

Antrittsvorlesung
vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

von

HERRN
PROFESSOR DR. PETER J. TETTINGER

am 4. Februar 1999

Antrittsvorlesung
vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

von

HERRN
PROFESSOR DR. PETER J. TETTINGER

am 4. Februar 1999

Herausgegeben vom
Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft
Köln 1999

Vorbereitung
von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

von

HEBEN
PROFESSOR DR. PETER J. TETTINGER

im Februar 1939

Verlag zur Förderung der Rechtswissenschaft
Köln 1939

Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung

– Gedanken zur Freiheitsentfaltung am Wirtschaftsstandort Deutschland –

A. Prolegomena

Das Institut für öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln gilt nicht nur als Forschungsstelle zur Pflege von Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre, sondern hat sich schon von seiner den Gesamtbereich des öffentlichen Rechts umspannenden Tradition her stets auch verfassungsrechtlichen Themenstellungen gleichermaßen mit vollem Engagement gewidmet.¹ Besonderer Wert wurde dabei durchgängig auf eine Einbeziehung interdisziplinärer Aspekte gelegt, sei es im Rahmen verwaltungswissenschaftlicher Untersuchungen mit Blick auf einschlägige sozialwissenschaftliche und betriebswirtschaftliche Einsichten, sei es im staatsrechtlichen Kontext mit Blick auf Volkswirtschaftslehre und namentlich Finanzwissenschaft. Diese Linie verdient es fortgeführt zu werden, auch wenn das hehre Ziel, Studierende der Rechtswissenschaft an ebenso reiz- wie anspruchsvolle Querschnittsthemen heranzuführen, der Gesetzgeber im Juristenausbildungsrecht eher abzublocken scheint, indem etwa das Finanzverfassungsrecht aus dem Pflichtfachprogramm des öffentlichen Rechts komplett herausgestrichen wurde. Bei allem Verständnis für die Notwendigkeit einer Stoffbegrenzung bedarf es gerade angesichts des heutigen Anforderungsprofils an den Juristen im Wirtschaftsleben allein schon zur Sicherung seiner Marktchancen im Wettbewerb der Fächer der vorsichtigen Ermutigung, sich auf methodisch gesicherter Basis über engegrenzte Grenzen juristischer Kernfächer hinauszuwagen.

B. Die Debatte um die „Wirtschaftsverfassung“

Die nachfolgenden Ausführungen des im Jahre 1998 Neuberufenen zum Leitthema „Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung“ könnten übrigens durchaus auch an den Präsentationsvortrag des Kölner Habilitanden aus dem Jahre 1976 („Neuer Streit um die ‚Wirtschaftsverfassung‘?“²) anknüpfen. Die Kontroversen um eine im Grundgesetz verankerte Wirtschaftsverfassung gehören zu den Evergreens der deutschen Staatsrechtslehre, seit anfangs der 50er Jahre sich die *Nipperdey*'sche These von der verfassungskräftigen Absicherung der Sozialen Marktwirtschaft alsbald mit der *Krüger*'schen Antithese der wirtschaftspolitischen Neutralität und der *E. R. Huber*'schen Vorstellung von einem gemischten System konfrontiert sah. Das BVerfG ging bereits 1954 im Investitionshilfe-Urteil deutlich auf Distanz zu solchen systemorientierten Erwägungen. Seine Position war von Anfang an reserviert:

„Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde ‚soziale Marktwirtschaft‘. Die ‚wirtschaftspolitische Neutralität‘ des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche.“³

Hiervon abzurücken – was freilich bis heute nicht geschah –, wurde in der Literatur in mehrfachen Ansätzen empfohlen, so,

- als Ende der 60er Jahre ein Instrumentarium der Globalsteuerung mit der Verpflichtung auf die Staatszielbestimmung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ins GG eingefügt worden war,
- als in den 70er Jahren der Streit um die Mitbestimmungsgesetzgebung eskalierte,

- als im deutsch-deutschen Unionsvertrag vom 18.5.1990⁴ die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien fixiert wurde, eine dort im Rang unterhalb der Verfassungsebene anzusiedelnde Leitformel,⁵ die lediglich als „Kursbuch“ für die zur Transformation der zentralen Planwirtschaft notwendige rigide Umgestaltung des DDR-Rechts gedacht war,
- als 1994 nach langen Diskussionen der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20 a GG verankert werden konnte, welcher den Impetus für Überlegungen in Richtung auf eine soziale und ökologische Marktwirtschaft bot, wie sie in Art. 42 II 1 der brandenburgischen Verfassung ihren Niederschlag gefunden haben.

In der Tat dürfte es – dies sei pointiert insbesondere dem jüngsten Ansatz von *H. H. Rupp* entgegengehalten – kaum Aufgabe einer um Präzision bemühten, zwar im Laufe der Jahrzehnte zu einer immer filigraner ausgestalteten Werteordnung mutierten, gleichwohl nach wie vor zu konkreten Güterabwägungen im Geiste praktischer Konkordanz verpflichtenden Verfassung sein, abstrakten und zudem ihrerseits mißdeutungsanfällig⁶ ökonomischen Modellvorstellungen besondere Dignität zu verleihen.

Will man sich abseits von wenig fruchtbaren Modelldiskussionen der maßgeblichen grundgesetzlichen Festlegungen zur Wirtschaftsordnung vergewissern, so sind nicht zuletzt angesichts der nunmehr in Art. 23 GG vorgenommenen Verklammerung sowie der heute bereits zu registrierenden Kompetenzverschiebungen im Sinne dieser europäischen Option im folgenden in einem ersten Schritt thematisch einschlägige gemeinschaftsrechtliche Implikationen anzusprechen. Sodann folgt als zweites eine Auswahl von Referenzfällen zu der brisanten, hier bewußt zugespitzt formulierten Fragestellung: „Usurpation des deutschen Wirtschaftslebens durch Extension verfassungsrechtlicher Thematisierung?“. Auf der Grundlage der vor allem auf Art. 12 GG

rekurrierenden Befunde zu diesen Referenzfällen sollen immerhin einige vorsichtige Leitlinien formuliert werden, die auf ein ökonomisch sensibleres Grundverständnis in wichtigen Partien des deutschen Verfassungsrechts abzielen, das zwar auf effektiver Absicherung der dort aufgeführten Verfassungsrechtsgüter bestehen muß, zugleich aber auch – das scheint manchem gerade der jüngeren Vertreter der deutschen Staatsrechtslehre aus dem Blickfeld geraten zu sein – nachdrücklich auf Wahrung respektabler Spielräume zur Entfaltung wirtschaftlicher Dynamik bedacht sein sollte. Im globalen Wirtschaftswettbewerb stellt schließlich die Verfassungsrechtsordnung – und zwar nicht der oft wohlklingende Text, sondern die Umsetzungspraxis – der konkurrierenden Staaten einen nicht zu unterschätzenden Standortfaktor dar, dessen positive wie negative Wirkungen einer nüchternen Vergleichsanalyse standzuhalten haben.

