
ZR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

146. Band 1982

Begründet 1858 von *L. Goldschmidt*

Herausgegeben von

Rechtsanwalt Dr. *Michael Hoffmann-Becking*
Düsseldorf

Professor Dr. *Friedrich Kübler*
Universität Frankfurt/M.

Professor Dr. *Karsten Schmidt*
Universität Hamburg

Professor Dr. *Rupert Scholz*
Universität München

Professor Dr. *Ernst Steindorff*
Universität München

Walter Stimpel
Vizepräsident des Bundesgerichtshofs Karlsruhe

Professor Dr. *Peter Ulmer*
Universität Heidelberg

Dr. *Winfried Werner*
Chefsyndikus, Frankfurt/Main

gemeinsam mit

Dr. *Oliver C. Brändel*
Rechtsanwalt am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe

Professor Dr. Dr. h. c. *Ernst von Caemmerer*
Universität Freiburg/Br.

Dr. Dr. h. c. *Robert Fischer*
Präsident des Bundesgerichtshofs a. D.
Karlsruhe

Dr. *Eike von Gierke*
Vizepräsident des Landgerichts a. D.,
Lüneburg

Professor Dr. Dr. h. c.
Ernst-Joachim Mestmäcker
Direktor des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg



**Verlagsgesellschaft
Recht und Wirtschaft mbH
Heidelberg**

Abhandlungen

<i>Badura, Peter</i> , Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit besonderer Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen	448
<i>Blaurock, Uwe</i> , Haftungsfreizeichnung zugunsten Dritter	238
<i>Flume, Werner</i> , Die GmbH-Einmanngründung	205
<i>Grunewald, Barbara</i> , Einsichts- und Auskunftsrecht des GmbH-Gesellschafters nach neuem Recht	211
<i>Hoffmann, J. J.</i> , Einführung in den tatsächlichen Ablauf der Forschungs-förderung und deren tatsächliche Probleme	377
<i>Jahnke, Volker</i> , Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse	595
<i>Joch Bernd</i> , Diskussionsbericht zu den Referaten <i>Hoffmann, Pietzcker</i> und <i>Ulrich</i>	445
<i>Joch, Bernd</i> , Diskussionsbericht zu den Referaten <i>Badura</i> und <i>Ulmer</i>	507
<i>Koch, Ulrich</i> , Die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an der GmbH-Gründung	118
<i>Köhler, Helmut</i> , Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb	580
<i>Kramer, Ernst A.</i> , Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGBG	105
<i>v. Olshausen, Eberhard</i> , Zivil- und wirtschaftsrechtliche Instrumente gegen überhöhte Preise	259
<i>Pietzcker, Jost</i> , Staatliche Förderung industrieller Forschung und Entwicklung – öffentlich-rechtlich betrachtet	393
<i>Reuter, Dieter</i> , Die Personengesellschaft als abhängiges Unternehmen	1
<i>Schmidt, Karsten</i> , Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH	525
<i>Steindorff, Ernst</i> , Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten 1971–1978	140
<i>Traumann, Clemens</i> , Nachfolgerloses Ausscheiden aus Gesellschaften im Lichte der Zusammenschlußkontrolle	330
<i>Ulrich, Hanns</i> , Staatliche Förderung idustrieller Forschung und Entwicklung: Das Innenverhältnis	410
<i>Ulmer, Peter</i> , Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen	466
<i>Ulmer, Peter</i> , Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen?	555
<i>Wengler, Wilhelm</i> , Zum internationalen Privatrecht des Handelsvertreter-vertrages	30
<i>Wiedemann, Gerhard</i> , Personengesellschaften in der Fusionskontrolle	296

Berichte und kleinere Beiträge

<i>Gotthold, Jürgen</i> , Nochmals: Kritische Bemerkungen zur neo-neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik	55
<i>Joch</i> s. <i>Steindorff/</i> –	336
<i>Schmidt, Reiner</i> , Der Einlagensicherungsfonds deutscher Banken als Berufsschranke	48
<i>Steindorff, Ernst/Joch, Bernd</i> , Die ersten Urteile des Bundesgerichtshofs zum Mitbestimmungsgesetz	336

Rezensionsabhandlungen

<i>Benöhr, Hans-Peter</i> , Regelungsbefugnis und Wirtschaftsmacht vor hundert Jahren	174
<i>Ebenroth, Carsten Thomas</i> , Neue Lehr- und Lernbücher des Handelsrechts	509
<i>Jarass, Hans D.</i> , Grundfragen der künftigen Telekommunikationsordnung	166
<i>Lenel, Hans Otto</i> , Zwei Stellungnahmen zur Regelung der Entflechtung	61
<i>Raisch, Peter</i> , Ein Großkommentar zum GWB	346
<i>Teubner, Günther</i> , Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen	625

Literatur

<i>Aderhold, Lutz</i> , Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft (Rezensent: <i>Georg Wiesner</i>)	92
<i>Ahlerl, Dieter</i> (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel (Rezensent: <i>Werner Schultes</i>)	522
<i>Bandasch, Georg W.</i> , HGB. Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch (Rezensent: <i>Rolf Knütel</i>)	74
<i>Baums, Theodor</i> , Eintragungen und Löschungen von Gesellschafterbeschlüssen (Rezensent: <i>H. Kollhosser</i>)	197
<i>Bunte, Hermann-Josef</i> , Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz (AGBE) (Rezensent: <i>Harry Schmidt</i>)	655
<i>Cox/Jens/Markert</i> , Handbuch des Wettbewerbs (Rezensent: <i>Winfried Tilmann</i>)	369
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. VI: Internationales Privatrecht (Rezensent: <i>François Rigaux</i>)	194
<i>Gabele, Eduard</i> , Die Einführung von Geschäftsbereichsorganisationen (Rezensent: <i>Barbara Grunewald</i>)	649
<i>Goetzke</i> s. <i>Sieben/</i> –	102
<i>Grunewald, Barbara</i> , Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf (Rezensent: <i>H. Honsell</i>)	99

<i>Jens s. Cox/</i> –	369
<i>Joerges, Christian</i> , Verbraucherschutz als Rechtsproblem (Rezensent: <i>Winfried Tilmann</i>)	372
<i>Jüngst, Rainer</i> , Marktbeherrschungsbegriff „überragende Marktstellung“ (Rezensent: <i>Gert Reinhart</i>)	102
<i>Koller, Ingo</i> , Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austausch- verträgen (Rezensent: <i>Hermann Weitnauer</i>)	188
<i>Markert s. Cox/</i> –	369
<i>Matschke s. Sieben/</i> –	102
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Rezensent: <i>Ernst Steindorff</i>)	520
<i>Oesterreich, Jörg</i> , Die Betriebsüberlassung zwischen Konzern und faktischem Konzern (Rezensent: <i>Uwe H. Schneider</i>)	652
<i>Ott, Reinhardt</i> , Das Wettbewerbsrecht als Mittel der Wirtschaftsgestaltung (Rezensent: <i>Bernhard Beck</i>)	96
<i>Paefgen, Walter</i> , Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG (Rezensent: <i>Manuel R. Theisen</i>)	643
<i>Puttfarcken, Hans-Jürgen</i> , Beschränkte Reederhaftung – Das anwendbare Recht (Rezensent: <i>Johann Georg Helm</i>)	518
<i>Schmidt, Karsten</i> , Verfrachterkonossement, Reederkonossement und Identity-of-carrier-Klausel (Rezensent: <i>Paul Wriede</i>)	81
<i>Sieben, Günter/Goetzke, Wolfgang/Matschke, Manfred J.</i> , Der Begriff „Finanzkraft“ im § 22 GWB aus betriebswirtschaftlicher Sicht (Rezensent: <i>Gert Reinhart</i>)	102
<i>Tilmann, Winfried</i> , Die geographische Herkunftsangabe (Rezensent: <i>Rudolf Kraßer</i>)	90
<i>Treis, Bartho</i> (Hrsg.), Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb (Rezensent: <i>Werner Schultes</i>)	368
<i>Vetter, Eberhard</i> , Beiträge zur inneren Ordnung des Aufsichtsrates der mitbestimmten Aktiengesellschaft (Rezensent: <i>Manuel R. Theisen</i>)	643
<i>Walzm, W. Rainer</i> , Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung (Rezensent: <i>Harald Weber</i>)	85

Dissertationen

bearbeitet von Dr. *Renate Bellmann*, Tübingen

Berlin	658
Bielefeld	201
Bochum	660
Gießen	662
Göttingen	202
Mannheim	204

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit besonderer Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen

Von Professor Dr. Peter Badura, München

ZHR 146 (1982) 448–465

Inhalt

I.	Die öffentlichen Unternehmen und das unternehmerische Handeln	448
1.	Die Vielgestaltigkeit leistungsverwaltungsrechtlicher und unternehmerischer Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand	448
2.	Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Wahrung öffentlicher Interessen durch unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand	451
3.	Die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen im Konzert der Versicherungswirtschaft	453
II.	Die öffentlichen Unternehmen und das Verfassungsrecht	457
1.	Die Tätigkeitsbegrenzung durch Aufgabenzuweisung.	457
2.	Die öffentliche Wirtschaftstätigkeit in der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.	459
3.	Die grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten und die Möglichkeit eines „Eingriffs durch Wettbewerb“.	460
III.	Die öffentlichen Unternehmen und die Politik	462
1.	Gemeinwirtschaft und Sozialisierung.	462
2.	Gefahren einer politischen Instrumentalisierung bei der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und bei einer öffentlich geführten Wirtschaft	463
3.	Die Frage der Privatisierung.	465

I. Die öffentlichen Unternehmen und das unternehmerische Handeln

1. Die Vielgestaltigkeit leistungsverwaltungsrechtlicher und unternehmerischer Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand

Der Bund, die Länder, die Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften nehmen auf breiter Front zu den unterschiedlichsten Zwecken und in verschiedenartigen Rechtsformen am Wirtschaftsverkehr teil. Für eine grundsätzliche Betrachtung muß von einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand sowohl dann gesprochen werden, wenn die Wirtschaftstätigkeit durch den Staat oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts selbst ausgeübt wird, als auch dann, wenn die öffentliche Hand, außer zu Zwecken der Vermögensanlage, Beteiligungen an Handelsgesellschaften oder anderen Wirtschafts-subjekten hält, die ihrerseits Waren und Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anbieten. Wird allein auf die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr abgestellt, kommt es nicht darauf an, ob die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand sich eines rechtlich verselbständigten

Wirtschaftssubjekts bedient und ob diese Tätigkeit in privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Organisations- und Handlungsformen ausgeübt wird, und bleibt auch außer Betracht, welche Zwecke mit der Wirtschaftstätigkeit verfolgt werden.

