

NOMOSLEHRBUCH

Knauff

# Öffentliches Wirtschaftsrecht

2. Auflage



Nomos

**NOMOSLEHRBUCH**

**Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.**  
Friedrich-Schiller-Universität Jena

# **Öffentliches Wirtschaftsrecht**

2. Auflage



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3880-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8203-9 (ePDF)

2. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## **Vorwort**

Das öffentliche Wirtschaftsrecht zählt zu den praktisch bedeutsamsten Bereichen des Öffentlichen Rechts. Das vorliegende Lehrbuch gibt einen Überblick über seine Grundlagen und einige wichtige Teilbereiche. Dabei wurde sowohl dem hohen Europäisierungsgrad des Rechtsgebiets als auch seinen aktuellen Entwicklungen sowie der Entscheidungspraxis Rechnung getragen. Das Buch wendet sich an Studierende der Rechtswissenschaften, insbesondere der einschlägigen Schwerpunktbereiche, und Rechtsreferendare, wie auch an Studierende der Wirtschafts-, Politik- und Verwaltungswissenschaften, welche sich mit der Materie befassen.

Zur Arbeit mit diesem Buch seien noch einige Hinweise gegeben: Zahlreiche Querverweise verdeutlichen nicht nur die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Aspekten, sondern sollen dem Leser auch einen Einstieg in die Lektüre an beliebiger Stelle ohne Verzicht auf relevante Hintergründe und Kontexte ermöglichen. Die Ausführungen im Kleindruck dienen der Veranschaulichung und Vertiefung. Zudem enthalten sie Erläuterungen wichtiger juristischer Grundlagen, die über den Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts hinausgehen. Wiederholungs- und Verständnisfragen am Ende der Abschnitte erleichtern die gezielte Aufarbeitung. Dort befinden sich auch Hinweise auf zitierte und weiterführende Literatur. Die Fälle basieren auf realen Entscheidungen und sollen nicht zuletzt ein Schlaglicht auf das öffentliche Wirtschaftsrecht in der Praxis werfen.

Für ihre Unterstützung bei der Neuauflage des Buches sei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Lehrstuhls, insbesondere Frau wiss. Mit. Janine Delcuvé und Frau cand. jur. Pauline Naujoks herzlich gedankt. Anmerkungen der Leser sind an [ls-knauff@uni-jena.de](mailto:ls-knauff@uni-jena.de) willkommen.

Jena, im April 2020

*Matthias Knauff*

## Inhalt

<b>Vorwort</b>	5
<b>§ 1 Einführung</b>	13
<b>I. Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts</b>	13
1. Abgrenzung	13
2. Ziele	16
a) Freihandel vs. Protektionismus	16
b) Liberalisierung vs. Regulierung	17
c) Unternehmerinteressen vs. Gemeinwohl	18
<b>II. Entwicklung in Deutschland</b>	19
<b>III. Rechtsgrundlagen im Überblick</b>	21
1. Wirtschaftsvölkerrecht	21
2. Europäisches öffentliches Wirtschaftsrecht	23
3. Nationales öffentliches Wirtschaftsrecht	25
<b>IV. Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	25
 <b>TEIL 1: EUROPA- UND VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN</b>	 27
<b>§ 2 Wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben</b>	27
<b>I. Europarechtliche Vorgaben</b>	27
1. Binnenmarkt	27
2. Marktwirtschaft	29
3. Ausnahmen und Relativierungen, insbes. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	31
<b>II. Vorgaben des Grundgesetzes</b>	34
1. Wirtschaftsordnung?	34
2. Wirtschaftsrelevante Gewährleistungen	35
<b>III. Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	37
<b>§ 3 Grundfreiheiten</b>	39
<b>I. Grundlagen</b>	40
<b>II. Warenverkehrsfreiheit</b>	42
<b>III. Personenverkehrsfreiheiten</b>	48
1. Niederlassungsfreiheit	49
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit	52
<b>IV. Dienstleistungsfreiheit</b>	55
<b>V. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit</b>	57
<b>VI. Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	59
<b>§ 4 Grundrechte</b>	61
<b>I. Berufsfreiheit</b>	61
1. Schutzbereich	62
a) Sachlicher Schutzbereich	62
b) Persönlicher Schutzbereich	65
2. Eingriff	66
3. Rechtfertigung	67
a) Schranken	67

**Inhalt**

b) Schranken-Schranken	67
<b>II. Eigentum</b>	73
1. Schutzbereich	74
a) Sachlicher Schutzbereich	74
b) Persönlicher Schutzbereich	77
2. Eingriff und Inhaltsbestimmungen	77
3. Rechtfertigung	79
a) Schranken	79
b) Schranken-Schranken	79
<b>III. Gleichbehandlung</b>	84
1. Feststellung der Ungleichbehandlung	85
2. Rechtfertigung	86
<b>IV. Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	89
<b>TEIL 2: MARKTAUFSICHT UND -ORDNUNG</b>	91
<b>§ 5 Gewerberecht</b>	91
<b>I. Allgemeines Gewerberecht</b>	91
1. Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO	93
2. Gewerbefreiheit	96
3. Stehendes Gewerbe	98
a) Aufnahme des Gewerbes	98
(1) Gewerbeanzeige	98
(2) Genehmigung	100
b) Gewerbebefugnisse	104
c) Kontrolle	104
d) Untersagung	106
(1) Untersagung wegen Unzuverlässigkeit	106
(2) Sonstige Untersagungstatbestände	109
(3) Fortführung und Wiedergestattung	111
4. Reisegewerbe	113
5. Marktgewerbe	116
a) Veranstaltungstypen	116
b) Festsetzung von Veranstaltungen	118
c) Teilnahme an Veranstaltungen	119
6. Exkurs: Zeitliche Vorgaben für die gewerbliche Betätigung	122
a) Sonn- und Feiertagsschutz	123
(1) Verfassungsrechtliche Grundlagen	123
(2) Ausgestaltung durch die Sonn- und Feiertagsgesetze der Länder	124
b) Ladenöffnungsrecht	127
7. Wiederholungs- und Verständnisfragen	132
<b>II. Handwerksrecht</b>	133
1. Handwerk	134
2. Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks	135
a) Zulassungspflichtiges Handwerk	135
b) Eintragung in die Handwerksrolle	137
c) Aufsicht und Kontrolle	140
3. Ausübung sonstiger Tätigkeiten	141

