

PETER BADURA

---

# Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung

4. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

*Peter Badura*  
Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung





Peter Badura

# **Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung**

Ein exemplarischer Leitfaden

4., neubearbeitete Auflage

Mohr Siebeck

*Peter Badura*, geboren am 21. Februar 1934 in Oppeln O/S; nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Erlangen und Berlin Promotion (1959) und Habilitation für Öffentliches Recht (1962) in Erlangen; ordentlicher Professor der Rechte in Göttingen (1964) und München (1970) bis zur Emeritierung (2002).

1. Auflage 1971 (Athenäum-Verlag, Frankfurt/M.)
- 2., völlig neubearbeitete Auflage 2005 (Mohr Siebeck, Tübingen)
- 3., neubearbeitete Auflage 2008
- 4., neubearbeitete Auflage 2011

e-ISBN PDF 978-3-16-151316-9  
ISBN 978-3-16-150778-6

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr 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 Vervielfältigung, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung sind der Bereich der nationalen Rechtsordnung, der am stärksten durch den Fortgang und die Praxis der europäischen Integration beeinflusst wird. Die Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas bleibt angewiesen auf die demokratischen Institutionen und rechtsstaatlichen Grundsätze der Mitgliedstaaten und deren erfolgreiche Wirtschaftspolitik und stabile Finanzwirtschaft. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Urteilen zum Maastricht-Vertrag und zum Lissabon-Vertrag die für Deutschland maßgebenden Direktiven und Grenzen der Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Union bekräftigt. Die Erschütterung der internationalen Finanzbeziehungen und die nahezu alle Mitgliedstaaten erfassende übermäßige Staatsverschuldung, nicht zuletzt durch eine expansive Erfüllung wohlfahrtsstaatlicher Staatsaufgaben, stellt die Grundlagen der europäischen Währungsunion und des unionsrechtlichen „Stabilitätspaktes“ auf die Probe. Die neue Auflage dieses exemplarischen Leitfadens trägt der neueren Währungs- und Kreditpolitik in der Währungs- und Währungsunion in verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Perspektive Rechnung. Besonderes Augenmerk ist, im Zusammenhang damit, der Wahrnehmung der staatlichen Verantwortung für das „gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht“, den neuen verfassungsrechtlichen Vorkehrungen gegen eine planlose Staatsverschuldung im Bund und in den Ländern und der Verbesserung der Finanzdienstleistungsaufsicht gewidmet.

Die Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes und ebenso die Grundfreiheiten und Grundrechte des europäischen Binnenmarktes gewährleisten als Fundament der nationalen und der europäischen Wirtschaftsordnung die Privatautonomie, die Vertragsfreiheit und das privatnützige Eigentum der Einzelnen und der Unternehmen. Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht geben der Gesetzgebung die notwendige Vollmacht, den Wirtschaftsfreiheiten die im Allgemeininteresse gebotenen Bindungen und Schranken aufzuerlegen, weit über das herkömmliche Gewerberecht hinaus, das der Gewerbefreiheit im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Grenzen setzt. Raumordnung, Städtebaurecht und vor allem der Schutz von Natur und Umwelt führen fortdauernd und zu-

nehmend zu gesetzlichen Anforderungen an die Unternehmenstätigkeit und besonders an die Zulassung von Vorhaben. In dem komplexen und sich fortdauernd wandelnden Energiewirtschaftsrecht tritt die erweiterte Wirtschaftsaufsicht mithilfe der Unternehmerngenehmigung mit planungsrechtlichem Einschlag und der Regulierung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs sowohl durch Kartellaufsicht, als auch zur Gewährleistung der Versorgung unter angemessenen Bedingungen eindrücklich zu Tage. Ständig schreitet das Regulierungsrecht der gemeinwohlorientierten Infrastrukturdienste von Post, Telekommunikation und Eisenbahnverkehr voran, hier wie auch in der Energiewirtschaft unter durchgreifendem Einwirken unionsrechtlicher Vorgaben. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für gemeinwohlorientierte Leistungsangebote – „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im Sinne des Gemeinschaftsrechts –, besonders im Fall einer Privatisierung, bildet die Grundlage und die Richtschnur für das Regulierungsrecht, besonders der „Netzwirtschaften“, das einen eigenen Zweig des öffentlichen Wirtschaftsrechts darstellt.

Die schon nach wenigen Jahren notwendig gewordene Neubearbeitung dieser Einführung in das Recht der Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung zeichnet die Grundlinien des expandierenden Rechtsstoffes auf und stellt die wesentlichen Rechtsfragen, normativen Ordnungen und Entscheidungsregeln des Wirtschaftslebens vor Augen, in denen Auftrag und Gestaltung durch Gesetz und Verwaltung der rechts- und sozialstaatlichen Demokratie wirksam werden. Frau Christina Köhler schulde ich besonderen Dank für die gute und geduldige Ausführung der nicht unkomplizierten Schreibaarbeiten der Neuauflage.

Peter Badura

München, im Dezember 2010

## **Aus dem Vorwort zur zweiten Auflage**

Seit der lange zurückliegenden ersten Auflage (1971) dieses Werkes sind durch den Fortgang der europäischen Integration, die Wiedervereinigung Deutschlands, die Ambivalenz von Interventionismus, Liberalismus, staatlicher Gewährleistungsverantwortung und Regulierung und die durch Gesetz und Richterspruch vorangetriebene Verdichtung des Rechtsstoffes

## Vorwort

handgreifliche Veränderungen eingetreten. Die Neuauflage ist demzufolge eine praktisch durchgehende Neufassung des Buches. Die Darstellung beruht in einigen Partien auf den Erfahrungen meiner über die Jahre hinweg in Göttingen und München gehaltenen Vorlesungen und nimmt auch Gedanken aus dem Abschnitt „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ auf, den ich für das ursprünglich von Ingo von Münch, jetzt von Eberhard Schmidt-Aßmann herausgegebene Lehrbuch „Besonderes Verwaltungsrecht“ (12. Auflage 2003) verfaßt habe und dessen Fortführung jetzt in den Händen von Peter M. Huber liegt.

