

**Prof. Dr. Bodo Pieroth**  
Universität Münster

## **Münsteraner Klausurenkurs im Öffentlichen Recht II**

### **für Examinanden**

### **2. Klausur**

### **Musterlösung**

Die Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn sie (A) zulässig und (B) begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Rechtsweg**

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zuständig.

##### **II. Beschwerdefähigkeit**

Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG kann die Verfassungsbeschwerde „jedermann“ erheben, d.h. alle Träger der dort genannten Grundrechte, also insbesondere natürliche Personen. Ausweislich des Antrags ist es hier die „Firma“ des P, die Verfassungsbeschwerde erhebt. Der Antrag ist in Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht auszulegen, also wie etwa bei § 88 VwGO vom objektiven Empfängerhorizont aus (vgl. §§ 133, 157 BGB). Wie ein objektiver Empfänger den Ausdruck „Firma“ im Antrag des P versteht, gibt § 17 HGB vor. Firma ist gem. Abs. 1 dieser Vorschrift „der Name, unter dem er [der Kaufmann] seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt“. Schon daraus folgt, dass mit der im Antrag genannten Firma des P der P selbst gemeint ist. § 17 Abs. 2 HGB bestätigt diese Auslegung. Diese Bestimmung ermächtigt einen Kaufmann, unter seiner Firma zu klagen; auch danach ist es also der Kaufmann und nicht seine Firma, die klagt. Obwohl die Verfassungsbeschwerde nicht im kontradiktorischen Verfahren verhandelt wird, kann sie als „Klage“ im (weiten) Sinne der Vorschrift gelten. Denn es ist anzunehmen, dass mit der umfassenden materiellen Berechtigung des Kaufmannes aus § 17 Abs. 1 HGB eine prozessuale Berechtigung einhergeht, die ebenso weit reicht und daher auch die Verfassungsbeschwerde umfasst. Die Auslegung des Antrags ergibt also, dass nicht die Firma, sondern P selbst den

Antrag stellt. P ist als natürliche deutsche Person Grundrechtsträger und mithin beschwerdefähig.

### III. Beschwerdegegenstand

„[D]ie öffentliche Gewalt“ (§ 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) müsste nach dem Vortrag des P gehandelt haben. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann mithin jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Der Begriff der öffentlichen Gewalt deckt sich mit dem Umfang der Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG. Zur öffentlichen Gewalt gehört also die den Zuschlag erteilende Behörde der Stadt Recklinghausen als vollziehende Gewalt und das den Zuschlag bestätigende Gericht als rechtsprechende Gewalt, vgl. auch §§ 94 Abs. 3, 95 Abs. 2 BVerfGG.

Zur vollziehenden Gewalt könnte auch die S gehören. Zwar ist die S-GmbH eine juristische Person des Privatrechts, und Private üben grundsätzlich keine öffentliche Gewalt aus. Sie sind auch nicht an die Grundrechte gebunden, wie der Umkehrschluss aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ergibt: Dort wird unmittelbare Geltung unter Privaten angeordnet; das wäre unnötig gewesen, wenn Private schon gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden wären. Andererseits ist alleiniger Gesellschafter der S die Stadt Münster. Die Stadt Münster ist unbestreitbar ein Träger vollziehender Gewalt und als solcher gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Doch war die Stadt nicht in der Lage, allein durch die Wahl der privaten Rechtsform ihre Grundrechtsbindung zu beenden. Das folgt zum einen aus Art. 1 Abs. 3 GG, der umfassend und unbedingt formuliert ist („Keine Flucht ins Privatrecht“). Zum andern ist der Stadt Münster die Möglichkeit, eine private Rechtsform zu wählen, durch staatliches Recht gegeben. Bei der Einräumung dieser Möglichkeit war der Gesetzgeber gem. Art. 1 Abs. 3 GG seinerseits unstreitig an die Grundrechte gebunden. Daraus folgt ein Doppeltes: Zum einen konnte er die Stadt von ihrer Grundrechtsbindung nicht los sprechen. Zum andern konnte er den Grundrechtsberechtigten ihre Grundrechte nicht nehmen. Diese beiden Folgerungen geraten nur dann in Konflikt, wenn an einer privaten Gesellschaft sowohl die öffentliche Hand als auch Private beteiligt sind. Sind die Anteile dagegen ausschließlich in den Händen Privater oder – wie hier – insgesamt in öffentlicher Hand, dann gilt jedenfalls und unstreitig, dass die öffentliche Hand auch in Privatrechtsform an die Grundrechte gebunden bleibt. Denn davon durfte der Gesetzgeber der Privatrechtsform nicht dispensieren, und mangels Beteiligung Privater stehen auch Grundrechte Dritter nicht entgegen.