C. Prädeterminierende Festlegungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht

Der EG-Vertrag enthält bereits in seinem Ursprungstext, hier namentlich in Gestalt der sog. Grundfreiheiten sowie der Wettbewerbsvorschriften der Art. 85 ff. EGV mit speziellen Vorgaben für öffentliche Unternehmen in Art. 90 und Restriktionen für staatliche Beihilfen in Art. 92 bedeutsame Festlegungen, die auf nationaler Ebene bei staatsrechtlichen Diskussionen um die Wirtschaftsordnung vornean mit im Blickfeld stehen müssen.⁷ Dies gilt aber auch für spätere Ergänzungen. Erwähnt seien aus dem Maastrichter Vertragswerk nur etwa Art. 3a Abs. 1 EGV, wo der „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ apostrophiert wird – ein Grundsatz freilich, der nicht zum bloßen Merkposten verkommen darf, der sich vor allem den Grundlinien der gemeinsamen Agrarpolitik, den interventionistischen Ermächtigun-

gen zur Industriepolitik in Art. 130 und zur Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts in Art. 130 a EGV sowie den Montanunion-Regeln gegenübergestellt sieht und so sicherlich noch Anlaß für manche ordnungspolitische Kontroverse⁸ bieten wird –, sowie Art. 105 Abs. 1 EGV, wo für den Gesamtkomplex der Währungspolitik mit unumkehrbarer Wirkung für die seit dem 1.1.1999 in die dritte und letzte Stufe übergegangene Währungsunion der Zielsetzung der Preisstabilität ein spezifischer Vorrang eingeräumt worden ist. Vom Wortlaut her sehen sich in letzterer, die Finanz- und Wirtschaftspolitik auf gemeinschaftlicher wie auf einzelstaatlicher Ebene prägender Zielbestimmung der EGV und das Grundgesetz in solidem Gleichklang; in Art. 88 Satz 2 GG findet sich schließlich insoweit konsentierend ein ausdrücklicher Vorbehalt. Ob dieser textliche Gleichklang dann aber auch für die Durchsetzungsphilosophie in Anspruch genommen werden kann, muß erst noch die Zukunft erweisen. Diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil vom 12.10.1993 nicht nur in kontrollkompetenzieller Hinsicht ein sensibles Spannungsfeld angeleuchtet, das mit dem dort apostrophierten „Kooperationsverhältnis“ zum EuGH sehr diplomatisch, aber auch selbstbewußt beschrieben ist, sondern auch in materieller Hinsicht auf langfristige Wirkung abzielende Pflöcke eingeschlagen und mit Recht strenge Anforderungen formuliert, wenn dort die Währungsunion als vertraglich konzipierte Stabilitätsgemeinschaft verstanden wird, welche die bei Eintritt in die dritte Stufe vorhandene Stabilität kontinuierlich fortzuentwickeln hat. In der Tat: Die Sicherung des Geldwertes im Rahmen eines funktionsadäquaten „Geld- und Währungsverfassungsrechts“ ist notwendige Basis „für die staatliche Haushaltspolitik und für private Planungen und Dispositionen bei der Wahrnehmung wirtschaftlicher Freiheitsrechte“;⁹ unerläßliche Vorbedingung für die Fortentwicklung einer freiheitlichen wie sozialen Ordnung hierzulande und in Europa. Namentlich Eigentumsgarantie und Sozialstaatlichkeit geraten schließlich ohne

gesicherte Währung zur leeren Hülse. Im „Euro“-Beschluß des BVerfG vom 31.3.1998 wird denn auch ausdrücklich anerkannt, daß Bundesregierung und Parlament für die Sicherung des Geldeigentums in die Verantwortung genommen sind. Mit ihrem „Auftrag, die Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft mitzugestalten und damit den Anforderungen des Art. 88 S. 2 GG zu genügen“, tragen Bundesregierung sowie Bundestag und Bundesrat „auch zur objektiv-rechtlichen Sicherung des Geldeigentums und insoweit zur Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG bei“.¹⁰ Der sich in der dauerhaften Festlegung auf das vorrangige Ziel des ESZB, die Preisstabilität zu gewährleisten, widerspiegelnde „Verfassungsauftrag der währungsrechtlichen Kontinuität“¹¹ ist auf europäischer Ebene ebenso ernst zu nehmen wie auf nationaler Ebene.

Die als Junktimklausel an drei Vorbehalte (Zusammenhang mit der Europäischen Union, Unabhängigkeit der EZB, materieller Vorrang der Preisstabilität) geknüpfte Ermächtigung in Art. 88 S. 2 GG zur Kompetenzübertragung von der Deutschen Bundesbank als Währungs- und Notenbank auf die Europäische Zentralbank enthält übrigens einen mit strikter Bindungswirkung¹² versehenen Verfassungsauftrag an die jeweils zuständigen deutschen Verfassungsorgane, bei allen Umsetzungs- und weiteren Integrationsschritten diese Vorgaben genauestens einzuhalten. Das Postulat der Unabhängigkeit der EZB bedeutet dabei Weisungsfreiheit sowohl gegenüber gemeinschaftlichen als auch gegenüber nationalen Instanzen. Die derzeitige Ausgestaltung des rechtlichen Status der EZB durch EGV und Satzung¹³ dürfte bei einer Gesamtbetrachtung diesem deutschen Verfassungsgebot und der damit korrespondierenden Anforderung des EGV wohl gerecht werden. Diese Unabhängigkeit geriete jedoch dann in Gefahr, wenn es allgemein-politisch argumentierenden und agierenden Gremien wie dem Ecofin-Rat oder dem Wirtschafts- und Finanzausschuß (vgl.

Art. 109c Abs. 2 EGV) gestattet würde, durch eigene Vorgaben auf die EZB Druck auszuüben und – sei es auch nur mittels konkreter an diese gerichteter Empfehlungen – auf ihre Kompetenzausübungsfreiheit einzuwirken, oder wenn Raum für Manipulationen bei der Besetzung der Führungsämter der EZB (Präsident, Vizepräsident und weitere Mitglieder des Direktoriums) geschaffen würde, etwa durch – normative oder faktische – Verkürzung der persönliche und sachliche Unabhängigkeit sichernden achtjährigen Amtszeit.

Was nun aber die mit der Währungsunion verknüpfte Wirtschaftsunion und damit die eigentliche Frage der Wirtschaftsordnung in den einzelnen Mitgliedstaaten angeht, so steht hier die Gewährleistung des Binnenmarktes als eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EGV gewährleistet ist, im Zentrum. Gleichwohl beläßt Art. 222 EGV Raum für unterschiedliche Eigentumsstrukturen. Hierbei handelt es sich um eine bis dato noch keineswegs voll ausgelotete Vertragsnorm. Diese darf allerdings laut EuGH nicht dahin ausgelegt werden, daß sie dem nationalen Gesetzgeber auf dem Gebiet des gewerblichen und kommerziellen Eigentums die Befugnis vorbehält, Maßnahmen zu ergreifen, die gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb des Binnenmarktes verstoßen würden.¹⁴ Nichtsdestoweniger enthält sie ein Reservoir mitgliedstaatlicher Gestaltungsoptionen für eigentumsstrukturelle Ordnungsmuster, etwa im Kontext von Privatisierungsmodellen. Des weiteren bietet Art. 90 Abs. 2 EGV Möglichkeiten für sozialstaatliche Elemente der Versorgung sichernde nationale Gestaltungsansätze, die durch die im Rahmen des Amsterdamer Vertragswerks neueingefügte Zielformulierung in Art. 7d = 16 n.F. noch eine Verstärkung erfahren haben dürften, der wie folgt lautet:

„Unbeschadet der Artikel 77, 90 und 92 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, daß die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, daß sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Diese im Kompromißwege eingefügte Bestimmung¹⁵ wurde damit zwar nicht Bestandteil der Auflistung von Tätigkeiten der Gemeinschaft, gleichwohl aber am Ende des Ersten Teils des EGV positioniert und somit den „Grundsätzen“ dieses Vertragstextes zugeordnet.

Das hier endlich mit stärkeren Konturen versehene Subsidiaritätsprinzip wird schließlich ebenfalls tendenziell bewirken, daß das nationale Verfassungsrecht auch zukünftig für Themen der Wirtschaftsordnung durchaus noch von nachhaltiger Relevanz sein wird.

