

Prof. Dr. Otto Depenbeuer

Joachimstr. 4
53113 Bonn

**Gutachtliche Stellungnahme
zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines
Niedersächsischen Agrarstruktursicherungsgesetzes
(NASG-E – Stand Dezember 2016)**

Die Ergebnisse der gutachtlichen Stellungnahme in der Zusammenfassung:

1) Die Normierung einer Genehmigungspflicht für den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken unterfällt nur formal dem Begriff des „landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs“, für die das Land Niedersachsen seit der Föderalismusreform 2006 die Gesetzgebungskompetenz innehat. Allerdings erfaßt das Bodenverkehrsrecht nur Genehmigungsvorbehalte „im Zusammenhang mit der baulichen Ordnung“, d.h. der baulichen Nutzung von Grundstücken, nicht aber – wie bei § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E – im Kontext der Bodenverteilung, die auf die Verhinderung der Akkumulation von Grund und Boden zielen. Derartige Regelung liegt jenseits der Gesetzgebungskompetenz des Landes für den „landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr“.

2) In der Sache zielt das NASG-E auf eine Bodenverteilung i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 30 GG, für die allerdings dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zusteht. Da der Gesetzentwurf zudem den kartellrechtlichen Weg zur Abwehr einer „agrarstrukturell nachteiligen Verteilung von Grund und Boden“ zu gehen versucht, scheidet auch aus diesem Grund die Berufung auf Art. 74 Abs. Nr. 30 GG aus, ungeachtet der Frage, ob und inwieweit der Bund insoweit von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat.

3) Die konkurrierende Bundeskompetenz für das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG wäre die sachlich zutreffende Kompetenznorm. Insoweit aber kommt dem Bund die konkurrierende Vollkompetenz zu, so dass das Land Niedersachsen auch insoweit über keine eigene Gesetzgebungszuständigkeit verfügt.

4) Die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E kann ihrem objektiven Regelungsgehalt sowie ihrer Regelungstechnik nach nur auf die konkurrierende Bundeskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG („Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“) gestützt werden. Von dieser aber hat der Bund Gebrauch gemacht. Damit ist ein Gesetzgebungsrecht des Landes Niedersachsen mit kartellrechtlicher Intention gem. Art. 72 Abs. 1 GG gesperrt.

5) § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E greift in die Eigentumsfreiheit der bäuerlichen Familienunternehmer ein, indem er den Verkauf landwirtschaftlicher Flächen einem staatlichen Genehmigungsvorbehalt unterwirft. Insoweit er gleichzeitig auch den Zukauf landwirtschaftlicher Flächen durch bäuerliche Familienunternehmer einem staatlichen Genehmigungsvorbehalt unterwirft, greift er zudem in deren Berufsfreiheit ein.

6) NASG-E sowie die Entwurfsbegründung benennen kein klar konturiertes Gemeinwohlziel, das die vorgesehene Genehmigungspflicht plausibel begründen könnte. Stattdessen rekurrieren sie auf ein diffuses Zielbündel, das aber weder einzeln für sich noch in der Summe den Grundrechtseingriff plausibel als legitim zu rechtfertigen in der Lage ist.

7) Soweit der Gesetzentwurf – kompetenzwidrig – die Entstehung marktbeherrschende bäuerlicher Familienbetriebe zu verhindern sucht, bleibt er eine plausible und empirisch belegte Begründung der abzuwehrenden Gefahren ebenso schuldig wie nachvollziehbare Kriterien für die in Ansatz gebrachten Richtwerte. Insbesondere der Bezug der Marktbeherrschung auf den „Markt einer Gemarkung“ ist nicht nachvollziehbar.

8) Die den Gesetzentwurf durchziehende Unterscheidung von kleinen bäuerlichen Familienbetrieben (mit weniger als 350 ha) und großen bäuerlichen Familienbetrieben (mit mehr als 350 ha Fläche) wird vom Gesetzgeber nicht ansatzweise plausibilisiert. Ein sachgerechter Grund für die Differenzierung ist nicht erkennbar.

Gliederung

A. Gegenstand

- I. Anlass und Gegenstand der gutachtlichen Stellungnahme
- II. Verfassungsrechtliche Problemstellungen – Überblick über den Gang der Untersuchung

B. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen

- I. System der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung
- II. Zielsetzungen des NASG-E
- III. Kompetenzrechtliche Zuordnung des NASG-E
 1. „Landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr“
 2. „Bodenverteilung“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 30 GG
 3. „Bodenrecht“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG
 4. „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG
- IV. Zwischenergebnis: keine Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen

C. Materielle Verfassungsmäßigkeit: Eingriff in Freiheitsrechte

- I. Betroffene grundrechtliche Schutzbereiche
 1. Eigentum, Art. 14 Abs. 1 GG
 2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
 3. Gleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG
- II. Legitime Gemeinwohlinteressen
 1. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers
 2. Präzise Bestimmung des Gemeinwohls als Verfassungsgebot
 3. Diffuses Bündel von Zielsetzungen im NASG-E
- III. „Gewährleistung leistungsfähiger, nachhaltig wirtschaftender bäuerlicher Familienbetriebe“
- IV. „Agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden“
- V. „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“
 1. Legitimität des abstrakten Ziels
 2. Geeignetheit – Gemarkung als relevanter Markt?
 3. Erforderlichkeit
- VI. Gleichheitswidrige Differenzierung

A. Gegenstand

I. Anlass und Gegenstand der gutachtlichen Stellungnahme

Der Verband „Familienbetriebe Land und Forst e.V.“ hat mich um die gutachterliche Prüfung des Entwurfs eines „Gesetzes zur Sicherung der bäuerlichen Agrarstruktur in Niedersachsen (Nds. Agrarstruktursicherungsgesetz – NASG)“ beauftragt. Insbesondere hat er mich gebeten, verfassungsrechtlich der Frage nachzugehen, ob „der in § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) in Verbindung mit Abs. 2 Entwurf zum NSAG geregelte Ausschluss von Landwirten vom landwirtschaftlichen Bodenmarkt, die eine nach dem Gesetz definierte „marktbeherrschende Stellung“ haben sollen, mit dem Grundgesetz, insbesondere Art. 14 GG, Art. 12 GG, Art. 3 GG vereinbar [ist] und [ob] dem Land überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für eine solche willkürlich gewählte Größenbegrenzung landwirtschaftlicher Unternehmen zu[steht].“ Zudem soll die Frage erörtert werden, „ob eine Größenbegrenzung überhaupt, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen, durch einen Landesgesetzgeber geregelt werden kann. Die in dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Größenansätze (§ 9 Abs. 2 Satz 1 1. und 2. Alt. Entwurf NSAG) erscheinen willkürlich gewählt. Zudem könne man 350 ha (d.h. ca. das fünffache der durchschnittlichen Betriebsgröße) in der Lüneburger Heide nicht mit 350 ha in Friesland vergleichen.“ Weitergehende verfassungsrechtliche Bedenken sollten nicht und sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

II. Verfassungsrechtliche Problemstellungen – Überblick über den Gang der Untersuchung

Vorliegender Gesetzentwurf soll für das Land Niedersachsen an die Stelle des Grundstückverkehrsgesetzes (GrdstVG) aus dem Jahre 1961 treten.¹ Seit der Föderalismusreform im Jahre 2006² erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 74 Nr. 18 GG nicht mehr auf den landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr. Von der neuen Gesetzge-

¹ Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz - GrdstVG) vom 28.07.1961, zuletzt geändert durch Art. 108 G v. 17.12.2008 I 2586.

