489, 563
 Dogmatik von der hoheitlichen, nach dem monarchischen Prinzip560
 freiheitliche316
 fundamentales Prinzip der564
 funktionale 181
 im engeren Sinne331
 Prinzip republikanischer.....83
 Staatsaufgaben 42
 materielle Begrenzung der.....44, 566
 Staatsdienst 315
 Staatsgewalt 324, 330, 437
 Akte der Ausübung.....227
 des Volkes287
 Staatsleitung..... 155, 175, 180, 190
 Aufgabe der113
 Bund und Länder..... 180
 Bundesverfassungsgericht 180
 der Europäischen Union..... 181
 durch Informationen.....191
 Legislative 180
 Staatsrecht.....43, 483
 Staatstreue.....331
 Staatsverwaltung
 mittelbare.....41, 249, 251, 482
 Staatszweck..... 158, 340, 344
 Stabilität
 politische 521
 Städte64
 Stand der Wissenschaft ... 357, 362, 413
 Stand der Wissenschaftler356
 Stand des Wissens356
 Stand von Wissenschaft und Technik
 354, 359, 409, 427
 Standard357
 gesetzlicher..... 355
 Standort.....261
 Standortpolitik264
 Startverbotsklausel498
 Statthaftigkeit.....4
 von Klagen vor Verwaltungsgerichten49
 Sterbeprozess447
 Steuer 14, 25
 Steuerberater327
 Steuerbescheid.....25
 Steuereinnahmen568
 Steuergeheimnis16
 Steuergesetz25
 Steuerhoheit46, 568
 Steuerrückstand24
 Steuerschuld.....24, 25
 Steuerstaat
 Grundsatz des46, 568
 Steuerungskraft
 politische, der Verfassungsordnung .. 164

Steuerverfahren	25	Studienplätze	146
Störer.....	340	Stufenlehre	326, 380
Verursacher der Gefahr als.....	138	Subjekthaftigkeit	
Störung.....	580	des Menschen	457
Störungsbeseitigungsanspruch.....	223	Subjektionslehre.....	35, 560, 591
Strafgefangener.....	292	subjektive Rechte	483
Straßenverkehrslärm.....	339	Subjektslehre	41
Streik.....	234, 257, 267, 271, 298, 305, 318, 319	enge.....	42
betriebsbezogener	261	strenge.....	3, 42, 236, 397, 481, 591
der öffentlich Bediensteten.....	296	Subordination	564
im engeren Sinne	257, 269, 281	Subordinationslehre	35, 560, 591
im weiteren Sinne	260	Subsidiarität.....	219, 394
politischer	263, 264	der allgemeinen Handlungsfreiheit ..	178, 395, 528
Recht zum	256, 267, 275	Subsidiaritätsprinzip.....	58, 77, 80, 85, 476, 539
Rechtfertigung des	259	föderalistisches	370
rechtmäßiger	258, 265	gemeindeunternehmensrechtliches.....	57, 76
Rechtsgrundlage für das Recht zum.....	283	mensenrechtliches... ..	51, 359, 500, 552
rechtswidriger	303	verfassungsbeschwerderechtliches.....	48
wilder	261	Subsumibilität	490
Streikbegriff.....	257	Subsumibilität	
Streikbeschluß	283	größtmögliche.....	158
Streikbeteiligung.....	318	Subsumtion.....	161
Streikfreiheit	257, 269, 277, 301, 302	Subvention.....	544, 558
einfachrechtliche.....	270	Rechtmäßigkeit der.....	495
Streikkasse	320	Rückforderung der.....	554, 559
Streikmaßnahme	310	Unterlassung der.....	589
Streikrecht.....	258, 266, 295, 300, 322	Subventionbescheid	
der Beamten.....	285	Klage auf Aufhebung	480
im öffentlichen Dienst	285	Subventionierung	
privates.....	269, 277	des Wettbewerbs	521
subjektives	268	Subventionsanträge	496
Streikrechtsgrundlage.....	267	Subventionsbescheid	