Schlußendlich bedeutet Art. F Abs. 1 EUV, wonach die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet, zuvörderst ein unübersehbares Indiz für den als notwendig erkannten Respekt vor identitätsstiftenden Elementen des nationalen Verfassungsrechts, welches der vielerorts geäußerten Befürchtung, infolge der europäischen Einigung verkämen die Verfassungen der Mitgliedstaaten zu bloßen Teilordnungen des öffentlichen Lebens, entgegengehalten werden kann, zugleich aber auch einen Hinweis auf zukünftige Spannungslinien namentlich beim Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene – wie er in Art. F Abs. 2 EUV bestätigt wird – und auf nationaler Ebene.

D. Usurpation des deutschen Wirtschaftslebens durch Extension staatsrechtlicher Thematisierung?

Nun sind hierzulande seit langem Tendenzen auf nahezu allen Feldern gesellschaftspolitischer Kontroversen zu beobachten, brisante Fragestellungen als spezifische Verfassungsrechtsfragen zu artikulieren und dann auch in der Konsequenz vom Bundesverfassungsgericht eine abschließende Antwort zu erwarten. Man spricht bereits von „Konstitutionalisierung der Tagespolitik“.¹⁶ Von solchem Ansinnen blieb denn auch der Wirtschaftssektor nicht verschont, angesichts eines umfangreichen Kanons wirtschaftlich relevanter Grundrechte, einschlägiger Staatsstrukturbestimmungen, Staatsziele und Verfassungsaufträge trotz wiederholt artikulierter verfassungsgerichtlicher Distanz gegenüber einer Systemfestlegung keineswegs überraschend. Übrigens auch aus Kompetenzbestimmungen lassen sich – bei aller interpretationsmethodisch gebotenen Zurückhaltung – vielfach materielle Aussageelemente entnehmen, wie dies denn auch das BVerfG für das Recht der Wirtschaft bereits einmal unternommen hat.¹⁷ Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG diskreditiert so keineswegs wirtschaftliche Macht als solche, sondern ermächtigt lediglich zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht (vgl. insoweit denn auch Art. 42 Abs. 2 S. 2 brandenb. Verf.).¹⁸ Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 a GG benennt als Gesetzgebungsthemata die Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken sowie die Errichtung und den Betrieb von Anlagen, die diesen Zwecken dienen. Nach sofortiger Umsetzung dieser ganz bewußt auch als materiell bedeutsame Legitimationsbasis zur Einführung einer risikobehafteten Technologie verstandenen Ermächtigung¹⁹ im Atomgesetz 1959 stellt sich heute, 40 Jahre später, die Frage, ob die Durchsetzung dieser Option konträrer autoritär-ökoromantischer Vorstellungen von einem unumkehrbaren Ausstieg, die zudem übrigens zumindest hinsichtlich der Implikationen für

die Wiederaufarbeitung in gewissem Widerspruch zu Buchstaben (insbes. Art. 2, 93, 192) und Geist des Euratom-Vertrags stehen dürften, der ja neben EGV und EGKSV gleichfalls dauerhafte Grundlage der Europäischen Union ist (Art. A Abs. III EUV), nicht auch vor verfassungsrechtlichen Hürden steht. Die Sinnhaftigkeit der Zerstörung einer arbeitsplatzintensiven, Klimaschutzziele (Stichwort: Kohlendioxidausstoß) fördernden und zudem im internationalen Vergleich als besonders leistungstark und sicher geltenden Technologie in diesem unserem Staat mitten in Europa, der auf fast allen Seiten umringt ist von Anlagen ebendieses Genres, wird augenscheinlich gar nicht mehr ernsthaft thematisiert, vielmehr so getan, als gehe es nicht auch um den Wirtschaftsstandort Deutschland innerhalb Europas, sondern um institutionelle Naturparkgewährleistungen für die Tonga-Inseln.

Die in den letzten Jahren außerdem verstärkte zu beobachtende Tendenz zur verfassungsrechtlichen Zementierung mühsam gefundener parteiübergreifender Kompromisse (Bsp.: Asylrecht, Wohnungsüberwachung) machte übrigens auch vor dem Wirtschaftssektor nicht halt. Bei der wettbewerberöffnenden Umgestaltung der Sektoren Schienenverkehr, Post und Telekommunikation etwa sind so spezielle Verfassungsrestriktionen in Art. 87e und 87f GG mit komplexen Gewährleistungen flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen, also mit weiteren Regulierungsansätzen zu beachten, ohne die eine Privatisierung der vormaligen Deutschen Bundesbahn resp. Bundespost (vgl. Art. 87 Abs. 1 a. F. GG) erst gar nicht zustande gekommen wäre. Umso mehr scheint es angebracht, wenigstens für den Wirtschaftsbereich Ermunterungen zu pauschalen Systembekenntnissen entgegenzutreten.

I. Referenzfälle

Vor diesem Hintergrund hier nun einige Referenzfälle zur Ausgangsthematik:

1. Ein verfassungsrechtliches Verdikt, daß die sog. Konvergenzkriterien nicht eingehalten und damit die Voraussetzungen zur Beteiligung Deutschlands und der übrigen Aspiranten am Zusammenschluß zur Euro-Zone nicht erfüllt seien, wurde von vier wackeren Streitern, darunter einem veritablen Ordinarius für öffentliches Recht, im Wege der Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Individualgrundrechte, namentlich auch auf Art. 14 GG, verlangt.²⁰
2. Die sog. freien Berufe sehen sich einerseits beträchtlichen Liberalisierungsschritten, andererseits aber auch zunehmender Regulierungsdichte aufgrund einer wahren Normierungsflut in allen wesentlichen Berufsfragen – beim Anwalt von der Sozietätsbildung bis zur Werbung, beim Kassenarzt darüber hinaus vom Praxissitz bis hin zum Verschreibungsbudget – ausgesetzt, partiell übrigens vom BVerfG mitinduziert durch das kammerunfreundliche Verdikt gegenüber dem klassischen Instrumentarium einer Richtliniensetzung der Selbstverwaltungsträger. Jüngste Streitfälle waren hier etwa die Patentgebührenüberwachung als eigenständige Serviceleistung²¹ und das Sozietätsverbot zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer.²²
3. Zum Schutz der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG werden Richter zur Inhaltskontrolle von solchen Verträgen verdonnert, die einen der Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und als Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke betrachtet werden.²³

4. Der Grad der Abschirmung der Gewerbefreiheit gegenüber behördlichen Einflüssen auf Verbraucherentscheidungen durch Hinweise, Empfehlungen und Warnungen wird in Verfassungsbeschwerden thematisiert, welche die Veröffentlichung einer Liste diethylenglykolhaltiger Weine durch das damalige Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit betreffen.
5. Staatliche Förderung regenerativer Energien geschieht hierzulande im wesentlichen nach dem Motto: „Wir haben potente Unternehmen als Zahlmeister gefunden“. Den Betreibern örtlicher Stromversorgungsnetze wurde durch §§ 2, 3 StromspeisungsG eine Abnahme- und Vergütungspflicht auferlegt, wobei die dem einzelnen Einspeiser zu zahlende Vergütung nicht an den hierdurch beim Versorgungsunternehmen vermiedenen Kosten orientiert ist, sondern ein recht opulentes Entgelt beinhaltet, das einerseits in großer Zahl Windkraftparks nicht nur an der Nord- und Ostseeküste, sondern selbst im Sauerland entstehen ließ, andererseits insbesondere in Norddeutschland küstennah operierende Versorgungsunternehmen auf die juristischen Barrikaden trieb, ein Thema sowohl für Luxemburg (Stichwort: wettbewerbsverzerrende staatliche Beihilfe) als auch für Karlsruhe (Stichworte: unzumutbarer Eingriff in die Berufsfreiheit, Verstoß gegen das Prinzip der Lastengleichheit).
6. Die durch EG-Binnenmarkt Richtlinien induzierte und durch Bundesgesetzgebung eigenständig weiter forcierte Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft bewirkt derzeit hierzulande einen massiven Druck auf Stromerzeuger wie auch auf die Betreiber von Versorgungsnetzen und hier namentlich auf die oft nur kleine Räume abdeckenden kommunalen Versorgungsbetriebe, deren Kunden nunmehr

nach Alternativen Ausschau halten dürfen – neue normative Regulative im Energiewirtschaftsgesetz 1998, welche zu verfassungsrechtlichem Gegenangriff unter Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG Anlaß gaben.