Der allgemeine Sachverhalt öffentlicher Wirtschaftstätigkeit ist für eine politische Einschätzung und für die juristische Beurteilung keine ausreichende Grundlage¹. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand reicht von der, an bestimmten Verwaltungszwecken ausgerichteten Leistungsverwaltung, in oft gleitenden Übergängen, bis zu einem unternehmerischen oder „erwerbswirtschaftlichen“ Handeln im Marktverkehr, bes. im Falle der Industriebeteiligungen. Von der Leistungsverwaltung, z. B. durch die großen Verkehrsanstalten des Bundes, Post und Bahn, unterscheidet sich die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand durch das Fehlen eines besonderen öffentlichen Interesses, dem die Einheiten der Leistungsverwaltung gewidmet sind. Es wäre allerdings falsch, die im Staats- und Verwaltungsrecht übliche Unterscheidung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit in Leistungsverwaltung und unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand so zu fassen, daß hier ein Erwerbszweck und dort das Gemeinwohl der bewegende Zweck sei. Für jegliche Staatstätigkeit gilt, daß sie dem öffentlichen Interesse zu dienen hat. Der Ausdruck „erwerbswirtschaftlich“ verdeckt, daß es sich um eine unternehmerische Tätigkeit handelt, die von der öffentlichen Hand ausgeübt wird, weil dafür ein öffentliches Interesse besteht.

Falsch wäre es auch, wenn die Unterscheidung von Leistungsverwaltung und öffentlicher Unternehmenstätigkeit als eine abschließende Disjunktion verstanden würde. Die Skala der berührten und verfolgten öffentlichen Interessen ist vielgestaltig und zeigt gleitende Übergänge. Während die Einrichtungen der Leistungsverwaltung eine spezifische öffentliche Aufgabe als Anstalts- oder Unternehmenszweck eingestiftet haben, kann die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand als Wirtschaftstätigkeit im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden und Zweckbindungen unterliegen oder dienstbar gemacht werden, wie z. B. bei den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen der Kredit- und der Versicherungswirtschaft. Darin kommt zum Ausdruck, daß die so abgegrenzte wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nur mit der mitgedachten Einschränkung „unternehmerisch“ genannt werden darf, daß sie gerade des kennzeichnenden Merkmals entbehrt, das unternehmerisches Handeln auszeichnet, nämlich privatwirtschaftliches Handeln zu sein.

Die bisherige, um Einteilungskriterien und Stoffeinordnung bemühte Betrachtung führt schon für sich allein vor Augen, daß die Bundesrepublik eine gemischte Wirtschaftsordnung hat. Es wäre unvollständig, das Bild nur mit Hilfe des Gegenübers von privatwirtschaftlicher Autonomie, Initiative und Wertschöpfung und staatlicher Intervention, Ab-

1 Hierzu und zum folgenden: P. Badura, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, 1981, S. 3; ders., Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1982, S. 273/348 ff. (mit Literaturübersicht). Vgl. bes. F. Osenbühl, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 96 ff. Über Österreich hinaus ist von allgemeinem Interesse P. Oberndörfer, Erfolge und Probleme öffentlicher Unternehmen aus österreichischer Sicht, in: F. Wagener (Hrsg.), Regierbarkeit? Dezentralisation? Entstaatlichung? 1976, S. 155.

schöpfung und Umverteilung zu zeichnen. Die öffentliche Hand ist maßgeblich selbst an der volkswirtschaftlichen Wertschöpfung beteiligt.

Eine Beschreibung der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik wäre eine Beschreibung der deutschen Wirtschaft unter einem bestimmten Blickwinkel. Das wird hier nicht erwartet werden. Einiges Anschauungsmaterial kann jedoch nicht entbehrt werden, um den juristischen Überlegungen Stoff und Aktualität zu geben. Zu den traditionellen Sektoren der deutschen öffentlichen Wirtschaft gehören die Energiewirtschaft und die Verkehrswirtschaft. Die Bundespost mit 37,5 Mrd. DM Umsatz und 477.000 Beschäftigten (1980) hat neben ihrer herkömmlichen Leistungsaufgabe im Nachrichtenverkehr eine Schlüsselstellung für die Entwicklung der neuen Kommunikationstechnologien². Die Deutsche Lufthansa AG hat neben der Beteiligung des Bundes in Höhe von 74,31% etwa 30.000 Aktionäre. Ihr Versuch, über Reisebüros neue Absatzwege zu erschließen, traf auf eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes, das im August 1981 den Erwerb von 50% der Anteile an einem Reiseunternehmen beanstandete, weil dadurch die überragende Marktstellung der Lufthansa und ihrer Tochter Condor bei Pauschaltouristik-Flugleistungen weiter verstärkt würde. Zur Verkehrswirtschaft gehören auch die See- und Binnenhäfen. Die Hamburger Hafen- und Lagerhaus AG gehört zu 100% der Freien und Hansestadt Hamburg, die Duisburg-Ruhrorter Häfen AG dagegen hat zu je einem Drittel den Bund, das Land Nordrhein-Westfalen und die Stadt Duisburg als Aktionäre. Als letztes aktuelles Beispiel für die Tätigkeit der öffentlichen Hand in der Verkehrswirtschaft ist die Rhein-Main - Donau AG zu nennen, an der der Bund mit 64%, der Freistaat Bayern mit 33% und die Stadt Nürnberg mit 3% beteiligt sind und die neben dem Bau und der Unterhaltung des Kanals eine größere Kette von Kraftwerken betreibt.

Ein traditioneller Zweig öffentlicher Wirtschaftsförderung sind staatliche und städtische Messe- und Ausstellungsgesellschaften, aus der neueren Zeit sind mit verwandter Zielsetzung die Entwicklungsgesellschaften aufzuführen. Die Düsseldorfer Messegesellschaft mbH - NOWEA beispielsweise mit der Stadt Düsseldorf und dem Land Nordrhein-Westfalen als Hauptanteilseignern³ unterhält oder plant eigene Büros in Moskau, New York und Tokio. Ihre Tochtergesellschaft Internationale Messemarketing GmbH unterstützt deutsche Unternehmen und Branchen bei der Vorbereitung von Auslandsmessen und befaßt sich mit der Planung und Organisation von Werbeaktionen, die für den Kunden auf das jeweilige Land zugeschnitten sind. Zu den Aktivitäten dieser Gesellschaft gehören die Eurotec '82 in Taiwan und ein Messe-Marketing in Buenos Aires. Mit neuen Rohstofftechnologien befaßt sich die Gesellschaft für Kohleverflüssigung mbH in Saarbrücken, ein Gemeinschaftsunternehmen der Saarbergwerke AG — 74% Bund, 26% Saarland — und der Gelsenberg AG. Auf die Tätigkeit in den Entwicklungsländern spezialisiert sind zwei zu 100% in der Hand des Bundes betriebene Förderungseinrichtungen, die Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit mbH in Eschborn und die Deutsche Gesellschaft für wirtschaftliche Zusammenarbeit (Entwicklungsgesellschaft) mbH in Köln. Am Rande dieses Tätigkeitsfeldes bewegt sich die Beteiligung der Hamburger Stadtentwicklungs-Gesell-

2 Siehe nur das Sondergutachten der Monopolkommission: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen, Februar 1981.

3 FAZ, 14.9.1981.

schaft am Wohnungsbau der persischen Armee in Teheran⁴. Aus diesem Engagement ist ein Schiedsverfahren mit dem Generalunternehmer der Bauten über einen Ausfall von 230 Mio. DM, ein Untersuchungsausschuß der Bürgerschaft und ein Verfassungsstreit vor dem Hamburgischen Verfassungsgerichtshof darüber hervorgegangen, ob der Senat verpflichtet ist, dem Untersuchungsausschuß vor Abschluß des Schiedsverfahrens Einsicht in die Unterlagen der Stadtentwicklungs-Gesellschaft zu geben.