Streikteilnahme.....	281	als Verwaltungsakt	480
Streikunterstützung.....	317	Nichtigkeit des.....	559, 587
Streikverbot	296, 300, 301	Subventionsentscheidung.....	496, 573
allgemeines	301	Subventionsgeber	
bundesgesetzliches.....	297	Klage auf Verpflichtung.....	480
Streitgegenstand	49, 480	Subventionsinteressenten.....	496
Streitigkeit		Subventionsschaden	
nicht verfassungsrechtlicher Art.....	3, 47	Ersatz des.....	570, 576, 580
öffentlich-rechtliche.....	3, 33, 397, 590	Subventionstatbestand	
privatrechtliche	33, 590	materialer	496
Streittypen.....	49		
Student	292		

- Subventionsverwaltung 493
- Subventionsvoraussetzungen..... 494
 Materialisierung.....496
- Subventionszahlung..... 556
- Suspension
 der Hauptleistungspflicht.....320
- Tarifabschluß 284, 319
- Tarifaueinandersetzung. 256, 272, 280, 302, 318
- Tarifautonomie 238, 268, 286, 295, 311, 537
 streikrechtsbewährte302
- Tarifeinigung 266
 kampflöse.....276
- Tariffähigkeit 253
- Tarifforderung
 Ernsthaftigkeit der260
- Tariffreiheit 256
- Tarifgebiet..... 308
- Tariflichkeit 281
- Tariflohn 282
- Tarifnormen 281
- Tarifordnung 256, 280
- Tarifpartei 311
- Tarifpartner 241, 244, 255, 267, 280, 318
- Tarifpolitik 264
- Tarifprivatheit 255
- Tarifrecht..... 252, 296
- Tarifsystem 275
- Tarifverbindlichkeit 244
- Tarifvereinbarung 278
- Tarifverfahren 257
- Tarifverhältnis
 kollektives.....281
- Tarifverhandlung 260, 267
- Tarifvertrag 240, 253, 269, 277, 295, 302, 307, 311
 Ablauf des.....278, 283
 Abschluß des 241, 260, 267, 293, 318
 kollektiver.....278
 Laufzeit des.....278
 Vertragszeit des279
- Tarifvertragsfreiheit..... 329
- Tarifvertragspartei ... 258, 272, 275, 313
- Tarifvertragspartner.....284
- Tarifvertragsrecht300
- Tarifvertragssystem 256, 268, 272, 277, 284
 freiheitliches 310
- Tarifvertragsverhältnis307
- Tarifvertragswesen273, 319
- Tarifwesen 249, 256, 282, 283, 315
 arbeitsrechtliches.....270
 kollektives282
 Kollektivität des282
 Neutralität des264
 privates248
- Tatbestand
 offener571
- Tatbestandsvoraussetzungen
 des Art. 87 Abs. 1 BayGO 66
- Tätigkeit
 Berufskriterium der erlaubten 511
 erlaubte 125, 327, 373, 377
 gemeinschaftliche378, 511
 gewerbliche68, 377
 selbständige 11, 18, 329
 unselbständige 18, 329
 unternehmerische.....385, 394, 532
 Verbot beruflicher511
 Verhinderung einer auf Kundengewinne gerichteten578
 wirtschaftliche67, 502
- Tätigkeiten
 gemeinschaftsschädliche415
 schlechthin gemeinschädliche 126
 sozialschädliche.....415
- Tatsache 13, 15, 24, 25
- Teilhabe
 staatliche, an der öffentlichen Kommunikation..... 192
- Teilstreik.....308
- Teiluntersagung21
- Telekommunikation.....562
- Tendenz
 koalitionspolitische..... 317
 Kriterium der berufsregelnden 509
- Theorie von der Wirklichkeit...351, 356

- Theorien.....356
 falsifizierte366
 Tod.....362
 Todesbegriff444
 Vielfalt446
 Todesprozeß445, 450
 menschenwürdiger451
 Totensorgerecht463
 Transplantationsgesetz
 Adressatenkreis.....440