II. Zur verfassungsrechtlichen Dimension der Konfliktfälle

Diese Liste von für das Wirtschaftsleben am Standort Deutschland bedeutsamen aktuellen Verfassungsstreitigkeiten ließe sich mühelos erweitern. Hier soll aber nicht das Gesamtspektrum der wirtschaftlich relevanten Grundrechte skizziert und auch nicht das prallgefüllte, von inzwischen 450 Staatsrechtslehrern durch kreative Mixturen angereicherte Dogmatiklabor für Staatsorganisationsrecht und Grundrechtslehren, deren oft manierierte Einzelkonturen im übrigen Europa ungläubiges Staunen hervorrufen, einem verblüfften Publikum präsentiert, sondern lediglich exemplarisch darüber nachgedacht werden, ob und inwieweit es sich in jenen Themenkreisen wirklich als notwendig erweist, auch dort spezifisch verfassungsrechtliche Thematisierungen vorzunehmen.

1. Ein erster Einwand könnte sich daraus ergeben, daß Bundesverfassungsgericht und h. M. in der Staatsrechtslehre nach wie vor ja doch den Gedanken der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes verfolgen und eine Orientierung an Modellvorstellungen der Nationalökonomie zurückweisen. Hieran hat sich auch nach Einfügung des Staatszieles Umweltschutz in Art. 20a GG, welche alsbald den Impetus für Überlegungen in Richtung auf eine soziale und ökologische Marktwirtschaft bot und derzeit für Spekulationen um die Verfassungsfundierung des Prinzips der „Nachhaltigkeit“ die Basis bietet, nichts geändert. Diese Grundeinstellung darf freilich auf der anderen Seite nicht blind dafür machen, daß es –

wie bereits angedeutet – neben einschlägigen Staatsstrukturbestimmungen wie dem Solidarität mit den Schwachen anmahnen und damit das ethische Fundament der Wirtschaftsordnung in das Blickfeld rückenden Sozialstaatsprinzip²⁴ sowie Staatszielbestimmungen wie dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht und namentlich der bereits ins Visier genommenen Preisstabilität sehr wohl vor allem einen Kreis nachhaltiger auch ökonomisch relevanter Grundrechte gibt – hierzu gehören etwa die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die Berufsfreiheit des Art. 12 GG, die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, die Meinungs- und Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG – welche, wie *Friauf*²⁵ zu Recht bereits in den 70er Jahren deutlich herausgestellt hat, bedeutsame Koordinaten für den Wirtschaftsstandort Deutschland darstellen, die allesamt bei objektiv-rechtlicher Betrachtung basishomogene Marktwerte verkörpern und damit letztlich selbst aus der Perspektive von *Hayek*'s²⁶ ein gesondertes Bekenntnis zur Marktwirtschaft als überflüssig erscheinen lassen.

2. Ein zweiter Einwand wird vor allem in der Zivilrechtslehre mit Blick auf die dritte Referenzfallgruppe massiv erhoben. Bei den vom BVerfG geforderten gesetzlichen und fachgerichtlichen Ingerenzen in die Vertragsfreiheit aus Gründen sog. struktureller Ungleichheit handele es sich in Wahrheit um eine Pervertierung des zivilrechtlichen Leitgedankens der Privatautonomie und damit der grundsätzlichen Anerkennung der Selbstverantwortung mündiger Bürger.²⁷ Die vom BVerfG als „Oberregisseur“²⁸ deklarierten Gesichtspunkte für fehlende Selbstbestimmung im Verhältnis zwischen Privaten seien sämtlich Umstände, die sinnvoll nur über punktuelle Korrekturen, wie sie im Rahmen von § 138 BGB und § 242 BGB ermöglicht würden, zu beheben seien, allenfalls noch über die Statuierung von Auf-

klärungs- und Hinweispflichten, nicht aber über typusbezogene Aushebelung der Bindung an Verträge.²⁹

Die Kritik renommierter Zivilrechtslehrer („Irrweg“; „Fehlgriff, der korrigiert werden muß“)³⁰ richtet sich aber keineswegs gegen die Verwendung der Grundrechte als Wertungsprinzipien im Zivilrecht,³¹ also gegen materielle verfassungsrechtliche Thematisierung an sich – im Handelsvertreter-Fall sub signo Art. 12 GG, bei der Bürgschaft sub signo Art. 2 Abs. 1 GG –, sondern gegen eine allzugroße Bereitschaft, über objektivierende Grundrechtsdeutungen (Überdehnung von dem Zivilrechtsgesetzgeber auferlegten Schutzpflichten, Extension der Horizontalwirkungen unter Privaten) die Regelungsspielräume im Schuldrecht über Gebühr zu Lasten der Privatautonomie und der Rechtssicherheit einzuengen.

3. Im Zentrum aller verfassungsrechtlichen Überlegungen der auf Entfaltungsfreiheit bedachten Wirtschaftstreibenden dürfte in den letzten Jahren aber nicht die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), sondern das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gestanden haben, welches als „Hauptgrundrecht der freien wirtschaftlichen Betätigung“³² gilt, in vorderster Linie für eine Absicherung und Verstärkung individueller Marktchancen durch Innovation, Kreativität, Initiativkraft und Risikobereitschaft streitet und darum im folgenden auch zentral im Blickfeld stehen soll. Es gilt wohl zu Recht als der Gradmesser schlechthin für wirtschaftliche Freiheit.³³ Veranlassung zu kritischer Würdigung seiner Durchsetzungskraft im Gefüge der zahlreichen Verfassungswerte bietet nicht zuletzt die beschämende Einsicht, daß der Bundesrepublik Deutschland bei internationalen Vergleichsuntersuchungen (z. B. „Index of Economic Freedom“) in jüngerer Zeit vermehrt attestiert wurde, der Grad der hierzulande gewährten wirtschaftlichen Freiheit sei rückläufig, was durchgängig zum Ausschluß aus der Spitzengruppe

der Industriestaaten geführt hat.³⁴ Es war hier in diesem Raum, und zwar 1992 bei dem Symposium „Germania restituta“, daß sich der damalige Präsident des BVerfG, *Roman Herzog*, bereits darüber mokierte, daß sich das von ihm repräsentierte Gericht gerade bei diesem Grundrecht der Berufsfreiheit statt mit ordnungsrechtlichen Grundthesen immer öfter eher „mit der dritten Stelle hinter dem Komma“ befaßt.³⁵

