

# Übungsfall: Busunternehmen vs. Fußgängerzone

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Julia Leven, Düsseldorf\*

## Sachverhalt<sup>1</sup>

Die O-GmbH betreibt als Omnibusunternehmen im Stadtgebiet der kleinen kreisangehörigen Stadt S Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen. Hierfür hat sie eine Genehmigung nach §§ 9 ff. PBefG erhalten. Mit Bescheid vom 23.3.2008 erließ die Stadt eine Teileinziehungsverfügung, um den Marktplatz der Stadt, über den auch die Buslinie der O führte, für den Verkehr zu sperren (vgl. § 7 Abs. 1 StrWG NRW). Eine Ausnahme sollte, vorbehaltlich Sondergenehmigungen, lediglich für Anlieferer und Taxen gelten. Letztere können insbesondere von den älteren und gehbehinderten Menschen gerufen werden und sollen ihnen lange Fußwege ersparen. Der Grund für diese Ausnahme ist, dass nach Auffassung der zuständigen Behörde gerade ältere und auch behinderte Menschen die Möglichkeit haben müssen, ihre Umgebung auf bequemem Wege zu verlassen und sich somit auch in ihrem Lebensabend ein gewisses Maß an Eigenständigkeit bewahren können.

Ziele der Maßnahme waren zum einen die Verbesserung der Verkehrssicherheit, zum anderen die Erhöhung der Luftqualität sowie die Verschönerung der Innenstadt. Es sei längst nicht so schädlich für die Luftqualität des Platzes, wenn vereinzelt ein Taxi diesen anfähre. Regelmäßiger Verkehr produziere dagegen überdimensionale Feinstaubwolken, was den Anwohnern auf keinen Fall länger zugemutet werden solle. Auch sämtliche Busse sollen nun eine andere Route fahren. Eine Teileinziehung des Marktplatzes mache außerdem die Stadt für alle Einwohner attraktiver, da diese nun mehr Raum zum Flanieren und Verweilen erhielten. Die Verfassung selbst gebe den Gemeinden die Pflicht und das Recht, Entscheidungen über die Stadtplanung zu treffen, hiervon werde durch die Verfügung Gebrauch gemacht.

Die O, vertreten durch den Geschäftsführer A, erhob gegen diese Verfügung, Klage, da sie sich hierdurch in den Ruin getrieben sieht: Gerade die Route über den Marktplatz habe ihr innerhalb der Stadt die meisten Kunden eingebracht, da der Platz viele Umsteigemöglichkeiten bot. Auch die überwiegend älteren Anwohner nutzten auf Grund der guten Anbindung regelmäßig die Buslinie. Fast sämtliche ehemaligen Nutzer der Buslinie seien nun auf die Taxinutzung umgestiegen. Dass die Stadt nun all diese Kunden den Taxiunternehmen in die Arme treibe, sei wettbewerbsverzerrend. Die Ziele der Behörde, insbesondere das Argument der Luftverschmutzung, überzeugen O nicht, da auch Taxen durch den Ausstoß von Kohlendioxid Schadstoffe produzieren.

Die Klage wurde durch das zuständige Verwaltungsgericht abgewiesen. Das Gericht führte hierzu aus, die Klage sei

schon unzulässig, da O nicht klagebefugt sei. Es bestehe keine Möglichkeit einer Rechtsverletzung der O, da diese zum einen aus Art. 14 GG keinen Schutz vor einem Einbruch des Geschäfts herleiten könne. Ein solcher Einbruch liege vielmehr im allgemeinen Geschäftsrisiko. Die Genehmigung sei schließlich eine öffentlich-rechtliche Position, die nicht auf einer Eigenleistung beruhe.

Weiterhin könne durch eine allgemeine verkehrsregelnde Verfügung auch kein spezifischer Eingriff in ihre Unternehmensfreiheit entstehen, so dass sich O auch darauf nicht berufen könne.

Für die Ausnahmeregelung bezüglich der Taxen und Anlieferer bestehe, wie bereits von der Behörde dargelegt, ein sachlicher Grund. Weitere Aspekte, die eine Klagebefugnis der O begründen könnten, seien nicht substantiiert genug vorgetragen worden.

Eine Beweiserhebung, beispielsweise über die tatsächliche Feinstaubbelastung, wurde im Anschluss nicht mehr durchgeführt, da das Verwaltungsgericht der Ansicht war, dass das mögliche Vorliegen subjektiver Rechte eine reine Rechtsfrage darstelle, die der weiteren Beweiserhebung nicht mehr bedürfe. Man habe sich schließlich während des Verfahrens mit dem Vortrag der O und den insoweit rechtserheblichen Punkten ausführlich auseinandergesetzt.

Auch der von A für O gegen diesen Beschluss gestellte Antrag auf Zulassung der Berufung blieb erfolglos: Er wurde vom OVG NRW durch Beschluss vom 15.10.2009 abgelehnt.

Fristgerecht erhebt A im Namen der O Verfassungsbeschwerde gegen die Verfügung sowie gegen die Beschlüsse zum BVerfG. A denkt, dass es zwar manchmal noch eine dritte Instanz gebe, sieht die Grundrechtsverletzung jedoch als so gravierend an, dass der O dies nicht zugemutet werden könne. Außerdem sei die Verfügung eigentlich auch eine Norm, gegen die Verfassungsbeschwerde unmittelbar zulässig sei. Deshalb sei der Weg zum BVerfG in jedem Fall eröffnet.

A sieht die O in ihrer Eigentumsfreiheit, der Berufs- und Unternehmensfreiheit und den Gleichheitsrechten sowie in ihrem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör verletzt:

Die GmbH sei durch die Sperrung des Platzes auch für den Busverkehr in ihrem Bestand bedroht, weshalb eine Berufung auf die Eigentumsfreiheit sehr wohl möglich sein müsse. Jedenfalls infolge der ursprünglichen Genehmigung habe man nicht unerhebliche Investitionen getätigt, weshalb der Bestand der Genehmigung geschützt sein müsse. Dass auch öffentlich-rechtlich geregelte Ansprüche von Art. 14 GG geschützt würden, zeige nicht zuletzt das Rentenrecht. Für die Genehmigung als Grundlage ihrer Existenz könne nichts anderes gelten. Dass man mit der Dokumentation seiner Geschäftszahlen ein wenig „hinterherhinke“ und eine Existenzgefährdung somit nicht durch Zahlen belegen könne, zeige nur umso deutlicher, dass O nicht mehr in der Lage sei, das für den Geschäftsbetrieb notwendige Personal zu beschäftigen. Mit dem Betrieb gehe es seit der Sperrung des Marktplatzes rapide bergab.

\* Der Autor lehrt öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; die Autorin ist wiss. Mitarbeiterin ebenda.

<sup>1</sup> Der Fall ist angelehnt an den Beschluss des BVerfG vom 10.6.2009 – 1 BvR 198/08. Er wurde im Düsseldorfer Examenklausurenkurs gestellt. Der erste Teil ist thematisch auch als Übung für Anfänger geeignet.

Außerdem sei ihre Berufsfreiheit verletzt, da immerhin der Umsatz durch die Verfügung und die darauf folgenden gerichtlichen Beschlüsse nicht unerheblich gemindert würde, die der Taxiunternehmen aber geradezu prosperierten. Wie man bereits gegen die Verfügung vorgetragen habe, empfindet O nun auch deren Bestätigung durch den verwaltungsgerichtlichen Beschluss als schlicht wettbewerbsverzerrend. Die Unternehmensfreiheit sei hier durch Art. 12 GG, mindestens aber im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt. Das Gericht habe die Bedeutung des Grundrechtsschutzes unzweifelhaft verkannt.

