

STEFAN STORR

Der Staat
als Unternehmer

Jus Publicum

78

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 78



Stefan Storr

Der Staat als Unternehmer

Öffentliche Unternehmen
in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik
des nationalen Rechts
und des Gemeinschaftsrechts

Mohr Siebeck

Stefan Storr, geboren 1968; Abitur 1987; Erstes Juristisches Staatsexamen in München 1992; Zweites Juristisches Staatsexamen in Erfurt 1995; 1992–95 wiss. Mitarbeiter an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; Promotion 1994; 1996–2001 wiss. Assistent an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; Habilitation 2001.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Storr, Stefan:

Der Staat als Unternehmer : Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts / Stefan Storr. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2001

(Jus Publicum ; 78)

ISBN 3-16-147655-7

978-3-16-158113-7 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2001 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

für
Andrea und Julian

Vorwort

Die Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena im Wintersemester 2000/2001 als Habilitationsschrift angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn *Prof. Dr. Peter M. Huber*, an dessen Lehrstuhl ich lange Zeit mitwirken durfte und der mich in vielfältiger Weise unterstützt und gefördert hat. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn *Prof. Dr. Rolf Gröschner*, der mir oft mit Rat und Tat zur Seite gestanden ist.

Bei der Drucklegung geholfen haben mir Frau *Sandy Stöcker*, Herr *Ralph Hutschenreuther* und Herr *Christian Walter*, bei denen ich mich an dieser Stelle ebenfalls bedanken möchte.

Dank gebührt ferner der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die die Drucklegung großzügig unterstützt hat.

Die Arbeit ist im wesentlichen auf dem Stand von Herbst 2000. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte nur vereinzelt berücksichtigt werden. Die Angaben über die Unternehmensstrukturen sind aus den zu diesem Zeitpunkt verfügbaren Beteiligungsberichten entnommen. Diese Angaben reichen freilich auf einen früheren Zeitraum zurück. Bei einem aktuellen Thema wie dem „Staat als Unternehmer“, wenn Gesetzgebung und Verwaltung in ständigem Fluß sind, ermöglichen statistische Daten ohnehin nur eine Momentaufnahme. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, allgemeingültige Maßstäbe für einen langfristigen Zeitraum zu finden.

Jena, im Mai 2001

Stefan Storr

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1

Teil A

Der unternehmerische Staat als Handlungsform staatlichen Interventionismus – empirische Bestandsaufnahme, steuerungstheoretische Betrachtung, rechtswissenschaftliche Eingrenzung

1. Kapitel: Das Phänomen „Der Staat als Unternehmer“	6
I. Die öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland: Die Wirtschaftspolitik der Privatisierung	6
II. Überblick über den Umfang der Staatswirtschaft aus dem Blickwinkel eines „Rückzugs des Staates“	11
1. Überblick über die Staatswirtschaft des Bundes	12
2. Überblick über die Staatswirtschaft der Länder	14
2.1. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Baden-Württemberg	14
2.2. Überblick über die Staatswirtschaft des Freistaats Bayern	15
2.3. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Berlin	16
2.4. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Brandenburg	17
2.5. Überblick über die Staatswirtschaft der Freien Hansestadt Bremen ..	18
2.6. Überblick über die Staatswirtschaft der Freien und Hansestadt Hamburg	18
2.7. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Hessen	19
2.8. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Mecklenburg-Vorpommern	20
2.9. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Niedersachsen	21
2.10. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Nordrhein-Westfalen	22
2.11. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Rheinland-Pfalz	23
2.12. Überblick über die Staatswirtschaft des Saarlandes	24

2.13. Überblick über die Staatswirtschaft des Freistaats Sachsen	25
2.14. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Sachsen-Anhalt	26
2.15. Überblick über die Staatswirtschaft des Landes Schleswig-Holstein	26
2.16. Überblick über die Staatswirtschaft des Freistaats Thüringen	27
3. Überblick über die kommunale Beteiligungswirtschaft	28
III. Die Besonderheit einer Betrachtung des öffentlichen Unternehmens aus steuerungsspezifischem Blickwinkel	31
2. Kapitel: Begriffsbestimmungen und Eingrenzung des Untersuchungsgangs	35
I. Zur rechtmethodischen Bestimmung des Begriffs „Unternehmen“	35
1. „Unternehmen“ als funktionaler Begriff	36
2. Unternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung	41
II. Konkretisierung des Begriffs „öffentliches Unternehmen“	44
1. Öffentliche Unternehmen und Eigengesellschaften	44
2. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	49
3. Öffentlich-rechtliche Unternehmen	51
3. Kapitel: Der Steuerungsstaat	52
I. Die Diskussion um den Steuerungsstaat	52
1. Steuerungsstaat und neues Staatsverständnis	52
2. Markt, Wettbewerb und öffentliche Unternehmen in der neuen Steuerungsdiskussion	54
2.1. Reflexives Recht	55
2.2. Mediales Recht	57
3. Privatisierung und Liberalisierung als Programme einer differenzierten Steuerungslehre	58
II. Die öffentlichen Unternehmen im Steuerungsstaat	60
1. Das öffentliche Unternehmen als „Werkzeug“ – Die Instrumentalthese . . .	60
2. Die Instrumente zur Steuerung eines Unternehmens	62
3. Die rechtlichen Steuerungsanforderungen	67
3.1. Die Steuerungsanforderungen des Rechtsstaatsprinzips	67
3.2. Die Steuerungsanforderungen des Demokratieprinzips	68
3.3. Die Steuerungsvorgaben für die hoheitliche Verwaltung in Art. 86, 87 und 33 IV GG	76
3.4. Die besonderen Steuerungsanforderungen des Haushalts- und Kommunalrechts für privatrechtlich organisierte Unternehmen	79
3.5. Die Konnexität von Steuerung und Haftung	79
3.6. Steuerungsoptimierung, organisatorische Ausdifferenzierung und „Ausverkauf von Gemeinwohlzielen“	81
4. Das öffentliche Unternehmen als Medium der Staatsgewalt	85

4.1. Ausübung von Staatsgewalt und Demokratieprinzip	85
4.2. Ausübung von Staatsgewalt durch Eigengesellschaften	86
4.3. Ausübung von Staatsgewalt durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	88
5. Zusammenfassung und Schlußfolgerung	89

Teil B

Die verfassungsrechtliche Einordnung des Staats als Unternehmer

1. Kapitel: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Steuerungsstaats	91
I. Der Steuerungsstaat und das „marktkonforme Verhalten“ öffentlicher Unternehmen	91
II. Die öffentlichen Unternehmen im Streit um die Wirtschaftsverfassung	92
1. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	92
2. Die Grundrechte als Konstitutionsmerkmale der Wettbewerbswirtschaft	93
3. Die Marktwirtschaft als Ordnungsmodell?	98
4. Die öffentlichen Unternehmen in der Wirtschaftsverfassung	100
5. Zusammenfassung	102
2. Kapitel: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld der Staatsaufgaben	103
I. Die Diskussion um die Aufgaben des Staates	103
1. Staatszwecke, Staatsaufgaben, Staatsziele und Gemeinwohl	103
2. Die öffentliche Aufgabe als Legitimation und Programm?	106
3. Daseinsvorsorge als Legitimation und Programm?	109
II. Die finale Staatsaufgabenbetrachtung	115
1. Die Legitimation der Verwaltung zur Festsetzung der Unternehmensziele	115
1.1. § 65 I Nr. 1 BHO als Gemeinwohlkonkretisierung?	116
1.2. Kommunalrechtliche Legitimationsvoraussetzungen und öffentlicher Zweck	117
2. Gewinnerzielung als Unternehmenszweck	119
2.1. Gewinnerzielung in der Komplexität der Aufgaben- erfüllung	121
2.2. Gewinnerzielung und Wirtschaftlichkeit der Unter- nehmensführung	124
2.3. Gewinnerzielung im Steuerstaat	126
3. Wettbewerbsförderung als Legitimation und Programm?	130
4. Infrastrukturvorsorge als Legitimation und Programm?	132

5. Wirtschafts- und strukturpolitische Ziele als Legitimation und Programm?	133
6. Sozial- und umweltpolitische Ziele als Legitimation und Programm? ...	135
7. Fazit	137
III. Die Staatsaufgabendiskussion vor dem Hintergrund von Privatisierung und Liberalisierung	138
1. Die Notwendigkeit einer Differenzierung in abgestufte Verantwortungszuweisungen	138
2. Der Staat als Unternehmer bei der Straßen-, Wasserwege- und Luftverkehrsverwaltung	140
3. Der Staat als Unternehmer in der Energieversorgung	141
4. Der Staat als Unternehmer bei der Entsorgung	144
5. Der Staat als Unternehmer bei der Bahn	145
6. Der Staat als Unternehmer bei Post und Telekommunikation	149
3. Kapitel: Der unternehmerische Staat und die Wettbewerbsfreiheit Privater	152
I. Wirtschaftsfreiheit, Berufsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit	153
1. Berufsfreiheit als besondere Form der umfassenden Wirtschaftsfreiheit	153
2. Art. 12 I GG und genuin staatliche Aufgaben	154
3. Wettbewerbsfreiheit als eine besondere Form der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit	155
II. Wettbewerbsfreiheit und wirtschaftliche Konkurrenz durch die öffentliche Hand	159
1. Wettbewerbsstörung durch öffentliche Unternehmen – eine „natürliche Folge jeden Wettbewerbs“?	159
2. Der Staat als Unternehmer im Lichte der Wettbewerbsfreiheit	160
III. Wettbewerbsfreiheit und Eingriffsdogmatik – Der faktische Grundrechtseingriff in der Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	167
1. Das Kriterium des hoheitlichen Eingriffs in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	169
2. Das Kriterium des Rechtsakts in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	170
3. Das Kriterium der Unmittelbarkeit in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	171
4. Das Kriterium der Finalität in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	171
5. Das Kriterium der „berufsregelnden Tendenz“ in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	174
6. Das Kriterium der Intensität in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	175
7. Das Kriterium der Zurechenbarkeit in der erweiterten Eingriffsdogmatik der Wettbewerbsfreiheit	181

