JUS PUBLICUM
14

Michael Brenner

Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PUBLICUM

Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 14

Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union

von

Michael Brenner

J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Brenner, Michael:
Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union / von Michael Brenner. - Tübingen : Mohr, 1996
(Jus publicum ; Bd. 14)
Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Gestaltungsauftrages der Verwaltung in der Europäischen Union
ISBN 3-16-146552-0
NE: Ius publicum
978-3-16-158065-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1996 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Präzis-Druck in Karlsruhe aus der Garamond Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Weissenstein in Pforzheim gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden

ISSN 0941-0503

Vorwort

Die Arbeit lag im Sommer 1994 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München unter dem Titel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Gestaltungsauftrages der Verwaltung in der Europäischen Union" vor und wurde von dieser als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im Frühjahr 1994 abgeschlossen. Für die Veröffentlichung wurden Kürzungen vorgenommen. Soweit möglich, wurden Literatur und Rechtsprechung bis Ende 1994 in den Fußnoten berücksichtigt.

Mein besonderer und aufrichtiger Dank gilt an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Peter Badura. Die Freiheit und Zeit, die er mir als Assistent zu eigenständigem Arbeiten gewährte, haben ebenso wie die umfassende Betreuung wesentlich dazu beigetragen, daß die Arbeit zügig fertiggestellt werden konnte. Seiner Unterstützung und Förderung, seinem Rat, seinen Anregungen und seinem Ansporn habe ich viel zu verdanken. An die prägenden Jahre an seinem Lehrstuhl werde ich immer gerne zurückdenken.

Herzlich Dank sagen möchte ich auch Herrn Professor Dr. Peter Lerche für die überaus schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

München, im August 1995 Michael Brenner

Inhaltsübersicht

§ 1. Einleitung und Problemstellung 1

Erster Teil: Öffentliche Gewalt und Wirtschaft im neuen Ordnungsrahmen 7

§ 2. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als sich wandelnde Koordinaten privater Wirtschaftstätigkeit 7

§ 3. Die deutsche Verfassungsordnung angesichts der Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union 65

§ 4. Ordnungsprinzipien deutscher Wirtschaftsverwaltung unter den Bedingungen des Gemeinschaftsrechts 121

Zweiter Teil: Gewaltenteilung und Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Europäischen Binnenmarkt 157

§ 5. Mitgliedstaatliches Gewaltenteilungsprinzip und gemeinschaftsspezifische Funktionenordnung 157

§ 6. Die Stellung der Verwaltung in der europäisch integrierten Bundesrepublik 191

§ 7. Mitgliedstaatliches Gesetzmäßigkeitsprinzip und gemeinschaftsrechtliches Rechtmäßigkeitsprinzip 235

Dritter Teil: Die Gestaltungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung.. 281

§ 8. Wirtschaftsgestaltung in ausgewählten Sektoren 281

§ 9. Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung in Deutschland und Europa 363

§ 10. Zusammenfassung und Ausblick 415

Literaturverzeichnis 435

Stichwortverzeichnis 463

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

§ 1. Einleitung und Problemstellung 1

Erster Teil
Öffentliche Gewalt und Wirtschaft
im neuen Ordnungsrahmen

§ 2. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als sich wandelnde Koordinaten privater Wirtschaftstätigkeit 7

1. Recht und Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland 10

a) Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als normative Rahmenordnung privaten Wirtschaftens 10
b) Staatsziele als wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung 12
aa) Das Sozialstaatsprinzip 12
bb) Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht und Wachstumsvorsorge 15
cc) Freiheitssicherung 16

2. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft als Ausgleich sozialstaatlicher Verantwortung und individueller Freiheit... 19

a) Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage privatautonomen Wirtschaftens 19
b) Die Wirtschaftsfreiheit als grundrechtliches Schutz- und Ordnungsziel 21
c) Die staatliche Verantwortung für die Wirtschaft 24

3. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Systemgarantie 28

a) Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes und Systemgarantie des Gemeinschaftsrechts 28
aa) Die Rechtslage in Deutschland 28
bb) Die Systemgarantie des Gemeinschaftsrechts 29

(1) Ordnungsprinzipien der europäischen Wirtschaftsverfassung 30
(2) Die Gemeinschaftsverfassung als Verfassung einer geordneten Wettbewerbswirtschaft 33
(3) Systemgarantie und Funktionsgarantien im Gemeinschaftsrecht 36
(4) Fazit 39
b) Der Grundsatz der europäischen Marktfreiheit 40
c) Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Systemgarantie 45
d) Zusammenfassung 48

4. Die europäische Integration als Prozeß notwendiger Homogenisierung mitgliedstaatlicher Wirtschaftsordnungen 50

a) Die begrenzte Leistungsfähigkeit nationalstaatlicher Wirtschaftsordnungsmodelle: Integration als (welt-)wirtschaftliche Notwendigkeit für die Mitgliedstaaten 50
b) Die Europäisierung als Prozeß der Neuordnung von Kompetenzen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten 54
c) Die europäische Integration als Prozeß der Homogenisierung mitgliedstaatlicher Wirtschaftsordnungen durch Angleichung und Annäherung 58

§ 3. Die deutsche Verfassungsordnung angesichts der Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union 65

1. Die Dynamisierung der EG in den achtziger und neunziger Jahren 65

a) Das Europa der zwei Geschwindigkeiten 66
aa) Die Süderweiterung der EG und ihre Auswirkungen auf das Gemeinschaftsrecht 66
(1) Das soziale Gemeinschaftsziel 68
(2) Der Zusammenhang zwischen dem sozialen Gemeinschaftsziel und der Verwirklichung von Wettbewerb 69
(3) Fazit 71
bb) Disparitäten zwischen den mitgliedstaatlichen Volkswirtschaften 72
(1) Die Zunahme der Gemeinschaftsverantwortung 73
(2) Die Problemregionen der Gemeinschaft 75
(3) Die Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen und sozialen Zweiteilung Europas 77

b) Die Expansion der EG-Kompetenzen als Folge divergierender mitgliedstaatlicher Wirtschafts- und Sozialstrukturen 77
c) Das Verhältnis des Wettbewerbsprinzips zur gemeinschaftlichen Sozialverantwortung im EGV 81
aa) Der Aspekt der Regionalpolitik 81
bb) Die industriepolitische Zuständigkeit der Gemeinschaft 83
d) Folgerungen für die Struktur der Europäischen Union 85

2. Rechtsmechanismen der Strukturangleichung zwischen dem Gemeinschaftsrecht und den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen 87

a) Rechtsharmonisierung durch Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung 88
b) Unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts 90
c) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung 92
d) Gemeinschaftsrechliche Grundsätze im staatlichen Verwaltungsverfahren 93
e) Verzahnung bei der Gewährleistung von Rechtsschutz 94
f) Resümée 95

3. Das europarechtlich überlagerte Grundgesetz: Modifikationen der deutschen Verfassungsordnung im Europäischen Binnenmarkt und durch den Vertrag von Maastricht 97

a) Die Legitimationsbasis der Gemeinschaftsgewalt 97
b) Kompetenzverluste der Bundesrepublik im Bereich der Gesetzgebung 102
aa) Gemeinschaftsrechtliche Kompetenzen als zweite „Konkurrenzebene“ für die Bundesländer 102
bb) Die bundesstaatliche Ausrichtung der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten 104
cc) Die begrenzten Auswirkungen des Subsidiaritätsprinzips 105
c) Modifikationen des föderativen Systems durch die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts 109
d) Das Demokratieprinzip in Deutschland unter den Bedingungen der fortschreitenden Europäischen Integration 112
e) Die Grundrechte des Grundgesetzes im Prozeß der Europäischen Integration 114
aa) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 114

bb) Konfliktkonstellationen nach der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 116

4. Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung .. 118

§ 4. Ordnungsprinzipien deutscher Wirtschaftsverwaltung unter den Bedingungen des Gemeinschaftsrechts 121

1. Der Prozeß wechselseitiger Beeinflussung von mitgliedstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht als Funktionsbedingung zukünftiger Wirtschaftsverwaltung in Europa... 121

2. Die Dichotomie von öffentlich-rechtlicher und privatrechtsförmiger Wirtschaftsverwaltung in Deutschland und das öffentlich-rechtliche Wirtschaftsverwaltungsregime des Gemeinschaftsrechts 124

a) Die rechtliche Ordnung der Wirtschaftsverwaltung in Deutschland 124

aa) Organisationsformen der Wirtschaftsverwaltung in der Bundesrepublik 126

bb) Handlungsformen deutscher Wirtschaftsverwaltung 128

cc) Resümée 130

b) Die Systematik der Wirtschaftsverwaltung im Gemeinschaftsrecht 132

aa) Organisationsformen europäischer Wirtschaftsverwaltung... 132

bb) Handlungsformen europäischer Wirtschaftsverwaltung..... 137

cc) Gemeinschaftsspezifische Bindungen organisatorischer und handlungsformenbezogener Gestaltungsfreiheit der Gemeinschaftsorgane 140

(1) Europäische Privatrechtsordnung? 141

(2) Gemeinschaftsspezifische Grenzen für die Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen 144

(a) Keine „Flucht in das Privatrecht“ 145

(b) Aus dem Prinzip begrenzter Einzelermächtigung abzuleitende Grenzen 146

(3) Wahlfreiheit europäischer Wirtschaftsverwaltung?.... 149

3. Die Ordnung der Wirtschaftsverwaltung in Deutschland unter den Bedingungen des Gemeinschaftsrechts 150

a) Gemeinschaftsrechtliche Grenzen 150

b) Folgerungen für den Grundsatz der Wahlfreiheit im deutschen Recht 153

c) Ausblick 155

Zweiter Teil
Gewaltenteilung und Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Europäischen Binnenmarkt

§ 5. Mitgliedstaatliches Gewaltenteilungsprinzip und gemeinschaftsspezifische Funktionenordnung 157

1. Das Gewaltenteilungsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip 157

2. Die Offenheit des grundgesetzlich verfaßten Gewaltenteilungsprinzips für strukturelle Veränderungen und europarechtlich bedingte Modifikationen 162
   a) Die Ausformung des Gewaltenteilungsprinzips im Grundgesetz.. 162
   b) Gewaltenteilung als Gewaltenverantwortung 164
   c) Gewaltenteilung und Föderalismus..... 165
   d) Entwicklungstendenzen..... 167
   e) Der neue Art. 23 GG..... 168
   f) Resümée 170

3. Die gemeinschaftsspezifische Funktionenordnung als supranationale Modifikation des Gewaltenteilungsprinzips .. 172
   a) Die gemeinschaftsspezifische Funktionenordnung..... 173
      aa) Die Gewaltenbalance zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten 174
      bb) Der föderative Ansatz der gemeinschaftsspezifischen Funktionenordnung..... 175
   b) Der Grundsatz des „institutionellen Gleichgewichts" als Leerformel 177
      aa) Rechtsprechungsüberblick..... 179
      bb) Die Überlagerung des Grundsatzes des „institutionellen Gleichgewichts" durch die mitgliedstaatliche Rückbindung der Gemeinschaft 181
   c) Integrationsprinzip und Föderativprinzip als bipolare Elemente der europäischen Funktionenteilung und Zuständigkeitsordnung..... 183

4. Die Kompetenzverteilung in der Europäischen Union als Ausdruck föderativ geprägter Gewaltenverantwortung.. 186
   a) Das Subsidiaritätsprinzip als Ausdruck föderal abgestufter Gewaltenverantwortung 186
   b) Die organisationsrechtliche Verankerung des Dualismus von Föderativ- und Integrationsprinzip im Gemeinschaftsrecht 188

§ 6. Die Stellung der Verwaltung in der europäisch integrierten Bundesrepublik ... 191
1. Gegenwärtige Entwicklungstendenzen ... 192
2. Die Verwaltung im Grundgesetz ... 194
a) Die Schwierigkeit einer exakten Konkretisierung von „Verwaltung" ... 194
b) Verwaltung als Komplementärfunktion zur Gesetzgebung? ... 195
c) Die Diskussion um die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt ... 197
aa) Arnold Köttgen ... 198
bb) Hans Peters ... 199
cc) Ernst Forsthoff ... 200
dd) Werner Weber ... 201
3. Die Stellung des parlamentarischen Gesetzgebers und die Geltungskraft des Gesetzes als verfassungsrechtliche Determinanten der „Eigenständigkeit" der Verwaltung ... 202
a) Bestandsaufnahme: „Entparlamentarisierung" des Rechts in der Bundesrepublik? ... 202
aa) Der Pluralismus gesellschaftlicher Wertvorstellungen ... 202
bb) Die Bundesrepublik Deutschland als „Verbändestaat" ... 205
cc) Technizität und Komplexität regelungsbedürftiger Materien ... 206
dd) Das sog. kooperative Verwaltungshandeln ... 208
b) Folgen dieser Entwicklung ... 209
4. Verwaltung und Judikative ... 211
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben ... 211
b) Entwicklungslinien ... 213
c) Neue Entwicklungen ... 215
5. Die Europäische Gemeinschaft als gouvernementale Verwaltungs- und Politikgemeinschaft ... 217
a) Der Zusammenhang zwischen mitgliedstaatlicher Rückbindung und gouvernementaler Ausgestaltung der Gemeinschaft ... 218
b) Der exekutivisch-gouvernementale Charakter gemeinschaftsrechtlicher Normsetzung ... 220
c) Der Aspekt der Adäquanz von Inhalt und Form ... 222
d) Die Technizität des Gemeinschaftsrechts ... 222
6. Die Verwaltungsfunktion im Prozeß der Europäischen Integration ... 224
a) Strukturelle Angleichungsnotwendigkeiten ... 225

b) Die europäische Integration als Prozeß der Stärkung der Verwaltung ... 227
c) Kompetenzverschiebungen vom Parlament zur Regierung als Folge der europäischen Integration ... 229

