

64.249

PETER BADURA

Das Verwaltungsmonopol



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

158 4

A. Der Begriff des Verwaltungsmonopols

1.— Das Verwaltungsmonopol ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts. Das positive Recht enthält ausführliche Regelungen zahlreicher Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols, nicht aber eine für diese alle geltende allgemeine Bestimmung dieses Rechtsinstituts. Sein Begriff kann der Rechtsordnung nicht unmittelbar entnommen werden, selbst das Wort ist ihr unbekannt.

Zur Bezeichnung von Monopoltatbeständen bedient sich die Gesetzesprache sehr verschiedener Ausdrücke. Art. 105 Abs. 1, 106 Abs. 1 und 108 Abs. 1 Satz 1 GrundG benutzen das Wort „Finanzmonopol“, während Art. 1 § 4 Abs. 1 Nr. 2 RBerMG die im Vollzug der Finanzmonopole stattfindenden Verfahren „Monopolsachen“ nennt und auch § 3 Abs. 1 Nr. 5 des Ersten Gesetzes zur Überleitung von Lasten und Deckungsmitteln auf den Bund vom 28. 11. 1950 das Wort „Monopol“ synonym mit „Finanzmonopol“ verwendet. Art. 37 EWG-Vertrag spricht von „staatlichen Handelsmonopolen“. § 1 Abs. 1 Satz 1 PostG drückt das sog. Postregal durch ein Verbot der betroffenen Tätigkeiten aus, § 1 Abs. 1 Satz 1 FernmAnlG statuiert demgegenüber positiv, daß das Recht, Fernmeldeanlagen zu errichten und zu betreiben, ausschließlich dem Bund zusteht. In § 15 Abs. 2 Satz 1 BFernStrG findet sich die Formulierung: „Dem Bund ist der Bau der Nebenbetriebe vorbehalten“, und ähnlich wird in Art. 2 Abs. 1 BayBergG ausgesagt, daß die Aufsuchung und Gewinnung bestimmter Mineralien dem Staat vorbehalten bleibt. Schließlich ist in § 22 GWB vom „marktbeherrschenden Unternehmen“ die Rede.

Diese Zusammenstellung ist nicht vollständig, läßt jedoch den mehr okkasionellen als systematischen Wortgebrauch des Gesetzgebers erkennen. Es ist Aufgabe der wissenschaftlichen Theorie, den Begriff des Verwaltungsmonopols zu bestimmen und auf der Grundlage der in der Rechtsordnung vorhandenen Einzelregelungen das Rechtsinstitut des Verwaltungsmonopols auszuarbeiten.

Das Verwaltungsmonopol ist Ausübung von Verwaltung in Form eines Monopols. Zu seiner Charakterisierung ist daher zunächst auf den allgemeinen Begriff des Monopols einzugehen.

I. Der Begriff „Monopol“

2.— Der ursprünglichen und mit dem Wortsinn übereinstimmenden Bedeutung nach bezeichnet „Monopol“ (*μονοπώλιον*, *monopolium*) die

Möglichkeit oder das Recht, ein Gut als einziger zu verkaufen. Das Wort bleibt jedoch nicht beschränkt auf den Verkauf im eigentlichen Sinn, sondern nennt jegliche Ausschließlichkeit des Handels und der Produktion, wobei also anfänglich immer ein wirtschaftliches Verhalten gemeint ist. Wort und Begriff „Monopol“ werden bereits von Aristoteles verwendet (Politik I, 8 und 11). In die Rechtssprache finden sie Eingang durch zahlreiche Vorschriften, die gegen Monopole gerichtet waren; so schon eine Konstitution des Kaisers Zeno aus dem Jahre 483 (Cod. IV, 59), später in Tit. IV §§ 16, 17 des Reichsabschieds vom 26. 8. 1512 (Zeumer Nr. 179), in einem Gesetz Karls V. gegen „Monopolien und unziemliche Contracten“ aus dem Jahre 1540 und im „statute of monopolies“ James' I. aus dem Jahre 1632 (21 Jac. I c. 3). Höffner¹ bezeichnet „Monopol“ als *das* wirtschaftspolitische Schlagwort des 15. und 16. Jahrhunderts.

Aus der Kaufmannssprache gelangte der Ausdruck „Monopol“ in den allgemeinen Sprachgebrauch und wird nun hier für alle nur einer Person oder einer geschlossenen Gruppe zustehenden oder möglichen Tätigkeiten verwendet, gewinnt also auch eine übertragene Bedeutung². Da sich die Bildung von Ausschließlichkeitspositionen nicht auf das wirtschaftende Verhalten beschränkt, sondern im gesamten sozialen Bereich möglich ist, ist das Monopol nicht eine nur wirtschaftliche³, sondern eine soziale Erscheinung, und demnach ist auch die rechtswissenschaftliche Behandlung des Monopols nicht nur eine Angelegenheit der Lehre vom Wirtschaftsrecht.

Als Monopol ist somit die ausschließliche Möglichkeit oder das ausschließliche Recht, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, anzusehen, wobei der Hauptanwendungsbereich dieses Begriffes das wirtschaftliche Verhalten ist. In einer zweiten Bedeutung meint „Monopol“ die Person, Einrichtung oder Gruppe, die jene ausschließliche Möglichkeit bzw. jenes ausschließliche Recht besitzt, d. h. den Monopolträger. Für den Begriff des Verwaltungsmonopols kommt es nur auf die erstgenannte Bedeutung an, so daß damit nicht eine Institution mit Ausschließlichkeitsfunktion, sondern nur diese Ausschließlichkeitsfunktion selbst gemeint ist. Demzufolge sind in erster Linie Voraussetzungen, Inhalt und rechtliche Wirkung des als Funktion verstandenen Monopols Gegenstand der Erörterung.

3.- Die Umschreibung des Monopolatbestandes erhält eine größere Deutlichkeit, wenn Entstehung, Umfang, Trägerschaft und Inhalt der

¹ Joseph Höffner, Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert, 1941, S. 9.

² Belege hierfür sind nachgewiesen im Deutschen Fremdwörterbuch, begonnen von Hans Schulz, fortgeführt von Otto Basler, 1942, Art. „Monopol“.

³ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, 1927, Art. „Monopol“ (4. Bd., S. 117 ff.); Friedrich List, Regal, Monopol, Unternehmen, Anstalt, EEE 57 (1935), 388—395.

64.24g

Peter Badura / Das Verwaltungsmonopol

Das Verwaltungsmonopol

Von

Peter Badura

Dr. jur., Universitätsdozent in Erlangen

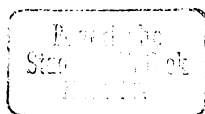


(1963)

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

T/63/4893

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft



Alle Rechte vorbehalten

© 1963 Duncker & Humblot, Berlin

Gedruckt 1963 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

Vorwort

Die gesellschaftlichen Veränderungen, die nach 1918 in Deutschland stattgefunden haben, mußten notwendig zu einem neuen Verständnis von den Aufgaben des Staates führen. Die liberale Abschirmung der Gesellschaft gegen staatliche Korrektur und Gestaltung der sozialen, in erster Linie der wirtschaftlichen, Zustände und Vorgänge erwies sich als Hemmnis auf dem Weg zu dem zivilisatorischen Ziel der sozialen Gerechtigkeit. Die neuen Bedingungen der gesellschaftlichen Existenz haben auch die Voraussetzungen gewandelt, unter denen eine Selbstverwirklichung des einzelnen möglich wird; Sozialgestaltung und Daseinsvorsorge durch den Staat gehören zu diesen Voraussetzungen. Das zu erkennen, zu beschreiben und daraus Folgerungen abzuleiten, kann nicht Etatismus genannt werden; denn es geht nicht um eine Verklärung des Staates, sondern um eine Orientierung über die Rolle, welche ihm die neue Situation zugewiesen hat.

Das nachliberale Staatsverständnis ist ein Phänomen, das zwar im sozialen Bereich seinen Sitz hat, das aber naturgemäß weitreichende Auswirkungen auch auf die Rechtsordnung hervorbringt. Von allen Teilen der Rechtsordnung ist es gerade das Verwaltungsrecht, in dem die gestaltenden und leistenden Funktionen des heutigen Staates die deutlichste Ausprägung gefunden haben. Ist es doch, nach einem Wort Tocquevilles, das öffentliche Recht, in dem sich die Gesellschaftsordnung eines Volkes ausdrückt.

Das Verwaltungsmonopol ist eine der Techniken, durch welche der Staat der Gegenwart seine Zwecke verwirklicht. Diese Beziehung auf den modernen Staatsbegriff scheidet das Verwaltungsmonopol von den feudalen Regalien sowie von den merkantilistischen und den staatskapitalistischen Staatsmonopolen.

Die folgende Untersuchung über das Verwaltungsmonopol versucht, dieses als ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts zu erfassen und die rechtlichen Bestimmungen dieses Instituts und seiner einzelnen Erscheinungsformen zu erörtern. Die Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Überlegungen in diese juristischen Darlegungen entspringt der methodischen Annahme, daß eine begrifflich-konstruktive Analyse der einschlägigen Rechtssätze allein zu einer auch für die juristische Dogmatik nicht befriedigenden Verkürzung des Untersuchungsgegenstandes geführt hätte. Die Vermeidung dieses Mangels erschien wichtiger als die

Umgehung der naheliegenden Gefahr, bei dem Übergreifen auf den Forschungssektor einer fremden Disziplin in Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten zu verfallen.

Es ist mir ein besonderes Bedürfnis, Herrn Professor Dr. Alfred Voigt für die liebenswürdige Förderung zu danken, durch die er zu der Entstehung dieser Arbeit beigetragen hat.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft bin ich für einen namhaften Zuschuß zu den Druckkosten zu tiefem Dank verpflichtet.

Erlangen, im April 1963

Peter Badura

Inhaltsübersicht

A. Der Begriff des Verwaltungsmonopols	1
I. Der Begriff „Monopol“	1
II. Das wirtschaftliche Monopol	8
1. Das Monopol in der Wirtschaftstheorie	9
2. Das Monopol im Kartell-(Antitrust)recht	22
III. Das Verwaltungsmonopol	38
1. Das Regal	39
2. Das merkantilistische Monopol	57
3. Das Verwaltungsmonopol des Wohlfahrts- und Steuerstaates ..	77
B. System der Verwaltungsmonopole	111
I. Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols	111
1. Polizeimonopole	111
2. Lenkungsmonopole	129
3. Leistungsmonopole	183
4. Finanzmonopole	218
II. Die allgemeine rechtliche Gestalt des Verwaltungsmonopols	241
1. Private Rechtsträger als Monopolsubjekte und als Ausübende einer monopolisierten Tätigkeit	242
2. Auswirkungen eines Verwaltungsmonopols gegenüber Empfän- gern der Monopolleistungen	259
C. Das Verwaltungsmonopol in Wirtschaftspolitik und Verfassungsrecht 281	
I. Wirtschaftspolitische Gesichtspunkte	282
1. Voraussetzungen einer wirtschaftspolitischen Beurteilung des Verwaltungsmonopols	292
2. Das Verwaltungsmonopol als Instrument des Gemeinwohls im modernen Wohlfahrts- und Steuerstaat	304
II. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	310
1. Schranken der Aktivität des Gesetzgebers	316
2. Schranken der Begründung von Verwaltungsmonopolen	333

Inhaltsverzeichnis

A. Der Begriff des Verwaltungsmonopols

1. Das Verwaltungsmonopol ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts. Über die Notwendigkeit der Ausarbeitung seines rechtlichen Begriffs 1

X

I. Der Begriff „Monopol“

2. Wörtliche und übertragene Bedeutung von „Monopol“. In der Wortzusammensetzung „Verwaltungsmonopol“ meint „Monopol“ eine bestimmte Funktion 1
3. Es lassen sich Monopolgruppen aufstellen 2
4. Nach dem Entstehungsgrund werden rechtliche und tatsächliche Monopole unterschieden 3
5. Differenzierung von Monopolstellungen nach ihrem Umfang. Traditioneller und marktmachtbezogener Monopolbegriff 5
6. Unterscheidung der Monopole nach ihrem Träger 7
7. Denkbare Inhalte eines Monopols. Über die Notwendigkeit, die Erkenntnisse der Wirtschaftstheorie für die wirtschaftspolitische Beurteilung der Verwaltungsmonopole heranzuziehen 8

II. Das wirtschaftliche Monopol

8. Vorbereitende Bemerkung über die Disposition 8

1. Das Monopol in der Wirtschaftstheorie

9. Literatur 9
10. Markt als theoretischer Zentralbegriff. Nach der Befugnis des Zugangs zum Markt können offene und geschlossene Märkte unterschieden werden 10
11. Der Markt Begriff, determiniert insb. durch die Homogenität des Marktgutes. Substitutionskonkurrenz 10
12. Die Steuerungsfunktion des Gleichgewichtspreises im statischen Modellmarkt 12
13. Kritik des modelltheoretischen Ausgangspunktes mithilfe einer Analyse seiner Voraussetzungen 13
14. Das Monopol im Marktformenschema 16
15. Das Monopol in der Preistheorie und als Störungsfaktor in der modelltheoretischen Marktwirtschaft 18
- X 16. Die Diskussion um die volkswirtschaftliche Schädlichkeit oder Nützlichkeit des Monopols und deren Bedeutung für die Beurteilung des wirtschaftenden Verwaltungsmonopols 19

2. Das Monopol im Kartell-(Antitrust)recht

17. Literatur 22
- X 18. Allgemeine wirtschaftspolitische Gesichtspunkte für die Monopolvergesetzgebung 24

19. Klärung der Voraussetzungen für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit wirtschaftende Verwaltungsmonopole einer Monopolgesetzgebung zu unterwerfen sind	25
20. Abrißhafte Darstellung der Einstellung des älteren englischen common law und des modernen amerikanischen Antitrustrechts gegenüber Monopolen, insb. gegenüber staatlich verliehenen Monopolen, wobei besonders Gewicht auf die Privilegien der Tudor- und Stuartzeit und auf die Rechtsfigur der public utility gelegt ist	26
21. Die Monopole im deutschen Recht seit RGZ 38, 155. Exkurs: Die kaiserlichen Monopolprivilegien im alten deutschen Staatsrecht	30
22. Das GWB und ein Überblick über die Behandlung der Verwaltungsmonopole in diesem Gesetz	32
23. Überblick über die sich aus dem Schumann-Plan-Vertrag und dem EWG-Vertrag für nationale Verwaltungsmonopole ergebenden Rechtsfolgen	35

III. Das Verwaltungsmonopol

24. Methodische Vorbemerkung zur Notwendigkeit, auf die historischen Vorläufer des Verwaltungsmonopols einzugehen	38
---	----

1. Das Regal

25. Literatur	39
26. Der Ausdruck „Regal“ diene zur Bezeichnung sehr unterschiedlicher Begriffe. Das Regal ist Gegenstand der Rechts- und Verfassungsgeschichte und der Geschichte der Staatswirtschaft	41
27. Für die fränkische Zeit ist die Regalitätsvorstellung nicht sicher nachzuweisen. Das sog. „Bodenregal“	43
28. Das Hervortreten des Regalbegriffs im Investiturstreit und in der ronalischen Konstitution	43
29. Der Begriff des Regals in der mittelalterlichen Rechtsgeschichte. Die einzelnen Regalien	45
30. Der Übergang der Regalien auf die Territorialherrscher und die Ausbildung der Landeshoheit	50
31. Die finanzgeschichtliche Epoche des sog. älteren Regalismus	51
32. Die Regalientheorie und die sich durch diese entwickelnde Verengung des Regalbegriffs auf die sog. nutzbaren Regalien	52

2. Das merkantilistische Monopol

33. Literatur	57
34. Vorbemerkung über die Entwicklung des neben das Regal tretenden Monopols im absolutistischen Staat und über den Einfluß der liberalen Wirtschaftsidee auf Regal und Monopol	59
35. Merkantilismus als Wirtschaftsidee und Wirtschaftsform. Das Monopol als Instrument merkantilistischer Wirtschaftspolitik und seine typischen Erscheinungsformen, diese vor allem am Beispiel Preußens	60
36. Die überkommenen Regalien im merkantilistischen System, wo sie bereits als Fremdkörper erscheinen	64
37. Die Regalien und Monopole in der merkantilistischen Finanzwirtschaft. Hier bildet sich erstmals die heute übliche Unterscheidung von „Verwaltungsmonopolen“ und „Finanzmonopolen“ heraus	65

38. Die Auflösung des merkantilistischen Systems durch die liberale Idee der Wirtschaftsfreiheit und der Einfluß dieser Entwicklung auf die Regalien und Monopole. Überreste der niederen Regalien, diese sind privatrechtliche Befugnisse 66
39. Die Behandlung der Regalien und Monopole in der rechtswissenschaftlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts 71
40. Die Regalitätsvorstellung und damit Wort und Begriff des Regals müssen als historisch überholt und für die moderne öffentlich-rechtliche Dogmatik unangemessen erkannt werden 75

3. Das Verwaltungsmonopol des Wohlfahrts- und Steuerstaates

41. Literatur 77
42. Methodische Vorbemerkung 80

a) Begriff

43. Referierung staats- und volkswirtschaftlicher Terminologie und Begriffsbildung, da diese die publizistische Theorie beeinflusst hat. Kritik dieses Einflusses 80
44. Referierung der verwaltungsrechtlichen Terminologie und Begriffsbildung. Der Begriff des Verwaltungsmonopols muß, unter Vermeidung des Ausdrucks „Regale“ einheitlich für alle öffentlichen Monopole entwickelt werden 83
45. Der Begriff des Verwaltungsmonopols 85
46. Dem Begriff des Verwaltungsmonopols unterfallen nur rechtliche Monopole. Bedeutung faktischer Monopole von Verwaltungsträgern. Rechtstechnische Ausgestaltung des rechtlichen Monopols .. 86
47. Das Verwaltungsmonopol ist ein öffentlichrechtliches Monopol. Die durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt begründeten gewerblichen Schutzrechte, insb. das Patent, sind keine Verwaltungsmonopole 89
48. Das Verwaltungsmonopol dient der Verwirklichung eines Verwaltungszweckes. Die Herauslösung des Finanzmonopols aus dem Begriff des Verwaltungsmonopols ist unsachgemäß. Träger eines Verwaltungsmonopols können Verwaltungsträger und privatrechtliche Rechtssubjekte sein 90
49. Nur solche Ausschließlichkeitsbefugnisse der Verwaltung sind Verwaltungsmonopole, die durch Private „nachahmbar“ sind, die also nicht bereits notwendig staatliche Funktionen betreffen. Das Verwaltungsmonopol ist gegenständlich nicht auf wirtschaftende Tätigkeiten beschränkt 91
50. Das sog. Münzregal und das sog. Notenregal sind keine Verwaltungsmonopole, sondern notwendig staatliche Funktionen 95

b) Systematik

51. Die Systematisierung der Verwaltungsmonopole muß anhand der in ihnen verwirklichten, nicht weiter begrifflich auflösbaren Verwaltungszwecke erfolgen 103
52. Die einzelnen Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols lassen sich mit den Kategorien Polizeimonopol, Lenkungsmonopol, Leistungsmonopol, Finanzmonopol systematisieren 109

B. System der Verwaltungsmonopole

53. Methodische Vorbemerkung 111

I. Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols

1. Polizeimonopole

54. Literatur 111

55.	Die Polizeimonopole verwirklichen den Verwaltungszweck der Gefahrenabwehr. Rechtstechnisch sind sie überwiegend als Monopolzwang ausgestaltet	113
56.	Schußwaffen, Schießpulver, Sprengstoffe und Munition als denkbare Objekte eines Polizeimonopols. Die gesetzliche Behandlung der Kernbrennstoffe und deren Ausgangsstoffe hat weniger gefahrenabwehrenden als wirtschaftslenkendem Charakter	113
57.	Das Schleppmonopol	115
58.	Monopole im Interesse der Feuersicherheit sind die Bannrechte öffentlicher Versicherungsanstalten und das Kehrmonopol der Bezirksschornsteinfegermeister	117
59.	Monopole im Interesse der Hygiene bestehen zugunsten der Feuerbestattungsanlagen, der Tierkörperbeseitigungsanstalten und der Monopoleinrichtungen der Gemeinden kraft Benutzungszwangs ..	119
60.	Weitere Monopole im Interesse der Volksgesundheit sind die amtlichen Untersuchungen des Schlachtviehs und des Fleisches sowie das Apothekenmonopol	126

2. Lenkungsmonopole

61.	Literatur	129
62.	Die Sozialgestaltungsfunktion ist ein Wesensmerkmal des modernen Staates. In ihrem Vollzug werden Verwaltungsmonopole errichtet, insb. als wirtschaftliche Lenkungsmonopole der Rohstoff- und Ernährungswirtschaft	135
63.	Die öffentlichen Marktverbände auf Grund Zwangszusammenschlusses eines Wirtschaftszweiges sind eine Erscheinungsform des Lenkungsmonopols. Die Zwangssyndikate der Sozialisierungsgesetzgebung von 1919	136
64.	Monopole der Rohstoff- und Arbeitsmarktlenkung, insb. das Monopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, das nicht verwirklichte Reichspetroleummonopol, das Schrottvormittlungsmonopol der VO Schrott I/52 und die Verwaltungsmonopole auf dem Gebiet der Atomenergie auf Grund des Atomgesetzes und des Euratom-Vertrages	141
65.	Der bergrechtliche Staatsvorbehalt. Anhang: das frühere preußische Bernsteinregal	146
66.	Lenkungsmonopole der Ernährungswirtschaft. Die Molkerei-Einzugs- und Absatzgebiete. Die früheren ernährungswirtschaftlichen Reichsstellen	160
67.	Insb. die Einfuhrmonopole auf Grund der Marktordnungsgesetze ..	163
68.	Verwaltungsmonopole im Bereich kultureller Aktivität des Staates. Schulwesen. Universitätswesen	166
69.	Monopole der Veranstaltung von Rundfunksendungen	175

3. Leistungsmonopole

70.	Literatur	183
71.	Die Leistungsfunktion in Gestalt der Daseinsvorsorge ist eine weitere Eigentümlichkeit des modernen Staates. Verwaltungsmonopole zu ihrer Verwirklichung finden sich insb. bei den Verkehrsanstalten ..	187
72.	Versorgungsbetriebe besitzen als solche keine Verwaltungsmonopole. Ein Leistungsmonopol ist das ausschließliche Recht des Bundes zum Bau der Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen	190
73.	Die Leistungsmonopole der Bundespost im Bereich des Postwesens und des Fernmeldewesens	193
74.	Das Leistungsmonopol der Bundesbahn	209

4. Finanzmonopole

	75. Literatur	218
✓	76. Die Finanzmonopole, die eine Form der Verbrauchsbesteuerung darstellen, sind durch ihre steuerexternen nichtfiskalischen Nebenzwecke ein finanz- und wirtschaftspolitisches Instrument des modernen Steuerstaates. Die Debatte um die Finanzmonopole beruht auf verschiedenen Argumenten, je nachdem, ob es um die Begründung oder den Fortbestand eines Monopols geht	219
×	77. Die Besteuerung der Glücksspiele durch indirekte Steuern und durch Monopole: Spielkartenmonopol- und -steuer, Lotteriemonopol und steuer. Salzhandelsmonopol und Salzsteuer. Süßstoffmonopol und -steuer	223
✓	78. Die Besteuerung der Genußmittel durch indirekte Steuern und durch Monopole: Tabakmonopol und -steuer, Branntweinsteuer und -monopol	225
×	79. Das Zündwarenmonopol	236

II. Die allgemeine rechtliche Gestalt des Verwaltungsmonopols

80.	Es lassen sich gewisse Gemeinsamkeiten für die geschilderten Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols feststellen. — Ein Verwaltungsmonopol muß wegen der Auswirkungen, die es auf Freiheit und Eigentum der Verwaltungsunterworfenen hat, auf einem Gesetz beruhen. Die Einräumung der konkreten Monopolstellung kann dagegen sowohl unmittelbar durch Gesetz, als auch durch gesetzesvollziehenden Normsetzungs- oder Verwaltungsakt erfolgen	241
-----	---	-----

1. Private Rechtsträger als Monopolsubjekte und als Ausübende einer monopolisierten Tätigkeit

81.	Literatur	242
82.	Monopolsubjekt kann ein Verwaltungsträger der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung, sei es in privatrechtlicher, sei es in öffentlichrechtlicher Organisationsform, aber auch ein verwaltungsfremder Rechtsträger des Privatrechts sein. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und das öffentliche Unternehmen. System der Verwaltung durch Verwaltungsträger und durch Private	244
83.	Der beliehene Unternehmer als privatrechtlicher Rechtsträger der mittelbaren Staatsverwaltung; dieser ist charakterisiert durch das Zusammentreffen von privatrechtlichem Substrat und öffentlichrechtlicher Befugnis. Die mit einem Verwaltungsmonopol beliehene natürliche Person übt einen staatlich gebundenen Beruf aus. Der Begriff des Berufs, der der Verwaltung vorbehaltenen Aufgaben wahrnimmt; damit zusammenhängende Fragen zu Art. 12 Abs. 1 GrundG	251
84.	Wird die monopolisierte Tätigkeit fallweise einem Dritten gestattet, handelt es sich um eine Konzession. Der Dritte erwirbt ein subjektiv öffentliches Recht, wird aber nicht beliehener Unternehmer	258

2. Auswirkungen eines Verwaltungsmonopols gegenüber Empfängern der Monopoleistungen

85.	Literatur	259
-----	-----------------	-----

86. Sachfremdes Verhalten bei der Ausübung eines Verwaltungsmonopols muß mit den Mitteln des Verwaltungsrechts, nicht aber der ziviljuristischen Figur des „sittenwidrigen Monopolmißbrauchs“ korrigiert werden. — Herstellungsvorschriften, Andienungs- und Ablieferungspflichten 260
87. Die in der Zivilrechtsprechung und in der Zivilrechtstheorie entwickelten Grundsätze über den sittenwidrigen Monopolmißbrauch. Das neue Verständnis der Vertragsfreiheit. Die kartellrechtlichen Vorschriften über wettbewerbsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen 263
88. Allgemeine Rechtssätze über monopolistisches Verhalten im Energiewirtschaftsrecht und im Gemeinderecht. Spezielle geschriebene und ungeschriebene Rechtssätze über unerlaubte Abschlußverweigerung, insb. bei den Verkehrsanstalten. Die Betriebspflicht 269
89. Der einheitliche dogmatische Gesichtspunkt über die unerlaubten Verhaltensweisen eines Trägers eines Verwaltungsmonopols; dieser tritt in einem verwaltungsrechtlichen Grundsatz in Erscheinung, ohne aber stets nur Ansprüche des öffentlichen Rechts zu erzeugen. Willkürliche Abschlußverweigerung und ungerechtfertigte Gestaltung des Leistungsverhältnisses, insb. durch die sog. Liefersperre und durch Haftungsbeschränkungen 275

C. Das Verwaltungsmonopol in Wirtschaftspolitik und Verfassungsrecht

90. Das Verwaltungsmonopol ist, sofern es eine wirtschaftende Tätigkeit zum Gegenstand hat, eine besondere Technik der Wirtschaftsverwaltung in einem Wohlfahrts- und Steuerstaat 281

I. Wirtschaftspolitische Gesichtspunkte

91. Literatur 282
92. Die Wirtschaftspolitik des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates und die Intervention als ihr Instrument. Verstaatlichung und Sozialisierung. Die Theorie der Wirtschaftsformen: Verkehrswirtschaft, Planwirtschaft, gelenkte Wirtschaft 285

1. Voraussetzungen einer wirtschaftspolitischen Beurteilung des Verwaltungsmonopols

93. Die Wirtschaftsordnung ist nicht nur ein wirtschaftliches, sondern ein soziales Phänomen, die Theorie der Wirtschaftsformen ist daher in den größeren Zusammenhang der Sozialtheorie zu stellen. Der Kapitalismus und seine zeitgenössische, „gebändigte“ Erscheinungsform 292
94. Funktion und Beurteilung der öffentlichen Monopole in den ideologischen Wirtschaftssystemen des Neosozialismus und des Neoliberalismus 296

2. Das Verwaltungsmonopol als Instrument des Gemeinwohls im modernen Wohlfahrts- und Steuerstaat

95. Der Wohlfahrts- und Steuerstaat als Staat der nachliberalen Sozialordnung des gebändigten Kapitalismus, von dessen sozialaktiven Verwaltungstechniken eine das Verwaltungsmonopol ist 304
96. Allgemeine Grundsätze für die Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Umständen das Verwaltungsmonopol eine sinnvolle Form des Verwaltens ist 306

II. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte

97. Literatur 310
98. Aus der Verpflichtung des im Grundgesetz verfaßten Staates auf die Rechtsstaatsidee folgt nicht, daß die Ausübung der Staatsgewalt nur Vollzug ist. Die Kompetenzen des Gesetzgebers werden durch die Verfassung nicht konstituiert, sondern gebunden 313
- 1. Schranken der Aktivität des Gesetzgebers*
99. Dem Grundgesetz kann eine spezifische „Wirtschaftsverfassung“ nicht entnommen werden, der Gesetzgeber unterliegt deshalb bei der Begründung von Verwaltungsmonopolen nicht der Bindung durch eine besondere „Wirtschaftsverfassung“ 316
100. Die Sozialgestaltungsfunktion des Staates wird im wesentlichen nur durch das Rechtsstaatsprinzip gebunden, dieses steht daher bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Verwaltungsmonopolen im Vordergrund. Analyse der demokratischen Staatsidee, der Rechtsstaatsidee und des Sozialstaatssatzes im Hinblick auf die aus ihnen für die Schranken der Aktivität des Gesetzgebers ableitbaren Rechtsfolgen 323
- 2. Schranken der Begründung von Verwaltungsmonopolen*
101. Aus dem Sozialstaatssatz, aus dem Art. 15 GrundG und aus den Zuständigkeitsnormen des Grundgesetzes im Abschnitt Finanzwesen können nur sehr begrenzt verfassungsrechtliche Rechtsfolgen für die Frage der Zulässigkeit von Verwaltungsmonopolen erschlossen werden 333
102. Die Schranken für eine Begründung von Verwaltungsmonopolen ergeben sich im wesentlichen aus den einzelnen Ausprägungen der Rechtsstaatsidee, insb. aus den Grundrechten der Berufsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit 337

Abkürzungen

Hinweis zur Zitierweise:

Die benutzten Bücher und Aufsätze sind in den Fußnoten in der Regel nur mit dem Namen des Autors und, bei mehreren benutzten Arbeiten desselben Autors oder sonst zur Verdeutlichung, abgekürztem Titel angegeben. Die volle Titulatur ist in diesen Fällen in den jeweils vorangestellten Literaturzusammenstellungen enthalten. Zitate mit „a.a.O.“ verweisen stets auf vorangehende Fußnoten, nicht auf die Literaturzusammenstellungen. Eine Anzahl sehr häufig zitierter Werke ist ein für allemal abgekürzt; die Titulatur dieser Arbeiten ist im Abkürzungsverzeichnis aufgeführt.

ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
AnnDR	= Hirths Annalen des Deutschen Rechts für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
Anschütz WeimRVerf	= Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, 14. Aufl., 1933
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArchVR	= Archiv des Völkerrechts
BayVerwBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
Bender VerwR	= Bernd Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1956
BetrBer	= Der Betriebs-Berater
Betrieb	= Der Betrieb
BFernStrG	= Bundesfernstraßengesetz in der Fassung vom 6. 8. 1961 (BGBl I S. 1742)
BonnKomm	= Bonner Kommentar zum Grundgesetz (in Loseblattform)
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 (RGBl I S. 49)
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
EEE	= Egers Eisenbahn- und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen
Eheberg FinW	= Karl Theodor von Eheberg, Finanzwissenschaft, 18. und 19. Aufl., 1922
Enneccerus	= Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959
Eucken Grdl	= Walter Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., 1950
Eucken WPol	= Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., hrsg. von Edith Eucken und K. Paul Hensel, 1955

FernmAnlG	= Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. 1. 1928 (RGBl I S. 8)
FinArch	= Finanzarchiv
Fleiner Inst	= Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928
Gemeinschaftskommentar	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, hrsg. von Hans Müller-Henning und Gustav Schwartz, 1958
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GüKG	= Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. 10. 1952 (BGBl I S. 697, mehrf. geändert)
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957 (BGBl I S. 1081)
Hamann WVerfR	= Andreas Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958
HDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 1. Bd. 1930, 2. Bd. 1932
Huber WVerwR	= Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1. Bd. 1953, 2. Bd. 1954
HZ	= Historische Zeitschrift
Jellinek VerwR	= Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, Nachtrag 1950
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LeipzZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Fritz Lindenmaier und Philipp Möhring (Loseblattausgabe)
v.Mangoldt/Klein	= Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 1957
Maunz/Dürig	= Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, 1961 (Loseblattausgabe)
O. Mayer VerwR	= Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, (2. Aufl., I. Bd. 1914, II. Bd. 1917); 3. Aufl., 1924
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
G. Meyer VerwR	= Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, bearbeitet von Franz Dochow, 1. Teil 4. Aufl., 1913; 2. Teil 3. Aufl., 1910
MGH Const	= Monumenta Germaniae Historica, Constitutiones et Acta Publica Imperatorum et Regum
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
öff. Unt.	= Die öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik und in Berlin, Eine vorläufige Übersicht, 1957
RBerMG	= Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13. 12. 1935 (RGBl I S. 1478)
RVerwBl	= Reichsverwaltungsblatt
SchrVfS	= Schriften des Vereins für Sozialpolitik

L. v. Stein VerwL	= Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., 1. Teil 1887, 2. und 3. Teil 1888
StRK	= Steuer-Rechtsprechung in Karteiform
UFITA	= Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, hrsg. von Ziegler
VVdStL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
Wagner FinW	= Adolph Wagner, Finanzwissenschaft, I. Teil 3. Aufl., 1883; II. Teil 2. Aufl., 1890
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
Zeumer	= Karl Zeumer, Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, 2. Aufl., 1913
ZfB	= Zeitschrift für Bergrecht
ZfSchweizR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZfZ	= Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
ZgesStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZHR	= Goldtschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZRG	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung

Ausschließlichkeitsfunktion genauer untersucht werden, wodurch sich je nach dem methodischen Blickwinkel verschiedene Monopolgruppen aufstellen lassen.

4.— Nach dem *Entstehungsgrund* lassen sich rechtliche und tatsächliche Monopole unterscheiden⁴. Beim rechtlichen Monopol beruht die Monopolstellung auf einem Rechtssatz — so beim sog. Postregal — oder auf einem Hoheitsakt kraft gesetzlicher Ermächtigung — so beim Patent —, es handelt sich um eine Befugnis⁵. Diese rechtliche Monopolstellung besitzt insbesondere zwei an sich selbständige und auch trennbare Erscheinungsformen: das Verbot gegenüber Dritten, die monopolisierte Tätigkeit auszuüben, entsprechend den früheren ausschließlichen Gewerbeberechtigungen⁶, und das Gebot an alle an den vom Monopolisten dargebotenen Leistungen Interessierten, ihren Bedarf nur bei diesem zu decken, der sog. Monopolzwang, entsprechend den früheren Zwangs- und Bannrechten.

Das faktische Monopol ist in verschiedenen Formen denkbar, je nachdem, ob es durch die Umstände, durch das Verhalten eines Einzelnen oder durch das Zusammenwirken mehrerer für diese Gruppe zustandekommt. Im ersten Fall wird von einem „natürlichen“ Monopol⁷ gesprochen, wobei zunächst an das beschränkte Vorkommen eines Rohstoffes gedacht wird, wie beim deutschen Weltkalimonopol vor dem ersten Weltkrieg. Hierzu gehört aber auch das durch spezifische technische Gegebenheiten auftretende „Leistungsmonopol“, dessen Unvermeidlichkeit dem Umstand entspringt, daß bestimmte Leistungen vermittlels einer technischen Apparatur dargeboten werden müssen, die

⁴ Diese begriffliche Unterscheidung ist üblich und sinnvoll und in der Rspr. des RG zum Monopolmißbrauch häufig (RGZ 48, 114; 99, 107; 115, 253; 155, 257). *List*, a.a.O., stellt abweichend davon das Monopol als eine nur faktische, wirtschaftliche Ausschließlichkeitsposition dem Regal als einer rechtlichen Ausschließlichkeitsposition eines öffentlichen Unternehmens gegenüber und formuliert die Proportion: Das Monopol verhält sich zum Regal wie das Unternehmen zur Anstalt.

⁵ *Bender* VerwR § 19 V 2; *Kruchen* in: Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, hrsg. von Werner Hausteil, 1960, § 43; Alexander *Mahr*, Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., 1959, S. 128; H. C. *Nipperdey*, Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1543/1628 f.

⁶ Johannes *Biermann*, Rechtszwang zum Kontrahieren, in: Iherings Jahrbücher, 32 (1893), 267/280, versteht das rechtliche Monopol nur in diesem Sinne. Die ältere Verwaltungsrechtslehre nennt diese Form des rechtlichen Monopols „Regal“ (O. *Mayer* VerwR 2. Aufl., II § 51 III 3 Anm. 31, 3. Aufl., ebd. Anm. 24; *Jellinek* VerwR § 22 II 2. Ebenso: *Kruchen* a.a.O.; *List* a.a.O.).

⁷ Dazu können auf Hoheitsakt oder auf Vereinbarung beruhende Monopole als „künstliche“ Monopole in Gegensatz gestellt werden (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft a.a.O.; Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl., 1910, Art. „Monopol“, 6. Bd., S. 769 ff; Ludwig *Mises*, Die Gemeinwirtschaft, 1922, S. 381).

nur einmal vorhanden sein kann, wie z. B. Schienen und die Leitungen der Versorgungsbetriebe und der Telephonie⁸. Das aus dem Zusammenwirken mehrerer hervorgehende Monopol wird im Hinblick auf seine Entstehung als „organisatorisches“ Monopol⁹, im Hinblick auf die Mehrgliedrigkeit des Monopolisten als „Kollektivmonopol“¹⁰ bezeichnet. Der typische Fall des Kollektivmonopols ist das Kartell (§ 1 GWB), bei dem mehrere Unternehmer sich unter Aufrechterhaltung ihrer rechtlichen und prinzipiell auch ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit vertraglich zu einem gemeinschaftlichen Zweck im Sinne einer Wettbewerbsregelung zusammenschließen und dadurch eine wettbewerbsbeschränkende Marktbeeinflussung bewirken. Marktbeherrschung braucht begrifflich weder Zweck noch objektive Folge des Kartellvertrages zu sein¹¹, kann jedoch bei entsprechender Stärke der kartellgebundenen Unternehmer zustandekommen. Das Syndikat ist die höchste Organisationsstufe des Kartells; es tritt als Anbieter lediglich eine Stelle auf, welche die syndizierten Unternehmer repräsentiert¹². Abweichend vom Kartell erleiden bei einem Konzern (§ 15 AktG; § 22 Abs. 5 GWB) die beteiligten Unternehmer eine Einbuße ihrer Selbständigkeit, sei es durch Fusion, sei es durch Verflechtung über eine Holdinggesellschaft. Unter Trust wird

⁸ Für die Benutzung des Begriffs des „Leitungsmonopols“ muß die Einschränkung betont werden, daß auch diese Monopole der Konkurrenz durch Substitute unterliegen können, was insoweit zu einer monopolistischen Konkurrenz führen würde (Burton N. Behling, *Competition and Monopoly in Public Utility Industries*, 1938, Univ. of Illinois Bulletin, vol. XXXV/1938, No. 100 = Illinois Studies in Social Sciences, vol. XXIII, Nos. 1—2, pp. 121 sq, hat diesen Aspekt für die amerikanischen public utilities untersucht). Allerdings wird bei den Betrieben der existentiellen Daseinsvorsorge die Elastizität der Nachfrage nur gering sein. — Zum Begriff des Leitungsmonopols: Walter Adolf Jöhr, *Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik*, Bd. I, 1943, S. 182 („Betriebsmonopole“); Ulrich Meyer-Cording, *Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme*, 1954, S. 13 f.; Leonhard Miksch, *Wettbewerb als Aufgabe*, 2. Aufl., 1947, S. 137 ff.; Theodor Pütz, *Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung*, 1948, S. 220.

⁹ Der Neue Brockhaus, 1937, Art. „Monopol“; Mahr a.a.O. („gesellschaftliches Monopol“).

¹⁰ Eucken Grdl S. 103 f.; Werner Fricke, *Kollektivmonopole*, Diss. Mainz 1956; Meyer-Cording a.a.O. S. 14.

¹¹ Wolfgang Fikentscher, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, 1958, S. 48 ff.; Huber WVerwR I § 28 II 3; Rudolf Isay, *Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht*, 1922, S. 14 ff.; Oswald Lehnich, *Die Wettbewerbsbeschränkung*, 1956, S. 14 f.; Fritz Marbach, *Monopolistische Organisationsformen*, 1950, S. 7 ff.; Leopold Mayer, *Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik*, 1959, S. 22; Heinz Müller/Gerhard Gries, *Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1958, § 1 GWB RNr. 16. Der Kartellbegriff Liefmanns, wonach die Kartellvereinbarung zwecks monopolistischer Beherrschung des Marktes erfolgt, wird nicht mehr zugrundegelegt. — Nach BGHZ 31, 105 kommt es nicht auf den subjektiven Zweck des Kartellvertrages, sondern nur auf dessen objektive Eignung an, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

¹² Huber WVerwR I § 29 II 6; Gerhard Lehmann, *Marktformenlehre und Monopolpolitik*, 1956, S. 31 f.; Marbach a.a.O. S. 8 f.

ein Konzern bedeutender Größe mit Monopolcharakter, der dem Konzern nicht eigentümlich ist, verstanden¹³.

Mit der Unterscheidung tatsächlicher und rechtlicher Monopole wird über die Beschreibung des Entstehungsvorganges der Ausschließlichkeitsfunktion hinaus auch etwas über die Qualität der Monopolstellung ausgesagt, die als rechtliche ein unmittelbares Geschöpf der Rechtsordnung ist und damit auch in ihrem Bestand naturgemäß die Vorteile einer Rechtsstellung gegenüber einer nur faktischen Chance genießt. Indem aber das beide Erscheinungsformen übergreifende Moment das des Monopols ist, kommt ihnen beiden die für das Monopol wesentliche Machtstellung¹⁴ zu und sind sie überhaupt hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf das Marktgeschehen im Prinzip nicht unterschiedlich zu beurteilen. Das gilt auch für die Monopole der öffentlichen Hand¹⁵, die, soweit sie rechtliche Monopole sind, dadurch, daß sie einem Rechtsakt ihre Entstehung verdanken, nicht den Einwänden enthoben sind, die gegen das Monopol als eine Machtposition erhoben werden können¹⁶.

5.— Mit einer Differenzierung der Monopolstellungen nach ihrem *Umfang* wird eine nähere Bestimmung der Ausschließlichkeitsfunktion ermöglicht und der Begriff des Monopols präzisiert.

Die im merkantilistischen Wirtschaftssystem üblichen, durch staatliche Privilegien geschaffenen Ausschließlichkeitsrechte entzogen weite Bereiche des Wirtschaftslebens der Konkurrenz und bildeten daher eines der Hauptangriffsziele der liberalen Lehre des aufkommenden hochkapitalistischen Wirtschaftsdenkens. Wegen dieser historischen Antagonie lag es nahe, daß der Begriff auch des privatkapitalistischen Monopols sich anfangs an dem Vorbild der staatlichen Monopole ausrichtete und dementsprechend unter Monopol lediglich die Situation verstanden wurde, in der nur ein einziges Wirtschaftssubjekt die Nachfrage oder das Angebot einer Leistung oder eines Gutes kontrollierte¹⁷.

¹³ Heinrich E. Friedländer, Konzernrecht, 2. Aufl., 1954, § 5 A III; Huber WVerwR I § 38 I 1 a und 4; Joseph Kaskell/Rudolf B. Schlesinger, Monopole—Trusts—Kartelle in Amerika und Deutschland, 1951, S. 10; Marbach a.a.O. S. 15 ff.; Müller/Gries a.a.O., § 22 GWB RNr. 8; Hermann Roth, Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company, 1928.

¹⁴ Gert von Eynern, Die wirtschaftliche Macht, 1952, S. 11 ff.; Walter Hamm, Kollektiveigentum, 1961, S. 176 ff.

¹⁵ Vgl. Eduard Heimann, Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus, in: SchrVfS 176 (1932), I. Teil, S. 1/5 ff. für unternehmerische Monopole der öffentlichen Hand.

¹⁶ Hierauf haben besonders Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates VVdStL 12 (1954), S. 37/64, und Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), S. 155/203, und Eduard Goldstein, Monopole und Monopolsteuern, 1916, S. 2, hingewiesen.

¹⁷ Meyer-Cording a.a.O. S. 16 und öfter spricht in diesem Zusammenhang vom „historischen“, „traditionellen“ oder „klassischen“ Monopolbegriff.

Dieses formale Verständnis stellte eine Verkürzung des Monopolproblems dar, dessen Charakteristikum in der wirtschaftlichen Machtstellung und der dadurch ermöglichten Marktstrategie liegt. Die Akzentuierung dieser Erkenntnis führte in der modernen Monopoltheorie zu einer Ausweitung des Monopolbegriffs auf alle die Tatbestände, in denen ein Wirtschaftssubjekt kraft seiner marktbeherrschenden Stellung einen wesentlichen Einfluß auf das Marktgeschehen gewinnt¹⁸. Diese Betrachtungsweise hat auch in die reichsgerichtliche Praxis Eingang gefunden¹⁹. Die Situation, daß ein Wirtschaftssubjekt wesentlichen Einfluß auf einen Markt hat, neben diesem aber noch eine Anzahl kleinerer Wettbewerber ohne wesentliche Marktmacht besteht, wird als „Teilmonopol“ bezeichnet und als eigene Marktform begriffen²⁰. In diesem Fall kann die Erscheinung der „Preisführerschaft“ auftreten. Demgegenüber wird beim Oligopol die Marktbeherrschung durch mehrere etwa gleich einflußreiche Wirtschaftssubjekte ausgeübt²¹.

In wirtschaftswissenschaftlicher Absicht, um Marktmacht in Beziehung zu setzen zu einem als vorgegebener Zusammenhang vorgestellten wirtschaftlichen Vorgang, wird mit einem anderen Wortgebrauch ein „Teilmonopol“ angenommen, wenn das Monopol sich nicht auf die gesamte Produktion und Distribution eines Gutes bezieht — „Vollmonopol“ oder „Totalmonopol“ (*Bräuer*) —, sondern nur auf ein Stadium dieses Prozesses²². Diese Unterscheidung hängt davon ab, was man als das der Monopolisierung zugrundeliegende Substrat ansieht, was sich als Ganzes einem Teil gegenüberstellen läßt, so daß sich ein vollständiges oder ein teilweises Monopol ergibt. Dieser Begriff des Teilmonopols hat in der wirtschaftspolitischen Diskussion über die Monopolisierung des Tabaks eine Rolle gespielt²³. Bei diesem Anlaß hat *Bräuer* eine Systematik des Finanzmonopols auf der Grund-

¹⁸ Franz *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. 17 ff.; Paul *Guénault*/J. M. *Jackson*, The Control of Monopoly in the United Kingdom, 1960, p. 1; *Kruchen* a.a.O.; *Lehmann* a.a.O. S. 194; *Marbach* a.a.O., S. 25 ff.; ders., Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, 1950, S. 110 f.; *Meyer-Cording* a.a.O. S. 16 ff.; *Burkhardt Röper*, Probleme der Monopolkontrolle, *FinArch* n. F. 12 (1950/51), 316/319.

¹⁹ RGZ 115, 218 stellt darauf ab, daß ein bestimmter Kreis der Geschäftswelt auf die Inanspruchnahme des Monopolisten angewiesen ist.

²⁰ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 GWB RNr. 43 ff.; *Eucken* Grdl S. 103, 105 f.; *Meyer-Cording* a.a.O. S. 18.

²¹ *Bartholomeyczik* a.a.O. RNr. 58 ff.; *Eucken* Grdl S. 103; *Meyer-Cording* a.a.O. S. 45 ff.

²² So *Eheberg* *FinW* § 173; *Goldstein* a.a.O. S. 2.

²³ Ein Vollmonopol hätte Produktion und Distribution des Tabaks und aller seiner Erzeugnisse, ein Teilmonopol lediglich ein oder mehrere Produkte, z. B. das von der SPD vorgeschlagene Zigarettenmonopol, oder eine Phase der Distribution, z. B. das im Dawes-Plan empfohlene Großhandelsmonopol, umfaßt.

lage der Unterscheidung von Total- und Teilmonopol aufgestellt²⁴. Diese weitgehende begriffliche Aufgliederung ist eine notwendige Vorarbeit, um die Frage beantworten zu können, ob und in welcher Weise eine Teilmonopolisierung wirtschaftlich sinnvoll ist.

Der marktmachtbezogene Monopolbegriff stellt theoretisch eine angemessene Erfassung des Monopolatbestandes dar, führt aber zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung, ob eine Monopolstellung gegeben ist. Einfach zu handhabende und eindeutige Kriterien zur Ermittlung des „Monopolgrades“ stehen noch nicht zur Verfügung, so daß umfangreiche statistische Erhebungen zur Feststellung des Marktanteils und genaue Analysen des Marktverhaltens in Frage kommender Unternehmen notwendig werden²⁵, eine Aufgabe, die die Monopolkontrolle bei „marktbeherrschenden Unternehmen“ durch Kartellamt und Kartellsenate vor komplizierte Probleme stellt²⁶.

6.– Danach, ob der Staat bzw. sonstige öffentliche Körperschaften oder private Wirtschaftssubjekte Träger eines Monopols sind, lassen sich Staatsmonopole und Privatmonopole unterscheiden²⁷. Bei den Staatsmonopolen²⁸ können Trägerschaft des Monopols und Ausübung der monopolisierten Tätigkeit auseinanderfallen, wenn der öffentliche Monopolträger die Ausübung der monopolisierten Tätigkeit einem Dritten fallweise gestattet, wodurch ein Unterfall der Konzession entsteht.

Der Begriff des Staatsmonopols deckt sich nicht notwendig mit dem des öffentlich-rechtlichen Monopols, welcher Begriff eine Aussage über die Rechtsnatur, nicht über die Trägerschaft des Monopols enthält, weil einerseits öffentlich-rechtliche Monopole auch privaten Rechtsträgern (beliebigen Unternehmern) zustehen können — z. B. die Kehrbezirke der Bezirksschornsteinfegermeister —, andererseits privatrechtliche Monopole einer öffentlichen Körperschaft möglich sind — z. B. Patente.

²⁴ Karl Bräuer, Reichs-Tabakmonopol oder Tabak-Verbrauchssteuer? 1931, S. 3 ff. — Grundgedanke dessen ist, daß sich eine Monopolisierung in zweierlei Richtung erstrecken kann, nämlich auf die gesamte Tabakbranche oder auf einzelne Teilbranchen (Monopolisierung im vertikalen Sinn: Branchenmonopol) oder auf die verschiedenen Phasen des gesamten Erzeugungs- und Verteilungsprozesses des Monopolgutes (Monopolisierung im horizontalen Sinn: Phasenmonopol).

²⁵ Eugen Böhler, Nationalökonomie, 4. Aufl., 1960, S. 216; Eucken WPo 294 f.; Hans Haerry, Die Intensität des Wettbewerbs, 1954, S. 51 ff.

²⁶ Das Gesetz über die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 31. 12. 1960 (BGBl 1961 I S. 9) hat die Klärung der Marktstellung der Unternehmen und Unternehmensverbindungen zum Ziel. Zu diesem Gesetz: Harold Rasch, Marktbeherrschung und Konzentration, BetrBer 1961, 909—913.

²⁷ Maurice Block, Petit Dictionnaire Politique et Social, 1896, Art. „Monopole“; Goldstein a.a.O. S. 2. f.

²⁸ Ebenso bei rechtlichen Privatmonopolen, z. B. im Falle einer patentrechtlichen Lizenz.

Wiederum anderen Voraussetzungen folgt das Begriffspaar *gemeinwirtschaftlich - erwerbswirtschaftlich*, wobei *methodischer Ausgangspunkt* das wirtschaftliche Ziel der Ausschließlichkeitsfunktion ist.

7.- Nach dem Inhalt der durch die Ausschließlichkeitsstellung betroffenen Tätigkeit lassen sich beliebig viele Monopolarten bilden, wobei es sich entsprechend dem Hauptanwendungsbereich des Monopolbegriffs vorwiegend um wirtschaftliche Monopole handeln wird. In deren Rahmen können Handelsmonopole und Herstellungsmonopole unterschieden und weitere Untergliederungen vorgenommen werden, die jedoch als solche nur von klassifikatorischer Bedeutung sind.

Soweit Verwaltungsmonopole wirtschaftliche Monopole sind, unterliegen sie grundsätzlich den von der Wirtschaftstheorie erarbeiteten Gesetzmäßigkeiten. Welche Modifikationen diese bei der Anwendung auf Verwaltungsmonopole erfahren, kann zunächst offenbleiben, da es hier nur darauf ankommt, diejenigen Einsichten der Wirtschaftstheorie über das Monopol festzustellen, die für eine wirtschaftspolitische Stellungnahme zu den Verwaltungsmonopolen die Voraussetzung bilden. Unter diesem Blickwinkel ist im folgenden auf die Preistheorie und die Marktformenlehre eingegangen.

II. Das wirtschaftliche Monopol

8.- Soweit die Klassiker dem Monopolproblem ihr Interesse zugewandt haben, standen ihnen in erster Linie die vom absolutistischen Staat geschaffenen „Monopolien“ vor Augen, denen gegenüber sie Gewerbefreiheit forderten; die Zeit des „Monopolkapitalismus“ war noch nicht angebrochen. Die zeitgenössische Monopoltheorie beschäftigt sich vorwiegend mit den faktischen Monopolen der Privatwirtschaft, ohne daß aber deswegen die prinzipielle Anwendbarkeit ihrer Grundsätze auf Staatsmonopole entfielen.

In engem Zusammenhang mit der zunehmenden Einsicht in die Wirkungsweise des Monopols steht die staatliche Kartell- oder Antitrustgesetzgebung. Diese nimmt gegenüber den staatlichen Monopolen naturgemäß weitgehend eine andere Haltung ein als gegenüber den privaten Monopolen

Die folgende Darlegung über die Theorie des Monopols und über das Kartellrecht beschränkt sich zunächst auf Volkswirtschaftstheorie und positives Kartellrecht. Die Aspekte der Wirtschaftspolitik und die aus dem Verfassungsrecht sich ergebenden Folgerungen sind später in größerem Zusammenhang abgehandelt.

1. Das Monopol in der Wirtschaftstheorie

9.— Hans-Heinrich *Barnikel*, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1961, 246—256; Reinhard *Behlke*, Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland, 1961; Kurt *Biedenkopf*, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958; Eugen *Böhler*, Nationalökonomie, 4. Aufl., 1960; Franz *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; Kurt *Borchardt/Wolfgang Fikentscher*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957; Constantino *Bresciani-Turroni*, Einführung in die Wirtschaftspolitik, 1948 (italien. Originalausgabe: Introduzione alla Politica Economica, 1942); Carl *Brinkmann*, Wirtschaftstheorie, 2. Aufl., 1953; Edward Hastings *Chamberlin*, The Theory of Monopolistic Competition, 6th ed., 1948; Walter *Eucken*, Wettbewerb, Monopol und Unternehmer, 1953; Wolfgang *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958; John Kenneth *Galbraith*, Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte, 1956 (amerikan. Originalausgabe: American Capitalism—The Concept of Countervailing Power, 1952); Eberhard *Günther*, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1960; Hans *Haerry*, Die Intensität des Wettbewerbs, 1954; Frederick *Haussmann*, Der extreme Neoliberalismus, 1952; Eduard *Heimann*, Wirtschaftssysteme und Gesellschaftssysteme, 1954; Ernst *Heuss*, Das Problem der unvollkommenen Konkurrenz in der Wettbewerbswirtschaft, Ordo VII (1955), 103—121; Walter *Huppert*, Wirtschaftslenkung, 1955; Walter Adolf *Jöhr*, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Band I, 1943; ders., Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik, SchrVfS 20/II (1960), 1289—1332; Carl von *Katzler*, Unternehmertum und organisierte Marktwirtschaft, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, 1956, S. 301—320; Kurt *Klages*, Die Entwicklung des Begriffs der unvollkommenen Konkurrenz, Diss. Marburg 1957; Alfred *Klutmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerbsordnung, Ordo IV (1951), 365—372; Alfred *Kruse*, Geschichte der volkswirtschaftlichen Theorien, 4. Aufl., 1959; ders., Marktform und Verhaltensweise, ZgesStW 116 (1960), 354—367; Karl *Kühne*, Funktionsfähige Konkurrenz, 1958; Gerhard *Lehmann*, Marktformenlehre und Monopolpolitik, 1956; Oswald *Lehnic*, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956; Alexander *Mahr*, Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1959; Fritz *Marbach*, Monopolistische Organisationsformen, 1950; Leopold *Mayer*, Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, 1959; Ulrich *Meyer-Cording*, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, 1954; Leonard *Miksch*, Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., 1947; Ludwig *Mises*, Liberalismus, 1927; J. Heinz *Müller*, Zu Salins These von der Unentrinnbarkeit der Konzentration, ZgesStW 118 (1962), 278—295; Gertrud *Neuhauser*, Die wirtschaftspolitische Konzeption als Problem der theoretischen Wirtschaftspolitik, SchrVfS 18 (1960), 23—58; Fritz *Neumark*, Gedanken zur Allgemeinheit der Wirtschaftstheorie, in: Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates, 1961, S. 3—22; Alfred E. *Ott*, Marktform und Verhaltensweise, 1959; Fritz *Ottel*, Zweierlei Monopole, WuW 1952, 889—900; Hans *Peter*, Einführung in die politische Ökonomie, 1950; ders., Freiheit der Wirtschaft, 1953; Theodor *Pütz*, Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung, 1948; Hans *Ritschl*, Die Grundlagen der Wirtschaftsordnung, 1954; Joan *Robinson*, The Economics of Imperfect Competition, 1933; Burkhardt *Röper*, Probleme der Monopolkontrolle, FinArch n. F. 12 (1950/51), 316—332; Wilhelm *Röpke*, Die Lehre von der Wirtschaft, 6. Aufl., 1951; Erich *Schneider*, Reine Theorie monopolistischer Wirtschaftsformen, 1932; Joseph A. *Schumpeter*,

Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Einleitung von Edgar Salin, 2. Aufl. 1950 (amerikan. Originalausgabe: Capitalism, Socialism and Democracy, 1942); Robert Triffin, Monopolistic Competition and General Equilibrium Theory, 1947; Fritz Voigt, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Willibald Apelt, 1958, S. 73—111; Hans-Jürgen Vosgerau, Monopol und Werbung, ZgesStW 116 (1960), 203—220.

Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. von Helmut Arndt, SchrVfS 20 (1960).

10.— Die Theorie der Marktformen und des Preises nimmt den Begriff des *Marktes* zu ihrem Ausgangspunkt. Das hat seinen Grund darin, daß in einer Verkehrswirtschaft, die auf dem Austausch von Gütern und Leistungen beruht, der Markt, auf dem diese Tauschvorgänge stattfinden, eine herausgehobene Funktion besitzt. Der Markt wird personal durch die über ihn in Beziehung tretenden Wirtschaftssubjekte, die Marktteilnehmer, und funktional durch die auf ihm zusammentreffenden Tauschofferten, das Angebot und die Nachfrage, charakterisiert.

Eine erste Aussage über die Marktform läßt sich unter dem Blickwinkel machen, ob der Zugang zum Markt jedermann rechtlich offensteht oder nicht, mit anderen Worten, ob jedermann die Befugnis hat, Marktteilnehmer eines Marktes zu sein, auf einem Markt anzubieten oder nachzufragen. *Eucken* unterscheidet danach „offene“ und „geschlossene“ Märkte¹.

Im Fall des offenen Marktes bestehen keine rechtlichen Hindernisse, auf dem Markt als Teilnehmer aufzutreten, es besteht (rechtlich) „freie“ Konkurrenz². Im Fall des geschlossenen Marktes steht die Befugnis, anzubieten oder nachzufragen, nur einer begrenzten Gruppe oder nur einem einzigen Wirtschaftssubjekt zu. Ist rechtlich nur ein Wirtschaftssubjekt in der Lage, Marktteilnehmer zu sein, oder ist die rechtlich zugelassene Gruppe faktisch in der Lage, Marktmacht auszuüben, ist damit zugleich die Erscheinungsform des rechtlichen Monopols gegeben, bei der, im Gegensatz zum faktischen Monopol, der oder die Monopolisten nicht einmal einem potentiellen Wettbewerb ausgesetzt sind³, es sei denn, daß eine Konkurrenz durch Substitute möglich ist. Diese Marktform ist es, die in der Regel bei den auf wirtschaftende Tätigkeiten bezogenen (rechtlichen) Verwaltungsmonopolen entsteht.

11.— Der Marktbeffriff soll eine Aussage darüber ermöglichen, welche konkreten Angebote und Nachfragen einem bestimmten realen Markt angehören, seine Anwendung ist daher Voraussetzung für die Bestim-

¹ *Eucken* Grdl S. 91 f. — Der Grundgedanke hierfür stammt von Max Weber (vgl. Grundriß der Sozialökonomik, III. Abt.: Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Aufl., 1925, 1. Halbbd., S. 183 ff.: „offene“ und „geschlossene“ Wirtschaftsbeziehungen).

² *Peter* Einführung S. 123 f.

³ *Eucken* Grdl S. 108 und WPol S. 265.

mung der Marktform. Der Marktbe­griff wird durch die Homogenität der den Inhalt der Angebote und Nachfragen bildenden Güter und Leistungen determiniert und besitzt zeitliche und räumliche „Grenzen“⁴. Im Gegensatz zum Weltmarkt, zum Markt einer supranationalen Wirtschaftsgemeinschaft oder zum Markt einer Volkswirtschaft hat der durch die Einheitlichkeit des angebotenen und nachgefragten Gutes determinierte und als analytische Einheit der Wirtschaftstheorie⁵ fungierende Markt den Charakter eines „Elementarmarktes“. Im Bereich des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen wird vom „relevanten Markt“ gesprochen.

Nur wenige Märkte besitzen die Eindeutigkeit des Marktes im ursprünglichen Sinn, wie er früher im Marktregal gemeint war, nämlich die verschiedenen Börsen. Das Problem der Homogenität des Markt­gutes tritt deshalb in den Vordergrund der Bemühungen um den Markt­begriff⁶.

Ein unbrauchbares, weil der Marktrealität zu wenig Rechnung tra­gendes Kriterium ist physische Gleichartigkeit des Markt­gutes, es muß vielmehr auf die ökonomische Gleichartigkeit abgestellt werden, d. h. auf eine Gleichartigkeit in Beziehung zu den wirtschaftlich orientierten Bewertungen der Marktteilnehmer⁷. Das die Homogenität begründende Moment ist die funktionale Marktgleichwertigkeit infolge eines identi­schen Bedarfs, um dessen Deckung das betreffende Gut oder die be­treffende Leistung vom Standpunkt des Nachfragenden aus als geeignet erscheint⁸. Die mit Hilfe dieses Markt­begriffs feststellbaren verschie­denen Märkte stehen allerdings nicht sämtlich beziehungslos nebenein­ander. Denn insofern als die auf ihnen getauschten heterogenen Güter und Leistungen gegenseitig als Substitute in Betracht kommen, findet zwischen ihnen eine Substitutionskonkurrenz statt⁹. Diese ist nicht ohne Einfluß auf die Stärke der auf einem homogenen Markt bestehenden Monopolposition; denn je nach der Substitutionsmöglichkeit wächst die Möglichkeit des Ausweichens der Nachfrage, die „Nachfrageelastizität“, welche die Marktstrategie eines Monopolisten einschränkt¹⁰.

⁴ Vgl. *Barnikel*; *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 18 und 20; *Borchardt/Fikentscher* S. 51 ff.; *Günther*; *Röper* S. 320 f.

⁵ *Lehmann* S. 13.

⁶ Hierzu: *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 18 ff.; *Borchardt/Fikentscher* S. 54 ff.; *Meyer-Cording* S. 26 ff.

⁷ *Walter Hamm*, Kollektiveigentum, 1961, S. 123 f.; *Lehmann* S. 20. — Es führt also nicht jeder Qualitätsunterschied zu einer „neuen Ware“ im Sinne des Markt­begriffs und es ist ein „Meinungsmonopol“ (zu diesem Begriff: *Kühne* S. 155 ff.) einer Markenfirma, d. h. einer Firma mit „marktbeherrschender“ Marke, nicht auch ohne weiteres ein Monopol im Sinne der Markt­formentheorie (*Meyer-Cording* S. 27 ff. Abw. *Chamberlin* p. 8 sq).

⁸ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 22 und 28; *Barnikel*.

⁹ Hierzu des näheren: *Lehmann* S. 78 ff.

¹⁰ *Eucken* WPoL S. 228 f.; *Klages* S. 60; *Meyer-Cording* S. 40 ff.

12.— Die Theorie des Marktes und der Marktformen ist nicht nur von systematischem Wert und ermöglicht nicht nur die Feststellung von Marktmacht, sondern führt auch zur Einsicht in die *Steuerungsfunktion* des Marktes, genauer der Preisbildung auf dem Markt, für den Vollzug der Verkehrswirtschaft. Diese durch die Preistheorie verdeutlichte Eigenschaft des Marktpreises ist durch die neoliberale Wirtschaftstheorie der Freiburger Schule überhaupt zum Angelpunkt ihres Systems gemacht worden.

Bereits die Klassik unterschied den natürlichen und den Marktpreis der Waren¹¹. Der natürliche Preis — zusammengesetzt aus Grundrente, Arbeitslohn und Gewinn — ist nach *Smith* sozusagen der Zentralpreis, gegen den die Marktpreise aller Waren beständig gravitieren.

Der Marktpreis hat die Eigentümlichkeit, daß er einerseits Funktion von Angebot und Nachfrage ist, indem er als Wirkung einer unterschiedlichen Größe von Angebot und Nachfrage entsteht und bei steigender Nachfrage steigt, bei steigendem Angebot fällt, andererseits aber als „Gleichgewichtspreis“ ein Mißverhältnis von Angebot und Nachfrage zur Deckung bringt, „den Markt räumt“¹², und so rückwirkend die Größe von Angebot und Nachfrage beeinflusst. Der Marktpreis ist demnach ein den Marktteilnehmern vorgegebenes „Datum“, das diese zwingt, ihren Preis dem Markt zu entnehmen; denn ein vom Anbieter geforderter höherer Preis veranlaßt die Nachfragenden, ihren Bedarf bei einem zum Marktpreis Anbietenden zu decken, während ein angebotener niedrigerer Preis des Nachfragenden die Anbietenden veranlaßt, das Marktgut mit den zum Marktpreis Nachfragenden zu tauschen. Damit entfällt die Möglichkeit einer Preiskonkurrenz, und der dem Anbietenden verbleibende Weg, Umsatz und damit Gewinn zu steigern, ist die Leistungssteigerung. Der Marktpreis setzt somit für die Leistung nicht nur eine Minimalgrenze, sondern verursacht bei den auf Gewinn bedachten Anbietenden das Bestreben nach Qualitätsverbesserung. Schließlich eliminiert der Marktpreis diejenigen Marktteilnehmer, die mit höheren Kosten anbieten als der „Grenzbetrieb“, die also bei dem durch den Marktpreis gesetzten Leistungsminimum und Preismaximum ihre Kosten nicht decken können. Die Steuerungsfunktion des Marktpreises betrifft somit über die unmittelbare Beeinflussung der Menge und der Qualität der zum Markt gebrachten Güter und Leistungen mittelbar die Zahl der an der Produktion und Distribution beteiligten Unternehmen und deren Produktionsfaktoren, Rationalisierungsstandard und Leistungsfähigkeit, sowie die Quantität des zum Einsatz gelangenden Kapitals. Das bedeutet, da der Gleichgewichtspreis

¹¹ Adam *Smith*, *Der Reichtum der Nationen*, 1910, I 7; David *Ricardo*, *Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung*, 1959, IV.

¹² *Röpke* S. 183.

als Kriterium des Bedarfs, als „Knappheitsmesser“ (*Eucken*) — denn ein hoher Preis zeigt an, daß das Angebot im Verhältnis zur Nachfrage unzureichend ist — fungiert, daß über ihn eine wirtschaftlich sinnvolle Verwendung des Kapitals, wie überhaupt jeglichen ökonomischen Einsatzes, gesteuert wird, und schließlich die Volkswirtschaft eine optimale Versorgung bei minimalen Kosten zu leisten vermag¹³.

13.— Da die wirtschaftspolitischen Postulate der neoliberalen Freiburger Schule, insbesondere ihre sehr pointierte Einstellung gegenüber privaten und staatlichen Monopolen, die skizzierte Wirkungsweise des Gleichgewichtspreises zur theoretischen Grundlage haben, ist es notwendig, die im Verhalten zum realen Markt in gewisser Weise utopischen Voraussetzungen dieser Wirkung, nämlich den Modellmarkt, näher zu beschreiben.

Die den *Modellmarkt* erzeugende „hypothetische“ (*Jöhr*) Methode besteht darin, den Markt und seinen Mechanismus auf Funktionen zu reduzieren, die in entschiedener abstrakter Reinheit aus der Marktrealität herausgeläutert sind (Morphologie), so daß es möglich wird, die auf dem Markt erfolgenden und durch ihn bewirkten Vorgänge gleichsam als mechanische Abläufe an einem statischen Modell zu studieren (Katallaktik). Die so geschaffene, als abstrahierende Verallgemeinerung ausgegebene, eher jedoch eine Konstruktion darstellende ökonomische Wirklichkeit ermöglicht zwar eine unter einer einzigen Systemhypothese stehende geschlossene Systembildung, die eine Erklärung des Wirtschaftsprozesses erlaubt, ist aber durch eine erhebliche Vernachlässigung zahlreicher Faktoren der realen Wirklichkeit des Marktes erkauf¹⁴.

Das Marktmodell stellt insbesondere das Verhalten der Marktteilnehmer, die Marktform und die Wirkungsweise des Gleichgewichtspreises unter vereinfachende Voraussetzungen¹⁵.

Die Marktteilnehmer werden als *homines oeconomici* vorgestellt, die nur als Wirtschaftssubjekte, d. h. geleitet vom Streben nach Nutzenmaximierung (ökonomisches Prinzip), und in vollkommener Rationalität wirtschaftlich handeln und die eine ungetrübte und vollständige

¹³ Zum Ganzen: *Biedenkopf* S. 21 ff.; *Böhm* S. 1 f.; *Bresciani-Turroni* S. 50 ff.; *Brinkmann* § 35; *Eucken* Wettbewerb; ders. *WPol* S. 164 ff. und 246 ff.; *Jöhr* Grundlagen S. 71 ff.; *Lehmann* S. 11 ff.; *Mahr* S. 23 f.; *Mayer* S. 59 ff.; *Röpke* S. 92 ff.

¹⁴ Grundsätzlich zum Methodenproblem: *Neumark*. Zur Kritik der Modellmarkthypothese: *Brinkmann* § 36; *Galbraith* S. 27 ff.; *Haussmann*; *Huppert* S. 33 ff.; *Jöhr* Grundlagen; *v. Katzler* S. 303 ff.; *Kruse* Geschichte, S. 226 f.; *Lehmann* (ausgehend von Schumpeter); *Neuhauser* S. 26 ff. und 45 ff.; *Peter* Einführung S. 213 ff.; ders. *Freiheit*; *Pütz* S. 57 ff.; *Ritschl* S. 105 f. (ausgehend von einem sozialistischen Standpunkt); *Schumpeter* S. 132 f.; *Stocker*, Die Monopolpolitik des Neoliberalismus, 1957, S. 66 ff.

¹⁵ *Jöhr* Grundlagen S. 46 und 118 ff.; *Pütz* S. 58 f.

Kenntnis des Marktgeschehens besitzen (Markttransparenz)¹⁶. Dementsprechend sind die Gesetze des Güteraustausches aus einer Addition individueller Bedürfnisse, deren maximale Befriedigung als Endzweck des Wirtschaftsprozesses angesehen wird, abgeleitet und wird vorausgesetzt, daß die Gesellschaft, deren Bedarfsdeckung die betrachtete Volkswirtschaft dient, ein aus der Summe der individuellen Zielsetzungen ihrer Mitglieder bestehendes Telos hat¹⁷, Hinsichtlich der Marktform wird von einer atomaren Marktgestalt, d. h. vom Fehlen jeglicher zur Marktstrategie befähigenden Marktmacht, ausgegangen¹⁸. Endlich wird für die Wirkungsweise des Gleichgewichtspreises eine reibungslose und zeitlich verzögerungslose Reaktionsfähigkeit der Markt-, insbesondere der Produktionsfaktoren unterstellt.

Der Grundzug der ordoliberalen Wirtschaftspolitik ist das Bestreben, auf dem realen Markt soweit als möglich diejenigen Bedingungen zu schaffen, die nach dem Modellmarkt Voraussetzung für die Steuerungsfunktion des Gleichgewichtspreises sind, wozu in erster Linie die Schaffung und Erhaltung einer konkurrenzbestimmten Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung gehören. Die Kritiker der Ordoliberalen haben deren Wirtschaftstheorie den allgemeinen Charakter abgesprochen und sie als Ausarbeitung eines speziellen Falles bezeichnet, dessen Prämissen weder real, noch hinreichend realisierbar seien, so daß daraus keine allgemein anwendbaren Annahmen deduziert werden könnten (*Keynes*); das Konkurrenzmodell sei nur als Grenzbegriff verwendbar¹⁹

¹⁶ Die Annahme, daß menschliches Handeln prinzipiell und wesensmäßig vernünftig sei, macht die ideologische Abhängigkeit der Neoklassik von der Aufklärung deutlich. Diese schon in der Romantik erschütterte Hypothese kann spätestens seit der Tiefenpsychologie Freuds und C. G. Jungs und der Theorie Paretos von den nicht-logischen Handlungen nicht mehr als sachgemäß betrachtet werden. Darüber hinaus müßte die spätkapitalistische Ersetzung des Unternehmers durch den Manager (Burnham) berücksichtigt werden (*Neumark* S. 13 f.). Diese wirtschaftssoziologische Einsicht wird ergänzt durch die der Lebenserfahrung angehörende Tatsache, daß wirtschaftliche Maßnahmen in einem nicht unerheblichen Maße bewußt aus nicht am ökonomischen Prinzip ausgerichteten „wirtschaftsfremden“ Motiven bewirkt werden. Auch sind falsche Einschätzung wirtschaftlicher Daten und nur unvollkommene Umsetzung der Konsumbedürfnisse in die Nachfrage (vgl. *Hamm* a.a.O. S. 11 f.; *Schumpeter* S. 409) nicht so ungewöhnlich, daß sie vernachlässigt werden könnten. Der homo oeconomicus ist keine induktive Verallgemeinerung, sondern ein Ideal (vgl. *Brinkmann* § 4; v. *Katzler* S. 309).

¹⁷ Hierzu *Pütz* S. 72.

¹⁸ Hierzu *Peter* Einführung S. 132. — In diesem theoretischen Axiom des Modellmarktes zeigt sich wiederum die Denkweise der Aufklärung, welche das Bild der Maschine zur Deutung physischer und sozialer Erscheinungen bevorzugte. Die realen Märkte werden überwiegend von Konstellationen der unvollkommenen Konkurrenz beherrscht, die zu spezifischen preistheoretischen Ergebnissen führen (vgl. *Heuss*). Dementsprechend beansprucht das Oligopol größeres Interesse als die Grenzformen der vollständigen Konkurrenz und des Monopols.

¹⁹ *Brinkmann* § 36.

und habe dementsprechend beschränkten Erkenntniswert²⁰. Demgegenüber können die Ordoliberalen die Rechtfertigung ihrer Methode zumindest darin sehen, daß die Gesetzmäßigkeiten des Modells in der realen Wirtschaft wenigstens als „Tendenzen“ sich bemerkbar machen müßten²¹.

Die Kritik des ordoliberalen Systems erschöpft sich nicht in Einwänden gegen die Methode; vielmehr erwiesen sich auch wesentliche Einzelfragen als wirksame Angriffsflächen.

Gegenüber dem den Zeitfaktor sehr vernachlässigenden statischen Modell entwickelte *Schumpeter* eine „dynamische“ Betrachtungsweise. Die Exzeptionalität der im Marktmodell vorausgesetzten Annahme des atomistischen Marktgefüges trat besonders deutlich in der Theorie der „monopolistischen Konkurrenz“ zu Tage, die vor allem mit dem Namen *Edward H. Chamberlin* (*The Theory of Monopolistic Competition*, 1933, 7th ed. 1956), *Joan Robinson* (*The Economics of Imperfect Competition*, 1933) und *Robert Triffin* (*Monopolistic Competition and General Equilibrium Theory*, 1947) verbunden ist²². Der in dieser Theorie hervortretende methodische Ansatzpunkt ist das Bemühen um eine empirische Erfassung des realen Wettbewerbs, der zu der These führt, daß die vollkommene Konkurrenz ein extremer Ausnahmefall ist und deshalb nicht zur Grundlage eines preistheoretischen Systems gemacht werden könne. Schon *Marshall* hatte die unvollständige Konkurrenz als typische Erscheinungsform des realen Marktes erkannt und *Chamberlin* spitzte das Wesen der Konkurrenz auf der Grundlage eines allerdings anfechtbaren Marktbegriffes²³ dahingehend zu, daß es im Wettbewerb zwischen Monopolen bestünde: Da jeder Produzent für sein Gut Monopolist ist, er andererseits aber dem Wettbewerb mehr oder weniger vollkommener Substitute unterliegt, ist er ein im Wettbewerb stehender Monopolist

²⁰ *Stocker* a.a.O. S. 66 ff.

²¹ *Jöhr* Grundlagen S. 79. — Hier mündet die Problematik in die erst später zu behandelnde Theorie der Wirtschaftsordnungen und Wirtschaftsformen. Vom wissenssoziologischen Standpunkt aus wird erkennbar, daß Klassik und Neoklassik das Lehrsystem der europäischen hochkapitalistischen Wirtschaftsform in ihren verschiedenen Stadien sind. Dessen Anwendbarkeit auf die strukturell abweichenden Wirtschaftsordnungen der Gegenwart in und außerhalb Europas ist daher auch insofern beeinträchtigt (vgl. *Neumark* S. 11 ff.).

²² Im Grundsätzlichen zustimmend: *Böhler* S. 209; *Brinkmann* § 42; *Galbraith* S. 27 ff.; *Jöhr* Grundlagen S. 169; *Kruse* Geschichte S. 249 ff.; *Lehmann* S. 37 ff.; *Pütz* S. 226; *Vosgerau* S. 203.

²³ Jegliche Produktdifferenzierung bedeute auch einen anderen Markt (*Chamberlin* pp 8 sq.). — Legt man nicht Chamberlins, sondern den oben beschriebenen Markt begriff zugrunde, hat der Wettbewerb zwei Erscheinungsweisen: als marktinterner homogener und als marktexterner heterogener (Substitutions-) Wettbewerb. Die neoklassische Lehre geht vom homogenen Wettbewerb aus und korrigiert die so gefundenen Ergebnisse mit Hilfe von Elementen des als Irregularität empfundenen heterogenen Wettbewerbs. Es ist zweifelhaft, ob dieser methodische Ansatz für alle Bedürfnisse einheitlich so brauchbar ist, oder ob nicht vielmehr die Substitutionskonkurrenz bei nicht lebenswichtigen Gütern den Anteil der marktinternen Konkurrenz übersteigt.

(„competing monopolist“) und ist die reale Gestalt des Wettbewerbs die monopolistische Konkurrenz („monopolistic competition“). Abgesehen von allem anderen wird durch diese Theorie vor allem die Bedeutung des Preises als eines marktwirtschaftlichen Steuerungselements in Frage gestellt²⁴.

An der Entthronung des Gleichgewichtspreises waren neben der Lehre von der monopolistischen Konkurrenz Untersuchungen über den Einfluß von Werbemethoden und sonstiger marktexterner Präferenzen — „good will“, Bequemlichkeit, Dienstleistungskonkurrenz, „snob appeal“ (hoher Preis als Werbemittel) u. a. — beteiligt²⁵. Die Feststellungen Vance Packards und Ernest Dichters über Art und Ausmaß der Werbung („The Hidden Persuaders“; „The Strategy of Desire“) und über die Produktionspraktiken und Konsumgewohnheiten („The Waste Makers“) in der von Überproduktions- und Unterkonsumtionskrisen bedrohten „Überflußgesellschaft“ (*Galbraith's* „affluent society“) müssen gegenüber der Vorstellung einer Steuerungsfunktion des Gleichgewichtspreises als eines durchgängigen Operators sehr nachdenklich stimmen. Denn dadurch wird in Frage gestellt, daß der nachfragende Konsument stets ein objektiv bestehendes Bedürfnis decken will, und die Behauptung wahrscheinlich gemacht, daß Bedürfnisse „geweckt“, d. h. durch die Anbietenden manipuliert, werden können und vielfach werden.

Diese Auseinandersetzung zeigt, daß die neoliberale Modelltheorie, die darauf gestützten theoretischen Aussagen und die davon abgeleiteten wirtschaftspolitischen Postulate jedenfalls nicht in der in Anspruch genommenen Allgemeinheit Gültigkeit besitzen, weil die modelltheoretische Katallaktik „bei der Annäherung an die Wirklichkeit ihren exakten Charakter verliert“²⁶. Daraus folgt für den begrenzten Zweck dieser Untersuchung, daß man daran zweifeln kann, ob das Monopol in der neoliberalen, insbesondere der ordoliberalen Schule „mit der gebotenen Nüchternheit gewürdigt worden ist“²⁷.

14.— Die Theorie der *Marktformen*²⁸, die auf einer Analyse der „interdependenten Beziehungen“ zwischen den Marktteilnehmern²⁹ aufbaut,

²⁴ Schumpeter S. 139; Kühne S. 96; Pütz S. 226.

²⁵ Vgl. Behlke S. 80 ff.; Brinkmann § 42; Kühne S. 103 ff. — Klutmann hat die Bedeutung der Wirtschaftswerbung untersucht und darauf hingewiesen, daß in einzelnen Wirtschaftszweigen, z. B. bei Zigaretten, die Vertriebskosten den Fabrikationsaufwand erreichen und selbst übersteigen. Der von ihm als rechtfertigend genannte Gesichtspunkt, daß dadurch eine „halbwegs hinreichende Markttransparenz“ bewirkt werde, ist optimistisch und für einen Großteil der Werbemittel nicht verifizierbar. Der Gesamt-Werbeaufwand betrug in der Bundesrepublik im Jahre 1960 DM 2195 Mill.

²⁶ Jöhr Grundlagen S. 186.

²⁷ Lehmann S. 9.

²⁸ Hierzu: Haerry S. 22 ff.; Mahr S. 113 ff.; Ott; Peter Einführung S. 113 ff.

²⁹ Kruse Marktform S. 354.

schaft die begrifflichen Voraussetzungen für die Preistheorie und für eine Morphologie der Wirtschaftsordnungen.

Das Kriterium für die Systematik kann nicht mathematisch-formal allein in der Zahl der auf einer Marktseite auftretenden Wirtschaftssubjekte gesehen werden, sondern muß aus einer Feststellung der realen Marktmachtpositionen entnommen werden, so daß es darauf ankommt, ob und inwieweit ein Anbieter oder ein Nachfragender Einfluß auf den Preis für ein Produkt oder eine Leistung hat³⁰. Das so entstehende prinzipielle Marktformenschema — Konkurrenz, Oligopol, Monopol — ist ein Schema nicht der realen Marktconstellationen, sondern abstrakter „Denkformen“³¹. Sofern das berücksichtigt wird und die begrifflichen Merkmale der Marktmacht empirisch und nicht deduktiv bestimmt werden, vermag das Marktformenschema brauchbare Aussagen zu liefern.

Ein grobes, doch vielfach ausreichendes Kriterium für Marktmacht ist der Marktanteil, der aus der Anzahl und Größe der auf einer Marktseite stehenden Marktteilnehmer ermittelt werden kann³². Ein verfeinertes Kriterium ist die „Marktstellung“ (vgl. § 22 Abs. 3 Satz 2 GWB), das weitere objektive Momente einbezieht³³. Ein subtiler Maßstab ist das Marktverhalten, das sich in den Wirtschaftsplänen der Marktteilnehmer niederschlägt³⁴. Das Vorhandensein einer Marktstrategie, die den Preis nicht dem Markt entnimmt, sondern als Mittel einsetzt, und die das Verhalten eventueller „Konkurrenten“ vernachlässigen kann, gibt ein Indiz für Marktmacht³⁵.

Reiner Wettbewerb und reines Monopol sind die idealen Grenzfälle des Marktformenschemas³⁶. Die Marktform der reinen oder vollkommenen Konkurrenz³⁷ wird charakterisiert durch den atomistischen Markt, d. h. durch eine unbestimmt große Zahl von Marktteilnehmern, die auf den Marktmechanismus je als einzelne keinen spürbaren Einfluß haben und sich auch dementsprechend verhalten und die untereinander keine kartellartigen Bindungen³⁸ eingegangen sind, bei Abwesenheit markt-

³⁰ *Eucken* Grdl S. 90; *Peter* Einführung S. 123.

³¹ *Böhler* S. 209.

³² *Kruse* Marktform S. 354. — Ein interessantes Beispiel für den heuristischen Wert des Marktanteils („extent of monopoly“) ist der „Cellophane Case“ (US v. E. J. du Pont de Nemours & Co 351 U.S. 377/1956).

³³ *Borchardt/Fikentscher* S. 63 ff.

³⁴ *Eucken* Grdl S. 101 und 104; *Hamm* a.a.O. S. 123 f.

³⁵ Diese Kriterien konkurrieren nicht, sondern ergänzen sich.

³⁶ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNr. 32; *Eucken* Grdl S. 100; *Klages*.

³⁷ Zum Wettbewerbsbegriff: *Borchardt/Fikentscher* S. 1 ff.; *Haerry*; *Lehmann* S. 18 ff.; *Meyer-Cording* S. 21 ff.; *Miksch* S. 37 ff.

³⁸ Über den Einfluß von Kartellen auf den Wettbewerb: *Borchardt/Fikentscher* S. 23 ff.

externer Einwirkungen³⁹. Da dieser Begriff wegen seiner formalen Abstraktheit allein kein brauchbares Instrument für die Beurteilung realer Marktverhältnisse darstellt, wird in der Theorie lediglich die tolerantere Begriffsfassung der „workable competition“ zugrundegelegt, wonach jede Marktgestalt, bei der die einzelnen Marktteilnehmer zwar Marktpolitik betreiben und sich gegenseitig sowie die Marktgegenseite zu beeinflussen suchen, aber über keinen erheblichen Einfluß auf den Marktpreis verfügen, der Marktform der Konkurrenz zugeordnet wird⁴⁰. Der Leistungswettbewerb im Rahmen wirksamer Konkurrenz zeichnet sich durch die stets bestehende Möglichkeit aus, etwaige leistungsbedingte Vorsprünge einzelner Konkurrenten wieder einzuholen⁴¹.

Das Monopol⁴² als der Gegenbegriff des Wettbewerbs ist wesensmäßig die Fähigkeit nicht nur zur Marktbeeinflussung, sondern zur Marktbeherrschung⁴³, so daß diese Marktform sich durch das Fehlen wirksamer Konkurrenz auszeichnet⁴⁴.

15.— Die Marktform des *Monopols* führt nach der Theorie der Klassik und Neoklassik zu einem gegenüber dem Gleichgewichtspreis der Marktform der Konkurrenz höheren Marktpreis⁴⁵ und stört damit den Steuerungsmechanismus des Marktes.

Augustin *Cournot* untersuchte als erster die Monopolpreisbildung mit mathematischer Exaktheit (*Recherches sur les principes mathématiques de la théorie de la richesse*, 1838). Das Maximum des Produkts aus Absatzmenge und Stückgewinn wird im Monopolfall bei einem Koordinatenpunkt erreicht, der im Gegensatz zum Koordinatenpunkt des Wettbewerbspreises bei einem höheren Preis und bei einer geringeren Angebotsmenge liegt („*Cournotscher Punkt*“). Der sich nach dem ökonomischen Prinzip verhaltende Monopolist findet sein Maximum an Gewinn bei niedrigerem Umsatz und höherem Preis als der sich ebenso

³⁹ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNr. 33; *Böhm* S. 18 f.; *Jöhr* Grundlagen S. 46; *Peter* Einführung S. 123 f.

⁴⁰ *Borhardt/Fikentscher* S. 14 ff. und 23; *Fikentscher* S. 33 ff.; *Kühne* S. 235 ff. *Meyer-Cording* S. 22 f.

⁴¹ *Marbach*, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, 1950, S. 112.

⁴² Zu dieser Marktform: *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNr. 15 ff.; *Böhm* S. 11 ff.; *Eucken* Grdl S. 97 ff.; *Marbach* S. 24 ff.; *Meyer-Cording* S. 13 ff. und 21 ff.

⁴³ *Chamberlin* p. 7; *Eduard Heimann*, Soziale Theorie des Kapitalismus, 1929, S. 38 ff. („Herrschaftscharakter“ des Monopols); *Marbach* S. 25 ff.

⁴⁴ *Meyer-Cording* S. 35 ff.; *Schumpeter* S. 162.

⁴⁵ So bereits *Adam Smith* a.a.O. I 7. — Zur Preistheorie des Monopols: *Böhler* S. 208 ff.; *Bresciani-Turroni* S. 181 f.; *Jöhr* Grundlagen S. 154 ff.; *Mahr* S. 127 ff.; *Miksch* S. 82 ff.; *Triffin*; *Vosgerau*. — Insb. für das statische Modell: *Röpke* S. 196 ff.; *Schneider*.

verhaltende unter Konkurrenz anbietende Marktteilnehmer⁴⁶. Das strategische Verhalten des Monopolisten kann allerdings durch Substitutionskonkurrenz beschränkt werden⁴⁷, so daß die Marktmacht des Monopolisten um so kleiner ist, je größer die Elastizität der Nachfrage ist. Daraus folgt aber umgekehrt, daß die erheblichste Überschreitung der Konkurrenzpreise durch den Monopolpreis gerade dort potentiell gegeben ist, wo dem Monopolisten eine auf lebenswichtige und nicht austauschbare Leistungen gerichtete Nachfrage gegenübersteht⁴⁸.

Auf Grund dieser Einsichten des klassischen Theorems sieht die neoliberale Schule im Monopol den entscheidenden Störungsfaktor für den Marktmechanismus, weil es danach Preissteigerungen und nicht am Bedarf orientierte Unter- oder Überproduktionen verursacht. Das Steuerungssystem des Marktpreises für Kapital und Produktion versage, weil der Monopolpreis kein funktionierender Knappheitsmesser sein könne. Außerdem könne der Monopolist durch unlautere Wettbewerbspraktiken, wie Boykott und Dumping, den Leistungswettbewerb verfälschen⁴⁹.

Diese Beurteilung des Monopols als einer wesensmäßig friktionsverursachenden Störungsquelle der Marktwirtschaft ist mit Hilfe des Modellmarktes begründet und unterliegt daher den Bedenken, die gegen diesen methodischen Ansatz erhoben werden können⁵⁰. Inwieweit die abstrakt und generell gezogenen Folgerungen auf ein konkretes Monopol zutreffen, muß nach den je besonderen Umständen des realen Marktes überprüft werden.

16.— Das Problem der „volkswirtschaftlichen Schädlichkeit der Monopole“ (*Röpke*) ist mit den Argumenten für und wider die aus dem Modellmarkt gezogenen Hypothesen nicht erschöpft.

Die seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den von den liberalen Grundsätzen des Laissez-faire, des Privateigentums und der Ver-

⁴⁶ So bereits John Stuart Mill, Grundsätze der politischen Ökonomie, deutsch von Adolph Soetbeer, 1852, V/X § 4. — Im übrigen vgl. *Brinkmann* § 37; *Röpke* S. 196; *Voigt* S. 88. — Daraus, daß auf Grund der monopolistischen Marktmacht ein höherer Gewinn erzielt werden kann, als es bei freier Konkurrenz möglich wäre, kann ein weiteres Kriterium für die Bestimmung der Marktform des Monopols gewonnen werden (*Marbach* Organisationsformen S. 25 ff.; ders. Staatsintervention a.a.O. S. 110 f.).

⁴⁷ *Borchardt/Fikentscher* S. 7; *Marbach* Staatsintervention a.a.O. S. 83. — Auf die Einschränkungen, die sich aus der Einbeziehung der Substitutionskonkurrenz in die wirtschaftspolitische Stellungnahme gegenüber Monopolen ergeben, hat insb. die bayer. Industrie in ihrer Streitschrift gegen den Entwurf des GWB hingewiesen (*Die Ordnung des Wettbewerbs*, 1954, S. 7 f.).

⁴⁸ Jürgen Brandt, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 1929, S. 55.

⁴⁹ Zum Ganzen: *Eucken* WPol 30 ff. und 162 f.; ders. Wettbewerb S. 14; *Röper* S. 323 ff.; *Röpke* S. 204 f.

⁵⁰ Speziell für den Monopolfall vgl. insb. *Schumpeter* S. 165 ff.; *Bresciani-Turroni* S. 175; *Ottel*.

tragsfreiheit beherrschten kapitalistischen Wirtschaftsordnungen zu beobachtende Konzentrationstendenz hat zu der Bezeichnung dieser Wirtschaftsepoche als dem Zeitalter des „Monopolkapitalismus“ geführt. Es besteht Grund zu der Annahme, daß die Behauptung zutrifft, daß die kapitalistische Wirtschaftsweise wegen der Unterschiedlichkeit der unternehmerischen Kapazität und Fähigkeit und wegen ihrer allgemeinen Produktions- und Wettbewerbsverhältnisse zwangsläufig eine Konzentrationsbewegung verursachen muß⁵¹. Die neoliberale Ordoschule stellt demgegenüber zwar nicht in Abrede, daß der „Hang zur Monopolbildung“ eine Erfahrungstatsache ist⁵², bestreitet aber einen notwendigen Zusammenhang zwischen der zumindest tendenziell von Technik, Automation und Rationalisierung beherrschten kapitalistischen Wirtschaftsordnung und der Monopolbildung. *Eucken* vertritt die These, daß die industrielle Technik, hauptsächlich durch die globale Kommunikation und die verschärfte Substitutionskonkurrenz, eher den freien Wettbewerb gefördert habe⁵³. *Röpke* dagegen leugnet die Erscheinung des Monopolkapitalismus überhaupt und sieht monopolbegünstigende staatliche Maßnahmen als den Grund der Entstehung von Monopolen an⁵⁴.