Außerdem verletze es den allgemeinen Gleichheitssatz, dass die Taxiunternehmen den Marktplatz anfahren dürften, O aber dadurch die Kunden verloren gingen. Auch Art. 3 Abs. 3 GG sei betroffen, da gerade die gehbehinderten Fahrgäste auf regelmäßigen Busverkehr angewiesen seien. Die teuren Taxifahrten könnten sich diese auch nicht leisten.

Des Weiteren beeinträchtige sie die Verneinung der Klagebefugnis in ihrer Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG. Das Gericht sei auf den Vortrag zur Vergleichbarkeit seiner Busse mit den Taxen gar nicht eingegangen, insbesondere lägen keine Gutachten über eine höhere Feinstaubbelastung aufgrund des Busverkehrs vor. Aus der Begründung des Gerichtsbeschlusses lasse sich eindeutig schließen, dass man sich hinter Zulässigkeitsfragen versteckt habe, um die Tatsachenfragen nicht erörtern zu müssen. Zumindest hätte das Gericht diesbezüglich noch in eine Beweiserhebung eintreten müssen.

*Aufgabe 1:* Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde!

*Aufgabe 2:* Würde sich an der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde etwas ändern, wenn das Busunternehmen seinen Sitz nicht in Nordrhein-Westfalen, sondern in einer grenznahen niederländischen Stadt hätte?

*Bearbeiterhinweis:* Gehen Sie in Ihrem Gutachten auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme ein! Sollten Sie die Verfassungsbeschwerde für unzulässig halten, ist die Begründetheit hilfsgutachterlich zu untersuchen!

## Lösung

*Aufgabe 1:*

Die Verfassungsbeschwerde der O hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG, § 13 Nr. 8 lit. a BVerfGG zuständig für Individualverfassungsbeschwerden.

#### II. Beschwerdefähigkeit

Beschwerdefähig ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“, d.h. jeder, der Träger des

gerügten Grundrechts sein kann.<sup>2</sup> Vorliegend besteht zusätzlich die Besonderheit, dass es sich nicht um eine natürliche Person handelt, sondern um eine juristische Person des Privatrechts. Bei solchen Personen kommt es nach Art. 19 Abs. 3 GG darauf an, ob sie inländisch i.S.d. Grundgesetzes sind. Die Frage der wesensmäßigen Anwendbarkeit der Grundrechte stellt sich nach hier vertretener Auffassung erst im Rahmen der Beschwerdebefugnis, weil sie nicht pauschal beantwortet werden kann, sondern untrennbar mit der Frage verknüpft ist, auf welche Grundrechte sich O beruft.<sup>3</sup>

Inländisch ist die juristische Person, wenn der Mittelpunkt ihrer Tätigkeit im Bundesgebiet liegt.<sup>4</sup> O agiert allein in S, hat dort ihren Sitz und die Haupteinnahmequelle: die Buslinie, welche über den Marktplatz führt. Das Unternehmen ist also inländisch.

O ist somit beschwerdefähig.

### III. Prozessfähigkeit

Prozessfähig ist, wer in der Lage ist, Prozesshandlungen selbst oder durch einen Bevollmächtigten vorzunehmen.<sup>5</sup> Für eine juristische Person, die als solche nicht selbst handeln kann, handelt ihr gesetzlicher Vertreter oder ein von ihr für das Verfahren Beauftragter, i.d.R. der Geschäftsführer.<sup>6</sup> Vorliegend vertritt der Geschäftsführer A das Unternehmen O vor Gericht.

### IV. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Zum Begriff der „öffentlichen Gewalt“ werden dabei sowohl die mittelbare als auch die unmittelbare Staatsgewalt gezählt, so dass unstrittig alle Maßnahmen der Gesetzgebung, der Exekutive und der Judikative darunter fallen. Voraussetzung ist lediglich, dass die streitige Maßnahme Regelungswirkung innerhalb des Bundesgebietes auslöst.<sup>7</sup> Vorliegend wendet sich der Geschäftsführer für das Unternehmen gegen die Verfügung i.V.m. den fachgerichtlichen Beschlüssen. Die Verfügung als Akt der Exekutive i.V.m. den Beschlüssen als Akte der Judikative sind somit tauglicher Beschwerdegegenstand.

### V. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis liegt nach § 90 Abs. 1 BVerfGG vor, wenn der Beschwerdeführer behaupten kann, durch den

<sup>2</sup> Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 104; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 206.

<sup>3</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 920, 457 ff.

<sup>4</sup> Hillgruber/Goos (Fn. 2), Rn. 117.

<sup>5</sup> Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a Rn. 174.

<sup>6</sup> Hillgruber/Goos (Fn. 2), Rn. 140.

<sup>7</sup> BVerfGE 1, 10; 6, 15 (18); 57, 9 (23 ff.) – Einlieferungsersuchen.

Beschwerdegegenstand in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein. Bei allen geltend gemachten Rechten handelt es sich um Grundrechte bzw. bei Art. 103 Abs. 1 GG um ein grundrechtsgleiches Recht. Diese gerügten Grundrechte müssen wesensmäßig auf den Beschwerdeführer anwendbar sein, weiterhin muss die Verletzung möglich sein. Schließlich ist eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer des Beschwerdeführers erforderlich. Teleologisch dient die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerdebefugnis, wie im Verwaltungsrecht die Klagebefugnis, dazu, Popularbeschwerden auszuschließen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG soll nur derjenige Verfassungsbeschwerde erheben können, der eine eigene Rechtsverletzung geltend machen kann.<sup>8</sup>

### 1. Wesensmäßige Anwendbarkeit der Grundrechte

Wesensmäßig anwendbar sind Grundrechte dann auf ein Unternehmen, wenn dessen Tätigkeit auf die freie Entfaltung der Individuen abzielt, die hinter dem Unternehmen stehen.<sup>9</sup> O beruft sich vorliegend primär auf die Unternehmensfreiheit nach Art. 12 GG sowie auf die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG. Bei diesen Grundrechten geht es in erster Linie um die Entfaltung der Individuen, auf diese Grundrechte können sich deshalb anerkanntermaßen auch juristische Personen berufen.<sup>10</sup> Auch Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG sind ihrem Wesen nach nicht auf natürliche Personen beschränkt.

Bezüglich des besonderen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 3 GG gilt jedoch etwas anderes: dieser bezieht sich auf persönliche Diskriminierungsmerkmale, die nur natürlichen Personen anhaften können, nicht jedoch auch juristischen Personen. Dieses Diskriminierungsverbot ist somit nicht wesensmäßig auf O anwendbar.

### 2. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung ist gegeben, wenn sie nicht von vornherein auszuschließen ist. Auszuschließen ist eine Verletzung grundsätzlich dann, wenn evident der Schutzbereich eines Grundrechts nicht eröffnet ist oder zwar der Schutzbereich eröffnet ist, aber im Anschluss ein Eingriff ebenso evident nicht erkennbar ist.

Vorliegend kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Schließungsverfügung des Marktplatzes für den Busverkehr die O-GmbH in ihren Rechten aus Art. 12, 14 und 3 Abs. 1 GG beeinträchtigt, dies ist vielmehr noch näher zu untersuchen. Auch eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG erscheint vorliegend möglich.

### 3. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer

Problematisiert werden müssen diese Voraussetzungen lediglich in Bezug auf den angegriffenen Exekutivakt, nicht je-

doch bezüglich der Beschlüsse, bei denen die unterliegende Prozesspartei immer in diesem Sinne beschwert ist.

O ist von der Verfügung selbst betroffen, weil sie ihre eigene Buslinie verlegen muss. Diese Beschwer ist auch gegenwärtig. Zweifel könnten sich allenfalls bei der Unmittelbarkeit ergeben. Die Teileinziehungsverfügung ist kein unmittelbar an O gerichteter Verwaltungsakt. Die Betriebsgenehmigung der O wird nicht etwa zurückgenommen, sondern ihre Ausübung lediglich faktisch beschränkt. Während hier in einem Verwaltungsprozess deshalb nicht ohne weiteres die Adressatentheorie greifen würde (dazu noch unten), reicht es für die unmittelbare Beschwer bei einer Verfassungsbeschwerde aus, dass die Wirkungen ohne weiteren Zwischenakt eintreten – seien sie auch faktischer Natur. Das ist hier der Fall.