III. Anmerkungen zum Grad der Wirtschaftsfreiheit am Standort Deutschland

1. Berufsfreiheit als Abwehrrecht gegen staatliche Ingerenzen

Art. 12 Abs. 1 GG enthält zunächst ein für das Arbeits- und Wirtschaftsleben zentrales Freiheitsrecht, das dem Einzelnen die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zur materiellen Sicherung seiner individuellen Lebensgestaltung ermöglicht. Die primäre Gewährleistungsdimension des Art. 12 liegt damit in seiner Funktion als subjektives Recht zur Abwehr sämtlicher gezielt gegen die berufliche Freiheit gerichteter Ingerenzen. Er wurde in den letzten Jahren vor allem für Liberalisierungsschritte im Bereich der klassischen freien Berufe in Anspruch genommen und wird insofern auch weiterhin die zentrale Schutznorm bilden. Nicht einbezogen ist hier allerdings die Abwehr von Konkurrenz, eine Einschränkung, die nach bisheriger Rspr. grundsätzlich auch für Aktivitäten staatlicher Eigenwirtschaft gelten soll, solange dadurch nicht die privatwirtschaftliche Betätigung in unerträglichem Maße eingeschränkt werde, eine Auszehrung der privaten Konkurrenz vorliege oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand entstehe.³⁶

2. Der Beruf als individuelles Wirtschaften sicherndes Schutzthema

Das für diese Verfassungsgarantie zentrale Tatbestandsmerkmal „Beruf“ umfaßt nicht lediglich gesellschaftlich oder rechtlich vorgeprägte Berufsbilder, sondern ist als ein weit auszulegender, prinzipiell für individuelle Kreativität offener Begriff zu verstehen,³⁷ umgreift daher auch eine Vielzahl untypischer Tätigkeitsformen, wie etwa Handeln mit loser Milch,³⁸ gewerbsmäßiges Fremdaufstellen von Gewinnspielgeräten,³⁹ „Heilmagnetisieren“⁴⁰, den Betrieb einer Deckhengststation⁴¹ oder – wie jüngst unter Einbeziehung europäischer Entwicklungen im freiberuflichen Bereich entschieden – die Patentgebührenüberwachung.⁴²

Erfaßt sind gleichermaßen selbständig wie unselbständig ausgeübte Tätigkeiten. Art. 12 kommt so – wie schon in BVerfGE 7, 377 (397) nicht ohne Pathos vermerkt – „Bedeutung für alle Schichten“ zu. Freilich ist die Berufsfreiheit in der Rechtsprechungspraxis zuvörderst ein „Grundrecht des Mittelstandes“ geblieben.⁴³ Die Formel „Arbeit als Beruf“ bezeichnet demgegenüber im Ansatz treffend einen arbeitnehmerorientierten Teilaspekt des Grundrechtsschutzes zur Sicherung der „Selbstbestimmung in der arbeitsteiligen Industriegesellschaft“.⁴⁴

Häufig wird der Begriff des Berufes in Rechtsprechung und Literatur auf „erlaubte“ Tätigkeitsformen begrenzt. Sofern dabei dieses Erfordernis allein anhand der Skala der Verbotsgesetze bemessen wird, ist dagegen zu Recht der Vorwurf einer einfachgesetzlichen Aushöhlung der Berufsfreiheit erhoben worden. Dem Grundrecht des Art. 12 kommt doch gerade die Funktion zu, darüber zu entscheiden, ob eine Tätigkeit durch den Gesetzgeber verboten werden darf; sein Schutzbereich kann mithin nicht bereits durch das Kriterium des Erlaubtseins begrenzt sein. Mit Rücksicht auf den umfassenden individualorientierten Schutzzweck des Grundrechts und die Gefahr definitorischer Mißbräuche ist in einer pluralistischen

Ordnung auf einem neutraleren Verständnis hinsichtlich der Sozialwertigkeit menschlicher Betätigungen zu bestehen, so daß grundsätzlich auch Tätigkeitsformen wie Prostitution oder Waffenhandel im Ansatz dem Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit unterfallen. Eine definitorische Ausschaltung läßt sich nur dort vertreten, wo eine Tätigkeit evident dem Menschenbild des Grundgesetzes entgegensteht (Bsp.: Killer; Rauschgift-Dealer) und damit zentralen verfassungsrechtlichen Wertungen und nicht lediglich allgemeinen sozialetischen Vorstellungen in der Bevölkerung widerstreitet. Von solchen komplizierten Erwägungen hat sich das BVerfG in seinem kürzlich verkündeten Urteil zum bayerischen Schwangerenhilfegergänzungsgesetz gänzlich ferngehalten und ebenso salopp wie pauschal der ärztlichen Vornahme auch rechtswidriger Schwangerschaftsabbrüche den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG nicht versagt, dem Betreiber von Abtreibungskliniken sogar berufsbezogenen Vertrauensschutz selbst dann zugestanden, wenn es sich nicht um einen Gynäkologen, sondern um einen Allgemeinmediziner handelt.⁴⁵

3. Ausprägungen der Freiheit der Berufsausübung

Die Freiheit der Berufsausübung gewährleistet die Gesamtheit der mit der Berufstätigkeit, ihrem Ort, ihren Inhalten, ihrem Umfang, ihrer Dauer, ihrer äußeren Erscheinungsform, ihren Verfahrensweisen und ihren Instrumenten zusammenhängenden Modalitäten der beruflichen Tätigkeit und umgreift so eine Reihe von Einzelfreiheiten wie

- die unternehmerische Organisationsfreiheit, namentlich in Gestalt der privatautonomen Rechtsformenwahl oder der Freiheit gemeinsamer Berufsausübung – gerade bei den freien Berufen von nach-

haltigem Interesse –,

- die berufliche Dispositionsfreiheit einschließlich der Investitionsfreiheit, der Wahl der Produktionspalette und der Verpackung der Produkte, der Vertriebsfreiheit (einschl. Export und Import: Außenwirtschaftsfreiheit) und der freien Vertrags- und Preisgestaltung, ein Aspekt, der namentlich im Fall der gesetzlichen Vergütungsfestlegung für Strom einspeisungen belangvoll ist,
- die Wettbewerbsfreiheit und die Freiheit der beruflichen Außendarstellung einschließlich der Werbung für Produkte, damit insgesamt die Werbefreiheit,
- die Führung des eigenen Namens und bestimmter Berufsbezeichnungen sowie
- die wirtschaftliche Verwertung der beruflich erbrachten Leistung.

Die Benennung derartiger Teilfreiheiten verdeutlicht lediglich den Schutzbereich, ohne den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Unternehmer auf Teilaspekte zu verengen. Als „Unternehmerfreiheit“ geschützt sah so das BVerfG unlängst „die Dispositionsbefugnis des Unternehmers über die ihm und seinem Unternehmen zugeordneten Güter und Rechtspositionen“, fügte sodann aber noch einschränkend hinzu, diese Gewährleistung verfestige nicht eine bestehende Gesetzeslage zu einem grundrechtlich geschützten Bestand.⁴⁶

4. Schutz auch gegen faktische Einwirkungen des Staates

Als Konsequenz aus der Beobachtung, daß im modernen Leistungsstaat der Gegenwart staatliche Einwirkungen auf Grundrechtspositionen nicht mehr nur im

Wege gezielter Verbote und Gebote wie der Festlegung der Vergütungssätze für Strom einspeisung regenerativer Energien, sondern auch durch abgabenrechtliche Regelungen und staatliche Planung, Subventionierung oder als Folge einer Wahrnehmung von Aufgaben der Leistungsverwaltung bewirkt werden, gewährt das Abwehrrecht des Art. 12 Abs. 1 GG auch Schutz vor sog. faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen wie staatlichen Produktwarnungen.

