

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 56

Werbefernsehen und Öffentliches Recht

Ein Beitrag zur Problematik der öffentlichen Aufgabe
sowie zu Grundlagen und Grenzen fiskalischer Staatstätigkeit

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER LEISNER

Werbefernsehen und Öffentliches Recht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 56

Werbefernsehen und Öffentliches Recht

Ein Beitrag zur Problematik der öffentlichen Aufgabe sowie
zu Grundlagen und Grenzen fiskalischer Staatstätigkeit

Von

Dr. Walter Leisner

o. Professor des Öffentlichen Rechts
an der Universität Erlangen-Nürnberg



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort

Die folgenden Untersuchungen sind aus längerer Beschäftigung mit den Beziehungen zwischen Werbefernsehen und Presse hervorgegangen. Diese ergaben sich für den Verfasser aus seiner Tätigkeit als Mitglied der von der Bundesregierung auf Ersuchen des Deutschen Bundestags eingesetzten Sachverständigenkommission zur Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse von Presse, Funk, Fernsehen und Film. Die hier geäußerten Meinungen stellen jedoch weder im allgemeinen noch im einzelnen die Auffassung dieser Kommission dar.

Die Untersuchung verzichtet auf rechtspolitische Stellungnahmen. Sie versucht, mit der Begrifflichkeit des öffentlichen Rechts Fragen zu lösen, die wie wenige andere zur Zeit im Mittelpunkt leidenschaftlicher politischer Diskussionen stehen. Der Verfasser hofft aber, daß die erwünschte Kritik vor allem aus Bereichen des Rechts kommen wird, die dem Widerstreit der Interessen entrückt sind.

In dieser Arbeit wird unter Auswertung der zahlreichen bisherigen Stellungnahmen versucht, die oft pragmatische und vordergründige Diskussion über das Werbefernsehen im Blick auf die Grundlagen des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts zu vertiefen. Neue Impulse können so für das Öffentliche Recht gewonnen werden, gerade weil es fraglich ist, ob seine Kategorien diese neue Realität voll zu erfassen vermögen. Anstaltsnutzung und Meinungsbegriff, Finanzmonopol und Grundrechtsbindung des Fiskus — viele derartige Begriffe werden durch das Werbefernsehen wieder zu Fragen. Es zeigt sich aber auch, daß das Deutsche Öffentliche Recht neuartige Phaenomene nicht nur zu neuem Recht machen kann, sondern sie bestehender Ordnung unterwirft, die sich in ihnen erneuert.

Meinen Assistenten Josef Isensee, Jürgen Lafrenz und Hans-Joachim Theuner danke ich herzlich für ihre treue und verständnisvolle Hilfe.

Erlangen, den 1. 7. 1967

Walter Leisner

Inhaltsverzeichnis

A. Die Veranstaltung von Rundfunk- und Fernsehsendungen, insbesondere von Werbesendungen, als „öffentliche Aufgabe“ der Rundfunkanstalten	13
I. Die Fragestellung	13
II. Rundfunk und WF als „wesentliche Staatsaufgabe“	14
1. Der Begriff der „wesentlichen Staatsaufgabe“	14
a) Der „notwendige Staatsvorbehalt“ — Allgemeines	14
b) „Wesentliche Staatsaufgaben“ als Verfassungsbegriff	15
c) Die Bestimmung der „wesentlichen Staatsaufgaben“ aus dem notwendigen Einsatz von Hoheitsgewalt	16
d) Schlichte Hoheitstätigkeit als Erfüllung „wesentlicher Staatsaufgaben“	18
2. Das WF als „wesentliche Staatsaufgabe“	19
a) Fehlen des Einsatzes der Hoheitsgewalt	19
b) WF als schlicht-hoheitliche Tätigkeit?	20
c) WF als „von Privaten nachahmbare Tätigkeit“	20
III. Das WF als öffentliche Aufgabe nach allgemeinen Grundsätzen	22
1. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe	22
a) „Öffentliche Aufgabe“ und „staatliche Aufgabe“	22
b) „Öffentliche Aufgabe“ und „in der Öffentlichkeit zu erfüllende Aufgabe“	23
c) Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ nach der Rechtsprechung des BVerfG	24
d) Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“ als Tätigkeit in einem (besonderen) öffentlichen Interesse	25
e) Die rechtliche Bedeutung der Anerkennung einer „öffentlichen Aufgabe“	26
2. Die Rundfunkveranstaltung, insbesondere das WF, als Durchführung der Daseinsvorsorge	28
a) Die h. L.: Rundfunkveranstaltungen als Ausdruck der Daseinsvorsorge	28
b) Bedenken gegen eine Begründung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus der Qualifizierung der Rundfunkveranstaltungen als Teil der Daseinsvorsorge	29
c) WF als Daseinsvorsorge?	31