**Inhalt**

4.	Öffentlich-rechtliche Handwerksorganisation	142
	a) Handwerkskammern	142
	b) Innungen	143
5.	Wiederholungs- und Verständnisfragen	146
<b>III.</b>	<b>Gaststättenrecht</b>	146
1.	Gaststättengewerbe	148
2.	Aufnahmevoraussetzungen	149
	a) Modell 1: Erlaubnispflicht	149
	b) Modell 2: Anzeigepflicht	151
3.	Betrieb der Gaststätte	152
4.	Behördliche Befugnisse	154
5.	Wiederholungs- und Verständnisfragen	156
<b>IV.</b>	<b>Personenbeförderungsrecht</b>	156
1.	ÖPNV	159
	a) Eigenwirtschaftliche Verkehre	159
	(1) Begriff und Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit	159
	(2) Genehmigung	161
	b) Bestellung von Verkehrsleistungen	169
2.	Taxiverkehre	172
3.	Sonstige Gelegenheits- und Fernbuslinienverkehre	173
4.	Wiederholungs- und Verständnisfragen	173
<b>§ 6</b>	<b>Kartellrecht</b>	175
<b>I.</b>	<b>Gegenstand</b>	176
<b>II.</b>	<b>Rechtsgrundlagen</b>	177
<b>III.</b>	<b>Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen</b>	178
1.	Kartellverbot	178
	a) Erfasste Unternehmen	178
	b) Unzulässige Verhaltensweisen	179
	c) Spürbarkeit auf dem relevanten Markt	180
	d) Ausnahmen	181
2.	Missbrauchsverbot	182
	a) Marktbeherrschung	183
	b) Missbrauch	184
<b>IV.</b>	<b>Fusionskontrolle</b>	188
1.	Zusammenschluss	188
2.	Anwendungs- und Freistellungsvoraussetzungen	189
<b>V.</b>	<b>Sanktionierung und Rechtsschutz</b>	191
1.	Ordnungsrechtliche Maßnahmen	191
2.	„Private enforcement“	192
<b>VI.</b>	<b>Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	193
<b>§ 7</b>	<b>Regulierungsrecht</b>	194
<b>I.</b>	<b>Gegenstand</b>	194
<b>II.</b>	<b>Rechtsgrundlagen</b>	195
<b>III.</b>	<b>Allgemeine Grundsätze</b>	195
<b>IV.</b>	<b>Telekommunikationsrecht</b>	198
1.	Grundfragen	198

**Inhalt**

2.	Marktregulierung	200
a)	Allgemeines	200
b)	Zugangsregulierung	201
c)	Entgeltregulierung	202
3.	Universaldienst	204
4.	Sonstige Regelungen	204
<b>V.</b>	<b>Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	<b>207</b>
 <b>TEIL 3: DER STAAT ALS MARKTAKTEUR</b>		<b>208</b>
<b>§ 8</b>	<b>Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand</b>	<b>208</b>
<b>I.</b>	<b>Öffentliche Unternehmen zwischen Ausbau und Privatisierung</b>	<b>208</b>
<b>II.</b>	<b>Staatwirtschaft</b>	<b>210</b>
<b>III.</b>	<b>Gemeindewirtschaft</b>	<b>211</b>
1.	Kommunalwirtschaft und kommunale Selbstverwaltung	211
2.	Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit	212
a)	Schrankentrias	212
(1)	Öffentlicher Zweck	213
(2)	Leistungsfähigkeit und Bedarfsgerechtigkeit	214
(3)	Subsidiarität	215
b)	Örtlichkeitsprinzip	216
3.	Rechtsformen	216
a)	Öffentlich-rechtliche Organisationsformen	216
b)	Privatrechtliche Organisationsformen	217
4.	Wirtschaftsführung und Kontrolle	218
<b>IV.</b>	<b>Öffentlich-Private Partnerschaften</b>	<b>219</b>
<b>V.</b>	<b>Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	<b>221</b>
<b>§ 9</b>	<b>Beihilferecht</b>	<b>222</b>
<b>I.</b>	<b>Gegenstand</b>	<b>223</b>
<b>II.</b>	<b>Rechtsgrundlagen</b>	<b>225</b>
<b>III.</b>	<b>Beihilfeverbot</b>	<b>227</b>
1.	Begriff der Beihilfe	227
a)	Begünstigung	228
b)	Herkunft aus staatlichen Mitteln	230
c)	Selektivität	231
d)	Potenzielle Wettbewerbsverfälschung	233
e)	Potenzielle Handelsbeeinträchtigung	234
2.	Ausnahmen	234
a)	Zwingende Ausnahmen	234
b)	Fakultative Ausnahmen	236
<b>IV.</b>	<b>Beihilfeverfahrensrecht</b>	<b>238</b>
1.	Neue Beihilfen	238
a)	Auswahl des Begünstigten	238
b)	Verfahren vor der EU-Kommission	240
c)	Gewährung	241
2.	Altbeihilfen	242

**Inhalt**

<b>V. Rückforderung von Beihilfen</b>	242
1. Rechtswidrige Beihilfen	242
2. Rechtmäßige Beihilfen	243
<b>VI. Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	245
<b>§ 10 Vergaberecht</b>	246
<b>I. Gegenstand</b>	248
<b>II. Rechtsgrundlagen</b>	249
1. Europarecht	249
2. Deutsches Recht	251
<b>III. Auftraggeber</b>	252
1. Öffentliche Auftraggeber	252
2. Sektorenauftraggeber	254
3. Konzessionsgeber	255
<b>IV. Vergabegegenstand</b>	255
1. Öffentliche Aufträge	255
a) Merkmale und Erscheinungsformen	255
b) Konzessionen	258
2. Abgrenzung: Inhouse-Vergabe	259
a) Beauftragung eines beherrschten Unternehmens	260
b) Inverse und horizontale Inhouse-Vergabe	261
c) Beauftragung gemeinsam beherrschter Unternehmen	262
<b>V. Vergabeverfahren</b>	263
1. Vergabegrundsätze	263
2. Grundstruktur	265
a) Ausschreibung	265
b) Angebotswertung	266
c) Verfahrensabschluss	269
3. Verfahrensarten	270
a) Öffentliche Auftragsvergabe	270
(1) Offenes Verfahren	270
(2) Nicht offenes Verfahren	271
(3) Verhandlungsverfahren	271
(4) Wettbewerblicher Dialog	273
(5) Innovationspartnerschaft	275
(6) Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren	276
b) Konzessionsvergabe	277
<b>VI. Vergaberechtsschutz</b>	278
1. Vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren	278
2. Sonstige Rechtsschutzformen	279
<b>VII. Wiederholungs- und Verständnisfragen</b>	282
<b>Stichwortverzeichnis</b>	285

## TEIL 1: EUROPA- UND VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN

### § 2 Wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben

Für die politische Ausrichtung des öffentlichen Wirtschaftsrechts ist die „Wirtschaftsverfassung“ von zentraler Bedeutung. Dabei handelt es sich um Normen, die ordnungspolitische Grundentscheidungen enthalten und zugleich an der Spitze der Normenhierarchie verankert sind, so dass sie innerhalb der Rechtsordnung höchstrangig sind. Infolgedessen kommt ihnen eine Maßstabfunktion für die weitere Ausgestaltung des öffentlichen Wirtschaftsrechts durch die mit Rechtsetzungsfunktionen betrauten Stellen zu und beschränkt deren politischen Gestaltungsspielraum. Eine solche Wirtschaftsverfassung ergibt sich heute in den Mitgliedstaaten der EU nicht mehr allein aus der nationalen Verfassung, sondern auch (und vor allem) aus dem primären Europarecht.