7. Resümée ... 232

§ 7. Mitgliedstaatliches Gesetzmäßigkeitsprinzip und gemeinschaftsrechtliches Rechtmäßigkeitsprinzip ... 235

1. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip im deutschen Recht ... 235
a) Der Vorrang des Gesetzes ... 236
b) Der Vorbehalt des Gesetzes ... 239
aa) Historische Wurzeln ... 239
bb) Die aktuelle Bedeutung des Grundsatzes ... 241
cc) Die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts ... 242

2. Das gemeinschaftsrechtliche Rechtmäßigkeitsprinzip ... 244
a) Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung als Grundlage und Grenze gemeinschaftlichen Handelns ... 246
b) Die gemeinschaftsspezifischen Ausprägungen der Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes ... 249
aa) Der Vorrang des höherrangigen Rechts im Gemeinschaftsrecht ... 249
bb) Der Vertragsvorbehalt im Gemeinschaftsrecht ... 251

3. Die Verzahnung von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht im Hinblick auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts und den gemeinschaftsrechtlichen Vertragsvorbehalt ... 252
a) Das Rechtsstaatsprinzip als den Integrationsgesetzgeber bindendes Strukturprinzip des Grundgesetzes ... 254
aa) Die Anforderungen von Art. 79 Abs. 3 GG ... 255
bb) Bindungen des Integrationsgesetzgebers ... 256
b) Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts als Modifikation des mitgliedstaatlichen Gesetzesvorrangs ... 258
aa) Anwendungsvorrang und Vorrang des Gesetzes ... 259
bb) Grenzen des Anwendungsvorrangs ... 261
cc) Die Unwahrscheinlichkeit von Kollisionsfällen ... 262
c) Insbesondere der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts im mitgliedstaatlichen Vollzug ... 265
aa) Der Verwaltungsvollzug ... 265
bb) Gerichtlicher Rechtsschutz ... 267
d) Mitgliedstaatlicher Gesetzesvorbehalt und gemeinschaftsrechtlicher Vorbehalt der vertraglichen Ermächtigung ... 269

aa) Vertragsvorbehalt und Gesetzesvorbehalt beim direkten Verwaltungsvollzug 272
bb) Der indirekte Verwaltungsvollzug 273
(1) Der unmittelbare indirekte Vollzug 273
(2) Der mittelbare indirekte Vollzug 274
(3) Die Problemfälle der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien und der richtlinienkonformen Auslegung 275

4. Folgerungen 276
a) Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes 276
b) Gesetzesvorbehalt und Amalgamierung von Legislativ- und Exekutivfunktion auf Gemeinschaftsebene 277
c) Die Komplementarität von Gesetzes- und Vertragsvorbehalt ... 277

Dritter Teil
Die Gestaltungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung

§ 8. Wirtschaftsgestaltung in ausgewählten Sektoren 281

1. Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsaufsicht als Wirtschaftsgestaltung 281
a) Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsaufsicht 281
b) Wirtschaftsgestaltung 284

2. Die Reduzierung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume aufgrund der Prädominanz des Gemeinschaftsrechts in ausgewählten Sektoren der Wirtschaftsverwaltung 288
a) Die Verschränkungen des nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts 288
aa) Das Gemeinschaftsrecht als Schranke mitgliedstaatlicher Gestaltungsfreiheit im Bereich des Wettbewerbsrechts 290
bb) Das Verhältnis des deutschen Wettbewerbsrechts zum europäischen Wettbewerbsrecht 292
(1) Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts 292
(2) Anwendbarkeitsgrenze für das mitgliedstaatliche Recht 293
cc) Konfliktkonstellation zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht 295
(1) Gemeinschaftsrechtlich unzulässige, aber mitgliedstaatlich zulässige Wettbewerbsbeschränkungen 296
(2) Gemeinschaftsrechtlich erlaubte, aber mitgliedstaatlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen 299
dd) Mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit im Wettbewerbsrecht vor dem Hintergrund der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts 303

(1) Einschränkungen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers 303
(2) Bindungen der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden 307
(a) Fallbeispiel 308
(b) Konsequenzen für mitgliedstaatliche behördliche Entscheidungen 310
ee) Integration durch verfahrensrechtliche Verzahnung 312

b) Die Einschränkungen der subventionsgewährenden Wirtschaftsgestaltungsbefugnis der Mitgliedstaaten durch das Beihilfenaufsichtsregime des Gemeinschaftsrechts 314
aa) Die Direktiven des Gemeinschaftsrechts 316
bb) Die wettbewerbsrechtliche und soziale Dimension der Beihilfevorschriften 318
cc) Kompetenzverlagerungen 320

c) Telekommunikationsrecht unter den Bedingungen des Binnenmarktes 321
aa) Die Postreform in der Bundesrepublik 1989 323
bb) Die Postreform II 325
cc) Gestaltungs- und Regulierungsbefugnisse der Exekutive nach der Postreform unter den Bedingungen des Gemeinschaftsrechts 327
(1) Die Verleihung nach § 2 FAG 328
(a) § 2 FAG unter den Prämissen des früheren umfassenden Postmonopols 329
(b) Vorgaben für die Ermessensentscheidung nach § 2 FAG unter der Geltung des PostVerfG und nach der Postreform II 330
(aa) Maßstäbe der Ermessensausübung 331
(bb) Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt? 333
(cc) Der wirtschaftsgestaltende Gehalt der Vorschrift 334
(dd) Fazit 335
(ee) Weitere gemeinschaftsrechtliche Bindungen 335
(2) § 1 a Abs. 2 FAG 336
(a) Regelungsinhalt 336
(b) Deregulierung und soziales Staatsziel 338

d) Mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit im Binnenmarkt für Verkehr, dargestellt am Beispiel des Güterkraftverkehrs 340
aa) Bisherige Rechtslage 340
bb) Die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts 342

cc) Konsequenzen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die mitgliedstaatliche Verwaltung 345

e) Das deutsche Energiewirtschaftsrecht vor dem Hintergrund des europäischen Binnenmarktes für Energie 347
aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben 349
bb) Das deutsche Energiewirtschaftsrecht in einem Europäischen Binnenmarkt für Energie 353
(1) Die Preisaufsicht nach dem EnWG vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts 353
(a) Der konzeptionelle Hintergrund der Preisaufsicht 354
(b) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben 354
(c) Insbesondere die Ausrichtung auf die Verwirklichung von Wettbewerb 355
(d) Änderung der Aufsichtsmaßstäbe des deutschen Rechts? 357
(2) Die Investitionskontrolle nach § 4 EnWG und das Gemeinschaftsrecht 358
(a) Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit vorgängiger Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen 359
(b) Wettbewerb als Entscheidungsbelang der Investitionskontrolle 360

§ 9. Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung in Deutschland und Europa 363

1. Legislatives Ermessen in Deutschland und Europa 363
a) Das legislative Ermessen in Deutschland unter den Bedingungen des Gemeinschaftsrechts 363
aa) Die Offenheit des Grundgesetzes für gemeinschaftsrechtlich bedingte Anpassungen 364
bb) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 365
cc) Gemeinschaftsrechtlich bedingte Neuakzentuierungen 367
dd) Legislativer Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung von Richtlinien 368
b) Legislative Gestaltungsfreiheit im Gemeinschaftsrecht 370
aa) Der Rechtsprechungsauftrag des EuGH 370
bb) Gemeinschaftsrechtliche Bindungen 371

2. Gestaltungsfreiheit der Verwaltung und gerichtliche Überprüfungsdichte in Deutschland und Europa 373
a) Deutschland 373
aa) Die eigenständige Gestaltungsbefugnis der Verwaltung 373

bb) Exekutive Gestaltungsbefugnis und gerichtlicher Rechtsschutz 374
cc) Entwicklungstendenzen 375
dd) Neuere Entscheidungen 379
ee) Fazit 381
b) Das Gemeinschaftsrecht 384
c) Strukturelle Übereinstimmungen und Divergenzen zwischen mitgliedstaatlicher und gemeinschaftsrechtlicher exekutiver Gestaltungsfreiheit 386
aa) „Ermessensmißbrauch" im Gemeinschaftsrecht 387
bb) Die Rechtsprechung des EuGH im einzelnen 388
cc) Leitlinien der Rechtsprechung des EuGH 390

3. Die deutsche Ermessenslehre vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung 391

a) Rechtshomogenisierung als immanente Gesetzlichkeit der europäischen Integration 394
aa) Kritik 395
bb) Die Einseitigkeit der Kritik 396
cc) Das Gebot struktureller Angleichung für die deutsche Lehre vom Verwaltungsermessen und den administrativen Beurteilungsspielräumen 397
b) Determinanten einer einheitlichen Ermessenslehre in Deutschland und Europa 399
aa) Verwaltung als eigenständige Staats- und Gemeinschaftsgewalt 399
bb) Das Verhältnis von Exekutive und Judikative 401
(1) Die Sicherung originärer Verwaltungsverantwortung 401
(2) Gerichtsgeprägte Gewaltenteilung? 403
(3) Folgerungen 404
cc) Die Einräumung von Ermessen und die Anerkennung administativer Beurteilungsspielräume in Deutschland und Europa 405
(1) Ermessen 406
(2) Administative Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume 407
(3) Ansätze zur Angleichung administrativer Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume in Deutschland 407
(a) Der Aspekt adäquater Funktionsverteilung 408
(b) Leitlinien künftiger Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte 410

(aa) Höchstpersönlichkeit und Komplexität von Entscheidungen 410
(bb) Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe..... 411
(cc) Angleichung der gerichtlichen Überprüfung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite..... 411
(dd) Fazit 413

§ 10. Zusammenfassung und Ausblick..... 415

1. Die veränderten Rahmenbedingungen des Gestaltungsauftrages der Verwaltung 415

2. Ausblick..... 432

Literaturverzeichnis 435

Stichwortverzeichnis..... 463

§ 1. Einleitung und Problemstellung

Das Recht der in die Europäische Union integrierten Bundesrepublik wird in zunehmendem Maße durch die Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts determiniert. Die ubiquitäre Überlagerung der bundesdeutschen Rechtsordnung und sämtlicher anderer mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen durch das Gemeinschaftsrecht ist, nach Jahren der Stagnation, zunächst durch die Einheitliche Europäische Akte mit neuem Aufwind versehen und sodann durch den Vertrag von Maastricht mit dessem auch die soziale Dimension der Europäischen Integration betonenden Akzent in eine neue Phase der Herausbildung einheitlicher Wirtschafts- und Rechtsstrukturen eingetreten. So sollen durch die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung bis zur Jahrtausendwende rund 80 % der wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten durch die Union unmittelbar bestimmt oder zumindest mittelbar vorgegeben werden[1]. Diese Entwicklung macht deutlich, daß die deutsche Rechtsordnung, namentlich die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes wie auch die gesamte Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik, einer ausschließlich an nationalen Maßstäben ausgerichteten Betrachtung längst entzogen ist. Die Koordinaten für private Wirtschaftstätigkeit wie auch für die Wirtschaftsverwaltung in der Bundesrepublik erschließen sich zwischenzeitlich nurmehr aufgrund einer Zusammenschau der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts.

Vor diesem Hintergrund macht es die in den seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1957 nunmehr vergangenen rund 40 Jahren wohl irreversibel gewordene, maßgeblich durch Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung bewirkte Homogenisierung der mitgliedstaatlichen Wirtschafts- und Rechtsordnungen erforderlich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für privates Wirtschaften wie für die Wirtschaftsverwaltung in der Bundesrepublik unter den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu beleuchten und der Frage nachzugehen, wie sich diese Rahmenbedingungen gegenwärtig, d. h. insbesondere nach dem Inkrafttreten des Vertrages über die Gründung der Europäischen Union im Jahr

---

[1] So der ehemalige Präsident der EG-Kommission, *J. Delors,* zitiert nach *G. Glück,* Der Bayerische Bürgermeister 1989, S. 208/210.

1993, darstellen. Es läßt sich jedenfalls bereits an dieser Stelle konstatieren, daß das mitgliedstaatliche Recht in weitreichendem Maße durch das primäre wie sekundäre Gemeinschaftsrecht determiniert wird.

Der Prozeß der Europäischen Integration ist aufgrund der mitgliedstaatlich rückgebundenen rechtlichen Ausgestaltung der Europäischen Union maßgeblich gekennzeichnet durch seinen gouvernemental-exekutiven Charakter. Die Tatsache, daß es neben den nationalen Parlamenten die mitgliedstaatlichen Regierungen sind, die die Integration steuern[2], es mithin auf Unionsebene auch nach Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht der gouvernemental geprägte Rat sowie die Kommission als ausführendes Exekutivorgan der Union sind, die die Europäische Integration umsetzen, macht deutlich, was *Ernst Forsthoff* bereits zu Beginn der siebziger Jahre konstatiert hat, daß nämlich die europäische Einigung eine Frage der Administration ist[3]. Der Prozeß der europäischen Integration bedingt eine starke Gemeinschaftsverwaltung, die zudem mit einer im Vergleich zum deutschen Recht weiterreichenden und vom EuGH anerkannten Gestaltungsfreiheit ausgestattet ist[4]. Daß dies nicht ohne Rückwirkungen auf die Stellung der mitgliedstaatlichen Verwaltungen und damit auf das jeweilige mitgliedstaatliche Gewaltenteilungsgefüge bleiben kann, liegt auf der Hand[5].