Peter Badura

München, im April 2005





# Inhalt

	Rn	Seite
<b>A. Wirtschaftsverfassung</b> . . . . .	1	1
<b>I. Staat und Wirtschaft</b> . . . . .	1	1
1. Privatautonomie, Markt und Intervention . . . . .	1	1
2. Geschichte . . . . .	5	4
3. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht. . . . .	8	6
<b>II. Politische Verfassung und „Wirtschaftsverfassung“</b> . .	11	8
1. Die Verfassung als Staatsgrundgesetz. . . . .	11	8
2. Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes? . . . . .	14	10
3. Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung im Bereich der Wirtschaft . . . . .	21	17
<b>III. Grundrechtsschutz wirtschaftlicher Tätigkeit</b> . . . . .	27	22
1. Berufs- und Unternehmensfreiheit . . . . .	27	22
a) Schutzgut . . . . .	28	23
b) Unternehmensfreiheit . . . . .	31	26
c) Regelung der freien Berufstätigkeit . . . . .	32	28
d) Einschränkungen . . . . .	33	29
e) „Berufsbilder“ . . . . .	35	31
f) Regelung der Berufsausübung . . . . .	37	33
g) Gemeinschaftsrecht . . . . .	40	36
2. Eigentumsgarantie . . . . .	41	36
a) Das Grundrecht. . . . .	42	38
b) Rechtsstellungs- und Einrichtungsgarantie . . . . .	44	39
c) Das Gesetz bestimmt Inhalt und Schranken des Eigentums . . . . .	50	43
d) Ordnung und Gestaltung eigentumsrechtlicher Privatrechtsverhältnisse . . . . .	54	45
e) Enteignung . . . . .	58	48
3. Allgemeine Wirtschafts- und Unternehmensfreiheit, Vertragsfreiheit . . . . .	59	49
a) Vertragsfreiheit . . . . .	60	50
b) Unternehmensfreiheit . . . . .	62	52

	Rn	Seite
<b>IV. Rechtsstaatliche Grundsätze und Grenzen wirtschafts- und sozialpolitischer Gesetzgebung . . . . .</b>	63	53
1. Rechtsstaat: Prinzip und Verfassungsgrundsatz. . . . .	63	53
2. Rechtsgleichheit und Gleichbehandlung . . . . .	65	56
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit . . . . .	68	59
4. Vertrauensschutz. . . . .	71	61
<b>V. Das europäische Wirtschaftsrecht . . . . .</b>	75	65
1. Europäische Integration . . . . .	75	65
a) Die europäische „Verfassung“. . . . .	75	65
b) Überstaatliche Föderation. . . . .	76	67
c) Rechtsakte, Rechtsgemeinschaft. . . . .	78	70
2. Binnenmarkt. . . . .	82	75
a) Raum ohne Binnengrenzen . . . . .	82	75
b) Freiheit des Warenverkehrs . . . . .	89	81
c) Dienstleistungsfreiheit . . . . .	91	83
d) Niederlassungsrecht. . . . .	97	90
e) Staatliche Schutzpflichten . . . . .	106	101
f) Rechtsangleichung . . . . .	107	103
3. Grundrechte . . . . .	108	105
a) Europäische und nationale Grundrechte. . . . .	108	105
b) Grundrechte des Gemeinschaftsrechts. . . . .	110	108
<b>B. Wirtschaftspolitik. . . . .</b>	113	113
<b>I. Konjunktur- und Wachstumspolitik. . . . .</b>	113	113
1. Der Sozialstaat. . . . .	113	113
a) Sozialer Rechtsstaat. . . . .	113	113
b) Staatsziel . . . . .	115	115
2. Die Konjunktur- und Wachstumspolitik im Zusammenhang der Wirtschaftspolitik und der Finanzwirtschaft . . . . .	117	117
a) Wirtschaftspolitik, Wirtschaftssteuerung . . . . .	117	117
b) Konjunktur und Wachstum . . . . .	120	118
c) Steuerpolitik und Haushaltswirtschaft . . . . .	123	121
3. Die Konjunktur- und Wachstumspolitik im parlamentarischen System . . . . .	126	123
a) Verantwortliche Regierung, Gesetzesvorbehalt . . . . .	126	123
b) Politik in der wohlfahrtsstaatlichen Demokratie. . . . .	131	125

	Rn	Seite
<b>II. Die staatliche Verantwortung für das „gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht“ . . . . .</b>	134	128
1. Die konjunkturpolitische Verfassungsdirektive (Art. 109 Abs. 2 GG) . . . . .	134	128
a) Die Stabilitäts-Novelle von 1967 und die Haushalts-Novelle von 1969 . . . . .	134	128
b) Reform der Finanzverfassung . . . . .	137	130
2. Die ökonomische Budgetfunktion . . . . .	138	131
a) Konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft . . . . .	138	131
b) Der Haushaltsplan . . . . .	140	133
c) Das Haushaltsgesetz . . . . .	141	134
d) Haushaltspolitik und Finanzplanung . . . . .	145	136
3. Das Stabilitätsgesetz . . . . .	147	137
a) Ziel und Inhalt . . . . .	147	137
b) Bindung der Politik . . . . .	148	138
c) Mehrjährige Finanzplanung. . . . .	150	140
<b>III. Strukturpolitik und öffentliche Wirtschaftsförderung</b>	151	142
1. Kooperativer Föderalismus. . . . .	151	142
2. Wirtschaftsförderung durch Subventionen . . . . .	156	146
a) Subventionspolitik, Förderungsmaßnahmen . . . . .	156	146
b) Gemeinschaftsrechtliches Beihilfeverbot. . . . .	159	148
<b>IV. Privatisierungspolitik und Infrastrukturgarantie des Staates. . . . .</b>	161	150
1. Ziele und Grenzen einer Privatisierung öffentlicher Aufgaben . . . . .	161	150
2. Die Privatisierung der großen Verkehrsanstalten des Bundes	170	157
a) Liberalisierung und Privatisierung. . . . .	170	157
b) Die Eisenbahn-Reform . . . . .	173	160
c) Die Postreform . . . . .	176	164
3. Von der Leistungsverwaltung zur Gewährleistungsverantwortung des Staates . . . . .	180	167
a) Infrastrukturgarantie . . . . .	180	167
b) Regulierung. . . . .	184	171
4. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse . . . . .	186	172

	Rn	Seite
<b>V. Währungs- und Kreditpolitik in der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion.</b> . . . . .	191	177
1. Die Wirtschafts- und Währungsunion mit einer einheitlichen Währung . . . . .	191	177
a) Die Währungshoheit in Europa . . . . .	191	177
b) Währung und Geld . . . . .	194	180
c) Die Bundesbank im Europäischen System der Zentralbanken . . . . .	196	181
2. Die Einführung des Euro. . . . .	198	183
a) Schaffung der Euro-Zone . . . . .	198	183
b) Übergang zur Euro-Währung . . . . .	199	184
3. Sicherung der Währungsstabilität . . . . .	201	185
<b>C. Wirtschaftsverwaltung</b> . . . . .	205	193
<b>I. Die Ausübung öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft</b> . . . . .	205	193
1. Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung . . . . .	205	193
a) Staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft . . . . .	205	193
b) Wirtschaftsaufsicht . . . . .	207	194
c) Sachkunde und Zuverlässigkeit als Maßstäbe der Wirtschaftsaufsicht . . . . .	210	196
d) Wirtschaftslenkung . . . . .	212	197
2. Finanzdienstleistungsaufsicht . . . . .	213	198
3. Regulierung . . . . .	217	203
4. Marktordnungen . . . . .	219	205
a) Markt und Marktordnung . . . . .	219	205
b) EG-Marktordnungen . . . . .	223	208
5. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verwaltungsakte . . . . .	225	212
6. Die Unternehmensgenehmigung mit planungsrechtlichem Einschlag . . . . .	229	216
a) Planungsrecht der Vorhaben. . . . .	229	216
b) Raumverträglichkeit von Vorhaben . . . . .	231	220
c) Rechtsstaatliches Abwägungsgebot, Umweltschutz . . . . .	232	222
<b>II. Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand</b> . . . . .	235	227
1. Leistungsverwaltung – unternehmerisches/erwerbswirtschaftliches Handeln. . . . .	235	227
a) Wirtschaftsteilnahme öffentlicher Unternehmen. . . . .	235	227