IV. Konsequenzen eines erweiterten Eingriffsverständnisses und Ausblick	183
4. Kapitel: Öffentliche und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen: Grundrechtsträger der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit?	187
I. Der unternehmerische Staat als Grundrechtsträger?	187
1. Grundrechtsträger und Grundrechtsadressat in einer Person? – Das Konfusionsargument	188
2. Art. 19 III GG zwischen Fiskustheorie, der Maßgeblichkeit eigener Rechtsfähigkeit und grundrechtstypischer Gefährdungslage	190
3. Systemtheoretischer Neuansatz?	194
4. Die Sachwaltertheorie	195
5. Wahrnehmung öffentlicher und besonderer öffentlicher Aufgaben	198
II. Die Dogmatik einer Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen aus Art. 19 III GG	203
1. Die Systematik des Art. 19 III GG	203
2. Das „Durchgriffsargument“	205
2.1. Das personale Substrat in der Konzeption der Menschenwürde.	205
2.2. Grundrechtsdogmatische Modifikation für Großunternehmen? ...	206
2.3. Das personale Substrat im Geflecht der Organisationsvielfalt juristischer Personen	208
2.4. Das personale Substrat – der Rückgriff auf Art. 9 I GG	212
2.5. Art. 19 III GG im Systemzusammenhang der Grundrechte	214
3. Die Bedeutung der Rechtsform	216
4. Art. 19 III GG und „Doppelgrundrechte“ am Beispiel von Universitäten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	218
5. Art. 28 II GG als Wirtschaftsgrundrecht der Gemeinde?	221
5.1. Das Wesen der Gemeinde: Genossenschaft oder staatliches Derivat? ..	221
5.2. Kommunale Wirtschaftstätigkeit unter dem Dach des Art. 28 II GG: Zum Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Privaten	223
5.3. Die Derivate der Gemeinde: Grundrechtsfähigkeit durch Ausgliederung?	225
6. Der abgestufte Grundrechtsschutz als Konsequenz	227
6.1. Die quantitative Abstufung – Zum inhaltlichen Umfang der Grundrechtserstreckung	227
6.2. Die qualitative Abstufung – Zur Gewichtung der Grundrechtsfähigkeit	229
7. Die Sachgerechtigkeit des Konzepts	233
7.1. Art. 19 III GG in der Grundrechtsdogmatik	233
7.2. Juristische Personen des Privatrechts und „quasi-öffentlicher Status“	233
7.3. Art. 19 III GG und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	236
7.4. Beeinträchtigung der juristischen Person und die Grundrechte der Anteilseigner	236
8. Zwischenergebnis	237

III. Die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen im Lichte des Art. 19 III GG	238
1. Die „HEW“-Entscheidung des BVerfG	238
2. Grundrechtsfähigkeit und Rechtsform bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen – Zum Argument der Rechtssicherheit	239
3. Der Sonderfall der Beleihung	242
4. Der Durchgriff bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	243
5. Die Versagung der Grundrechtsfähigkeit als „kalte Enteignung“ privaten Anteilseigentums?	245
5.1. Die verfassungsrechtliche Ausgangslage	245
5.2. Art. 14 GG und der Schutz des Anteilseigentums	247
5.3. Kooperationsprinzip und Vertrauensschutz	249
5.4. Der einfachgesetzliche Anlegerschutz	251
6. Das Steuerungskonzept vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit	253
7. Ergebnis	254

Teil C

Die öffentlichen Unternehmen im Gemeinschaftsrecht

1. Kapitel: Die Wirtschaftsordnung der Europäischen Union	255
I. Wettbewerbswirtschaft als ordnungsrechtliche Systementscheidung	255
1. Der Binnenmarkt und das System des unverfälschten Wettbewerbs	256
2. Die Grundfreiheiten als Strukturprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft	261
3. Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte für die Wettbewerbswirtschaft	264
4. Resümee	268
II. Die öffentlichen Unternehmen im System des Binnenmarkts	269
1. Das öffentliche Unternehmen als funktionaler Begriff	270
1.1. Das öffentliche Unternehmen in Art. 86 EG als gemein- schaftsrechtlicher Begriff – Das Kriterium der Beherrschung	270
1.2. Die Modifizierung des funktionalen Ansatzes in der Konzeption des Art. 86 EG	272
1.3. Die Mitgliedstaaten als öffentliche Unternehmen	273
1.4. Die gemischt-öffentlichen Unternehmen als öffentliche Unternehmen	274
1.5. Konsequenzen für den Anwendungsbereich des Art. 86 EG	275

2. Die Funktionalität der Unternehmen im Gemeinschaftsrecht	276
2.1. Die unternehmerische Betätigung im Gegensatz zum Hoheitsakt	276
2.2. Die Finanzmonopole als Beispiel für die Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtung öffentlicher Unternehmen: Das Monopol als Fremdkörper im Gemeinsamen Markt	282
2.3. Der Begriff „öffentlicher Auftraggeber“ im Vergaberecht als Beispiel für die Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtung öffentlicher Unternehmen: Rentabilität der Unternehmensführung als Prinzip des Gemeinsamen Marktes	284
2.4. Resümee	292
III. Die öffentlichen Unternehmen im System des unverfälschten Wettbewerbs des Binnenmarkts	292
1. Zum subjektiven Recht der öffentlichen Unternehmen auf Gleichbehandlung	292
1.1. Art. 86 EG: Legitimationsgrundlage und Gleichbehand- lungsgebot für öffentliche Unternehmen?	292
1.2. Öffentliche Unternehmen als Träger gemeinschaftsrechtlicher Grundrechte, insbesondere des Gleichheitsrechts?	294
1.3. Konsequenzen der fehlenden Gleichberechtigung am Beispiel von öffentlichen Unternehmen als Adressaten von Richtlinien	296
1.4. Öffentliche Unternehmen als Träger und Adressaten der Grundfreiheiten	298
2. Das Recht der öffentlichen Unternehmen und der gemein- schaftsrechtliche „Privatisierungs- und Liberalisierungsdruck“	301
2.1. Gemeinschaftsrechtliche Privatisierungs- und Libera- lisierungskompetenz und Art. 295 EG	301
2.2. Gemeinschaftsrechtlicher Liberalisierungsdruck und Grundfreiheiten	302
2.3. Gemeinschaftsrechtlicher Liberalisierungsdruck und Kartellrecht	305
2.4. Gemeinschaftsrechtlicher Privatisierungsdruck durch die Praxis der Kommission bei der Beihilfengenehmigung	309
3. Die öffentlichen Unternehmen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	321
3.1. Der Akt der Betrauung	321
3.2. Die „besondere Aufgabe“ im „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in Art. 86 II S. 1 EG	323
3.3. Die Verschränkung der Rechtsordnungen in der Systematik des Art. 86 II EG unter dem Dach des Gleichgewichtsprinzips	325
3.4. Die Konkretisierungsermächtigung der Kommission in Art. 86 III EG als Liberalisierungskompetenz	330
4. Das Konzept der möglichst im Wettbewerb zu erbringenden Grund- versorgung als gemeinschaftsrechtliches Nachfolgeinstitut der überkommenen Daseinsvorsorge	336
4.1. Die erste Ebene der Marktregulierung: Die Universaldienstleistung als gemeinschaftsrechtliches Konstrukt zur Wettbewerbs- optimierung	336

4.2. Die eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen im Personenbeförderungsrecht als konkreter Beispielsfall für eine Vernetzung der gemeinschaftsrechtlichen mit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung	340
4.3. Die zweite Ebene der Marktregulierung: Die Konkretisierung der Universaldienstleistung und ihre Sicherstellung im Einzelfall ..	343
4.4. Universaldienstleistung und Kurierdienste im Postrecht als konkreter Beispielsfall für eine Vernetzung der gemeinschaftsrechtlichen mit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung	345
5. Resümee und Ausblick	348
2. Kapitel: Strukturelle Unterschiede der Stellung öffentlicher Unternehmen im Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht	351
I. Zur funktionalen Verklammerung des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht	351
1. Die funktionale Verklammerung als Konstrukt und ihre Konsequenzen ..	351
2. Die öffentlichen Unternehmen in der Verklammerung zweier Rechtsordnungen	354
II. Zum prinzipiellen Unterschied von gemeinschaftlichem und nationalem Wettbewerbsrecht und zu den Konsequenzen einer differenzierten Strukturbetrachtung	357
3. Kapitel: Vorgaben und Impulse des Gemeinschaftsrechts für die Auslegung deutschen Wettbewerbsrechts	360
I. Fiskusprivilegien im nationalen Recht – eine Bestandsaufnahme ..	360
II. Zum Stand der Dogmatik einer Wettbewerbsfreiheit unter Gleichheitsaspekten	363
1. Wettbewerbsfreiheit und Chancengleichheit	363
2. Der Gleichheitssatz zwischen „Willkürformel“ und „neuer Formel“	366
3. Fortführung der Dogmatik durch eine Wettbewerbsfreiheit als Innominatrecht?	367
III. Wettbewerbsgleichheit im Steuerrecht	371
1. Gleichheit im Wettbewerb und Systemgerechtigkeit	371
2. Die Behandlung steuerrechtlicher Fiskusprivilegien als Referenzfall für eine gemeinschaftsrechtliche intendierte Systembetrachtung von Wettbewerbsrechtsverhältnissen unter Gleichheitsaspekten	372
2.1. Die Sachgerechtigkeit einer Besteuerung öffentlicher Unternehmen	373
2.2. Systemgerechtigkeit innerhalb der Gesamtrechtsordnung	375
2.3. Systemgerechtigkeit innerhalb des Vielsteuersystems	378
2.4. Zur Folgerichtigkeit: Begründungsbedürftigkeit von Ausnahmen	385

IV. Anstaltslast, Gewährsträgerhaftung und Insolvenzunfähigkeit als Problem der Gleichheit im Wettbewerb	387
1. Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in der deutschen Bankenlandschaft als Referenzfall	387
2. Die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts	389
3. Die Anstaltslast als Organisationsprinzip	390
4. Die Gewährsträgerhaftung – Ausfluß einer allgemeinen Einstandspflicht?	395
5. Anstaltslast und Gewährsträgerhaftung als Fiskusprivilegien?	397
6. Die Insolvenzunfähigkeit der öffentlichen Hand im gemein- schaftsrechtlichen Beihilferecht	398
7. Einstandspflicht der öffentlichen Hand und Insolvenzunfähigkeit als Beihilfeproblem	400
7.1. Die Kapitalbeteiligung als Beihilfe	400
7.2. Die Einstandspflicht als Beihilfe	402
7.3. Der „Haftungszuschlag“ als mögliche Kompensation	404
7.4. Zur Legitimation der Privilegierung aus gemein- schaftsrechtlichem Blickwinkel insbesondere bei öffentlich- rechtlichen Kreditinstituten	407