Zur Grundrechtsbindung der in privatrechtlichen Formen tätigen Verwaltung werden drei Fallgruppen gehandelt, vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 18. Aufl. 2002, Rn. 170 f. Diese Fallgruppen haben didaktischen Wert: Sie erleichtern es, sich die verschiedenen denkbaren Fallkonstellationen vor Augen zu führen. Sie dispensieren aber nicht davon, die einschlägigen Rechtsnormen zu benennen, die fraglichen Tatbestandsmerkmale zu definieren und den vorgegebenen Sachverhalt zu subsumieren. Die einschlägige Fallgruppe (eigenwirtschaftliche Betätigung) in der Klausurbearbeitung zu benennen, ist keinesfalls erforderlich, sondern streng genommen sogar überflüssig.

Bei mehreren Akten der öffentlichen Gewalt in der gleichen Sache lässt das Bundesverfassungsgericht dem Beschwerdeführer die Wahl, ob er nur die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung oder zusätzlich die Entscheidungen der Vorinstanzen bzw. den zugrunde liegenden Akt der vollziehenden Gewalt angreifen will. P hat sich gegen drei Akte gewandt: gegen die Tätigkeit der S am Markt, gegen den behördlichen Zuschlag und gegen dessen gerichtliche Bestätigung.

#### **IV. Beschwerdebefugnis**

Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG muss P die Verletzung seiner Grundrechte durch die öffentliche Gewalt behaupten.

##### **1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung**

Ein „Grundrecht[...]“ oder ein sog. grundrechtsgleiches Recht müsste P gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in seinem Antrag als verletzt behaupten. P rügt die Verletzung der „Wettbewerbsfreiheit“. Weder der Abschnitt I des Grundgesetzes über die „Grundrechte“ noch eine sonst in § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannte Bestimmung enthält diesen Ausdruck. Die Wettbewerbsfreiheit ist in Art. 12 Abs. 1 GG, teilweise auch in Art. 14 Abs. 1 GG, und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls als Teil der Allgemeinen Handlungsfreiheit über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Auf diese Grundrechte bezieht sich P. Damit erhebt er die Behauptung, in einem Grundrechte verletzt zu sein.

Nach dem substantiierten Vortrag des P muss die Möglichkeit bestehen, in einem dieser Grundrechte verletzt zu sein; die Verletzung darf mit anderen Worten nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Der behördliche Zuschlag hat dazu geführt, dass P die Dienstleistung nicht ausführen darf, und die letztinstanzliche Entscheidung des Gerichts hat bewirkt, dass die Entscheidung der Behörde

bestandskräftig wurde. Daher besteht die Möglichkeit, dass die Grundrechte durch die angegriffenen Akte verletzt worden sind.

Die Tätigkeit der S am Markt, gegen die sich P gleichfalls richtet, müsste - für sich genommen - ebenfalls Grundrechte verletzen können. Das ist nicht der Fall, wie eine Abwandlung zeigt. Gesetzt, P hätte wirtschaftlicher geboten als S. Dann hätte P auch den Zuschlag bekommen, und eine Grundrechtsverletzung wäre undenkbar gewesen, obwohl S auch hier am Markt agiert. Daher kann P durch diese Tätigkeit allein P unmöglich in seinen Grundrechten verletzt sein. Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde also unzulässig.

## **2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer**

In „seinem“ (§ 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, dort auch die anderen Zitate dieses Abschnitts) Grundrecht muss der Beschwerdeführer eine Verletzung behaupten, also selbst derjenige sein, der verletzt sei (eigene Beschwer). Im Rahmen der Beschwerdefähigkeit unter II. wurde gezeigt, dass der Grundrechtsberechtigte P auch die Verfassungsbeschwerde führt. Daher liegt eine eigene Beschwer des P vor.