² 52. Änderungsgesetz v. 28. 8. 2006 (BGBl. I 2034).

bungskompetenz will das Land mit vorliegendem Gesetzentwurf Gebrauch machen. Im Unterschied zum noch geltenden GrdstVG darf nach dem NASG-E die Genehmigung einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks auch dann versagt werden, wenn durch den Grundstückserwerb der Erwerber eine „marktbeherrschende Stellung“ erlangt.

Verfassungsrechtlich wirft der § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E vor allem zwei Fragen auf: die nach der Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen (nachfolgend B.) und die nach der Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe, die auf eine Begrenzung des Zukaufs landwirtschaftlicher Flächen zielen (nachfolgend C.). Insoweit wird der Schwerpunkt der Untersuchung in der Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Zielsetzungen des Gesetzentwurfs liegen, die nicht nur kompetenzrechtliche Relevanz besitzen, sondern auch geeignet sind, die eigentliche legislative Zielsetzung zu verdunkeln und damit eher dazu geeignet sind, sich als legitime Rechtfertigungsgründe selbst zu dementieren.

B. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen

I. System der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung

Erste Voraussetzung für ein verfassungskonformes Landesgesetz ist eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen für das Niedersächsische Agrarstruktursicherungsgesetz (NASG-E), insbesondere für die Regelung des Genehmigungsvorbehalts in § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E. Dafür spricht vermutlich das System der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung in Art. 70 GG, wonach „die Länder das Recht der Gesetzgebung (sc. haben), soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“ Welcher Kompetenztitel im konkreten Fall einschlägig ist, bestimmt sich nicht nach den jeweiligen subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers, sondern nach den objektiven Regelungsgehalt der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen. Maßgeblich ist insoweit, ob ein Gesetz eine Kompetenznorm nur „berührt“ oder ob es die Kompetenznorm unmittelbar regelt,³ bzw. ob es kompetenzrechtlich ein „allgemeines“ Gesetz ist, oder eine „kompetenzthematisches“ Sonderrecht bildet.⁴ Dabei ist nicht allein die isolierte Rechtsnorm, sondern der Regelungszusammenhang

³ Rengeling, Gesetzgebungszuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. VI, 2008, § 135 Rd. 45 Rn. 42 mwN.

⁴ Pestalozza, Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat, in: DÖV 1972, S. 183.

maßgeblich.⁵ Konkret bedeutet dies, dass zunächst der Regelungsgehalt § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E ermittelt werden muss (nachfolgend u. II.) und sodann kompetenzrechtlich unter Berücksichtigung des Normzwecks, der Normwirkung, der betroffenen Adressaten, des Regelungszusammenhangs und ggf. der Verfassungstradition zu qualifizieren ist (nachfolgend u. III.).⁶

II. Zielsetzungen des NASG-E

Zweck des NASG-E insgesamt ist ausweislich des § 1 die Abwehr von Gefahren und erheblichen Nachteilen für die Agrarstruktur und damit für den ländlichen Raum durch eine agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden. Agrarstrukturelles Ziel ist insbesondere die Gewährleistung leistungsfähiger, nachhaltig wirtschaftender, bäuerlicher Familienbetriebe sowie eine Dämpfung des Anstiegs der Boden- und Pachtpreise. Mit dieser Zielsetzung statuiert § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E die Genehmigungspflichtigkeit für rechtsgeschäftliche Veräußerungen eines Grundstücks,⁷ die versagt oder mit Auflagen versehen werden kann, wenn die Veräußerung eine agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden i.S.d. § 1 bedeutet oder erwarten lässt. Eine solche ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E dann anzunehmen, wenn die Erwerberin oder der Erwerber eine marktbeherrschende Stellung am Bodenmarkt hat oder durch den Erwerb erlangt. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 NASG-E liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, wenn eine Erwerberin oder ein Erwerber einen Anteil von 25 Prozent oder mehr an der landwirtschaftlichen Fläche auf dem regionalen Bodenmarkt im Eigentum hat oder wenn ein Betrieb einen Flächenbestand hat, der den der landesweit durchschnittlichen Betriebsgröße in Hektar um das Fünffache übersteigt. Nach § 9 Abs. 2 S. 2 NASG-E besteht der regionale Bodenmarkt aus der Gemarkung, in der das Grundstück liegt.

⁵ BVerfGE 98, 265, 299.

⁶ Vgl. BVerfGE 8, 260, 270, st. Rspr. – *Rengeling* (Fn 3), Rn. 45; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 70 Rn. 57.

⁷ Ferner die nach § 4 Abs. 2 NASG-E gleichgestellte Rechtsgeschäfte.

III. Kompetenzrechtliche Zuordnung des NASG-E

1. „Landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr“

a) Die Begründung des Gesetzentwurfs⁸ selbst verweist für seine kompetenzrechtliche Qualifikation auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Tatsächlich beschränkt sich seit der Föderalismusreform 2006 die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf den städtebaulichen Grundstücksverkehr, sodass der landwirtschaftliche Grundstücksverkehr seither gem. der Regelvermutung des Art. 70 GG in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt.⁹ Die Kompetenz zur Regelung des landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs ist seither nicht mehr Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes, sondern kann von den Ländern in eigener Verantwortung geregelt werden.

b) Zum Gesetzgebungstitel „Recht des Grundstücksverkehrs“ zählen die Rechtsnormen über den Erwerb, die Veräußerung, Belastung und Verpachtung von Grundstücken.¹⁰ Dieses Recht schließt auch das Bodenverkehrsrecht ein, d.h. die Vorschriften darüber, inwieweit Eigentums- und sonstige Rechtsänderungen an Grundstücken einer Genehmigungspflicht unterliegen.

c) Aus diesem normativen Befund auf die kompetentielle Unbedenklichkeit des NASG-E zu schließen, wäre indes voreilig. Denn das Bundesverfassungsgericht hat in einem Rechtsgutachten zur Auslegung des Kompetenztitels aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG das Bodenverkehrsrecht dem Bund nur insoweit zugesprochen, als es „im Zusammenhang mit der baulichen Ordnung“ steht.¹¹ Insoweit stellt sich die Frage, ob die nach dem NASG-E genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte überhaupt die „bauliche Ordnung“ betreffen. Daran bestehen durchgreifende Zweifel. So bezieht sich die auf § 9a BauGB gestützte Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung - BauNVO)¹² nur auf die für „die Bebauung vorgesehenen Flächen nach der allgemeinen Art ihrer baulichen Nutzung“ (§ 1 BauNVO) und nicht

⁸ Unter Begründung A.I.

⁹ So ausdrücklich BT-Drs. 16/813 S. 13.

¹⁰ Vgl. Maunz/Dürig, Kommentar, Art. 74, Rn. 199.

¹¹ So expressis verbis BVerfGE 3, 407, 429.