3. WF als Forderung der Sozialstaatlichkeit?	32
a) Begründung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch das WF aus dem Sozialstaatsprinzip und Begründung aus dem Begriff der Daseinsvorsorge	33
b) Das Sozialstaatsprinzip als selbständige Begründung für den Öffentlichen-Aufgaben-Charakter des WF	33
aa) Die normative Wirkkraft des Sozialstaatsprinzips	34
bb) Der Inhalt der Sozialstaatsentscheidung und das WF	35
4. Gewinnerzielung an sich als öffentliche Aufgabe?	37
a) Handeln der öffentlichen Hand mit Gewinnerzielungsabsicht als legitime Staatstätigkeit oder als Erfüllung öffentlicher Aufgaben	37
aa) Die richtige Fragestellung	37
bb) Die h. L. von der Unzulässigkeit des Gewinnstrebens als Verfolgung eines öffentlichen Zweckes	38
b) Unzulässigkeit des WF als Finanzmonopol	40
aa) Finanzmonopol und Verwaltungsmonopol — Allgemeines	41
bb) Unzulässigkeit eines — vom Programmrundfunk isolierten — WF als Finanzmonopol	42
a) Verstoß gegen die Berufsfreiheit	42
β) Verstoß gegen die Wettbewerbsfreiheit	44
γ) Keine Zulässigkeit von WF als Finanzmonopol nach den Grundsätzen von Art. 105 f. GG	45
c) Ergebnisse für das WF als Erfüllung öffentlicher Aufgaben ...	46
5. Werbung als „öffentliche Aufgabe“?	47
a) Die Fragestellung	47
b) Die These „Werbung ist öffentliche Aufgabe“; WF als schlichte Hoheitstätigkeit?	48
c) Die Bereitstellung von Werbemitteln allgemein als Erfüllung öffentlicher Aufgaben?	49
d) „Werbung als Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ aus dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung von gewerblichen Grundrechten der Werbenden durch das Werbemedium?	51
<i>IV. WF als Erfüllung öffentlicher Aufgaben: mögliche Begründung aus dem Verhältnis WF — allgemeiner Programmrundfunk</i>	<i>52</i>
1. Die Rechtsprechung des BVerfG und das WF als Erfüllung öffentlicher Aufgaben — aus dem Gesichtspunkt der Zugehörigkeit des WF zum Rundfunkbereich	52
2. Die „öffentliche Aufgabe WF“ nach den Rundfunkgesetzen	56
a) Die Aufgabenumschreibung des Rundfunks nach den Rundfunkgesetzen und das WF	56
aa) Die allgemeinen Aufgabenumschreibungen	56
bb) Die Behandlung des WF in den Rundfunkgesetzen	61
b) Erweiterung der gesetzlich fixierten „öffentlichen Aufgaben“ der Rundfunkanstalten durch Grundsätze des Anstaltsrechts mit der Folge, daß durch das WF öffentliche Aufgaben erfüllt werden?	64
aa) Erweiterung des Funktionsbereiches der Rundfunkanstalten auf Grund ihres Selbstverwaltungsrechts	64
bb) WF — öffentliche Aufgabe der Anstalten als „Neben- und Hilfstätigkeit“ des Programmrundfunks	68