Verletzt „zu sein“ muss der Beschwerdeführer behaupten; die Verletzung des Grundrechts müsste laut dem Antrag des P schon eingetreten sein und gegenwärtig noch vorliegen (gegenwärtige Beschwer). P durfte und darf Recklinghausens Hausmüll weder sammeln noch befördern. Daher ist er gegenwärtig beschwert.

„[D]urch“ die öffentliche Gewalt müsste die behauptete Rechtsverletzung eingetreten, der Akt der öffentlichen Gewalt also nicht nur kausal gewesen sein, sondern unmittelbar zur behaupteten Verletzung geführt haben (unmittelbare Beschwer). Um sog. Popularklagen auszuschließen, ist Unmittelbarkeit erst gegeben, wenn der angegriffene Akt selbst ohne einen Vollzugsakt in die Grundrechte eingreift. Der Zuschlag der Behörde hat unmittelbar dazu geführt, dass nicht P, sondern S die Dienstleistung ausführen darf. Die letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung hat unmittelbar dazu geführt, dass Zuschlag bestandskräftig wurde. P ist unmittelbar beschwert.

## **V. Erschöpfung des Rechtswegs und Subsidiarität**

Eine Verfassungsbeschwerde ist, über die hier laut Sachverhalt gegebene Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) hinaus, nur zulässig, wenn die behauptete Grundrechtsverletzung auf keinerlei andere Weise hat oder hätte beseitigt werden können. Dass P diese Anforderung verfehlt hätte, gibt der Sachverhalt nicht her.

Ergebnis: Die gem. §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG formwährend eingelegte Verfassungsbeschwerde ist insoweit zulässig, als sie sich gegen den behördlichen Zuschlag und die Gerichtsentscheidung richtet.

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG begründet, wenn P durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt wird. In Betracht kommen (I) Art. 12 Abs. 1, (II) Art. 14 Abs. 1 und (III) Art. 2 Abs. 1 GG.

Ein Fehler ist es, sich dem Vortrag des Beschwerdeführers entsprechend an dieser Stelle mit dem Hinweis auf „die Wettbewerbsfreiheit“ zu begnügen. Denn dieses Privileg genießt der Beschwerdeführer in der Prüfung der Zulässigkeit, nicht aber das Gericht in der Prüfung der Begründetheit der Beschwerde.

### I. Art. 12 Abs. 1 GG

Die Verletzung eines Grundrechts ist ausgeschlossen, wenn sein Schutzbereich nicht eröffnet ist. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist nur eröffnet, wenn die Tätigkeit des P als „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.

Dieser Obersatz ist genauer als die schematische Feststellung, dass die Verletzung eines Grundrechts voraussetze, dass ein Eingriff in den Schutzbereich verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt sei. Allein dass eine Aussage (abstrakt) richtig ist, rechtfertigt ihre Aufnahme in das Gutachten nicht. Dort ist Überflüssiges falsch. Der Obersatz kündigt die folgende Prüfung an. Wer - wie hier - schon die Eröffnung des Schutzbereichs verneint, darf Eingriff und Rechtfertigung nicht mehr prüfen und eine solche Prüfung deswegen auch nicht im Obersatz ankündigen.

#### 1. Begriff des Berufs

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit von Berufswahl und Berufsausübung. Beruf ist jede auf Dauer berechnete, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende (erlaubte) Tätigkeit. Darunter fallen insbesondere selbständige Tätigkeiten. Dass der eingetragene Kaufmann P seine Dienstleistung anbietet, erfüllt er den Berufsbegriff. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob der Schutzzumfang der Berufsfreiheit die Tätigkeit umfasst.

## 2. Umfang des Schutzes

Art. 12 Abs. 1 GG müsste seinem Schutzzumfang nach vor staatlicher Konkurrenz schützen. Die Berufsfreiheit ist nicht nur dem Beschwerdeführer, einem eingessenen Anbieter, sondern „allen Deutschen“ garantiert. Wenn die Vorschrift jeden einzelnen berechtigt, in den Wettbewerb einzutreten, dann bedeutet das im Umkehrschluss, dass die Grundrechtsgewährleistung Eingesessene nicht vor dem Hinzutreten eines Wettbewerbers schützt. Es ist notwendige Folge der Grundrechtsgewährleistung, dass die einzelnen Berufstätigen miteinander in Wettbewerb geraten. Konkurrenz ist ein immanentes Prinzip der Wettbewerbsfreiheit; vor ihr schützt das Grundrecht nicht, sondern sie ist dessen Ausprägung.