¹² Vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1548).

etwa auf die Größe von Grundstücken, auf denen ggf. gebaut werden kann. Daraus folgt: nicht jede Normierung einer Genehmigungspflichtigkeit von Grundstücksveräußerungen unterfällt dem Begriff des „landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs“, sondern nur, sofern diese Genehmigungsvorbehalte die „bauliche Nutzung“ zum Gegenstand haben. Die im NASG-E vorgesehene Genehmigungspflicht zielt aber gerade nicht auf die bauliche Nutzung, sondern auf die Verhinderung der Akkumulation von Grund und Boden in einer Hand. Dies aber ist Thema des weiterhin zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zählenden „Bodenrechts“ bzw. der Bodenverteilung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 30 GG (nachfolgend 2.).

d) Hinzu kommt: Kompetenzrechtlich entscheidend für die Berufung auf den Kompetenztitel „landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr“ ist nicht die formale Einkleidung einer Regelung (Statuierung von Genehmigungspflichten), sondern deren sachliche Zielsetzung. Zwar soll es nach § 1 NASG-E Zweck des Gesetzes sein, „Gefahren und erhebliche Nachteile für den ländlichen Raum durch eine agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden abzuwehren“. Doch kompetenzrechtlich maßgeblich ist nicht, was der Landesgesetzgeber vorgibt, zu wollen, sondern was er tatsächlich normativ regelt. Daher müssen die einzelnen Normen kompetentiell auf ihren objektiven Zweck hin analysiert werden. Andernfalls könnte der Gesetzgeber durch einfachrechtliche Proklamation eines vorgeblichen Schutzzweckes verfassungsrechtlich festgelegte Gesetzgebungskompetenzen usurpieren. Hier nun zeigt sich, daß sich hinter der „agrarstrukturellen“ Motivation des Gesetzes eine ganz andere Intention verbirgt:

Der zu begutachtende Gesetzentwurf will gar nicht den Bodenverkehr hinsichtlich der baulichen Nutzung regeln, sondern hat das Bodenrecht resp. die Bodenverteilung im Auge. Das zeigt sich schlagend in den Gesetzesbestimmungen und -begründungen. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E verfolgt aus objektiver Sicht die Verhinderung von Flächenzukaufen zur Vermeidung von unerwünschten Größenkonzentrationen. Der Weg dahin führt über den Umweg des Kartellrechts, durch das die wirtschaftliche Machtstellung großer landwirtschaftlicher Betriebe durch Begrenzung von Zukäufen begrenzt werden soll. Die Genehmigungspflichten für den Grundstücksverkehr sollen die Entstehung marktbeherrschender landwirtschaftlicher Unternehmen verhindern. Tatsächlich entpuppt sich § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E unter Berücksichtigung des Normzwecks, der Normwirkung und der betroffenen Adressaten also als genuin kartellrechtliche Regelung. Dafür spricht auch, dass mit dem (Bundes-) Gesetz über Maßnah-

men zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe¹³ ein bundesrechtliches Gesetzeswerk existiert, das auf Grundlage der früheren Bundeskompetenz für landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a.F.) erlassen wurde und dass explizit keine § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E vergleichbare kartellrechtliche Regelung enthält. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E ist daher – auch unter Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Verfassungstradition – nicht dem Grundstücksverkehr, sondern der Gesetzgebungskompetenz zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung im landwirtschaftlichen Bereich zuzuordnen. Zwar mögen die Regelungen agrarstrukturelle Auswirkungen haben; jedenfalls aber sind sie nicht „kompetenzthematisch“.

2. Bodenverteilung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 30 GG)

Kompetenzthematisch einschlägig für das Ziel des NASG-E könnte allerdings die entsprechende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 30 GG (Bodenverteilung) sein. Doch dürfte es sich bei einer Gesamtbetrachtung der materiellen Regelungen des NASG-E im Ergebnis nicht um Bodenverteilung im Sinne dieser Vorschrift handeln. Denn einer Politik der Bodenverteilung liegt ein im Verhältnis zu kartellrechtlichen Maßnahmen, wie sie das NASG-E vorsieht, ein grundlegend anderer Ansatz zu Grunde. Während kartellrechtliche Maßnahmen präventiv – etwa über Verbote oder öffentlich-rechtliche Genehmigungsvorbehalte – die Entstehung von Anbieterkartellen im Sinne eines gesunden Marktfunktionierens und damit letztlich zu Gunsten der Verbraucher beabsichtigen, zielt der historisch geprägte und politisch aufgeladene Begriff der „Bodenverteilung“ auf eine „Bodenreform“¹⁴, die unter anderem eine „Zerschlagung der großen Güter“¹⁵ zum Inhalt haben. Intendiert ist nicht die partielle Lenkung des Grundstücksverkehrs durch öffentlich-rechtliche Genehmigungsvorbehalte, sondern vielmehr die grundlegende Erfassung, Neuordnung und Neuzuweisung einer Vielzahl von Grundstücken. Dem Gedanken der Bodenreform (Nr. 30) liegt insofern ein zentralverwaltungswirtschaftlicher bzw. sozial-verteilungspolitischer, dem Gedanken der Verhinderung marktbeherrschender Stellungen (Nr. 16) hingegen ein marktwirtschaftssichernder Ansatz zugrunde.

¹³ Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG) vom 28.07.1961 (BGBl. I S. 109), zuletzt geändert durch Art. 108 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586).

¹⁴ Degenhart, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 80 m.w.N.

¹⁵ Degenhart, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 80 m.w.N.

Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf zwar die Bodenverteilung zu regulieren sucht, sich aber nicht nur nicht zu dieser Umverteilungspolitik kompetenzrechtlich offen bekennt, sondern durch Regelungen nach dem Vorbild des Kartellrechts zu camouflieren sucht. Er will Bodenverteilungspolitik mit den Mitteln des Kartellrechts betreiben. Da der Gesetzentwurf den kartellrechtlichen Weg zu gehen versucht, scheidet mithin schon aus diesem Grund die Berufung auf Art. 74 Abs. Nr. 30 GG aus.

3. Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG)

Tatsächlich wäre für die angestrebte materielle Zielsetzung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E die konkurrierende Bundeskompetenz für das Bodenrecht die sachlich zutreffende Kompetenznorm. Zur Materie „Bodenrecht“ gehören nach dem Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts „solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln.“¹⁶ Dazu zählt das Gericht neben der Baulandumlegung auch die Zusammenlegung von Grundstücken: „Die Vorschriften über Baulandumlegung und Zusammenlegung von Grundstücken sollen die Rechtsgrundlage dafür schaffen, Grundstücke so umzuformen, dass nach Größe und Form zur Bebauung geeignete Flächen entstehen. Solche Maßnahmen setzen die Möglichkeit von Eingriffen in das Privateigentum voraus. Es sind also bodenordnende Maßnahmen. Deshalb gehören diese Materien nach der unter Nr. 1 gegebenen Begriffsbestimmung zum Bodenrecht. Die Bundeszuständigkeit wird auch von keiner Seite bestritten.“

Diesen Ausführungen ist auch heute nichts hinzuzufügen. Im Ergebnis steht für die materielle Zielsetzung des NASG-E nicht dem Land, sondern dem Bund die konkurrierende Vollkompetenz zu, die er mit dem BauGB wahrgenommen hat. Auch insoweit kann sich das Land Niedersachsen also nicht auf eine eigene Gesetzgebungszuständigkeit berufen.

¹⁶ BVerfGE 3, 407, 424 ff.

4. „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG)

a) Kompetenzthematisch unterfällt die zu begutachtende konkrete Regelung § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E daher – wie bereits angedeutet – der Gesetzgebungskompetenz zur „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG. Diese ist einschlägig, wenn der „Überlegenheit des Könnens, Durchsetzens und Herrschens im wirtschaftlichen Bereich“¹⁷ Grenzen gesetzt werden sollen. Dabei ist allgemein anerkannt, dass der Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG („Verhütung des Missbrauchs“) keine Einschränkung dahingehend enthält, dass lediglich der illegitime Missbrauch in Abgrenzung zum legitimen Gebrauch wirtschaftlicher Machtstellung eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründete. Auch die präventive Begrenzung wirtschaftlicher Macht wird von Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG erfasst,¹⁸ sodass Fusionskontrollen oder Kartellverbote vom Bund geregelt werden können.

b) Für eine Einordnung der Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG spricht vor allem, dass mit Regelungsstruktur und dem Tatbestandsmerkmal „marktbeherrschender Stellung“ (etwa in § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Abs. 2 NASG-E) an eine typisch kartellrechtliche Terminologie (vgl. etwa § 18 GWB) angeknüpft wird. So verfolgt § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E denn auch das Ziel, das Entstehen einer wirtschaftlichen Übermacht durch Eingriffe in privatautonome Wirtschaftsentscheidungen zu verhindern. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E ist somit in Zielsetzung, Funktion und Wirkweise unmittelbar vergleichbar mit kartellrechtlichen Fusionskontrollen. Die Norm soll zu Gunsten der mittelständischen bzw. kleinbäuerlichen Betriebe „eine Dämpfung des Anstiegs der Boden- und Pachtpreise“ (§ 1 NASG-E) mit kartellrechtlichen Mitteln bewirken.

c) Dass in derartigen Fallkonstellationen die konkurrierende Bundeskompetenz für das Kartellrecht maßgeblich ist und nicht die Landeskompetenz für den landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr verdeutlicht der Vergleich mit der Pressefusionskontrolle. Bei der Pressefusionskontrolle nach den § 35 i.V.m. § 36 Abs. 3 GWB werden für Zusammenschlüsse von Zeitungsunternehmen bestimmte Anforderungen bundesgesetzlich vorgegeben. Die Pressefusionskontrolle wird dabei auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) gestützt und gerade nicht auf das Presserecht, das ausschließlich den Ländern

¹⁷ *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 74 Rn. 191.