1

#### I. Europarechtliche Vorgaben

Die Gründungsverträge der EU sehen seit jeher die Schaffung eines alle Mitgliedstaaten umfassenden, wettbewerblich geprägten Marktes vor. Seit dem Vertrag von Maastricht (1992) trat ergänzend eine explizite Inbezugnahme der Marktwirtschaft hinzu, die jedoch durch den Vertrag von Lissabon (2009) eine bislang in ihrer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bedeutung nicht hinreichend geklärte Änderung erfahren hat. Gleichsam als „Gegengewicht“ hat seit dem Vertrag von Amsterdam (1997) das Bekenntnis zu Existenz, allgemeiner Zugänglichkeit und Hochwertigkeit gemeinwohlorientierter Dienstleistungen eine stetige Verstärkung erfahren. Damit sind mögliche Abweichungen vom im Übrigen – mit Ausnahme einiger, durch strukturelle Besonderheiten geprägter Politikbereiche (insbes. Agrar- und Fischereipolitik) – vorgesehenen Wirtschaftsmodell verbunden. Die EU-Kommission sieht darin zugleich den Ausdruck eines „europäischen Gesellschaftsmodells“,<sup>1</sup> dessen wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung sich in der heute nicht mehr nur punktuellen primärrechtlichen Verankerung niederschlägt.

2

#### 1. Binnenmarkt

Seit den Römischen Verträgen (1957) bildete die Verwirklichung eines „Gemeinsamen Marktes“ eines der zentralen Ziele der (heutigen) EU. Mit der Einheitlichen Europäischen Akte (1987), dem ersten Vertrag, der zu grundlegenden Änderungen des Primärrechts führte, wurde die Verpflichtung zur Realisierung des Binnenmarktes bis zum Jahre 1992 vorgesehen. Ziel war es, die noch immer bestehenden Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten zu beseitigen. In den folgenden Jahren wurden erhebliche Fortschritte erzielt. Von wenigen Ausnahmen abgesehen (zB Europäischer Forschungsraum) ist der Binnenmarkt heute umfassend verwirklicht. Gleichwohl normiert der durch den Vertrag von Lissabon (2009) neu gefasste Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV sachlich unverändert die Errichtung des Binnenmarktes als zentrales Ziel der EU und sichert damit zugleich dessen Bestand.

3

<sup>1</sup> Kommission, KOM (96) 443 endg., S. 1b; KOM (2000) 580 endg., S. 3.

## § 2 WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN

- 4 Art. 26 Abs. 2 AEUV definiert den Binnenmarkt als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“ Diese Begriffsbestimmung verweist zunächst auf die Grundidee des Freihandels und ergänzt diese durch eine Bezugnahme auf die Grundfreiheiten des AEUV, die dessen Realisierung dienen und seine Funktionsmechanismen konkretisieren (→ § 3 Rn. 1 ff.). Das gesamte Territorium der EU wird danach als Einheit angesehen. Innerhalb dessen soll der wirtschaftliche Austausch grundsätzlich unbeschränkt und ohne Hindernisse möglich sein.

Ein zwingender Zusammenhang besteht insoweit auch mit der Schaffung einer Zollunion. Zölle sind Abgaben, die anlässlich eines Grenzübertritts erhoben werden. Diese sind geeignet, den grenzüberschreitenden Handel erheblich zu behindern. Der Binnenmarkt geht daher zwingend mit der Beseitigung der Zollgrenzen zwischen den Mitgliedstaaten einher. Zugleich grenzt sich die EU als einheitliches Zollgebiet wirtschaftlich gegenüber Drittstaaten ab. Relativiert wird dies jedoch zum einen durch die völkerrechtliche Verpflichtung zur Senkung der Zölle im Rahmen der WTO, zum anderen durch bilaterale Abkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Zudem sind die Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR: Island, Liechtenstein, Norwegen) auf völkervertraglicher Grundlage in den Binnenmarkt und damit auch in die Zollunion einbezogen.

Historisch ist die Schaffung eines mit einer Zollunion verbundenen Binnenmarktes nicht vorbildlos. Der 1834 gegründete Deutsche Zollverein basierte auf vergleichbaren Funktionsmechanismen. Er bildete zugleich den ersten Schritt zu einer Wiederbegründung einer gesamtdeutschen Staatlichkeit nach dem Untergang des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im Jahre 1806. Deutlich wird damit auch das politische Potenzial einer wirtschaftlichen Integration, das – wenngleich mit wechselnder Attraktivität versehen – auch in der EU vorhanden ist und in der Idee der „Vereinigten Staaten von Europa“<sup>2</sup> seinen Niederschlag gefunden hat.

- 5 Für die Realisierung des Binnenmarktziels sorgt seit seiner Einführung eine spezifische Rechtsetzungskompetenz. Art. 114 AEUV ermächtigt den europäischen Gesetzgeber in Gestalt von Rat und Europäischem Parlament, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289, 294 AEUV, das durch die Gleichberechtigung der beiden beteiligten Organe gekennzeichnet ist, zum Erlass der „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.“ Sachliche Einschränkungen bestehen nach Art. 114 Abs. 2 AEUV nur für die Bereiche Steuern, Freizügigkeit und Arbeitnehmerschutz, so dass die Sekundärrechtsetzung der EU zum Zwecke der Schaffung des Binnenmarktes kaum an Grenzen stößt. Voraussetzung ist letztlich allein, dass ein Sekundärrechtsakt tatsächlich der Verwirklichung des Binnenmarktes und nicht im Kern anderen Zielen, etwa dem Gesundheitsschutz, dient.<sup>3</sup>

Auf Grundlage dieser Rechtsetzungskompetenz wurde eine gegenständlich und quantitativ kaum mehr überschaubare Vielzahl von Sekundärrechtsakten erlassen. Soweit diese EU-weit einheitliche Anforderungen aufstellen, wird die Rechtslage in den Mitgliedstaaten einander angeglichen – sei es unmittelbar durch Verordnungen iSv Art. 288 Abs. 2 AEUV, sei es mittelbar durch von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzende Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV. Neben diesem als Harmonisierung bezeichneten Regelungsansatz dient auch das europarechtlich begründete Gebot der gegenseitigen Aner-

2 Der Terminus wurde wohl erstmals 1849 von *Victor Hugo* verwendet. Eine Ausarbeitung der Idee erfolgte zwischen den Weltkriegen insbesondere durch *Coudenhove-Kalergi* und die von ihm begründete Paneuropa-Bewegung. *Winston Churchill* griff sie in seiner Züricher Rede am 19.9.1946 auf; aus neuerer Zeit vgl. *Verhofstadt*, Die Vereinigten Staaten von Europa, 2006.