Das Grundgesetz enthält insbesondere keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung, sondern ist „wirtschaftspolitisch neutral“. Anders als die Weimarer Reichsverfassung in ihren Art. 151 ff. normiert sie auch keine konkreten verfassungsrechtlichen Grundsätze über „das Wirtschaftsleben“, wie der Fünfte Abschnitt überschrieben war. Deswegen überlässt das Grundgesetz es dem Gesetzgeber, die Wirtschaft zu ordnen, gestützt insbesondere auf Art. 73 Nr. 5 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 16 GG. Einer weiteren als seiner allgemeinen demokratischen Legitimation bedarf der Gesetzgeber nicht. Wer wie er sogar die Befugnis hat, „Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel ... zum Zwecke der Vergesellschaften durch ein Gesetz ... in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft“ zu überführen (Art. 15 S. 1 GG), der darf erst recht gemeindliche Konkurrenz zulassen, die einem öffentlichen Zweck dient.

Das gilt gerade für Art. 12 Abs. 1 GG. Systematisch folgt das aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Diese Vorschrift ermächtigt zur „Regelung“. Bei einer Regelung begrenze der Gesetzgeber ein Grundrecht „von innen“, aus seinem Wesen heraus; dabei greifen weniger strenge Voraussetzung als bei einer Beschränkung „von außen“. Art. 12 Abs. 1 GG lässt dem einfachen Gesetzgeber gesteigerten Spielraum, zumal auch keiner anderen Vorschrift des Grundgesetzes ein subjektives Recht auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfanges und auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten zu entnehmen ist. Die Verminderung der Erwerbschancen ist die „natürliche Folge“ eines jeden wirtschaftlichen Wettbewerbs. Daher kann die Beschwerdeführerin den Bestand ihres Geschäftsumfanges nicht per Verfassungsbeschwerde erhalten. Es gilt die Regel, dass Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor Wettbewerb, vor Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen schützt.

Die Gegenansicht, welche die Grundrechte privater Unternehmer zum Schutz vor staatlicher Konkurrenz in Stellung bringt, beruft sich auf eine grundgesetzlich garantierte „Wettbewerbsfreiheit“, welche nicht nur ein Recht auf Wettbewerb, sondern ein Recht gerade auf unverzerrten privaten Wettbewerb und damit auf

Freiheit von (staatlichem) Wettbewerb begründen soll. Damit ist aber nicht mehr der Schutz des Wettbewerbs, sondern seine Beschränkung intendiert.

Aus den Gründen für die Regel folgen auch die Ausnahmen. Weil Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit zum Wettbewerb schützt, ist der Schutzbereich betroffen, wenn Wettbewerb unmöglich gemacht wird. Ist das Kind dann aber schon in den Brunnen gefallen, müssen schon solche staatlichen Einschränkungen des Wettbewerbs den Schutzbereich eröffnen, die dem Privaten den Wettbewerb erst zukünftig unmöglich machen werden. Weil dem Gesetzgeber wirtschaftliche Gestaltungskompetenz nur in den Grenzen der Verfassung zukommt, ist der Schutzbereich betroffen, wenn der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Wirtschaft gegen die Verfassung verstößt. Weil die öffentlichen Unternehmen die Gestaltung der Wirtschaft durch den Gesetzgeber zu respektieren haben, ist der Schutzbereich überdies betroffen, wenn das Unternehmen außerhalb der vom Gesetzgeber gestalteten Wirtschaftsordnung, also rechtswidrig handelt.

Für die Verfassungsbeschwerde des P gegen die gemeindliche Konkurrenz gilt also, dass der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nur dann betroffen ist, wenn dem P eine wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht würde oder die staatliche Betätigung rechtswidrig ist. P kann seiner Tätigkeit außerhalb Recklinghausens wie bisher nachgehen und sich selbst in Recklinghausen erneut bewerben, wenn nach Ablauf des Vertrages die Dienstleistung wieder ausgeschrieben werden wird. Daher ist ihm eine wirtschaftliche Betätigung nicht unmöglich geworden. Die wirtschaftliche Betätigung der S ist rechtswidrig, wenn sie (a) zu §§ 107 ff. GO NW oder (b) mit der Verfassung in Widerspruch steht.