¹⁸ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 65; Im Ergebnis so auch *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 74 Rn. 192; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 74 Rn. 194.

vorbehalten ist.¹⁹ Anknüpfungspunkt ist nämlich kein pressenspezifisches Ziel, sondern lediglich das Presseunternehmen als solches.²⁰ Ebenso liegt der Fall hier: § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E regelt kein landwirtschaftliches Spezifikum. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E zielt nur auf landwirtschaftliche Großunternehmen zur Eindämmung von Größenkonzentrationen. Regelungen, die aus kartellrechtlichen Erwägungen heraus in die Privatautonomie eingreifen, unterfallen aber stets Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG, auch wenn dadurch die Agrarstruktur mittelbar berührt wird.

Von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG, Gesetze zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung zu erlassen, hat der Bund mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umfassend Gebrauch gemacht. Damit schon ist jede Landesgesetzgebung mit kartellrechtlicher Intention gem. Art. 72 Abs. 1 GG ausgeschlossen. Die Landwirtschaft hat zudem im fünften Abschnitt in § 28 GWB als Unterpunkt des Teils „Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche“ ein eigenes Regelungsregime erfahren. Es sind keinerlei Anzeichen erkennbar, dass der Bundesgesetzgeber Regelungsbereiche absichtlich ungeregelt ließ und sie dem Landesgesetzgeber zur Regelung überlassen wollte. Nicht einmal zu einer davon abweichenden Regelung ist der Landesgesetzgeber gem. Art. 72 Abs. 3 GG befugt.

IV. Zwischenergebnis: keine Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen

Dem Land Niedersachsen fehlt für § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E die Gesetzgebungskompetenz. Die Berufung des Gesetzesentwurfs auf die Landeskompentenz zur Regelung des landwirtschaftlichen Bodenverkehrs erweist sich als eine Form des Erschleichens einer Landeskompentenz für das landwirtschaftliche Kartellrecht. Tatsächlich handelt es sich um Bodenverteilungspolitik in der rechtlichen Einkleidung des Kartellrechts. Auf keinen der in Betracht kommenden Kompetenztitel kann sich das Land Niedersachsen indes berufen.

¹⁹ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 66 m.w.N.

²⁰ *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 74 Rn. 196.

C. Materielle Verfassungsmäßigkeit – Eingriff in Freiheitsrechte

§ 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E sieht sich darüber hinaus auch durchgreifenden Bedenken hinsichtlich seiner materiellen Verfassungsmäßigkeit gegenüber. Denn er greift ohne zureichende Rechtfertigung in die Grundrechte der betroffenen Landwirte ein. In Betracht kommen insoweit Eingriffe in die grundrechtlichen Gewährleistungen der Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.

I. Betroffene grundrechtliche Schutzbereiche

1. Eigentum, Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 GG schützt als Eigentum die rechtliche Zuordnung eines vermögenswerten Gutes an einen Rechtsträger. Dazu gehört auch das Recht am „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“,²¹ das sich selbstredend auch auf landwirtschaftliche Gewerbebetriebe erstreckt.²² In dieses Eigentumsrecht des Veräußerers greift § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E mit seinem Genehmigungsvorbehalt bei landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr ein. Die Norm ermächtigt die nach § 28 NASG-E zuständigen Behörden, die Veräußerung eines Grundstücks zu versagen, wenn eine „agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden“ zu erwarten ist, was insbesondere dann der Fall sein soll, wenn „der Erwerber dadurch eine marktbeherrschende Stellung am Bodenmarkt hat oder durch den Erwerb erlangt.“ Seinem materiellen Inhalt nach enthält dieser Tatbestand eine gesetzliche Beschränkung der Veräußerungsbefugnis für landwirtschaftliche Grundstücke. Es handelt sich somit um eine den Inhalt des Rechtsinstituts Eigentum bestimmende Norm.²³ Veräußerungsverbote berühren den Kernbereich der Freiheit eines Grundeigentümers und sind eines der „schwersten Eingriffe in diesen Freiheitsbereich des Eigentümers“.²⁴ Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E greift also in den Schutzbereich des Art. 14 GG ein und ist hieran zu messen.

²¹ Zum Problem: *Depenbeuer*, in: Mangoldt/Klein, Band 1, 6. Aufl., 2010, Art. 14, Rn. 132 ff. m.w.N.

²² Vgl. näher: *Depenbeuer/Froese*, Eigentumsgrundrecht und Agrarwirtschaft, in: Ines Härter (Hg.), Handbuch des Fachanwalts Agrarrecht, 2012, S- 60 ff.

²³ BVerfGE 14, 263, 278; 21, 72, 79; 26, 215, 222.

²⁴ So wörtlich BVerfGE 26, 215, 222.

Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet, dass Inhalt und Schranken des Eigentums durch den Gesetzgeber bestimmt werden. Eine solche Regelung muß die grundlegende Entscheidung des Grundgesetzes zugunsten des Privateigentums beachten, sich aber auch mit allen anderen Verfassungsnormen in Einklang halten, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. In diesem Kontext hat das Bundesverfassungsgericht schon früh klargestellt: „Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Veräußerungsbeschränkungen ist insbesondere folgendes zu berücksichtigen: Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Privateigentum als Rechtsinstitut. Diese Garantie sichert einen Grundbestand von Normen, die das Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung umschreiben (BVerfGE 24, 367 [389]). Hierzu gehört grundsätzlich die Freiheit des Eigentümers, sein Eigentum veräußern zu dürfen. Diese Befugnis ist auch ein elementarer Bestandteil der Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung. Ein Veräußerungsverbot gehört somit zu den schwersten Eingriffen in diesen Freiheitsbereich des Bürgers. Daher kann nicht jedes nur denkbare öffentliche Interesse eine Beschränkung rechtfertigen; es müssen vielmehr solche Gründe des allgemeinen Wohles vorliegen, denen auch bei Beachtung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor dem grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers zukommt.“²⁵

Gegen den Eingriffscharakter des Veräußerungsverbots kann nicht eingewandt werden, dass insoweit nach § 11 NASG-E Vorkaufsrechte – von Landwirten in der gleichen Gemarkung, gemeinnützigen Siedlungsverbänden und Gemeinden – bestehen, der Eigentümer also in jeden Fall sein Grundstück verkaufen darf. Denn zum einen gehört es auch zur Freiheit eines Eigentümers, sein Eigentum an einen Käufer seiner Wahl zu verkaufen. Zum anderen könnte das vorrangige Vorkaufsrecht der Gemeinden auch die institutionelle Entscheidung des Grundgesetzes für eine freiheitliche Eigentumsordnung tangieren: wenn jeder privatrechtliche Verkauf eines Grundstücks mit einem staatlichen Vorkaufsrecht belastet wäre, würde sich der Umfang des Staatseigentums massiv und in verfassungsrechtlich bedenklicher Weite ausweiten.²⁶

²⁵ So ausdrücklich das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 26, 215, 222.