Aus den in der Verfassung verankerten Regierungskompetenzen hat das BVerwG zutreffend die Befugnis der Bundesregierung zur Information und Warnung der Öffentlichkeit bei Gesundheitsgefahren abgeleitet.⁴⁷ Literarischen Postulaten nach einfachgesetzlicher Bekräftigung in Befugnisnormen, wie sie für nachgeordnete Verwaltungsbehörden berechtigt sein mögen, ist hier aber entgegenzuhalten, daß damit der Normenhierarchie nicht hinreichend Rechnung getragen wird und zudem geradezu eine Ermunterung zu einer weiteren Normierungsflut erfolgt. Insofern sei dem Bundesverfassungsgericht im vorgenannten Fallkomplex zu Behutsamkeit und zurückhaltenden Formulierungen geraten.

5. Kein Freiheitsschutz für juristische Personen des öffentlichen Rechts

Nun können sich aber – und dies ist vor allem für den im Fall 6 genannten Abwehrkampf der Kommunalwirtschaft bedeutsam – juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht auf Art. 12 GG oder Art. 14 GG berufen; sie sind nicht in Ausübung von Freiheitsrechten, sondern aufgrund einer Kompetenzeräumung tätig. Dies gilt auch bei erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit, so daß kommunalrechtliche Restriktionen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden aus der Perspektive des Art. 12 im Ansatz unbedenklich erscheinen. Ebenso bleibt

Bund und Ländern die Berufung auf Art. 12 verwehrt, wenn sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben privatrechtlicher Tochtergesellschaften bedienen.

Vor diesem grundrechtlichen Hintergrund lag es nahe, daß sich kommunale Körperschaften zur Abwehr gegen normative Liberalisierungsschritte bei der örtlichen Stromversorgung nunmehr gezielt auf die Verfassungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG berufen haben. Durch diese institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist der Grundsatz der Universalität oder Allzuständigkeit des kommunalen Wirkungskreises gewährleistet, der sich anerkanntermaßen auch auf traditionelle gemeindliche Aktivitäten der Daseinsvorsorge wie auf die Möglichkeit, zur Realisierung legitimer öffentlicher Zwecke auf dem Wirtschaftssektor tätig zu werden, erstreckt und dies nicht unbedingt allein, jede für sich, sondern auch im Wege kommunaler Kooperation. Art. 28 Abs. 2 GG, einer Kompetenzgarantie im Abschnitt II des Grundgesetzes („Der Bund und die Länder“), allein kann hier kaum pauschal wettbewerbsgestaltende oder gar determinierende Wirkung zukommen. Zu fragen ist vielmehr heutzutage mit besonderem Nachdruck, ob nicht Anlaß besteht, den Grundrechtsschutz Privater aus Art. 12 GG auch darauf zu erstrecken, daß Hoheitsträger als Konkurrenten auf Feldern wirtschaftlicher Betätigung nicht außerhalb ihres gesetzlich fundierten und damit limitierten Kompetenzbereichs agieren und daß sie des weiteren die ihnen durch das grundrechtlich wie rechtsstaatlich verankerte Übermaßverbot gezogenen Schranken beachten. Schließlich ist allgemein anerkannt, daß die Berufsfreiheit nicht nur gegen gezielte Eingriffe, sondern auch gegen faktische hoheitliche Einwirkungen schützt.⁴⁸ Es handelt sich im Falle spürbarer Beeinträchtigungen aber in der Tat um einen „Eingriff durch Konkurrenz“. Das dogmatische Postulat der berufsregelnden Tendenz bietet insoweit mit Blick auf die Legaldefinition kommunalwirtschaftlicher

Betätigung in § 107 Abs. 1 S. 2 nw.GO durchaus eine tragfähige Basis für ein *extensiveres Verständnis als bislang üblich*.

Bei einem solchen Ansatz wäre auch eine im Interesse des Wirtschaftsstandorts Deutschland liegende flächendeckende, von privaten Wettbewerbern initiierte verwaltungs- und verfassungsgerichtliche Kontrolle gewährleistet, ohne daß jeweils – wie bisher – nach dem Schutzzweck der einzelnen landesrechtlichen Vorgaben gefragt werden müßte. Auch wäre dann weiteres zivilgerichtliches Operieren (z. T. dann auch: Dilettieren) in Fragen des Verwaltungsorganisationsrechts, wie *seitens des OLG Hamm in Sachen „Gelsengrün“*, gestützt auf § 1 UWG, um überhaupt gerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen, überflüssig geworden.

6. Objektive grundrechtliche Gewährleistungsdimension

Für die Wirtschaftsordnung bildet Art. 12 zugleich eine materielle verfassungsrechtliche Grund- bzw. Wertentscheidung, eine wertentscheidende Grundsatznorm,⁴⁹ welche die Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers bei der Ordnung des Wirtschaftslebens dirigiert und auch positive Schutzpflichten impliziert. Bestimmte Anforderungen an die Art und das Maß des Schutzes lassen sich der Berufsfreiheit aber nicht entnehmen: Die staatlichen Organe, denen die Wahrung des GG als ganzes anvertraut ist, haben bei der Erfüllung der Schutzpflicht einen weiten Gestaltungsspielraum. Das BVerfG kann mithin die Verletzung einer Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen wurden oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.⁵⁰ Mit diesem sehr viel zurückhaltender als früher

formulierten Prüfungsansatz müßten auch die auf Wahrung der Selbständigkeit des Zivilrechts bedachten Kritiker leben können.

Die Zurückweisung der Euro-Klage erweist sich so übrigens als konsequent; einem mit objektiv-rechtlichen Grundrechtsgewährleistungen begründeten Individualanspruch auf Geldwertsicherung durch bestimmtes Regierungshandeln stehen denn wohl doch gewichtige originäre, in der Verfassung selbst verankerte gouvernementale Einschätzungsspielräume entgegen.

7. Normativer Regelungsvorbehalt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG)

Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Mit „Regelung“ meint die Verfassung nicht weitere Einschränkungen über die im Grundrecht selbst angelegte Grenzen hinaus, sondern grundrechtsgeleitete Ausgestaltung, Konturierung und Konkretisierung. Von der Judikatur des BVerfG, die bei grundrechtswesentlichen Entscheidungen einen Parlamentsvorbehalt statuiert, verdrängt wird die zweite Alternative im Verfassungstext. Der Stellenwert von Satzungen wirtschaftlicher oder freiberuflicher Selbstverwaltungskörperschaften wurde dadurch beträchtlich gemindert, daß alle substantiellen Aussagen im Gesetz selbst getroffen sein müssen.

8. Umfassend angelegte Verhältnismäßigkeitsprüfung

Bei der materiellen Beurteilung von Ingerenzen in die Berufsfreiheit hat das BVerfG durch Kombination der ursprünglichen Stufentheorie mit flexibleren Legitimationskriterien des Übermaßverbots⁵¹ eine verfeinerte Dogmatik zum Segen der Einzelfallgerechtigkeit entwickelt, bei der freilich der – mindestens

gleichgewichtige – Belang der Vorhersehbarkeit bei weitem zu kurz kommt. Mit Blick auf die im fünften Fall thematisierte Vergütungspflicht à la Stromeinspeisungsgesetz ist nicht nur an die Aussage im Kohlepfennig-Beschluß⁵² zu erinnern, wonach die Energieversorgung – dort unter Einsatz von Steinkohle, hier unter Einsatz regenerativer Energien – ein Interesse der Allgemeinheit darstellt – dort durch den feinsinnigen Vergleich mit dem Interesse am täglichen Brot illustriert –, ein Interesse, das deshalb als Gemeinlast durch Steuern finanziert werden muß, sondern auch darauf aufmerksam zu machen, daß sub signo Berufsfreiheit die tatsächlichen Wirkungen einer solchen staatlichen Maßnahme umfassend zu würdigen sind und daß namentlich ein faktischer Zwang zu quasi unentgeltlicher Berufsausübung besonders sorgfältiger Begründung bedarf.⁵³