In das 19. Jahrhundert oder in noch ältere Geschichtsperioden führen die Staatsforsten und vor allem wesentliche Teile der staatlichen Industriebeteiligungen zurück. Die im Jahre 1929 von Preußen als Holding-Gesellschaft für die staatlichen Energie- und Bergwerksbeteiligungen gegründete Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks AG⁵ ist heute als Veba AG der größte Industriekonzern der Bundesrepublik mit 42 Mrd. Umsatz und 84.000 Beschäftigten (1980). Neben dem mit 43,75% als Hauptaktionär beteiligten Bund hat die Veba etwa 1 Mio. Aktionäre. Den Wettbewerbsrechtler wird interessieren, daß die Veba von 1973 bis 1980 an etwa 170 Unternehmenszusammenschlüssen beteiligt gewesen ist. Ein besonders bemerkenswertes Fusionsvorhaben ist das Bestreben der Veba, ihre Beteiligung an der Ruhrkohle AG von gegenwärtig 27,2% durch Übernahme der Anteile von Krupp (6,2%) und Hoesch (7,9%) aufzustocken. Hierzu ist es mehr als eine Fußnote, wenn die Gewerkschaft Bergbau und Energie schon lange für eine „nachhaltige Verzahnung der geplanten Energiepolitik von Regierungen und Parlamenten einerseits mit der ausführenden Energiepolitik und den Unternehmen andererseits“ eingetreten ist⁶. Die im Jahre 1968 mit staatlicher Intervention und Förderung gegründete Ruhrkohle AG, an der neben der Veba die Salzgitter AG mit 10,9% und dreizehn andere Unternehmen beteiligt sind, hatte 1980 bei 137.000 Beschäftigten einen Umsatz von 16,4 Mrd. DM.

Als letzten Bereich dieser etwas pointierten Stoffsammlung nennt der Berichtersteller die Kreditwirtschaft. Gemessen an der Bilanzsumme befinden sich unter den 50 größten deutschen Kreditinstituten 25 öffentlich-rechtliche Anstalten⁷. Die Westdeutsche Landesbank Girozentrale ist nach diesem Kriterium mit einer Bilanzsumme von 114 Mrd. die drittgrößte deutsche Bank. Die kommunalen Sparkassen erfüllen kraft Gesetzes als öffentliche Aufgabe die Förderung der Spartätigkeit und eine spezifische Kreditversorgung, handeln aber als Wettbewerbsunternehmen.

2. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Wahrung öffentlicher Interessen durch unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand

Von den vielfältigen Wirtschaftstätigkeiten der öffentlichen Hand sollten nur diejenigen zur Leistungsverwaltung gerechnet werden, bei denen der Unternehmenszweck die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist. Werden dabei Organisations- und Handlungsformen des privaten Rechts gewählt, hat man es mit der Ausübung öffentlicher Verwaltung in privatrechtlicher Form zu tun. Bei einer derartigen, engen Begriffsbildung hat die Klassifikation als „Leistungsverwaltung“ hauptsächlich eine verwaltungsrechtliche Bedeutung für die Leistungsbeziehungen.

4 FAZ, 16.10.1981

5 E. R. Huber, Dt. Verfassungsgeschichte, IV. Bd., 1981, S. 1053.

6 A. Schmidt, lt. FAZ, 25.11.1981

7 Die Bank, Ztschr. für Bankpolitik und Bankpraxis, Nov. 1981, nach FAZ, 9.12.1981.

Über diesen Bereich hinaus gibt es einen großen Kreis von öffentlichen Wirtschaftstätigkeiten, die bestimmten öffentlichen Aufgaben dienen oder jedenfalls einem öffentlichen Interesse folgend von der öffentlichen Hand wahrgenommen werden, ohne daß die Kriterien der Ausübung öffentlicher Verwaltung erfüllt sind. Hierzu sind auch die kommunalen Sparkassen und sonstigen öffentlichen Kreditinstitute zu zählen. Im Lichte dieser Differenzierung sollte etwa die Auffassung des OLG Hamm gesehen werden, das im Rahmen eines Strafverfahrens gegen den früheren Vorsitzenden des Vorstandes der Westdeutschen Landesbank, im Hinblick auf den Vorwurf der Bestechlichkeit, zu der Auffassung gelangte, daß die Tätigkeit dieser Bank einschließlich der im Wettbewerb mit privaten Kreditinstituten betriebenen Bankgeschäfte keine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit darstelle, sondern als Daseinsvorsorge Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfülle⁸.

Daß ein öffentliches Unternehmen wirtschaftlich handeln und einen Ertrag abwerfen soll, daß es die Selbstkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals erbringen und auch einen Gewinn Erlösen soll, kurz: daß es „erwerbswirtschaftlich“ handelt, stellt es demnach nicht in Gegensatz zu den Einrichtungen, mit denen Leistungsverwaltung ausgeübt oder sonst öffentliche Interessen wahrgenommen werden. Die rechtliche Eigenart der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand kann nicht mit dem Vorhandensein oder dem Fehlen einer „Erwerbsabsicht“ definiert werden. Eine „Erwerbsabsicht“ besteht auch bei den Einrichtungen der Leistungsverwaltung. Diese unterscheiden sich von der übrigen öffentlichen Wirtschaftstätigkeit nur dadurch, daß sie durch einen bestimmten öffentlichen Zweck erfordert werden und deshalb die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe als Unternehmens- oder Anstaltszweck haben. Damit wird auf den Rechtsgrund und die Rechtfertigung abgestellt, die das Unternehmen oder die Anstalt kraft dieser öffentlichen Aufgabe in den verfassungsrechtlich geordneten Staatsaufgaben und – davon abgeleitet – in den verwaltungsrechtlich festgelegten Verwaltungszwecken haben. Öffentliche Zwecke führen letztlich immer auf staatliche Aufgaben zurück⁹, die durch die Verfassung und in deren Rahmen durch Gesetz oder Verwaltungsentscheidung bestimmt werden.

Zum größeren Teil wird die öffentliche Wirtschaftstätigkeit nicht nach den Grundsätzen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit gerade durch die öffentliche Hand ausgeübt. Dennoch tritt die öffentliche Hand als Unternehmer nicht in den Sektor der Privatwirtschaft über. Bietet die öffentliche Hand Leistungen marktwirtschaftlich an, muß diese Tätigkeit einem öffentlichen Interesse dienen, sei es einer gesamtwirtschaftlichen Aufgabe, sei es einer spezifischen Versorgungsaufgabe, sei es einem außerwirtschaftlichen Zweck, sei es einem gerade für den Einzelfall gegebenen öffentlichen Interesse. Nicht selten wird ein öffentliches Unternehmen gerade dadurch dem für sein Wirken maßgeblichen öffentlichen Interesse am besten dienlich sein, daß es unternehmerisch und marktwirtschaftlich mit Erfolg geführt wird.

Die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand äußert sich organisatorisch im Regelfall dadurch, daß die öffentliche Hand an einer Handelsgesellschaft beteiligt ist. Damit ist Privatrecht anzuwenden. Auf andere Verhältnisse trifft man im Bereich der öffentlichen

8 OLG Hamm, Beschl. vom 9.7.1980, DVBl. 1981, 228.

9 F. Ossenbühl aaO. S. 109.

Kreditinstitute und bei der hauptsächlich von öffentlich-rechtlichen Anstalten getragenen öffentlichen Individualversicherung.

3. *Die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen im Konzert der Versicherungswirtschaft*

Die öffentlichen Versicherungsunternehmen sind, abgesehen von den Monopolanstalten der Gebäudebrandversicherung, in ihrem unternehmerischen Verhalten und in ihrem marktwirtschaftlichen Auftreten in das Gesamtsystem der deutschen Versicherung eingebettet¹⁰. Zum Unterschied von der Sozialversicherung ist die Individualversicherung mit Hilfe privater oder öffentlicher Versicherungsunternehmen die individuelle Zukunftsvorsorge durch Schutz gegen bestimmte Risiken im Wege einer Aufwendung aus dem frei verfügbaren Einkommen. Bei der Lebensversicherung ermöglicht die Prämie neben dem eigentlichen Versicherungsschutz auch eine Geldanlage durch Sparen. Der Anteil der Versicherungsbeiträge am Volkseinkommen ist ständig gewachsen: 1960 umfaßte das Volkseinkommen von 240 Mrd. DM Versicherungsbeiträge in Höhe von 8,7 Mrd. DM, das waren 3,6%. 1970 belief sich das Volkseinkommen auf 533 Mrd. DM, wovon die Versicherungsbeiträge 26,6 Mrd. DM ausmachten, das waren 5,0%. Im Jahre 1980 hatte das Volkseinkommen 1.155 Mrd. DM erreicht und wurden 73,8 Mrd. DM Versicherungsbeiträge bezahlt, das waren 6,4%. Der Bestand des Jahres 1980 waren 350 Mio. Versicherungsverträge. Nach der Beitragssumme liegen an der Spitze die Lebensversicherung, die Autoversicherung und die Krankenversicherung.

Auf dem deutschen Markt sind 3.200 Versicherungsunternehmen tätig, von denen 400 einen Marktanteil von 95% auf sich vereinigen. Überregional sind nur 475 Versicherungsunternehmen tätig, die sich wie folgt verteilen: 200 Aktiengesellschaften, 140 Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, 95 ausländische Unternehmen und 41 öffentliche Versicherungsanstalten (8,6%). Das Versicherungsaufsichtsrecht, auch in seiner europarechtlichen Gestalt¹¹, läßt für den Betrieb eines Versicherungsunternehmens als Unternehmensform allein die Aktiengesellschaft, den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und das öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen zu.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Versicherungsunternehmen und auch das hier in Betracht kommende öffentliche Interesse muß an dem angebotenen Versicherungsschutz als der Leistungsaufgabe der Unternehmen, aber auch an der im Versicherungsaufsichtsrecht eingehend geregelten Anlagetätigkeit der Versicherungen (§§ 54 ff. VAG) gemessen werden. Durch ihre Kapitalanlagen sind die Versicherungsunternehmen an den Investitionen in der Industrie, vor allem aber im Wohnungsbau beteiligt. Der in den letzten Jahren zu beobachtende Rückzug der Versicherungen aus dem Wohnungsbau wird auf die verschlechterte Rentabilität dieser Anlageform wegen der sozialen Regulierung der Mieten zurückgeführt. Die versicherungsaufsichtsrechtlich vorgeschriebene Mindestverzinsung von 3% las-

¹⁰ Hierzu und zum folgenden G. Büchner, Die Versicherungswirtschaft an der Schwelle der achtziger Jahre, NZZ 1981 (20.10.); Vogelsang, Die öffentliche Lebens- und HUK-Versicherung, Standort und Bedeutung in der Versicherungswirtschaft, 1979 (Maschinenschrift).