²⁶ Dazu demnächst umfassend: *Depenheuer/Kabl* (Hg.), *Staatseigentum*, 2017.

2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Auch das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist vorliegend in der Ausprägung der Berufsausübungsfreiheit betroffen. Denn Landwirten ist es in den Fällen des § 9 NASG-E nicht mehr möglich, ihren Betrieb durch Zukauf landwirtschaftlicher Flächen zu erweitern. Zweifelhaft könnte insoweit allenfalls sein, ob die für einen Grundrechtseingriff notwendige „berufsregelnde Tendenz“ vorliegt. Hierzu ist nämlich erforderlich, dass die staatliche Maßnahme gerade auf die Regelung der Berufsausübung als solche abzielt oder sich zumindest unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt.²⁷ Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1969 in Ansehung von Ablehnungen einer Genehmigung nach dem GrdstVG verneint: „Dieses Grundrecht (sc. der Berufsfreiheit) kommt als Maßstabnorm für solche Bestimmungen in Betracht, die sich gerade auf die berufliche Betätigung beziehen und diese unmittelbar zum Gegenstand haben (BVerfGE 13, 181 [185]). Ein solcher unmittelbarer Bezug zur beruflichen Tätigkeit besteht bei den Vorschriften des Grundstücksverkehrsgesetzes nicht. Der Erwerb forstwirtschaftlicher Grundstücke ist weder für den Beruf des Forstwirts noch für seine Ausübung wesentlich. Das Gesetz hindert auch niemand, Forstwirt zu werden oder sich in diesem Beruf zu betätigen.“²⁸

Diese Rechtsprechung dürfte heute als dogmatisch überhohlt anzusehen sein. Wettbewerbsrechtliche Beschränkungen der Betriebsentwicklung – Verbot des Ankaufs von Investitionsmitteln, Unternehmen, Grundstücken – haben erhebliche Auswirkungen auf die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit z.B. des landwirtschaftlichen Unternehmers. Sie entscheiden über die Zukunftsfähigkeit und den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen. Wenn staatliche Investitionslenkung beim Kauf oder Verkauf von Liegenschaften nicht schon als Regelung der Berufsausübung selbst zu qualifizieren ist, dann haben sie jedenfalls – in den Worten des Verfassungsgerichts – unmittelbare Auswirkungen auf die berufliche Tätigkeit eines Unternehmers. Gerade dagegen schützt Art. 12 GG auch den landwirtschaftlichen Unternehmer.²⁹

²⁷ Vgl. BVerfGE 95, 267, 302, st. Rspr.

²⁸ BVerfGE 21, 72, 85.

²⁹ Vgl. BVerfGE 7, 232, 241 ff.; 25, 1, 11 ff.; 39, 210, 225 ff.; 40, 196, 218 ff. – Näher: Breuer, Freiheit des Berufs, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 170, Rn. 89 mwN.

3. Gleichheit, Art. 3 GG

Schließlich dürfte in der vorliegenden Fallkonstellation auch eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung der im Wettbewerb stehenden bäuerlichen Betriebe anzunehmen sein. Der Gesetzentwurf differenziert zwischen zwei Kategorien von „bäuerlichen Familienunternehmen“. Die Erwerbsrestriktionen des § 9 Abs. 2 gelten nur für „marktbeherrschende Betriebe“, nicht hingegen für kleinere bäuerliche Familienbetriebe. Damit stellt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur die Frage nach dem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von großen landwirtschaftlichen Betrieben im Verhältnis zu den kleinen, sondern vor allem auch die Frage nach der sachlichen Begründungsfähigkeit der Differenzierungsparameter – Marktbeherrschung bzw. 25%-Anteil am regionalen Bodenmarkt – als solcher.

II. Legitime Gemeinwohlinteressen

Eingriffe in die Grundrechte der Art. 14, 12 und 3 GG sind verfassungsrechtlich nicht a priori unzulässig, wohl aber bedürfen sie einer Rechtfertigung aus legitimen Gründen des gemeinen Wohls, um den Freiheits- resp. Gleichheitsanspruch des Grundrechtsträgers verfassungskonform begrenzen zu können. Dafür hat das Verfassungsgericht ein striktes Prüfprogramm vorgezeichnet: Grundrechtseingriffe bedürfen zunächst eines legitimen Allgemeinwohlgrundes, in Ansehung dessen sich die konkreten zur Prüfung gestellten Maßnahmen dahingehend bewähren müssen, ob sie insoweit geeignet, erforderlich und die Grundrechte nicht übermäßig zurückdrängen. Vorliegend bestehen bereits erhebliche Zweifel am Vorliegen eines substantiierten und in sich schlüssigen Gemeinwohlgrundes für die in § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E vorgesehene Genehmigungspflicht für den landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr, d.h. für die Ermächtigung zu Veräußerungs- und Erwerbsverboten.

1. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Jede Ausübung eines Grundrechts muß legitimen Belangen des Gemeinwohls weichen. Klassisch formuliert bereits das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten von 1794 diesen Grundsatz: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und

Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen“.

Bei der Verfolgung seiner Gemeinwohlverpflichtung verfügt der demokratisch legitimierte Staat grundsätzlich über ein weites politisches Gestaltungsermessen: „Der Gesetzgeber ist durch das Grundgesetz nicht gehindert, die ihm sachgerecht erscheinende Agrarpolitik im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit zu verfolgen. Ob er einen völlig freien oder einen gebundenen Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken für notwendig und zweckmäßig hält, obliegt seiner politischen Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht kann nur darüber befinden, ob die gesetzliche Regelung mit den Normen des Grundgesetzes, insbesondere den Grundrechten, in Einklang steht. [...]. Das Bundesverfassungsgericht hat daher nicht zu prüfen, ob andere Regelungen des Grundstücksverkehrs möglich und zweckmäßig wären.“³⁰ Wohl aber muß der Gesetzgeber seine Ziele offen und präzise aufweisen. Denn nur in Ansehung dieser Ziele kann die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs und Grundrechte überprüft werden.

2. Präzise Bestimmung des Gemeinwohls als Verfassungsgebot

Grundrechtseingriffe zum Wohl der Allgemeinheit bedürfen also einer klaren und präzisen, auf nachprüfbaren Tatsachen basierenden Bestimmung des je verfolgten Gemeinwohlzieles.³¹ Diese Elementarvoraussetzung eines verfassungskonformen Grundrechtseingriffs zeitigt normative Wirkung vor allem in verfahrensrechtlicher Hinsicht: der Gesetzgeber muss sein Gemeinwohlziel a) offen ausweisen und darf es nicht verbrämen, b) den verfolgten Gemeinwohlzweck im Gesetz hinreichend klar zum Ausdruck bringen, c) die zugrundeliegenden Tatsachen für den gesetzgeberischen Regelungsbedarf nachvollziehbar darlegen und d) für sein Regelungskonzept die demokratische Verantwortung übernehmen. Bei der Bestimmung der generellen Zielsetzung kommt dem Gesetzgeber zwar ein weiter, verfassungsrechtlich nur in äußersten Grenzen kontrollierbarer politischer Gestaltungsspielraum zu. Allerdings muß dieses Ziel in sich schlüssig konzipiert, darf nicht in sich widersprüchliche Zielsetzungen verfolgen und nicht in elementarer Weise auf unzutreffenden Tatsachen bzw. implausiblen Voraussetzungen beruhen.

³⁰ BVerfGE 21, 73, 78.

³¹ BVerfGE 7, 377 (405); 16, 286 (297); 20, 31 (34); 21, 227 (232); 30, 336 (351).