cc)	WF — „öffentliche Aufgabe“ der Anstalten als „Annex“ des Programmrundfunks, als „Randnutzung“ der Anstaltsmittel	69
dd)	WF — Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus dem Prinzip der „Wirtschaftlichkeit der Anstalten“	73
3.	WF als Erfüllung öffentlicher Aufgaben nach Rundfunkverfassungsrecht	76
a)	Mögliche verfassungsrechtliche Grundlagen für eine Qualifizierung des WF als Erfüllung öffentlicher Aufgaben	77
aa)	Die in Betracht kommenden Grundrechtsbestimmungen ...	77
bb)	Können sich die Anstalten auf Grundrechte und insbesondere auf die Rundfunkfreiheit als Grundrecht berufen? ...	78
cc)	Die Rundfunkfreiheit als Einrichtungsgarantie	82
b)	Die Rundfunkfreiheit und die (angebliche) wesentliche Einheit von WF und Programmrundfunk — Begründung für die These von der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das WF?	84
aa)	Der Inhalt der Rundfunkfreiheit — Allgemeines — Schutz der Programmgestaltung	84
bb)	WF als herkömmlicher Bestandteil des deutschen Rundfunkwesens?	86
cc)	Gehört das WF in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit als Ausdruck einer „Meinung“?	89
a)	Der verfassungsrechtliche Standort der Werbung — Allgemeines	91
β)	Unmöglichkeit einer Abgrenzung Meinung — Werbung aus dem Meinungsbegriff	92
γ)	Grundrechtssystematische Notwendigkeit einer Zuordnung der Werbung zur „Meinung“ oder „Berufsausübung“	95
δ)	Abgrenzungsmöglichkeiten der Wirtschaftswerbung: Käuferbeeinflussung	97
ε)	Die Rechtsprechung des BVerfG; Werbung und „Nachricht“	101
ζ)	Bedeutung der Zuordnung der Wirtschaftswerbung zur Berufsausübung für das WF	102
η)	WF als Meinungsbildung?	104
dd)	„Informationsrecht auf WF“?	105
ee)	WF — öffentliche Aufgabe aus dem Gesichtspunkt der notwendigen Aufrechterhaltung der Neutralität auch in diesem Bereich und des Zugangs aller „relevanten Kräfte“?	106
c)	Insbesondere: WF — öffentliche Aufgabe aus dem Gesichtspunkt der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Anstalten?	110
aa)	Sicherung eines Normkomplexes oder eines soziologischen Sachverhalts durch die Einrichtungsgarantie	111
bb)	Der Schutzzumfang der Einrichtungsgarantie	112
cc)	WF als „notwendige wirtschaftliche Grundlage der Anstalten“? Andere Möglichkeiten der Ausgabendeckung	113
dd)	Vergleich mit der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Presse durch die Garantie der Pressefreiheit	120
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse von Teil A — Folgerungen	121
1.	WF als fiskalische Tätigkeit der Anstalten	121