Im Gegensatz zum Gemeinschaftsrecht ist in Deutschland das Verständnis von Verwaltung ein engeres insofern, als der in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Rechtsprechungsauftrag der Gerichte in der Vergangenheit eine extensive Interpretation erfahren hat. Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung wird in Judikatur und Rechtsprechung – neben ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Anbindung an die Vorgaben der Gesetzgebung – gleichsam nur in ihrer Bezogenheit auf die Judikative gesehen. Ein verfassungsoriginäres, aus dem Gewaltenteilungsprinzip und der hierin verankerten Eigenständigkeit der Verwaltung abgeleitetes Gestaltungsmandat wird der Verwaltung in Deutschland nur in engen Grenzen zuerkannt, mit einer Tendenz zu weiterer Einengung, wie neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zeigen[6].

Sowohl die Wirtschaftsverwaltung in Deutschland wie auch auf Gemeinschaftsebene ist zur – gesetzlich bzw. primärvertragsrechtlich determinierten – Gestaltung der Wirtschaft legitimiert und berufen, nicht zuletzt aus Gründen der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips. Reichweite und Grenzen dieses Gestaltungsmandats erschließen sich für die deutsche

---

[2] BVerfGE 89, 155/186.
[3] So *E. Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 72.
[4] Vgl. hierzu unten, § 9 2. b), c).
[5] Vgl. hierzu unten, §§ 8, 9.
[6] Vgl. etwa BVerfGE 84, 34; 84, 59.

Wirtschaftsverwaltung aus der Verfassung und ergeben sich aufgrund einfachgesetzlicher Vorgaben. Da sich durch die Integration der Bundesrepublik in die Europäische Union die deutsche Rechtsordnung für die – zwingenden und sich ständig erweiternden – Vorgaben des Gemeinschaftsrechts geöffnet hat, sind die Maßgaben des deutschen Rechts für privates Wirtschaften wie auch für die Wirtschaftsverwaltung und damit für den Gestaltungsauftrag der Verwaltung einem Wandlungsprozeß unterworfen, der sich in einer „Europäisierung" des Wirtschaftsverwaltungsrechts manifestiert.

Angesichts dieser Europäisierung des Rechts wird deutlich, daß die im Bereich der Wirtschaftsverwaltung grundlegende Frage nach der Stellung der Verwaltung im Gewaltenteilungsgefüge und nach einem der Wirtschaftsverwaltung zukommenden Gestaltungsauftrag zukünftig nicht mehr isoliert nach bundesdeutschen Maßstäben beantwortet werden kann. Es bedarf insoweit vielmehr einer „integrativen" Betrachtungsweise, die die Vorgaben des deutschen Rechts mit denen des Gemeinschaftsrechts verschmilzt und so die geltenden Rahmenbedingungen der Wirtschaftsverwaltung wie der Wirtschaftsgestaltung in der Bundesrepublik aufzeigt. Diese sich aus dem Gemeinschaftsrecht wie aus dem deutschen Recht ergebenden Rahmen- und Funktionsbedingungen für die Wirtschaftsverwaltung in der Bundesrepublik und den ihr zukommenden Gestaltungsauftrag aufzuzeigen, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Die zunehmend europäisch determinierten Rahmenbedingungen für das Handeln der Wirtschaftsverwaltung werden zunächst maßgeblich bestimmt durch die sich in einem Prozeß der Veränderung befindenden Koordinaten der bundesdeutschen Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung. Insoweit gilt es zu klären, ob die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes als geltender wirtschaftspolitischer Ordnungsrahmen in der Bundesrepublik auch unter den systemtheoretischen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts Bestand haben kann, oder ob nicht vielmehr diese Einwirkungen eine Europäisierung der deutschen Wirtschaftsverfassung in dem Sinn bewirken, daß sie eine eindeutigere und akzentuiertere Festlegung deutscher Wirtschaftsverwaltung auf die Verwirklichung eines marktwirtschaftlichen, dem Wettbewerbsprinzip verpflichteten Systems bewirken. Insoweit wird insbesondere zu fragen sein, wie sich die das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht kennzeichnenden Ordnungsprinzipien, namentlich der überkommene Grundsatz der Wahlfreiheit der Verwaltung, unter den Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts darstellen.

Nach den Rahmenbedingungen des Gestaltungsauftrages der Verwaltung unter den Bedingungen der Europäischen Union zu fragen, bedeutet weiterhin, den Blick neben den systemtheoretischen Vorgaben für die Wirtschaftsverwaltung auf die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung im Gewaltenteilungsgefüge des Grundgesetzes bzw. im gemein-

schaftsrechtlichen Gefüge des „institutionellen Gleichgewichts" zu richten. Es sind die grundgesetzlich bzw. gemeinschaftsverfassungsrechtlich verankerte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zu den anderen Staats- bzw. Gemeinschaftsgewalten, die Vorgabe und Determinante für die Reichweite des Gestaltungsauftrages und damit für die Gestaltungsfreiheit der Verwaltung in der Bundesrepublik unter den Funktionsbedingungen der Europäischen Union und auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts darstellen. Die Bedeutung der Fragestellung erhellt aus der starken Stellung der Gemeinschaftsexekutive, die nicht ohne Rückwirkungen auf das grundgesetzliche Gewaltenteilungsgefüge bleiben kann. Daß die deutsche Ausprägung der Gewaltenteilungsidee gemeinschaftsrechtlich bedingten Neuakzentuierungen oder gar Modifikationen gegenüber zugänglich ist, ergibt sich aus der grundsätzlichen Offenheit und Flexibilität des Prinzips.

Da der Gestaltungsauftrag der Verwaltung maßgeblich von der Stellung der Verwaltung im Gewaltenteilungsgefüge beeinflußt wird, muß der Blick neben der bundesdeutschen Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips auch auf die gemeinschaftsspezifische Funktionenordnung und deren Rückwirkungen auf die deutsche Verfassungs- und Verwaltungsrechtsordnung gerichtet werden. Ist die Stellung der Verwaltung gegenüber dem Gesetzgeber anhand der Maßgaben des Gemeinschaftsrechts bestimmt, kann schließlich vor dem Hintergrund dieser Rahmenbedingungen anhand einzelner ausgewählter Sektoren der Wirtschaftsverwaltung die Reichweite des Gestaltungsauftrages der Verwaltung in Deutschland unter den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ausgelotet werden.

Da das Gemeinschaftsrecht zukünftig in immer stärkerem Maße in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einwirken wird, wird es angesichts der unterschiedlichen Reichweite des Gestaltungsauftrages der Verwaltung das abschließende Ziel der Untersuchung darstellen, einheitliche Kriterien für die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung wie auch für die Reichweite von deren Wirtschaftsgestaltungsauftrag zu finden. Die Beibehaltung der insoweit zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Recht bestehenden Unterschiede wäre weder aus rechtspolitischer Sicht wünschenswert noch – aus der Sicht der Bundesrepublik – in rechtlicher Hinsicht auf Dauer sinnvoll. Da sich der exekutive Gestaltungsspielraum in der Lehre vom Ermessen und den administrativen Beurteilungsspielräumen verdichtet, wird in diesen Instituten nach Ansatzpunkten für eine Angleichung der bundesdeutschen und der gemeinschaftsrechtlichen Maßstäbe für die Gestaltungsfreiheit der Exekutive zu suchen sein.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind mithin die Handlungs- und Entscheidungsgrundlagen der deutschen öffentlichen Verwaltung unter den Bedingungen der fortschreitenden europäischen Integra-

tion. Der mittlerweile insbesondere im Bereich des Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrechts erreichte Grad der „Europäisierung" der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verbietet es, die Regelungen und Rechtsakte des Gemeinschaftsrechts als ein eigengeartetes Randphänomen des Staats- und Verwaltungsrechts zu sehen und dieses gleichsam wissenschaftlich isoliert zu bearbeiten; vielmehr erfordert die Erkenntnis, daß das Gemeinschaftsrecht nicht zuletzt wegen seiner bindenden Vorgaben für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als integraler Bestandteil der nationalen Rechtsordnung – mit ständig wachsender Bedeutung – zu bewerten ist, eine Zusammenschau beider Rechtsebenen. Die Verzahnungen und Verklammerungen des mitgliedstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht machen es erforderlich, den Blickwinkel von einer Perspektive des – wenngleich sich wechselseitig influenzierenden – Nebeneinander dieser Rechtsordnungen zu einer integrativen Betrachtungsweise zu wenden. Aufgrund des noch weithin unklaren und diffusen Gesamtgefüges eines nicht immer klar faßbaren Ineinander und Nebeneinander von supranationalen und nationalen rechtlichen Komponenten ist es Ziel der vorliegenden Arbeit, im Hinblick auf den Gestaltungsauftrag der Verwaltung Voraussetzungen und Vorgaben eines solchen integrativen Ansatzes zu klären und herauszuarbeiten und die so gewonnenen Erkenntnisse aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland für den weiteren Prozeß der europäischen Integration und dessen dogmatische Durchdringung fruchtbar zu machen.

Erster Teil

Öffentliche Gewalt und Wirtschaft im neuen Ordnungsrahmen

§ 2. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als sich wandelnde Koordinaten privater Wirtschaftstätigkeit

Der rechtliche Rahmen privater Wirtschaftstätigkeit ist in einem grundlegenden Wandel begriffen. Gesellschaftliche und politische Erosions- und Wandlungsprozesse, vornehmlich aber das rasante und sich ständig beschleunigende Fortschreiten der technischen Entwicklung sowie die zunehmende – auch internationale – Vernetzung von Wirtschaftsmärkten und Wirtschaftsabläufen zwingen den Gesetzgeber in immer kürzer werdenden Zeitabständen dazu, sich den veränderten und sich ständig weiter verändernden Umständen fortlaufend anzupassen, soll der Regelungs-, Geltungs- und Gestaltungsanspruch des Rechts nicht in die Leere gehen. Daß diese Anpassungsnotwendigkeiten aufgrund politischer, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Strukturveränderungen das durch Verfassung und Gesetz bestimmte Verhältnis des Staates zu den privaten Wirtschaftssubjekten ebensowenig wie das Verhältnis der Staatsgewalten zueinander unberührt lassen können, liegt auf der Hand[1]. Dies gilt im Hinblick auf Inhalte und Strukturen des Rechts wie auch bezüglich der Rechtsformen staatlichen Handelns.

Neben diesen Entwicklungen ist es jedoch in erster Linie der Prozeß der Europäischen Integration, der das Verhältnis von öffentlicher Gewalt und Wirtschaft der Notwendigkeit einer Neubestimmung unterwirft. Es sind die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, die die bislang nach nationalen Maßstäben zu bestimmenden Determinanten privaten Wirtschaftens einer Erosion unterwerfen, die in ihrer Tragweite und in ihren Auswirkungen erst in den vergangenen Jahren in das Bewußtsein einer größeren juristischen (Fach-)Öffentlichkeit

[1] Vgl. hierzu etwa *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 397/408 ff.

geraten ist. Die Tatsache, daß die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen – maßgeblich bedingt durch die in den vergangenen Jahren ständig ausgeweiteten Aktivitäten des Gemeinschaftsgesetzgebers – bereits heute in voller Breite vom europäischen Gemeinschaftsrecht überlagert werden, hat zur Folge, daß das bundesdeutsche Recht in weiten Bereichen, namentlich im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts, nurmehr „durch die Brille" des Gemeinschaftsrechts betrachtet werden kann, will man den Stand des geltenden Rechts in der Bundesrepublik und damit die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gestaltung der Wirtschaft durch die Verwaltung zutreffend und in ihrer Gesamtheit erfassen.

Das (sekundäre) Gemeinschaftsrecht muß sich in sämtliche Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einfügen lassen, es muß letztlich rechtssystematisch „vermittelbar" sein. Als Konsequenz hieraus folgt aber zwangsläufig, daß dem Gemeinschaftsrecht Kompromißcharakter eignet. Die europäische Integration, die ja in wesentlichen Teilen einen Prozeß der Rechtsintegration und Rechtshomogenisierung darstellt, kann dauerhaft und mit festen Fundamenten versehen nicht zugunsten eines oder einiger Rechtssysteme und zulasten anderer durchgesetzt und verwirklicht werden. Klagen über die Notwendigkeit, im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses auf überkommene Rechtsinstitute des deutschen Rechts wie die Verwaltungsrichtlinie verzichten zu müssen[2], mögen daher verständlich sein, lassen jedoch außer Acht, daß der europäische Integrationsprozeß, soll er erfolgreich sein, maßgeblich ein durch die Notwendigkeit des Kompromisses bestimmter und determinierter ist und sein muß.

Der faktische Zwang für die Mitgliedstaaten, zum Zwecke einer fortschreitenden – rechtshomogenisierenden – Integration im Rahmen der Europäischen Union z. T. weitreichende Kompromisse im Hinblick auf Inhalte und Strukturen des mitgliedstaatlichen Rechts eingehen zu müssen, offenbart aber auch das Ausmaß, in dem sich die nationalen Rechtsordnungen systematischen Veränderungen und Anpassungen an gemeinschaftsrechtliche Vorgaben unterwerfen müssen. Angesichts der auch nach Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht nach wie vor bestehenden vorrangigen Ausrichtung der Europäischen Union auf wirtschaftliche Sachverhalte liegt es nahe, daß es vornehmlich der mitgliedstaatliche Ordnungsrahmen für die Wirtschaft ist, der solchen Anpassungsnotwendigkeiten unterworfen ist. Es stellt sich daher die Frage, wie sich Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als Koordinaten privater Wirtschaftstätigkeit unter den Bedingungen des europäischen Integrationsprozesses darstellen.