 Selbstbestimmung.....440
 Transplantationspolitik.....445
 Treueverhältnis
 dienstliches295
 politisches293
 Trittbrettfahren319
 Tugendpflicht467
 Über- und Unterordnung35
 Überbetrieblichkeit.....250
 Übergangsregelung.....334
 Übergangszeit280, 283
 tariflose282
 Überleitungsmaßnahme.....322
 Übermaß304
 Übermaßverbot28, 305
 Überwachungsmaßnahme
 lebensmittelrechtliche137
 ultima ratio.....266, 280
 Ultima-ratio-Prinzip260, 275, 307
 ultra vires42, 482
 Ultra-vires-Lehre64, 485
 Umsatz- und Gewinnchancen204
 Umsatzeinbußen130
 Umsturz
 Dogmatik des.....195
 Umweltbelastung.....378
 Umweltschutz.....350, 378
 Umweltwissenschaft.....365
 Unabdingbarkeit281
 Unabhängigkeit
 von eines anderen nötiger Willkür
143
 Ungewissheit192
 Ungleichbehandlung.....423, 530
 Universität323
 Universitätsprofessor356
 Unmittelbarkeit143
 Unrecht279, 573
 deliktisches582
 grobes360
 im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB572
 Unrechtmäßigkeit
 der Handlung572
 Unsachlichkeit.....499
 Unterlassungsanspruch ... 122, 542, 553,
 578, 579
 aus den Grundrechten.....499
 vorbeugender.....578
 wettbewerbsrechtlicher.....224
 Unterlassungsersatzanspruch228
 Unterlassungsklage594
 Untermaßverbot.....360
 Unternehmen7, 19, 38, 63, 203, 259,
 261, 264, 274, 375, 384, 430, 514, 516,
 522
 als Berufsausübung.....130
 als res publica430
 am Markt109
 Auffangcharakter des Rechts am.....576
 außerhalb der allgemeinen Verwaltung
66
 Begriff des staatlichen73
 Bestand518, 541, 571
 Betätigung von390
 Chancen für520
 Definiens Privatheit.....225
 i.S.d. Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Art. 86
 BayGO.....66
 Privatheitlichkeit.....501
 Recht am223, 381, 383, 514
 rein erwerbswirtschaftlich-fiskalisches71
 Schutz des.....477
 Unternehmensbegriff67
 funktionaler.....68
 materieller.....67
 Unternehmenseigenschaft.....502
 Unternehmensfreiheit21, 148, 163, 174,
 177, 219, 227, 371, 385, 390, 425, 501,
 508, 526, 528, 537

- als Berufsfreiheit.....415
- Grenzen eigentumsgrundrechtlich
 - geschützter524
 - Schutzwirkung165
 - Wahrnehmung509
- Unternehmensführung 23
- Unternehmensgesellschaft 374
- Unternehmensgewerkschaft 251
- Unternehmensinteressen..... 369
- Unternehmensrecht..... 541
 - diakonisches541
- Unternehmensruf 120
- Unternehmensschutz..... 516
 - des § 823 Abs. 1 BGB.....572
- Unternehmer 19, 27, 263, 371, 377, 391
 - beliehene42
 - beliehener330, 482
 - private46, 330
 - Rivalität zu privaten568
- Unternehmerinteressen 264
- Unternehmertum
 - freies425
- Unternehmung
 - private393
 - Teilnahme am Wirtschaftsleben.....503
- Unternehmungen
 - im weiteren Sinne72
- Untersagung 5, 17, 20, 27
- Untersagungsverfügung..... 3, 10, 17
- Untertan..... 58, 164, 331
- Unversehrtheit..... 363
 - Gefahr für die körperliche364
 - körperliche.....362, 464
 - Leben und die körperliche427
 - Recht auf Leben und körperliche361
- Unzuverlässigkeit..... 11
- Urproduktion..... 11
- Ursächlichkeit 409, 412
- Verallgemeinerungsfähigkeit 214