Teil D

Das öffentliche Wettbewerbsrecht

1. Kapitel: Das Regulierungsrecht als Wettbewerbsrecht der öffentlichen Unternehmen	411
I. Die Funktionen des Gesetzesvorbehalts	411
1. Die Verortung des Gesetzesvorbehalts im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip	412
2. Gesetzesvorbehalt und parlamentarischer Rechtssatzvorbehalt	414
II. Die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an das Gesetz	414
III. Die Problematik des Gesetzesvorbehalts beim faktischen Grundrechtseingriff	416
IV. Gesetzesvorbehalt und Wettbewerbseintrittsnormen	419
V. Das regulierende Recht und die Anforderungen des Gesetzes- vorbehalts: Grundrechtsrelevanz der Zielsetzung öffentlicher Unternehmen und dogmatische Konsequenzen	422
1. Öffentliche Wettbewerbsteilnahme im Bagatellbereich	424
2. Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl	424
3. Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung	426
3.1. Zur 1. Stufe: Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb als spürbarer Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit Privater	426

3.2. Zur 2. Stufe: Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb als erheblicher Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit Privater	427
3.3. Zur 3. Stufe: Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb als Verdrängungswettbewerb oder Monopolisierung	428
VI. Das Subsidiaritätsprinzip als Maßstabsprinzip für ein Wettbewerbsrecht öffentlicher Unternehmen?	429
1. Das Subsidiaritätsprinzip als „Wettbewerbsvermeidungsgebot“ der öffentlichen Hand?	429
2. Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsprinzip?	433
3. Subsidiaritätsbestimmungen im Haushalts- und Kommunal- verfassungsrecht	436
3.1. § 65 I Nr. 1, 1 und 2. Alt. BHO als Subsidiaritäts- bestimmung	436
3.2. §§ 7 BHO, 6 HGrG und 65 I Nr. 1 3. Alt. BHO als Subsidiaritätsbestimmungen	438
3.3. Das Subsidiaritätsprinzip in den Kommunalordnungen	440
VII. Die Grundrechtsrelevanz der Marktregulierung	445
1. Zur Marktregulierung als reflexives Steuerungsprogramm für öffentliche Unternehmen	445
2. Das Wettbewerbsregulierungsrecht	446
VIII. Das öffentliche Wettbewerbsrecht als Regulierungsrecht	448
1. Das allgemeine Wettbewerbsrecht als Regulierungsrecht	448
2. Das Regulierungsrecht als grundrechtsrelevantes Gesetz	449
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Regulierungsrecht	452
IX. Ausblick	454
2. Kapitel: Das Privatrecht als allgemeines Regulierungsrecht	455
I. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht als Problem	456
1. Rechtswirklichkeit und rechtswissenschaftliche Kritik	456
1.1. Die historisch überkommene Zweiteilung der Rechtsordnung in öffentliches und privates Recht	456
1.2. Das Gemeinrecht (M. Bullinger)	461
1.3. Neutrales Recht: Das Gesetz zwischen öffentlichem und privatem Recht	463
2. Das Fortbestehen der Zweiteilung	464
II. Privatrechtsfähigkeit als Schlüssel zur Privatheit?	465
1. Der Fiskus als privatrechtsförmiges Rechtssubjekt der öffentlichen Hand	465
2. Grundrechtsfähigkeit, Vollrechtsfähigkeit und Privatrechtsfähigkeit	467
3. Zur Definitionsmacht des Staates, sich selbst als Privatrechtssubjekt zu definieren	470

III. Freiheit der Formenwahl und Formenmißbrauch	473
1. Zur Grundlage der Formenwahlfreiheit	473
2. Formenwahl und Formenmißbrauch (C. Pestalozza)	474
3. Formenwahl und Verrechtlichungsgebot (M. Zuleeg)	476
4. Formenwahlfreiheit und staatliche Rechtsetzungskompetenz	479
5. Formenmißbrauch als Grenze der Formenwahlfreiheit und Verwaltungsprivatrecht	481
6. Das System der wechselseitigen Auffangordnungen	484
IV. Resümee und Ausblick	488
3. Kapitel: Das UWG als allgemeines Wettbewerbsregulierungsrecht? ...	489
I. Zur Anwendbarkeit des privaten Wettbewerbsrechts auf die öffentliche Hand	489
1. Zur Anwendbarkeit des § 1 UWG auf die öffentliche Hand	490
2. Leistungsverhältnis und Wettbewerbsverhältnis	492
II. Das UWG als Gesetz des funktionalen Wettbewerbs	494
1. Die Überkommenheit der Differenzierung in „Ob“ und „Wie“ öffentlicher Unternehmertätigkeit zwischen öffentlichem und privatem Recht	494
2. Das Tatbestandsmerkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“	495
3. Das Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehre“	495
3.1. Die Normstruktur des § 1 UWG	495
3.2. „Geschäftlicher Verkehr“ und hoheitliches Handeln	496
III. Der Maßstab der „guten Sitten“ und das öffentliche Wettbewerbsrecht	497
1. Privatautonomie und Lauterkeit des Wettbewerbs	498
2. Zur Bestimmtheit des § 1 UWG	500
3. Zur Auslegung des § 1 UWG an grundrechtlichen Maßstäben	503
4. Das öffentliche Recht als <i>lex specialis</i>	503
IV. Das UWG als Bestandteil des öffentlichen Wettbewerbsrechts im System der wechselseitigen Auffangordnungen	506
1. Fallgruppe: allgemeines sittenwidriges Wettbewerbshandeln	507
2. Fallgruppe: allgemeines rechtswidriges Wettbewerbshandeln	508
3. Fallgruppe: besonderes rechtswidriges Wettbewerbshandeln	511
3.1. Vorsprung durch Rechtsbruch	511
3.2. Mißbrauch amtlicher Autorität	514
3.3. Unlautere Verquickung öffentlicher und erwerbs- wirtschaftlicher Interessen	515
3.4. Marktstörung	518
4. Fallgruppe: besonderes sittenwidriges Wettbewerbshandeln?	520
V. Zur Rechtswegfrage	520
VI. Fazit	522

4. Kapitel: Das GWB als allgemeines Wettbewerbsregulierungsrecht.....	523
I. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die öffentliche Hand .	523
II. Das GWB als grundrechtskollisionslösendes Gesetz?	524
III. Erweiterter Anwendungsbereich des GWB bei öffentlichen Unternehmen?	526
IV. Öffentliche Unternehmen und Immanenztheorie	528
V. Ergebnis	529
5. Kapitel: Die öffentliche Unternehmen im gegenseitigen Wettbewerb ..	529
I. Art. 30 GG: Grundlage für ein interföderales Wettbewerbsrecht ..	529
II. Das Regionalprinzip im Kommunalrecht als Wettbewerbsverbot? ..	534

Teil E

Transparenz öffentlicher Unternehmen und ihrer Steuerung

1. Kapitel: Steuerungskonzept und Transparenzprinzip	537
I. Transparenz der Beteiligungsverwaltung	538
1. Gleichbehandlungsimpuls und Intransparenz	538
2. Die Flucht ins Privatrecht als Transparenzverlust	539
II. Verfassungsrechtliche Wurzeln eines Transparenzprinzips	544
1. Transparenz in freiheitlich verfaßten Staaten	544
1.1. Transparenz: zum Wesen moderner Staatlichkeit gehörig	545
1.2. Transparenz und Informationsfreiheit	548
2. Transparenzanforderungen aus parlamentarischen Verfassungsprinzipien	552
2.1. Transparenz als Voraussetzung effektiver Kontrolle in einer parlamentarischen Demokratie	552
2.2. Gewaltenteilung und Transparenz als Voraussetzung für effektive Kontrolle	553
2.3. Insbesondere: Das Budgetrecht des Parlaments und Transparenz	554
3. Transparenzanforderungen aus dem Gebot der Rechtssicherheit und der Rechtsschutzgarantie	558
3.1. Transparenz für eine Berechenbarkeit staatlichen Handelns	558
3.2. Transparenz und Art. 19 IV GG	560
4. Markttransparenz als gemeinschaftsrechtliches Prinzip	562
III. Ergebnis und Ausblick	570

2. Kapitel: Transparenz einer Steuerung durch die öffentliche Hand	571
I. Transparenz durch die formelle Rechtsgrundlage	571
1. Transparenz durch Gesetz	571
2. Die Organisationsgewalt als Problem des institutionellen Gesetzesvorbehalts	572
2.1. Die demokratische Komponente des institutionellen Gesetzesvorbehalts	573
2.2. Die rechtsstaatliche Komponente des institutionellen Gesetzesvorbehalts	575
2.3. Privatrechtsförmige Verwaltung und Gesetzesvorbehalt	576
II. Transparenz durch Berichte zu öffentlichen Haushalten	577
III. Transparenz durch das Handelsregister	581
IV. Transparenz durch besondere gesellschaftsrechtliche, wertpapier- handelsrechtliche und kartellrechtliche Verpflichtungen	585
V. Ergebnis und Ausblick	589
Zusammenfassung	595
Literaturverzeichnis	607
Stichwortverzeichnis	647

Einleitung

„Der Staat als Unternehmer“¹ hat in der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Dogmatik von jeher einen besonderen Stellenwert gehabt. Das hat verschiedene Gründe: Wirtschaftliche Macht ist wie jede Macht eine Bedrohung privater Freiheitsentfaltung. Aber die Verbindung von wirtschaftlicher Macht mit der politischen Macht des Staates kann zu einer besonderen und eigenen Gefahr für die Freiheit der Bürger werden.² Dem Staat als Unternehmer kommt so gesehen ein doppeltes und deshalb doppelt gefährliches Machtpotential zu: zum einen das eines privaten Konkurrenten und Marktteilnehmers, der sich der Instrumente der Privatrechtsordnung bedient; zum anderen das des hoheitlichen Staates, denn er kann auf sein besonderes Machtpotential zurückgreifen. Die „Flucht ins Privatrecht“ ist folglich ambivalent, weil der Staat die privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsinstrumente verwendet, die zumeist flexibler sind als die des öffentlichen Rechts, dadurch aber sein Wesen und seine Eigenheit, sein besonderes Machtpotential und in Folge auch seine besondere öffentlich-rechtliche Rechtsbindung verschleiert.