Maßstab einer solchen Beurteilung ist das Recht, verstanden als die Gesamtheit der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Normen, die privatwirtschaftliches Handeln determinieren, mithin das positive Recht. In

---

[2] So etwa *F. Ossenbühl*, DVBl. 1993, S. 753/761.

der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes kommt dem vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassenen Gesetz die zentrale Steuerungsfunktion zu. Das Gesetz stellt den Schlüsselbegriff des demokratischen Rechtsstaates dar[3], es setzt den politischen Willen der Mehrheit der Volksvertretung um. Die in die Rechtsform des Gesetzes gegossenen (Mehrheits-) Entscheidungen der parlamentarischen Volksvertretung sind von der Exekutive umzusetzen und auszuführen, das Gesetz bindet und leitet daher die Exekutive bei der Ausübung von Verwaltungstätigkeit, was in Art. 20 Abs. 3 GG deutlich zum Ausdruck gebracht ist. Die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung, die sich im Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung äußert, sichert neben der umfassenden Entscheidungsbefugnis die Vorrangstellung des Gesetzgebers und damit die zentrale Bedeutung und politische Steuerungsfunktion des Gesetzes in der parlamentarischen Demokratie.

Das deutsche Recht ist aufgrund der fortschreitenden europäischen Integration einer zunehmenden Überlagerung durch die unmittelbar oder mittelbar wirkenden Vorgaben des primären wie des sekundären Gemeinschaftsrechts ausgesetzt. Nicht umsonst ist bereits von einer Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung gesprochen worden[4]. Daher kann, sollen die Determinanten und Koordinaten privaten Wirtschaftens in der Bundesrepublik ausgeleuchtet werden, der Blick an den rechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts schon längst nicht mehr vorbeigehen. Angesichts des Umfangs und der rechtlichen Dominanz dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vornehmlich im Bereich des Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrechts könnte im Gegenteil fast schon der Eindruck gerechtfertigt sein, daß die Maßgaben des nationalen Rechts zunehmend an Bedeutung verlieren und es das Gemeinschaftsrecht ist, dem mittlerweile die zentrale Steuerungsfunktion gerade für den Bereich der Wirtschaft zukommt.

Unabhängig von der Richtigkeit einer solchen Wertung ist bei der folgenden Betrachtung jedenfalls das Gemeinschaftsrecht maßgeblich mit in das Blickfeld einzubeziehen: positives Recht als Maßgabe für privatautonomes Wirtschaftshandeln wie als Vorgabe und Richtschnur für die umsetzende und ausführende Verwaltung schließt beim aktuellen Stand wie auch nach der derzeit absehbaren Entwicklung der europäischen Integration neben den Normen des mitgliedstaatlichen Rechts die Normen des Gemeinschaftsrechts ebenso ein. Beide Rechtsordnungen sind daher der folgenden Betrachtung gleichgewichtig zugrundezulegen.

---

[3] *P. Badura*, Staatsrecht, Rn. D 50.
[4] *M. Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), S. 154/155.

1. Recht und Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland

a) Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als normative Rahmenordnung privaten Wirtschaftens

Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung als Geflecht des auf die Wirtschaft als Sach- und Funktionszusammenhang bezogenen Teils der Staatsverfassung und Staatsordnung[5] stellen die rechtlichen Determinanten des Wirtschaftsgestaltungsmandats der Verwaltung dar und enthalten die grundlegenden rechtlichen Entscheidungen für die Ordnung einer Volkswirtschaft. In diesem das Verhältnis von Staat und Wirtschaftssubjekten charakterisierenden Koordinatensystem manifestieren sich das wirtschaftstheoretische Leitbild, dem sich Staat und Gesellschaft verpflichtet fühlen, ebenso wie Grundlagen, Maßstäbe und Grenzen privaten Wirtschaftens und staatlichen Tätigwerdens im Bereich der Wirtschaft[6].

Über den Inhalt der Begriffe Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung herrscht weitgehende Einigkeit[7]. So läßt sich Wirtschaftsverfassung als die Summe der verfassungsrechtlichen Gestaltungselemente der Ordnung der Wirtschaft beschreiben[8], als die für das Wirtschaften, die Wirtschaftspolitik und die Wirtschaftsverwaltung wesentlichen Bestimmungen des Verfassungsrechts[9] oder als die Ordnung der Wirtschaft durch das Verfassungsrecht[10], während unter dem weiteren Begriff der Wirtschaftsordnung alle diejenigen gesetzlichen Normen ohne Rücksicht auf ihren Rang als Verfassungs- oder Gesetzesrecht verstanden werden, die das Verhältnis von Staat und Wirtschaft bestimmen[11]. Diese Unterscheidung läßt sich in gleichem Maße für das Gemeinschaftsrecht fruchtbar machen; unter dem Begriff der Wirtschaftsverfassung sind im europäischen Kontext daher alle Normen des

---

[5] *H. F. Zacher*, in: FS für F. Böhm, S. 63/75.

[6] Namentlich von der Literatur ist herausgearbeitet worden, daß die Rechtsordnung ein einheitliches, untrennbares Normengefüge darstellt, das nicht für einzelne Bereiche rechtsrelevanter Tätigkeit jeweils eigene Subsysteme bereithält, sondern als das Insgesamt rechtlicher Vorgaben den Rahmen für jedes rechtserhebliche Tun darstellt, so daß insbesondere die Verfassung als einheitlich geltende Grundordnung nicht in eine „politische" Verfassung und eine „Wirtschaftsverfassung" aufgespalten werden kann, vgl. etwa *P. Badura*, JuS 1976, S. 205/208; *H. F. Zacher*, in: FS für F. Böhm, S. 63/71.

[7] Überblick bei *K. A. Vallender*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, § 3.

[8] *R. Schmidt*, in: HdbStR III, § 83, Rn. 15; so bereits *ders.*, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 128.

[9] *P. Badura*, JuS 1976, S. 205/207.

[10] *J. Scherer*, Die Wirtschaftsverfassung der EWG, S. 51; weiter *P. Behrens*, JURA 1989, S. 561/562, der im Hinblick auf die EG auch nichtverfassungsrechtliche Normen unter den Begriff der Wirtschaftsverfassung subsumieren möchte; a. A. *T. Oppermann*, Europarecht, Rn. 803: nur vertragliche Grundlagen und allgemeine Rechtsgrundsätze.

[11] Vgl. nur *P. Badura*, JuS 1976, S. 205/207; für das Europarecht *T. Oppermann*, Europäische Wirtschaftsverfassung nach der EEA, S. 53/55.

primären Gemeinschaftsrechts zu verstehen[12], unter den Begriff der Wirtschaftsordnung ist hingegen das gesamte Normensystem des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts zu subsumieren.

Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung können in der europäisch integrierten Bundesrepublik jedoch nicht mehr nach ausschließlich nationalstaatlichen Vorgaben und Maßstäben beschrieben werden; dies verbieten die Vorrangstellung und die weitreichenden materiellen Ingerenzen des Gemeinschaftsrechts in die nationalen Rechtsordnungen. Fragt man daher nach den Maßgaben für die konkrete Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik, so muß der Blick gleichzeitig auf das Gemeinschaftsrecht gerichtet werden. Angesichts der Tatsache, daß etwa bis zum Jahr 2000 rund 80 % der wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidungen durch die EG bestimmt oder zumindest vorgegeben werden[13] und die EG über den Zwischenschritt der Einheitlichen Europäischen Akte mit dem Vertrag von Maastricht den Weg zu weiterer Integration mit substantiellen Gesetzgebungszuständigkeiten der Gemeinschaft beschritten hat, würde es nicht mehr der rechtlichen Realität entsprechen, gemeinschaftsrechtliche und mitgliedstaatliche Wirtschaftsverfassung und -ordnung getrennt zu untersuchen; eine isolierte Betrachtung nur des nationalen Rechts würde an der Tatsache vorbeigehen, daß der bundesdeutschen Wirtschaftsordnung die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gleichsam übergestülpt sind und sich die Determinanten privaten Wirtschaftens daher nur aufgrund einer Zusammenschau der Vorgaben beider Rechtssysteme bestimmen lassen[14].

Nur eine die jeweiligen Vorgaben beider Rechtssysteme verschmelzende „integrative" Betrachtungsweise kann daher das Bild des aktuellen wirtschaftsrechtlichen Koordinatengefüges und damit des Rahmens privater Wirtschaftstätigkeit vermitteln und die Maßstäbe staatlichen Handelns im Bereich der Wirtschaft in der europäisch integrierten Bundesrepublik aufzeigen. Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, daß in Zukunft nicht mehr von einer deutschen bzw. europäischen Wirtschaftsverfassung wird gesprochen werden können, gleichsam so, als ob sich beide Wirtschaftsverfasungen in einem Verhältnis des beziehungslosen Nebeneinander befinden würden. Insoweit ist eine die Grenzen der jeweiligen Rechtsordnung überschreitende Betrachtungsweise gefordert, die die Inhalte und materialen Vorgaben beider Rechtsordnungen in Einklang zu bringen und miteinander zu verbinden sucht[15]. Die wirtschaftsrechtlichen Vorgaben beider Rechtssysteme sind daher – bildhaft gesprochen – übereinanderzu-

---

[12] Vgl. für die „Verfassung" der EG etwa *T. Oppermann*, Europarecht, Rn. 394 ff.

[13] So Kommissionspräsident *J. Delors*, zitiert nach *G. Glück*, Der Bayerische Bürgermeister 1989, S. 208/210.

[14] Hierzu unten § 2 3., sowie §§ 8, 9.

[15] In diesem Sinn auch *J. Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, S. 53 ff., 57 ff., der für eine „annähernde Verfassungsauslegung" plädiert.

projizieren, um so ein einheitliches Bild der deutsch-europäischen Wirtschaftsverfassung und -ordnung und damit der Koordinaten privaten Wirtschaftens in der europäisch integrierten Bundesrepublik zu erhalten.

b) Staatsziele als wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung

Die nach den Vorgaben von Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung wahrzunehmende Wirtschaftsverwaltung stellt keinen Selbstzweck dar, sondern ist in der freiheitlich-sozial verfaßten Demokratie des Grundgesetzes auch unter den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts inhaltlichen Maßstäben verpflichtet, in denen das Selbstverständnis von Staat und Gesellschaft zum Ausdruck kommt und die zu beachten und zu erfüllen der Staat gehalten ist. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der auch unter dem Dach der Europäischen Union nach wie vor bestehenden Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik[16]. Die Verfassung als Manifestation der Grundentscheidungen über die politische, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Ordnung[17] weist daher nach wie vor als Leitbild allem staatlichen Handeln den Weg und markiert den durch Gesetz zu konkretisierenden rechtlichen Rahmen für die Erfüllung der einzelnen Staatsaufgaben. In diesem Zusammenhang sind es die Staatsziele als ideale Prinzipien, denen sich der Staat verpflichtet fühlt und in deren Dienst er sich planmäßig stellt[18]. Sie formen im Gegensatz zu den Staatsaufgaben, die sich auf bestimmte konkrete Tätigkeitsbereiche beziehen[19], die gesetzgeberischen Entscheidungen in rechtlich verbindlicher Weise und wirken so auf die Gestaltung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft maßgeblich ein. Als die für das Verhältnis der privatautonomen Wirtschaftssubjekte zum Staat maßgeblichen, weil die wesentlichen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben enthaltenden Staatsziele des Grundgesetzes sind das Sozialstaatsprinzip, die Verpflichtung von Bund und Länder auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht und die Freiheitssicherung zu nennen.

aa) Das Sozialstaatsprinzip

Die Sozialstaatsklausel als „populärstes" Staatsziel des Grundgesetzes verpflichtet den (wirtschaftsgestaltenden) Gesetzgeber auf die Verwirklichung der Rechtsidee der sozialen Gerechtigkeit. In diesem Sinn ist es die bedeut-

---

[16] Vgl. BVerfGE 89, 155/189 f.

[17] *H. P. Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 114.

[18] *J. Isensee*, in: HdbStR III, § 57, Rn. 115; vgl. hierzu auch *Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge, Rn. 7.

[19] Näher *R. Herzog*, in: HdbStR III, § 58; *Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge, Rn. 26 ff.; zur Unterscheidung von Staatszielen und Staatsaufgaben *J. Isensee*, in: HdbStR III, § 57, Rn. 115.

samste Grundlage staatlicher Wirtschaftspolitik, in der der Gesetzgeber die maßgebende Grundlage für seine konkret-wirtschaftsordnende Gesetzgebung wie für wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsentscheide findet[20]. Von den verschiedenen Elementen der Sozialstaatlichkeit[21] interessiert im vorliegenden Zusammenhang vornehmlich das dem Prinzip innewohnende Doppelziel der Hebung des allgemeinen Wohlstandes und die Ausbreitung der Teilhabe daran[22], da sich in diesem Endpunkt der Verwirklichung des sozialen Staatsziels der Zusammenhang mit der Wirtschaftsordnung am deutlichsten offenbart. Hebung des allgemeinen Wohlstandes als Ziel des Sozialstaats fordert als praktische Prämisse die Leistungskraft der produktiven Wirtschaft, die Garantien des sozialen Staatsziels setzen die Funktionsfähigkeit und das Wachstum der Wirtschaft voraus[23]. Als die dieser Vorstellung am ehesten gerecht werdende Wirtschaftsordnung hat sich in der Bundesrepublik das System der sog. sozialen Marktwirtschaft herausgebildet, das am besten in der Lage zu sein scheint, die materiellen Vorgaben des sozialen Staatsziels mit den sich aus den Grundrechten ergebenden Anforderungen an die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen in einer Art und Weise zu vereinen, die auch die ökonomische Rentabilität privaten Wirtschaftens gewährleistet. Vor diesem Hintergrund wird nachvollziehbar, daß von *Hans F. Zacher* das Soziale in der Sozialen Marktwirtschaft in der Effizienz der Marktwirtschaft, in dem Wohlstand, den sie hervorbringt, gesehen worden ist[24].