3 EuGH, Slg 2000, I-2247 – Tabakwerberichtlinie I.

## I. Europarechtliche Vorgaben

kennung der Verwirklichung des Binnenmarktes.<sup>4</sup> Danach sind Produkte, welche die an sie im Staat ihrer Herkunft bestehenden Anforderungen erfüllen, in der gesamten EU verkehrsfähig (Herkunftslandprinzip).<sup>5</sup> Entsprechend sind auch Studien- und Berufsabschlüsse, die in einem Mitgliedstaat erworben wurden, in allen anderen Mitgliedstaaten als gleichwertig anzuerkennen.<sup>6</sup>

## 2. Marktwirtschaft

Das Bekenntnis zum Binnenmarkt geht normativ mit einer ausdrücklichen Festlegung auf eine marktwirtschaftlich geprägte Wirtschaftsordnung einher. Der mit dem Vertrag von Maastricht (1992) eingeführte Art. 4 Abs. 1 EGV legte die EG und ihre Mitgliedstaaten auf eine Wirtschaftspolitik fest, die „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.“ Ungeachtet der verbleibenden politischen Gestaltungsspielräume bedeutete dies eine klare Absage an staatswirtschaftlich-planwirtschaftliche Konzepte und eine grundsätzlich uneingeschränkte Bejahung des Wirkens der Marktkräfte.

In der Ökonomie wird konzeptionell zwischen Markt- und Zentralverwaltungswirtschaft unterschieden.<sup>7</sup> Das marktwirtschaftlich-kapitalistische Wirtschaftsmodell ist durch eine weitgehende Zurückhaltung des Staates im Hinblick auf Marktgeschehnisse gekennzeichnet. Anknüpfend an Adam Smith<sup>8</sup> sorgt grundsätzlich das freie Spiel von Angebot und Nachfrage für die volkswirtschaftlich besten Ergebnisse und zugleich für das Wohlergehen aller Marktteilnehmer. Der Staat wird im – über die Vorstellungen von Smith hinausgehenden – Idealmodell auf eine Nachwächterrolle reduziert. Er beschränkt sich auf die Gewährleistung von Sicherheit und die Bereitstellung einer gewissen Infrastruktur, verzichtet jedoch auf Eingriffe in das Wirtschaftsleben. Insbesondere ist ein staatlicher Schutz der schwächeren Marktteilnehmer nicht vorgesehen. Aufgrund der damit einhergehenden Probleme, die im Auftreten der „sozialen Frage“ im 19. Jahrhundert besonders deutlich wurden, erfolgt in der politischen Praxis stets eine (gewisse) Modifikation des marktwirtschaftlichen Modells, das in modernen Gemeinwesen nie in „Reinform“ verwirklicht wird. Diesem entgegengesetzt ist die Vorstellung einer Zentralverwaltungs- oder Planwirtschaft. Darin werden Wettbewerb und private Initiative durch eine staatliche Steuerung des Marktes ersetzt. Dieses wirtschaftspolitische Modell wurde mit letztlich geringem ökonomischen Erfolg in den sozialistischen Staaten des Ostblocks bis zu dessen Zusammenbruch verwirklicht. Eine Verbindung beider Modelle ist schließlich im „Staatskapitalismus“ zu sehen, wie er etwa in der VR China seit der Marktöffnung in den 1990er Jahren realisiert wird. Individuelle wirtschaftliche Betätigung nach Maßgabe der Erfordernisse des Marktes wird dabei zugelassen, zugleich aber partiell gelenkt und für staatspolitische Zwecke in Anspruch genommen.<sup>9</sup>

Das marktwirtschaftliche Bekenntnis der EU erfuhr durch den Vertrag von Lissabon eine Modifikation. Zwar bleiben Marktwirtschaft und Wettbewerb unverändert tragende Prinzipien der Wirtschaftspolitik, so dass die überkommene wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung unberührt bleibt. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV verpflichtet die EU nunmehr jedoch auf eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“. Er-

4 Siehe nur *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 26 AEUV Rn. 8.

5 Zu den Voraussetzungen Verordnung (EU) 2019/515 über die gegenseitige Anerkennung von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind, ABl. 2019 L 91/1.

6 Siehe insbesondere Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2019 L 255/22.

7 Siehe nur *Bartling/Luzius/Fichert*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 18. Aufl. 2019, S. 38 ff.

8 *Der Wohlstand der Nationen*, 1776.

9 Vgl. zusammenfassend *ten Brink/Nölke*, *der moderne Staat* 6 (2013), 21 ff. (<https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/59227>).

gänzt wird diese Zielbestimmung durch Art. 119 Abs. 1 AEUV. Diese Vorschrift entspricht inhaltlich Art. 4 Abs. 1 EGV, jedoch fehlt ihr – anders als diesem wie auch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV – der Grundsatzcharakter, da sich ihr Anwendungsbereich allein auf die Wirtschaftspolitik bezieht. Folge dieser Neuregelung ist die Existenz zweier nicht vollständig deckungsgleicher wirtschaftsverfassungsrechtlicher Aussagen des EU-Primärrechts, deren Konsequenzen bislang nicht abschließend geklärt sind.

Nach der wohl überwiegenden Auffassung geht mit der Ersetzung des Art. 4 Abs. 1 EGV durch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV keine Änderung in der Sache einher. Die Neuformulierung auf Drängen Frankreichs sei (jedenfalls) von den übrigen Mitgliedstaaten allein als sprachliche angesehen und daher im Laufe der Verhandlungen zum Vertrag von Lissabon nicht problematisiert worden. Tatsächlich bestehen keine Anhaltspunkte für einen Willen der Mitgliedstaaten, eine wirtschaftspolitische Neuausrichtung der EU vorzunehmen. Damit korrespondiert auch die Übernahme der Formulierung des Art. 4 Abs. 1 EGV in Art. 119 Abs. 1 AEUV. Der fehlende Grundsatzcharakter der Vorschrift wird gleichsam durch ihre thematische Einschlägigkeit kompensiert. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV bringt auf Grundlage einer solchen Interpretation allein die Einbindung der Wirtschaftspolitik in die Zielvielfalt der EU und damit deren heutige Multidimensionalität und ihren Wandel von der wirtschaftlichen Integrationsgemeinschaft zur politischen Union zum Ausdruck.<sup>10</sup>