Das ist gerade dort der Fall, wo sich die öffentliche Hand ausgegliederter (nicht nur privatrechtlich organisierter) Verwaltungseinheiten bedient. Eigengesellschaften und andere öffentliche Unternehmen sind nicht nur ein Transparenz- und Freiheitsproblem, sondern immer auch ein Steuerungsproblem. Die Problematik verschärft sich, wenn der Staat mit Privaten in sog. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen kooperiert. Dann ergeben sich Fragen

¹ Die Floskel ist alt. Vgl. nur *Lassar*, JöR 14 (1926), S. 1, 54; *H. Staudinger*, Der Staat als Unternehmer, 1932; *V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 60; *W. Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 127; *H. Dürr*, Kann der Staat als Unternehmer erfolgreich sein?, Speyrer Vorträge, 1994; *G. Ambrosius*, Der Staat als Unternehmer, 1984; *K. Soukup*, Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht der EU, 1995, S. 21; *D. Wolf*, in: R. Stober/H. Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 5 ff.; *H. P. Ipsen*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1985, S. 531; *J. Schwarze*, EuZW 2000, S. 613, 614; *F. Rittner*, in: FS für W. Flume, Band II, 1978, S. 241, 243; *T. Lange*, in: D. Grosser, Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik, 1985, S. 301 ff.; *K. Hirche*, Die Komödie der Privatisierung, 1959, S. 20: „Der Bund als Unternehmer“; *A. Bala*, Art. 90 Abs. 2 EGV im System des unverfälschten Wettbewerbs, 1997, S. 20; *H. Gersdorf*, AfP 1998, S. 470: „Der Staat als Telekommunikationsunternehmer“; *H.-J. Winkler*, Preußen als Unternehmer, 1965; *F. M. Hohmann*, Der Staat als Konzernunternehmer, 1983; BVerfGE 12, S. 354, 355.

² *V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 84.

nach der Verantwortung und Zurechnung unternehmerischen Handelns. Bei einer Reduzierung der Steuerung bekommt weiterhin die Frage nach der rechtlichen Einordnung dieser Unternehmen zwischen Staat und Gesellschaft eine neue Dimension. Denn Aufgabe der Dogmatik des öffentlichen Rechts war es stets, Staatsgewalt zu entzaubern, damit sie sich in all ihren Formen der Verfassung und dem Recht stellt.³

Das Machtpotential des unternehmerischen Staates zu nutzen, aber auch zu beschränken, ist ein Feld verschiedener Disziplinen. *A. Smith* hatte in seinem berühmten Werk von 1776 „An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“ den unternehmerischen Staat grundsätzlich verworfen („*Keine zwei Naturen scheinen weniger miteinander vereinbar zu sein als die des Kaufmanns und des Herrschers.*“).⁴ Dem steht die Auffassung *W. Euckens*⁵ gegenüber, der den unternehmerischen Staat in einer Marktwirtschaft nicht unbedingt als Fremdkörper gesehen hat („*Solange... staatliche Unternehmungen sich in Wettbewerbsmärkte einordnen und die Preisbildung auf den Märkten nicht durch Subventionen an solche Werke gestört wird, sind sie in der Wettbewerbsordnung erträglich.*“). Nach wieder anderen Ansätzen – z. B. von *J. M. Keynes* – werden der öffentlichen Hand aktive wirtschaftspolitische Aufgaben zugesprochen.

Für einen unternehmerischen Staat lassen sich zwei Hauptargumente herausfiltern. Erstens die Überlegung, daß freier und offener Wettbewerb das grundlegende Modell einer volkswirtschaftlichen Güterverteilung sein soll. Die Marktwirtschaft als volkswirtschaftliches Programm bedarf aber staatlicher Überwachung. Dabei kann Regulierung durch ordnungsrechtliche Rahmensetzung ein Instrument sein, ein anderes die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand selbst, indem diese sich die Marktkräfte zunutze macht und als „Mitspieler“ im Wettbewerb den Marktprozeß in ihrem Sinne zu beeinflussen sucht. In Systemen freien und regulierten Wettbewerbs eignen sich reflexive und mediale Steuerungsinstrumente als Formen der mittelbaren Steuerung durch abstrakte Programmvorgaben oftmals besser. In den Sozialwissenschaften werden seit geraumer Zeit nicht nur unmittelbare und hoheitliche Lenkungsinstrumente der öffentlichen Hand untersucht. Rechtswissenschaftlich sind die neuen staatlichen Steuerungsprogramme erst seit Mitte der 80er Jahre durch den faktischen Grundrechtseingriff grundrechtsdogmatisch aufgearbeitet worden. Diese Aufarbeitung ist noch nicht abgeschlossen.⁶ Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung lehnen eine Grundrechtsbeeinträchtigung Privater durch unternehmerische Teilnahme

³ *W. Leisner*, DVBl 1976, S. 125, 132; *U. Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), S. 235, 274.

⁴ *A. Smith*, Der Wohlstand der Nationen (Nachdruck der 5. Aufl. von 1789), 7. Aufl., 1996, S. 697.

⁵ *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., 1990, S. 272.

⁶ Vgl. n. *C. Trzaskalik*, Inwieweit ist die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts zu empfehlen?, 2000, S. E 1 ff.

der öffentlichen Hand am Wettbewerb im Grundsatz immer noch ab, weil Konkurrenz – ob durch die öffentliche Hand oder durch Private – jedem Wettbewerb immanent sein soll. Damit wird aber – wie zu zeigen sein wird – staatliche Steuerung durch Instrumentalisierung des Wettbewerbs nicht nur außer Acht gelassen, sondern gänzlich vernachlässigt und grundsätzlich verneint.

Zweitens gibt es seit dem endgültigen Scheitern der sozialistischen Planwirtschaft keine ernstzunehmende Alternative mehr zum Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“⁷ für Güterverteilungsvorgänge. Wettbewerb wird dabei zunächst als Ausleseverfahren nach Rentabilitätsaspekten begriffen. Dieser Ansatz liegt insbesondere dem Gemeinschaftsrecht zugrunde, das den Gemeinsamen Markt als Steuerungsprogramm für volkswirtschaftlich „sinnvolle“, weil rentable Güterverteilungsvorgänge konstruiert hat. Wettbewerb ist damit zum Integrationsfaktor der Europäischen Gemeinschaften schlechthin geworden: im Gemeinsamen Markt und durch die Integration der nationalen Märkte. Dabei werden die Märkte und ihre rechtlichen Rahmenordnungen selbst durch den „Wettbewerb der Systeme“ dem wettbewerblichen Entdeckungsverfahren ausgesetzt. Maßgeblich den Grundfreiheiten kommt die Funktion zu, diesen „Wettbewerb der Systeme“ und den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt insgesamt dadurch abzusichern, daß jedem Gemeinschaftsbürger grundsätzlich eine Teilnahme an sämtlichen Märkten in der Gemeinschaft ermöglicht wird. Die Besonderheit des Wettbewerbs als „Entdeckungsverfahren“ liegt aber auch darin, daß er en detail gerade nicht steuerbar ist. *F. A. Hayek*⁸ stellt bewußt auf diese Nicht-Steuerbarkeit ab: *„Zweifelloos verdankt der Mensch manche seiner größten Erfolge der Vergangenheit dem Umstand, daß er nicht imstande war, das gesellschaftliche Leben bewußt zu lenken. Ob der Fortschritt andauern wird, kann sehr wohl davon abhängen, daß der Mensch bewußt darauf verzichtet, die Beherrschung auszuüben, die heute in seiner Macht liegt.“*

In diesem Sinne verschiebt sich die Frage nach dem unternehmerischen Staat zu der nach seinen Grenzen. Wenn das klassische staatliche Steuerungsprogramm an Effektivität verliert, sei es unmittelbar, weil es dem gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrang unterliegt, sei es mittelbar, weil es den faktischen Sachzwängen im Wettbewerb der Systeme ausgesetzt ist, kann die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand als besonderes Steuerungsinstrument an Attraktivität gewinnen. Das kann z. B. der Fall sein, weil der Staat sich bei seinem Dienstleistungsangebot selbst dem Rentabilitätsdruck aus Wirtschaftlichkeits- und Effizienzüberlegungen aussetzen will. Diese Ansätze haben die Privatisierungspolitik der 90er Jahre begleitet und

⁷ *F. A. v. Hayek*, in: Walter-Eucken-Institut, *F. A. v. Hayek*, Freiburger Studien, 2. Aufl., 1994, S. 249 ff.; *V. Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 2; *M. Lehmann*, JZ 1990, S. 61, 63.

⁸ *F. A. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl., 1991, S. 48.

ziehen sich bis in die hoheitliche Verwaltung hinein, wenn jene als „Dienstleistungsunternehmen“ begriffen wird. Als Unternehmer kann der Staat den Wettbewerb aber auch selbst fördern oder als „Lückenbüßer“ am Markt teilnehmen.⁹

Das Thema „Der Staat als Unternehmer“ erfordert es, sich über die materiellen Grenzen staatlicher Unternehmertätigkeit Klarheit zu verschaffen. Auf *W. v. Humboldt* läßt sich das Zitat aus dem Jahre 1792 zurückführen: „... der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter, als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem andren Endzwecke beschränke er ihre Freiheit“.¹⁰ Diese grundlegend liberale Vorstellung hat im Grundgesetz durch die Grundrechte nur bedingt Ausdruck gefunden, denn das Sozialstaatsprinzip hat den Leistungsstaat mannigfaltig legitimiert. Die Reduzierung der Staatsaufgaben setzt aber nicht unbedingt an einem völligen Rückzug des Staates aus dem Wirtschaftsleben an. Zwischen einem staatsfreien Wettbewerb und einem staatlichen Verwaltungsmonopol hat ein – vor allem durch gemeinschaftsrechtliche Liberalisierungspolitik gefördertes – Konzept eines regulierten Wettbewerbs zunehmend in den „sensiblen“ Bereichen der klassischen Daseinsvorsorge an Akzeptanz gewinnen können. Die Rolle des unternehmerischen Staates stellt sich damit nicht gänzlich neu. Die wirtschaftspolitischen und in ihrer Konsequenz auch wirtschaftsrechtlichen Veränderungen dürfen sich aber nicht in einer „rechtlichen Grauzone“ abspielen, sondern verlangen nach einer adäquaten Einordnung des Phänomens „Der Staat als Unternehmer“. Dies soll hier aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Perspektive im nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Kontext versucht werden.