Die Tatsache, daß der grundgesetzlich verfaßte Sozialstaat ohne funktionierende und leistungsfähige Wirtschaft nicht vorstellbar ist, macht deutlich, daß die Sozialgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers eine durch die Vorgaben der Wirtschaftsfreiheit domestizierte ist. Dem Wirtschafts(verwaltungs)recht kommt vor diesem Hintergrund die Aufgabe zu, den Dualismus zwischen individualistischer und kollektivistischer Wirtschaftsgestaltung bzw. zwischen grundrechtlich geschützter Wirtschaftsfreiheit des einzelnen und der sozialstaatlich motivierten Steuerung von Wirtschaftsabläufen zu einem sozial verträglichen Ausgleich zu bringen und die für den Bereich der Wirtschaft typische Konfliktkonstellation[25], daß sich grundrechtlich abgesicherte

---

[20] So *R. Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 90.

[21] Näher *H. F. Zacher*, in: HdbStR I, § 25, Rn. 27 ff.

[22] *H. F. Zacher*, in: HdbStR I, § 25, Rn. 48.

[23] *P. Badura*, Staatsrecht, Rn. D 38; *E. Benda*, in: HdbVerfR, S. 477/543; so auch *R. Stober*, Handbuch, S. 166, nach dessen Ansicht der Sozialstaat in der jeweiligen Entwicklung des Volkseinkommens seine finanzielle Grenze findet.

[24] In: HdbStR I, § 25, Rn. 54.

[25] Für die Vorstellung vom Wirtschaftsrecht als einem Konfliktrecht vgl. schon *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, II. An diesem Verständnis von der ausgleich-

wirtschaftliche Selbstbestimmung in einem Maße entfaltet, das wegen seiner Unverträglichkeit mit dem Gemeinwohl einer staatlichen Begrenzung bedarf, aufzulösen[26].

Im Zusammenhang mit der näheren Ausgestaltung des Wirtschaftssystems der Bundesrepublik hat das Sozialstaatsprinzip in Rechtsprechung und Literatur nicht nur eine Fülle von Einzelausprägungen erhalten, die wie ein bunter Blumenstrauß anmuten[27]; es wurde vielmehr daneben von einer ideologischen Programmatik dazu instrumentalisiert, dem Grundgesetz einen Auftrag zur Umgestaltung der freiheitlich ausgerichteten ökonomischen Ordnung der Bundesrepublik zu unterlegen[28]. Dabei geriet nicht nur die begrenzte Leistungsfähigkeit des Grundgesetzes außer Blick sowie die Tatsache, daß eine Verfassung nicht „ein auf rätselhafte Weise umfassendes Fundament des Soziallebens" darstellt, „das für jede Frage eine Antwort, für jeden Streit einen Maßstab und für jedes Interesse eine juristische Verteidigung

---

enden Funktion des Rechts hat sich auch durch das Aufkommen der neoliberalen Schule grundsätzlich nichts geändert (klassisch hierzu *F. Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf). Klar hervor trat insoweit jedoch die Erkenntnis, daß extensiv genutzte individuelle Freiheit nicht nur, quasi aus sich selbst heraus, dem Gemeinwohl schaden, sondern sich auch selbst zerstören und damit zu einer mittelbar sich aktualisierenden Bedrohung des Gemeinwohls führen kann. Die sich fast zwangsläufig daraus ergebende Notwendigkeit, die Erhaltung der Selbststeuerungskräfte des Marktes als staatliche Aufgabe zu begreifen, stellt daher die konsequente Fortschreibung des Wirtschaftsrechts als Recht des Ausgleichs zwischen widerstreitenden Interessen dar. Neu ist insoweit nur die Vorverlagerung staatlicher Intervention auf die Stufe der das Gemeinwohl noch nicht aktuell bedrohenden individuellen Freiheitsausübung.

[26] Als Beispiel für diese ausgleichende Funktion des Rechts sei hier exemplarisch auf die Marktordnungen als Systeme geordneten Wettbewerbs verwiesen, mit denen wegen der ansonsten bestehenden Gefahr der Verwirklichung wirtschaftspolitisch unerwünschter Marktergebnisse ein Ausgleich divergierender Interessen zu verwirklichen versucht wird, der gleichzeitig einer hinreichenden und sicheren Versorgung der Verbraucher mit Waren oder Dienstleistungen zu angemessenen Preisen, der angemessenen Entlohnung der Produzenten bzw. Dienstleistungsanbieter und der Stabilisierung des Marktes der jeweiligen Wirtschaftseinheit dienen soll (vgl. auch die Definition in EuGH, NJW 1975, S. 2167). Angesichts der Tatsache, daß Marktordnungen regelmäßig Preise und Bedingungen von Leistungen oder Waren reglementieren, d. h. staatlicherseits vorschreiben, damit unmittelbar auf die marktmäßigen Austauschbedingungen einwirken und die privatautonome Selbstregulierung nahezu vollständig aufheben, ist es nicht erstaunlich, daß sich das Gemeinschaftsrecht zunehmend der Öffnung und Liberalisierung solcher regulierter „Markt"ordnungen annimmt und sie dereguliert, d. h. marktwirtschaftlichen Bedingungen unterwirft, vgl. hierzu unten, § 8, 2. d), e).

[27] Vgl. den Überblick bei *R. Stober*, Handbuch, S. 163 ff.; kritisch insoweit auch *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 4 III.

[28] Pointiert etwa *W. Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 114/120 ff.; kritisch hierzu *K. Stern*, Staatsrecht I, § 21 I 3.

wüßte"[29]; vielmehr wurde auch dem ökonomischen Gehalt des Prinzips nicht mehr die ihm gebührende Achtung zuteil. Solche das Sozialstaatsprinzip rechtlich und tatsächlich überstrapazierende Vorstellungen vermochten sich in der Bundesrepublik jedoch nicht durchzusetzen.

Die Interdependenz von Sozialstaat und leistungsfähiger Wirtschaft verlangt bei solchen Regelungen, die das Sozialstaatsprinzip konkretisieren, nicht nur eine Güter- und Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Freiheit des einzelnen und den Belangen des Gemeinwohls, sondern immer auch die Beachtung der Erfordernisse einer funktionierenden Wirtschaft, da nur dann dem Prinzip selbst auf Dauer hinreichend Rechnung getragen werden kann; es kann nicht isoliert von den es tragenden ökonomischen Grundlagen gesehen werden[30]. Betrachtet man das Sozialstaatsprinzip vor diesem Hintergrund, so wird deutlich, daß es nicht die große Verheißung sein kann, als die es teilweise verstanden wurde und zum Teil nach wie vor verstanden wird. Der gestaltende und sozialstaatlich motivierte Zugriff des Staates auf die Wirtschaft findet dort seine Grenze, wo das Spannungsverhältnis zwischen der Verwirklichung der Idee der sozialen Gerechtigkeit und der mit einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung korrespondierenden individuellen Wirtschaftsfreiheit einseitig zu Lasten der letzteren aufgelöst wird[31]. Dem Sozialstaatsprinzip ist daher ein eindeutig wirtschaftspolitischer Gehalt immanent, den der sozialgestaltende Gesetzgeber zu beachten hat. Hieran wird deutlich, daß das Prinzip nicht nur Auftrag, sondern auch Grenze staatlichen Handelns insofern darstellt, als es dem Gesetzgeber verbietet, die Leistungskraft der Wirtschaft als Prämisse eines leistungsfähigen und funktionierenden Sozialstaats aufs Spiel zu setzen.

bb) Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht und Wachstumsvorsorge

Verfassungsrechtlich ist die konjunkturelle Verantwortung des Staates in Art. 109 Abs. 2 GG niedergelegt. Zwar bedeutet die Verpflichtung von Bund und Ländern, bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen, keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Festlegung auf das System der sozialen Marktwirtschaft; doch läßt sich Art. 109 Abs. 2 GG gleichwohl eine mittelbare Entscheidung für die Marktwirtschaft entnehmen[32]. Bund und Ländern die

---

[29] So zurecht *P. Badura*, JuS 1976, S. 205/207.

[30] Selbst auf kommunaler Ebene tritt der Zusammenhang zwischen der sozialen Funktion des Rechts und der Ermöglichung sowie der Sicherung privatautonomer wirtschaftlicher Freiräume in der sich unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG ergebenden Wirtschaftssicherungsaufgabe der Gemeinden deutlich zutage; diese ist auf die Herstellung gesunder Wirtschaftsstrukturen gerichtet, vgl. *H. F. Zacher*, WiR 1972, S. 185/207 ff.; *R. Stober*, JZ 1984, S. 105 ff.; *H. D. Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 8 I 3.

[31] Vgl. *P. Badura*, Staatsrecht, Rn. D 37.

[32] *K. Vogel/M. Wiebel*, in: BK, Art. 109, Rn. 100.

Stabilität des Preisniveaus, einen hohen Beschäftigungsgrad und die Wahrung des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts bei gleichzeitigem stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum zur Beachtung aufzugeben (§ 1 StabG), bedingt notwendig das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte; denn nur in diesem Fall kann sich eine Verpflichtung des Staates zur Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts aktualisieren[33].

Die in dem mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestatteten Verfassungsauftrag des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zum Ausdruck kommende Verantwortung des Staates für eine ausgewogene Wirtschaftsentwicklung und die sozialstaatliche Aufgabe stehen in einem engen Bezug zueinander[34]. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates auf die Verwirklichung des sozialen Staatsziels korreliert mit der wirtschaftspolitischen Zielvorgabe des Art. 109 Abs. 2 GG und dem darin enthaltenen konjunkturpolitischen Mandat: das sozialstaatliche Mandat ist umfassend nur zu verwirklichen im Falle volkswirtschaftlicher Prosperität. Diese ist aber wiederum von optimalen wirtschaftlichen Rahmendaten und damit von der Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abhängig. Folgerichtig ist aus der Tatsache, daß der Staat des Grundgesetzes „verfassungsmäßig Verantwortung für das Funktionieren der Wirtschaft in ihrer Gesamtheit öffentlichen Interesses" beansprucht[35] und trägt, ein Verfassungsauftrag zur staatlichen Wachstumsvorsorge abgeleitet worden[36]. Damit hat die praktische Prämisse des modernen Sozialstaates Anerkennung gefunden, daß für dessen Verwirklichung eine befriedigende und ausgeglichene Wirtschaftsentwicklung zur Erhöhung der Produktivität, des Sozialprodukts und des Lebensstandards unabdingbar ist. Wenn in diesem Zusammenhang gesagt worden ist, daß die staatliche Wachstumsvorsorge eine die Unternehmensfreiheit fördernde Funktion darstellt[37], so wird damit zutreffend auf den letztlich freiheitssichernden Gehalt des Verfassungsauftrages hingewiesen, der der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Schranken zu ziehen vermag.

cc) Freiheitssicherung

Staatsziele als grundlegende materielle Vorgaben für staatliches Handeln bedürfen nicht der speziellen Figur der explizit in der Verfassung niedergelegten Staatszielbestimmung[38]. Vielmehr lassen sich Verfassungsdirektiven

---

[33] Vgl. auch *G. Rinck/E. Schwark*, Wirtschaftsrecht, Rn. 162.

[34] Vgl. *E. Benda*, in: HdbVerfR, S. 477/543 f.

[35] *H. P. Ipsen*, in: Planung II, S. 63/87.

[36] Vgl. *H. P. Ipsen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 24 (1966), S. 221/222; *ders.*, in: Planung II, S. 63/87; vgl. auch *P. Badura*, in: FS für H. P. Ipsen, S. 367/375, mit dem Hinweis, daß das Wachstumsziel auf dem Sozialstaatssatz basiert.

[37] *P. Badura*, in: FS für H. P. Ipsen, S. 367/380.

[38] *J. Isensee*, in: HdbStR III, § 57, Rn. 123.

auch aus einer Zusammenschau verschiedener Einzelbestimmungen des Grundgesetzes ableiten[39]; gleichwohl ist insoweit Vorsicht geboten, um nicht bewußt unterlassene Festlegungen des Verfassunggebers zu umgehen. So wollte dieser etwa keine Aussagen zu einer wie immer gearteten Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes treffen[40].

Die Grundrechte in ihrer klassischen subjektiv-rechtlichen Abwehrfunktion wie auch in ihrem objektiv-rechtlichen Bedeutungsgehalt verwirklichen zusammen mit dem die Ausübung jeglicher Staatsgewalt bändigenden Rechtsstaatsprinzip das Staatsziel der Ermöglichung und Bewahrung individueller und gesellschaftlicher Freiheit[41]. So hat das Bundesverfassungsgericht als Grundlage der bestehenden Wirtschaftsverfassung nicht nur den „grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien"[42] anerkannt, sondern hat das Gericht aus der Verfassung selbst einen Vorrang für die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung abgeleitet[43]. Aus der Anerkennung eines angemessenen – unantastbaren – Spielraums zur Entfaltung der Unternehmerinitiative[44] folgt das Gebot grundsätzlicher Privatheit des Wirtschaftens[45].

Aus dem Gebot der Ermöglichung und Bewahrung der Freiheitlichkeit des Wirtschaftshandelns folgt, daß den Grundrechten zwangsläufig ein wirtschaftsverfassungsrechtliches, in makroökonomischer wie mikroökonomischer Hinsicht Wirkung entfaltendes Funktionalitätsprinzip innewohnt, das die Funktionsbedingungen einer auf Privatautonomie, Wettbewerb und dezentralisierter Selbstregulation gestützten freiheitlichen Wirtschaftsordnung gegen den Zugriff des wirtschafts(um)gestaltenden Gesetzgebers abschirmt[46]. Freiheitlichkeit ist nicht isoliert und für sich genommen vorstellbar und durchsetzbar, sondern nur unter offenen, d. h. freiheitsermöglichenden Bedingungen. Davon geht auch der Gesetzgeber aus, der sich mit seiner Zustimmung zum Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur durch Privateigentum,

---

[39] Vgl. z. B. zum Verfassungsgrundsatz der offenen Staatlichkeit des GG *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit; *J. Isensee*, in: HdbStR III, § 57, Rn. 123 f., für das Staatsziel der Sicherheit und des Friedens.