IV. Folgerungen

1. Die vorangegangenen Überlegungen dürften als erstes deutlich gemacht haben, daß verfassungsrechtliche Thematisierungen gerade auch bei staatlichen Ingerenzen ins Wirtschaftsleben unverzichtbar sind, sei es, daß die staatliche Wirtschaftsteilnahme und damit ordnungspolitisch bedeutsame Weichenstellungen im Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in Rede stehen (Stichwort: Staatskorridor), sei es, daß die Intensität regional, sektoral oder betriebsgrößenorientierter staatlicher Wirtschaftsförderung, -strukturgestaltung und -lenkung, die Wahrnehmung von Regulierungsfunktionen oder punktuell die Absicherung von Freiheitsräumen resp. Statuierung von Gemeinwohlbindungen für Wirtschaftstreibende mit Blick auf Zulassungsbeschränkungen oder Ausübungsregelungen den Diskussionsstoff bildet. Hier geht es um notwendige verfassungsrechtliche Diszi-

plinierung der öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger in ihrer jeweils unterschiedlichen Rolle.

2. Die Einfügung einer – wie auch immer näher konturierten – Textformel mit einem prinzipiellen Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft im Grundgesetz, wie sie etwa unlängst wieder von *Häberle* propagiert wurde,⁵⁴ dürfte nach wie vor eher nicht zu empfehlen sein, sofern man die Grundlinie der Ablehnung politisch-programmatischer Festschreibungen beizubehalten gedenkt und sofern die wirtschaftlich relevanten Grundrechte – und hier namentlich Art. 12 GG – mit ihren primär subjektiv-rechtlichen, aber auch ergänzenden objektiv-rechtlichen Gewährleistungsdimensionen ernst genommen werden. Selbst eine ausdrückliche Anerkennung der Unternehmensfreiheit „im Rahmen der Marktwirtschaft“, wie sie in Art. 38 Satz 1 der spanischen Verfassung verankert ist, hat es dort schließlich nicht vermocht, signifikante Veränderungen gegenüber den Resultaten der deutschen primär grundrechtsgeleiteten Verfassungsdogmatik für das Wirtschaftsleben zu bewirken.

3. Diese deutsche Verfassungsrechtsdogmatik steht gleichwohl – dies konnte hier mehrfach angedeutet werden – derzeit im Angesicht einer fast 100 Bände umfassenden Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, einer stattlichen, noch im Wachsen begriffenen Anzahl von Grundgesetzkommentaren, eines nunmehr neunbändigen Handbuchs des Staatsrechts und einer angsterregenden Flutwelle von Monographien namentlich zu den Grundrechtslehren vor einer entscheidenden Weichenstellung: Zunehmende Zementierung ein-fachgesetzlicher Ordnungsoptionen und fachgerichtlicher Beurteilungen durch einen Verfassungsgüterkodex, ein immer engmaschiger werdendes Geflecht strikt

verständener Verfassungsvorgaben – käme jetzt auch noch der Tierschutz hinzu, dürften Rufe nach einer Kulturstaatsverbürgung sowie einer Sportförderungsklausel kaum mehr zu stoppen sein; also: Weg frei für akrobatische Jongleurleistungen bei multipolaren Verfassungsgüterabwägungen resp., mit einem Schuß Sarkasmus, „Auf zum Verfassungslotto“ – oder Rückkehr zum ursprünglichen Verständnis des Grundgesetzes als einer fragmentarischen, eher direktiven denn dezi- sionären, in jedem Falle aber dynamischen Rahmen-Ordnung für im wesentlichen einfachgesetzlich – und hier auf manchem Sachgebiet denn auch im föderalisti- schen Wettbewerb kontrastierend^{54a} – statuierte und durch untergesetzliche Re- gelungswerke, insbesondere auch Satzungen von Selbstverwaltungskörperschaf- ten, flexibel und sachnah konturierte Teilrechtsordnungen.

Für die Erfüllung grundgesetzlicher Zielvorgaben steht dem Gesetzgeber schließ- lich oft genug eine Vielzahl gleichermaßen zulässiger Alternativen zur Verfü- gung.⁵⁵ Auch bedarf entgegen einer übersteigerten Dogmatik denn doch wohl nicht jede staatliche Aktivität der gesetzlichen Basis. Die Lehre vom Totalvorbe- halt des Gesetzes ist hierzulande aus guten Gründen nicht umgesetzt worden. Auch Verwaltung und Fachgerichte haben eigene, ihrerseits in der Verfassung verankerte Gestaltungs- resp. Beurteilungsoptionen, die von der Verfassungsge- richtsbarkeit tunlichst stärker zu respektieren sind.

4. Speziell für den Wirtschaftsstandort Deutschland wichtig ist, daß die wirtschaftli- chen Grundrechte bei anstehenden Güterabwägungen mit anderen (kulturellen, sozialen, kommunikativen, ökologisch ausgerichteten) Verfassungsgütern nicht schlankweg a priori in eine Position des Nachrangs geraten: gerade auch die Be-

rufsfreiheit etwa ist nämlich ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Auch ohne explizite Garantie der Wettbewerbsordnung im Sinne einer prinzipienhaften makroökonomischen Institutionalisierung vermittelt im Kranz der vorgenannten wirtschaftlich relevanten Grundrechte namentlich Art. 12 durch Freiheitsschutz für individuelle Berufswahl und Berufsausübung funktionstypische Elemente einer marktorientierten und wettbewerblich organisierten Wirtschaftsordnung. Freiheit der Berufsausübung heißt eben in der Tat notwendig zugleich Wettbewerb.⁵⁶

5. Generelles Motto sei: Auswüchsen einer Hypertrophie der deutschen Staatsrechtslehre, namentlich einer ausufernden Grundrechtsdogmatik (mit übersteigerten Objektivierungen, Überdehnung staatlicher Schutzpflichten und exzessiver Nutzung verfassungskonformer Auslegung) gilt es, wie dies namentlich *Bettermann* – mit Engagement, allerdings nicht mit erkennbarem Erfolg – unternommen hat⁵⁷, beharrlich entgegenzutreten. Selbst *Dieter Grimm* hat schließlich erkennen müssen, daß Verfassungspfektionismus in Verfassungsirrelevanz umschlagen kann,⁵⁸ ohne daß man freilich den Eindruck gewinnen muß, daß diese Einsicht denn auch auf die Judikatur der Ersten Senats des BVerfG voll durchgeschlagen hätte. Hier aber dogmatische Positionen im einzelnen kritisch zu beleuchten, wäre wiederum ein eigenständiges Vorlesungsthema.