a) Gem. § 107 Abs. 1 GO NW darf sich eine Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben nur unter den dort genannten Voraussetzungen wirtschaftlich betätigen, insbesondere muss ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordern. Ob das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit der Betätigung mit Landesrecht prüfen würde, darf jedoch bezweifelt werden. Weil das Bundesverfassungsgericht nicht die Aufgabe der anderen obersten Bundesgerichte, für die Rechtsgebiete ihrer Zuständigkeit in Fragen des einfachen Rechts letzte Instanz zu sein, zunichte machen darf, beschränkt es sich auf die Prüfung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Dass die Gerichte eine einschlägige Verfassungsnorm ganz übersehen oder grundsätzlich falsch angewendet hätten, gibt der Sachverhalt jedoch nicht her. Daher würde das Bundesverfassungsrecht in seiner Entscheidung davon ausgehen, dass die Tätigkeit der S nicht gegen einfaches Recht verstößt. Etwas anderes erscheint allenfalls vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass hier die (verfassungsrechtliche) Eröffnung des Schutzbereich davon abhängt, ob die Tätigkeit der S mit einfachem Recht vereinbar ist. Ist das richtig, kommt es auf folgende Erwägungen an.

Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist gem. § 107 Abs. 3 GO NW nur unter den dort genannten zusätzlichen Voraussetzungen zulässig. Eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne der §§ 107 ff. GO NW liegt kraft § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW nicht vor, wenn die Gemeinde „Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung“ betreibt. Genau das aber tut die S. Daher ist § 107 Abs. 1 GO NW nicht einschlägig. Gleichwohl bleiben §§ 107 ff. GO NW Ermächtigungsgrundlage auch für die nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde. Die Vorschriften dieses Abschnitts könnten vorgeben, dass die nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde einem öffentlichen Zweck dienen muss oder sich auf das Gemeindegebiet zu beschränken hat.

Die Gemeinde muss auch bei nichtwirtschaftlicher Betätigung einen öffentlichen Zweck verfolgen. Das folgt nach dem Gesagten nicht aus § 107 Abs. 1 GO NW, sondern vielmehr aus § 107 Abs. 2 S. 2 GO NW. Auch § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NW geht davon aus, dass die Gemeinde sich zu diesem Zweck betätigt, indem er auf § 8 Abs. 1 GO verweist; dort sind öffentliche Zwecke exemplarisch genannt. Der Bindung an den öffentlichen Zweck kann die Gemeinde auch nicht durch die Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen entgehen, weil die Rechtssubjektivität der Verwaltungsträger auch im Privatrecht auf der ihnen öffentlich-rechtlich zugewiesenen Kompetenzgrundlage beruht. Ein öffentlicher Zweck liegt vor, wenn die Gemeinde Gemeinwohlbelange verfolgt. Die Gemeinwohlbelange lassen sich nicht abschließend umschreiben; der öffentlichen Hand kommt ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Ergiebiger als die positive Bestimmung der öffentlichen Zwecksetzung ist die negative Abgrenzung: Rein erwerbswirtschaftliche-fiskalische Unternehmen sind untersagt. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und aus der Gegenüberstellung von öffentlicher Zwecksetzung und Ertragsstreben in § 109 GO NW (insb. in Abs. 1 S. 2); andernfalls bliebe die Begrenzung auf den öffentlichen Zweck überdies funktionslos. Die Müllentsorgung dient der Gesundheits- und der Daseinsvorsorge. S strebt nicht nach Gewinn und dient so einem öffentlichen Zweck.

Die Kommunalverfassung könnte die Vorgabe enthalten, dass die Tätigkeit des öffentlichen Unternehmens auf das Gemeindegebiet bezogen sein müsse. Das ist allerdings nach der geänderten nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung nicht der Fall. § 107 Abs. 3 GO NW regelt ausdrücklich die wirtschaftliche Betätigung „außerhalb des Gemeindegebiets“. Dasselbe muss erst recht für nichtwirtschaftliche Betätigung gelten, welche die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung gem. § 107 Abs. 2 GO NW privilegieren möchte. Daher kommt es kommunalverfassungsrechtlich nicht darauf an, ob die Betätigung einen Gebietsbezug aufweist.

b) Ferner könnte ein Verstoß gegen Vorschriften des Grundgesetzes vorliegen. Dass die Gemeinden Gemeinwohlbelange, also öffentliche Zwecke, verfolgen, ist auch ein

Gebot der Verfassung. Denn das Rechtsstaatsprinzip sieht vor, dass sämtliches Handeln der Träger von Staatsgewalt einer Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck bedarf. Wie gezeigt dient die Betätigung der S einem öffentlichen Zweck.