Die Divergenz in der Deutung der Monopolbildung kehrt wieder in der Wertung der Monopole. Während der Liberalismus der Klassik eine weniger prinzipielle Einstellung zu privaten Monopolen hatte und die Hauptgefahr in staatlichen Monopolen erblickte⁵⁵, besitzt die Ablehnung der Monopole durch den Neoliberalismus der Freiburger Schule wegen des Markttheorems dogmatischen Charakter. Besonders die Behauptung der neoliberalen Monopoltheorie, daß die Monopole wesensmäßig einen hemmenden Einfluß auf die Produktionsverhältnisse und auf den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt hätten, ist lebhaft bekämpft worden. Repräsentativ dafür ist *Schumpeters* Kapitel über „Monopolistische Praktiken“⁵⁶. *Schumpeter* und *Galbraith* sehen in den Großunternehmen gerade ein notwendiges Mittel für und den „kräftigsten Motor“ des wirtschaftlichen Fortschritts, da nur diese zu den im-

⁵¹ *Lehmann* S. 107; *Lehlich* S. 7 und 14; *Ulrich Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1/23 ff.; *Voigt* S. 87 ff.

⁵² *Eucken* WPol S. 31.

⁵³ *Eucken* WPol S. 225 ff.

⁵⁴ *Röpke* S. 202 f. — Zum gegenwärtigen Stand der Konzentrationsbewegung grundlegend jetzt der Sammelband „Die Konzentration in der Wirtschaft“; zu diesem: *Müller Salins* These.

⁵⁵ Vgl. *J. St. Mill* a.a.O. V/X; *Mises* S. 80 ff.

⁵⁶ *Schumpeter* S. 143 ff. Darauf aufbauend *Lehmann* 137 ff.; ähnlich *Heimann* S. 21 f.; kritisch aber *Salin* in der Einleitung zu *Schumpeters* Werk. — *Schumpeter* S. 164 f.: „Namentlich für den typischen liberalen Bourgeois wurde das Monopol zum Urheber beinahe aller Mißstände, ja es wurde zu einem beliebten Kinderschreck. Adam Smith, der in erster Linie an Monopole des Tudor- und Stuart-Typs dachte, betrachtete sie in furchtbarer Würde mit finsternen Blicken.“

mensen Aufwendungen in der Lage sind, welche technische Verbesserungen erfordern⁵⁷. Für diese Autoren ist der vollkommene Wettbewerb, der strukturell eine von marktbeherrschenden Großunternehmen freie Wirtschaft voraussetzt, ein Hindernis der technischen Entwicklung, sofern er überhaupt verwirklicht werden könnte. Sie beurteilen demgemäß die monopolbedingten Wettbewerbsbeschränkungen nicht als prinzipiell schädlich.

Lehnich versucht nachzuweisen, daß die Produktivität der Arbeit und der Lebensstandard der Bevölkerung in den Volkswirtschaften am höchsten sind, die das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit gegen die Wettbewerbsbeschränkungen am nachdrücklichsten durchgesetzt haben⁵⁸. *Galbraith* hat dementgegengesetzt daraus, daß die USA trotz der wettbewerbsbeschränkenden Marktmacht zahlreicher Großunternehmen einen außerordentlichen wirtschaftlichen und technischen Aufschwung erlebt haben, gefolgert, daß nicht der Wettbewerb, d. h. die gegenseitige Neutralisierung der Wirtschaftssubjekte der gleichen Marktseite, die zentrale regulierende Funktion ist, sondern daß die Marktgegenseite die Marktmacht der Anbieter in Schranken hält („countervailing power“)^{59, 60}.

Ein letztes wesentliches Argument in der Monopoldebatte ist nicht wirtschaftlicher Art, sondern gehört zur Problematik nicht-staatlicher Herrschaftsbildung in der Gesellschaft⁶¹ und des darin einbegriffenen Teilaspekts des Einflusses der Wirtschaft auf den Staatsapparat. Privatwirtschaftliche Machtorganisation kann vor allem im Gesetzgebungsverfahren eine einseitige Berücksichtigung ihrer Interessen anstreben⁶². Wäre diese These prinzipiell gemeint, würde sie eine gewisse Bestätigung des marxistischen Lehrstückes von der Staatsorganisation als dem Überbau über die Produktionsverhältnisse darstellen, woran aber offenbar nicht gedacht ist. Soweit aber damit die Erscheinung des Lobbyismus angesprochen wird, beschränkt sich die Reichweite des Ge-

⁵⁷ *Schumpeter* S. 174 f.; *Galbraith* S. 101 ff.; ähnlich: *Brinkmann* § 45; *Jöhr* Konzentration S. 1309; *Marbach* S. 4. *Kühne* S. 202 ff. bestreitet demgegenüber, daß es den Monopolen eher möglich sei, durch stärkere Auslösung des technischen Fortschritts die langfristige Kostenkurve zu senken. *Heimann* Soziale Theorie a.a.O. S. 50 f. lenkt zutreffend die Aufmerksamkeit darauf, daß die durch Rationalisierung und Zusammenfassung entstehenden Vorteile primär eine Funktion des Großunternehmens als solchen sind, nicht aber seiner eventuellen Monopolstellung.

⁵⁸ Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956.

⁵⁹ Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte, 1956, insb. S. 124 ff.

⁶⁰ Über die besondere Problemlage bei Kartellen: *Huber* WVerwR I § 28 II 3 g; *Lehnich* S. 9 und 37 f.; *Marbach* S. 6 ff.; *Mayer*.

⁶¹ Hierzu R. M. *McIver*, Macht und Autorität, 1953 (amerikan. Originalausgabe: *The Web of Government*, 1947), S. 177 f.: „Jedes Machtmonopol zerstört die von der Demokratie geforderte Einheit aller Gruppen in der Gleichberechtigung.“

⁶² Vgl. *Eucken* WPol S. 220; *Lehnich* S. 213 ff.

sichtspunktes nicht auf die monopolistischen Großunternehmen, sondern gilt er ebenso für die Verbände anderer wirtschaftlicher Einheiten und die organisierten Interessen überhaupt. In jedem Fall handelt es sich um einen Gedanken, der für die Bewertung öffentlicher Monopole nicht herangezogen werden kann.

Die Auseinandersetzung über die volkswirtschaftliche Nützlichkeit oder Schädlichkeit der Monopole zeigt weithin die Verallgemeinerung von Annahmen, die auf einzelne Monopole zutreffen können, auf die Erscheinung des Monopols schlechthin. Demgegenüber muß für die Beurteilung der Monopole dieselbe differenzierende Methode eingeschlagen werden, die oben für ihre theoretische Behandlung gefordert wurde. Das bedeutet, daß generell über die Schädlichkeit oder Nützlichkeit des Monopols keine Aussage gemacht werden kann⁶³. Der Beurteilung sind der konkrete Charakter des zu untersuchenden Monopols, die Verhältnisse des realen Marktes, die Wirtschaftsordnung der Volkswirtschaft und ihr Entwicklungsstand zugrunde zu legen.

Daraus folgt für den begrenzten Zweck dieser Arbeit, daß die besonders seitens der Freiburger Schule vorgenommene Gleichsetzung des privaten und des staatlichen Monopols zumindest eine unzulässige Verallgemeinerung ist. Nach einer Darstellung und Analyse des Verwaltungsmonopols in seinen einzelnen Erscheinungsformen wird es möglich sein, festzustellen, ob und inwieweit die Argumente für und wider das privatwirtschaftliche Monopol auf Verwaltungsmonopole, die wirtschaftende Tätigkeiten zum Gegenstand haben, übertragen werden können.

2. Das Monopol im Kartell- (Antitrust-)recht

17.- Kurt *Ballerstedt*, Vertragsfreiheit und Konzentration, *SchrVfS* 20/II (1960), 839—870; Burton N. *Behling*, Competition and Monopoly in Public Utility Industries, *Univ. of Illinois Bulletin* vol XXXV (1938) No. 100 = *Illinois Studies in Social Sciences* vol. XXIII Nos. 1—2; Walter *Benisch*, Die Konzentrations- und Kartellpolitik in der Montanunion, *WuW* 1955, 115—117; ders., Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, *WuW* 1961, 764—777; Erich *Berkenfeld*, Das älteste Patentgesetz der Welt, *GRUR* 51 (1949), 139—142; Kurt *Biedenkopf*, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958; ders./Rudolf *Callmann/A. Deringer*, Aktuelle Grundsatzenfragen des Kartellrechts, 1957; Franz *Böhm*, Das Reichsgericht und die Kartelle, *Ordo* I (1948), 197—213; ders., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950; Horst *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; Fritz *Engelmann*, Der Kampf gegen die Monopole in den USA, 1951; Gert von *Eynern*, Die wirtschaftliche Macht, 1952; Wolfgang *Fikentscher*, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft, 1945—1954, *WuW* 1955, 205—229; ders., Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, *WuW* 1961, 788—801; Gerhard *Frentzel*, Die gewerbliche Betätigung der

⁶³ Ähnlich: *Schumpeter* S. 150; *Marbach* S. 3 f.; J. *Tinbergen*, *Economic Policy: Principles and Design*, 1956, pp 166 sq.

öffentlichen Hand, 1958; ders., *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, 1961; Jürgen *Gaedke*, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, 1954, Nachtrag 1955; Otto-Friedrich *Frhr. v. Gamm*, *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, 1961; Alfred *Gleiss*, *Kartelle und Monopole*, 1952; ders./ A. *Deringer*, *Patentmonopol und Wettbewerbsfreiheit*, WuW 1952, 346—352; Hans *von der Groeben*, *Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Lichte zweieinhalbjähriger Erfahrung*, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, hrsg. vom Institut für ausl. u. intern. Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-von-Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1961, I, 47—62; ders./ Hans *von Boeckh*, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1958; Paul H. *Guénault*/ J. M. *Jackson*, *The Control of Monopoly in the United Kingdom*, 1960; Eberhard *Günther*, *Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, WuW 1951, 17—40; ders., *Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, WuW 1957, 275—293; ders., *Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1960; Franz Josef *Haslbeck*, *Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Diss. München 1960; Frederick *Haussmann*, *Die öffentliche Hand in der Wirtschaft*, 1954; Justus Wilhelm *Hedemann*, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, 1929; Ernst *Heuss*, *Die amerikanische Antitrustpolitik im Lichte der Monopolbekämpfung in Europa*, Ordo IX (1957), 65—97; Jacques *Houssiaux*, *Concurrence et Marché Commun*, 1960; Rudolf *Isay*, *Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen*, 1954; ders., *Gegenvorschlag zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, WuW 4 (1954), 100—117; ders., *Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen*, 1955; Franz W. *Jerusalem*, *Das Recht der Montanunion*, 1954; Jens *Jessen*, *Die anglo-amerikanische öffentliche und quasi-öffentliche Unternehmung*, *SchrVfS* 176 (1931), III, 181—240; Joseph *Kaskell*/Rudolf B. *Schlesinger*, *Monopole — Trusts — Kartelle in Amerika und Deutschland*, 1951; R. *Klostermann*, *Das Patentgesetz für das deutsche Reich vom 25. Mai 1877*, 1877; N. *Koch*, *Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*—*BetrBer* 1959, 241—248; Karl-Heinz *von Köhler*, *Zur Abgrenzung des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *DVB1* 1961, 605—608; Robert *Krawiclicki*, *Das Monopolverbot im Schuman-Plan*, 1952; Heinrich *Kronstein*, *Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamttrahnen des Montanvertrages und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, hrsg. vom Institut für ausl. u. intern. Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1961, I, 111—130; ders./John T. *Miller*, *Modern American Antitrust Law*, 1958; Gerhard *Lehmann*, *Marktformenlehre und Monopolpolitik*, 1956; Oswald *Lehnick*, *Die Wettbewerbsbeschränkung*, 1956; Robert *Liefmann*, *Kartelle, Konzerne und Trusts*, 8. Aufl., 1930, Nachtrag 1934; Fritz *Marbach*, *Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention*, 1950; Leopold *Mayer*, *Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik*, 1959; Hans-Kurt *Mees*, *Die staatliche Beschaffungstätigkeit und das GWB*, WuW 1961, 541—546; Ernst-Joachim *Mestmäcker*, *Dekartellierung und Wettbewerb in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte*, Ordo IX (1957), 99—130; ders., *Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1959; Ulrich *Meyer-Cording*, *Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme*, 1954; Philipp *Möhring*, *Die Bedeutung der Rule of Reason im Kartellrecht*, WuW 1955, 5—19 und 89—101; H. *Müllensiefen*/W. *Dörinkel*, *Kartellrecht*, 3. Aufl., 1938; Heinz *Müller*/Gerhard *Gries*, *Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-*

kungen, 1958; Frederick Neumeyer, Monopolkontrolle in USA, 1953 (schwed. Originalausgabe: Monopolkontroll i USA, 1950); Hans Carl Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1961 (2. Aufl. von: Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, 1960); Harold Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 2. Aufl., 1958; ders., Marktbeherrschung und Konzentration, BetrBer 1961, 909—913; W. Rathje, Der „Wettbewerb“ auf dem Kohlenmarkt nach den Bestimmungen des Schuman-Planes, WuW 1956, 26—42; Paul Reuter, La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, 1953; Burkhard Röper, Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartell-Legalisierung durch das Reichsgericht 1897, Ordo III (1950), 239—250; Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; Kurt Schilling, Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und die staatlichen Handelsmonopole, Betrieb 1961, 697—699; Bernhard Schmidt, Die deutschen Finanzmonopole in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZfZ 1959, 378—380; Adolf Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 75—112; Albrecht Spengler, Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Vertrag, WuW 1961, 509—529; Ernst Steindorff, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, hrsg. vom Institut für ausl. u. intern. Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1961, I, 157—189; Erwin Stocker, Die Monopolpolitik des Neoliberalismus, 1957; Peter Ulmer, Der Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1960; Clair Wilcox, Public Policies toward Business, 1960; Ernst Wohlfarth/Ulrich Everling/Hans Joachim Glaesner/Rudolf Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960.

Amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt im Gemeinschaftskommentar, S. 1057—1128; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt im Gemeinschaftskommentar, S. 1156—1217; Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den kartellrechtlichen Vorschriften des Vertrages über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Rechtsgutachten, erstattet vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main, 1958.

18.— Der Staat kann gegenüber dem Auftreten von Kartellen und Konzernen in seiner Volkswirtschaft nicht gleichgültig bleiben. Denn monopolistische Wirtschaftsmacht impliziert die Möglichkeit und damit die Gefahr eines Mißbrauchs, sei es durch eine Ausnutzung der Monopolstellung gegenüber den nachfragenden Marktteilnehmern („exploitative behaviour“), sei es durch eine unlautere Behinderung schwächerer Konkurrenten („coercive behaviour“)¹. Die staatliche Monopolpolitik hat die Preisgabe des klassischen Dogmas von der Selbstregulierung der Wirtschaft zur Voraussetzung und ihre allgemein anerkannte Notwendigkeit zeigt, daß der wirksame Wettbewerb auf zahlreichen Märk-

¹ Meyer-Cording S. 8 ff. — Über die Kontrollbedürftigkeit monopolistischer Bildungen: Huber WVerwR I § 4 I 2; Lehmann S. 165 ff.; Mayer S. 34 ff. — Entwicklung der Kartellgesetzgebungen: Isay Geschichte. — Bibliografien zu Problemen des Kartell- und Antitrustrechts insb.: Lehnich S. 665—682; Mayer S. 335—372.

ten nur durch staatliche Intervention hergestellt werden kann und insofern nicht der „natürlichen“ Ordnung der Wirtschaft entspricht, sondern eine staatliche Veranstaltung ist².

Eine andere und keineswegs einhellig beantwortete Frage ist, in welcher Weise die staatliche Wirtschaftspolitik gegenüber Monopolen gestaltet werden soll, vor allem, ob Kartelle grundsätzlich verboten werden oder ob sie grundsätzlich erlaubt sein sollen und ihnen gegenüber es bei einer Mißbrauchskontrolle verbleiben soll. Die Freiburger Schule verfiht folgerichtig auf Grund ihres marktwirtschaftlichen Theorems das Verbotsprinzip, da damit zugleich der Wettbewerb als Grundsatz der Wirtschaftsverfassung ausgesprochen ist und da eine sinnvolle und wirksame Monopolkontrolle mit Hilfe des Mißbrauchsprinzips undurchführbar sei³.

Die ordoliberalen Position hat sich, wenigstens im Grundsatz, im GWB durchgesetzt. Dieses Gesetzgebungswerk hat zugleich auch zu erheblichen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kontroversen über die Verfassungsmäßigkeit eines Kartellverbots geführt. Da die Freiburger Schule und die ihr nahestehenden Verfassungsrechtler im Kartellvertrag einen rechtlich nicht geschützten Mißbrauch der Vertragsfreiheit und einen Verstoß gegen die ihrer Auffassung nach verfassungsrechtlich als Grundrecht und als Institution verankerte Wettbewerbsfreiheit sehen, ergab sich für sie das Kartellverbot bereits aus dem Verfassungsrecht und verblieb dem GWB lediglich eine deklaratorische Konkretisierung dieses Prinzips⁴.

19.— Die staatliche Monopolpolitik richtet sich naturgemäß in erster Linie gegen die Konzentrationserscheinungen der Privatwirtschaft. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Verwaltungsmonopole notwendigerweise von vornherein aus der Monopolgesetzgebung ausgenommen werden müssen oder ausgenommen sind. Denn ob und inwieweit wirtschaftende Träger von Verwaltungsmonopolen staatlicher Monopolkontrolle zu unterstellen sind, ist ebenfalls eine wirtschaftspolitische Frage, obwohl in diesem Falle der Staat sich gewissermaßen selbst kontrolliert. Diese Konstellation ist keine Merkwürdigkeit, weil es ein geläufiges Phänomen ist, daß verschiedene Einrichtungen und Behörden selbst desselben Verwaltungsträgers zueinander in einem kontrollierenden Verhältnis stehen⁵, und es ist zweitens mit Recht darauf verwiesen worden, daß allein der Umstand, daß ein Monopol der öffentlichen Hand

² V. Eynern S. 12; Scheuner S. 23 ff.; Schüle S. 84 ff.

³ Böhm Wirtschaftsordnung S. 31; Eucken WPol S. 172, 291 ff. und 334 ff.; Stocker S. 27 f.; ebenfalls für das Verbotsprinzip: Lehnich; Mestmäcker Marktbeh. Unternehmen S. 5. — Für das Mißbrauchsprinzip: Isay Entwurf; ders. Gegenvorschlag; Marbach Staatsintervention S. 110 ff.

⁴ Eucken WPol S. 277 und 279; Enneccerus § 15 II 3 b; Nipperdey S. 24 f.

⁵ Vgl. insb. die Rechnungshöfe.

zusteht, keine Garantie gegen Machtmißbrauch ist⁶. Die Auffassung *Forsthoffs*, daß die dem öffentlichen Recht unterstehende leistende Verwaltung im Bereich der Daseinsvorsorge am Wettbewerb auf dem Markt nicht teilnimmt und deswegen auch dem Recht des Wettbewerbes nicht unterstehen könne⁷, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Wirtschaftende Monopole mit Daseinsvorsorgefunktion, die als Anbieter auf einem Markt auftreten — sei es in öffentlichrechtlichen, sei es in privatrechtlichen Rechtsformen —, üben auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt einen Einfluß aus, und es ist daher eine Frage wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit, ob sie einer Monopolkontrolle unterworfen werden sollen oder nicht. Die Ausschließung der sozialisierten Staatsbetriebe aus dem englischen Antitrustgesetz von 1948 wurde von *Morrison* (Labour) im Parlament mit dem Argument begründet, daß das so entstandene staatliche Monopol bewußt errichtet und mit Richtlinien, Kontrollen und der Notwendigkeit öffentlicher Rechnungslegung versehen worden sei, so daß man es mit einem egoistischen Privatmonopol nicht vergleichen könne⁸. Diese wirtschaftspolitische Entscheidung des englischen Gesetzgebers mag unter den gegebenen Umständen sachgerecht gewesen sein, sie ist aber nicht Ausdruck einer in der Natur der Sache liegenden Notwendigkeit. Es spricht sogar viel dafür, daß in einer Wirtschaftsordnung, die sich aus miteinander konkurrierenden öffentlichen und privaten Unternehmen zusammensetzt, eine Überwachung des Wettbewerbs nur von einer Stelle aus und mit Hilfe eines einheitlichen Wettbewerbsrechts sinnvoll möglich ist.

20.— Von illustrativer Bedeutung für die Probleme der Monopolpolitik, die Beurteilung staatlicher Monopole und auch gerade für die Behandlung der Verwaltungsmonopole mit Daseinsvorsorgefunktion sind die englische Rechtsgeschichte, das anglo-amerikanische Antitrustrecht⁹ und die Rechtsfigur des „public utility“.

Obwohl das ältere englische Recht auch faktische private Monopole bekämpfte¹⁰, waren die durch die Krone geschaffenen rechtlichen Monopole in Form von *Privilegien* sein bevorzugter Gegenstand. *Coke* widmet ihnen in seinem Kapitel „Against Monopolists, Propounders, and

⁶ Walter *Hamm*, Kollektiveigentum, 1961, S. 87 ff.

⁷ Ernst *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 11.

⁸ Nach *Gleiss* Kartelle S. 61.

⁹ Über das Antitrustrecht der USA: *Heuss*; *Kaskell* Gemeinschaftskommentar S. 80—101; *Neumeyer*; *Wilcox* pp 49 sqq. Über den Einfluß des amerikanischen Antitrustrechts auf das GWB: Schriftlicher Bericht, unter D. — Über das britische Antitrustrecht — gegenwärtig: Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 30. 7. 1948; Restrictive Trade Practices Act, 2. 8. 1956 (abgedruckt in WuW 1956, 818 ff.) —: *Gleiss* Kartelle; *Guénault/Jackson*.

¹⁰ Vgl. das Antimonopolgesetz Eduards VI.: „The Bill of Conspiracies of Victuallers and Craftsmen“ (1548).

Projectors“ breiten Raum¹¹ und münzt auch seine Definition des Monopols, die *Blackstone* fast wörtlich übernimmt, allein auf diese Privilegien¹². Die ablehnende Einstellung *Cokes* gegenüber diesen Monopolen – „...: for monopolies in times past were ever without law, but never without friends.“ — beruhte nicht in erster Linie auf wirtschaftspolitischer Einsicht oder Doktrin, wie später bei den Klassikern, sondern auf seiner Überzeugung von der altenglischen Freiheit, und er leitete daher die Rechtswidrigkeit der Monopole bereits aus der Magna Charta ab¹³. Die Monopolfrage wurde so nicht nur zu der grundlegenden Idee der staatsbürgerlichen Freiheit in Beziehung gesetzt, eine Betrachtungsweise, welche bis in die moderne englische und amerikanische Antitrustpolitik fortwirkt, sondern wurde in dem Abschnitt der englischen Geschichte, der über die Durchsetzung der absolutistischen Idee unter den Stuarts entschied, zu einem wichtigen Punkt in der Auseinandersetzung über die Prerogative zwischen König und Parlament¹⁴. Das

¹¹ *Erdward Coke, The Third Part of the Institutes of the Laws of England (1642), 1817, Cap. LXXXV.*

¹² „A monopoly is an institution, or allowance by the king by his grant, commission, or otherwise to any person or persons, bodies politique, or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of any thing, whereby any person or persons, bodies politique, or corporate, are sought to be restrained of any freedome, or liberty that they had before, or hindred in their lawfull trade“ (*Coke a.a.O.*; *William Blackstone, The Commentaries on the Laws of England, adopted to the Present State of the Law by Robert Malcolm Kerr, 4th ed., 1876, b. IV Ch. XII, 5 u.*)

¹³ *Coke, Second Part a.a.O., Magna Charta, Cap. XXIX, (4) De Libertatibus, 3.* — *Cokes* Auslegung ist, wie *William Sharp McKechnie, Magna Charta, 2nd ed., 1958, pp 178 sq, 384*, nachgewiesen hat, irrtümlich und auf seine Arbeitsweise, die Rechtssätze der Magna Charta vornehmlich als Anknüpfungspunkt für den Rechtszustand seiner Zeit zu benutzen, zurückzuführen. — Interessant ist auch die wenig später (1645) in London anonym erschienene, von *John Lilburne* verfaßte Streitschrift „*Englands Birth-Right*“, die eine heftige Polemik gegen die Monopole enthält (pp 8—12): „Oh Englishmen! Where is your freedoms? ...“

¹⁴ Vgl. die Bemerkung *Blackstones* (a.a.O. b. II ch. XXVI 8) über „this pretended prerogative“ und die Darstellungen *Maitlands* und *Macaulays* über die Monopolfrage (*Macaulay, Geschichte von England seit dem Regierungsantritt Jacobs II., deutsch von Wilhelm Beseler, 1852, I, 68 f.*; *Maitland, The Constitutional History of England [1908], ed. by H. A. L. Fisher, 1961, pp 260 sq*). Die von *Macaulay* erwähnte Ansprache *Elizabeth' I.* vor den Commons am 30. 11. 1601, mit der es ihr gelang, den Unmut über die von ihr verliehenen Monopolprivilegien zu dämpfen, wird auszugsweise bei *J. R. Tanner, Tudor Constitutional Documents, 1922, pp 577 sq, mitgeteilt*, darunter der Satz: „Since I was Queen yet did I never put my pen to any grant but that upon pretext and semblance made unto me that it was both good and beneficial to the subjects in general, though a private profit to some of my ancient servants who hat deserved well.“ Dieser Rede war am 20., 21., 24. und 25. November eine heftige Monopoldebatte im Parlament vorangegangen, aus der sich Auszüge ebenfalls bei *Tanner a.a.O. pp 573—576*, finden. Daraus geht nicht nur der Zusammenhang der Monopolfrage einerseits mit der bürgerlichen Freiheit („liberty of the subject“), andererseits mit der Prerogative hervor, sondern läßt sich auch ein aufschlußreicher Überblick über die verschiedenen Arten der Monopolverleihungen entnehmen.

„Statute of Monopolies“ James' I. (21 Jac. I. c. 3: „an act concerning monopolies and dispensation of penal laws, and the forfeitures therof“, 1623), durch das die Monopolverleihungspraxis der Krone ganz erheblich eingeschränkt wurde, war ein Sieg des Parlaments¹⁵. Die Monopolverleihungen hatten bereits unter Elizabeth I. einen außerordentlichen Umfang angenommen und wurden von James I. fortgesetzt. Es kamen einerseits individuelle Privilegien, bestimmte Waren ausschließlich zu erzeugen, zu verkaufen, zu importieren und zu exportieren, andererseits ausschließliche Gewerbeberechtigungen für Gilden, Innungen und Städte als Erscheinungsformen der Monopolprivilegien vor¹⁶. Die erstgenannten Verleihungen erfolgten vor allem an Günstlinge und zum Zwecke der Geldbeschaffung unter Umgehung des Steuerbewilligungsrechts der Commons¹⁷. Das Statute of Monopolies verbot alle Monopolverleihungen und erklärte die bestehenden Privilegien für abgetan; lediglich für befristete Patente neuer und nützlicher Herstellungsverfahren wurde eine Ausnahme zugelassen¹⁸.

Ebenso wie diese ältere englische Gesetzgebung war das Monopoltheorem der Klassik, worauf bereits hingewiesen wurde, im Ansatz an den staatlich verliehenen Monopolen ausgerichtet¹⁹.

¹⁵ Daß die politische und verfassungsrechtliche Seite des Monopolstreits, die königliche Prerogative, ganz im Vordergrund stand, zeigt auch der Umstand, daß das Parlament ebenfalls Monopole verlieh, wie z. B. das berühmt gewordene Tee-Monopol der East-India-Company, welches die Bostoner Tea-Party und so mittelbar den Unabhängigkeitskrieg auslöste, und daß diese Monopole als legal angesehen wurden.

¹⁶ Vgl. *Neumeyer* S. 12 f.

¹⁷ *Klostermann* S. 19 f.; *Meyer-Cording* S. 15 f. — Für die Privilegienverleihung an Günstlinge hat der Fall *Darcy v. Allein* (1602), der noch in die Regierungszeit Elizabeth' I. fällt, Berühmtheit erlangt („The Case of Monopolies“). Der Höfling Darcy, der ein Monopol für die Herstellung und den Import von Spielkarten verliehen bekommen hatte, verklagte den Händler Allein wegen Monopolverletzung. Das Gericht wies die Klage u. a. deswegen ab, weil das Monopol nur ein individuelles Interesse befördere und deswegen gegen das common law verstoße (O. Hood *Phillips*, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, 1952, p. 39; E. W. *Ridges*, *Constitutional Law*, 8th ed., 1950, p. 207; *Neumeyer* S. 14).

¹⁸ *Blackstone* a.a.O. b. II ch. XXVI, 8. — Die bereits von Blackstone aufgestellte und von *Kohler* (Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, 1900, §§ 6, 7) wiederholte Behauptung, daß das Statute of Monopolies der Ausgangspunkt des Patentrechts sei, ist nach neueren Forschungen *Giulio Mandichs* unrichtig. In einem Aufsatz „Venedische Patente 1450—1550“ (*Rivista di Diritto Commerciale* 34/1936, pp 511—547) weist Mandich nach, daß das älteste Patentgesetz 1474 vom Senat Venedigs erlassen wurde und bereits die Kodifizierung einer längeren Praxis war (nach *Berkenfeld*).

¹⁹ *Adam Smith*, *Der Reichtum der Nationen*, deutsch von Heinrich Schmidt, 1910, IV, 3/2: „Daß es der Monopolgeist war, der jene Lehre (sc. des Merkantilsystems) erfand und ausbreitete steht außer Zweifel; . . .“ *John Stuart Mill*, *Grundsätze der politischen Ökonomie*, deutsch von Adolph Soetbeer, 1852, behandelt die Monopole in dem Abschnitt: „Von der auf irrthümlichen Grundsätzen beruhenden Einmischung der Regierung“ in einer Linie mit dem Protektionismus und mit den Versuchen, die Preise zu regulieren (a.a.O. V, X).

Die englische Rechtsgeschichte, welche auch für die amerikanischen Rechtsüberzeugungen vielfach bestimmend war²⁰, zeigt in deutlicher Weise die Hervorhebung der Freiheit des Bürgers als des durch staatliche Monopolisierungen gefährdeten und verletzten Wertes²¹. Dieser Gesichtspunkt lag auch den ersten gesetzlichen Reaktionen gegenüber den Trusts des Hochkapitalismus in den USA²² zugrunde²³. Ebenso untersuchte das Reichsgericht in dem vielerwähnten Urteil vom 4. Februar 1897 (RGZ 38, 155) die Rechtmäßigkeit des in Frage stehenden Kartells nur unter dem Blickwinkel der Gewerbefreiheit. Während die Rechtswidrigkeit staatlicher Monopolisierungen in den USA auch heute noch in erster Reihe eine Frage der Beschränkung der civil rights ist, hat bei der Beurteilung der privaten Monopole sich auch in den USA der Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs in den Vordergrund geschoben²⁴ und ist dieser Aspekt die Grundlage des deutschen GWB.

Davon abgesehen hat das englische common law die amerikanische Antitrustgesetzgebung vor allem durch die beiden Begriffe der „conspiracy to monopolize“ und des „restraint of trade“ befruchtet²⁵.

Unternehmen der Daseinsvorsorge unterliegen, soweit sie Monopole innehaben, in den USA nicht dem Antitrustrecht, sondern sind als „public utilities“ einer besonderen staatlichen Aufsicht teils des Bundes, teils der Bundesstaaten unterworfen²⁶. Hierzu gehören neben den Versorgungsbetrieben die Unternehmen der Elektrizitäts- und Ferngas-erzeugung und des Fernmeldewesens (American Telephone and Telegraph Company). Einer ähnlichen Regelung unterliegen die Eisen-

²⁰ Vgl. *Wilcox* pp 50 sq; *Ehmke* S. 671.

²¹ Hierzu auch: *Isay* Geschichte S. 20 f.; *Rolf Stödter*, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953, S. 29.

²² Als erster Trust im modernen Sinne wird Rockefeller's „Standard Oil“, die 1882 entstand, angesehen (*Marbach*, Monopolistische Organisationsformen, 1950, S. 19 f.; *Wilcox* p 53).

²³ Die bundesrechtliche Antitrustgesetzgebung setzte 1890 mit dem Sherman Act — „An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies“ — ein (hierzu: *Ehmke* S. 123 ff.; *Engelmann* S. 28 und 42; *Neumeyer* S. 7 ff.; *Wilcox* pp 54 sq). Der Sherman Act basierte gewiß nicht nur auf dem Gedanken der wirtschaftlichen Freiheit, sondern hatte auch wirtschaftspolitischen Charakter. Doch ist es angesichts der geschilderten Rechtsentwicklung eine Überinterpretation, rückblickend von heutigen marktwirtschaftlichen Theorien, dieses zweite Motiv als dominierend zu betrachten (so: *Engelmann* S. 163; *Meyer-Cording* S. 16. Wie hier *Biedenkopf* in Aktuelle Grundsatzfragen S. 16 ff.; *Kaskell* Gemeinschaftskommentar S. 81).

²⁴ Vgl. *Isay* Geschichte S. 27 f. und 64 f. — Diese Entwicklung wird deutlich in der Einführung der „rule of reason“ in re Standard Oil of New Jersey v. US 221 US 1 (1911), durch welche Entscheidung Rockefeller's Standard Oil auf Grund des Sherman Act aufgelöst wurde (vgl. *Engelmann* S. 54).

²⁵ Hierzu: *Engelmann* S. 32 ff.; *Wilcox* p 51.

²⁶ Zu den public utilities: *Behling*; *Ehmke* S. 418 ff.; *Hamm* a.a.O. S. 260 ff.; *Hausmann* S. 20 ff. und 74; *Jessen*; *Kaskell/Schlesinger* S. 11; *Wilcox* pp 614 sqq.

bahnen²⁷. Das Charakteristische der public utilities ist, daß sie private Unternehmen sind und bleiben, die entweder Leitungsmonopole haben oder Leistungen darbieten, an denen wegen ihrer Wichtigkeit ein öffentliches Interesse besteht, und die deswegen einem besonderen und intensiven staatlichen Aufsichtssystem unterstellt sind: „public services through private forms of organization“ (John Bauer)²⁸. Die public utilities als staatlich geduldete und kontrollierte monopolistische Unternehmen der Privatwirtschaft sind somit eine Alternative zu Verwaltungsmonopolen der Daseinsvorsorge.

21.- In Deutschland setzten gesetzgeberische Maßnahmen gegen die kapitalistischen Monopole, insbesondere gegen die hier vorherrschenden Kartelle, erst relativ spät ein²⁹ ³⁰. Es waren daher zuerst die Gerichte, die den Behinderungswettbewerb der Monopolunternehmen durch eine Anwendung der §§ 138, 826 BGB einzudämmen suchten. Der Kern des Kartellproblems war Gegenstand des bereits erwähnten Urteils des Reichsgerichts vom 4. 2. 1897 (RGZ 38, 155), in dem sich das Gericht für die Kartellfreiheit entschied und eine Rechtswidrigkeit des Kartellvertrages wegen Verletzung des § 1 GewO verneinte³¹. Kartellverträge könnten nur dann als Verstoß gegen das durch die Gewerbefreiheit geschützte allgemeine Interesse angesehen werden, wenn im Einzelfall eine monopolistische oder wucherische Absicht verfolgt werde oder diese

²⁷ Wilcox pp 644 sqq.

²⁸ Nach Haussmann.

²⁹ Die seitens der Kaiser des I. Reiches gegen große Handelsgesellschaften und deren monopolistische Praktiken durch Versprechungen und gesetzliche Deklamationen (vgl. Tit. IV §§ 16, 17 Reichsabschied vom 26. 8. 1512; § 17 der Wahlkapitulation Karls V. vom 3. 7. 1519; Art. XVIII der auf dem Reichstag zu Augsburg 1548 erlassenen „Ordnung und Reformation guter Policey“; Tit. 18 § I, 2 der Policy-Ordnung von 1577) nach außen hin eingeschlagene Politik kann angesichts des staatsrechtlichen Status des Reiches mit der Monopolpolitik der modernen Staaten nicht auf eine Stufe gestellt werden. Der Widerstand der Stände gegen kaiserliche Monopolverleihungen kommt gut in Art. VII des Entwurfs einer beständigen Wahlkapitulation vom 8. 7. 1711 (Zeumer Nr. 205) zum Ausdruck: „Ferner soll und will der regierende Römische Kayser ... keineswegs aber jemanden einige Privilegia auf Monopolia ertheilen, sondern da dergleichen erhalten, dieselbe als denen Reichs-Satzungen zuwider abthun und aufheben ...“. Unter Monopol wurde nach damaliger Rechtsanschauung ein Privileg mit dem Inhalt einer ausschließlichen Handelsberechtigung für bestimmte Waren verstanden (zum Ganzen Justus Christoph Leist, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, 1803, § 178).

³⁰ Über die Entwicklung des deutschen Kartellrechts: Huber WVerwR I § 31; Müller/Gries S. XXI ff.

³¹ Sachverhalt: Eine Anzahl Firmen schlossen sich im März 1893 zum Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband zusammen, um den Wettbewerb untereinander auszuschließen und angemessene Preise für ihre Fabrikate zu erzielen. Die Mitglieder verpflichteten sich, bei Vermeidung einer Vertragsstrafe, ihre Erzeugnisse nur über ein Syndikatsbüro zu vertreiben. Der Verband klagte dann gegen ein abtrünniges Mitglied auf Zahlung der Vertragsstrafe. — Zu diesem Urteil im einzelnen: Hedemann S. 54 ff.

Folgen tatsächlich einträten³². Die Monopolgesetzgebung der Weimarer Republik, die eine Kartellaufsicht und das Mißbrauchsprinzip einführte — VO gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen (KartellVO) vom 2. 11. 1923 (RGBl I S. 1067, 1090)³³; Abschn. 5 der VO des Reichspräsidenten (Kartell-NotVO) vom 26. 7. 1930 (RGBl I S. 311); Erster Teil, Kap. VI der VO über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung vom 14. 6. 1932 (RGBl I S. 285) —, erwies sich als nicht hinreichend wirksam.

Nach 1945 beschlossen die Alliierten eine radikale Beseitigung der „übermäßigen Zusammenballung von Wirtschaftskraft“ in Art. II B Ziff. 12 des Potsdamer Abkommens und erließen im Vollzug dieser Bestimmung sachlich weitgehend übereinstimmende Dekartellierungsvorschriften auf der Grundlage des Verbotsprinzips: Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung vom 28. 1. 1947³⁴, VO Nr. 78 der britischen Militärregierung vom 28. 1. 1947³⁵, VO Nr. 96 des Französischen Oberkommandos in Deutschland vom 9. 6. 1947³⁶ 37. Diese Dekartellierungsgesetzgebung hatte, wie sich aus der Präambel des MRG 56 und der VO 76 ergibt, in erster Linie den Zweck, das deutsche Rüstungspotential zu zerstören. Damit verbunden war die auch in anderen Maßnahmen der westlichen Besatzungsmächte hervortretende Absicht, die vorgefun-

³² Diese Entscheidung ist von Autoren der ordoliberalen Schule heftig angegriffen worden: Reinhard Behlke, *Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1961, S. 126 Anm. 78; Böhm Reichsgericht; Lehnich S. 139 ff.; Röper. Huber WVerwR I § 31 I 2 hält das Urteil für zutreffend. — Röper setzt sich bemerkenswerterweise mit den vom RG zitierten volkswirtschaftlichen Autoren auseinander und stellt fest, daß sich das Erkenntnis auf drei Interessenten-schriften, einen veralteten Autor und eine allgemein gehaltene Antrittsvorlesung stütze. Diese Methode der Kritik geht an der Hauptfrage vorbei, die im Verständnis der Gewerbefreiheit liegt. Diese konnte und kann nur als ein individuelles Recht gegen die Schließung von Märkten durch die öffentliche Gewalt verstanden werden, nicht aber als die institutionelle Garantie der Wettbewerbswirtschaft, d. h. als eine das Verhalten der Marktteilnehmer untereinander regelnde Norm (ähnlich Kurt Ballerstedt, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, in: *Die Grundrechte*, III/1 (1958), S. 1/14 f. gegen Böhm. Selbst Nipperdey hat früher diesen Standpunkt vertreten: *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, 1930, S. 7). Eine eingehende Apologie des Reichsgerichts gibt Ballerstedt *Vertragsfreiheit* S. 846 ff. — Die Diskussion um diese Entscheidung zeigt in nuce den methodischen Angelpunkt der heute vielfach vertretenen Grundrechtsbetrachtung, die auf dem Boden einer Wertphilosophie den individuellen Freiheitscharakter der Grundrechte durch deren Einbettung in ein institutionelles, letztlich ethisches System („objektive Wertordnung“ o. ä.) ideologisch einseitig verschiebt.

³³ Hierzu: Ballerstedt *Vertragsfreiheit* S. 850 f.; Liefmann S. 203 ff.; Müllensiefen/Dörinkel Erl. V—X.

³⁴ ABl Issue C p. 2.

³⁵ ABl p. 412.

³⁶ Journal Officiel p. 784.

³⁷ Über die Rechtsprechung zu diesen Vorschriften unterrichten: *Mestmäcker Dekartellierung und Möhring Rule of Reason*. Zur Geltung der rule of reason, auch bei der Auslegung des MRG 56 und der VO 78: BGHZ 3, 193; BGH WuW 1952, 354 und 645.

dene deutsche Wirtschaftsverfassung grundlegend im Sinne der wirtschaftlichen Freiheit umzugestalten. Aus beidem ist zu entnehmen, daß das Dekartellierungsrecht grundsätzlich auch die staatlich begründeten Monopole betraf, was in der Legaldefinition des Art. V § 9 a MRG 56 und VO 78 deutlich erkennbar wird³⁸. Folgerichtig wurden die Reichsbahn, die Reichspost und die Versorgungsbetriebe („public utilities“, „services public“) vom Anwendungsbereich der Dekartellierungsbestimmungen ausdrücklich ausgenommen (Art. III MRG 56, Art. III VO 78 in Verbindung mit Art. II A AusVO Nr. 1 zu MRG 56 und zur VO 78; Art. 9 VO 96 in Verbindung mit Art. 8 Verfügung Nr. 37)³⁹.

22.— Am 1. 1. 1958 ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. 7. 1957 (BGBl I S. 1081) in Kraft getreten, das zusammen mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 (RGBl S. 499) das Kernstück des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen bildet⁴⁰.

Aus der Begründung zum Entwurf des GWB geht hervor, daß Hauptziel dieses Gesetzes die Sicherung der Wettbewerbswirtschaft durch eine Beförderung der Freiheit des Wettbewerbs und eine Unterdrückung wettbewerbsbeschränkender Erscheinungsformen ist, weil dadurch eine bestmögliche Versorgung erwartet wird. Märkte, auf denen die Herstellung vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist, sollen durch eine Monopolaufsicht wenigstens vor einer mißbräuchlichen Ausnutzung der bestehenden Marktmacht geschützt werden⁴¹. Wenn auch der Regierungsentwurf, dessen Herkunft von den wirtschaftspolitischen Vorstellungen der Freiburger Schule offensichtlich war, im Laufe des

³⁸ Die Rechtsform der juristischen Person war für die Anwendung des Dekartellierungsrechts nicht Voraussetzung (Gericht der AHK in München WuW 1951, 122). — Welche Rechtsfolgen die Anwendung der Dekartellierungsvorschriften für die deutschen Rechtssätze hatte, die durch Begründung von Monopolen zu Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit führten, war nicht ohne weiteres klar. Wegen der privatrechtlichen Monopole ist insb. auf die Entscheidung des BGH zum Patentrecht (BGHZ 3, 193) zu verweisen (vgl. auch *Gleiss/Deringer* Patentmonopol). Für die öffentlich-rechtlichen Monopole ist der Auffassung Möhrings zuzustimmen, wonach vom Zweck der betreffenden Rechtssätze auszugehen ist und im übrigen die rule of reason Anwendung findet. Gesetze, die unmittelbar eine Marktregelung bezwecken, sind per se suspendiert, während Gesetze, die lediglich eine derartige Wirkung hervorbringen, im übrigen aber bestimmte höherrangige Zwecke des Gemeinwohls verfolgen — wie z. B. die ArzneimittelVO —, nach Maßgabe der rule of reason in Geltung blieben (*Möhring* S. 90 ff.). Die Ansicht *Stödters* a.a.O. (Anm. 21) S. 23 ff., daß das MRG 56 das Zündwarenmonopolgesetz suspendiert habe, ist von *Huber* WVerwR II Nachtr. A S. 794 ff. widerlegt worden.

³⁹ Art. II A AusVO Nr. 1 ließ eine abgeschwächte Kontrolle mit Rechenschafts- und Auskunftspflichten bestehen.

⁴⁰ Die unmittelbare Vorgeschichte des GWB ist bei *Lehnic* S. 479 ff. ausführlich dargestellt. Vgl. auch *Günther* Entwurf. Einen Überblick über die wissenschaftliche Diskussion des Monopolproblems vor Erlaß des GWB vermittelt *Fikentscher* Kartellrechtswissenschaft.

⁴¹ Amtliche Begründung, unter A I.

Gesetzgebungsverfahrens erhebliche Abschwächungen erfahren hat, so daß das Verbotsprinzip des § 1 GWB wegen der zahlreichen Durchbrechungen effektiv einem „Durchbruch zum Mißbrauchsprinzip“ (*Müller*) gewichen zu sein scheint⁴², ist doch seine marktwirtschaftliche Grundabsicht dadurch nicht in Frage gestellt worden⁴³. Der Schutz der individuellen Wirtschaftsfreiheit ist weder der einzige, noch der im Vordergrund stehende Gesetzeszweck, wenn dieser Gesichtspunkt auch bei einzelnen Bestimmungen, wie bei den §§ 25 bis 27 und bei § 28 GWB größere Bedeutung gewinnt. Auch diese Vorschriften aber sind, zum Unterschied von den Regelungen des UWG, RabattG usw., in erster Linie am Hauptziel des GWB, dem Schutz des Wettbewerbs im Interesse der Allgemeinheit, ausgerichtet⁴⁴.

Das Substrat eines Monopols, das nicht auf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beruht, sondern durch ein einziges Wirtschaftssubjekt ausgeübt wird, ist in § 22 GWB als „marktbeherrschendes Unternehmen“ bezeichnet. Was unter „marktbeherrschend“ zu verstehen sei, wird in § 22 Abs. 1 GWB definiert⁴⁵. Dieser Begriff knüpft allein an die objektive Marktposition eines Unternehmens an⁴⁶ und umfaßt, dem Gesetzeszweck entsprechend, auch die rechtlichen Monopole⁴⁷.

Weil das GWB allgemein die Regelung des Wettbewerbs auf allen Märkten bezweckt, findet es grundsätzlich auch auf die rechtlichen und faktischen Monopole der öffentlichen Hand Anwendung, was § 98 Abs. 1 GWB klarstellt. Damit ist die Forderung der Ordoliberalen, insbesondere *Euckens*⁴⁸, auch staatliche Machtkörper der Monopolaufsicht zu unterwerfen, verwirklicht.

„Unternehmen“ im Sinne des § 98 Abs. 1 GWB sind die Substrate aller rechtlichen und faktischen Monopole eines Verwaltungsträgers, die auf

⁴² *Müller/Gries* S. V.

⁴³ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 33; *Benisch* Kartellrecht; *Biedenkopf* in: Aktuelle Grundsatzfragen S. 13 f. und 32; ders. Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung S. 152 ff.; *Müller-Henneberg* Gemeinschaftskommentar Einf IV; BGHZ 13, 33.

⁴⁴ *Müller/Gries* Vorbem. vor § 25.

⁴⁵ Die Begriffe „Markt“, „Marktbeherrschung“, „Wettbewerb“ sind durch die Aufnahme in den Tatbestand einer Rechtsnorm zu Rechtsbegriffen geworden und werden durch die juristischen Auslegungsmethoden determiniert. Daraus folgt, daß die volkswirtschaftlichen Begriffe gleicher Bezeichnung nicht mit den Rechtsbegriffen identisch sind (unzutr. *Barnikel* WuW 1961, 246). Zum juristischen Begriff der Wettbewerbsbeschränkung: *Fikentscher* Neuere Entwicklungen; zum Begriff des „marktbeherrschenden Unternehmens: *Mestmäcker* Marktbeh. Unternehmen. Über die unterschiedlichen Marktbegriffe für die kollektiven Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und für den Monopolmißbrauch andererseits: *Günther* Relevanter Markt S. 16 ff.

⁴⁶ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 42; *Müller/Gries* § 22 RNR. 3.

⁴⁷ BGH NJW 1961, 172.

⁴⁸ Vgl. das Gutachten *Euckens* vom Januar 1947, auszugsweise wiedergegeben von *Günther* Entwurf Anl. 1.

einem Markt als Wirtschaftssubjekte auftreten. Auf die Rechtsform des Unternehmens als verselbständigter Rechtsträger des öffentlichen oder privaten Rechts oder als Eigenbetrieb und auf die rechtliche Qualifikation der Beziehung zu den Tauschpartnern als anstattliches Benutzungsverhältnis oder als privatrechtlicher Vertrag^{48a} kommt es hierbei nicht an⁴⁹. Ebenso ist die Funktion des öffentlichen Unternehmens nicht ohne weiteres von Bedeutung, sofern nur eine Teilnahme auf einem Markt gegeben ist, so daß sowohl die erwerbswirtschaftliche als auch die gemeinnützige Tätigkeit der Verwaltung unter § 98 Abs. 1 GWB fällt⁵⁰. Daseinsvorsorge und Teilnahme am Wirtschaftsverkehr schließen sich nicht aus⁵¹. Davon geht offenbar auch das GWB aus; denn es sieht in § 99 Abs. 1 für die Bundespost und die Bundesbahn und in § 103 für die Versorgungsunternehmen Sonderregelungen vor. Dafür, daß die rechtlichen Monopole der öffentlichen Hand kraft Natur der Sache aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgenommen seien⁵², bestehen keine Anhaltspunkte⁵³.

^{48a} Verwaltung in privatrechtlicher Form fällt nach Auff. *Forsthoffs* (Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 27 ff.) grds. nicht unter das GWB.

⁴⁹ Vgl. *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskomentar § 22 RNr. 6; *Huber* ebd. § 98 RNr. 1 und 5; *Müller/Gries* § 98 RNr. 1.

Abw. will BGHZ 36, 91 = JZ 1962, 176/179 f. (betr. fiskalische Hilfsgeschäfte von Sozialversicherungsträgern) Leistungen und Entgelte auf Grund öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse schlechthin dem Anwendungsbereich des GWB entziehen (ebenso *Mees* S. 541; *Koenigs* JuS 1962, 346, Anm. 29 bezeichnet das dagegen als fraglich), wofür es sich auf eine Äußerung aus der Entstehungsgeschichte des GWB stützt. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß der für die Anwendung des GWB wesentliche Gegensatz nicht ein solcher der Rechtsform ist, in der die Verwaltung handelt, sondern ein solcher des verwirklichten Zweckes. Die Entstehungsgeschichte des GWB kann gegen dessen objektiven Gehalt nicht ins Feld geführt werden.

⁵⁰ *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskomentar § 22 RNr. 7; *Frentzel* Gewerbliche Betätigung S. 28 ff.; ders. Betrachtungen S. 26; *Müller/Gries* § 98 RNr. 2. Insb. zur Beschaffungstätigkeit der Verwaltung, bei der diese ein faktisches Nachfragemonopol innehaben kann: *Forsthoff* a.a.O. (Anm. 48a); *Mees*; BGHZ 36, 91.

⁵¹ Abw. *Forsthoff* a.a.O. (Anm. 7) S. 11.

⁵² So *Huber* Gemeinschaftskomentar § 98 RNr. 1; *Junge* ebd. § 101 Nr. 2 RNr. 2.

⁵³ Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Umstand, daß die rechtlichen Monopole ihre Ausschließlichkeitsstellung einem Rechtsakt verdanken, an ihrer Fähigkeit, Marktmacht auszuüben und auch mißbräuchlich zu nutzen, nichts ändert. Das GWB hat, insb. in § 99 Abs. 1 und in § 101 Nr. 2, anerkannt, daß bestimmte öffentlich-rechtliche Monopole für das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen eine Sonderbehandlung erfahren müssen (vgl. Schriftlicher Bericht, zu § 76 = § 101, unter b). Darüber hinaus ergibt sich aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen über das Verhältnis sich überdeckender verschiedener gesetzlicher Regelungen, daß die Vorschriften des GWB insoweit zurücktreten, als bestimmte wettbewerbsbeschränkende Folgen spezialgesetzlich gewollt sind, weil durch sie ein besonderer Verwaltungszweck verfolgt wird. Der hier vertretene Standpunkt wird durch die Formulierung des § 101 Nr. 2 GWB unterstützt, wonach die Finanzmonopole dem GWB nicht schlechthin entzogen sind, sondern nur insoweit, als ihre Leistungen und Entgelte rechtsatzmäßig geregelt sind.

Eine Besonderheit entsteht in den Fällen, wo ein Verwaltungsträger nur scheinbar am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, in Wahrheit aber über das rechtliche Monopol eine wirtschaftspolitische oder sonstige öffentliche Funktion ausübt. Es handelt sich dann nicht um wirtschaftende, sondern um verwaltende Tätigkeit in einem engeren Sinn, so daß der Begriff des „Unternehmens der öffentlichen Hand“ nicht erfüllt ist⁵⁴. Deswegen sind die durch die Marktordnungsgesetze begründeten Einfuhrmonopole⁵⁵ und die bergrechtlichen Staatsvorbehalte keine wettbewerbsbeschränkenden wirtschaftlichen Monopolstellungen und kann auf sie das GWB keine Anwendung finden. Die Frage, ob das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen die Verwaltungsmonopole erfaßt, ist somit, von den ausdrücklich geregelten Fällen abgesehen, nicht einheitlich zu beantworten.

23.- Aus den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik durch die Verträge über die Montan-Union und über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft folgen Einschränkungen für die bestehenden Verwaltungsmonopole und für deren Neuerrichtung. Hierbei ist zu unterscheiden, ob ein Verwaltungsmonopol der durch diese Verträge geforderten Wirtschaftspolitik widerspricht oder ob es eine durch diese Verträge mißbilligte Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.

Der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. 4. 1951, der am 23. 7. 1952 in Kraft getreten ist, hat für Kohle und Stahl einen gemeinsamen Markt geschaffen (Art. 1 des Vertrages). Er enthält in den Art. 65 und 66 Bestimmungen über Monopole, die auf dem gemeinsamen Markt der Gemeinschaft Wettbewerbsbeschränkungen hervorrufen⁵⁶. Durch Art. 66 § 7 wird über öffentliche und private Unternehmen (Art. 80) monopolistischen Charakters, die nicht durch Zusammenschluß entstanden sind, eine Mißbrauchsaufsicht begründet. Art. 65, 66 sind, unbeschadet der Monopolaufsicht, auf verstaatlichte Unternehmenszusammenfassungen und auf staatliche Zwangskartelle nicht anwendbar, da diese durch Rechtssatz oder auf Grund Rechtssatzes und nicht durch eine Vereinbarung zustande-

⁵⁴ Die Auslegung dieses Begriffes muß also funktional erfolgen und nicht institutional, d. h. danach, ob es sich um eine „Behörde“ handelt (so aber v. Köhler).

⁵⁵ § 100 Abs. 8 GWB hat daher insoweit nur deklaratorischen Charakter.

⁵⁶ Hierzu: *Benisch*; *Jerusalem* S. 146 ff.; *Krawiclicki*; *Rathje* S. 39 ff.; *Reuter* §§ 209, 214; *Ulmer* S. 90 ff. — Vgl. auch §§ 12, 13 des Abkommens über die Übergangsbestimmungen vom 18. 4. 1951 (BGBl II S. 491), die Entscheidung Nr. 37/53 der Hohen Behörde vom 11. 7. 1953 über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der in Art. 65 des Vertrages für Kartelle vorgesehenen Verbote (ABl S. 153) und die Antwort der Hohen Behörde vom 27. 6. 1953 auf die Anfrage Nr. 6 c betr. den Vollzug des Art. 65 (ABl S. 161).

⁵⁷ *Huber* WVerwR II Nachtr. A S. 790 ff.; *Jerusalem* S. 151; *Krawiclicki* S. 18 und 60 f. — Mit Recht hält daher *Etzel* (nach einem Bericht in WuW 1956,

kommen⁵⁷. Das GWB ist den Vorschriften des Vertrages gegenüber subsidiär (§ 101 Nr. 3 GWB).

Während die Art. 65, 66 sich an die betroffenen Unternehmen wendet, werden die beteiligten Staaten durch die Art. 4, 5 und 86 zu einer Wirtschaftspolitik im Sinne des gemeinsamen Marktes verpflichtet und dadurch an der Neuerrichtung von Handelsmonopolen im Bereich des gemeinsamen Marktes grundsätzlich gehindert⁵⁸.

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 3. 1957, der am 1. 1. 1958 in Kraft getreten ist, hat für die Mitgliedstaaten einen gemeinsamen Markt errichtet (Art 2 des Vertrages), dessen vollständige Verwirklichung schrittweise im Verlaufe einer Übergangszeit erfolgt (Art. 8). Er enthält in den Art. 85 bis 89 Bestimmungen über Monopole, die auf dem gemeinsamen Markt der Gemeinschaft Wettbewerbsbeschränkungen bewirken, und in den Art. 37 und 90 Vorschriften über staatliche Handelsmonopole und sonstige monopolistische öffentliche Unternehmen⁵⁹.

Art. 37 Abs. 1 legt den Mitgliedstaaten hinsichtlich der bestehenden staatlichen Handelsmonopole eine Umformungsverpflichtung⁶⁰ auf, durch die diskriminierende Beschränkungen des freien Warenverkehrs auf dem gemeinsamen Markt beseitigt werden sollen, mit anderen Worten die durch staatliche Handelsmonopole entstehenden protektionistischen Außenhandelsbeschränkungen sollen liberalisiert werden. Nach der sehr weitgehenden⁶¹ Legaldefinition des Art. 37 Abs. 1 Unterabschn. 2 betrifft diese Verpflichtung sämtliche Einrichtungen der Mit-

545/546) auf die *Carbonnages de France* nicht Art. 65, wohl aber Art. 66 § 7 für anwendbar.

⁵⁸ *Jerusalem* S. 151 f., 159 und *Krawiclicki* S. 18 f. für die Bildung von Zwangskartellen. Eine Sozialisierung ist dadurch nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 83), sofern sie nicht über den Akt der Verstaatlichung hinaus mit Wettbewerbsbeschränkungen verbunden ist; ein gem. Art. 66 § 1 genehmigungspflichtiger Vorgang liegt darin nicht (so *Jerusalem* S. 159 f.), weil der Zusammenschluß nicht durch Vereinbarung erfolgen würde. — Die Hohe Behörde hat durch Schreiben vom 19. 5. 1953 (ABl S. 138) das Verwaltungsmonopol der Schrottvermittlungs-GmbH beanstandet (hierzu Textziffer 64). Das Einfuhrmonopol für Kohle des „Office Commercial du Ravitaillement“ des Großherzogtums Luxemburg war Gegenstand der Entscheidung der Hohen Behörde vom 7. 1. 1955 und des Urteils des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 7/54 und 9/54 vom 23. 4. 1956 (ABl S. 169).

⁵⁹ Hierzu: *von der Groeben* Kartellrecht S. 53; *von der Groeben/von Boeckh* Kommentar Vorbem. vor Art. 30, Ziff. 7; *Günther* Regelung des Wettbewerbs S. 288 ff.; *Schilling*; *Spengler* S. 520 f.; *Schmidt*. — Allgemein zum Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrages: *Haslbeck*; *Houssiaux*; *Kronstein* Bedeutung der Wettbewerbsregeln.

⁶⁰ Damit ist nicht die Beseitigung des Monopols, sondern nur dessen dem Art. 37 Abs. 1 entsprechende Modifikation notwendig. Gegenüber dritten Staaten kann, unbeschadet eventueller Meistbegünstigungsklauseln, auch das unterbleiben (vgl. *Schilling* S. 697; *Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung* Art. 37 Anm. 4).

⁶¹ Abweichend vom GWB erfaßt Art. 37 Abs. 1 wegen des antiprotektionistischen Grundgedankens auch die Einfuhrmonopole der Marktordnungs-

gliedstaaten, die rechtlich oder faktisch einen merklichen Einfluß auf den Außenhandel haben⁶². Der Anwendungsbereich des Art. 37 Abs. 1 ist allerdings durch die Ausnahmenvorschrift des Art. 36, die den Grundsatz des freien Warenverkehrs durchbricht⁶³, und durch Art. 90 Abs. 2⁶⁴ erheblich eingeschränkt. Art. 37 Abs. 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Errichtung neuer staatlicher Handelsmonopole mit diskriminierender Wirkung zu unterlassen; diese Bestimmung ist im größeren Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 2 zu sehen.

Während Art. 37 Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Interesse einer Beseitigung protektionistischer Beschränkungen des freien Warenverkehrs ausspricht, statuieren die Art. 85 bis 89 — entsprechend den Art. 65 und 66 des Montan-Union-Vertrages — Vorschriften gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen der dem gemeinsamen Markt angehörenden Unternehmen. Eine Sonderregelung für „öffentliche Unternehmen“ und u. a. für Verwaltungsmonopole findet sich in Art. 90, welche Vorschrift sich in Abs. 1 an die Mitgliedstaaten, in Abs. 2 an die Mitgliedstaaten und die betroffenen Unternehmen wendet⁶⁵.

gesetze (*Wohlfarth/Everling/Glaeser/Sprung* Art. 37 Anm. 3), obwohl diese keinen Handel treiben, sondern die Einfuhr lediglich administrativ kontrollieren. Es greifen jedoch die Sondervorschriften über die Landwirtschaft (Art. 38 ff.) ein (vgl. *von der Groeben/von Boeckh* Kommentar Art. 37 Anm. 6 b und 11).

⁶² Von den rechtlichen Monopolen von Verwaltungsträgern gilt Art. 37 Abs. 1 vor allem für die Finanzmonopole. Das heißt im Bereich der Bundesrepublik für das Zündwaren- und das Branntweinmonopol, sowie für das italienische und das französische Tabakmonopol. Für das Branntweinmonopol ist jedoch die Sonderregelung des Abs. 4 und für das Zündwarenmonopol die des Abs. 5 zu beachten.

⁶³ *Schilling* S. 698.

⁶⁴ Hierzu: *von der Groeben/von Boeckh* Kommentar Art. 37 Anm. 5 und Art. 90 Anm. 6, 7; *Schilling* S. 697 f.; *Wohlfarth/Everling/Glaeser/Sprung* Art. 90 Anm. 4—6.

⁶⁵ Die Verpflichtung des Art. 90 Abs. 1 bezieht sich auf „öffentliche Unternehmen“ und auf beliehene Unternehmen Privater. Unter „öffentlichen Unternehmen“ sind die wirtschaftenden Einheiten der öffentlichen Hand zu verstehen, sei es daß durch sie (auch) Verwaltung ausgeübt wird, sei es daß sie (rein) erwerbswirtschaftlichen Charakter haben, ohne daß es auf die Rechtsform ankommt; darunter fallen also öffentliche Anstalten, gemischtwirtschaftliche Unternehmen und verwaltungseigene Gesellschaften des Privatrechts (abw. *von der Groeben/von Boeckh* Kommentar Art. 90 Anm. 3 und *Wohlfarth/Everling/Glaeser/Sprung* Art. 90 Anm. 1, die den Anwendungsbereich auf Unternehmen in öffentlichrechtlicher Rechtsform beschränken; *von Gamm* S. 43, der die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausscheidet). Das ergibt sich aus dem bereits zur Stellung der Verwaltung im Wettbewerbsrecht dargelegten (Textziffern 19, 22).

Die Reichweite des Wettbewerbsrechts einerseits, die Bindung der Wirtschaftspolitik und -gebarung der Mitgliedstaaten andererseits einschränkende Bestimmung des Art. 90 Abs. 2 betrifft neben den Finanzmonopolen die mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betrauten Unternehmen (sc. öffentlichen Unternehmen und beliehene Unternehmen im Sinne des Abs. 1). Diese Begünstigung ergreift den Großteil der Lenkungs- und Leistungsmonopole.

Die Vorschriften des EWG-Vertrages sind den Vorschriften des Schuman-Planes subsidiär (Art. 232 Abs. 1 EWG-Vertrag); für das Verhältnis zu den nationalen Wettbewerbsrechten fehlt eine ausdrückliche Vorschrift (vgl. Art. 87 Abs. 2 lit. e)⁶⁶.

III. Das Verwaltungsmonopol

24.- Eine begriffliche Erfassung des Rechtsinstituts „Verwaltungsmonopol“ im zeitgenössischen deutschen Verwaltungsrecht und eine systematische Ausarbeitung seiner Erscheinungsformen muß sich der Tradition des Rechts und der Rechtstheorie dieser und vergleichbarer Ausschließlichkeitsrechte vergewissern. Das Verwaltungsmonopol ist eine Rechtseinrichtung des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates und insofern ein Geschöpf des modernen Staates und seiner Rechtsordnung. Sein Wesen kann daher nur aus dem Staatsbegriff des gegenwärtigen Staatsverständnisses entwickelt werden. Doch ist die historische Einmaligkeit immer noch eine Einmaligkeit in der Geschichte und als solche dem Gesetz der Kontinuität menschlicher Kulturäußerungen nicht entzogen. Die Geschichtlichkeit eines Rechtsinstituts drückt sich ebenso in seiner geschichtlichen Einmaligkeit wie in seiner historischen Abhängigkeit von einer Rechtstradition aus. Daraus ergibt sich die methodische Folgerung, das Verwaltungsmonopol zwar allein aus der rechtlichen Erscheinungsweise des modernen Staates abzuleiten, es aber damit zugleich aus dem Fluß vergangener Rechtseinrichtungen auszugrenzen, die als seine Vorgänger zu gelten haben.

Maßgebende Autoren der neueren Verwaltungsrechtswissenschaft bezeichnen das Verwaltungsmonopol oder einzelne seiner Erscheinungsformen mit dem überkommenen Ausdruck des „Regals“ und erwecken damit den Anschein einer Kontinuität mit einem mittelalterlichen Rechtsbegriff. Es bedarf daher einer Klärung der Frage, ob und inwiefern eine Verwandtschaft beider Institute besteht. Zwischen den Herrschaftsverbänden, in denen politische Macht unter dem Titel des Regals ausgeübt wurde, und dem modernen Staat, der Staatsgewalt in der Form von Verwaltungsmonopolen verwirklicht, liegt entwicklungs geschichtlich der absolutistische Staat, der Ausschließlichkeitsrechte in der Gestalt von gewerblichen Monopolen begründete.

Dem modernen Staat sind Regale und Monopolprivilegien seinem Wesen nach fremd, doch ebenso wie das Rechtsdenken des absolutistischen Staates diese beiden Begriffe systematisch verarbeitete und ungeachtet ihres verschiedenen historischen Entstehungsgrundes ineinanderfließen ließ, hat die neuere Rechtswissenschaft zwischen dem Verwaltungsmonopol und seinen beiden Vorläufern begrifflich und ter-

⁶⁶ Zu dieser Frage: Rechtsgutachten des Instituts für ausl. u. intern. Wirtschaftsrecht; Koch; Spengler S. 525 f.; Steindorff; Wohlfarth/Everling/Glaeser/Sprung Art. 85 Anm. 13 und Art. 88 Anm. 5, 6.

minologisch keine klaren Grenzen gezogen. Damit ist die Aufgabe dieses Abschnittes gekennzeichnet.

1. Das Regal

25.— H. *Achenbach*, Das gemeine deutsche Bergrecht in Verbindung mit dem preußischen Bergrechte, 1. Teil, 1871; Adolf *Arndt*, Noch einmal der Sachsen- spiegel und das Bergregal, ZRG 23 (1902), 112—122; ders., Einige Bemerkungen zur Geschichte des Bergregals, ZRG 24 (1903), 59—110; ders., Zur Frage des Bergregals, ZRG 24 (1903), 465—467; ders., Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 2. Aufl., 1916; Paul *Arras*, Die Ronkalis- chen Beschlüsse vom Jahre 1158 und ihre Durchführung, Diss. Leipzig 1882; Heinrich *Bechtel*, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands, 1952/1956; Georg *von Below*, Der deutsche Staat des Mittelalters, 2. Aufl., 1925; Georges *Blondel*, Etude sur les droits régaliens et la Constitution de Roncaglia, in: Mélanges Paul Fabre, 1902, pp 236—257; Hugo *Böhlau*, De regalium notione et de salinarum iure regali commentarii, 1855; Conrad *Bornhak*, Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts, 1884/85/86; *Bosl*, Art. Regalien, in: Sach- wörterbuch zur deutschen Geschichte von Hellmut Rössler und Günther Franz, 1958; Wilhelm *von Brünneck*, Das Recht auf Zueigung der von der See ausgeworfenen oder angespülten Meeres-Produkte und das Bernstein-Regal, 1874; Otto *Brunner*, Land und Herrschaft, 4. Aufl., 1959; Hermann *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 1954; Alfons *Dobsch*, Der deutsche Staat im Mittelalter, in: Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters, 1928, S. 101—134; Karl Friedrich *Eichhorn*, Deutsche Staats- und Rechtsge- schichte, Zweiter Teil, 3. Ausgabe, 1821; ders., Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehensrechts, 5. Aufl., 1845; Adalbert *Erler*, Die ronkalischen Gesetze des Jahres 1158 und die oberitalienische Städtefreiheit, ZRG 61 (1941), 127—149; Friedrich *Facius*, Wirtschaft und Staat, 1959; Johannes *Falke*, Die Geschichte des deutschen Zollwesens, 1869; Ludolf *Fiesel*, Zum früh- und hochmittelalterlichen Geleitsrecht, ZRG 41 (1920), 1—40; Paul Wil- lem *Finsterwalder*, Die Gesetze des Reichstages von Roncalia vom 11. Novem- ber 1158, ZRG 51 (1931), 1—69; *Franklin*, Art. Regalien, in: Rechtslexikon, hrsg. von Franz von Holtzendorff, 3. Band, 1. Hälfte, 3. Aufl., 1881, S. 318—321; Bruno *Gebhardt*, Handbuch der deutschen Geschichte, Band 1, 8. Aufl., 1954; Heinrich *Geffcken*, Zur Geschichte des deutschen Wasserrechts, ZRG 21 (1900), 173—217; Wilhelm *Gerloff*, Die öffentliche Finanzwirtschaft, 1942; Otto *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, 1905; Jacob *Grimm*, Deutsche Rechts- alterthümer, 4. Ausgabe, 1899; Leopoldus *Grueter*, De regali metallorum iure, Diss. Bonn 1867; Fritz *Hartung*, Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahr- hundert bis zur Gegenwart, 7. Aufl., 1950; Julius *Hatschek*, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, VerwArch 7 (1899), 424—480; Max *von Heckel*, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, 1. Band, 1907; Andreas *Heusler*, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885/1886; Laurenz *Him- melstoß*, Versuch einer Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhält- nisse der Regalität in Teutschland, 1804; *Hoppe*, Art. Roncaglia, in: Sach- wörterbuch zur deutschen Geschichte von Hellmut Rössler und Günther Franz, 1958; Rudolf *Hübner*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930; Karl Dietrich *Hüllmann*, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland, 1806; Hans Conrad *Kalisch*, Über das Verhältnis des Geleitsregals zum Zollregal, Diss. Berlin 1901; Carolus *de Kaltenborn*, Doctrinae de Regalium generalium Natura ac Divisione Particula I, Diss. Halae 1845; Fritz

Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, 1952; Johann Ludwig *Klüber*, Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten, 2. Aufl., 1822; Rudolf *Kötzschke*, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters, 1924; *Kommer*, Über die Entwicklung des Bergregals bis zum Jahre 1273 und die Sachsenspiegelstelle I, 35, ZfB 10 (1869), 376—398; Paul *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 3. Aufl., 1958; Hermann *Krause*, Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, ZRG 75 (1958), 206—251; Herbert *Krüger*, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft Heft 3, o. J.; Josef *Kulischer*, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, 1958; Justus Christoph *Leist*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1803; Friedrich *Lütge*, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., 1960; Ernst *Mayer*, Deutsche und französische Verfassungsgeschichte vom 9. bis zum 14. Jahrhundert, I. Band, 1899; Theodor *Mayer*, Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im hohen Mittelalter, HZ 159 (1939), 457—487; Heinrich *Mitteis*, Lehnrecht und Staatsgewalt, 1933; ders., Der Staat des hohen Mittelalters, 1948; Johann Jacob *Moser*, Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici, 2. Aufl., 1735; Rudolf *Müller-Erbach*, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1916/17; Hans *Planitz*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 1949; Friedrich *Ranzi*, Königsgut und Königsforst, 1939; Wilhelm *Roscher*, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien, Abhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften XXI. Band = Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften, IX. Band (1884), No. II (S. 115—199); ders., System der Finanzwissenschaft, 5. Aufl., bearbeitet von Otto Gerlach, 1901; Karl *Roth*, Geschichte des Forst- und Jagdwesens in Deutschland, 1879; Hermann *Rudorff*, Zur Erklärung des Wormser Konkordats, 1906; Friedrich Carl von *Savigny*, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Ausgabe, 1850, 4. Band; Edgar *Schmidt*, Die Stellung des Sachsenspiegels zum Bergregal, Diss. Breslau 1910; Gustav *Schmoller*, Umriss und Untersuchungen zur Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsgeschichte, 1898; Ernst *Schönbauer*, Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 12. Heft, 1929; Richard *Scholz*, Beiträge zur Geschichte der Hoheitsrechte des deutschen Königs zur Zeit der ersten Staufer (1138—1197), 1896; Erich *Schrader*, Zum Bergrecht und zum Schatzrecht im Sachsenspiegel I, 35, ZRG 74 (1957), 178—197; ders., Das Bergrecht im Sachsenspiegel, ZfB 100 (1959), 133—152; Richard *Schröder*, Die Franken und ihr Recht, ZRG 2 (1881), 1—82; ders., Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1907; v. *Schwerin*, Art. Regalien, in: Reallexikon der Germanistischen Altertumskunde, hrsg. von Johannes Hoops, 3. Band, 1915—16; W. *Sickel*, Zur Geschichte des Bannes, 1886; Christian Ludwig *Stieglitz*, Geschichtliche Darstellung der Eigentumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland von den ältesten Zeiten bis zur Ausbildung der Landeshoheit, 1832; Otto *Stolz*, Über den Begriff Regalien in der österreichischen Geschichte, Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 39 (1952), 152—158; Hermann *Strauch*, Ueber Ursprung und Natur der Regalien, 1865; Eugen *Suhle*, Barbarossas Constitutio de Regalibus vom November 1158 und ihre Durchführung, Diss. Rostock, 1893; Anton *Tautscher*, Die öffentliche Wirtschaft, 1953; Fritz *Terhalle*, Die Finanzwirtschaft des Staates und der Gemeinden, 1948; Hans *Thieme*, Die Funktion der Regalien im Mittelalter, ZRG 62 (1942), 57—88; Heinrich *Troe*, Münze, Zoll und Markt und ihre finanzielle Bedeutung für das Reich vom Ausgang der Staufer bis zum Regierungsantritt Karls IV., 1937; W. *Troeltsch*, Art. Regalien, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften,

3. Aufl., 1911, 7. Bd., S. 57—61; Winandus *Virnich*, De juris regalis metallorum origine ac progressu, Diss. Tübingen 1871; Alfred *Voigt*, Kirchenrecht, 1961; Johannes *Voigt*, Geschichte Preußens, von den ältesten Zeiten bis zum Untergange der Herrschaft des Deutschen Ordens, 1827—39; Jacob *Wackernagel*, Die geistigen Grundlagen des mittelalterlichen Rechts, 1929; Hans-Wolrad *Waitz*, Die Entwicklung des Begriffs der Regalien unter besonderer Berücksichtigung des Postregals vom Ende des 16. bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, 1939; *Wattenbach/Levison*, Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter, 3. Heft, 1957; Julius *Weiske*, Der Bergbau und das Bergregal, 1845; Wilhelm *Westhoff*/Wilhelm *Schlüter*, Geschichte des deutschen Bergrechts, ZfB 50 (1909), 27—95, 230—269, 357—386, 492—532, 51 (1910), 93—146, 217—276; Franz *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952; Karl *Zeumer*, Studien zu den Reichsgesetzen des XIII. Jahrhunderts, ZRG 23 (1902), 61—112; Adolf *Zycha*, Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues bis ins 13. Jahrhundert, 1899; ders., Das böhmische Bergrecht des Mittelalters auf der Grundlage des Bergrechts von Iglau, 1900; ders., Über den Ursprung der deutschen Bergbaufreiheit und deren Verhältnis zum Regal, ZRG 24 (1903), 338—347; ders., Besprechung von Adolf *Arndt*, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 2. Aufl., 1916, ZRG 38 (1917), 399—412; ders., Besprechung von Ernst *Schönbauer*, Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts, 1929, ZRG 50 (1930), 407—423; ders., Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1949.

26.— Das Wort „Regal“ wird nachweisbar seit etwa 800 Jahren in Rechtssätzen und in wissenschaftlichen Arbeiten verwendet, mit den verschiedensten Bedeutungen. Es gibt nicht nur einen Begriff des Regals, sondern deren eine ganze Anzahl, je nach der Epoche und je nach dem Zusammenhang, in denen der Ausdruck begegnet¹. Das Regal ist ein Gegenstand nicht nur der Rechts- und Verfassungsgeschichte, sondern auch der Geschichte der Staatswirtschaft. Für die rechtsgeschichtliche Betrachtungsweise steht das Regal als eine Erscheinungsform der Staatsgewalt, als Hoheitsrecht, im Mittelpunkt. Demgegenüber versteht die finanzgeschichtliche Betrachtungsweise das Regal als eine Quelle der Einkünfte des Gemeinwesens².

Verfassungsgeschichtlich gesehen sind die Regalien ein Institut des Lehensrechts und stehen sie in unlösbarem Zusammenhang mit der

¹ Es ist daher nicht damit getan, den Regalitätsbegriff zum „Gesamtrechtssystem des feudalistischen Staats“ in Beziehung zu setzen (so *Burmester* AÖR 23/1908, 71/75). — Eine überblicksweise Orientierung über Geschichte und Entwicklung des Regals vermitteln: *Franklin*; *Gierke* II, § 124 I; v. *Heckel* S. 85 ff.; *Krüger* S. 162 ff.; *Stolz*; *Wagner* FinW I § 207.

² Vor allem *Adolph Wagner* (FinW I § 199) hat die Notwendigkeit der methodischen Unterscheidung der Standpunkte der Rechtswissenschaft, der Rechtsgeschichte, der Finanzpolitik und der Finanztheorie betont, deren Außerachtlassen eine sachgemäße Kategorienbildung verhindert. Er zeigt gerade am Beispiel des Regals, wie sehr das Fehlen methodischer Besinnung dessen Begriff verwirrt hat: Die unkritische Übernahme des rechtsgeschichtlichen oder positivrechtlichen Regalbegriffs in die Finanzwirtschaft stürzte eine Systembildung überhaupt und ließ Steuern und Gebühren als Regalien erscheinen (z. B. die Finanzmonopole einerseits, die Post- und Telegrafeneinkünfte andererseits).

rechtlichen Gestalt der königlichen Herrschaftsgewalt des Mittelalters und mit der Entwicklung der Herrschaftsgewalt der Territorialherrn. Die Herrschaftsgewalt wurde nicht abstrakt-einheitlich, wie im institutionellen Staatsbegriff seit dem naturrechtlichen Staatsverständnis, sondern personal begriffen³. Ihre in der Rückschau des modernen Rechtsdenkens übliche Auffassung als Insgesamt der Regalien, wie überhaupt die Gleichsetzung der Regalien mit Hoheitsrechten, muß sich der ganz andersartigen Vorstellung des Mittelalters vom Recht bewußt bleiben⁴. Bis zur „Verwissenschaftlichung“ des deutschen Rechtsdenkens durch die Rezeption (*Wieacker*) wurde die Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts nicht durchgeführt, und es wurden dementsprechend unter dem Begriff des Regals „Befugnisse“ zusammengefaßt, die heute teils als öffentlich-rechtlich, teils als privatrechtlich eingeordnet werden. Die Lehre von der einheitlichen Staatsgewalt der juristischen Person Staat ließ die Funktion des Begriffs Regal für die Beschreibung der Befugnisse des Kaisers und der Fürsten hinfällig werden. Dennoch lebte das Wort als Bezeichnung der einzelnen Aspekte der Staatsgewalt — „Polizeiregal“, „Gerichtsregal“, usf. — bis ins 19. Jahrhundert fort. Eine größere Bedeutung hatte der Ausdruck in derselben Zeit für bestimmte Rechtseinrichtungen, denen ein überwiegend privatrechtlicher Charakter zugeschrieben wurde, und hieraus erklärt sich die Aufnahme des Begriffs in Art. 73 EGBGB und Art. 155 Abs. 4 Satz 2 WeimRVerf.

In der Finanzgeschichte sind die Regalien eine besondere Art öffentlicher Einkünfte neben dem Grundbesitz und den Steuern. Indem je nach dem Vorherrschen der einen oder anderen Einkunftsart Typen der Staatswirtschaften gebildet werden und ein Entwicklungsgang zwischen den Arten der Einkunftserzielung festgestellt wird, werden Dominialwirtschaft, Regalwirtschaft und Steuerwirtschaft als aufeinanderfolgende finanzwirtschaftliche Epochen erkannt⁵.

Das Zeitalter der Regalwirtschaft wird wiederum in einen älteren und einen jüngeren Regalismus aufgeteilt, wobei das scheidende Kriterium das Einsetzen einer ausgebildeteren Besteuerung ist. Während der ältere Regalismus durch den Ausbau der nutzbaren Regalien gekennzeichnet ist, zeichnet sich der jüngere Regalismus, der verfassungsgeschichtlich mit dem Absolutismus verbunden ist, durch das Aufkommen öffentlicher Unternehmen und deren Monopolisierung aus. Hierin fand der Landesherr im Gegensatz zur Steuer, die als „außerordent-

³ Über die dem Mittelalter eigentümliche Vorstellung politischer Ordnungsmacht und das Maß ihrer „Staatlichkeit“: *Brunner* S. 111 ff.; *Wackernagel* S. 15, 18 f. *Von Below* und *Dobsch* messen der Herrschaftsgewalt der mittelalterlichen Kaiser ein größeres Maß an „Staatlichkeit“ bei.

⁴ Vgl. *Brunner* S. 133 ff.; *Kern* S. 11 ff.; *Krause*.

⁵ *Von Heckel* S. 33; *Roscher* Theorie S. 118; *Terhalle* § 12, 3. — Zum Steuerbegriff des Mittelalters: *Brunner* S. 273 ff.

liche“ Abgabe dem Bewilligungsrecht der Stände unterlag, eine dem Einfluß der Stände entzogene Einnahmequelle⁶. Im Verfolg dieser Entwicklung verschmolzen die überkommenen Finanzregalien mit den in großer Zahl neuerfundenen merkantilistischen Monopolen.

27.— Für die *fränkische* Königszeit ist eine greifbare rechtliche Ausbildung der Regalien nicht mit Sicherheit nachweisbar. Die königliche Herrschaftsgewalt äußerte sich im Königsbann⁷. Die Verbindung der Vorrechte des fränkischen Königs, die sich insbesondere auf die Gerichtsbarkeit, das Heerwesen, das herrenlose Land, die schiffbaren Flüsse, die Heerstraßen, den Zoll, die Münze und die Jagd (Wildbann) bezogen, mit der erst in der Zeit des Investiturstreits deutlich hervortretenden Regalitätsvorstellung⁸, ist daher in ihrer Angemessenheit zweifelhaft. Zweifel bestehen in verstärktem Maß an der Sachgemäßheit der Theorie vom „Bodenregal“ der fränkischen Könige als dem einheitlichen Grund der Regalienentwicklung, die besonders *Schröder* ausgearbeitet hat⁹.

28.— Die ersten nachweisbaren juristischen Bestimmungen der Regalien erfolgten im 12. Jahrhundert. Der Anlaß sind Auseinandersetzungen des Kaisers einerseits mit dem Papst, andererseits mit den ober-

⁶ *Gerloff* S. 186; *Roscher* Theorie S. 118; *Schmoller* S. 159; *Tautscher* S. 182 f.; *Terhalle* § 12, 3.

⁷ Vgl. *Bosl* im Handbuch der deutschen Geschichte, hrsg. von Gebhardt, § 224 („... die Summe der Rechte, die der König kraft seines besonderen Königsheil übte“); *Conrad* S. 133; *Schröder* Lehrbuch S. 116 f.; *Sickel*.

⁸ So etwa bei: *Dobsch* S. 106; *Gerber*, System des Deutschen Privatrechts, 17. Aufl., 1895, § 56; *Thieme* S. 61.

⁹ *Schröder* Lehrbuch S. 191, 204, 218 ff.; ders., *Die Franken* S. 62 ff. Ihm folgend: *Geffcken* passim; *Krüger* S. 162. Dagegen: *Heusler* I § 73; *Kötzschke* S. 156 und 162; *Scholz* S. 83 f.; *v. Schwerin* § 6; *Sickel* S. 45 ff.

Schröder sieht im „Bodenregal“, einem so mit einem modernen Kunstwort bezeichneten Phänomen, eine aus dem salischen Recht (z. B. Tit. 14 § 4 der *lex Sal.*) ins Reichsrecht übergegangene Rechtsinstitution, kraft der der König befugt gewesen sei, auf jedem Grund, nicht nur auf Königsland, unbeschränkt Banngebiete zu schaffen, die dem Eigentümer die Nutzung insb. der Jagd und der Bodenschätze entzogen, und die so zur Quelle des späteren Berg-, Salz- und Jagdregals geworden sei. *Schröder* identifiziert das „Bodenregal“ mit dem „Obereigentum“ des Königs, einer Rechtsfigur, die in irreführender Weise aus römischrechtlichen Quellen in die deutschrechtliche gewere hineingetragen wurde (vgl. *Gerber* a.a.O. §§ 70, 71; *Mitteis* Staat S. 441 f.; *Thieme* S. 79 ff.). Die Hypothese vom allgemeinen „Bodenregal“ steht auch im Widerspruch zu der Darstellung bei *Grimm* Cap. I Nr. 10, wonach der dem Königsbann unterworfenen Grund und Boden (Bannforste, Bannströme) sich vom Grund der Privaten und der Markengenossenschaften unterschied (ebenso *Conrad* S. 121) und der König erst nach der Karolingerzeit in großem Umfang von seinem Bann auch außerhalb des Königsgutes Gebrauch machte. Zu den Inforestierungen seit der Karolingerzeit: *Eichhorn* Einleitung §§ 280, 284; *Gerber* a.a.O. § 80; *Hübner* § 39 I; *Ranzi*; *Roth* §§ 50 ff. *Bosl* (in *Gebhardts* Handbuch §§ 232, 244) spricht nur von einem „Bodenregal“ in bezug auf das herrenlose und eroberte Land und erklärt es als Ausfluß des altgermanischen Heerführertums.

italienischen Städten über die Rechtszuständigkeit bestimmter Rechte, die der König als Regalien für sich in Anspruch nahm.

In den Urkunden des *Investiturstreits* — so in den Verhandlungen des Jahres 1111 (MGH Const I, 85), im später annullierten Vertrag von Sutri vom 12. 2. 1111 (MGH Const I, 141) und im Wormser Konkordat vom 23. 9. 1122 (MGH Const I, 159) — werden diejenigen Rechte der geistlichen Fürsten die als vom Kaiser verliehen und ihm daher ursprünglich zustehend anzusehen sind, als „regalia“ bezeichnet¹⁰. Diese Konstruktion der Investitur wurde in der Schule von Chartres, insbesondere durch *Ivo von Chartres* († 1116), im letzten Jahrzehnt des 11. Jahrhunderts vorbereitet¹¹. Die Art der so genannten ursprünglich königlichen Befugnisse¹², d. h. die hier vorzufindende Bestimmung des Regalbegriffs, erklärt sich aus der hier hervortretenden Funktion der Regalien in der Abscheidung der *Spiritualia* und der *Temporalia*.

Wegen der unterschiedlichen Zweckrichtung seiner Verwendung erscheint der Regalbegriff in anderer Bedeutung im sog. Regalienkatalog der Beschlüsse des Reichstages von *Roncaglia* im November 1158 (MGH Const I, 244)¹³. Obwohl auch die dort aufgezählten kaiserlichen Rechte¹⁴ kein einheitliches System, sondern ein „Konglomerat“ (*von Heckel*) dar-

¹⁰ Hierzu: *v. Below* S. 149 f.; *Bosl* Art. Regalien; ders. *Gebhardts Handbuch* § 240; *Conrad* S. 369 ff.; *Jordan* in *Gebhardts Handbuch* §§ 95, 97, 100; *Theodor Mayer* S. 468 f.; *Mitteis* *Lehnrecht* S. 424 ff.; *Rudorff* S. 23 ff. (mit eingehender Auseinandersetzung); *Scholz* S. 74 f., 84; *v. Schwerin* § 1.

¹¹ Vgl. *Ivos* Briefe an den päpstlichen Legaten in Frankreich (MGH Lib. de lite II, 642). *Mitteis* *Staat* S. 231 f.; *Voigt* *Kirchenrecht* S. 73.

¹² Zu diesen werden gezählt: Herzogtümer, Grafschaften, Münzen, Zölle, Märkte, Königshöfe, Burgen u. a.

¹³ Hierzu: *Arndt* *Geschichte und Theorie* S. 46 ff.; *Arras*; *v. Below* S. 148 ff.; *Blondel*; *Bosl* Art. Regalien; *Conrad* S. 248; *Finstertalder* (mit ausgebreiteter und textkritischer Heranziehung der Quellen); *v. Heckel* S. 418; *Hoppe* Art. *Roncaglia*; *Jordan* in *Gebhardts Handbuch* § 114; *Theodor Mayer* S. 470 f.; *Mitteis* *Staat* S. 318 f.; *Suhle*.

¹⁴ Öffentliche Straßen, schiffbare Flüsse, Zölle (zum Begriff des *vectigal*: 1 17 D 50, 16) und andere Abgaben (zum Begriff der *arimanniae*: *Theodor Mayer* S. 471), Münzen, Silberbergwerke, Erträge („*redditus*“) der Salzbergwerke u. a. — Der bei den Regalien der roncalischen Konstitution hervortretende Zug der Nutzbarkeit dieser Rechte ist oft angemerkt worden, doch kann nicht angenommen werden, daß nur die nutzbaren Regalien hier angeführt werden sollten (so *Burmester* a.a.O. — Anm. 1 — S. 105 f.), oder daß man zu dieser Zeit die Regalien nur als nutzbare Rechte verstanden hätte. Denn die Beschlüsse von *Roncaglia* dienen in erster Linie der Wiederaufrichtung und Befestigung der kaiserlichen Gewalt in Oberitalien, wie u. a. von *Franklin* und *Erlor* S. 127 f. 131 betont wird. Dies wird aus einer Stelle in dem Bericht des *Rahewin* (*Gesta Frid.* MGH SS 20/III c. 53, p. 228) deutlich, die *Finstertalder* und *Erlor* zitieren: „... de iustitia regni, que multo iam tempore apud illos (sc. Lombardos) obumbrata in desuetudinem abiit, per necessaria sapientum collatione dissereret, diuque obsoletam elucubraret.“ Demnach waren die dem Kaiser in Reichsitalien überhaupt zustehenden Rechte hier zusammengestellt. Damit steht es nicht in Widerspruch, daß in der Italienpolitik *Friedrichs I.* wirtschaftliche Gesichtspunkte eine große Rolle spielten und die Einnahmen der im Regalienkatalog befestigten Rechte bedeutend waren (vgl. *Jordan* a.a.O.).

stellen, stehen sie doch einem faßbaren Begriff des Regals näher als die „regalia“ des Investiturstreits. Das ist darauf zurückzuführen, daß dieser Katalog als Weistum die Kodifikation eines als gewohnheitsrechtlich angenommenen Rechtsbestandes war¹⁵, daß in ihm sich ein in seiner Tragweite allerdings umstrittener römisch-rechtlicher Einfluß geltend machte¹⁶ und daß an seiner Ausarbeitung Bologneser Juristen beteiligt waren¹⁷.

Der ronkalisches Regalienkatalog blieb in seiner rechtlichen Wirkung auf Italien beschränkt¹⁸. Er wurde in die dem Corpus Iuris Justiniani angeschlossenen libri feudorum aufgenommen (Const II, 56) und später mit diesen rezipiert¹⁹. Auf diesem Wege gewann er Einfluß auf die Regalientheorie, ohne aber — wegen der veränderten staatsrechtlichen Verhältnisse — geltendes Recht zu werden²⁰.

29.— In rechts- und verfassungsgeschichtlichen Untersuchungen ist der Begriff der Regalien im Mittelalter und der Bestand der Regalien im einzelnen herausgearbeitet worden²¹.

Regalien im Sinne des mittelalterlichen Rechts waren die dem König ursprünglich und ausschließlich zustehenden, aber lehensweise vergebaren Rechte, die sich auf einen bestimmten Gegenstand bezogen und deren Summe einen wesentlichen Ausschnitt der Herrschaftsgewalt des Königs bildete, ohne diese erschöpfend zu beschreiben. Die bereits in der fränkischen Zeit sicher aufzuweisenden Befugnisse — insbesondere Markt-, Münz- und Zollrecht — können als ältere Regalien den erst im Laufe des Hochmittelalters vom König in Anspruch genommenen Rechten — insbesondere Straßen-, Strom-, Jagd- und Bergregal — als den jüngeren Regalien gegenübergestellt werden.

¹⁵ Finsterwalder S. 7 f.

¹⁶ Vgl. Arras S. 9 ff.; v. Below S. 152 ff., der den römischrechtlichen Einfluß für unbedeutend hält („Es war im Grunde doch nur das deutsche System, das König Friedrich auf das nördliche und mittlere Italien anwandte“); Blondel pp 251 sqq, der ein Überwiegen germanischer Rechtsanschauungen annimmt; Finsterwalder S. 64 ff., der einen deutlichen, wenn auch nicht ausschließlichen römischrechtlichen Einfluß wahrscheinlich macht; Koschaker S. 73; Theodor Mayer S. 470 f.; Suhle S. 6 f.