[40] BVerfGE 4, 7/17 f.; 7, 377/400; 50, 290/338, sowie unten, § 1 3. a).

[41] Vgl. *J. Isensee*, in: HdbStR III, § 57, Rn. 123.

[42] BVerfGE 32, 305/317.

[43] BVerfGE 25, 1/23; 50, 290/366.

[44] BVerfGE 29, 260/267; 50, 290/366.

[45] Vgl. *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 79.

[46] In diesem Sinn *R. Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 90 f.; *P. Badura/F. Rittner/B. Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 249; *H.-J. Papier*, VVDStRL 35 (1977), S. 55/76 ff.

Leistungswettbewerb, freie Preisbildung und grundsätzlich volle Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen bestimmten „Sozialen Marktwirtschaft" bekannt hat[47].

Die Tatsache, „daß die Interdependenz des Wirtschaftszusammenhangs und dessen rechtlicher Regelungen eine verfassungsrechtliche Betrachtung verbietet, die von dem Schutz des Individuums als isoliert gesehenen einzelnen bestimmt wird"[48], macht deutlich, daß insoweit, als das Gesamt der wirtschaftsbezogenen Grundrechte die Funktionsbedingungen von Freiheitlichkeit seinem Schutz unterwirft, die Grundrechte eine – mittelbare – Systemwirkung entfalten. Markt und Wettbewerb genießen folgerichtig nicht nur in grundrechtsfunktionaler und grundrechtsinstrumenteller Hinsicht den verfassungsrechtlichen Schutz der Grundrechte[49], sondern auch mittelbar in systembezogener Hinsicht. Es ist diese systembezogene mittelbare Schutzwirkung der Grundrechte, die vor dem Hintergrund der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes und im Hinblick auf die damit korrespondierende weitgehende legislative Gestaltungsfreiheit vornehmlich im Bereich der Wirtschaftspolitik Bedeutung zu erlangen vermag, indem sie dem Gesetzgeber – wenngleich nur äußerste – Grenzen seiner Wirtschaftsgestaltungsbefugnis aufzeigt. Die unmittelbar freiheitssichernde Funktion der Grundrechte wird insoweit flankiert von deren mittelbarer Systemwirkung[50].

Im Hinblick auf die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Koordinaten privatautonomen Wirtschaftens ist unbestritten, daß das Grundgesetz nicht in dem Sinne neutral ist, daß es dem Gesetzgeber die Option zuerkennen würde, die Wirtschaftsordnung im Sinne einer Zentralverwaltungs- oder Zentralplanwirtschaft umzustrukturieren[51]. Wenn daher vom Grundgesetz eine die dezentral-privatautonome Wirtschaftsplanung als konstitutives Element enthaltende Wirtschaftsordnung vorausgesetzt wird[52], so tritt auch in-

---

[47] Vgl. Art. 1 Abs. 3 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990 (BGBl. II S. 537). An der grundgesetzlichen wirtschaftspolitischen Neutralität vermag diese Bestimmung gleichwohl nichts zu ändern, da ein (Zustimmungs-)Gesetz das Grundgesetz zwar ausfüllen, nicht jedoch ändern kann. In diesem Sinn auch *R. Stober*, Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 175/179.

[48] *P. Badura/F. Rittner/B. Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 248, unter Hinweis auf *K. Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, III/1, 1958, S. 1/39.

[49] Vgl. *R. Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 92.

[50] Vgl. *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/620, nach dessen Ansicht die Freiheitsrechte einem nahezu grenzenlosen Gestaltungsrecht des Gesetzgebers ausgeliefert sind, verbunden mit der Gefahr von deren Sinnentleerung.

[51] Vgl. etwa *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/615; *M. Kriele*, ZRP 1974, S. 105/108; *P. Badura/F. Rittner/B. Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 249 f.

[52] So *H.-J. Papier*, ebenda.

soweit die objektiv-rechtliche Verstärkung der unmittelbaren, subjektiv-rechtliche Wirkung entfaltenden freiheitssichernden Funktion der Grundrechte durch eine Gesamtbetrachtung und Zusammenführung der wirtschaftsrelevanten Grundrechte zu einem grundrechtlichen Wertsystem zutage[53]. Der von den Grundrechten konstituierten objektiven Wertordnung des Grundgesetzes[54] kommt gerade im Bereich der Wirtschaft in besonderem Maße eine freiheitssichernde und -fördernde Funktion zu, die in Zukunft aufgrund der systemprägenden Ingerenzen des Gemeinschaftsrechts in die bundesdeutsche Rechtsordnung noch verstärkt werden wird[55].

2. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft als Ausgleich sozialstaatlicher Verantwortung und individueller Freiheit

a) Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage privatautonomen Wirtschaftens

Hans Peter Ipsen hat Mitte der sechziger Jahre die Ansicht vertreten, Art. 2 Abs. 1 GG enthalte ein selbständiges Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit[56], das sich nicht in einer Addition der Einzelausprägungen verschiedener Einzelgrundrechte erschöpfe, sondern als unternehmerische Dispositionsfreiheit dann Wirkung entfalte, wenn staatliche Wirtschaftsplanung auf sie einwirke[57]. *Ipsen* nahm damit eine Verselbständigung des grundrechtlichen Schutzes unternehmerischer Initiative und Entscheidung gegenüber den eigentums-, berufs- und vereinigungsbezogenen Schutzrichtungen der verschiedenen Wirtschaftsgrundrechte vor und unterwarf die unternehmerische Betätigung im Hinblick auf das Ob und Wie der wirtschaftlichen Disposition einer umfassenden eigenständigen und eigenwertigen Freiheitsbehauptung im Sinne einer unternehmerischen Dispositionsfreiheit. In eine ähnliche Richtung wies auch das Gemeinschaftsgutachten von *Badura, Rittner* und *Rüthers* aus dem Jahr 1977[58]. Die Autoren des Gutachtens vertraten die Ansicht, daß die unternehmerische Betätigung verfassungsrechtlich durch einen „Schutz- und Ordnungszusammenhang der Grundrechte" geschützt sei, der sich aus einer Zusammenschau der verschiedenen Grundrechte der wirtschaftlichen Freiheit erschließe[59].

---

[53] Hierzu *K. Hesse*, EuGRZ 1978, S. 427/432 f.

[54] Vgl. hierzu BVerfGE 6, 32/40 f.; 39, 1/41 ff.; 49, 89/141 f.; 52, 214/219 f.; 52, 223/247; 53, 257/298; 62, 230/244.

[55] Vgl. hierzu unten, § 2 3.

[56] In: Planung II, S. 63/93 ff./95.

[57] *H. P. Ipsen*, ebenda.

[58] Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz.

[59] *P. Badura/F. Rittner/B. Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 246 ff.

Ebensowenig wie die Wirtschaftsfreiheit, die in der Literatur keine Gefolgschaft gefunden hat[60], konnte sich der von einem Sinnzusammenhang der wirtschaftlichen Grundrechte getragene Gedanke des Schutz- und Ordnungszusammenhangs durchsetzen. Auf Widerspruch ist die These *Ipsens* insbesondere deshalb gestoßen, weil sich der Grundrechtsschutz des Unternehmers nur scheinbar als rechtliche Einheit konstruieren läßt[61], in Wirklichkeit aber gerade die einzelnen Grundrechte bewußt bestimmte Aspekte unternehmerischer Tätigkeit erfassen, die auch jeweils unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen unterliegen, wodurch staatliche Reglementierungen unternehmerischer Tätigkeit in abgestufter Weise, je nach dem betroffenen Aspekt unternehmerischer Tätigkeit, getroffen werden können[62].

Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Mitbestimmungsurteil klargestellt, daß Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung die – wenngleich durch gegenseitige Überschneidungen, Ergänzungen und Zusammenhänge geprägten – Einzelgrundrechte sind[63]. Das Gericht hat der objektiven Funktion der Grundrechte lediglich eine deren subjektiven Gehalt prinzipiell verstärkende Funktion zugestanden, die Existenz weitergehender Schutzfunktionen jedoch verneint[64].

Art. 14, 12 Abs. 1, 9 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG schützen daher mit der unternehmerischen Nutzung des Eigentums, der Gewerbe- und Unternehmensfreiheit sowie der wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit die wesentlichen Aspekte der Wirtschaftsfreiheit im Sinne *Ipsens*, einschließlich der Vertragsfreiheit[65] und der Wettbewerbsfreiheit[66]. Die Wirtschaftsfreiheit läßt sich vor diesem Hintergrund als Konkretisierung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit verstehen; sie ist damit auf einen selbstbestimmten Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative reduziert[67], der jedoch unantastbar ist[68].

---

[60] Vgl. nur *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/637.

[61] *P. Badura*, in: FS für H. P. Ipsen, S. 367/384.

[62] *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/637.

[63] BVerfGE 50, 290/336.

[64] BVerfGE 50, 290/337. Hierzu *P. Badura*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 37 f.

[65] *P. Badura*, Staatsrecht, Rn. C 79; *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/637 f.; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 162.

[66] BVerfGE 32, 311/317; 46, 120/137 f.; *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/638 f.; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 163; *R. Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 93; *ders.*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 24 ff.

[67] Vgl. die verschiedenen Einzelausprägungen z. B. in BVerfGE 29, 260/267; 50, 290/366; BVerwGE 60, 154/159; 65, 167/174.

[68] BVerfGE 4, 7/15 f.; 8, 274/328; 10, 89/99; 12, 341/347 f.; 29, 260/267; 50, 290/363.

b) Die Wirtschaftsfreiheit als grundrechtliches Schutz- und Ordnungsziel

Vor dem Hintergrund der Festlegung des Grundgesetzes auf die Freiheitlichkeit des Wirtschaftsprozesses erfährt das aus der Zusammenschau der verschiedenen wirtschaftlichen Einzelgrundrechte interpretatorisch ableitbare Substrat einer unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit als grundrechtliches Schutz- und Ordnungsziel[69] im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Beurteilung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft seine Rechtfertigung jedoch dadurch, daß es die unternehmerische Funktion aus einer verengten eigentumsbezogenen Perspektive herausführt und zu einer Zusammenschau der grundrechtlichen Sicherungen unternehmerischen Handelns ebenso zwingt wie zu einer Verdeutlichung der Frage nach ihrer Einordnung in die Wirtschaftsverfassung[70]. Ließe sich daher im weiteren Fortgang der Untersuchung feststellen, daß durch die Vorgaben und Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts eine Überlagerung und damit Verstärkung der mittelbaren grundgesetzlichen durch eine unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Systemgarantie stattgefunden hat bzw. stattfindet, so ermöglichte dies in Verbindung mit den aus den Grundrechten ableitbaren Funktionsgarantien, die jeweils für sich genommen einer weitreichenden Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers unterliegenden Einzelgrundrechte deutlicher als bisher in einen wirtschaftssystematischen Gesamtzusammenhang zu stellen, der sich stärker an den Funktionsbedingungen privatautonomen Wirtschaftens zu orientieren hätte. Die auf die subjektive Schutzwirkung der Grundrechte bezogene Perspektive des Bundesverfassungsgerichts im Mitbestimmungsurteil würde dann zugunsten eines wirtschaftssystembezogenen Ordnungs- und Schutzzusammenhangs zu erweitern sein, wodurch die Grundgedanken von *Ipsen* und der Autoren des Gemeinschaftsgutachtens ihre – im Gemeinschaftsrecht zu verortende – Rechtfertigung erführen.

Angesichts einer ständig zunehmenden und aufgrund ihrer Ubiquität bereits partiell entfaltungshemmend wirkenden wirtschaftsgestaltenden Gesetzgebung ist die in die Zukunft weisende Rechtfertigung für eine solche „ganzheitliche" Betrachtungsweise des grundrechtlichen Schutzes unternehmerischer Entscheidung und Disposition offensichtlich. So führt nicht nur die Überprüfung der Vereinbarkeit wirtschaftsrechtlicher Vorgaben am Maßstab der jeweiligen Einzelgrundrechte zu einer in gewissem

---

[69] *P. Badura*, in: FS für H. P. Ipsen, S. 367/384.

[70] *P. Badura*, in: FS für H. P. Ipsen, S. 367/384; vgl. auch *ders.*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 26 f., wo sich die Feststellung findet, daß in der Industriegesellschaft soziale Freiheit nicht primär eine Funktion des Eigentums, sondern der Arbeit und ihrer durch die Verwaltung determinierten Bedingungen und damit ihres Ertrages ist.

Sinn realitätsfremden, weil nur ausschnittsweisen Betrachtung an sich nicht aufteilbarer unternehmerischer Betätigung; auch die jeweils grundrechtsspezifischen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung wirtschaftslenkender Eingriffe lassen das Gesamt der Funktionsbedingungen unternehmerischer Betätigung weitgehend außer Ansatz, wenn eine lediglich eigentumswertige, berufsbezogene oder vertragsorientierte Betrachtungsweise angelegt wird[71]. Dies gilt vornehmlich in den Fällen, in denen einzelne Freiheitsrechte deshalb einem „nahezu grenzenlosen Gestaltungsrecht des Gesetzgebers" ausgeliefert sind, weil sich in ihnen ein sozialer Bezug und eine soziale Funktion der Grundrechtswahrnehmung äußert[72]. Gerade die Grundrechte der wirtschaftlichen Freiheit – bei denen ein sozialer Bezug und eine soziale Funktion regelmäßig zu bejahen sind – sind daher der Gefahr ausgesetzt, auf einen zu eng gefaßten personal-individualen Bezug reduziert zu werden[73].