### 3. Ergebnis

O ist beschwerdebefugt.

## VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Nach § 90 Abs. 2 BVerfGG muss vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg erschöpft sein. Dabei bedeutet Rechtsweg „jede gesetzlich normierte Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts“<sup>11</sup>. Freilich muss der Rechtsweg nur erschöpft werden, wenn er auch eröffnet ist. Letzteres ist bei Parlamentsgesetzen nicht der Fall (Art. 100 Abs. 1 GG) und auch bei untergesetzlichen Normen problematisch, soweit nicht ein Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO statthaft ist. Das Problem stellt sich vorliegend aber nicht, da es sich nicht um eine Norm, sondern um eine Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG handelt. Das ergibt sich aus § 7 StrWG. Auch die Fachgerichte haben die Eröffnung des Rechtswegs nicht bezweifelt und es besteht kein Anlass, dies von Seiten des BVerfG in Frage zu stellen.

Der Rechtsweg war also hier eröffnet und muss grundsätzlich auch erschöpft werden. Vorliegend macht A geltend, ein weiteres Vorgehen gegen den Nichtannahmebeschluss des OVG NRW sei der O nicht zumutbar. Damit macht er eine Ausnahme i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG geltend. Darauf kommt es allerdings nur an, wenn der Rechtsweg nicht bereits mit der zweiten Instanz erschöpft wurde. Hier irrt A. Da das OVG die Berufung abgelehnt hat, steht dem Unternehmen die Möglichkeit der Revision zum Bundesverwaltungsgericht nach § 132 Abs. 1 VwGO nicht offen, was sich nicht zuletzt aus § 124a Abs. 5 S. 4 VwGO ergibt. Hiernach wird das Urteil nach der Ablehnung der Berufung rechtskräftig, weitere rechtliche Schritte waren vorliegend somit nicht mehr möglich. Der Rechtsweg ist erschöpft.

Da neben der Erschöpfung des Rechtswegs keine weiteren Rechtsbehelfe ersichtlich sind, ist auch der ungeschriebene Grundsatz der Subsidiarität hier nicht problematisch.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> BVerfGE 1, 91 (95).

<sup>9</sup> BVerfGE 21, 362 (369) – Sozialversicherungsträger; 61, 82 (101) – Sasbach.

<sup>10</sup> Für Art. 12 GG: BVerfGE 53, 1 (13) – Schulbücher; für Art. 14 GG: BVerfGE 53, 336 (345).

<sup>11</sup> BVerfGE 67, 157 (170) – G10.

<sup>12</sup> Der Subsidiaritätsgrundsatz wird v.a. relevant bei solchen Rechtssatzverfassungsbeschwerden, bei denen kein Rechtsweg existiert, sowie nach der Erschöpfung nur eines von

**VII. Form und Frist**

Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 23 Abs. 1 BVerfGG schriftlich zu erheben und muss nach § 92 BVerfGG sowohl ihren Gegenstand als auch ihren Maßstab bezeichnen. Sie muss nach § 93 Abs. 1 BVerfGG innerhalb eines Monats nach dem letztinstanzlichen Beschluss erhoben werden. Diesbezüglich bestehen hier keine Probleme.

**VIII. Ergebnis der Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

**B. Begründetheit****I. Spezifische Verfassungsrechtsverletzung**

Da es sich vorliegend um eine Verfassungsbeschwerde gegen einen verwaltungsgerichtlichen Beschluss handelt, gilt eine Besonderheit: Das Bundesverfassungsgericht prüft fachgerichtliche Entscheidungen nicht umfassend nach; es ist keine „Superrevisionsinstanz“, sondern prüft nur „spezifische Verfassungsrechtsverletzungen“.<sup>13</sup> Das BVerfG führt hierzu weiter aus, dass spezifisches Verfassungsrecht nicht bereits verletzt ist, wenn eine Entscheidung bezüglich des einfachen Rechts objektiv fehlerhaft ist, vielmehr muss der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.<sup>14</sup>

Daraus ergibt sich, dass zunächst festzustellen ist, ob bei der Beschlussfindung eine verfassungswidrige Rechtsnorm angewendet wurde.<sup>15</sup> Dafür gibt es laut Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte, so dass eine diesbezügliche Prüfung entbehrlich ist.<sup>16</sup> Zum anderen kann man eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts bejahen, wenn das Fachgericht bei der Anwendung einer verfassungskonformen Vorschrift die Einschlägigkeit und Reichweite eines Grundrechts verkannt hat.<sup>17</sup>

Auch der Beschluss selbst kann schließlich fehlerhaft sein, wenn die Rechtsanwendung willkürlich erscheint. Nach dem BVerfG ist dies aber nur der Fall, wenn er „[...] unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich

---

mehreren Rechtswegen, insbesondere wenn lediglich der einstweilige Rechtsschutz erschöpft wurde.

<sup>13</sup> BVerfGE 45, 434 (436) – RAF; grundlegend: 1, 418 (420) – Ahndungsgesetz.

<sup>14</sup> Sog. Heck'sche Formel, BVerfGE 18, 57 (93) – Spezifisches Verfassungsrecht.

<sup>15</sup> *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 289.

<sup>16</sup> In der Originalentscheidung wurde Art. 31 i.V.m. 2 Abs. 1 GG gerügt mit der Begründung, dass die Teileinziehung dazu führe, dass eine auf Bundesrecht beruhende Genehmigung gegenstandslos werde. Dies verletze den Vorrang des Bundesrechts aus Art. 31 GG. Das BVerfG hat diesen Vortrag jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass nur die Benutzung der Straße durch die Öffentlichkeit geregelt wird, die Genehmigung selbst, die lediglich das Verhalten des Unternehmers betrifft, hiervon aber nicht betroffen sei, vgl. BVerfG (Fn. 1), Rn. 6, 25 ff.

<sup>17</sup> BVerfGE 62, 338 (342) – Postlaufzeiten; 65, 317 (322) – Mündel; 95, 28 (37) – Werkszeitungen.

daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.“<sup>18</sup>

**II. Verletzung der Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG**

In Betracht kommt eine Verletzung der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG.

*1. Eröffnung des Schutzbereiches*

Zunächst müsste dazu der Schutzbereich eröffnet sein. Hierzu ist festzustellen, dass die Eigentumsfreiheit ein normgeprägtes Grundrecht ist und nicht als natürliches Recht der Rechtsordnung vorgegeben.<sup>19</sup> Sie umfasst die Summe aller vermögenswerten Rechte, die die Rechtsordnung dem „Eigentümer“ zuweist.<sup>20</sup>

Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz wird zwar von einem Bündel einfachrechtlicher Befugnisse geprägt. Letztere sind aber so auszugestalten bzw. auszulegen, dass dies der Funktion der spezifisch verfassungsrechtlichen Garantie gerecht wird. Es kommt also nicht darauf an, ob der Gesetzgeber eine Rechtsposition als „Eigentum“ bezeichnet. So ist z.B. auch der Mietbesitz an Wohnraum vom BVerfG als Eigentum i.S.d. Art. 14 GG anerkannt worden.<sup>21</sup> Denn Eigentum dient funktionell als materielle Grundlage der Lebensentfaltung, indem der Eigentümer deren Nutzung autonom bestimmen und über sie verfügen kann. Das Erworbene dient nicht zuletzt der sozialen Absicherung.