- Verantwortung 143
- Verband..... 247, 248
 - privater.....248
 - tariffähiger318
- Verbandsklage 61
 - altruistische.....62
- Verbandskompetenz
 - des Bundes..... 117
- Verbandsmacht253
- Verbandstarifvertrag.....249
- Verbandstheorie.....247
- Verbeamtung325
- Verbindlichkeit
 - außenrechtliche.....493
 - lebensmäßige 141
 - vertragliche280
- Verbindungen
 - geschäftliche571
- Verbote171
- Verbotsirrtum306
- Verbotsverfügung
 - als Polizeimaßnahme.....229
- Verbotsvorbehalt 18
- Verbraucher
 - Information der..... 110
- Verbraucherrisiko 115
- Verbraucherschutz..... 110
- Verbund
 - globaler 190
- Verein
 - eingetragener62, 524
- Vereinbarung307
- Vereinigung238, 318
 - einer Menge von Menschen unter
 - Rechtsgesetzen41, 343
 - freiwillige251
 - privatrechtliche.....254
 - von Arbeitgebern.....258
- Vereinigungen
 - private245
- Vereinigungsfreiheit.....238, 271
 - spezielle238
- Verfahren496
 - Prinzip des fairen.....496
- Verfahrensfehler 10
- Verfassung 155, 331, 348, 368, 553
 - Einheit der 104
 - Unveräußerlichkeit der39, 562
- Verfassungsänderung271
- Verfassungsbeschwerde398, 436

- Ablehnung.....438
 Annahme 436, 442
 Begründetheit.....444
 Beschwerdebefugnis.....437
 Beschwerdefähigkeit436
 Beschwerdegegenstand.....437
 Frist442
 objektiver Grundrechtsschutz.....211
 Rechtsschutzinteresse440
 Rechtswegerschöpfung441
 subjektiver Grundrechtsschutz211
 Verfahrensfähigkeit441
 Verfassungsgerichtsbarkeit348
 Verfassungsgesetz .. 155, 266, 314, 331, 368, 539, 553
 Verfassungsgewohnheitsrecht....39, 562
 Verfassungsgüter537
 Kollision166
 verfassungsimmanente Schranken ... 166
 Verfassungsorgan398
 Verfassungsprinzip .. 293, 322, 537, 541
 soziales.....346
 Verfassungsprinzipien
 Abwägung unter den.....163
 Verfassungsrecht347
 spezifisches212
 subjektives271
 Verfassungsrechtsverhältnis3
 Verfassungsstreitigkeit ...4, 48, 398, 591
 Verfassungstreue 294, 295, 300, 331
 Verfassungstreueverhältnis331
 Verfassungsvollzug
 unmittelbarer.....160
 Verfassungsvorbehalt.....297
 Verfügung5
 Verfügungsbefugnis216
 Verhaltensempfehlungen
 staatliche183
 Verhältnismäßigkeit . 17, 137, 307, 326, 334, 368, 426
 als Schutzpflicht.....428
 Geeignetheit.....368
 Grundsatz der.....106
 im engeren Sinne369
 Notwendigkeit368
 Verhältnismäßigkeitsprinzip. 17, 20, 76, 133, 150, 152, 266, 305, 317, 326, 354, 368, 373, 462
 im engeren Sinne305
 Verhandlung
 mündliche15
 Verhandlungsanspruch255
 Verhandlungschancen311
 Gleichgewicht der.....308
 Verhandlungsfähigkeit312
 Verhandlungsparität308
 verifizierbar366
 Verletzergewinne589
 Verletzungserfolg572
 Vermittlungsverfahren274
 Vermögen22
 Verwaltung des eigenen11
 Vermögensinteresse577
 Vermögenslage
 nachteilige Beeinflussung der578
 Vermögensminderung.....578
 Vermögensschaden
 Ersatz des.....579
 Vernunft
 praktische. 151, 157, 160, 164, 189, 197, 207, 306, 326, 352, 367, 387, 391, 418, 426
 Veröffentlichung
 der DEG-Liste106
 Verordnung.....6
 Verpflichtungsklage ..60, 349, 480, 588, 594