2. Anhang: Die Tochtergesellschaften für Werbung und das WF als Fiskaltätigkeit	122
3. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines teilweisen oder vollständigen Verbotes des WF	124
a) Verletzung von Grundrechten der Anstalten durch Verbot des WF?	124
b) Verletzung von Grundrechten der Werbenden durch ein WF-Verbot?	126
B. Rechtliche Grenzen der Zulässigkeit des WF	129
I. <i>Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Legalität) und die Zulässigkeit des WF</i>	129
1. Geltung des Legalitätsprinzips gegenüber fiskalischem Staatshandeln — Allgemeines	129
a) Notwendige Legitimation der fiskalischen Tätigkeit durch einen speziellen Satz des Verfassungsrechts?	129
b) Vorbehalt des Gesetzes und fiskalisches Handeln	130
2. Legalitätsgrundlagen für das WF als erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand	132
3. Anhang: Verstoß einer Ausdehnung des WF gegen die Legalität (gegen die Rundfunkgesetze)	133
II. <i>Verstößt das WF gegen Art. 12 GG (Berufs- und Gewerbefreiheit)? ...</i>	136
1. Verletzung der Berufswahl privater WF-Veranstalter durch Monopolisierung des WF	137
a) Verletzung durch Monopolisierung zugunsten der öffentlichen Hand	137
aa) Keine Rechtfertigung des WF-Monopols der Anstalten nach Rundfunk(verfassungs)recht	137
bb) „Commercial Broadcasters“ und Berufsbild — Rechtfertigung der Monopolisierung des WF unter dem Gesichtspunkt, daß hier kein selbständiger Beruf vorliegt	139
cc) Verletzung des Subsidiaritätsprinzips durch die Monopolisierung des WF	143
b) Verletzung der Berufswahlfreiheit (potentieller) privater WF-Unternehmer durch mögliche objektive Zugangsbeschränkungen zum WF?	144
aa) Die Notwendigkeit objektiver Zulassungsschranken	144
bb) „Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes“?	145
cc) Rechtfertigung von objektiven Zulassungsschranken aus der natürlichen (technischen) Beschränktheit der Ausübungsmöglichkeit des Berufs?	146
dd) „Verlegerwerbfernsehen“ als Zulassungsform Privater zur Veranstaltung von WF?	148
ee) Übertragung des Zdf oder eines ganzen Anstaltsprogramms auf die Verleger?	154
ff) Einfluß Privater auf das WF in Form von Beiräten	156
2. Die Bindung der Fiskaltätigkeit der öffentlichen Hand an Grundrechte — Allgemeines	158

a) Beschränkung der Grundrechtsbindung auf verwaltungsprivatrechtliche Tätigkeit?	158
b) Bindung des Fiskus an die Grundrechte	159
c) Kein Grundrechtsschutz gegenüber staatlicher Konkurrenz? ...	160
3. Verletzung der Berufsausübungsfreiheit Privater, insbesondere der Presse, durch das WF	161
a) Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit durch „Privilegierung“ der WF-Tätigkeit der Anstalten?	161
b) Verletzung der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. I S. 2 GG) Privater durch die fiskalische Ausübung des WF	162
c) Schwere Verletzung der Berufsausübungsfreiheit Privater (= Verletzung von deren Berufswahlfreiheit) durch das WF?	163
<i>III. WF und privater Wettbewerb aus öffentlich-rechtlicher Sicht</i>	<i>165</i>
1. Der Begriff der verfassungsrechtlichen Wettbewerbsfreiheit	165
2. Der Begriff „Wettbewerb“ — Verfassungsrecht und Wettbewerbsrecht	166
3. Verletzung verfassungsrechtlicher Wettbewerbsgleichheit durch das WF	168
4. Wettbewerbsfreiheit als Gewährleistung eines Wettbewerbs unter Privaten — Verbot des Eingreifens des Fiskus in den Wettbewerb — Das „Subsidiaritätsprinzip“	169
a) Die Lehre von der Unzulässigkeit des WF als Konkurrenz seitens der öffentlichen Hand	169
b) Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis öffentliche Hand — Private	171
c) Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf etwaige Konkurrenzbeziehungen WF — Presse	173
aa) Unanwendbarkeit der Grundsätze des § 67 DGO	173
bb) Ablehnung eines allgemeinen Grundsatzes der Subsidiarität der Tätigkeit der öffentlichen Hand gegenüber privaten Veranstaltungen	175
cc) Die Ablehnung eines Subsidiaritätsprinzips und die „Wirtschaftsverfassung“ der BRD	178
<i>IV. Verletzung des Eigentums Privater (der Presse) durch das WF</i>	<i>181</i>
1. Die Fragestellung	181
2. WF als enteignungsgleicher Eingriff gegenüber Privaten (der Presse)	183
a) Eingriffscharakter des WF?	183
b) Enteignungsfähige Rechtsposition?	183
c) Das Fehlen eines Sonderopfers — Keine Verletzung des Gleichheitssatzes (durch die Veranstaltung des WF) gegenüber der Presse	184
aa) Beurteilung nach der Schwere des Eingriffs	185
bb) Beurteilung nach Schwere des Eingriffs und Verletzung des Gleichheitssatzes	186
3. Anhang: Verstoß der Veranstaltung des WF gegen Art. 3 Abs. I GG (allgemeiner Gleichheitssatz)?	187