Anmerkungen:

- ¹ Genannt seien hier stellvertretend die posthum publizierte Schrift von *H. Peters*, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, 1969, sowie aus der Feder von *K. Stern* namentlich das auf fünf Bände angelegte Werk „Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“.
- ² Publiziert in: *Betriebs-Berater* 1977, 1617 ff.
- ³ BVerfGE 4, 7 (17 f.); siehe des weiteren auch BVerfGE 7, 377 (400); 14, 263 (275); 50, 290 (338); 57, 139 (167).
- ⁴ Siehe dazu das Bundesgesetz v. 25.6.1990 (BGBl. II S. 518).
- ⁵ Anders augenscheinlich *H. H. Rupp*, *Die Soziale Marktwirtschaft in ihrer Verfassungsbedeutung*, in: *HdbStR IX* (1997), S. 129 ff. (134 f.); *P. Badura*, *Staatsziele und Garantien der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, in: *Festschrift für K. Stern*, 1997, S. 409 ff. (420).
- ⁶ Vgl. insoweit letztons *H. Steiner*, *Der Kurzschluß der Marktwirtschaft*, 1999.
- ⁷ Zu dieser bereits angesprochenen „Verklammerung“ der Gemeinschaftsordnung und der deutschen Verfassungsordnung siehe *P. Badura*, in: *Festschrift für K. Stern*, S. 411 ff.; dazu auch die Beiträge in: *J. Schwarze* (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998; *S. Hobe*, *Der Staat 1998*, 521 ff.
- ⁸ So *G. Langguth*, in: *C. O. Lenz* (Hrsg.), *EG-Vertrag, Komm.*, 1994, Art. 3 a Rdn. 1; vgl. auch *P.-Chr. Müller-Graff*, *Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, *EuR* 1997, 433 ff.; *J. Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), *aaO*, S. 163 m.w.N.
- ⁹ So BVerfGE 89, 155 (208).
- ¹⁰ BVerfGE 97, 350 (376).
- ¹¹ So bereits *G. Strickrodt*, *Finanzrecht*, 1975, S. 261 f.
- ¹² BVerfGE 89, 201: „Verfassungspflicht“.
- ¹³ Siehe nunmehr auch die *GeschO* der EZB v. 7.7.1998 (ABl. Nr. L 338 v. 15.12.1998, S. 28)
- ¹⁴ *EuGH*, *Slg.* 1992 I, 829 (865 Tz. 18); 1995 I, 1985 (2010 f. Tz. 18). – Siehe auch bereits *EuGH*, *Slg.* 1968, 85 (113) zur mißbräulichen Ausnutzung von Patenten, wo allerdings auf Art. 222 EGV nicht ausdrücklich eingegangen wurde.
- ¹⁵ Zu ihr näher *P. J. Tettinger*, *RdE* 1999, 45 ff.
- ¹⁶ Vgl. *W. Schäuble*, in: *FAZ*, Nr. 214 v. 13.9.1996, S. 12.
- ¹⁷ BVerfGE 41, 205 (228); zu der dort gezogenen konkreten Folgerung kritisch *P. J. Tettinger*, in: *Sachs*, *GG, Komm.*, 2. Aufl. 1999, Art. 12 Rdn. 173.
- ¹⁸ Siehe *P. J. Tettinger*, *aaO*, Rdn. 175.
- ¹⁹ *Chr. Degenhart*, in: *Sachs*, *GG, Komm.*, Art. 74 Rdn. 44 registriert hier zutreffend eine materielle Entscheidung für die Verfassungsmäßigkeit der Kernenergienutzung.
- ²⁰ Vgl. BVerfGE 97, 350 (362).
- ²¹ BVerfGE 97, 12 ff.
- ²² BVerfG, *NJW* 1998, 2269 ff.
- ²³ BVerfGE 89, 214 (229 f., 234) – Bürgerschaft –; vorher bereits BVerfGE 81, 242 – Handelsvertreter –, dort in Anwendung von Art. 12 GG.
- ²⁴ Dazu etwa *H. H. Rupp*, *aaO*, S. 146 m.w.N.
- ²⁵ *DÖV* 1976, 624 (625).
- ²⁶ *F. A. von Hayek*, *Wirtschaft, Wissenschaft und Politik*, *Freiburger Studien*, 1969, S. 1 ff. (12): „Das Hauptergebnis der Theorie der Marktwirtschaft ist also, daß unter allgemeinen Bedingungen ... der Wettbewerb eine Anpassung an zahllose Umstände bewirkt, die in ihrer Gesamtheit keiner Person oder Behörde bekannt sind oder bekannt sein können, und daß daher diese Anpassung nie durch zentrale Lenkung der Wirtschaft hervorgebracht werden kann.“
- ²⁷ So etwa *W. Zöllner*, *AcP* 196 (1996), S. 1 ff.; *U. Diederichsen*, *Jura* 1997, 57 ff.; siehe dazu auch *O. Depenheuer*, *Thür. VBl.* 1996, 270 ff. m.w.N.
- ²⁸ So *W. Zöllner*, *aaO*, S. 2.
- ²⁹ Vgl. *dens.*, *aaO*, S. 30 f.
- ³⁰ So *U. Diederichsen* (*Jura* 1997, 57) resp. *W. Zöllner* (*aaO*, S. 36).
- ³¹ So denn auch ausdrücklich *W. Zöllner*, *aaO*, S. 9.
- ³² *F. Ossenbühl*, *AöR* 115 (1990), S. 1 ff. (5).
- ³³ Vgl. dazu etwa in rechtsvergleichender Betrachtung *A. Wasilewski*, *Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht*, in: *Festschrift für F. Koja*, 1998, S. 465 ff.
- ³⁴ *Nachw.* bei *P. J. Tettinger*, *NuR* 1997, 2.

- ³⁵ So ausdrücklich *R. Herzog*, in: J. Burmeister u. a. (Hrsg.), *Germania restituta*, 1993, S. 161 (172) mit plastischem Beispiel für „ein bißchen Berufsfreiheit“.
- ³⁶ Vgl. BVerwGE 39, 329 (336); BVerwG, NJW 1995, 2938 (2939); Hess.VGH, DÖV 1996, 475 (477).
- ³⁷ BVerfGE 7, 377 (397); 14, 19 (22); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 80, 70 (85); BVerwGE 91, 24 (31); 96, 293 (296); 96, 302 (307); BVerwG, DVBl. 1994, 760 (761).
- ³⁸ BVerfGE 9, 39 (48).
- ³⁹ BVerfGE 31, 8 (27 f.).
- ⁴⁰ BVerwGE 94, 269 (277).
- ⁴¹ BVerfG, NJW-RR 1994, 663 (664); NJW 1996, 1203.
- ⁴² BVerfGE 97, 12 ff.
- ⁴³ So zutreffend *F. Ossenbühl*, AöR 115 (1990), 1 (6 f.).
- ⁴⁴ BVerfGE 41, 251 (264).
- ⁴⁵ BVerfG, EuGRZ 1998, 545 ff.
- ⁴⁶ BVerfG, NJW 1998, 1547 (1549) betr. Sonderabschreibungen für Handelsschiffe.
- ⁴⁷ BVerwGE 87, 37 (46 ff.); BVerwG, NJW 1996, 3161.
- ⁴⁸ Vgl. *P. J. Tettinger*, in: Sachs, Art. 12 Rn. 72 ff.
- ⁴⁹ BVerfGE 7, 377 (404).
- ⁵⁰ BVerfGE 92, 26 (46) – „Zweitregister“ – m. w. N.
- ⁵¹ Vgl. BVerfGE 95, 173 (183).
- ⁵² BVerfGE 91, 186 (206).
- ⁵³ Siehe dazu *P. J. Tettinger*, in: Sachs, Art. 12 Rdn. 102 a; vgl. auch *J. Ennuschat*, RdE 1996, 182 ff. (185).
- ⁵⁴ *P. Häberle*, Soziale Marktwirtschaft als „Dritter Weg“, ZRP 1993, 383 ff.
- ^{54a} Siehe etwa jüngst *N. Berthold*, Der Förderlismus und die Arbeitslosigkeit: Eine vernachlässigte Beziehung, in: List Forum 24 (1998), S. 345 ff.
- ⁵⁵ So selbst *D. Grimm*, Staatsaufgaben, 1994, S. 637.
- ⁵⁶ BVerfGE 87, 363 (388).
- ⁵⁷ *K. A. Bettermann*, Hypertrophie der Grundrechte, 1984.
- ⁵⁸ Siehe *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 17.