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, daß bei einer die Spezifika unternehmerischer Betätigung außer Acht lassenden verfassungsrechtlichen Beurteilung die Realitätsnähe der verfassungsrechtlichen Beurteilung Schaden zu nehmen droht, gerade vor dem Hintergrund von in einem ständig komplexer werdenden Umfeld zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen. Eine einzelgrundrechtsbezogene Beurteilung vermag den Besonderheiten unternehmerischer Betätigung im Ganzen nur bedingt gerecht zu werden. Die in wirtschaftliche Gesamtzusammenhänge eingebettete und an diesen Gesamtzusammenhängen zu beurteilende unternehmerische Disposition läßt sich nämlich nur partiell auflösen in die einzelgrundrechtlichen Schutzfacetten der Eigentums-, Vertrags-, Berufs- und Vereinigungsfreiheit. Die Problematik, die mit einer an den verschiedenen Schutzrichtungen der einzelnen Wirtschaftsgrundrechte ausgerichteten verfassungsrechtlichen Beurteilung wirtschaftslenkender Maßnahmen verbunden ist, besteht gerade darin, daß die einzelnen Grundrechte für den Unternehmer letztlich sinnentleert zu werden drohen, wenn sie in einer nur individualbezogenen Auslegung der Realität komplexen unternehmerischen Handelns in seiner Gesamtheit nicht mehr hinreichend Rechnung

---

[71] Vgl. in diesem Zusammenhang den Hinweis von *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 79, wonach in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die Wirtschaftsgrundrechte weitgehend unverbunden nebeneinander stehen. Dies ergibt sich jedoch zwangsläufig aus der Verneinung eines Schutz- und Ordnungszusammenhangs der Grundrechte, wie er vom Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil vorgenommen worden ist.

[72] So pointiert *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/620, unter Hinweis auf BVerfGE 50, 290/340 f./355 f./364 f.

[73] So *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/620 f., der auch auf die damit verbundene Gefahr hinweist, Groß- und Größtassoziationen als wichtige Ausdrucksformen privatautonomer Tätigkeiten in einen „quasi-öffentlichen und damit letztlich grundrechtsfreien Status" hineinwachsen zu lassen.

zu tragen vermögen. Dies ist der Punkt, an dem sich die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit als grundrechtliches Schutz- und Ordnungsziel zu aktualisieren vermag und eigene Schutzwirkung entfalten kann.

Die Interpretation *Ipsens*, daß die Antwort auf die Frage nach der Grenze des Wesensgehalts der Wirtschaftsfreiheit nur aus dem Gehalt der dem Grundgesetz immanenten Wirtschaftsverfassung gefunden werden kann[74], deutet für die Bestimmung des Schutzgehalts der Wirtschaftsfreiheit in die richtige Richtung. Das weitreichende Gestaltungsrecht des Gesetzgebers im Hinblick auf die einzelnen Grundrechte findet dort keine Begrenzung, wo es nicht um einzelne Schutzgehalte, sondern um die Sicherung einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung insgesamt[75] und um die Stellung des Unternehmers im Gesamt des seine Entscheidungs- und Dispositionsfreiheit berührenden Regelungsgeflechts geht. Eine nur auf einzelne grundrechtliche Sicherungen rekurrierende verfassungsrechtliche Beurteilung wirtschaftslenkender Maßnahmen läuft Gefahr, die Tatsache außer Acht zu lassen, daß die Ausübung wirtschaftlicher Freiheit immer auch in ihrer universalen Einbettung in das soziale Leben und damit in ihrer Einordnung in die Wirtschaftsverfassung beurteilt werden muß. So kann staatliche Wirtschaftsplanung zwar unter dem verengten Blickwinkel ihrer Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit und den anderen Wirtschaftsgrundrechten verfassungsrechtlich zulässig sein, gleichwohl aber den Spielraum unternehmerischer Freiheit insgesamt und im Zusammenhang mit anderen Maßnahmen der Wirtschaftslenkung in einer Art und Weise einschränken, wodurch diese in ihrer Bedeutung für das soziale Leben insgesamt getroffen wird; daß die freiheitliche Wirtschaftsverfassung als Prämisse unternehmerischer Entscheidungs- und Dispositionsfreiheit in einem solchen Fall zumindest mittelbar berührt wird, liegt auf der Hand. Daher ist die Funktionalität der individual-personalen Freiheitsrechte gerade im ökonomischen Geschehen[76] der Gefahr ausgesetzt, in bestimmten Fällen leerzulaufen.

Wenn das privatautonome Wirtschaftssubjekt in seiner Dispositionsentfaltung gehindert wird, ohne daß damit ein individueller Verstoß gegen die spezifischen Wirtschaftsgrundrechte verbunden ist, so wird deutlich, daß durch wirtschaftsgestaltende Maßnahmen ein grundrechtsverdünnter Raum[77] entstehen kann, dem letztlich nur die Wirtschaftsfreiheit wirksam entgegengehalten werden kann. Die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit als in Art. 2 Abs. 1 GG verankertes[78] grundrechtliches Schutz- und Ordnungsziel wäre insoweit in der Lage, Schutzwirkung dahingehend zu ge-

---

[74] In: Planung II, S. 63/98.
[75] Vom extremen Fall der Einführung einer Planwirtschaft sei hier abgesehen.
[76] *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/611.
[77] *H.-J. Papier*, ebenda.
[78] Vgl. *H. P. Ipsen*, in: Planung II, S. 63/95.

währen, daß sie die mittelbar durch die Grundrechte konstituierte freiheitliche Wirtschaftsordnung auch in den Fällen schützen würde, in denen einer wirtschaftslenkenden Maßnahme ein einzelnes Grundrecht nicht mit Erfolg entgegengehalten werden könnte. Dies bedeutet, daß Maßnahmen der Wirtschaftsgesetzgebung verfassungsrechtlich nicht nur daraufhin überprüft werden könnten, ob sie in der Zusammenschau mit anderen die Unternehmerfreiheit beschränkenden Regelungen noch systemkonform wären oder nicht; auch das Gesamt der Funktionsbedingungen freiheitlichen unternehmerischen Wirtschaftens würde insoweit in die verfassungsrechtliche Beurteilung miteinbezogen werden können. Die Wirtschaftsfreiheit wäre daher nicht nur in der Lage, die im Einzelfall bestehende Schwäche einzelgrundrechtlichen Schutzes gegenüber wirtschaftslenkenden Maßnahmen auszugleichen, sondern würde in ihrem Gehalt als grundrechtliches Ordnungsziel auch eine das freiheitliche Wirtschaftssystem stabilisierende Wirkung entfalten. Ihr käme daher letztlich eine das freiheitliche Wirtschaftssystem sichernde Bedeutung zu.

c) Die staatliche Verantwortung für die Wirtschaft

Den Wirtschaftsgrundrechten und der Wirtschaftsfreiheit steht gleichsam als Korrelat die Wirtschaftsgestaltungsbefugnis des Staates und seine Verantwortung für die Wirtschaft gegenüber. Eigenverantwortung und Staatsverantwortung sind in der dem sozialen Staatsziel wie der Freiheitlichkeit privatautonomen Wirtschaftens verpflichteten Bundesrepublik komplementär.

Daß dem Staat in seiner spätindustriellen Phase ein universeller Gestaltungs- und Steuerungsauftrag gegenüber der Wirtschaft zukommt, ist heute unbestritten[79]. Die staatliche Verantwortung für die ökonomische und soziale Ordnung ist der vorläufige Endpunkt einer Entwicklung, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts ihren Anfang nahm mit der – allerdings nie folgerichtig durchgehaltenen – Grundidee des Liberalismus, die von einer Trennung von Staat und Gesellschaft ausging und die den Wirtschaftssubjekten eine grundsätzlich unbeschränkte privatwirtschaftliche Autonomie einräumte. Die Beschränkung der Wirtschaftsverwaltung auf die Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Schaffung einer hinreichenden Infrastruktur als Voraussetzung privatautonomen Wirtschaftens macht die Subsidiarität staatlichen Handelns in jener Zeit deutlich[80].

---

[79] Vgl. *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 66 ff.; *ders.*, in: HdbStR III, § 83, Rn. 27 ff.; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 283/294ff.; siehe auch den Sammelband von *U. Scheuner* (Hrsg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft.

[80] Näher *W. Brugger*, JZ 1987, S. 633; *T. Würtenberger*, JuS 1986, S. 344; zusammenfassend *R. Stober*, Handbuch, § 5 VI.

Erst die Ausweitung der Staatsaufgaben im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, vornehmlich aber ihre partiell mit einer Übertragung der Legislativgewalt auf die Exekutive einhergehende Entgrenzung durch den 1. Weltkrieg[81] und deren Folgen führte zusammen mit dem Strukturwandel des Agrarstaats zum Industriestaat und der dadurch bedingten Zunahme öffentlicher Wirtschafts- und Verwaltungstätigkeit zu einer wachsenden Verantwortung des Staates für die Wirtschaft, die vornehmlich sozialpolitisch begründet wurde. Die Einbettung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen in eine sozialstaatliche Dimension und Verantwortlichkeit[82] verlangte vom Gesetzgeber zunehmend die Definition des Ausgleichs der individuellen Freiheit mit dem sozialstaatlichen Gemeinwohlinteresse; dies führte nicht nur zur Herausbildung des Wirtschaftsverwaltungsrechts als eigenständiger Rechtsdisziplin[83], sondern wurde auch zur umfassenden Instrumentalisierung des Wirtschaftsrechts zur Durchsetzung wirtschafts- und sozialpolitischer Vorstellungen genutzt[84].

Der nach der nationalsozialistischen Befehlswirtschaft und dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches folgende wirtschaftliche Wiederbeginn mündete schließlich in die von *Müller-Armack* als solche bezeichnete „Soziale Marktwirtschaft", die mit ihrem Mittelweg zwischen Liberalismus und Kollektivismus eine freiheitliche, sozial ausgerichtete, auf dem Privateigentum an Produktionsmitteln aufbauende und dem freien Wettbewerb verpflichtete Wirtschaftsordnung errichtete[85].

Heute ist zumindest im Grundsatz unbestritten, daß der Staat der modernen Industriegesellschaft im ausgehenden 20. Jahrhundert für das Funktionieren der Wirtschaft Verantwortung trägt. Am Ende einer nahezu kontinuierlichen Expansion der Staatsaufgaben stellt sich der moderne Staat als Schutz- und Förderstaat dar, der weitreichende Verantwortung für die soziale wie für die ökonomische Ordnung übernommen hat[86]. Die Legitimation des Staates besteht nicht mehr ausschließlich in der Gewährleistung des Schutzes von Freiheit und Eigentum, sondern ist ebenso begründet im Schutz und in der Gewährleistung von Arbeit und sozialer Sicherheit, der

---

[81] Vgl. *M. Botzenhart*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1806 – 1949, S. 131.

[82] Vgl. etwa Art. 151 Abs. 1 WRV.

[83] *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, §1 I.

[84] Näher *H. Heinrich*, DVBl. 1966, S. 425.

[85] Zu den verschiedenen Phasen der Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft in den ersten zwei Jahrzehnten der Bundesrepublik näher *U. Scheuner*, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S. 9 ff.; zusammenfassend für die Entwicklung nach 1945 *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 II; *F. Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 1 B.

[86] Gründe für die staatliche Verantwortung im Bereich der Wirtschaft bei *K. A. Vallender*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, § 12. Vgl. auch den Hinweis von *E.-W. Böckenförde*, Der Staat 15 (1976), S. 457 ff., daß der Staat, der neben der Erhaltungs- und Sicherungsfunktion auch eine zentrale Steuerungsaufgabe der modernen Industriegesellschaft übernommen hat, nurmehr in seiner Komplementärfunktion gegenüber der Wirtschaft begriffen werden kann.

Eröffnung und Garantie von Teilhabe und Mitbestimmung, aber auch der Chance individueller Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung[87]. Die umfassend-ubiquitäre Verantwortung des modernen Sozial- und Wohlfahrtsstaates für Bestand und Entwicklung der Gesellschaft in sozialer, ökonomischer und kultureller Hinsicht, von der prinzipiell kein Sozialbereich mehr ausgenommen ist[88], korreliert aber zwangsläufig mit einer weitreichenden Gestaltungsfunktion[89]. Der auf die Verwirklichung weitgespannter Ziele festgelegte wirtschafts- und sozialgestaltende Gesetzgeber kann den ihm gestellten Aufgaben nur gerecht werden, wenn ihm gleichzeitig die Kompetenz zur umfassenden Beeinflussung des ökonomischen Prozesses zugebilligt wird. Daher sind die Verpflichtung des Staates auf die Verwirklichung des sozialen Staatsziels und seine Verantwortung für das Funktionieren der Wirtschaft in einem Verhältnis der Komplementarität zu begreifen[90]. Der Zusammenhang zwischen dem Sozialgestaltungsauftrag des Staates und seiner Befugnis zur Beeinflussung des ökonomischen Prozesses ist ein unauflösbarer geworden.

Die staatliche Verantwortung für die Wirtschaft wie auch die Zunahme staatlicher Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Wirtschaft impliziert jedoch gleichwohl keine omnipotente und omnipräsente Wirtschaftsgestaltungsbefugnis eines rechtlich ungebundenen Gesetzgebers. Zwar eröffnet die wirtschaftspolitische Neutralität[91] des Grundgesetzes dem Gesetzgeber weitreichende Gestaltungs- und Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des einzelnen; daraus folgt jedoch keine Allzuständigkeit des modernen wirtschafts- und sozialgestaltenden Staates[92], seine Befugnis zur Aufgabendefinition ist vielmehr begrenzt. Es sind die Vorgaben der Verfassung, namentlich die Grundrechte und die durch diese mittelbar konstituierte Wirtschaftsverfassung, die dem Staat die Grenzen seines Handelns aufzeigen. Wenn sich daher der Staat für die Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe entscheidet, so geschieht dies nicht in par-

---

[87] *P. Badura*, JuS 1976, S. 205/209.