V. Die Pressefreiheit als Grenze des WF	190
1. Die Pressefreiheit als Einrichtungsgarantie — Die öffentliche Aufgabe der Presse	191
a) Pressefreiheit als subjektives öffentliches Recht und als Einrichtungsgarantie	191
b) Die herrschende Lehre von der öffentlichen Aufgabe der Presse	192
aa) Die allgemeinen Aufgaben der Presse	193
bb) Die Hauptfunktion der Presse: Mitwirkung bei der öffentlichen Meinungsbildung	194
cc) Folgerung daraus: Die „öffentliche Aufgabe“ der Presse ..	195
c) Die Pressefreiheit als Einrichtungsgarantie	198
aa) Die Lehre von der Gewährleistung der „freien Presse“ ...	198
bb) Die Lehre von der Pressefreiheit als Institution der Teilhabe an der Staatsgewalt — Das Verhältnis von institutionalisierter zu subjektiv-öffentlicher Pressefreiheit	199
cc) Die Garantie der „Vielfalt der Meinungen“	201
2. Anzeigenpresse als Erfüllung öffentlicher Aufgaben und als Bestandteil der Einrichtung „freie Presse“	206
a) Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“ durch die Inseratpresse? ...	206
b) Die Anzeigenpresse als Bestandteil der Institution „freie Presse“; Inserate als wirtschaftliche Grundlage der Presse ...	209
3. Die Pressefreiheit als Grenze gegenüber Eingriffen der öffentlichen Hand, insbesondere Beeinträchtigungen durch das WF	212
a) WF als Verletzung des institutionellen Schutzbereichs der Pressefreiheit	213
b) Verletzung der Einrichtungsgarantie der „freien Presse“ durch den Aktualitätsvorsprung von Funk und Fernsehen?	215
c) Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte der Pressefreiheit durch das WF	218
VI. Ergebnisse von Teil A und B — Zulässigkeit und Grenzen des WF	224
C. Die Gesetzgebungszuständigkeiten zu einer Regelung des WF	229
I. Allgemeine Rundfunkgesetzgebungszuständigkeit des Bundes?	229
II. Allgemeine WF-Regelungskompetenz des Bundes?	230
III. Zuständigkeit des Bundes auf presserechtlichem Gebiet	232
IV. Bundeszuständigkeit auf wirtschaftlichem und wettbewerbsrechtlichem Gebiet	236
1. „Recht der Wirtschaft“	236
2. „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen“ ...	242
Literaturverzeichnis	245
Sachregister	262

A. Die Veranstaltung von Rundfunk- und Fernsehsendungen, insbesondere von Werbesendungen als „öffentliche Aufgabe“ der Rundfunkanstalten

I. Die Fragestellung

Die Vertreter des Massenmediums Presse werfen den Rundfunkanstalten vor, sie überschritten durch die Veranstaltung von Werbesendungen den gesetzlich festgelegten Funktionsbereich der Anstalten. Die Monopolisierung der Fernseh- und Hörfunkwerbung bei Anstalten des öffentlichen Rechts hindere die anderen Werbetreibenden an der Benutzung dieser Medien zu Werbezwecken. Die Konkurrenz der Anstalten schädige die Presse wirtschaftlich erheblich und gefährde sie als verfassungsrechtlich garantierte Institution.