## Inhalt

	Rn	Seite
b) Daseinsvorsorge, öffentliche Verwaltung in privatrechtlicher Rechtsform . . . . .	238	230
c) Öffentliche Unternehmen im Gesellschaftsrecht und im Wettbewerbsrecht. . . . .	240	231
2. Kommunale Wirtschaftstätigkeit. . . . .	243	234
a) Kommunalrechtliche Grenzen einer Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden . . . . .	243	234
b) Schutz privater Konkurrenten . . . . .	245	238
3. Verfassungsrechtliche Grenzen. . . . .	247	240
4. Gemeinschaftsrechtliche Bindungen . . . . .	249	241
a) Der öffentliche Sektor der Wirtschaft in den Mitgliedstaaten . . . . .	249	241
b) Landesbanken und Sparkassen . . . . .	251	244
5. Öffentliche Aufträge, Vergaberecht . . . . .	253	247
<b>III. Staatliche Wirtschaftsförderung durch Subventionen</b>	260	255
1. Strukturpolitische Leistungsverwaltung . . . . .	260	255
a) Subventionspolitik . . . . .	260	255
b) Subventionsverwaltung . . . . .	262	257
2. Das Subventionsrechtsverhältnis . . . . .	263	258
3. Das gemeinschaftsrechtliche Beihilferegime . . . . .	265	260
a) „Beihilfen“ . . . . .	265	260
b) Beihilfenaufsicht . . . . .	267	263
<b>IV. Regulierung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs</b>	272	268
1. Wettbewerbsrecht . . . . .	272	268
a) Kartellaufsicht (GWB) . . . . .	272	268
b) Wettbewerbsregeln (EU) . . . . .	275	272
2. Energiewirtschaftsrecht . . . . .	277	275
a) Rechtsgrundlagen. . . . .	277	275
b) Regulierter Wettbewerb. . . . .	281	280
c) Die Beschleunigungsrichtlinien von 2003, die Energie- rechtsreform von 2005 und der Fortgang der Liberalisierung . . . . .	284	282
d) Umweltverträglichkeit, Förderung erneuerbarer Energien	291	290
e) Emissionsrechte. . . . .	297	299
3. Post und Telekommunikation . . . . .	302	303
a) Die Postreformen von 1989 und 1994. . . . .	302	303
b) Postwesen . . . . .	303	304
c) Telekommunikation. . . . .	306	308

	Rn	Seite
<b>D. Gewerberecht</b> . . . . .	311	319
<b>I. Gewerbefreiheit.</b> . . . . .	311	319
1. Der Grundsatz . . . . .	311	319
a) Die Gewerbeordnung . . . . .	311	319
b) Grundsatz und Grundrecht . . . . .	313	320
2. Die Gewerbefreiheit als Gegenstand der Gesetzgebung . . . . .	314	321
<b>II. Aufsicht über die Gewerbe</b> . . . . .	318	324
1. Stehendes Gewerbe, Reisegewerbe . . . . .	318	324
a) Stehendes Gewerbe als Grundform . . . . .	318	324
b) Gewerbeuntersagung . . . . .	320	326
2. Marktverkehr . . . . .	321	328
a) Marktfreiheit . . . . .	321	328
b) Recht auf Teilnahme am Marktverkehr . . . . .	322	328
<b>III. Gewerberechtliche Nebengesetze</b> . . . . .	323	330
1. Handwerksrecht . . . . .	323	330
a) Grundgedanken der berufsständischen Ordnung des Handwerks . . . . .	323	330
b) Handwerk . . . . .	324	332
c) Eintragung in die Handwerksrolle, Meisterzwang und Ausnahmebewilligung . . . . .	327	335
d) Das Handwerk im europäischen Binnenmarkt. . . . .	331	338
2. Gaststättenrecht . . . . .	333	339
a) Erlaubnisvorbehalt . . . . .	333	339
b) Die Erlaubnis . . . . .	334	340
3. Beförderungsgewerbe . . . . .	336	343
a) Personenbeförderung . . . . .	336	343
b) Güterkraftverkehr . . . . .	342	349
c) Luftverkehr . . . . .	344	350
<b>E. Selbstverwaltung der Wirtschaft.</b> . . . . .	357	363
<b>I. Kammern der gewerblichen Wirtschaft und   berufsständische Kammern</b> . . . . .	357	363
1. Korporativ verfaßte Selbstverwaltung . . . . .	357	363
a) Funktionale Selbstverwaltung und Wirtschaftsdemokratie . . . . .	357	363

## Inhalt

	Rn	Seite
b) Verfassungsrechtliche Voraussetzungen . . . . .	360	366
2. Körperschaft und Interessenvertretung . . . . .	361	367
a) Körperschaftliche Selbstverwaltung . . . . .	361	367
b) Verbände und Koalitionen . . . . .	362	368
c) Autonomie und Garantiefunktion des Gesetzes . . . . .	363	370
<b>II. Kammern der gewerblichen Wirtschaft . . . . .</b>	<b>365</b>	<b>373</b>
1. Industrie- und Handelskammern . . . . .	365	373
2. Organisationen des Handwerks . . . . .	367	376
a) Handwerkskammern . . . . .	367	376
b) Handwerksinnungen . . . . .	368	377
<b>III. Das Kammerrecht der freien Berufe . . . . .</b>	<b>370</b>	<b>379</b>
1. „Freie Berufe“ . . . . .	370	379
2. Berufsständische Kammern . . . . .	375	384
a) Gesetzliche Grundlagen . . . . .	375	384
b) Werbebeschränkungen und sonstige Berufspflichten, insbesondere des Rechtsanwalts . . . . .	377	386
3. Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsrecht des Rechtsanwalts in Europa . . . . .	383	390
Allgemeine Literatur . . . . .		395
Register . . . . .		397