[88] Vgl. *D. Grimm*, Das Grundgesetz nach vierzig Jahren, S. 372/384.

[89] *D. Grimm*, ebenda.

[90] In diesem Sinn auch *E. Benda*, in: HdbVerfR, S. 477/544.

[91] Bereits in seinem Investitionshilfeurteil hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen kann, sofern er dabei die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, das Sozialstaats- und das Rechtsstaatsprinzip sowie die grundrechtlichen Gewährleistungen beachtet, vgl. BVerfGE 4, 7/17 f. Seither ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 7, 377/400; 12, 341/347; 14, 19/23; 14, 263/275; 22, 180/204; 26, 16/37; 27, 253/283; 50, 290/388. Damit hat das Gericht der These *H. C. Nipperdeys*, daß das Grundgesetz die soziale Marktwirtschaft verfassungsrechtlich verankert habe, eine Absage erteilt, vgl. *H. C. Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz.

[92] Zu den Grenzen staatlicher Aufgabenwahrnehmung vgl. *J. Isensee*, in: HdbStR III, § 57, Rn. 158 ff.

tieller Wahrnehmung einer grundsätzlich unbeschränkten „General- und Blankovollmacht"[93]. Omnikompetenz und Kompetenz-Kompetenz des Staates sind vielmehr verfassungsrechtlich gebunden und determiniert[94].

Die Verwirklichung der dem Gesetzgeber aufgegebenen sozialstaatlichen Ziele setzt zudem wegen des Zusammenhangs zwischen der Umsetzung des sozialen Staatsziels und den Anforderungen an eine funktionierende Wirtschaft[95] eine gewisse Planmäßigkeit der staatlichen Ordnung und Gestaltung des Wirtschaftslebens voraus. Die Verankerung des Staatsziels der Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts in Art. 109 Abs. 2 GG kennzeichnet daher weniger den rechtlichen Durchbruch des Gedankens einer Ingerenz des Staates in die Wirtschaft[96] als vielmehr die verfassungsrechtliche Anerkennung der staatlichen Verantwortung für die Sicherung der maßgeblichen makroökonomischen Rahmendaten, die für das Funktionieren der Volkswirtschaft von Bedeutung sind. Geordnetheit und Berechenbarkeit staatlicher wirtschaftsgestaltender Globalentscheidungen stellen die Voraussetzungen für planmäßige unternehmerische Disposition dar und markieren damit das von der Verfassung anerkannte Korrelat zu den dezentralen Steuerungsmechanismen der Privatautonomie[97].

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß der Aufgaben- und Verantwortungszuwachs des wirtschaftsgestaltenden Staates in der spätindustriellen Gesellschaft nicht nur die staatliche Aufsichtsverwaltung in einem ungeahnten Ausmaß hat anwachsen lassen, sondern in ganz wesentlichem Umfang auch einer ausufernden Leistungsverwaltung den Weg geebnet hat. Diese Entwicklung läßt die Gefahr erkennen, daß der Staat in Versuchung gerät, „die Funktionsagenden der Gesellschaft durch eine immer dichtere und intensivere Leistungsbürokratie auszudünnen, um dann die Aufgabe selbst in die Hand und in eigene Regie zu nehmen"[98]. Daher ist in diesem Zusammenhang davon gesprochen worden, daß die mit einer expandierenden Staatstätigkeit verbundene Auszehrung gesellschaftlicher Prozesse einen Verlust von deren Vitalität zur Folge haben kann; dies wiederum birgt die Gefahr einer schleichenden Veränderung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft zu Lasten der letzteren in sich[99]. Die Verantwortung des Staates für die Wirtschaft kann daher nicht soweit gehen, daß sie zu einer Ausschaltung der Privatinitiative und damit de facto zu einer staatlichen Wirtschaftssteuerung führt. Die durch die Grundrechte mittelbar verfaßte

---

[93] *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 760.

[94] Näher *H. P. Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 90 ff.

[95] Vgl. hierzu oben, § 2 1. b), aa).

[96] So aber *R. Schmidt*, in: HdbStR III, § 83, Rn. 13; die staatliche Einwirkungsbefugnis auf die Wirtschaft ergibt sich vielmehr bereits aus der Einschränkbarkeit der Grundrechte.

[97] So *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/618.

[98] Vgl. *H. H. Rupp*, in: HdbStR I, § 28, Rn. 46.

[99] *H. H. Rupp*, in: HdbStR I, § 28, Rn. 47, der von einem perpetuierlichen Domino-effekt spricht.

freiheitliche Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes weist staatliche Aufgabenakquirierung und -wahrnehmung im Bereich der Wirtschaft in ihre Schranken[100]. Die staatliche Verantwortung für die Wirtschaft findet dort ihre Grenze, wo sie funktionierende wirtschaftliche Selbststeuerungsprozesse außer Kraft setzt und damit individuelle und gesellschaftliche Freiheit als Funktionsbedingung einer privatautonom orientierten Wirtschaftsordnung über Gebühr einschränkt[101].

3. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Systemgarantie

a) Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes und Systemgarantie des Gemeinschaftsrechts

aa) Die Rechtslage in Deutschland

Die vom Gesetzgeber aufgrund seines ihm verfassungsrechtlich zukommenden weiten Gestaltungsspielraums geschaffene reale Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik läßt sich als ein Mischsystem charakterisieren[102], in dem sich privatautonome Wirtschaftsbetätigung und staatliche Wirtschaftsplanung, -betätigung und -gestaltung in einem komplexen Geflecht von Rechtsbeziehungen gegenüberstehen, das ständiger Anpassung, Aktualisierung und Ausbalancierung bedarf, um den immer neuen Herausforderungen und Konfigurationen des Wirtschaftslebens gerecht zu werden[103]. Maßgebliche Determinanten dieses Systems sind die Freiheitsrechte, die zwar keine nationalökonomische Systemvorstellung konstituieren[104], gleichwohl aber systembegründend insofern wirken, als sie dem Gesetzgeber die Schranken seines politischen Willens aufzeigen und ihm aufgrund ihres di-

---

[100] Mit Aussagen über das Verhältnis von staatlicher und privatwirtschaftlicher Aufgabenwahrnehmung hält sich das Grundgesetz zurück. Insbesondere läßt sich der Verfassung nach h. M. ein wirtschaftliches Subsidiaritätsprinzip nicht entnehmen, vgl. z. B. *D. Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 98 ff.; *H. Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 41; a. A. *J. Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 278, der das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsrechtliches Ordnungsprinzip mit einer darin enthaltenen Funktionssperre für übermäßige staatliche Reglementierung versteht. Vgl. aber BVerfGE 44, 322/348, wo für das Verhältnis von Staat und Gewerkschaften das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet wird. Das Verhältnis von Staat und privatautonomer Wirtschaft läßt sich vor diesem Hintergrund als ein solches wechselseitiger und interdependenter Aufgabenzuordnung beschreiben.

[101] In diesem Sinn *H. H. Rupp*, in: HdbStR I, § 28, Rn. 53, der insoweit eine grundrechtliche Pflicht des Staates zur Zurückhaltung postuliert.

[102] H. M., vgl. nur *H.-J. Papier*, in: HdbVerfR, S. 609/614.

[103] In diesem Sinn *H. F. Zacher*, in: FS für F. Böhm, S. 89.

[104] *R. Schmidt*, in: HdbStR III, § 83, Rn. 24; BVerfGE 50, 290.

rektiven und objektiven Gehalts eine bestimmte materielle Richtung weisen[105]. Insoweit, als die Grundrechte in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen eines freien Marktes einfordern, entfalten sie daher mittelbaren Schutz auch für ein System des freien Marktes[106].

Markt und Wettbewerb sind im Grundgesetz nicht unmittelbar verankert und abgesichert, die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes enthält keine originäre und unmittelbare Wirkung entfaltende Systemgarantie eines marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystems. Aufgrund der Tatsache, daß die Abschaffung von Markt und Wettbewerb nicht nur durch die Einzelgrundrechte verhindert wird, sondern das Gesamt der Grundrechte die Funktionsbedingungen freiheitlichen Wirtschaftens absichert, gilt es jedoch zu konstatieren, daß das Grundgesetz eine mittelbare Systemgarantie für eine freiheitliche marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung konstituiert hat[107]. Der überkommene Begriff der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes ist daher zumindest insofern mißverständlich, als es dem Gesetzgeber gerade versagt ist, einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung zuwiderlaufende Maßnahmen zu treffen.

bb) Die Systemgarantie des Gemeinschaftsrechts

Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sind von ihrer Struktur her andere als die des Grundgesetzes. Während das Grundgesetz den Rahmen einer grundsätzlich freien und privatautonomen Wettbewerbswirtschaft durch die Grundrechte vorgibt – diese allerdings weitreichenden Einschränkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers unterwirft –, konstituiert das Gemeinschaftsrecht unmittelbar ein institutionelles Koordinatensystem privaten Wirtschaftens im Europäischen Binnenmarkt, das pointierte und im Vergleich zum Grundgesetz faßbarere Eckwerte für eine freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung in der Erkenntnis setzt, daß sich wirtschaftliche Freiheit in letzter Konsequenz erst im Wettbewerb erfüllen kann, wirtschaftliche Freiheit mit anderen Worten

---

[105] Vgl. *P. Badura*, JuS 1976, S. 205/209, sowie oben, § 2 1. b), cc), 2.a).

[106] *R. Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 91 f.

[107] A. A. *R. Schmidt*, in: HdbStR III, § 83, Rn. 20 f., der eine mittelbare Systemgarantie ablehnt und statt dessen von einer „Funktionsgarantie" ausgeht, wonach die Beseitigung von Markt und Wettbewerb durch die Grundrechte verhindert wird. Dabei wird jedoch verkannt, daß die Schranken der Grundrechte, die bei einer Funktionsgarantie vom Gesetzgeber zu beachten sind, angesichts dessen Freiheit, öffentliche Belange nahezu beliebig zu definieren, ein hinreichendes Regulativ für eine institutionelle Sicherung des Wettbewerbs nicht darstellen können. Die Eingriffsschwelle für den wirtschaftsgestaltenden Gesetzgeber, der lediglich eine Funktionsgarantie als Grenze seiner Gestaltungsbefugnis zu beachten hat, ist deutlich niedriger als im Falle einer Bindung an eine auch nur mittelbar verankerte Systemgarantie.

eine freiheitliche Wirtschaftsverfassung voraussetzt[108]. Eine deutliche Nähe zu ordoliberalen Vorstellungen ist daher nicht zu verkennen[109]. Dies erschließt sich bereits aus der Präambel des EGV, die von der Notwendigkeit der Gewährleistung eines „redlichen Wettbewerbs" ausgeht, sowie aus Art. 3 lit. g EGV, der als Gemeinschaftsziel die Verwirklichung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs postuliert[110]. Dieses Ziel „ist sichtbarer Ausdruck der *grundlegenden Bedeutung des Wettbewerbs.*"[111]

(1) Ordnungsprinzipien der europäischen Wirtschaftsverfassung

Vor diesem Hintergrund wird erkennbar, daß der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit eines der zentralen Ordnungsprinzipien[112], wenn nicht sogar das maßgebliche Ordnungsprinzip der Gemeinschaftsverfassung darstellt. Wettbewerbsrechtliche Fragen sind auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts zugleich immer auch Verfassungsfragen[113]. In diesem Sinn war es ungeachtet der seinerzeit vorherrschenden unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Vorstellungen namentlich Deutschlands auf der einen, Frankreichs und Italiens auf der anderen Seite[114] gerade das Anliegen der Vertragspartner bei der Gründung der EWG, materielle Regeln für eine wettbewerbsorientierte Wirtschaft aufzustellen[115].

Die Errichtung des Gemeinsamen Marktes ist auch deshalb als Grundsatzentscheidung für eine wettbewerbsorientierte Ordnung der europäischen Integration zu verstehen[116], weil Wettbewerb letztlich die Grundprämisse für die Verwirklichung sämtlicher vertraglicher Grundfreiheiten

---

[108] In diesem Sinn auch *U. Immenga*, JA 1993, S. 257/258: „Die Europäische Gemeinschaft bekennt sich darüber hinaus zu marktwirtschaftlichen Grundsätzen."

[109] So zutreffend *A. Bach*, Wettbewerbsrechtliche Schranken, S. 238, mit ausführlichen Nachweisen in Fn. 41.

[110] Vgl. hierzu auch EuGHE 1977, S. 1875/1905, wo darauf hingewiesen wird, daß der von Art. 3 und 85 EWGV geforderte unverfälschte Wettbewerb auch das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs voraussetzt. Vgl. auch die anderen Bestimmungen des EGV, denen die Festlegung auf das Wettbewerbsprinzip zugrundeliegt, wie etwa Art. 46, 80, 101, 102, 107, 112, 223, 225 EGV.

[111] So die *Monopolkommission*, Achtes Hauptgutachten 1988/1989, S. 408, Rn. 1169 – Hervorhebung im Original.

[112] *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 97.

[113] *P.-C. Müller-Graff*, in: FS für K. Carstens, Bd. I, S. 209/210. In diesem Sinn auch *Monopolkommission*, Achtes Hauptgutachten 1988/1989, S. 409, Rn. 1170.

[114] Siehe *T. Oppermann*, Europarecht, Rn. 806.

[115] *M. Zuleeg*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, S. 73/73 f.; vgl. auch *P.-C. Müller-Graff*, in: FS für K. Carstens, Bd. I, S. 209/210, der darauf hinweist, daß der EWGV im Gegensatz zum Grundgesetz keine Scheu gegenüber den Begriffen Markt und Wettbewerb kennt.

[116] So dezidiert *Monopolkommission*, Achtes Hauptgutachten 1988/1989, S. 386 f., Rn. 1105; vgl. auch *Monopolkommission*, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Rn. 7.