¹¹ Art. 8 Abs. 1 Niederlassungsrichtlinie Schaden vom 24.7.1973; Art. 8 Abs. 1 Niederlassungsrichtlinie Leben vom 5.3.1979.

se sich durch Vermietung kaum noch nachhaltig erzielen. Das Bundesaufsichtsamt hat im Hinblick darauf vor einigen Monaten die Vorschriften über die Mindestrendite bei Wohnungsbauinvestitionen gelockert¹².

Die von den privaten Lebensversicherungen verfolgte Politik der Kapitalanlage, Hypothekenausgabe, allgemein der Kapitallenkung, war der wesentliche Grund dafür, daß aufgrund der Initiative der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften schon vor dem Ersten Weltkrieg, öffentliche Lebensversicherungsanstalten gegründet wurden, zuerst im Jahre 1910 die „Lebensversicherungsanstalt der Ostpreußischen Landschaft zu Königsberg“ auf Initiative des Generallandschaftsdirektors Kapp. Durch diese Anstalten sollte dem Kapitalmangel des flachen Landes abgeholfen werden. Nach dem Kriege nahmen die Anstalten unter Durchbrechung des Grundsatzes der Spartenentrennung die Schadensversicherung (Haftpflicht-, Unfall-, Kraftfahrversicherung) auf, die aber in der jüngeren Zeit überwiegend eigenen Trägern oder den öffentlich-rechtlichen Sachversicherungsunternehmen¹³ abgegeben wurde. Es bestehen heute zwölf öffentliche Lebensversicherungsunternehmen und 16 öffentliche Schadensversicherungsunternehmen; nur noch vier dieser Unternehmen betreiben beide Sparten¹⁴. Drei dieser Unternehmen sind Aktiengesellschaften, die übrigen sind Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sechs

12 Siehe *G. Büchner* a.O.; „Versicherer sollen wieder Häuser bauen“, FAZ 5.11.1981. — Für die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen, die Schaden-, Unfall- oder Krankenversicherungen betreiben, gelten die §§ 54 Abs. 1 und 2 Satz 1 lit. b und c, 54 a bis 54 d VAG entsprechend, für diejenigen, die die Lebensversicherung betreiben oder Monopolanstalten sind, gilt nur § 54 Abs. 2 Satz 1 lit. a und Satz 2 VAG (§ 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 DurchfVO vom 22.6.1943 in der Fassung des Art. 2 Nr. 3 Erstes DurchfG/EWG vom 18.12.1975, BGBl S. 3139); vgl. *E. R. Prölss/R. Schmidt/J. Sasse*, VAG, 8. Aufl., 1978, §§ 54–54 d VAG, RNr. 66.

13 *R. Schmidt/W. Boeck*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Sachversicherung, 3. Aufl., 1979.

14 Provinzial-Lebens-, Unfall- und Haftpflicht-Versicherungsanstalt Schleswig-Holstein, Kiel (Satzung vom 1.9.1973); Öffentliche Versicherung Oldenburg — Öffentliche Lebensversicherungsanstalt, Oldenburg (Gesetz vom 30.11.1933/19.7.1937); Provinzial-Lebensversicherung Hannover, Hannover (Satzung vom 6.3.1979); Öffentliche Lebensversicherung Braunschweig, Braunschweig (Satzung vom 1.9.1972). — Nur Lebensversicherung: Öffentliche Lebensversicherung Berlin, Berlin (Gesetz vom 2.11.1977); Westfälische Provinzial-Lebensversicherungsanstalt; Versicherung der Sparkassen, Münster (Satzung vom 23.10.1969); Provinzial-Lebensversicherungsanstalt der Rheinprovinz, Düsseldorf (Satzung von 1976); Hessen-Nassauische Lebensversicherungsanstalt, Wiesbaden (Satzung vom 13.1.1979); Lebensversicherungsanstalt Saarland, Saarbrücken (Satzung vom 21.1.1977); Sparkassen-Versicherung AG, Stuttgart; Öffentliche Versicherungs-Anstalt der Badischen Sparkassen — ÖVA, Mannheim (Satzung vom Oktober 1981); Bayern Versicherung, Öffentliche Lebensversicherungsanstalt, München (Satzung vom 20.4.1979). — Nur HUK-Versicherung: Ostfriesische Landschaftliche Brandkasse, Aurich; Feuerversozietät Berlin, Berlin (Gesetz vom 26.11.1977); Westfälische Provinzial-Feuerversozietät; Versicherung der Sparkassen, Münster (Satzung vom 1.1.1970); Lippische Landes-Brandversicherungsanstalt, Detmold (Gesetz vom 16.4.1924); Hessische Brandversicherungsanstalt, Kassel (Satzung vom 10.1.1977); Provinzial-Feuerversicherungsanstalt der Rheinprovinz, Düsseldorf (Satzung von 1976); Hessen-Nassauische Versicherungs-AG, Mannheim (alleiniger Anteilseigner ist die ÖVA); Feuerversicherungsanstalt Saarland, Saarbrücken (Satzung vom 21.1.1977); Badischer Gemeinde-Versicherungs-Verband, Karlsruhe (Satzung vom 13.1.1980); Zentraleuropäische Versicherung AG, Stuttgart; Bayerische Versicherungskammer (Gesetz vom 7.12.1933).

der öffentlichen-rechtlichen Unternehmen beruhen auf Gesetz¹⁵, die übrigen auf Satzungen, die jeweils nach Genehmigung durch den Landesinnen-, -finanz- oder -wirtschaftsminister oder die Landesregierung in Geltung gesetzt worden sind.

Die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen¹⁶ gehören, zum Unterschied von den öffentlich-rechtlichen Zwangs- und Monopolanstalten, zum „privatrechtlichen Versicherungswesen“ im Sinne des Art. 74 Nr. 11 GG¹⁷. Das Versicherungsverhältnis wird durch privatrechtlichen Versicherungsvertrag begründet (vgl. § 192 Abs. 2 VVG). Die der Landesgesetzgebung unterliegenden Zwangs- und Monopolanstalten¹⁸ betreiben demgegenüber das Versicherungsgeschäft im Wege öffentlich-rechtlicher Versicherungsverhältnisse (vgl. § 153 VAG, § 192 Abs. 1 VVG)¹⁹. Ihre Vorrechte beziehen sich auf die Gebäudefeuerversicherung und sie gehen zum Teil auf Gründungen aus der Zeit des Merkantilismus zurück. Bei den Zwangs- und Monopolanstalten ist eine öffentliche Aufgabe, nämlich vor allem die Erhaltung des Gebäudebestandes, zum Unternehmenszweck erhoben. Anders bei den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherern, die unternehmerisch und marktwirtschaftlich handeln, dennoch aber durch Gesetz oder Satzung öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen sind²⁰. Mit unterschiedlichen, aber sachlich gleichartigen Wendungen wird gesagt, daß die Anstalten zum „gemeinen Nutzen“, zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt unter Ausschluß von Erwerbszwecken tätig sind, daß sie ihre Aufgaben im öffentlichen Interesse unter Beachtung wirtschaftlicher Grundsätze erfüllen. Die Anstalten sollen keine Gewinne erwirtschaften, die an den Staat abzuführen wären, sondern sind in dem Sinne gemeinnützig, daß die Einnahmen zur Beitragsrückerstattung verwendet werden müssen, soweit sie nicht zur Deckung der Ausgaben, der Verzinsung des Stammkapitals und zur Auffüllung von Rücklagen benötigt werden. Die Anstalten sind durch das Regionalprinzip beschränkt, d. h. sie dürfen außerhalb ihres Geschäftsgebiets planmäßig keine Geschäfte machen. Für ihre Gründung waren auch struktur- und wettbewerbspolitische Gründe maßgebend, die ihr Gewicht nicht verloren haben²¹.

Einige der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherer sind als Staatseinrichtungen, wenn auch in organisatorischer Selbständigkeit, geführt. Überwiegend jedoch sind sie in

15 Die beiden Braunschweigischen Anstalten sind aufgrund des Gesetzes über die Errichtung von Anstalten zum Betriebe der Mobiliar- und Lebensversicherung vom 14.4.1924 (GuVS Nr. 86, S. 175) durch die Erste AusVO vom 13.5.1924 (GuVS Nr. 87, S. 177 – Sachversicherung) und die Zweite AusVO vom 6.10.1924 (GuVS Nr. 170, S. 243 – Lebensversicherung) errichtet worden. Für die beiden saarländischen Anstalten gilt das Gesetz über die Garantie für die Verpflichtungen der Feuerversicherungsanstalt Saarland und der Lebensversicherungsanstalt Saarland vom 30.1.1951.