# A. Wirtschaftsverfassung

## I. Staat und Wirtschaft

### 1. Privatautonomie, Markt und Intervention

Die Versorgung der staatlich organisierten Gesellschaft mit Gütern und Dienstleistungen ist eine Funktion der Entwicklung der Produktivkräfte (Ausbildungsstand der arbeitenden Bevölkerung, technologischer Fortschritt, Arbeitsteilung) und der Gestaltung der Produktionsverhältnisse (gesellschaftliche und rechtliche Organisation des wirtschaftlichen Prozesses). Quelle der Versorgung und vor allem der bereitzustellenden knappen Güter und des gesellschaftlichen Reichtums ist die durch Arbeit, Urproduktion und unternehmerisches Handeln tätige Leistung. Das Zusammenwirken bei der Erzeugung der Güter und dem Erbringen von Dienstleistungen, weiter die Funktionsweise des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs und schließlich die gerechte Verteilung des erwirtschafteten Erfolgs sind auf Bedingungen angewiesen, die von der öffentlichen Gewalt des Staates und seiner Rechtsordnung geschaffen und garantiert werden müssen. Da die Erhaltung und Vermehrung der Produktivität von der Rate des akkumulierten und für Investitionen verfügbaren Kapitals abhängen, sind die Arbeitsweise des Kreditapparats und die Verfügung über die Investitionsentscheidungen Schlüsselpunkte des wirtschaftlichen Systems. Die Politik der wohlfahrtsstaatlichen Demokratie begnügt sich nicht, den Rahmen individueller Arbeit und unternehmerischer Leistung zu gewährleisten und ggf. bei einem Mangel der daseinsnotwendigen Versorgung infolge eines „Marktversagens“ einzugreifen, sondern nimmt in Anspruch, Produktion und Verteilung durch Gestaltung und Lenkung intervenierend zu beeinflussen, um bestimmte wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitische Ziele zu verwirklichen. Die wirtschaftlichen Größen Versorgung und Produktivität sind für den Staat und seine Wirtschaftspolitik in umfassendere Ziele und Zusammenhänge der allgemeinen Politik, der Gesellschaftspolitik und der Sozialpolitik eingeordnet. Auch die Wirtschaftsordnung selbst weist mit dem „Produktionsfaktor“ Arbeit über sich hinaus; denn die Arbeit ist nicht nur Beitragen zur

Erwirtschaftung des Sozialprodukts, sondern auch unentrinnbarer Schauplatz menschlicher Selbstverwirklichung.

- 2 Bei einer typisierenden Vereinfachung lassen sich die realen Wirtschaftsordnungen auf zwei Wirtschaftsformen zurückführen, deren unterscheidendes Merkmal das Maß der Selbständigkeit ist, das der wirtschaftliche Prozeß gegenüber dem politischen Prozeß, vor allem gegenüber staatlichem Interventionismus besitzt. In der Wirtschaftsform der **Plan- oder Zentralverwaltungswirtschaft** sind die wesentlichen Entscheidungen mit Ausnahme der privaten Konsumtion in der Hand des Staates kollektiviert, der alleiniger Eigentümer der Produktionsmittel ist. Bei dieser planwirtschaftlichen Bedarfsdeckung werden die Einzelpläne der Unternehmen und sonstigen Wirtschaftsbeteiligten durch den zentral für einen bestimmten Zeitabschnitt normativ festgelegten Gesamtplan ersetzt oder zumindest gebunden. Der staatliche Wirtschaftsplan disponiert auf der Grundlage politischer Entscheidungen über die Erzeugung, das Angebot und die Verteilung nach angenommenen Bedürfnissen des Gemeinwesens, so daß an die Stelle des für die Marktwirtschaft charakteristischen Tausches die Zuteilung tritt.

Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 8. April 1968, die sich nach ihrer Präambel als eine „sozialistische Verfassung“ verstand, organisierte die „sozialistische Planwirtschaft“ nach dem „Grundsatz der Planung und Leitung der Volkswirtschaft sowie aller anderen gesellschaftlichen Bereiche“ und auf der Grundlage des die Produktionsmittel umfassenden „Volkseigentums“ (Art. 9, 12 der DDR-Verfassung).

- 3 In der **Verkehrs- oder Marktwirtschaft** sind die wirtschaftlich relevanten Entscheidungen über Produktion, Investition, Distribution und Konsum grundsätzlich den einzelnen Wirtschaftssubjekten überlassen. Bei dieser verkehrswirtschaftlichen Bedarfsdeckung gibt das private Interesse den Ausschlag. Die Einzelpläne der Unternehmen und der Haushalte werden durch den Tausch von Leistung und Gegenleistung vergesellschaftet und durch den von Angebot und Nachfrage abhängigen Marktpreis koordiniert. Institutionelle Voraussetzungen der dem Bewegungsprinzip des Wettbewerbs folgenden Marktwirtschaft sind die Privatautonomie, das Privateigentum, die Berufs- und Gewerbefreiheit und die Vertragsfreiheit.

Siehe die in Art. 2 Abs. 1 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) ausgesprochenen „Grundsätze“ und das ergänzende „Gemeinsame Protokoll über Leitsätze“ für die Rechtsanpassung.

In der Grundlinie folgt die Bundesrepublik Deutschland einer Wirtschaftspolitik der „**sozialen Marktwirtschaft**“. In Anknüpfung an den Sozialstaatssatz der Verfassung (Art. 20 Abs. 1 GG) wird damit die Verantwortung der staatlichen Rechtsgemeinschaft für Wohlfahrt, Arbeit und soziale Sicherung bekräftigt, durch die das überkommene Staatsziel der Garantie für Freiheit und Eigentum modifiziert wird. Nach dem Leitgedanken des „Ordo-Liberalismus“ der Freiburger Schule ist es die Aufgabe des Staates, die Bedingungen des unverfälschten Wettbewerbs zu gewährleisten und Fehlentwicklungen oder Mängel der marktwirtschaftlichen Verteilung und Allokation sozial- und gesellschaftspolitisch zu korrigieren.

► W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 5. Aufl., 1975; F. Böhm, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980; C. Chr. von Weizsäcker, Das Gerechtigkeitsproblem in der sozialen Marktwirtschaft, ZfW 47, 1998, S. 288.

Eine „**Staatsfreiheit**“ der Wirtschaft besteht nur unter dem Vorbehalt

- der Bereitstellung der normativen Rahmenbedingungen der Produktion, des Angebots und der Verteilung durch die staatliche Gesetzgebung,
- der staatlichen Garantie der Rechte und Pflichten des einzelnen, insbesondere durch Risikovorsorge, Gefahrenabwehr und gerichtliche Durchsetzung des Rechts,
- einer staatlichen Gewährleistung der Infrastruktur und der daseinsnotwendigen Versorgung, sei es durch Regulierung des privaten Angebots, sei es durch Eigentätigkeit der öffentlichen Hand,
- der Beeinflussung oder Förderung innovativer oder defizitärer Wirtschaftsbereiche durch mittelbare oder unmittelbare Wirtschaftslenkung, ggf. Finanzhilfen, Globalsteuerung der Konjunktur, etc.

Der Wohlfahrtsstaat der parlamentarischen Demokratie beruht nach wie vor auf dem politischen und verfassungsrechtlichen Prinzip der nationalstaatlichen Legitimität öffentlicher Gewalt und Garantie von Freiheit, Recht und Wohlfahrt. Der europäische Nationalstaat war auch schon vor den Weltkrieg, ungeachtet seiner präbendierten Souveränität, auf internationale Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen angewiesen, hat sich jedoch nach dem Zweiten Weltkrieg und endgültig nach dem Ende des Kalten Krieges den Kooperationsbedingungen der europäischen Integration und der „offenen“ oder „globalen“ Weltwirtschaftsordnung unterwerfen müssen. Das Thema „Staat und Wirtschaft“ bleibt exemplarisch, doch öffnet es sich durch Regeln und Vorkehrungen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit und überstaatlicher Föderation. 4

► *U. Scheuner/A. Schüle*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11, 1954, S. 1, 75; *U. Scheuner*, Hrsg., Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971; *E. Steindorff*, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht? in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S. 621; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgem. Teil, 1990; *U. Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann*, Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, 3. Kap., Rdnr. 3 ff; *M. Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das öffentliche Recht, 2004; *J. Schwarze*, Hrsg., Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, 2008.