¹⁷ Es handelte sich um die berühmten „vier Doktoren“ Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus und Hugo (vgl. Savigny S. 171 ff.).

¹⁸ Conrad S. 475 (Reichsweistum für Italien); Roscher Theorie S. 117 Anm. 1; Theodor Mayer S. 485; Scholz S. 84. Arndt Geschichte und Theorie S. 61 nimmt an, daß dem Regalienkatalog die in Deutschland bestehende Rechtslage zugrunde gelegt wurde.

¹⁹ Planitz S. 71; Zycha Rechtsgeschichte § 25.

²⁰ Vgl. Klüber S. 90 (§ 72 c); Himmelstoß § 3; Jargow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien oder majestätischen Rechten eines Regenten, 1757, Vorrede § 7; Stieglitz S. 194 f. Abw. Müller-Erzbach S. 47.

²¹ Vgl. insb. Arndt Geschichte und Theorie S. 44 ff.; Bosl in Gebhardts Handbuch § 243; Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte § 362; v. Heckel S. 85; Heuser I § 68 und § 74; Hübner §§ 39 ff.; Stolz; Thieme; Troeltsch. Ernst Mayer § 10 und Scholz S. 84 ff. verstehen die Regalien irreführend nur als fiskalische Rechte.

Von der Funktion her wird häufig der nutzbare Charakter der Regalien betont²², und in der Tat setzten sich die Einkünfte des Reiches im wesentlichen aus der Nutzung des Königsgutes und der Regalien zusammen²³, und das Hervortreten der zweiten Einkunftsart leitet in die staatswirtschaftliche Epoche des älteren Regalismus über. Doch mit Recht ist, vor allem von *Dobsch* und *Thieme*, darauf hingewiesen worden, daß die Regalien ihrem eigentlichen Wesen nach zuerst allgemein politische Kompetenzen waren, deren Ausübung am gemeinen Nutzen zu orientieren und deren Verleihung eine der Dezentralisation ähnliche Verwaltungstechnik war²⁴. Soweit man bei der feudalistischen Herrschaftsform des mittelalterlichen Reiches, die nur mit Vorbehalt als „Staat“ bezeichnet werden kann, überhaupt von einer Territorialverwaltung sprechen kann, beruht diese auf dem Regaliensystem.

Ihrem Inhalt nach lassen sich die Regalien, wenn man diese mit modernen Begriffen in Beziehung setzt, in zwei Gruppen aufteilen: Regalien der Verwaltung, vor allem der Wirtschaftsverwaltung, und Regalien der Gebietshoheit.

Zur ersten Gruppe sind hauptsächlich das Münz-, Zoll- und Marktregal zu zählen. Das Münzregal, das ebenso wie das Zollregal auf römischen Ursprung zurückgeführt wird²⁵, beinhaltete die Befugnis, Münzen zu prägen und das Münzwesen zu ordnen²⁶. Das Zollregal war das

²² *Bosl* in Gebhardts Handbuch § 243; *Planitz* S. 71.

²³ *Conrad* S. 365.

²⁴ *Dobsch* S. 123; *Thieme* S. 64 ff. („Die Verleihung beinhaltete die Zuweisung von Verwaltungsaufgaben“); *Bosl* in Gebhardts Handbuch § 225; *Conrad* S. 369 ff.

²⁵ Vgl. *Conrad* S. 155 f.

²⁶ Zum Münzwesen des Mittelalters: *Conrad* S. 370 ff.; *Kötzschke* S. 148 ff., 520 ff.; *Kulischer* I, 315 ff.; *Scholz* S. 105 ff.; *Troe* S. 7 ff.

Das von den Karolingern — Prägung von Goldmünzen bereits durch Karl d. Gr. (*Wattenbach/Levison* S. 299 f.) — streng als königliche Befugnis festgehaltene Münzregal wurde bereits seit dem 9. Jahrhundert durch zahlreiche Verleihungen geschwächt, was schließlich zu einer außerordentlichen Verwirrung des Münzwesens führte (*Conrad* S. 372; *Kulischer* I, 95 und 325 f.; *Lütge* S. 172; *G. Meyer VerWR* § 81 Anm. 3; *Schröder Lehrbuch* S. 199). Trotz der weitgehenden Aufsplitterung des Prägerichts wurde das königliche Recht, das Münzwesen zu ordnen, stets aufrechterhalten (*Conrad* S. 371; *Scholz* S. 170; *Schröder Lehrbuch* S. 537), während sich das königliche Prägericht auf die Reichslande und wenige Prägeorte (im Spätmittelalter im wesentlichen nur Frankfurt, Nürnberg und Schwäbisch-Hall; vgl. *Troe* S. 31 ff., 107 ff.) beschränkte.

Zur Rechtentwicklung: Conf. cum princ. eccl. vom 26. 4. 1220, c. 2, MGH Const II, 89, und Stat. in fav. princ. Heinrichs VII. vom 1. 5. 1231, c. 17, MGH Const II, 418, und Stat. in fav. princ. Friedrichs II. vom Mai 1232, c. 17, MGH Const II, 211 (keine neuen königlichen Münzstätten in den Territorien); Reichsspruch über das Münzrecht vom 30. 4. 1231, MGH Const II, 416 (Münzordnung); Reichslandfriede Heinrichs VII. vom 11. 2. 1234, c. 9, MGH Const II, 428, und Mainzer Reichs-Landfrieden Friedrichs II. vom August 1235, c. 11, MGH Const II, 241, und Reichs-Landfriede Rudolfs vom 24. 3. 1287, c. 23, 24, MGH Const III, 370 (Beseitigung rechtswidriger Münzstätten und Münzorte); Ssp Ldr III, 60 und Schwsp Ldr c. 133 (Heimfall der verliehenen Münze an den

Recht, Zollstätten zu errichten und aufzuheben, an ihnen Zölle zu erheben und die Höhe des Zollgefälles festzusetzen (ius telonii)²⁷. Das Marktregal bestand in der Befugnis, Märkte zu errichten und aufzuheben, den Marktverkehr zu ordnen, die Marktgerichtsbarkeit auszuüben und bestimmte Abgaben zu erheben^{28 29}.

Unter die zweite Gruppe fallen in erster Linie das Straßenregal, Stromregal, Fischereiregal, Jagdregal, Berg- und Salzregal und das Strandregal³⁰. Die großen Heerstraßen standen als „des Königs Stra-

im Münzort weilenden König); Schwsp Ldr c. 364 („... wir sprechen daz alle zoelle unde alle miuntze, die in Roemeschem riche sint, die sint eines Roemeschen kiuniges; und swer si wil han, er si phaffe oder leige, der muoz si han von einem Roemeschen kiunige unde von dem Roemeschen riche; und swer dez niut en tuot, der vrevelt an dem riche.“); Bulla Aurea, 1356, Cap. X: De monetis, *Zeumer* Nr. 148; Reformation Friedrichs III. vom 14. 8. 1442, c. 17, 18, *Zeumer* Nr. 166 (Münzordnung).

²⁷ Zum mittelalterlichen Zollwesen: *Conrad* S. 372 f.; *Falke* S. 26 ff.; *Roscher* Theorie S. 126; *Scholz* S. 94 ff.; *Troe* S. 112 ff. *Geffcken* S. 193 f. betrachtet für die Flußzölle das Zollregal als Bestandteil des Stromregals, wobei er sich auf die zweifelhafte Konstruktion des Bodenregals stützt und den Einfluß des römischen Zollwesens gering veranschlagt; a.a.O. S. 216 f. wird das germanistische Vorurteil und die Geringschätzung des römischen Rechts besonders deutlich. Zwischen beiden Regalien muß sowohl historisch wie systematisch ein Unterschied gemacht werden (der Regalienkatalog von 1158 führt die Zölle selbständig neben dem Strom- und dem Straßenregal auf), mag auch später, als die nutzbare Seite der Regalien in den Vordergrund trat, dieser Unterschied verwischt worden sein.

Die Rechtsentwicklung verlief ähnlich wie beim Münzregal. Hierzu: Reichspruch über die Mainzölle vom 6. 4. 1157, MGH Const I, 225; Conf. cum princ. eccl., c. 2 (keine neuen Zollstätten in den Territorien); Reichs-Landfriede Heinrichs VII., c. 9, und Mainzer Reichs-Landfriede, c. 7, und Reichs-Landfriede Rudolfs, c. 17, 18 (Beseitigung rechtswidriger Zollstätten); Schwsp Ldr c. 364; Edikt Albrechts vom 7. 5. 1301, MGH Const IV, 108 (Aufhebung aller nach Friedrich II. errichteten Zölle); Bulla Aurea, cap. IX § 2; Wahlkapitulation Karls V. vom 3. 7. 1519, § 18, *Zeumer* Nr. 180 (keine selbständigen Zollfestsetzungen und -erhöhungen durch den König).

²⁸ Vgl. *Conrad* S. 125 und 373; *Kulischer* I, 93; *Hans Pagenkopf*, Einführung in die Kommunalwissenschaft, 1960, S. 22; *Scholz* S. 102 ff.

Zur Rechtsentwicklung: Reichspruch über Marktrecht und -gerichtsbarkeit vom 22. 7. 1218, MGH Const II, 75; Stat. in fav. princ., c. 2, 3; Ssp Ldr II, 26; Schwsp Ldr c. 143.

²⁹ Neben den genannten Regalien wäre noch das Judenregal zu nennen, in dem die dem Mittelalter selbstverständliche Diskriminierung der Juden zum Ausdruck kam. Hierzu: Ssp Ldr III, 2 und 7 sowie Schwsp Ldr c. 125 (rechtliche Sonderbehandlung); Mandat Rudolfs wegen Einziehung der Güter flüchtiger Juden auf Grund des Judenregals vom 6. 12. 1286, MGH Const III, 368; Bulla Aurea cap. IX.

³⁰ Diese Regalien stehen zunächst mit der Vorstellung in Verbindung, daß herrenloses Gut dem König zustehe. Fischerei-, Jagd- und Bergregal wurden als besondere Nutzungsarten des Boden begriffen, die vom Grundeigentum losgelöst dem König kraft seines Bannrechts („Obereigentum“) zuständen (*Planitz* S. 71; *Wilhelm Vocke*, Die Grundzüge der Finanzwirtschaft, 1894, S. 31). Dieses Bannrecht hat, nach heutigem Verständnis, einen wesentlich öffentlichrechtlichen Charakter, da zwischen königlichem Grundeigentum und der Gebietshoheit nicht deutlich unterschieden wurde (vgl. *Conrad* S. 565 f.; *Planitz* S. 16 und 64; abw. *Heusler* I § 68). Die Einbeziehung der herrenlosen Sachen, z. B. der öffentlichen Straßen und Flüsse, in die Herrschaftsgewalt

ßen“ (viae regiae) dem Reiche zu³¹. Ein vom Straßenregal abhängiges Recht war das Geleitsrecht (ius conductus), das den Schutz der Reisenden gegen die Entrichtung eines Geleitsgeldes zum Inhalt hatte³². Ebenso wie die Heerstraßen wurden auch die schiffbaren Flüsse als Königswege angesehen. Das Stromregal umfaßte auch das Recht, Brücken, Fähren, Häfen und Mühlen zu errichten, sowie das sog. Grundruhrrecht, das Aneignungsrecht an gestrandetem Gut³³. Das Strandregal betraf das herrenlose Strandgut, hatte aber früher auch für den Meeresstrand den dem Grundruhrrecht entsprechenden Inhalt³⁴. Das Jagdregal ist eine Fortentwicklung des königlichen Wildbannrechts gewesen und stellte sich als Einschränkung des ursprünglich freien Jagdrechts an den als herrenlos betrachteten jagdbaren Tieren dar³⁵. Eine ähnliche Rechtslage bestand hinsichtlich des Fischereiregals³⁶. Der ursprünglich³⁷ für Bergwerke und Salzbergwerke allein geforderte Bergzehnt³⁸

des Königs erfolgte frühestens in der Karolingerzeit; sie steht mit der deutschrechtlichen Regelung, die vom Gemeingebrauch an den herrenlosen Sachen ausgeht, im Widerspruch (vgl. *Geffcken* S. 181 ff.; *Heusler* I § 73 a. E.).

³¹ *Conrad* S. 374; *Scholz* S. 94; *Schröder* Lehrbuch S. 406, 547; *Zeumer* Studien S. 101 ff.

Zur Rechtsentwicklung: Reichsspruch über die Freiheit der Königsstraßen vom 23. 7. 1224, MGH Const II, 402; Stat. in fav. princ., c. 4; Mainzer Reichs-Landfriede, c. 10; Ssp Ldr II, 59 § 3; Reichsspruch gegen den Straßenzwang vom Juli 1236, MGH Const II, 273.

³² *Conrad* S. 373 f.; *Fiesel*; *Kalisch*; *Schröder* Lehrbuch S. 541; *Troe* S. 210 ff.

Zur Rechtsentwicklung: Stat. in fav. princ., c. 14; Reichs-Landfriede Heinrichs VII., c. 12 (Item precipimus, quod nullus conductum alicui prebeat, nisi forte conductum a nobis et ab imperio iure possideat feudali); Mainzer Reichs-Landfrieden, c. 7 und 12; Ssp Ldr II, 27 § 2; Reichsspruch über das Geleitsrecht vom 22. 5. 1240, MGH Const II, 444; Schwsp Ldr c. 194; Landfriede Rudolfs für Bayern vom 6. 7. 1281, c. 24, MGH Const III, 268; Verordnung Rudolfs wegen des Geleitsrechts vom 30. 3. 1283, MGH Const III, 335; Reichs-Landfriede Rudolfs, c. 17, 18.

³³ *Conrad* S. 374; *Geffcken* S. 188 ff.; *Hübner* § 40, I 1; *Scholz* S. 91 ff.; *Schröder* Lehrbuch S. 545 f.

Zur Rechtsentwicklung: Const. de correctione Rheni Friedrichs I. vom November 1165, MGH Const I, 323; Gesetz Heinrichs VI. über das Recht der Grundruhr vom 24. 6. 1196, MGH Const I, 521; Ssp Ldr II, 28; Reichssprüche über insula in flumine nata u. a. vom 14. 4. 1294, MGH Const III, 487; Art. 218 der Const. Crim. Car. (endgültige Abschaffung des Grundruhrrechts).

³⁴ *Conrad* S. 376; v. *Brünneck* S. 1 ff.

Die Const. in Basilica Beati Petri Friedrichs II. vom 22. 11. 1220, c. 8, MGH Const II, 109, und die Sententiae de bonis naufragantium et de falsis monetis Wilhelms von Holland vom 6. 2. 1255, MGH Const II, 473, wenden sich scharf gegen ein Grundruhrrecht zu Lasten Gestrandeter und erklären entgegenstehendes Herkommen für abgetan.

³⁵ Hierzu: *Conrad* S. 374 f.; *Gerber* a.a.O. § 90; *Grimm* Cap. I Nr. 10; *Heusler* I § 74; *Hübner* § 39 II; *Planitz* S. 74 ff.; *Roth* §§ 104 ff.; *Schröder* Lehrbuch S. 547 ff.; *Stieglitz*, insb. §§ 13, 29, 34 ff.

Vgl. Ssp Ldr II, 61; Schwsp Ldr c. 197 § 1.

³⁶ Hierzu: *Conrad* S. 375; *Gerber* a.a.O. § 92; *Geffcken* S. 194 ff.; *Hübner* § 40 II 1; *G. Meyer* VerwR § 61 Anm. 5; *Schröder* Lehrbuch S. 549.

³⁷ Demgegenüber ist vor allem von *Arndt* Geschichte und Theorie (ihm folgend: *Carl Voelkel*, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 2. Aufl., 1924, S. 16 f.) die Ansicht vertreten worden, daß das Bergregal seit jeher gegolten

wich spätestens seit dem 12. Jahrhundert einem allgemein in Anspruch genommenen Bergregal, das auch das Salzregal umfaßte³⁹. Bodenschätze wurden bis zu dieser Zeit, wie auch nach älterem römischem Recht (vgl. D 8, 4, 13, 1; D 24, 3, 7, 14)⁴⁰, als Bestandteil des Grundeigentums betrachtet, und erst allmählich, zuerst für Edelmetalle, setzte sich die Konstruktion eines Flächeneigentums und der Herrenlosigkeit und damit der Regalität — der Bodenschätze durch^{41 42}.

habe. Die These Arndts wurde insb. von *Zycha* Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues bekämpft. Die Auseinandersetzung Arndts und *Zycha* wurde teilweise sehr polemisch ausgefochten; vgl. *Arndt* Einige Bemerkungen; *Zycha* Über den Ursprung der deutschen Bergaufreiheit; *Arndt* Zur Frage des Bergregals; *Zycha* Bespr. von Arndt Geschichte und Theorie.

³⁸ Vgl. *Conrad* S. 375; *Schröder* Lehrbuch S. 204 f.; *Zycha* Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues S. 11 f. — Eine derartige Bergwerksabgabe kannte bereits das römische Recht: D 50, 16, 17, 1.

³⁹ Zum Berg- und Salzregal des Mittelalters: *Achenbach* I §§ 7 ff. und 25 ff.; *Arndt* Geschichte und Theorie; *Conrad* S. 375; *Eichhorn* Staats- und Rechtsgeschichte § 297 Nr. 5; ders. Einleitung §§ 273 ff.; *Hübner* § 41 A I und B; *Kommer*; *Kulischer* I, 224; *Ernst Mayer* § 10, 2; *G. Meyer* VerwR § 62 Anm. 3 und § 235 Anm. 2; *Müller-Erbach* S. 38 ff.; *Planitz* S. 76 ff.; *Scholz* S. 87 ff.; *Schönbauer* S. 159 ff.; *Schröder* Lehrbuch S. 549 ff.; *Virnich* pp 24 sqq; *Voelkel* a.a.O. S. 15 ff.; *Westhoff/Schlüter* 50, 33 ff.; *Zycha* Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues.

Böhlau stellt urkundliche Belege zur Geschichte des Salzregals in der Zeit von 740—1712 zusammen, kommentiert diese kurz und will so seine These stützen, daß vor dem 11. Jahrhundert ein Salzregal nicht nachweisbar sei. *Arndt* Geschichte und Theorie S. 133 f. legt dieses Material Böhlau zugrunde, kommentiert die Urkunden ebenfalls, kommt aber zum entgegengesetzten Schluß, daß nämlich das Salzregal von jeher bestanden habe. In ähnlicher Weise wie Böhlau handelt *Grueter* die Geschichte des Regals an Metallen ab und schließt daraus, daß dieses frühestens im 11. Jahrhundert nachzuweisen sei. Abw. wiederum *Arndt* Geschichte und Theorie S. 178 ff.

⁴⁰ Abw. *Arndt* Geschichte und Theorie für die Kaiserzeit und für Provinzialrecht; ihm folgend: *Heinrich Dernburg*, Pandekten, I. Band, 2. Abt., 6. Aufl., 1900, § 198 Anm. 12. Dagegen: *Zycha* Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues S. 36 ff. — Eine hier nicht weiter zu verfolgende Streitfrage ist, ob sich das deutsche Bergrecht autochthon (so etwa *Achenbach* § 8) oder aber aus dem römischen Recht (so insb. *Arndt* Geschichte und Theorie S. 21 ff.) entwickelt habe. Sie wird von dem Romanisten *Schönbauer* unter besonderer Berücksichtigung der 1906 aufgefundenen Inschrift von Aljustrel (Vipasca), Portugal, welche die Diskussion sehr belebte, nach eingehender Untersuchung gegen *Arndt* beantwortet. Zu den Darlegungen Schönbauers vgl. die Rezension von *Zycha*.

⁴¹ *Achenbach* I § 21; *Böhlau* für das Salz; *Eichhorn* Staats- und Rechtsgeschichte § 297 Anm. 1; *Grueter* für die Metalle; *Hübner* § 41 A I 1; *Planitz* S. 76 ff.; *Schmidt* S. 3 ff.; *Schröder* Lehrbuch S. 549 ff.; *Wagner* FinW I § 249; *Martin Wolff/Ludwig Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb., 1957, § 95 I. — Abw. *Arndt* Geschichte und Theorie S. 41 ff.; *Gerber* a.a.O. S. § 93 (die Bodenschätze waren auch nach älterem Recht herrenlos); *Müller-Erbach* S. 40 f.

⁴² Zur Rechtsentwicklung: Mandat Heinrichs VI. über das Reichsregal an Silbergruben vom 21. 3. 1189, MGH Const I, 466; Ssp Ldr I, 35; Schwsp c. 197; Bulla Aurea c. IX. Daneben die Aufzeichnung von Gewohnheitsrechten, so das Iglauer Bergrecht (1249), das Bergrecht des Harzes (Iura et libertates silvanorum, 1271), das Schlesische Goldrecht u. a. Zum wichtigen Iglauer Bergrecht die grdl. Darstellung von *Zycha*, verbunden mit einer Edition der Quellen.

30.- Die an sich sinnvolle, doch durch die Schwäche der königlichen Gewalt für die Auflösung des Reiches in die Territorien wesentlich ursächliche Verleihung der Regalien an die Territorialherrn bildet einen Hauptzug der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte. „Auflösung des Reiches“ kann angesichts der eher ideellen und symbolhaften als politischen Natur der Reichsgewalt genau genommen nur bedeuten, daß die Kaiser es nicht vermochten, die Reichsidee in eine eigentliche Staatsidee umzusetzen und ihr in einer staatlichen Organisation ausreichende Wirklichkeit zu verschaffen. Es waren die Territorialherrn, die die kraftvollen Ansätze zu moderner Staatlichkeit, wie sie das spätmittelalterliche Königtum Frankreichs und Englands ausgebildet hatte, in den Grenzen des Reiches, wenn auch weit weniger eindrucksvoll, nachvollzogen. Das Erstarken der Territorien ist deshalb nicht so sehr ein mit negativem Akzent zu verstehender Verfallsvorgang, als vielmehr die Ankündigung der neuen Epoche politischer Organisation, in der das Reich sinken mußte, weil von seinem antikisch-christlichen Universalitätsanspruch kein Weg zum modernen Staat führen konnte.

Die erste juristisch sichtbare Etappe in dieser Entwicklung ist das Statutum in favorem principum Heinrichs VII. vom 1. 5. 1231, das Friedrich II. mit geringen Abstrichen im Mai 1232 bestätigte⁴³. Die weitreichenden Zugeständnisse der Goldenen Bulle Karls IV. vom 10. 1./25. 12. 1356⁴⁴ an die Kurfürsten waren eine Niederschrift des spätmittelalterlichen Gewohnheitsrechts. In § 4 der Wahlkapitulation Karls V. vom 3. 7. 1519 werden den Territorialherrn ganz allgemein

Die Deutung der Stelle im Sachsenspiegel (Ldr I, 35 § 1: „Al scat, under der erde begraven deper den en pluch geit, horet to der koningleker gewalt“; ganz ähnlich der Schwsp) ist zweifelhaft, da der Wortlaut nur an das Schatzregal denken läßt. Doch legen bereits der Zusammenhang mit der folgenden Bestimmung in § 2, die vom Silberabbau spricht, und die Glosse Johanns von Buch, ebenso wie die zu dieser Zeit bereits aufweisbare Verleihungspraxis, eine extensive Auslegung von „scat“ im Sinne eines Bergregals, wenn auch unbestimmten Umfangs, nahe. Zu dieser Streitfrage: *Achenbach* I § 26, abl.: *Arnold* Geschichte und Theorie S. 104 ff.; ders. Sachsenspiegel; *Böhlau* pp 16 sqq, abl.; *Conrad* S. 375; *Eichhorn* Staats- und Rechtsgeschichte § 297 Anm. k; *Gerber* a.a.O. § 93 Anm. 2 und § 98 Anm. 1; *Grueter* pp 32 sqq; *Heussler* I § 74; *Kommer* S. 389 ff., abl.; *Ernst Mayer* § 10, 2 Anm. 34; *Müller-Erzbach* S. 45, abl.; *Schmidt* Diss., abl.; *Schönbauer* S. 184 f.; *Schrader* Zum Bergrecht und zum Schatzrecht (§ 1 enthalte jedenfalls das königliche Regal hinsichtlich aller Bodenschätze, aber außerdem auch das Schatzregal) und überarbeitet: Das Bergrecht im Sachsenspiegel (wo sich die Herausgeber der ZfB mit Schraders Auffassung in einer Vorbemerkung identifizieren); *Voelkel* a.a.O. S. 16; *Weiske* S. 32 ff., abl.; *Wolff/Raiser* a.a.O. § 95 I Anm. 2, abl.; *Zyha* Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues S. 56 ff.

⁴³ Vgl. insb. c. 2 (Marktregal), c. 4 (Straßenregal), c. 14 (Geleitsregal), c. 17 (Münzregal). — Zu diesem Gesetz: *Grundmann* in Gebhardts Handbuch § 138; *Hoppe*, Art. Constitutio in fav. princ., in: Sachwörterbuch zur deutschen Geschichte von Hellmuth Rössler und Günther Franz, 1958; *Wieacker* § 6 II 2.

⁴⁴ Vgl. cap. IX (Bergregal, Salzregal, Zollregal, Judenregal), cap. X (Münzregal). — Zu diesem Gesetz: *Conrad* S. 475; *Grundmann* in Gebhardts Handbuch § 179; *Hoppe*, Art. Goldene Bulle, in: Sachwörterbuch a.a.O.

„ire Regalia ... so sie bisheer gehebt oder in Übung gewesen sein ... on all waigerung“ bestätigt. Mit dem Westfälischen Frieden (Art. VIII § 1 Instr. Pacis Osnabr.) findet die Ausbildung der Landeshoheit, mittelalterlich „Herrschaft“, die der heutigen juristischen Betrachtung vereinfacht und blaß als eine Zusammensetzung aus einem „Bündel“ auf verschiedenen Rechtstiteln — Verleihung, Verpfändung, Erbschaft, Herkommen — erworbener Hoheitsrechte erscheint, ihren Abschluß⁴⁵. Die Regalien sind nunmehr endgültig Bestandteil der Landeshoheit, und diese besitzt sie kraft eigenen Rechts; es ist ein Verfassungsrechtsatz, daß alle neu aufkommenden Hoheitsrechte der Landeshoheit zu-fallen^{46 47}. Die noch gebliebenen kaiserlichen Reservatrechte sind zu unbedeutend, um eine Staatsgewalt konstituieren zu können. In dieser Eigenschaft, als Teile der Landeshoheit, haben die Regalien einen maßgebenden Beitrag für die staatsrechtliche Entwicklung zum Staat des Absolutismus auf deutschem Boden geleistet, ohne daß sich allerdings die Landeshoheit allein aus den erworbenen oder usurpierten Regalien ableiten ließe⁴⁸.

31.— Bevor es unter dem Einfluß der die Naturalwirtschaft ablösenden Geldwirtschaft im Spätmittelalter zur Ausbildung einer rudimentären Steuersystems kam⁴⁹, beruhte die Staatswirtschaft des Reiches und der Territorien auf den Ertragnissen des Bodens und den Einkünften aus den nutzbaren Regalien. Die Staatswirtschaften des Reiches und der Territorien besaßen insofern große Ähnlichkeit, als der König durch den weitgehenden Verlust der Regalien schließlich auf die Einnahmen

⁴⁵ Im französischen Entwurf wird die landesherrliche Territorialgewalt als „droit de souveraineté“ bezeichnet, was der Text dann als „ius territorii et superioritatis“ wiedergibt (nach *Schröder Lehrbuch* S. 867).

⁴⁶ *Jargow* a.a.O. (Anm. 20) lib. I cap. I § 2; v. *Heckel* S. 85 f.; *O. Mayer* VerwR I § 3 I. — Die von den Territorialherrn gegründeten Städte erwarben von diesen wichtige Hoheitsrechte für ihr Gebiet, so Markt-, Münz- und Steuerrecht (*Pagendarm* a.a.O. — Anm. 28 — S. 24 ff.).

⁴⁷ Als Beispiel für den Übergang der Regalien auf die Landeshoheit kann Brandenburg dienen: Schon vor der Erwerbung der Mark durch die Hohenzollern (1415) besaßen die Markgrafen die wesentlichen Regalien etwa seit dem 13. Jahrhundert, so das Salzregal (nachweisbar 1258), das Münzregal, das Stromregal einschließlich des Fischerei-, Führen- und Mühlenregals, das Forstregal, das Straßenregal, das Zollregal und das Judenregal (*Bornhak* I, 88 ff.). Zu den Regalien des Deutschen Ordens: *Johannes Voigt* VI, 620 ff. Diese Rechte bestanden unter den Hohenzollern fort: Für das Münzregal macht sich der Einfluß der Reichsmünzordnungen von 1524, 1551 und 1559 bemerkbar. Das Straßenregal war von geringer Bedeutung, insb. Salz und Salpeter. Die für die Errichtung neuer Zollstätten noch erforderliche kaiserliche Genehmigung wurde 1456 ein für allemal erteilt (*Bornhak* I, 211 ff.).

⁴⁸ Hierzu die grdl. Darstellung bei *Brunner* S. 165 ff. Vgl. auch *Mitteis* Staat S. 507 f.

⁴⁹ Vgl. *Conrad* S. 365, 376 f.; *Günter Schmölders*, Allgemeine Steuerlehre, 3. Aufl., 1958, S. 17 ff.

aus dem Reichsgut beschränkt war, für welches ihm die Regalien verblieben⁵⁰.

Für die Landesherren bildeten die Regalien somit nicht nur staatsrechtlich die Grundlage ihrer Macht, sondern auch, im Hinblick auf ihre Nutzbarkeit, neben den Erträgen des Grundbesitzes⁵¹, die finanzielle Hauptquelle⁵², die entweder unmittelbar oder durch weitere Verleihung gegen Entgelt genutzt wurde⁵³. Der Wesenszug der Regalien des älteren Regalismus besteht in ihrer „Kommerzialisierung“⁵⁴, indem sie von spezialisierten Verwaltungsaufgaben mit dem Auftrag, sie als Hoheitsrechte ausgerichtet am gemeinen Nutzen wahrzunehmen, zu Finanzregalien verkürzt wurden, deren Funktion vorzüglich in einer fiskalischen Nutzbarmachung gesehen wurde⁵⁵. Die Schädlichkeit dieser Handhabung ist besonders bei dem einträglichen Münzregal hervorgetreten.

32.— Die juristische Durchdringung und Systematisierung der Regalien setzte mit der Mitte des 16. Jahrhunderts ein und brachte die sog. *Regalientheorie* hervor⁵⁶. Diese hat eine außerordentlich vielgestaltige und komplizierte Entwicklung durchgemacht, ohne daß eine Einigkeit über Begriff, Umfang und Rechtsnatur der Regalien erzielt werden konnte⁵⁷. Noch *Pütter* und selbst *Klüber* zeigen sich durch sie beeinflußt.

⁵⁰ Vgl. *Eichhorn* Staats- und Rechtsgeschichte § 296; *Troe*.

⁵¹ Die Liegenschaften, später „Domänen“ genannt, und die nutzbaren Regalien machten das landesfürstliche „Camerale“ aus, dessen Verwaltung der Hof- und Rentkammer oblag (*Bechtel* II, 126; *Facius* S. 12 ff.; *Zyha* Rechtsgeschichte § 21).

⁵² *Eichhorn* Staats- und Rechtsgeschichte § 307; *Facius* S. 11; *Hartung* § 16; *Krüger* S. 162 f.; *Roscher* System §§ 18 ff.

⁵³ *Theo Keller*, Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen, in: Handbuch der Finanzwissenschaft, 2. Aufl., 1956, II, 161/162. — Dem Landesherrn verblieb die Aufsicht über die Ausübung des Regals als „Regalhoheit“ oder „Regalherrlichkeit“, was später dogmatisch so begriffen wurde, daß man annahm, daß das Regal nur „zur Ausübung“ verliehen werde, während es „der Substanz nach“ dem Regalherrn verbliebe.

⁵⁴ *Thieme* S. 84 f.

⁵⁵ Hierzu: *Gerloff* S. 186; *Roscher* Theorie S. 119—143; *Schmoller* S. 159.

⁵⁶ Hierzu: *Böhlau* pp 1 sqq; *Gierke* II § 124, I; *Roscher* Theorie S. 119 Anm. 7; ders. System § 18 Anm. 8 (*Roscher* bezeichnet *Obrecht* [1547—1612] — *Secreta politica*, 1617 — als den ersten bedeutenden Vertreter der Regalientheorie); *Kaltenborn* (der lediglich die Entwicklung der Theorie der Staatsgewalt wiedergibt, ohne die eigentliche Regalientheorie herauszuarbeiten); *Strauch* S. 6 ff. (der *Ulrich Tenglers* „*Layenspiegel*“, 1509, als ersten Ansatz der Regalientheorie angibt); *Wagner* FinW I § 23; *Troeltsch*; *Waitz* (der insb. die Regalientheorie des 17. und 18. Jahrhunderts an Hand der Quellen mit zahlreichen Auszügen darstellt).

⁵⁷ *O. Mayer* VerwR I § 3, I: „Der Katalog der Hoheitsrechte, der heutzutage, wo er etwa noch erscheint, nicht viel mehr als eine Spielerei ist, war für die damalige Stufe des öffentlichen Rechts von grundlegender Bedeutung. Seine Vollständigkeit und geschmackvolle Einteilung bildet auf lange Zeit eine Hauptaufgabe der Staatsrechtslehre, die sich nicht genug tun konnte, ihn zu vermehren und zu verbessern.“

In der Regalientheorie waren vor allem drei Gedankenkreise wirksam. Den Anstoß bildete die Rezeption, die mit dem langobardischen Lehensrecht auch den ronkalischen Regalienkatalog zum Gegenstand rechtlicher Betrachtung werden ließ⁵⁸. *Regnerus Sixtinus*, ein charakteristischer Vertreter dieser ersten, „romanistisch-historischen“ (*Waitz*) Phase, handelt im 1. Buch seines „*Tractatus de regalibus*“, 1602⁵⁹, über die Regalien „im allgemeinen“ und gibt im 2. Buch einen Kommentar zur *Constitutio de regalibus*⁶⁰.

Der Einfluß des rationalen Naturrechtsdenkens ließ im Laufe des 17. Jahrhunderts in der Regalientheorie einen Umschwung eintreten. Die Regalien werden aus ihrem zufälligen historischen Entstehungsgrund gelöst und nach deduktiven Gesichtspunkten systematisiert⁶¹. Dieser methodische Ansatz legte den Boden für eine Überwindung der Regalientheorie, der es eigentümlich ist, die Herrschergewalt als ein Ensemble von Einzelrechten zu erfassen und dementsprechend das Staatsrecht als eine Lehre von den Regalien abzuhandeln. Denn eine nach den Grundsätzen der Vernunft erfolgende Konstruktion der Herrschaftsgewalt, deren Wesen als „*maiestas*“ verstanden wird, muß über die historisch-partikuläre Erscheinungsform der Regalien hinwegschreiten und den Begriff der einheitlichen und unteilbaren Staatsgewalt finden⁶².

Den dritten methodischen Blickwinkel der Regalientheorie brachte die kameralistische Literatur, wie es in den Schriften *Klocks* und später *von Justis* deutlich wird. Hier wird nun auch die mittelalterliche Regalitätsvorstellung auf die merkantilistischen Monopole übertragen und damit der Wandel des Regals vom Hoheitsrecht zum Institut der Staatswirtschaft und des Finanzrechts theoretisch vollzogen.

⁵⁸ *Gierke* II § 124, I: die *Const. de reg. gewann* „das Ansehen einer gemeinrechtlichen Grundlage der Regalientheorie“; *Planitz* S. 71; *Wieacker* S. 67; *Zycha* Rechtsgeschichte §§ 23, 24.

⁵⁹ Hier wurde die Ausgabe *Cassellis*, 1609, benutzt.

⁶⁰ *Sixtinus* definiert die Regalien als: „*iura ei, qui superiorem non recognoscit, vel cui concessione aut praescriptione consuetudine quaesita sunt, competentia ad salutem et decus Reipublicae tuendum*“ (lib. 1 cap. 1 Ziff. 14). — Neben der Schrift des *Sixtinus* sind zu nennen: *Vultei*, *De feudis eorumque iure libri duo* (3. Ausg. 1629); *Fr. Pruckmann*, *Tract. de Regalibus*, 1551; *G. Obrecht/K. Jörger*, *Disp. de Regalibus*, Argentorati 1604; *Bocerus*, *Tract. de Regalibus*, 1608.

⁶¹ So ausdrücklich zuerst bei *Arnisaeus*, *De iure Majestatis libri tres*, 1610 (nach *Waitz* S. 38) Der Sache nach bereits bei *Althusius*.

⁶² Beispiele für die naturrechtliche Bearbeitung der Regalientheorie sind neben *Althusius* und *Arnisaeus*: *v. Einsiedel*, *Tract. de Juribus ad Imperatoris Rom.-Teut. Maiestatem pertinentibus sive Regalibus*, 1619; *Besold*, *Disp. Jur.-Pol. de Regalibus*, 1637; *Christoph George Jargow*, *Einleitung zu der Lehre von den Regalien oder majestätischen Rechten eines Regenten und sonderlich der Chur- und Fürsten des Heil. Römischen Reichs Teutscher Nation*, Rostock und Wismar, 1757; *J. Fr. Döhler*, *Kurzgefaßte Abhandlung von denen Regalien oder Rechten der Obersten Gewalt*, Nürnberg, 1775. — *V. Einsiedel* a.a.O. cap. I, 26: „*De maiestate enim procedunt et ad eam spectant omnia quotquot sunt regalia*“ (nach *Waitz* S. 45).

Von den zahlreichen Begriffsbestimmungen, Abgrenzungen und Distinktionen der Regalientheorie haben vor allem die schon sehr früh⁶³ vorgenommene Unterscheidung in „regalia maiora“ und „regalia minora“⁶⁴ und die sich damit überkreuzende Trennung von (unübertragbaren) eigentlichen oder wesentlichen „regalia essentialia, in quibus suprema potestas et dignitas relucet“ und (übertragbaren) uneigentlichen oder zufälligen „regalia accidentalialia, quae potius ad fiscale jus et proventus quam ad ipsam supremam potestatem spectant“⁶⁵, größere Anerkennung und weithin fortwirkende Bedeutung erlangt. Da die wirtschaftliche Nutzbarkeit als das entsprechende Kriterium für die Abscheidung der höheren und niederen Regalien diene, können ohne ins Gewicht fallende Unstimmigkeiten die höheren Regalien mit den Majestätsrechten und die niederen Regalien mit den nutzbaren Finanzregalien gleichgesetzt werden⁶⁶.

Diese Gruppierung der Regalien bereitete in Verbindung mit dem rational-naturrechtlichen Staatsverständnis und durch die Einführung der Vorstellung von der „maiestas“ den modernen Staatsbegriff vor, der sich nicht aus einzelnen Hoheitsrechten unterschiedlicher Herkunft aufbaut, sondern jene aus sich entläßt. Die Hoheitsrechte erscheinen in der naturrechtlichen Regalientheorie nicht mehr als einzelne Befugnisse der Fürsten, sondern als verschiedene Emanationen der allumfassenden Herrschaftsmacht des Staates als einer persona moralis, nicht mehr „regalia maiora“, sondern „Jura maiestatis“⁶⁷. *Althusius*:

⁶³ So bei *Halbritter*, *De Regalibus conclusiones*, Tubingiae, 1593; *Sixtinus*, *Tract. de reg.*, lib. 1 cap. 2; *Obrecht*, *Disp. de Reg.*

Diese Kategorien stammen also nicht von *D. Otto*, *Diss. Jur.-Pol. de Jure Publ. Imp. Rom.*, 1626, den *Herbert Krüger*, *Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern*, 1960, S. 11 anführt. *Waitz* S. 21 führt sie sogar, allerdings ohne Quellenangabe, auf die überkommene Regalienlehre des langobardischen Lehensrechts zurück. Immerhin stellte *Bartolus* (1314—1357) an einer Stelle die Rechte, „quae ad jurisdictionem et honores imperii pertinent“, dem Begriff des „fiscus“ gegenüber, der das umfaßt, „quicquid ad commodum pecuniarum imperii pertinet“ (nach *Blondel* S. 238 Anm. 1).

⁶⁴ Vgl. *Jargow* a.a.O. lib. 1 cap. 2; *Franklin*; *Thieme* S. 61 f. — *Halbritter*: „Maiores (sc. regalia) Dd. (doctores) illa vocant, quae ad supremam principis auctoritatem pertinent, eiusque personam principaliter concernunt... minora regalia dicuntur iura, quae proprie ad Fiscum Imperatoris vel principis spectant“ (nach *Waitz* S. 21); fast wörtlich ebenso *Sixtinus* a.a.O. lib. 1 cap. 2 Ziff. 2 und 45. *Sixtinus* rechnet u. a. zu den regalia maiora: das Recht, Gesetze zu geben, Kriege zu erklären, Frieden zu schließen, Behörden zu errichten und Verurteilte zu begnadigen (a.a.O. Ziff. 7 sqq).

⁶⁵ Vgl. *v. Heckel* S. 86; *Justus Georgius Heuserus*, *Specimen iuris publici de distinctione regalium inter essentialia et accidentalialia eiusque usu*, Göttingae 1755.

⁶⁶ Vgl. *v. Heckel* S. 86; *G. Meyer* *VerwR* § 220 Anm. 2; *Planitz* S. 71; *Troeltsch*.

⁶⁷ Dieser Begriff, der von *Bodin* stammt (*De rep.* lib. 1 cap. 10), wird schon von *Sixtinus* mit den regalia maiora identifiziert (a.a.O. lib. 1 cap. 2 Ziff. 5). *Hatschek* S. 452 nennt *Grotius* den „klaren Begründer der Theorie vom Staat als juristischer Person“.

„Jura praeterea majestatis, quae vocant, non summo magistratui, sed Reip. vel consociationi universali attributi“ (Pol. meth. dig., Praef. sec. ed., 1610) und: „Talis vero potestas regni seu consociatorum corporum, una semper est, non plures potestates, sicuti una anima, non plures in corpore physico imperant“ (a. a. O. cap. IX, 19, tert. ed., 1614).

In der deutschen Rechtsentwicklung vollzog sich das Aufgehen der *regalia maiora* in der abstrakt-einheitlichen Souveränität des Staates allerdings nicht nur durch Supponierung eines abstrakten Begriffes der *maiestas*, zu dem die Regalien deduktiv in Beziehung gesetzt wurden. Die Ausbildung des neuen Staatsbegriffes erfolgte vielmehr unter Vermittlung des staatsrechtlichen Begriffes der Landeshoheit („landesfürstliche Obrigkeit“, „*ius superioritatis*“, „*superioritas territorialis*“, „*ius territorii*“), der seit dem 16. Jahrhundert im Zuge der konfessionellen Auseinandersetzung zwischen dem Kaiser und den Reichsständen Bedeutung gewinnt. Die Landeshoheit ist die als einheitlich vorgestellte Herrschaftsgewalt des Territorialherrn, nicht eine Summe erworbener Rechte; die Regalien treten zu ihr hinzu und können zunächst auch ohne sie vorgestellt werden⁶⁸, die naturrechtliche Theorie faßt sie dann als notwendige Bestandteile der Landeshoheit auf⁶⁹, macht aber immer noch einen Unterschied⁷⁰. Entscheidend ist jedoch, daß die

⁶⁸ Vgl. *Sixtinus* a.a.O. lib. 1 cap. 1 Ziff. 18.

⁶⁹ *Jargow* bezeichnet das Naturrecht als *primum fundamentum* einer Lehre von den Regalien; denn solle der Satz: *salus publica suprema lex* verwirklicht werden können, „so müssen auch einem Regenten alle Jura und Befugnisse zustehen, welche hiezu nöthig sind, als welche aus der Natur und Nothwendigkeit der Conservation der Republik flüssen“. Weitere „Fundamente“ seien die alten Kapitularien und Rechtsbücher, die Reichsgesetze, Reichsabschiede und Wahlkapitulationen und schließlich das Herkommen (a.a.O. Vorrede §§ 9—12). Folgerichtig, ganz unhistorisch und bloß deduktiv gedacht, verlegt *Jargow* die Entstehung der Regalien zum Beginn der Staatswerdung: mit der Majestät hätten die Völker den Herrschern auch die zu deren Ausübung notwendigen Rechte, eben die Regalien, zugestanden (a.a.O. lib. 1 cap. 1 § 2).

⁷⁰ *Knichen*, *De sublimi et regio territorii iure synoptica Tractatio*, 1600, wo auch der Satz steht: „*Princeps idem potest in territorio, quod Imperator in Imperio*“ (dieser Satz, als polemische antikaiserliche Formel, begegnet bereits im 13. Jahrhundert, insb. in der Anwendung: *rex Franciae est imperator in regno suo*“ vgl. *Koschaker* S. 77 f.), ließ die Regalien schon in der Landeshoheit aufgehen. Dies lehnte *v. Einsiedel* a.a.O., der den Ursprung der Regalien im kaiserlichen Recht betonte, ab; ebenso auch noch *Jargow* a.a.O. lib. 1 cap. 1 §§ 12, 13. Längst früher erwähnt *Moser* S. 467 die Regalien deutlich distanziert lediglich in der Weise, daß er darauf verweist, daß die einzelnen Stücke der Landeshoheit von „denen Rechts-Gelehrten“ Regalien genannt werden. Im folgenden behandelt er dann die einzelnen Materien der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nach systematischen Gesichtspunkten, als aus der Landeshoheit hervorgehend, und ohne Zuhilfenahme der Regalitätsvorstellung. *Heuserus* a.a.O. spricht von der *superioritas territorialis* als „*tanquam omnium regalium fons*“ (p. V) und behauptet „*Quaenam sunt regalia, quae Principibus competent, ea ex superioritate Territoriali sunt deducenda*“ (pp 23 sq).

Regalien, seitdem sie deduktiv aus der Landeshoheit abgeleitet werden, keine Rechtstitel mehr sind, sondern systematische Kategorien⁷¹. Als solche haben sie sich allerdings, wie *Pütters*, *Klübers* und selbst *Eichhorns* Arbeiten zeigen, noch lange gehalten⁷².

Die Folge des Aufgehens der höheren Regalien im Staatsbegriff ist für den Wortgebrauch des Ausdrucks Regal, daß dieser sich auf die zufälligen oder nutzbaren Regalien verengt, so daß das Wort Regal nunmehr allein den Begriff des Finanzregals meint⁷³, worunter häufig auch die erst in der absolutistischen Zeit neu erfundenen Monopole gezählt werden. Eine letzte Reduktion hat der Begriff des Regals im 19. Jahrhundert auf als privatrechtlich aufgefaßte Ausschließlichkeitsrechte des Staates erfahren, und so ist der Ausdruck in Art. 73 EGBGB und in Art. 155 Abs. 4 Satz 2 WeimRVerf. gemeint⁷⁴.

In *Klübers* Lehrbuch des öffentlichen Rechts des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten (2. Aufl. 1822, 3. Aufl. 1831) findet sich letztmalig eine bedeutende und selbständige Behandlung des öffentlichen Rechts mit Hilfe des Regalbegriffs⁷⁵. *Klüber* leitet die „Staatshoheits-

⁷¹ *Jellineks* Annahme (VerwR § 5 I; ähnlich *Krüger* Rundfunk a.a.O. — Anm. 63 — S. 12), daß der moderne Staatsbegriff sich erst seit 1806 in Deutschland durchsetzte, als die Auflösung des Reiches zur Beantwortung der Frage genötigt habe, ob die Reichsgewalt auf die Landesherrn oder auf die Staaten übergegangen sei, läßt den weit früher einsetzenden Einfluß des Naturrechts ebenso außer acht, wie die seit dem Westfälischen Frieden bestehende Rechtslage, die mit der staatsrechtlichen Vorstellung von der maiestas im Einklang steht.

⁷² Auch das preuß. ALR benutzte noch die Untergliederung der Staatsfunktionen in „Majestätsrechte“ und „niedere Regalien“ (Teil II Titel 13 ff.). In Art. I § 9 der Wahlkapitulation Leopolds II. (1790) wurden „Hoheitsrechte“ und „Regalien“ unterschieden (nach *Strauch* S. 17). Die Rheinbunds-Akte vom 12. 7. 1806 stellte in ihren Art. XXVI und XXVII „droits de souveraineté“ (Gesetzgebung, höhere Gerichtsbarkeit und Polizei, Rekrutierungs- und Steuerhoheit) den „droits seigneuriaux et féodaux nonessentielllement inhérens à la souveraineté“ gegenüber.

⁷³ *Hüllmann*; *Franklin*; *Troeltsch*.

⁷⁴ Darauf wird erst nach Darstellung der merkantilistischen Monopole eingegangen. Der Begriff des Regals in den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern Lorenz von Steins und Otto Mayers, der heute vor allem von Ernst Rudolf Huber synonym mit dem nichtfiskalischen Verwaltungsmonopol benutzt wird, beruht auf einem ganz neuartigen Ansatz und gehört nicht in den Ablauf der Regalientheorie.

⁷⁵ Im Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts von *Leist* (1803), einem Schüler *Pütters*, wird kurz vor dem Ende des Reiches noch einmal dessen Staatsrecht behandelt. *Leist* gliedert das II. Buch (Regierungsrecht) in der III. Abteilung (Von den besonderen Regierungsrechten) u. a. in Justizgewalt, Policeygewalt und Cameral- oder Finanzgewalt. Einzelstücke der Policeygewalt sind u. a. die „Handlungspolicey“, das Recht der Beförderung des Handels (darunter: das Recht der Monopole, § 178, das Münzrecht, das Postrecht, die Straßenpolicey), die Wasserpolicy, die Forst- und Jagdpolicy. Die Finanzgewalt umfaßt insb. das Besteuerungsrecht, das Zollrecht und das Bergwerksrecht. Die Regalitätsvorstellung tritt also in der Gliederung gar nicht auf; auch im Text kommt sie nur sparsam, als überkommener Ausdruck, nicht aber als begriffsbildender Faktor, vor.

rechte“ aus der „souveränen Staatsgewalt“ ab und bemüht sich, diese von den in Wahrheit dem Eigentum entspringenden „grundherrlichen Berechtigungen“, die trotz ihrer privatrechtlichen Natur irrig Regalien genannt würden, abzugrenzen⁷⁶. Während Klüber die Unterscheidung von regalia maiora und minora für unfruchtbar hält⁷⁷, greift er die zwischen wesentlichen und zufälligen Hoheitsrechten auf⁷⁸. Er behandelt dann im Rahmen der Finanzhoheit folgende Funktionen der Staatsgewalt, die er Regalien nennt⁷⁹: Steuerregal, Straßenregal⁸⁰, Commerzregal⁸¹, Münzregal, Postregal, Wasserregal⁸², Bergwerksregal, Forst- und Jagdregal⁸³, Industriekonzessionsregal⁸⁴, Landesschutzregal⁸⁵ und Landesdienstregal⁸⁶.

Aus diesem Beispiel wird deutlich, wie sehr Anfang des 19. Jahrhunderts der Ausdruck Regal im öffentlichen Recht zu einem Suffix ohne selbständigen Bezeichnungswert herabgesunken ist und wie sehr bereits in dieser Zeit die Regalitätsvorstellung im Verwaltungsrecht rückblickend als Fremdkörper erscheint.

2. Das merkantilistische Monopol

33.- Heinrich *Bechtel*, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands, 1952/1956; J. C. *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., 1885; Hugo *Böhlau*, De regalium notione et de salinarum iure regali, 1855; Ingomar *Bog*, Der Reichsmerkantilismus, 1959; Conrad *Bornhak*, Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts, 1884/85/86; *Bosl*, Art. Regalien, in: Sachwörterbuch zur deutschen Geschichte von Hellmuth Rössler und Günther Franz, 1958; *Burmester*, Der staatliche Salzgewinnungsvorbehalt im gegenwärtigen deutschen Gesamtrechtssystem, AöR 23 (1908), 71—122 und 209—241; Karl Friedrich *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts, 5. Aufl., 1845;

⁷⁶ Klüber S. 580 ff. — Dieser Versuch, den Regalbegriff durch Ausscheidung seiner als privatrechtlich erkannten Züge dem System des öffentlichen Rechts einzufügen, löst die überkommene Regalitätsvorstellung auf und hätte konsequenterweise zu ihrer Preisgabe führen müssen.

⁷⁷ S. 126 f. unter b.

⁷⁸ S. 126. — Ebenso noch *Eichhorn* Einleitung § 266.

⁷⁹ S. 130 und 642 ff.

⁸⁰ Der Sache nach eine Darstellung des Straßen- und Wegerechts. Auch *Eichhorn* Einleitung § 272 spricht noch vom Straßenregal.

⁸¹ Das Recht des Staates auf Leitung und Benutzung aller Arten des Handels zum Staatszweck. Der Sache nach ein Abriß des Verwaltungsrechts des Handelsverkehrs.

⁸² Gleichgesetzt mit Wasserhoheit. Wasserzins und Fischereigerechtigkeit werden dem Privatrecht zugerechnet. — Vgl. auch *Eichhorn* Einleitung §§ 267 ff.

⁸³ Gleichgesetzt mit Forst- und Jagdhoheit, während die Jagdgerechtigkeit als privatrechtlich erkannt wird. Ähnlich *Eichhorn* Einleitung § 284.

⁸⁴ Der Sache nach eine Darstellung des Gewerberechts als Gewerbebehörde und als Gewerbeaufsicht.

⁸⁵ Staatsangehörigkeits- und Judenschutzrecht.

⁸⁶ Wehrdienst und Hand- und Spanndienste.

Friedrich *Facius*, Wirtschaft und Staat, Die Entwicklung der staatlichen Wirtschaftsverwaltung in Deutschland vom 17. Jahrhundert bis 1945, 1959; *Franklin*, Art. Regalien, in: Rechtslexikon, hrsg. von Franz von Holtzendorff, 3. Bd. 1. Hälfte, 3. Aufl., 1881, S. 318—321; C. F. *von Gerber*, System des Deutschen Privatrechts, neu hrsg. von Konrad Cossack, 17. Aufl., 1895; Wilhelm *Gerloff*, Die öffentliche Finanzwirtschaft, 1942; Otto *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band: Sachenrecht, 1905; Julius *Hatschek*, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, VerwArch 7 (1899), 424—480; Max *von Heckel*, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, 1. Band, 1907; Andreas *Heusler*, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885/86; Laurenz *Himmelstoß*, Versuch einer Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse der Regalität in Teutschland, 1804; Joseph *Höffner*, Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert, 1941; *Holtz/Kreutz/Schlegelberger*, Das preußische Wassergesetz, unveränderter Nachdruck der 3. und 4. Aufl., 1955; *Hue de Grais*, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 25. Aufl., 1930; Rudolf *Hübner*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930; Karl Dietrich *Hüllmann*, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland, 1806; Carolus *de Kaltenborn*, Doctrinae de Regalium generalium Natura ac Divisione Particula I, Diss. Halae 1845; Paul *Keller*, Dogmengeschichte des wohlfahrtspolitischen Interventionismus, Diss. Zürich, Winterthur 1955; Otto *Kraus*, Staat und Wirtschaft, 1959; Herbert *Krüger*, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft Heft 3, o. J.; Josef *Kulischer*, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, 1958; *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, neubearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, I. Band, 11. Aufl., 1956; Walther *Lotz*, Finanzwissenschaft, 2. Aufl., 1931; W. *Ludewig*, Die Regalität der Telegraphie im Allgemeinen und in Deutschland insbesondere, ZHR 31 (1885), 63—124; Friedrich *Lütge*, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., 1960; G. *Maas*, Der staats- und verwaltungsrechtliche Inhalt des Reichstelegraphengesetzes, AÖR 7 (1892), 479—508; F. *Meili*, Das Telephonrecht, 1885; Karl Peter *Müllensiefen*, Die deutsche Finanzwissenschaft von 1760—1830, 1928; Axel *Nielsen*, Die Entstehung der deutschen Kameralwissenschaft im 17. Jahrhundert, 1911; Hans *Planitz*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 1949; Joseph *Pözl*, Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1858; H. *Rehbein/O. Reincke*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 5. Aufl., 1894; Erich Paul *Reimann*, Das Tabakmonopol Friedrichs des Großen, 1913 (hier benutzt wurde daraus das Kap. II: Die General-Tabaks-Pachtungs-Gesellschaft von 1765, selbständig gedruckt als Diss. Berlin 1912); Ludwig *von Rönne*, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, II. Band: Das Verwaltungsrecht, 1859; Wilhelm *Roscher*, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien (vgl. Textziffer 25); ders., System der Finanzwissenschaft (vgl. Textziffer 25); Edgar *Salin*, Geschichte der Volkswirtschaftslehre, 4. Aufl., 1951; Gustav *Schmoller*, Umriss und Untersuchungen zur Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsgeschichte, 1898; Eduard August *Schroeder*, Das Recht der Wirtschaft, 1896; Max *von Seydel*, Bayerisches Staatsrecht, auf der Grundlage der 2. Aufl. neu bearbeitet von Josef *von Graßmann* und Robert *Piloty*, 2. Band: Die Staatsverwaltung, 1913; Rudolf *Sievers*, Der natürliche Wasserlauf im Recht, VerwArch 51 (1960), 187—210; Werner *Sombart*, Der moderne Kapitalismus, 2. Aufl., 1916/17/27; ders., Die Ordnung des Wirtschaftslebens, 2. Aufl., 1927; Hermann *Strauch*, Ueber Ursprung und Natur der Regalien, 1865; Anton *Tautscher*, Staatswirtschaftslehre des Kameralismus, 1947; ders., Die öffentliche Wirtschaft, 1953; W. *Troeltsch*, Art. Regalien, in: Handwörterbuch der

Staatswissenschaften, 3. Aufl., 1911, 7. Bd., S. 57—61; Wilhelm Vocke, Die Grundzüge der Finanzwissenschaft, 1894; Otto Warschauer, Die Zahlenlotterie in Preußen, 1885; Karl Eduard Weiß, System des deutschen Staatsrechts, 1843; Adolf Zycha, Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1949.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Nebst Motiven, Amtliche Ausgabe, 1888.

34.— Die staatswirtschaftliche Epoche des jüngeren Regalismus, die mit dem Ende des 16. Jahrhunderts einsetzt, verbindet sich mit der Staatsidee des Absolutismus und der Wirtschaftsdeidee des Merkantilismus. Die Regalien, eingeschränkt verstanden als nutzbare Rechte, dienten zwar auch noch staatswirtschaftlich als Einkunftsquelle, gewannen aber nunmehr außerdem eine volkswirtschaftliche Dimension. Neben sie traten als vergleichbare wirtschaftliche Ausschließlichkeitsfunktionen die vom Landesherrn geschaffenen Monopole für zahlreiche gewerbliche Tätigkeiten. Obwohl Monopol und Regal einen durchaus verschiedenen historischen und ideellen Entstehungsgrund besitzen, wurden sie doch vielfach begrifflich vermischt.

Im Verlauf des jüngeren Regalismus erfährt die Besteuerung ihre Ausbildung zu der wesentlichen Quelle staatlicher Einkünfte. Diese Entwicklung läßt sich beispielsweise deutlich an den etwa 150 Jahre auseinanderliegenden Arbeiten von Klock¹ und Johann Jacob Moser² ablesen. Die Staatswirtschaft erhält dadurch eine völlig veränderte Struktur.

Die merkantilistische Wirtschaftstheorie, die überhaupt die erste systematisch-wissenschaftliche Behandlung wirtschaftlicher Vorgänge ist, fragt nicht nur nach den Ursachen des Volkswohlstandes und nimmt die juristische und historische Ableitung der bestehenden Regalien und Monopole nicht hin, sondern beschäftigt sich mit deren volkswirtschaftlicher Rechtfertigung und stellt auch Postulate für sinnvolle Wirtschaftspolitik auf. Staatliche gewerbliche Monopole werden zu Instrumenten wirtschaftlicher und politischer Machtausübung, eine Vorstellung, die dann aber durch die spätkameralistischen Schriftsteller, welche die Volkswohlfahrt betont zum Zielpunkt der Wirtschaftspolitik erheben, rasch einer skeptischeren Betrachtung des Staatsmonopolismus weicht.

Der maßgeblichste Umschwung in der Beurteilung der Monopole wird jedoch durch die liberale Idee der Gewerbefreiheit verursacht. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts werden die meisten Beschränkungen für Handel und Gewerbe aufgehoben. Dieser Revolution der Nationalwirtschaft fiel ein Großteil der aus der merkantilistischen Epoche übernommenen, staatlich geschaffenen monopolistischen Erscheinungsformen

¹ Tractatus nomico-politicus de Contributionibus, 1632 (hier wurde die Ausgabe Colon. Agr. 1699 benutzt; vgl. insb. cap. III).

² Von der Landeshoheit in Steuersachen, Franckfurt und Leipzig, 1773.

zum Opfer, sofern nicht für sie ein besonderer rechtfertigender Grund bestand. Die noch im Gewand des Regals vorhandenen Befugnisse wurden nahezu vollständig beseitigt oder in andere Rechtsformen überführt. „Nach dem Durchbruch des privatwirtschaftlichen Organisationsprinzips erscheinen sie (sc. Regalien und Monopole) als eine Anomalie der wirtschaftlichen Rechtsordnung und als eine Hemmung der vollen Entfaltung des privatwirtschaftlichen Produktions- und Verkehrssystems“³. Das Wort Regal allerdings wurde für bestimmte Techniken staatlicher Sozialgestaltung beibehalten, die mit der ursprünglichen historischen Regalitätsvorstellung nicht in Zusammenhang stehen.

35.— Das Wort *Merkantilismus* bezeichnet einerseits eine Wirtschaftsform, andererseits eine Wirtschaftsidee⁴. Die Wirtschaftsform des Merkantilismus zeichnet sich hinsichtlich der Außenhandelspolitik durch Autarkiebestrebungen und Protektionismus, hinsichtlich der Wirtschaftspolitik durch eine staatsinterventionistische Förderung der Produktion und des Handels aus fiskalischen und aus volkswirtschaftlichen Gründen aus⁵. Diese Wirtschaftspolitik ist nicht einfach die Übertragung der Grundsätze des Gewerbe- und Handelsschutzes, die die Städte seit dem Mittelalter angewandt hatten, auf den Staat (*Sombart*), sondern sie wird getragen durch den neuen Machtgedanken und die neue Staats-

³ *Wagner FinW I § 201.*

⁴ Unter Kameralismus wird die spezifische Wirtschaftsform und Wirtschaftsgesinnung der deutschen absolutistischen Staaten verstanden, die sich von dem gleichzeitigen Merkantilismus, der England und Frankreich zu Ursprungsländern hat, in einzelnen Zügen unterscheiden, später aber sich mit dessen eigentümlichen Techniken vermischen. 1727 wurden in Halle und Frankfurt/Oder die ersten Lehrstühle für Kameralistik errichtet; Ende des 18. Jahrhunderts setzte sich der Ausdruck Staatswirtschaft für Kameralwesen durch (vgl. *Facius S. 207 ff.*; *Nielsen*; *Rößler*, Art. Kameralismus und Merkantilismus, in: *Sachwörterbuch zur deutschen Geschichte* von Hellmut Rößler und Günther Franz, 1958). Neuerdings wendet sich *Facius* auf Grund einer Untersuchung der Organisation der Wirtschaftsverwaltung in Deutschland seit dem 17. Jahrhundert dagegen, im Kameralismus die spezifisch deutsche Form des internationalen Merkantilismus (so etwa *Tautscher Staatswirtschaftslehre S. 7*) zu sehen. *Facius* sieht im Kameralismus, der die Funktionen der landesfürstlichen Rentkammer bei der Verwaltung der Domänen und Regalien betrifft, ein nur finanzwirtschaftliches Phänomen. Für die merkantilistische Praxis, die gerade eine allgemeine volkswirtschaftliche Zielrichtung hatte und für die daher eigene „Kommerzbehörden“ eingerichtet wurden, führt er den Begriff des „Kommerzialisismus“ neu ein (S. 8 und 17 f.). — Der Einfachheit halber und da es für den begrenzten Zweck dieser Arbeit auf eine exakte Unterscheidung und Herausarbeitung der Wirtschaftsstile und -theorien des Absolutismus nicht ankommt, wird die Wirtschaftspolitik der deutschen Fürstentstaaten des 16. bis 18. Jahrhundert hier als „merkantilistisch“ bezeichnet.

⁵ Zur Wirtschaftspolitik des Merkantilismus: *Bog*; *C. J. Friedrich*, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, Kap. V; *Kraus S. 80 ff.*; *Kulischer II*, 102 ff.; *Lütge S. 282 ff.*, 308 ff.; *Salin S. 51 ff.*; *Sombart Kapitalismus I*, 362 ff.; ders., *Ordnung S. 55 ff.*; *Tautscher Staatswirtschaftslehre*; ders. *Öffentliche Wirtschaft S. 182 f.*

räson der absolutistischen Staatsidee, die die Nationalwirtschaft als Werkzeug einsetzte⁶. Zugleich wird erkannt, daß die staatliche Intervention in dieser Frühphase der Industrialisierung eine ungemein fördernde Wirkung zu entfalten vermag, daß die lenkende Ordnung die „Hauptproduktivkraft“ der Wirtschaft (*Tautscher*) ist. Nach der rückschauend idealisierenden Formulierung *Sombarts* war die Wirtschaftspolitik des Merkantilismus „das letzte großzügige System einer aus Staatsgesinnung erwachsenen zielbewußten Regelung der wirtschaftlichen Vorgänge. Im Vergleich mit ihr sind die wirtschaftspolitischen Systeme der Folgezeit banausische Krämerpolitik.“ Immerhin ist festzuhalten, daß der Gedanke der Volkswohlfahrt und die Erkenntnis der volkswirtschaftlichen Funktion der staatlichen Wirtschaftstätigkeit in der merkantilistischen Wirtschaftspolitik in Erscheinung getreten sind⁷.

Im Rahmen der merkantilistischen Wirtschaftsform stellen die auf fürstlichen Privilegien beruhenden oder in Regie ausgeübten *Monopole* für einzelne Manufakturen, Handelszweige oder Bezirke eine besonders auffällige und charakteristische Erscheinung dar^{8 9}. „Das Zeitalter des Merkantilismus wurde zur Epoche der öffentlichen Unternehmen“¹⁰. Diese Monopole werden häufig als regale Gewerbe mit den ursprünglichen Regalien unter dem Oberbegriff der Regalität zusammengefaßt¹¹, die Monopolisierung der Posten wurde überhaupt stets als Regal betrachtet¹². Andererseits wurden auch einzelne Regale in Monopole um-

⁶ *Bog* S. 1; *Lütge* S. 282. *Salin* a.a.O. kennzeichnet die merkantilistische Wirtschaftstheorie als politische Wissenschaft. Ebenso schon früher *Albion W. Small*, *The cameralists*, 1909, p. 3: „It (sc. cameralism) was primarily a theory and a technique of government“ (nach *Nielsen* S. 8 f.). Weil Söldnerheer und Berufsbeamtentum, die beide nur auf geldwirtschaftlicher Basis möglich sind, die Machtstellung des absolutistischen Fürsten fundierten, war das Bedürfnis der Geldversorgung die wesentliche Triebfeder seiner Wirtschaftspolitik (*Sombart* *Kapitalismus* I, 365 ff.).

⁷ Vgl. *Theo Keller*, *Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen*, in: *Handbuch der Finanzwirtschaft*, 2. Aufl., 1956, II, 161/180 f.; *Tautscher* *Öffentliche Wirtschaft* S. 189.

⁸ Zum merkantilistischen Monopolsystem: *Bechtel* II, 132 ff.; *Gerloff* S. 185; *Kulischer* II, 105; *Lütge* S. 262; *Roscher* *Theorie* S. 162 ff.; *ders.*, *System* § 26; *Sombart* *Kapitalismus* I, 376 ff.; *ders.*, *Ordnung* S. 57 f.; *Vocke* S. 41 ff.

⁹ Die Monopolbildung setzte bereits im 15. Jahrhundert ein, allerdings unter (nur) fiskalischen Gesichtspunkten und ohne eine dem Merkantilismus vergleichbare Wirtschaftskonzeption. Eine erhebliche Bedeutung besaßen die portugiesischen und spanischen Monopole für die Produkte ihrer Überseegebiete. Zu den vormerkantilistischen Monopolen: *Althusius*, *Pol. meth. dig.*, tert. ed., 1614, cap. XXXII, 20 sqq.; *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, 1625, II, 2 §§ 19–21.

¹⁰ *Tautscher* *Öffentliche Wirtschaft* S. 183.

¹¹ Vgl. *Gerber* § 56 Anm. 1; *v. Heckel* S. 86; *G. Meyer* *VerwR* § 220 Anm. 2; *Roscher* *Theorie* S. 160 ff.; *Strauch* S. 19; *Wagner* *FinW* I § 211. — Gegen diese Vermischung schon *Hüllmann* S. 76 f.

¹² Hierbei spielte die Ableitung des sog. Postregals aus dem Straßenregal eine Rolle, die ein Argument in der Auseinandersetzung um das Postregal zwischen dem Kaiser und den Territorialherren darstellte.

gewandelt¹³. Demgegenüber ist es für eine geschichtliche Darstellung der Rechtsordnung und der Staatswirtschaft des Merkantilismus methodisch unerlässlich, die Regalitätsvorstellung, die aus dem Mittelalter überkommen ist, und die Monopolvorstellung, die im Merkantilismus in einer charakteristischen Weise praktiziert wurde, auseinander zu halten. Beides sind Ausschließlichkeitsfunktionen, die durch die Rechtsordnung zugunsten der Träger der Herrschaftsgewalt erzeugt worden sind, doch sind sie in ihrem Wesen durch die Zuordnung zu unterschiedlichen Staatsbegriffen und Wirtschaftsformen grundlegend verschieden.

Die merkantilistischen Monopolisierungen dienten der Unterstützung des aufstrebenden Handels und der beginnenden Industrialisierung durch Ausschluß der Konkurrenz, wie es besonders deutlich in den Privilegien für neue Produktionsmethoden erkennbar wird. Diese Technik der Wirtschaftspolitik verfolgte durch ihre Ausrichtung am politischen Ziel der Stärkung der Staatsgewalt selbst ein außerhalb der Wirtschaft liegendes Ziel. Die Wirtschaftstheorie dieser Zeit arbeitete auch Kriterien für die volkswirtschaftliche Nützlichkeit der Staatsmonopole heraus und hielt nur solche Monopole für gerechtfertigt, die eine Förderung des Wirtschaftslebens ihrer Natur nach hervorbringen könnten, sei es, weil sie fehlende Privatinitiative ersetzen, sei es, weil sie die Entwicklung und Lenkung eines Industriezweiges im öffentlichen Interesse ermöglichten¹⁴. Daß die gewonnenen theoretischen Einsichten

¹³ *Bechtel* II, 134.

¹⁴ Von den kameralistischen Schriftstellern sind besonders hervorzuheben: Johann Joachim *Becher*, *Politischer Discurs von den eigentlichen Ursachen des Auf- und Abnehmens der Städte und Länder*, 2. Aufl., 1668 (hier benutzt die Ausgabe von G. H. Zincken, Frankfurt und Leipzig, 1754); Johann Heinrich Gottlob *von Justi*, *Staatswirthschaft oder Systematische Abhandlung aller oekonomischen und Cameral-Wissenschaften, die zur Regierung eines Landes erforderlich werden*, 1755, 2. Aufl., 1758; Joseph Freiherr *von Sonnenfels*, *Grundsätze der Policey, Handlung und Finanzwissenschaft*, 1765.

Becher handelt im II. Teil, 2. Hauptstück, „Von den drey Haupt-Feinden der Nahrungs-Stände des Landes und der Städte, dem Monopolio, Polypolio, und Propolio, überhaupt“. Trotz dieser allgemeinen These der Überschrift unterscheidet er schädliche und nützliche Monopole und zählt die Monopole, die Rechte der Landesherrschaft sind und eben dadurch mittelbar Beförderungsmittel der Nahrung der Untertanen werden oder dazu dienen, daß die Obrigkeit zur Unterhaltung der Wohlfahrt des Staates Einkünfte erlangt, grundsätzlich zu den nützlichen Monopolen. Die nutzbaren Regalien rechnet *Becher* zu den Monopolen, soweit sie wirtschaftlichen Charakter haben (§ 1 Anm. a).

Von Justi bringt die Regalien, zu denen er Zollregal, Postregal, Wasserregalien, Forstregal, Jagdregal, Bergwerksregal und Münzregal zählt, als eine der ordentlichen Haupteinnahmequellen des Staates neben Domänen und Zwangsabgaben (Steuern u. a.) in eine systematische Ordnung (Zweiter Teil, 1. Buch, 2. Abt., 2. Abschn. §§ 95—222). Er entwickelt die Regalien aus einem einheitlichen Begriff des Regals, das die Güter umfaßt, an denen partikuläres Eigentum nicht angebracht oder nicht möglich ist, die aber doch im Staatsgebiet vorhanden sind und zum gemeinen Interesse genützt werden müssen; von den Hoheitsrechten des Staates unterscheiden sie sich durch ihre

über den volkswirtschaftlichen Wert staatlich geschaffener Monopole vielfach mit der Praxis nicht übereinstimmten, die volkswirtschaftlich sinnlose Monopole errichtete und an sich sinnvolle Monopole fiskalisch ausnutzte¹⁵, hängt in erster Linie mit dem vor allem durch Kriege hervorgerufenen und in dieser Epoche durch das Aufkommen des *miles perpetuus* lebhaft steigenden Finanzbedarf der Fürsten zusammen.

Typische merkantilistische Monopole sind das Salzhandels-¹⁶, Tabak-, Kaffee-, Porzellanmanufaktur- und Lotteriemonopol. In Preußen sind Monopole hauptsächlich¹⁷ durch Friedrich den Großen begründet worden, so ein Tabakmonopol¹⁸, ein Kaffeemonopol¹⁹, ein Lotteriemonopol²⁰, ein Porzellanmanufakturmonopol²¹ und ein Monopol für die Her-

Beziehung auf das Eigentum der obersten Gewalt (§§ 95, 96). Von besonderer Bedeutung ist, daß v. Justi *Regalia Fisci*, d. h. Regalien mit nur fiskalischer Natur, ablehnt und das Wesen des Regals darin sieht, daß die ihm zugrundeliegenden Güter für das allgemeine Beste genutzt werden und nur als Neben-zweck Einkünfte abwerfen (§§ 96, 103).

Schlözer, der Regalien und Monopole nicht begrifflich scheidet, benutzt die Gegenüberstellung von „eigentlichen“ und „uneigentlichen“ Regalien, um die vorhandene oder fehlende Berechtigung derselben auszudrücken. Eigentliche Regalien können sich ohne Nachteil nicht in den Händen Privater befinden (z. B. Post- und Bergregal), uneigentliche Regalien sind solche, die willkürlich und ohne Erfordernis des Gemeinwohls in der Hand des Staates sind (z. B. Salz-, Branntwein-, Kartenmonopol) (Christian von Schlözer, *Anfangsgründe der Staatswirtschaft oder die Lehre von dem Nationalreichtume*, 1805/07).

Über die Ansätze eines wohlfahrtspolitischen Interventionismus im Spätmerkantilismus: Paul Keller Diss. S. 14 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu: *Hatschek* S. 453; *Zycha* Rechtsgeschichte § 21.

¹⁶ Das Salzhandelsmonopol ist vom Salzregal zu unterscheiden (ungenau: *Bluntschli* S. 516 f.; *Pözl* § 208). Das Salzregal ist ein bergrechtliches Regal, betreffend die Salzgewinnung. Das Salzhandelsmonopol gehört zu dem am frühesten eingeführten Handelsmonopolen (vgl. *Bechtel* II, 134; *Bornhak* I, 213 ff. und 391 f.; *Eheberg* FinW § 178; *Höffner* S. 27 f.; *Klüber* S. 728 (§ 363 b); v. *Rönne* II § 480).

¹⁷ Bereits im 16. Jahrhundert entstand ein Pulver- und Anfang des 17. Jahrhunderts ein Glasfabrikationsmonopol (*Bornhak* I, 215). Allgemein zur brandenburg-preußischen Monopolwirtschaft, die ihre Anfänge unter dem Großen Kurfürsten hat: *Schmoller* S. 163 ff.

¹⁸ Das erstmalig von Friedrich Wilhelm I. 1719 eingeführte Monopol wurde 1724 wieder abgeschafft. Friedrich der Große richtete es durch Edikt vom 17. 7. 1765 wieder ein; es wurde zunächst „verpachtet“, am 1. 5. 1766 aber durch den Staat übernommen (hierzu *Reimann* Diss.). Friedrich Wilhelm II. hob das Monopol unmittelbar nach dem Tode Friedrichs des Großen auf und ersetzte es durch eine Akzise, stellte es aber am 21. 5. 1797 wieder her. Sein Nachfolger hob es gleich nach seinem Tode wieder auf (*Bornhak* II, 240 ff., 342; *Roscher* System § 96 a Anm. 17; ders., *Theorie* S. 189 Anm. 17; *Schmoller* S. 166).

¹⁹ Geschaffen durch die Kaffeordnung vom 21. 1. 1781. Der Zweck war ein typisch merkantilistischer, nämlich die Einschränkung des Kaffeeverbrauchs, um ein Abfließen des Geldes für die Kaffeefinfuhren zu drosseln. Friedrich Wilhelm II. hob die Regie des Kaffees zusammen mit der des Tabaks am 25. 1. 1787 auf (*Bornhak* II, 242 f.; *Roscher* System § 26 Anm. 9).

²⁰ Die Staatslotterie mit Monopolstellung wurde durch Patent vom 8. 2. 1763 errichtet und bestand zunächst auch nach Einführung der Gewerbefreiheit weiter (*Bornhak* II, 243 und 343, III, 171 f.; v. *Rönne* II § 479; *Warschauer*).

stellung und den Handel mit Mühlsteinen²². Das Postregal, seinem Wesen nach ebenfalls ein Monopol, wurde in Brandenburg-Preußen bereits im 17. Jahrhundert eingeführt und gegen die Versuche der (damaligen) Grafen Thurn und Taxis, die Reichspost auch in den Staaten des Großen Kurfürsten durchzusetzen, erfolgreich verteidigt²³. Während das ALR das Postregal systematisch noch als nutzbares Regal behandelte, stellte die Regierungsinstruktion vom 26. 12. 1808 (GS 1806—1810, S. 481) in § 57 den Grundsatz auf, daß die Post einen mehr „polizeilichen“ als fiskalischen Zweck habe²⁴.

36.— Die Ausübung und Verwaltung der überkommenen *Regalien* im jüngeren Regalismus der merkantilistischen Zeit war nicht mehr, wie im älteren Regalismus, vornehmlich am fiskalischen Interesse ausgerichtet.

Das Münzregal wurde nicht mehr (nur) als eine Einnahmequelle betrachtet, sondern als ein Majestätsrecht²⁵, nachdem die Bedeutung des Geldes für die Volkswirtschaft erkannt worden war. Die Zölle wandelten sich von an Zollstätten erhobenen Binnenzöllen zu an den Grenzen erhobenen Schutzzöllen²⁶. Das Straßen- und das Stromregal bildeten den Ausgangspunkt für wege- und wasserrechtliche Regelungen auf der Grundlage der Lehre von der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch; die Nutzbarkeit blieb in der Form regaler Abgaben erhalten, während die Regalitätsvorstellung bei den Sondernutzungen zum Ansatzpunkt für Gebrauchserlaubnisse und Konzessionen wurde²⁷.

²¹ Zunächst als ausschließliches Privileg für eine Manufaktur zugunsten eines Privaten begründet (1762), wurde die Porzellanherstellung durch Übernahme dieser Fabrik durch den Staat im August 1763 ein Staatsmonopol (*Bornhak* II, 244).

²² Dieses seit 1770 bestehende Monopol wurde 1809, in Ost- und Westpreußen bereits 1808 (Patent wegen Aufhebung der bisherigen Einschränkungen bei dem Handel mit Mühlensteinen, in Rücksicht der Provinzen Ost- und Westpreußen, vom 23. 1. 1808, GS 1806—1810, S. 189), wieder aufgehoben (vgl. *Bornhak* III, 174; v. *Rönne* II § 388 IV Anm. 2 a).

²³ Hierzu: *Bornhak* I, 423 ff.; v. *Rönne* II § 424 II. Näheres Textziffer 73. — Die Kodifikation des gesamten Postrechts durch die „Allgemeine Postordnung für sämtliche königlichen Provinzen“ vom 26. 11. 1782 wurde bald durch die im wesentlichen gleichlautenden Regelungen in Teil II Titel 15 Abschn. 4 (§§ 141—228) ALR ersetzt.

²⁴ Vgl. *Bornhak* II, 172 f.; v. *Rönne* II § 424 I Anm. 1.

²⁵ Vgl. § 12 II 13 preuß. ALR.

²⁶ Vgl. *Bornhak* I, 386 ff.

²⁷ Hierzu: *Krüger* Grundfragen S. 171; ders., *Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern*, 1960, S. 126 f.; *Roscher* Theorie S. 124 ff.; *Tautscher* Staatswirtschaftslehre S. 53 ff. — Das preuß. ALR rechnete die Land- und Heerstraßen und die von Natur schiffbaren Ströme zum „gemeinen Eigentum“ des Staates (§ 21 II 14), an dem Gemeingebrauch besteht (§ 7 II 15 und §§ 44, 47 II 15), deren besondere Nutzungen aber zu den nutzbaren Regalien gehören (§ 24 II 14; §§ 8 und 38 II 15) und als solche Teil der Staatseinkünfte sind (§ 1 II 14). Besondere Bestandteile der Regalität der schiffbaren Ströme sind der Flößereivorbehalt für

Das Jagdregal begann sich zu einem Jagdrecht zu entwickeln²⁸, dergleichen das Bergregal zu einem Bergrecht²⁹, wobei polizeiliche Gesichtspunkte in den Vordergrund traten³⁰. Schließlich gehörten das Recht, gewisse Arten der herrenlosen Sachen in Besitz zu nehmen — herrenlose Grundstücke, erbenlose Erbschaften —, zu den niederen Regalien des preußischen ALR³¹.

Die einzelnen niederen Regalien waren in Form von Gerechtigkeiten verleihbar, wobei ihre Nutzbarkeit in regalen Abgaben in Erscheinung trat³².

Die Unangemessenheit der Regalitätsvorstellung für die Regelung der niederen Regalien im absolutistischen Verwaltungsrecht tritt in den Bestimmungen des hier als repräsentativ herangezogenen preußischen ALR besonders deutlich zutage. Im äußeren System und in der Terminologie ist die überkommene regalistische Methode beibehalten, der Sache nach aber ist die neue Vorstellung von der „Policey“ in den Vordergrund getreten. Das sich formierende Verwaltungsrecht, historisch eine Errungenschaft des Polizei-, d. h. des Verwaltungsstaates von außerordentlicher Tragweite, erscheint als Geschöpf der Ausgestaltung der niederen Regalien, die durch die Fiskustheorie³³ in ihrer Rechtsnatur verkannt sind. Die Gerechtigkeiten, die auf Grund der Regalien verliehen werden, werden als Gestaltungen der Ausübung bestimmter Nutzungsarten staatlichen Eigentums³⁴ verstanden, obwohl sie weitgehend auch polizeilichen Charakter haben. Die Umfunktionierung der Regalien durch den Polizeistaat mußte die Regalitätsvorstellung endlich sprengen.

37.— Die merkantilistische Doktrin veränderte auch die Bedeutung der Regalien für die *Finanzwirtschaft*³⁵. Zwar erscheinen die Regalien

unverbundenes Holz (§ 49 II 15), das Recht, Fähren und Prahmen zur Übersetzung für Geld zu halten (§ 51 II 15), der Erlaubnisvorbehalt für Brücken (§ 52 II 15), der Fischfang (§ 73 II 15), das Strandregal (§ 80—87 II 15) und das Mühlenregal (§ 229 II 15).

²⁸ Vgl. *Tautscher Staatswirtschaftslehre* S. 62. — Für Preußen §§ 30 ff. II 16 ALR.

²⁹ Vgl. *Gerber* § 93; *Roscher Theorie* S. 194 Anm. 1. — Für Preußen: §§ 69 ff. II 16 ALR.

³⁰ Trotz der veränderten Handhabung dieser Regalien rechnet das ALR sie noch ganz im Sinne der alten Regalitätsvorstellung, die sich mit der Konstruktion der Fiskustheorie traf, zu den Rechten des Staates auf herrenlose Sachen.

³¹ §§ 8 ff. II 16.

³² Hierbei war besonders der Bergzehnt von erheblicher Erträglichkeit. Für Preußen: § 98 II 16 ALR.

³³ Besonders deutlich: §§ 1 und 76 II 14 ALR.

³⁴ Als Nutzungen des „gemeinen Eigentums des Staats“ werden Straßen-, Strom- und Postregal, als Nutzungen des staatlichen Aneignungsrechts für herrenlose Sachen werden Jagd- und Bergregal konstruiert.

³⁵ Zur merkantilistischen Finanzpolitik und -wissenschaft: *Lotz* § 6; *Lütge* S. 345 ff.; *Müllensiefen*.

noch neben den Domänen und Steuern als Quelle staatlicher Einkünfte³⁶, doch treten sie hinter die Besteuerung zurück und werden schließlich, so etwa bei *v. Sonnenfels*, überhaupt nicht mehr als eine einheitliche Einkunftsart angesehen³⁷. Diese Betrachtungsweise war die notwendige Folge der Einsicht in den Einfluß der Staatswirtschaft auf die Volkswirtschaft; denn danach verbot es sich, die Regalien und Monopole in erster Linie fiskalisch zu sehen: die durch sie entstehenden Einkünfte mußten neben dem volkswirtschaftlichen oder polizeilichen Hauptzweck zum Nebenzweck werden³⁸. Soweit aber Monopole mit vorwiegend fiskalischer Absicht bestehen blieben, wurden sie als eine besondere Form indirekter Besteuerung erkannt, z. B. das Tabak- und das Salzhandelsmonopol³⁹. Diese kameralistische begriffliche Unterscheidung der Monopole im Interesse der Volkswohlfahrt und der Monopole im fiskalischen Interesse ist, weitergetragen durch die Finanzwissenschaft des 19. Jahrhunderts, die Wurzel der heute üblichen Unterscheidung von Finanzmonopolen und Verwaltungsmonopolen. Das bedeutet, daß diese Begriffe nicht der inneren Logik des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates entsprungen sind, sondern daß sie im Kern die Übernahme einer für den Staatsmonopolismus der spämerkantilistischen Staatswirtschaft gewonnenen finanzwissenschaftlichen Erkenntnis darstellen.

38.— Ebenso wie die politische Theorie der Aufklärung die Staatsidee des Absolutismus in Frage stellte und endlich zerstörte, führte die wirtschaftliche Theorie der Aufklärung zur Auflösung der absolutistischen Wirtschaftsform des Merkantilsystems. Die Forderung der liberalen Theoretiker nach Freiheit der Wirtschaft vom Staat implizierte für die Wirtschaftspolitik die Postulate des Freihandels und der *Gewerbefreiheit*. Gewerbefreiheit bedeutete die Beseitigung aller durch den Staat geschaffenen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beschränkungen des Gewerbes und des Handels, soweit nicht polizeiliche Rücksichten eine bestimmte Einschränkung rechtfertigten⁴⁰. Natur-

³⁶ Schlözer a.a.O. (Anm. 14) II, 143 ff.; *Tautscher Staatswirtschaftslehre* S. 38 ff. — Für Preußen: § 1 II 14 ALR.

³⁷ Schlözer a.a.O. II, 156; Günter *Schmölders*, *Allgemeine Steuerlehre*, 3. Aufl., 1958, S. 27; *Troeltsch*.

³⁸ Vgl. Schlözer a.a.O. II, 155 f.

³⁹ Schon 1625 wurde — bis 1652 — in Kurbrandenburg das Salzhandelsmonopol durch eine Steuer ersetzt (*Bornhak* I, 391 f.).

⁴⁰ Das Preuß. Obertribunal hat das Wesen der Gewerbefreiheit in einer Entscheidung vom 27. 9. 1877 besonders eindrücklich zusammengefaßt: „Zweck der Annahme des Prinzips der Gewerbefreiheit war, im Interesse der Gesamtheit wie der einzelnen, die gewerbliche Tätigkeit von den beengenden und gemeinschädlichen Fesseln zu befreien, welche infolge der Entwicklung des Gewerbes in Deutschland auf dem Gewerbe lasteten, jedem die Möglichkeit zu eröffnen, von seinen Fähigkeiten und Kenntnissen nach eigener Wahl freien Gebrauch zu machen, und dadurch auf der einen Seite eine freie

gemäß richtete sich diese Maxime besonders gegen die aus der merkantilistischen Epoche hervorgegangenen monopolistischen Erscheinungen, wie die staatlichen Monopole, die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, die Zwangs- und Bannrechte, die gewerblichen Zwangskorporationen und die aus der Regalität abgeleiteten Belastungen und Beschränkungen des Wirtschaftslebens⁴¹.

Während in England sich der Widerstand gegen königliche Monopolverleihungen bereits im 17. Jahrhundert erfolgreich durchgesetzt hatte und die Verwirklichung der Gewerbefreiheit in Frankreich am 1.4.1791, nach dem mißglückten Versuch *Turgots*, eine Errungenschaft der Revolution war, erfolgte ihre Einführung in Preußen im Rahmen der *Stein-Hardenbergschen* Reformen als Maßnahme der Wiederaufrichtung Preußens nach der Niederlage gegen Napoleon⁴². Die Geschäfts-Instruktion für die Regierungen in sämtlichen Provinzen vom 26. 12. 1808 (GS 1806—1810, S. 481) stellte in § 50 (Allgemeine Grundsätze über Gewerbepolizei) die administrative Behandlung von Gewerbe und Handel auf die Grundlage der Gewerbefreiheit⁴³. Die gesetzliche Neuregelung des Gewerbewesens wurde durch das Edikt über die Einführung einer allgemeinen Gewerbe-Steuer vom 2.11.1810 (GS 1810/11, S. 79)⁴⁴ und das Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe, in bezug auf das Edikt vom 2ten November 1810, wegen Ein-

und unbeschränkte Konkurrenz herbeizuführen, andererseits dem einzelnen es zu ermöglichen, für seinen Nahrungsstand und sein Fortkommen zu sorgen und nur solche Beschränkungen aufrechtzuerhalten, welche im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendig sind“ (nach Oswald *Lehnick*, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 238).

⁴¹ Vgl. *Franklin*; *Kulischer* II, 442 ff.; v. *Rönne* II § 387 I.

⁴² Vgl. die Darstellung bei v. *Rönne* II § 387 II.

⁴³ „... Es ist dem Staate und seinen einzelnen Gliedern immer am zuträglichsten, die Gewerbe jedesmal ihrem natürlichen Gang zu überlassen, das heißt: keine derselben vorzugsweise durch besondere Unterstützungen zu begünstigen und zu heben, aber auch keine in ihrem Entstehen, ihrem Betriebe und Ausbreiten zu beschränken, in so fern das Rechtsprinzip dabei nicht verletzt wird, oder sie nicht gegen Religion, gute Sitten und Staatsverfassung anstoßen ... Es ist nicht notwendig, den Handel zu begünstigen, er muß nur nicht erschwert werden. Eben diese Freiheit im Gewerbe und Handel schafft zugleich die möglichste Konkurrenz in Absicht des produzierenden und feilbietenden Publikums, und schützt daher das konsumierende am sichersten gegen Teuerung und übermäßige Preissteigerung ...“ Folgerichtig wurde zugleich ein Verbot der Neubegründung von Exklusiv- sowie Zwangs- und Bannrechten ausgesprochen. Darüber hinaus wurden z. B. die Mahl- und Getränkezwangsrechte durch das Edikt wegen der Mühlengerechtigkeit, und Aufhebung des Mühlenzwanges, des Bier- und Branntweinzwanges in der ganzen Monarchie vom 28. 10. 1810 (GS 1810/11, S. 95) beseitigt.

Zusammenfassend über das Schicksal der Zwangs- und Bannrechte in Preußen: v. *Rönne* II § 390.

⁴⁴ Grundsätzlich nur noch Gewerbescheinpflicht. Durch § 20 Satz 1 wurden die staatlichen Monopole aufrechterhalten (Salz-, Spielkarten-, Stempelpapierhandel, Post und Lotterie), durch § 30 aber die realen Gewerbeabgaben beseitigt. Durch § 17 wurde die Ablösung der personalen Gewerbe-Gerechtigkeiten gegen Entschädigung vorgeschrieben.

führung einer allgemeinen Gewerbesteuer, vom 7. 9. 1811 (GS 1810/11, S. 263)⁴⁵ eingeleitet. Eine einheitliche Regelung des Gewerberechts nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit erfolgte dann durch die Allgemeine Gewerbe-Ordnung vom 17. 1. 1845 (GS S. 41)⁴⁶.

In Bayern wurde die Gewerbefreiheit als Grundsatz des Gewerberechts durch das Gesetz, das Gewerbswesen betr., vom 30. 1. 1868 (GBI 1866/69, S. 309; jetzt BayBS IV, S. 6) eingeführt⁴⁷.

Die abschließende und allgemeine Gestaltung des Gewerberechts im Sinne der Gewerbefreiheit geschah durch die auf Grund der Art. 3 und 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. 7. 1867 erlassene Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869⁴⁸.

⁴⁵ In Ziff. 32—50 sind ausführliche Vorschriften über die Ablösung der ausschließlichen, vererblichen und veräußerlichen Gewerbsberechtigungen im Vollzug des § 17 des Edikts vom 2. 11. 1810 gegeben. Die Zwangsbezirke der Schornsteinfeger wurden durch Ziff. 104 im feuerpolizeilichen Interesse beibehalten.

⁴⁶ § 1 erklärte sämtliche ausschließliche Gewerbeberechtigungen — gegen Entschädigung — für aufgehoben, was die Gerechtigkeiten in den Landesteilen betraf, in denen die vorgenannten Vorschriften der Jahre 1810 und 1811 nicht gegolten hatten. Für Fähr- und Abdeckereigerechtigkeiten sahen §§ 7, 8 Sonderregelungen vor, ebenso § 56 für die Kehrbezirke der Schornsteinfeger. Die staatlichen Monopole und Regalien blieben unberührt (§ 6); darunter fielen Post- und Bergwerks-Regal, Lotterie-, Salzhandels- und Stempelpapierhandelsmonopol (hierzu im einzelnen: v. Rönne II § 388 IV A und §§ 478, 479).