In einem ersten Teil soll „Der Staat als Unternehmer“ unter drei Aspekten näher beleuchtet werden (Teil A). Zunächst soll die tatsächliche staatliche Unternehmertätigkeit dargestellt werden (1. Kapitel). Dem schließt sich eine Eingrenzung und Systematisierung des Begriffs „öffentliches Unternehmen“ an (2. Kapitel). Das dritte Kapitel ist Überlegungen zu den Steuerungsstrukturen öffentlicher Unternehmen gewidmet. Im Teil B werden die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Steuerungsstaats ermittelt. Dies erfordert eine Analyse der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes (1. Kapitel) sowie eine Untersuchung der Staatsaufgabendogmatik (2. Kapitel) und der Grundrechtsdogmatik. Die Untersuchung der Grundrechtsdogmatik wird von zwei Seiten aus anzugehen sein: der Wettbewerbsfreiheit Privater (3. Kapitel) und der Grundrechtsfähigkeit öffentlicher und gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen (4. Kapitel). In Teil C werden die gemeinschaftsrechtlichen Rahmen-

⁹ *T. Thiemeyer*, in: H. Brede/A. v. Loesch, Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 90.

¹⁰ *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, (1792, Nachdruck der Ausgabe von 1903), 1995, S. 52.

bedingungen unternehmerischer Betätigung der öffentlichen Hand erarbeitet (1. Kapitel). Dabei sind die strukturellen Unterschiede des gemeinschaftsrechtlichen mit dem nationalen Wirtschaftsverfassungsrecht aufzuzeigen und einander gegenüberzustellen (2. Kapitel). Die gemeinschaftsrechtlichen Impulse für die Auslegung des deutschen Wettbewerbsrechts sollen an zwei Referenzfällen dargestellt werden (3. Kapitel): Die Einordnung der Fiskusprivilegien im nationalen Recht und im Gemeinschaftsrecht sowie die unterschiedliche Einordnung von Anstaltslast, Gewährträgerhaftung und Insolvenzunfähigkeit in das nationale und das unionale Rechtsregime. In Teil D sollen verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Überlegungen zu einem „öffentlichen Wettbewerbsrecht“ als Regulierungsrecht angestellt werden. Zunächst werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein Regulierungsrecht zu vertiefen sein (1. Kapitel). Anschließend wird zu untersuchen sein, inwieweit auf das Privatrecht als Regulierungsrecht für öffentliche Unternehmen zurückgegriffen werden kann (2. Kapitel). Das ist Voraussetzung, um die Tragfähigkeit des UWG (3. Kapitel) und des GWB (4. Kapitel) für ein öffentliches Wettbewerbsrecht ausloten zu können. Schließlich bedarf es einer Vertiefung, inwieweit das öffentliche Recht einem Wettbewerb öffentlicher Unternehmen untereinander Grenzen setzt (5. Kapitel). In Teil E wird zu einem Problem öffentlicher Unternehmertätigkeit Stellung bezogen werden, das sich im Laufe der Untersuchung mehrfach zeigen wird: das der Transparenz öffentlicher Unternehmen. Zunächst sind die verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf Aussagen zu einem Transparenzprinzip zu analysieren (1. Kapitel). Anschließend wird zu prüfen sein, ob und inwieweit die geltende Rechtsordnung eine Transparenz staatlicher Unternehmertätigkeit herstellt (2. Kapitel).

Teil A

Der unternehmerische Staat als Handlungsform staatlichen Interventionismus – empirische Bestandsaufnahme, steuerungstheoretische Betrachtung, rechtswissenschaftliche Eingrenzung

1. Kapitel

Das Phänomen „Der Staat als Unternehmer“

I. Die öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland: Die Wirtschaftspolitik der Privatisierung

Mit zunehmender Stabilisierung der deutschen Wirtschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts und ihrer Konkretisierung auf eine Marktwirtschaft¹¹ wird die Diskussion um den Staat als Unternehmer im wesentlichen nur noch aus diesem marktwirtschaftlichen Blickwinkel geführt. Gab es unmittelbar nach dem Krieg noch eine ganze Reihe von Staatsunternehmen – nicht nur Rüstungsunternehmen oder für die Rüstung notwendige Zulieferunternehmen, vor allem auch Unternehmen des Versorgungsbereichs –, stellte sich die Legitimationsfrage der Staatsunternehmen mit der Umstellung der Produktion auf eine marktwirtschaftsorientierte „Friedenswirtschaft“ erneut.

Dabei „startete“ der Bund mit nicht unerheblichen Unternehmensbeteiligungen, die in den Anfangsjahren der Bundesrepublik trotz der Teilung Deutschlands und des Verlusts der Ostgebiete beachtlicher waren, als die des Reiches zur Zeit der Weimarer Republik. Das lag einerseits an der Übernahme preußischen Unternehmensvermögens (Art. 135 VI GG), andererseits daran, daß das Reich während des Nationalsozialismus aggressiv Unternehmen en gros erworben hatte, insbesondere Rüstungs- und „kriegswichtige“

¹¹ V. a. gegen eine Zentralplanungswirtschaft: *J. Backhaus*, Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl., 1980, S. 74.

Betriebe und diese begleitende Unternehmen wie Kreditinstitute, Bergbaugesellschaften etc.¹² Die „Reichswerke Hermann Göring“, die spätere „Salzgitter AG“, war 1944 mit 410 Unternehmen¹³ der weltgrößte Konzern. Insgesamt soll die öffentliche Hand nach zehn Jahren Nationalsozialismus nahezu 50 % des Grundkapitals sämtlicher deutscher Kapitalgesellschaften gehalten haben – gegenüber 20 % im Jahr 1930.¹⁴

Trotz der 1945 einsetzenden massiven Dekartellierung und Neuordnung der deutschen Wirtschaft waren 1980 nahezu 20 % der 500 umsatzgrößten Industrieunternehmen in öffentlichen Konzernen zusammengefaßt.¹⁵ Es gab keinen wichtigen Wirtschaftsbereich, in dem die öffentliche Hand nicht vertreten war.¹⁶ Die Bundesrepublik nahm in den Statistiken über die Beschäftigten in der öffentlichen Wirtschaft einen Spitzenplatz ein.

Nach der raschen Konsolidierung der deutschen Wirtschaft setzte auch bald die erste Privatisierungsphase¹⁷ (1957 bis 1965) ein mit den „großen“ Teilprivatisierungen von Preussag, VW und VEBA. Insgesamt schieden 23 unmittelbare und 82 mittelbare Beteiligungen aus dem Bundesvermögen aus.¹⁸ Die Zeit ab 1965 war vor allem durch „Akzentverlagerungen“ geprägt: die Neuordnung des industriellen Bundesvermögens sollte eine Mehrfachbetätigung des Bundes und damit ineffiziente gegengerichtete Investitionen von Bundesunternehmen eindämmen bei gleichzeitiger Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie insgesamt.¹⁹ Noch 1978 war der Bund an über 900 Unternehmen des privaten Rechts beteiligt.

Die zweite Privatisierungsphase begann nach der Ära der sozialliberalen Koalition (1983 bis 1992) mit einem vollständigen Rückzug des Bundes aus

¹² G. Ambrosius, *Der Staat als Unternehmer*, 1984, S. 117.

¹³ Am 31.3.1944: 297 Unternehmen der Reichswerke AG für Berg- und Hüttenbetriebe „Hermann Göring“, 19 Unternehmen der Reichswerke AG für Binnenschifffahrt „Hermann Göring“ und 94 Unternehmen der Reichswerke AG für Waffen- und Maschinenbau „Hermann Göring“. Nach A. Meyer, *Hitlers Holding – Die Reichswerke „Hermann Göring“*, 1999, S. 312.

¹⁴ W. Boelcke, in: W. Albers/K. E. Born, *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, 5. Band, 1988, S. 473; G. Ambrosius, *Der Staat als Unternehmer*, 1984, S. 117.

¹⁵ G. Ambrosius, *Der Staat als Unternehmer*, 1984, S. 129.

¹⁶ B. Janson, *Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft*, 1980, S. 25 f.

¹⁷ Übersicht bei E. J. v. Freyend, in: *Beschränkung des staatlichen Einflusses in der Wirtschaft*, FIW-Schriftenreihe, Heft 155, 1993, S. 11; eingeleitet durch den Industrie- und Handelstag; vgl. A. v. Loesch, in: L. Neumann/F. Schulz-Nieswandt, *Sozialpolitik und öffentliche Wirtschaft*, 1995, S. 203. Gegen diese überkommene Einteilung allerdings K. Hirche, *Die Komödie der Privatisierung*, 1959, S. 15, der darauf hinweist, daß Art. 134 und 135 GG aufgenommen wurden, um „stille Privatisierungen“ der Länder – oftmals weit unter Wert – bis 1949 zu verhindern.

¹⁸ B. Janson, *Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft*, 1980, S. 320.

¹⁹ Beispiele für die Konzentrations- und Konzernierungsphase bei F. Knauss, *Die Beteiligungen des Bundes*, 1978, S. 23 f.

seinen Industriekonzernen (VEBA, VIAG²⁰, VW, Salzgitter). Weitere Unternehmen wurden insbesondere zu Beginn der 90er Jahre verkauft.²¹

In der dritten Privatisierungsphase,²² die 1991/92 einsetzte, ging es nicht nur um die Fortsetzung der bisherigen Privatisierungspolitik bei den verbliebenen Bundesbeteiligungen,²³ im Vordergrund stand die Restrukturierung und Privatisierung der großen Bundessondervermögen im Kommunikations- (Deutsche Bundespost) und Verkehrsbereich (Deutsche Bahn und Lufthansa). Damit kam der Bund nicht nur einem gemeinschaftsrechtlichen „Privatisierungsdruck“ nach, auf den noch intensiver einzugehen sein wird,²⁴ sondern verfolgte auch fiskalische Erwägungen, weil die Privatisierung zu einem erheblichen Einnahmeposten im Bundeshaushalt wurde („Verscheuerung des

²⁰ M. Pohl, VIAG – Vom Staatsunternehmen zum internationalen Konzern, 1998, S. 333 f.

²¹ Z. B. Prakla-Seismos AG, Deutsche Pfandbrief- und Hypothekbank AG, Schenker & Co GmbH, Berliner Industriebank AG, Aachener Bergmannsiedlungsgesellschaft; Teilprivatisierungen waren etwa: IVG, DSL-Bank, Deutsche Lufthansa, Deutsche Baurevision Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Treuarbeit AG.