## 2. Geschichte

- 5 Der Übergang von der auf dem Vorherrschen der agrarischen Produktion beruhenden Naturalwirtschaft des Mittelalters zur neuzeitlichen Verkehrswirtschaft auf der Grundlage von Handel und Gewerbe (Handwerk und Manufaktur), zunächst in städtischen Lebensformen, brachte die großräumigen Nationalwirtschaften mit der neuen Herrschaftsform des modernen Staates hervor. Der **Merkantilismus** als Wirtschaftsform des absolutistischen Fürstenstaates orientierte sich an der protektionistisch zu schützenden und staatlich zu fördernden einheimischen Wirtschaftskraft. Diesem Ziel diente auch die kolonialistische Landnahme der europäischen Großmächte. Die Geldwirtschaft, durch die die Staatsfinanzen gespeist wurden, entwickelte Rechtsformen des Kredits, blieb aber auf eine Gold- oder Silberwährung angewiesen. Einkünfte aus öffentlichen Unternehmen und anderem Staatsbesitz, wie Forsten und Domänen, sowie der Verleihung von Monopolen, durch die auch neue Industrien geschützt werden konnten, blieben neben dem modernen Instrument der Steuer von Gewicht für die Deckung der Staatsausgaben, vor allem zum Ausbau der Bürokratie und des stehenden Heeres. Die an den Universitäten gelehrt „Staatswissenschaften“, eng verbunden mit dem Öffentlichen Recht, dem Recht der Policy, gaben dem Fürstenstaat praktisches und theoretisches Rüstzeug.
- 6 Auf den Merkantilismus des absolutistischen Fürstenstaates folgte, zum Teil von revolutionären Umbrüchen begleitet, der **Liberalismus** des bürgerlichen Verfassungsstaates. Die wirtschaftlichen Erfordernisse der kapitalistischen Manufaktur und Industrie sprengten die merkantilistische Bevormundung und Reglementierung. Die liberale Wirtschafts-idee, verbunden mit der politischen Idee der Aufklärung, forderte unter Berufung auf die „natürlichen“ Gesetze des Gesellschafts- und Wirtschaftslebens, Freiheit der Wirtschaft vom Staat. Gewerbefreiheit und Freihandel in der Hand des vernunftgeleiteten homo oeconomicus würden mit dem privaten Erfolg des

Erwerbstrebens zugleich die Prosperität der Nationalwirtschaft und die Befriedigung der sozialen Bedürfnisse bewirken.

„Das natürliche Bestreben jedes Menschen, seine Lage zu verbessern, ist, wenn es sich mit Freiheit und Sicherheit geltend machen darf, ein so mächtiges Prinzip, daß es nicht nur allein und ohne alle Hilfe die Gesellschaft zu Reichtum und Wohlstand führt, sondern auch hundert arge Hindernisse überwindet, mit denen die Torheit menschlicher Gesetze es allzuoft zu hemmen suchte“

(*Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776*).

**Preußen** hat die Gewerbefreiheit im Zuge der Stein-Hardenbergschen Re- 7  
formen eingeführt; insbes. das Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1810 (GS 1810/11, S. 263). Die preußische Allgemeine Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 (GS S. 41) war das Vorbild der mit zahlreichen Änderungen fortgeltenden Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, heute Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Art. 9 des Zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft vom 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246) und dann durch Art. 4 Abs. 14 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258). Vormalis reichs-, jetzt bundesrechtlich kommt der Grundsatz der Gewerbefreiheit in § 1 Abs. 1 GewO zum Ausdruck:

Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

Das überkommene Gewerberecht ist Gewerbepolizeirecht; denn es enthält grundsätzlich nur Regelungen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die aus der Gewerbetätigkeit zu befürchten sind. Mit der Gewerbefreiheit korrespondiert der Grundsatz der freien Gestaltung des Arbeitsvertrages (§ 105 Abs. 1 Satz 1 GewO):

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluß, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen.

► *W. Treue*, Wirtschaftsgeschichte der Neuzeit, 2 Bde., 1973; *W. Zorn*, Einführung in die Wirtschafts- und Sozialgeschichte, 2. Aufl., 1974; *W. Borchardt*, Grundriß der deutschen Wirtschaftsgeschichte, 1978; *H. Hausherr*, Wirtschaftsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl., 1981; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht aaO., Rdnr. 13 ff.

### 3. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht

- 8 Die liberale Wirtschaftsidee und die von ihr bestimmte Rechtsordnung hatten die Autonomie der Wirtschaft gegenüber dem politischen Prozeß in besonders weitgehendem Maß gefordert und verwirklicht. Dem entsprach es, daß sich das Recht der Wirtschaft im wesentlichen in den sachlichen Zusammenhängen des Privatrechts und des Polizeirechts entwickelte, dort auf der Basis von Privatautonomie und Vertragsfreiheit, hier nach dem Maß der Gewerbefreiheit und Gefahrenabwehr. Mit den Vorschriften über lästige Anlagen (§§ 16 ff. GewO) und dem Titel VII über gewerbliche Arbeitnehmer (§§ 105 ff. GewO) zeigte das Gewerberecht in Teilstücken ein neues Rechtsgebiet, das sich mit dem industriellen Aufschwung nach der Reichsgründung zu einem eigenen „**Industrierecht**“ entwickelte.

► *H. Lehmann*, Grundlinien des deutschen Industrierechts, in: Festschrift für E. Zitelmann, 1913; *R. Piepenbrock*, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ende des Ersten Weltkriegs, 1964; *P. Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967; *R. Stober*, Quellen zur Geschichte des Wirtschaftsverwaltungsrechts, 1986.

- 9 Die wohlfahrtsstaatliche Umorientierung der Staatszwecke, die nach dem Krieg in das Verfassungsrecht Eingang fand – Abschnitt „Das Wirtschaftsleben“ (Art. 151 bis 165) der Weimarer Reichsverfassung –, brachte die besonderen Arbeits- und Lehrgebiete des **Wirtschaftsrechts** und des Arbeitsrechts hervor. Das Prinzip der privatautONOMEN Wirtschaftsfreiheit verband sich nach der Maxime der Präambel der Reichsverfassung, „den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern“, mit der Verantwortung der staatlichen Gemeinschaft für soziale Gerechtigkeit. Als Wirtschaftsrecht wurden die Rechtsvorschriften begriffen, durch die der Staat Organisation und Funktionsweise der Wirtschaft ordnet, beeinflußt und lenkt. Auf die Verfassung blickend (vor allem die gemeinwirtschaftlichen Grundsätze und das wirtschaftsdemokratische Rätssystem), konnte die Vorstellung einer „Wirtschaftsverfassung“ Boden gewinnen.