⁴⁷ Gem. Art. 32 erleiden das „Münz-, Post-, Salinen- und Salpeterregal, sowie die Bestimmungen über Perlfischerei und Goldwäscherei“ durch das Gesetz keinen Abbruch. Die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen waren schon zu Anfang des 19. Jahrhunderts aufgehoben worden.

⁴⁸ Durch § 7 wurden die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen (Ziff. 1) und ein großer Teil der Zwangs- und Bannrechte (Ziff. 2—4; die bestehenden unterlagen der Ablösung gem. § 8 Ziff. 1; da die Zwangs- und Bannrechte als privatrechtlich betrachtet wurden, wurde in Art. 74 EGBGB ein Vorbehalt für Landesrecht aufgenommen) ab 1. 1. 1873 aufgehoben. Die Zwangs- und Bannrechte der Abdecker blieben — vorbehaltlich § 8 Ziff. 1 — aufrechterhalten; spätestens seit Inkrafttreten des Tierkörperbeseitigungsgesetzes vom 1. 2. 1939 (RGBl I S. 187) bestehen keine Abdeckereiberechtigungen mehr (§ 12 dieses Gesetzes). Ebenfalls unberührt blieben die Fährerechtigkeiten (§ 6). Eine Neubegründung (vgl. *Landmann/Rohmer* § 10 Anm. 4) ausschließlicher Gewerbeberechtigungen und von Zwangs- und Bannrechten ist ausgeschlossen (§ 10 Abs. 1). Zu der Frage, ob und inwieweit im öffentlichen Interesse begründete gewerbliche Ausschließlichkeitspositionen unter § 10 Abs. 1 fallen: *Landmann/Rohmer* § 10 Anm. 2.

§ 5 läßt Gewerbezulassungsbeschränkungen im Bereich des Post- und Fernmeldemonopols und der Finanzmonopole (d. h. indirekter Steuern in Monopolform) unberührt und § 6 nimmt die Eisenbahnunternehmungen, das Bergregal und das sog. Apothekenmonopol („Verkauf von Arzneimitteln“) aus dem Geltungsbereich der Gewerbefreiheit aus, während Schlachthausmonopole nach Maßgabe des § 23 Abs. 2 und Kehrbezirke der Schornsteinfeger nach § 39 zulässig bleiben.

Durch § 7 Ziff. 6 wurden schließlich die regalen Gewerbeabgaben, wo sie etwa noch bestanden, beseitigt.

Dieser die Gewerbefreiheit und ihre Grenzen festlegende Normenbestand der Gewerbeordnung ist durch die Verfassungs- und Wirtschaftsentwicklung der vergangenen hundert Jahre überholt. Hier wurde noch den letzten

Abgesehen von den allgemeinen gewerberechtlichen Gesetzgebungen, ergingen hinsichtlich einzelner Materien besondere Regelungen, so daß die durch die Rechtsordnung erzeugten regalen und monopolistischen Gewerbe- und Handelsbeschränkungen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts weitgehend verschwunden waren. So wurden in Bayern das Tabakmonopol durch das Zollgesetz vom 22. 7. 1819 (GBl Sp. 100), das Lottomonopol durch § 11 Finanzgesetz für die IV. Finanzperiode vom 25. 7. 1850 (GBl Sp. 474) und das Salzhandelsmonopol durch das Salzsteuergesetz vom 16. 11. 1867 (GBl Sp. 217) aufgehoben. In Preußen bestanden um die Mitte des Jahrhunderts nur noch das Lotteriede-, Salzhandels- und Stempelpapierhandelsmonopol, nachdem u. a. das Tabak-, Kaffee- und Spielkartenmonopol beseitigt worden waren⁴⁹. Straßen- und Stromregal wichen der Lehre von den öffentlichen Sachen in Gemeingebrauch und wurden durch die Straßen- und Wasserpolizei abgelöst, während ihre nutzbare Seite, die regalen Abgaben, abgeschafft wurde⁵⁰. Das Forstregal wurde durch die Forstpolizei abgelöst, die Schutz und Bewirtschaftung privater Forsten zum Gegenstand hat⁵¹, und ebenso trat die Jagdpolizei an die Stelle des Jagdregals⁵². Die Regalität des Bergbaus wurde durch den Grundsatz

Bastionen der mittelalterlichen geschlossenen Gewerbe- und Handelsstadt und des Merkantilsystems eine Schlacht geliefert, während indessen das System der Gewerbefreiheit bereits wieder in die neue Stufe der gelenkten Wirtschaft überzugehen beginnt. Die Garantie der Gewerbefreiheit ist in der der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GrundG) aufgegangen. Die Vereinbarkeit von Verwaltungsmonopolen mit diesem Grundrecht wird in größerem Zusammenhang dargestellt werden (vgl. Textziffer 102).

⁴⁹ Vgl. v. Rönne II § 388 IV Anm. 2 und § 479 Vorbem. Anm. 9; Hue de Grais § 92 (Lotteriede- und Salzhandelsmonopol).

⁵⁰ Hierzu: Gierke II § 124 III 1; Kruchen in: Werner Haustein (Hrsg.), Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960, § 26; Krüger S. 169 ff. — Die regalen Wege- und Stromabgaben wurden z. B. in Preußen insoweit, als sie den Charakter eines Binnenzolles hatten (vgl. §§ 88, 89 II 15 ALR) als mit dem Grundsatz der Handelsfreiheit unvereinbar aufgehoben: VO wegen Aufhebung der Wasser-, Binnen- und Provinzialzölle, zunächst in den alten Provinzen der Monarchie, vom 11. 6. 1816 (GS S. 193), §§ 16 ff. Gesetz über den Zoll und die Verbrauchs-Steuer von ausländischen Waren und über den Verkehr zwischen den Provinzen des Staats, vom 26. 5. 1818 (GS S. 65), § 19 Zoll-Gesetz vom 23. 1. 1838 (GS S. 34), insoweit aber, als sie der Unterhaltung der Straße, des Flusses, der Brücke usf. dienten, als Gebühren und Beiträge aufrechterhalten, wie in § 21 Zoll-Gesetz ausdrücklich bestimmt (ungenau: v. Heckel S. 88, der diese Abgaben nur als Beiträge ansieht, Krüger S. 169, der diese Abgaben nur als Gebühren ansieht, und v. Rönne II § 417 II Anm. 5 und § 418 VIII, der weiterhin von regalen Abgaben spricht). Vgl. auch Art. 22 Zollvereinigungsvertrag vom 8. 7. 1867 und Art. 54 Abs. 4 RVerf 1871 (dazu Roscher Theorie S. 128). Zur Entwicklung der Lehre vom öffentlichen Eigentum im Wasserrecht: Sievers S. 187 ff.

⁵¹ Gerber § 80; v. Rönne II § 380 I. — Preußen: Landes-Kultur-Edikt vom 14. 9. 1811 (GS S. 303); Bayern: Forstgesetz vom 28. 3. 1852 (GBl 1851/52 Sp. 69).

⁵² Gerber § 90; G. Meyer VerwR § 60 Anm. 3. — In Preußen wurde das noch in §§ 30 ff. II 16 ALR ausgesprochene Jagdregal durch das Gesetz, betr. die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden und die Ausübung der Jagd, vom 31. 10. 1848 (GS S. 343), in Bayern durch das Gesetz, die Auf-

der Bergbaufreiheit unter der staatlichen Berghoheit ersetzt⁵³. Die später in weitem Umfang eingeführten bergrechtlichen Staatsvorbehalte stellen keine Fortsetzung des Bergregals dar und sind überhaupt nicht durch die Regalitätsvorstellung zu begreifen; vielmehr handelt es sich dabei um Verwaltungsmonopole.

Am Ende des 19. Jahrhunderts war das Regal aus der Rechtsordnung bis auf geringfügige Überreste verschwunden⁵⁴. Erhalten geblieben sind vor allem das Aneignungsrecht des Fiskus für herrenlose Grundstücke (§ 928 Abs. 2 BGB) und das Erbrecht des Fiskus bei erbenlosen Erbschaften (§ 1936 BGB), beides Befugnisse, die die Gewerbefreiheit nicht tangieren⁵⁵. Von den aus dem Merkantilismus überkommenen

hebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden in den Regierungsbezirken diesseits des Rheins betr., vom 4. 6. 1848 (GBl S. 129) beseitigt. Das Jagdrecht wurde als dem Grundeigentum entspringendes, zivilrechtliches Aneignungsrecht entsprechend dem deutschrechtlichen Denken (vgl. Ssp Ldr II, 61) geregelt.

⁵³ Hierzu: *Bluntschli* S. 514 ff.; *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 1954, S. 375. — Preußen: Allgemeines Berggesetz vom 24. 6. 1865 (GS S. 705); schon vorher hatte im linksrheinischen Preußen französisches Recht gegolten, das bereits seit der Revolution kein Bergregal mehr kennt (vgl. v. Rönne II, § 385). Bayern: Art. 240 Berggesetz vom 20. 3. 1869 (GBl S. 673).

⁵⁴ *Krüger* S. 167 f.: „Was übrigbleibt, verdient eher als rechtsgeschichtliche Kuriosität, denn als wesentliches Element des Verfassungs- und Verwaltungsrechts gewertet zu werden.“

⁵⁵ Das Recht aus § 1936 BGB wird dogmatisch als gesetzliches Erbrecht des Fiskus angesehen (so schon *Gierke* II § 124 III Anm. 18).

Art. 73 EGBGB betrifft nach den Motiven (S. 165 f.) die noch vorhandenen privatrechtlichen Normen bezüglich der etwa noch bestehenden (niederer) Regalien (im einzelnen: *Staudinger* BGB 9. Aufl., 1929, Art. 73 EGBGB Anm. 3 und 4). Über die Rechtsnatur bestanden Zweifel, doch sollten jedenfalls die landesrechtlichen Vorschriften „wegen der publizistischen Seite“ der Regalien unangetastet bleiben. Unter Art. 73 EGBGB fällt z. B. das preußische Fährregal; dieses ist sowohl wenn es der Staat selbst ausübt, als auch wenn es ein Privater auf Grund einer verliehenen (vererblichen und veräußerlichen) Gerechtigkeit ausübt, eine privatrechtliche Befugnis, die das Fährgeschäft an bestimmten Wasserläufen aus dem Gemeingebrauch ausnimmt (vgl. *PROVGE* 86, 347; *RGZ* 72, 52 und *Gruchots* Beiträge 54/1910, 958; *Holtz/Kreutz/Schlegelberger* § 26 Anm. 7 und § 397 Anm. 3). Die Restbestände der niederer Regalien scheiden wegen ihrer privatrechtlichen Natur und wegen ihres im Verhältnis zur modernen Verwaltungsidee irregulären Charakters aus dem Kreis der Verwaltungsmonopole aus.

Art. 155 Abs. 4 Satz 2 WeimRVerf meinte, wie der Zusammenhang mit Satz 1 ergibt, die noch in den Händen Privater befindlichen Bergregalrechte. In Preußen, wo durch § 250 Abs. 1 ABG die Bergregale der früher reichsunmittelbaren Standesherrn (vgl. XIV. Artikel der Deutschen Bundesakte vom 8. 6. 1815; VO, betr. die Verhältnisse der vormals unmittelbaren deutschen Reichsstände in den Preußischen Staaten, vom 21. 6. 1815, GS S. 105) und die Regalrechte, die auf besonderen Rechtstiteln beruhten, aufrechterhalten geblieben waren, ergingen zu seiner Ausführung das Gesetz zur Sicherung der Überführung der Privatbergregale an den Staat vom 17. 12. 1919 (GS 1920, S. 42), das vorsorglich als Stichtag für den Rechtszustand, von dem bei der demnächstigen Überführung der Regale auszugehen sein würde, den 1. 12. 1919 festlegte (vgl. die Amtl. Begründung, abgedruckt in *ZfB* 61/1920, 187 f.), und das Gesetz zur Überführung der standesherrlichen Bergregale an den Staat vom 19. 10. 1920 (GS S. 441); die abschließende Regelung erfolgte durch das

staatlichen Monopolen hat, von den Steuermonopolen abgesehen, allein das Postregal Bestand gehabt⁵⁶. Die im Verlauf des 19. Jahrhunderts neu begründeten staatlichen Ausschließlichkeitsrechte gewerblicher Art, wie etwa das „Telegraphenregal“ und das „Eisenbahnregal“, haben mit der Regalität im eigentlichen Sinne nichts zu tun und sind Verwaltungsmonopole des modernen Staates, ebenso wie das Postregal — als Bestandteil der zeitgenössischen Rechtsordnung — diesen Charakter angenommen hat.

39.— Die Behandlung der Regalien und der Monopole in der rechtswissenschaftlichen Theorie des 19. Jahrhunderts ist weitgehend uneinheitlich und unübersichtlich. Überkommen aus einer Zeit, die öffentliches und privates Recht nicht sorgfältig schied und über eine auf dieser Basis aufgebaute, systematisch ausgearbeitete und in einzelne Zweige relativ selbständig aufgeteilte rechtswissenschaftliche Dogmatik nicht verfügte, mußte die Regalitätsvorstellung in dem Maße zu einem unbefriedigenden Fremdkörper werden, als sich diese Dogmatik entwickelte. Die Mehrfältigkeit seiner Rechtsnatur, eine Mehrfältigkeit, die erst einer geklärten Dogmatik bewußt werden konnte, ließ das Regal zum Gegenstand des Privatrechts⁵⁷, des Verwaltungsrechts⁵⁸ und

Gesetz zur Überführung der privaten Bergregale und Regalitätsrechte an den Staat vom 29. 12. 1942 (GS 1943, S. 1). § 250 ABG wurde zwar in § 41 Ziff. 44 des Gesetzes über die Aufhebung der Standesvorrechte des Adels und die Auflösung der Hausvermögen vom 23. 6. 1920 (GS S. 367) als aufgehobene Vorschrift aufgeführt, doch tatsächlich nicht aufgehoben; denn da § 21 dieses Gesetzes die Privatregale vom Wirkungsbereich des Gesetzes ausnahm, lag ein redaktionelles Versehen vor (vgl. Erlaß des Ministers für Handel und Gewerbe vom 1. 11. 1920, ZfB 62/1921, 262; Carl Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 2. Aufl., 1924, S. 269 Anm. 2). Die Aufhebung des § 250 ABG erfolgte durch § 8 Ziff. 1 des Gesetzes vom 29. 12. 1942.

Zu den preußischen Privatbergregalen: Amtl. Begründung zum Gesetz vom 19. 10. 1920, abgedruckt ZfB 62/1921, 33 ff.; H. Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht in Verbindung mit dem preußischen Bergrechte, 1. Teil 1871, § 34; Rudolf Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1916/17, S. 555 ff.; Voelkel a.a.O. S. 267 ff.

⁵⁶ Jedoch sind auch zu seiner Beseitigung Stimmen laut geworden, z. B. Strauch S. 83.

⁵⁷ Eichhorn (Einleitung §§ 265 ff.) behandelt die Regalien in einem Unterabschnitt des Sachenrechts mit der Bezeichnung „Beschränkungen des Eigentums durch Rechte der höchsten Gewalt“, ähnlich Heusler (§§ 73, 74), der sie in dem Unterabschnitt „Dem Verkehr entzogene Sachen“ erörtert, Gierke (II § 124), der im Abschnitt „Das Grundeigentum“ einen Unterabschnitt „Die Regalien und das Grundeigentum“ bildet, und Hübner (§ 37, 2), der den betreffenden Unterabschnitt „Die aus der Regalität stammenden Beschränkungen“ (sc. des Grundeigentums) nennt.

⁵⁸ Hier erscheinen die Regalien als Bestandteile der Finanzhoheit. Während etwa v. Rönne II § 478 die nutzbaren Regalien als Einnahmequelle selbständig neben den Staatsgütern, der Ausübung wesentlicher Hoheitsrechte, den staatswirtschaftlichen Funktionen (Post, Telegraf, Münze!), den Staatsmonopolen, der erwerbswirtschaftlichen Staatstätigkeit und den Steuern aufführt, stellt Weiß §§ 373 ff. die Regalien neben den Domänen zu den Staatseinnahmen „aus

der Staatswirtschaftslehre⁵⁹ werden. Die unterschiedliche methodische Struktur dieser Wissenschaftszweige und die häufig vorgenommene

dem Staatsvermögen“, diese von den Einnahmen „aus dem Nationalvermögen“, insb. den Steuern, scheidend. *Bluntschli* S. 512 ff. behandelt die Regalien, unter die er auch die Monopole rechnet, im Hauptabschnitt „Wirtschaftspflege“, Unterabschnitt „Finanzhoheit“.

· Monografisch: *Himmelstoß* (Regalität bestehe in der Eigenschaft eines außer dem Inbegriff der landesherrlichen Gewalt an sich, als einzeln stehenden Rechts, welches dem Landesherrn aus einem besonderen Erwerbsgrund zukomme); *Böhlau* pp 3 sqq; *Kaltenborn* (betr. die Majestätsrechte, die zwar als „functiones seu emanationes summi imperii“ begriffen, dennoch aber als „regalia generalia“ behandelt werden. Die gegebene „historica delineatio“ — pp 6 sqq —, die von Aristoteles unter Auslassung des Mittelalters — „per medium quod fertur aevum hac quidem de re quantum ego certe scio nihil memoria dignum scriptum est“ — gleich zum rationalen Naturrecht fortschreitet, referiert lediglich die Theorien über die Staatsgewalt).

⁵⁹ Obwohl bereits im 18. Jahrhundert erkannt worden war, daß die dem Staat unter dem rechtlichen Titel der Regalien zufließenden Erträge finanztheoretisch teils Steuern, teils Gebühren, teils Beiträge waren, und obwohl schon v. Sonnenfels sie nicht mehr als selbständige Einkommensquelle ansah, setzte sich diese Einsicht nicht sogleich durch und wurden diese Erträge noch im 19. Jahrhundert vielfach als solche behandelt. *Roscher* Theorie S. 117 und System § 18 sowie *Schroeder* S. 229 f. fassen Regalien und Monopole unterschiedlos unter dem Begriff Finanzregalien zusammen und stellen sie als staatswirtschaftliche Einkunftsquelle den Domänen gegenüber. Bei *Schroeder* wird die dogmatische Unklarheit besonders deutlich, da er die Regalien als staatswirtschaftliche Einnahmequelle neben Gebühren und Steuern auführt. *Otto Gerlach* hat in der von ihm bearbeiteten 5. Aufl. von *Roschers* System der Finanzwissenschaft (1901) Roschers Kategorien korrigiert und die ertragbringenden staatlichen Ausschließlichkeitsrechte in Finanzmonopole, die als Steuerform anzusehen seien, und in aus polizeilichen u. a. Gründen eingeführte Monopole, deren Einkünfte privatwirtschaftliche seien — also nicht Gebühren —, weil „durch diese geschäftlichen Operationen nicht Staatsaufgaben erfüllt werden“, unterschieden (*Roscher* System §§ 5 a, 18).

Überzeugend und methodisch konsequent hat demgegenüber *Adolph Wagner* den Begriff der Regalien aus dem System der Finanztheorie entfernt und nur an dem Wort festgehalten: Die ordentlichen Staatseinnahmen sind entweder privatwirtschaftliche oder staatswirtschaftliche, je nachdem, ob sie in den gewöhnlichen Formen des freien Verkehrs von der Staatswirtschaft selbst oder ob sie zwangsweise kraft der Finanzhoheit von anderen Einzelwirtschaften eingefordert werden; die staatswirtschaftlichen Einnahmen sind Steuern oder Gebühren, die Beiträge eine Unterart der Gebühren (FinW I §§ 198, 212; II § 74). Eine selbständige finanzwissenschaftliche Einnahmeart der Finanzregalien entfällt (FinW I § 211). Erträge aus der Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten bei Tätigkeiten, die dem Staat nicht als wesentliche Hoheitsrechte zukommen, sondern aus Zweckmäßigkeitgründen, vornehmlich im Vollzug des Wohlfahrts- und Kulturzweckes, begründet worden sind, stellen finanzwissenschaftlich Steuern oder Gebühren dar, ohne Rücksicht auf die rechtswissenschaftliche Bezeichnung des Erwerbsgrundes. Um Steuern handelt es sich, wenn die Monopolisierung vorwiegend im Interesse finanzieller Ausbeutung erfolgte: Finanzmonopole; nur der durch die Monopolisierung über die Höhe des gewöhnlichen Gewerbegewinnes erzielte Mehrertrag ist Steuer, der außerdem erzielte Gewerbegewinn ist privatwirtschaftlich, so daß die Gesamteinnahme einen gemischten Charakter hat. Um Gebühren handelt es sich, wenn die Tätigkeit nach ihrem Inhalt am passendsten vom Staat ausgeübt und die Vornahme der Leistungen durch den Staat dadurch erleichtert und ihre gute Beschaffenheit dadurch verbürgt wird, daß ein Monopol besteht (I §§ 201, 207, 210; II § 108).

Gleichsetzung von Regalien und Monopolen brachte eine nicht nur terminologisch, sondern auch begrifflich verwirrende Erfassung der staatlichen Ausschließlichkeitsrechte hervor.

Immerhin setzte sich in der Rechtswissenschaft die von *Maurenbrecher*⁶⁰ eingeführte Unterscheidung der „grundherrschaftlichen Regalien“ und der „Gewerberegalien“ (regale Gewerbe) weithin durch⁶¹. Diese Kategorien haben den Vorteil, daß sie den Unterschied zwischen Regalien und Monopolen akzentuieren, doch den größeren Nachteil, daß sie die Regalitätsvorstellung mit den Monopolen in Verbindung bringen und den Eindruck erwecken, als ob Monopole und Regalien überhaupt unter einem einheitlichen Oberbegriff zusammengefaßt werden könnten.

Die („grundherrschaftlichen“) Regalien sind bestimmte dem Staat ausschließlich zugewiesene Nutzungsrechte (öffentlicher Sachen) oder Aneignungsrechte (herrenloser Sachen). In dieser Hinordnung auf das privatrechtliche Institut des Eigentums ist der Einfluß der Fiskustheorie⁶² erkennbar, und es wurde die Rechtsnatur dieser Regalrechte dementsprechend allgemein als privatrechtlich angesehen⁶³. Dennoch offenbart sich die Heterogenität der Regalitätsvorstellung im Verhältnis zu der sich ausbildenden Systematik, ihr „Mischcharakter“, darin, daß die regalen Befugnisse dem Staat notwendig und eigentlich kraft Rechtssatzes und nicht nur zufällig, wie etwa die Domänen, zukommen sollen⁶⁴, so daß das als „Anwartschaft“ verstandene Regal selbst zwar öffentlich-rechtlich, die in Verwirklichung der „Anwartschaft“ ent-

⁶⁰ Nach *Strauch* S. 23.

⁶¹ *Bluntschli* S. 513 ff.; *Burmester* S. 107; *Gierke* II § 124 III; *Strauch* S. 23 f.; *Weiß* §§ 273 ff. (Regalien, welche die Gewerbefreiheit beschränken: Münz-, Postregal — Regalien, welche die Eigentumsfreiheit beschränken: Berg-, Jagd-, Wasser-, Landstraßenregal); selbst noch *Staudinger* a.a.O. (Anm. 55) Art. 73 EGBGB Anm. 3. — Mit dem Wort „grundherrschaftlich“ soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die so genannten Regalien — die im wesentlichen die aus dem Mittelalter überlieferten eigentlichen Regalien umfaßten — ausschließliche staatliche Berechtigungen sind, die einen Ausschnitt aus dem Grundeigentum darstellen. Diese Bezeichnung ist irreführend, weil sie an die mit diesen Regalien nicht in Zusammenhang stehende mittelalterliche „Grundherrschaft“ denken läßt.

⁶² Vgl. *Hatschek* S. 456. — Der Grundsatz der Fiskustheorie ist prägnant formuliert von *Heusler* I § 63: „Sofern der Staat als Vermögenssubjekt am privatrechtlichen Verkehr Teil nimmt, erscheint er unter dem Namen des Fiskus als juristische Person und damit als Privatrechtsinstitut.“ Die Legaldefinition des Fiskus in § 1 II 14 Preuß. ALR, die auch das Besteuerungsrecht einbegreift, ist eine völlige Überspitzung dieses Gedankens.

⁶³ *Achenbach* a.a.O. (Anm. 55) I § 30 für das Bergregal; *Bluntschli* S. 513 ff.; *Franklin*; *Gerber* § 56 (Verwandschaft mit den Anwartschaftsrechten, da sie nicht Rechte, sondern Möglichkeiten der Verwirklichung einer bestimmten Klasse von Rechten seien); *Gierke* II § 124 II; *Planitz* S. 71; *v. Rönne* II § 478, 2. *Klübers* methodisch zutreffender Versuch, innerhalb der einzelnen Regalien öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Bestandteile zu scheiden (z. B. S. 735 ff. für das Wasserregal) wurde insofern weiter durchgeführt, wenn auch in einer durch die Fiskustheorie verfälschten Weise.

⁶⁴ Vgl. *Bluntschli* S. 512; *Burmester* S. 106; *Gerber* § 56.

stehende individuelle und konkrete Rechtsposition, die „Gerechtsame“ oder „Gerechtigkeit“, aber privatrechtlich ist⁶⁵. Insoweit als diese Gerechtigkeiten an Korporationen oder an Private verliehen werden — „Privatregal“ (vgl. Art. 155 Abs. 4 Satz 2 WeimRVerf) — sind sie nicht substantiell, sondern nur zur Ausübung übertragen, so daß die verliehene Gerechtsame (Regalnutzung) nach wie vor im staatlichen Regal wurzelt, woraus sich Befugnisse des Staates, als des Regalherrn, gegenüber dem Beliehenen ergeben können, die öffentlich-rechtlicher Natur sind (Regalherrlichkeit)⁶⁶.

Dieses Verständnis der Regalien, das vor allem von *Gerber* und *Gierke* vertreten wurde, war zwar konstruktiv befriedigender als die anderen von der damaligen Theorie entwickelten Auffassungen⁶⁷, konnte aber dennoch nicht die Regalitätsvorstellung dogmatisch rechtfertigen, weil es letztlich auf den unsachgemäßen Voraussetzungen der Fiskustheorie beruhte, die der öffentlichen und öffentlich-rechtlichen Funktion der Verwaltung zu wenig Rechnung trug.

Die „Gewerberegalien“ oder „Staatsmonopolen“ sind die dem Staat durch Rechtssatz ausschließlich zustehenden Befugnisse, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben⁶⁸. Nach dem Zweck des Staatsvorbehalts wurde später, der bereits in der kameralistischen Literatur sich abzeichnenden Begriffsbildung folgend, zwischen in vorwiegend fiskalischer Absicht und vorwiegend in öffentlichem Interesse begründeten Monopolen unterschieden⁶⁹. Diese Systematik steht der

⁶⁵ Die regalen Gerechtsame sind somit Rechte, die „durch Privileg“ entstehen (*Gerber* §§ 53 ff.).

⁶⁶ *Gierke* II § 124 IV 2.

⁶⁷ Über diese unterrichtet etwa *Strauch* S. 27 ff., allerdings im Rahmen einer doktrinären Kritik (siehe Anm. 70).

⁶⁸ Hierzu wurden im wesentlichen die aus der merkantilistischen Zeit stammenden Monopole gerechnet. Unter Verkennung der Funktion des Geldes und der dem Staat bei der Geldschöpfung zukommenden Rolle, wurde z. T. auch das sog. Münzregal noch als ein derartiges Monopol, d. h. aber als eine wirtschaftliche Staatstätigkeit, betrachtet (so: *Bluntschli* S. 519; *Roscher* System § 29 (unter der Rubrik „Handels- und Industriegeschäfte des Staates“); *Schroeder* S. 230, 356; Finanzregal; *Weiß* § 374). Demgegenüber hatte bereits die Regelung des preuß. ALR in § 12 II 13, die das Münzregal als Majestätsrecht — und nicht als niedriges Regal — auffaßte, den richtigen Weg gewiesen, und *Lorenz von Stein* nahm das Münzrecht mit Recht aus den Regalien aus, da es „jetzt eine reine Verwaltungsmaßnahme“ sei (*v. Stein* VerwL I, 322). Ähnlich *Gierke* II § 107 Anm. 7.

⁶⁹ *Bluntschli* S. 517 ff. — *Lorenz von Stein* benutzte bei seiner Unterscheidung von Regalien und Monopolen zugleich den Inhalt der vorbehaltenen Tätigkeit (Verkehrsanstalten — Produktion von Konsumartikeln) und die Form der Einnahmeerzielung (Anstaltsnutzung — Besteuerungsform), wodurch die Systematik zwiespältig wird, wenn sie sich auch weitgehend mit der oben im Text genannten deckt, so daß die „Regalien“ im Sinne von *Steins* hauptsächlich die Gewerberegalien aus öffentlichem Interesse, die „Monopole“ die Gewerberegalien in fiskalischer Absicht bezeichnen. Die Angreifbarkeit der Kategorien von *Steins* zeigt sich an dem Einzelfall des Lotteriemonopols, das er als „Regal“ ansehen muß.

heute weithin üblichen Methode sehr nahe, Verwaltungsmonopole und Finanzmonopole auseinander zu halten. Sie ist vor allem deshalb fruchtbar, weil sie den Zweck der Monopolisierung als primäres kategorienbildendes Kriterium verwendet. Nur der Zweck, nicht der Inhalt oder die Form des Ausschließlichkeitsrechts, gibt in sachgemäßer Weise die Funktion des Rechtsinstituts im Rahmen der Verwaltungstätigkeit wieder und ermöglicht so einerseits eine dogmatisch befriedigende Begriffsbildung und andererseits eine rechtspolitisch fundierte Beurteilung öffentlicher Ausschließlichkeitsfunktionen.

40.- Die Frage, ob Wort und Begriff des *Regals* in der Dogmatik und in der Rechtssprache des modernen öffentlichen Rechts sinnvoll verwendet werden können, muß davon abhängig gemacht werden, ob die geltende Rechtsordnung das Rechtsinstitut des Regals kennt und ob die zeitgenössische Theorie des öffentlichen Rechts, die ihre Kategorien aus ihren Axiomen widerspruchsfrei zu entwickeln hat, dieses Rechtsinstitut zuläßt⁷⁰. Als Ausgangspunkt für die Beantwortung muß der vorgegebene historische Tatbestand gelten, daß das Regal im mittelalterlichen Staats- und Rechtsverständnis als Rechtsfigur entstanden ist. Da die auf Grund dieses Titels begründeten Rechtsstellungen den mittelalterlichen Staat überdauert haben und über den absolutistischen Staat bis in den monarchisch-konstitutionellen Staat fortbestanden, auch obwohl sie durch das Inbeziehungtreten mit veränderten staatsrechtlichen Voraussetzungen einen neuen Charakter annahmen, ist das Wort beibehalten und stets erneut der Versuch gemacht worden, auch den Begriff des Regals, den veränderten Voraussetzungen entsprechend, neu zu bestimmen. Tatsächlich handelte es sich dabei stets um neue Begriffe, die lediglich unter dem Eindruck rechtlicher Kontinuität mit demselben Wort bezeichnet wurden. Das 19. Jahrhundert hat, einschneidender als vorangegangene Epochen, die traditionell unter dem Namen des Regals ausgeübten Befugnisse umgestaltet, aufgelöst und einer geklärten Dogmatik einverleibt⁷¹, so daß auch der Gebrauch des alten Terminus nicht mehr naheliegt. Der Begriff des Regals kann, da

⁷⁰ *Strauch* hatte bereits Mitte des vorigen Jahrhunderts, nach dem Vorgang von Vollgraff und Aretin/Rotteck, versucht, den Regalbegriff als unzulässige juristische Konstruktion zu erweisen, weil er weder aus dem Grundbegriff des öffentlichen Rechts, der Souveränität, noch aus dem Grundbegriff des Privatrechts, der Persönlichkeit, entwickelt werden könne; die Methode ist äußerlich begriffsjuristisch und stellt Postulate der liberalen Ideologie als zeitlose Grundbestimmungen der Dogmatik hin. Gegen Strauchs Gedankengang wendet sich *Ludewig* S. 69 ff., der die Existenzberechtigung der Regalien auf der Grundlage des sich neu bildenden Begriffs des Regals als einer dem Staat aus Gründen des Gemeinwohls vorbehaltenen gewerblichen Tätigkeit zu rechtfertigen sucht.

⁷¹ Die gänzliche rechtliche Ausbildung der Vorstellung von der einheitlichen Staatsgewalt hat die den Regalien innewohnenden Hoheitsrechte, die Entwicklung der Rechtsinstitute der modernen Finanzverfassung — Steuern, Gebühren, Beiträge — hat die den Regalien innewohnenden fiskalischen

die Rechtsordnung des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates das mittelalterliche Rechtsinstitut Regal nicht mehr kennt, es mit seiner Staatsidee sogar im Widerspruch steht und die geschichtliche Kontinuität mit den modernen Rechtsbildungen von dem neuaufgekommenen Verständnis überwogen wird, im zeitgenössischen System des öffentlichen Rechts keinen Erkenntniswert besitzen. Es ist daher ein Begriff der Rechtsgeschichte, nicht der heutigen Dogmatik⁷².

Soweit heute staatliche Befugnisse auf Rechtsnormen beruhen, die sich historisch aus Regalien entwickelt haben, stellen nicht diese Regalien den Rechtsgrund dieser Befugnisse dar⁷³, sondern die geltenden Normen, deren dogmatische Einordnung ebenfalls auf den Begriff des Regals verzichten muß, weil das Regal zwar die — historische — Ursache, nicht aber der — normative — Geltungsgrund der Norm ist⁷⁴. Erst recht muß es als methodisch unzulässig angesehen werden, erst in der Moderne entstandene Ausschließlichkeitsfunktionen, wie etwa verstaatlichte Monopole, als eine geschichtliche Anknüpfung an die Regalitätsvorstellung zu bezeichnen oder zu beurteilen⁷⁵, da letzteres hieße, die Sozialstaatsidee aus der Idee der Regalität zu erklären⁷⁶.

Rechte aufgenommen (vgl. *Eheberg* FinW § 36; *v. Heckel* S. 30, 87 f.; *Krüger* S. 174 f., 185). Auch für die Klassifikation der öffentlichen Einnahmen haben die Regalien daher keine Bedeutung mehr (*Fritz Neumark*, Zur Klassifikation der öffentlichen Einnahmen, in: *Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates*, 1961, S. 323/324).

⁷² So und ähnlich: *Burmester* S. 101 f., 105; *v. Heckel* S. 87; *Krüger* S. 165 f.; *Meili* S. 68 ff. (der Begriff der Regalien ist „eine Antiquität, die dem lebendigen Recht in der Gestalt eines Kadavers gegenüber tritt“); *von Seydel* § 158; *Hans J. Wolff*, *Verwaltungsrecht* I, 4. Aufl., 1961, § 23 II a 3. Abw. aber *Hans Peter Ipsen*, *Die Rundfunkgebühr*, 2. Aufl., 1958, S. 36. — Das von *Krüger* benutzte Argument, daß das Verständnis der niederen Regalien als „zufällige“ Rechte des Staates die Unangebrachtheit der Regalitätsvorstellung für das heutige Recht besonders deutlich mache, ist nicht stichhaltig. Denn auch die Emanationen der Staatsgewalt des modernen Staates sind nur zum Teil aus dem Wesen des Staates abzuleiten, wie es heute verstanden wird; andere, wie etwa die (nur) erwerbswirtschaftliche Staatstätigkeit, stehen mit der Funktion des Staates als politischem Sozial- und Herrschaftsverband nur im mittelbarem Zusammenhang, ohne daß sie deshalb als eine Funktionsüberschreitung betrachtet werden können.

⁷³ So *Theo Keller* a.a.O. (Anm. 7) II, 163. — Selbst die Bezeichnung der Regalität als die „historische Wurzel“ der modernen staatlichen Ausschließlichkeitsrechte außerhalb der eigentlich hoheitlichen Befugnisse (so *Fleiner* Inst § 20 I Anm. 2) ist zu allgemein, um das Verhältnis des Regals zum heutigen öffentlichen Monopol genau zu charakterisieren.

⁷⁴ Es ist deshalb auch irreführend, etwa die modernen Finanzmonopole als äußerlich umgewandelte, aber sachlich fortlebende Finanzregalien zu betrachten (so *Krüger* S. 164), abgesehen davon, daß die Vorläufer der Finanzmonopole nicht Regalien, sondern merkantilistische Monopole waren.

⁷⁵ So noch *Gerber* § 56; *Roscher* System §§ 27 ff.; *Wagner* FinW 1 § 201 („Die teilweise Verdrängung der privatwirtschaftlichen durch die gemeinwirtschaftliche Organisation, die die Zukunft bringen könnte, wird vielleicht mit der Einführung neuer Regalien verbunden sein“); I § 211 („Die Fortdauer eines geschichtlich überkommenen... Finanzregals, die etwaige Einführung eines neuen...“); II § 26 (hier Regalien fast durchweg in Anführungszeichen).

⁷⁶ Deswegen ist auch die Aussage, die Schaffung neuer regaler Abgaben,

Eine andere Frage ist es, ob eine Verwendung des Wortes „Regal“ für eine moderne Rechtsbildung empfehlenswert ist oder nicht⁷⁷. Es handelt sich dabei allein um eine Frage der zweckmäßigen Terminologie. Sofern Klarheit darüber besteht, daß das Wesen der Regalität dabei fehlt, ist eine Verwirrung an sich nicht zu besorgen. Jedoch müßte es im Interesse einer unmißverständlichen wissenschaftlichen Sprache vorgezogen werden, den Ausdruck in der Dogmatik zu vermeiden⁷⁸ und ihn höchstens dort zu verwenden, wo er sich seit langem eingebürgert hat, wie beim Postregal⁷⁹.

3. Das Verwaltungsmonopol des Wohlfahrts- und Steuerstaates

41.— Heinz W. *Auerswald*, Das Patentmonopol und der Kartellgesetzentwurf, WuW 1957, 220—230; Otto *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVdStL 12 (1954), 37—84; ders., Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 155—265; Wolfgang *Bernhardt*, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 1957; Maurice *Block*, Petit Dictionnaire, 1896; J. C. *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., 1885; Conrad *Bornhak*, Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts, 1884/85/86; Jürgen *Brandt*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 1929; Carl *Brinkmann*, Wirtschaftstheorie, 2. Aufl., 1953; Hermann *Carl*, Monopolstellung und Abschlußzwang des Ver-

z. B. eines „Wasserzins“, sei verfassungsrechtlich unzulässig (so *Krüger* S. 141 ff. und im Anschluß daran *Hamann* WVerfR S. 182), insofern leerlaufend, als der moderne Staat seinem Wesen nach Regalität im eigentlichen Sinn nicht rechtlich hervorbringen kann. Die Schaffung von Abgaben, die äußerlich den früheren regalen Straßen- oder Wasserabgaben entsprächen, wäre nicht eine „Wiederbelebung“ der alten Straßen- und Stromregale, sondern die — eventuell verfassungswidrige — Einführung einer Gebühr oder eines Beitrages und muß daher als solche beurteilt werden. Der in § 19 des Entwurfs des Wasserhaushaltsgesetzes vorgesehen gewesene „Wasserzins“ ist auf Grund der Empfehlung des 2. Sonderausschusses — WHG — des Bundestages über den Entwurf eines Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts gestrichen worden (vgl. den schriftlichen Bericht des 2. Sonderausschusses — WHG — des Bundestages, Drucks. 3536, S. 1—8). Er wäre mit dem regalen Wasserzins, der als Ausfluß des Grundeigentums betrachtet worden war (vgl. *Klüber* S. 735 ff.), ebensowenig identisch, wie die Sondernutzungsgebühr des § 8 Abs. 3 BFernstrG es mit den alten regalen Straßengeldern ist (*Krüger* S. 164 f. sieht in dieser Gebühr ebenfalls eine Wiederherstellung der Regalität der Straßen).

⁷⁷ Dies wird von *Ludewig* S. 69 ff. und *Maas* S. 485 befürwortet und heute vor allem von E. R. *Huber* in seinem „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ nahezu durchgängig für den Begriff des Verwaltungsmonopols praktiziert.

⁷⁸ Friedrich Carl von *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, 1. Band, Vorrede S. XLIII: „... , daß zwischen dem unächten Sprachgebrauch, und der irrigen Construction oder Verbindung von Begriffen, eine unverkennbare und gefährliche Wechselwirkung besteht. Denn wenn auf der einen Seite der falsche Sprachgebrauch Product und Kennzeichen des irrigen Begriffs ist, so wird hinwiederum dieser durch jenen befestigt, erweitert, fortgepflanzt. Ist nun aber durch Aufdeckung der unächten Terminologie diese Quelle des Irrthums zerstört, dann dürfen wir uns auch nicht abhalten lassen, neu gebildete Kunstausrücke zu gebrauchen, ...“

⁷⁹ Vgl. v. *Heckel* S. 87.

sorgungsunternehmers, JW 1934, 1946—1950; Edward Hastings *Chamberlin*, *The Theory of Monopolistic Competition*, 6th ed., 1948; André G. *Delion*, *L'Etat et les Entreprises Publiques*, 1958; Friedrich *Facius*, *Wirtschaft und Staat*, 1959; Ernst *Forsthoff*, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVdStL 12 (1954), 8—36; Heinrich E. *Friedländer*, *Konzernrecht*, 2. Aufl., 1954; Walter *Gerber*, *Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form*, 1928; Wilhelm *Gerloff*, *Die öffentliche Finanzwirtschaft*, 1942; Otto *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, Zweiter Band, 1905; Hans *Goldschmidt*, Art. Monopol, in: *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, hrsg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, 1927, 4. Band, S. 117—121; Eduard *Goldstein*, *Monopole und Monopolsteuern*, 1916; Herbert *Groß*, *Die Organisationsformen des Finanzmonopols in Europa*, in: *SchrVfS* 176 (1931), III, 1—55; Heinz *Haller*, *Finanzpolitik*, 2. Aufl., 1961; Walter *Hamm*, *Kollektiveigentum*, 1961; Julius *Hatschek*, *Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*, 7. und 8. Aufl., 1931; Max von *Heckel*, *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1. Band, 1907; Eduard *Heimann*, *Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus*, *SchrVfS* 176 (1932), I, 1—34; Karl *Hook*, *Der Rechtscharakter der kommunalen Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke und die Rechtsstellung der Werke gegenüber ihren Abnehmern*, Diss. Heidelberg 1931; Heinrich *Hubmann*, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953; ders., *Geistiges Eigentum*, in: *Die Grundrechte*, IV/1 (1960), 1—36; ders., *Gewerblicher Rechtsschutz*, 1962; Hans Peter *Ipsen*, *Die Rundfunkgebühr*, 2. Aufl., 1958; Hermann *Isay*, *Patentgesetz und Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern*, 5. Aufl., 1931; Rudolf *Isay*, *Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung*, in: *Festschrift für Schmidt-Rimpler*, 1957, S. 403—428; Dietrich *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 1961; Theo *Keller*, *Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen*, in: *Handbuch der Finanzwirtschaft*, hrsg. von Wilhelm Gerloff und Fritz Neumark, 2. Aufl., 1956, II, 161—202; Kurt *Klages*, *Die Entwicklung des Begriffs der unvollkommenen Konkurrenz*, Diss. Marburg 1957; Walter *Klebe*, *Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts*, Diss. Marburg 1960; Johann Ludwig *Klüber*, *Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 2. Aufl., 1822; Arnold *Köttgen*, *Die rechtsfähige Verwaltungseinheit*, *VerwArch* 44 (1939), 1—96; J. *Kohler*, *Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, 1900; Herbert *Krüger*, *Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern*, 1960; Paul *Laband*, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, 7. Aufl., bearbeitet von Otto Mayer, 1919; Karl *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960; Walter *Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960; Friedrich *List*, *Regal, Monopol, Unternehmen, Anstalt*, in: *EEE* 57 (1935), 388 bis 395; Walther *Lotz*, *Finanzwissenschaft*, 2. Aufl., 1931; Friedrich *Lütge*, *Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 2. Aufl., 1960; G. *Maas*, *Der staats- und verwaltungsrechtliche Inhalt des Reichstelegraphengesetzes*, *AöR* 7 (1892), 479—508; Alexander *Mahr*, *Volkswirtschaftslehre*, 2. Aufl., 1959; Otto *Mayer*, *Eisenbahn und Wegerecht*, *AöR* 16 (1901), 38—87 und 203—243; Joachim *Merkel*, *Der Begriff des Immaterialgüterrechts*, Diss. Erlangen 1961; Ulrich *Meyer-Cording*, *Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme*, 1954; Heinz *Müller*/Gerhard *Gries*, *Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1958; Peter *Neumann*, *Wirtschaftslenkende Verwaltung*, 1959; Fritz *Neumark*, *Zur Klassifikation der öffentlichen Einnahmen*, in: *Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates*, 1961, S. 323—334; H. C. *Nipperdey*, *Wirtschaftsrecht*, in: *Handbuch der Wirtschaftswissenschaften*, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1543—1687; Arthur *Nussbaum*, *Das*

neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1922; Hans *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949; W. *Rings*, Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 GrundG, NJW 1957, 657—658; Hans *Ritschl*, Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus, SchrVfS 176 (1932), I, 35—80; Ludwig von *Rönne*, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, II. Band: Das Verwaltungsrecht, 1859; Wilhelm *Roscher*, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien (vgl. Textziffer 25); Ulrich *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; *Schmölders*, Finanzwissenschaft, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1249—1293; Erich *Schneider*, Einführung in die Wirtschaftstheorie, III. Teil, 6. Aufl., 1961; Max von *Seydel*, Bayerisches Staatsrecht, auf der Grundlage der 2. Aufl. neu bearbeitet von Josef von Graßmann und Robert Piloty, 2. Band: Die Staatsverwaltung, 1913; Wolfgang *Siebert*, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215—247; Anton *Tautscher*, Staatswirtschaftslehre des Kameralismus, 1947; ders., Die öffentliche Wirtschaft, 1953; Fritz *Terhalle*, Die Finanzwirtschaft des Staates und der Gemeinden, 1948; Werner *Thieme*, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280—284; Giesbert *Über*, Freiheit des Berufs, 1952; Wilhelm *Vocke*, Die Grundzüge der Finanzwissenschaft, 1894; Gerhard *Wacke*, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950; Wans-Wolrad *Waiz*, Die Entwicklung des Begriffs der Regalien (vgl. Textziffer 25).

Insb. zu Textziffer 50:

Heinz *Beck*, Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 20. Juli 1957, 1959; Helmut *Becker-Floris*, Verfassungsrechtliche Fragen zum Aufbau der Deutschen Bundesbank nach Art. 88 GrundG, Diss. Frankfurt 1957; Robert *Beutler*, Die Reichsbank, Ihre rechtliche Natur und Zweckbestimmung, 1909; James *Breit*, Bankgesetz, 1911; *Dalchow*, Die Reichsbank in kritischer Betrachtung ihres juristischen Gefüges und ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung, AnnDR 1912, 288—303, 379—389, 423—451; Josef *Dobretberger*, Vom Ursprung des Münzgeldes, FinArch 21 (1961), 60—70; Gert von *Eyernern*, Die Unabhängigkeit der Notenbank, 1957; Wilhelm *Gerloff*, Geld und Gesellschaft, Versuch einer gesellschaftlichen Theorie des Geldes, 1952; Gisela *Grenz*, Geldregal und Währungsverwaltung, Diss. Hamburg 1955; Rudolf *Kaulla*, Rechtsstaat und Währung, 1949; John Maynard *Keynes*, Vom Geld (A Treatise on Money), 1932; Georg Friedrich *Knapp*, Staatliche Theorie des Geldes, 4. Aufl., 1923 (1. Aufl. 1905); Richard *Koch*, Die Reichsgesetzgebung über Münz- und Notenbankwesen, Papiergeld, Prämienpapiere und Reichsschulden, 6. Aufl., 1910; Otto *Kraus*, Geld — Kredit — Währung, 1958; Helmut *Lipfert*, Nationale und internationale Währungspolitik, JuS 1961, 282—285, 312—314, 343—346 und 1962, 13—16, 57—60, 128—133, 169—173; Horst *Luther*, Notenbank und Scheidemünzen, Diss. Erlangen 1955; F. A. *Mann*, Das Recht des Geldes, Eine rechtsvergleichende Untersuchung auf der Grundlage des englischen Rechts, 1960 (engl. Originalausgabe: The Legal Aspect of Money, 2nd ed., 1953); Hans *Möller*, Zur Vorgeschichte der DM, Die Währungsreformpläne von 1945—1948, 1961; *Nußbaum*, Anm. zu RGZ 125, 273, JW 1929, 3491—3493; *Sauermann*, Geld und Kredit, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 999—1051; Joachim von *Spindler*/Willy *Becker*/O.-Ernst *Starke*, Die deutsche Bundesbank, 2. Aufl., 1960; Otto-Ernst *Starke*, Das Gesetz über die Deutsche Bundesbank und seine wichtigsten öffentlich-rechtlichen Probleme, DÖV 1957, 606—612; Otto *Veit*, Grundriß der Währungspolitik, 1961; Adolph *Wagner*, Art. Reichsbank, in: Rechtslexikon, hrsg. von Franz von Holtzendorff, 3. Aufl., 1881, III/1, 345—374;

Amtl. Begründung zum Entwurf des Bundesbankgesetzes, auszugsweise abgedruckt bei Heinz Beck, Gesetz über die Deutsche Bundesbank a.a.O., Anh. 6 a; Amtl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Ausprägung von Scheidemünzen, auszugsweise abgedruckt bei Heinz Beck, Gesetz über die Deutsche Bundesbank a.a.O., Anh. 8 b.

42.— Durch das Gemeinwesen im Wege des Rechtsaktes im öffentlichen Interesse begründete Ausschließlichkeitsfunktionen sind als solche, äußerlich betrachtet, eine überkommene Rechtsfigur. Doch ist diese Kontinuität eine bloß formale. Das Wesen der in der geltenden Rechtsordnung vorzufindenden öffentlichen Ausschließlichkeitsstellungen darf nicht ohne weiteres aus ihrer partikulären Geschichte, sondern muß in erster Linie aus dem heutigen Staatsbegriff abgeleitet werden. Das bedeutet nicht nur die Zurückführung einer verwaltungsrechtlichen Erscheinung auf das Verfassungsrecht, sondern darüber hinaus die Einbeziehung der politischen Theorie, in der sich das Staatsverständnis einer Epoche zum wissenschaftlichen Begriff des Staates erhebt. Die Veränderungen der sozialen Voraussetzungen eines konkreten Staates, die von einer bestimmten theoretischen Position aus als Entwicklungsstufen begriffen werden können, verändern mit dem Staatsverständnis auch den Staatsbegriff. Da große Teile der Rechtsordnung in ihrer äußeren Gestalt formulierter Rechtssätze nicht nur diese in gewisser Weise unmerklichen Umwälzungen des Staatsbegriffs, sondern auch klar sichtbare Verfassungsumbrüche überleben, kann der Eindruck entstehen, daß hier im wesentlichen alles beim alten geblieben sei. Demgegenüber muß die aus dem Wesen des Rechts folgende Einsicht festgehalten werden, daß eine Änderung des Staatsbegriffs den Bestand der Rechtsordnung nicht unberührt läßt, und es muß darum als methodische Folgerung für die Dogmatik geschlossen werden, daß sie bei der Ausarbeitung ihrer Kategorien diesem Vorgang Rechnung tragen muß. Das so entstehende Fließende und Ungewisse der rechtswissenschaftlichen Systematik, das zu stets erneutem Vergewissern zwingt, ist eine insofern nicht ungewöhnliche Eigenschaft rechtswissenschaftlicher Arbeit, als das Recht keine in sich abgeschlossene und auf Dauer oder gar in seinen Setzungen absolut festliegende Ordnung ist, sondern in einer hier nicht weiter zu verfolgenden Weise — nämlich als normative Ordnung gegenüber der faktischen Ordnung der Sozialwelt — am Fortschreiten der sozialen Phänomene teilnimmt. Hier ist diese Abhängigkeit eines Rechtsinstituts von den Veränderungen des Staatsbegriffs für das Verwaltungsmonopol aufzuweisen.

a) Begriff

43.— Zu den wesentlichen Erkenntnissen der kameralistischen Theorie über das Monopolproblem gehörte die Unterscheidung der in bloß fis-

kalischer Absicht errichteten und der im Interesse der Volkswohlfahrt begründeten Monopole. Dieser dogmengeschichtliche Umstand rechtfertigt es, vor dem Referieren der in publizistischen Abhandlungen üblichen Terminologie und Begriffsbildung eine Übersicht über die Behandlung der öffentlichen Monopole in *staats-* und *volkswirtschaftlichen* Darstellungen zu geben.

Die hierzu vorliegenden Äußerungen, von denen hier eine für den begrenzten Zweck dieser Arbeit ausreichende Auswahl benutzt ist, lassen sich danach in zwei Gruppen ordnen, ob der Charakter der Monopoleinnahmen oder ob der Charakter der diese Einnahmen erbringenden Einrichtungen mehr im Vordergrund steht.

Eheberg, der die ordentlichen Staatseinnahmen in Erwerbseinkünfte — privatwirtschaftliche, erworbene Einnahmen —, Abgaben — staatswirtschaftliche, befohlene Einnahmen —¹, und Beiträge aufgliedert, rechnet die Erträge wirtschaftlicher Unternehmen insoweit zu den Erwerbseinkünften, als diese Unternehmen ihrem Zweck nach einen Überschuß abwerfen. Danach sind Finanzmonopole, die rein fiskalischen Zwecken dienen und bei denen ein Monopolgewinn erstrebt wird, von den Verwaltungsmonopolen, die nur um eines öffentlichen Zweckes willen geführt werden oder die nur als Nebenzweck Einkünfte abwerfen, zu unterscheiden². *Lotz* gibt den Unterschied zwischen Monopolen mit fiskalisch orientierter Preispolitik und solchen mit polizeilichen oder Wohlfahrtszwecken zwar an, rechnet aber die Erträge beider zu den Erwerbseinnahmen und hält die Unterscheidung für finanzwirtschaftlich bedeutungslos³. Auch *Gerloff* zieht aus der von ihm mitgeteilten Abgrenzung von Finanzmonopolen, die zwecks Deckung des Finanzbedarfs bevorrechtigt sind, und Verwaltungsmonopolen, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, keine finanzwissenschaftlichen Folgerungen, versteht aber die aus diesen Monopolen gezogenen Einnahmen als Zwangsabgaben, da sie aus einem auf eine Unterlassung

¹ *Eheberg* FinW § 31. — Diese Unterscheidung ist so oder ähnlich allgemein üblich. Vgl. *Wagner* FinW I § 198; *v. Heckel* (erwerbsswirtschaftliche Einkünfte, Verwaltungseinnahmen, Steuern); *Lotz* § 23, II (Einnahmen staatlicher und gemeindlicher Betriebe aus dem Preis für ihre Leistungen, öffentlich-rechtliche Einnahmen); *Terhalle* § 12, 1 und 2 (verkehrswirtschaftliche Einnahmen, staatsfinanzwirtschaftliche Einnahmen); *Schmölders* S. 1274 (Erwerbseinkünfte, Abgaben); *Neumark* S. 324 ff. (Hauptgliederung: A. öffentliche Einnahmen aus einer öffentlichen Wirtschaft, B. öffentliche Einnahmen aus einer direkten oder indirekten Beteiligung von Staat oder Gemeinden am marktwirtschaftlichen Prozeß, Unterteilung von B.: öffentliche Erwerbseinkünfte, Hoheitseinkünfte).

² *Eheberg* FinW §§ 33, 34. — Die Begriffe Finanz- und Verwaltungsmonopol sind nur eingeführt, um den Begriff der Erwerbseinkünfte näher zu bestimmen. Ähnlich bei *v. Heckel*, der die erwerbsswirtschaftlichen Einkünfte in Erträge aus Domänen, gewerblichen Unternehmungen und staatlichen Verkehrsanstalten unterteilt.

³ *Lotz* § 23 III 2 c.

gerichteten Verbot entspringen⁴. *Terhalle* begreift demgegenüber, ebenso wie *Eheberg* und *Lotz*, die Monopoleinkünfte als Erwerbseinkünfte und betrachtet sie als der Staatswirtschaft grundsätzlich „artfremd“⁵.

Während die Begriffsbildung der bisher genannten Autoren in erster Linie der klareren Bestimmung der Erwerbseinkünfte dienen soll, wird die Wohlfahrtsfunktion der öffentlichen Unternehmen bei den folgenden Autoren stärker betont. *Vocke* gliedert die Staatseinnahmen in privatwirtschaftliche Einnahmen — Domänen, Regalien, gewerbliche Unternehmungen —, Einnahmen gemischter Natur — volkswirtschaftliche Monopole, Finanzmonopole, Verbrauchsaufgaben — und Einnahmen aus der Staatsgewalt⁶. *Walter Gerber* differenziert volks-, nicht staatswirtschaftlich zwischen Finanzmonopolen, die ein eigennütziges Gewinnstreben geltend machen, Unternehmungen, die zugleich erwerbswirtschaftliche und gemeinnützige Zwecke verfolgen, und wohlfahrtsorientierten Unternehmungen, die des allgemeinen Interesses an den von ihnen dargebotenen Leistungen wegen betrieben werden⁷. *Ritschl* nimmt solche öffentliche Unternehmen, die zwar ein Monopol haben, es aber nicht wirtschaftlich ausnutzen, aus dem Begriff des Monopolunternehmens überhaupt aus⁸. Derselbe Gesichtspunkt ist für *Mahr* das Kriterium zur Unterscheidung von Finanzmonopolen, bei denen die Preisbildung grundsätzlich mit der Preisbildung privater Monopole identisch sei, und Verwaltungsmonopolen, bei denen aus sozial- oder wirtschaftspolitischen Gründen auf eine Ausnützung der monopolistischen Machtstellung verzichtet und gelegentlich nicht einmal Kostendeckung angestrebt werde⁹.

Diese Zusammenstellung zeigt, daß die Unterscheidung von Finanz- und Verwaltungsmonopolen für die Finanzwissenschaft und für die Volkswirtschaftslehre fruchtbar gemacht wurde und im System dieser Wissenschaften eine Funktion erfüllen kann. Ob diese Begriffsbildung innerhalb dieser Wissenschaften berechtigt ist oder nicht, ist hier nicht zu untersuchen, doch muß deren Übernahme in die verwaltungsrechtliche Dogmatik, die weithin erfolgt ist, in Frage gestellt werden. Die Verschiedenheit der Axiome und der Methoden der Wirtschaftswissenschaften einerseits und der Rechtswissenschaft andererseits muß Zwei-

⁴ *Gerloff* Öffentliche Finanzwirtschaft S. 157 und 315.

⁵ *Terhalle* § 12.

⁶ Wesentlich ist, daß volkswirtschaftliche und Finanzmonopole (Gewinn aus privatwirtschaftlicher Tätigkeit durch Anwendung von Staatsgewalt) unter einer Rubrik behandelt und der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit gegenübergestellt werden.

⁷ *Gerber* S. 16.

⁸ *Ritschl* S. 45.

⁹ *Mahr* S. 158 f. — Auch *Neumark* benutzt das Kriterium der erstrebten Kostendeckung als Grenzlinie zwischen Unternehmen und Anstalten, betrachtet allerdings die Einnahmen beider als Erwerbseinkünfte (S. 329).

fel daran erwecken, daß in beiden Wissenschaftsbereichen identische Begriffe vorkommen könnten. Eine staatlich begründete Ausschließlichkeitsfunktion ist einer Erfassung durch Volkswirtschaftslehre, Finanzwissenschaft und Rechtswissenschaft fähig und bedürftig, doch ist sie im ersten Fall eine Marktform mit einem bestimmten Marktverhalten und einer bestimmten Preisbildung, im zweiten Fall eine Einnahmequelle und im letzten Fall die Verwirklichung eines staatlichen Zweckes. Die Übernahme der Begriffe Finanzmonopol und Verwaltungsmonopol aus den Wirtschaftswissenschaften hat ihr verwaltungsrechtliches Verständnis zu Unrecht auf eine vorwiegend wirtschaftliche und darüber hinaus sogar erwerbswirtschaftliche Betrachtungsweise verkürzt.

44.- Die Begriffsgeschichte der rechtlich begründeten staatlichen Ausschließlichkeitsfunktionen in der *verwaltungsrechtlichen* Dogmatik ist am Beginn durch die Übernahme des Regalbegriffs der Finanzwissenschaften, so wie ihn bereits *von Justi* verwendete, wobei Regal und Monopol gleichgesetzt werden¹⁰, gekennzeichnet¹¹. Während *von Rönne* die „regalen Gewerbe“ (Staatsmonopole) von den „öffentlichen staatswirtschaftlichen“ Funktionen danach unterscheidet, ob sie ihrer Natur nach der Privatindustrie angehören oder nicht¹², legt *Bluntschi* den Ton auf die innerhalb der regalen Gewerbe nach deren Zweck vorzunehmende Aufgliederung danach, ob diese lediglich fiskalischen oder vorwiegend öffentlichen Interessen der Volkswohlfahrt dienen¹³. Dieser Ansatz setzt sich im Gewande verschiedener Terminologien fort.

Lorenz *von Stein* stellt die Regalien als Grundlage der „Verkehrsanstalten“, die sich der Staat aus Gründen des öffentlichen Interesses vorbehalten, den Monopolen gegenüber, die ein Besteuerungsmittel von Konsumartikeln seien¹⁴. Diese Kategorien werden von *Otto Mayer*

¹⁰ Vgl. z. B. *Roscher* Theorie. — Die Vermischung der Regalien mit den Monopolen in der Kameralistik und in der Theorie des 19. Jahrhunderts ist oben beschrieben worden (vgl. Textziffern 35, 39).

¹¹ Noch *G. Meyer* VerwR § 220 II, nennt die Regalien die ausschließlichen Berechtigungen des Staates zur Ausübung gewisser wirtschaftlicher Tätigkeiten und gruppiert deren Erträge dann finanzwissenschaftlich in Erwerbseinkünfte, Gebühren und Steuern.

¹² *Von Rönne* II § 478, 5. Die regalen Gewerbe behalte sich der Staat aus finanziellen oder aus polizeilichen Gründen vor.

¹³ *Bluntschi* S. 517. Ähnlich *von Seydel* § 158.

¹⁴ *L. v. Stein* VerwL I, 318, 321—323; II, 357 f. Ebenso *Maas* S. 486 f. — Auf die methodischen Schwächen der Begriffsbildung von *Steins* ist schon hingewiesen worden (vgl. Textziffer 39). Dem ist hinzuzufügen, daß die Konstruktion des Vorrechts der Verkehrsanstalten als „wirtschaftlicher Staatshoheitsrechte“ (I, 321 ff.) das Wesen der Anstalt nicht trifft. Auch die Erklärung der öffentlichen Anstalt aus einer Weiterentwicklung der Regalitätsvorstellung (II, 372) ist irreführend. — Die Einteilung der leistenden Staatstätigkeit in fiskalisch betriebene „Gewerbe“ und den eigentlichen Staatszwecken dienende „Anstalten“ findet sich auch in der Rspr. des PrOVG (OVGE 25, 141/148 f.; betr. Gewerbesteuerpflicht).

weiter ausgearbeitet. Unter „Regal“ versteht Otto Mayer die einem nutzbaren, durch Private nachahmbaren Geschäftsbetrieb eines Verwaltungsträgers (öffentliches Unternehmen) durch das Verbot gleichartiger Geschäftsbetriebe (Ausschluß der Konkurrenz) verliehene Bevorrechtigung. Sofern nur oder neben dem Regal auch gegenüber den potentiellen Interessenten an den Leistungen eines öffentlichen Unternehmens ein Gebot ausgesprochen wird, spricht Otto Mayer von „Zwang“, z. B. Schlachthauszwang¹⁵. Der Grund der durch Regal bewirkten Ausschließung privater Konkurrenz sei die einheitliche Gestaltung dieser öffentlichen Anstalten im Interesse des Gemeinwohls. Das Monopol unterscheide sich hiervon dadurch, daß es eine in fiskalischer Absicht durch Verbot privater Konkurrenz bevorrechtigte an sich privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates sei. Otto Mayer begreift das Monopol als dritte Erscheinungsform des „Finanzbefehls“ neben der Festsetzung der Steuerpflicht und der Festsetzung steuerlicher Nebenpflichten¹⁶. Walter Jellinek¹⁷ und Fleiner¹⁸ haben an die Begriffsbildung und Terminologie Otto Mayers angeknüpft und sie im wesentlichen übernommen¹⁹.

¹⁵ VerwR 2. Aufl. II § 49 II und § 51 III 3, 3. Aufl. ebd., jedoch teilweise gekürzt. Ebenso: Kruchen in: Werner Haustein (Hrsg.), Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960, § 43.

¹⁶ VerwR I § 30 I 3. Ähnlich von Seydel § 161; Hatschek § 8 III 2 d, wenn auch mit terminologischer Gleichsetzung von Monopol und Regal; äquivok nennt Hatschek auch die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen Monopole (§ 29 II). Auch Groß S. 10 unterscheidet nach der Zielsetzung Ausschließlichkeitsrechte mit fiskalischer („Finanzmonopole“) und mit „politischer“ Zweckrichtung („öffentliche Monopolunternehmungen“). Goldschmidt benutzt für dieselben Begriffe die Ausdrücke „Monopole“ und „monopoloide Bildungen“. Die Terminologie Goldsteins (S. 4), wonach die „Staatsmonopole“ in „reine Verwaltungsmonopole“, die Tätigkeiten betreffen, welche dem Staat von Natur aus zukommen (z. B. „Justiz-“, „Militärregal“), „Verwaltungsmonopole mit finanzieller Nebenabsicht“ und „Steuermonopole“ eingeteilt werden, ist vor allem hinsichtlich des ersten Begriffs irreführend, weil dadurch der begriffliche Unterschied zwischen Staatsfunktionen und Staatsmonopolen terminologisch verwischt wird.

¹⁷ VerwR § 17 V und § 22 II 2. Es ist allerdings nicht sachgemäß, daß Jellinek auch den bergrechtlichen Staatsvorbehalt als (fiskalisches) „Monopol“ beurteilt.

¹⁸ Fleiner Inst § 20 I definiert als „Monopol oder Regal“ diejenigen Tätigkeiten, die die Verwaltung im Gemeininteresse unter Ausschließung jeder privaten Konkurrenz ausübt, soweit es sich nicht um Hoheitsverwaltung im eigentlichen Sinn oder um Finanzmonopole handelt.

¹⁹ Diese Kategorien wurden nach 1945 weithin beibehalten: Peters S. 335 folgt der Begriffsbildung und Terminologie Otto Mayers und Jellineks im Grundsatz, wenn auch nicht im einzelnen. Er versteht unter Regal die alleinige Verwertung von Hoheitsrechten durch den Staat zu seinem finanziellen Vorteil, unter Monopol das Recht des Staates, allein einen wirtschaftlichen Betrieb zu führen. Diese Linie wird von Bender VerwR § 19 IV 3 b und V 2 fortgesetzt, der die Begriffsbildung Otto Mayers insofern präzisiert, als er einen Benutzungszwang als rechtliche Sicherung eines Angebots- und einen Anbietungszwang als rechtliche Sicherung eines Nachfragemonopols bezeichnet. Benders Annahme aber, daß von einem Regal dann gesprochen

Abweichend von dieser Terminologie, die im öffentlichen Interesse, aber ohne fiskalische Absicht errichtete Monopole als „Regale“ bezeichnet, benutzt hierfür *Bühler*, nach dem Vorbild der Finanzwirtschaftslehre, den Ausdruck Verwaltungsmonopol als Gegensatz zu den Finanzmonopolen, die eine Berechtigung zur ausschließlichen Beschaffung, Herstellung oder Vertreibung bestimmter Erzeugnisse mit dem Ziel darstellen, einen über den üblichen privatwirtschaftlichen Gewinn hinausgehenden Ertrag zu erzielen²⁰. E. R. *Huber* benutzt die Worte „Regal“, „Verwaltungsmonopol“ und „öffentlich-rechtliches Staatsmonopol“ synonym für das Recht des Staates zur ausschließlichen Wirtschaftstätigkeit auf bestimmten Gebieten²¹. Nach den Zwecken unterscheidet er in herkömmlicher Weise zwischen Finanzmonopolen und „Verwaltungsmonopolen im engeren Sinn“, für die er allerdings nur wirtschaftspolitische Gründe als Zweckbestimmung bezeichnet²², und nach dem Inhalt zwischen sieben verschiedenen „Regalen“²³.

Dieser Überblick zeigt als Charakteristikum der überwiegend in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik verwendeten Begriffsbildung, daß die öffentlichen Ausschließlichkeitsfunktionen durchweg als auf wirtschaftliche Tätigkeit bezogene Monopole verstanden werden, daß als vornehmlich gebrauchtes Systematisierungskriterium der fiskalische

werde, wenn die Ausschließlichkeitsbefugnis „im öffentlichen Recht wurzelt“, läßt ein klares Kriterium nicht erkennen.

Auch *Wacke* S. 19 unterscheidet in fiskalischem Interesse errichtete Finanzmonopole von „in hoheitlichem“ Interesse begründeten Regalen, von denen er „Wirtschaftsmonopole“, deren Hauptzweck in der Vornahme volkswirtschaftlicher Stützungsmaßnahmen bestehe, als einen Unterfall ansieht. Der WürttBad VGH hat sich in einem Urteil vom 31. 8. 1950 (DVBl 1950, 754) der Kategorien *Wackes* bedient, jedoch Regale, Wirtschaftsmonopole und Finanzmonopole als drei selbständige Ausschließlichkeitsfunktionen angesehen.

²⁰ BonnKomm Art. 105 Anm. 2 b. — Ebenso: *Uber* S. 153 ff. (der aber zu eng das mit einem Verwaltungsmonopol verfolgte Interesse nur als ein solches der Daseinsvorsorge auffaßt); *Meyer-Cording* S. 14 f. (der wie L. von Stein das öffentliche Monopol mißverständlich als Ergebnis der Entwicklung der Regalitätsvorstellung betrachtet); *Hamann* WVerfR S. 181 und Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., 1960, Art. 105 Anm. B 3; *Rings*; *Bachof* Freiheit des Berufs S. 201 f., 205 f. (*Bachof* zählt zu den Verwaltungsmonopolen die Ausübung aller „ihrem Wesen nach hoheitlichen Befugnisse“, die „Reste der Regalien“ und die Wirtschaftsmonopole im Sinne *Wackes*. Davon unterscheidet er „staatlich begründete Privatmonopole“, wie das Kehrmonopol und die Monopolstellung der Hebammen; dem ist entgegenzuhalten, daß diese Ausschließlichkeitsstellungen nicht zum privaten Vorteil der Begünstigten, sondern im öffentlichen Interesse begründet sind); *Thieme* S. 282.

²¹ WVerwR I § 7 II 2, § 43 II 1 b. Die Ausübung eines Regals wird von *Huber* als eine Art öffentlicher Wirtschaftstätigkeit neben der Ausübung einer ihrer Rechtsnatur nach nicht-ausschließlichen Wirtschaftsbefugnis kraft Privilegs oder echter Konzession angesehen (WVerwR I § 43 II 1 a).

²² WVerwR I § 43 II 1 b aa.

²³ Bankregal, Post- und Nachrichtenregal, Verkehrsregal, Versicherungsregal, Bergregal, Ein- und Ausfuhrregal, Produktions- und Handelsregal (WVerwR I § 7 II 2 b).

oder nichtfiskalische Zweck vorzufinden ist und daß innerhalb der nichtfiskalischen Monopole unter Bevorzugung inhaltlicher Momente gelegentlich wirtschaftliche Monopole und Monopole der Daseinsvorsorge hervorgehoben werden. Der Ausdruck „Verwaltungsmonopol“ wird, wenn überhaupt, nur für die im nichtfiskalischen Interesse errichteten Monopole benutzt und scharf von den Finanzmonopolen abgesetzt.

Demgegenüber wird im folgenden versucht, unter Vermeidung des als mißverständlich und das Wesen der Ausschließlichkeitsfunktionen des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates nicht treffend erkannten Ausdrucks „Regal“, einen für alle öffentlichen Monopole einheitlichen Begriff zu entwickeln und die ihm unterfallenden Erscheinungen nach einer folgerichtigen Systematik zu ordnen. Dieser Begriff wird mit dem Ausdruck „Verwaltungsmonopol“ bezeichnet.

45.— Unter *Verwaltungsmonopol* wird die zur Verwirklichung eines bestimmten Verwaltungszwecks zugunsten eines Verwaltungsträgers oder eines Privaten begründete Befugnis, eine bestimmte Tätigkeit überhaupt oder innerhalb eines örtlich begrenzten Bereichs ausschließlich auszuüben, verstanden.

Das Verwaltungsmonopol ist eine Technik des Staates, um eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen, die das Gemeinwohl aufgibt. Von den zur Verfügung stehenden Techniken, wie etwa: Aufsicht durch einen Verwaltungsträger, Genehmigungspflicht und Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, ist es diejenige, die dem Wesen der staatlichen Hoheitsgewalt als einer umfassenden (Sozial-) Macht am nächsten kommt und die zugleich am stärksten reglementierend in einen Sozialbereich eingreift, indem sie ihn etatisiert. Eine andere Frage ist, ob sie die im Einzelfall effektivste Technik ist — ein rechtspolitisches Problem — und ob sie die im Einzelfall durch das Gemeinwohl geforderte Technik ist — ein verfassungsrechtliches Problem.

Das Wort Verwaltungsmonopol ist der für den gemeinten Begriff angemessenste Ausdruck, weil der moderne Wohlfahrts- und Steuerstaat die ihm aufgegebenen Ziele in erster Linie als Verwaltungsstaat verfolgt und weil die so bezeichneten Monopole ein Instrument spezifischer Verwaltungszwecke sind.

Der Begriff des Verwaltungsmonopols ist nun hinsichtlich Entstehungsgrund, Rechtsnatur, Funktion und Gegenstand der von ihm erfaßten Ausschließlichkeitspositionen näher zu erläutern.

46.— Als Verwaltungsmonopol kann nur eine einem Verwaltungsträger oder einem Dritten zustehende *Befugnis* angesehen werden, d. h.

eine auf einem Rechtsakt beruhende Rechtsstellung, nicht auch eine nur faktische Ausschließlichkeitsposition²⁴.

Das Verwaltungsmonopol ist ein Rechtsinstitut und deshalb umfaßt dieser Begriff nur solche Monopolstellungen, deren Voraussetzungen rechtliche und nicht nur faktische sind; faktische Monopole können lediglich, wenn sie den Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllen, Rechtsfolgen haben. Der Umstand, daß sich Rechte bestimmten Inhalts tatsächlich nur in der Hand von Verwaltungsträgern befinden²⁵, ohne daß Private an ihrer Innehabung rechtlich gehindert sind²⁶, oder daß bestimmte Tätigkeiten tatsächlich nur durch Verwaltungsträger ausgeübt werden²⁷, ohne daß Privaten deren Ausübung rechtlich verwehrt ist, läßt ein Verwaltungsmonopol nicht entstehen²⁸.

Wenn auch der Entstehungsgrund eines Verwaltungsmonopols nur ein normativer sein kann, so ist doch die — rechtspolitische — Ursache eines solchen gelegentlich ein natürliches Monopol, wie etwa bei den Leitungsmonopolen, oder eine unerwünschte privatwirtschaftliche Konzentration. Deswegen ist es für die wirtschaftliche Betrachtungsweise durchaus sinnvoll, rechtliche und tatsächliche öffentliche Monopole unter einem Begriff zusammenzufassen²⁹. Auch für die rechtliche

²⁴ So ausdrücklich oder dies offenbar voraussetzend: *Bachof* Freiheit des Berufs S. 206; *Bühler* BonnKomm Art. 105 Anm. 2 b; *Fleiner* Inst § 20 I (allerdings mit der zu engen und nur an der rechtstechnischen Gestaltung ausgerichteten Voraussetzung, daß das Gesetz die Tätigkeit unmittelbar dem Staat vorbehalten und Privaten verbieten müsse; deswegen rechnet *Fleiner* die Gemeindemonopole kraft Benutzungszwangs zu den faktischen Monopolen); *Huber* WVerwR I § 43 II 1 b; *Keller* II, 162; *Mahr* S. 128. — Abw. *Gerber* S. 16 (für die Finanzmonopole); *Gerloff* Öffentliche Finanzwirtschaft S. 315 (für die Verwaltungsmonopole, diese jedoch als Kategorie der Quellen öffentlicher Einkünfte verstanden). Widersprüchlich *Thieme* S. 280 und 282, der das Verwaltungsmonopol einerseits als Rechtsinstitut bezeichnet, andererseits rechtliche und tatsächliche Monopole zu den Verwaltungsmonopolen rechnet.

²⁵ Diese Situation ist häufig hinsichtlich der öffentlichen Straßen und Plätze innerhalb des Gemeindegebietes zugunsten der Gemeinde gegeben; vgl. hierzu: BGHZ 19, 85/93 f.; *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNr. 6; *Hook* S. 4, 52 f.; *Arnold Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, 1961, S. 26 ff.; *Schick*, Gemeindemonopole und Grundgesetz, DöV 1962, 931/935 f. Ebenso für Hafenanlagen der Binnen-, See- und Luftschifffahrt; vgl. *Hamm* S. 293.

²⁶ An einem solchen rechtlichen Verbot fehlt es bei den auf Konzessionsverträgen mit Gebietskörperschaften beruhenden Ausschließlichkeitspositionen von Versorgungsunternehmen, die nur vertraglich, d. h. relativ, wirken (vgl. *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNr. 41).

²⁷ Vgl. *Keller* II, 163. — Derartige faktische Monopole bestehen z. B. für die Naturasphaltproduktion (zugunsten Niedersachsens), die Produktion von Hüttenaluminium (72 % zugunsten des Bundes), die Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, die überdies regelmäßig ein Leitungsmonopol besitzt (*Carl* S. 1946; *Hamm* S. 285, 287 ff.). Die Wasserversorgung hat allerdings normalerweise ein rechtliches Monopol kraft Benutzungszwangs zur Grundlage.

²⁸ Vgl. *Gierke* II § 124 II für das Regal.

²⁹ In diesem Sinne bildet *Heimann* S. 3 ff. den Begriff der öffentlichen Unternehmung für jede wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand.

Beurteilung ist es in bestimmten Fällen, z. B. bei der Anwendung des GWB oder bei der Anwendung der Grundsätze über den „Monopolmißbrauch“, notwendig, den Unterschied zwischen rechtlichen und faktischen Monopolen zu vernachlässigen³⁰. Hierbei handelt es sich um eine Frage der Rechtsanwendung im Einzelfall, also um die Konstatierung von Rechtsfolgen. Diese Differenzierung des Monopolbegriffs des Rechtsinstituts einerseits und der Tatbestandsvoraussetzung für Rechtsfolgen andererseits erklärt sich daraus, daß das Rechtsinstitut des Verwaltungsmonopols und die in einzelnen Normen als Tatbestandsmerkmale auftretenden Rechtsbegriffe des öffentlichen Monopols nicht notwendig identisch sind³¹.

Die rechtstechnische Ausgestaltung der Ausschließlichkeitsbefugnis ist verschieden je nach Art und Inhalt des Verwaltungsmonopols. Bei den Monopolstellungen öffentlicher Anstalten wird herkömmlicherweise nach dem Adressaten der das Alleinrecht aussprechenden Normen danach differenziert, ob sie gegenüber potentiellen Konkurrenten das Verbot beinhalten, gleichartige Leistungen anzubieten — „Regal“ — oder ob sie den potentiellen Benutzern gebieten, eine bestimmte Leistung allein durch die Monopolanstalt bewirken zu lassen — „Monopolzwang“³². Eine andere Form der Begründung eines rechtlichen Monopols ist der Staatsvorbehalt, z. B. im Bergrecht und in § 1 Abs. 1 Satz 1 FernmAnlG.

Eine Systematisierung der öffentlichen Monopole nach der für die gesetzliche Festlegung der Ausschließlichkeitsbefugnis gewählten Rechtstechnik ist dem Wesen des Verwaltungsmonopols äußerlich, da sie nicht der inneren Notwendigkeit des Begriffs, sondern den jeweiligen Gegebenheiten des betroffenen Sachbereichs entspringt, und daher von begrenztem Erkenntniswert.

³⁰ Vgl. *Bachof* Freiheit des Berufs S. 203.

³¹ Der Begriff des Rechtsinstituts wird hier in dem von *Savigny* a.a.O. (Anm. 78 auf S. 77) I § 5 gegebenen und gegenwärtig von *Forsthoff* VerwR § 9 vertretenen Sinne verstanden (vgl. hierzu *Larenz* S. 11 f., 16, 137 ff). *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 15, nennt die in Rechtssätzen vorkommenden Begriffe „rechtlich relevante Begriffe“, die konstruktiven Begriffe der Wissenschaft „echte Rechtsbegriffe“. Vgl. auch *Savignys* Erläuterung des „Mißverhältnisses“ zwischen Rechtsinstitut und gesetzter Rechtsregel (a.a.O. I § 13 a. E.).

³² *O. Mayer* VerwR II § 51 III 3 Anm. 31 (2. Aufl.) bzw. Anm. 24 (3. Aufl.); *Jellinek* VerwR § 22 II 2. — *Bender* VerwR § 19 V 2 bezeichnet den Benutzungszwang als die rechtliche Sicherung eines Angebotsmonopols, den Anbietungszwang als die rechtliche Sicherung eines Nachfragemonopols. Seine Unterscheidung von „positivem“ Benutzungszwang (Gebot der Inanspruchnahme anstaltlicher Leistungen, z. B. Zwangsversicherung) und „negativem“ Benutzungszwang (Verbot, bestimmte Leistungen von anderen Betrieben als von der öffentlichen Anstalt entgegen zu nehmen, z. B. Postzwang) (VerwR § 19 IV 3 b) ist nur eine äußerliche der Rechtstechnik und ohne dogmatische Bedeutung. Der von *Bender* als positiver Benutzungszwang angesehene „Schulzwang“ betrifft nicht ein Verwaltungsmonopol, sondern eine Kompetenz (Schulsprengel).

47.— Die den Inhalt des Verwaltungsmonopols bildende ausschließliche Befugnis ist ihrer Natur nach *öffentlich-rechtlich*³³, das Verwaltungsmonopol ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts³⁴.

Die Begründung eines Verwaltungsmonopols ist eine Äußerung der öffentlichen Gewalt³⁵, die Monopolisierung bezieht den betroffenen Sozialbereich in die öffentliche Verwaltung ein³⁶. Der ein derartiges Monopol begründende Staat wird nicht nur im Interesse des Gemeinwohls, und nur in diesem tätig, sondern bedient sich auch der typischen Formen öffentlicher Gewalt³⁷, nämlich des Befehls. Es sind daher sowohl die ein Verwaltungsmonopol begründenden Normen, als auch die daraus hervorgehende Ausschließlichkeitsbefugnis selbst öffentlich-rechtlicher Natur. Dies schließt aber nicht aus, daß die Ausübung des Monopols, wie etwa die Darbietung der Leistungen einer Monopolanstalt, mit Hilfe privatrechtlicher Rechtsgeschäfte erfolgt. Nur die Monopolstellung selbst und die sich aus dieser als solcher ergebenden Rechtsbeziehungen sind öffentlich-rechtlichen Charakters.

Aus dieser Rechtsnatur des Verwaltungsmonopols folgt, daß die durch staatliche Hoheitsakte entstehenden gewerblichen Ausschließlichkeitsrechte (institutional monopolies) dem Begriff des Verwaltungsmonopols nicht unterfallen³⁸. Zwar standen die Patente entwicklungs-geschichtlich im Zusammenhang mit den absolutistischen Monopolpri-

³³ So auch: *Bühler* BonnKomm Art. 105 Anm. 2 b; *Huber* WVerwR I § 43 II 1 b; *Meyer-Cording* S. 14.

³⁴ Weder auf die Berechtigung der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts, die vor allem die Wiener Schule in Zweifel gezogen hatte, noch auf die Auseinandersetzung über das unterscheidende Kriterium, die von der Praxis her insb. durch das Problem des öffentlichrechtlichen Vertrages und von der Theorie her durch H. J. Wolff neue Impulse erfahren hat, ist hier näher einzugehen.

³⁵ *Bachof* Sozialer Rechtsstaat S. 63 f. — „Ein Rechtsinstitut öffentlich-rechtlich denken, heißt, es erkennen als eine Erscheinung der öffentlichen Gewalt und auf dieser Grundlage alle seine Einzelheiten erklären“ (*O. Mayer* Eisenbahn S. 44).

³⁶ *Huber* WVerwR I § 43 II 2 b.

³⁷ Der maßgebende Anknüpfungspunkt für die Beurteilung staatlichen Handelns als öffentlichrechtlich ist nicht das jeweilige Ziel, sondern die benutzte rechtliche „Form“ (vgl. *Forsthoff* VerwR § 6, 2). Zwar handelt es sich dort, wo der Staat privatrechtliche Mittel für Verwaltungszwecke einsetzt, auch um „öffentliche Verwaltung“ (*Forsthoff* VerwR Vorbem. vor § 19; *Huber* WVerwR I § 5 III) — der Sektor des „Verwaltungsprivatrechts“ im Sinne H. J. Wolffs (Näheres hierzu Textziffer 82) —, doch liegt in dem Verständnis dessen als (überspitzt) „Flucht ins Privatrecht“ (vgl. *Leisner* S. 199 ff.) oder „Formentfremdung“ (so *Huber* WVerwR I § 45 I 2 c) die Einsicht, daß öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung nicht kongruent sind. Zur Verwaltung in privatrechtlicher Form: *Klebe*; *Siebert*.

³⁸ Zur „Monopolstellung“ des Patentinhabers: *Auerswald*; *Chamberlin* pp 57 sqq; *Hubmann* Persönlichkeitsrecht S. 182; *Klages* S. 79 ff.; *Kohler* § 30 *Meyer-Cording* S. 15, 18 ff.

vilegien³⁹ und wird auch heute gelegentlich der Ausdruck „Patentmonopol“ gebraucht⁴⁰. Damit wird aber das Wesen des Patents nicht genau erfaßt. Die moderne Dogmatik versteht das Patent als „Immaterialgüterrecht“⁴¹, oft wird das an einer schutzfähigen Idee bestehende Recht auch als „geistiges Eigentum“ mit dem dinglichen Eigentum an Sachen in Parallele gesetzt⁴². Das Patentrecht ist zivilrechtlicher Natur, obwohl es durch einen öffentlich-rechtlichen Akt begründet wird, die Patenterteilung ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt⁴³.

48.— Die besondere Funktion des Verwaltungsmonopols ist es, die Verwirklichung eines bestimmten *Verwaltungszweckes* zu ermöglichen.

Was alles als Verwaltungszweck anzusehen ist, muß sich aus der „Idee der Verwaltung“⁴⁴ ergeben und führt so nicht nur auf den Begriff der Verwaltung, sondern auf den Begriff des Staates selbst zurück, dessen Zwecke im Wege der Verwaltung in einer spezifischen, funktionell von Gesetzgebung und Rechtsprechung geschiedenen Weise vollzogen werden.

Zu diesen Zwecken gehört auch die Beschaffung von Einkünften⁴⁵. Eine strenge Scheidung von Finanzverwaltung und sonstiger Verwaltung ist nicht nur deswegen unangebracht, weil die Finanzhoheit mit den anderen Erscheinungsformen staatlicher Hoheit im Begriff der öffentlichen Gewalt konvergiert⁴⁶, sondern vor allem dem Wesen des modernen Steuerstaates nicht entsprechend, der mit der Auferlegung von Abgaben in äußerst mannigfacher Weise Sozialgestaltungen verbindet, also auch hier die Idee der Verwaltung zur Geltung bringt. Die

³⁹ Vgl. *Bernhardt* § 2 III; *Hermann Isay* Einl. R.Nr. 2. Näheres Textziffer 20.

⁴⁰ Zu diesem Begriff: *Meyer-Cordino* S. 18 ff.; *Merkl* S. 146 ff. — Auch dem GWB liegt die Vorstellung zugrunde, daß Patente eine monopolistische Machtstellung darstellen (*Müller/Gries* § 20/21 R.Nr. 1); dagegen kritisch *Friedländer* § 23 II 2 a.

⁴¹ So vor allem *Kohler* §§ 6, 20, 30: Der Patentinhaber ist nicht Nutznießer einer staatlichen Verleihung, sondern einer eigenen Idee. Ebenso: *Bernhardt* § 1 II; *Hubmann* Persönlichkeitsrecht S. 182 ff. unter Hervorhebung des hinter dem Immaterialgüterrecht stehenden Erfinderpersönlichkeitsrechts. — Auf die Auseinandersetzung zwischen dualistischer und monistischer Theorie und auf die Bedeutung persönlichkeitsbezogener gegenüber vermögenswerten Momenten kommt es hier nicht an.

⁴² Bereits *Blackstone* (*The Commentaries on the Laws of England, Adopted to the present State of the Law by Robert Malcolm Kerr, 4th ed., 1876, b. II, chap. XXVI, 8*) behandelte die Patente im Sachenrecht als eine besondere Art Eigentum. — Neuerdings: *Block Art. Monopole: Hubmann* Geistiges Eigentum; *Meyer-Cordino* S. 18 ff.; *Merkl* S. 157 ff.; BGHZ 13, 266. Die Richtigkeit der naturrechtlichen Auffassung des BGH, daß das „geistige Eigentum“ nicht Geschöpf der Rechtsordnung sei, sondern aus der Natur der Sache, dem „Schöpfungsakt“ folge, kann hier auf sich beruhen bleiben.

⁴³ *Bernhardt* § 22; *Huber* WVerR I § 8 II 1 a; *Hubmann* Gewerblicher Rechtsschutz § 17 II.

⁴⁴ *L. v. Stein* VerwL I, 30 ff.

⁴⁵ *L. v. Stein* VerwL I, 298; *Forsthoß* VerwR § 1, 1.

⁴⁶ Vgl. *O. Mayer* VerwR I § 27.

Herauslösung des Finanzmonopols aus dem Begriff des Verwaltungsmonopols, die dem Einfluß der finanzwissenschaftlichen Begriffsbildung entstammt⁴⁷, ist daher nicht gerechtfertigt, sofern sie als prinzipielle Unterscheidung verstanden wird⁴⁸. Die durchaus notwendige Aufgliederung der verschiedenen Verwaltungsmonopole nach dem in ihnen vorherrschenden Zweck, die sich allerdings nicht in einer Gegenüberstellung von „Verwaltungsmonopolen“ (im Sinne der herkömmlichen Terminologie) und „Finanzmonopolen“ erschöpfen dürfte, muß die allgemeine Einteilung der Verwaltungstätigkeiten zum Ausgangspunkt nehmen und ist ebenso wie diese gegenüber dem Begriff der Verwaltung sekundär.

Der Begriff der Verwaltung ist hier im funktionellen, nicht im institutionellen Sinn zu verstehen. Verwaltungsmonopole können zugunsten eines Verwaltungsträgers begründet werden, was der weitaus häufigere Fall ist, aber auch zugunsten eines Privaten, der dann hinsichtlich der ihm zugewiesenen Monopolstellung beliehener Unternehmer ist⁴⁹. Nach dem Substrat der öffentlichen Rechtsträgern zugewiesenen Verwaltungsmonopole lassen sich staatsunmittelbare, anstaltliche und körperschaftliche Monopole unterscheiden⁵⁰. Ein zugunsten eines privaten Rechtsträgers bestehendes Monopol ist diesem substantiell und unmittelbar zugewiesen, während im Fall der „Verleihung von Befugnissen“, die an sich durch Monopol der öffentlichen Hand zustehen, dem Privaten nur die Ausübung der monopolisierten Tätigkeit konzessionsweise gestattet wird⁵¹.

49.— Gegenstand des Verwaltungsmonopols sind die durch die Monopolisierung erfaßten Tätigkeiten. Als solche kommen nicht nur wirtschaftende Tätigkeiten, d. h. Beteiligung an wirtschaftlichen Vorgängen durch Einschaltung in den Güter- und Leistungskreislauf von Produktion und Distribution, in Betracht, wie im ursprünglichen Begriff des

⁵⁰ Huber WVerwR I § 43 II 3.

⁵¹ So z. B. bei § 2 FernmAnlG. — Die zusammenhängende Darstellung der durch Verwaltungsmonopole entstehenden Rechtsbeziehungen erfolgt nach der Beschreibung der einzelnen Verwaltungsmonopole (vgl. Textziffern 81 ff.).

⁴⁷ Hierauf ist bereits eingegangen worden (vgl. Textziffer 43). Besonders deutlich Eheberg FinW § 34.

⁴⁸ Bereits mehrfach wurde auf die „fließenden“ Grenzen von Finanz- und Wirtschaftsmonopolen aufmerksam gemacht: Jellinek Diskussionsbeitrag VVdStL 11 (1954), 125; Rolf Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953, S. 54; Wacke S. 20.

⁴⁹ So für die wirtschaftlichen Verwaltungsmonopole, die zu den „öffentlichen Wirtschaftsbefugnissen“ gehören: Huber WVerwR I § 7 II 2 c und 3 a, § 43 I 2 und II 1 a. — Ein Beispiel für einen mit einem Monopol beliehener privaten Rechtsträger ist die Zündwarenmonopolgesellschaft. Ein derart beliehener Unternehmer verwirklicht zwar wegen und durch seine Monopolstellung einen Verwaltungszweck, sollte aber der Klarheit halber nicht mit dem Ausdruck „Verwaltungsträger“ in Verbindung gebracht werden (so aber Huber WVerwR I § 7 II 3 b; wie hier Köttgen S. 16).

Monopols und im Begriff des Regals im Sinne Lorenz von Steins und Otto Mayers⁵², wenn diese auch ganz überwiegend Gegenstand des Verwaltungsmonopols sind, sondern auch andere, vor allem kulturelle Tätigkeiten.