Erst bei Wahrung dieser Elementarvoraussetzungen bildet das gesetzlich abgestrebte Gemeinwohlziel den Maßstab, an dem sich das kontrollierende Gericht orientieren kann und muss. In ihm findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seinen Bezugspunkt.³²

3. Diffuses Bündel von Zielsetzungen im NASG-E

Diesen Voraussetzungen wird der NASG-E kaum gerecht. Er benennt eine Vielzahl von Gemeinwohlgründen, die aber nicht als Abfolge einer fortgesetzten Konkretisierungskette verstanden werden können, sondern gerade in ihrer beliebigen Verschränkung mehr Fragen aufwerfen als beantworten. So benennt der Gesetzentwurf als sein ausdrückliches Ziel in §§ 1 und 9 die „Abwehr von Gefahren und erheblichen Nachteilen für die Agrarstruktur und damit für den ländlichen Raum durch eine agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden.“ Agrarstrukturelles Ziel ist insbesondere die Gewährleistung leistungsfähiger, nachhaltig wirtschaftender, bäuerlicher Familienbetriebe sowie eine Dämpfung des Anstiegs der Boden- und Pachtpreise.“ „Eine agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden liegt nach gesetzlicher Legalsubsumption des § 9 I Nr. 1 lit. b) immer dann vor, wenn „die Erwerberin oder der Erwerber eine marktbeherrschende Stellung am Bodenmarkt hat oder durch den Erwerb erlangt.“ In diesen Fällen kann ein Kauf von landwirtschaftlichen Grundstücken versagt werden. Damit ergeben sich insgesamt fünf unterschiedliche Gemeinwohlgründe:

- Abwehr von Gefahren und erheblichen Nachteilen für die Agrarstruktur;
- Korrektur einer agrarstrukturell nachteiligen Verteilung von Grund und Boden;
- Gewährleistung leistungsfähiger, nachhaltig wirtschaftender, bäuerlicher Familienbetriebe;
- Verhinderung von marktbeherrschenden Stellungen im landwirtschaftlichen Bodenmarkt;
- Dämpfung des Anstiegs der Boden- und Pachtpreise.

Die Abwehr von Gefahren für die Agrarstruktur wird also in einem ersten Schritt mit der Bodenverteilung identifiziert. Die Bodenverteilung soll leistungsfähige Familienbetriebe ermöglichen. Dann aber schlägt die Begründung einen Haken: wenn die Leistungsfähigkeit eines Fa-

³² Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Art. 74 Rn. 425

milienbetriebs sich in einem Wachstum der Betriebsgröße niederschlägt, wird der Familienbetrieb „marktbeherrschend“, was wiederum verhindert werden soll, um die Preisentwicklung zu dämpfen.

Hinsichtlich der Einzelziele innerhalb dieses Zielbündels wird man sicherlich einzelne legitime Gemeinwohlbelange erkennen können. Aber insoweit ergeben sich Rückfragen, die auch die Begründung des Gesetzentwurfs nicht beantwortet. Den Schutz bäuerlicher Familienbetriebe wird man sicherlich als einen legitimen Gemeinwohlbelang anerkennen müssen. Aber dieser Schutz soll offensichtlich nur bis zu einer bestimmten Größe gelten. Warum aber sollen bäuerliche Familienbetriebe nicht organisch wachsen dürfen? Werden sie als marktbeherrschende schutzlose, zu diskriminierende Familienbetriebe? Verliert ein bäuerlicher Familienbetrieb seinen Schutzstatus, wenn er – erfolgreich wirtschaftend – „marktbeherrschend“ geworden ist? Vor allem: was heißt im landwirtschaftlichen Kontext „Marktbeherrschung“? Welche nachweisbare agrarstrukturelle Gefahr soll dadurch eigentlich abgewehrt werden? Besteht die Gefahr nach Ansicht des Gesetzentwurfs im Preisanstieg für landwirtschaftliche Flächen? Dann hätte der Gesetzentwurf hier zumindest Fakten bereitstellen müssen, die eine Kausalität von Betriebsgrößen und Preisbildung ansatzweise als plausibilisierungsfähig erscheinen lassen.

Angesichts dieser und anderer Ungereimtheiten beschränkt sich das Gutachten auf die Frage, ob die Statuierung von Genehmigungspflichten im landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr mit dem Verweis auf den

- Schutz bäuerlicher Familienbetriebe
- dem Ziel einer nicht nachteiligen Verteilung von Grund und Boden und dem
- Schutz vor Marktbeherrschung

rechtfertigen läßt. Dies trifft in Ansehung keiner der genannten Gemeinwohlziele zu:

III. „Gewährleistung leistungsfähiger, nachhaltig wirtschaftender bäuerlicher Familienbetriebe“

In einer freiheitlichen Verfassungsordnung sind die Grundrechtsberechtigten frei, die Art und Weise ihrer beruflichen Tätigkeit zu bestimmen. Das betrifft auch die Entscheidung

über die Art der Bewirtschaftung, die Größe des landwirtschaftlichen Betriebes etc. Beschränkende Eingriffe in diese Freiheiten seitens des Staates können insoweit legitim sein, aber nur zum Schutz vor konkreten Gefahren für vorrangige Gemeinschaftsgüter.

Davon kann aber im Fall des NASG-E nicht die Rede sein. Denn der Gesetzentwurf will durch die Genehmigungspflichten im landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr eine für misslich erachtete Größenkonzentration im landwirtschaftlichen Bereich entgegenwirken. Nicht die bäuerlichen Familienbetriebe schlechthin sind Schutzobjekt des Gesetzes, sondern „eine gute und breit gestreute Verankerung der Ressource ‚Boden‘ in der Gesellschaft“.³³ Mit anderen Worten: das eigentliche Ziel des Gesetzes ist die Bodenverteilung und nicht der Schutz bäuerlicher Familienbetriebe „an sich“. Diese Zielsetzung kann die vorgebliche Regelungsentention des Gesetzes gerade nicht plausibilisieren, nach der nur die kleinen, nicht aber die großen bäuerlichen Familienbetriebe geschützt werden sollen. Unter dem Schutz des NASG-E steht nicht der Schutz der bäuerlichen Familienbetriebe als solcher, sondern nur dann, wenn er so groß ist, wie er nach dem Willen des Gesetzes sein soll.

Zudem: Es ist eine seit Jahrzehnten festzustellende und politisch unterstützte Tendenz, größere und leistungsfähigere Betriebe zu fördern. Wenn es demgegenüber das Ziel des NASG-E sein sollte, kleinteilige historische Strukturen zu bewahren, dann wäre diese Zielsetzung pikanterweise das glatte Gegenteil von dem, was das Bundesverfassungsgericht als Ziel des noch geltenden GrdstVG erkannt hat. Wörtlich führt es aus: „Zweck der Vorschriften (sc. des GrdstVG) ist, die Agrarstruktur zu fördern, nicht aber unzeitgemäße Verhältnisse zu konservieren; es geht nicht darum, den Grundstücksverkehr zu verhindern, sondern ihn im Rahmen der Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur zu halten. Das Genehmigungsverfahren dient nicht der Lenkung des landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs, sondern der Abwehr von Gefahren für die Agrarstruktur. Auf dieses Ziel sind - wie das Bundesverfassungsgericht dargelegt hat - die Versagungsgründe [sc. des GrdstVG] ... ausgerichtet.“³⁴

Danach steht das GrdstVG also im Dienste der Schaffung größerer bäuerlicher Unternehmen und zielt nicht etwa auf die Konservierung hergebrachter Strukturen. Daher fragt das

³³ Gesetzesbegründung, A.I.

³⁴ BVerfGE 26215, 223 f.