► *A. Nußbaum*, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1920, 2. Aufl., 1922; *J. Goldschmidt*, Reichswirtschaftsrecht, 1923; *J. Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929; *Cl. Zacher*, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik, 2002.

- 10 Die dem Wirtschaftsrecht eigentümliche „Sozialisierung des Rechtsstoffes“ (*Nußbaum*) führte das neue Rechtsgebiet aus dem Privatrecht hinaus und

gab ihm zunehmend das Gepräge eines öffentlich-rechtlichen Sachgebiets, des **Wirtschaftsverwaltungsrechts**, in dem das Gewerberecht aufging und das sich nicht mehr als Gewerbepolizeirecht darstellte. Die Habilitationsschrift von *Ernst Rudolf Huber* „Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts“ (1932), die Bonner Antrittsvorlesung „Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat“ (1931) fortsetzend, wurde die Grundschrift des Rechtsgebiets. Sie ist in völliger Neubearbeitung nach dem zweiten Krieg als 2. Auflage erschienen (Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 2 Bde., 1953/54). Seither ist das Wirtschaftsverwaltungsrecht in Forschung und Lehre, Theorie und Praxis ein weit-schichtiges Hauptgebiet des Besonderen Verwaltungsrechts geworden, neben dem (privaten) Wirtschaftsrecht mit dem Wettbewerbsrecht als Kernstück.

Die Inhaltsbestimmung und Abgrenzung des Wirtschaftsverwaltungsrechts (oder öffentlichen Wirtschaftsrechts) ist durch die in den Aufgaben des sozialen Rechtsstaates zu Tage tretende Verantwortung des Staates für die gerechte Ordnung der Wirtschaft und des wirtschaftlichen Prozesses vorgegeben, soweit öffentliche Verwaltung ausgeübt wird und Regelungen des öffentlichen Rechts maßgebend sind. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht umfaßt Rechtssätze, durch die der Staat mit den Zielen der Gefahrenabwehr, der Lenkung und der Förderung auf den wirtschaftlichen Prozeß ordnend, gestaltend und leistend wirkt, indem er Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung und öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten der am wirtschaftlichen Prozeß Beteiligten begründet.

► *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 2 Bde., 1953/54; *W. Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, 2 Bde., 1983; *H.P. Ipsen*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1985; *E. Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1985; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990; *ders.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, 2 Bde., 1995/96; *ders./Th. Vollmöller*, Hrsg., Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2007; *H.D. Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1997; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann*, Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003 (bes. Rdnr. 1, 2); *J. Rütbig/St. Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005; *H.-W. Arndt/T. Fetzer*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 8. Aufl., 2006, S. 693 ff.; *W. Frotscher/U. Kramer*, Wirtschaftsverfassungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 5. Aufl., 2008; *P.M. Huber*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann/F. Schoch*, Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, 3. Kap.; *F. Rittner/M. Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008; *U. Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008; *R. Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl., 2008; *ders.*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl., 2008; *J. Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2010.

## II. Politische Verfassung und „Wirtschaftsverfassung“

### 1. Die Verfassung als Staatsgrundgesetz

- 11 „Verfassung“ im juristischen Sprachgebrauch ist gleichbedeutend mit: Verfassungsgesetz, Verfassungsurkunde, Verfassung im formellen Sinne. Das Verfassungsgesetz wird durch ein außerordentliches Verfahren der Rechtsetzung geschaffen, besitzt mit seinen Verfassungsnormen den Vorrang vor allen sonstigen Rechtsätzen der Rechtsordnung und kann nur in einem besonderen Verfahren der Gesetzgebung geändert werden. Die Verfassung will die Grundlagen des Gemeinwesens, der politischen Ordnung und des politischen Prozesses durch Recht – also nicht durch moralische Grundsätze oder durch politische Richtlinien – regeln. Sie ist, wenngleich mit unterschiedlicher normativer Kraft, sowohl Schranke oder Grenze der öffentlichen Gewalt, wie auch Ordnung oder Richtschnur für die politischen Institutionen und die sozialen und rechtlichen Beziehungen. Die Freiheitsvorstellung des Liberalismus hatte die Fähigkeit der Verfassung, die Freiheiten und Rechte des einzelnen zu schützen und zu garantieren, in den Vordergrund gerückt. Auch in dieser Verfassungspolitik lag eine auf Umgestaltung der gegebenen Verhältnisse gerichtete Aufgabe und Programmatik. In anderer Weise sind die sozialstaatlichen Aufgaben auf die gestalten- und zuteilenden Wirkungen der Verfassung angewiesen. Im Hinblick auf die Staatsaufgaben ist die Verfassung nicht nur Grenze der öffentlichen Gewalt, sondern auch – je nach der in ihr enthaltenen materiellen Regelung – Auftrag und Richtlinie für die Verwirklichung dieser Aufgaben, besonders der sozialen Verantwortung des Staates, und schließlich ein Plan oder Entwurf, der Aufgaben normiert, ein Versuch, die politische Zukunft durch Leitgedanken und Direktiven für den politischen Prozeß und die Wirksamkeit des Staates zu bestimmen.
- 12 Zu den Grundfragen des Gemeinwesens gehören auch die Wirtschaftsordnung und die Wirtschaftspolitik. Ausdrücklich oder implizit, d. h. durch Auslegung, sind der Verfassung daher die Grundprinzipien der Wirtschaftsordnung und der Wirtschaftspolitik sowie der Zuständigkeiten und Verfahren der Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverwaltung zu entnehmen. Die Verfassungen der liberalen Tradition sagen meistens über die Wirtschaftspolitik nur wenig und nur Allgemeines, stecken aber durch die Grundrechte der wirtschaftlichen Freiheit die Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung ausführlich ab. Der Aufstieg der sozialstaatlichen De-



mokratie nimmt dem verfassungspolitischen Ziel der rechtsstaatlichen und freiheitssichernden Mäßigung der Staatsgewalt seine Bedeutung nicht, gibt ihm vielmehr eine neue Dimension. Doch treten objektive und eine staatliche Schutzpflicht aufrufende Funktionen auch der wirtschaftlichen Freiheitsrechte deutlicher hervor. Der den Grundrechten zu entnehmende Ordnungsrahmen für die wirtschaftspolitische Gesetzgebung konzipiert eine Wirtschaftsverfassung, auch wenn spezifische Staatszielbestimmungen und sozialpolitische Rechtsverheißungen fehlen.