16 Siehe §§ 2, 3 Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen vom 31.7.1951 (BGBl. I S. 480), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.1974 (BGBl. I S. 3693).

17 BVerfGE 41, 205/218 ff.

18 Siehe die Aufzählung in Art. 4 lit. a Erste Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betr. die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) vom 24.7.1973 (ABl. der EG Nr. L 228/3).

19 BVerfGE 10, 141/162 f.; 41, 205/219, 227.

20 Siehe die Darlegung der Meinungsunterschiede in: P. Badura, Erfüllung öffentlicher Aufgaben aaO., S. 17 ff.

21 R. Schmidt, Weitere Überlegungen zur Lehre von den Unternehmensformen der Individualversicherung, in: Festschrift für Ernst Klingmüller, 1974, S. 391.

Gründung und Gewährträgerschaft in erster Linie durch die kommunalen Gebietskörperschaften einschließlich der Landschaftsverbände, die Sparkassen und die Sparkassen- und Giroverbände – Vereinigungen der Sparkassen und der Gewährträger der Sparkassen – bestimmt. Einige Satzungen nennen die Förderung des Sparkassenwesens als eine besondere Aufgabe der Anstalten. In einer Reihe von Fällen treten auch das Land und die Landesbank als Gewährträger auf. Bei der Bayern Versicherung zum Beispiel sind Träger des Stammkapitals der Bayerische Sparkassen- und Giroverband, der Bayerische Raiffeisenverband e. V. und der Sparkassen- und Giroverband Rheinland-Pfalz (§ 6 der Satzung vom 20.4.1979). Die Anstalt wurde unter dem Namen „Bayern“ vom Landesverband bayerischer Sparkassen und vom Landesverband landwirtschaftlicher Genossenschaften gegründet. Durch Ministerialentschließung des Staatsministeriums des Innern vom 25. Januar 1922 wurde der „Bayern“, öffentlichen Anstalt für Volks- und Lebensversicherung, die Eigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts nach Maßgabe des vorgelegten Satzungsentwurfs verliehen²².

Nach alledem zeigt sich, daß es den Kern nicht trifft, wenn die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen als Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung betrachtet²³ oder als Träger versicherungswirtschaftlicher „Sozialfunktionen“ eingestuft werden²⁴, die durch Wettbewerbshandlungen gegenüber der privatwirtschaftlichen Konkurrenz in die wirtschaftlichen Grundrechte der privaten Versicherer „eingreifen“. Die nichtstaatliche Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand, die den Anstalten durch ihre normative Grundlage eröffnet ist, verfügt im Rahmen der verhältnismäßig weitgespannten öffentlich-rechtlichen Zweckbindung über einen unternehmerischen Spielraum. Wegen der öffentlich-rechtlichen Bindung sind die Anstalten neben der Versicherungsaufsicht (Fachaufsicht) durch das Landeswirtschaftsministerium oder das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen einer Körperschaftsaufsicht (Staatsaufsicht, Rechtsaufsicht) durch das Landesinnenministerium unterworfen.

Der Entwurf der Bundesregierung für ein Vierzehntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes²⁵, durch das die Lebensversicherungsrichtlinie und die Mitversicherungsrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften in deutsches Recht umgesetzt werden sollen, sieht auch vor, soweit die Bundeskompetenz reicht, die öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen in die Regelungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes einzubeziehen. Nur in verhältnismäßig geringem Umfang werden Besonderheiten im materiellen Versicherungsaufsichtsrecht aufrechterhalten; die Verordnung über die Durchführung der Verordnung zur Vereinheitlichung der Versicherungsaufsicht vom 22. Juni 1943 wird aufgehoben, soweit sie Bundesrecht ist. Die Zwangs- und Monopolanstalten bleiben wie bisher in Wahrung der Landeskompetenz außerhalb des Bundesaufsichtsrechts, und zwar auch soweit sie außerhalb des Zwangs- und Monopolbereichs Versiche-

22 Bekanntmachung vom 15.2.1922, Bayer. Staatszeitung und Bayer. Staatsanzeiger Nr. 40 vom 17.2.1922.

23 So *J. Isensee*, Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, DB 1979, 145.

24 So *R. Scholz*, Öffentliche und Privatversicherung unter der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Festschrift für Karl Sieg, 1976, S. 507/516 f., 519; *B. von Maydell/R. Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzl. Krankenversicherungsträger, 1980, S. 77 ff.

25 BRat Drucks. 420/81 (16.10.1981).

nungsgeschäfte im Wettbewerb betreiben. Nach der Niederlassungsrichtlinie Schaden vom 24. Juli 1973 dürfen neue Zwangs- und Monopolanstalten nicht mehr errichtet und darf der Geschäftsbereich der bestehenden Anstalten nicht durch neue Zwangs- und Monopolrechte erweitert werden. Sachliche und örtliche Erweiterungen der im Wettbewerb betriebenen Zweige und Geschäfte dieser Anstalten bleiben möglich, sofern den Anforderungen der Richtlinie entsprochen wird²⁶.

II. Die öffentlichen Unternehmen und das Verfassungsrecht

1. Die Tätigkeitsbegrenzung durch Aufgabenzuweisung

Das unternehmerische Auftreten der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr ist nicht überall so auffällig wie bei den öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen, deren Organisationsform zumindest auf den ersten Blick den Anschein erweckt, daß man hier einem Sektor der Staatswirtschaft begegnet. Die Frage, welche rechtlichen Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bestehen, stellt sich zunächst als eine allgemeine Frage, ganz unabhängig von der Rechtsform öffentlicher Wirtschaftstätigkeit. Es waren jedoch gerade die öffentlichen Versicherer, die aufschlußreiches Material zu der immer wieder aufflammenden Auseinandersetzung über die rechtliche, insbes. die verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Unternehmenstätigkeit beigelegt haben²⁷. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 1963²⁸ beendete den Versuch eines privaten Schadensversicherers, die Zulassung einer Gebäude-Feuerversicherungsanstalt mit öffentlich-rechtlichem Zwangscharakter zur Mobiliarfeuerversicherung zu Fall zu bringen. Die klagende Gesellschaft – und mit ihr alle privatwirtschaftlichen Unternehmen – konnten als Erfolg verbuchen, daß die Erweiterung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit grundrechtlich geschützte Rechtspositionen berühren kann. Sie brachte aber vergeblich vor, daß die Erteilung der Genehmigung nach § 32 des Preußischen Sozietätengesetzes²⁹ zu groben Mißständen im Versicherungsgewerbe führen müsse, weil sie das Gleichgewicht zwischen Monopolversicherer und Wettbewerbsversicherern störe und dadurch die Existenz der privaten Versicherungsgesellschaften gefährde. Einige Jahre später hat der Streit zwischen privaten Krankenkassen und einer Ersatzkasse der gesetzlichen Krankenversicherung über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der sich an Studenten wendenden Werbung der Ersatzkasse dem Großen Zivilsenat des Bundesgerichtshofes Gelegenheit gegeben, Klarheit über die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die öffentliche Hand zu schaffen³⁰. In jüngerer Zeit schließlich wurden verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine „privatwirtschaftliche Expansion“ der öffentlich-rechtlichen Versicherer erhoben³¹, weil diese mit der Gründung der Union Krankenversicherung AG, Saarbrücken, ihr Versi-

26 A. Goldberg/H. Müller, Versicherungsaufsichtsgesetz, 1980, § 153, RNr. 7; abw. Auff. Pröls/Schmidt/Sasse aaO., § 153 VAG, RNr. 3.

27 Zu der Streitfrage ist aus neuerer Zeit bes. auf F. Ossenbühl aaO. S. 99 ff. zu verweisen.

28 BVerwGE 17, 306.

29 Gesetz betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25.7.1910 (GS S. 241).

30 Beschl. vom 22.3.1976, BGHZ 66, 229. – Siehe auch P. Badura, Die Leistungsaufgabe der Dt. Bundespost im Fernmeldewesen und das Wettbewerbsrecht, Archiv für das Post- und Fernmeldewesen 33, 1981, S. 260.

31 J. Isensee aaO.

cherungsangebot abrunden wollen. An der Gründung dieser Gesellschaft, die am 1. Juli 1981 den Geschäftsbetrieb aufgenommen hat, läßt sich recht gut der Unterschied zu einer grundrechtlich erheblichen Expansion der Sozialversicherung demonstrieren, die zu Lasten der privaten Krankenversicherer über eine Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht auf Kleinverdiener bei geringfügiger Beschäftigung verfügen können³². Für die sich beim Vordringen der Sozialversicherung stellende Frage nach dem verfassungsrechtlichen Schutz der Individualversicherung ist zu beachten, daß die Sozialversicherung Leistungsverwaltung und nicht wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist³³. Das ist eine andere verfassungsrechtliche Konstellation als die hier interessierende Schranke öffentlicher Unternehmenstätigkeit. Diese Schranke ist in drei Schritten zu suchen. Der erste Schritt betrifft die Tätigkeitsbegrenzung der öffentlichen Hand, die sich aus der jeweiligen Aufgabenzuweisung ergibt. Der zweite Schritt wendet sich den Folgerungen zu, die möglicherweise aus der Wirtschaftsverfassung hervorgehen. Der dritte Schritt gewinnt die wesentliche Fragestellung aus dem Schutz der einzelnen Wirtschaftsfreiheiten des Grundgesetzes.