²² Mit der Koalitionsvereinbarung 1991, in der die Privatisierung u. a. von folgenden Unternehmen vereinbart wurde: Deutsche Pfandbrief- und Hypothekbank AG, Industrieverwaltungsgesellschaft AG, Flughafen Frankfurt/M. AG, Rhein-Main-Donau AG, Autobahn Tank und Rast AG, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Deutsche Lufthansa AG, Deutsche Verkehrskreditbank AG, Schenker & Co GmbH, Deutsche Eisenbahnreklame GmbH, DSG Deutsche Service Gesellschaft Bahn mbH und diverse Touristik Beteiligungen.

²³ Hierzu hat die Bundesregierung ihre Beteiligungen und Liegenschaften einer konkreten Überprüfung unterzogen: BT-Drs. 12/6889, S. 3. Zur Privatisierung in jüngerer Zeit (Beteiligungsbericht des Bundes, 1999, S. 5 f., Stand: 30.9.1999):

1996: Neckar AG: 63,51 % (von 63,51 %)

Deutsche Telekom AG: 26 % (von 100 %)

Deutsche Lufthansa AG: 35,68 % (von 35,68 %) als KfW-Platzhalterlösung

1997: Gemeinnützige Deutsche Wohnungsbaugesellschaft mbH 58,34 % (von 58,34 %)

Mon Repos Erholungsheim Davos AG: 100 % (von 100 %)

Münchener Tunnel-Gesellschaft mbH: 10 % (von 10 %)

DSK Deutsche Stadtentwicklungsgesellschaft mbH 57,76 % (von 57,76 %)

Deutsche Lufthansa AG: 35,68 % (von 35,68 %) Vollprivatisierung

GBB Genossenschaftsholding Berlin: 100 % (von 100 %)

Deutsche Telekom AG: 13,5 % (von 74 %)

1998: Gesellschaft für Lagereibetriebe mbH: 100 % (von 100 %)

Landeswohnungs- und Städtebaugesellschaft Bayern GmbH: 25,08 % (von 25,08 %)

DG Bank Deutsche Genossenschaftsbank: 0,039 % (von 0,039 %)

Saarbergwerke AG: 74 % (von 74 %)

Autobahn Tank & Rast AG: 100 % (von 100 %)

Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH: 34,9 % (von 70 %)

Heimstätte Rheinland-Pfalz GmbH: 25,81 % (von 25,81 %)

Deutsche Telekom AG: 11,1 % (von 60,5 %) als KfW-Platzhalterlösung

1999: Deutsche Telekom AG: 1,3 % (von 49,4 %) als KfW-Platzhalterlösung

Deutsche Post AG: 100,0 % (von 100,0 %)

Deutsche Telekom AG: 4,5 % (von 48,1 %) durch Kapitalerhöhung ohne Beteiligung des Bundes.

²⁴ Teil C. 1. Kap. III. 2.

Tafelsilbers“).²⁵ Zudem galt es, die ehemaligen Staatsunternehmen der DDR zu privatisieren. Bis Ende 1994 waren das über 15.000 Unternehmen und Betriebsteile. Markt und Wettbewerb wurden zunehmend als Steuerungsinstrumente begriffen, was eine Neustrukturierung der öffentlichen Unternehmen erforderlich machte.

Die umfassende materielle Privatisierung auf Bundesebene über Jahrzehnte darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich nicht um einen linearen und konsequenten Abbau der industriellen Beteiligungen gehandelt hat. So waren von 1966 bis 1968 aufgrund der tiefgreifenden Rezession intensive Einflüsse des Bundes auf seine Unternehmen auszumachen. Diese – an den Verhältnissen der fünfziger Jahre gemessen völlig ungewohnten²⁶ – Aktivitäten wurden konjunktur- und wirtschaftspolitisch mit der Keynianschen Konzeption des „deficit spending“ legitimiert, die öffentliche Investitionen geradezu gefordert hatte²⁷ und damit nicht unbedingt formelle, aber materielle und funktionale öffentliche Unternehmertätigkeit.²⁸ Außerdem waren Privatisierungen oftmals nicht allein auf einem Abbau von Staatstätigkeit gerichtet, sondern auch auf die Herstellung rentabler Unternehmen, was wiederum zu Unternehmenskäufen und Unternehmensverbindungen geführt hat.²⁹

Vor allem bleibt das Thema für die Länder und Gemeinden aktuell. Im „Bericht der Bundesregierung zur Zukunftssicherung des Standorts Deutschland“ aus dem Jahr 1993 sind die Infrastruktureinrichtungen von Ländern und Gemeinden als größtes Privatisierungspotential genannt: „z. B. im öffentlichen Personennahverkehr, bei öffentlichen Planungsleistungen, Wasser-

²⁵ Bemerkungen des Bundesrechnungshofes 1999 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung, Teil II. 2.3.2.: Die Erlöse aus der Veräußerung von Beteiligungen und sonstigem Kapitalvermögen (sogenannte „Privatisierungseinnahmen“) werden in den Jahren 1998 und 1999 zusammen fast DM 50 Mrd. erreichen. Das ist weit mehr als die Summe aller Privatisierungseinnahmen im Zeitraum von 1950 bis 1997. Die Privatisierungseinnahmen, die im Zeitraum von 1980 bis 1989 insgesamt rd. DM 7,3 Mrd. betragen, haben sich im Zeitraum von 1990 bis 1999 auf mehr als das Zehnfache – rd. DM 77,2 Mrd. – erhöht; damit hat dieser Einnahmenbereich mittlerweile eine sehr hohe Bedeutung für die Haushaltsfinanzierung gewonnen.

²⁶ H.-O. Wagener, Neue staatswirtschaftliche Funktionen bundeseigener Industriebeteiligungen, 1972, S. 5.

²⁷ Plakatativ hierfür ist die Errichtung eines „Netzes“ staatlicher Banken (Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau (BGBl 1969 I S. 573); Gesetz über die Deutsche Ausgleichsbank (BGBl 1986 I S. 1544); Gesetz über die Deutsche Genossenschaftsbank (BGBl 1975 I S. 3171); Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank (BGBl 1963 I S. 465); DSL-Bank-Gesetz (BGBl 1989 I S. 1421) und DSL-Bank-UmwG (BGBl 1999 I S. 2441), was eine Konzentration der Wirtschaftslenkungsprozesse auf Kredit- und Fördermittelvergabe bedeutet.

²⁸ J. M. Keynes, Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes, 7. Aufl., 1994, S. 319 zur Verstaatlichung der Investitionen.

²⁹ Z. B. McPaper AG Schreibwarengeschäfte, die zu 100 %, und DANZAS Holding AG, die zu 92,4 % der Deutschen Post AG gehören (Beteiligungsbericht des Bundes, 1999, S. 267, 288); vgl. auch die Deutsche Bahn AG, die der Telekommunikationsgesellschaft Mannesmann Arcor AG & Co. ihr Telekommunikationsnetz verkauft hat, dafür aber zu 25,1 % an Arcor beteiligt ist (Beteiligungsbericht des Bundes, 1999, S. 287).

und Abwasser, Elektrizitäts-, Gas- und Abfallwirtschaft“.³⁰ Länder und Gemeinden betreiben zumeist keine dem Bund vergleichbare Privatisierungspolitik, planen mitunter sogar den Wiedereinstieg in bereits privatisierte Unternehmen.³¹ Plakativ mag das Scheitern des Bundes sein, eine Privatisierungsprüfungspflicht, wie sie in § 7 BHO verankert werden konnte, in § 6 HGrG zu implementieren.³² Die Kommunen beginnen zunehmend – angesichts der Beseitigung bisheriger Marktabschottungen gegenüber Privaten – nicht nur innerhalb, sondern ebenso außerhalb ihres Gemeindegebiets unternehmerische Tätigkeit zu entfalten,³³ was der Bund – trotz eigener Privatisierungspolitik – sogar partiell fördert.³⁴ Das ist seit der Liberalisierung z. B. für die Energieversorgung der Fall. Die Gemeinden fordern einen Schutz ihrer Stadtwerke vor zu starkem Wettbewerb³⁵ und wollen außerhalb ihres bisherigen Versorgungs- und Gemeindegebiets auftreten können. Nicht weniger expansiv sind die Gemeinden im Telekommunikationsbereich, weil sie über die Primärnetze der Elektrizitätsleitungen ihrer Stadtwerke, über das Straßennetz und über innerbehördliche Telekommunikationsnetze die Möglichkeit haben, relativ einfach Sekundärnetze, eine eigene Telekommunikationsinfrastruktur, auf- und auszubauen.³⁶ Gerade im Bereich des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes läßt sich eine zunehmende Tendenz zur Expansion ausmachen, vor allem mit dem aus „der Wirtschaft“ bekannten Argument,³⁷ daß nur eine gewisse Größe es erlaube, ein Unternehmen rentabel zu führen. Die Neugründungen von Planungsgesellschaften³⁸ und Forschungsgesellschaften runden das Bild ab.³⁹ Trotz umfassender Privatisierungen ist die öffentliche Wirtschaft nicht auf eine vernachlässigbare Größe geschrumpft. Kritisch wird neuerdings wieder die zunehmende unternehmerische Betätigung der Landesbanken und Sparkassen beurteilt, die sich unter dem „Schutzschild“ einer Anstaltslast und Gewährsträgerhaftung zu großen Konzernen entwickelt haben und nahezu in allen Branchen und Sparten vertreten sind.⁴⁰

³⁰ Vom 3.9.1993, BT-Drs. 12/5620, S. 52; s. a. BT-Drs. 12/6720, S. 3.

³¹ Z. B. OLG Hamm, NVwZ 1998, S. 3504 ff. – „Gelsengrün“; LG Offenburg vom 3.12.1999 – 5 O 183/98 KfH – „landschaftsgärtnerischer Tätigkeiten“.

³² BT-Drs. 12/6720, S. 3.

³³ S. nur die Neufassung des Art. 87 II BayGO; § 107 III NRW-GO; § 71 IV ThürKO; *D. Wolf*, in: R. Stober/H. Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 5 ff.

³⁴ BT-Drs. 13/7274, S. 32.

³⁵ Vgl. das Alleinabnehmersystem: § 7 EnG.

³⁶ *H. Gersdorf*, AfP 1998, S. 470.