Damit diese Vorwürfe im einzelnen rechtlich gewürdigt werden können, und die hierfür erforderliche Qualifizierung der Sendetätigkeit vorgenommen werden kann, muß zuvor eine zentrale Frage geklärt werden: Das Bundesverfassungsgericht hat im Fernsehurteil¹ ausgesprochen: „Die Veranstaltung von Rundfunksendungen ist nach der deutschen Rechtsentwicklung eine öffentliche Aufgabe. Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befaßt (auch dann, wenn er sich privatrechtlicher Form bedient), wird sie zu einer „staatlichen Aufgabe“ im Sinne von Art. 30 GG.“

Es fragt sich, ob dies auch für das Werbefernsehen (im folgenden WF) und ob es von Verfassungs wegen gilt. Wäre das der Fall, so könnte es für diese Betätigungsform der öffentlichen Hand bedeuten:

- Es wird durch das WF (in seiner heutigen Form oder ganz allgemein) eine „wesentliche Staatsaufgabe“ erfüllt. Die öffentliche Hand — und nur sie — kann und muß dies leisten. Möglicherweise wäre sogar eine Übertragung der Erfüllung auf Private ausgeschlossen. Daraus ergäbe sich die Unzulässigkeit einer Beschränkung oder gar eines Verbotes der WF-Tätigkeit der öffentlichen Hand.
- Die Veranstaltung des WF ist zwar keine „wesentliche Staatsaufgabe“, wohl aber eine „öffentliche Aufgabe“ in dem Sinn, daß die öffentliche Hand sie „an sich“ erfüllen *darf*, aber nicht nach der Verfassung

¹ BVerfGE 12, S. 205 L. S. 7 a (vgl. S. 245/6).

erfüllen *muß*. Dann wäre eine gesetzliche Beschränkung oder gar ein Verbot des WF möglich.

Sollte die Veranstaltung des WF weder eine wesentliche Staatsaufgabe, noch auch nur eine öffentliche Aufgabe darstellen, so fragt es sich, ob ihre Erfüllung überhaupt rechtmäßig ist.

Die Beantwortung dieser Frage ist vorgreiflich für die Untersuchung der gegen die WF-Tätigkeit der öffentlichen Hand vorgebrachten Vorwürfe:

- nur auf ihrer Grundlage kann das WF als hoheitlich, verwaltungsprivatrechtlich oder fiskalisch qualifiziert werden
- allein auf Grund solcher Qualifikation kann wiederum entschieden werden, ob und inwieweit das WF der öffentlichen Hand gesetzlicher Grundlage bedarf (Vorbehalt des Gesetzes; Legalität)
- die Beurteilung möglicher Grundrechtsverletzungen (Art. 12, 14, 3, 5 GG) durch das WF kann nicht erfolgen, ohne daß geklärt wäre, ob die Verfassung nicht diese Veranstaltung fordert oder inwieweit sie solche rechtfertigt.

Wenn im folgenden von WF die Rede ist, so wird darunter das Bereitstellen und Ausstrahlen von Sendegut verstanden, das überwiegende kommerzielle Werbewirksamkeit besitzt. Dabei wird nur dort nach der Ausdehnung und Intensität der Werbesendungen, nach deren Art² oder nach der Organisationsform im einzelnen (Tochtergesellschaften für Werbung u. ä. m.) differenziert, wo sich daraus besondere rechtliche Folgerungen ergeben könnten. In diesem der generellen Zulässigkeit des WF gewidmeten Teil wird vielmehr im allgemeinen unter Werbetätigkeit alles verstanden, was die Rundfunkanstalten vom Eingang des Antrags eines Werbenden bis (einschließlich) zu der Ausstrahlung der Sendung an Tätigkeit entfalten.