Das bedeutet, dass einerseits der Bestand des Eigentums geschützt ist. Zu den vermögenswerten Rechten zählen dabei nicht nur absolute und dingliche Rechte, wie das Sacheigentum oder Hypotheken und Grundschulden, sondern auch relative und schuldrechtliche Ansprüche, soweit sie für den Inhaber frei verfügbar sind.<sup>22</sup>

Andererseits ist der Eigentümer auch berechtigt, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, wie sich einfachrechtlich aus § 903 BGB ergibt. Es ist also auch die Nutzung des Eigentums geschützt.<sup>23</sup>

Nicht geschützt ist dagegen das Vermögen an sich, ebenso wenig wie bloße Gewinnchancen, auch wenn sie von wirtschaftlichem Wert sind.<sup>24</sup> Ebenfalls nicht geschützt ist der Erwerb des Eigentums.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> BVerfGE 87, 273 (278 f.).

<sup>19</sup> A.A. *Hufen*, Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 38 Rn. 8, der auch „Eigentum unabhängig vom Gesetz“ anerkennt.

<sup>20</sup> *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 111; *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 377.

<sup>21</sup> BVerfGE 89, 1 – Besitzrecht des Mieters.

<sup>22</sup> *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 381.

<sup>23</sup> *Hufen* (Fn. 19), § 38 Rn. 17; *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 394.

<sup>24</sup> BVerfGE 28, 119 (142) – Spielbank; 74, 129 (148) – betriebliche Altersversorgung.

<sup>25</sup> *Papier*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 14 (Stand: 2010) Rn. 223 ff.; *Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 44.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass nur das *Erworbene* geschützt wird, nicht jedoch der *Erwerb*.

#### a) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Vorliegend wird gerügt, dass dem Omnibusunternehmen durch die Schließung des Marktplatzes eine wichtige Einkommensquelle wegbriecht. Dies betrifft jedoch lediglich den Erwerb. Etwas anderes kann nur gelten, wenn O sich auf das Recht am *eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* berufen könnte. Zwar ist diese Frage bisher vom BVerfG offengelassen worden;<sup>26</sup> indessen ist der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb neben dem Schutz durch § 823 BGB auch grundrechtlich durch Art. 14 GG anzuerkennen.<sup>27</sup> Zu fordern ist allerdings, dass der Beschwerdeführer darlegt, dass der Gewerbebetrieb in seinem Bestand betroffen ist. Dabei geht es weniger um den Schutz gegen wirtschaftliche Existenzbedrohungen (diese sind als solche von der Eigentumsgarantie umfasst), sondern um Beschränkungen einer tatsächlichen Geschäftsbetriebseinheit. Hier geht es im Kern um den Gesamtbestand des Fahrzeugparks, der Logistik und des Personals des Omnibusunternehmens. Vieles spricht dafür, hierin einen durch Leistung und Kapitaleinsatz geschaffenen Eigenwert zu erblicken, der als solcher den Schutz des Art. 14 GG verdient. Allein durch die Beschränkung bzw. Verlegung einer bestimmten Strecke wird der Betrieb eines Busunternehmens in der Stadt nicht unmöglich. Dass die Attraktivität der Beförderung für die Fahrgäste abnimmt, die näher an den Marktplatz fahren möchten, ist unerheblich, weil sich Art. 14 GG nicht auf den Erhalt von Gewinnchancen erstreckt. Art. 14 schützt nicht den Erwerb, sondern das Erworbene und den Wert nur subsidiär.

Insoweit ist eine Eröffnung des Schutzbereiches nicht zu begründen.

#### b) Bestandsschutz der Genehmigung

In Betracht kommt jedoch auch eine Betroffenheit des Schutzbereiches in Bezug auf die Genehmigung. Deren Bestand könnte geschützt sein. Für öffentlich-rechtliche Ansprüche ist dies aber nur dann der Fall, wenn diese auf eigener Leistung beruhen.<sup>28</sup> Bei staatlichen Genehmigungen ist dies aber regelmäßig und auch vorliegend nicht der Fall.<sup>29</sup> Auf die Frage der Verfügbarkeit kommt es insoweit nicht an. Schließlich gilt auch hier, dass die Genehmigung selbst – selbst wenn sie als Eigentumsposition geschützt wäre – gar nicht als solche betroffen ist, da nicht sie entzogen wurde. Der Betrieb hängt zwar faktisch davon ab, welche Straßen benutzbar sind und welche Wege damit für die Fahrgäste erschlossen werden können. Ein Vertrauensschutz hinsichtlich der Genehmigung eines Verkehrsbetriebes im Allgemei-

nen erstreckt sich aber nicht auf straßenrechtliche Benutzbarkeit jeder einzelnen, bisher benutzten Linie.

#### c) Existenzvernichtung

Der Beschwerdeführer trägt weiter vor, zumindest die auf die Genehmigung folgenden Investitionen beruhten auf eigener Leistung. Dies mag stimmen, solche Investitionen sind jedoch nur gegen nachträgliche Entwertung geschützt, soweit der Vertrauensschutz des Unternehmers greift.<sup>30</sup> Das wäre nur dann der Fall, wenn O in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre. Dazu ist aber nichts substantiiert vorgetragen und belegt worden. Die bloße Behauptung reicht nicht, um eine Existenzvernichtung zu begründen.

#### 2. Ergebnis

Eine Verletzung der Eigentumsfreiheit scheidet bereits im Schutzbereich (a.A. vertretbar).

### III. Verletzung der Berufs- bzw. Unternehmensfreiheit, Art. 12 GG

#### 1. Eröffnung des Schutzbereiches

##### a) Berufsausübung

Art. 12 GG schützt in sachlicher Hinsicht die Berufswahl- und die Berufsausübungsfreiheit als einheitliches Grundrecht.<sup>31</sup> Als Beruf wird hierbei jede Tätigkeit definiert, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>32</sup> Vorliegend wird ein Omnibusunternehmen betrieben, dessen Führung der Lebensgrundlage der beteiligten Personen dient. Es ist weiterhin auch auf Dauer angelegt und nicht gemeinschädlich. Somit liegt ein Beruf i.S.d. Art. 12 GG vor.

Fraglich ist aber, ob hier auch die Freiheit des Berufs betroffen ist. Der Omnibusbetrieb wird nicht gänzlich verboten, so dass die Berufswahl nicht betroffen ist. Allenfalls ist die Berufsausübung betroffen. Dazu ist das Vorliegen einer berufsregelnden Tendenz erforderlich, das nach hier vertretener Ansicht schon im Rahmen des Schutzbereiches zu problematisieren ist. Solche berufsregelnde Tendenzen liegen vor, wenn die Maßnahme gerade die Berufsregelung bezweckt oder sich zumindest unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt.<sup>33</sup>

Dies ist hier fraglich, da die Ziele der Stadt die Verbesserung der Verkehrssicherheit, die Stärkung des Einzelhandels sowie die Erhöhung der Luftqualität sind. Die Stadt bezweckt in keiner Weise eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des O. Die straßenrechtliche Verfügung betrifft alle Verkehrsteilnehmer und hat nur mittelbare bzw. faktische Auswirkungen auf berufliche Tätigkeiten. Der Schutzbereich der Berufsausübung ist in diesem Sinne nicht beeinträchtigt.

<sup>26</sup> BVerfGE 66, 116 (145) – Springer/Wallraff; 68, 193 (222 f.) – Zahntechniker-Innungen.

<sup>27</sup> Wie hier: *Papier* (Fn. 25), Rn. 95; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 10.

<sup>28</sup> *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 389.

<sup>29</sup> So auch BGHZ 108, 364 (371).

<sup>30</sup> *Jarass* (Fn. 27), Rn. 13.

<sup>31</sup> *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 352; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 877.

<sup>32</sup> BVerfGE 7, 377 (397 ff.) – Apotheken-Urteil; 105, 252 (265) – Glykol; zuletzt BVerfGE 115, 276 (300) – Staatslotteriesgesetz.

<sup>33</sup> BVerfGE 97, 228 (253 f.) – Kurzberichterstattung.