Gericht konsequent nach den Auswirkungen von Grundstücksverkehrsgeschäften und gelangt zur Feststellung: „Der Auftrag des EWG-Anpassungsgesetzes, die landwirtschaftlichen Betriebe den Erfordernissen des Gemeinsamen Marktes anzupassen, nötigt zur Entwicklung leistungsstarker Betriebs- und Unternehmensformen, die einen rationellen Einsatz der Produktionsfaktoren Arbeit, Boden und Kapital in der Landwirtschaft ermöglichen. Die Vergrößerung (Aufstockung) leistungsfähiger Betriebe gehört insoweit zu den wesentlichsten Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur (vgl. hierzu auch den in Ausführung des Art. 91 a Abs. 1 Nr. 3 GG von der Bundesregierung dem Parlament zugeleiteten Entwurf eines Gesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe ‚Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes‘ [BTDrucks. V/4090], der die Vergrößerung landwirtschaftlicher Betriebe zu einer Gemeinschaftsaufgabe erklärt). Ohne eine erhöhte Mobilität des Bodens und auch das Ausscheiden bestimmter Betriebe kann dieses Ziel nicht erreicht werden. [...] § 9 Abs. 3 Nr. 1 GrdStVG ist also auf die Erhaltung von bäuerlichen Betrieben angelegt, die nach Flächenumfang, Ortslage und Flurverfassung den Zielen entsprechen, die durch die Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur erreicht werden sollen, und die zugleich die Lebensgrundlage des bäuerlichen Unternehmers und seiner Familie bilden. Die agrarstrukturellen Maßnahmen dienen nicht nur der Verbesserung der sachlichen Grundlagen der Landwirtschaft, sondern vor allem auch der Verbesserung der sozialen Lage der in der Landwirtschaft tätigen Menschen (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 EWG-Anpassungsgesetz). Es soll ‚ein möglichst hohes Einkommen und ein möglichst hoher Sozialstatus für die in der Landwirtschaft Tätigen‘ erreicht werden (Raumordnungsbericht 1968, BTDrucks. V/3958 S. 61).“³⁵

Fazit: Während das Wachstum landwirtschaftlicher Betriebe nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts das agrarstrukturelle Ziel des GrdStVG ist, soll nunmehr bei seinem niedersächsischen Nachfolgegesetz das glatte Gegenteil das „agrarstrukturelle“ Ziel sein. Natürlich ist der Politik unbenommen, eine derartige neue Zielsetzung politisch zu verfolgen. Aber sie muß dann auch diese veränderte Zielsetzung offen benennen und nicht hinter dem vieldeutigen Begriff „Agrarstruktur“ verbergen. Tatsächlich kann der Begriff „Agrarstrukturell“ – wie gesehen – für völlig gegensätzliche Ziele instrumentalisiert werden. Der Begriff besagt und rechtfertigt aus sich heraus absolut nichts: er erweist sich als leere Hohlformel. Möglicherweise erklärt das auch seine vielfältige Verwendung im zu begutachtenden Gesetzentwurf

³⁵ BVerfGE 26, 215, 224 f.

und seiner Begründung. Fazit: Nicht der Schutz aller bäuerlichen Familienbetriebe ist Zielsetzung des Gesetzes und kann deswegen auch nicht das spezifische Regelungskonzept rechtfertigen. Die Frage muß sich daher auf die Rechtfertigung der *differentia specifica* innerhalb dieser Gruppe richten:

IV. „Agrarstrukturell nachteilige Verteilung von Grund und Boden“

Das Ziel einer optimalen, „guten und breit gestreuten Verankerung der Ressource ‚Boden‘ in der Gesellschaft“ kann eine demokratisch legitimierte Politik zu recht verfolgen. Allerdings fehlt dem Land Niedersachsen dafür die Gesetzgebungskompetenz. Die entsprechende Kompetenz für das Bodenrecht bzw. für die Bodenverteilung liegen beim Bund (s.o. B.III).

Doch auch materiellrechtlich kann diese Zielsetzung den vorliegenden Gesetzentwurf verfassungsrechtlich nicht tragen, weil er die „gute Bodenverteilung“ nicht durch unmittelbar daraufhin zielende Vorkehrungen – Mindest- und Maximalgrößen, Verkaufsverpflichtungen einschl. Enteignungen und ggf. Sozialisierung – zu erreichen sucht, sondern mittelbar in der Gewandung kartellrechtlicher Provenienz. Kompetenzthematisch einschlägig ist damit nicht das Bodenrecht resp. die Bodenverteilung, sondern der kartellrechtliche Regelungsansatz des NASG-E. Nur dieser kann Gegenstand verfassungsrechtlicher Begutachtung sein.

V. „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“

1. Legitimität des abstrakten Ziels

Der Gesetzgeber beruft sich für seine Beschränkung des freien Grundstücksverkehrs auf das Ziel, marktbeherrschende Eigentümerstrukturen am Bodenmarkt zu verhindern. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b NASG-E bezweckt – wenn auch kompetenzrechtswidrig – das dem Kartellrecht immanente Verhindern der Entstehung wirtschaftlicher Monopolstrukturen. Doch damit liegt ein legitimer Gemeinwohlgrund allerdings nur in abstracto vor. Wenn der Gesetzgeber in einer freiheitlichen Verfassungsordnung grundrechtlich geschützte Tätigkeiten begrenzt, reguliert oder gar verbietet, dann steht er allerdings in der Pflicht, die konkreten Gefahren darzulegen, denen er mit seinem Handeln entgegentreten oder vorbeugen will.

Die erste sich insoweit konkret stellende Frage ist also die nach dem kartellrechtlichen Regelungsbedarf. Gibt es und ggf. in welchem Umfang gibt es bereits marktbeherrschende Stellungen in der niedersächsischen Landwirtschaft? Haben sie schon zu Fällen des nachweisbaren Mißbrauchs geführt? Welche Konsequenzen – wirtschaftlich, bevölkerungspolitisch, agrarstrukturell, Preisentwicklung – hat die Größenkonzentration in der Landwirtschaft empirisch nachweisbar gezeitigt? Oder handelt es sich insoweit um bloß theoretisch denkbare Möglichkeiten ohne empirisch nachprüfbares Substantiierungspotential? Zu all diesen naheliegenden Fragen schweigt die Gesetzesbegründung. Das gilt auch für den Hinweis auf den Preisanstieg im landwirtschaftlichen Bereich. Bei der unüberschaubaren Vielzahl preisbildender Faktoren bedürfte es einer nachvollziehbaren Begründung, warum es die – tatsächlich vorhandenen oder konkret zu befürchtenden – marktbeherrschender Strukturen sind, die monokausal den Preisanstieg bewirken. Ohne plausible Darlegung einer zumindest abstrakt nachweisbaren und in Einzelfällen empirisch dargelegten Gefahr durch marktbeherrschende Unternehmen, fehlt es in einem freiheitlichen Staat schon an einem legitimen Grund für die im Gesetz vorgesehenen Grundrechtseingriffe.

2. Geeignetheit – Gemarkung als relevanter Markt?

Unterstellt, der Gesetzgeber könnte ein kartellrechtlich zu lösendes Problem plausibel darlegen, stellt sich des Weiteren die Frage, ob insoweit das gesetzgeberische Regelungskonzept in sich schlüssig ist. Konkret: ab welcher Größenordnung eine marktbeherrschende Stellung einzelner Betriebe angenommen werden kann und folglich seine Entstehung verhindert werden muß. Die entscheidende Frage zielt insoweit auf die Bestimmung des relevanten Marktes. Die Antwort des § 9 Abs. 2 NASG-E lautet: die Gemarkung ist der maßgebende „regionale Bodenmarkt“. Daran dürfen allerdings aus elementaren Plausibilitäts Gesichtspunkten durchgreifende Zweifel anzumelden sein.