Die Bemühung darum, aus der Aufgabenzuweisung eine Begrenzung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit abzuleiten, ist von unterschiedlicher Ergiebigkeit, je nachdem, ob die öffentliche Hand durch öffentlich-rechtliche Rechtspersonen oder durch Beteiligung an Kapitalgesellschaften tätig wird. Die Wahl der öffentlich-rechtlichen oder der privatrechtlichen Gestaltung darf nicht als Zweckmäßigkeitentscheidung gegenüber austauschbaren Techniken verstanden werden. Mit der Beteiligung an einer Handelsgesellschaft unterwirft sich die öffentliche Hand dem Gesellschaftsrecht und dem darin verkörperten Interessenausgleich. Soweit nicht das Gesetz etwas anderes anordnet oder zuläßt, wird das Privatrecht nicht allein dadurch modifiziert oder modifizierbar, daß das öffentliche Interesse berührt ist. Demgegenüber muß die Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts den öffentlich-rechtlichen Organisationsgrundsätzen genügen und zieht weiter die Wahl öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse für die Leistungsdarbietung notwendig die Geltung verwaltungsrechtlicher Grundsätze nach sich. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts darf nur zur Verfolgung einer öffentlichen Aufgabe errichtet werden und die durch Gesetz oder sonst normativ festgelegte öffentliche Aufgabe begrenzt den Wirkungskreis der neuen Rechtsperson. Beispielsweise wird durch die §§ 90, 91 HandwO den Handwerkskammern erlaubt, Betriebsberatungen im Handwerk durchzuführen³⁴, aber nicht gestattet, ein wirtschaftliches Unternehmen in Form einer GmbH selbst oder mit Hilfe einer Beteiligung zu betreiben, auch nicht wenn dadurch der Wettbewerb zugunsten der Mitgliedsbetriebe beeinflußt werden soll³⁵. Bei den öffentlichen Versicherungsanstalten lassen es Gesetz oder Satzung regelmäßig zu, mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde das Geschäft in bisher nicht betriebenen Versicherungszweigen aufzunehmen.

Für die Beteiligung an Kapitalgesellschaften ist der Spielraum für den Staat, also für den Bund und die Länder, nicht dagegen für Körperschaften oder Anstalten, größer als bei der Errichtung von öffentlich-rechtlichen Wirtschaftssubjekten. Zu den als Sollvorschrift ge-

32 FAZ, 6.11.1981.

33 Siehe BVerfGE 39, 302.

34 VG Schlesw.-Holst., Urt. vom 6.10.1981, GewArch 1982, 30.

35 OVG Rheinl.-Pfalz, Urt. vom 4.6.1980, GewArch 1980, 339.

faßten haushaltsrechtlichen Bindungen gehört es, daß die Beteiligung nur erfolgen soll, wenn „ein wichtiges Interesse“ des Staates vorliegt und sich der vom Staat angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt (§ 65 Abs. 1, Nr. 1 BHO und die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen). Daß diese Regelungen für die Sondervermögen und für die bundes- und landesunmittelbaren juristischen Personen entsprechend gelten, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist (§§ 105 Abs. 1, 113 BHO; u. a.), erweitert die Betätigungsmöglichkeiten der nichtstaatlichen Verwaltungsträger nicht über deren stets begrenzten Aufgabenkreis hinaus. Als Grundlage von Unterlassungs- oder Ersatzansprüchen privater Unternehmen kommen die haushaltsrechtlichen Bindungen der öffentlichen Hand nicht in Betracht.

2. Die öffentliche Wirtschaftstätigkeit in der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

Dem Verfassungsrecht läßt sich eine allgemeine oder grundsätzliche Entscheidung darüber, ob eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand zugelassen ist, welches Ausmaß sie annehmen und welche Wirtschaftsbereiche sie erfassen darf, nicht entnehmen. Versuche, Beschränkungen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit auf einen allgemeinen Verfassungssatz der „Subsidiarität“ der Staatstätigkeit oder einen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz privater Wirtschafts- oder Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) zu stützen, haben keine Anerkennung erlangt³⁶. Deshalb können auch Postulate derart, daß jedes Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand durch einen „besonderen öffentlichen Zweck“ gerechtfertigt sein müsse und daß „ein Eingreifen der öffentlichen Hand erforderlich“ sein müsse, „um den anvisierten Zweck zu erreichen, weil die Privatwirtschaft effektiv diesen Zweck nicht erfüllt“³⁷, nicht als Bestandteil des geltenden Verfassungsrechts betrachtet werden. Die in der verfassungsrichterlichen Praxis als Richtschnur dienende Maxime der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes gilt für die Gesetzgebung und, soweit nicht der Gesetzesvorbehalt zu beachten ist, auch für Regierung und Verwaltung. Das objektivrechtliche Erfordernis, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einem öffentlichen Interesse dienen muß, bringt die Staatsaufgaben und die verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen ins Spiel. Es bedeutet aber nicht, daß Art und Maß der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit durchgehend den Grundsätzen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit genügen müssen.

Wenn der Ort gesucht wird, den die öffentliche Wirtschaftstätigkeit in dem umgreifenden Ordnungsbild der Wirtschaftsverfassung einnimmt, sollte auch bedacht werden, daß sie unter dem Blickwinkel der Beeinflussung und Förderung der Wirtschaft mit anderen Werkzeugen der Wirtschaftsverwaltung austauschbar sein kann, nämlich mit öffentlichen Aufträgen und mit Subventionen. Hier wie dort wird die privatwirtschaftliche Initiative und Verantwortung beschränkt oder verdrängt. Je nach Sachlage kann das verfolgte öffentliche Interesse, z. B. Entwicklungsförderung oder Beschäftigungspolitik, durch Subventionierung, durch Vergabe öffentlicher Aufträge oder – in der intensivsten Form – durch öffentliche Wirtschaftstätigkeit wahrgenommen werden. Es gibt auch nicht wenige Beispiele dafür, daß diese Werkzeuge kombiniert werden. So sollen die an den Verhand-

36 Nachweise bei P. Badura, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* aaO., S. 350.

37 F. Ossenbühl aaO. S. 105, 110.

lungen über die Gründung einer Ruhrstahl AG beteiligten Großunternehmen öffentliche Mittel in Höhe von 3 Mrd. DM für notwendig erklärt haben³⁸. Die von einer größeren Gruppe von Banken gegründete Deutsche Wagnisfinanzierungs-Gesellschaft GmbH, Frankfurt, vergibt „Risikokapital auf Zeit“ an mittlere und kleinere Unternehmen und kann dabei auf eine Deckungszusage des Bundes bei Verlustausfällen rechnen³⁹. Bei der Motoren- und Turbinen-Union München GmbH, die in der Entwicklung von Luft- und Raumfahrttechnologien tätig ist, äußert sich die Hilfestellung der öffentlichen Hand in der Auftragsvergabe und in Finanzhilfen durch zinslose Darlehen⁴⁰.

3. Die grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten und die Möglichkeit eines „Eingriffs durch Wettbewerb“

Die allgemeinen Normen und Grundsätze des Wirtschaftsverfassungsrechts würden sich als eine rechtliche Schranke erweisen, wenn die Wirtschafts- oder Gesellschaftspolitik eine staatskapitalistische, staatssozialistische oder gemeinwirtschaftliche Richtung einschlagen würde. Von dieser Situation abgesehen, muß die verfassungsrechtliche Beurteilung bestimmter Wirtschaftsbetätigungen der öffentlichen Hand und muß auch der verfassungsrechtliche Schutz privatwirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit gegen Beeinträchtigung oder Verdrängung durch die öffentliche Wirtschaft von den einzelnen Grundrechten der Wirtschaftsfreiheit ausgehen⁴¹. Die Berufs- und Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), die allgemeine Wirtschaftsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bieten hinreichende Freiheiten, Rechte und Garantien, selbst wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht in ihnen nicht einen Schutz- und Ordnungszusammenhang zugunsten des unternehmerischen Handelns findet⁴².

Für die Frage, ob und mit welcher Reichweite das Eingriffs- und Schutzverhältnis betroffen ist, das die Grundrechte mit ihrem je besonderen Gewährleistungsinhalt begründen, muß auf die sachliche Bedeutung und Auswirkung des betrachteten Handelns der öffentlichen Hand für vorhandene und für mögliche private Konkurrenten abgestellt werden. Der private Konkurrent muß nicht nur in einem Wettbewerbsverhältnis zu dem öffentlichen Unternehmen stehen, sondern auch in einer grundrechtlichen Rechtsposition wie durch einen Eingriff verletzt werden. Nach dem durch Rupert Scholz entwickelten Kriterium ist die Eingriffswirksamkeit der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit entscheidend, die nach Art und Gewicht zu einem „Eingriff durch Konkurrenz“ führen kann⁴³. Bei dieser Sichtweise öffnet sich auch ein Zusammenhang zu der Verteidigung von Grundrechten im Wege der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Konkurrentenklage. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgesprochen, daß Subventionen einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit

38 FAZ, 15.10.1981.

39 FAZ, 30.9.1981.

40 FAZ, 14.7.1981.

41 BVerwGE 17, 306 – Feuerversicherung; BVerwGE 39, 329 – kommunale Bestattungseinrichtung; BayVGH BayVbl. 1976, 628 – kommunale Wohnungsvermittlung; F. Ossenbühl aaO. S. 113 ff.