*b) Unternehmensfreiheit gegen staatliche Wettbewerbsverzerrungen*

In Betracht käme weiter eine Verletzung der Unternehmensfreiheit. Es ist umstritten, inwieweit diese in Art. 12 GG oder aber in der allgemeinen Handlungsfreiheit zu verorten ist.

Problematisch ist hierbei, dass die Berufsfreiheit grundsätzlich nicht vor dem Wettbewerb zu privater Konkurrenz schützt<sup>34</sup>, O sich aber gerade darauf beruft, dass er durch die Ausnahmegenehmigung für Taxiunternehmen geschädigt werde. Geht es vorliegend also wirklich um die Unternehmensfreiheit, so ist Art. 12 GG nur bei wettbewerbsverzerrenden Handlungen des Staates einschlägig, anderenfalls könnte O sich nur auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.

Nicht ausreichend ist hierfür, dass A die Umsatzeinbußen der O rügt. Auch ist – im Rahmen der Freiheitsrechte – nicht schon relevant, dass Taxiunternehmen wegen der Ausnahme nicht davon betroffen sind.

Vertretbar ist allerdings, hier in der Kombination aus Verbot und Ausnahme eine spezifische Wettbewerbsverzerrung zu erblicken. Diese liegt dann vor, wenn Taxiunternehmen als Folge der Verfügung gerade diejenigen Kunden gewinnen, die nun nicht mehr Bus fahren. Dies ist nach dem Sachverhalt hier der Fall: Beinahe alle ehemaligen Nutzer der Buslinie nutzen nun das Taxiangebot, um den Marktplatz anzufahren. Eine Wettbewerbsverzerrung seitens der Stadt liegt somit vor.

Die Unternehmensfreiheit ist im vorliegenden Fall somit in Art. 12 GG zu verorten. Ihre Betroffenheit ist zu bejahen.

*c) Persönlicher Schutzbereich*

O müsste außerdem Träger des Art. 12 GG sein. Unproblematisch können sich alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG auf die Berufsfreiheit berufen. Im Rahmen der Anwendung des Art. 12 GG auf juristische Personen kommt es nicht darauf an, ob hinter der juristischen Person deutsche Staatsangehörige stehen. Vielmehr ist der persönliche Schutzbereich auf alle inländischen juristischen Personen (dazu oben) erstreckt.

*2. Eingriff in den Schutzbereich*

Nach hier vertretener Auffassung ist im Rahmen der Eingriffsprüfung lediglich noch die Frage der Zurechenbarkeit der Schutzbereichsbeeinträchtigung zu untersuchen. Wer eine berufsregelnde Tendenz oder eine spezifische Wettbewerbsverzerrung angenommen hat, kann diese Zurechnung hier ohne Probleme feststellen.<sup>35</sup>

*3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Wenn ein Eingriff angenommen wird, müsste dieser auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

*a) Beschränkbarkeit des Grundrechts (Schrankenregelung)*

Zunächst müsste der Eingriff formell gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn eine verfassungsmäßige Schranke gegeben ist.

Einschränkbar ist das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG; der Gesetzesvorbehalt erfasst nicht nur die Berufsausübungsfreiheit, sondern aufgrund der Einheitlichkeit des Grundrechts auch die Berufswahlfreiheit. Vorliegend ist aber in jedem Fall die Berufsausübungsfreiheit einschlägig.

*b) Gesetzliche Grundlage des Eingriffs (Schrankenziehendes Gesetz)*

Laut Sachverhalt ist § 7 StrWG, auf dem die Verfügung basiert, formell und materiell ordnungsgemäß, so dass eine verfassungsmäßige Schranke und damit die formelle Rechtfertigung gegeben ist.

*c) Materielle Rechtfertigung*

Der Eingriff müsste auch materiell gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn kein per se illegitimer Zweck vorliegt und die die Verfügung bestätigenden Beschlüsse im Übrigen verhältnismäßig<sup>36</sup> sind. Vom BVerfG ist in der Apotheken-Entscheidung<sup>37</sup> für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit die Drei-Stufen-Theorie entwickelt worden, die aussagt, dass der Rechtfertigungsaufwand mit jeder für den Bürger belastenderen Stufe ansteigt. Dies hat nicht zuletzt schon Auswirkungen auf die möglichen Zwecke:

*aa) Legitimer Zweck*

Die möglichen legitimen Zwecke variieren im Rahmen der Drei-Stufen-Theorie je nach der Stufe des Eingriffs, so dass schon hier festgestellt werden muss, auf welcher Stufe sich der Eingriff bewegt:

Auf der ersten Stufe stehen die Berufsausübungsregelungen, die lediglich die Art der Berufstätigkeit regeln und durch alle zweckmäßigen Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt werden können.<sup>38</sup>

Die zweite Stufe nehmen die subjektiven Berufswahlregelungen ein: Diese betreffen individuelle Kriterien wie Alter oder Geschlecht und können durch den Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt werden.<sup>39</sup>

Auf der dritten Stufe schließlich stehen die objektiven Berufswahlregelungen. Diese beziehen sich auf vom Betroffenen unabhängige Kriterien und können nur durch die Notwendigkeit der „Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“<sup>40</sup> gerechtfertigt werden.

Vorliegend ist eine Berufsausübungsregelung gegeben, so dass alle zweckmäßigen Gemeinwohlerwägungen als Zwecke

<sup>34</sup> BVerfGE 97, 12 (31) – Patentgebühren-Überwachung.

<sup>35</sup> Es ist gut vertretbar, erst hier den berufsspezifischen Eingriff zu prüfen.

<sup>36</sup> Zum Aufbau der Verhältnismäßigkeit vgl. Michael, JuS 2001, 148; ders., JuS 2001, 654.

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 377 – Apotheken-Urteil.

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 377 (405 f.) – Apotheken-Urteil; 39, 210 (225).

<sup>39</sup> BVerfGE 7, 377 (406) – Apotheken-Urteil.

<sup>40</sup> BVerfGE 7, 377 (408) – Apotheken-Urteil.

in Betracht kommen. Hier nennt die Gemeinde die Verkehrssicherheit und die Verbesserung der Luftqualität sowie die Verschönerung der Innenstadt als Zwecke. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Gericht anderen als diesen Zwecken bei seiner Entscheidung folgte. Dies sind legitime Gemeinwohlerwägungen.

#### bb) Verhältnismäßigkeit

Die weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit gestaltet sich auch bei der Anwendung der Drei-Stufen-Theorie dreistufig, da diese Theorie nichts anderes ist als eine besondere Ausprägung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit<sup>41</sup>: Zunächst ist die Geeignetheit des Mittels zur Erreichung des Zwecks zu untersuchen, dann dessen Erforderlichkeit und schließlich die Verhältnismäßigkeit i.e.S.

##### (1) Geeignetheit

Die Verfügung, bestätigt durch die Beschlüsse, müsste zur Erreichung des Zwecks geeignet sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie einem der Zwecke dient, d.h. überhaupt förderlich ist.<sup>42</sup> Durch die Sperrung des Marktplatzes für den Verkehr werden Fußgänger dort weniger gefährdet. Freilich mag man einwenden, dass durch die Zulassung von Ausnahmen zusätzliche Gefahren entstehen, zumal Fußgänger nunmehr nicht mehr mit Autoverkehr rechnen. Insgesamt scheint aber die Einschätzung, dass die Verkehrssicherheit auch durch einen partiellen Ausschluss des Verkehrs erhöht wird, zumindest vertretbar und ist von Verfassung wegen nicht zu beanstanden. Auch liegt eine graduelle Verbesserung der Luft in unmittelbarer Umgebung auf der Hand. Die Teileinziehung des Marktplatzes erhebt diesen zur Fußgängerzone, was das Flanieren dort angenehmer macht und einen völlig neuen Eindruck von der Umgebung ermöglicht, so dass von einer Verschönerung auszugehen ist.