Wer die Rechtmäßigkeit der Betätigung gem. §§ 107 ff. GO NW nicht geprüft hat, muss die oben angestellten Erwägungen an dieser Stelle diskutieren.

Ein durchgängig geltendes Prinzip der Subsidiarität staatlichen Eintretens gegenüber gesellschaftlicher Aufgabenwahrnehmung kennt das Grundgesetz dagegen nicht. Das Prinzip gilt nur vereinzelt, etwa gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG („zuvörderst“) oder neuerdings in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG. Wegen der Singularität dieser Ausprägungen kann daraus auf ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip jedoch nicht geschlossen werden. Das folgt für die Erwerbswirtschaft überdies aus der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes.

S würde schließlich gegen Art. 28 Abs. 2 GG verstoßen, wenn diese Vorschrift gebieten würde, dass S nur in Münster tätig werde oder dass Recklinghausen seinen Müll selbst entsorge. Art. 28 Abs. 2 GG berechtigt die Gemeinde, die Angelegenheiten ihrer örtlichen Gemeinschaft selbst wahrzunehmen. Indem diese Berechtigung aber für eine jede Gemeinde ausgesprochen wird, folgt aus dem Recht der einen Gemeinde, die Angelegenheiten der eigenen örtlichen Gemeinschaft selbst wahrzunehmen, die Pflicht jeder anderen Gemeinde, dieses Recht zu respektieren und Angelegenheiten der fremden örtlichen Gemeinschaft nicht wahrzunehmen. Daher hat S die Pflicht, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft Recklinghausens nicht wahrzunehmen, sondern sich auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft Münsters zu beschränken.

Daher kommt es zunächst darauf an, ob es eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft Recklinghausens ist, den Recklinghäuser Hausmüll zu entsorgen. Was zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu zählen ist, wird üblicherweise mit Blick auf die Tradition und Funktion gemeindlicher Selbstverwaltung beantwortet. Die Abfallentsorgung ist danach eine örtliche Angelegenheit. Daher liegt es nahe, die Entsorgung des in Recklinghausen anfallenden Abfalls als örtliche Angelegenheit der Stadt Recklinghausen zu sehen (und die Entsorgung des in Münster anfallenden Abfalls als örtliche Angelegenheit der Stadt Münster). Doch statt darauf abzustellen, wo der Abfall anfällt, könnte es auch auf den Ort der Entsorgung ankommen. Die Tätigkeit der S wurzelte dann, obwohl es sich um Abfälle aus Recklinghausen handelt, in der örtlichen Gemeinschaft Münsters, weil die Abfälle im Gemeindegebiet Münsters entsorgt werden.

Das Grundgesetz bestimmt „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in erster Linie mit Blick auf die Gemeinschaft, das persönliche Element der zitierten Wendung, und erst in zweiter Linie hinsichtlich des Ortes, das räumliche Element des Merkmals. Denn in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist von „örtlicher Gemeinschaft“ und nicht vom „gemeinschaftlichen Ort“ die Rede. Hauptsächlich kommt es auf das Hauptwort an, auf „Gemeinschaft“; es wird durch das Adjektiv nur näher beschrieben.

Gemeinschaft, etwa eine verschworene, nennen wir nur eine Gruppe von Menschen (oder Heiligen), nicht aber ein Ensemble von Gebäuden oder Grundstücken. Das Gemeindegebiet ist also nur räumliches Substrat der örtlichen Gemeinschaft, und die Angelegenheiten der örtliche Gemeinschaft sind nicht raumbezogen, sondern personenbezogen zu bestimmen.