Nach anderer, auch hier vertretener Ansicht lässt sich der Änderung nach den Regeln der juristischen Auslegung, die auch für das Europarecht Geltung beanspruchen, eine juristische und damit wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung nicht gänzlich absprechen. Vielmehr hat das Bekenntnis zu Marktwirtschaft und Wettbewerb eine gewisse Relativierung erfahren. Aufgrund des Zielcharakters von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV bildet die Vorschrift den Maßstab für das Handeln der EU. Dies gilt auch im Bereich der Wirtschaftspolitik, wie die Inbezugnahme des Art. 3 EUV in Art. 119 Abs. 1 AEUV bestätigt. Eine Wortlautänderung im Rahmen einer primärrechtlichen Grundsatzregelung lässt sich ungeachtet ihrer Entstehungshintergründe nicht „weginterpretieren“. Dies gilt umso mehr, als sie sich in die von den Mitgliedstaaten durchaus beabsichtigte Vervielfältigung der Ziele der EU, wie sie in Art. 3 EUV ihren Niederschlag gefunden haben, einfügt. Die Perspektiverweiterung von einer wirtschaftlich determinierten Marktgemeinschaft um die Dimensionen von Unionsbürgerschaft und zahlreichen, nicht (primär) wirtschaftlich geprägten Politikbereichen zeitigt insoweit normative Rückwirkungen auch auf die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen der EU. So lässt sich die Ergänzung des marktwirtschaftlichen Grundgedankens durch soziale Aspekte auch als (notwendige) Konsequenz einer stärkeren Bürgerorientierung der EU ansehen. Der Unionsbürger wird primärrechtlich nicht mehr nur als Marktbürger, sondern in seiner „Gesamtheit“ wahrgenommen, womit zugleich eine grundsätzliche Anerkennung und Förderung ua seiner politischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse einhergeht.<sup>11</sup>

- 8 Eine Bestätigung für die grundsätzlich wettbewerblich-marktwirtschaftliche Orientierung der Wirtschaftspolitik in der EU enthält schließlich das bereits seit den Römischen Verträgen primärrechtlich verankerte, heute in Art. 106 Abs. 1 AEUV enthaltene Verbot der Privilegierung öffentlicher Unternehmen.<sup>12</sup> Die Vorschrift steht zwar der Existenz derartiger Unternehmen in den Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich entgegen. Indem sie diese aber explizit dem Europarecht, insbesondere dem EU-Wettbewerbs-

10 Nowak, EuR Beih. 1/2009, S. 129 (insbes. 166 ff.); Hatje/Kindt, NJW 2008, 1761 (1765 f.); Terhechte, EuR 2008, 143 (177). Umfassend zur europäischen Wirtschaftsverfassung und ihren Änderungen Luczak, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, 2009, insbes. S. 151 ff., 305 ff.

11 Näher Knauff, EuR 2010, 725 (739 ff.).

12 Dazu ausführlich Knauff, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 106 Rn. 7 f.; Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S. 352 ff.

## I. Europarechtliche Vorgaben

recht, unterstellt, steht sie staatswirtschaftlichen Regelungsansätzen zumindest mittelbar insoweit entgegen, als damit typische Erscheinungen wie die Monopolisierung von Märkten zugunsten öffentlicher Unternehmen grundsätzlich unterbunden werden.

### 3. Ausnahmen und Relativierungen, insbes. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Trotz ihrer zentralen Bedeutung enthält das europäische Primärrecht von Beginn an Ausnahmen und Relativierungen seiner marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Vorgaben. Diese zeigen sich seit dem Vertrag von Lissabon bereits an der Vielfalt der in Art. 3 EUV enthaltenen Ziele der EU. 9

Ziele wie Umweltschutz und nachhaltige Entwicklung können zwar grundsätzlich auch in einem wettbewerblich geprägten Binnenmarkt realisiert werden. Häufig bedarf es hierzu aber Maßnahmen, welche die Freiheit der wirtschaftlichen Akteure einschränken, da die Marktmechanismen mangels hinreichenden Individualinteresses versagen.

Besonders deutlich tritt der fehlende Absolutheitsanspruch des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundmodells der EU im Hinblick auf „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ zu Tage. Dabei handelt es sich um gemeinwohlorientierte Leistungen wie die Wasser- und Energieversorgung, auf deren stetiges Angebot zu bezahlbaren Preisen die Bevölkerung angewiesen ist. 10

In der deutschen Rechtswissenschaft wie auch in den Gemeindeordnungen der Länder wird der betroffene Bereich häufig mit dem von Ernst Forsthoff geprägten Begriff der „Daseinsvorsorge“<sup>13</sup> bezeichnet. Damit war ursprünglich die Vorstellung eines Leistungsangebots durch die Verwaltung verbunden. Konkurrierende Konzepte aus anderen EU-Mitgliedstaaten (zu nennen ist insbesondere der französische „service public“) konnten sich auf europäischer Ebene ebenso wenig wie die „Daseinsvorsorge“ durchsetzen.<sup>14</sup> An deren Stelle traten die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, deren konkrete Bestimmung gleichwohl primär den Mitgliedstaaten und ihren Untergliederungen obliegt.<sup>15</sup>

Das Primärrecht hebt Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen in verschiedener Hinsicht hervor und ermöglicht Abweichungen von den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidungen. Dies geschieht jedoch stets auf Grundlage eines funktionalen Ansatzes, mithin ausschließlich im Interesse der Leistungserbringung, nicht aber der leistungserbringenden – vielfach öffentlichen – Unternehmen. 11

Der historisch erste und zugleich bis heute in der Praxis bedeutsamste Ausdruck dieser wettbewerblichen Sonderstellung ist Art. 106 Abs. 2 AEUV. Nach dieser Regelung gilt das Europarecht – einschließlich seiner wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidungen – nur insoweit „für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind ..., soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Einzige normative Grenze ist die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs durch die Inanspruchnahme der Ausnahme in einem dem Interesse der Union zuwiderlaufenden Ausmaß. Infolge der tendenziell weiten und ihrem Charakter als Ausnahmevorschrift widersprechenden Auslegung der Tatbe- 12

13 Grundlegend Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

14 Dazu im Überblick Badenhausen-Fähnle, Die Betrauung, 2017, S. 73 ff.

15 Vgl. EuG, Slg 2008, II-81 Rn. 187 – BUPA.

standsmerkmale durch den EuGH kann Art. 106 Abs. 2 AEUV eine weitgehende Zurückdrängung insbesondere der wettbewerbs- und binnenmarktsichernden Vorgaben des Europarechts in den betroffenen Wirtschaftssektoren bewirken.