Die überkommenen Begriffe des Regals als eines in Wohlfahrtsinteresse und des Monopols als eines in rein erwerbswirtschaftlichem Interesse ausschließlich einem Verwaltungsträger vorbehaltenen „Geschäftsbetriebes“ waren durch ihren Inhalt von anderen Ausschließlichkeitsbefugnissen der öffentlichen Verwaltung offensichtlich unterschieden, so daß das Problem der Abgrenzung sich nicht stellte. Das ist durch das Zurücktreten des Gesichtspunktes des Geschäftsbetriebes und durch das jetzt eindeutig überwiegende Moment des auch hier zugrundeliegenden Verwaltungszweckes im Verständnis der Verwaltungsmonopole anders geworden. Die den Inhalt von Verwaltungsmonopolen bildenden ausschließlichen Befugnisse und die anderen durch die Rechtsordnung geschaffenen ausschließlichen Befugnisse der Verwaltung, wie etwa die Fähigkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, müssen durch eine aus der inneren Logik des Staatsbegriffs ableitbare Grenze und nicht nur durch historische Zufälligkeiten der Betrachtungsweise und Terminologie geschieden sein.

Das unterscheidende Kriterium zwischen Verwaltungsmonopolen und anderen Ausschließlichkeitsbefugnissen der Verwaltung kann nur darin liegen, daß bestimmte Tätigkeiten schon ihrer Natur nach staatlich, d. h. aber dem Staat ausschließlich zukommend, sind, so daß sie von der Verwaltung nicht kraft einer Monopolisierung, sondern als aus dem Wesen des Staates selbst entspringend ausgeübt werden. Diese Funktionen nämlich sind mit dem Begriff des Staates selbst gegeben und gehören zum notwendigen Erscheinungsbild eines Staates.

In diesem Sinn hebt J. St. Mill die notwendigen Staatsfunktionen, die „von dem Begriff einer Regierung untrennbar sind oder doch gewöhnlich und ohne Widerspruch von allen Regierungen ausgeübt werden“, von den beliebigen („optional“) Funktionen ab, „bei denen man es für fraglich gehalten hat, ob die Regierung sie ausüben soll“⁵³. Diese Unterscheidung kehrt bei Adolph Wagner theoretisch vertieft wieder. Wagner stellt den Staatstätigkeiten in Ausübung wesentlicher Hoheits-

⁵² So auch jetzt: *Bender* VerwR § 19 V 2; *Huber* WVerwR I § 43 II 1 b; *Ipsen* S. 37; *Schick* a.a.O. (Anm. 25) S. 931. Wie hier *Thieme* S. 280.

⁵³ Grundsätze der politischen Oekonomie, deutsch von Adolph Soetbeer, 1852, VI §§ 1 und 2. — Darin daß Mill die Besonderheit der zweitgenannten Funktionen darin sieht, daß ihre Wahrnehmung durch den Staat einer selbständigen Rechtfertigung bedarf, eben weil sie nicht unmittelbar aus dem Staatsbegriff hervorgehen, wird sichtbar, daß Mills theoretische Scheidung im Dienste der liberalen Konzeption steht und die ideologisch geforderte Unzulässigkeit staatlicher Eingriffe in bestimmten Bereichen als begrifflich notwendig erweisen soll.

rechte die Tätigkeiten gegenüber, die der Staat nur aus Zweckmäßigkeitsgründen im öffentlichen Interesse übernimmt. Diese begriffliche Aufspaltung wird aber nicht aus einer apriorischen Staatsidee deduziert, sondern aus der Erscheinungsweise des modernen, des „entwickelten“ Staates abgeleitet. Weil es zum Begriff des entwickelten Staates gehört, alle die Funktionen auszuüben, durch welche der Rechtszweck verwirklicht wird⁵⁴, gehören die wesentlichen Hoheitsrechte zum Begriff des „wahren Staates“ und stehen sie ihm daher mit Fug ausschließlich zu; es sind die Funktionen in Ausführung des Rechts- und Machtzweckes. Die zweite Tätigkeitsgruppe betrifft Funktionen, die nicht zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehören, dennoch aber von einem bedeutenden öffentlichen Interesse getragen werden; es sind vornehmlich Tätigkeiten im Vollzug des Kultur- und Wohlfahrtszweckes⁵⁵. Dieser Differenzierung innerhalb der staatlichen Aufgaben in Bereiche verschiedener Qualifikation liegt die Einsicht zugrunde, daß dem Staat seiner Natur nach zwar keine im öffentlichen Interesse liegende Betätigung verwehrt sein kann, daß aber sein Wesen nach der zeitgenössischen Staatsidee, wie sie in der heute geltenden Verfassungsordnung zum Ausdruck kommt, nicht das eines totalen, sondern nur das eines partiellen Sozialverbandes ist.

Notwendig staatliche Funktionen sind vor allem die Setzung der Rechtsordnung und die Ausübung hoheitlicher Zwangsgewalt⁵⁶. Grundlage für die Beurteilung, was als notwendig staatliche Funktion anzu-

⁵⁴ Vgl. Fr. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd., 1840, § 9: Die „erste und unabweislichste Aufgabe“ des Staates ist, „die Idee des Rechts in der sichtbaren Welt herrschend zu machen“.

⁵⁵ Wagner FinW I §§ 204, 205. — Ähnlich stellt Fleiner Inst § 20 I die eigentlich hoheitliche Gewaltausübung, die „Stammlande“ des staatlichen Ausschließlichkeitsrechts, den Bereichen der technischen und wirtschaftlichen Betätigungen gegenüber, für die grundsätzlich Gewerbe- und Eigentumsfreiheit gelte und in denen öffentliche Monopole im strengen Sinn denkbar seien. Die ausschließliche Befugnis der Verwaltung, einen Straßenkörper durch Widmung zu einer öffentlichen Straße zu machen, wird allerdings von Fleiner zu Unrecht als Monopol begriffen. Die Schaffung öffentlicher Sachen, die stets einen Rechtsakt voraussetzt, ist eine notwendig staatliche, nicht nachahmbare Tätigkeit. Deswegen wurde auch unzutreffend von einem im Vollzug des Art. 97 WeimRVerf entstandenen „Reichswasserstraßenmonopol“ gesprochen (vgl. Anschütz WeimRVerf Art. 97 Anm. 7; Friedrich Giese, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 8. Aufl., 1931, Art. 97). Auch Schick a.a.O. (Anm. 25) S. 932 bemüht sich um eine Ausgrenzung der begrifflich staatlichen Befugnisse und kommt zu dem Ergebnis, daß solche Tätigkeiten nicht Gegenstand eines Monopols sein können, die „nach der in unserer Rechtsordnung herrschenden Vorstellung von der Verteilung der Aufgaben zwischen dem einzelnen und dem Gemeinwesen überhaupt nicht als Gegenstand der freien Initiative des einzelnen gedacht werden können“.

⁵⁶ Dies nennt Krüger S. 47 das staatliche „Gewaltmonopol“, im Anklang an Max Webers Definition, daß der Staat diejenige menschliche Gemeinschaft ist, die innerhalb eines bestimmten Gebietes das Monopol legitimer physischer Gewaltssamkeit für sich in Anspruch nimmt (vgl. Max Weber, Grundriß der Sozialökonomik, 2. Aufl., 1925, III/1,29).

sehen ist, ist der Staatsbegriff, und zwar nicht als ein apriorischer, sondern als ein historisch konkretisierter und juristisch faßbarer, wie er sich in der „Verfassungsstruktur“⁵⁷ eines konkreten Staates niedergeschlagen hat. Die aus dem Begriff des Staates abgeleiteten (begrifflich) notwendig staatlichen Funktionen sind nicht identisch mit den Aufgaben, die nach dem jeweiligen Staatsverständnis notwendig von der Verwaltung wahrzunehmen sind („Verwaltungsgeschäfte dem Wesen nach“)⁵⁸. Denn damit wird nur gesagt, welche Ziele dem Staat aufgegeben sind, nicht aber, ob die dazu eingesetzten Tätigkeiten eigentlich staatliche sind oder aber solche, die durch Private „nachahmbar“⁵⁹ sind. Diese durch Private „nachahmbaren“, also gleichartig auch durch diese ausführbaren Tätigkeiten sind nicht notwendig staatlich, und diese sind daher der Bereich, in dem Verwaltungsmonopole begrifflich möglich sind⁶⁰.

Die Abgrenzung notwendig staatlicher Ausschließlichkeitsrechte von Verwaltungsmonopolen ist vor allem bei den Tätigkeiten des Staates zweifelhaft, die sich auf die Nationalwirtschaft beziehen. Bei diesen muß zwischen dem wirtschaftslenkenden und dem wirtschaftenden Verhalten unterschieden werden. Das wirtschaftende Tätigwerden, gleichgültig, ob es zugleich wirtschaftslenkende Funktion hat, gemeinwirtschaftlich oder rein erwerbswirtschaftlich bewirkt wird, gehört nach der Verfassungsstruktur der Bundesrepublik nicht zu den notwendig staatlichen Funktionen⁶¹. Denn es ist ein Wesenszug bürgerlich-liberaler Wirtschaftsverfassungen⁶², die Beteiligung des Staates

⁵⁷ Dieser Begriff so verstanden, wie ihn *Jesch* S. 68—73 jüngstens ausgearbeitet hat.

⁵⁸ *Forsthoff* VerwR § 24, 5 b, 3.

⁵⁹ Vgl. *O. Mayer* VerwR 2. Aufl. II § 49 II.

⁶⁰ Die Ausübung von ihrem Wesen nach hoheitsrechtlichen Befugnissen kann danach nicht zum Begriff des Verwaltungsmonopols gerechnet werden, wie *Bachof* Freiheit des Berufs S. 201 f. annimmt.

⁶¹ In diesem Zusammenhang ist ein Urteil des ProVG vom 28. 6. 1893 (ProVGE 25, 141) von Interesse, das sich auf dem Boden des Staatsverständnisses des II. Reiches mit der Frage auseinandersetzt, ob gewerbliche Unternehmungen des Staates zulässig sind. Dort heißt es (S. 149): „Die hauptsächlichsten und bedeutsamsten Aufgaben des modernen Staates liegen auf einem anderen Gebiet als dem der gewerblichen Tätigkeit und die staatliche Fürsorge für Handel und Gewerbe zielt mehr darauf ab, die Entwicklung dieser Zweige des wirtschaftlichen Lebens durch genügende Einrichtungen und Maßnahmen indirekt zu fördern, als selbständig und unmittelbar in den Wettkampf der Konkurrenz einzutreten.“ Diese Feststellungen sind, sofern man „gewerbliche Tätigkeit“ als rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit versteht, auch heute noch gültig, da auch dem Grundgesetz im Grundsatz diese liberale Deutung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft eigentümlich ist.

⁶² In welchem Umfang die Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik durch das Verfassungsrecht determiniert ist und daß diese in ihrer Grundtendenz den angegebenen Charakter hat, wird im größeren Zusammenhang weiter unten nachgewiesen werden (vgl. Textziffern 99, 100).

am Wirtschaftsleben als Wirtschaftssubjekt als nicht notwendig staatliche Funktion zu betrachten⁶³. Demgegenüber ist es gerade ein Wesenszug des sozialistischen Staatsverständnisses, im Staat den wesentlichen Wirtschaftler zu sehen, so daß im Rahmen dieses Staatsbegriffs bestimmte wirtschaftende Tätigkeiten, z.B. die Außenwirtschaft und die Grundstoffproduktion, notwendig staatliche Funktionen sind⁶⁴. In einer solchen Rechtsordnung muß daher das Rechtsinstitut des Verwaltungsmonopols weitgehend hinfällig werden.

Unter den Begriff des Verwaltungsmonopols fallende Ausschließlichkeitsfunktionen sind somit nur solche dem Staat oder anderen Rechtsträgern ausschließlich zustehende Befugnisse, die nicht schon begrifflich Staatsfunktionen sind. Bei auf das Wirtschaftsleben bezogenen Tätigkeiten kann ein Verwaltungsmonopol nur dann vorliegen, wenn der Verwaltungsträger selbst wirtschaftend auftritt, nicht aber, wenn er lediglich wirtschaftslenkend auf Grund der notwendig staatlichen Funktion der Wirtschaftspolitik handelt⁶⁵.

Dieses Kriterium führt nahezu allgemein zu Ergebnissen, die mit der üblichen Klassifizierung von Ausschließlichkeitsbefugnissen als Verwaltungsmonopolen übereinstimmen. In einem wichtigen Fall führt es aber zu einer abweichenden Beurteilung: beim sog. Münz- und Notenregal.

50.— In Ausübung der ihm ausschließlich zustehenden Gesetzgebungskompetenz über das Währungswesen (Art. 73 Nr. 4 GrundG) hat der Bund das Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 26. 7. 1957 (BGBl I S. 745) und das Gesetz über die Ausprägung von Scheidemünzen vom 8. 7. 1950 (BGBl I S. 233) erlassen. Durch das BBankG wurde in Vollzug des Art. 88 GrundG die Deutsche Bundesbank als „Währungs- und Notenbank“⁶⁶ errichtet. Von den „währungspolitischen Befugnissen“

⁶³ Hier wird der Unterschied zwischen „Verwaltungsgeschäften dem Wesen nach“ (Forsthoff), zu denen wirtschaftendes Tätigwerden im Dienste der Daseinsvorsorge gehört, und notwendig staatlichen Funktionen deutlich.

⁶⁴ Vgl. etwa Art. 21 und 25 Abs. 1 VerfDDR.

⁶⁵ Ein praktischer Fall dieser Abgrenzung ist vom BVerwG im Urteil vom 1. 12. 1953 entschieden worden (BVerwGE 3, 21; dazu Rings). Dort ging es um die Frage, ob durch die Errichtung der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr als einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts (§§ 53 ff GüKG) der Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen ein Verwaltungsmonopol des Bundes geworden sei. Das BVerwG verneinte dies zutreffend mit der Begründung, daß diese Anstalt den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen nicht betreiben, sondern lediglich die Ordnung innerhalb seiner verschiedenen Zweige und im Verhältnis zu anderen Verkehrsträgern herstellen und gewährleisten solle (§ 53 Abs. 1 GüKG).

⁶⁶ „Währungs- und Notenbank“ ist insofern ein „pleonastischer Begriff“ (Amtl. Begr. zum BBankG unter A II 1), als unter „Währungsbank“ eine Zentralbank zu verstehen ist, die die Funktion der Währungssicherung hat und als zu deren währungspolitischem Instrumentarium das ausschließliche Notenemissionsrecht, d. h. die Eigenschaft als Notenbank, notwendig gehört (vgl. Amtl. Begr. zum BBankG unter A VI).

der Bundesbank nennt das BBankG an erster Stelle das ausschließliche Recht der Notenausgabe (§ 14). Dieses Recht ist weder durch eine Deckungsvorschrift, noch durch eine Emissions- oder Umlaufhöchstgrenze beschränkt⁶⁷. Die Noten der Bundesbank sind das einzige unbeschränkte gesetzliche Zahlungsmittel. Demgegenüber sind die Scheidemünzen, deren Ausprägung dem Bund zusteht (§§ 6, 7 MünzG)⁶⁸, nur beschränktes gesetzliches Zahlungsmittel, da sie im gewöhnlichen Zahlungsverkehr nur mit einem beschränkten Annahmewang ausgestattet sind (§ 3 Abs. 1 MünzG).

Vielfach werden das jetzt dem Bund zustehende ausschließliche Recht der Münzprägung als „Münzregal“ und das jetzt der Bundesbank zustehende ausschließliche Recht der Notenemission als „Notenregal“ oder „Notenmonopol“ verstanden und beide Befugnisse begrifflich als Verwaltungsmonopole — im Gegensatz zu den Finanzmonopolen — erfaßt⁶⁹. Die dem ausgesprochenen⁷⁰ oder unausgesprochen zugrundeliegende Vorstellung, daß die Herstellung von Münzen und Noten eine gewerbliche oder wirtschaftende Tätigkeit und daß die Emission von Noten ein bankmäßiges Geschäft, ebenso etwa wie die Emission von Wertpapieren, sei, wird dem Wesen der Schöpfung von Währungsgeld nicht gerecht. Aus dem Wesen des Geldes und aus der durch Normen des Wirtschaftsverfassungs- und -verwaltungsrechts bestimmten Geldverfassung ergibt sich, daß die Schöpfung von Währungsgeld auf Grund des Münzprägerechts und des Notenemissionsrechts eine notwendig staatliche, nicht nachahmbare Tätigkeit ist, und daher nicht Gegenstand eines Verwaltungsmonopols sein kann.

Der Begriff des *Geldes* ist in Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft entsprechend der unterschiedlichen Aufgabe und Methode beider Wissenschaften ein verschiedener. Die volkswirtschaftliche Geldtheorie geht von der Wirkungsweise einer Verkehrswirtschaft⁷¹ aus,

⁶⁷ Die Einschränkung des § 14 Abs. 1 Satz 4 für Noten, die auf kleinere Beträge als zehn Deutsche Mark lauten, erklärt sich aus dem insoweit konkurrierenden Münzprägerecht des Bundes (vgl. Beck § 14 Anm. III 3 b).

⁶⁸ Der Eigenschaft der Bundesbank als Währungsbank entspricht es, daß der Bund durch die Schutzbestimmung des § 5 MünzG (§ 5 n. F. — Novelle vom 18. 1. 1963, BGBl. I S. 55 — besteht nur noch aus § 5 Abs. 2 a. F. an einer beliebigen Vermehrung des Münzumlaufes gehindert ist (vgl. v. Spindler/Becker/Starke § 14 Anm. V 2) und daß gem. § 8 MünzG die Ausgabe der Münzen über die Bundesbank erfolgt (vgl. Amtl. Begr. zum MünzG zu § 8). Näheres hierzu Luther Diss., der zu dem Ergebnis kommt, daß sich die „zweigleisige Stückgeldschöpfung“ nicht währungspolitisch schädlich auswirken könne, wenn auch eine Konzentration des Münzprägerechts bei der Zentralbank vorzuziehen sei.

⁶⁹ So: Bender VerwR § 19 V 2; Grenz Diss.; Huber WVerwR I § 44 II; Jellinek VerwR § 17 V; Nipperdey S. 1615; Peters S. 335; v. Seydel § 158; v. Spindler/Becker/Starke § 14 Anm. I; Wacke S. 19; Lipfert 1962, 129 und 131.

⁷⁰ Zum Beispiel Bender VerwR § 19 V 2; G. Meyer VerwR § 81 I 2.

⁷¹ Vgl. Eucken Grdl S. 79, 87 ff., 126; Kraus S. 9 ff.

in der sich ein allgemeines Tauschmittel⁷² als Geld ausbildet, was zum Übergang von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft führt. Das stoffliche Substrat — Muscheln, Metall, Papier — dieser Funktion ist dabei gleichgültig; denn die Eigenschaft als Zahlungsmittel ist kein Akzidenz des Geldstoffes, sondern eine durch menschliches Verhalten erfolgte Zuschreibung, eine Folge der Monetisierung⁷³. Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, ob die Monetisierung ein Akt der „ökonomisch disponierenden Subjekte“ (*Sauermann*) — gesellschaftliche Theorie des Geldes — oder ein Akt des Staates — staatliche Theorie des Geldes — ist⁷⁴. Die Entwicklung der Geldwirtschaft hat endlich dazu geführt, daß der Staat die Schöpfung bestimmter Geldarten monopolisiert hat, wodurch erst im eigentlichen Sinne „Währung“ entstand⁷⁵ ⁷⁶. Währungsgeld muß notwendig obligatorisch — nicht zurück-

⁷² Diese Funktion des Geldes wird überwiegend als konstituierend angesehen: *Eucken* Grdl S. 113 ff.; *Kraus* S. 15 („Zwischentauschmittel“); *Sauermann* S. 1001 ff. („Zahlungsmittel“). Andere Funktionen können sich mit dem Geld verbinden, so die des Schmuckes und vor allem die Eigenschaft als allgemeines Rechnungsmaß (welche *Keynes* S. 3 f. als konstitutiv ansieht) und die Thesaurierungsfunktion, sind aber nicht begriffsnotwendig (vgl. *Eucken* Grdl S. 113 ff.).

⁷³ Vgl. *Sauermann* S. 1001 ff.

⁷⁴ In dieser Entgegensetzung besteht heute der Theoriengegensatz der Nominalisten und der Metallisten fort. Die Nominalisten nehmen *Aristoteles* als ihren ersten Vertreter in Anspruch, der annahm, daß Geld auf Grund gegenseitiger Übereinkunft geschaffen worden sei und seinen Namen (νόμισμα) deshalb trage, weil es sein Dasein nicht der Natur, sondern dem νόμος verdanke (*Eth. Nic. I. V. c. 8*). Die grundlegende systematische Ausarbeitung der staatlichen Theorie des Geldes ist die Abhandlung von Georg Friedrich *Knapp*, *Staatliche Theorie des Geldes*, 1. Aufl. 1905, 4. Aufl. 1923: Das Geld ist ein Geschöpf der Rechtsordnung, weil diese durch Proklamation bestimmt, daß bestimmte Stücke Geld sein sollen und dadurch die Möglichkeit der „zirkulatorischen Befriedigung“, der (rechtlichen) Tilgung von Schulden, begründen: „chartale Geldverfassung“. Die Kritiker *Knapps* (vgl. z. B. *Max Weber* a.a.O. — Anm. 56 — III/1, 99 und 109ff.; *Gerloff* Geld S. 156 ff., 178 ff.; *Veit* S. 219 f.) haben auf die „Unvollständigkeit“ dieser Lehre hingewiesen, da sie den Begriff des Geldes auf die Funktion des mit rechtlicher Zahlkraft ausgestatteten Tauschmittels beschränke und deshalb die die denkbare Divergenz von Nominal- und Realwert implizierende Erscheinung sinkender Kaufkraft und die Entstehung usuellen Geldes bei Geldentwertung nicht befriedigend erklären könne (Verteidigung der Lehre *Knapps*: *Mann* S. 14 ff., 39 ff.). Eine Ausarbeitung der gesellschaftlichen Theorie des Geldes ist *Gerloff* Geld.

⁷⁵ Die Annahme *Scheuners* S. 43 f., daß die Monopolisierung der Geldschöpfung eine Konsequenz des Übergangs zur manipulierten Währung sei, stimmt mit der empirischen Entwicklung in Deutschland nicht überein.

⁷⁶ Neben dem Währungsgeld (Münzen, Noten) besitzen vor allem Sichteinlagen der Banken (Buchgeld, Giralgeld) Geldcharakter. Die Schöpfung von Buchgeld könnte nur in der Weise monopolisiert werden, daß das gesamte Bankensystem monopolisiert wird (*Kraus* S. 26 ff.). Eine gewisse Steuerung des Buchgeldvolumens erfolgt jedoch durch die Konstruktion der Währungsbank als „Bank der Banken“ mithilfe der Diskontpolitik und der „nicht-klassischen Instrumente“ der Währungspolitik: Offenmarkt- und Mindestreservenpolitik (vgl. *Kraus* S. 136 ff; v. *Spindler/Becker/Starke* Einl. S. 3).

weisbar, Gegensatz: fakultativ — und definitiv — nicht einlösbar, Gegensatz: provisorisch — sein⁷⁷, Eigenschaften, die nur durch Rechtsätze bewirkt werden können. Insofern ist die Währung ein Geschöpf der Rechtsordnung, und ist die Schöpfung von Währungsgeld eine durch Private nicht nachahmbare Tätigkeit⁷⁸.

In der rechtswissenschaftlichen Dogmatik hat der Begriff des Geldes einen anderen Inhalt. Zu allgemein ist die Definition des Geldes als des durch Rechtsvorschriften anerkannten Wertträgers⁷⁹. Überhaupt gibt es keinen einheitlichen juristischen Begriff des Geldes, etwa als „gesetzliches Zahlungsmittel“⁸⁰. Wenn der Ausdruck Geld im Tatbestand einer Rechtsnorm benutzt wird⁸¹, muß im Einzelfall festgestellt werden, ob darunter Geld im volkswirtschaftlichen Sinn (Verkehrsgeld), Geld im engeren Sinn als gesetzliches Zahlungsmittel oder Geld im Sinn von Währungsgeld zu verstehen ist. Neben diesen verschiedenen Rechtsbegriffen von Geld gibt es die Rechtsinstitute des gesetzlichen Zahlungsmittels und des Währungsgeldes. Das gesetzliche Zahlungsmittel ist mit Annahmewang ausgestattet, aber nicht notwendig definitives Geld⁸². Währungsgeld ist obligatorisches und definitives Geld; die Gesamtheit der die Währung ordnenden Rechtssätze⁸³ ist die

⁷⁷ *Breit* § 2 Anm. II 2. Die Terminologie stammt von *Knapp* S. 87 ff.

⁷⁸ Dennoch folgt die staatliche Theorie nicht notwendig aus der staatlichen Währungshoheit (so *Mann* S. 11); denn das Währungsgeld kann durch Kaufkraftverlust wirtschaftlich die Geldfunktion einbüßen (vgl. *Veit* S. 219). Für den begrenzten Zweck dieser Arbeit, der eine umfassende Stellungnahme zur Geldtheorie nicht fordert, kommt es nicht auf die Möglichkeit des Verlusts der wirtschaftlichen Geldfunktion an, sondern ist allein entscheidend, daß die Erzeugung der (Währungs-) Geldfunktion nur durch staatlichen Akt möglich ist. „Heute ist das Geld in allen zivilisierten Staaten, darüber kann es keine Meinungsverschiedenheit geben, chartaler Natur“ (*Keynes* S. 4).

⁷⁹ So *Nipperdey* S. 1615, in Anlehnung an RGSt 58, 255.

⁸⁰ Ein einheitlicher juristischer Geldbegriff wird vorausgesetzt von: *Mann* S. 1 ff.; *G. Meyer* VerwR § 81 I; *Max Weber* a.a.O. (Anm. 56) III/1, 97 f.

⁸¹ Zum Beispiel Art. 73 Nr. 4 GrundG; §§ 244 Abs. 1, 245, 270 Abs. 1, 935 Abs. 2 BGB; Art. 1 Nr. 2 Wechselgesetz; §§ 146 ff. StGB (das StGB geht von der überholten Vorstellung aus, daß Banknoten kein Geld im wirtschaftlichen Sinne seien, vgl. § 149 StGB); § 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO; § 118 Abs. 1 StPO.

⁸² Die Banknoten der Reichsbank waren von vornherein Geld, aber erst kraft Art. 3 Gesetz, betr. die Änderung des Bankgesetzes, vom 1. 7. 1909 (RGBl S. 515) obligatorisches Geld — während die Noten der Privatnotenbanken fakultatives Geld blieben — und solange die Goldwährung bestand, kein (definitives) Währungsgeld. Abw. *Dalchow* S. 426 f., der als Geld im juristischen Sinn nur das Währungsgeld betrachtet.

⁸³ Gegenstand der Geldverfassung sind insb. die Geldschöpfung (Münzprägung und Notemission), die Prinzipien der Währungspolitik und die Devisenwirtschaft. Kern der Geldverfassung ist die Entscheidung über das Währungssystem, dessen beide Hauptmöglichkeiten die stofflich bestimmte Währung (z. B. Edelmetallwährung) und die manipulierte Währung sind. Auch bei dem Vorhandensein von Banknoten ist dann eine Metallwährung gegeben, wenn Deckungs- und Einlöschungspflicht besteht; entscheidend für den Übergang zur manipulierten Währung ist die Aufhebung der Einlöschungspflicht, womit die Note zum definitiven Geld wird. Zu den Währungssystemen: *Huber* WVerwR I § 44 II 1 b; *Veit* S. 87 ff. und 157 ff.

Geldverfassung eines Währungsgebietes, die Kompetenz zur gesetzlichen und administrativen Gestaltung des (Währungs-) Geldwesens ist die Geld- oder Währungshoheit⁸⁴. Die modernen Geldverfassungen sind durch manipulierte Währungen⁸⁵ ausgezeichnet: die umlaufenden Noten sind definitives Geld, das Münzgeld (die Scheidemünzen) ist aus Metall, weil das so zweckmäßig ist, nicht weil es auf diesen Stoff für die Geldeigenschaft ankäme. Für die manipulierte Währung, die sich nicht auf die natürliche Knappheit eines Edelmetalls als Garanten der Währungsstabilität stützen kann, sondern auf eine „künstliche Knappheit“ verlassen muß, gewinnt die das Geldvolumen steuernde Währungspolitik⁸⁶, die auch das Buchgeld, insbesondere der Währungsbank, berücksichtigen muß, eine überragende Bedeutung⁸⁷. Die Währungsgeldschöpfung, die ganz überwiegend Notenemission ist, stellt keine in sich selbständige staatliche Tätigkeit dar, sondern ist in die Währungspolitik eingebettet, die ihrerseits ein Bestandteil der Wirtschaftspolitik ist. Sie ist nicht nachahmbar, da die Herstellung der Geldzeichen nur eine untergeordnete und das Wesen der Geldschöpfung nicht charakterisierende Maßnahme ist.

Die wichtigsten *Geldzeichen* sind die Banknote und die Münze. Das Münzgeld⁸⁸ erschien bis vor relativ kurzer Zeit als das eigentliche Geld und verdankt diese historische Vorrangstellung der Tatsache, daß die Edelmetalle durch ihre natürliche Knappheit und damit Wertbeständigkeit zuerst als brauchbar für ein allgemeines Tauschmittel erkannt wurden. Der entscheidende Schritt von der „Geldware“ (pensatorisches Geld) zum „Warengeld“ (proklamatorisches Geld) ist der Prägestempel und die so entstehende „chartale“ Geldverfassung (*Knapp*) mit nominellem Geldwert⁸⁹. Die deutsche Entwicklung ist von der Vorstellung

⁸⁴ Zu diesen Begriffen: *Beck* § 14 Anm. I 1 und 2; *Huber* WVerwR I § 44 II 1; *Sauermann* S. 1045. — *Huber* spricht von „Geldregal“ (= Währungshoheit), „Münzregal“ und „Notenregal“.

⁸⁵ Die Bezeichnung der am US-Dollar orientierten Währungen als „indirekte, über die Reservewährung US-Dollar funktionierende Goldkernwährungen“ (*Lipfert* 1961, 282 Anm. 1) hat demgegenüber nur geringen Erkenntniswert für die *raison d'être* des betroffenen Währungsgeldes.

⁸⁶ Hierzu neuerdings die umfassende Arbeit von *Veit* und die Aufsatzreihe von *Lipfert* in *JuS* 1961 und 1962.

⁸⁷ Auf die seit der Entstehung manipulierter Währungen zu beobachtende inflationistische Tendenz wird oft hingewiesen (z. B. *Scheuner* S. 43 f.). Dies ist jedoch nicht eine notwendige Begleiterscheinung dieses Währungssystems, sondern eine Folge der mit der Währungspolitik verbundenen externen Ziele, z. B. Kriegsfinanzierung, Vollbeschäftigung (Keynes). Damit die Note in der manipulierten Währung ihre Geldfunktion behält, müssen Geldschöpfung und Gütererzeugung in einem sachgemäßen Verhältnis stehen (vgl. *Veit* S. 219).

⁸⁸ Zur Geschichte des Münzgeldes: *Dobretsberger*; *Kaulla* S. 18 ff. Geschichtliche Entwicklung der Edelmetallwährungen: *Veit* S. 331 ff.

⁸⁹ Vgl. *Knapp* S. 20 ff.; *Kraus* S. 20 ff. — Die Abteilung des Münzregals aus dem Bergregal (*Johann Heinrich Gottlob von Justi*, *Staatswirtschaft*, 2. Aufl., 1758, II §§ 108, 204—222) verkennt das Wesen auch des Metallgeldes.

des Münzregals getragen, das vor der Bildung des Zweiten Reiches landesherrliches Hoheitsrecht war⁹⁰.

Die Entwicklung der Banknote zum Währungsgeld steht in engem Zusammenhang mit der Ablösung der Metallwährung durch manipulierte Währungen und der fortschreitenden Einsicht in das Wesen des Geldes⁹¹. Die durch die englische Inflation am Anfang des 19. Jahrhunderts und das Gutachten *Ricardos* hierüber⁹² veranlaßte wissenschaftliche Auseinandersetzung der Banking- und der Currency-Theorie, die für die Erhellung der Geld- und Zentralbankproblematik so fruchtbar war, kulminierte in der Frage nach dem Wesen der Banknote: umlauffähiges, eine Forderung verkörperndes Wertpapier oder echtes Geld. Der Sieg der Currency-Theorie mußte notwendig zur „Monopolisierung“ der Notenausgabe zugunsten des Staates führen⁹³. Solange jedoch eine Metallwährung bestand, konnte die Banknote kein definitives Geld sein; denn sie war in Metall einlösbar. Rechtlich wurde sie daher vielfach als Inhaberschuldverschreibung angesehen⁹⁴. Der entscheidende Schritt, der die Banknote zum Währungsgeld machte, war die Beseitigung der Einlösungspflicht⁹⁵, womit zugleich die manipulierte Währung an die Stelle der Metallwährung trat. Die heute umlaufenden Banknoten der Bundesbank sind daher keine Wertpapiere, sondern öffentlich-rechtliche Geldzeichen⁹⁶. Die Notenumission ist somit kein bankmäßiges Geschäft mehr. Eine Darstellung der Entwicklung der deutschen Geldverfassung wird die These von der Geldschöpfung als notwendig staatlicher Tätigkeit noch deutlicher machen⁹⁷.

Gemäß Art. 4 Ziff. 3 RV 1871 unterlagen die Ordnung des Münzwesens und die Feststellung der Grundsätze über die Emission von fundiertem und unfundiertem Papiergeld und gemäß Art. 4 Ziff. 4 RV

⁹⁰ Vgl. *Klüber* S. 661 ff.; *Christian von Schlözer*, Anfangsgründe der Staatswirtschaft, 1805/06, II, 152. — Die ältere Rechtslage ist im Rahmen der Regalien dargestellt worden (vgl. Textziffer 29).

⁹¹ Vgl. *Knapp* S. 114 ff.; *Kraus* S. 23 ff.; *Veit* S. 211 ff.

⁹² *On the High Price of Bullion, A Proof of the Depreciation of Bank-Notes*, 1809.

⁹³ *Eucken Grdl* S. 120 f.; *Kraus* S. 26.

⁹⁴ So etwa: *G. Meyer VerwR* § 84 IV; *Breit* S. 34 f. und § 1 Anm. IV D (Doppelnatur: privatrechtliche Inhaberschuldverschreibung, öffentlich-rechtliches Geldzeichen); *Nußbaum* Anm. Das Reichsgericht neigte der Auffassung zu, die Reichsbanknoten als Geldzeichen anzusehen und das ihnen aufgedruckte Zahlungsverprechen als Hinweis auf die — öffentlichrechtliche — Einlösungspflicht (RGZ 114, 27; 125, 273). — Die Notenumission wurde als bankmäßiges Geschäft betrachtet, das der Staat nicht schon von vornherein ausschließlich ausüben dürfe und das auch nicht aus dem Münzregal abzuleiten sei, sondern das durch besonderes Gesetz „monopolisiert“ werden müsse (*Wagner* III 1 und IV 1).

⁹⁵ *V. Spindler/Becker/Starke* Einl. A I.

⁹⁶ *Beck* § 14 Anm. IV 1; *v. Spindler/Becker/Starke* § 14 Anm. II.

⁹⁷ Neuerdings zur geschichtlichen Entwicklung der Geldwirtschaft und -verfassung in Deutschland: *Veit* S. 425 ff.

1871 die Notenbankgesetzgebung dem Reich⁹⁸. Auf dieser Grundlage erfolgte in den Jahren bis 1875 eine Geld- und Notenbankreform⁹⁹. Bereits das Gesetz betr. die Ausprägung von Reichsgoldmünzen, vom 4. 12. 1871 (RGBl S. 404) bestimmte die Ausprägung einer Reichsgoldmünze, und Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Münzgesetzes vom 9. 7. 1873 (RGBl S. 233) führte die Reichsgoldwährung ein¹⁰⁰. Die Ausprägung der Reichsmünzen erfolgte auf Münzstätten der Bundesstaaten auf Rechnung des Reiches (§ 6 Gesetz von 1871; Art. 12 Abs. 1 MünzG 1873).

Die Neuordnung des Notenwesens war komplizierter und langwieriger. In Voraussicht dessen und um wenigstens einen Anfang zu machen, erließ bereits der Norddeutsche Bund ein Gesetz über die Ausgabe von Banknoten vom 27. 3. 1870 (BGBl S. 51), das die Befugnis zur Banknotenemission von einem Bundesgesetz abhängig machte: Banknotensperrgesetz¹⁰¹. Weiterhin bestimmte Art. 18 MünzG 1873 die Einziehung der nicht auf Reichswährung lautenden Banknoten bis 1. 1. 1876¹⁰². Endlich erging das Bankgesetz vom 14. 3. 1875 (RGBl S. 177), das in § 1 Abs. 1 das ausschließliche Notenhoheitsrecht des Reiches konkretisierte¹⁰³ und durch § 12 Abs. 1 die Reichsbank als Zentralnotenbank errichtete¹⁰⁴. Die Reichsbank hatte die Aufgabe, den Geldumlauf

⁹⁸ Ebenso schon Art. 4 Ziff. 3 und 4 VerfNorddBund.

⁹⁹ Hierzu und zur deutschen Geldverfassung bis 1914: *Breit* S. 7 ff.; *Dalchow* S. 289 ff.; *Knapp* S. 318 ff.; *Koch* Einl.; *Veit* S. 461 ff.

¹⁰⁰ Gem. Art. 1 Abs. 2 wurde der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Reichswährung von einer kaiserlichen VO abhängig gemacht. Diese erging als VO, betr. die Einführung der Reichswährung, vom 22. 9. 1875 (RGBl S. 303) und setzte die Reichswährung am 1. 1. 1876 in Kraft. Neukodifikation: Münzgesetz vom 1. 7. 1909 (RGBl S. 507).

¹⁰¹ Dieses Gesetz wurde 1871 auch in Bayern, Hessen, Württemberg und Baden eingeführt. Es war zunächst bis zum 1. 7. 1872 befristet, wurde aber durch mehrere Gesetze schließlich bis zum 31. 12. 1875 verlängert (Gesetz vom 16. 6. 1872, RGBl S. 169; Gesetz vom 30. 6. 1873, RGBl S. 159; Art. I Gesetz vom 21. 12. 1874, RGBl S. 193).

¹⁰² Ausführungsbestimmungen dazu in Art. II des Gesetzes vom 21. 12. 1874 (RGBl S. 193).

¹⁰³ Dieses Notenhoheitsrecht beinhaltete die ausschließliche Kompetenz des Reiches zur gesetzlichen Regelung des Notenwesens. Das Recht zur Notenausgabe stand neben der Reichsbank auch den Privatnotenbanken zu. Auch der Gesetzesaufbau deutet darauf hin, daß ein Notenausgabe, „monopol“ der Reichsbank nicht bestand (abw. *Huber* WVerwR I § 44 II 2 a); denn in den §§ 7—10 sind zuerst die allgemeinen Vorschriften über die Notenausgabe enthalten und dann die Reichsbank in §§ 12 ff. und die Privatnotenbanken in §§ 42 ff. äußerlich in eine Reihe mit dieser behandelt. Wenn auch über die hervorragende Stellung der Reichsbank kein Zweifel bestand, so erschien sie doch letztlich (noch) als eine Notenbank unter anderen.

¹⁰⁴ Die Reichsbank ging aus der Preußischen Bank hervor, die ihrerseits sich aus der 1765 gegründeten „Königlichen Giro- und Lehenbank“ entwickelt hatte. In Preußen war bereits durch § 1 des Gesetzes, wegen Ausstellung von Papieren, welche eine Zulassungsverpflichtung an jeden Inhaber enthalten, vom 17. 6. 1833 (GS S. 75) die Banknotenausgabe von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht worden (hierzu *Wagner* III 3 a). Eine Regelung des Notenwesens und der Ausbau der Bank zu einer Zentralnotenbank unter dem Namen „Preußische Bank“ erfolgte durch Allerhöchste Kabinettsorder vom

zu regeln, die Zahlungsausgleichungen zu erleichtern und für die Nutzbarmachung verfügbaren Kapitals zu sorgen und ferner gemäß § 16 Abs. 1 das Recht der Banknotenausgabe¹⁰⁵; sie war eine unter Aufsicht und Leitung des Reiches¹⁰⁶ stehende juristische Person des öffentlichen Rechts¹⁰⁷. Die Banknoten der Reichsbank waren zunächst zwar Geld, aber weder gesetzliches Zahlungsmittel (§ 2 BankG 1875) noch Währungsgeld und standen insofern den Noten der Privatbanken gleich. Erst durch Art. 3 des Gesetzes, betr. Änderung des Bankgesetzes, vom 1. 6. 1909 (RGBl S. 515) erhielten die Reichsbanknoten und nur diese, die Eigenschaft eines gesetzlichen Zahlungsmittels¹⁰⁸. Endlich wurden sie im Rahmen der Kriegsgesetzgebung im August 1914¹⁰⁹ auch Währungsgeld, indem durch § 2 des Gesetzes, betr. die Reichskassenscheine

11. 4. 1846, die Ausdehnung der bisherigen Wirksamkeit der Bank und die fernere Ausgabe von Banknoten seitens derselben betr. (GS S. 153; hierzu ergänzend die Kabinettsorder vom 16. 7. 1846, GS S. 264) — Deckungsvorschrift, Höchstemissionsgrenze, Einlösungspflicht — und durch die Bankordnung vom 5. 10. 1846 (GS S. 435). Gem. § 1 BankO hatte die Bank den Zweck, „den Geldumlauf des Landes zu befördern, Kapitalien nutzbar zu machen, Handel und Gewerbe zu unterstützen und einer übermäßigen Steigerung des Zinsfußes vorzubeugen“ und gem. § 29 hatte sie das Recht zur Banknotenausgabe — „Anweisungen auf sich selbst als ein eigenes Geldzeichen“ — im Rahmen einer Höchstgrenze (die Höchstgrenze wurde durch § 1 des Gesetzes vom 7. 5. 1856, GS S. 342, aufgehoben). Für die Noten bestand Deckungs- und Einlösungspflicht (§§ 31, 32). Auf der Grundlage von § 61 BankG 1875 einerseits, § 1 Preuß. Gesetz, betr. die Abtretung der Preußischen Bank an das Deutsche Reich, vom 27. 3. 1875 (GS S. 166) andererseits schlossen Preußen und das Reich einen Vertrag über die Abtretung der Preußischen Bank an das Deutsche Reich vom 17./18. 5. 1875 (RGBl S. 215). Die Reichsbank trat am 1. 1. 1876 in Wirksamkeit (§ 1 des Statuts der Reichsbank vom 21. 3. 1875, RGBl S. 203, das gem. § 40 BankG 1875 erlassen wurde). Neben der Reichsbank bestanden zunächst 32 Privatnotenbanken, aufgeführt in einer Anlage zu § 9 BankG 1875. Diese Zahl schmolz bis 1906 auf 4 zusammen (hierzu: *Breit* S. 31 f.; *Huber* WVerwR I § 47 II; *Veit* S. 473 f. und 476 f.). Der Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bankgesetzes (Berichterstatter: Bamberger) ist abgedruckt AnnDR 1875, 835—874 und 946—1000.

¹⁰⁵ Die Banknoten mußten nach Maßgabe des § 17 gedeckt sein und gem. § 18 gegen kursfähiges deutsches Geld (seit Art. 4 Abs. 1 BankGNov vom 1. 6. 1909, RGBl S. 515, „deutsche Goldmünzen“) eingelöst werden.

¹⁰⁶ Das Leitungsrecht des Reiches wurde durch das Gesetz über die Autonomie der Reichsbank vom 26. 3. 1922 (RGBl II S. 135) beseitigt.

¹⁰⁷ § 12 Abs. 1 BankG sprach nur von der „Eigenschaft einer juristischen Person“. Deswegen wurde, wegen der privaten Anteilseigner, die Reichsbank z. T. als eine juristische Person des Privatrechts angesehen (so: *Laband* § 29 IV; *G. Meyer* VerwR § 84 I). Verwaltungsorganisation und Funktion der Reichsbank mußten aber zu der Annahme führen, daß es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelte (so: *RGZ* 15, 230; *Beutler* Reichsbank; *Breit* Vorbem. zu Tit. II und § 12 Anm. I und II; *Dalchow* S. 383 ff.; *Huber* WVerwR I § 14 I 1 a). Darin, daß sich diese Ansicht über die Rechtsnatur der Reichsbank als einer öffentlichen Anstalt durchsetzte, liegt zugleich die Anerkennung des Wesens dieser Einrichtung und ihrer Aufgaben als politisch und nicht eigentlich bankmäßig.

¹⁰⁸ Damit wurden sie, da die Einlösungspflicht weiterbestand, nicht zum Währungsgeld (abw. *Kraus* S. 147).

¹⁰⁹ Hierzu *Veit* S. 403 ff.

und die Banknoten, vom 4. 8. 1914 (RGBl S. 347) die Einlösungspflicht aufgehoben wurde¹¹⁰. Darin lag, obwohl die Statuierung der Goldwährung in § 1 Satz 1 MünzG 1909 formell nicht geändert wurde, die Aufhebung der Goldwährung und der Übergang zur manipulierten Währung.

Die WeimRVerf. hat an der Währungshoheit des Reiches nichts geändert (Art. 6 Ziff. 5; Art. 7 Ziff. 14). Eine Neukodifizierung der einschlägigen Vorschriften erfolgte durch die Dawes-Plan-Gesetze vom 30. 8. 1924, die in einer Anlage zum Schlußprotokoll der Londoner Konferenz vom 16. 8. 1924 enthalten waren¹¹¹. § 1 MünzG vom 30. 8. 1924 (RGBl II S. 254) sprach wieder den Grundsatz der Goldwährung und § 31 BankG vom 30. 8. 1924 (RGBl II S. 235) die Einlösungspflicht der Banknoten aus¹¹². Unbeschränktes gesetzliches Zahlungsmittel waren die Goldmünzen und die Reichsbanknoten (§ 5 lit. a MünzG 1924)¹¹³. Die Reichsbank war gem. § 1 Abs. 1 BankG 1924 eine von der Reichsregierung unabhängige juristische Person des öffentlichen Rechts¹¹⁴; die Privatnotenbanken bestanden mit ihren Notenemissionsrechten fort¹¹⁵, jedoch war nunmehr eine Beendigung dieser Rechte in Aussicht genommen, indem § 1 Satz 3 PrivatnotenbankG bestimmte, daß die Reichsregierung das Recht habe, diese Emissionsbefugnisse, erstmals zum 1. 1. 1935, ganz oder zum Teil aufzuheben¹¹⁶. Das ausschließliche Notenausgaberecht der Reichsbank, gesetzlich als „Notenprivileg“ bezeichnet, war in § 2 Abs. 1 BankG 1924 festgelegt^{117, 118}.

¹¹⁰ Hierzu *Nussbaum* Wirtschaftsrecht § 4 I. — Diese Maßnahme sollte den Goldbestand des Reiches bewahren. Die Reichsbank hatte die Einlösung ihrer Noten in Gold bereits am 31. 7. 1914 eingestellt, nachdem allein in der vorangegangenen Woche über 100 Mill. Mark Gold abgehoben worden waren (*Lütge* S. 473; *Veit* S. 488). — Zur Fortgeltung dieses Gesetzes über das Kriegsende hinaus: RGZ 125, 273.

¹¹¹ Hierzu *Veit* S. 519 ff.

¹¹² Deckungsvorschriften in §§ 28, 29. Es handelte sich um eine Goldkernwährung (*Veit* S. 187).

¹¹³ Die Reichsgoldmünzen verloren ab 16. 8. 1938 ihre Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel (§ 1 der VO über die Außerkurssetzung der Reichsgoldmünzen zu 10 und 20 Mark vom 16. 7. 1938, RGBl I S. 901).

¹¹⁴ Diese Auffassung hatte sich jetzt, obwohl der Gesetzeswortlaut wiederum nur allgemein von einer juristischen Person sprach, durchgesetzt (vgl. *Bühler* HDSr I, 602) und wurde durch die Änderung des § 1 Abs. 1 BankG 1924 durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung der Verhältnisse der Reichsbank und der Deutschen Reichsbahn vom 10. 2. 1937 (RGBl II S. 47) ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen.

¹¹⁵ § 5 PrivatnotenbankG vom 30. 8. 1924 (RGBl II S. 246) versagte den Privatbanknoten ausdrücklich den Charakter des gesetzlichen Zahlungsmittels.

¹¹⁶ Dementsprechend ordnete das Gesetz zur Änderung des Privatnotenbankgesetzes vom 18. 12. 1933 (RGBl II S. 1034) das Erlöschen der Befugnis zur Notenausgabe ab 1. 1. 1936 an. Hierzu das Überleitungsgesetz vom 29. 12. 1934 (RGBl II S. 1399).

¹¹⁷ Deckungsvorschriften: §§ 28, 29 BankG 1924.

Der Währungsverfall und die geänderten staatsrechtlichen Verhältnisse machten nach dem 8. 5. 1945 eine Neuordnung der Geldverfassung notwendig, die zunächst durch besatzungsrechtliche Vorschriften erfolgte. Zur Ergänzung des Landeszentralbankensystems wurde durch Gesetz Nr. 60 der am. Mil.-Reg., VO Nr. 129 der brit. Mil.-Reg.¹¹⁹ und VO Nr. 203 der franz. Mil.-Reg. mit Wirkung vom 1. 3. 1948 die Bank deutscher Länder errichtet¹²⁰. Ein Noten- und Münzausgaberecht besaß die BdL nicht von vornherein, gem. Art. III Nr. 8 der genannten Rechtsquellen sollte sie jedoch kraft besonderer alliierter Anweisung den Charakter einer allein berechtigten Notenbank erhalten und Banknoten und Münzen ausgeben und in Umlauf setzen. Im Juni 1948 wurde durch die vier Gesetze zur Neuordnung des Geldwesens die Währungsreform¹²¹ durchgeführt; für die Geldverfassung sind davon das Erste Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) vom 20. 6. 1948 (Gesetz Nr. 61 der am. Mil.-Reg., Gesetz Nr. 61 der brit. Mil.-Reg., VO Nr. 158 der franz. Mil.-Reg.; WiGVBl 1948, Beilage Nr. 5, S. 1) und das Zweite Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Emissionsgesetz) vom 20. 6. 1948, (Gesetz Nr. 62 der am. Mil.-Reg., Gesetz Nr. 62 der brit. Mil.-Reg., VO Nr. 159 der franz. Mil.-Reg.; WiGVBl 1948, Beilage 5, S. 11) grundlegend gewesen. Durch § 1 WährungsG wurde mit dem 21. 6. 1948 die „Deutsche-Mark-Währung“ eingeführt und den Noten und Münzen der BdL unbeschränkte¹²² gesetzliche Zahlungskraft beigelegt. In Ausfüllung des Art. III Nr. 8 BdL-Gesetz wurde der BdL durch § 1 Abs. 1 EmissionsG das ausschließliche Notenemissions- und Münzprägerecht verliehen¹²³; eine Deckungspflicht bestand nicht, doch wurde in § 5 EmissionsG eine Umlaufgrenze festgelegt. Das Münzprägerecht der BdL wurde durch Gesetz Nr. 29 der AHK vom 29. 6. 1950 (ABl S. 470) beseitigt und steht nunmehr

¹¹⁸ Nach der Novellierung des BankG 1924 durch Gesetz vom 13. 3. 1930 (RGBl II S. 355), Gesetz vom 27. 10. 1933 (RGBl II S. 827) und Art. 1 Gesetz vom 10. 2. 1937 (RGBl II S. 47) erfolgte eine Neukodifikation durch das Gesetz über die Deutsche Reichsbank vom 15. 6. 1939 (RGBl I S. 1015, 1030); geändert durch VO vom 4. 9. 1939 (RGBl I S. 1694). Da eine Fortführung der Reichsbank nach dem II. Weltkrieg nicht stattfand und insb. die Bundesbank diese nicht fortsetzt, war sie aufzulösen und zu liquidieren: Gesetz über die Liquidation der Deutschen Reichsbank und der Deutschen Golddiskontbank vom 2. 8. 1961 (BGBl I S. 1165).

¹¹⁹ Gesetz Nr. 60 und VO Nr. 129 sind abgedruckt in Beilage Nr. 3 des WiGVBl 1948.

¹²⁰ Hierzu: *Beck* Einl. S. 39; *Huber* WVerwR I § 14 I 2.

¹²¹ Hierzu: *Möller*; *Veit* S. 575 ff.

¹²² Über die beschränkte gesetzliche Zahlungskraft der Zahlungsmittel des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 WährungsG: § 1 Abs. 1 VO Nr. 1 zur Durchf. und Ergänzung des WährungsG (WiGVBl 1948 Beilage 5, S. 6).

¹²³ Das BdL-Gesetz wurde daraufhin in einer revidierten Fassung, die am 1. 9. 1948 in Kraft trat, neu bekanntgemacht: Gesetz Nr. 60 der am. Mil.-Reg. (ABl Ausgabe L S. 6), VO Nr. 129 der brit. Mil.-Reg. (ABl Nr. 27 S. 991), VO Nr. 203 der franz. Mil.-Reg. (ABl Nr. 250/256, S. 1912).

nach Maßgabe des Gesetzes über die Ausprägung von Scheidemünzen vom 8. 7. 1950 (BGBl I S. 233) der Bundesregierung als Organ des Bundes zu. Die BdL fungierte nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zunächst als Währungsbank im Sinne des Art. 88 GrundG¹²⁴, bis sie entsprechend dem BBankG in die Bundesbank umgewandelt wurde¹²⁵.

Das Notenausgaberecht der Bundesbank ist dadurch charakterisiert, daß es Bestandteil einer Geldverfassung mit einer manipulierten Währung ist und daß es keinen Beschränkungen durch Deckungsvorschriften, eine Emissionsgrenze oder eine Umlaufgrenze unterliegt. Die Noten sind einziges unbeschränktes gesetzliches Zahlungsmittel mit Annahmewang und Zwangskurs¹²⁶. Aus dieser Bedeutung des Notenausgaberechts ergibt sich, daß die Notenausgabe als eine währungspolitische Tätigkeit und nicht als ein eigentlich bankmäßiges Geschäft betrachtet werden muß¹²⁷, die die Bundesbank als Währungsbank neben und im Einklang mit den anderen währungspolitischen Instrumenten ausüben muß, die ihr zur Manipulierung der Geldmenge zur Verfügung stehen¹²⁸. Da aber einerseits die Stabilität einer manipulierten Währung auch eine Funktion der Konjunktur ist und andererseits die Konjunktur auch von der Währungspolitik beeinflußt wird, muß die Notenausgabe als ein, wenn auch in gewissem Umfang selbständiger Teil der allgemeinen Wirtschaftspolitik begriffen werden¹²⁹.

¹²⁴ Das staatsrechtliche Verhältnis der Bundesregierung zur BdL wurde durch Art. II des Übergangsgesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bank deutscher Länder vom 10. 8. 1951 (BGBl I S. 509) geregelt.

¹²⁵ Zu den umstrittenen Fragen des BBankG gehören insb. die Unabhängigkeit der Bundesbank (hierzu: Amtl. Begr. zum BBankG unter A IV; Beck Einl. S. 142—171; v. Eynern; Veit S. 182 ff.) und der „ein-“ oder „zweistufige“ Aufbau der Bundesbank (hierzu: Beck Einl. S. 131—141; Becker-Floris S. 64 ff.; Veit S. 603 ff.). Gegen die Unabhängigkeit der Notenbank, die in § 12 BBankG „im Interesse der Stabilerhaltung der Währung, die von der richtigen Dosierung der Geldmenge abhängt“ (Amtl. Begr. zum BBankG) festgelegt ist und die ein Postulat der Neoliberalen war, wurde ins Feld geführt, daß die Verantwortung für die Währungspolitik ihrem Wesen nach unteilbar sei und in letzter Instanz der Regierung obliegen müsse (vgl. v. Eynern S. 9 f.). Ein Beispiel für eine voll regierungsabhängige Notenbank ist die Bank of England. Gegen den jetzt durchgeführten einstufigen Aufbau wurden verfassungsrechtliche föderalistische Bedenken erhoben.

¹²⁶ Vgl. Beck § 14 Anm. III 3. — Diesem rechtlichen Nominalismus widerspricht es nicht, daß wirtschaftlich die Kaufkraft der Noten sich verändern kann, wenn ihre „wirtschaftliche Deckung“, d. h. das Verhältnis der Geldmenge zum Volumen der Güter und Leistungen, sich ändert (vgl. Veit S. 211 ff.).

¹²⁷ Amtl. Begr. zum BBankG unter A VI; v. Spindler/Becker/Starke Einl. E I. — Vgl. § 3 BBankG und die systematische Einordnung des Notenausgaberechts in dem II. Abschnitt „Währungspolitische Befugnisse“. Konsequenterweise ist die Bundesbank den Beschränkungen der Außenwirtschaft nicht unterworfen (§ 25 AWG).

¹²⁸ Vgl. Amtl. Begr. zum BBankG unter A III; Keynes S. 512 ff.; Kraus S. 48; Sauermann S. 1016 ff.

¹²⁹ Amtl. Begr. zum BBankG unter A III; v. Eynern S. 9; Haller S. 274 ff.; Schneider III, 103 f.; v. Spindler/Becker/Starke Einl. S. 3; Veit S. 28 ff. —

Die Bedeutung der Geldschöpfung für die Wirtschaft ist schon von den Kameralisten erkannt worden¹³⁰, und es ist seitdem eine theoretisch unbestrittene Erkenntnis ebenso wie ein selbstverständliches Axiom der modernen Geldverfassung, daß Geldschöpfung und Geldordnung eine unverzichtbare Funktion des Staates sind¹³¹. Die Einsicht in das Wesen des Geldes äußerte sich schon früh in dem Verbot gegenüber den Landesherrn, das Münzregal zu einer Quelle des Finanzgewinns zu machen¹³² und in der Behandlung des *ius cudendi monetam* als Majestätsrecht und nicht als nutzbares Regal in der Regalientheorie¹³³ und durch die Kameralisten¹³⁴. Kurz und prägnant findet sich diese Einschätzung in dem Satz *Lorenz von Steins*: „Das Münzregal hat seinen Charakter verloren, weil es jetzt eine reine Verwaltungsmaßnahme ist“¹³⁵. Während die zutreffende Beurteilung des Münzprägerechts, behindert durch die traditionelle Figur des Münzregals und die zugrundeliegende Regalitätsvorstellung, erst das Ergebnis eines längeren Prozesses war, wurde die währungspolitische Bedeutung der Notenumission nach der Errichtung der Reichsbank rasch erkannt. War die Notenausgabe für die älteren Zettelbanken ein gewinnbringendes Bankgeschäft und von anderen Bankgeschäften nur durch die notwendige staatliche Genehmigung als ein Privileg abgehoben, so trat die Reichsbank von vornherein als ein dem Gemeinwohl dienendes, mit einer politischen Funktion ausgestattetes Institut ins Leben und ist ihr Notenausgaberecht kein Privileg im alten Sinne gewesen, sondern ein

Daraus folgt, daß die Stabilität der Währung kein Selbstzweck ist und daß die Währungspolitik auch zum Vehikel wirtschaftspolitischer Maßnahmen gemacht werden kann, wie es besonders prononciert von Keynes vertreten wurde. Auf diesem Gedanken beruht die Verpflichtung der Bundesbank zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Bundesregierung (§ 12 Satz 1 BBankG; vorher Art. II Nr. 6 a BdL-Gesetz in der Fass. des Übergangsgesetzes vom 10. 8. 1951). Zwar ist diese Methode heikel, doch ist nicht einzusehen, warum die Währungspolitik ein illegitimes Mittel staatlicher Intervention sein sollte, wie *Scheuner* S. 43 annimmt. Eine bedeutungsvolle exogene Zielsetzung der Währungspolitik ist die Vollbeschäftigung, weshalb das Verhältnis von Binnenwert, Außenkurs (Handelsbilanz!) und Vollbeschäftigung häufig als das „magische Dreieck“ („uneasy triangle“) der Währungspolitik bezeichnet wird.

¹³⁰ Vgl. *Tautscher Staatswirtschaftslehre* S. 43 f.

¹³¹ *Brinkmann* § 26; *Carell*, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, 6. Aufl. 1954, § 20, 1; *Huber WVerwR I* § 44 II 1 c (Geldhoheit ist ein wesentliches Kriterium der Staatshoheit, ein Wesensmerkmal der staatlichen Souveränität); *Veit* S. 178 ff.; *Weber* a.a.O. (Anm. 56) III/1,97. Die Dissertation von *Grenz* stellt den interessantesten Versuch dar, auf der Grundlage dieser Einsicht ein Währungsverwaltungsrecht zu erarbeiten. — Die Aufgaben einer Noten- und Währungsbank können einem relativ verselbständigten Verwaltungsträger übertragen werden (Art. 88 GrundG; vgl. *Beck* § 2 Anm. I 2).

¹³² So im Reichsabschied von 1570 (vgl. *Bornhak I*, 211 ff.). Vgl. auch *Klüber* S. 695 f.

¹³³ So bei *Arnisaeus* (vgl. *Waitz* S. 40); *Sixtinus*, *Tractatus de regalibus*, 1609, lib. I cap. II Ziff. 38.

¹³⁴ Vgl. *Eheberg FinW* § 36.

¹³⁵ *VerwL I*, 322.

„Notenhoheitsrecht“¹³⁶. Der Wegfall der Privatnotenbanken und die jetzt bestehende manipulierte Währung haben die verfassungsrechtliche, nicht privatrechtliche Stellung der Bundesbank und die hoheitliche, und nicht bankgeschaftsmaige, Rechtsnatur ihrer Notenausgabebefugnis deutlich hervortreten lassen¹³⁷. Da die Notenemission keine wirtschaftliche, sondern eine politische Tätigkeit ist¹³⁸, die durch Private nicht nachahmbar ist, handelt es sich bei der ausschließlichen Notenausgabebefugnis der Bundesbank nicht um ein Verwaltungsmonopol, so daß der Ausdruck „Notenmonopol“ oder ähnliche Bezeichnungen vermieden werden sollten¹³⁹, ebenso wie auch eine Anwendung der Lehre vom Monopolmißbrauch und der volkswirtschaftlichen Monopoltheorie nicht möglich ist¹⁴⁰. Gegen die Benennung „Notenregal“, ebenso wie gegen den Ausdruck „Münzregal“, gelten die Bedenken, die hinsichtlich der Benutzung des Wortes „Regal“ für Rechts-einrichtungen des geltenden Rechts allgemein bereits dargelegt wurden, wobei noch hinzukommt, daß „Regal“ häufig synonym für „Verwaltungsmonopol“, dieses als Gegensatz zum Finanzmonopol verstanden, gebraucht wird.

Ebenso ist es verfehlt, die neben dem Notenausgaberecht der Bundesbank zustehenden weiteren währungspolitischen Befugnisse die auf eine Beeinflussung der Buchgeldschopfung der Geschäftsbanken abzielen¹⁴¹, als „Kreditregal“ zu begreifen¹⁴². Diese Befugnisse sind ebenso wie das Notenausgaberecht für die wirksame Steuerung einer manipulierten Währung unverzichtbar¹⁴³ und müssen ebenfalls als notwen-

¹³⁶ *Breit* S. 44 und § 1 Anm. II 1. — Daß die Notenemission kein bankmäßiges Geschäft ist, wurde bereits im Bamberger’schen Kommissionsbericht zum Entwurf des BankG 1875 klar zum Ausdruck gebracht (vgl. AnnDR 1875, 844).

¹³⁷ Vgl. *Beck* § 14 II 3; *v. Spindler/Becker/Starke* § 14 Anm. I 1; *Veit* S. 198.

¹³⁸ Lediglich die Weitergabe an die Geschäftsbanken erfolgt im Wege privatrechtlicher Verträge: Verwaltung in privatrechtlicher Form (zu dieser Frage: *Beck* § 2 Anm. I 2 und bers. vor § 14, Nr. 333; *Lipfert* 1962, 131; *von Spindler/Becker/Starke* § 2 Anm. III; *Starke*; *Grenz* Diss. 195 ff.).

¹³⁹ Hierauf haben bereits *Beck* § 14 Anm. I 2 und *von Spindler/Becker/Starke* § 27 Anm. IV aufmerksam gemacht.

¹⁴⁰ Vgl. *v. Spindler/Becker/Starke* § 14 Anm. I 2. — Die Exemption der Notenbank aus dem Anwendungsbereich des GWB (§ 101 Nr. 1) ist daher nur deklaratorisch, darüber hinaus aber irreführend, weil sie in eine Reihe mit der der völlig andersartigen Finanzmonopole gestellt ist. Mit Recht weist *Pollems* Gemeinschaftskommentar § 101 Nr. 1 RNr. 2 darauf hin, daß die Stellung der Notenbank den Gedanken eines Wettbewerbs mit ihr im Bereich ihrer eigentlichen währungspolitischen Aufgaben von vornherein ausschließt.

¹⁴¹ Diskont-, Kredit-, Offenmarkt-, Mindestreserven-, Einlagenpolitik (§§ 15 bis 17 BBankG). Hierzu: *Schneider* III, 66 ff.; *Veit* S. 255 ff.

¹⁴² So: *Huber* WVerwR I § 44 II 3 a; *Nipperdey* S. 1630.

¹⁴³ Amtl. Begr. zum BBankG unter A VI; *v. Spindler/Becker/Starke* Einl. E VII. — Der innere Zusammenhang der Notenausgabe und der Kreditpolitik kommt in dem geläufigen Begriff des Zentralbankgeldes zum Ausdruck, der Banknoten und Zentralbankbuchgeld umfaßt (vgl. Amtl. Begr. zum BBankG unter A VI; *Kraus* S. 146 ff.; *Veit* S. 221).

dig staatliche Tätigkeiten betrachtet werden, deren Wesen durch die Kategorisierung als Verwaltungsmonopol oder Regal verdeckt wird.

b) Systematik

51.- Das Verwaltungsmonopol ist eine bestimmte Technik zur Verwirklichung von Verwaltungszwecken. Eine systematische Aufgliederung der einzelnen Erscheinungsformen ist daher am sachgemähesten in der Weise möglich, daß die jeweils vorherrschenden¹⁴⁴ Verwaltungszwecke als gruppenbildende Kriterien benutzt werden. Dadurch tritt die spezifische Funktion der einzelnen Verwaltungsmonopole hervor und wird zugleich ihre rechtspolitische und verfassungsrechtliche Beurteilung vorbereitet.

Die Systematisierung setzt die Zurückführung der in den einzelnen Monopolen wirksamen besonderen Verwaltungszwecke auf die nicht mehr weiter auflösbaren Verwaltungsfunktionen voraus. Dabei sind die Wesenszüge des modernen Steuer- und Wohlfahrtsstaates zu berücksichtigen, die besonders eine Revision des herkömmlichen Begriffs der „erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand“ erfordern¹⁴⁵. Der Begriff des „Wirtschaftsmonopols“, der vom Inhalt, nicht vom Zweck der Monopolisierung her gebildet ist, muß aufgelöst werden, je nachdem, ob ordnende, leitende oder fiskalische Verwaltungszwecke realisiert werden. Überhaupt kommen für die Systematisierung der Verwaltungsmonopole als letzte, irreduzible Verwaltungsfunktionen die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung (Gefahrenabwehr), die Sozialgestaltung im engeren Sinn der Lenkung oder Steuerung, die Daseinsvorsorge (Leistungsverwaltung) und der Erwerb von Einkünften (Finanzhoheit) in Betracht. Diese vier Funktionen sind der Idee der Verwaltung untergeordnet, in der sie konvergieren¹⁴⁶, und die ihrer-

¹⁴⁴ In den, nicht seltenen, Fällen, in denen mehrere Zwecke konkurrieren — z. B. bei den Finanzmonopolen, ist der prävalierende, das Monopol typisch prägende Zweck zugrundezulegen, wie es bereits das ProVG bei der Unterscheidung gewerblicher Unternehmen und öffentlicher Anstalten durchgeführt hat (vgl. OVGE 25, 141/150 f.).

¹⁴⁵ Bereits *Brandt* S. 2, 5, 9 hat auf die Eigengesetzlichkeit der staatlichen Erwerbs- und Versorgungswirtschaft gegenüber äußerlich gleichartigen Betätigungen der Privatwirtschaft hingewiesen, die durch den in der öffentlichen Wirtschaft wirksamen „Dienstwillen an der Gesamtheit“ charakterisiert ist. *Forsthoff* hat die übliche Scheidung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung von der Daseinsvorsorge als fehlerhaft bewiesen. Auch die wirtschaftliche Tätigkeit ist Verwaltung. Deshalb müssen rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit und Daseinsvorsorge durch wirtschaftliche Unternehmungen der öffentlichen Verwaltung unterschieden werden (*Forsthoff* VerwR § 4, 2, Vorbem. vor § 19 und § 24, 5 b). Ähnlich: *Facius* S. 2; *Siebert* S. 221.

¹⁴⁶ Damit ist nicht behauptet, daß die Eingriffsverwaltung und die Daseinsvorsorge überhaupt in einem einheitlichen und konsistenten dogmatischen System zusammengefaßt werden können, was *Forsthoff* Sozialer Rechtsstaat S. 4 bezweifelt. Immerhin muß das Verwaltungsmonopol als ein diesen Dualismus übergreifendes Rechtsinstitut betrachtet werden.

seits wieder eine Funktion des sich in der Verfassungsstruktur manifestierenden Staatsbegriffes ist.

52.- Die einzelnen Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols lassen sich, entsprechend den in ihnen verwirklichten Verwaltungszwecken, in Polizeimonopole, Lenkungsmonopole, Leistungsmonopole und Finanzmonopole aufgliedern.

Die Polizeimonopole¹⁴⁷ sind in der Absicht begründet, die mit bestimmten Tätigkeiten verbundenen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verhindern. So haben die Monopole gemeindlicher Kanalisations- und Müllabfuhrreinrichtungen und das sog. Apothekenmonopol einen gesundheitspolizeilichen, die Kehrbezirke der Bezirks-schornsteinfegermeister einen feuerpolizeilichen Zweck.

Die Lenkungsmonopole bestehen vor allem mit dem Ziel der Wirtschaftslenkung. An sich kann jedes Unternehmen der öffentlichen Hand und damit der gesamte öffentliche Sektor der Wirtschaft als Medium wirtschaftspolitischer Maßnahmen benutzt werden¹⁴⁸. In eingeschränkter Weise sind aber zu den wirtschaftlichen Lenkungsmonopolen nicht bereits solche wirtschaftliche Monopole der öffentlichen Hand zu rechnen, die prinzipiell zur Wirtschaftsbeeinflussung geeignet sind, sondern nur diejenigen, bei denen die Ausschließlichkeitsbefugnis unmittelbar zu dem Zweck begründet worden ist, eine Produktions- oder Marktsteuerungsfunktion auszuüben¹⁴⁹. Die Errichtung eines wirtschaftlichen Lenkungsmonopols ist die Gestaltung eines Wirtschaftszweiges durch eine unmittelbare Intervention¹⁵⁰. Dieser interventionistische Charakter unterscheidet diese Monopole auch von den Leistungsmonopolen¹⁵¹. Beispiele für wirtschaftliche Lenkungsmonopole sind das System der Einfuhrstellen auf Grund der Marktordnungsgesetze, das Arbeitsvermittlungsm monopol des Bundes und der bergrechtliche Staatsvorbehalt. Nichtwirtschaftliche Lenkungsmonopole sind insbesondere im Bereich staatlicher Kulturverwaltung möglich, z. B. als Rundfunkmonopol. Ein

¹⁴⁷ Dieser Terminus wird von *Fleiner* Inst § 20 I Anm. 4 für die Gemeindeanstalten mit Benutzungszwang kraft PolizeiVO verwendet.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu: *Delion* pp 27 sq, 117 sqq; *Hamm* S. 78; *Heimann* S. 12 f., der hierin die eigentliche grundsätzliche und arteigene Bedeutung der Monopolunternehmen sieht; *Strickrodt* Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung, 1954, der dieser mittelbaren Wirtschaftspolitik grds. kritisch gegenübersteht.

¹⁴⁹ *Neumann* S. 19 ff. gibt eine Analyse wirtschaftslenkender Verwaltungsmaßnahmen nach Form (Verordnungen, administrative und privatrechtliche Handlungen) und Inhalt (öffentlichrechtliche, privatrechtliche, indirekte Gestaltung), geht also von einer anderen Fragestellung aus. Über das gesetzliche Verbot mit administrativem Erlaubnisvorbehalt als Instrument der Wirtschaftslenkung: *Rudolf Isay* S. 415 ff.

¹⁵⁰ Vgl. *Scheuner* S. 33. — Es handelt sich hier um eine „Gestaltung“ der Wirtschaft durch „Teilnahme“ des Staates am Wirtschaftsgeschehen (vgl. *Kurt Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: *Die Grundrechte*, 1958, III/1, 30 f.).

¹⁵¹ Vgl. *Ballerstedt* a.a.O. S. 32.

illustrativer Fall eines solchen Monopols war das Monopol der Stagma zur Vermittlung von Musikaufführungsrechten.

Die Leistungsmonopole sind in der Absicht errichtet, die Darbietung bestimmter Leistungen der Daseinsvorsorge durch die Konzentration des Angebots in der öffentlichen Hand sicherzustellen¹⁵². Entsprechend dem weiten Begriff der Daseinsvorsorge, wie er zuletzt von *Forsthoff* ausgearbeitet wurde¹⁵³, sind nicht nur existenzwichtige Leistungen, sondern sämtliche unmittelbar gewährten wirtschaftlichen Leistungen und Vorteile denkbarer Gegenstand eines Leistungsmonopols. Die begriffliche Grenze zum Finanzmonopol wird dann überschritten, wenn die Ausschließlichkeitsbefugnis eine erwerbswirtschaftliche oder steuernde Funktion hat. Während bei den Versorgungsbetrieben rechtliche Monopole nur bei Wasserwerken in Betracht kommen, diese aber Polizeimonopole sind, zählen vor allem das Post- und das Eisenbahnmonopol zu den Leistungsmonopolen.

Die Finanzmonopole sind im Interesse des Erwerbsstrebens des Staates geschaffen, verwirklichen also seine Finanzfunktion¹⁵⁴. Ihr Zweck ist es, die Monopolrente des wirtschaftlichen Monopols der staatlichen Finanzwirtschaft dienstbar zu machen¹⁵⁵. Typisch für die modernen Finanzmonopole ist allerdings die Verbindung dieses Erwerbszieles mit wirtschaftlichen Lenkungenfunktionen, wie es besonders in den agrarpolitischen Zielsetzungen des Branntweinmonopols hervortritt.

¹⁵² Die Leistungsmonopole werden von *Carell* a.a.O. (Anm. 131) § 12, 1 „Bedarfsdeckungsmonopole“ genannt.

¹⁵³ *Forsthoff* VerwR Vorbem. vor § 19.

¹⁵⁴ *Forsthoff* VerwR § 24, 5 b; *Wacke* S. 19. — Die Annahme, daß die Finanzmonopole aus den niederen Regalien entstanden seien (so *Krüger* S. 15), kann nur im Sinne eines historischen Zusammenhangs, nicht aber als Bezeichnung einer inneren entwicklungsmäßigen Beziehung beider Institute verstanden werden, weil das zeitgenössische Finanzmonopol als Betätigung des modernen Steuerstaates keine wesensmäßige Verwandtschaft mit den Finanzregalien des merkantilistischen Staates aufweist. Überdies besteht dieser Zusammenhang nur mit den merkantilistischen Monopolen, die zu Unrecht mit den echten Regalien in dem Begriff des Regals zusammengefaßt wurden.

¹⁵⁵ *Tautscher* Öffentliche Wirtschaft. S. 185, 212.

B. System der Verwaltungsmonopole

53.— Der Begriff des Verwaltungsmonopols läßt aus der Rechtswelt der geltenden Rechtsordnung eine Anzahl von Ausschließlichkeitspositionen hervortreten, die als Erscheinungsformen des Rechtsinstituts Verwaltungsmonopol anzusehen sind. Nur als solche werden diese Monopole im folgenden zusammengestellt und systematisiert, d. h. nicht enzyklopädisch, nicht in der Ganzheit ihrer Besonderheit mit allen ihren rechtlichen Eigenschaften, sondern exemplarisch, in dem Charakteristischen der sie auszeichnenden Eigentümlichkeit, die spezifische Technik des Verwaltungsmonopols zu verwirklichen.

Aus der so ausgebreiteten Rechtserfahrung lassen sich, vom Partikulären wieder zum Allgemeinen des Rechtsinstituts zurückkehrend, einzelne typische Rechtsregelungen aufweisen, die mit dem Wesen der dargestellten Einrichtungen als Verwaltungsmonopole im Zusammenhang stehen und deren Begründung, Wirkungsweise und Trägerschaft betreffen. Indem diese Regelungen auf das Wesen des Verwaltungsmonopols zurückgeführt werden, kann die Rechtsgestalt dieses Instituts abschließend gekennzeichnet werden.

I. Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols

1. Polizeimonopole

54.— Otto *Bachof*, Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, 1958, III/1, 155 bis 265; Martin *Breyer*, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961; Hermann *Brügelmann/Wolfgang Ludwig*, Kommunale Versorgungswirtschaft, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, III (1959), 655—701; Johannes *Depenbrock*, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, 1961; Fritz *Dreyer*, Gewerbefreiheit und Gemeinde-monopole, Diss. Marburg 1930; Günter *Dürig*, Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, BayVerwBl 1959, 201—203; Otto *Ehrensberger*, Verfassungsrechtliche Fragen im Grenzgebiet zwischen kommunaler Selbstverwaltung und freier Wirtschaft, DÖV 1956, 129—134; Hans *Fischerhof*, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305—316; Ernst *Forsthoff*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1958; Walter *Hamm*, Kollektiveigentum, 1961; Rudolf *Hammer*, Benutzungszwang und Eigentumsgarantie, BayVerwBl 1962, 103 bis 106; Wolf *von der Heide*, Das Recht der freien Berufswahl nach Art. 12 des Grundgesetzes, BetrBer 1950, 485—489; Karl *Helmreich/Julius Widtmann*, Bayerische Gemeindeordnung, 1959; Josef *Hölzl*, Gemeindeordnung für den

Freistaat Bayern, 3. Aufl., 1960; Hermann *Höpker-Aschoff*, Das Finanz- und Steuersystem des Bonner Grundgesetzes, AöR 75 (1949), 306—331; Heinrich *Steffmann*, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961; Karl *Hook*, Der Rechtscharakter der kommunalen Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke und die Rechtsstellung der Werke gegenüber ihren Abnehmern, Diss. Heidelberg 1931; Adolf *Hüttl*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1956, 483 bis 485; ders., Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den „wirtschaftlichen Unternehmen“ in § 67 DGO zuzuordnen? DÖV 1958, 198—201; Karl *Hurst*, Gemeindeeinrichtungen, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, II (1957), 833—900; Hanns *Kerrl/Weidemann*, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 2. Aufl., 1937; *Kniepmeyer/Richter*, Die Wasserversorgung durch die Gemeinden, 2. Aufl., bearb. von Wolfgang Ludwig und Hans Odenthal, 1962; Arnold *Köttgen*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 577—618; ders., Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, 1961; Kurt *Kottenberg*, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl., 1961; Richard *Kunze/Carl Schmid*, Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 1956; *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, neubearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 11. Aufl., 1956, I. Band; Gerhard *Lassar*, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, JöR XIV (1926), 1—231; S. I. *Lengyel*, Aufgaben und Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung im Gebiet der Versicherungswissenschaft, SchrVfS 176 (1932), II, 553—585; Eberhard *Lühe*, Atomenergierrecht in Westeuropa, USA und Kanada, 1958; Gerhard *Lüke*, Die Rechtsstellung des vertraglich verpflichteten Unternehmers nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz, DÖV 1955, 432—435; Christoph *Masson*, Bayerische Kommunalgesetze, 2. Aufl., 1961; K. H. *Mattern/Peter Raisch*, Atomgesetz, 1961; Berthold *Moser*, Probleme und Grenzen der Atomgesetzgebung, 1958; Hans *Muntzke/Hans Schlempp*, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, 1954; Hans Carl *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920; ders., Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1543—1687; W. *Rings*, Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 GrundG, NJW 1957, 657—658; Ulrich *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; Walter *Schick*, Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962, 931—936; Rudolf *Schiedermaier/Günther Blanke*, Apothekengesetz, 1960; Reimer *Schmidt/Horst-Heinrich Sievers*, Das Recht der öffentlichrechtlichen Sachversicherung, 1951; Gustav *Spindler/Bernhard Theurer*, Das Schlachttier- und Fleischbeschau-gesetz, 3. Aufl., 1952; *Stern und Kratzer*, Gemeindeordnung und kommunale Wirtschafts-betätigung, BayVerwBl 1962, 129—133 und 133—134; Friedrich Karl *Surén*, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Band II: Gemeindevirtschaftsrecht, 1960; ders./Wilhelm *Loschelder*, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 1940; Werner *Thieme*, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280—284; Giesbert *Uber*, Freiheit des Berufs, 1952; Hans *Vatke*, Die Verstaatlichung des Feuerversicherungswesens, Beiheft zu den Mitteilungen für die öffentlichen Feuerversicherungs-Anstalten, 8 (1919), 1—111; Gerhard *Wacke*, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950; Adolph *Wagner*, Der Staat und das Versicherungswesen, ZgesStW 37 (1881), 102—172; Theodor *Warncke*, Die jüngste Rechtsprechung des Bundes-verwaltungsgerichts zur Bedürfnisprüfung bzw. numerus clausus, NJW 1956, 1587—1588; Helmut *Wietkamp*, Probleme des Anschluß- und Benutzungs-

zwangs unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungswesens, Diss. Münster 1962; Gerhard Wörner, Die Verstaatlichung der Feuerversicherung, Beiheft zu den Mitteilungen für die öffentlichen Feuerversicherungs-Anstalten, 8 (1919), 113—150; Friedrich Zeiß, Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, 201—205; ders., Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, III (1959), 611—654; Th. O. Zschucke, Das neue Wasserstraßenrecht, JöR XI (1922), 78—87; Erläuterungen zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom), Bundestags-Drucks. Nr. 3440 Anlage C, abgedruckt in: Die Europäische Atomgemeinschaft, Heft 2 der Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, 1957, S. 145 ff.; von Bittner, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, hrsg. von Bill Drews und Franz Hoffmann, 3. Aufl., 1928, Art. Schlepplmonopol.

55.— Die Polizeifunktion der Verwaltung besteht in der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vermittelt der Abwehr potentieller und aktueller Gefahren. Die Gefahrenabwehr konzentriert sich auf bestimmte typisch gefährliche Stoffe und Vorgänge, wie Schießpulver, Feuer, Verkehr, Arzneimittel, tote Rückstände tierischen und menschlichen Lebens und auf bestimmte besonders gefährdete Güter, wie die Gesundheit, die Staatssicherheit, die Verkehrssicherheit. Monopole im Vollzug des Verwaltungszweckes der Polizei finden sich in erster Linie im Bereich des Feuerschutzes und des Gesundheitsschutzes.

Auffällig in der rechtstechnischen Ausgestaltung der Polizeimonopole ist, daß sie sich fast durchweg in der Form des Monopolzwanges darstellen, d. h. daß der sie begründende Gesetzesbefehl nicht die denkbaren Konkurrenten des öffentlichen Monopols, sondern die in Frage kommenden Benutzer der Monopoleinrichtungen anspricht. Das mag mit dem Charakter dieser Normen als genereller Polizeibefehl zusammenhängen, liegt aber in einigen Fällen einfach daran, daß die monopolisierte Tätigkeit durch den Normadressaten auch selbst ausgeführt werden könnte, z. B. das Schlachten oder die Wasserversorgung.

56.— Schußwaffen, Schießpulver, Sprengstoffe und Munition sind wegen der von ihnen ausgehenden Gefahr nicht nur für die öffentliche Sicherheit, sondern auch für die Staatssicherheit, ein für ein Polizeimonopol an sich prädestiniertes Objekt. So existiert in der Tat in Frankreich ein Sprengstoffmonopol auf Grund Gesetzes vom 13. Fructidor des Jahres V (13. 8. 1797). Nach deutschem Recht besteht für die Herstellung und den Handel mit den genannten Gegenständen lediglich eine Erlaubnispflicht¹.

¹ §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Waffengesetz vom 18. 3. 1938 (RGBl I S. 265); § 1 Abs. 1 Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. 6. 1884 (RGBl S. 61); § 35 Abs. 2 GewO ist durch Art. 1 Nr. 17 des 4. ÄnderungG vom 5. 2. 1960 (BGBl I S. 61) beseitigt worden. — Das WaffenG und das SprengstoffG werden als Landesrecht angesehen (WaffG: Heinz Müller, Das gesamte Waffenrecht, 1957, S. 5; Gerhard Potrykus,

Zu den gefährlichen Stoffen gehören auch die *radioaktiven* Materialien. Dennoch werden die auf diesem Gebiet vorhandenen monopolistischen Rechtsfiguren nicht hier, sondern unter der Kategorie Wirtschaftslenkung behandelt.

Bei den auf die radioaktiven Stoffe bezogenen Sondernormen muß eine prinzipielle Scheidung zwischen den Rechtssätzen, die die bergwerksmäßige Aufsuchung und Gewinnung der Erze (vgl. § 2 Nr. 2 lit. e AtomG vom 23. 12. 1959, BGBl I S. 814; Art. 197 Nr. 4 Euratom-Vertrag vom 25. 3. 1957, BGBl II S. 1014) als der mineralischen Rohstoffe regeln, und den Rechtssätzen, die die Behandlung der „Ausgangsstoffe“ und der Kernbrennstoffe (vgl. § 2 AtomG; Art. 197 Euratom-Vertrag) festlegen, gemacht werden. Das ausschließliche Recht des Staates zur Aufsuchung und Gewinnung radioaktiver Mineralien fällt unter den Begriff des bergrechtlichen Staatsvorbehalts. Die Rechtsvorschriften über Ausgangsstoffe und Kernbrennstoffe und insbesondere das staatliche Verwahrungsmonopol des § 5 AtomG sowie das Kernbrennstoffeigentum der Euratom-Gemeinschaft gem. Art. 86 ff Euratom-Vertrag werden wegen der außerordentlichen Gefährlichkeit der radioaktiven Stoffe freilich auch durch Momente der Gefahrenabwehr, d. h. des Strahlenschutzes, bestimmt (vgl. § 1 Nr. 2 und 3 AtomG; Art. 2 lit. b, 30 ff und 77 Euratom-Vertrag). Doch ist es sachgemäßer, diese polizeilichen Ausschließlichkeitsfunktionen nicht getrennt von der Materie des Atomenergierechts zu erörtern.

Die Auffassung, daß die öffentlichkeitsrechtlichen Sondervorschriften des Atomrechts nur unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit stehen², wird dem Umstand nicht gerecht, daß im Mittelpunkt des Atomrechts die gesetzliche Regelung der Atomenergie, das Atomenergierecht, steht. Denn die Eigenschaft der radioaktiven Stoffe als Energiequelle, d. h. als Rohstoff, ist das für die Gesellschaft bedeutungsvollste Moment, auch wenn es gegenwärtig erst am Beginn seiner technischen Bewältigung steht. Das AtomG nennt in § 1 als seine Zweckbestimmung die Regelung der Probleme der Kernenergie zwar vor dem Zweck des Strahlenschutzes, doch steht tatsächlich der Schutzzweck in diesem Gesetz im Vordergrund³; die „Überwachungsvorschriften“ sind das Kernstück des AtomG. Der Grund dafür liegt aber darin, daß die Nutzung

Waffengesetz, 1959, S. V; BayObLGSt 1954, 86; entschieden für die Waffenscheinpflicht: BVerwG DÖV 1960, 147 und NJW 1960, 1732; BayVerfGH VGHE n. F. 12 II 144; SprengstoffG: *Landmann/Rohmer* § 35 Anm. 7). Diese Auffassung bedarf angesichts der vom BVerfG zum BeschußG entwickelten Grundsätze (BVerfGE 8, 143) einer Überprüfung; neuerdings hat das BVerwG (DVBl 1963, 151) unter Hinweis auf diese Entscheidung angenommen, daß Teil II des WaffG Bundesrecht ist. — Herstellung und Verkehr mit „Kriegswaffen“: Art. 26 Abs. 2 GrundG; Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen vom 20. 4. 1961 (BGBl I S. 444).

² So Moser S. 7.

³ *Mattern/Raisch* § 1 RNr. 1 und 4.

der Kernenergie hauptsächlich in den Händen der supranationalen Euratom-Gemeinschaft liegt. Im Euratom-Vertrag tritt denn auch die Bedeutung der Kernenergie stärker hervor⁴.

57.— Das dem Bund zustehende und durch den Bundesschleppbetrieb Münster⁵ ausgeübte *Schleppmonopol* auf bestimmten künstlichen Wasserstraßen hat seine Rechtsgrundlage in § 2 — WK — Binnenschiffahrtsstraßen-Ordnung (BGBl 1954 II S. 1137; 1955 II S. 4, 100)⁶ in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Preuß. Gesetz, betr. das Schleppmonopol auf dem Rhein-Weser-Kanal und dem Lippe-Kanal, vom 30. 4. 1913 (GS S. 217)⁷, § 12 des Gesetzes, betr. die Vollendung des Mittelland-Kanals und die durch sie bedingten Ergänzungsbauten an vorhandenen Wasserstraßen, vom 4. 12. 1920 (GS 1921 S. 67), der VO über die Einführung des Schleppmonopols auf dem Dortmund-Ems-Kanal vom 23. 7. 1938 (RGBl II S. 265) und der VO über die Einführung des Schleppmonopols auf der Nordstrecke des Dortmund-Ems-Kanals vom 4. 10. 1939 (RGBl II S. 985)⁸.

Das zuerst preußische Schleppmonopol wurde in Vollzug der Art. 97, 171 WeimRVerf im Wege vertraglicher Vereinbarung mit Wirkung vom 1. 4. 1921 auf das Reich übertragen⁹. Nach dem 8. 5. 1945 ist das Monopol mit Wirkung vom 24. 5. 1949 auf den Bund übergegangen (Art. 89, 134 GrundG; § 1 Abs. 1 Satz 2 Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen vom 21. 5. 1951).

⁴ Vgl. Präambel und Art. 1 Abs. 2, Art. 2 lit. a, c, d, g. — Der Beschluß der Konferenz von Messina am 1. und 2. 6. 1955, der die Entwicklung zur Euratom-Gemeinschaft einleitete, lautete dahingehend, daß die Frage einer gemeinsamen Organisation zu untersuchen ist, die mit der Verantwortung und den Mitteln zur Gewährleistung der friedlichen Entwicklung der Atomenergie auszustatten ist (vgl. Erläuterungen zum Euratom-Vertrag unter B II; Lühe S. 288).

⁵ Der Bundesschleppbetrieb wird in der Rechtsform eines kaufmännisch eingerichteten Regiebetriebes (§ 15 RHAusO) geführt. Eigenkapital und Rücklagen betragen 1957 22 540 000,— DM; es sind ca. 300 Schlepper vorhanden (öff. Unt. S. 14; Hamm S. 50 und 292).

⁶ Die VO zur Einführung der Binnenschiffahrtsstraßen-Ordnung vom 19. 12. 1954 (BGBl II S. 1135), deren Anlage die Binnenschiffahrtsstraßen-Ordnung darstellt, ist zunächst auf Grund § 366 Nr. 10 StGB in Verb. mit Art. 89, 129 Abs. 1 GrundG erlassen worden, gilt aber gem. § 9 Abs. 2 Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Binnenschiffahrt vom 15. 2. 1956 (BGBl II S. 317) als auf Grund § 3 Abs. 1 und 3 dieses Gesetzes erlassen.

⁷ Dieses Gesetz ist in Ausführung des § 18 des Gesetzes, betr. die Herstellung und den Ausbau von Wasserstraßen, vom 1. 4. 1905 (GS S. 179) ergangen.

⁸ Die VO des Ministerrats für Reichsverteidigung über das Schleppmonopol auf der kanalisiertem Saar vom 20. 1. 1942 (RGBl II S. 117) erstreckte das Monopol auch auf die kanalisierte Saar. Zur Fortgeltung der vom Ministerrat für Reichsverteidigung gem. Ziff. II des Erlasses vom 30. 8. 1939 (RGBl I S. 1539) erlassenen Verordnungen nach dem 8. 5. 1945: BVerfGE 9, 83/85 f.

⁹ § 1 Staatsvertrag, betr. den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 31. 3. 1921 (RGBl S. 961; GS S. 519) — Reichsgesetz vom 29. 7. 1921, Preuß. Gesetz vom 26. 9. 1921 —; Ziff. 2 (zu § 1) Zusatzvertrag mit Preußen vom 31. 3. 1921 — Reichsgesetz vom 18. 2. 1922 (RGBl I S. 222), Preuß. Gesetz vom 26. 9. 1921. — Zur „Verreichlichung“ der dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen: Zschucke; Lassar

Das Schleppmonopol beinhaltet die ausschließliche Befugnis des Bundes, auf den betroffenen Kanälen Fahrzeuge, die nicht mit eigener Triebkraft fahren, zu schleppen. Obwohl die staatliche Schleppkraft nicht unentgeltlich vorgehalten wird¹⁰, handelt es sich nicht um ein Finanzmonopol¹¹. Wie der Zusammenhang der in § 2 — WK — Binnenschiffahrtsstraßen-Ordnung, der die Überschrift „Verkehrsbeschränkungen“ trägt, enthaltenen Regelungen und die dieser VO zugrundeliegende Ermächtigung in § 3 Abs. 1 und 3 des Gesetzes vom 15. 2. 1956¹² erkennen lassen, sind die mit dem Monopol verfolgten Verwaltungszwecke der Schutz der Kanalbauten¹³ und die Gewährleistung eines reibungslosen Verkehrs auf den Kanälen¹⁴. Das Monopol ist daher eine

S. 208 ff.; ders. HDSr I, 349 f.; StGH Lammers-Simons I (1920—1928), 115 (betr. die Organisation der Verwaltung der Reichswasserstraßen). — Die Regelung durch den Staatsvertrag war zunächst nur als vorläufige gedacht (vgl. dessen § 30 Ziff. 1), die endgültige Regelung sollte ein Wasserstraßengesetz bringen, zu dem es aber nicht gekommen ist. Statt dessen erging die VO über die Reichswasserstraßen vom 15. 4. 1943 (RGBl II S. 131), welche die Bestimmungen des Staatsvertrages ersetzte und diese aufhob (§ 6 der VO), weil die Ausführung des Art. 97 WeimRVerf als abgeschlossen angesehen wurde (vgl. Amtl. Begr., Dtsch Reichs- und Preuß. StAnz 1943 Nr. 122). § 1 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen vom 21. 5. 1951 (BGBl I S. 352) bestimmte demgegenüber, daß der Staatsvertrag und seine Nachträge „sinngemäß weitergelten“. Das bedeutet die Wiederherstellung des vor der VO vom 15. 4. 1943 bestehenden Rechtszustandes (BGHZ 26, 384/390); die VO selbst wurde durch § 10 des Gesetzes aufgehoben.