##### (2) Erforderlichkeit

Erforderlich ist ein Mittel dann, wenn kein milderes, gleich geeignetes anderes Mittel zur Erreichung des Zwecks ersichtlich ist.<sup>43</sup> In Betracht käme vorliegend, den Marktplatz nur für den privaten Verkehr zu sperren, Busse jedoch zuzulassen oder jedenfalls für bestimmte Zeiten zuzulassen. Problematisch hieran ist aber, dass gerade zu diesen Zeiten dann vermehrter Verkehr mit erhöhter Passantengefährdung und Luftverschmutzung entstände, was nun gerade nicht mehr gewollt ist, so dass dieses Mittel gerade nicht gleich effektiv wäre. Auch mit Geschwindigkeitsbegrenzungen ließen sich die Zwecke zwar fördern, aber nicht ebenso wirksam verfolgen. Eine Aufwertung der Innenstadt ließe sich hierdurch in keiner Weise erreichen. Andere Mittel sind nicht ersichtlich, so dass auch die Erforderlichkeit der die Verfügung bestätigenden Beschlüsse zu bejahen ist.

##### (3) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Bezüglich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist durch Abwägung der betroffenen Rechtsgüter zunächst deren abstrakte Wertigkeit zu ermitteln. Auf der einen Seite steht die Unternehmensfreiheit in Gestalt des Verbotes der Wettbewerbsverzerrung. Dabei handelt es sich um einen Verfassungsbelang, der zunehmendes Gewicht in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG erlangt hat. Darin spiegelt sich eine Tendenz des Unionsrechts, das mit dem Binnenmarktrecht – insofern freilich grenzüberschreitend – auf eine Liberalisierung des Wettbewerbs ausgerichtet ist. Man kann freilich darüber streiten, ob dies nicht dem deutschen Art 12 GG fremd ist, der primär als Grundrecht der persönlichen Entfaltung im bzw. durch den Beruf geprägt ist. Weiter ist fraglich, ob es sich bei der Wettbewerbsgleichheit um einen Aspekt des Art. 12 GG als Freiheitsrecht handelt oder ob dieser Aspekt im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zu lösen ist. Folgt man der jüngeren Rechtsprechung, dann sind solche Aspekte innerhalb der Verhältnismäßigkeit des Art. 12 GG zu prüfen.<sup>44</sup>

Auf der anderen Seite stehen ebenfalls verfassungsrechtlich verankerte Belange, nämlich die Verkehrssicherheit, die dem Schutz von Leib und Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG dient, sowie die Luftreinheit, die zu den Lebensgrundlagen i.S.d. Art. 20a GG gehört. Der Zweck der Verschönerung der Innenstadt könnte unter das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG fallen, welches die Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beinhaltet. Dies sind „diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen.“<sup>45</sup> Die Gestaltung der Innenstadt betrifft die Gemeindebürger und ihr örtliches Zusammenleben miteinander und fällt somit in den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG.

In einem zweiten Schritt ist hiernach die konkrete Schwere der Betroffenheit festzustellen, um schließlich in einem dritten Schritt die Güter gegeneinander abzuwägen.

Vorliegend lässt der Sachverhalt offen, wie schwer hier die Wettbewerbsverzerrung ist, da nur unsubstantiiert eine Abwanderung der Kunden vorgetragen wird, ohne dass dies durch Zahlen zu belegen wäre. Andererseits werden auch die Verkehrssicherheit und die Luftreinheit eher marginal gefördert. Der Sachverhalt sagt nichts etwa darüber, dass es gerade auf dem Marktplatz zu vielen Unfällen gekommen ist. Inwieweit die Feinstaubbelastung hier relevant ist, bleibt ungeklärt.

Die Entscheidung über die Aufwertung der Innenstadt durch die Verkehrsberuhigung ist von zentraler kommunalpolitischer Bedeutung.

<sup>41</sup> Michael/Morlok (Fn. 3), Rn. 681 ff.

<sup>42</sup> BVerfGE 30, 292 (316) – Erdölbevorratung; 80, 1 (24 f.)

<sup>43</sup> BVerfGE 30, 292 (316) – Erdölbevorratung; 53, 135 (145) – Schokoladenosterhase.

<sup>44</sup> BVerfGE 121, 317 (358) – Nichtraucher; dazu Michael, JZ 2008, 875.

<sup>45</sup> BVerfGE 79, 127 (152 f.) – Rastede.

*(cc) Ergebnis der materiellen Rechtfertigung*

Im Ergebnis lässt sich hier beides vertreten. Dabei kommt es auch auf die Kontrolldichte an, die in dem Maße steigt, in dem man den Belang der Wettbewerbsverzerrung hier für relevant hält. Wenn man vertritt, dass es im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch auf die Frage des Feinstaubes ankommt, über die nicht Beweis erhoben wurde, dann hat das Auswirkungen auf die Prüfung des Art. 19 Abs. 4 GG.

**IV. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG***1. Eröffnung des Schutzbereiches<sup>46</sup>*

Die h. M. begreift Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht<sup>47</sup>, das jede Betätigung vor staatlichen Eingriffen schützt. Dies hat zur Folge, dass gerade kein „spezifischer Lebensbereich“ geschützt wird, was üblicherweise den Inhalt eines Schutzbereiches ausmacht. Die allgemeine Handlungsfreiheit hat somit keine eigentlichen Grenzen des Schutzbereiches, auf sie kann nur zurückgegriffen werden, wenn eine Tätigkeit nicht in den Anwendungsbereich speziellerer Freiheitsgrundrechte fällt.

Nach einer engen Auffassung schützt Art. 2 Abs. 1 GG dagegen nur die „Persönlichkeit“ und nimmt gerade keine Lückenfüllungsfunktion ein.<sup>48</sup> Nach dieser Auffassung soll nicht jedes „banale“ Verhalten grundrechtlichen Schutz genießen.

Eine solche enge Ansicht ist jedoch abzulehnen, da gerade der grundrechtliche Schutz auch alltäglichen Verhaltens die liberale Konsequenz eines umfassenden Grundrechtsschutzes ist.

Selbst wenn man aber Art. 2 Abs. 1 GG restriktiv auslegen möchte, so muss hier festgestellt werden, dass die Ausübung der Unternehmensfreiheit keine Banalität darstellt und somit auch nach der engeren Ansicht schützenswert erscheint.

Der Schutzbereich ist zunächst eröffnet.

*2. Eingriff in den Schutzbereich*

Durch die Einziehung der Straße kann O seine Busse nicht mehr über den Marktplatz fahren lassen, es liegt somit zumindest eine faktische Beeinträchtigung und damit ein Eingriff vor.

*3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

In Betracht kommt eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs.

<sup>46</sup> Wer einen Eingriff in Art. 12 GG bejaht hat, darf die allgemeine Handlungsfreiheit nicht zusätzlich durchprüfen, sondern muss auf deren Subsidiarität verweisen. Wer hingegen Art. 12 GG nicht durchgeprüft hat, muss die Unternehmensfreiheit im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG prüfen.

<sup>47</sup> Ständige Rspr.: BVerfGE 80, 137 – Reiten im Walde; grundlegend: BVerfGE 6, 32 – Elfes; aus der Literatur: *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 1.

<sup>48</sup> *Peters*, BayVBl. 1965, 37; *Hesse*, Grundzüge des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 428; BVerfGE 80, 137 (166) – Sondervotum *Grimm*.

*a) Beschränkbarkeit des Grundrechts (Schrankenregelung)*

Die allgemeine Handlungsfreiheit unterliegt der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG: eine Begrenzung des Grundrechts ist somit möglich durch „die Rechte anderer“, „die verfassungsmäßige Ordnung“ sowie „das Sittengesetz“. Bedeutung erlangt dabei lediglich der Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“, worunter das BVerfG seit dem Elfes-Urteil die „allgemeine Rechtsordnung, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat, also eine verfassungsmäßige Rechtsordnung[...]“ versteht.<sup>49</sup> Ausreichend ist im Ergebnis also jedes formell und materiell verfassungsmäßig erlassene Gesetz.