Im Detail wirft Art. 106 Abs. 2 AEUV zahlreiche juristische Probleme auf. Zwar steht außer Frage, dass eine allgemeine, sektor- und leistungsbezogene Wettbewerbsfreistellung von Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, nicht auf Grundlage der Vorschrift möglich ist. Es bedarf vielmehr stets der Betrauung eines konkreten Unternehmens mit spezifischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Umstritten sind jedoch die Anforderungen an den Betrauungsakt, der der Aufgabenzuweisung dient.<sup>16</sup> Während eine strenge Auffassung einen klar definierten Hoheitsakt verlangt (formeller Betrauungsbegriff), lässt es die weitere Ansicht grundsätzlich genügen, dass sich die Aufgabenzuweisung aus den Gesamtumständen ergibt (materieller Betrauungsbegriff). Während dies der überkommenen Situationsvielfalt in den EU-Mitgliedstaaten Rechnung trägt, ist der formelle Betrauungsbegriff besser geeignet, Rechtssicherheit zu vermitteln. In der Praxis wird das Problem teilweise durch den Erlass von Sekundärrechtsakten umgangen, die spezifische Betrauungsvoraussetzungen enthalten.

Ausgesprochen großzügig hat der EuGH das Merkmal der Verhinderung der Aufgabenerfüllung im Falle der Anwendung des EU-Rechts ausgelegt. Der Wortlaut legt nahe, dass eine Ausnahme von dessen Geltung aufgrund Art. 106 Abs. 2 AEUV nur in Anspruch genommen werden kann, wenn die Leistungserbringung andernfalls unmöglich gemacht wird. Dennoch hat der EuGH entschieden, dass eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung im Falle eines Universaldienstes, der für alle Nutzer überall und zu gleichen Bedingungen zugänglich sein soll, zB bei der Postzustellung, bereits dann gegeben ist, wenn die Leistungserbringung bei Beachtung des Europarechts nicht mehr zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen möglich ist.<sup>17</sup> Dies kann im Einzelfall auch die Einrichtung eines Monopols rechtfertigen. Bei sonstigen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist zu fordern, dass die Anwendung des Europarechts die Leistungserbringung zumindest spürbar beeinträchtigt; sie darf also nicht nur unerheblich erschwert werden.<sup>18</sup>

- 13 Bezüglich des Regelungsgegenstandes mit Art. 106 Abs. 2 AEUV korrespondierend, jedoch in Form einer Unionszielbestimmung und damit eines positiven Regelungsansatzes enthält Art. 14 AEUV ein weiteres Bekenntnis der EU zu Dienst(leistung)e(n) von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Nach Satz 1 der Vorschrift tragen „[u]nbeschadet des Artikels 4 des Vertrags über die Europäische Union und der Artikel 93, 106 und 107 dieses Vertrags und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts ... die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“ Durch den Vertrag von Lissabon wurde ein weiterer Satz ergänzt, wonach „[d]iese Grundsätze und Bedingungen ... vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt [werden], unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den

16 *Knauff*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 106 Rn. 65 ff.

17 EuGH, Slg 1993, I-2533 – Corbeau.

18 *Knauff*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 106 Rn. 80; kritisch zur EuGH-Rechtsprechung auch *Klotz* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 106 AEUV Rn. 79 ff.

## I. Europarechtliche Vorgaben

Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.“ Ergänzend tritt das Protokoll Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon über Dienste von allgemeinem Interesse hinzu, das sowohl deren hohe Qualität und Verfügbarkeit als auch die vorrangige Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten festlegt. Wenngleich sich im Zusammenhang mit Art. 14 AEUV zahlreiche bislang nicht abschließend geklärte juristische Fragen stellen, verdeutlicht die Bestimmung den hohen Stellenwert der betroffenen Dienste und ihre damit einhergehende wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung.

Welche Konsequenzen die Qualifikation von Art. 14 AEUV als Unionszielbestimmung mit sich bringt, ist seit der Schaffung der Vorschrift durch den Vertrag von Amsterdam umstritten.<sup>19</sup> Zwar bringt die Vorschrift zweifelsfrei zum Ausdruck, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein von der EU und ihren Mitgliedstaaten bei ihrem Handeln zugrunde zu legender Eigenwert zukommt und sie anders als auf Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht nur im Einzelfall Ausnahmen von der Anwendung des sonstigen Europarechts rechtfertigen. Jenseits dessen ist die Wirkungsweise des Art. 14 S. 1 AEUV jedoch offen. Weitgehende Übereinstimmung dürfte insoweit bestehen, als die Vorschrift als Auslegungsdirektive anzuwenden ist. Mithin sind Normen grundsätzlich „daseinsvorsorgefreundlich“ zu interpretieren. Dies gilt insbesondere für wirtschaftsrechtliche Vorgaben. Zu beachten ist insoweit jedoch auch der funktionale Regelungsansatz, der allein auf das Leistungsangebot, nicht aber auf das leistungserbringende Unternehmen abstellt. Dagegen lässt sich Art. 14 S. 1 AEUV richtigerweise weder ein Verschlechterungsverbot noch ein konkreter materieller Gewährleistungsgehalt entnehmen, da es diesbezüglich an Ansatzpunkten im Wortlaut fehlt. Ein bestimmtes oder auch nur bestimmbares Leistungsniveau ist damit gerade nicht vorgegeben, so dass die EU und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen durchaus über Ausgestaltungsspielräume verfügen. Die Rechtsetzungsermächtigung des Art. 14 S. 2 AEUV zugunsten der EU bekräftigt zwar deren aktive Rolle bei der Ausgestaltung des Bereichs. Aufgrund ihrer spezifischen Ausgestaltung hat sie jedoch bislang keine Anwendung gefunden. Vielmehr basiert die einschlägige Sekundärrechtsetzung auf anderen thematisch einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen, etwa des Beihilferechts.

Schließlich haben Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Eingang in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gefunden. „Die Union anerkennt und achtet“ nach Art. 36 EuGRCh „den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“ Auch diese – im Einzelnen zahlreiche Fragen aufwerfende Formulierung – stellt die wirtschaftsverfassungsrechtliche Sonderstellung des Wirtschaftsbereichs aufgrund seiner Bedeutung für den Einzelnen als auch für das europäische Gesellschaftsmodell heraus und trägt somit dazu bei, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung für einen wettbewerblich geprägten Binnenmarkt zu relativieren.