³⁷ *C. Enkler*, ZG 1998, S. 328, 329.

³⁸ Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau-GmbH, Berlin (DEGES); ausführlich hierzu: *W. Blümel*, Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau, 1993; *R. Wahl*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsresource, 1997, S. 301 ff.

³⁹ Vgl. § 107 I Nr. 3 NRW-GO.

⁴⁰ Teil C. 3. Kap. IV. 1.

Stichwortverzeichnis

- Abhängigkeitsbericht 585
Agrarmarkt 258
Akteneinsichtsrecht 545
Aktienbuch 585
Aktienregister 585
Amtsauftrag 70 f.
Anerkennungsmodell 352
Anschluß- und Benutzungszwang 179, 184
Anstalt 392
Anstaltslast 387 ff., 390 ff.
Anteilseigner 229 f., 236, 239 f., 245 f.
Atomrecht 145
Auffangordnung 473, 484 ff., 506 f.
Aufgabe, öffentliche 106 f., 198 f.
Aufgabe, öffentlich-rechtliche 242
Aufsaugungsverbot 451
Aufsicht 64
Ausbeutung 508
- Baden-Württemberg 14
Bayern 15
Beherrschungsvertrag 244, 247, 251
Behinderung 508
Behinderungswettbewerb 178
Beihilfe 257, 309 ff., 398 ff.
Beleihung 242 ff.
Benutzungsgebühren 487 f.
Berlin 16
Berufsfreiheit 153 f., 176 f., 179, 369 f., 424 f.
Bestattungsbetrieb 517
Beteiligungsbericht 12 f., 578 f.
Beteiligungsverwaltung 538 f.
Betrabung 321 ff.
Binnenmarkt 256 f., 263 ff., 269 f., 292 f., 311, 356
Börsenpflichtblatt 587
Börsenprospekt 252
Brandenburg 17
Bremen 18
Budgetrecht 554 f.
Bund 6 f.
- Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben s. Treuhandanstalt
Bundesbetrieb 37, 555, 578
- Chancengleichheit 363 ff.
- Daseinsvorsorge 72, 109 f., 224, 225, 238, 290, 323 ff.
Demokratieprinzip 68, 85 f., 412 f., 546, 552, 572
Deregulierung 56, 58, 262, 331
Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 278, 321 ff.
Diskriminierung 257
Doppelgrundrecht 214, 218 f.
Drittsschutz 443 f
Duales System 200, 224
Dualismus 352
Dumping 508
Durchgriffsargument 198, 205 ff., 246
- Eigenbetrieb 51, 459
Eigengesellschaft 48, 86 f., 88
Eigenkapitalbildung 407
Eigentum 260, 301 f.
Eingriffsdogmatik 167 ff.
Ein-Mann-Gesellschaft 230
Eisenbahn 145 f., 362, 420, 458
Energieversorgung 141 f., 223, 238, 303, 309
Entsorgung 144 f., 224, 285, 385 f., 428, 439
Erfüllungsverantwortung 139 ff., 202
Errichtungsanordnung 420
Exklusivrecht 201 f.
- Feuerbestatter 224
Fiktionstheorie 209
Finanzbericht 577
Finanzmonopol 186, 273, 282 f.
Fiskalisches Handeln 72, 482
Fiskusprivilegien 91, 162, 191, 360 ff., 397 f.
Fiskustheorie 190, 201, 465 f.
Flucht ins Privatrecht 482, 539
Föderalismus, kompetitiver 534

- Folgerichtigkeit 372, 385 ff.
 Formenmißbrauch 169, 473 ff.
 Formenwahlfreiheit 73, 169, 217, 241, 382, 455, 473 ff., 538 f.
- Gefährdungslage, grundrechtstypische 190 f., 198, 222
 Gelsengrün 512
 Gemeinde 221 ff.
 Gemeinrecht 461 f.
 Gemeinsamer Markt 256 f., 569
 Gemeinwohl 104 f., 116 f.
 Geschäftsverhältnis 496
 Gesetzesvorbehalt 411 ff., 501 f., 573 f.
 Gewährleistungsverantwortung 59, 138 ff.
 Gewährsträgerhaftung 387 ff., 395 ff.
 Gewaltenteilung 553
 Gewerbebetrieb, eingerichteter und ausgeübter 236
 Gewerbefreiheit 187 f., 191
 Gewinnerzielung 61, 119 f., 186, 249, 252, 276 f.
 Gleichbehandlung 292 f., 538 f.
 Gleichgewichtsprinzip 325 ff.
 Gleichheitssatz 366 f.
 Gleichordnung 491
 Großunternehmen 206 f., 231, 233 f.
 Grundbuch 361
 Grundfreiheiten 261 ff., 298 f., 302 f.
 Grundrechte und § 1 UWG 503 f.
 Grundrechte, europäische 263, 264 ff.
 Grundrechtseingriff, faktischer 167 f., 416 f.
 Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen 69 f., 162, 203 ff., 294 ff., 467
 Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Unternehmen 187 ff.
 Grundrechtsschutz, abgestufter 227 ff.
- Haftungszuschlag 404 f.
 Hamburg 18
 Handels- und Industrieunternehmen 286
 Handelsmonopol 186, 283, 301
 Handelsregister 581 f.
 Handlungsformen 473 f.
 Handlungsfreiheit, allgemeine 95
 Harmonisierung 339
 Haushaltsgesetz 419 f., 436
 Haushaltsplan 578
 Haushaltsrecht 79, 554, 577
 Haushaltsvorbehalt 557
 Hessen 19
 Hierarchieprinzip 67, 68
- Hoheitsbetrieb 51, 379, 383
 Hoheitsgewalt 253
 Homo oeconomicus 55, 95
- Immanenztheorie 528 f.
 Industrie- und Handelskammer 508
 Industriepolitik 258
 Informationsfreiheit 548 f.
 Informationsvorsorge 548
 Infrastruktur 132 f., 147, 151
 Infrastrukturverantwortung 235
 Ingerenzpflicht 68
 Innominatrecht 367 ff.
 Insolvenzunfähigkeit 389 ff., 398 f., 405 f.
 Instrumentalthese 60 f., 76, 177, 202, 273, 306
- Jahresabschluß 583
 Juris 517 f.
 Juristische Person 187 ff.
- Kapitalgesellschaft 229 f., 238
 Kapitalisierungsprinzip 282
 Kartellrecht 305 f., 523 ff., 585 f.
 Kfz-Zulassungsstelle 517
 Kollisionsnorm 475 f.
 Kommunale Beteiligungswirtschaft 28 ff.
 Kompetenz-Kompetenz 468
 Konfusionsargument 188
 Konnexität von Steuerung und Haftung 79 f.
 Kontrolle 65, 75
 Konzern 240, 540
 Konzern, qualifiziert faktischer 391
 Konzernabschluß 584
 Konzernlagebericht 584
 Kooperationsprinzip 249 f., 326 f.
 Kooperationsverhältnis 354, 472
 Körperschaftssteuerrecht 378 ff.
 Krankenhaus 427
 Krankentransport 519
 Kriegsgesellschaft 460
 Kulturstaat 226
 Kulturunternehmen 226
 Kundenfang 508, 509
 Kurierdienste 345 f.
- Lagebericht 584
 Landesbanken 14 ff., 387 ff.
 Legitimationsniveau 69
 Leistungsverhältnis 492 f.
 Leistungsverwaltung 169, 171
 Leistungswettbewerb 491

- Liberalisierung 59, 138 f., 301 f., 305, 330 f.
 Liberalisierungsdruck 301 ff.
 Liberalismus 456 f.
 Luftverkehrsverwaltung 140 f.
- Markt 164 f.
 Marktanteil 155 f.
 Markterkundungsverfahren 443
 Marktfreiheit, allgemeine 263 f.
 Marktkonformität 91 f.
 Marktmacht 155 f., 527
 Marktorganisation 265
 Marktposition 155 f.
 Marktregulierung 445 f.
 Marktstellung 155 f.
 Marktstörung 511, 518 f.
 Markttransparenz 562 f.
 Marktwirtschaft 6, 32, 98, 257
 Mecklenburg-Vorpommern 20
 Mediales Recht 57 f.
 Mißbrauch amtlicher Autorität 511, 514 f.
 Mißbrauch im Wettbewerb 502
 Monismus 352
 Monopol 148, 159 f., 179, 224, 304, 307 f.,
 364, 424, 524
 Monopolkommission 32
- Namensaktien 585
 Nebenhaushalt 554
 Neutrales Recht 463 f.
 Neutralitätsgebot 506
 Niedersachsen 21
 Nordrhein-Westfalen 22
- Öffentlicher Auftrag 71 f.
 Öffentlicher Auftraggeber 284 ff.
 Öffentliches Recht 456 ff.
 Öffentlichkeit 546, 550
 Ökonomisches Prinzip 165 f.
 Organisationsrecht 60, 86, 208, 392 f.,
 419 f., 458, 473 f., 538, 572 f.
- Personenbeförderungsrecht 340 ff., 361
 Persönlichkeitsrecht, allgemeines 509
 Petition 76
 Post 149 f., 201, 345 ff., 386, 450
 Preisunterbietung 508, 509
 Prinzipien 353
 Privatautonomie 94, 247, 355, 498 f.
 Private reasonable investor's test 314 f.
 Privatisierung 6 ff., 58, 138 f., 149, 202,
 301 ff., 331
 Privatisierungsdruck 304, 309 f.
- Privatrecht 447, 456 ff., 480, 576
 Privatrechtsfähigkeit 465 ff.
 Privatrechtssubjektivität 465 f.
 Public-Private-Partnership 84, 238, 246,
 249, 542
 Publikumsgesellschaft 230 f.
 Publizität 253, 545 f., 586
- Rechte, ausschließliche 307
 Rechtsform 216 f., 239, 280
 Rechtssatzvorbehalt 414
 Rechtsschutzgarantie 558 f.
 Rechtssicherheit 239, 253, 558 f.
 Rechtsstaat 67, 412 f., 575 f.
 Rechtsstellungstheorie 138
 Rechtssubjektivität 192, 467 f.
 Rechtsverhältnislehre 189, 223 f., 245 f.,
 422, 486 f.
 Rechtsweg 520 f.
 Reflexives Recht 55 f., 445 f.
 Regiebetrieb 52, 459
 Regionalprinzip 534 f.
 Register, öffentliches 591 ff.
 Regulatives Recht 55
 Regulierung 55, 292, 368
 Regulierungsrecht 411 ff., 448 ff., 455 ff.
 Regulierungsverantwortung 143
 Reisebüro 516
 Rentabilität 281 f., 284 ff., 314 f.
 Rettungsdienst 519
 Rheinland-Pfalz 23
 Richtlinienadressat 296 f.
 Rundfunkanstalt 218 f.
- Saarland 24
 Sachgerechtigkeit 371 f., 373 ff.
 Sachsen 25
 Sachsen-Anhalt 26
 Sachwaltertheorie 195 f.
 Schleswig-Holstein 26
 Schutzschirmdoktrin 451
 Sektorenrichtlinie 48, 271, 290 f.
 Selbstverwaltung 193, 223 f.
 Service Public 325 f.
 Sittengesetz 503 f.
 Sittenwidrigkeit 497 ff.
 Sondervermögen 37, 51 f., 202, 555, 578
 Sozialordnung 213
 Sozialpolitik 135 f.
 Sozialstaat 97
 Sparkasse 225, 376, 387 ff., 535
 Spielbank 23, 424 f.
 Staat als Unternehmer 1 ff., 161 f.