 Verschulden.....12, 554, 590
 des Störers580
 Versetzung.....304
 Versorgung298
 der Beamten.....287
 Verteilungsmaßstab
 nationaler249
 Vertrag.....246, 258, 266, 277
 kollektiver.....282
 öffentlicher56
 öffentlich-rechtlicher315, 475, 561
 privater.....244

- Verbindlichkeit des.....40, 563
- Verträge
 völkerrechtliche184
- Vertraglichkeit 315
- Vertragsangebot 272
- Vertragserfüllungspflicht..... 278
- Vertragsfreiheit 180, 393, 394, 424, 526
 allgemeine.....283
 Grenzen der564
- Vertragsinhalt..... 312
- Vertragslehre..... 244
- Vertragspartei..... 247, 275
- Vertragspartner 279
 Gleichheit der312
- Vertragsprinzip 272, 283, 309, 315
- Vertragsrecht..... 312
- Vertragsteile..... 312
- Vertragsverpflichtung 283
- Vertragsvorschlag 280
- Vertragszeit 307
- Vertrauen..... 389, 391
 durch Information..... 105
 schützenswertes387, 521
- Vertrauensschutz..... 332, 387, 414, 429, 521, 586
 eigentumsrechtlicher.....387
- Vertrauensschutzgrundsatz 422
- Vertrauensschutzprinzip . 152, 333, 391, 521
- Vertreter
 des Volkes158
 gesetzlich bestimmter26
- Vertreter des ganzen Volkes..... 456
- Vertretungsberechtigter 27
- Vertrieb 132
- Vertriebsmöglichkeiten 132
- Vertriebsverbot 135
- Verwaltung..... 322
 als Vollzug von Gesetzen160
 Durchführungspräzisierungen493
 Handlungsspielraum der.....54
 Innenbereich50, 481
 Leitung und Beaufsichtigung der Geschäftsgänge der.....582
 öffentliche..... 3
 Pflichtverletzung 497
 Selbstkontrolle der 8
 unternehmerische.....225, 501
- Verwaltungen
 Subventionsrichtlinien.....493
- Verwaltungsakt... 4, 9, 21, 50, 145, 197, 408, 480, 483
 Adressaten des.....226
 Anspruch auf Rücknahme, Wiederruf oder Aufhebung von.....578
 belastender..... 6
 Bestandkraft des578
 feststellender..... 121
 gestaltender..... 15
 janusköpfiger53, 484
 klärenden Feststellung der Nichtigkeit des.....575
 mit Dauerwirkung..... 15
 Nichtigkeit des..... 10
 rechtswidriger.....575
 Regelungswirkung des228
 Vollzug 121, 139
 Widerruf von408
- Verwaltungsaktsbegriff 145
- Verwaltungsbegriff..... 6
- Verwaltungsbehörde
 untere 481
- Verwaltungseinheiten
 nicht wettbewerbliche.....226
 nichtgewerbliche568
- Verwaltungsentscheidungen54
- Verwaltungsgericht397
 Zuständigkeitsereich des584
- Verwaltungsgerichtsordnung400
- Verwaltungsgerichtsweg399
- Verwaltungshandeln.....54
 Grundlage des.....407
 Maßstab der Rechtmäßigkeit von unternehmerischem568
 Rechtmäßigkeit des575
 schlichtes54
- Verwaltungshandlung
 schlichte..... 197
- Verwaltungsinterna 6

- Verwaltungsmaßnahme
 unmittelbarer Vollzug229
 Verwaltungsprivatrecht39, 562
 Verwaltungsprozeß.....400
 Verwaltungsrecht
 besonderes236
 Verwaltungsrechtsetzung56, 475
 Verwaltungsrechtsprechung.....481
 Verwaltungsrechtsschutz397
 Verwaltungsrechtsstreit.....400, 594
 Verwaltungsrechtsweg ..3, 32, 397, 543, 590
 Verwaltungsrichtlinie.....494
 Verwaltungsverfahrensgesetz
 Logik des481
 Verwaltungsvorschriften477
 Verweigerung307
 Verweis304