Gemarkungen sind die drittkleinste Buchungseinheit im Liegenschaftskataster. Kleinste Buchungseinheit im Liegenschaftskataster ist das Flurstück. Flurstücke werden zu Fluren zusam-

mengefasst und Flure zu Gemarkungen. Gemarkungen spiegeln dabei häufig Grenzen ehemaliger Ortschaften und Ortsteile wider, die im Zuge von Gebiets- oder Verwaltungsreformen ihre Selbstständigkeit verloren haben.³⁶

In Bezug auf die Größe einer Gemarkung läßt sich Folgendes feststellen: Die Fläche des Landes Niedersachsen beträgt 47.618 km². Ausweislich der Schlüsseltabelle zu den Kreis,- Gemeinde- und Gemarkungsschlüsseln besteht das Land aus 4677 Gemarkungen. Damit entfällt auf eine Gemarkung durchschnittlich die Fläche von etwa 10,18 km². Dies entspricht ca. 1018 ha je Gemarkung. Daraus folgt: eine Marktbeherrschung wird nach § 9 Abs. 2 NASG-E bei 25% des regionalen Bodenmarktes (= Gemarkung), d.h. bei 250 ha oder 2,5 km² erreicht. Zudem ist per gesetzliche Definition jeder Betrieb, der die landesweit durchschnittliche Betriebsgröße um das Fünffache übersteigt, „marktbeherrschend“. Das sind in Niedersachsen 5 mal 61,8 ha³⁷ = 309 ha. Angesichts dieser Zahlen dürfen hier erhebliche Zweifel – respektive Erläuterungs- und Plausibilisierungsbedarf - angemeldet werden, ob in diesen Fällen vernünftigerweise überhaupt von einer „Marktbeherrschung“ gesprochen werden kann. Innerhalb dieser sehr überschaubaren Flächen kann ein landes- oder bundesweit völlig unbedeutendes Unternehmen schnell „marktbeherrschend“ im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. § 9 Abs. 2 NASG-E werden, ohne dass eine tatsächliche Marktbeherrschung im überörtlichen Bereich besteht. Zudem läßt die unwiderlegbare Fiktion einer marktbeherrschenden Stellung, wenn ein Betrieb über einen Flächenbestand verfügt, der das Fünffache der landesweit durchschnittlichen Betriebsgröße übersteigt, regionale Unterschiede hinsichtlich Flächenstruktur, Größe, Nutzbarkeit und Bewirtschaftungsvarianten völlig außer Acht. Die Vorschriften erweisen sich demnach durchgängig als viel zu pauschal, undifferenziert und schon deswegen nicht plausibilisierungsfähig. Auf bloße Behauptungen aber lassen sich tiefgreifende Grundrechtseingriffe wie die hier zu Beurteilenden nicht stützen.

Diese Zweifel werden noch verstärkt, wenn man die nichtssagenden Antworten der Landesregierung auf eine kleine Anfrage auf sich wirken läßt, die just auf diesen wunden Punkt der Gesetzesbegründung zielt, und die deswegen nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben werden sollen:³⁸

³⁶ Quelle: Landesamt für Geoinformation und Landesvermessung Niedersachsen [LGLN]

³⁷ Vgl. Statistisches Bundesamt, Landwirtschaft auf einen Blick, 2011, S. 7.

³⁸ Niedersächsischer Landtag – 17. Wahlperiode Drucksache 17/6835), S. 5 f.

„11. Wie beurteilt die Landesregierung vor dem Hintergrund der Antworten auf die Fragen 9 und 10 die Sinnhaftigkeit der Annahme, ab einem Flächenanteil von 25 % in einer Gemarkung handle es sich unabhängig von der Gemarkungsgröße und der Struktur der Flächennutzung um eine marktbeherrschende Stellung? – (Antwort) Die Gemarkungen sind eine gute Annäherung zur Feststellung einer landwirtschaftlichen Region. Die Feststellung einer den Bodenmarkt dominierenden Stellung ist unabhängig davon, ob es sich um eine Grünland-, Ackerland oder Tierhaltungsregion handelt.

12. Hätte die 25-Prozent-Regelung in einer kleinen Gemarkung, in deren Gebiet drei kleine Landwirte alle Flächen zu jeweils einem Drittel bewirtschaften, zur Konsequenz, dass große Landwirte aus einer benachbarten deutlich größeren Gemarkung bei Flächenkauf und Flächenpacht in der kleinen Gemarkung bevorzugt werden? – (Antwort): Für den „großen Landwirt“ aus der benachbarten „deutlich größeren Gemarkung“ würde gegebenenfalls die weitere geplante Definition einer marktbeherrschenden Stellung greifen, die an der absoluten Betriebsgröße orientiert sein soll. So würden eher kleinere Landwirte und landwirtschaftliche Neueinsteiger zum Zuge kommen.

13. Würde die 25-Prozent-Regelung nach Auffassung der Landesregierung eine ungerechtfertigte Benachteiligung für Landwirte in kleinen Gemarkungen darstellen? – (Antwort): Das Ziel der Landesregierung ist es, mit ihrem Gesetzesvorhaben bäuerliche Familienbetriebe beim Flächenerwerb zu stärken.“

Sämtliche Antworten dürfen als Meisterleistungen in der Kunst, mit Worten keine Antworten auf gestellte Fragen zu geben, gelten. Sie sind im Gegenteil ein deutliches Indiz für die – sofern überhaupt vorhanden – schwache empirische Tatsachenbasis, auf deren Grundlage das NASG-E seine kartellrechtliche Lösung stützt. Ein normatives Veräußerungsverbot – nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts immerhin eines der „schwersten Eingriffe in diesen Freiheitsbereich des Eigentümers“³⁹ – im landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr einzuführen, ist damit schon mangels ausreichender Substantiierung der Tatbestandsvoraussetzung „Marktbeherrschung“ verfassungswidrig.

³⁹ BVerfGE 26, 215, 222.

3. Erforderlichkeit

Zudem könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob die in Rede stehende Vorschrift auch erforderlich, ob demnach mildere Mittel zur Verfügung stehen. Entsprechende Zweifel ergeben sich aus der Gegenüberstellung von GWB und NASG-E. Insoweit kann man festzustellen, dass § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. § 9 Abs. 2 S. 1 1. Alt. NASG-E die Definition der „marktbeherrschenden Stellung“ sehr viel enger fasst, als dies etwa § 18 Abs. 4 GWB tut. Während das GWB von einer marktbeherrschenden Stellung dann ausgeht, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat, setzt das NASG-E einen Anteil von 25 Prozent an der landwirtschaftlichen Fläche auf dem regionalen Bodenmarkt voraus. Zu diesem signifikanten Unterschied schweigt die Gesetzesbegründung einmal mehr. Hinzu kommt, dass das GWB bei Erfüllung der Quoren eine marktbeherrschende Stellung lediglich widerleglich „vermutet“, während das NASG-E eine solche Stellung bereits normativ unwiderleglich fingiert. Für diese Verschärfung der kartellrechtlich relevanten Tatbestände gibt es keine tragfähige Begründung; sie erscheint willkürlich.

VI. Gleichheitswidrige Differenzierung

Da es dem NASG-E nicht ansatzweise gelingt, die unterschiedliche Behandlung großer und kleinerer bäuerlicher Familienbetriebe sachgerecht zu begründen, insbesondere die Berechnungsparameter ansatzweise auch nur zu plausibilisieren, liegt schließlich auch ein evidenten Verstoß gegen das Grundrecht der Gleichbehandlung vor. Ohne sachgerechte Gründe verbietet sich die im Gesetz vorgenommene Ungleichbehandlung: sie ist verfassungswidrig.