*b) Gesetzliche Grundlage des Eingriffs (Schrankenziehendes Gesetz)*

Wie bereits festgestellt, basiert die Verfügung auf § 7 StWG, welcher ein solches Gesetz darstellt.

*c) Materielle Rechtfertigung*

Der Eingriff müsste wiederum materiell gerechtfertigt sein.<sup>50</sup>

**V. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG**

In Betracht kommt eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG.

*1. Rechtlich bedingte und rechtlich relevante Ungleichheit*

Es müsste eine rechtlich bedingte und rechtlich relevante Ungleichbehandlung vorliegen. Das ist der Fall, wenn eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vorliegt.<sup>51</sup>

*a) Gegenstand der Prüfung: Benachteiligende Rechtslage des Ausgangssachverhalts*

O macht geltend, dass der Marktplatz für den allgemeinen Verkehr gesperrt ist und deshalb auch seine Busse den Marktplatz nicht passieren können. Das Verbot ist rechtlich bedingt (§ 7 StrWG).

*b) Referenzmaßstab (tertium comparationis)*

Referenzmaßstab ist die Ausnahmeregelung für Taxen, die nach wie vor zur Beförderung einiger weniger Personen noch den Marktplatz befahren dürfen. Die Behandlung sowohl des Taxiunternehmens als auch des Busunternehmens ist der kreisangehörigen Stadt S und damit demselben Hoheitsträger zuzurechnen.

<sup>49</sup> Ständige Rspr.: BVerfGE 6, 32 (38) – Elfes; 59, 275 (278).

<sup>50</sup> An dieser Stelle hat die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Zu den Argumenten kann auf die Prüfung des Art. 12 GG verwiesen werden, allerdings entfällt hier das gewichtige Argument der Wettbewerbsverzerrung. Deshalb ist im Ergebnis die Verfügung wohl gerechtfertigt.

<sup>51</sup> Ständige Rspr. des BVerfG: BVerfGE 4, 144 (155) – Abgeordneten-Entschädigung; 50, 177 (186); 51, 295 (300); 86, 81 (87).



c) *Rechtliche Vergleichbarkeit*

Da es sich bei Bussen und Taxen um professionelle Beförderungsmittel für Fahrgäste handelt, sind die Sachverhalte auch vergleichbar.

d) *Ungleichbehandlung*

Für den Busverkehr wird der Marktplatz vorliegend gesperrt, was die Beschlüsse bestätigen; für vereinzelt Taxiverkehr zur Beförderung alter und gehbehinderter Menschen besteht jedoch eine Ausnahmegenehmigung. Dies führt dazu, dass O den Marktplatz als Einnahmequelle verliert, während das Taxiunternehmen ihn weiterhin befahren kann. O wird damit durch die Verfügung und die Beschlüsse stärker belastet als das Taxiunternehmen. Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem liegt somit vor. Diese Differenzierung ist auch nicht verfassungsrechtlich angelegt.

2. *Rechtfertigung*

In Betracht kommt jedoch eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.

a) *Willkürverbot*

Eine Rechtfertigung kann nur vorliegen, wenn die Ungleichbehandlung nicht willkürlich erscheint. Willkür ist dann gegeben, wenn für die Differenzierung keine sachlichen, nachvollziehbaren Gründe bestehen, wenn sie also keinem akzeptablen Differenzierungsziel dient.<sup>52</sup> Ziel der Ausnahmegenehmigung für Taxen ist, dass ältere und gehbehinderte Menschen die Möglichkeit haben müssen, ihre Umgebung auf bequemem Wege zu verlassen, um sich auch in ihrem Lebensabend ein gewisses Maß an Eigenständigkeit bewahren zu können.

Es gibt sachliche Gründe dafür, Busse und Taxen nicht gleich zu behandeln: Busse sind schon wegen ihrer Größe und Unübersichtlichkeit noch gefährlicher.<sup>53</sup>

Jedenfalls verursachen sie in höherem Maße Emissionen. Eine willkürliche Ungleichbehandlung liegt somit nicht vor.<sup>54</sup>

b) *„Neue Formel“*

Fraglich ist, ob darüber hinaus noch weitere Anforderungen an eine Rechtfertigung zu stellen sind. Nach der Rechtsprechung errichtet Art. 3 Abs. 1 GG in bestimmten Fallkonstellationen verschärfte Anforderungen (sog. „Neue Formel“).

Die „Neue Formel“ ist erstens anzuwenden, wenn eine Anknüpfung an personengebundene Merkmale zu Gruppenachteilen führt.<sup>55</sup> Zweitens ist eine Anwendung zu befür-

worten, wenn gleichzeitig ein Eingriff in Freiheitsgrundrechte besteht, wobei die Prüfung umso strenger zu gestalten ist, je stärker ein solcher Eingriff ist.<sup>56</sup> Im Fall besteht gleichzeitig ein Eingriff in Art. 12 GG, auf die Rechtfertigung des Eingriffs kommt es dabei für die Anwendung der „Neuen Formel“ nicht an. Somit ist im Weiteren zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung verhältnismäßig ist.<sup>57</sup>

aa) *Isolierte Mittel-Zweck-Betrachtung*

Es ist nicht allein auf die Zwecke der Beschlüsse, sondern speziell auf die Zwecke der Ungleichbehandlung abzustellen. Es geht hier um die Unterschiede in der Gefährdung und in der Luftbelastung zwischen Bussen und Taxen.

bb) *Geeignetheit*

Im Rahmen der Geeignetheit ist zu fragen, ob die Ungleichbehandlung das Ziel fördert. Hier sind lediglich völlig unhaltbare Argumentationen auszuschließen, so dass die Geeignetheitsprüfung im Wesentlichen der Willkürprüfung entspricht.

cc) *Erforderlichkeit*

Entgegen der Ansicht vieler Autoren kann im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG keine Erforderlichkeitsprüfung stattfinden.<sup>58</sup> Die Frage, ob eine weniger belastende Ungleichbehandlung möglich gewesen wäre, ist nicht zielführend und kann daher vernachlässigt werden.

dd) *Verhältnismäßigkeit i.e.S.*

Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. ist der Schwerpunkt der neuen Formel. Es ist zu fragen, ob die Ungleichbehandlung in Relation zu den Zielen angemessen erscheint.

Durch die Ausnahmegenehmigung für Taxiunternehmen zum Transport älterer Menschen will die Gemeinde die Folgen der strengen Verfügung abmildern, ohne jedoch die Ziele der Verkehrssicherheit und der Verbesserung der Luftqualität sowie der Verschönerung der Innenstadt aus den Augen zu lassen.<sup>59</sup>

Eine Unangemessenheit der Ungleichbehandlung erscheint somit nicht erkennbar.

<sup>52</sup> Michael/Morlok (Fn. 3), Rn. 792 f.

<sup>53</sup> Man könnte auch argumentieren, dass sie gerade wegen ihrer Größe nur schwer übersehen werden können. Außerdem sind Omnibusse wesentlich langsamer als PKW, was ihre Gefährlichkeit einschränkt. Die a.A. ist also auch vertretbar.

<sup>54</sup> Auch hier ist die gegenteilige Ansicht vertretbar, wenn man vertritt, dass große Fahrzeuge pro Fahrgast weniger Emissionen verursachen und deshalb umweltschonender sind.

<sup>55</sup> BVerfGE 88, 87 (96) – Transsexuelle II, 92, 26 (51 f.) – Zweitregister; 93, 99 (111) – Rechtsmittelbelehrung.

<sup>56</sup> BVerfGE 91, 346 (363) – Miterbschaft eines landwirtschaftlichen Betriebes.

<sup>57</sup> Für diese Lösung Michael/Morlok (Fn. 3), Rn. 799; a.A. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 12 Rn. 110; Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54 ff., 62 f.