14

Zweifelsfrei handelt es sich bei Art. 36 EuGRCh nicht um ein soziales Grundrecht, welches seinen Trägern einen Anspruch auf die Zurverfügungstellung entsprechender Leistungen vermittelt. Darüber hinaus ist jedoch umstritten, ob es sich überhaupt um ein Grundrecht handelt. Dies ist trotz des objektiv gefassten Wortlauts richtigerweise aufgrund der systematischen Verankerung in der Grundrechtecharta zu bejahen. Der grundrechtliche Gehalt beschränkt sich nach hier vertretener Auffassung allerdings auf die Verleihung eines Abwehrrechts gegenüber Eingriffen der EU in die mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, wenn diese für den Einzelnen eine zugängerschwerende Wirkung entfalten.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Ausführlich dazu *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, S. 103 ff.; *ders.*, EuR 2010, 725 (730 ff.).

<sup>20</sup> Näher *Knauff*, EuR 2010, 725 (737 ff.).

## II. Vorgaben des Grundgesetzes

- 15 Anders als die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben des europäischen Primärrechts weisen diejenigen des Grundgesetzes bei historischer Betrachtung keine bedeutenden Veränderungen auf. Gleichwohl ist die Diskussion um die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes seit seiner Schaffung im Jahre 1948 immer wieder aufgeflammt.

### 1. Wirtschaftsordnung?

- 16 Das Grundgesetz enthält sich jeder expliziten Aussage über die verfassungsrechtlich vorgegebene Wirtschaftsordnung. Ob eine solche überhaupt existiert, ist daher umstritten. Das BVerfG und ihm folgend die überwiegende Auffassung in der Rechtswissenschaft gehen vor dem Hintergrund der fehlenden ausdrücklichen Festlegung von einer „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes aus.

Diese Neutralität besagt im Ausgangspunkt nichts anderes, als dass sich das Grundgesetz nicht auf eine spezifische Wirtschaftsordnung festgelegt habe. Daher sei der Gesetzgeber befugt, diese innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen eigenständig auszugestalten.<sup>21</sup> Die These der wirtschaftspolitischen Neutralität ist damit vor allem ein Verweis auf die Maßgeblichkeit positiver verfassungsrechtlicher Einzelgewährleistungen. Diese lassen allerdings erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Neutralitätsthese in materieller Hinsicht aufkommen (→ Rn. 19 ff.).

- 17 Nach anderer, im Laufe der Zeit immer wieder neu begründeter Auffassung, lässt sich dem Grundgesetz dagegen eine wirtschaftspolitische Entscheidung für die soziale Marktwirtschaft entnehmen.<sup>22</sup> Ohne dass dies einen Niederschlag im Verfassungstext gefunden hätte, dient das Modell der sozialen Marktwirtschaft seit Jahrzehnten jedenfalls als Leitlinie für die Ausgestaltung der Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik Deutschland.

Als Grundlagen für eine verfassungsrechtliche Verankerung der sozialen Marktwirtschaft werden insbesondere die Art. 2 Abs. 1, Art. 11, Art. 12 Abs. 1, Art. 14, Art. 9 Abs. 3 S. 1, Art. 88 GG sowie das Sozialstaatsprinzip genannt. Es bedarf jedoch einer dogmatisch nicht unproblematischen „Gesamtinterpretation“, um das Ergebnis zu tragen. Als weitere Anknüpfungspunkte für die Begründung einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Entscheidung zugunsten der sozialen Marktwirtschaft dienen die auf das deutsche Recht einwirkenden europarechtlichen Vorgaben, welche die EU und ihre Mitgliedstaaten auf marktwirtschaftliche Grundsätze verweisen. Insoweit stellt sich jedoch nicht nur die Frage nach ihrem konkreten Gehalt (→ Rn. 6 ff.), sondern auch nach der Intensität ihres Einwirkens in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Schließlich sieht der nach Art. 40 Abs. 1 des deutsch-deutschen Einigungsvertrages fortgeltende Art. 1 Abs. 3 S. 1 des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vor, dass „Grundlage der Wirtschaftsunion ... die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien [ist].“ Als gemäß Art. 59 Abs. 2 GG vom Bundestag in Gesetzesform ratifiziertem völkerrechtlichen Vertrag fehlt es dieser Festlegung jedoch an der verfassungsrechtlichen Qualität, so dass ihr keine wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung zukommen kann. In den Landesverfassungen finden sich schließlich vereinzelt Festlegungen auf die soziale Marktwirtschaft, vgl. Art. 51 S. 1 Verf.

21 BVerfGE 4,7.

22 Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl. 1965, S. 21; Herzog in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VIII Rn. 60, Sodan, DÖV 2000, 361 (366); Voßkuhle, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 47 (63); Folz, Die Soziale Marktwirtschaft als Staatsziel?, 1994, S. 69 ff.; Schmidt-Preuß, DVBl. 1993, 236 (239 f.).

## II. Vorgaben des Grundgesetzes

RP und Art. 42 Abs. 2 S. 1 BrbgVerf., deren Bedeutung jedoch aufgrund der beschränkten Kompetenzen der Länder zur Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung begrenzt ist.

Als Problem erweist sich jedoch neben der Frage der rechtlichen Herleitung, dass die „soziale Marktwirtschaft“ nicht über hinreichend klare Konturen verfügt. Der Begriff kann vielmehr durchaus verschiedene freiheitlich-marktwirtschaftlich geprägte Wirtschaftsmodelle bezeichnen, solange diese eine soziale Dimension aufweisen.<sup>23</sup> Zwischen Gewährleistung einer Grundsicherung und „sozialer Hängematte“ sind verschiedene Ausgestaltungen möglich und wurden im Laufe der Zeit auch in Deutschland praktiziert. Keine Aussage lässt sich dem Modell der sozialen Marktwirtschaft schließlich auch im Hinblick auf die Intensität und die Formen der Einflussnahme des Staates auf die Wirtschaft entnehmen, wenngleich grundsätzlich von einem Vorrang von Markt und Wettbewerb auszugehen sei. Erforderlich ist allein die Existenz eigenverantwortlich auszufüllender Entfaltungsspielräume der Marktakteure.

Die Bedenken gegen die Neutralitätsthese wie auch die gegen die Annahme einer Verankerung der sozialen Marktwirtschaft im Grundgesetz haben in der Frühzeit der Bundesrepublik schließlich in Teilen der Rechtswissenschaft zur Annahme einer „gemischten Wirtschaftsverfassung“ geführt, die durch ein Neben- und Ineinander der gegenläufigen Prinzipien Sozialstaatlichkeit und wirtschaftlicher Freiheit des Einzelnen gekennzeichnet sei.<sup>24</sup> Basierend auf einer durchaus zutreffenden Beschreibung des positiven Verfassungsrechts fehlt es gleichwohl an einer darüber hinausgehenden konzeptionellen Aussage.