42 BVerfGE 50, 290/336 ff.

43 R. Scholz, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, AöR 97, 1972, S. 301/305 f; ders., Öffentliche und Privatversicherung aaO. S. 518 f.

eines Dritten darstellen können (Art. 2 Abs. 1 GG), und dies auch dann, wenn der Dritte nicht einen Gleichstellungsanspruch nach Art. 3 Abs. 1 geltend machen kann⁴⁴. Auf dieser Linie ist ein individualrechtlicher Schutz gegen rechtsbeeinträchtigende, wettbewerbsverzerrende und willkürliche Subventionsmaßnahmen gesichert. Nach einer neueren Entscheidung des Gerichts ist es nicht ausgeschlossen, daß der Träger eines Krankenhauses durch die Festsetzung zu hoher Pflegesätze für andere Krankenhäuser in seinem, durch Art. 2 GG garantierten Recht auf Teilnahme am freien Wettbewerb verletzt werden kann⁴⁵.

Ein grundrechtlicher Schutz gegen „Eingriffe“ durch öffentliche Wirtschaftstätigkeit kann auch dann zum Zuge kommen, wenn sich die öffentliche Hand privatrechtlicher Organisationsformen bedient und wenn sie die Angebots- und Leistungsbeziehungen privatrechtlich ausgestaltet. Wo die öffentliche Hand außerhalb der Leistungsverwaltung wirtschaftend am Privatrechtsverkehr teilnimmt, wird die Eigenart des Privatrechts und seiner Regulative weitgehend zur Folge haben, daß eine Grundrechtsbeeinträchtigung ausscheidet, so daß materiell eine „Fiskalgeltung“ der Grundrechte nicht zum Tragen kommen wird⁴⁶. Doch ist das nicht schon und nicht notwendig in der privatrechtlichen Handlungsform begründet. Nach Zweck und Auswirkung kann auch privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand eine, über die in der Konkurrenz selbst liegende Beeinflussung hinausgehende Beeinträchtigung oder Verdrängung zur Folge haben, die von dem Schutz- und Ordnungsbereich eines Grundrechts erfaßt wird und demzufolge erhöhten Rechtfertigungsbedürfnissen unterliegt. Eine Grundrechtsverletzung wäre mit Hilfe der negatorischen und deliktischen Ansprüche des Privatrechts geltend zu machen.

Ein derartiger schutzfähiger Eingriffssachverhalt setzt voraus, daß die öffentliche Hand den Boden des Privatrechtsverkehrs und der marktwirtschaftlichen Gleichordnung verläßt und ihr Verhalten sich in Ziel oder Wirkung als eine interventionistische Wirtschaftstätigkeit darstellt. Das wäre der Fall, wenn das Gesetz der öffentlichen Hand Vorrechte, z. B. ein Verwaltungsmonopol, einräumt, oder wo die öffentliche Wirtschaftstätigkeit oder ein öffentliches Unternehmen wirtschaftslenkend auftreten, bis zu dem Grenzfall, daß im einzelnen oder im ganzen eine Verdrängung privatwirtschaftlicher Unternehmen oder Tätigkeiten eintritt. Bei einer solchen Sachlage gelten die an den jeweiligen Schutzzinhalten der beeinträchtigten Grundrechte auszurichtenden Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG). Soweit aber ein öffentliches Unternehmen im Rahmen seines Unternehmenszwecks oder – bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform – in den Grenzen seines normativ festgelegten Wirkungskreises im marktwirtschaftlichen Verkehr auf den Unternehmenserfolg hinarbeitet, unterliegt es mit seiner Tätigkeit, mit den einzelnen Wettbewerbshandlungen und selbst bei einer Erweiterung des Geschäftsbereichs nicht einem Prinzip der Subsidiarität oder dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

44 BVerwGE 30, 191.

45 BVerwGE 60, 154.

46 Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kann sich nur auf die Art und Weise der Beteiligung am Wettbewerb erstrecken. Vom Wettbewerbsrecht aus ist es eine allgemein politische und wirtschaftspolitische Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen darf und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt oder zu setzen sind (BGH DB 1974, 1615 – Schilderverkauf).

Anders läge der Fall bei einer gesetzlichen Einräumung von Vorrechten und bei der sonstigen Verschaffung von Vorteilen, sofern diese sich auf die Wettbewerbsbeziehungen auswirken und grundrechtliche Rechtspositionen beeinträchtigen. Ein Beispiel dafür ist der in einem Entwurf des Bundesrates zur Novellierung des Kreditwesengesetzes vorgesehene „Haftungszuschlag“ für Sparkassen. Danach soll der Kreditspielraum der Sparkassen dadurch erweitert werden, daß sie bis zu 20% mehr an Krediten sollen vergeben können, als angesichts ihres haftenden Eigenkapitals kreditaufsichtsrechtlich an sich zulässig wäre. In einem soeben vorgelegten „Diskussionsentwurf“ des Bundesministeriums der Finanzen für eine Novelle zum Kreditwesengesetz ist vorgesehen, den Spielraum der Kreditinstitute durch die Anerkennung nachrangiger Verbindlichkeiten als haftendes Eigenkapital und den Spielraum der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute – also nicht nur der Sparkassen – durch die Möglichkeit eines Zuschlags zum haftenden Eigenkapital zu erweitern. Diese Eigenkapital-Surrogate sollen auf 20% des haftenden Eigenkapitals beschränkt bleiben⁴⁷.

Nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts dürfen Eingriffe in Freiheit und Eigentum, also auch „Eingriffe durch Konkurrenz“ nur durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen⁴⁸.

III. Die öffentlichen Unternehmen und die Politik

1. Gemeinwirtschaft und Sozialisierung

Das Verfassungsrecht kann, wie gezeigt, nur Grundrechtsverletzungen und grobe Mißgriffe bei der Erweiterung oder Ausübung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit verhindern. Die politische und wirtschaftliche Vernünftigkeit des Engagements der öffentlichen Hand im Wirtschaftsprozeß ist durch die Verfassung nur in einigen Hinsichten vorab entschieden. Der breite Spielraum politischen und unternehmenspolitischen Handelns, der damit Parlament und Regierung zufällt, ist im Kernpunkt eine verfassungspolitische Grundsatzfrage. Die Arbeitsteilung und Dispositionsaufteilung zwischen Privatwirtschaft, staatlicher Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung und schließlich dem Sektor öffentlicher Wirtschaft ist für die verfassungsstaatlichen Institutionen und Freiheiten von großer und vielleicht ausschlaggebender Bedeutung.

Öffentliche Wirtschaft ist nicht notwendig staatliche, vom Staat kontrollierte oder kommunale Wirtschaft. Besondere Aufmerksamkeit verdienen die, vor allem von den Gewerkschaften verfochtenen Organisationsvorstellungen der Wirtschaftsdemokratie und der Gemeinwirtschaft. Beide Konzepte rechnen mit der öffentlichen Wirtschaft als dem Kernstück der Volkswirtschaft. Sie sehen die öffentliche Wirtschaftstätigkeit aber nicht als Leistungsverwaltung oder unternehmerisch orientierte Marktteilnahme, sondern als demokratische Organisation der Arbeit mit dem Ziel einer bedarfsgerechten Versorgung. Das

47 Vgl. §§ 10, 11 KWG sowie die dazu bestehenden „Grundsätze“ des Bundesaufsichtsamtes. – Zu den Novellierungsprojekten siehe *H. Günther*, FAZ, 25.2.1982, und den Bericht, FAZ, 20.4.1982.

48 Die Vorschrift des § 65 BHO mag im Sinne der Doktrin des BVerfG dem Gesetzesvorbehalt für „wesentliche“ Fälle oder Auswirkungen genügen (so *F. Ossenbüßla* O. S. 132 ff.), dem rechtsstaatlich verstandenen Gesetzesvorbehalt entspricht sie jedoch nach Ziel und Inhalt nicht; grundrechtsbeeinträchtigende Eingriffe können auf Vorschriften des Haushaltsrechts ebenso wenig wie auf Ansätze des gesetzlich festgestellten Haushaltsplanes gestützt werden.

Prädikat „Gemeinwirtschaft“ wird gegenwärtig vorrangig den Unternehmen der Gewerkschaften zugebilligt, die zu einem großen Teil in der Holding „Beteiligungsgesellschaft für Gemeinwirtschaft AG“, Frankfurt, zusammengefaßt sind. Der Konzernumsatz allein dieses Teiles gewerkschaftlicher Gemeinwirtschaft hat im Jahre 1980 75 Mrd. DM betragen⁴⁹.

Nach den Regeln des Art. 15 GG vergesellschaftete und organisierte Produktionsmittel würden einer öffentlichen Wirtschaft nach gemeinwirtschaftlich-wirtschaftsdemokratischem Muster sehr ähnlich sehen. Diese Gestaltungen sind bisher nicht zum Prinzip öffentlicher Wirtschaftstätigkeit in der Bundesrepublik erhoben. Es kann jedoch in Deutschland und im westlichen Europa ein beträchtliches Wachstum des öffentlichen Sektors der Wirtschaft beobachtet werden. Diese Entwicklung sollte nicht zuletzt wegen der Integration in den Europäischen Gemeinschaften mit kritischer Aufmerksamkeit beachtet werden. Der Tatbestand, daß Gewährträger der öffentlichen Unternehmen letztlich der Steuerzahler ist, der sich ja schon der steigenden Flut der Staatsausgaben und der Staatsschuld gegenüber sieht, gehört zu den verschwiegenen Verfassungsartikeln des demokratischen Sozialstaats.