¹⁰ Sie wird durch privatrechtliche Verträge zur Verfügung gestellt (vgl. RGZ 105, 200). Zur zivilrechtlichen Rechtsnatur: BGH NJW 1956, 1065.

¹¹ So Fleiner Inst S. 343 Anm. 8 und S. 434 Anm. 52; Wacke S. 19 f. — Daß das Monopol ursprünglich, worauf Fleiner abstellt, zum Zwecke der Kanalfinanzierung begründet wurde, ist nicht ausschlaggebend; denn dies betrifft nur das Motiv, nicht den Zweck dieser Regelung, der nur der gegenwärtigen Situation entnommen werden kann. Danach liegt der Beibehaltung des Monopols kein fiskalisches Ziel mehr zugrunde, auch wird es nicht mit Rücksicht auf die Erwirtschaftung einer Monopolrente ausgeübt (vgl. die Angaben von Kaufmann in der 16. Sitzung des Hauptausschusses des Parlament. Rats, Verhandl. S. 200). Soweit Erträge erzielt werden, sind diese als Erwerbseinkünfte zu beurteilen, nicht als Steueraufkommen aus einem Finanzmonopol (Höpker-Aschoff im schriftlichen Bericht über den Abschnitt X, Das Finanzwesen, Schriftl. Bericht zum Entwurf des GrundG für die BRD, S. 54, und in der 14. Sitzung des Hauptausschusses des Parlament. Rats, Verhandl. S. 168; vgl. auch Höpker-Aschoff Finanz- und Steuersystem S. 315 f.). Die Annahme Wackes, daß der Beratungstoff des GrundG ergebe, daß man bei Art. 105 Abs. 1 insb. an das Schleppmonopol dachte, kann durch die Protokolle der Sitzungen des Hauptausschusses nicht verifiziert werden. Die oben wiedergegebene Äußerung Höpker-Aschoffs deutet Gegenteiliges an und die einzige breitere Erwähnung des Schleppmonopols geschah im Zusammenhang mit der Beratung des jetzigen Art. 89 GrundG (vgl. 16. Sitzung des Hauptausschusses, Verhandl. S. 200 f.).

¹² Einschlägig ist offenbar § 3 Abs. 1 Nr. 2, der die Anforderungen an den Betrieb der Wasserfahrzeuge betrifft.

¹³ Dies betont Nipperdey Wirtschaftsrecht S. 1630, der allerdings in Kontrahierungszwang S. 50 f. das Schleppmonopol mißverständlich als „ausschließliche Gewerbeberechtigung des Staates“ bezeichnet.

¹⁴ Vgl. Art. Schleppmonopol in von Bitters Handwörterbuch.

Funktion der Schiffahrtspolizei. Seine rechtstechnische Ausgestaltung ist der Schleppzwang¹⁵.

58.— Monopole zur Verwirklichung der *Feuersicherheit* bestehen auf dem Gebiet der öffentlichen Versicherungswirtschaft und im Schornsteinfegergewerbe.

Ein Verwaltungsmonopol zugunsten einer Brandversicherungsanstalt¹⁶ ist denkbar als Versicherungszwang¹⁷ oder als Bannrecht¹⁸. Eine öffentliche Versicherungsanstalt, der das Bannrecht für die Brandversicherung von Gebäuden zusteht, ist die Bayerische Landesbrandversicherungsanstalt (Art. 19 Gesetz über das öffentliche Versicherungswesen vom 7. 12. 1933, BayBS I S. 242)¹⁹.

Die öffentlichen Monopolanstalten der Versicherungswirtschaft unterliegen mangels Exemption den Vorschriften des GWB, soweit dadurch nicht der durch die Monopolisierung verfolgte Zweck vereitelt wird²⁰. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Monopols ist angesichts Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GrundG zu Recht in Zweifel gezogen worden²¹.

Das *Kehrmonopol* der Bezirksschornsteinfegermeister beruht auf § 39 GewO²² in Verbindung mit der VO über das Schornsteinfegerwesen vom 28. 7. 1937 in der Fassung der Berichtigung vom 18. 12. 1937

¹⁵ Hierzu O. Mayer VerwR § 51 III 3.

¹⁶ Aufgaben und Organisationsformen der öffentlichen Unternehmen in der Versicherungswirtschaft: *Lengyel*. — Die Frage, ob das Versicherungswesen gemeinwirtschaftlich durch öffentliche Anstalten betrieben werden soll, behandelt Adolph Wagner *Der Staat* und das Versicherungswesen und bejaht sie entschieden. Speziell zu der Frage der staatlichen Feuerversicherung die Abhandlungen von *Vatke* und *Wörner*.

¹⁷ Die Versicherung muß genommen werden und sie muß mit einer bestimmten Versicherungsanstalt abgeschlossen werden (*Huber* WVerR I § 16 I 3 a und II 1 a).

¹⁸ Die Versicherung ist freiwillig, wenn sie aber genommen wird, dann ist der Versicherungsabschluß einer bestimmten Anstalt vorbehalten (*Huber* WVerR I § 16 I 3 b und II 1 b; *Schmidt/Sievers* S. 29).

¹⁹ Nach Maßgabe des Art. 21 besteht darüber hinaus ein Versicherungszwang für die Gebäude bestimmter juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Eine wesentliche Funktion der Anstalt besteht auch in der Erhaltung des Gebäudebestandes, vgl. den Wiederaufbauzwang (Art. 26 Abs. 1 des Gesetzes). — Rechtsentwicklung: Art. 4 Gesetz, die Feuerversicherungsanstalt für Gebäude in den Gebietsteilen diesseits des Rheins betr., vom 28. 5. 1852 (GBl Sp. 641); Art. 2 Gesetz, die Brandversicherungsanstalt für Gebäude in den Landesteilen rechts des Rheins betr., vom 3. 4. 1875 (GBl Sp. 269). Zum öffentlichen Versicherungswesen Bayerns; *Schmitt-Lermann* in *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, 1951, S. 85 ff.

²⁰ Abw. *Gleiss/Pollems* Gemeinschaftskommentar § 102 RNr. 6; *Schmidt/Sievers* S. 46. Die für die hier vertretene Auffassung maßgebenden Gesichtspunkte sind bereits oben dargelegt (Textziffern 19, 22).

²¹ *Hamann* WVerfR S. 72.

²² Diese Fassung des § 39 ist durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 13. 4. 1935 (RGBl I S. 508) eingeführt worden.

(RGBI I S. 831, 1134)²³. Dieses Monopol, wonach die Kehrarbeiten innerhalb eines Kehrbezirks nur von Bezirksschornsteinfegermeistern oder deren Gesellen ausgeführt werden dürfen, behält eine bestimmte handwerkliche Tätigkeit im Interesse der Feuersicherheit²⁴ nur bestimmten, öffentlich bestellten Vertretern einer Berufsgruppe vor. Die Besonderheit dieses Verwaltungsmonopols besteht darin, daß die monopolisierte Tätigkeit nicht der Verwaltung selbst vorbehalten ist, sondern einem Privaten, der privater Gewerbetreibender bleibt, aber durch die Verwaltung bestellt wird, öffentliche Aufgaben wahrnimmt und in seiner Berufsausübung derart durch öffentlichrechtliche Vorschriften determiniert wird, daß er nicht mehr als freier, d. h. selbständiger und eigenverantwortlicher Handwerker betrachtet werden kann²⁵. Die Monopolisierung hat eine Berufsgestaltung geschaffen, die einerseits (noch) nicht die Intensität eines öffentlichen Dienstverhältnisses erreicht, andererseits nicht (mehr) dem Bild eines freien Berufs entspricht. Diese Form der gesetzlichen Ausgestaltung eines Berufs ist von *Triepel* als „staatlich gebundener Beruf“ charakterisiert worden. Von den verschiedenen Erscheinungsweisen des staatlich gebundenen Berufs ist diejenige des Verwaltungsmonopols die am stärksten etatisierte²⁶.

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung ist Zweifeln ausgesetzt. Hierbei ist die Frage, ob die Monopolisierung des Kehrgeschäfts überhaupt zulässig ist — ein Problem der Berufswahl —, von der anderen Frage zu unterscheiden, ob die Ausgestaltung des Monopols im einzelnen zulässig ist — grundsätzlich ein Problem der Berufsausübung²⁷.

²³ Delegationen in Art. 2 des Gesetzes vom 13. 4. 1935. — Die Festsetzung einer Altersgrenze in § 45 der VO wurde als unwirksam angesehen, da die Delegation überschreitend (OVG NordrhWestf VerwRspr 4, 106). Die Altersgrenzenregelung in dem an die Stelle des § 45 der VO getretenen Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22. 1. 1952 (BGBl I S. 75) ist verfassungsmäßig (BVerfGE 1, 264).

²⁴ Präambel der VO von 1937. Vgl. auch *Landmann/Rohmer* § 39 Anm. 1; *Über* S. 181; BVerfGE 1, 264/271; BVerwGE 6, 72.

²⁵ Vgl. insb. §§ 1, 8 f., 10 ff., 27, 29 f., 33, 40 ff. der VO von 1937; Gesetz vom 22. 1. 1952. — Zur Rechtsstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters: *v. d. Heide* S. 488; *Über* S. 181; BVerfGE 1, 264/271. — Für die vor 1935 bestehende Rechtslage hatte das PrOVGE 79, 285/290 die Anstellung eines Bezirksschornsteinfegers als eine Maßnahme des inneren polizeilichen Dienstbetriebes bezeichnet, die nur zum Ausdruck bringe, daß der betr. Schornsteinfeger als Gewerbetreibender für geeignet befunden werde, die polizeilich vorgeschriebenen Kehrungen in einem Kehrbezirk vorzunehmen, und durch die der Schornsteinfeger „Hilfsperson der Polizei“ werde.

²⁶ Die Rechtsfigur des staatlich gebundenen Berufs wird später in größerem Zusammenhang erörtert (Textziffer 83).

²⁷ Die Rechtsprechung (BVerfGE 1, 264: Einführung der Altersgrenze; BVerwGE 6, 72: Einteilung der Kehrbezirke) hat sich lediglich mit der Regelung der Berufsausübung befaßt und die Zulässigkeit der Beschränkung der Berufswahl stillschweigend vorausgesetzt. Das BVerfG hat dem Betrieb des Bezirksschornsteinfegers den Schutz des Art. 14 GrundG versagt, da ihm keines der Merkmale, die einen Gewerbebetrieb zum Eigentum im Sinne des Art. 14 stempeln (persönlicher Kapital- und Arbeitseinsatz, Unternehmer-

59.— Der überwiegende Teil der Polizeimonopole ist im Interesse der Gesundheitspolizei errichtet. Bei einigen dieser Monopole steht der Gesichtspunkt der Hygiene, bei anderen der der Überwachung wichtiger Nahrungs- und Arzneimittel im Vordergrund.

Ein Monopol für die Feuerbestattung besteht auf Grund des Gesetzes über die Feuerbestattung vom 15. 5. 1934 (RGBl I S. 380)²⁸. Denn die Einäscherung von Leichen darf nur in behördlich genehmigten Anlagen (Feuerbestattungsanlagen) erfolgen (§ 7 des Gesetzes) und diese Genehmigung darf nur bestimmten Verwaltungsträgern erteilt werden (§ 8 Abs. 1 des Gesetzes).

Ein Verwaltungsmonopol ist ebenfalls für die Beseitigung von Tierkörpern und Tierkörperteilen auf Grund des Tierkörperbeseitigungsgesetzes vom 1. 2. 1939 (RGBl I S. 187)²⁹ vorhanden. Dieses Gesetz begründet in § 2 Abs. 1 die Verpflichtung zur unschädlichen Beseitigung und schreibt in § 3 Abs. 1 vor, daß die unschädliche Beseitigung, von den Ausnahmen des § 4 abgesehen, in besonderen Anlagen (Tierkörperbeseitigungsanlagen)³⁰ zu geschehen hat, für die Anfallbezirke festgesetzt sind (§ 9 der 1. DVO). Die Sorge für die Errichtung dieser Anlagen obliegt den kreisfreien Gemeinden und den Landkreisen (§§ 5, 7 Abs. 1 des Gesetzes), die sich eigener Anstalten bedienen oder Private

risko, freie Disposition über den Betrieb als Vermögenswert) zukomme (abweichend davon hat der BGH — NJW 1956, 1109: rechtswidrige Bestellung eines zweiten Bezirksschornsteinfegermeisters — die Rechtsposition des Bezirksschornsteinfegermeisters als ein enteignungsfähiges vermögenswertes Recht angesehen). Das BVerwG hat die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GrundG verneint, da dieses Grundrecht seinem Wesen nach nicht für solche Berufe gelte, die der öffentlichen Hand vorbehalten sind. Die Rechtslehre hat demgegenüber mit Recht das eigentliche verfassungsrechtliche Problem des Kehrmonopols darin gesehen, daß es einen privaten Beruf in einen halb-öffentlichen verwandelt und dadurch den Kreis der Berufstätigen zu einem geschlossenen macht (vgl. *Bachof* S. 205 f.; *Über* S. 179 ff.). Über, der das Kehrmonopol für verfassungswidrig hält, geht allerdings von der angreifbaren Einordnung dieses Monopols als ein „privates Berufsmonopol“, eine „aus-schließliche Gewerbeberechtigung“ aus. Die aus der vorliberalen Zeit stam-menden privatrechtlichen Gewerbeberechtigung sind indes mit den modernen Verwaltungsmonopolen nicht vergleichbar (gegen Über auch *Scheuner* S. 33 Anm. 90). Der Ansatzpunkt für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Kehrmonopols muß daher dessen feuerpolizeiliche Funktion sein (*Bachof* S. 205 Anm. 189 bejaht von da aus die Zulässigkeit). Zu der Frage der Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GrundG auf die staatlich gebundenen Berufe vgl. noch die Abhandlungen von *Rings*, *Warncke* und *Thieme*. Die grundsätzliche Auseinandersetzung damit gehört in den größeren Rahmen der Beschränkung der Errichtung von Verwaltungsmonopolen durch das Verfassungsrecht.

²⁸ DurchfVO vom 10. 8. 1938 (RGBl I S. 1000); 2. DurchfVO vom 24. 4. 1942 (RGBl I S. 242).

²⁹ 1. DurchfVO vom 23. 2. 1939 (RGBl I S. 332); 2. DurchfVO vom 17. 4. 1939 (RGBl I S. 807).

³⁰ Diese treten an die Stelle der früheren Abdeckereien. Die Aufhebung der Abdeckereigerechtigkeiten, deren Zwangs- und Bannrechte die GewO in § 7 Abs. 1 Ziff. 2 noch aufrechterhalten hatte (hierzu *Landmann/Rohmer* § 7 Anm. 4), ist in § 12 des Gesetzes geregelt.

hierzu heranziehen können („vertraglich verpflichtete Unternehmer“)³¹.

Das Verwaltungsmonopol bezweckt den Schutz der Tiere vor Tierseuchen und den Schutz der menschlichen Gesundheit gegen die Gefährdung durch Genuß untauglichen Fleisches³² und dient allgemein der Hygiene³³.

Ein Verwaltungsmonopol entsteht ferner durch die im Wege einer Satzung erfolgende Anordnung des *Benutzungszwangs* für der Volksgesundheit dienende Einrichtungen der Gemeinden. Während für die Einführung eines derartigen Monopols früher nur die Polizeiverordnung in Betracht kam³⁴, gehen die gesetzlichen Ermächtigungen für die Setzung solchen Ortsrechts im geltenden Recht, die durchweg in den Gemeindeordnungen enthalten sind³⁵, auf das Vorbild des § 18 DGO zurück, der erstmals eine eindeutige Rechtsgrundlage darstellte.

In den einschlägigen Vorschriften ist stets von der Möglichkeit eines „Anschluß- und Benutzungszwanges“ die Rede. Diese beiden Anordnungen können auch getrennt ausgesprochen werden. Nur der Benutzungszwang, der das Verbot zur Benutzung anderer als der zur Verfügung gestellten Einrichtungen beinhaltet³⁶, führt zu einem rechtlichen Monopol. Durch die rechtstechnische Ausgestaltung dieses Monopols als Befehl an die potentiellen Benutzer erscheinen lediglich diese als aus-

³¹ § 7 Abs. 2 des Gesetzes, § 11 der 1. DVO. — Der zu diesem Zweck zwischen der Gemeinde und dem Privaten geschlossene Vertrag ist nicht deswegen, weil es sich um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt oder aus anderen Gründen öffentlichrechtlicher Natur (so *Lüke*); denn eine Gestaltung öffentlichrechtlicher Rechte findet nicht statt (wie hier *Hamel*, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 63).

³² BayVGHE n. F. 5, 170/172.

³³ Das Monopol regelt nicht nur die Berufsausübung (so aber BayVGHE n. F. 5, 170/173 f. unter Berufung auf die ältere Rechtsprechung zu § 1 GewO), sondern schränkt die Freiheit der Berufswahl ein, da es die selbständige Ausübung des Abdeckerberufes ausschließt.

³⁴ Eine überdies umstrittene Praxis; vgl. *Fleiner* Inst § 20 I; *Dreyer*; *Köttgen* Gemeindl. Daseinsvorsorge S. 37 f.; *Wolzenborff*, Kommunale Wohlfahrtspflege als Ursache polizeilicher Beschränkung der Einzelfreiheit, VerwArch 21 (1913), 515—541.

³⁵ Zum Beispiel § 19 GemO NordrhWestf vom 28. 10. 1952 (GS NW S. 167); Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 BayGemO (BayBS I S. 461). Die entsprechenden Vorschriften der anderen Gemeindeordnungen sind bei *Forsthoff* VerwR S. 360 Anm. 5 aufgeführt. — Die nach Art. 44 Abs. 6 der BayGemO vom 17. 10. 1927 (GVBl S. 293) möglich gewesene Anordnung einer „Zwangspflicht zur Benutzung“ betraf nicht einen Benutzungs-, sondern einen Anschlußzwang (BayVGHE n. F. 7, 12/16 f.).

³⁶ Vgl. die allgemein in der Theorie übernommene Definition in Ziff. 2 der AusfBest zu § 18 DGO. — Der Terminologie *Forsthoffs* (VerwR § 21 II 1), der direkten und indirekten Benutzungszwang unterscheidet, liegt ein weiterer Begriff des Benutzungszwanges zugrunde. Nur der „indirekte Benutzungszwang“ ist der Benutzungszwang im Sinne des § 18 DGO, während der „direkte Benutzungszwang“ die Zwangspflicht zum Anschluß an eine Anstalt oder zu ihrer Nutzung (z. B. Anschlußzwang, Versicherungszwang) ausdrückt. Diese Terminologie ist allein unter dem Blickwinkel des Anstaltsrechts gewählt.

drückliche Normadressaten. Es ist jedoch bereits darauf hingewiesen worden, daß die Heranziehung dieses Gesichtspunktes zur Kategorienbildung, wie es besonders deutlich bei Otto Mayer geschieht³⁷, an einen äußerlichen Umstand anknüpft, der das Wesen des Benutzungszwanges als Monopol nicht erfaßt. Die Monopolstellung, die eine allseitige, d. h. gegenüber den Angehörigen der Marktgegenseite und gegenüber den Konkurrenten wirkende, ist, muß von dem sie begründenden Normbefehl und seiner Technizität unterschieden werden. Nur an die erstere ist dann die rechtliche Beurteilung anzusetzen, weil nur so auch eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten erfolgen kann. Von da her ist auch die Erkenntnis möglich, daß der Benutzungszwang die angemessene Technik zum Schutz eines Angebotsmonopols ist³⁸. Das bedeutet, daß das durch den Benutzungszwang begründete Verwaltungsmonopol Rechtswirkungen — und nicht nur tatsächliche Beeinflussungen — sowohl gegenüber den potentiellen Benutzern, als auch gegenüber den bereits vorhandenen und den potentiellen Anbietern gleichartiger Leistungen entfaltet³⁹.

Der Benutzungszwang kann nur zugunsten von Einrichtungen⁴⁰ der Volksgesundheit angeordnet werden, nicht also bei Versorgungsunternehmen für Elektrizität und Gas⁴¹. Die Ermächtigungsnormen der Gemeindeordnungen nennen ausdrücklich und beispielhaft: Wasserleitungen, Abwasserbeseitigung, Müllabfuhr, Straßenreinigung und Schlachthöfe⁴². Die Wasserleitungen nehmen eine Sonderstellung ein, weil es

³⁷ VerwR II § 51 III 3.

³⁸ Bender VerwR § 19 V 2.

³⁹ Deswegen ist die Auffassung des BayVGH (BayVerwBl 1961, 220 = DÖV 1962, 426 mit abl. Anm. von Jesch) abzulehnen, wonach ein privater gewerblicher Unternehmer, der bisher die Verbraucher mit Wasser versorgte, durch die Anordnung des Benutzungszwanges für eine gemeindliche Wasserleitung „nicht betroffen“ sei, weil sich die Satzung nicht an ihn wende (zut. ProVGE 79, 285/290 für den dem Benutzungszwang ähnlichen Kehrzwang: Dieser richte sich gegen die Hausbesitzer und die nicht als Bezirksschornsteinfeger zugelassenen Schornsteinfeger). Daß er dann, wenn sein Sitz außerhalb des Gemeindeterritoriums liege, nicht in den räumlichen Geltungsbereich der Satzung falle, kann ebenfalls nicht zutreffen; denn er unterliegt dem Ortsrecht jedenfalls insoweit, als er im Gemeindegebiet Leistungen anbietet. Wie hier: Jesch DÖV 1962, 429; Wietkamp S. 110 ff. Köttgen GdL Daseinsvorsorge S. 39 spricht von „mittelbar Betroffenen“.

⁴⁰ Die betreffende Einrichtung kann privat- oder öffentlichrechtliche Rechtsform haben, braucht auch nicht im Eigentum der Gemeinde selbst zu stehen, sofern die Gemeinde über einen ausreichenden Einfluß verfügt (vgl. Aml. Begr. zur DGO, zu § 18, und die Formulierung in Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 BayGemO; ausführlich zu dieser Frage: Kniepmeyer/Richter S. 67 ff.; Wietkamp S. 54 a ff.; VGH Freiburg DVBl 1953, 635; z. T. abw. Köttgen GdL Daseinsvorsorge S. 63, 77 ff.). Es entsteht dann unter Umständen ein beliehenes Unternehmen (vgl. Masson Art. 24 GemO Anm. 16; Muntzke/Schlempp § 19 Anm. XIII 2 a).

⁴¹ Surén/Loschelder § 18 Anm. 3 c; Kerrl/Weidemann § 18 Anm. 4; Helmreich/Widtmann Art. 24 Anm. 10; Kottenberg § 19 Erl. II.

⁴² Hinsichtlich des Schlachthauszwanges handelt es sich beim Ausschluß gewerblicher privater Schlachtungen (vgl. Eberhard Fuhr, GewO, 1960, § 23

sich bei ihnen zugleich um ein Versorgungsunternehmen handelt. Zweifelhafte ist, in welchem Umfang Bestattungseinrichtungen als Einrichtungen im Dienste der Volksgesundheit angesehen werden können, unbestritten ist dies nur für die Friedhöfe selbst⁴³.

Die Einführung des Benutzungszwanges ist davon abhängig, daß für die Monopolisierung ein „dringendes öffentliches Bedürfnis“ vorliegt⁴⁴. Wenn auch für die Möglichkeit der Anordnung die Hygiene der übergeordnete Gesichtspunkt ist, was sich in der Beschränkung des Kreises der Unternehmen auf solche der Volksgesundheit äußert, so braucht doch im Einzelfall diese nicht das zugrundeliegende Motiv sein. Das dringende öffentliche Bedürfnis kann bei Wasserleitungen ebenso aus der Feuersicherheit abgeleitet werden⁴⁵, wie auch daraus, daß die finanzielle Selbsttragung des Unternehmens nur durch die Monopolisierung erreicht werden kann⁴⁶; nur das rein fiskalische Motiv bleibt ausgeschlossen. Dieser scheinbare Widerspruch erklärt sich daraus, daß die Hygiene der gesetzlich generell vermutete Zweck aller dieser Einrichtungen ist, dessen Bedeutung auch in jedem Einzelfall unbeschadet seiner empirischen Motivation erhalten bleibt. Der durch den Benutzungszwang prävalierend verwirklichte Verwaltungszweck ist daher der gesundheitspolizeiliche.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung muß wegen des geschilderten Charakters der durch den Benutzungszwang bewirkten Monopolstellung unterschieden werden zwischen der Rechtsstellung der potentiellen Benutzer, die eventuell zur Stilllegung eigener Anlagen gezwungen werden, und der Rechtsstellung von privaten Unternehmern gleichartiger Betriebe. Gegenüber den ersten handelt es sich gegebenenfalls um einen grundsätzlich als Inhaltsbestimmung des Eigentums zu beurtei-

Anm. 7) um eine Ausfüllung eines landesrechtlichen Vorbehaltes in § 23 Abs. 2 GewO. Dieser war seit dem Inkrafttreten der Spezialnorm des § 18 DGO verdrängt, solange diese Vorschrift als Reichsrecht galt und fortgalt, ist aber nunmehr, seitdem die DGO durch Landesrecht ersetzt wurde oder als solches weitergalt, wieder anwendbares Recht (zu dieser Frage *Landmann/Rohmer* § 23 Anm. 3).

⁴³ Zu dieser Frage: *Surén/Loschelder* § 18 Anm. 3 c; *Hurst* S. 890 ff.; *Wietkamp* S. 70 ff. In Bayern (Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 GemO), Baden-Württemberg (§ 11 Abs. 1 Satz 2 GemO) und Niedersachsen (§ 8 Ziff. 2 GemO) sind die Bestattungseinrichtungen in die beispielhafte Aufzählung aufgenommen, das Problem ist jedoch dasselbe, weil die Grenzziehung am Kriterium der Volksgesundheit notwendig bleibt (vgl. *Helmreich/Widtmann* Exkurs nach Art. 57, Anm. 4; *Hölzl* Art. 24 Anm. II 4; BayVGh VerwRSpr 12, 331/335).

⁴⁴ So in § 18 Abs. 1 DGO; ebenso etwa § 19 GemO NordrhWestf. Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 BayGemO: „aus Gründen des öffentlichen Wohls“.

⁴⁵ BayVGHE n. F. 7, 12/21; *Hölzl* Art. 24 Anm. II 1.

⁴⁶ So bereits die Aml. Begründung zur DGO (Dtsch. RAnz und Preuß. StAnz 1935 Nr. 25—28), zu § 18, allerdings mit dem Argument, daß die Gemeinschaft nach den heutigen Anschauungen den unbedingten Vorrang vor den Interessen des einzelnen erfordere. Jetzt: BayVGHE n. F. 7, 12/21; *Helmreich/Widtmann* Art. 24 Anm. 9; *Kniepmeyer/Richter* S. 62 f.

lenden Eingriff in ein vermögenswertes Recht⁴⁷. Einer im Einzelfall entstehenden unzumutbaren Belastung, die den Tatbestand einer Enteignung erfüllen würde, kann dadurch begegnet werden, daß die den Benutzungszwang anordnende Satzung für die Fälle, in denen diese Verpflichtung eine unzumutbare Belastung zur Folge hätte, einen Rechtsanspruch auf Befreiung vom Benutzungszwang einräumt⁴⁸. Gegenüber einem im Zeitpunkt der Monopolisierung bestehenden privaten gleichartigen Unternehmen liegt ein ein Sonderopfer auferlegender unmittelbarer Eingriff in ein vermögenswertes Recht^{48a} vor, der eine entschädigungspflichtige Enteignung darstellen würde⁴⁹, wenn er zulässig wäre⁵⁰. Im Verhältnis zu potentiellen Privatbetrieben bewirkt die Monopolisierung durch die Schließung des Marktes einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl, der zulässig ist, da die gesetzliche Satzungsermächtigung durch die in ihr festgelegten Voraussetzungen verbürgt, daß dieser

⁴⁷ Vgl. *Jesch* DÖV 1962, 431 f.; *Kniepmeyer/Richter* S. 75 ff.; *Köttgen Gdl. Daseinsvorsorge* S. 46 ff.; *Schick; Wietkamp* S. 128 ff.; BVerwG DÖV 1960, 594; BayVGHE n. F. 7, 12/24 ff. (im Anschluß an BGHZ 6, 270). Abw. *Helmreich/Widtmann* Art. 24 Anm. 11; *Hammer* Benutzungszwang. — Eine besondere Rechtsgestaltung (Entziehung eines vertraglichen Anspruchs hinsichtlich einer bestimmten Gebührenhöhe) war Gegenstand der Entscheidung OVG Münster JZ 1959, 359 (mit krit. Anm. v. *Reißmüller*). Das Gericht verneinte die Frage, ob die Satzung der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GrundG entsprechen müsse: die Enteignung werde nicht unmittelbar durch die Norm bewirkt, sondern sei nur deren Folge. Diese Unterscheidung ist künstlich und beruht im Grunde auf derselben unzutreffenden Auffassung von der Tragweite einer Monopolisierung wie das oben (Anm. 39) mitgeteilte Urteil des BayVGHE. Gegen OVG Münster auch *Hammer* Benutzungszwang; BGH DÖV 1962, 433.

⁴⁸ BayVGHE n. F. 7, 12/26; *Köttgen Gdl. Daseinsvorsorge* S. 75.

^{48a} Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb (BVerfGE 1, 264).

⁴⁹ *Jesch* DÖV 1962, 430; *Landmann/Rohmer* § 23 Anm. 3 (für Privatschlächtereien); *Muntzke/Schlempp* § 19 Anm. XIII 9 (allerdings nach Aufopferungsgrundsätzen konstruiert); *Wietkamp* S. 135 ff.; *Wolff*, VerwR II, 1962, § 99 III c; OVG Münster DVBl 1963, 66. Abw. *Helmreich/Widtmann* Art. 24 Anm. 11; *Kunze/Schmid* § 11 Anm. I 5; BayVGHE BayVerwBl 1961, 220 (im Einzelfall könne höchstens ein nicht junktimunterworfener enteignungsgleicher Eingriff vorliegen). Die beiden Urteile des RG, auf welche sich die eine Entschädigung versagende Auffassung stützt — RGZ 84, 96 (Müllabfuhr); RGZ 101, 289 (Bestattungswesen) — prüfen die Frage nicht verfassungsrechtlich, sondern nur auf eine Verletzung des § 1 GewO und sind durch die neue Verfassungslage überholt.

⁵⁰ Das ist zweifelhaft, weil dem durch die Junktimklausel verstärkten Gesetzesvorbehalt des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GrundG selbst dann nicht Genüge getan wäre, wenn die Satzung eine Entschädigungsregelung enthielte; denn nach überwiegender Auffassung müssen Enteignungsermächtigung und Entschädigungsregelung in einem Gesetz im formellen Sinn ausgesprochen sein (vgl. *Köttgen Gdl. Daseinsvorsorge* S. 49, 54; *Jesch* DÖV 1962, 430; *Wolff* a.a.O. (bei unvorhergesehenen Eingriffen könne ausnahmsw. ein enteignungsgl. Eingriff vorliegen); BVerfGE 4, 219; OVG Münster DVBl 1963, 66). Für das Gebiet des ehem. Preußen ist bei Privatschlächtereien eine Entschädigungsregelung in § 7 Abs. 1 des Gesetzes, betr. die Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benutzender Schlachthäuser, vom 18. 3. 1868 (GS S. 277; mehrf. geändert) enthalten (vgl. OVG Münster a.a.O.).

Eingriff nur im Interesse des grundlegenden Verwaltungszwecks der Volksgesundheit erfolgt und zwingend erforderlich ist^{50a}.

Für die Monopoleinrichtungen der Gemeinden stellt sich die Frage, ob die nach dem Vorbild der §§ 67—75 DGO formulierten Vorschriften der Gemeindeordnungen über die „wirtschaftliche Betätigung“ der Gemeinden⁵¹ auf sie anwendbar sind. Die in der DGO getroffene, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden einschränkende Regelung stand unter dem Leitgedanken, die Versorgungsbetriebe, in deren Errichtung und Verwaltung sich die Initiative der Gemeinden als fruchtbar erwiesen hatte, als typisch in den gemeindlichen Funktionskreis fallend zu behandeln, andererseits aber das Übergreifen der Gemeindegewirtschaft auf sonstige Gebiete, die bisher privater Wirtschaftsbetätigung vorbehalten waren, zu verhindern⁵². Anders als das Preuß. Gemeindefinanzgesetz vom 15. 12. 1933 (GS S. 442)⁵³, das in diesem Punkt zum Vorläufer der DGO wurde, enthielt sich die DGO einer Begriffsbestimmung des „wirtschaftlichen Unternehmens“, führte aber immerhin in § 67 Abs. 2 einige Unternehmen auf, die nicht unter diesen Begriff fallen sollten, darunter auch „Einrichtungen der Gesundheitspflege“. Dieser Methode folgten die Gemeindeordnungen der Länder mit der Ausnahme Bayerns, das diese verdeutlichende negative Abgrenzung nicht übernommen hat. Die AusfBest zu § 67 DGO gab in Ziff. 1 eine der Definition in § 86 PreußGemFinG sehr ähnliche Begriffsbestimmung des wirtschaftlichen Unternehmens mit Beispielen, darunter den Versorgungs- und Verkehrsbetrieben, die AusfAnw zu § 1 EigenbetriebsVO vom 22. 3. 1939 (RMBliV S. 633) gibt eine Aufzählung der wirtschaftlichen Unternehmungen nach derselben Maxime; auch die Auslegungen der Kommentatoren folgten und folgen dieser Linie^{54, 55}. Durch die Bindung der

^{50a} Übereinstimmend *Köttgen* Gemeindl. Daseinsvorsorge S. 44; *Jesch* DÖV 1962, 429.

⁵¹ Art. 75—81 BayGemO; §§ 69—77 GemO NordrhWestf. Über die anderen Gemeindeordnungen unterrichtet *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 140 f.

⁵² Vgl. die Aml. Begründung zu § 18 DGO, Ziff. 1. — Zum Problem der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden: *Deppenbrock*; *Forsthoff* Daseinsvorsorge; *Hamm* S. 44 ff.; *Köttgen* Wirtschaftliche Betätigung; ders. Gemeindliche Daseinsvorsorge; *Zeiß* Kommunales Wirtschaftsrecht.

⁵³ Gem. § 86 dieses Gesetzes sind wirtschaftliche Unternehmen solche Einrichtungen, die gegen Entgelt Anlagen vorhalten oder Leistungen bewirken, die auch durch private Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung den Abnehmern zur Verfügung gestellt werden könnten.

⁵⁴ Vgl. *Surén/Loschelder* § 67 Anm. 2; *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 141 ff.; *Helmreich/Widtmann* Art. 75 Anm. 3; *Zeiß* Versorgungs- und Verkehrsbetriebe. Danach kommt es allein auf die prinzipielle Vergleichbarkeit des Gemeindebetriebes mit einem privatwirtschaftlichen Betrieb an, nicht dagegen auf die Rechtsform, die Absicht der Gewinnerzielung und das Vorhandensein eines tatsächlichen oder rechtlichen Monopols.

⁵⁵ In Bayern ist eine besondere Rechtslage u. a. dadurch entstanden, daß in Art. 75 Abs. 1 Ziff. 3 GemO bestimmt ist, daß die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmungen nur errichten, übernehmen oder erweitern darf, wenn der Zweck nicht „ebenso gut und wirtschaftlich“ durch einen anderen erfüllt wird

wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden an einen öffentlichen Zweck ist eine rein erwerbswirtschaftliche Unternehmenstätigkeit überhaupt illegitim und ist das wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde zu einem Institut der Daseinsvorsorge geworden, d. h. aber, daß die sogenannte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nur als Verwirklichung von Verwaltungszwecken möglich und damit dem Wesen nach Verwaltung ist⁵⁶.

Von den hier allein interessierenden gesundheitspolizeilichen Gemeindemonopolanstalten fallen zunächst die Bestattungseinrichtungen im engeren Sinn, d. h. soweit für diese eine Anordnung des Benutzungszwanges zulässig ist, einschließlich der Feuerbestattungsanlagen, nicht unter den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung. Tierkörperbeseitigungsanstalten, Müllabfuhr-, Kanalisations- und Straßenreinigungseinrichtungen sowie Schlachthöfe haben an sich eine gewerbliche Betätigung zur Grundlage, sind aber nach der durch § 67 Abs. 2 Ziff. 2 DGO vorgezeichneten Definition als Einrichtungen der „Gesundheitspflege“ ebenfalls keine wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden⁵⁷. Nur

oder erfüllt werden kann, während die anderen Gemeindeordnungen, entsprechend § 67 Abs. 1 Ziff. 3 DGO aussprechen: „...wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann“. Die bayerische Regelung bedeutet also eine wesentliche Verschärfung der Voraussetzungen, die bei einer Anwendung auch auf die Betriebe existentieller Daseinsvorsorge zu einer bedenklichen Einschränkung des in Art. 28 Abs. 2 GrundG, Art. 11 Abs. 2, 83 Abs. 1 BayVerf garantierten Selbstverwaltungsrechts führen müßte (abw. *Fischerhof*, der unter Betonung der privatwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die durch Gemeinden bewirkte öffentliche Versorgung nicht als Daseinsvorsorge und damit nicht als Verwaltung, sondern als zweckgebundenes Wirtschaften ansieht und deswegen nicht dem geschützten Selbstverwaltungsrecht zurechnet). Der BayVerfGH hat daher Art. 75 GemO verfassungskonform (Art. 11 Abs. 2 BayVerf) dahin ausgelegt, daß dessen Abs. 1 und 2 auf Versorgungsbetriebe und örtliche Verkehrsunternehmen der Gemeinden nicht anzuwenden sind (GVBl 1958, S. 13 = BayVGHE n. F. 10 II 113). Diese Frage hat, auch schon vor dieser Entscheidung, zu einer lebhaften Auseinandersetzung geführt; vgl. *Helmreich/Widtmann* Art. 75 Anm. 1 und 2; *Masson* Art. 75 GemO Anm. 1 und 2; *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 153 Anm. 40; *Brügelmann/Ludwig* S. 673 f.; *Dürig* S. 202 f.; *Ehrensberger* und die Erwiderung von *Hüttl* Wirtschaftliche Betätigung; *Hüttl* Gdl. Versorgungsbetr.; *Köttgen* Gdl. Daseinsvorsorge S. 61; *Stern* und *Kratzer*. Die genannte Entscheidung hat allerdings Einfluß nur auf den Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ als Tatbestandsvoraussetzung in Art. 75 Abs. 1 und 2 (notwendig ebenso in Art. 77 Abs. 1), jedoch nicht auf diesen Begriff in anderen Bestimmungen und nicht auf den rechtssystematischen Begriff (ähnlich: *Helmreich/Widtmann* Art. 75 Anm. 3 a; *Hölzl* Art. 75 Anm. 1 d bb).

⁵⁶ Vgl. *Forsthoff* VerwR Vorbem. vor § 19; *Köttgen* Wirtsch. Betätigung S. 591 ff. Erheblich zurückhaltender *Fischerhoff*.

⁵⁷ Vgl. *Kerrl/Weidemann* § 67 Anm. 1; *Surén/Loschelder* § 67 Anm. 2 a bb; *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 148 f.; *Helmreich/Widtmann* Art. 75 Anm. 3 b. — Bei den Tierkörperbeseitigungsanstalten kommt hinzu, daß die Gemeinden zu ihrer Errichtung gem. § 5 Tierkörperbeseitigungsg gesetzlich verpflichtet sind (vgl. § 67 Abs. 2 Ziff. 1 DGO; ebenso in den meisten geltenden Gemeindeordnungen, deren Bestimmungen *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 146 Anm. 20 aufführt, außer Bayern, für das aber diese Einschränkung

die Wasserversorgungsanlagen, die nicht nur Einrichtungen der Volksgesundheit, sondern auch Versorgungsbetriebe sind und bei denen dieser letztere Charakter hier den Ausschlag gibt, sind wirtschaftliche Unternehmen⁵⁸

Für das Verhältnis der gemeindlichen Monopoleinrichtungen zu den Benutzern⁵⁹ ergeben sich wegen der Monopolstellung bestimmte Besonderheiten. Auf diese⁶⁰ wird in größerem Zusammenhang bei der Erörterung der für das Verwaltungsmonopol typischen Rechtswirkungen eingegangen werden (vgl. Textziffern 85 ff).

60.- Gesundheitspolizeiliche Verwaltungsmonopole, die nicht im Interesse der Hygiene, sondern der einwandfreien Beschaffenheit bestimmter zum menschlichen Genuß dienender Stoffe begründet sind, bestehen hinsichtlich der Untersuchung von Fleisch und des Verkaufes einzelner Arzneimittel.

Das Fleischbeschaugesetz in der Fassung vom 29. 10. 1940 (RGBl I S. 1463) und des ÄndG vom 15. 3. 1960 (BGBl I S. 186) ordnet für Schlachtvieh und für „Fleisch“ (Legaldefinition in § 3 des Gesetzes) eine Untersuchungspflicht nach Maßgabe der §§ 1, 13 Abs. 1 dieses Gesetzes an und monopolisiert die vorgeschriebenen Untersuchungen — Schlachtviehbeschau, Fleischbeschau, Trichinenschau, Einfuhruntersuchung⁶¹ — innerhalb von Beschaubezirken (§ 4 Abs. 1 und 3 des Gesetzes; §§ 1, 2, 19 der DVO vom 1. 11. 1940, RMBl S. 289) und bei Auslandsfleischbeschaustellen (§ 13 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes; VO über Ein-

ebenfalls zu machen ist: *Helmreich/Widmann* Art. 75 Anm. 3 b a. E.; *abw. Hölzl* Art. 75 Anm. 1 d bb). Die Abwasserbeseitigungsanlagen sind in der *AusfAnw* zu § 1 *EigenbetriebsVO* und in § 98 Abs. 2 lit. b *HessGemO* ausdrücklich eximiert.

⁵⁸ *AusfBest* zu § 67 *DGO*, Ziff. 1; *AusfAnw* zu § 1 *EigenbetriebsVO*; 1. *RdErl* zu § 85 *GemO* *BadWürtt.* Ebenso: *Köttgen* *Gdl. Daseinsvorsorge* S. 55 ff.; *Surén* *Gemeindefirtschaftsrecht* S. 149 f.; *OVG Münster* *Urt.* 18. 2. 1953 (nach *Surén* *Gemeindefirtschaftsrecht* S. 142 Anm. 7 a und S. 149 Anm. 29). Für Bayern gilt dies mit der beschriebenen Einschränkung. Für Hessen gilt es nicht, da § 98 Abs. 2 lit. b *HessGemO* die Einrichtungen zur Wasserversorgung ausdrücklich ausnimmt.

Nur die Wasserversorgungsbetriebe sind von den hier behandelten Monopoleinrichtungen „Unternehmen“ im Sinn des § 98 Abs. 1 *GWB*; für sie gelten jedoch kartellrechtlich nach Maßgabe des § 103 *GWB* besondere Grundsätze (hierzu *Brügelmann/Ludwig* S. 688 ff.).

⁵⁹ Die Monopolstellung schließt es nicht aus, das anstaltliche Benutzungsverhältnis auch privatrechtlich zu regeln (vgl. *Forsthoff* *VerwR* § 21 II; *Bay-VerfGH* *VGHE* n. F. 9 II 114/119; *abw. Hook* S. 44; *Wietkamp* S. 33 ff.).

⁶⁰ Es handelt sich dabei vor allem um den herkömmlich aus der Monopolstellung abgeleiteten Zulassungszwang und dessen Verhältnis zu dem allgemeinen Recht der Gemeindeeinwohner, die Gemeindeeinrichtungen zu benutzen (§ 17 Abs. 1 *DGO*; jetzt z. B.: Art. 21 Abs. 1 *BayGemO*; § 18 Abs. 2 *GemO* *NordrhWestf.*), sowie um die Probleme des „Monopolmißbrauchs“, wovon ein Einzelfall in den Gemeindeordnungen geregelt ist (§ 73 *DGO*; jetzt z. B.: Art. 81 *BayGemO*; § 77 *GemO* *NordrhWestf.*).

⁶¹ Hierzu *Auslandsfleischbeschau-Verordnung* vom 8. 3. 1961 (BGBl I S. 143).

laßstellen für Fleisch und Auslandsfleischbeschaustellen vom 1. 8. 1960, BAnz. Nr. 147). Bei diesen Untersuchungen handelt es sich nicht um Verwaltungstätigkeit im Sinne notwendig staatlicher Tätigkeit, sondern um Verwaltungsmonopole, weil die sachverständige Untersuchung auch der beliebigen oder kontrollierten privaten Ausübung überlassen sein könnte, also eine nachahmbare Tätigkeit ist. Durch die gesetzliche Regelung ist die Beschau, eine polizeiliche Aufgabe (§ 7 Satz 1 DVO), den Beschauern⁶² vorbehalten und als eine vorgeschriebene „amtliche“ Untersuchung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes) ausgestaltet; die Beschauer, denen auf diese Weise „ein Stück Verwaltungspolizei“⁶³ übertragen ist, üben insoweit eine hoheitliche Befugnis als Organ eines Verwaltungsträgers aus (§ 7 Satz 2 DVO). Sie werden durch Verwaltungsakt bestellt⁶⁴ und rücken dadurch in eine umfassend öffentlichrechtlich bestimmte Rechtstellung ein, so daß sie, auch wenn sie im Einzelfall nicht beamtet sind, zum Träger der Fleischbeschau in einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis stehen⁶⁵ und als Halb-Beamte im Sinne *Triepels* anzusehen sind.

Das ursprünglich in der auf Grund § 6 Abs. 2 GewO⁶⁶ erlassenen Kaiserlichen Verordnung, betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, vom 22. 10. 1901 (RGBl S. 380)⁶⁷ geregelte „*Apothekenmonopol*“⁶⁸ hat nunmehr seine gesetzliche Grundlage in den §§ 28 ff des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) vom 16. 5. 1961 (BGBl I

⁶² Für die Schlachtier- und Fleischbeschau sind grds. Tierärzte zu bestellen, andere Personen „können nur dann bestellt werden, wenn sie genügende Kenntnisse nachgewiesen haben“ (§ 4 Abs. 3 des Gesetzes; § 8 DVO), ebenso bei der Trichinenschau (§ 19 Abs. 2 DVO). Nur Tierärzte sind berufen für die Untersuchung von Pferden und anderen Einhufern (§ 18 Abs. 1 und 6 des Gesetzes) und bei Schlachthauszwang (vgl. § 1 Abs. 1 DVO) nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 der DVO. Wegen der im Rahmen der Einfuhruntersuchung zu bestellenden Personen vgl. § 22 DVO.

⁶³ BGHZ 22, 246. — Monopolsubjekt ist und bleibt, auch bei der Bestellung von nichtbeamteten Beschauern, der Verwaltungsträger (vgl. BGH DÖV 1962, 194).

⁶⁴ Das OVG Münster DÖV 1960, 792 schließt aus der Formulierung des § 4 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes und des § 8 Abs. 2 der DVO als „Kann-Bestimmungen“, daß auf die Bestellung zum Fleischbeschauer kein Rechtsanspruch bestehe, da sie eine Ermessensentscheidung sei. Damit wird der Wortlaut überschätzt und der Charakter der Fleischbeschauer als Halb-Beamter unberücksichtigt gelassen. Die Monopolisierung der Beschau greift in die Freiheit der Berufswahl ein, so daß bei der Erfüllung der legitimen Zulassungsvoraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Bestellung als — nichtbeamteter — Fleischbeschauer bestehen muß. Es handelt sich wiederum um das Problem der Anwendung des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GrundG auf sog. „staatlich vorbehaltene Berufe“, das bereits beim Kehrmonopol angeschnitten wurde und auf das später in größerem Zusammenhang eingegangen werden wird.

⁶⁵ Vgl. *Landmann/Rohmer* § 36 Anm. 7; BGHZ 22, 246; HessVGH DVBl 1953, 337. Abw. offenbar *Spindler/Theurer* § 7 DVO Anm. 3.

⁶⁶ Aufgehoben durch § 65 Abs. 1 Ziff. 1 ArzneimittelG.

⁶⁷ Diese VO ist nach Maßgabe des § 65 Abs. 3 Ziff. 2 ArzneimittelG noch in Kraft; vgl. § 63 Abs. 7 AMG.

⁶⁸ Hierzu *Hoffmann* § 1 RNR. 92—98.

S. 533). Danach steht den Apotheken das ausschließliche Recht zu, bestimmte Arzneimittel⁶⁹ abzugeben, vorrätig zu halten und feilzubieten (§ 28 Abs. 1 AMG)⁷⁰. Eine gesetzliche Durchbrechung des Monopols besteht nach § 28 Abs. 4 AMG zugunsten von Ärzten und Tierärzten.

Das im Interesse der „ordnungsmäßigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung“ (vgl. § 1 Abs. 1 ApothekenG)⁷¹ begründete Apothekenmonopol⁷² ist eine einem bestimmten, staatlich gebundenen Beruf⁷³ zustehende öffentlich-rechtliche Ausschließlichkeitsposition, die weder den Charakter der Apotheke als Gewerbebetrieb, noch die Eigenschaft des Apothekerberufs als eines freien Gewerbes⁷⁴ aufhebt. Dieses Monopol ist, insbesondere von Seiten der Drogisten, lebhaften Angriffen ausgesetzt, doch hat der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 ApothG⁷⁵ die gesundheitspolitische Funktion der Apotheke erneut bekräftigt.

Verfassungsrechtlich stellt sich das Apothekenmonopol als eine Regelung der Berufsausübung für alle potentiellen Gewerbetreibenden mit

⁶⁹ Die apothekenpflichtigen Arzneimittel sind die sog. eigentlichen Arzneimittel (§ 1 Abs. 1 AMG) mit Ausnahme der Heilmittel des § 29 AMG und der Vorbeugungsmittel des § 31 AMG — beide Kategorien von Arzneimitteln können durch eine VO gem. § 32 AMG apothekenpflichtig gemacht werden — sowie mit Ausnahme der durch eine VO gem. § 30 AMG der Apothekenpflichtigkeit entzogenen Arzneimittel.

⁷⁰ Einen besonderen Schutz des Apothekenmonopols bewirken die Vorschriften der §§ 28 Abs. 2 und 3, 34 AMG.

⁷¹ Der engere Zweck ist die Vorbeugung gegen einen bei Wegfall dieser Beschränkung zu befürchtenden Heilmittelmisbrauch (BVerfGE 9, 73/79) und mittelbar auch die Erhaltung des Apothekerstandes, für den es sich bei der Apothekenpflicht um eine „Existenzfrage“ handelt (vgl. BVerfGE 9, 73/80 f.), nämlich insofern als die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Apotheken dem Interesse der Volksgesundheit dient. Mit dem eminenten Vordringen der industriellen Arzneifertigwaren (hierzu *Breyer* § 1 Anm. 2) hat insoweit der Gesichtspunkt an Bedeutung verloren, daß ein wissenschaftlich vorgebildeter Apothekerstand mit spezifischem Berufsethos die Qualität der apothekenpflichtigen Arzneimittel allein garantieren könne. Diese Erwägung ist nicht „von der industriellen Entwicklung unberührt geblieben“ (so BVerwGE 7, 172).

⁷² Wirtschaftstheoretisch ein Oligopol, seitdem die objektiven Zulassungsbeschränkungen gefallen sind (BVerfGE 7, 377).

⁷³ Vgl. das Gesetz über das Apothekenwesen vom 20. 8. 1960 (BGBl I S. 697). Zu dieser Frage *Hoffmann* § 1 RNR. 81, 82, 113.

⁷⁴ Hierzu: *Hoffmann* § 1 RNR. 114 ff.; *Schiedermair/Blanke* § 1 Anm. 1; BVerfGE 5, 25.

⁷⁵ Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit dem Arzneimittelgesetz zu lesen. Aus ihr zu schließen, daß die Apotheke die „universelle Arzneimittelversorgungsstätte“ sei (*Hoffmann* § 1 RNR. 81) und daß sie bereits das Apothekenmonopol ausspreche (so der Sache nach *Schiedermair/Blanke* V 1) ist eine gewisse Überinterpretation. Andererseits liegt darin auch nicht nur die Übernahme einer berufspolitischen Intention zur Betonung eines Standesprestiges und erst recht ist die folgende Formulierung eine unsachliche Herabsetzung des Gesetzgebers zum Werkzeug einer Lobby: „Sein (sc. des § 1 Abs. 1) Wortlaut stammt in dieser weitgehenden Kürze aber wohl aus dem programmatismatischen Wortschatz der Hauptgeschäftsführung der ABDA (Arbeitsgemeinschaft der Berufsvertretung Deutscher Apotheker) und Pharm. Ztg.“ (*Breyer* § 1 Anm. 2.) Tatsächlich vereinigt § 1 Abs. 1 eine Präambel mit einer charakterisierenden Zusammenfassung der Gesamtregelung des Apothekengesetzes.

apothekenpflichtigen Arzneimitteln dar. Diese ist als sachgemäße Verwirklichung eines am Gemeinwohl orientierten Verwaltungszweckes eine verfassungsmäßige Ausfüllung des Vorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GrundG⁷⁶.

2. Lenkungsmonopole

61.- Gerhard *Anschütz*, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, I. Band, 1912; Willibald *Apelt*, Geschichte der Weimarer Verfassung, 1946; Otto *Bachof*, Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 155 bis 265; Gerhardt *Boldt*, Staat und Bergbau, 1950; Hartwig *Bülck*, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht, 1940; Kurt *Dietrich*, Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten, 2. Aufl., 1953; Heinrich *Drinkuth*, Interventionen als Ursache von Interventionen, Diss. Marburg 1960; Karl-Friedrich *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts, 5. Aufl., 1845; Walter *Eucken*, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, Ordo II (1949), 1—99; Ferdinand *Friedensburg*, Die Weimarer Republik, 1946; Gregor *Geller*/Kurt *Kleinrahm*, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 1950; Otto *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, 1905; Eduard *Goldstein*, Monopole und Monopolsteuern, 1916; Andreas *Hamann*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953; Justus Wilhelm *Hedemann*; Deutsches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1943; Joseph *Höffner*, Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert, 1941; Ernst Rudolph *Huber*, Der Streit um das Zündwarenmonopol, JZ 1954, 375—380; Hue *de Grais*, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 25. Aufl., 1930; Hans Peter *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, 1956; Rudolf *Isay*, Deutsches Kohlenwirtschaftsrecht im Rahmen des Schumanplans, 1952; ders., Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 403—428; Walter *Klebe*, Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, Diss. Marburg 1960; Johann Ludwig *Klüber*, Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten, 2. Aufl., 1822; Arnold *Köttgen*, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, VerwArch 44 (1939), 1—96; Heinrich *Kronstein*/John T. *Miller*, Modern American Antitrust Law, 1958; Robert *Liefmann*, Kartelle, Konzerne und Trusts, 8. Aufl., 1930, Nachtrag 1934; Leopold *Mayer*, Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, 1959; Fritz W. *Meyer*, Handelspolitik, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1127—1156; H. *Müllensiefen*/W. *Dörinkel*, Kartellrecht, 3. Aufl., 1938; Arthur *Nussbaum*, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1922; Hans *Planitz*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 1949; H. *Rehbein*/O. *Reincke*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 5. Aufl., 1894; Hermann *Reischle*/Wilhelm *Saure*, Der Reichsnährstand, 3. Aufl., 1940; Wilhelm *Reuß*, Die Organisation der Wirtschaft, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 91—153; Wilhelm *Roscher*, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien (vgl. Textziffer 25); ders., System der Finanzwissenschaft (vgl. Textziffer 25); Ulrich *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; Carl *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928; Gustav *Schmoller*, Einige Worte zum Antrag Kanitz, Schmollers Jahrbuch 19

⁷⁶ Vgl. die Entscheidung zur ArzneimittelVO: BVerfGE 9, 73; BVerwGE 7, 172; BGHZ 22, 167.

(1895), 229—247; Gerhard *Sigloch*, Die Unternehmungen der öffentlichen Hand, 1929; Theodor *Spitta*, Kommentar zur Bremischen Verfassung von 1947, 1960; Rudolf *Spreng*/Willi *Birn*/Paul *Feuchte*, Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 1954; Gustav *Stolper*, Deutsche Wirtschaft 1870—1940, 1950; Werner *Thieme*, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280—284; Giesbert *Uber*, Freiheit des Berufs, 1952; Werner *Weber*, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1943; Franz *Wiesacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952; Kurt *Wiedefeld*, Gewerbepolitik, 1927; Wolfgang *Wittig*/Eberhard *Kunze*, Gesetz über den Verkehr mit Vieh und Fleisch, 1951; Georg August *Zinn*/Erwin *Stein*, Die Verfassung des Landes Hessen, 1954.

Insb. zu Textziffer 63:

Gerhard *Brehme*, Die sogenannte Sozialisierungsgesetzgebung der Weimarer Republik, 1960; Hanspeter *Brunner*, Zwangskartelle, 1937; Kurt *Cohn*, Die Rechtsgebilde des Kohlenwirtschaftsgesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen, 1926; *Flechtheim*, Das Zwangssyndikatsgesetz, JW 1915, 885—891; Ferdinand *Friedensburg*, Zur Sozialisierung des Kohlenbergbaues, 1920, in: Politik und Wirtschaft, Festschrift für Ferdinand *Friedensburg*, 1961, S. 97—107; Heinrich *Friedländer*, Kaliwirtschaft, Gesetz vom 24. April 1919, 1920; Paul *Giesecke*, Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen, 1922; *Hachenburg*, Das Zwangssyndikat im Kohlenbergbau, LeipZ 1915, 1062—1074; Rudolf *Isay*, Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht, 1922; Kurt *Loose*, Vorgeschichte, Gestaltung und Auswirkung des Kohlenwirtschaftsgesetzes vom 23. März 1919, 1930; Paul *Otto*, Die Zwangskartelle nach geltendem Wirtschaftsrecht, 1935; *Reier*, Das Sozialisierungsgesetz, JW 1919, 265—268; ders., Das Sozialisierungsgesetz vom 23. März 1919, 1920; Otto *Riese*, Die rechtliche Konstruktion der nach den Sozialisierungsgesetzen zu bildenden Syndikate, Diss. Frankfurt 1921; Tula *Simons*, Der Aufbau der Kohlenwirtschaft nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz vom 23. März 1919, Diss. Bonn 1931; Rudolf *Wissell*, Praktische Wirtschaftspolitik, Unterlagen zur Beurteilung einer fünfmonatigen Wirtschaftsführung, 1919.

Insb. zu Textziffer 64:

Erich *Bering*, Eine Untersuchung über die rechtlichen Grundlagen der Berufsberatung und Berufsnachwuchslenkung, Diss. Erlangen 1960; Peter P. *Böhm*, Die juristische Problematik des europäischen Kernbrennstoffeigentums, NJW 1961, 1553—1558; W. *Borst*, Die Verwaltungsvorschriften des Atomgesetzes, DVBl 1960, 160—165; Wolfgang *Cartellieri*, Grundsätzliche Rechtsprobleme des Atomgesetzes, in: Aktuelle Fragen des Energierechts 1960, Heft 1/2 der Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, o. J., S. 23—44; Kurt *Draeger*/Heinz *Buchwitz*/Erwin *Schönefelder*, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1961; Georg *Erler*/Hans *Kruse*, Deutsches Atomenergierecht, Loseblatt-Sammlung; J. *Errera*/J. van der *Meulen*/E. *Symon*/L. *Vernaeye*, Euratom, 1958; Fischer (Hrsg.), Kommentar zu dem Gesetz vom 16. Juli 1927 über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1928; Hans *Fischerhof*, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, 1956; ders., Probleme der Atomgesetzgebung, DÖV 1956, 688 bis 690; ders., Das deutsche Atomgesetz, NJW 1960, 317—320; ders., Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Kommentar, 1962; Hugo J. *Hahn*, Das staatliche Eigentumsmonopol an Kernmaterial in den USA, Die Atomwirtschaft II (1957), 39—43; Walter *Henkelmann*, Die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1952; Willy *Korthaus*, Die volks-

wirtschaftliche Bedeutung eines deutschen Reichspetroleummonopols, 1913; Heinrich Krebs, AVAG, 1957; Hans Kruse, Atomenergierecht in Deutschland, NJW 1955, 1017—1018; Eberhard Lühe, Atomenergierecht in Westeuropa, USA und Kanada, 1958; K. H. Mattner/Peter Raisch, Atomgesetz, 1961; Theodor Maunz, Der gegenwärtige Stand des Kernenergierechts, BayVerwBl 1958, 129 bis 132; Hans Pasquay, Die elektrischen Starkstromanlagen im allgemeinen deutschen Verwaltungs-Recht, AöR 29 (1912), 239—282 und 349—448; Otfried Sander, Das deutsche Atomgesetz, JZ 1961, 46—49; Eberhard Schmidt, Die Voraussetzungen eines Deutschen Leuchtölmonopols, 1914.

Erläuterungen zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom), Bundestags-Drucks. Nr. 3440 Anl. C, abgedruckt in: Die Europäische Atomgemeinschaft, Heft 2 der Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, 1957, S. 145 ff.

Insb. zu Textziffer 65:

H. Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht in Verbindung mit dem preußischen Bergrechte, 1. Teil, 1871; Adolf Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 2. Aufl., 1916; ders., Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 9. Aufl., 1924; Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 1960; Hugo Böhlau, De regalium notione et de salinarum iure regali commentarii, 1855; H. Brassert, Das Bernsteinregal in Ostpreußen, ZfB 40 (1899), 282—298; ders./Hans Gottschalk, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 2. Aufl., 1914; Wilhelm von Brünneck, Das Recht auf Zueignung der von der See ausgeworfenen oder angespülten Meeres-Produkte und das Bernstein-Regal, 1874; Burmester, Der staatliche Salzgewinnungsvorbehalt im gegenwärtigen deutschen Gesamtrechtssystem, AöR 23 (1908), 71—122 und 209—241; Hellmut Busse, Die rechtlichen Grundlagen für die Aufsuchung und Gewinnung von Uran- und Thoriumerzen in der Bundesrepublik, Die Atomwirtschaft IV (1959), 75—76; ders., Die rechtliche Behandlung von Erdgas-Lagerstätten in der Bundesrepublik, Betrieb 1961, 699—700; G. v. Collani, Die bergrechtliche Grundlage der Erdölaufsuchung und -gewinnung in der Provinz Hannover und die Zweckmäßigkeit sowie Möglichkeit deren Änderung, ZHR 96 (1931), 416—427; Gerhard Dapprich/Bodo von Schlütter (Hrsg.), Leitfaden des Bergrechts und anderer für den Bergbau wichtiger Rechtsgebiete, 5. Aufl., 1959; Hermann Eichler, Institutionen des Sachenrechts, II/1, 1957; Eskens, Erläuternde Bemerkungen zur Berggesetznovelle vom 5. Juli 1905, ZfB 46 (1905), 461—478; ders., Erläuternde Bemerkungen zur Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907, ZfB 49 (1908), 106—167; Wolfram Fischer, Die Stellung der preußischen Bergrechtsform von 1851 bis 1865 in der Wirtschafts- und Sozialverfassung des 19. Jahrhunderts, ZgesStW 117 (1961), 521—534; Leopoldus Grueter, De regali metallorum iure, Diss. Bonn 1867; Hans Peter Ipsen, Zum „Erdöl-Urteil“ des Bundesgerichtshofs (BGHZ 19, 209), AöR 81 (1956), 241—250; Hermann Isay/Rudolf Isay, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, 2. Aufl., 1933; Rudolf Isay, Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, 1952; ders., Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts, 1953; ders., Entwurf eines Bundesberggesetzes, 1954; Walde mar Kiessling/Theodor Ostern, Bayerisches Berggesetz, 1953; Rudolf Klapper, Deutsches Bergrecht 1933—1945, ZfB 100 (1959), 100—132, 431; Hubert Klingberg, Die Schürf- und Bergbaurechte im französischen Bergrecht und die Umgestaltung durch die moderne Berggesetzgebung, Diss. Münster 1961; R. Klostermann/Hans Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl., 1911; Otto Kohl, Die Stellung des Erdgases im geltenden Recht, in: Aktuelle Fragen des Energierechts 1960, Heft 1/2 der Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, o. J., S. 45

bis 61; Erich *Krautschneider*, Die Zersplitterung des Bergrechts im Bundesgebiet, ZfB 97 (1956), 184—192; Rudolf *Müller-Erbach*, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1916/17; Leopold *Nothhaas/Hermann Miesbach*, Das Bayerische Berggesetz vom 13. August 1910, 1927; Alois *von Rauck*, Das Bayerische Berggesetz vom 13. August 1910, 2. Aufl., 1911; *Reuss/Grotendorf/Dapprich*, Das Allgemeine Berggesetz, 11. Aufl., 1959; Wilhelm *Schlüter*, Preußisches Bergrecht, 1928; Ernst *Schönbauer*, Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts, 1929; Erich *Steffen*, Geschichtliche Entwicklung und Rechtsnatur des Staatsvorbehalts und seine Stellung zum Bergregal, Diss. Bonn 1961; ders., Inhalt und Rechtsnatur des Staatsvorbehalts, ZfB 102 (1961), 310—330 und 424—452; W. *Tesdorpf*, Gewinnung, Verarbeitung und Handel des Bernsteins in Preußen von der Ordenszeit bis zur Gegenwart, 1887; Winandus *Virnich*, De juris regalis metallorum origine ac progressu, Diss. Tübingen 1871; Carl *Voelkel*, Das preußische Gesetz zur Aufschließung von Steinkohlen vom 11. Dezember 1920, ZfB 62 (1921), 97—111; ders., Grundzüge des preußischen Bergrechts, 2. Aufl., 1924; Johannes *Voigt*, Geschichte Preußens von den ältesten Zeiten bis zum Untergang der Herrschaft des Deutschen Ordens, 1827—1839; G. H. *Wahle*, Ein deutsches Berggesetz, AöR 14 (1899), 437—501; Alfred *Weise*, Über die in einem allgemeinen deutschen Berggesetz vorzubehaltenden Mineralien, Diss. Leipzig 1898; Wilhelm *Westhoff/Wilhelm Schlüter*, Geschichte des deutschen Bergrechts (Textziffer 25); Raimund *Willecke*, Grundriß des Bergrechts, 1958; Martin *Wolff/Ludwig Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957; H. *Zier*, Uranvorkommen in Bayern, Die Atomwirtschaft II (1957), 193—196; Hans *Zydek*, Aufsuchungs- und Gewinnungserlaubnisse nach Artikel 2 des Bayerischen Berggesetzes, Ein Beitrag zur Problematik des Staatsvorbehalts, ZfB 99 (1958), 178—187 und 311—320.

Insb. zu Textziffer 67:

Günther *Dönhoff*, Das Getreidegesetz (Westzonen), BetrBer 1950, 830—831; Andreas *Hamann*, Die ernährungswirtschaftlichen Marktordnungsentwürfe und das Grundgesetz, WuW 5 (1955), 79—88; Ernst *Hocke/Rubens G. Schmidt*, Außenwirtschaftsgesetz, 1961; Ernst Rudolf *Huber*, Über den Rechtsweg für Klagen aus „Übernahmeverträgen“ der Einfuhrlenkung, DÖV 1956, 355—357; Hans Peter *Ipsen*, Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 593—615; Hansjörg *Plewnia*, Die Vorratshaltung der Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, NJW 1959, 1404—1408; Rudolf *Schaeff*, Die besonderen Probleme der Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Diss. Frankfurt 1957; Joachim *Wapenhensch*, Außenwirtschaftsgesetz, 1961; Manfred *Zuleeg*, Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakt? Diss. Erlangen 1959.

Insb. zu Textziffer 68:

Daniel Heinrich *Arnoldt*, Ausführliche und mit Urkunden versehene Historie der Königsbergischen Universität, 1746, Zusätze 1756; Jakob *Barion*, Universitas und Universität, 1954; Friedrich *von Bezold*, Geschichte der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität von der Gründung bis zum Jahre 1870, 1920; Edgar *Bonjour*, Die Universität Basel von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1460—1960, 1960; Conrad *Bornhak*, Geschichte der preußischen Universitätsverwaltung bis 1810, 1900; Reinhold *Broermann*, Das Recht der Pädagogischen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland, 1961; F. *Curschmann/G. Holstein/H. Triepel*, Stiftungsvermögen und Selbstverwaltungsrecht der Universität Greifswald, 1925; Heinrich *Denifle*, Die Universitäten des Mittelalters bis 1400, 1. Band, 1885; Ernst *Deuerlein*, Geschichte der Universität

Erlangen in zeitlicher Übersicht, 1927; D. Engelhardt, Die Universität Erlangen von 1743 bis 1843, 1843; Wilhelm Geiger, Staat und Schule im Verfassungsrecht, BayVerwBl 1959, 101—104; Hans Gerber, Hochschule und Staat, 1953; ders., Der Wandel der Rechtsgestalt der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau seit dem Ende der vorderösterreichischen Zeit, 1957; Wilhelm Grewe, Die Rechtsstellung der Privatschulen nach dem Grundgesetz, DÖV 1961, 33 bis 36; Herbert Grundmann, Vom Ursprung der Universität im Mittelalter, 1957; Ernst Gundelach, Die Verfassung der Göttinger Universität in drei Jahrhunderten, 1955; Johannes Haller, Die Anfänge der Universität Tübingen, 1477 bis 1537, 1927; Julius Hatschek, Die rechtliche Stellung der Universitäten nach dem allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten, VerwArch 17 (1909), 307—341; Carl Renatus Hausen, Geschichte der Universität und Stadt Frankfurt a. d. Oder, 1800; Hans Heckel, Grundgesetz und Schule, DÖV 1950, 1—5; ders., Deutsches Privatschulrecht, 1955; ders., Paul Seipp, Schulrechtskunde, 1957; Eduard Hubrich, Die Gründung von Universitäten nach preußischem Recht, AnnDR 1912, 641—682; ders., Die Korporationsnatur der preußischen Universitäten, AöR 38 (1918), 219—258; Stephen d'Irsay, Histoire des Universités françaises et étrangères des origines à nos jours, 1933/35; Georg Kaufmann, Die Geschichte der Deutschen Universitäten, 1888/96; Rudolf Kink, Die Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien, 1854; Alexander Kluge, Die Universitäts-Selbstverwaltung, 1958; Johann Friedrich Wilhelm Koch, Die Preußischen Universitäten, Eine Sammlung der Verordnungen, welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen, 1839/40; Arnold Köttgen, Deutsches Universitätsrecht, 1933; ders., Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Die Grundrechte, II (1954), 291—329; ders., Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959; Joh. Gottfr. Ludw. Kosegarten, Geschichte der Universität Greifswald mit urkundlichen Beilagen, 1857; Kurt Kuchinke, Rechtsstellung und Verwaltung der bayerischen Universitäten und wissenschaftlichen Hochschulen, DVBl 1959, 121—127; Walter Landé, Die staatsrechtlichen Grundlagen des deutschen Hochschulwesens, in: HDStR II § 107 (S. 690—724); Max Lenz, Geschichte der königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, 1910; Edgar Loening, Die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen und die Schulverbände in Preußen, JöR III (1909), 68—138; C. Meiners, Ueber die Verfassung, und die Verwaltung deutscher Universitäten, 1801/02; Friedrich Paulsen, Die Gründung der deutschen Universitäten im Mittelalter, HZ 45 (1881), 251—311; ders., Organisation und Lebensordnungen der deutschen Universitäten im Mittelalter, HZ 45 (1881), 385—440; Hastings Rashdall, The Universities of Europe in the Middle Ages, 2nd ed., 1936; Karl von Raumer, Die deutschen Universitäten, 3. Aufl., 1861; Rudolf Reinhardt, Universität und Staat, 1951; Friedrich Wilhelm Rettberg, Die kaiserlichen Privilegien der Universität Marburg verliehen den 16. Julius 1541, 1841; Albert Reuter, Das Erziehungs- und Unterrichtswesen in Bayern, 1960; Wilhelm Schrader, Geschichte der Friedrichs-Universität zu Halle, 1894; Werner Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 1956; August Thorbecke, Die älteste Zeit der Universität Heidelberg 1386—1449, 1886; Max Töppen, Die Gründung der Universität zu Königsberg und das Leben ihres ersten Rectors Georg Sabinus, 1844; Franz X. von Wegele, Geschichte der Universität Wirzburg, 1882; I. G. Weissenborn (Bearbeiter), Acten der Erfurter Universitaet, 1881/84/89; Erich Wende, Grundlagen des preußischen Hochschulrechts, 1930; Hans J. Wolff, Die Rechtsgestalt der Universität, 1956.

Die Idee der deutschen Universität, Die fünf Grundchriften aus der Zeit ihrer Neubegründung durch klassischen Idealismus und romantischen Realismus, 1959.

Insb. zu Textziffer 69:

Willibald *Apelt*, Ist der Betrieb des Rundfunks im heutigen Deutschland öffentliche Verwaltung? in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 375—393; Hans *Bausch*, Der Rundfunk im politischen Kräftespiel der Weimarer Republik, 1956; August *Bettermann*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation, DVBl 1963, 41—44; Gerhard *Eckert*, Monopol oder Wettbewerb im deutschen Fernsehen? 1958; E. Kurt *Fischer*, Dokumente zur Geschichte des deutschen Rundfunks und Fernsehens, 1957; Ernst *Forsthoff*, Rechtsfragen der Werbesendungen im Fernsehen, DÖV 1957, 97—99; Carl *Haensel*, Staat und Rundfunk, DVBl 1957, 446—452; Heinrich *Hubmann*, Der Schutz der Rundfunksendung gegen unbefugte Verwertung, GRUR 1953, 316—323; ders., Rechtsfragen des Aki-Kino-Prozesses, UFITA 29 (1959), 177—204; Hans *Peter Ipsen*, Die Rundfunkgebühr, 2. Aufl., 1958; ders., Zur Rechtsnatur der Rundfunkgebühr nach dem Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Juli 1961; Klaus Peter *Jank*, Die Verfassung der deutschen Rundfunkanstalten, DVBl 1963, 44—50; Günter B. *Krause* (-Ablaß), Das deutsche Fernsehen in verfassungsrechtlicher Sicht, Rundfunk und Fernsehen, 1958, 375—387; ders., Die Zuständigkeit zur Ordnung des Rundfunkwesens in der Bundesrepublik Deutschland, 1960; ders., Die Bedeutung des Fernsehurteils des Bundesverfassungsgerichts für die Verfassung des deutschen Rundfunks, JZ 1962, 158—160; ders., Kommunal- und privater Rundfunk im lokalen Bereich, DÖV 1962, 249—253; Herbert *Krüger*, Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, 1960; Otto Heinrich *Leiling*, Die Gesetzgebungsbefugnis zur Neuordnung des Rundfunkwesens, 1955; Carl Heinz *Lüders* (Hrsg.), Presse- und Rundfunkrecht, Textsammlung, 1952; ders., Die Zuständigkeit zur Rundfunkgesetzgebung, 1953; Theodor *Maunz*, Die Gesetzmäßigkeit des Fernsehwerbens, BayVerwBl 1957, 4—10; Eberhard *Neugebauer*, Fernmelderecht mit Rundfunkrecht, 3. Aufl. des „Funkrechts“, 1929; Hans *Peters*, Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen, 1954; ders., Die Rechtslage von Rundfunk und Fernsehen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 1961, 1961; Heinz *Pohle* Der Rundfunk als Instrument der Politik, Zur Geschichte des deutschen Rundfunks von 1923/38, 1955; ders., Wollen und Wirklichkeit des deutschen Fernsehens bis 1943, Rundfunk und Fernsehen 1956, 59—75; Erwin *Reiche*, Funkrecht, mit einer Einführung von Hans Bredow, 1925; Hans Ulrich *Reichert*, Der Kampf um die Autonomie des deutschen Rundfunks, 1955; Helmut K. J. *Ridder*, Meinungsfreiheit in: Die Grundrechte, II (1954), 243—290; ders., Kirche, Staat, Rundfunk, 1958; Karl *Sautter*, Geschichte der Deutschen Post, Teil 3: Geschichte der Deutschen Reichspost (1871—1945), 1951; Ulrich *Scheuner*, Der Bereich der Rundfunkfreiheit, Rundfunk und Fernsehen 1955, 353—358; Hans *Schneider*, Informationsfreiheit und Rundfunkgenehmigung, NJW 1961, 53 bis 56; Karl *Zeidler*, Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, AöR 86 (1961), 361—404; ders., Probleme der Rundfunkgebühr, Gutachten, Juni 1961.

Bundestagsdebatte am 27. 1. 1960: Erste Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes über den Rundfunk, in: Das Parlament 10 (1960) Nr. 5; Die rechtliche Ordnung des Rundfunks im Ausland, Länderberichte über Rechtsstellung und Organisation der Rundfunkanstalten und Träger des Senderechts, hrsg. von von Mangoldt, bearbeitet von Sympher und Zeidler, 1953; Die Situation des Rundfunks in der Bundesrepublik, Tatsachen und Vorschläge, vorgelegt vom Arbeitskreis für Rundfunkfragen, o. J. (1958); Bundespost und Rundfunk, Ein Beitrag zur Problematik der Neuordnung des Rundfunks, hrsg. von Hans Steinmetz, 1959; Inter-

nationales Handbuch für Rundfunk und Fernsehen, hrsg. vom Hans-Bredow-Institut, 1960.

62.- Die Sozialgestaltungsfunktion des Staates, unter dem Einfluß der liberalen Staatsidee stark beschnitten oder gar geleugnet, gehört zu den charakteristischen Wesenszügen des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates. Die Ablösung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung durch die Industriegesellschaft beendete die sogenannte Spaltung von Staat und Gesellschaft, die die liberale Ideologie zu einem sozialtheoretischen Axiom erhoben hatte, und wies dem Staat die Rolle der totalen Ordnungsmacht zu. Die Vision *Hegels* vom Staat, beginnt Wirklichkeit zu werden.

Zufolge des die Sozialordnung wesentlich mitkonstituierenden Einflusses der Produktionsverhältnisse wurde die sozialgestaltende Aktivität des Staates besonders im Bereich der Wirtschaft wirksam, wo der Interventionismus sich mannigfach zum Dirigismus verstärkte. Dieses Verhalten des Staates ist kein neuer Merkantilismus. Denn notwendig hat der moderne anstaltliche Staat mit abstrakter Staatsperson andere Züge als der absolutistische Fürstenstaat. Auch kann darin weniger die Durchsetzung der Idee sozialistischer Staatsomnipotenz mit umfassender Gesellschaftsplanung gesehen werden, als das zunächst pragmatische und okkasionelle Reagieren des Staates auf die in Krisensituationen manifest werdende Ohnmacht der gesellschaftlichen Selbststeuerung. Doch wäre es verfehlt, die staatliche Sozialgestaltungsfunktion deshalb als eine nur in Notzeiten der versagenden Gesellschaft zu Hilfe eilende Kompetenz zu sehen. Die Flut kulturtheoretischer Versuche, die nach dem Weg durch zwei Weltkriege und auf der Grundlage der sich beschleunigenden technischen Revolution sich neu formierende Gesellschaftsordnung zu beschreiben und zu deuten, mag im Grundsätzlichen wie im einzelnen zu den unterschiedlichsten Beurteilungen gelangen, sie läßt aber in einem Punkt keinen Zweifel zu, daß nämlich die Institutionen und Wertungen des 19. Jahrhunderts eine, wenn überhaupt, nur sehr bedingte Verbindlichkeit für die gegenwärtige Sozialwelt beanspruchen dürfen. Vor diesem Hintergrund, nicht allerdings von anderen Blickpunkten aus, um so merkwürdiger ist die nicht zu übersehende Renaissance liberaler Gedanken, die sich überdies paradoxerweise vielfach mit dem katholischen Theorem der Subsidiarität verbünden, um die Sozialgestaltungsfunktion des Staates, d. h. aber letztlich: die am Gemeinwohl und nicht an Gruppeninteressen, die sich entsprechend ihrer Mächtigkeit im Räderwerk der sogenannten sozialen Selbststeuerung durchsetzen, ausgerichtete Revolutionierung der gesellschaftlichen Institutionen und Überwindung auftretender Friktionen, zu amputieren. Es ist gewiß eine polemische Übertreibung, trifft aber dennoch sicherlich für viele Einzelfälle zu, daß die Vorstellung von der Überparteilichkeit der Staatsfunktionäre „schon im 19. Jahrhundert

eine Legende“ (*Leibholz*) gewesen ist. Wesentlich aber ist, daß seiner Idee nach, die ihm und damit seinen Repräsentanten aufgegeben ist, der Staat allein das Wohl aller und so die distributive Gerechtigkeit verfolgt, während alle sich in Verbänden organisierenden oder nur ideell zusammenwirkenden Gesellschaftskräfte partikuläre Interessen vertreten. Daß der Staat, da er als Organe nur leicht der Parteilichkeit verfallende Menschen besitzen kann, auch parteiisch sein kann, wiegt letzten Endes weniger gegenüber dem Umstand, daß er allein zur Überwindung der Partikularität berufen und fähig ist.

Die Methoden staatlicher Intervention in den Wirtschaftskreislauf sind vielfältig in ihren rechtlichen Formen und in ihrer Effizienz, sie sind teils mittelbar, teils unmittelbar. Die Intervention durch ein Lenkungsmonopol gehört zu den unmittelbaren wirtschaftspolitischen Interventionen¹ und bedeutet zugleich die Einbeziehung eines bestimmten wirtschaftlichen Vorganges in die öffentliche Verwaltung, über diesen selbst hinaus eine Kontrolle und Steuerung der mit ihm zusammenhängenden wirtschaftlichen Vorgänge. Naturgemäß, da es sich bei beiden Bereichen um die lebenswichtigen Stücke der Nationalwirtschaft handelt, finden sich wirtschaftliche Lenkungsmonopole in erster Linie im Rahmen der Produktion und Distribution der wichtigen Rohstoffe und der wichtigen Ernährungsgüter. Eine weitaus geringere Rolle spielen Lenkungsmonopole im kulturellen Leben, wobei insbesondere an die funktелеgrafischen Massenkommunikationsmittel zu denken ist.

63.– Eine Erscheinungsform des wirtschaftlichen Lenkungsmonopols, die sich in eine größere Gruppe verschiedenartiger Unterfälle aufzweigt, sind die öffentlichen Marktverbände² mit Monopolcharakter. Die Monopolisierung erfolgt hier durch die auf einem Rechtssatz beruhende Zusammenfassung aller eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Wirtschaftssubjekte und dem komplementären Ausschluß des Vorhandenseins konkurrierender Außenseiter. Der Verband kann öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Rechtsform besitzen, kann ein mehr oder weniger großes Maß an Selbstverwaltung aufweisen und kann auch mit hoheitlichen Befugnissen belehnt sein. Charakteristisch ist, daß auf diese Weise eine zwischen Privatwirtschaft und Staatswirtschaft einzuordnende Mischform entsteht, in der privatwirtschaftliches Erwerbsstreben und gemeinwirtschaftliche Lenkungsabsicht verknüpft werden. Es wird so nicht nur eine auf den monopolisierten Wirtschaftszweig beschränkte Wettbewerbsregelung und Markt-

¹ Vgl. *Scheuner* Staatliche Intervention S. 30 f.

² Dieser Begriff wird von E. R. *Huber* übernommen, von dem die jüngste systematische Darstellung dieser Verbände stammt (WVerwR §§ 26, 27). *Forsthoff* VerwR § 24 II 5 a spricht von „Leitungsverbänden“, in Übernahme der Terminologie *Köttgens* (Rechtsfähige Verwaltungseinheit S. 48 ff.).

ordnung erreicht, sondern dieser Sektor zugleich auch den Interessen der Gesamtwirtschaft dienstbar gemacht³.

Von den in der deutschen Rechtsentwicklung als Hauptfällen zur Entstehung gelangten Monopolverbänden ausgehend, sind Zwangskartelle und ernährungswirtschaftliche Verbände zu unterscheiden. Die *Zwangskartelle*⁴ stellten typischerweise eine Zusammenfassung von Produzenten und eine Monopolisierung des Absatzes der Produkte dar, so daß sie auch als Zwangssyndikate bezeichnet werden können⁵. Von einem rechtlichen Monopol kann bei den Zwangskartellen nur dann gesprochen werden, wenn der Zusammenschluß die unmittelbare Folge eines rechtlichen Befehls ist. Dieser Fall ist nicht nur bei dem Zusammenschluß kraft Rechtssatzes oder kraft Verfügung gegeben, sondern auch wenn lediglich eine Pflicht zum Zusammenschluß rechtssatzmäßig ausgesprochen wird und die Verbandsbildung dann die Befolgung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht ist.

Nach dem Vorbild der kriegswirtschaftlichen Zwangssyndizierungen⁶ und unter dem Einfluß der „gemeinwirtschaftlichen“ Theorien *Wissells* und von *Moellendorffs* wurden im Jahre 1919 die sogenannten Sozialisierungsgesetze⁷ erlassen, die zu einer Zwangssyndizierung der Kohlen- und der Kaliwirtschaft führten⁸. Durch Art. 156 Abs. 2 WeimRVerf wurde der Gedanke der gemeinwirtschaftlichen Zwangssyndizierung

³ Vgl. Leopold *Mayer* S. 23 für die Zwangskartelle.

⁴ Dieser Ausdruck hat sich eingebürgert, obwohl es sich wegen der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung nicht um Kartelle im strengen Sinn handelt (Leopold *Mayer* S. 23; abw. Rudolf *Isay* Studien S. 20 f.). *Brunner* S. 48 ff. will, wegen dieses Kartellbegriffes, solche „Zwangskartelle“, die nicht nur die Wettbewerbsverhältnisse des kartellierten Wirtschaftszweiges selbst regeln wollen, sondern gesamtwirtschaftliche Ziele verfolgen, aus dem Begriff des Zwangskartells ausscheiden, faßt aber die Zwangskartelle der Sozialisierungsgesetzgebung der Weimarer Republik widersprüchlich dennoch als solche auf.

⁵ Zu Begriff und Wesen des Zwangskartells: *Brunner* S. 48 ff.; Rudolf *Isay* Studien S. 18 ff., 36 ff.; *Müllensiefen/Dörinkel* XII, 30; *Otto*. — Das Zwangskartell kann auch die intensivste Form der Aufsicht über einen zunächst freiwillig kartellierten Wirtschaftszweig sein, so daß das privatwirtschaftliche Kartell in den Dienst der Marktregulierung gestellt wird (*Huber* WVerwR I § 31 III).

⁶ Zu diesen: *Nussbaum* Wirtschaftsrecht § 12 II; insb. zu der Zwangssyndizierung gem. der VO über die Errichtung von Vertriebsgesellschaften für den Steinkohlen- und Braunkohlenbergbau vom 12. 7. 1915 (RGBl S. 427): *Flechtheim*; *Hachenburg*.

⁷ Sozialisierungsgesetz vom 23. 3. 1919 (RGBl S. 341); Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft vom 23. 3. 1919 (RGBl S. 342), dazu das Änderungsg vom 20. 8. 1919 (RGBl S. 1447); Gesetz über die Regelung der Kaliwirtschaft vom 24. 4. 1919 (RGBl S. 413), dazu das Änderungsg vom 19. 7. 1919 (RGBl S. 661); Gesetz, betr. die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft, vom 31. 12. 1919 (RGBl 1920 S. 19). — Die Rede, die *Wissell* am 7. 3. 1919 zur Begründung des Sozialisierungs- und des Kohlenwirtschaftsgesetzes vor der Nationalversammlung hielt, ist abgedruckt bei *Wissell* Praktische Wirtschaftspolitik S. 28 ff. Über Entwicklung, Realisierung und Erlahmen des Sozialisierungsgedankens: *Apelt* S. 360 f.; *Friedensburg* Weimarer Republik S. 281 ff.; *Huber* WVerwR I § 26 II 2; *Giesecke* S. 5 ff.; *Liefmann* S. 263 ff.; *Reier* Aufsatz und Kommentar; *Stolper* S. 125 f.

⁸ Das Elektrizitätswirtschaftsgesetz wurde nicht vollzogen.

auch in die Verfassung aufgenommen. Eine Sozialisierung im strengen Sinn, d. h. eine Überführung des Eigentums an den Produktionsmitteln in Gemeineigentum entsprechend der sozialistischen Gesellschaftsidee, wurde durch diese und auf Grund dieser Gesetze nicht bewirkt, da das Eigentum an den betroffenen Unternehmen in privaten Händen blieb und lediglich seine Nutzung einer öffentlichen Kontrolle unterstellt wurde. Diese wirtschaftspolitische Konzeption, eher ein Kompromiß zwischen privatkapitalistischer Wirtschaft und sozialistischer Planwirtschaft, ist von sozialistischer Seite als „Reformismus“⁹ und von liberaler Seite wegen der Gefahr einer „Gruppenanarchie“¹⁰ angegriffen worden. Die Technik der marktregulierenden Zwangskartellierung wurde, nicht aus ideologischen, sondern aus pragmatischen Gründen, in der späteren Wirtschaftskrise erneut zur Stützung von durch die freie Konkurrenz gefährdeten Wirtschaftszweigen angewandt¹¹. Schließlich brachte das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15. 7. 1933 (RGBl I S. 488)¹² eine neue Grundlage und den Anstoß zu einer neuen Entwicklung¹³.

Ernährungswirtschaftliche Marktverbände sind im Dritten Reich auf Grund des Reichsnährstandsgesetzes vom 13. 9. 1933 (RGBl I S. 626) gebildet worden¹⁴.

Zur Verdeutlichung des mit Hilfe öffentlicher Marktverbände möglichen Verwaltungsmonopols als eines wirtschaftlichen Lenkungsmonopols sind die *Zwangssyndikate* der Gesetzgebung von 1919 ein illustratives Beispiel. Das Sozialisierungsg hatte lediglich in § 2 eine Ermächtigung enthalten, zur Vergesellschaftung geeignete wirtschaftliche Unternehmen durch Gesetz gegen angemessene Entschädigung in Gemeinwirtschaft zu überführen. Als Träger der Gemeinwirtschaft waren das Reich, die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände oder wirtschaftliche Selbstverwaltungskörper vorgesehen (§ 3 des Gesetzes); nur die letztgenannte Möglichkeit wurde in der Kohlen- und Kaliwirtschaft gewählt.

Die Zwangssyndizierung der Kohlenwirtschaft erfolgte auf Grund des Kohlenwirtschaftsgesetzes durch die Ausführungsbestimmungen

⁹ *Brehme*.

¹⁰ *Eucken* WPol S. 170 f.; ders. Wettbewerbsordnung S. 14 f.

¹¹ *Huber* WVerwR I § 27 I 1.

¹² Formell aufgehoben durch § 109 Abs. 2 Nr. 6 GWB, doch schon durch die alliierte Dekartellierungsgesetzgebung außer Kraft gesetzt.

¹³ *Hedemann* § 35 II d; *Huber* WVerwR I § 27 I 2; *Otto* S. 57 ff.; *Weber* S. 59 ff.; BGHZ 16, 59 (betr. die auf Grund des Zwangskartellgesetzes durch die Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 4. 9. 1939 errichtete „Arbeitsgemeinschaft Mineralölverteilung“, ein Zwangskartell, das durch sein Monopol den gesamten Handel auf dem Gebiet der Mineralölwirtschaft beherrschte; der BGH betrachtete die AMV als privatrechtliche Vereinigung).

¹⁴ Hierzu: *Brunner* S. 59, 199 f.; *Hedemann* § 38 V; *Huber* WVerwR I § 27 I 2b; *Köttgen* Rechtsfähige Verwaltungseinheit S. 51 ff.; *Weber* S. 47 ff.

zum Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft vom 21. 8. 1919 (RGBl S. 1449)^{15, 16}. Die Leitung der Kohlenwirtschaft wurde, unter Oberaufsicht des Reiches, dessen Befugnisse der Reichswirtschaftsminister ausübte, dem Reichskohlenrat übertragen (§ 2 Abs 1 des Gesetzes; §§ 47, 109 AusfBest). Zur Errichtung der Kohlensyndikate wurden elf Bergbaubezirke gebildet (§ 3 AusfBest) und die Besitzer der Kohlenbergwerke jedes Bezirks verpflichtet, sich bis zum 20. 9. 1919 zu einem Kohlensyndikat zusammenzuschließen; sollte diese Frist nicht eingehalten werden, war der Reichswirtschaftsminister zum Zwangszusammenschluß durch Verordnung¹⁷ ermächtigt (§ 5 Abs. 1 AusfBest). Für die Rechtsform der Kartellierung schrieb § 8 Abs. 1 AusfBest vor, daß eine juristische Person oder eine Doppelgesellschaft zustandekommen müsse¹⁸. Den Syndikaten oblag eine Überwachungs- und Lenkungsfunktion sowie die Veräußerung der ihnen von den Mitgliedern zur Verfügung zu stellenden Brennstoffe im eigenen Namen für Rechnung der Mitglieder und die Festsetzung der allgemeinen Lieferungsbedingungen (§§ 69 ff AusfBest). Eine ähnliche Rechtslage bestand für das Gaskokssyndikat (§§ 18 Abs. 11, 76 AusfBest). Sämtliche Zwangssyndikate waren noch einmal zum Reichskohlenverband, der die Rechtsform einer Doppelgesellschaft mit einer AG als Organgesellschaft hatte, zusammengeschlossen, der Koordinierungs- und Kontrollfunktion hatte, insbesondere die Preise festsetzte (§§ 20, 21, 57 ff. AusfBest)¹⁹.

¹⁵ Geändert durch das Gesetz über Änderung der kohlenwirtschaftlichen Bestimmungen vom 21. 4. 1933 (RGBl I S. 203). Zur weiteren Entwicklung im Dritten Reich: *Klapper ZfB* 100 (1959), 100/105 ff.

¹⁶ Hierzu: *Boldt* S. 60 ff.; *Brehme* S. 75 ff.; *Brunner* S. 187 ff., 202 f.; *Cohn KohlenwftsG*; *Friedensburg* Sozialisierung des Kohlenbergbaues; *Giesecke*; *Loose KohlenwftsG*; *Otto* S. 13 ff.; *Sigloch* S. 178 ff.; *Simons*; *Wiedenfeld* S. 191; *RGZ* 112, 253.