► *L. Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S. 181; *C. Schmitt*, Nehmen/Teilen/Weiden, 1953, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 489; *K.J. Partsch*, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, Ordo VI, 1954, S. 19; *E. Forsthoff*, Von der sozialen zur technischen Realisation, Staat 9, 1970, S. 145; *H. Huber/E. Tuchtfeldt*, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, 1970; *P. Badura*, Wirtschafts- und sozialpolitische Ziele in der Verfassung, in: F.F. Segado, ed., The Spanish Constitution in the European Constitutional Context, 2003, S. 1827; *ders.*, Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft, in: D. Merten/H.-J. Papier, Hrsg., Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, § 20; *M. Ruffert*, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134, 2009, S. 197.

Die Weimarer Reichsverfassung versuchte, die überkommenen Institutionen und Freiheiten des liberalen Wirtschaftsrechts mit verschiedenartigen sozialistischen und sozialreformerischen Grundsätzen und Einrichtungen zu verbinden. Sie blieb allerdings in diesem Punkte deutlich hinter dem Aufruf des Rats der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918 zurück, der als ersten Satz aussprach: „Die aus der Revolution hervorgegangene Regierung, deren politische Leitung rein sozialistisch ist, setzt sich die Aufgabe, das sozialistische Programm zu verwirklichen.“ 13

„Kein Teil der Verfassung zeigt so ausgeprägt sozialistische Züge wie dieser ... Vieles von dem, was in dem fünften Abschnitt steht, ist entschieden sozialistisch gedacht ... Immerhin bedeuten diese Bestimmungen nur einen gewissen Einfluß der sozialistischen Lehren, keineswegs deren volle Verwirklichung ... Sie (sc. die WeimRV) gebietet weder, noch läßt sie es auch nur zu, das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft rein sozialistisch zu gestalten ...“

(G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., 1933, S. 697f.).

Der Fünfte Abschnitt des Zweiten Hauptteils (Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen) der Weimarer Reichsverfassung „Das Wirtschaftsleben“ wird mit einem Grundsatz eingeleitet (Art. 151 Abs. 1 WRV):

Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.

Hierin kommt eine Bevorzugung des sozialen Prinzips vor den individuellen Wirtschaftsfreiheiten zum Ausdruck, auf der anderen Seite aber auch die Fortsetzung der überkommenen Denkfigur von der Freiheit und ihren „Grenzen“, die den Staat als Korrektor, nicht als Gestalter des Wirtschaftslebens versteht. Die Vorschrift wurde als Programmsatz für die Gesetzgebung und als Auslegungsregel aufgefaßt, nicht als Maßstab für das richterliche Prüfungsrecht.

„Die Vorschrift des Art. 151 Abs. 1 Satz 1 kann selbstverständlich nicht den Sinn haben, daß die Gültigkeit jeder Gesetzesvorschrift deshalb beanstandet werden könnte, weil sie den Anforderungen der Gerechtigkeit nach objektivem Maßstab nicht entspreche“ (StGH Lammers/Simons IV, 190/199).

## 2. Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes?

- 14 In der auf das Grundgesetz bezogenen verfassungsrechtlichen Diskussion werden unter dem Stichwort der „Wirtschaftsverfassung“ die grundlegenden Rechtsfragen der gegebenen Wirtschaftsordnung und der erlaubten oder geforderten Wirtschaftspolitik behandelt. Unter diesem Blickwinkel ist „Wirtschaftsverfassung“ der Sammelname für die Verfassungsnormen, die für die Ordnung und den Ablauf des wirtschaftlichen Prozesses wesentlich und dauerhaft maßgebend sind, hauptsächlich die Staatsziele wie das Sozialstaatsprinzip, und die Grundrechte. Normativ zugespitzt kann von „der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes“ in dem Sinne gesprochen werden, daß das Grundgesetz eine bestimmte prinzipielle Entscheidung über die verfassungsrechtlich gebotene Wirtschaftsordnung getroffen hätte, mit der Folge, daß die Wirtschaftspolitik auf diesen prinzipiellen Rahmen festgelegt wäre. Paradigmatisch dafür war die These *Hans Carl Nipperdeys* (Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl., 1965), daß das Grundgesetz die „soziale Marktwirtschaft“ verfassungsrechtlich institutionalisiert habe. Diese Rechtsauffassung orientiert sich an einer objektiv-rechtlichen Auslegung der Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG, wonach diese wirtschaftlichen Freiheitsrechte die Institutionen des Wettbewerbs, der Gewerbefreiheit und einer freien Unternehmensordnung gewährleisten. Dem Gesetzgeber stünden grundsätzlich nur „marktkonforme“ Regelungen offen. Der dem im „Streit um die Wirtschaftsverfassung“ entgegentretende Standpunkt geht dahin, daß die verschiedenen Direktiven und Schranken, die das Grundgesetz für die Wirtschaftspolitik aufgestellt hat, die wirtschaftspolitische Gesetzgebung nur in bestimmten einzelnen Hinsichten

binden, aber nicht prinzipiell zugunsten eines bestimmten Ordnungsmodell festlegen. Diese Auffassung gibt, vom praktischen Ergebnis aus gesehen, der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit einen größeren Spielraum und findet ihre allgemeine Rechtfertigung in dem von der Verfassung vorausgesetzten Grundgedanken, daß die Gesetzgebung der parlamentarischen Demokratie das wesentliche Verfahren der Gestaltung und Veränderung der Sozialordnung ist. Diese Rechtsauffassung hat sich unter dem Schlagwort von der „wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes“ durchgesetzt. Der Gesetzgeber darf jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, den sozialstaatlichen Auftrag, die rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze und die grundrechtlichen Freiheiten und Garantien beachtet. Diese Doktrin betont die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, ohne die verfassungsrechtlichen Bindungen zu negieren. Sie bedeutet demnach nicht etwa eine wirtschaftspolitische „Offenheit“ des Grundgesetzes für die nur von politischer Zweckmäßigkeit oder Programmatik bestimmte Ordnung oder Umgestaltung der Wirtschaft. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Standpunkt in dem Urteil vom 20. Juli 1954 (BVerfGE 4, 7/17f.) zum Gesetz über die Investitionshilfe der gewerblichen Wirtschaft vom 7. Januar 1952 rechtsgrundsätzlich eingenommen und in der Folgezeit mehrfach bekräftigt (BVerfGE 7, 377/400 – Apotheken; 50, 290/336 ff. – Mitbestimmung).

► *E. R. Huber*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (1956), in: ders., *Bewahrung und Wandlung*, 1975, S. 215; *H. F. Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63; *P. Badura*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, *AöR* 92, 1967, S. 382; *ders.*, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, *JuS* 1976, 205; *ders.*, Wirtschaftsverfassungsrecht, *LdRW* 30, 1998; *F. Rittner*, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes, in: 40 Jahre Grundgesetz, Ringvorlesung Freiburg Brsg., 1989, S. 137; *ders./M. Dreher*, aaO. (Rdnr. 10), § 2 Wirtschaftsverfassung; *K. W. Nörr*, Im Wechselbad der Interpretationen: Der Begriff der Wirtschaftsverfassung im ersten Jahrzehnt der Bonner Republik, in: *K. Acham/K. W. Nörr/B. Schefold*, Hrsg., *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, 1998, S. 356.