Die Erweiterung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit hat in Deutschland nicht selten unternehmenspolitische oder konjunkturelle Gründe. Sie erfolgt mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts und manchmal im Zusammenhang mit öffentlichen Finanzhilfen. Findet dagegen die Erweiterung der öffentlichen Wirtschaft im Wege der Verstaatlichung oder der Vergesellschaftung statt, liegt dem regelmäßig ein sozialistisches oder gemeinwirtschaftliches Programm zugrunde. Die Produktionsmittel werden in ein neues Regime überführt, die unternehmenswirtschaftlichen Bedingungen von Produktion und Verteilung werden mehr oder weniger durch politische Vorgaben verdrängt. Die Sozialisierung unterscheidet sich im Wesen von dem verwaltungsrechtlichen Vorgang der Enteignung konkret benötigter Sachen oder Rechte.

Die Nationalisierungen in Frankreich zeigen, daß die Sozialisierung als Waffe sozialer Umwälzung und politischer Machtstabilisierung eingesetzt werden kann. Die Regierungsparteien betrachten die Nationalisierungen als einen irreversiblen Schritt zur fortschreitenden Einführung eines sozialistischen Wirtschaftssystems und als ein Mittel, störende Bastionen der bürgerlichen Opposition zu schleifen, um die Kräfteverhältnisse in Frankreich ein für allemal zu verändern. Die Macht müsse – so wird gesagt – vom Geld getrennt werden. Frankreich ist ein Beispiel dafür, daß die Verstaatlichung der Grenzfall einer Unterwerfung der Wirtschaft unter die Politik ist⁵⁰.

2. Gefahren einer politischen Instrumentalisierung bei der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und bei einer öffentlich geführten Wirtschaft

Die Möglichkeit der beherrschenden Einflußnahme und damit der politischen Instrumentalisierung der Wirtschaft durch den Staat und die in den staatlichen Institutionen maßgebenden Kräfte hat verfassungsrechtlich erhebliche Konsequenzen für die Wirtschaftsordnung und die wirtschaftliche Freiheit. Wenn jetzt in Frankreich das Programm Vorrang

⁴⁹ E. Erlenbach, FAZ 5.11.1981.

⁵⁰ Zur Verfassungsmäßigkeit des Verstaatlichungsgesetzes siehe die Entscheidungen des Conseil constitutionnel vom 16.1.1982 (EuGRZ 1982, 16) und vom 11.2.1982 (EuGRZ 1982, 115).

erhält, die fünf neuen Staatskonzerne, die zum Teil hoch verschuldet sind, mit Eigenmitteln und Krediten außergewöhnlichen Umfangs zu versehen, muß das notwendig den Zutritt der verbliebenen privaten Unternehmen zu Krediten und Finanzhilfen einengen. Wird also eine gewisse Grenze in Umfang und Gewicht öffentlicher Wirtschaft überschritten, tritt offen oder verdeckt der Übergang zu einer neuen Wirtschaftsverfassung ein. Es kann aber auch eine Gefährdung des Rechtsstaates entstehen, wenn die Wirtschaft im ganzen oder in wesentlichen Bereichen unter die Direktion politischer Entscheidungen gerät. Erfindung und gesellschaftlicher Fortschritt, freier Beruf in Arbeit, Gewerbe und Unternehmung haben in der Anerkennung und gerechten Entlohnung wirtschaftlicher Leistung ihren Antrieb und ihr Bewegungsprinzip. Die Zuteilung der Lebensgüter und Handlungschancen durch politische Entscheidung und bürokratischen Vollzug — sei es auch im Gewande gemeinwirtschaftlicher Gestaltungen — kann die Anerkennung und gerechte Entlohnung wirtschaftlicher Leistung nicht auf Dauer und nicht grundsätzlich ersetzen. Nur bei Mangel- und Krisenlagen und zum sozialen Ausgleich kann diese sozialstaatliche Überformung des Wirtschaftsprozesses nicht entbehrt werden.

Dieses grundsätzliche Thema kann hier nicht vertieft werden. Das Gesagte soll unterstreichen, daß es eine Grenze gibt zwischen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und einer zum Kernstück oder Richtmaß des wirtschaftlichen Prozesses erhobenen öffentlichen Wirtschaft. Diese Grenze wird in Deutschland, wie Art. 15 GG beweist, durch das Verfassungsrecht gezeichnet. Auch abgesehen von dieser Grundsatzfrage dürfen jedoch die Gefahren von Instrumentalisierungen nicht aus dem Auge verloren werden, die bei öffentlicher Wirtschaftstätigkeit von Fall zu Fall zum Nachteil des Unternehmenserfolges, privater Kapitalgeber oder der privaten Konkurrenten zu befürchten sind. In dem aktienrechtlichen Streit wegen der geplanten Eingliederung der Gelsenberg AG in die Veba AG hat der Bundesgerichtshof auf den Schutz der Aktionäre gegen ein „unternehmerisches Fremdinteresse“ besonderes Gewicht gelegt, ein Fremdinteresse, das auch oder vorwiegend vom öffentlichen Wohl bestimmt sein könnte⁵¹. Er hat der Bundesrepublik auch das zusätzliche Merkmal eines gewissen Maßes an planmäßiger wirtschaftlicher Eigenbetätigung attestiert und dazu gesagt: „Die erwähnten Beteiligungen (sc. der Bundesrepublik) in ihrer Gesamtheit sichern ihr im industriellen Bereich eine sehr starke Machtstellung, der für sie die naheliegende Möglichkeit, wenn nicht sogar die Notwendigkeit in sich birgt, eigene wirtschaftliche Initiative zu entfalten und hierbei die eine oder andere Beteiligungsgesellschaft für fremde oder übergeordnete Unternehmensziele einzuspannen. Daß der Bund in der Tat die Beteiligungen nicht als bloße Vermögensanlage betrachtet, sondern auch wirtschaftlich planend durch seine Verwaltungen das Geschehen in den Gesellschaften aktiv mitbestimmt, kann nicht zweifelhaft sein und ist überdies gesetzlich vorgesehen (vgl. § 65 Abs. 1, Nr. 1 u. 3, Abs. 3, Abs. 6 BHO).“

Diese wirtschaftliche Planung und aktive Mitbestimmung der Exekutive in den öffentlichen Unternehmen wird durch das Haushaltsrecht nicht näher beschränkt. Hier dürfte ein Thema für die Ausfüllung eines Gesetzesvorbehalts im Sinne der wirtschafts- und verteilungspolitischen „Wesentlichkeit“ gegeben sein. Dies gilt um so mehr, als bei Großunternehmen der öffentlichen Wirtschaft parteienstaatliche, verbandsstaatliche und mitbestim-

51 BGH Urt. vom 13.10.1977 BGHZ 69, 334.

mungspolitische Einflüsse in den Aufsichtsräten sozusagen informell eine eigengeartete Unternehmensverfassung hervorbringen⁵².

3. Die Frage der Privatisierung

Eine Betrachtung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand wäre unvollständig, wenn nicht die Bestrebungen erwähnt würden, die einer Privatisierung im Bereich der öffentlichen Wirtschaft das Wort reden, selbst bei Aufgaben der Leistungsverwaltung⁵³. Das ist ein Thema für sich, das hier nur in einer Schlußbemerkung Platz finden kann. In diesem Streit wird nicht nur die vermeintliche oder bestehende „Unwirtschaftlichkeit“ staatlicher Leistungserbringung ein Beurteilungskriterium sein dürfen. Auch die sozialstaatlichen Aufgaben und die jeweiligen öffentlichen Interessen werden als Maßstab dienen müssen. Die öffentliche Hand wird einer politischen Ausschlichtung des Privatisierungsproblems am besten dadurch entgegenwirken können, daß wirtschaftliche Engagements ohne hinreichenden Bezug zu einem faßbaren öffentlichen Interesse unterbleiben.

Anschauungsmaterial dafür ist vielleicht der Vorgang, über den die Presse unter der Überschrift „Hamburgs neuer Musikdampfer fährt in eine Flaute“ berichtet hat⁵⁴. Die Betriebsgesellschaft des gemeinten Kreuzfahrtschiffes „MS Astor“ ist eine Tochter der Hamburger staatlichen Fährschiffreederei Hadag. Als Gegenbeispiel seien ohne Zögern die angeblichen Pläne im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen aufgeführt, das in Staatsregie betriebene Hofbräuhaus in München zu privatisieren. Selbst wenn, wie gesagt wird, die dem Freistaat zufließenden Gewinne für das Jahr 1981 nur auf DM 150.000,- veranschlagt werden können⁵⁵, wird es nicht schwer sein, in der bayerischen Verfassungstradition hinreichende Gründe des Gemeinwohls aufzufinden, die es hindern, die Gründung Herzog Wilhelm V. aus dem Jahre 1589 in die Privatwirtschaft zu entlassen. Der Berichterstatter bestreitet nicht, daß es neben diesen Beispielen von der heiteren Seite Hamburgs und Münchens durchaus gewichtigere Fälle gibt, an denen das Für und Wider einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erörtert werden kann.

52 Vgl. die Berichte „Leitende gegen praktizierte Übermacht. Mitbestimmungspraxis in Staatsbetrieben scharf kritisiert“, FAZ, 30.10.1981, und „Erweiterte Mitbestimmung erwartet. Matthöfer, Overbeck und die Stahlkrise an der Ruhr“ von H. Müller-Vogg, FAZ, 21.11.1981.

53 Aus neuerer Zeit dazu W. Graf Vitzthum, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104, 1979, S. 580, sowie einerseits H. Lecheler, Privatisierung – ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen? ZBR 1980, 69, und andererseits E. Hamer, Privatisierung als Chance, FAZ, 4.9.1981.

54 FAZ, 18.8.1981.

55 FAZ, 21.10.1981.