 Verwendungsangaben492
 Verwendungszweck492
 vis compulsiva141
 vis indirecta.....229
 Volk159
 Volksvertreter151
 Vollkompetenz301
 Vollziehbarkeit
 des Steuerbescheids25
 Vollziehende Gewalt179, 359
 Vollziehung25
 Vollzugsbefugnis
 des Bundes218
 Vollzugsgewalt488
 Vorgänge
 mit überregionalem Charakter194
 Vormundschaft
 soziale253
 sozialistische183
 Vorrang der Privatheit der
 Lebensbewältigung.....358
 Vorsatz573
 Vorschriften
 lebensmittelrechtliche128
 neutrale222
 Vorsorge gegen Schäden411
 Vorsorgeprinzip411
 Vorteil
 rechtswidriger589
 Vorverfahren8, 63
 Waffengleichheit311
 Wahlgleichheit
 passive294
 Wahlrecht159
 Wahrheit210, 273, 356, 538
 Beiträge zur, als Theorien der
 Wirklichkeit191
 Wahrheitlichkeit und Richtigkeit.... 176, 211
 Wahrheitsgehalt357
 Wahrheitsgrundsatz
 als Wettbewerbsrecht110
 Wahrscheinlichkeit352, 353, 366
 hinreichende352
 Währungsunion195
 Warnstreik260
 Warnung123, 171, 178, 187, 197
 allgemeine.....105
 als unmittelbarer Vollzug des warnenden
 Verwaltungsaktes230
 als Verbot228
 öffentliche.....103
 Warnungen
 als Verwaltung.....187
 Warnungsbefugnis200
 Wechselwirkungslehre.....537
 Weimarer Reichsverfassung ...271, 286, 346, 510, 533
 Weimarer Verfassung487
 Weine
 kontaminierte.....133
 weite Zustimmungslösung451
 Weltrechtsprinzip345
 Wer
 im Sinne § 1 UWG543
 Werberegeln110
 Werbung207
 Werkstatt
 für seelisch Behinderte552
 Wertordnung353, 369

- objektive101, 337
- Wertschutz 391
- Wesensgehalt 244, 354
- Wesentlichkeitslehre..... 151, 488, 494
- Wettbewerb..... 129, 165, 221, 264, 542
 - Förderung fremden.....559
 - funktionsfähiger, transparenter..... 168
 - Funktionsfähigkeit des.....110
 - Ingerenz in den224
 - Institution.....593
 - Lauterkeit des225
 - Teilhabe 109, 166, 174
 - unlauterer38, 110
- Wettbewerber
 - benachteiligter589
 - Interessen.....496
 - Nachteil eines548
- Wettbewerblichkeit..... 425, 500
 - von Subventionen545
- Wettbewerbsabsicht..... 545
- Wettbewerbsbehinderung..... 548
- Wettbewerbsbeignung 544
- Wettbewerbsfähigkeit..... 573
- Wettbewerbsfreiheit 129, 131, 166, 169, 177, 526
 - Schutz der formalen.....547
- Wettbewerbsgleichheit 585
- Wettbewerbshandlung 544
 - Kenntnis von der Wirkung der553
- Wettbewerbshandlungen
 - rechtmäßige548
- Wettbewerbslage..... 550
 - internationale 173
- Wettbewerbsmöglichkeit
 - Schutz der materialen547
- Wettbewerbsneutralität..... 523
- Wettbewerbspolitik..... 547
- Wettbewerbsprinzip
 - verfassungsrechtliches547
- Wettbewerbsrecht 540, 542, 569
 - Anwendung des568
 - Bindung der öffentlichen Hand an das555
 - Neutralität des.....35
- Wettbewerbsrichter..... 547
- Wettbewerbssschaden.....554, 585
- Wettbewerbschutz..... 505, 514, 542
 - aus der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.....525
 - grundrechtlicher, Elementaria500
 - Klagen auf594
- Wettbewerbsteilnehmer.....593
- Wettbewerbsverhältnis35, 46, 290, 544, 559, 568
- Wettbewerbsverstoß224
- Wettbewerbsvorteil589
 - unlauterer.....523