18

### 2. Wirtschaftsrelevante Gewährleistungen

Fehlt es an der expliziten verfassungsrechtlichen Verankerung einer bestimmten, theoretisch-modellhaft fassbaren Wirtschaftsordnung, so nimmt das Verfassungsrecht gleichwohl in vielfältiger Weise auf das Wirtschaftsleben Einfluss. Ungeachtet der weiten, vom Gesetzgeber politisch auszufüllenden Spielräume enthält das Grundgesetz einige zentrale Grundentscheidungen über die Ausgestaltung des Wirtschaftslebens.

19

An erster Stelle sind diesbezüglich die Grundrechte zu nennen. Insbesondere Berufs- und Eigentumsfreiheit, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG (→ § 4 Rn. 3 ff., 31 ff.), sowie das Gleichbehandlungsgebot, Art. 3 Abs. 1 GG (→ § 4 Rn. 58 ff.), schützen die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und ihre Grundlagen und lassen sich daher (auch) als Unternehmergrundrechte qualifizieren. Über ihren unmittelbaren Gewährleistungsgehalt und ihre Abwehrfunktion hinsichtlich einzelner staatlicher Maßnahmen hinaus liegt ihre wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung nicht zuletzt in ihrer objektiven Wirkung begründet.

20

Das BVerfG hat aus den Grundrechten bereits früh eine „objektive Wertordnung“ abgeleitet.<sup>25</sup> Ungeachtet der in der Rechtsprechung wechselnden Formulierungen geht damit die Vorstellung einher, dass Grundrechte eine Maßstabwirkung für die gesamte Rechtsordnung und jegliches staatliches Handeln entfalten. Die Wirtschaftsgrundrechte des Grundgesetzes beschränken sich daher nicht darauf, staatliche Eingriffe in wirtschaftliches Handeln im Einzelfall abzuwehren, sondern bedingen eine Ausgestaltung der Rechts- und Wirtschaftsordnung, in der wirtschaftlicher Freiheit ein zentraler Stellenwert zukommt.

23 *Karpen*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1990, S. 43, verweist auf die Existenz unterschiedlicher Formen der sozialen Marktwirtschaft, die sämtlich mit den grundgesetzlichen Wertungen im Einklang stehen.

24 *Huber*, Bewahrung und Wandlung, 1975, S. 226.

25 BVerfGE 7, 198.

## § 2 WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN

- 21 Insoweit wirken die Grundrechte auch als negative Kompetenznormen.<sup>26</sup> Der gebotene Schutz wirtschaftlicher Betätigung seitens privater Grundrechtsträger begrenzt die Möglichkeiten des grundrechtsgebundenen Staates, den Bereich der Wirtschaft an sich zu ziehen oder diesen zu regeln. Zwar lässt sich grundrechtlich weder ein generelles Verbot der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand noch ein wirtschaftsbezogenes Rechtsetzungsverbot begründen; notwendig ist jedoch die Bewahrung weiter Freiräume für die Grundrechtsträger, von denen diese ihren eigenen Vorstellungen gemäß Gebrauch machen können. Insoweit wirken die Grundrechte als Begrenzung staatlicher Befugnisse der Wirtschaftsgestaltung.

Deutlich wird dies auch an der in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Koalitionsfreiheit. Danach obliegt es zuvörderst den Interessenvertretungen der am Wirtschaftsleben Beteiligten, mithin Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen, die Arbeitsbedingungen zu gestalten. Wie die Diskussion um die Einführung von staatlich vorgegebenen Mindestlöhnen verdeutlicht, die schließlich durch das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) zum 1.1.2015 bundesweit eingeführt wurden, stößt jedoch auch ein solches Regelungsmodell auf faktische Grenzen.

- 22 Gleichsam entgegengesetzt ist dagegen die Wirkung des Sozialstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 1 GG. Dieses verpflichtet den Staat, zumindest für ein Mindestmaß an sozialer Absicherung der Bürger zu sorgen. Dies geht nahezu unvermeidbar mit Eingriffen in den Markt einher, da dieser regelmäßig nicht in der Lage ist, uneingeschränkt „sozialverträglich“ zu funktionieren. Die konkrete Ausgestaltung von Sozialstaatlichkeit ist Gegenstand gesetzgeberischer Entscheidung.<sup>27</sup> Als Staatsziel kann das Sozialstaatsprinzip auch dazu dienen, Grundrechte und die durch sie gewährleistete wirtschaftliche Freiheit einzuschränken. Besonders deutlich wird dies an den eng mit dem Sozialstaatsprinzip verbundenen, in Art. 14 und 15 GG angelegten Möglichkeiten von Eigentumseingriffen in Form von Enteignungen (→ § 4 Rn. 51 ff.) und Sozialisierungen.

Gerade wegen seiner Unbestimmtheit im Detail wird das Sozialstaatsprinzip im politischen Diskurs vielfach herangezogen. Es bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für die soziale Sicherheit (gesetzliche Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosigkeitsversicherung), für Sozialgestaltung und sozialen Ausgleich nicht zuletzt im Wege der Umverteilung sowie für Sozialleistungen, die zumindest insoweit verfassungsrechtlich zwingend geboten sind, als das Existenzminimum des Einzelnen zu gewährleisten ist.

- 23 Eine gewisse verfassungsrechtliche Grundentscheidung im Hinblick auf das Verhältnis von Staat und Wirtschaft ist auch dem jedenfalls in Art. 114 GG verankerten Wirtschaftlichkeitsprinzip zu entnehmen. Dieses verpflichtet den Staat, mit den vorhandenen Mitteln wirtschaftlich umzugehen, mithin diese so einzusetzen, dass bestmögliche Ergebnisse erzielt werden (Maximalprinzip), oder ein vorgegebenes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erreichen (Minimalprinzip).<sup>28</sup> Im Hinblick auf das Wirtschaftsleben kann dies dazu führen, dass eine Marktbeteiligung des Staates geboten ist, um vorhandene Kapazitäten auszuschöpfen. Ob das Wirtschaftlichkeitsprinzip darüber hinaus auch das Verhältnis von Staat und Privaten erfasst, ist umstritten.<sup>29</sup> Sofern dies angenommen wird, ist jeweils im Einzelfall festzustellen, ob eine staatliche Betätigung auf dem Markt wirtschaftlicher ist als ein vergleichbares Angebot Privater. Nur in diesem Falle sei es verfassungsrechtlich zulässig. Im Ergebnis kann das Wirtschaftlichkeitsprinzip mithin im Einzelfall für oder gegen staatliche Wirtschaftstätig-

26 Ehmke, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (89 ff.).

27 BVerfGE 1, 97 (105); 65, 182 (193); 75, 348 (359 f.).

28 Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, A Rn. 113 ff.

29 Näher Knauff, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, S. 219 ff. mwN.