¹⁷ Die bei der Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Rechtspflicht zur Kartellierung zu erlassende VO wurde überwiegend materiell als Verwaltungsakt angesehen (vgl. *Brunner* S. 64; *Isay Studien* S. 41).

Beispiel für Zwangssyndizierung: VO über den Zusammenschluß der Kohlenbergwerksbesitzer des niederrheinisch-westfälischen Steinkohlenbergbau-Bezirktes zu einem Zwangssyndikat vom 30. 3. 1922 (RGBl I S. 304); Beispiel für Zwangsbeischluß: VO über den Beitritt der Stahlwerk Becker AG in Willich zum Rheinisch-westfälischen Kohlensyndikat vom 15. 1. 1920 (RGBl I S. 73). — Das Kapitel VII des 7. Teiles der zweiten VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. 6. 1931 (RGBl I S. 279) brachte die wesentliche Abschwächung, daß der Reichswirtschaftsminister fortan nicht mehr verpflichtet, sondern nur berechtigt war, einen Zwangszusammen- oder -beischluß herbeizuführen.

¹⁸ Außer zwei Syndikaten, die bisher schon als GmbH bestanden hatten und diese Rechtsform beibehielten, bildeten sich alle Kohlensyndikate als Doppelgesellschaften, überwiegend mit einer GmbH als Organgesellschaft (*Brunner* S. 202). Gem. § 9 AusfBest galten für die Rechtsverhältnisse der Syndikate und ihrer Mitglieder neben dem Kartellvertrag grds. die für die gewählte Gesellschaftsform maßgeblichen Rechtsvorschriften.

¹⁹ Das KohlenwirtschaftsG wurde nach 1945 durch die Sondergesetzgebung über die Entflechtung der Montanindustrie abgelöst. Für die Ruhrkohle bestand nach 1945 ein auf Besatzungsrecht beruhendes öffentlich-rechtliches

Die Zwangssyndizierung der Kaliwirtschaft erfolgte in ähnlicher Weise auf Grund des Kaliwirtschaftsgesetzes durch die Vorschriften zur Durchführung des Gesetzes über die Regelung der Kaliwirtschaft vom 18. 7. 1919 (RGBl S. 663)^{20, 21}. Die Leitung der Kaliwirtschaft wurde unter der Oberaufsicht des Reiches, die der Reichswirtschaftsminister ausübte, dem Reichskalirat übertragen (Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzes; §§ 51, 89 DurchfVorschr).

Sämtliche Kalierzeuger wurden verpflichtet, sich bis zum 31. 10. 1919 zu einer Vertriebsgemeinschaft, dem Kalisyndikat, zusammenzuschließen; sonst konnte der Reichswirtschaftsminister den Zusammenschluß durch VO herbeiführen (Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzes; § 38 Abs. 1 DurchfVorschr)²². Das Kalisyndikat, dem die Mitglieder die Kalisalze und Kaliverbindungen zur Verfügung stellen mußten, hatte das ausschließliche Recht, diese Produkte zu veräußern und abzusetzen, sowie Kalisalze, -erzeugnisse und -verbindungen aus dem Ausland einzuführen (§§ 74, 76 DurchfVorschr).

Die Zwangssyndikate der Kohlen- und Kaliwirtschaft verfügten über ein Absatz- bzw. ein Absatz- und Einfuhrmonopol für ihren Bezirk bzw. das Reichsgebiet. Diese öffentlich-rechtlichen Lenkungsmonopole standen in privatrechtlicher Form organisierten privaten Rechtsträgern zu. Da die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht eine Frage der Rechtsform und nicht eigentlich des „Wesens“ ist, sind diese Zwangssyndikate ihrer Rechtsnatur nach als privatrechtliche Gesellschaften²³

Absatzmonopol zugunsten des anstaltsartig organisierten „Deutschen Kohlenverkaufs“ (hierzu: *Boldt* S. 70; *Huber* WVerwR I § 26 III 2 b und § 47 V 1 b).

²⁰ KaliwirtschaftsG und DurchfVorschr wurden — nach Änderungen durch das Gesetz über die Änderung der kaliwirtschaftlichen Bestimmungen vom 21. 4. 1933 (RGBl I S. 205) — aufgehoben und ersetzt durch das Kaliwirtschaftsgesetz vom 18. 12. 1933 (RGBl II S. 1027). Dieses wurde durch die alliierte Dekartellierungsgesetzgebung beseitigt (*Huber* Zündwarenmonopol S. 377).

²¹ Hierzu: *Boldt* S. 79 ff.; *Brehme* S. 93 ff.; *Brunner* S. 203 ff.; *Friedländer* KaliwftsG; *Giesecke*; *Liefmann* S. 83 ff.; *Otto* S. 16 f.

²² Das Kalisyndikat kam ohne VO als Doppelgesellschaft zustande.

²³ So: *Giesecke* S. 114 f.; *Otto* S. 48 ff.; *Reuß* Organisation der Wirtschaft S. 112; *Riese* S. 19 ff. (abw. jedoch für die durch VO entstandenen Syndikate); *Sigloch* S. 180 f. (der allerdings zu Unrecht auch die Ablieferungspflicht der Syndikatsmitglieder als privatrechtlich ansieht; diese ist ein aus dem öffentlich-rechtlichen Monopol des Syndikats hervorgehendes Rechtsverhältnis). Abw. Auff.: *Brunner* S. 207 ff. (im Anschluß an E. R. *Huber*); *Cohn* KohlenwftsG S. 48 ff.; *Huber* WVerwR I § 11 I 2 und § 27 III 1.

Die Annahme Hubers, daß es juristische Personen des öffentlichen Rechts „kraft Wesens“ gebe und es sich dann um solche handle, wenn ein in privatrechtlicher Form organisierter Rechtsträger seinem ganzen Erscheinungsbild nach „in die öffentliche Ordnung des Staates einbezogen“ sei, ist ein Versuch, den Staat auch dann an die Grundsätze der öffentlichen Verwaltung zu binden, wenn er sich privatrechtlicher Rechtsformen bedient, beruht also weniger auf dogmatischen als auf pragmatischen Erwägungen. Dieses Problem wird befriedigender und im Einklang mit der theoretischen Annahme, daß von der Verwaltungsfunktion her gesehen öffentliches und privates Recht bestimmte Formen für eine Institution oder ein Rechtsverhältnis sind, mit der Vorstellung der öffentlichen Verwaltung in privatrechtlicher Form gelöst.

und im Hinblick auf das ihnen zustehende Verwaltungsmonopol als beliehene Unternehmen zu betrachten.

Da das gegenwärtige Wirtschaftsverwaltungsrecht öffentlich-rechtliche Lenkungsmonopole öffentlicher Marktverbände der geschilderten Art nicht kennt, ist die verfassungsrechtliche Frage ihrer Zulässigkeit bisher nicht aktuell geworden. Art. 9 GrundG steht einem öffentlich-rechtlichen Vereinigungszwang nicht entgegen, so daß nur Art. 2 Abs. 1 GrundG und allgemeine Grundsätze des Verfassungsrechts verletzt sein könnten. Naheliegend ist, in Art. 15 GrundG eine Ermächtigung zur Errichtung von öffentlichen Marktverbänden mit Zwangsmitgliedschaft und Monopolcharakter zu sehen²⁴.

64.- Von ebenso grundlegender Wichtigkeit für die Wirtschaftsordnung wie die Rohstoffherzeugung und -verteilung ist der *Arbeitsmarkt*, dessen Gut, die menschliche Arbeitskraft, deswegen aus Gründen der Darstellung hier neben den Rohstoffen erscheint.

Die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung²⁵, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 2 Abs. 1 Satz 1

Es ist jetzt anerkannt, daß die rechtsstaatlichen Bindungen der Verwaltung nicht die Rechtsform, sondern das Vorhandensein von Verwaltungstätigkeit überhaupt als Tatbestandsvoraussetzung besitzen. Gegen die Konstruktion einer juristischen Person des öffentlichen Rechts „kraft Wesens“ auch: *Forsthoff* VerwR § 24 II 2 und bes. *Weber* S. 66 ff., 82 ff.

²⁴ In diesem Sinn: *Huber* WVerwR I § 26 III 4; *Müller-Henneberg* Gemeinschaftskommentar Vorbem. vor § 1 RNr. 16; *Reuß* Organisation der Wirtschaft S. 112 Abw. *Hamann* WVerfR S. 168 (die Sozialisierung dürfte nur Produktions- nicht auch Vertriebsmittel umfassen. Dies dürfte zwar dem Wortlaut, nicht aber dem Sinn des Art. 15 entsprechen). — Näheres Textziffer 101.

²⁵ Vorläufer der Bundesanstalt war die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, errichtet durch das AVAVG vom 16. 7. 1927 (RGBl I S. 187). Diese war Träger der öffentlichen Arbeitsvermittlung und es lag ihr auch die öffentliche Berufsberatung ob (§ 1 Abs. 1 und 2 Satz 1 des Gesetzes); gewerbsmäßige Stellenvermittlung Dritter war grds. ab 1. 1. 1931 und gewerbsmäßige Berufsberatung Dritter war ab 1. 10. 1927 verboten (§§ 55 Abs. 1, 57 des Gesetzes), so daß an „Einrichtungen außerhalb der Reichsanstalt“ nur die unter Aufsicht der Reichsanstalt stehenden nichtgewerbsmäßigen Einrichtungen, insb. die seemännischen Heuerstellen, übrigblieben (§§ 49—53 des Gesetzes), während die Arbeitsvermittlung nach dem Ausland einer Sonderregelung unterstand (§ 67 des Gesetzes). Bei dieser Sachlage ist es berechtigt, bereits seit 1. 10. 1927 ein Verwaltungsmonopol für öffentliche Berufsberatung und seit 1. 1. 1931 ein solches für öffentliche Arbeitsvermittlung anzunehmen (abw. *Fischer* AVAVG § 1 Anm. 3 und 10). In § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung vom 5. 11. 1935 (RGBl I S. 1281), das durch Art. X § 10 Abs. 2 Nr. 5 ÄndG vom 23. 12. 1956 (RGBl I S. 1018) außer Kraft gesetzt wurde, kommt die Monopolstellung der Reichsanstalt deutlicher zum Ausdruck; durch § 4 Abs. 2 Nr. 1 der DVO zu diesem Gesetz vom 26. 11. 1935 (RGBl I S. 1361) wurden die §§ 54 bis 57 AVAVG aufgehoben; § 1 der DVO regelt die nichtgewerbsmäßige Arbeitsvermittlung und Berufsberatung (hierzu: Vorschriften über die Durchführung der nichtgewerbsmäßigen Arbeitsvermittlung usw. vom 30. 11. 1935, RABl I S. 330), die grds. bis 31. 3. 1936 einzustellen war, § 2 der DVO ließ die gewerbsmäßige Arbeitsvermittlung für Konzertagenturen und Artistenver-

AVAVG) mit starken anstaltlichen Zügen, besitzt ein Verwaltungsmonopol für die Arbeitsvermittlung einschließlich der Lehrstellenvermittlung und für die Berufsberatung (§§ 1 Satz 1, 35 AVAVG). Außerhalb der Bundesanstalt ist eine Berufsberatung überhaupt nicht und eine Arbeitsvermittlung nur „im Auftrag der Bundesanstalt“ möglich (§§ 54, 55 AVAVG); darin liegt keine Durchbrechung des Monopols der Bundesanstalt, sondern nur eine konzessionsweise Zulassung der Ausübung der monopolisierten Tätigkeit²⁶. Die Bezeichnung der Ausschließlichkeitsposition der Bundesanstalt als „Monopol“ wird vielfach abgelehnt, weil es sich bei den betreffenden Aufgaben nicht um gewerbliche Tätigkeit, sondern um Verwaltungstätigkeit handele²⁷. Diese Einwände sind gegen die Erfassung des ausschließlichen Rechts der Bundesanstalt als Verwaltungsmonopol nicht stichhaltig; denn Berufsberatung und Arbeitsvermittlung sind als solche keine notwendig staatlichen Tätigkeiten²⁸, sondern nur durch die gesetzliche Regelung der Privatinitiative entzogen und der Verwaltung zugewiesen, ohne begrifflich Staatsfunktion zu sein.

Durch den dominierenden²⁹ dadurch verwirklichten Verwaltungszweck erweist sich der Vorbehalt der Bundesanstalt als ein Lenkungsmonopol. Die §§ 38 und 47 AVAVG bringen klar zum Ausdruck, daß die

mittler weiterhin zu (hierzu: Vorschriften über die Durchf. der gewerbsm. Arbeitsverm. für Artisten vom 30. 11. 1935, RAB I S. 335).

Durch das Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 10. 3. 1952 (BGBl I S. 123) wurde nach dem Vorbild der Reichsanstalt unter Ersetzung der §§ 1—48 AVAVG (vgl. § 53 Abs. 1 Nr. 1 BundesanstaltsG) die heutige Bundesanstalt errichtet. Die §§ 1—34 BundesanstaltsG wurden durch Art. X § 1 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AVAVG vom 23. 12. 1956 (BGBl I S. 1018) zum Bestandteil des AVAVG.

²⁶ Dies gilt insb. für die semännischen Heuerstellen (§ 54 Abs. 2 AVAVG), die Arbeitsvermittlung in bezug auf das Ausland (§ 42 AVAVG) und die gewerbsmäßigen Artistenvermittler, Konzertagenten und Bühnenvermittler (Art. IX § 5 ÄndG vom 23. 12. 1956; 10. DVO zum AVAVG vom 23. 3. 1960, BGBl I S. 189).

²⁷ *Bering* S. 85; *Krebs* § 35 RNr. 4 (inkonsequenterweise wird aber der — privatrechtliche — Terminus „Kontrahierungszwang“ für den Bearbeitungszwang dennoch nicht vermieden); *Schönefelder* in: *Draeger/Buchwitz/Schönefelder* § 35 RNr. 4 (widersprüchlich spricht allerdings *Draeger* ebd. in der Einführung S. 17 f., 68 und 70 vom „institutionellen Monopol“ der Bundesanstalt).

²⁸ Insofern ist die Auffassung *Schönefelders* a.a.O., daß dies „originäre“ staatliche Aufgaben seien, mißverständlich.

²⁹ Neben der hier als primär betrachteten wirtschaftspolitischen Funktion ist das Interesse des Schutzes der Arbeitssuchenden vor ungeeigneten und parteiischen privaten Vermittlern und Beratern (darauf allein stellt *Krebs* § 35 RNr. 1 ab) uncharakteristisch, weil das auch durch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt erreicht werden könnte. Auch der Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge (den *Über* S. 158 allein, *Schönefelder* in: *Draeger/Buchwitz/Schönefelder* § 1 RNr. 2 zumindest als gleichrangig — vgl. a.a.O. vor § 35 RNr. 2 — betont) beherrscht weniger die Vermittlung und Beratung als rechtfertigender Zweck für die Monopolisierung als die Arbeitslosenversicherung. Insofern muß zwischen den Aufgaben der Bundesanstalt differenziert werden.

Tätigkeit der Bundesanstalt bei der Arbeitsvermittlung und Berufsberatung Bestandteil der Wirtschaftspolitik ist. Für die Erklärung des § 35 AVAVG kommt es nicht darauf an, daß die sozialpolitische Bedeutung der Bundesanstalt nicht hinter ihrer arbeitsmarktpolitischen Funktion zurücksteht, sondern nur darauf, daß die Bundesanstalt erst durch ihr Verwaltungsmonopol ein ausschlaggebender Faktor der Wirtschaftspolitik wird, so daß diese Funktion *raison d'être* der Monopolisierung ist. Dabei ist nicht übersehen, daß die Bundesanstalt zwar einen großen Einfluß auf den Arbeitsmarkt hat, aber im Unterschied zur Arbeitsverwaltung des Dritten Reiches, die eine „Lenkung der Berufswahl“ für den „Arbeitseinsatz“ zur Aufgabe hatte (vgl. § 7 der Vorschriften vom 30. 11. 1935, RAB I S. 330), nicht eigentlich zu einer Steuerung der Arbeitskräfte in der Lage ist, weil dem Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GrundG entgegenstände³⁰.

Die für eine Monopolisierung zum Zwecke der Kontrolle über Rohstoffe in Betracht kommenden Objekte sind, im Bereich der deutschen Rechtsentwicklung, vor allem die Atomenergie und bestimmte Mineralien. Ein Anfang des Jahrhunderts geplantes Petroleummonopol³¹, das die drohende Beherrschung des deutschen Petroleummarktes durch *Rockefellers* Standard Oil Co. zum Anlaß hatte³², war trotz des positiven Ergebnisses einer auf Grund einer Resolution des Reichstages vom 15. 3. 1911 veranstalteten Erhebung sehr umstritten³³ und wurde nicht verwirklicht. Ein derartiges Reichsleuchtölmonopol wäre ein typisches Lenkungsmonopol gewesen, ebenso wie ein in derselben Zeit vorgeschlagenes staatliches Elektrizitätsmonopol im Interesse der Förderung und Verwertung von elektrischer Kraft und der Vermeidung der Nachteile eines privaten Monopols³⁴. Ebenfalls ein Lenkungsmonopol, wenn auch von nur vorübergehender Bedeutung, war das auf Grund des Gesetzes

³⁰ Beratungszwang, wie überhaupt jede Beeinträchtigung der Berufswahl als einer Wahlfreiheit, ist unzulässig (hierzu *Bering* S. 105 ff.). Die Monopolisierung selbst, die eine private Vermittlung und Beratung grds. ausschließt, entspricht den Grundsätzen über die zulässigen Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl (abw. offenbar *Köttgen*, *Gemeindliche Daseinsvorsorge* und gewerbliche Unternehmerinitiative, 1961, S. 43).

³¹ Nach § 1 Abs. 1 des Entwurfs eines Gesetzes über den Verkehr mit Leuchtöl sollte dem Reich die Einfuhr, die Herstellung von und der Großhandel mit Mineralölen, die zum Brennen auf Lampen geeignet sind (Leuchtöl), ausschließlich zustehen; gem. § 1 Abs. 3 sollte die Ausübung dieser Tätigkeiten einer Aktiengesellschaft übertragen werden können (nach dem Abdruck des Entwurfs bei *Korthaus* Anh. 1).

³² Vgl. *Goldstein* S. 3; *Korthaus* S. 1 ff.

³³ *Korthaus* hob die zu fürchtenden neuen Preissteigerungen der Standard Oil und die drohende „Zersetzung des Wirtschaftskörpers“ Deutschlands hervor und bejahte und forderte deshalb die Einführung eines Staatsmonopols (vgl. insb. S. 41 ff.). Demgegenüber bekämpfte Erhard *Schmidt* die Errichtung dieses Monopols als undurchführbar, weil die Bedarfsdeckung ohne die Standard Oil problematisch sei; die Gefahr von Preissteigerungen hielt Schmidt wegen der Substitutionskonkurrenz von Gas und Elektrizität für gering.

³⁴ *Pasquay* S. 430 ff.

für Sicherungsmaßnahmen auf einzelnen Gebieten der gewerblichen Wirtschaft vom 9. 3. 1951 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 5. 5. 1951 (BGBl I S. 299)³⁵ durch § 9 der zweiten VO zur Sicherung der Schrottversorgung (VO Schrott I/52) vom 30. 7. 1952 (BAnz Nr. 147) geschaffene Vermittlungsmonopol der Schrottvermittlungs-GmbH Düsseldorf für Schrott und Nutzeisen³⁶ im Verhältnis zu „Werken“³⁷. Diese Bezugsbeschränkung durch Vorschreiben des Lieferweges zu den Betrieben der Schwerindustrie diente der Behebung von Störungen auf dem damals volkswirtschaftlich wichtigen Schrottmarkt (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. c WirtschaftssicherungsG)³⁸.

Es ist bereits dargelegt worden, daß leitende Gesichtspunkte für die rechtliche Behandlung der *Atomenergie* deren Eigenschaft als Energiequelle und die Gefährlichkeit der radioaktiven Strahlung sind, daß aber der auf lange Sicht für die Gesellschaft vorrangige Faktor der erstgenannte Umstand ist. Ein der Verwirklichung des Verwaltungszwecks der Rohstoffkontrolle dienendes Monopol gibt es im deutschen Atomenergierecht³⁹ nicht. Ein Lenkungsmonopol für Atomenergie, das die Ein- und Ausfuhr sowie den Handel mit Ausgangs- und Kernbrennstoffen erfaßt, besteht gegenwärtig in Italien. Das in den USA zunächst auf Grund des Atomic Energy Act 1946 vorhandene umfassende Lenkungsmonopol wurde durch die Neufassung des Gesetzes im Jahre 1954 abgeschwächt; danach ist an Kernbrennstoffen nur Eigentum des Bundes möglich, jedoch die Erzeugung von Kernbrennstoffen auch durch Private zugelassen⁴⁰. Faktische Kernbrennstoff-

³⁵ Die zunächst gem. § 10 des Gesetzes bis zum 30. 6. 1952 befristete Geltungsdauer des Gesetzes wurde durch Gesetz vom 25. 6. 1952 (BGBl I S. 337) u. ö. verlängert.

³⁶ Mit Ausnahme der in § 9 Abs. 2 VO Schrott I/52 genannten Stoffe.

³⁷ D. h. Verbrauchern, die Hochöfen, Thomas-Konverter, Siemens-Martin-Öfen oder Lichtbogen-Elektrostahlöfen betreiben (§ 8 Abs. 1 VO Schrott I/52).

³⁸ Zu diesem Monopol: *Huber WVerwR II* § 85 4 c. — Das Schrottvermittlungsmonopol wurde aufgehoben, nachdem die Hohe Behörde der Montanunion durch Schreiben vom 19. 5. 1953 (ABl S. 138) einen Verstoß gegen Art. 65 § 1 Montanunion-Vertrag gerügt und eine Genehmigung gem. § 12 Abs. 2 des Abkommens über die Übergangsbestimmungen vom 18. 4. 1951 (BGBl II S. 491) in Verb. mit Art. 65 § 2 des Vertrages verweigert hatte (vgl. *Huber WVerwR II Nachtr. A S. 793*). Da das Monopol der GmbH, die insoweit beliehenes Unternehmen war, kein privates, sondern ein öffentliches, und kein verabredetes, sondern ein rechtliches war, hätte nicht Art. 65 § 1, sondern Art. 66 § 7 des Vertrages angewandt werden müssen.

³⁹ Vor Inkrafttreten des AtomG gab es nur besatzungsrechtliche Rechtsquellen: AHKG Nr. 22 vom 2. 3. 1950 über die Überwachung von Stoffen, Einrichtungen und Ausrüstungen auf dem Gebiet der Atomenergie (ABl S. 122) in der Fass. des AHKG Nr. 53 vom 26. 4. 1951 (ABl S. 882) und des AHKG Nr. 68 vom 14. 12. 1951 (ABl S. 1361). Hierzu: *Kruse; Lühe S. 36 f., 50 f.*

⁴⁰ Zum Atomenergierecht der USA: *Hahn Eigentumsmonopol; Kronstein/Miller pp 229 sqq; Kruse S. 1018; Lühe S. 215 ff.*

monopole existieren in England⁴¹, Frankreich, Kanada und Belgien. Die deutsche Gesetzgebung hat von den denkbaren Techniken der gesetzlichen Regelung der Nutzung der Atomenergie⁴² nicht das Verwaltungsmonopol, sondern die privatwirtschaftliche Lösung mit einzelnen Genehmigungspflichten gewählt⁴³. Einen anderen Weg haben die Mitgliedstaaten der Euratom-Gemeinschaft im Euratom-Vertrag eingeschlagen: Der Agentur der Gemeinschaft, deren Funktion die Gewährleistung der Versorgung mit Erzen, Ausgangsstoffen und Kernbrennstoffen durch eine zentrale Versorgungspolitik ist (Art. 52 Abs. 1 des Vertrages)⁴⁴, ist ein Verteilungsmonopol (Art. 52 Abs. 2 lit. b des Vertrages) eingeräumt⁴⁵.

Von anderen Maßnahmen abgesehen erfolgt die Verwirklichung des Verwaltungszwecks des Strahlenschutzes insbesondere durch die in § 5 AtomG begründete staatliche Zwangsverwahrung⁴⁶ für Kernbrennstoffe, mit der eine Ablieferungspflicht verbunden ist. Soweit die Genehmigungen nach den §§ 4, 6, 7 und 9 AtomG eine Ausnahme von der Depotpflicht ermöglichen (vgl. § 5 Abs. 2 AtomG), handelt es sich um eine konzessionsweise Ausübung einer an sich einem Verwaltungsmonopol unterliegenden Tätigkeit. Da die Zwangsverwahrung dem

⁴¹ Die durch den Atomic Energy Authority Act vom 4. 6. 1954 als rechtsfähige Verwaltungseinheit errichtete Atomic Energy Authority besitzt das faktische Monopol für alle in Großbritannien gewonnenen und aus dem Ausland eingeführten Ausgangsstoffe und beherrscht dadurch auch die Kernbrennstoffherzeugung (vgl. *Lühe* S. 106 ff.).

⁴² Vgl. die Zusammenstellung bei *Mattern/Raisch* Vorbem. vor § 3 RNr. 2.

⁴³ *Borst* S. 161; *Cartellieri* S. 30 f.; *Fischerhof* Rechtsfragen S. 213 ff.; ders. Probleme S. 688; ders. Atomgesetz S. 318 („Absage an die staatswirtschaftliche Konzeption“); *Lühe* S. 51 ff., 290 („marktwirtschaftliches Sozialmodell“); *Mauz* Gegenwärtiger Stand S. 130 (der Privatinitiative wurde der Vorzug vor der Staatslenkung gegeben); *Sander* S. 46 (freie Entfaltung der Privatinitiative unter Vorbehalt staatlicher Genehmigung entsprechend der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik).

⁴⁴ Vgl. Erläuterungen zum Euratom-Vertrag, vor Art. 52.

⁴⁵ Voraussetzung für das Verteilungsmonopol sind das „Bezugsrecht“ der Agentur, das aus dem Optionsrecht (Art. 57 Abs. 1), mit dem eine Anbieterspflicht gekoppelt ist (Art. 57 Abs. 2 Satz 2), besteht, und das Einfuhrmonopol der Agentur (Art. 64). Bezugsrecht und Einfuhrmonopol werden auch unter dem Begriff des „Bezugsmonopols“ zusammengefaßt (hierzu: Erläuterungen zum Euratom-Vertrag, zu Art. 52; *Errera* u. a. Nr. 121). Wegen des Kernbrennstoffeigentums der Gemeinschaft gem. Art. 86 ff. betrifft das Optionsrecht lediglich den Erwerb der Nutzungsrechte (Erläuterungen zum Euratom-Vertrag, zu Art. 57). Durch das Einfuhrmonopol soll einerseits der Grundsatz des gleichen Zugangs zu den Versorgungsquellen (Art. 52 Nr. 1) für Quellen außerhalb der Gemeinschaft realisiert und andererseits eine stärkere Position auf dem Weltmarkt erzielt werden (vgl. *Errera* u. a. Nr. 134). Das Verteilungsmonopol umfaßt ein Lieferungsmonopol (Art. 60, 61, 63) und ein Ausfuhrmonopol (Art. 64).

Der bei der Vertragsabfassung vorausgesetzte Nachfrageüberschuß für Uran hat sich nicht eingestellt, so daß die Monopolstellung der Agentur gegenwärtig nicht in Erscheinung tritt (vgl. *Cartellieri* S. 28).

⁴⁶ Verwahrungsbehörde ist die Physikalisch-Technische Bundesanstalt in Braunschweig (§ 23 AtomG).

Strahlenschutz, d. h. der Gefahrenabwehr, dient⁴⁷, ist sie ein Polizei-monopol. Während das AtomG von der Überlegung ausgeht, daß die Gefahren unsachgemäßer Handhabung von Kernbrennstoffen nicht dem Eigentum, sondern der Verfügungsmacht entspringen⁴⁸, ist im Euratom-Vertrag zum selben Zweck in Anlehnung an die amerikanische Lösung die Konstruktion des öffentlichen Kernbrennstoffeigentums aufgenommen worden. Dieses Kernbrennstoffeigentum steht der Gemeinschaft für alle innerhalb der Gemeinschaft erzeugten oder in sie eingeführten Kernbrennstoffe zu und entsteht ipso facto (Art. 86 des Vertrages). Die Rechtsnatur dieses Eigentums ist zweifelhaft⁴⁹, jedoch wird überwiegend angenommen, daß es sich um ein aus der Abspaltung des formalen Eigentumstitels vom Nutzungs- und Verbrauchsrecht hervorgegangenes Rechtsinstitut handelt⁵⁰. Wenn auch diese Rechtsfigur nicht auf deutschem Recht beruht, so kann doch nicht angenommen werden, daß der Euratom-Vertrag, wenn er schon den Begriff des Eigentums verwandte, ein neben den Eigentumsbegriffen der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stehendes neues Institut schaffen wollte. Deshalb bleiben die Kategorien des deutschen Rechts anwendbar, die nur ein zivilrechtliches Eigentum kennen, dessen Funktionen aber verschiedenen Rechtsträgern zukommen können. Die Gemeinschaft besitzt somit ein — auf nicht privatrechtlichen Rechts-sätzen beruhendes — zivilrechtliches („Buch“-)Eigentum, von dem der wirtschaftlich wesentliche Ausschnitt der Nutzung den Besitzern überlassen ist, so daß eine umgekehrte Rollenverteilung wie bei der Sicherungsübereignung entsteht. Das Kernbrennstoffeigentum ist daher kein Verwaltungsmonopol.

65.— Eine bedeutsame Erscheinungsform des im Interesse der Rohstofflenkung begründeten Verwaltungsmonopols ist der bergrechtliche Staatsvorbehalt.

Die Entwicklung des Bergrechts wurde seit dem Mittelalter und ohne nennenswerten Einfluß des gemeinen Rechts⁵¹ durch die Grundsätze

⁴⁷ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum AtomG, zu § 5 (nach Erler/Kruse I, 519).

⁴⁸ Cartellieri S. 27 f.; Lühe S. 51.

⁴⁹ Vgl. Böhm (dogmatisch ein öffentliches Kontrollrecht, das das privatrechtliche Eigentum der Besitzer beschränke); Cartellieri S. 27; Errera u. a. Nr. 160; Fischerhof Kommentar Vorbem. vor 33 AtG RNR. 20 ff. (zivilrechtliches Eigentum); Mattern/Raisch Vorbem. vor § 3 RNR. 9 und 13 (dem Wesen nach ein absolutes Verfügungsverbot).

⁵⁰ Das Kernbrennstoffeigentum der Gemeinschaft bezweckt in erster Linie eine Kontrolle im Interesse der Sicherheit, wie der Koppelung mit der Sicherheitsüberwachung zu entnehmen ist. Nebenzweck ist die Angleichung an die Regelung der USA, um den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit diesem Staat zu erleichtern (vgl. Erläuterungen zum Euratom-Vertrag, vor Art. 86).

⁵¹ Wieacker S. 124.

der Regalität des Bergbaues beherrscht⁵². Das Salzregal machte zunächst eine Sonderentwicklung durch⁵³, bis es mit dem Bergregal verschmolz⁵⁴; nicht bergrechtlichen, sondern steuerartigen Charakter hatte das im Merkantilismus typische Salzhandelsmonopol.

Die Regalität löste das das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung bestimmter Mineralien, insbesondere der Erze und des Salzes, aus dem Grundeigentum heraus⁵⁵ und bildete aus diesem eine verselbständigte Rechtsstellung des Königs, später des Territorialherrn. Die Ausübung des nutzbaren Teils des Bergregals, das zu den niederen Regalien zählte, konnte als Bergwerksgerechtigkeit an private Unternehmer verliehen werden, während Rechtssetzungsmacht, Oberaufsicht, Gerichtsbarkeit und Polizei dem Regalherrn als Berghoheit (ius metallifodinarum et salinarum sublimis) ebenso verblieben, wie gewisse fiskalische Rechte⁵⁶. Die Anweisungsrechte des Regalherrn in technischer, wirtschaftlicher und polizeilicher Hinsicht wurden unter dem Begriff des Direktionsprinzips zusammengefaßt⁵⁷. Die kameralistische Theorie, welche das Regal vor dem Gemeinwohl rechtfertigte und auf dieses zurückführte⁵⁸, vermochte dennoch die Regalität nicht zu einem für

⁵² Die Entwicklung des älteren Bergrechts wird gewöhnlich in zwei relativ selbständigen Linien verfolgt, von denen die eine die Loslösung eines Mineralgewinnungsrechts vom Grundeigentum (Geschichte der Bergbaufreiheit), die andere die Einflußnahme des Königs bzw. Territorialherrn auf die Mineralgewinnung (Geschichte des Bergregals) betrifft. Die Regalität des Bergbaues wird hier als übergeordneter Wesenszug des Bergrechts vor den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts dem diese beherrschenden Prinzip der Bergbaufreiheit gegenübergestellt, ohne daß die rechtsgeschichtliche Streitfrage weiter untersucht wird, ob die Bergbaufreiheit des älteren Bergrechts eine Folge des aufkommenden Bergregals war oder ob sie sich unabhängig von diesem herausbildete (etwa durch Ausdehnung der für die nicht in Sondereigentum stehenden Grundstücke der gemeinen Marken und Forsten eo ipso bestehenden Bergbaufreiheit auf das in Sondereigentum stehende Land, wie Achenbach § 21 annimmt; ihm widerspricht Arndt Geschichte und Theorie S. 28 ff., 55 ff., 204 ff.).

Auf die Entstehung des Bergregals wurde bei der Darstellung des Regals eingegangen (vgl. Textziffer 29). Im übrigen zur Geschichte des Bergrechts: Achenbach §§ 7 ff. und 21 ff.; Arndt Geschichte und Theorie; Boldt S. 3 ff.; Grueter; Müller-Erbach S. 38 ff.; Schlüter Preuß. BergR S. 6 ff.; Schönbauer; Virnich; Voelkel Grundzüge S. 15 ff.; Westhoff/Schlüter; Wolff/Raiser § 95. Ältere geschichtliche und systematische Darstellungen des Bergrechts sind nachgewiesen bei Achenbach §§ 4, 5. Speziell zur Geschichte des Staatsvorbehalts: Steffen Diss.

⁵³ Vgl. Böhlau (mit ausgiebiger Benutzung der Quellen); Burmester S. 71 f., 255 ff.; Eichhorn § 279; Planitz S. 79; Voelkel Grundzüge S. 93; Westhoff/Schlüter 50, 57 ff.

⁵⁴ Vgl. Klüber S. 722 ff.

⁵⁵ Dem entspricht die für das gegenwärtige Bergrecht grundlegende Unterscheidung der Grundeigentümermineralien und der bergfreien Mineralien.

⁵⁶ Vgl. Klüber S. 727 ff.; Steffen Diss. S. 111 ff.

⁵⁷ Dapprich/von Schlütter S. 19 f.; Müller-Erbach S. 95 ff.

⁵⁸ Von Justi, Staatswirthschaft, 2. Aufl., 1758, II §§ 184—203; Christian von Schlözer, Anfangsgründe der Staatswirthschaft, 1805/07, II, 148 f.

das Industriezeitalter brauchbaren Instrument zu machen. Nach dem Vorgang des revolutionären Frankreich verdrängte um die Mitte des 19. Jahrhunderts das System der Bergbaufreiheit die Regalität, wodurch das Recht des Fündigen auf Verleihung des Mineralgewinnungsrechts, das auch gemeinrechtlich bereits seit langem bestand, gesetzlichen Niederschlag fand und das Aufsichtsrecht des Staates auf ausgesprochen hoheitliche Interessen beschränkt wurde (Inspektionsprinzip). Der Staat übt danach vor allem die Bergpolizei aus und wirkt beim Erwerb des Mineralgewinnungsrechts mit⁵⁹.

Zivilrechtlich ist Grundlage des geltenden Bergrechts die durch den landesrechtlichen Vorbehalt des Art. 67 EGBGB, dessen Inhalt sich nach Art. 3, 218 EGBGB bemißt, ermöglichte Inhaltsbestimmung des Grundeigentums durch das landesrechtliche⁶⁰ Bergrecht dahingehend, daß die bergbaufreien Mineralien dem Grundeigentum (§ 905 BGB) entzogen sind, um eine wirtschaftlich sinnvolle Ausbeutung der wesentlichen Bodenschätze zu erreichen. Nur die nicht bergfreien und die nicht einem Staatsvorbehalt unterliegenden Mineralien stehen dem Grundeigentümerbergbau offen und werden nicht durch die bergrechtlichen, sondern durch die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über das Eigentum erfaßt⁶¹. Der Erwerb des Eigentums an den bergfreien Mineralien, die zunächst herrenlos sind⁶², erfolgt nicht durch eine zivilrechtliche occupatio rei nullius, sondern kraft eines erst nach Mutung zu

⁵⁹ Vgl. *Brassert/Gottschalk* vor § 1; *Wahle* S. 473 f.; *Voelkel* Grundzüge S. 33; *Willecke* § 8.

⁶⁰ Während der Geltungsdauer der RV 1871 war das Bergrecht Landessache (Art. 2, 4 RV 1871). Einen Überblick über die Partikularrechte vermitteln *Westhoff/Schlüter* 50, 492 ff. und 51, 93 ff. Gem. Art. 7 Ziff. 16 WeimRVVerf gehörte demgegenüber der Bergbau zur konkurrierenden Reichsgesetzgebung; von dieser Kompetenz machte das Reich im wesentlichen nur für organisatorische Vorschriften Gebrauch, nicht aber für das materielle Bergrecht (Gesetz zur Überleitung des Bergwesens auf das Reich vom 28. 2. 1935, RGBl I S. 315; Gesetz über den Aufbau der Reichsbergbehörden vom 30. 9. 1942, RGBl I S. 603); vgl. *Klapper* S. 101 ff. Nach geltendem Verfassungsrecht gehört das Recht des Bergbaues zu den konkurrierenden Bundeskompetenzen (Art. 74 Ziff. 11 GrundG). Zur gegenwärtigen Rechtslage des Bergrechts: *Rudolf Isay* Vereinheitlichung, mit rechtspolitischen Vorschlägen für ein Bundesberggesetz; ders. Entwurf; *Krautschneider*. Eine Zusammenstellung der gegenwärtigen Staatsvorbehalte gibt *Steffen* Diss. S. 44.

⁶¹ Hierzu: *Müller-Erzbach* S. 561 ff.; *Willecke* §§ 1 und 3.

⁶² *Müller-Erzbach* S. 119 ff.; *Wolff/Raiser* § 97 I; *Dapprich/Schlütter* S. 22; *Steffen* Diss. S. 49 ff.; RGZ 135, 197/201; BGHZ 19, 209/225 f. Abw.: *Brassert/Gottschalk* vor § 1; *Klostermann/Thielmann* § 1 Anm. 2 (sie gehören dem Grundeigentümer). Die Auffassung von der Herrenlosigkeit der bergfreien Mineralien lag bereits dem preuß. ALR zugrunde, das das Bergregal zu den ausschließlichen Rechten zählt, gewisse Arten der herrenlosen Sachen in Besitz zu nehmen. Bei der Entstehung des preuß. ABG war die Beurteilung dieser Frage durch die gesetzgeberischen Faktoren in den einzelnen Etappen der Entstehungsgeschichte durchaus widersprüchlich (vgl. *Achenbach* I §§ 32, 33).

verleihenden⁶³ Mineralgewinnungsrechts, des Bergwerkseigentums, das die eigentumsbegründende Besitzergreifung der Mineralien erlaubt⁶⁴. Das Bergwerkseigentum ist ein Inbegriff einzelner zivilrechtlicher Rechte, deren Kern das Aneignungsrecht hinsichtlich der verliehenen Mineralien ist (vgl. § 54 ABG; Art. 46 BayBergG) und die wirtschaftlich gesehen durch den gemeinsamen Zweck der Gewinnung bestimmter Bodenschätze verbunden sind⁶⁵. Durch den Staatsvorbehalt wird ein privates Mineralgewinnungsrecht nicht ausgeschlossen, doch wird dieses nicht als Bergwerkseigentum verliehen, sondern ohne Rechtsanspruch des Privaten durch Ermessensentscheidung als Konzession begründet^{66 67}.

Zur Verdeutlichung des Wesens des bergrechtlichen Staatsvorbehalts dessen Inhalt zufolge der landesrechtlichen Zersplitterung in den einzelnen Rechtsgebieten verschieden ist, wird hier das ehemals preussische und das bayerische Bergrecht herangezogen.

Das Allgemeine Berggesetz für die Preussischen Staaten vom 24. 6. 1865 (GS S. 705)⁶⁸ behielt dem Staat keine Mineralien vor⁶⁹. Die unter dem Regime der absoluten Bergbaufreiheit zu beobachtende Tendenz zu einer monopolistischen Beherrschung wertvoller Bodenschätze durch private Großunternehmer bildete den Anlaß⁷⁰ zur Einführung eines Staatsvorbehalts für Steinkohle, Steinsalz und Kali-, Magnesia- und Borsalze einschließlich der mit diesen Salzen auf derselben Lagerstätte

⁶³ Die Verleihung des Bergwerkseigentums ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt; *Wolff/Raiser* § 96 I 5 vergleichen sie mit der Erteilung eines Patents.

⁶⁴ *Wahle* S. 475 f.

⁶⁵ Zur Rechtsnatur des Bergwerkseigentums: Heinrich *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Band: Das Sachenrecht, 4. Aufl., 1908, §§ 144, 151; *Burmester* S. 96 ff. (mit abweichender Konstruktion); *Klostermann/Thielmann* § 50 Anm. 1; *Müller-Erzbach* S. 119 ff., ebenso *Eichler* S. 46; *Wolff/Raiser* § 97 I und *Raiser* JZ 1961, 468 f. (als Herrschaftsrecht an einem Tätigkeitsbereich ist das Bergwerkseigentum ein Immaterialgüterrecht, das sich insb. aus dem Aneignungsrecht am abgebauten Mineral und einem die verliehenen Mineralien belastenden dinglichen Erwerbsrecht zusammensetzt); *Baur* § 30 II (dingliches Nutzungsrecht, dessen wesentlicher Kern ein Aneignungsrecht ist).

⁶⁶ *Voelkel* Grundzüge S. 13 f., 96 f.; *Busse*.

⁶⁷ Neben den dem Staatsvorbehalt unterliegenden Mineralien gibt es nicht auch noch „regale Mineralien“, wie *Boldt* S. 29 f. für das lippische und schauburg-lippische Bergrecht annimmt: denn der heutige Staatsbegriff und damit das Verwaltungsrechtssystem schließen die Regalitätsvorstellung aus. Demgegenüber kann die historische Kontinuität nicht ins Feld geführt werden. Dogmatisch handelt es sich auch hier um einen Staatsvorbehalt und damit um ein Verwaltungsmonopol.

⁶⁸ Zu diesem Gesetz: *Achenbach* § 18; *Wolfram Fischer*.

⁶⁹ § 2 Abs. 1 unterwarf lediglich den Erwerb und Betrieb von Bergwerken für Rechnung des Staates dem ABG. Die Bestimmung des § 2 Abs. 2, daß das Salzhandelsmonopol unberührt bleibe, hatte nur klarstellende Bedeutung.

⁷⁰ *Boldt* S. 7 f., 26. ff.; *Eskens* Berggesetznovelle vom 5. Juli 1905 S. 462; *Wolfram Fischer* S. 530; *Rudolf Isay* Deutsches Kohlenwirtschaftsrecht S. 10; *Müller-Erzbach* S. 137; *Planitz* S. 76 f.; *Voelkel* Grundzüge S. 13, 94; *Willecke* § 14.

vorkommenden Salze und Solquellen⁷¹ für den Geltungsbereich des ABG mit Ausnahme der Steinkohlevorkommen in den Provinzen Ostpreußen, Brandenburg, Pommern und Schleswig-Holstein (Neufassung des § 2 ABG durch Art. I Ziff. 3 Gesetz, betr. die Abänderung des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, vom 18. 6. 1907, GS S. 119)⁷²,

⁷¹ Zu diesem Begriff: RGZ 77, 293 (Heilquellen mit weniger als 1,5 % Gehalt an Kochsalz sind keine Solquellen).

⁷² Zuzufolge dieser Novelle war das Schürfen nach und die Verleihung des Bergwerkseigentums für die vorbehaltenen Mineralien allein dem Bergfiskus erlaubt. Die Verleihung des Bergwerkseigentums wegen dieser Mineralien war verschieden geregelt: Für Salze führte Art. V Ziff. 1 der Novelle durch Einfügung der §§ 38 a—38 c in das ABG ein vereinfachtes Verfahren ein. Für die Steinkohle traf § 2 Abs. 3 n. F. ABG hinsichtlich von 250 Maximalfeldern eine Sonderregelung, während für weitere Steinkohlefelder das gewöhnliche Verleihungsverfahren der §§ 12 ff. ABG stattfinden mußte (infolge einer redaktionellen Fehlfassung des § 38 a ABG; vgl. *Müller-Erbach* S. 206). Privaten konnte die Ausübung des Vorbehalts für die Salze gem. § 2 Abs. 2 n. F. ABG und für die nicht unter § 2 Abs. 3 n. F. ABG fallende Steinkohle gem. § 2 Abs. 4 n. F. ABG nach Maßgabe eines zu erlassenden Gesetzes übertragen werden.

Durch § 1 Gesetz zur Aufschließung von Steinkohlen vom 11. 12. 1920 (GS 1921 S. 74) wurde § 2 Abs. 4 ABG dahingehend umgefaßt, daß in bestimmten Bergbaubezirken der Staat die Ausübung des Vorbehalts an andere Personen in der Weise übertragen kann, daß der andere im Falle eines verleihungsfähigen Fundes die Verleihung des Bergwerkseigentums an den Staat herbeizuführen hat, wogegen dieser sich verpflichtet, dem anderen die Ausbeutung des Bergwerks ganz oder teilweise unter bestimmten Bedingungen zu überlassen. Dieses Gesetz betraf nur Vorkommen von untergeordneter Bedeutung und sollte dem Brennstoffmangel abhelfen (vgl. die Aml. Begründung, abgedruckt ZfB 62/1921, 60 ff.; *Voelkel* Das preuß. Gesetz zur Aufschließung von Steinkohlen).

Das Gesetz über Aufsuchung und Gewinnung von Steinkohle vom 22. 5. 1922 (GS S. 118) führte für die Verleihung des Bergwerkseigentums hinsichtlich der unter den Vorbehalt fallenden Steinkohle — soweit nicht § 2 Abs. 4 ABG in der Fass. des Gesetzes vom 11. 12. 1920 anzuwenden war — nunmehr ebenfalls das vereinfachte Verfahren des § 38 b ABG ein (§ 1 dieses Gesetzes) und regelte in § 2 Abs. 1 die Übertragung der Ausübung des so begründeten Bergwerkseigentums an andere Personen. Durch das Gesetz über ein verändertes Verfahren zur Verleihung von Steinkohlenfeldern an den Staat vom 3. 1. 1924 (GS S. 17) wurde das Verfahren für die Salze des § 2 Abs. 2 ABG und für die Steinkohle in den Fällen des § 2 Abs. 4 in der Fass. des Gesetzes vom 11. 12. 1920 neu geregelt.

Die VO über einen erweiterten Staatsvorbehalt zur Aufsuchung und Gewinnung von Steinkohle und Erdöl vom 10. 10. 1927 (GS S. 189) brachte eine materiellrechtliche Neuerung durch Erstreckung des Staatsvorbehalts für Steinkohle auf die Provinz Brandenburg, das Stadtgebiet von Berlin und diejenigen Gebietsteile der Provinzen Sachsen und Niederschlesien, in denen die Steinkohle bisher grundhörig gewesen war (Art. I § 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 dieser VO) unter Aufhebung der konkurrierenden Aufsuchungs- und Gewinnungsrechte auf Grund des Verfügungsrechts des Grundeigentümers gegen Entschädigung (Art. II Abs. 1 und Art. III Abs. 1 dieser VO). Das Verfahren der Verleihung des Bergwerkseigentums an den Staat und der Übertragung der Ausbeutung an andere Personen wurde entsprechend der bisherigen Vorschriften geregelt (Art. I §§ 2 und 3 dieser VO). Diese VO wurde später auf Antrag des Staatsrates durch den StGH (Lammers/Simons II, 51) für verfassungsrechtlich unzulässig erklärt, weil sie die Ermächtigung des Art. 55 PreußVerf überschritten habe, und daher durch das im wesentlichen inhaltsgleiche Gesetz über einen erweiterten Staatsvorbehalt zur Aufsuchung

nachdem bereits durch die lex Gamp vom 5. 7. 1905 (GS S. 265) für die betroffenen Mineralien eine befristete Mutungssperre angeordnet worden war⁷³.

Die Bedeutung dieser Maßnahme reicht weit über ihren konkreten Anlaß hinaus; denn sie war der Beginn eines zunehmenden unmittelbaren Einflußnehmens des Staates auf die Verwertung der wichtigen Bodenschätze, dessen Instrument der Staatsvorbehalt war. Durch Art. I des Gesetzes über die Verleihung von Braunkohlenfeldern an den Staat vom 3. 1. 1924 (GS S. 18) wurde in einer Anzahl von Bergbaubezirken der Staatsvorbehalt für Braunkohle eingeführt⁷⁴. Nachdem bereits durch das Gesetz über phosphorhaltige Mineralien und Gesteine vom 9. 1. 1923 (GS S. 13)⁷⁵ gegen Entschädigung der Grundeigentümer dem Staat die Ermächtigung gegeben worden war, einem Bewerber die Befugnis zu erteilen, auf fremden Grundstücken phosphorhaltige Mineralien und Gesteine aufzusuchen und zu gewinnen (§§ 1 lit. a, 2 Abs. 1 dieses Gesetzes), was eine bedingte Einführung der Bergbaufreiheit für diese Stoffe bedeutete, begründete § 1 Abs. 1 Phosphoritgesetz vom 16. 10. 1934 (GS S. 404)⁷⁶ den Staatsvorbehalt für die phosphorhaltigen Mineralien und Gesteine⁷⁷. § 6 Abs. 1 dieses Gesetzes sah eine Entschädigung für die betroffenen Grundeigentümer, deren Verfügungsrecht erlosch (§ 5 Abs. 1 Satz 1 dieses Gesetzes), vor. Eine Besonderheit des Phosphoritgesetzes besteht darin, daß der Staatsvorbehalt ohne die sonst notwendige Verleihung des Bergwerkseigentums an den Staat gem. § 38 b ABG unmittelbar das Aneignungsrecht des Staates entstehen läßt. Die Ausübung des Vorbehalts konnte auch hier gem. § 2 des Gesetzes auf andere Personen übertragen werden. Schließlich

und Gewinnung von Steinkohle und Erdöl vom 22. 7. 1929 (GS S. 87) ersetzt.

Eine vereinfachende und abschließende Regelung erfuhr der Staatsvorbehalt für Steinkohle und das Verfahren bei Verleihung des Bergwerkseigentums an den Staat und bei Übertragung der Ausübung an andere Personen durch das Gesetz zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften vom 24. 9. 1937 (GS S. 93), das § 2 Abs. 3 und 4 ABG, das Gesetz vom 22. 5. 1922 und das Gesetz vom 22. 7. 1929 aufhob (vgl. Art. 1, Art. 4 §§ 12 und 13 dieses Gesetzes).

⁷³ Zur Gesetzgebung von 1905 und 1907: Amtl. Begründung der Novelle von 1907, abgedruckt ZfB 48 (1907), 181 ff.; *Burmester; Dernburg* a.a.O. (Anm. 65) § 142; *Eskens* Berggesetznovelle vom 5. Juli 1905; ders. Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907; *Huber WVerwR* II § 75 II 4 a; *Müller-Erzbach* S. 107 f., 137 ff., 205 ff.; *Voelkel* Grundzüge S. 95 ff.; *Willecke* § 9.

⁷⁴ Seit dem ÄndG vom 24. 9. 1937: § 2 Abs. 1 lit. c ABG.

⁷⁵ Aufgehoben durch § 9 Abs. 2 PhosphoritG 1934.

⁷⁶ Geändert durch Art. 4 § 16 ÄndG vom 24. 9. 1937. — Das nach der durch das NeuaufbauG vom 30. 1. 1934 (RGBl I S. 75) und die 1. NeuaufbauVO vom 2. 2. 1934 (RGBl I S. 81) bewirkten Umgestaltung der staatsrechtlichen Stellung der Länder erlassene PhosphoritG war partielles Reichsrecht (vgl. BGHZ 18, 128 im Anschluß an RGZ 152, 86; BGHZ 19, 209/214 ff.).

⁷⁷ § 8 PhosphoritG ermächtigte den Minister für Wirtschaft und Arbeit, durch gesetzesvertretende VO auch für andere grundhörige Mineralien und Gesteine einen Staatsvorbehalt einzuführen. — Zum PhosphoritG vgl. die *AusfAnw* vom 25. 10. 1934 (MinBl WiA S. 333), sowie *Klapper* S. 110 ff.

wurde durch Art. I § 1 Abs. 1 lit. b der — verfassungswidrigen — VO über einen erweiterten Staatsvorbehalt zur Aufsuchung und Gewinnung von Steinkohle und Erdöl vom 10. 10. 1927 (GS S. 189), an dessen Stelle dann Art. I § 1 lit. b des Gesetzes über einen erweiterten Staatsvorbehalt zur Aufsuchung und Gewinnung von Steinkohle und Erdöl vom 22. 7. 1929 (GS S. 87) trat⁷⁸, für die Provinz Brandenburg, das Stadtgebiet von Berlin und diejenigen Gebietsteile der Provinzen Sachsen und Niederschlesien, in denen die Steinkohle bisher grundhörig gewesen war, ein Staatsvorbehalt für Erdöl⁷⁹, Erdgas⁸⁰, Bergwachs, Asphalt und Gesteine mit einem bestimmten Gehalt an Bitumen eingeführt. Auch hier war wieder eine Entschädigungsregelung beigelegt (Art. III Abs. 1 der VO; Art. III Abs. 1 des Gesetzes)⁸¹. Während nach Art. I § 2 der VO 1927 und Art. I § 2 des Gesetzes 1929 die Aufsuchung und Gewinnung der vorbehaltenen Mineralien die Verleihung des Bergwerkseigentums an den Staat voraussetzte, wurde durch die ErdölVO 1934 die geschilderte Regelung des Phosphoritgesetzes auch auf den Staatsvorbehalt für Erdöl angewandt, so daß dieser ebenfalls das Aneignungsrecht des Staates unmittelbar kraft Gesetzes entstehen läßt. Die Ausübung des Vorbehalts kann an andere Personen übertragen werden (Art. I § 5 VO 1927; Art. I § 3 Gesetz 1929; § 2 ErdölVO).

Zusammenfassend ist festzustellen, daß im ehemals preußischen Bergrecht nach dem Stand des ÄndG vom 24. 9. 1937, das den § 2 ABG neu gefaßt hat, vorbehaltlich einzelner Ausnahmen durch Gesetz oder Verordnung, ein Staatsvorbehalt für Steinkohle, Steinsalz, Kali-, Magnesia- und Borsalze einschließlich der Abraumsalze und der auf derselben Lagerstätte vorkommenden Solquellen im gesamten Geltungsbereich des ABG und ein Staatsvorbehalt für Braunkohle und Eisenerze, mit Ausnahme der Raseneisenerze, in bestimmten Teilen des ehemals preußi-

⁷⁸ Art. I § 1 lit. b des Gesetzes wurde durch § 5 Abs. 3 Ziff. 1 des Gesetzes zur Erschließung von Erdöl und anderen Bodenschätzen (Erdölgesetz) vom 12. 5. 1934 (GS S. 257) neu gefaßt. Die auf Grund des § 8 PhosphoritG erlassene VO über die Berechtigung zur Aufsuchung und Gewinnung von Erdöl und anderen Bodenschätzen (ErdölVO) vom 13. 12. 1934 (GS S. 463) begründete den Staatsvorbehalt für Erdöl, Erdgas usw. allgemein und ohne örtliche Begrenzung, ließ aber die Rechtslage nach dem Gesetz vom 22. 7. 1929 unberührt (§ 1 Abs. 3 der VO), so daß es nun zwei verschieden gestaltete Staatsvorbehalte für Erdöl usw. gab. Art. 4 § 13 Ziff. 1 ÄndG vom 24. 9. 1937 hob dann aber das Gesetz vom 22. 7. 1929 auf und unterstellte den Staatsvorbehalt in dem Geltungsbereich dieses Gesetzes den Vorschriften der §§ 1, 2 und 6 ErdölVO, worauf § 1 Abs. 3 ErdölVO neu gefaßt wurde (Art. 4 Ziff. 17 Abs. 1 ÄndG vom 24. 9. 1937). — Zur Entstehung der ErdölVO: *Klapper* S. 112 f. Die ErdölVO ist geltendes Recht (BGHZ 19, 209; dazu *Ipsen* Erdöl-Urteil).

⁷⁹ Vgl. v. *Collani*; *Hassmann* Erdöl.

⁸⁰ Vgl. *Busse* Erdgaslagerstätten; *Kohl* S. 48 f.

⁸¹ Geändert durch § 5 Abs. 3 Ziff. 2 ErdölG 1934. Für die durch den Staatsvorbehalt der ErdölVO eintretenden Rechtsverluste wurde keine Entschädigung gewährt (§ 6 Abs. 2 dieser VO). Diese Handhabung war durch Art. 153 Abs. 3 WeimRVerf gedeckt (BGHZ 19, 209).

schen Territoriums bestehen. Daneben ist auf Grund von Vorschriften außerhalb des ABG ein Staatsvorbehalt für phosphorhaltige Mineralien und Gesteine sowie für Erdöl, bituminöse Gesteine und Erdgas vorhanden. Das ehemals preußische Bergrecht, insbesondere das ABG, galt nicht innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen einheitlich (Art. 125 Ziff. 1 GrundG), so daß es seit Inkrafttreten des Grundgesetzes Landesrecht geworden ist⁸². Nach dem 8. 5. 1945 ist in nahezu allen Landesbergrechten ein neuer Staatsvorbehalt für radioaktive Ausgangsstoffe, insbesondere Uran und Thorium, eingeführt worden, z. B. in Nordrhein-Westfalen durch das 2. Gesetz zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften vom 25. 5. 1954 (GVBl S. 155)⁸³.

Während die sukzessive Ausbildung der einzelnen Staatsvorbehalte im preußischen Bergrecht in nicht unerheblichen Teilen rechtstechnisch außerhalb des Berggesetzes stattfand, was die Unübersichtlichkeit dieser Entwicklung zur Folge hatte, ist die Entstehung und Fortbildung der Staatsvorbehalte im bayerischen Bergrecht stets im Rahmen des Berggesetzes, des nach dem Vorbild des preuß. ABG erlassenen Berggesetzes für das Königreich Bayern vom 20. 3. 1869 (GVBl 1866/69 Sp. 673)⁸⁴ erfolgt. Im BergG 1869 befand sich ein Staatsvorbehalt lediglich hinsichtlich der Steinsalz- und Solegewinnung im Bereich des Bezirksamtes Berchtesgaden (Art. 2 dieses Gesetzes). Durch Art. I Ziff. 2 des Gesetzes, betr. Änderung einiger Bestimmungen des Berggesetzes für das Königreich Bayern vom 20. März 1869, vom 30. 6. 1900 (GVBl S. 745) wurde der Staatsvorbehalt allgemein für Steinsalz und die auf derselben Lagerstätte vorkommenden Salze, namentlich Kali-, Magnesia- und Borsalze sowie für Solquellen eingeführt⁸⁵.

⁸² Reuss/Grotefeld/Dapprich S. 25; BGHZ 11, 104, zust. Baur § 30 I 2; Wolff/Raiser § 95 VII Anm. 17.

⁸³ Über die bergrechtlichen Staatsvorbehalte für Ausgangsstoffe unterrichten in Tabellenform: Lühe, Atomenergierecht in Westeuropa, USA und Kanada, 1958, S. 45 ff. (Stand vom 1. 7. 1956); Erler/Kruse, Deutsches Atomenergierecht, H 10 (Stand vom 1. 1. 1957). Vgl. auch Busse RechI. Grundlagen; Willecke § 12. Rudolf Isay Vereinheitlichung S. 24 hat sich gegen den Staatsvorbehalt für Uran ausgesprochen.

⁸⁴ Neu bekanntgemacht am 20. 7. 1900 (GVBl S. 775) und mit dem Datum des 13. 8. 1910 am 1. 9. 1910 (GVBl S. 815) auf Grund des Art. III der Novelle vom 13. 8. 1910 (GVBl S. 799); jetzt BayBS IV S. 136.

⁸⁵ Anlaß der Einführung war die Befürchtung privater Konkurrenz durch Nutzung der nordbayerischen Salzvorkommen zu Lasten der staatlichen Salinen. In gleicher Weise wurden auch volkswirtschaftliche Erwägungen zu Grunde gelegt (vgl. Nothhaas/Miesbach Art. 2 Anm.; von Rauck Art. 2 Anm. 1). Die Verwaltung der staatlichen Bergwerke, Hütten und Salinen blieb auch, obwohl zunächst die Zuständigkeit zur Übertragung der Ausübung des Staatsvorbehalts an andere Personen dem Finanzminister zustand (Art. 2 Abs. 2 n. F. BergG), getrennt von der Ausübung der nach dem BergG bestehenden Hoheitsrechte, die dem Innenminister oblag (§§ 1, 10, 11 Königlich Allerhöchste VO, die Organisation und Wirkungskreis der Bergbehörden betr., vom 30. 7. 1900, GVBl S. 839). Jetzt: VO über die Bergbehörden vom 11. 9. 1931 (BayBS IV S. 128). Zu § 1 Abs. 3 dieser VO: Gesetz über

Art. 1 Ziff. 2 des Gesetzes über die Änderung des Berggesetzes vom 17. 8. 1918 (GVBl S. 551) schuf einen Staatsvorbehalt für Eisen- und Manganerze, Braunkohlen, Steinkohlen hinsichtlich der Vorkommen im Regierungsbezirk Pfalz, Graphit mit Ausnahme des Graphitvorkommens im Bezirk des Bezirksamtes Wegscheid und in dem links der Ilz gelegenen Teil des Bezirksamtes Passau⁸⁶ und Bitumen in festem, flüssigem oder gasförmigem Zustand, insbesondere Erdöl, Erdgas, Bergwachs (Ozokerit) und Asphalt sowie den wegen ihres Gehalts an Bitumen technisch verwertbaren Gesteinen⁸⁷. Ein Vorbehalt für Gold, gediegen⁸⁸ und als Erz, wurde dem BergG durch Art. 1 Ziff. 2 des Gesetzes über die Änderung des Berggesetzes und des Wassergesetzes vom 23. 3. 1938 (GVBl S. 145) eingefügt. Nach dem 8. 5. 1945 hatte Art. 160 Abs. 1 BayVerf zwar bestimmt, daß das Eigentum an Bodenschätzen, die für die allgemeine Wirtschaft von größerer Bedeutung sind, „in der Regel“ Körperschaften des öffentlichen Rechts zusteht, doch war damit keine unmittelbare Rechtsänderung bewirkt worden, sondern diese nur in Aussicht gestellt⁸⁹. Das Erste Gesetz zur Durchführung des Art. 160 der Bayerischen Verfassung vom 18. 7. 1947 (BayBS IV S. 255) brachte nur vorbereitende Vorschriften, so daß eine Realisierung des Art. 160 Abs. 1 BayVerf bisher ausgeblieben ist. Durch das Gesetz zur Änderung des Berggesetzes vom 29. 12. 1949 (GVBl 1950 S. 40) ist schließlich ein Staatsvorbehalt für Titan- und Uranerze sowie für phosphorhaltige Mineralien und Gesteine eingeführt worden.

Nach bayerischem Bergrecht ist eine Verleihung des Bergwerkeigentums für die unter Staatsvorbehalt stehenden Mineralien nicht möglich, so daß das Aneignungsrecht hinsichtlich dieser Stoffe unmittelbar kraft Gesetzes besteht⁹⁰. Eine Übertragung der Ausübung der Übertragung der Verwaltung und Ausbeutung des staatlichen Bergwerks-, Hütten- und Salinenbesitzes an eine Aktiengesellschaft vom 1. 4. 1927 (GVBl S. 109). Gegenwärtig werden keine Bergwerke für Rechnung des Staates betrieben (*Kiessling/Ostern* Art. 3 Anm. 5).

⁸⁶ Art. 1 Gesetz über Graphitgewinnung (Graphitgesetz) vom 12. 11. 1937 (GVBl S. 299) hat diese Ausnahmen gestrichen, so daß der Staatsvorbehalt für Graphit nunmehr allgemein gilt.

⁸⁷ Nach der bei *Nothhaas/Miesbach* Art. 2 Anm. mitgeteilten Amtl. Begründung zur Novelle vom 17. 8. 1918 (Landtags-Beilage 2407 S. 3) wurden mit dem Staatsvorbehalt wirtschaftslenkende und wirtschaftsfördernde Absichten verfolgt.

⁸⁸ Gold war zunächst gem. Art. 1 Abs. 2 BergG, mit ausdrücklicher Ausnahme des Waschgoldes, bergfrei. Die Novelle vom 23. 3. 1938 entzog nun auch das Waschgold der Grundhörigkeit und erstreckte zugleich den Staatsvorbehalt darauf. Hierzu die Bekanntmachung über die Aufsuchung und Gewinnung von Waschgold (Goldwäscherei) vom 19. 5. 1938 (GVBl S. 198; jetzt BayBS IV S. 165).

⁸⁹ *Nawiasky/Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, Erl. zu Art. 160: Abs. 1 ist nur ein „Grundsatz über die Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an den dort erwähnten Vermögenswerten“; *Nawiasky/Lechner*, Ergänzungsband, 1953, Anm. zu Art 160: Abs. 1 ist Programmsatz.

⁹⁰ Vgl. *Kiessling/Ostern* Art. 2 Anm. 13 und Art. 14 Anm. 1; *Nothhaas/Miesbach* Art. 2 Anm.

dieses Rechts an andere Personen ist gem. Art. 2 Abs. 2 BergG zulässig; die Übertragung erfolgt nach Ermessen durch Hoheitsakt⁹¹.

Die verschiedenen Staatsvorbehalte, deren positivrechtliche Ausbildung im Vorstehenden geschildert wurde, lassen sich danach in „echte“ und „unechte“ Staatsvorbehalte unterscheiden⁹², ob das Mineralgewinnungsrecht des Staates ohne oder mit vorheriger Verleihung eines Bergwerkseigentums entsteht. Alle bayerischen und die preußischen Vorbehalte für phosphorhaltige Mineralien und Gesteine und Bitumina sind insofern echte Staatsvorbehalte, als das Aneignungsrecht ex lege gegeben ist⁹³; die Ausübung des Vorbehalts kann konzessionsweise oder durch privatrechtlichen Vertrag⁹⁴ an Private übertragen werden (Art. 2 Abs. 2 BergG: „Erlaubnis“; § 2 PhosphoritG; § 2 ErdölVO). Die Vorbehalte des § 2 Abs. 1 ABG können erst nach Verleihung des Bergwerkseigentums an den Bergfiskus in dem vereinfachten Verfahren des 38 b ABG realisiert werden⁹⁵. Die Überlassung der Ausbeutung⁹⁶ an andere Personen geschieht hier dementsprechend im Privatrechtswege entweder gem. § 2 Abs. 2 ABG oder durch ein nach § 38 c ABG zu bestellendes dingliches Aufsuchungs- und Gewinnungs-

⁹¹ Vgl. *Kiessling/Ostern* Art. 2 Anm. 15; *Nothhaas/Miesbach* Art. 2 Anm.; *Zydek*. — Wegen des Verfahrens: § 1 Abs. 2 VO über die Bergbehörden vom 10. 9. 1934 (BayBS IV S. 128); *VollzBek* zum *ÄndG* vom 17. August 1918 vom 18. 8. 1918 (BayBS IV S. 163).

⁹² Vgl. *Willecke* § 3. Der unechte Vorbehalt wird von *Willecke* als „Schürfvorrecht“ bezeichnet, wodurch zwar der typische Unterschied zum echten Vorbehalt betont, aber die im Wesen bestehende Gleichartigkeit beider Vorbehaltstechniken — denn nur darum handelt es sich (übereinstimmend *Steffen* Diss. S. 46 f.; *ders.*, *Inhalt und Rechtsnatur*) — verwischt wird.

Der BGH (BGHZ 19, 226) führt die verschiedene Regelung beider Vorbehalte darauf zurück, daß der unechte Staatsvorbehalt bergbaufreie und herrenlose, der echte aber Grundeigentümermineralien betreffe, wobei er nur das preuß. Bergrecht im Auge hat. Dem ist nicht zu folgen. Die echten Vorbehalte des preuß. Rechts beruhen zwar auf Rechtssätzen außerhalb des ABG, die die betroffenen Mineralien nicht in die Zahl der im § 1 Abs. 1 ABG aufgezählten bergfreien Mineralien eingereiht haben. Diese gesetzestechnische Äußerlichkeit besagt aber nicht, daß diese Stoffe nach wie vor Eigentum des Grundeigentümers geblieben wären. Denn mit der Einführung des Vorbehalts wurden sie ausdrücklich dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers entzogen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 PhosphoritG; § 3 Abs. 1 ErdölVO), was mit sehr ähnlicher Formulierung das gleiche aussagt, wie § 1 Abs. 1 ABG. Aus dem bayer. Bergrecht geht dies klarer hervor, da dieses die vorbehaltenen Stoffe (Art. 2 Abs. 1 BergG) zugleich auch unter den bergfreien (Art. 1 Abs. 2 BergG) aufführt. Die einem Staatsvorbehalt unterworfenen Mineralien sind somit stets herrenlos und auch beim echten Staatsvorbehalt des preuß. Rechts nicht Grundeigentümermineralien (übereinstimmend *Steffen* Diss. S. 49 ff.; *Zydek* S. 180 f.).

⁹³ Vgl. *Huber* WVerwR II § 75 II 4 c; BGHZ 19, 209/226.

⁹⁴ LVG Hannover ZfB 97, 81; *Klapper* S. 111; *Zydek* S. 313 ff.

⁹⁵ Vgl. *Eskens* Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907 S. 119 und 136 ff.; *Müller-Erzbach* S. 205 ff.; *Willecke* § 20. — Ein Beispiel einer derartigen Verleihung ist die Bek. des Min. f. Wft. u. Verk. des Landes NordrhWestf vom 9. 1. 1956 (ZfB 97/1956, 104).

⁹⁶ Vorher kann bereits eine Schürfermächtigung erteilt werden (§ 3 Abs. 1 ABG).

recht, das dem Bergwerkseigentum in gewisser Weise gleichsteht (vgl. § 50 Abs. 2 und 3 ABG). In Betracht des privaten Bergbaus ist die wesentliche Verschiedenheit der bergfreien Mineralien zu den einem Staatsvorbehalt unterliegenden darin zu sehen, daß bei den ersten nach ordnungsmäßiger Mutung ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums besteht (§ 22 ABG; Art. 24 BayBergG), während bei den letzteren die konzessionsweise Gestattung der Mineralgewinnung eine Ermessensentscheidung ist⁹⁷.

Die Rechtssätze über den Staatsvorbehalt gehören zur öffentlich-rechtlichen Ordnung des Bergwesens, die das Gemeinwohl gegenüber den partikulären Interessen der Bergbautreibenden zur Geltung bringt⁹⁸. Der Staatsvorbehalt monopolisiert die Aufsuchung und Gewinnung eines Minerals oder Gesteins zugunsten des Staates, um dadurch eine dem öffentlichen Interesse entsprechende Ausbeutung gewisser volkswirtschaftlich wesentlicher Bodenschätze durch Aufhebung der Bergbaufreiheit zu gewährleisten⁹⁹. Sein Zweck geht demnach über die Bergbaufreiheit hinaus, die eine nur mittelbare Intervention ist, indem sie die Förderung des Bergbaues durch Ausschaltung der Grundeigentümer und Beseitigung der Hemmnisse der Grundstücksgrenzen anstrebt und so zugleich die private Unternehmerinitiative entfesselt. Das charakterisiert das Bergwerkseigentum im System der Bergbau-

⁹⁷ Geschieht die Übertragung in privatrechtlicher Form, handelt es sich dennoch um Verwaltung und nicht um reine Fiskaltätigkeit, da dies Vollziehung eines Verwaltungsmonopols und damit Verwirklichung eines Verwaltungszweckes ist. *Huber* VVerwR I § 47 I bezeichnet die durch Hoheitsakt erworbene Rechtsstellung als „öffentlich-rechtliches Privileg“ eines beliebigen Unternehmers, die vertragsweise Übertragung als, da über die Ausübung eines Hoheitsrechts kontrahiert werde, öffentlich-rechtlichen Vertrag (in diesem letzten Punkt ebenso *Steffen* Diss. S. 96 und 108). Der Ausdruck „Privileg“ ist, da von den Verwaltungsgewohnheiten des absolutistischen Staates abstammend, ein Anachronismus. Daß der Private dadurch beliebiger Unternehmer werden sollte (so auch *Klingberg* S. 86 f. und passim, *Huber* folgend), ist nicht einzusehen, weil er nicht mit einer hoheitlichen Befugnis belehnt wird, sondern nur in den Genuß des nutzbaren Teils einer öffentlich-rechtlichen Befugnis gelangt: die an sich monopolisierte Tätigkeit wird im Einzelfall freigegeben und in diesem Zusammenhang lediglich mittelbar ein öffentlicher Zweck verfolgt (Näheres Textziffer 84); wie hier, gegen *Huber*, auch *Steffen* Diss. S. 96 ff. Ob schließlich die „Konzessionsverträge“ öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter haben, eine Frage der Rechtsform, muß danach beantwortet werden, ob öffentlich-rechtliche Rechte oder Pflichten gestaltet werden. Dies ist zu verneinen, weil lediglich über die Befugnisse des — privatrechtlichen — Bergwerkseigentums (vgl. *Eskens* Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907 S. 143) oder — beim echten Staatsvorbehalt — über ein gleichstehendes privatrechtliches Recht zur Mineralgewinnung (vgl. BGHZ 19, 209/226) disponiert wird.

⁹⁸ Vgl. *L. v. Stein* VerwL II, 624.

⁹⁹ *Eskens* Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907 S. 141; *Rudolf Isay* Technik der Wirtschaftslenkung S. 413 f.; *Nothhaas/Miesbach* Art. 2 Anm.; *Steffen* Diss. S. 45 ff.; *Willecke* § 3; *Zydek* S. 185 f. — Der Staatsvorbehalt ist eine direkte, nicht nur eine mittelbare Intervention (abw. *Isay* a.a.O.), da er als Verwaltungsmonopol die betroffene Tätigkeit unmittelbar der Privatinitiative entzieht.

freiheit als typisch kapitalistisches Rechtsinstitut, den Staatsvorbehalt aber als Instrument des modernen Wohlfahrtsstaates, der weniger auf die wohltätige Wirkung der Privatinitiative vertraut und die Sozialgestaltung als primär staatliche Domäne in Anspruch nimmt¹⁰⁰. Der Staatsvorbehalt ist ein Verwaltungsmonopol¹⁰¹ und damit ein gegenüber der früheren Regalität neuer und andersartiger Begriff¹⁰².

Das Problem der Verstaatlichung der Bergbauindustrie¹⁰³ hat zwar im Grundsätzlichen die gleichen Erwägungen zum Ausgangspunkt wie der Staatsvorbehalt, betrifft aber nicht nur ein anderes Objekt, sondern auch eine andere Technik der Intervention in das Bergwesen.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung des bergrechtlichen Staatsvorbehalts ist davon auszugehen, daß das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung von nicht bergfreien Bodenschätzen ein vermögenswertes Recht im Sinne der Eigentumsgarantie ist; denn es gehört an sich nach der grundsätzlichen Ausgestaltung des Eigentums im bürgerlichen Recht (§§ 903, 905 BGB) zu dessen Inhalt¹⁰⁴. Die Einführung eines Staatsvorbehalts, die notwendig mit einer Aufhebung des entsprechenden Verfügungsrechts des Grundeigentümers verbunden ist, ist eine Ausübung des landesrechtlichen Vorbehalts in Art. 67 und 111 EGBGB und bestimmt Inhalt und Grenzen des Grundeigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GrundG)¹⁰⁵. Im Einzelfall kann dessenungeachtet eine Enteignung vorliegen, wenn ein unzumutbares Sonderopfer bewirkt

¹⁰⁰ Verfehlt ist daher die Ableitung des Vorbehalts aus der souveränen „Herrschaft über das Staatsgebiet“ (so *Willecke* § 3), wie überhaupt die Vorstellung einer eigentümerähnlichen Verfügungsmacht des Staates über sein Staatsgebiet, etwa im Sinne eines absolutistischen dominium, dem Wesen des modernen Staatsbegriffes widerspricht.

¹⁰¹ *Huber* WVerwR I § 44 I und II § 75 II 4 b: „öffentlich-rechtliches Regal“; *Steffen* Diss. S. 71 ff., 103 ff., insb. S. 93 ff. und 106 f.; „Hoheitsrecht mit dem Charakter eines öffentlich-rechtlichen Monopols“.

¹⁰² Ebenso: *Boldt* S. 27 f.; *Brassert/Gottschalk* § 2 Vorbem.; *Eskens* Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907 S. 114 f.; *H. Isay/R. Isay* ABG Einl. R.Nr. 4; *Steffen* Diss. S. 115 ff.; *Voelkel* Grundzüge S. 96 Anm. 1; *Wolff/Raiser* § 96 II.

Von einem „Wiederaufleben des Gedankens des Bergregals“ (*Willecke* § 14) oder einer „Nachwirkung der Bergregalität“ (*Westhoff/Schlüter* 50, 46) kann daher nicht gesprochen, erst recht darf der Staatsvorbehalt nicht dem Regalbegriff unterstellt werden (so *Arnold* Geschichte und Theorie S. 286 ff.; *Burmester* S. 106 ff., der allerdings das Ziel des (Salzgewinnungs-) Vorbehalts vorwiegend in einer finanziellen Funktion sieht und diesen als Vermögensrecht und als Ausübung der Finanzhoheit begreift). Soweit sich das LVG Hannover (ZfB 97, 81) darauf beruft, daß der Staatsvorbehalt den früheren niederen Regalien vergleichbar sei, ist sein Gedankengang angreifbar.

¹⁰³ Hierzu: *Eheberg* FinW § 36; *Wagner* FinW I § 250.

¹⁰⁴ *Hamann* WVerfR S. 140 f., 168 will für Bodenschätze in großer Tiefe die für den Eigentumsbegriff des Art. 14 GrundG nach seiner Auffassung erforderliche „reale Beziehung“ zwischen Person und Objekt verneinen. Doch ist nicht einzusehen, warum die verfassungsrechtliche Garantie des Eigentums dem Eigentümer etwas nehmen soll, was ihm das bürgerliche Recht gibt.

¹⁰⁵ So schon StGH Lammers/Simons II, 51/61 für Art. 153 WeimRVerf. Jetzt ebenso BVerwG ZfB 101 (1960), 89 mit Anm. von *Zydek*.

würde¹⁰⁶. Eine andersartige Gestaltung als diejenige, die durch Einführung eines Staatsvorbehalts bewirkt würde, wäre in einer Sozialisierung gem. Art. 15 GrundG zu sehen, so daß diese Vorschrift hier ausscheidet¹⁰⁷.

Anhang: Das preußische *Bernsteinregal*

Das in dem späteren Westpreußen bereits von den pomerellischen Herzögen ausgeübte, dann von Friedrich II. dem Deutschen Orden verliehene und nach dessen Säkularisierung durch den Übertritt Albrechts von Brandenburg zur Reformation (1525) durch den preußischen Landesherrn beibehaltene Bernsteinregal¹⁰⁸ gehörte niemals zum Bergregal¹⁰⁹ und blieb auch nach der Einführung der Bergbaufreiheit außerhalb der bergrechtlichen Regelungen. Rechtsquelle waren die Provinzialrechte Ost- und Westpreußens, die zwei unterschiedliche Gestaltungen des Regals hervorbrachten. In Westpreußen¹¹⁰, den ursprünglich westpreußischen Gebieten Pommerns¹¹¹ und der Stadt Danzig mit ihrem Gebiet¹¹² erfaßte das Bernsteinregal nur den in der Ostsee gefischten oder am Strande gefundenen Bernstein, während innerhalb des Landes der Grundeigentümer berechtigt blieb, Bernstein zu suchen und zu graben. In Ostpreußen mit der wichtigsten Fundstelle im Samland war der Bernstein dagegen in der Ostsee und an deren Strand, im Frischen und im Kurischen Haff sowie im Binnenland dem Staat vorbehalten¹¹³.

¹⁰⁶ Vgl. die Entschädigungsregelungen in der preußischen Gesetzgebung, die neue Staatsvorbehalte einführt. Zu dieser Frage *Zydek ZfB* 101 (1960), 97/102.

¹⁰⁷ Insofern ist *Hamann WVerfR* S. 168 zuzustimmen. Abw. *Huber WVerwR* II § 78 I 2. Näheres Textziffer 101.

¹⁰⁸ Zur Geschichte des Bernsteinregals: Denkschrift, die der Regierungsvorlage für das Gesetz vom 1. 5. 1899 beigegeben war (auszugsweise mitgeteilt bei *Brassert Bernsteinregal* S. 288 ff.); *von Brünneck* S. 25 ff.; *Höffner* S. 30 f.; *Müller-Erbach* S. 52; *Roscher System* § 20 Anm. 16; ders. *Theorie* S. 131 Anm. 12; *Voigt* VI, 630 ff. Die Arbeit von *Tesdorpf* ist eine mehr wirtschaftsgeschichtliche Darstellung; in einem Anhang sind 69 einschlägige Urkunden zusammengestellt, von denen einige auch abgedruckt sind. — Das Regal ermöglichte dem Orden zugleich ein Handelsmonopol, das bedeutende Erträge erbrachte.

¹⁰⁹ Denkschrift a.a.O. S. 291; *von Brünneck* S. 36 ff., 72 ff.; *Müller-Erbach* S. 135 f.; *Rehbein/Reincke* IV, 656 Anm. 73 und 702 Anm. 32; *Voelkel Grundzüge* S. 61. Unrichtig *Hue de Grais* § 91.

¹¹⁰ §§ 73, 74 des am 19. 4. 1844 neupublizierten Provinzialrechts für Westpreußen (GS S. 103).

¹¹¹ Art. III Abschn. I Ziff. 5 und 6 des Gesetzes wegen Aufhebung des Preußischen Landrechts vom Jahre 1721 und der Instruktion für die Westpreußische Regierung vom 21. 9. 1773 in den jetzt zu der Provinz Pommern gehörenden vormals westpreußischen Landesteilen vom 4. 8. 1865 (GS S. 873).

¹¹² Das Regal stand hier der Kämmerei der Stadt Danzig zu (Art. X § 1 des Gesetzes, betr. die Einführung des westpreußischen Provinzialrechts in die Stadt Danzig und deren Gebiet, vom 16. 2. 1857, GS S. 87).

¹¹³ Zusatz 228 zu § 80 II 15 ALR des Provinzialrechts für Ostpreußen, Lithauen, Ermeland und den Marienwerderschen landrähthischen Kreis von 1801/02 (teilw. mitgeteilt bei *Brassert Bernsteinregal* S. 290). Später ersetzt

Die Rechte aus dem Regal, die bis 1811 von den Regalherrn meistens selbst ausgeübt worden waren, wurden im 19. Jahrhundert zunächst an Generalpächter, dann an die Strandbewohner verpachtet, wovon man jedoch bald die Aufsuchung in den Uferbergen wieder ausnahm und diese selbständig verpachtete. Der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufkommende und neben der Baggerei bald zum Schwerpunkt der Bernsteinengewinnung überhaupt werdende Tiefbau durch unterirdische Ausbeutung der Lagerstätte im Samland war seit 1875 nahezu ausschließlich der Firma Stantien und Becker in Königsberg überlassen. Im Herbst 1898 erwarb der preußischen Staat die Liegenschaften¹¹⁴ und Betriebsanlagen dieses Unternehmens durch Kaufvertrag mit Wirkung vom 1. 7. 1899, so daß seitdem der Staat Bernsteinengewinnung und -handel wieder im wesentlichen beherrschte¹¹⁵.

Wenn auch die provinzialrechtlichen Rechtssätze den Bernstein als „vorbehaltenes Eigentum des Staats“ bezeichnen, so handelt es sich doch dogmatisch um ein ausschließliches Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen¹¹⁶, also um ein dingliches Gestaltungsrecht. In dieser Weise ist das Bernsteinregal in seinen beiden Erscheinungsformen in das moderne Rechtssystem einzuordnen, in das es durch Art. 73 EGBGB übernommen worden ist¹¹⁷, so daß es in einer Reihe mit dem Aneignungsrecht des Fiskus für derelinquierte Grundstücke und dem Erbrecht des Fiskus für

durch Art. IV § 1 des Gesetzes, betr. die Bestrafung der unbefugten Aneignung von Bernstein, und die Abänderung der Bestimmungen im Zusatz 228 des Ostpreußischen Provinzialrechts vom 22. 2. 1867 (GS S. 272); die Strafvorschriften in Art. I dieses Gesetzes wurden ersetzt durch das Gesetz über die Bestrafung der unbefugten Gewinnung von Bernstein vom 11. 2. 1934 (GS S. 106). — Wie von *Brünneck* S. 36 ff. im einzelnen nachweist, umfaßt das Regal während der Ordenszeit auch in Ostpreußen nur den am Strand vorkommenden Bernstein und wurde es auf den im Binnenland gefundenen erst seit dem 16. Jahrhundert unter den preuß. Herzögen erstreckt.

¹¹⁴ Eine besondere Schwierigkeit bei der Verwirklichung des ostpreußischen Bernsteinregals ergab sich daraus, daß der Staat ein Enteignungsrecht oder eine sonstige Ausbeutungsbefugnis gegen den widerstrebenden Grundeigentümer nicht besaß (vgl. Denkschrift a.a.O. S. 291).

¹¹⁵ Hierzu *Brasseri* Bernsteinregal S. 181 ff. — Die Bewilligung der zum Ankauf erforderlichen Geldmittel erfolgte durch das Gesetz wegen Aufkaufs der Bernsteinwerke der Firma Stantien und Becker zu Königsberg i. Pr. vom 1. 5. 1899 (GS S. 105).

¹¹⁶ Von *Brünneck* S. 76 ff.; *Gierke* II § 132 I 1; *Hue de Grais* § 91; *Wolff/Raiser* § 79 II 2. — Dabei ist zu berücksichtigen, daß nur das westpreußische Bernsteinregal als Sonderfall des Strandregals des § 80 II 15 ALR (jetzt: Strandungsordnung vom 17. 5. 1874, RGBl S. 73) angesehen werden kann, während das ostpreußische Bernsteinregal durch die Einbeziehung des Binnenlandes einen besonderen Charakter als einheitliches Regal besaß. Auch von *Brünneck* S. 61 ff. geht von einer solchen dualistischen Auffassung aus, sieht aber in einem Regal der Seefischerei die letzte gemeinsame Wurzel beider Gestaltungen.

¹¹⁷ Ebenso: RGSt 39, 179; *Staudinger* BGB 9. Aufl., 1929, VI/1 Art. 73 EGBGB Anm. 4. — Dieselbe Rechtslage besteht für das bayerische Regal der Perlfischerei gem. Art. 26 Abs. 3 Wassergesetz vom 23. 3. 1907, jetzt Art. 23 Wassergesetz vom 26. 7. 1962 (GVBl S. 143).

erbenlose Erbschaften steht. Diese zivilrechtliche Rechtsnatur schließt das Bernsteinregal aus dem Kreis der Verwaltungsmonopole aus.

66.— Die auf dem Gebiet der *Ernährungswirtschaft* anzutreffenden Verwaltungsmonopole sind in erster Linie¹¹⁸ Instrumente der Marktordnung für bestimmte lebenswichtige Produkte, und zwar entweder durch Konzentration des Marktverkehrs eines Bezirks an einer Markteinrichtung oder — weitergehend — durch Monopolisierung einer bestimmten Etappe des Marktverkehrs bei einer öffentlichen Stelle.

Kein Verwaltungsmonopol liegt bei der bloßen Anordnung eines Marktzwanges vor, wie er etwa für den Schlachtviehhandel gem. § 7 Abs. 2 Gesetz über den Verkehr mit Vieh und Fleisch (Vieh- und Fleischgesetz) vom 25. 4. 1951 (BGBl I S. 272) besteht¹¹⁹. Denn „Markt“ ist hier nur ideeller Bezugspunkt und räumlicher Handelsplatz¹²⁰, nicht aber ein Rechtssubjekt, dem das Verwaltungsmonopol, welches ja als Befugnis definiert wurde, zustehen könnte¹²¹.

Anders ist es bei den Molkerei-Einzugs- und -Absatzgebieten der §§ 1, 2 Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (Milch- und Fettgesetz) vom 28. 2. 1951 in der Fassung vom 10. 12. 1952 (BGBl I S 811). Diese Vorschriften begründen ein Zwischenhandelsmonopol der Molkereien¹²². Die Molkereien sind hinsichtlich dieser Monopolstellung¹²³ beliebige Unternehmen; die das Monopol konstituierenden Pflichten Dritter sind öffentlich-rechtlicher, die Abnahme- und Lieferpflichten der privatrechtlich organisierten Molkereien privatrechtlicher Natur¹²⁴. Die mit Hilfe der Monopolmolkereien bewirkte Markt-

¹¹⁸ Monopolisierungen des Getreidehandels haben in der Geschichte mehrfach eine Rolle gespielt. *Rousseaus* Vorschlag, ein Ausführmonopol für das polnische Getreide zu schaffen (*Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, 1772, ch. XI) sowie der „Antrag Kanitz“, der 1872 und erneut 1895 im Reichstag zur Debatte stand und ein Einfuhr- und ein Verkaufsmonopol für das eingeführte Getreide zum Ziel hatte (vgl. *Schmoller*), sind hier zu erwähnen.

¹¹⁹ Zur Funktion des Marktzwanges: *Huber* WVerwR II § 86 II 3 a.

¹²⁰ Vgl. die Legaldefinitionen in § 3 Vieh- und Fleischgesetz.

¹²¹ Die Aussage: „Der Markt bekommt... ein Monopol“ (so *Wittig/Kunze* Anm. zu § 7) ist daher ungenau.

¹²² Den Milcherzeugern eines Einzugsgebiets obliegt eine Ablieferungspflicht, mit der eine Abnahmepflicht der zuständigen Molkerei korrespondiert. Die Molkereien besitzen durch die Bezugspflicht der Milchhändler und Molkereien eines Absatzgebietes, mit der eine Lieferpflicht der Molkereien korrespondiert (§ 2 Abs. 2 des Gesetzes), ein Verkaufsmonopol.

¹²³ Zu dieser im Falle eines Einzugsgebiets: *Huber* WVerwR II § 86 II 1 a; BGH Urt. vom 27. 6. 1952 (V ZR 15/51), auszugsweise mitgeteilt bei *Dietrich* § 1 Anm. I 5. — Die Molkerei ist marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB, jedoch nach Maßgabe des § 100 Abs. 8 GWB geschützt; vom Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB wird sie jedoch nicht freigestellt (BGH NJW 1961, 172).

¹²⁴ Vgl. Textziffer 89. — Die Begründung dieser Pflichten im Einzelfall geschieht durch einen Verwaltungsakt der obersten Landesbehörde, die die Monopolmolkerei „bestimmt“. Die Lieferungen selbst erfolgen im Rahmen

regelung soll auf dem, besonders für die Großstädte, lebenswichtigen Sektor der Milchversorgung die Versorgungswege kanalisieren und damit rationalisieren sowie eine gewisse Lenkung ermöglichen. Nebenzweck ist die Gesundheitskontrolle^{124a}. Da die Monopolisierung den Zugang zum Beruf des selbständigen Molkereibesitzers in einem wesentlichen Punkt beschränkt, stellt sie sich nicht als eine Regelung der Berufsausübung, sondern als ein — verfassungsrechtlich zulässiger — Eingriff in die Freiheit der Berufswahl dar¹²⁵.

Einen weit intensiveren Eingriff in den privaten Marktverkehr bedeuteten die Monopole der früheren ernährungswirtschaftlichen *Reichsstellen*. Deren Ausbildung begann bereits 1930 nach dem Vorbild kriegswirtschaftlicher Einrichtungen des ersten Weltkrieges und wurde dann im Dritten Reich im Rahmen des Reichsnährstandes systematisch fortgesetzt¹²⁶.

Durch das Maisgesetz vom 26.3.1930 (RGBl I S. 88)¹²⁷ und die AusfVO vom 31. 3. 1930 (RGBl S. 111)¹²⁸ wurde die Reichsmaisstelle gegründet und mit einem Verkaufsmonopol für den im Inland erzeugten und aus dem Ausland eingeführten Mais ausgestattet (§ 1 Abs. 1 dieses Gesetzes)¹²⁹. Die Umwandlung der Reichsmaisstelle in die Reichsstelle für

privatrechtlicher Rechtsverhältnisse. Vgl. zum Ablieferungszwang: *Huber WVerwR I § 43 III 3*.

^{124a} In BVerwG BayVerwBl 1962, 353 wird dieser Zweck der milchwirtschaftlichen Marktregelung als Hauptzweck angesehen.

¹²⁵ Vgl. BVerwGE 4, 95; BVerwG BayVerwBl 1962, 353. Abw. *Hamann WVerfR S. 136*, der nur eine Regelung der Berufsausübung annimmt.

¹²⁶ Hierzu: *Bülck S. 98 f.*; *Hedemann S. 369*; *Huber WVerwR I § 14 III 1*; *Köttgen Rechtsfähige Verwaltungseinheit S. 73 ff.*; *Reischle/Saure*.