Kommt es also auf die Menschen an, liegt es nahe, unter örtlicher Angelegenheit die Entsorgung jenes Mülls zu fassen, den die Gemeindeeinwohner verursachen. Es ist eine Angelegenheit aller Menschen an einem Ort, dass an diesem ihrem Ort kein Abfall herumliegt und den Ort verschmutzt. Daher ist es auch Angelegenheit der Menschen im Ort, allen Abfall zu entsorgen, der in ihrem Ort anfällt, also auch Abfall, den Fremde zurück lassen. Spiegelbildlich ist es nicht Angelegenheit einer örtlichen Gemeinschaft, jenen Abfall zu entsorgen, den ihre Mitglieder andernorts zurücklassen. Nicht auf die Entsorgung des Abfalls ist abzustellen; sondern auf den Anfall des Abfalls kommt es an. Daher handelt es sich um eine örtliche Angelegenheit Recklinghausens, den dort anfallenden Müll zu entsorgen, unabhängig davon, wo die Entsorgung statt findet. Diese Angelegenheit wahrzunehmen, ist das Recht Recklinghausens, und die S hat dieses Recht zu respektieren.

Ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG könnte dennoch entfallen, weil Recklinghausen es gerade wünscht, dass S die Angelegenheit wahrnimmt. Auf das Einverständnis Recklinghausens kann es aber nur ankommen, wenn Recklinghausen auf die Wahrnehmung der Angelegenheit verzichten darf. Art. 28 Abs. 2 GG gewährt Recklinghausen das Recht, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wahrzunehmen; von einer Pflicht, das zu tun, ist keine Rede. Nun könnte man sich mit dem Hinweis begnügen, dass die Freiheit, Aufgaben zu übernehmen, auch die Freiheit impliziere, die Aufgabe auch wieder aufzugeben. Das ist für Freiheiten im Sinne subjektiver Rechte sicher richtig. Mit Blick auf die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung ist allerdings zusätzlich zu berücksichtigen, dass Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur das subjektive Recht gewährt, sondern auch die Kompetenz zuweist, die örtlichen Angelegenheiten wahrzunehmen. Daher ist anerkannt, dass in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die Grenzen des Schutzbereichs zugleich die Reichweite der Kompetenzzuweisung beschreiben. Auf die Ausübung einer zugewiesenen Kompetenz zu verzichten, ist dem Kompetenzträger jedoch nicht ohne

weiteres möglich. Denn Kompetenzen unterscheiden sich fundamental von subjektiven Rechten. Subjektive Rechte werden dem Rechtsträger als Mensch, um seiner selbst willen und zweckfrei gewährt. Es steht in seinem Belieben und ist seiner Willkür überlassen, ob er von den Rechten Gebrauch macht. Kompetenzen dagegen werden ihrem Träger unter Verpflichtung auf das Gemeinwohl und zweckgebunden gewährt: Sie dienen der Funktionserfüllung des Staates. Daher steht es gerade nicht im Belieben des Kompetenzträgers, von Kompetenzen Gebrauch zu machen.

Insbesondere darf der Kompetenzträger die Wahrnehmung der Kompetenz nicht ohne weiteres, sondern nur delegieren, wenn die Kompetenz ihm vom Träger der Kompetenzkompetenz samt Delegationsbefugnis zugewiesen wurde. Träger der Kompetenzkompetenz sind im Kommunalrecht die Länder, denen sich Art 28 Abs. 2 S. 1 geöffnet hat („im Rahmen der Gesetze“). Es ist daher den Ländern überlassen, den Gemeinden die Delegation ihrer Kompetenz zu gestatten.

Dabei ist es umstritten, ob diese Delegationsermächtigung durch förmliches Gesetz erfolgen muss. Die Beantwortung dieser Frage kann hier offen bleiben, weil in Nordrhein-Westfalen wie gesehen mit §§ 107 ff., insb. § 107 Abs. 3 GO NW ein förmliches Gesetz existiert, das die Delegation zulässt. Nordrhein-westfälische Kommunen dürfen danach ihre Kompetenz auf kommunale Unternehmen, insb. auf Unternehmen anderer Kommunen übertragen. Daher darf sich S in Recklinghausen exterritorial betätigen, weil Recklinghausen damit einverstanden ist, so dass seine „berechtigten Interessen“ (§ 107 Abs. 3 S. 1 GO NW) gewahrt sind. Damit verstößt die Tätigkeit der S nicht gegen das Grundgesetz. Die S handelt rechtmäßig, und der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht eröffnet.