- Staatsaufgabe 71, 87, 105 f., 467, 530
 Staatshaftungsrecht 361, 391 f., 471
 Staatswirtschaft 14 ff.
 Staatsziele 63, 97
 Staatszweck 103 f.
 Steuerrecht 374 ff.
 Steuerstaat 126 f.
 Steuerung 31 f., 48 f., 52 ff., 62 ff., 248, 251, 537 f., 591 f.
 Steuerungsanforderungen 67 ff.
 Steuerungsinstrumente 61, 62 f.
 Steuerungslehre 58
 Steuerungsmedium 60, 85
 Steuerungsstaat 52 f., 60 ff., 62, 91 ff.
 Stiftung 212, 215 f., 579
 Straßenverwaltung 140 f.
 Strukturpolitik 133 f.
 Subjektionsverhältnis 190 f.
 Subordinationsverhältnis 191
 Subsidiaritätsprinzip 429 ff.
 Subventionierung 177, 509
 Systembetrachtung 371 f.
 Systemgerechtigkeit 371 f., 375 ff.
 Systemsteuerung 59
 Systemtheorie 54, 194 f., 358

 Telekommunikation 149 f., 201, 420, 501 f.
 Thüringen 27
 Transparenz 242, 251, 253, 351, 489, 537 ff.
 Transparenzrichtlinie 48, 271, 567
 Treuhandanstalt 13, 362
 Treuhänderschaft 214
 Treupflicht 251 f.

 Überkapazität 513
 Über-Unterordnung 491
 Umsatzsteuerrecht 371, 378 ff.
 Umsatzsteuerrichtlinie 376, 380
 Umweltschutz 135 f., 262
 Universaldienstleistung 59, 152, 200, 336 ff., 343 ff.
 Universität 218 f.
 Unternehmen 35 ff.
 Unternehmen, gemischt-öffentliches 51, 88, 274 f.
 Unternehmen, gemischt-wirtschaftliches 49 ff., 238 ff.
 Unternehmen, öffentliches 44 ff., 60, 100, 187 ff., 269 ff., 354 f.
 Unternehmen, öffentlich-rechtliches 51 f., 406

 Unternehmen, wirtschaftliches 41 f., 441 f.
 Unternehmensberater 30, 369 f., 427
 Unternehmensziel 115 f., 119

 Verantwortungszuweisung 138 f.
 Verbandspersönlichkeit, reale 210
 Vereinheitlichungsmodell 352
 Vereinigungsfreiheit 212 f., 248
 Vergaberecht 271 f., 284 ff., 526
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 452 f.
 Verpackungsverordnung 200
 Verquickung, unlautere 511, 515 f.
 Verrechtlichungsgebot 476 f., 561
 Versicherung 281 f.
 Verstaatlichung 302
 Vertrauensschutz 249 f.
 Verwaltung 41, 279
 Verwaltungsmonopol 201
 Verwaltungsprivatrecht 42, 272, 481 ff.
 Verwaltungsrechtsverhältnis 486 f.
 Verwaltungsvorbehalt 413
 Vollrechtsfähigkeit 467 f.
 Vorsprung durch Rechtsbruch 511 f.

 Wasserversorgung 74, 428
 Wasserwegeverwaltung 140 f.
 Weisung 65, 85
 Werbung 508, 514
 Wesen der juristischen Person 208 f.
 Wesensgehalt 265 f., 291
 Wesentlichkeitslehre 71
 Wettbewerbs, unlauterer 489 ff.
 Wettbewerb, unverfälschter 256 f., 292 f., 306, 308, 355
 Wettbewerbschancengleichheit 177, 363 ff.
 Wettbewerbseintrittsnormen 419 f.
 Wettbewerbsförderung 130 f.
 Wettbewerbsfreiheit 152 ff., 167 ff., 304, 363 ff., 426 f.
 Wettbewerbsgebot 151
 Wettbewerbsneutralität 367, 506, 519
 Wettbewerbspolitik 325 f., 338 f.
 Wettbewerbsprinzip 259, 280 f.
 Wettbewerbsrecht 357 ff., 489 ff.
 Wettbewerbsrecht, interföderales 529 ff.
 Wettbewerbsregulierungsrecht 446 ff.
 Wettbewerbsstörung 159 f.
 Wettbewerbsverhältnis 492 f.
 Wettbewerbsvermeidungsgebot 429 f.
 Wettbewerbswirtschaft 264 ff., 355
 Wirtschaft 41
 Wirtschaftlichkeitsprinzip 289, 513
 Wirtschaftsfreiheit 153 f.

Wirtschaftsordnung 92 ff., 213, 255 ff.
Wirtschaftspolitik 6 ff., 133 f., 258
Wirtschaftsunternehmen 146
Wirtschaftsverfassung 92 f., 256 f., 358

Zahnarzt-Software 519
Zielprogrammierung 62 f.
Zweck, öffentlicher 117 f., 419 f.
Zweckpersönlichkeit 210

Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Alphabetisches Verzeichnis

- Axer, Peter*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. 2000. *Band 49*.
- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3*.
- Becker, Joachim*: Transfergerechtigkeit und Verfassung. 2001. *Band 68*.
- Blanke, Hermann-Josef*: Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. 2000. *Band 57*.
- Böhm, Monika*: Der Normmensch. 1996. *Band 16*.
- Bogdandy, Armin von*: Gubernative Rechtsetzung. 2000. *Band 48*.
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*.
- Britz, Gabriele*: Kulturelle Rechte und Verfassung. 2000. *Band 60*.
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37*.
- Butzer, Hermann*: Fremdstaten in der Sozialversicherung. 2001. *Band 72*.
- Christian Calliess*: Rechtsstaat und Umweltstaat. 2001. *Band 71*.
- Claasen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13*.
- Danwitz, Thomas von*: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration. 1996. *Band 17*.
- Detterbecke, Steffen*: Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht. 1995. *Band 11*.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. 1994. *Band 8*.
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. 1997. *Band 27*.
- Epping, Volker*: Die Außenwirtschaftsfreiheit. 1998. *Band 32*.
- Fehling, Michael*: Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe. 2001. *Band 79*.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34*.
- Frenz, Walter*: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft. *Band 75*.
- Gellermann, Martin*: Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande. 2000. *Band 61*.
- Gröpl, Christoph*: Haushaltsrecht und Reform. 2001. *Band 67*.
- Gröschner, Rolf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4*.
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. *Band 45*.
- Gurlit, Elke*: Verwaltungsvertrag und Gesetz. 2000. *Band 63*.
- Häde, Ulrich*: Finanzausgleich. 1996. *Band 19*.
- Hase, Friedhelm*: Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich. 2000. *Band 64*.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28*.
- Heitsch, Christian*: Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder. 2001. *Band 77*.
- Hellermann, Johannes*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. 2000. *Band 54*.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29*.
- Hösch, Ulrich*: Eigentum und Freiheit. 2000. *Band 56*.
- Holznapel, Bernd*: Rundfunkrecht in Europa. 1996. *Band 18*.
- Horn, Hans-Detlef*: Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung. 1999. *Band 42*.
- Huber, Peter-Michael*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. 1991. *Band 1*.
- Ibler, Martin*: Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 43*.
- Jestaedt, Matthias*: Grundrechtsentfaltung im Gesetz. 1999. *Band 50*.
- Kadelbach, Stefan*: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36*.
- Kämmerer, Jörn Axel*: Privatisierung. 2001. *Band 73*.

- Kahl, Wolfgang*: Die Staatsaufsicht. 2000. *Band 59*.
- Koch, Thorsten*: Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen. 2000. *Band 62*.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23*.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26*.
- Kugelman, Dieter*: Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers. 2001. *Band 65*.
- Lehner, Moris*: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5*.
- Lorz, Ralph Alexander*: Interorganrespekt im Verfassungsrecht. 2001. *Band 70*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Optimierende Sozialgestaltung. 2001. *Band 69*.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Niedobitek, Matthias*: Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. 2001. *Band 66*.
- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. 2001. *Band 76*.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. 2001. *Band 58*.
- Puhl, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Rodi, Michael*: Die Subventionsrechtsordnung. 2000. *Band 52*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Rozeke, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. 2001. *Band 74*.
- Sacksofsky, Ute*: Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. 2000. *Band 53*.
- Sarcevic, Edin*: Das Bundesstaatsprinzip. 2000. *Band 55*.
- Schlette, Volker*: Die Verwaltung als Vertragspartner. 2000. *Band 51*.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. 1999. *Band 38*.
- Schulte, Martin*: Schlichtes Verwaltungshandeln. 1995. *Band 12*.
- Sobota, Katharina*: Das Prinzip Rechtsstaat. 1997. *Band 22*.
- Sodan, Helge*: Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. 1997. *Band 20*.
- Sommermann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmungen. 1997. *Band 25*.
- Storr, Stefan*: Der Staat als Unternehmer. 2001. *Band 78*.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse. 1999. *Band 47*.
- Wall, Heinrich de*: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 46*.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz. 2000. *Band 44*.
- Volkmann, Uwe*: Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
- Voßkuhle, Andreas*: Das Kompensationsprinzip. 1999. *Band 41*.
- Ziekow, Jan*: Über Freizügigkeit und Aufenthalt. 1997. *Band 21*.

*Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gerne vom Verlag
 Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.
 Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>*