Das Grundgesetz zeigt eine deutliche Zurückhaltung in Fragen der Wirtschaftsordnung und -gestaltung. Das erklärt sich daraus, daß es als Verfassung einer Gesellschaft mit überwiegend privatwirtschaftlichen Produktionsverhältnissen konzipiert worden ist, aber auch aus den besonderen historischen Umständen der Verfassungsgebung. Die Skepsis gegenüber nur programmatischen Verheißungen und Rechtszusicherungen verband sich

15

mit der Einsicht, daß die ungewisse politische Zukunft des geteilten und unter Besatzungshoheit stehenden Deutschlands und die Erfordernisse des Aufbaus und der wirtschaftlichen Rekonstruktion die Wirtschafts- und Sozialpolitik Sache der gewählten Volksvertretung erscheinen ließ. Das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, die Überführung von Grund und Boden, von Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 15, 15 GG), die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG) und die Förderung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung und die Sicherung der Ernährung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG) wurden als Materien der Bundesgesetzgebung ausgewiesen, soweit zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht (Art. 72 Abs. 2 a.F. GG). Die **Föderalismusreform** (GG-Novelle) vom 25. August 2006, BGBl. S. 2034) hat das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte von der Materie „Recht der Wirtschaft“ ausgenommen und der Landesgesetzgebung zugewiesen. Das Gesetzgebungsrecht des Bundes für die Materien des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 und 17 GG ist nicht mehr davon abhängig, daß die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht (Art. 72 Abs. 2 GG).

► *W. Höfling/St. Rixen*, Die Landes-Gesetzgebungskompetenz im Gewerbebereich nach der Föderalismusreform, *GewArch.* 2008, 1; *P. Szekalla*, Das Recht der Wirtschaft im föderalen Bundesstaat, in: *Festschrift für Hans-Werner Rengeling*, 2008, S. 181.

Der Parlamentarische Rat hat einen anderen Weg eingeschlagen als die Nationalversammlung von Weimar. Die Weimarer Reichsverfassung hatte in dem Abschnitt über das Wirtschaftsleben (Art. 151 bis 165) Programme und Grundsätze einer Wirtschaftsverfassung aufgestellt. Einige Landesverfassungen nach dem Kriege, so u. a. die Bayerische Verfassung, die Verfassung Bremens, die Hessische Verfassung, und nach der Wiedervereinigung die Verfassung Brandenburgs, sind diesem Vorbild gefolgt. Die Verfassung für Rheinland-Pfalz weist seit der Novelle vom 8. März 2000 (GVBl. S. 65) in Art. 51 eine mit detaillierten Zielen verbundene Verankerung der sozialen Marktwirtschaft als „Grundlage der Wirtschaftsordnung“ auf.

Das Grundgesetz hat auf eine ausdrückliche Festlegung der Wirtschaftsordnung verzichtet. Es enthält jedoch eine Reihe von Vorschriften, Garantien, Rechten und Freiheiten, denen eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Tragweite nicht abgesprochen werden kann. Die **Grundrechte** schließen Freiheitsrechte („Abwehrrechte“), aber auch objektive Gewährleistungen, z. B. Institutsgarantien, und Schutzpflichten des Staates ein. Mit dem Auslegungsgedanken der „objektiven Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt“ (BVerfGE 7, 198/205 – Lüth), wird den Grundrechten eine kodifikatorische Wirkung zugeschrieben. Damit wird zwar dem Grundgesetz nicht das Postulat oder die Garantie eines bestimmten Ordnungsmodells der Wirtschaft eingestiftet, aber doch eine Aufnahme wirtschaftspolitischer Prinzipien. 16

„Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien“  
(BVerfGE 32, 311/317 – Werbung für Grabsteine).

Privatautonomie und Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), Berufs- und Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden (Art. 9 Abs. 1 GG) sind je für sich und in ihrem sachlichen Zusammenhang eine Schutzwehr der wirtschaftlichen Freiheit. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) ist ein individuelles Freiheitsrecht, aber weitergehend auch eine kollektive Gewährleistung des Verbandswesens der Koalitionen, der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes sowie schließlich eine Institutsgarantie der Grundlagen des kollektiven Arbeitsrechts in Tarifvertragssystem, Betriebsverfassung und Mitbestimmung.

Neben den Grundrechten enthält das Grundgesetz wirtschaftsverfassungsrechtlich erhebliche **Aufgabennormen** mit Staatszielbestimmungen unterschiedlicher Intensität: 17

- den Sozialstaatsatz (Art. 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG),
- die konjunkturpolitische Direktive der Wahrung der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2, 104 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, zuvor, Art. 115 Abs. 1 Satz 2 a. F. GG),
- das Gebot der Sicherung der Preisstabilität (Art. 88 Satz 2 GG),
- den Gesetzgebungsauftrag für das Recht der Wirtschaft und die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 16 GG),

- die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums durch den Ausgleich von Privatnützigkeit und Sozialgebundenheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG),
  - den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20 a GG).
- 18 Das Grundgesetz hat sich von der Aufnahme programmatischer „Lebensordnungen“ im Bereich der Wirtschaft ferngehalten. Ein – eher symbolischer – Ausgleich dafür ist der **Sozialstaatsatz**. Der Sozialstaatsatz hebt die Verantwortung des Staates für die soziale Gerechtigkeit als eine vorrangige Staatsaufgabe hervor und gibt damit der Gesetzgebung, mit der dieser Aufgabe durch Schutz, Leistungen und Sozialgestaltung nachgekommen wird, eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Legitimation. Die wohlfahrtsstaatlichen Verfassungsziele und die verfassungsrechtlichen Freiheiten und Garantien lassen sich in dem Prinzip des **sozialen Rechtsstaats** zusammenfassen.
- 19 Die wohlfahrtsstaatliche Dynamik der Demokratie ist Agens einer fortwährenden Verwirklichung des sozialen Rechtsstaates und kann als Legitimierung der Sozialgestaltung und Umverteilung im Sinne „sozialer Gleichheit“ begriffen werden.

► *H. F. Zacher*, Soziale Gleichheit, AöR 93, 1968, S. 341.

Wirtschaftlenkung und Regulierung mit den Mitteln des öffentlichen Rechts und zunehmende privatrechtsgestaltende Gesetzgebung durch Schutz- und Ordnungsnormen des Verbraucher- und Mieterschutzes, des Wettbewerbsrechts und des Arbeitsrechts bestimmen vielfach nicht nur die Schranken, sondern auch den Inhalt der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit. Die intensiviertere Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates und der Gleichberechtigung von Männern und Frauen sowie die Diskriminierungsverbote der besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 3 GG kommen als verfassungsrechtliche Aufträge und Direktiven der Gesetzgebung und der richterrechtlichen Rechtsanwendung auch im Privatrechtsverkehr zur Geltung. Die Reform-Novelle vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146) hat dem Staat die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und das Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile aufgegeben (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) und ausdrücklich jede Benachteiligung wegen einer Behinderung verboten (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Ziel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) – Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) – ist, Benachteiligung aus