Wer es für die Eröffnung des Schutzbereichs ausreichen lässt, dass nur der Begriff des Berufs erfüllt ist, ohne dass es auf den Umfang des Schutzbereichs ankomme, muss die angesprochenen Rechtsfragen ebenfalls beantworten. Im Rahmen des Eingriffs ist nach h. M. zunächst zu fragen, ob der Zuschlag an S eine objektiv oder subjektiv berufsregelnde Tendenz hat (*Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 12 Rn. 11 f.; a. A. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 823: Frage des Schutzbereichs). Dabei reicht die hier gegebene objektiv berufsregelnde Tendenz aus (*Jarass*, a.a.O., Art. 12 Rn. 12). Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist nach der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes eine Befugnisnorm erforderlich. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit mag man mit dem Apothekenurteil zunächst feststellen, dass es sich um eine Berufsausübungsregelung handelt, weil dem P der Beruf des Abfallsammelns und –entsorgens nicht insgesamt verwehrt wird, sondern an anderen Orten möglich bleibt. Die Tätigkeit der S ist danach gerechtfertigt, wenn Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit sie verlangen (*Pieroth/Schlink*,

a.a.O., Rn. 855). Dass es zweckmäßig ist, dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag zu erteilen, kann nicht bestritten werden.

## II. Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 GG schützt den vorhandenen Bestand des Eigentums, das Erworbene, nicht aber bloße Umsatz- und Gewinnchancen; den Erwerb als Tätigkeit schützt dagegen Art. 12 Abs. 1 GG. Dem P geht es um die Chance, für die Stadt Recklinghausen in Zukunft Dienstleistungen zu erbringen. Um den Erwerb, nicht um den Bestand geht es dem P auch dann, wenn man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit allem, was den wirtschaftlichen Wert des Betriebs ausmacht, entgegen dem Bundesverfassungsgericht in Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sieht. Denn auch im Rahmen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb findet ein Schutz des Erwerbs nicht statt. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist also nicht eröffnet.

## III. Art. 2 Abs. 1 GG

Es ist streitig, ob auf die Allgemeine Handlungsfreiheit schon dann nicht mehr zurückgegriffen werden kann, wenn von einem anderen Grundrecht – wie hier der Fall - nur der Regelungsbereich betroffen ist oder ob zusätzlich – woran es hier fehlt - noch der Schutzbereich eröffnet sein muss. Die Frage kann hier unentschieden bleiben, weil es jedenfalls an einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG fehlt.

Art. 2 Abs. 1 GG wird als Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gedeutet. Daher ist sein Schutzbereich auch hier eröffnet. Wegen der Weite des Schutzbereichs lässt nun aber die Auflösung des klassischen Eingriffsbegriffs die Grenzen von Verfassungswidrigkeit und (einfacher) Rechtswidrigkeit verschwimmen und die Möglichkeit, eine Verfassungsbeschwerde zu erheben, ausufern. Das Problem löst, wer den modernen Eingriffsbegriff nur auf die speziellen Grundrechte anwendet. Das entspricht der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, das bisher ausschließlich gezielte oder adressierte Belastungen als Eingriffe in die Allgemeine Handlungsfreiheit gesehen hat. Weil sich die Tätigkeit der S, der Zuschlag an S und die gerichtliche Bestätigung dieses Zuschlags nicht gezielt gegen den P richten, fehlt es danach an einem Eingriff in Art 2 Abs. 1 GG.

Ergebnis: Ein Grundrecht des P ist nach alledem nicht verletzt. Die Verfassungsbeschwerde, nur teilweise zulässig und diesbezüglich unbegründet, ist zurückzuweisen. Ihr ist kein Erfolg beschieden.

### Weiterführende Literatur

Die Klausur basiert auf einer Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2000 - Verg 3/99, NZBau 2000, 155-158=NvWZ 2000, 714-716=NwVBI 2000, 356-358. Vgl. zu dem Beschluss *Jürgen Kühling*, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, 177-182.

Zum Schutz vor öffentlicher Konkurrenz siehe *Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann*, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, 421-428. Hinsichtlich der außerörtlichen Betätigung einer Gemeinde vgl. *Janbernd Oebbeke*, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, ZHR 2000, 375-393, und *Alfons Gern*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets?, NJW 2002, 2593-2599. Das Thema der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand allgemein behandelt schließlich *Thomas Mann*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, 819-826.