II. Rundfunk und WF als „wesentliche Staatsaufgabe“

Es fragt sich zunächst, ob durch das WF eine öffentliche Aufgabe in dem Sinn erfüllt wird, daß von einer „wesentlichen Staatsaufgabe“ gesprochen werden kann.

1. Der Begriff der „wesentlichen Staatsaufgabe“

a) Der „notwendige Staatsvorbehalt“ — Allgemeines

Wesentliche Staatsaufgaben sind solche, welche nur durch Tätigkeiten erfüllt werden können, die „nach heutigen Vorstellungen der organisier-

² Etwa „mediales“, „instrumentales“ WF, vgl. *Lerche, P.*, Rechtsprobleme des Werbefernsehens, Frankfurt 1965, S. 11 f.

ten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staate, vorbehalten bleiben müssen“³.

Der Inhalt des Begriffs der „wesentlichen Staatsaufgaben“ im einzelnen war bereits wenig klar, als ihn das BVerfG zu einer der Grundlagen seiner berufsrechtlichen Systematik machen wollte⁴. Er ist auch heute noch problematisch: man spricht von „Aufgaben, die ihrer Natur nach öffentlich sind“⁵, die ihrer Substanz nach jedenfalls staatliche Funktionen bleiben⁶, von notwendig staatlichen Funktionen⁷, von notwendigem Staatsvorbehalt.

Die Bedeutung liegt darin: was diesem Begriff unterfällt, kann seinem Wesen nach nicht als Gegenstand privater Initiative gedacht werden⁸, es besteht hier ein wesentlicher Vorzug des Staatsmonismus gegenüber dem Pluralismus der Aufgabenerfüllung oder Gewaltausübung⁹. Nur vereinzelt wird ohne nähere Begründung die Auffassung vertreten, daß es einen solchen „notwendigen Staatsvorbehalt“ überhaupt nicht gebe¹⁰.

Bei der Inhaltsbestimmung ist jedenfalls davon auszugehen, daß es nicht auf einen apriorischen Staatsbegriff, sondern nur auf den ankomen kann, welcher sich in der Verfassungsstruktur eines konkreten Staates, hier im GG, niedergeschlagen hat¹¹. Es sind also zu unterscheiden: notwendig staatliche Funktionen im Sinne der Allgemeinen Staatslehre, insbesondere nach der Dogmatik der Staatsziele, und notwendig staatliche Tätigkeiten, welche nach dem jeweiligen Staatsverständnis ausschließlich vom Staat selbst zur Erreichung der Staatsziele durchgeführt werden dürfen und als solche von Privaten nicht nachahmbar sind.

b) „Wesentliche Staatsaufgaben“ als Verfassungsbegriff

Es fragt sich nunmehr, ob der Inhalt der „wesentlichen Staatsaufgaben“ der deutschen Staatsgewalt vorbehalten ist oder von ihr allgemein oder von Fall zu Fall bestimmt werden kann. Würde es dann genügen, daß ein WF gesetzlich vorgesehen oder gar nur tatsächlich von der öffentlichen

³ BVerfGE 7, S. 377 (397) (Apothekenurteil).

⁴ Dazu krit. *Badura*, P., Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, S. 255 f.

⁵ *Ipsen*, K. P., Gesetzl. Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Festg. f. E. Kaufmann, Stuttgart-Köln 1950, S. 157.

⁶ *Huber*, E. R., Wirtschafts-Verwaltungsrecht, 2. Aufl. I, Tübingen 1953, S. 535.

⁷ *Badura*, P., Verwaltungsmonopol, S. 93.

⁸ *Schick*, W., Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962, S. 931 (932).

⁹ Vgl. dazu *Krüger*, H., Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, Hamburg 1960, S. 47/59.

¹⁰ *Evers*, H.-U., Verbände — Verwaltung — Verfassung, Der Staat 3 (1964), S. 41 f. (56).

¹¹ *Badura*, P., Verwaltungsmonopol, S. 94.