<sup>58</sup> Dafür spricht auch die Formulierung „sachbezogen und vertretbar“ in BVerfGE 71, 39 (58), die lediglich auf eine Geeignetheits- und Angemessenheitsprüfung hindeutet; a.A. Kloepfer (Fn. 57), S. 62 f.

<sup>59</sup> An dieser Stelle lassen sich auch die Aspekte der Wettbewerbsverzerrung einbringen, sofern diese nicht im Rahmen des Art. 12 GG geprüft wurden.

## c) Ergebnis der Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung ist somit gerechtfertigt. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht erkennbar.<sup>60</sup>

**V. Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG**

Weiterhin erscheint eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz möglich. Fraglich ist auch hier, ob ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich besteht.

## 1. Eröffnung des Schutzbereichs

## a) Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz steht grundsätzlich „jedermann“ offen, d.h. allen natürlichen und juristischen Personen. Auch Ausländer sind hiervon nicht ausgenommen. Der persönliche Schutzbereich ist somit auch für O als juristische Person des Privatrechts eröffnet – sogar unabhängig davon, ob es sich um eine inländische juristische Person i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG handelt.

## b) Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 19 Abs. 4 GG gegen die Verletzung subjektiver Rechte. Dabei werden solche Rechte von Art. 19 Abs. 4 GG allerdings nicht geschaffen, sondern vorausgesetzt.<sup>61</sup> Es kann sich um Grundrechte oder auch um subjektive Rechte, die der Gesetzgeber geschaffen hat, handeln. Ob letzteres der Fall ist, ist eine primär einfachrechtliche Frage, die nur begrenzter verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegt, aber freilich die Grundidee des Art. 19 Abs. 4 GG zu berücksichtigen hat.<sup>62</sup> In einfachrechtlicher Hinsicht bestimmt die Schutznormtheorie, dass subjektive öffentliche Rechte abhängig sind vom Vorliegen einer Rechtsnorm, die neben den Interessen der Allgemeinheit zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dient.<sup>63</sup> Bei straßenrechtlichen Verfügungen könnte man annehmen, dass grundsätzlich nur Allgemeininteressen geschützt werden, handelt es sich doch um dingliche, nicht um personenbezogene Verwaltungsakte. Gegen straßenrechtliche Allgemeinverfügungen können sich allerdings nach hier vertretener Ansicht nicht nur die unmittelbaren Anlieger wenden, sondern auch die Verkehrsteilnehmer.<sup>64</sup>

Vorliegend geht es nicht um die Eröffnung des Rechtswegs als solchen. Denn O hat Entscheidungen in zwei Instanzen erwirkt. Es handelt sich allerdings um Unzulässigkeitsbeschlüsse ohne Beweisaufnahme und ohne letztliche Sachentscheidung. Garantiert wird nicht nur der Zugang zu einem Gericht überhaupt, sondern die Effektivität des Rechtsschutzes.

<sup>60</sup> A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

<sup>61</sup> BVerfGE 84, 34 (49) – Gerichtliche Prüfungskontrolle; 103, 142 (156) – Gefahr im Verzug.

<sup>62</sup> BVerfGE 18, 85 (92); 32, 319 (325 f.).

<sup>63</sup> Ständige Rspr.: BVerwGE 1, 83; 27, 29 (31 ff.); 72, 226 (229 f.); 77, 70 (73).

<sup>64</sup> So auch Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 42 Rn. 170; Lorenz, VBIBW 1984, 329 (334); Lorz, DÖV 1993, 129 (137 f.); a.A. Otte, NWVBl. 1996, 41 (43).

## 2. Eingriff

Fraglich ist, ob hier die Gerichte hinter dem gebotenen Rechtsschutz zurückblieben.

Die Beantwortung dieser Frage hängt von den oben erlangten Ergebnissen ab: Wurde das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung bejaht, so hat dies auch die Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG zur Folge. Wurde eine Grundrechtsverletzung jedoch abgelehnt, kommt eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG ebenfalls nicht in Betracht.

## Aufgabe 2:

Problematisch ist im Rahmen der Beschwerdefähigkeit, dass O nunmehr eine *ausländische* juristische Person des Privatrechts darstellt, nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG sich aber nur *inländische* juristische Personen auf die Grundrechte berufen können.

Etwas anderes könnte sich aber aus der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EGV) ergeben. Dienstleistungen sind gem. Art. 57 AEUV (ex Art. 50 EGV) Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Gesellschaften stehen natürlichen Personen dabei gleich, Art. 62 i. V. m. 54 AEUV (ex Art. 55 i. V. m. 48 EGV). Die Personenbeförderung, die O als juristische Person des Privatrechts erbringt, stellt eine solche Leistung dar; speziellere Grundfreiheiten, die eine Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit begründen könnten, sind hier nicht ersichtlich.

Zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf den vorliegenden Fall ist das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs erforderlich. Dieser ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Dienstleistungserbringer die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschreitet, um dort seine Dienstleistung zu erbringen („aktive Dienstleistungsfreiheit“).<sup>65</sup> Vorliegend hat O ihren Sitz in den Niederlanden und damit in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union. Ihre Transportdienstleistungen erbringt sie in der kleinen kreisangehörigen Stadt S in Deutschland, womit ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.

Die Dienstleistungsfreiheit verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, worunter alle Regelungen innerhalb der Mitgliedstaaten fallen, welche Unternehmen mit Sitz in einem anderen Unionsstaat diskriminieren.<sup>66</sup> Die Nichteinbeziehung europäischer Gesellschaften in die Grundrechte über Art. 19 Abs. 3 GG<sup>67</sup> würde eine Schlechterstel-

<sup>65</sup> Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. EL 2009, Art. 50 EGV, Rn. 47; Pache, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 11 Rn. 36 f.

<sup>66</sup> Zur offenen Diskriminierung vgl. EuGH Slg. 1994, I-923 ff. – Fremdenführer; zur versteckten Diskriminierung Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 49 Rn. 78 ff.

<sup>67</sup> So vertreten von Hillgruber/Goos (Fn. 2), Rn. 118; Remmert, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 (Stand: 2009), Rn. 94 ff.; Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 4, die ausländischen juristischen Personen einen nationalen Grundrechtsstatus nicht zugestehen wollen.

lung gegenüber inländischen juristischen Personen und somit eine Diskriminierung in diesem Sinne darstellen.

Die Rechtfertigung eines pauschalen Ausschlusses von EU-ausländischen juristischen Personen aus dem nationalen Grundrechtsschutz kommt nicht in Betracht.

Die Einbeziehung der Gesellschaften ist zwar eine Auslegung *contra legem*. Diese ist aber aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts auch vor nationalem Verfassungsrecht geboten.<sup>68</sup>

Die O-GmbH steht somit als Gesellschaft des privaten Rechts mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Union inländischen juristischen Personen i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG gleich. Nach hier vertretener Ansicht ändert sich also hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nichts.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> So auch *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 305 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 456; *Spranger*, AöR 127 (2002), 27. Ein Parallelproblem stellt sich bei der Frage, ob EU-Ausländer in den Schutzbereich der Deutschen-Grundrechte mit einzubeziehen sind. Dieses Problem wird vielfach mit einem Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG gelöst. Dazu *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 115 m.w.N.; *Siehr*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001, S. 478. Diese Lösung lässt sich nicht auf das vorliegende Problem übertragen, weil es sich hier um die Vorfrage handelt, ob Grundrechte überhaupt anwendbar sind. Vorzugswürdig erscheint auch hier die Auslegung des Gesetzes *contra legem*, nach der sich EU-Ausländer wegen des Vorrangs des Unionsrechts auch auf Deutschen-Grundrechte berufen können. Dazu *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 447 f.

<sup>69</sup> Wenn keine spezielle Grundfreiheit einschlägig ist, kann sich ein unionsrechtliches Gleichbehandlungsgebot auch aus Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EGV) ergeben.