- Wettbewerbswidrigkeit555
 - Beseitigung der.....590
- WHO-Satzung362
- Widerruf
 - von Genehmigungen409
- Widerrufsanspruch575
- Widerrufsbescheid.....407, 408
- Widerrufsregelung
 - des Atomgesetzes410
- Widerspruch 10, 63
- Widerspruchsbehörde.....8
- Widerspruchsbescheid.....4, 9, 15
- Widerspruchsfrist63
- Widerstand.....264
- Widerufsmöglichkeiten408
- Wiedergutmachung
 - des Unrechts556
- Wiederherstellung
 - der Verhältnisse.....586
- Wiener Menschenrechtskonferenz...342
- Wilder Streik.....261
- Wille
 - mutmaßlicher.....460
- Willensautonomie..... 43, 451, 461, 561
- Willensbildung
 - republikanische.....488
- Willensbildungsprozeß
 - gewerkschaftlicher.....319
- Willenserklärung460
- Willkür 6, 246, 315, 360, 497
 - als Freiheitsverletzung.....423
 - freie..... 45, 236, 246, 289, 563

sittliche.....	246	Zitiergebot	358
Willkürakte	213	Zivilgericht 32, 384, 556, 570, 574, 590	
Willkürverbot 40, 82, 83, 152, 213, 289, 396, 426, 428, 529, 563		Zivilrechtsprechung	555
allgemeines	396	Zivilrechtsweg....	34, 543, 590, 594, 596
Wirklichkeit	141	Zulassungsschranke	380
Wirkung		objektive	326, 372, 378
drittschützende.....	58	subjektive.....	19, 326, 372
normative	244	Zumutbarkeit	360
staatlicher Maßnahmen.....	140	Zumutbarkeitsgrenze.....	243
Wirkung der Entscheidung.....	484	Zurückbehaltungsrecht.....	259, 262
Wirkungsbereich	372	Zusammenfassung	
Wirkungskreis		rechtliche	383
eigener.....	75	tatsächliche	383
Wirtschaft		Zusammenschluß	
Recht der.....	370	kollektiver.....	238
wirtschaftlich	68	von Arbeitgebern.....	250
Wirtschaftsbegriff		von Arbeitnehmern.....	250
funktionaler.....	504	Zustand	
Wirtschaftsgrundrechte	17, 505	tarifloser.....	320
Wirtschaftsinteressen	251	Zuständigkeit	179, 186, 321
Wissen	366	ausschließliche.....	297
unwiderlegbares.....	366	örtliche	8
Wissen um die Gefahr	366	sachliche	8, 401
Wissenschaft.....	356	Zuständigkeitskatalog	
Wohl		des Verfassungsgerichts	592
allgemeines	16	Zuständigkeitsordnung.....	167
Wohl der Allgemeinheit.....	390, 417	Zuständigkeitsregelung	300
Wohlfahrtseinrichtungen.....	540	Zustimmung dritter Personen.....	438
Wohlfahrtspflege	539	Zustimmungslösung	
Wohnungsaufsicht	75	enge.....	457, 462
Wohnungsbau	75	erweiterte	458
Wohnungsvermittlung.....	75	Zuverlässigkeit	16, 21
Würde	339	Zuverlässigkeitsanforderungen.....	372
Würde des Menschen	338, 362	Zuwendungen	491
Würdeschutz	362	haushaltsrechtliche Regelung von....	491
Zahlungsunfähigkeit.....	13, 21	Zwangsberatung	183
Zeit		Zwangsgemeinschaft.....	320
tariflose	283	Zwangsgewerkschaft.....	320
Zeitlichkeit		Zwangskoalition	239
von Verfahren	212	Zwangsmaßnahmen	
Zeitpunkt.....	14	der zuständigen Überwachungsbehörden	
maßgeblicher	14, 24	102
Zielkonkurrenz.....	568	Zweck	
		legitimer.....	80

öffentlicher.....	75, 78, 81
Zweck heiligt die Mittel	182
zweckdienlich	358
Zwecke	
sozialpolitische	77
Zweckverwirklichung	
Erforderlichkeit kommunaler	76
Zweistufenlehre	34, 482
Zwischenlager	
für Kernbrennelemente.....	339