¹²⁷ Dieses Gesetz war zunächst bis 31. 3. 1932 befristet (§ 13 Satz 2), seine Geltungsdauer wurde aber erst bis zum 31. 3. 1934 verlängert (§ 1 der VO zur Änderung des Maisgesetzes vom 23. 3. 1932, RGBl I S. 163) und später die Befristung beseitigt (Art. 4 Gesetz über die Umwandlung der Reichsmaisstelle vom 30. 5. 1933, RGBl I S. 313). Das MaisG wurde bis zu seiner Neubekanntmachung vom 5. 10. 1934 (RGBl I S. 919) mehrfach novelliert und dabei insb. das Monopol der Reichsstelle auf andere Futtermittel ausgedehnt: *ÄndVO vom 11. 12. 1930 (RGBl I S. 627)*; § 2 *ÄndVO vom 23. 3. 1932*; *ÄndVO vom 5. 7. 1932 (RGBl I S. 347)*: Erstreckung auf Dari durch Einfügung des § 11 a; Art. 2 der VO des Reichspräsidenten zur Förderung der Verwendung inländischer tierischer Fette und inländischer Futtermittel vom 23. 12. 1932 (RGBl I S. 575): Erstreckung auf andere Getreidearten und sonstige Futtermittel durch Einfügung des § 11 b; Art. 6 § 1 der Zweiten VO des Reichspräsidenten zur Förderung usw. vom 23. 3. 1933 (RGBl I S. 143): Erstreckung auf Ölfrüchte, Ölsämereien und Ölkuchen durch Einfügung des § 11 c (Art. 6 § 1 trat gem. § 2 in Verb. mit der VO vom 29. 3. 1933, RGBl I S. 151, am 6. 4. 1933 in Kraft); Art. I *ÄndVO vom 5. 11. 1934 (RGBl S. 917)*: Erstreckung auf Fisch- und Fleischmehl u. ä.

¹²⁸ Geändert durch *ÄndVO vom 9. 5. 1930 (RGBl I S. 167)*; *ÄndVO vom 14. 7. 1930 (RGBl I S. 218)*; Art. 3 der *NotVO vom 23. 12. 1932*.

¹²⁹ Wesentliche Voraussetzung für dieses Monopol war die in § 2 Abs. 1 des Gesetzes statuierte Anbietungspflicht für eingeführten und für im Inland erzeugten Mais, der in den Verkehr gebracht oder verarbeitet werden sollte. Dadurch, daß die Reichsstelle zur Übernahme nicht verpflichtet war (§ 3 Satz 1 des Gesetzes), vermochte sie als Mengenschleuse zu wirken, dadurch, daß

Getreide, Futtermittel und sonstige landwirtschaftliche Erzeugnisse durch das Gesetz über die Umwandlung der Reichsmaisstelle vom 30. 5. 1933 (RGBl I S. 313)¹³⁰, dessen Art. 4 die als temporäre Krisenmaßnahme gedachte Marktordnung des Maisgesetzes in eine dauernde Einrichtung überführte, erstreckte den Funktionsbereich der Reichsstelle auf den Getreidemarkt¹³¹ und fügte sie in das neue ernährungswirtschaftliche Lenkungssystem ein.

In ganz ähnlicher Weise wurden Verkaufsmonopole zugunsten weiterer Reichsstellen geschaffen, so für Öle und Fette durch die Zweite VO des Reichspräsidenten zur Förderung der Verwendung inländischer tierischer Fette und inländischer Futtermittel vom 23. 3. 1933 (RGBl I S. 143)¹³², für Milcherzeugnisse durch das Gesetz über den Verkehr mit Milcherzeugnissen vom 20. 12. 1933 (RGBl I S. 1093)¹³³, für Eier durch das Gesetz über den Verkehr mit Eiern vom 20. 12. 1933 (RGBl I S. 1094)¹³⁴ und für Tiere und tierische Erzeugnisse durch das Gesetz über den Verkehr mit Tieren und tierischen Erzeugnissen vom 23. 3. 1934 (RGBl I S. 224)^{135, 136}.

der Übernahme- und der Abgabepreis hoheitlich festgesetzt wurden (§ 4, 7 Abs. 2 und 3 des Gesetzes), konnte sie preisregulierend eingreifen. Gem. § 7 Abs. 1 des Gesetzes war die Reichsstelle zur Abgabe für den Inlandsverbrauch verpflichtet.

¹³⁰ Die Umorganisation der Reichsstelle erfolgte durch Änderung der AusfVO (Art. 2 des Gesetzes). Die AusfVO 1930 wurde durch die AusfVO vom 5. 10. 1934 (RGBl I S. 921) aufgehoben und ersetzt. — Das MaisG und die AusfVO wurden durch § 23 Abs. 2 Nr. 1 GetreideG förmlich aufgehoben.

¹³¹ Durch § 5 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der Getreidewirtschaft vom 27. 6. 1934 (RGBl I S. 527) wurde der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft zur Schaffung eines Verkaufsmonopols für Getreide ermächtigt. Die Getreidebewirtschaftung wurde dann jedoch durch die VO zur Ordnung der Getreidewirtschaft vom 14. 7. 1934 (RGBl I S. 629, vielfach geändert) in anderer Weise geregelt; § 82 dieser VO gab der Reichsstelle eine Aufsichtskompetenz. Diese andere Regelung bestand in der Bildung von Getreidewirtschaftsverbänden im Rahmen des Reichsnährstandes und in amtlichen Preisfestsetzungen.

¹³² Organisation der Reichsstelle: VO über die Errichtung einer Reichsstelle für Öle und Fette vom 4. 4. 1933 (RGBl I S. 166); Verfahren bei Übernahme und Abgabe: VO über den Verkehr mit Ölen und Fetten vom 4. 4. 1933 (RGBl I S. 167). — Der hier maßgebende Art. 1 der 2. NotVO wurde durch § 33 Abs. 3 Nr. 1 Milch- und FettG förmlich aufgehoben.

¹³³ Das Verkaufsmonopol wurde der Reichsstelle für Öle und Fette übertragen, die in „Reichsstelle für Milcherzeugnisse, Öle und Fette“ umbenannt wurde (VO über den Verkehr mit Milcherzeugnissen vom 21. 12. 1933, RGBl I S. 1109). — Gesetz und VO förmlich aufgehoben durch § 33 Abs. 3 Nr. 4 und 6 Milch- und FettG.

¹³⁴ Organisation und Verfahren der Reichsstelle für Eier: DurchfVO vom 21. 12. 1933 (RGBl I S. 1104). Diese Reichsstelle wurde später mit der Reichsstelle für Milcherzeugnisse, Öle und Fette zur Reichsstelle für Fette und Eier vereinigt (VO vom 11. 5. 1943, RGBl I S. 304). — Das Gesetz wurde durch § 33 Abs. 3 Nr. 5 Milch- und FettG förmlich aufgehoben.

¹³⁵ Organisation und Verfahren der Reichsstelle für Tiere und tierische Erzeugnisse: DurchfVO vom 24. 3. 1934 (RGBl I S. 228).

¹³⁶ Außerdem bestand noch eine Reichsstelle für Gartenbau- und Weinbauerzeugnisse.

Die Reichsstellen waren rechtsfähig¹³⁷ Anstalten des öffentlichen Rechts. Die Ausschließlichkeitsbefugnisse der Reichsstellen waren Verwaltungsmonopole mit Marktsteuerungsfunktion¹³⁸.

67.— Das geltende Recht kennt ernährungswirtschaftliche Lenkungsmonopole in Form der *Einfuhrmonopole* der Einfuhr- und Vorratsstellen auf Grund der Marktordnungsgesetze¹³⁹. Das durch diese Gesetze geschaffene Einfuhrsystem durchbricht den in § 1 Abs. 1 AußenwirtschaftsG aufgestellten Grundsatz der Freiheit der Außenwirtschaft und ist eine dritte Gestaltungsform¹⁴⁰ der Einfuhr neben der liberalisierten Einfuhr gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AußenwirtschaftsG in Verbindung mit der Einfuhrliste und der genehmigungspflichtigen Einfuhr gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 AußenwirtschaftsG.

Die Funktionsweise der vier Bundesstellen, die rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind, beruht auf demselben Prinzip und ist im wesentlichen gleichartig ausgestaltet. Dadurch, daß eine Einfuhr der betroffenen Güter nur über die Bundesstellen erfolgen kann, was durch eine Anbiertungspflicht der Importeure gesichert ist, und daß es von deren Ermessen abhängt, ob die angedienten Güter eingeführt wer-

¹³⁷ Vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 AusfVOMaisG vom 5. 10. 1934 (hier war die Geschäftsabteilung der Reichsstelle rechtsfähig); § 2 Satz 1 VO vom 4. 4. 1933; § 2 Satz 1 DurchVOEierG vom 21. 12. 1933; § 1 Abs. 2 VO vom 11. 5. 1943; § 2 Satz 1 DurchVO vom 24. 3. 1934. — Vgl. Weber S. 45 ff.

¹³⁸ Ähnlich: *Jellinek VerwR* § 17 V für das Maismonopol; *Wacke*, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950, S. 19 für das Mais- sowie das Fett- und Eiermonopol („Wirtschaftsmonopol“).

¹³⁹ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel: §§ 7, 8 Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln (Getreidegesetz) vom 4. 11. 1950 in der Fass. vom 24. 11. 1951 (BGBl I S. 901, mehrf. geändert), Satzung der Bundesstelle: 1. DVO vom 3. 2. 1951 (BGBl I S. 82), Ausdehnung des Kreises der durch die Marktordnung erfaßten Produkte auf andere Getreidearten, Getreideerzeugnisse und Futtermittel: § 4 der 2. DVO vom 7. 3. 1951 (BGBl I S. 207) in der Fass. vom 7. 2. 1955 (BGBl I S. 59) und der 7. ÄndVO vom 30. 12. 1959 (BGBl I S. 833).

Einfuhrstelle für Zucker: §§ 8, 9 Gesetz über den Verkehr mit Zucker vom 5. 1. 1951 (BGBl I S. 47, mehrf. geändert), Satzung der Bundesstelle: 1. DVO vom 5. 4. 1951 (BGBl I S. 256).

Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette: §§ 15, 16 Milch- und FettG vom 28. 2. 1951 in der Fass. vom 10. 12. 1952 (BGBl I S. 811, geändert), Satzung der Bundesstelle: 1. DVO vom 7. 3. 1951 (BGBl I S. 202).

Einfuhr- und Vorratsstelle für Schlachtvieh, Fleisch und Fleischerzeugnisse: §§ 16, 17 Vieh- und FleischG vom 25. 4. 1951 (BGBl I S. 272), Satzung der Bundesstelle: 1. DVO vom 2. 5. 1951 (BGBl I S. 301). —

Zu diesen Einfuhrmonopolen: *Huber WVerwR* I § 14 III 2 und § 44 VI, II § 86 I 2 c; *Fritz W. Meyer* S. 1151 ff.; *Scheuner* S. 31 Anm. 82. Kritisch zu einem beabsichtigten weiteren Ausbau der landwirtschaftlichen Marktordnung, insb. wegen Art. 3 Abs. 1 GrundG (ungerechtfertigte Privilegierung der Landwirtschaft): *Hamann* Marktordnungsentwürfe. Zu den betriebswirtschaftlichen Aspekten der Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide: *Schaeff*. Zur Getreidepolitik nach 1945: *Drinkuth* S. 87 ff.

¹⁴⁰ Die Marktordnungsgesetze bleiben gem. § 1 Abs. 2 AußenwirtschaftsG unberührt (vgl. Amtl. Begründung, Bundestags-Drucks. 1285, zu § 1 Ziff. 4 c, mitgeteilt bei *Wapenhensch* zu § 1; *Hocke/Schmidt* § 1 Anm. 8).

den dürfen oder nicht, was durch ein Übernahmerecht ohne Übernahme-pflicht der Bundesstellen und das Verbot, nicht übernommene Güter einzuführen, bewirkt wird, ist die ausschließliche Befugnis der Bundesstellen begründet, die betroffenen Güter einzuführen. Die Eigenart dieses Einfuhrmonopols besteht darin, daß es die private Importtätigkeit nicht ausschließt, sondern tatsächlich nur den wirtschaftlich ausschlaggebenden Entschlußvorgang über die Einfuhr eines bestimmten Gutes ergreift, während rechtlich der Einfuhrvorgang als „Kauf“ (Übernahme) und „Rückkauf“ (Abgabe) konstruiert ist¹⁴¹. Darin liegt der Unterschied zum System der Einfuhrgenehmigungen, mit dem sich die besonderen marktordnenden Zwecke nicht hätten verwirklichen lassen. Den Bundesstellen soll auf diese Weise nicht schlechterdings eine marktbeherrschende Stellung verschafft werden, die sie im öffentlichen Interesse zu benutzen hätten, sondern es sind ihnen zwei eng umrissene Techniken zugewiesen: die Mengenschleuse und die Preisschleuse.

Dadurch, daß die Bundesstellen von ihrem Übernahmerecht keinen Gebrauch zu machen brauchen, können sie die Menge der auf dem Inlandsmarkt zusätzlich zu den Inlandsprodukten angebotenen Importprodukte¹⁴² beeinflussen. Die Bundesstellen, mit Ausnahme der Zuckerstelle, können zu demselben Zweck die angedienten Produkte auch übernehmen, ohne sie aber wieder abzugeben, und so eine Vorratshaltung durchführen¹⁴³.

Macht die Bundesstelle von ihrem Übernahmerecht Gebrauch, entsteht die Verpflichtung zur Zahlung des von ihr festgesetzten Übernahme-preises und begründet sie zugleich die Rückkaufsverpflichtung des Importeurs zum von ihr festgesetzten Abgabepreis¹⁴⁴, sowie eventuell bestimmte handelslenkende Auflagen. Die Manipulierung des Verhältnisses zwischen Übernahme- und Abgabepreis entweder durch niedrigere Festsetzung des Abgabepreises, wodurch ein (Subventions-) Anspruch des Importeurs gegen die Bundesstelle entsteht, oder durch höhere Festsetzung des Abgabepreises, wodurch ein (Abschöpfungs-) Anspruch der Bundesstelle gegen den Importeur entsteht¹⁴⁵, ermög-

¹⁴¹ Das BVerwG bezeichnet daher diese rechtliche Konstruktion zutreffend als eine „Fiktion“ (BVerwGE 6, 244; betr. die Einfuhrstelle f. Zucker).

¹⁴² Beispielsweise standen 1957/58 2,6 Mill. t Importweizen einem Inlandsbedarf von 6,5 Mill. t und 117 000 t Importroggen einem Inlandsbedarf von 3,8 Mill. t gegenüber (statistische Angaben bei *Drinkuth* S. 94 und 97). 1961 wurden im Inland rd. 4 Mill. t Weizen und 1961 rd. 2,5 Mill. t Roggen geerntet (nach den Angaben im *Fischer-Weltalmanach* 1963, S. 161 und 162).

¹⁴³ Zur rechtlichen Konstruktion bei der Aufnahme von Auslandsgetreide in die Bundesreserve im Rahmen eines Übernahmeverfahrens: *Dönhoff* S. 831; *Plewnia* S. 1405.

¹⁴⁴ In diesem Punkt weicht die gesetzliche Regelung des Einfuhrmonopols der Einfuhr- und Vorratsstelle für Schlachtvieh etc. etwas ab (§ 17 Abs. 3 Satz 3 Vieh- und FleischG). Hier wird nur ausnahmsweise die Preisschleuse ausgeübt (vgl. *Wittig/Kunze* § 17 Abs. 4 der Anm.).

¹⁴⁵ Vgl. *Huber WVerwR* I § 44 VI 1 c aa; BVerwGE 6, 244; BVerwG NJW 1961, 42.

icht eine Preisregulierung für die auf dem Inlandsmarkt angebotenen Importprodukte und damit unmittelbar eine Beeinflussung des Marktpreises der betroffenen Güter überhaupt. Mit Hilfe der Preisschleuse dürfen somit nicht beliebige Ziele der Wirtschaftslenkung¹⁴⁶ und erst recht nicht fiskalische Zwecke¹⁴⁷ verfolgt werden.

Die Bundesstellen verwirklichen durch die Einfuhr lenkung und durch die Vorratshaltung bestimmte Verwaltungszwecke. Da aber diese öffentlichen Aufgaben, wie öffentliche Aufgaben überhaupt, von der Verwaltung auch in den Formen des Privatrechts verwirklicht werden können, sofern es das Wesen der Aufgabe und die gesetzliche Regelung zulassen¹⁴⁸, und da die gesetzlichen Vorschriften über die Bundesstellen sich bei der Beschreibung des Übernahme- und Abgabevorganges auch zivilrechtlicher Formulierungen bedienen¹⁴⁹, entstanden Zweifel über die Rechtsnatur der Übernahme und der Abgabe¹⁵⁰. Nachdem die Erklärung der Übernahme, die Festsetzung von Übernahme- und Abgabepreis sowie die Auferlegung von Auflagen jedenfalls als Verwaltungsakte angesehen werden mußten¹⁵¹, blieb nur offen, ob das durch die Übernahme begründete Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Zahlungsansprüche als privatrechtlich zu gelten hätten. Die dogmatisch an sich vorstellbare Konstruktion eines durch Hoheitsakt begründeten privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, das im Falle des „Übernahmevertrages“ zu einer zweistufigen Beurteilung, ähnlich wie bei den Subventionen, führen müßte, und die der BGH¹⁵² im Anschluß an *Modest*¹⁵³ vertrat, setzte sich nicht durch. Die in der Rechtslehre überwiegende Auffassung¹⁵⁴, der auch das BVerwG folgte¹⁵⁵, unterstellte die Rechtsbeziehungen zwischen den Bundesstellen und den Importeuren in vollem Umfange dem öffentlichen Recht. Da die Akte der Bundesstellen hoheitliche und einseitige Regelungen sind und

¹⁴⁶ Über die Unzulässigkeit der Festsetzung des Abgabepreises als Prohibitivpreis vgl. BVerwG NJW 1960, 1875 (betr. GetrG).

¹⁴⁷ Vgl. BVerwGE 9, 1 (betr. GetrG).

¹⁴⁸ Zu dieser Frage vgl. die Zusammenfassung bei *Klebe*. Speziell für die Aufgaben der Bundesstellen: BVerwGE 6, 244 und 7, 264.

¹⁴⁹ „Zum Kauf anbieten“, „Kaufpreis“, „zurückkaufen“.

¹⁵⁰ Die Abgabe aus der Vorratshaltung vollzieht sich nach einhelliger Meinung auf dem Boden des Privatrechts; vgl. BGHZ 20, 77; BVerwGE 7, 264 (betr. GetrG) und dazu den Aufsatz von *Plewnia*.

¹⁵¹ Vgl. *Dönhoff* S. 831; BVerwGE 3, 205 (betr. GetrG); BGHZ; 20, 77 (betr. GetrG); VG Frankfurt JZ 1959, 255 mit insoweit zust. Anm. v. *Lüke*.

¹⁵² BGHZ 20, 77; dagegen *Huber* Rechtsweg für Klagen aus „Übernahmeverträgen“.

¹⁵³ *Modest*, Getreidengesetz, 1953, S. 88.

¹⁵⁴ *Huber* WVerwR I § 44 VI 1 c, II § 86 I 2 c bb und Nachtr. A S. 752 f.; ders. Rechtsweg für Klagen aus „Übernahmeverträgen“; *Ipsen* Konstruktionsfragen.

¹⁵⁵ Dies blieb in BVerwGE 3, 205 noch dahingestellt, wurde aber seit BVerwGE 6, 244 (insoweit zust. *Obermayer* NJW 1958, 1108) in st. Rspr. ausgesprochen (BVerwGE 7, 264; NJW 1961, 42; DVBl 1961, 37). Ebenso *Zuleeg* Diss.

die vom Gesetz gewählte Konstruktion der Übernahme und Abgabe nur eine besondere Technik zur Errechnung des Subventions- bzw. Abschöpfungsbetrages ist¹⁵⁶, entfällt die Annahme eines durch gegenseitige Erklärungen gestalteten zweiseitigen Verhältnisses, etwa eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.

Ganz allgemein gesehen, dienen die Einfuhrmonopole der Sicherstellung der Versorgung mit wichtigen Grundnahrungsmitteln. Dieses Ziel tritt unmittelbar allerdings nur bei einer Herabschleusung des Preises durch Subvention zu Tage, wodurch die Einfuhr gefördert und auch eine etwa zu beobachtende unerwünschte Preissteigerung im Inland bekämpft werden kann¹⁵⁷. In erster Linie wird aber durch diese Lenkungsmonopole die Versorgung mittelbar dadurch gewährleistet, daß der gegebene Inlandspreis vor Unterbietungen durch die Einfuhr von Gütern geschützt wird, deren Weltmarktpreis unter dem Inlandspreis liegt. Die abschöpfende Funktion der Preisschleuse zum Zwecke der Stützung des Inlandspreises, d. h. aber der Schutz der inländischen Landwirtschaft vor einer gefährlichen Konkurrenz ausländischer Produkte, steht durchaus im Vordergrund¹⁵⁸. Insoweit, als den Einfuhrmonopolen die wirtschaftspolitische Konzeption zugrunde liegt, daß die Versorgung mit Grundnahrungsmitteln vornehmlich durch die nationale Landwirtschaft erreicht werden soll, deren ungestörter Bestand als wichtiger zu betrachten sei, als eine freie und möglichst billige Konsummöglichkeit, müssen sie als Instrumente des Protektionismus angesehen werden¹⁵⁹.

Die Einfuhrmonopole sind lediglich Regelungen der Berufsausübung; verfassungsrechtliche Bedenken gegen sie bestehen nicht^{160, 161}.

68.- Die *kulturelle Aktivität* des modernen Staates beschränkt sich in der Kunst auf ein Mäzenatentum ohne wesentliche Einflußnahme, zeigt in den Bereichen wissenschaftlicher Forschung, welche den technischen Fortschritt und vor allem die Nutzbarmachung der Atomenergie befruchten können, eine auffällige Intensivität, durchwirkt das Ausbil-

¹⁵⁶ Bei der Übernahme findet eine körperliche Transaktion ebensowenig statt wie ein Eigentumswechsel. Letzterer, der notwendigerweise Ziel eines zivilrechtlichen Kausalverhältnisses sein müßte, kann nach dem Wesen des Übernahme- und Abgabevorganges niemals intendiert werden.

¹⁵⁷ Vgl. *Dietrich* Einl. S. 8; BGH MDR 1960, 118.

¹⁵⁸ Vgl. *Dietrich* Einl. S. 8 f.; BVerwGE 3, 205; 9, 1; BVerwG NJW 1961, 42; BGH MDR 1960, 118.

¹⁵⁹ Die Art. 38 ff. EWG-Vertrag werden auf die Einfuhrmonopole der Marktordnungsgesetze daher nicht ohne Einfluß bleiben; diese sind Handelsmonopole im Sinne des Art. 37 EWG-Vertrag.

¹⁶⁰ Vgl. BVerwGE 3, 205; 9, 1. Abw. *Hamann* Wirtschaftslenkung S. 33 f. auf der Grundlage der Theorie der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ der „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes.

¹⁶¹ Die durch sie bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen sind durch § 100 Abs. 8 GWB ausdrücklich (deklaratorisch) zugelassen.

wesen in nahezu beherrschender Weise und steigert sich im funktographischen Massenkommunikationsapparat zu weithin monopolistischer Macht. Daß die großen Leistungen und revolutionierenden Umbrüche der schöpferischen Kunst und des philosophischen Denkens außerhalb der staatlichen Kulturpolitik liegen, verdanken sie ihrem unaufhebbar individuellen Charakter, der sie jeglicher Manipulation entzieht. Doch da diese nicht beliebig machbaren Vollzüge zwar das Profil, nicht aber den allgemeinen Horizont einer Zivilisation bestimmen, und da dieser die Funktion zahlreicher beeinflusbarer Zivilisationsfaktoren darstellt, verbleibt dem Staat ein weites und für die Nachhaltigkeit einer Kulturentfaltung ungemein wichtiges Feld kulturellen Handelns. Die kulturfördernde Wirkung des Staates erschöpft sich dabei nicht in seiner Eigenschaft als universale Ordnungsmacht, sondern tritt in vielfältigen unmittelbaren Aktionen zu Tage, mit denen der Staat eine zivilisatorische Wirksamkeit ausübt. Damit tut er nicht etwas, das seinem Wesen fremd wäre; denn der Staat ist seiner ihm aufgegebenen Idee nach, und ohne daß er sich dies erst präzisieren müßte¹⁶², ein „Kulturstaat“. Die Grenze allerdings, bei deren Überschreitung die Kulturförderung in eine Kulturfeindlichkeit umschlägt, gerät den Funktionären des Staates leicht aus den Augen, vor allem, wenn sie die staatliche Autorität zum Vehikel einer Ideologie machen, und das ist der Punkt, der die konkrete kulturelle Aktivität des Staates mit einer oft bemerkten Fragwürdigkeit belastet.

Die Kunst, die Wissenschaft und die eigentliche Erziehung sind durch die Gewährleistungen der Art. 5 Abs. 3 und 6 Abs. 2 GrundG gegen eine staatliche Monopolisierung der ihnen zugrundeliegenden Tätigkeit gesichert. Einen ungleich größeren Einfluß besitzt der Staat im *Schulwesen*, in dem er den Verwaltungszweck der Volksbildung verwirklicht, doch auch hier ist ihm durch die in Art. 7 Abs. 4 GrundG garantierte Privatschulfreiheit die Schaffung eines Verwaltungsmonopols versagt. Das staatliche Schulmonopol auf der einen und die Unterrichtsfreiheit auf der anderen Seite sind die polaren Formen des Schulsystems, gesehen unter dem Aspekt des Verhältnisses von Staat und Schule; Zwischenformen sind das abgeschwächte Schulmonopol und die begrenzte Unterrichtsfreiheit, für die die Frage ob private Unterrichtsträger einen Rechtsanspruch auf Zulassung haben oder nicht, Unterscheidungskriterium ist¹⁶³.

Der aufgeklärte Verwaltungsstaat des Absolutismus erkannte die Bedeutung des Unterrichtswesens für die Volksbildung, d. h. für die Formierung des Bewußtseins seiner „Untertanen“, löste es daher aus der bisherigen Beherrschung durch die Kirche und tendierte zum staat-

¹⁶² Wie in Art. 3 BayVerf.

¹⁶³ Nach Landé S. 704 f.

lichen Schulmonopol¹⁶⁴. Der grundsätzliche Ausschluß privater Schulen richtete sich hier vornehmlich gegen die Kirchen. Wenn auch so zunächst eine Art der Indoktrination durch eine andere abgelöst wurde, so bedeutete doch die mit dem Schulmonopol verbundene Einführung der allgemeinen Schulpflicht einen entscheidenden Fortschritt zur Hebung der Volksbildung. Die liberale Idee vom Staat verweigerte diesem eine so aktive Stellung im Unterrichtswesen. So ist in der Verfassung von 1849 zwar zuerst von der „Oberaufsicht“ des Staates über das Unterrichts- und Erziehungswesen die Rede (§ 153), dann aber erst die grundsätzliche Freiheit zur Gründung von Unterrichts- und Erziehungsanstalten aufgestellt (§ 154)¹⁶⁵, bevor postuliert wird, daß für die Bildung der deutschen Jugend durch öffentliche Schulen überall genügend gesorgt werden solle (§ 155). Die Weimarer Verfassung ist in diesem Punkt der Verfassung von 1849 nicht gefolgt, sondern hat in ihren Schulartikeln, ähnlich dem preuß. ALR, den prinzipiellen Vorrang des Staates im Schulwesen klar betont (vgl. Art. 143, Abs. 1, 144, 147)¹⁶⁶, verwirklichte aber nicht den Grundsatz des beschränkten Schulmonopols, sondern den der begrenzten Unterrichtsfreiheit¹⁶⁷. Art. 143

¹⁶⁴ Das Schulsystem des aufgeklärten Absolutismus war ein beschränktes Schulmonopol, d. h. der Staat unterwarf zwar private Schulen einem Konzessionszwang und nahm ein weitgehendes Aufsichtsrecht in Anspruch, schloß aber private Schulen nicht aus. Die Formulierung in § 1 II 12 ALR, daß Schulen und Universitäten „Veranstaltungen des Staates“ sind, ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß alle Schulen Staatsanstalten sind oder sein sollen, sondern stellt nur einen Grundsatz auf, der die besondere Rolle des Staates im Schulwesen betont, wie bereits aus den gleich folgenden §§ 2, 3 (Genehmigungserfordernis) hervorgeht (vgl. *Loening* S. 70 f., ihm folgend *Anschütz* PreußVerf Art. 23 Anm. 3; ebenso: *Hubrich* Korporationsnatur S. 226 f.; *Landé* S. 705).

¹⁶⁵ Dieses Prinzip der Unterrichtsfreiheit fand sich in Art. 17 der als vorbildlich betrachteten belgischen Verfassung von 1831, beruhte aber dort (wie *Anschütz* PreußVerf. Art. 20 nachgewiesen hat) auf der ganz anderen Voraussetzung, daß der Unterricht noch vornehmlich in den Händen der kath. Kirche lag. Art. 17 der belg. Verfassung ist die „Grundlage des Schulrechts eines nicht sowohl liberalen als klerikalen Musterstaates“ (*Anschütz*).

¹⁶⁶ Die Ansicht *Carl Schmitts* S. 31 ff., der die Schulartikel als einen Musterfall für ein „dilatorisches Formelkompromiß“ betrachtete, d. h. als Normen, die eine Sachentscheidung nicht aussprechen, hat sich nicht durchgesetzt. Die Schulartikel sind zwar durch ein Kompromiß zustande gekommen (vgl. Art. 174 WeimRVerf) und bringen die Gesichtspunkte einer Staatsschule, einer freien Schule sowie einer konfessionellen und einer Gemeinschaftsschule nebeneinander zur Geltung, doch blockieren sich diese nicht gegenseitig, sondern es ist ein Versuch gemacht, eine allen beteiligten Interessen gerecht werdende Festlegung der allgemeinen Grundlagen des Unterrichtswesens zu schaffen (ähnlich *Landé* S. 695).

¹⁶⁷ Ebenso v. *Mangoldt/Klein* Art. 7 Anm. VI 1. — Die Auffassung *Landés* S. 705, daß wegen des Verbots privater Vorschulen (Art. 147 Abs. 3 WeimRVerf) ein unbeschränktes staatliches Monopol für die Grundschuljahre bestanden habe, ist unzutreffend. Vorschulen waren Sondereinrichtungen für den Elementarunterricht solcher Kinder, die später höhere Lehranstalten besuchen sollten (vgl. *Anschütz* WeimRVerf Art. 145 Anm. 5). Sie hatten also klassenscheidenden, diskriminierenden Charakter und deshalb waren sie verboten, und zwar nicht nur für Private, sondern auch als öffentliche Schulen (vgl.

Abs. 1 Satz 1 WeimVerf statuierte das kulturpolitische Ziel, daß die Jugendbildung in erster Linie durch den Staat zu bewirken sei, so daß niemand auf Privatschulen angewiesen sein sollte¹⁶⁸. Die damit eng zusammenhängende Betonung der staatlichen Schulaufsicht durch hauptamtlich tätige, fachmännisch vorgebildete Beamte (Art. 144) richtete sich gegen die Ansprüche geistlicher Schulaufsicht.

Die Grundsätze der Weimarer Schulartikel sind, wenn auch in erheblich kürzer gefaßter Formulierung, in das Grundgesetz eingegangen: Grundsätzliche staatliche Prerogative im Unterrichtswesen, insbesondere im Volksschulwesen¹⁶⁹, ohne staatliches Schulmonopol¹⁷⁰, sondern als System der begrenzten Unterrichtsfreiheit auf der Grundlage der Privatschulfreiheit¹⁷¹; allgemeine staatliche Schulaufsicht¹⁷².

Anschütz WeimRVerf Art. 147 Anm. 4). So jetzt klar in Art. 7 Abs. 6 GrundG. Das Betreiben einer Vorschule war nicht dem Staat vorbehalten, sondern allgemein ausgeschlossen. Auch für Volksschulen, die als private Schulen nur in zwei bestimmten Fällen zulässig waren (Art. 147 Abs. 2 WeimRVerf), bestand deswegen nicht ein grundsätzliches staatliches Monopol (so aber *Landé S. 706*). Denn bei Vorliegen der Voraussetzungen bestand ein Rechtsanspruch auf Zulassung der privaten Volksschule.

¹⁶⁸ *Anschütz WeimRVerf Art. 143 Anm. 1*.

¹⁶⁹ Soweit die Ausbildung der Volksschullehrer („Lehrerbildung“; hierzu *Broermann*) staatlichen Hochschulen mit besonderer bekenntnismäßiger Ausformung vorbehalten ist, wie z. B. gem. Art. 36 Abs. 2 VerfRhPf (vgl. auch: Art. 19 VerfBadWürtt; Art. 15 VerfNordrhWestf; Art. 31 VerfSaarland), handelt es sich nicht um ein Verwaltungsmonopol, sondern um die Aufstellung einer besonderen Voraussetzung für den öffentlichen Dienst in den öffentlichen Volksschulen. Zum sog. „Lehrerausbildungsmonopol“ vgl. *BVerwG NJW 1961, 1122 = BVerwGE 10, 136*.

¹⁷⁰ Vgl. *Grewe; Heckel Grundgesetz und Schule; ders./Seipp S. 129; v. Mangoldt/Klein Art. 7 Anm. VI 1 und 2; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl., 1961, S. 122; ders. in Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, S. 477; Uber S. 157 Anm. 488; Geiger; Reuter S. 11 ff. und Art. 8 EUG Anm. 2. — Bachof Freiheit des Berufs S. 202 Anm. 173 betont das faktische Schulmonopol des Staates, was jedoch eher eine soziologische Aussage ist, weil sich daraus für die Rechtsstellung der Privatschulen nichts ableiten läßt. Ein (rechtliches) Verwaltungsmonopol besteht jedenfalls nicht.*

¹⁷¹ Durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GrundG, der in den Schulartikeln der Weimarer Verfassung nicht vorhanden war, wird nicht eine „neue Epoche der Privatschulen“ eingeleitet und rücken diese nicht gleichberechtigt neben die öffentlichen Schulen (so: *Heckel Privatschulrecht S. 41; ders./Seipp S. 131 f.; ähnlich Reuter S. 12; anders noch Heckel Grundgesetz und Schule, wo ein Vorrang der öffentlichen Schule angenommen wurde. Gegen Heckel: v. Mangoldt/Klein Art. 7 Anm. VI 1*). Die neue Formulierung sagt nicht mehr aus, als schon in Art. 147 WeimRVerf der Sache nach geltendes Recht war. Sie „betont“ zwar „die Freiheit des Erziehungswesens mehr“ (*Grewe*), tastet aber den notwendigen Vorrang der öffentlichen Schule nicht an, der nicht ein Ausdruck freiheitsfeindlicher Staatsaktivität ist, sondern bleibende Errungenschaft des Kulturstaates. Als erneuter Widerspruch in der Heckelschen Konzeption der Privatschulfreiheit muß angesehen werden, daß *Heckel DÖV 1961, 788* (ähnlich auch *Menger VerwArch 53/1962, 280 f.*) die Privatschule mit dem beliebigen Unternehmen vergleicht, weil sie „öffentlich-rechtliche Aufgaben in privater Rechtsform“ erfülle. Abgesehen davon, daß eine derartige Beleihung Privater mit öffentlichen Aufgaben im strengen Sinn einen beleihenden Rechtssatz voraussetzt, ist es ja gerade das Wesen der

Die Ausfüllung des in Art. 7 GrundG aufgestellten Rahmens für das Schulwesen ist nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes Ländersache¹⁷³.

Das System der begrenzten Unterrichtsfreiheit, das ein staatliches Unterrichtsmonopol ausschließt, dennoch aber den staatlichen Bildungsauftrag anerkennt, entspringt der liberalen Staatsvorstellung¹⁷⁴. John St. Mill läßt für die Volkserziehung eine Durchbrechung des „Nicht-Einmischungsprinzips“ zu, wendet sich aber lebhaft gegen ein staatliches Unterrichtsmonopol, das ihm despotisch erscheint¹⁷⁵. Noch zurückhaltender äußerte sich Wilhelm von Humboldt in seiner Jugendschrift von 1792¹⁷⁶ über Wert und Wünschbarkeit der öffentlichen Erziehung. Für die sozialistische Volksdemokratie demgegenüber ist ein staatliches Schulmonopol das wesensgemäßere System (vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 4 VerfDDR).

Die Hochschulen fallen wegen ihres spezifischen Bildungszieles nicht unter den Begriff der Schule¹⁷⁷, so daß die Zulässigkeit privater Hoch-

Privatschulfreiheit, die Art. 7 Abs. 4 GrundG als Institut und als Grundrecht gewährleistet, daß sie neben, nicht an Stelle des Staates eigene, nicht staatliche, Ziele verfolgt.

¹⁷² Die Schulaufsicht hat gegenüber Privatschulen einen anderen Charakter als gegenüber öffentlichen Schulen, weil sie dort nicht Leitung und Verwaltung, sondern vorzüglich Kontrolle unter Anerkennung der eigenen Verantwortung der Privatschule ist (grdl. Anschütz PreußVerf Art. 23 Anm. 3; ders., WeimRVerf Art. 144 Anm. 1; ihm folgend Landé S. 701 ff.; Grewe S. 34 f., der Landé in einigen Punkten kritisiert; Heckel Privatschulrecht S. 51 f., 315 ff.; v. Mangoldt/Klein Art. 7 Anm. III).

¹⁷³ Vgl. die Schulartikel der Länderverfassungen, z. B. Art. 128—137 BayVerf; Art. 7—15 VerfNordrhWestf. Übersicht über die Schulgesetzgebung der Länder: Heckel/Seipp S. 347 ff.; ergänzend insb. das bayer. Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 9. 3. 1960 (GVBl S. 19). Wesentliche Grundlage des Privatschulrechts ist die Vereinbarung der Unterrichtsverwaltungen der Länder in der Bundesrepublik Deutschland über das Privatschulwesen vom 10./11. 8. 1951 (mit Ergänzungen, abgedruckt bei Heckel Privatschulrecht S. 85 ff.).

¹⁷⁴ Vgl. Heckel Privatschulrecht S. 9 f. (die Privatschule verwirkliche die Idee der Freiheit im Schulwesen, das staatliche Monopol gefährde die Freiheit an der Wurzel); Nawiasky/Leusser a.a.O. (Anm. 89) Erl. zu Art. 134. Beide Autoren sprechen allerdings ungenau von der „demokratischen“ Auffassung; das Gesagte gilt nur für die liberale Form der Demokratie.

¹⁷⁵ Grundsätze der politischen Ökonomie, deutsch von Adolph Soetbeer, 1852, V/XI § 8.

¹⁷⁶ Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Das 6. Kapitel schließt nach einer Erörterung der Nachteile und Überflüssigkeit der öffentlichen Erziehung mit dem Satz: „Öffentliche Erziehung scheint mir daher ganz außerhalb der Schranken zu liegen, in welchen der Staat seine Wirksamkeit halten muß“. Die individualistische Staatsfeindlichkeit dieser Frühschrift ist vom älteren Humboldt nicht festgehalten, sondern in ihr Gegenteil verkehrt worden. Vorzüglich seine Beurteilung der öffentlichen Erziehung widerlegte der nachherige preußische Kultusminister, der das preußische Schulwesen eigentlich erst schuf und der die Universität Berlin gründete, durch eigenes Handeln.

¹⁷⁷ Heckel Privatschulrecht S. 44 f., 220 f.; Spreng/Birn/Feuchte Art. 14 Anm. 2; Thieme Hochschulrecht S. 59 f.; Zinn/Stein Art. 61 Anm. 3; Reuter

schulen nicht nach den Grundsätzen der Privatschulfreiheit zu bestimmen ist. Jedoch galt bereits für die Zeit der Weimarer Verfassung¹⁷⁸ und gilt nach den jetzt maßgebenden landesrechtlichen Vorschriften, wie sie sich als Grundsatzregelungen in zahlreichen Landesverfassungen finden¹⁷⁹, das Prinzip der begrenzten¹⁸⁰ Unterrichtsfreiheit¹⁸¹. Eine andere Rechtslage besteht für die *Universitäten*, die eine in Deutschland in besonderer Weise geschichtlich geprägte Form wissenschaftlicher Hochschulen sind.

Bereits den ersten deutschen Universitätsgründungen¹⁸² im Spätmittelalter¹⁸³ ist nach dem Vorbild der Pariser Universität eine korpore-

Art. 42 Anm. 1. Abw. *Süsterhenn* DVBl 1961, 181. Diese Auffassung bestand bereits für die Schulartikel der WeimRVVerf: *Köttgen* Universitätsrecht S. 25; *Landé* S. 706.

Die ausdrückliche Exemption der Hochschulen aus dem Begriff der Schule, wie sie sich in § 19 Abs. 1 der Ländervereinbarung über das Privatschulwesen und in Art. 12 BayEUG findet, hat demnach lediglich deklaratorische Bedeutung. In einigen Länderverfassungen sind die Hochschulen allerdings den Privatschulen gleichgestellt (Art. 61 HessVerf; Art. 30 VerfRhPf).

¹⁷⁸ Vgl. *Köttgen* Universitätsrecht S. 25 ff. Abw. *Landé* S. 706, der aus Art. 143 Abs. 1 WeimRVVerf ein staatliches Hochschulmonopol ableitete.

¹⁷⁹ Art. 20, 85 VerfBadWürtt; Art. 138 BayVerf (dazu: *Kuchinke*); Art. 34 BremVerf; Art. 60, 61 HessVerf; Art. 16 VerfNordrhWestf; Art. 30, 39 VerfRhPf.

¹⁸⁰ Abw. Art. 16 Abs. 2 VerfNordrhWestf, der die kirchlichen Hochschulen für die Ausbildung der Geistlichen der staatlichen Genehmigungspflicht und Schulaufsicht entzieht (vgl. *Geller/Kleinrahm* Art. 16 Anm. 5).

¹⁸¹ Vgl. *Nawiasky/Leusser* a.a.O. (Anm. 89) Erl. zu Art. 138; *Süsterhenn* DVBl 1961, 184 f. Abw. *Thieme* Hochschulrecht S. 111 ff.; ders., Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole S. 284 Anm. 58. Die Formulierung in Art. 34 Satz 1 BremVerf, daß Hochschulen „in der Regel“ staatlich sind, betont den Vorrang der öffentlichen Hochschule, ohne ein staatliches Hochschulmonopol auszusprechen (vgl. *Spitta* zu Art. 34). — Das Fehlen eines allgemeinen (rechtlichen) Hochschulmonopols steht dem faktischen und infolge des mehrfach ausgesprochenen und aus dem Wesen des modernen Staates folgenden Bildungsauftrags des Staates insoweit auch rechtlichen Vorrang der öffentlichen Hochschulen nicht entgegen.

¹⁸² Prag: Stiftungsbrief Karls IV. („Constitutio studii generalis in Civitate Pragensi“) vom 7. 4. 1348 (MGH Const VIII, 580), Bulle Clemens' VI. vom 26. 1. 1347;

Wien: Stiftungsbrief Herzog Rudolfs IV. vom 12. 3. 1365, Bullen Urbans V. vom 18. 6. 1365 und Urbans VI. vom 20. 2. 1384 (*Kink*);

Heidelberg: Stiftungsbrief Kurfürst Ruprechts I. von der Pfalz vom 1. 10. 1386, Bulle Urbans VI. vom 23. 10. 1385 (*Thorbecke*);

Köln: Städtischer Stiftungsbrief vom 22. 12. 1388, Bulle Urbans VI. vom 21. 5. 1388;

Erfurt: Städtische Stiftung von 1392, Bullen „Clemens' VII.“ (des nicht anerkannten Gegenpapstes in Avignon) vom 16. 9./1. 10. 1379 und Urbans VI. vom 4. 5. 1389 (*Weissenborn*);

Leipzig: Stiftungsbrief des Landgrafen von Thüringen und des Markgrafen von Meißen vom 2. 12. 1409, Bulle Alexanders V. vom 9. 9. 1409;

Würzburg: Bischöflicher Stiftungsbrief vom 2. 10. 1410, Bulle Bonifaz' IX. vom 10. 12. 1402 (diese Gründung kam über Anfänge nicht hinaus, erst 150 Jahre später gelang eine dauerhafte Gründung im Rahmen der Gegenreformation; vgl. *von Wegele* S. 11 ff.);

Rostock: Stiftung der Herzöge von Mecklenburg 1419, Bullen Martins V. vom 13. 2. 1419 und Eugens IV. vom 27. 1. 1432;

Greifswald: Stiftungsbrief Herzog Wratislaws IX. von Pommern-Wolgast

rative Autonomie als universitas magistrorum et scholarium, zugleich aber, und das ganz im Gegensatz zu den französischen und englischen Universitäten, der Umstand eigentümlich, daß sie stets auf den Gründungsakt einer obrigkeitlichen Autorität zurückgingen¹⁸⁴. Bis zur Mitte des 15. Jahrhunderts wurden die Gründungen, neben dem Stiftungsakt eines Landesherrn oder einer Stadt, nur durch eine päpstliche Bulle fundiert, und das Privileg Friedrichs III. für Freiburg ist insofern ein „novum“¹⁸⁵. Während hier noch die verwandtschaftlichen Beziehungen des Kaisers zum Landesherrn eine Rolle gespielt haben mögen, wird die kaiserliche Privilegierung seit der Frankfurter Gründung eine ständige Praxis, die seit der Reformation, welche das päpstliche Privileg allmählich seiner Bedeutung beraubte¹⁸⁶, in den Vordergrund tritt: „Ein Schimmer von Katholizität und Apostolizität der Kirche haftet ja auch an seiner (sc. des Kaisers) Krone“ (*Paulsen*).

vom 15. 12. 1455, Bulle Kalixts III. vom 29. 5. 1456, (unsichere) Bestätigung durch Friedrich III. von 1456 (*Koch* I, 342 ff.; *Kosegarten*; *Curschmann/Holstein/Triepel*);

Freiburg i. Br.: Stiftungsbrief Erzherzog Albrechts VI. vom 21. 9. 1457, Bulle Kalixts III. vom 20. 4. 1455; Privileg Friedrichs III. vom 18. 12. 1456 (*Gerber* Wandel der Rechtsgestalt I, 21 ff., II, 13 ff. und 23 ff.);

Basel: Städtische Stiftung vom 28. 5. 1460, Bulle Pius' II. vom 12. 11. 1459 (*Bonjour*);

Ingolstadt (seit 1802 Landshut, seit 1826 München): Stiftungsbrief Herzog Ludwigs des Reichen von 1472, Bulle Pius' II. vom 7. 4. 1459;

Trier: Städtische Stiftung von 1473, Bulle Nikolaus' IV. vom 2. 2. 1454;

Mainz: Erzbischöfliche Stiftung von 1477, Bulle Sixtus' IV. vom 23. 11. 1476;

Tübingen: Stiftung Herzog Eberhards im Bart von Württemberg vom 9. 10. 1477, Bulle Sixtus' IV. vom 13. 11. 1476, Privileg Friedrichs III. vom 20. 2. 1484 (*Haller*);

Wittenberg: Stiftungsbrief Kurfürst Friedrichs des Weisen vom 18. 10. 1502, Privileg Maximilians I. vom 6. 7. 1502, Bulle Julius' II. von 1506;

Frankfurt a. O.: Stiftungsbrief Kurfürst Joachims I. vom 26. 4. 1506, Bulle Julius' II. vom 15. 3. 1506, Privileg Maximilians I. vom 26. 10. 1506 (*Hausen*).

Zu den Gründungsvorgängen: *Bornhak*; *Georg Kaufmann* II, 21 ff.; *Paulsen* Gründung S. 261 ff.

¹⁸³ Zum mittelalterlichen deutschen Universitätswesen: *Barion* S. 50 ff.; *d'Irsay* I, 173 sqq; *Grundmann*; *Denifle*; *Georg Kaufmann* II. Bd. (der I. Bd. behandelt die ausländischen Vorbilder); *Kluge* S. 1 ff., 209 ff.; *Paulsen* Gründung; ders., *Organisation*; *Rashdall* II, 211 sqq.

¹⁸⁴ Vgl. *Grundmann* S. 11 ff.; *Georg Kaufmann* II, 2 ff. „En ces pays (sc. des Reiches) leur (sc. der Universitäten) dépendance vis-à-vis du pouvoir politique se montrera avec évidence“ (*d'Irsay* I, 6).

¹⁸⁵ *Paulsen* Gründung S. 273 f. Prag wurde von Karl IV. nicht als Kaiser, sondern als böhmischer Landesherr gegründet. — Ein kaiserliches Privileg findet sich erst wieder bei Tübingen, und Wittenberg ist dann die erste Universität, die nicht unmittelbar mit päpstlicher, sondern mit kaiserlicher Autorität gegründet wurde (*Paulsen* Gründung S. 280).

¹⁸⁶ Die erste protestantische Gründung ist Marburg, eine Stiftung des Landgrafen Philipp von Hessen im Jahre 1527 mit einem Privileg Karls V. vom 16. 7. 1541 (*Rettberg*). Königsberg, die zweite protestantische Universität, wurde durch den hohenzollerischen Markgrafen Albrecht durch Stiftungsbrief („Declaration“) vom 20. 7. 1544 ins Leben gerufen und durch eine Urkunde vom 18. 4. 1557 von ihm mit Privilegien ausgestattet. Nachdem Bemühungen um ein kaiserliches und ein päpstliches (!) Privileg vergeblich blieben, be-

Welche Funktion die päpstlichen und später die kaiserlichen Privilegien hatten, ist unsicher¹⁸⁷. Jedenfalls war der wesentliche, konstitutive Akt der des Landesherrn bzw. der Stadt, die Privilegien der universalen Mächte traten lediglich als Bestätigung oder Zustimmung hinzu, ohne im strengen Rechtssinne notwendig einzuholende Konzession zu sein¹⁸⁸. Diese Privilegien verliehen weniger eine Rechtsmacht, als ein allerdings jahrhundertlang für unumgänglich gehaltenes Ansehen; die bis zum Ende des Reiches allein feststellbare Rechtsmacht der kaiserlichen Privilegien war, daß sie als Grundlage für eine über die Territorialgrenzen hinaus wirksame Verleihung akademischer Grade erforderlich waren¹⁸⁹.

Das entscheidende Gewicht des landesherrlichen Stiftungsaktes trat mit der fortschreitenden Dismembration des Reiches im Absolutismus deutlich hervor¹⁹⁰. Im 18. Jahrhundert leitete sich das Recht zur Universitätsgründung aus der Unterrichtspolicey der Landeshoheit ab. Die preußischen Universitätsgründungen am Beginn des 19. Jahrhunderts

gnügte man sich mit einem Privileg, das König Sigismund August von Polen als Lehensherr am 28. 3. 1560 („Diploma Confirmationis“) nach dem Vorbild Krakaus gab (Arnoldt; Bornhak S. 3 ff.; d'Irsay I, 321 sqq; Koch I, 536 ff.; Töppen S. 70 ff.).

¹⁸⁷ Vgl. hierzu: Bornhak S. 1; Denifle S. 763 ff.; Georg Kaufmann II, 3 ff. und 17; Paulsen Gründung S. 282 ff.; von Raumer S. 8 ff.

¹⁸⁸ Weder der päpstliche Anspruch, daß theologische Fakultäten und akademische Grade ein Privileg zur Grundlage haben müßten (wie es sich in der selbständigen und nachträglichen Privilegierung theologischer Fakultäten in Wien und Rostock zeigt), noch der kaiserliche Anspruch, daß das Unterrichten im römischen Recht nur mit kaiserlichem Privileg erlaubt sei, gewannen die Geltung von Rechtssätzen.

¹⁸⁹ Leist, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1803, § 167; Klüber S. 797 f.; G. Meyer VerwR § 50 Anm. 2; Bornhak S. 61; Hubrich Gründung von Universitäten S. 642 ff.; von Raumer S. 9; Schrader S. 46; Töppen S. 111 ff., (diese Frage spielte bei der Gründung der Universität Königsberg wegen des Fehlens eines kaiserlichen und eines päpstlichen Privilegs eine besondere Rolle). J. J. Moser, Teutsches Staatsrecht, 1742 (nach einem Auszug bei Hubrich Gründung von Universitäten S. 643), stützte seine abw. Auffassung, daß ein Reichsstand eine Universität nicht anlegen könne, in wenig überzeugender Weise auf eine Vorschrift der Gerichtsverfassung (§ 2 Abs. 1 Satz 3 der Kammergerichts-Ordnung vom 25. 9. 1555).

¹⁹⁰ Halle, „die erste Gründung des modernen Staates und daher von Anfang an Staatsanstalt“ (Bornhak), beruht auf einem Stiftungsbrief des Kurfürsten Friedrich III. vom 4. 9. 1697, dazu traten ein altes Privileg des päpstlichen Legaten vom 27. 5. 1531 und ein Privileg Leopolds I. vom 19. 10. 1693 (Bornhak S. 54 ff.; Koch I, 427 ff.; Schrader, wo in Anl. 1, 7 und 13 die Gründungsurkunden abgedruckt sind).

Die Universität Wittenberg wurde durch Regulativ vom 12. 4. 1817 mit der Hallensischen vereinigt.

Auf Halle folgten Göttingen mit einem landesherrlichen Stiftungsbrief vom 17. 12. 1736 und einem Privileg Karls VI. von 1733 (Gundelach S. 1 ff.; d'Irsay II, 91 sqq) und Erlangen (Stiftungsbrief vom 13. 4. 1743; Privileg Karls VII. vom 21. 2. 1743), die Stiftung der fränkischen Hohenzollern (Engelhardt; Deuerlein).

Noch bei der Gründung der Universität Münster durch den Kurfürsten Maximilian Friedrich von Köln (1775) war ein Privileg Josephs II. eingeholt worden.

erfolgten durch Kabinetts-Ordres¹⁹¹. Im 20. Jahrhundert wurden Universitäten teils durch Gesetz¹⁹², teils durch Verwaltungsakt des Kultusministers ins Leben gerufen.

Der aufgeklärte Fürstenstaat des deutschen Absolutismus kannte Universitätsgründungen nur in der Form privilegierter Korporationen¹⁹³. Hierfür sind die Universitätsvorschriften des preuß. ALR (§§ 1, 2 und 67 ff. II 12)¹⁹⁴ repräsentativ. Zwar war die Dotierung einer Universität von privater Seite möglich und konnte selbst eine private Hochschule mit universitätsartigem Unterrichtsbetrieb mit staatlicher Genehmigung gegründet werden, doch setzte die Gründung einer Universität stets einen landesherrlichen Stiftungsakt voraus, der allein die besondere Rechtsstellung einer „privilegierten Korporation“ schaffen konnte¹⁹⁵. An dieser Rechtslage hat sich im Kern bis heute nichts geändert.

Die Rechtsgestalt der deutschen Universität, die wie kaum eine andere Institution durch Tradition geprägt ist, ist dadurch charakterisiert, daß sie wesensnotwendig eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein muß¹⁹⁶, d. h. aber Einheit der mittelbaren Staatsverwaltung¹⁹⁷. Ihre Eigenschaft als „gelehrte Korporation“ mit Lehrfreiheit und akademischer Selbstverwaltung sowie einer beschränkten Satzungsautonomie als „tragenden juristischen Pfeilern“¹⁹⁸ hebt die Universität allerdings

¹⁹¹ Universität Berlin am 16. 8. 1809 (*Hubrich* Gründung von Universitäten S. 659 ff.; *d'Irsay* II, 185 sqq; *Kluge* S. 75 ff.; *Koch* I, 30 ff.; *Lenz*) und Bonn am 18. 10. 1818 (*von Bezold*; *Koch* I, 171 ff.).

Die Breslauer Universität entstand erst durch die Aurea Bulla Leopolds I. vom 21. 10. 1702, die das dortige Jesuitenkolleg zur Universität erhob. Sie wurde dann durch die Kabinetts-Ordre vom 3. 8. 1811 durch Zusammenlegung mit der Universität Frankfurt a. O. umgegründet (*Koch* I, 292 ff.).

¹⁹² So die Universität Hamburg durch Gesetz vom 31. 8. 1919 (*Ipsen* Hamburgs Verfassung und Verwaltung S. 353 f.). — Das geltende Verfassungsrecht läßt überhaupt nur diese Form der Gründung zu.

¹⁹³ Die Frage, ob die Universitäten Korporationen (so z. B. *Hubrich* Gründung von Universitäten S. 652 ff. ders., Korporationsnatur; *Köttgen* Universitätsrecht S. 33 ff.) oder Anstalten (so z. B. *Hatschek*; *G. Meyer* VerwR § 50 Anm. 2) sind, was insb. für den Umfang der Selbstverwaltung von Bedeutung ist, war und ist kontrovers (vgl. z. B. *Gundelach* S. 159 ff.; *Thieme* Hochschulrecht S. 98 ff.; *Wende* S. 22 ff.; *H. J. Wolff*; VGH Freiburg i. Br. JZ 1956, 18).

¹⁹⁴ Zum preuß. Universitätsrecht: *Hubrich* Gründung von Universitäten S. 646 ff., 673 ff.; *Koch*; *Köttgen* Universitätsrecht S. 25 f.; *Wende*.

¹⁹⁵ Insofern ist die Annahme, § 1 II 12 ALR habe kein staatliches Universitätsmonopol ausgesprochen (*Hubrich* Gründung von Universitäten S. 646 ff.; *Köttgen* Universitätsrecht S. 25 f.), nur bedingt zutreffend. Denn die „Genehmigung“ des § 2 II 12 ALR war hier, anders als bei den Privatschulen, nicht eine polizeiliche Erlaubnis, sondern Konstitutivakt. Vgl. *Wende* S. 14 f.

¹⁹⁶ *Köttgen* Grundrecht der deutschen Universität S. 50, der dieses Ergebnis nicht aus dem Rechtsbegriff der Universität, sondern aus dem „Grundrecht der deutschen Universität“, einem durch Smend eingeführten Begriff, ableitet; *Wolff*.

¹⁹⁷ Die Universitätsgründung kann deshalb nur durch Gesetz erfolgen (*Forsthoff* VerwR § 22, 2 a; *Reinhardt* S. 44).

¹⁹⁸ *Köttgen* Universitätsrecht S. VII. — Schon vor den Schriften Fichtes, Schleiermachers und Wilhelm von Humboldts (vgl. Die Idee der deutschen

aus der sonstigen mittelbaren Staatsverwaltung heraus¹⁹⁹. Privaten steht es zwar offen, nach Maßgabe der landesrechtlichen Hochschulbestimmungen wissenschaftliche Hochschulen mit dem gleichen Bildungsziel und Unterrichtsbetrieb zu errichten, wie sie den Universitäten eigentümlich sind, doch vermögen sie die „spezifische öffentliche Autorität“ (*Köttgen*), die die deutsche Universität kennzeichnet und die sich rechtlich in der Organisation als juristische Person des öffentlichen Rechts niederschlägt, nicht nachzuahmen²⁰⁰. Die Universität ist kraft ihrer geschichtlichen Entwicklung²⁰¹ wesensmäßig als privatrechtliche Institution nicht denkbar. Daraus folgt, daß die Veranstaltung von Unterricht in der Form der Universität kein Verwaltungsmonopol, sondern eine notwendig staatliche Tätigkeit ist.

69.- Von den modernen Medien der Massenkommunikation von Information und Unterhaltung, die durch die Entwicklung besonderer Aufnahme-, Vervielfältigungs-, Wiedergabe- und Verbreitungstechniken ermöglicht wurden, sind Hörfunk und Fernsehfunke, die unter der Bezeichnung *Rundfunk* zusammengefaßt werden, die bedeutsamsten. Vermöge ihres psychisch unmittelbaren Zugangs zum Angesprochenen über Ton und Bild übertreffen sie die Wirkung der Presse, vermöge ihrer Installation im engeren Lebenskreis des größten Teils der Bevölkerung²⁰² übertreffen sie die des Films. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 2. 1961²⁰³ setzte den vorläufigen Schlußpunkt unter den bisher tiefgreifendsten Verfassungskonflikt über das föderalistische Prinzip und unter eine der anhaltendsten und weitläufigsten Kontroversen der heutigen deutschen Staatsrechtslehre. Für den begrenzten Zweck dieser Arbeit sind aus dem rechtlichen Material und der gelehrten Diskussion nur einzelne Gesichtspunkte herausge-

Universität) war der Gedanke in der deutschen Universität lebendig, daß nicht zuerst technisch-spezialisiertes Wissen zu vermitteln, sondern das wissenschaftliche Denken selbst zu verwirklichen sei. Der erste Rektor der Universität Freiburg legte seiner Eröffnungsrede Spr. 9, 1 zugrunde: „Sapientia aedificabit sibi domum“ (nach *Grundmann* S. 66).

¹⁹⁹ Zu diesem Fragenkreis: *Barion* S. 79 ff.; *Gerber* Hochschule und Staat; *Kluge*; *Köttgen* Universitätsrecht S. 185 ff.; ders. Freiheit der Wissenschaft S. 318 ff.; ders. Grundrechte der deutschen Universität S. 69 ff.; *Kuchinke*; *Reinhardt*.

²⁰⁰ Vgl. *Köttgen* Universitätsrecht S. 25 ff.; ders. Freiheit der Wissenschaft S. 319.

²⁰¹ „Seitdem es überhaupt einen hinreichend konsolidierten Universitätstypus gibt, hatten die Universitäten stets ihren festen Platz innerhalb der Grundordnungen von Staat und Kirche“ (*Köttgen* Grundrecht der deutschen Universität S. 16).

²⁰² Am 1. 5. 1962 gab es in der Bundesrepublik und in West-Berlin 16 481 314 angemeldete Rundfunkempfangsgeräte und am 1. 9. 1962 6,7 Mill. Fernsehgeräte (nach dem Fischer Weltalmanach 1963 S. 292).

²⁰³ BVerfGE 12, 205. Dazu: *Krause-Ablass* Fernsehurteil; *Peters* Rechtslage (kritisch); *Zeidler*; *Bettermann* Rundfunkfreiheit (kritisch); *Jank* S. 47 f. (kritisch).

griffen, die zur Lösung der Frage des rechtlichen Monopols der Veranstaltung von Rundfunksendungen etwas beitragen.

Ein Angelpunkt für die Begriffsbestimmung des Rundfunks und damit für die Auslegung des Art. 73 Nr. 7 GrundG²⁰⁴ und des FernmAnlG ist dessen Absetzung vom Fernmeldewesen als einem nur technische Vollzüge der Signalübermittlung betreffenden Bereich²⁰⁵. Dies hat die Erkenntnis der Wesensverschiedenheit von Fernmelde- einschließlich Funkhoheit und Rundfunkhoheit zur Folge. Der Umstand, daß das Rundfunkprogramm mit Hilfe der Funktelegraphie gesendet und empfangen wird, ist für das Wesen des Rundfunks nicht konstitutiv, sondern sekundär, instrumental: Die Rundfunkanstalten sind Benutzer des technischen Mittels Funktelegraphie und der zu dessen Darstellung erforderlichen Einrichtungen²⁰⁶, ebenso wie sich die Presse der Rotationsmaschine und des Zeitungspapiers bedient.

Während die Untersuchung der administrativen Rundfunkpraxis der Vergangenheit und die konstruktive Analyse des Begriffs „Fernmeldeanlage“ den Kern der gesellschaftlichen Institution Rundfunk verfehlen mußte, ließ die Anwendung einer soziologischen Methode deren Wesen sichtbar werden. Die Klassifikation als Daseinsvorsorge²⁰⁷ entrückte die rechtliche Ordnung des Rundfunks wenigstens der Vorstellung von der „Ätherpolizei“, doch war damit, ebenso wie mit der Bezeichnung als kulturelle Funktion, erst etwas sehr Unbestimmtes ausgesagt. Die eigentlich treffende Charakterisierung ist die Erfassung des Rundfunks als einer Institution der Publizistik²⁰⁸. Diese Kategorie knüpft auch an ein wesentlicheres Kriterium an als diejenigen Begriffsbestimmungen, die von dem sozialen Wirkungsmechanismus des Rundfunks als Instrument der Meinungsbeeinflussung²⁰⁹ oder als „unvergleichliche Möglichkeit, Macht zu bilden und Macht auszuüben“²¹⁰ ausgehen. Darin ist lediglich ein zu berücksichtigendes Akzidenz zu sehen.

²⁰⁴ An größeren monografischen Untersuchungen zum Thema der Gesetzgebungskompetenz für das Rundfunkwesen sind hervorzuheben: *Ipsen* Rundfunkgebühr; *Krause* Zuständigkeit; *Krüger*; *Leiling*; *Lüders* Zuständigkeit; *Peters* Zuständigkeit.

²⁰⁵ Vgl. BVerfGE 12, 205 LS 3 und Gründe D II. *Krause* Zuständigkeit stellt den „Rund-Funk“ als eine Form des Fernmeldewesens dem „Rundfunk“ als einer publizistischen Institution gegenüber.

²⁰⁶ Vgl. BVerfGE 12, 205 Gründe D II b; *Krause* Zuständigkeit S. 54 ff.; *Pohle* Rundfunk S. 19.

²⁰⁷ *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 39 ff.; *Krüger* S. 15 f., 20 f.; *Ridder* Kirche, Staat, Rundfunk S. 42 f.

²⁰⁸ So insb. *Krause* Zuständigkeit S. 23 ff.

²⁰⁹ So *Pohle* Rundfunk S. 19.

²¹⁰ *Krüger* S. 39 ff. Dieser Gedanke wurde auch von Kühn (SPD) in der Rundfunk-Debatte des Bundestages am 27. 1. 1960 erwähnt: Beim Fernsehen handele es sich „um ein Instrument, mit dem . . . wie mit kaum einem anderen Macht ausgeübt werden kann“. — Dieser Einfluß wird weniger durch die rein meinungsbildenden Programmteile, d. h. durch Propaganda und hidden persuasion, als vielmehr durch die Manipulierung der Berichterstattung aus-

Im Vordergrund der staatsrechtlichen Problematik des Rundfunks steht die Frage des Verhältnisses zum Staat, das in der Rundfunkverfassung seinen Niederschlag findet. Hierbei sind drei Grundtypen denkbar²¹¹: Das „amerikanische System“, in dem der Rundfunk grundsätzlich ein auf Grund staatlicher Lizenzierung im Rahmen staatlicher Richtlinien und Kontrolle arbeitender Privatbetrieb ist²¹², das „britische System“, in dem der Rundfunk als öffentliche Anstalt mit relativer Autonomie organisiert ist, und das „staatseigene System“ mit dem Rundfunk als Staatseinrichtung. Beim staatseigenen System kann entweder der gesamte Rundfunkbetrieb Angelegenheit des Staates sein oder nur der technische Betrieb der Sender, während die Programmleistung von mehr oder weniger staatlich beeinflussten privaten Rundfunkgesellschaften bewirkt wird. Die publizistische Qualität des amerikanischen Systems leidet wegen der Finanzierungsmethode unter der Herrschaft des Werbe-Spots, das staatseigene System, für das in seiner zweitgenannten Form der deutsche Rundfunk der Weimarer Republik ein Beispiel ist, ist der schwerwiegenderen Gefahr ausgesetzt, ein Instrument im Dienste der jeweiligen Regierung zu werden²¹³. Das britische System scheint daher die Autonomie²¹⁴ ohne Auslieferung an private Interessen²¹⁵ mit der erwünschten Staatseinwirkung²¹⁶ am glücklichsten zu vereinen.

Ein Verwaltungsmonopol in dem hier zugrundegelegten Sinn wäre in allen den Fällen anzunehmen, in denen im öffentlichen Interesse kraft Rechtssatzes eine Ausschließlichkeit für die Veranstaltung von Rundfunksendungen begründet würde²¹⁷. Es würde sich um ein Lenkungs-

geübt. Das ist aber kein Problem des Rundfunks, sondern ein solches der Nachrichtenpolitik öffentlicher Stellen. Gegen die Überschätzung des Einflusses der Massenkommunikationsmittel: Joseph Th. *Klapper*, *The Effects of Mass Communication*, 1960. Die eigentlich kulturellen Programmteile müssen für die Konstituierung der — verfassungstheoretisch verstandenen — „öffentlichen Meinung“ überhaupt ausscheiden. Schließlich bedürfte es noch genauerer Untersuchung darüber, inwieweit „Macht über Seelen“ im strengen Sinn politische Macht ist. Gegen Krüger auch *Krause-Ablass Komm. u. priv. Rundfunk* S. 250 f.

²¹¹ Nach *Pohle* Rundfunk S. 146 f. Ähnlich: *Haensel*; *Reichert* S. 347 ff. Material hierzu: Die rechtliche Ordnung des Rundfunks im Ausland.

²¹² Zuständig für die staatlichen Funktionen ist die „Federal Communications Commission“.

²¹³ Diese Fragestellung ist Gegenstand der Arbeit von *Pohle* Rundfunk; vgl. insb. S. 149 f.

²¹⁴ Zur Autonomie in der deutschen Rundfunkentwicklung temperamentvoll und mit breitem historischen Material: *Reichert*.

²¹⁵ Für eine gänzliche Privatisierung vielfach vereinfachend und oft polemisch die Studie von *Eckert*. Für ein gemischtes System — private neben öffentlichen Anstalten — tritt die Schrift des Arbeitskreises für Rundfunkfragen, insb. S. 37 ff., ein. Vgl. auch *Apelt* Betrieb des Rundfunks.

²¹⁶ Hierzu: Die Situation des Rundfunks S. 29.

²¹⁷ Dies würde sich mit dem häufig verwendeten Begriff des „staatlichen Rundfunkmonopols“ nicht decken, der das Autonomieproblem mit einbezieht. Dieser Gesichtspunkt schwingt beim Verwaltungsmonopol, einer Technik der

monopol handeln, weil der Grund der Monopolisierung nicht die Daseinsvorsorge²¹⁸ wäre, sondern die Verwirklichung der staatlichen Sozialgestaltungsfunktion im publizistischen Bereich.

Das Verständnis des geltenden Rundfunkrechts setzt die Kenntnis der Geschichte des deutschen Rundfunkwesens²¹⁹ voraus. Auf der Rechtsbasis des Telegraphenmonopols entfaltete die Reichspost, insbesondere auf Grund des Einflusses des Staatssekretärs *Bredow*, die maßgebende Initiative, errichtete Sender und veranlaßte die Gründung von Sendegesellschaften. Die bereits im Mai 1922 geschaffene Gesellschaft „Deutsche Stunde für drahtlose Belehrung und Unterhaltung“ eröffnete den Unterhaltungsrundfunk am 29. 10. 1923. Im Laufe des Jahres 1924 bildeten sich für die von der Reichspost festgelegten neun Rundfunkbezirke Sendegesellschaften in privatrechtlicher Rechtsform, für die die am 1. 3. 1926 in Funktion getretene Reichs-Rundfunk-Gesellschaft als Dachgesellschaft fungierte²²⁰. Den Vorsitz im Verwaltungsrat der RRG führte der Rundfunkkommissar der Reichspost. Die Sendegesellschaften, an denen seit der *Papenschen* Reform von 1932 keine Privaten mehr beteiligt waren, wurden im Dritten Reich aufgelöst, die Anteile der RRG zu 100 % der Kontrolle des Propagandaministeriums unterworfen und der Einfluß des Innenministers durch Ernennung eines „politischen“ Kommissars verstärkt.

Rechtlich wurde das Rundfunkwesen als eine Fortentwicklung des Telegraphenmonopols behandelt: die Rundfunkhoheit wurde als Ausfluß der Funkhoheit²²¹, das Rundfunkrecht als „Trieb des Fernmelde-rechts“ (*Neugebauer*)²²², Rundfunksende- und -empfangseinrichtungen wurden als Telegraphenanlagen angesehen. Die VO zum Schutze des Funkverkehrs vom 8. 3. 1924 (RGBl I S. 273)²²³, die das TelegraphenG

Rechtsgestaltung, nicht mit. — *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 37 f. lehnt die Annahme eines Verwaltungsmonopols ab, weil dieses nur wirtschaftliche Tätigkeiten betreffe, der Rundfunk aber ideelle Ziele verfolge.

²¹⁸ Die Beschränktheit der vorhandenen Sendefrequenzen (hierzu: Die Situation des Rundfunks S. 15 ff.) ist die Grundlage des Fernmeldemonopols, nicht aber auch eines Rundfunkmonopols; denn sie betrifft zwar die „Beförderung“, nicht aber den Inhalt der Sendungen (vgl. *Pohle* Rundfunk S. 28; diese Scheidung vernachlässigend: Die Situation des Rundfunks S. 36; *Forsthoff* Rechtsfragen).

²¹⁹ Hierzu: Die Situation des Rundfunks S. 22 ff.; Internationales Handbuch S. 7 ff.; *Bausch*; E. *Kurt Fischer*; *Haensel*; *Pohle* Rundfunk; ders. Wollen und Wirklichkeit; *Sautter* S. 271 ff.; BVerfGE 12, 205 Gründe A.

²²⁰ Von den 100 000 RM Stammkapital der RRG hielt die Reichspost 51 %, der Rest verteilte sich auf verschiedene Reichsländer. Das Stammkapital der regionalen Sendegesellschaften war zu 51 % in den Händen der RRG, der Rest gehörte seit 1932 den Ländern des jeweiligen Sendebzirks.

²²¹ Vgl. *Reiche* S. 2 ff.

²²² *Neugebauer* Vorwort und S. 696.

²²³ Aufgehoben durch VO vom 28. 12. 1927 (RGBl S. 513) und ersetzt durch die Neufassung des TelegraphenG als FernmeldeAnlG auf Grund der Novelle vom 3. 12. 1927 (RGBl I S. 331).

vom 6. 4. 1892 (RGBl I S. 467) novellierte, um die durch „nichtkonzessionierte“ Rundfunkempfangsgeräte verursachten Funkstörungen und Einnahmeausfälle abzuwenden²²⁴, stellte diese Rechtslage lediglich klar. Die Sendegesellschaften benutzten die im Eigentum der Post stehenden Sender kraft einer „Genehmigung zur Benutzung von Funk-sendeanlagen der DRP für die Zwecke des Unterhaltungsrundfunks“²²⁵ und standen nur zur Post, nicht aber auch zu den Hörern in einer Rechtsbeziehung²²⁶. Die Hörer betrieben ihre Empfangsgeräte auf Grund einer Verleihung gem. § 2 TelegraphenG bzw. FernmAnlG²²⁷.

Nach 1945²²⁸ waren die Besatzungsmächte bestrebt, das Rundfunkwesen föderalistisch zu gestalten und den staatlichen Einfluß auf die neugegründeten Rundfunkanstalten zu beseitigen. Sie schlossen daher die Post von der Beteiligung am Rundfunk mit Ausnahme der Gebühreneinzahlung und technischer Dienste aus²²⁹ und übertrugen das Eigentum an den vorhandenen Sendern auf die Anstalten²³⁰, die Sende-lizenzen der Militärregierung erhielten. Der alliierte Einfluß auf die Rundfunksendeseite blieb auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes aufrechterhalten (Art. 3 Abs. 1 AHK-Gesetz Nr. 5 vom 21. 9. 1949, ABl Nr. 1 S. 7) und endete mit der Auflösung der AHK am 5. 5. 1955. Das so unter dem Regime der Besatzungsmächte entstandene neue Rundfunksystem, das jetzt acht Anstalten umfaßt²³¹, ist durch die autonome Konstruktion der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus der sonstigen mittelbaren Staatsverwaltung dadurch herausgehoben, daß die Länder nur eine Rechtsaufsicht ausüben und im übrigen eine Art „Selbstbeaufsichtigung“ (*Ipsen*) durch eigene Organe stattfindet²³².

²²⁴ Hierzu *Bredow* bei *Reiche* S. IV.

²²⁵ *Steinmetz* in: Bundespost und Rundfunk S. 11 f.

²²⁶ Hierzu: *Reiche* S. 18; *Neugebauer* S. 696 ff., 736 f.; RGZ 128, 331.

²²⁷ Hierzu: Verfügung des Reichspostministers über den Unterhaltungsrundfunk vom 14. 5. 1924 (ABl S. 249); Bekanntmachung über den Unterhaltungsrundfunk vom 24. 8. 1925 (ABl S. 443); Bestimmungen über den Rundfunk vom 27. 11. 1931 (ABl S. 509); Bedingungen für die Errichtung und den Betrieb von Rundfunkempfangsanlagen (ABl 1940 S. 145).

²²⁸ Zur Rechtsentwicklung nach 1945: *Hubmann* Schutz der Rundfunksenden S. 317 f.; *Steinmetz* in: Bundespost und Rundfunk S. 13 ff.

²²⁹ Weisung der am. Mil.-Reg. an die Bizonale Verwaltung für Post- und Fernmeldewesen vom 21. 11. 1947 (*Lüders* Textsammlung S. 199); Der entscheidende Einfluß auf die Mittel der öffentlichen Meinungsbildung soll „diffus verteilt“ und „von jeder Regierungseinwirkung freigehalten“ werden. Ähnliche Regelungen erfolgten in den anderen Zonen.

²³⁰ Dies wurde in § 2 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundespost vom 21. 5. 1953 (BGBl I S. 225) berücksichtigt.

²³¹ Die Rechtsquellen sind zusammengestellt in: Die Situation des Rundfunks S. 11 f.; Internationales Handbuch S. 76 f.; *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 9 ff. — Die Landesrundfunkanstalten sind seit 1950 zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen (hierzu Internationales Handbuch S. 91 f.). Das Fernsehsystem (1. Programm) beruht ebenfalls auf einer Vereinbarung der Rundfunkanstalten (vgl. Die Situation des Rundfunks S. 14).

²³² Vgl. *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 32. — Exemplarisch für die Staatsaufsicht über Rundfunkanstalten ist die Regelung im BundesG vom 29. 11. 1960:

Die Aktivität des Bundes auf dem Gebiet des Rundfunkwesens betraf die Regelung einer Art allgemeinen Teils des Rundfunkrechts, die Errichtung überregionaler Anstalten — „Deutsche Welle“ (Auslands-sendungen über Kurzwelle) und „Deutschlandfunk“ (Sendungen für Deutschland und das europäische Ausland über Langwelle) gemäß Gesetz über die Errichtung von Rundfunkanstalten des Bundesrechts vom 29. 11. 1960 (RGBl I S. 862) — und die Installierung eines zweiten Fernsehprogramms²³³.

Die Rechtsentwicklung seit 1945 hat die oben geschilderte Rechtslage, wie sie für die Zeit der Weimarer Republik angenommen wurde, in mehrfacher Hinsicht in Frage gestellt. Die Unterschiedlichkeit von Fernmeldewesen und Rundfunk war zwar durchaus erkannt worden, doch war das Übergewicht der Post durch die Konstruktion der Reichs-Rundfunk-Gesellschaft organisatorisch gesichert und wurde rechtlich das Rundfunkwesen als Appendix des Fernmelderechts behandelt. Demgegenüber ist das geltende Recht durch eine Anerkennung der Selbständigkeit der publizistischen Institution Rundfunk geprägt, ohne daß eine gänzliche Ablösung aus dem Fernmeldewesen erfolgt ist²³⁴. Neben der fernmelderechtlichen Beziehung des Rundfunkempfängers zur Bundespost²³⁵ muß eine Art Anstaltsnutzung im Verhältnis zu den

Keine Fachaufsicht (§ 21) und nur eine verfahrensmäßig beschränkte Rechtsaufsicht (§ 22).

²³³ Die Bundestags-Debatte vom 27. 1. 1960 über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über den Rundfunk ist samt einem größerem Auszug aus dem Entwurf abgedruckt in: Das Parlament 10 (1960) Nr. 5. Bereits 1953 lagen dem Bundestag zwei Entwürfe eines Gesetzes über die Wahrnehmung gemeinsamer Aufgaben auf dem Gebiet des Rundfunks vor (Entwurf des BMindI und Antrag Dr. Vogel, Dr. Mende, Walter und Genossen). Später wurde der Versuch zu einem Allgemeinen Rundfunkvertrag zwischen Bund und Ländern gemacht (abgedruckt in der Fassung vom 18. 1. 1955 in: Die Situation des Rundfunks S. 102 ff.). Die Ausstrahlung eines zweiten Fernsehprogramms sollte nach dem Entwurf von 1960 einer Bundesanstalt „Deutschland-Fernsehen“ obliegen. Nach dessen Scheitern gründete die Bundesregierung am 25. 7. 1960 die „Deutschland-Fernsehen GmbH“, die durch das Urteil des BVerfG vom 28. 2. 1961 für verfassungswidrig erklärt wurde. Ein zweites Fernsehprogramm wird nunmehr seit dem 1. 6. 1961 vorläufig von den bestehenden Rundfunkanstalten ausgestrahlt, bis die durch den Staatsvertrag der Länder vom 6. 6. 1961 vorgesehene Anstalt „Zweites Deutsches Fernsehen“ in Funktion tritt. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Einrichtung ist indessen schon bezweifelt worden.

²³⁴ Zu weitgehend daher *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 32 ff.; andererseits zu sehr noch auf dem Boden der älteren Auffassung: *Steinmetz* in: Bundespost und Rundfunk S. 20 und *Eckner* ebd. S. 52 ff. nach dem Vorgang von *Peters* Zuständigkeit.

²³⁵ Hierbei handelt es sich um eine „Verleihung“ gem. § 2 FernmAnlG; eine abweichende Rechtslage besteht gem. § 17 Abs. 1 Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 2. 10. 1948 (GVBl S. 123) und § 5 Abs. 1 WürttBad Gesetz Nr. 1039 (Radiogesetz) vom 6. 4. 1949 (RegBl S. 71). Der fernmelderechtliche Vorgang betrifft die Übermittlung einschließlich des Empfangs (vgl. BVerfGE 12, 205 Gründe D II 2 b und c; zu abw. Ergebnissen kommt *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 44 ff. auf Grund seiner anderen Ausgangsthese). Auf die damit

Rundfunkanstalten angenommen werden²³⁶, deren rechtliche Ausgestaltung im einzelnen jedoch noch weitgehend zweifelhaft ist.

Ein Verwaltungsmonopol für die Veranstaltung von Rundfunksendungen kann nur kraft ausdrücklicher landesrechtlicher Bestimmung bestehen²³⁷. Dies ist kraft § 3 Abs. 1 des Staatsvertrages über den Norddeutschen Rundfunk vom 16. 2. 1955²³⁸ und kraft Art. 3 Satz 1 VO

zusammenhängenden Fragen wird bei der Erörterung des Fernmeldemonopols eingegangen (Textziffer 73).—Die Streitfragen über das funktionelle Verhältnis von Fernmeldewesen und Rundfunk und entspr. über das Verhältnis von Post, Rundfunkanstalten und Empfängern spitzten sich zu im Problem der Rechtsnatur der „Rundfunkgebühr“. Diese wurde vor 1945 allgemein als „Konzessionsabgabe“ im Rahmen der „Verleihung“ gem. § 2 FernAnlG begriffen (so auch jetzt: *Eckner* in: Bundespost und Rundfunk S. 76 f.; Hamb-OVG DÖV 1957, 118 mit zust. Anm. von *Peters*). *Schneider* S. 56 geht in differenzierterer Betrachtungsweise von einem gemischten Charakter aus: teils Bundes-Hoheitsgebühr für die „Verleihung“, teils Post-Verwaltungsgebühr für die beaufsichtigende und überwachende Tätigkeit der Post. Die Rundfunkanstalten deuteten die Rundfunkgebühr nach 1945 als „Anstaltsnutzungsgebühr mit beitragsartigem Einschlag“ (Die Situation des Rundfunks S. 13; ebenso die Stellungnahme der Konferenz vom 9. und 10. 4. 1953, mitgeteilt bei E. Kurt *Fischer* S. 129, sowie *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 55 und 60 ff.; ders. Rechtsnatur; *Zeidler* Probleme). *Maunz* Gesetzmäßigkeit des Fernsehens S. 9 betrachtet sie als reine Anstaltsnutzungsgebühr; ihm folgt *Hubmann* Rechtsfragen S. 200 f. für die Länder der ehem. US-Zone, sieht aber die Leistung der Verwaltung nicht im Ausstrahlen der Sendungen, sondern in der Verleihung des Empfangsrechts. Der „beitragsartige Einschlag“ wird behauptet, um dem Umstand gerecht zu werden, daß ein Empfänger nur ausländische oder gar keine Sendungen hört, so daß der Erhebungstatbestand bereits gegeben ist, wenn die Anstalt durch ihre „Existenz und Präsenz die Möglichkeit der Inanspruchnahme darbietet“ (*Ipsen*). *Reichert* S. 313 ff. will aus eben diesem Grund die Rundfunkgebühr als reinen Beitrag verstehen. Auch *Krause* Zuständigkeit S. 89, 102 (ebenso ders. Fernseh-Urteil S. 159) rechnet die Erhebung der Rundfunkgebühr zum Rundfunk- und nicht zum Fernmelderecht.

²³⁶ *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 53 ff. in Fortführung eines Gedankens von *Neugebauer* S. 737 f.; *Hubmann* Schutz der Rundfunksendung S. 318 (ebenso ders. Rechtsfragen S. 190) für die Anstalten der ehem. US-Zone; *Zeidler* Probleme S. 38 f.

²³⁷ Unrichtig daher die Situation des Rundfunks S. 35 ff., wo ein regionales Monopol aller bestehenden Anstalten behauptet wird.

²³⁸ Bereits der durch VO Nr. 118 der brit. Mil.-Reg. vom 1. 1. 1948, geänderte Fassung vom 6. 8. 1949 (ABl Nr. 30) und vom 10. 9. 1949 (ABl Nr. 35), gegründete NWDR hatte gem. § 1 Abs. 2 der eine Anlage zur VO Nr. 118 darstellenden Satzung ein Monopol, das auch in §§ 4, 13 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen Post und NWDR vom 24. 5. 1949 (*Lüders* Textsammlung S. 213) ausgesprochen war (zur Gültigkeit dieses Vertrages: *Steinmetz* in: Bundespost und Rundfunk S. 23 ff.). Durch den „Staatsvertrag über den Norddeutschen Rundfunk“ vom 16. 2. 1955 (wirksam seit dem 16. 6. 1955, vgl. Bek. vom 25. 6. 1955, Nds GVBl S. 205) zwischen Niedersachsen, Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg und durch den „Staatsvertrag über die Liquidation des NWDR und die Neuordnung des Rundfunks im bisherigen Sendegebiet des NWDR“ vom 16. 2. 1955 (wirksam seit dem 23. 9. 1955, vgl. Bek. vom 28. 9. 1955, Nds GVBl S. 251) zwischen Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg wurde der NWDR aufgelöst und der NDR als gemeinsame Rundfunkanstalt für Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Hamburg errichtet. Für das Gebiet

Nr. 187 der franz. Mil.-Reg. über die Errichtung des „Südwestfunks“ vom 30. 8. 1948 (Journal Off. S. 1756) bzw. § 4 des Staatsvertrages über den „Südwestfunk“ vom 27. 8. 1951/29. 2. 1952 der Fall²³⁹.

Rundfunkveranstaltungen könnten auch durch Private ins Werk gesetzt werden, sind daher nicht eine notwendig staatliche Tätigkeit. Der vom BVerfG zuerst im Beschluß vom 3. 9. 1957 (BVerfGE 7, 99/104)²⁴⁰ aufgestellte Satz, daß die Veranstaltung von Rundfunksendungen eine „öffentliche Aufgabe“ sei²⁴¹, ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß sie eine notwendig staatliche Aufgabe sei. Denn das BVerfG hat auch eine privatrechtliche Organisation der Träger der Rundfunkveranstaltungen für rechtlich denkbar gehalten²⁴². Die Annahme, daß innerhalb des deutschen Rundfunkrechts eine „Gesamtscheidung“ dahingehend erfolgt sei, daß der Rundfunk „anständig-selbständig“ verfaßt sein müsse²⁴³, ist daher nicht aus dem Satz des BVerfG zu deduzieren, sondern stellt eine neue These dar. Sie kann sich nur auf den gegenwärtig vorhandenen Zustand beziehen, nicht aber auf einen (ungeschriebenen) Rechtssatz, wie beim Universitätsrecht, und ist nur eine rechtspolitische Aussage. Dasselbe gilt für die These *Krügers*, daß der Rundfunk als ein geistiges Machtgebilde von unwiderstehlicher Macht über die Geister auf Grund des „Machtregals“ des Staates nur in dessen Hand gehöre²⁴⁴. Zum Begriff des modernen Staates gehört lediglich das „Monopol“ politischer Machtausübung, nicht aber die ausschließliche Fähigkeit, unwiderstehliche Gewalt gegenüber einzelnen oder einer kleineren oder größeren Gruppe auszuüben. Überdies ist in erster Linie die publizistische Qualität des Rundfunks für seine Charakterisierung bedeutsam, die sowohl als Mittel der Meinungsbildung überhaupt wie insbesondere als Teil der „öffentlichen Meinung“ nach der Verfassungsstruktur der Bundesrepublik gerade nicht allein einem Träger öffentlicher Verwaltung vorbehalten sein darf.

Die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GrundG steht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts²⁴⁵ einem Verwaltungsmono-

des Landes-Nordrhein-Westfalen wurde durch Gesetz vom 25. 5. 1954 (GVBl S. 151) der WDR gegründet.

§ 3 Abs. 1 des NDR-Staatsvertrages statuierte außerdem auch ein Monopol zur Errichtung und zum Betrieb von Sendeanlagen; insoweit ist diese Vorschrift wegen Verletzung der Funkhoheit des Bundes nichtig (BVerfGE 12, 205 Gründe D).

²³⁹ Der Entwurf für den Allgemeinen Rundfunkvertrag sah in § 1 Abs. 2 ebenfalls regionale Monopole für die einzelnen Anstalten vor.

²⁴⁰ Erneut in BVerfGE 12, 205 Gründe E I.

²⁴¹ Zust. *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 42. Krit.: *Peters* Rechtslage; *Zeidler* Gedanken S. 397 f.

²⁴² BVerfGE 12, 205 Gründe E III.

²⁴³ *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 43 f. Vgl. die abw. Auffassung *Apelts*.

²⁴⁴ *Krüger* S. 49 ff. Abl. *Krause* Zuständigkeit S. 106 und ders. Komm. und privater Rundfunk S. 250 f.

²⁴⁵ Vgl. BVerfGE 12, 205 Gründe E III. Dazu *Krause* Fernseh-Urteil S. 160 und ausführlicher ders. Komm. u. privater Rundfunk S. 251 f. — Nicht über-

pol für Rundfunkveranstaltungen nicht entgegen, sie verbietet jedenfalls ein Rundfunksystem, das nur Staatsanstalten kennt. Die Konstruktion nahezu autonomer Anstalten ist für staatlich errichtete Rundfunkunternehmen die Organisationsform, die theoretisch eine weitestgehende Entfaltung der Rundfunkfreiheit gestattet²⁴⁶.

3. Leistungsmonopole

70.— Friedrich *Bischoff*, Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, AÖR 81 (1956), 54—83; Maurice *Block*, Petit Dictionnaire Politique et Social, 1896, Art. Monopole; J. C. *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., 1885; Johannes *Debenbrock*, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, 1961; Karl Friedrich *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts, 5. Aufl., 1845; Hans *Fischerhof*, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305—316; Ernst *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; *Franklin*, Art. Regalien, in: Rechtslexikon, hrsg. von Franz von Holtzendorff, 3. Aufl., 1881, III/1, 318—321; Otto-Friedrich Frhr. von *Gamm*, Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957, 1055—1057; C. F. von *Gerber*, System des Deutschen Privatrechts, neu herausgegeben von Konrad Cosack, 17. Aufl., 1895; Eduard *Goldstein*, Monopole und Monopolsteuern, 1916; Walter *Hamm*, Kollektiveigentum, 1961; Johann Ludwig *Klüber*, Oeffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 2. Aufl., 1822; Arnold *Köttgen*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, 1, 577—618; Theodor *Krebs*, Verkehrsrecht und Verkehrswirtschaft, 1960; Josef *Kulischer*, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, 1958; *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, neu bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, I. Band, 11. Aufl., 1956; Gerhard *Lassar*, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, JÖR XIV (1926), 1—231; Walter *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Robert *Liefmann*, Kartelle, Kon-

zeugend ist allerdings der vom BVerfG aus Art. 5 GrundG gezogene Schluß, daß Veranstalter von Rundfunkdarbietungen stets so organisiert sein müßten, daß sie „paritätisch von allen wesentlichen gesellschaftlichen Kräften“ beherrscht würden, weil der Rundfunk nicht einer einzigen gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert werden dürfe. Denn abgesehen davon, daß es nicht möglich sein dürfte, zu bestimmen, was als „wesentliche gesellschaftliche Kraft“ zu gelten habe, bedeutet dieses Postulat einerseits eine gegenseitige Paralyse der vertretenen gesellschaftlichen Kräfte durch Balance, andererseits den Ausschluß aller nicht institutionalisierten oder organisatorisch gedeckten Meinungen. Der so erzeugte Konformismus widerspricht dem Wesen der Meinungsfreiheit.

Kritisch zur These des BVerfG auch *Bettermann* Rundfunkfreiheit insb. S. 43 und *Peters* Rechtslage S. 26 ff. Sie zum Teil vorwegnehmend: *Ridder* Meinungsfreiheit S. 271 f.; *Scheuner* Rundfunkfreiheit.

²⁴⁶ Ein Beispiel für ein kulturdirigistisches Lenkungsmonopol war das gem. § 1 Abs. 1 Gesetz über Vermittlung von Musikaufführungsrechten vom 4. 7. 1933 (RGBl I S. 452), § 1 Abs. 1 DurchfVO vom 15. 2. 1934 (RGBl I S. 100) bestehende Alleinrecht der Stagma, die gewerbsmäßige Vermittlung zur Aufführung von Werken der Tonkunst auszuüben (aufgehoben durch Ziff. 3 Gesetz Nr. 191 der Mil.-Reg.). Hierzu: BGHZ 15, 338.

zerne und Trusts, 8. Aufl., 1930, Nachtrag 1934; Walther Lotz, Finanzwissenschaft, 2. Aufl., 1931; Friedrich Lütge, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., 1960; Johann Jacob Moser, Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici, 2. Aufl., 1735; Nipperdey, Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1543—1687; Joseph Pözl, Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1858; Wilhelm Roscher, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien (vgl. Textziffer 25); Emil Sax, Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, 1887; Hans Schneider, Anm. zum Urteil des KG vom 18. 9. 1956, NJW 1957, 1076; Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht, auf der Grundlage der 2. Aufl. neu bearbeitet von Josef von Graßmann und Robert Piloty, 2. Band: Die Staatsverwaltung, 1913; Werner Sombart, Der moderne Kapitalismus, 2. Aufl., 1916/17/27; Gustav Stolper, Deutsche Wirtschaft 1870—1940, 1950; Anton Tautscher, Die öffentliche Wirtschaft, 1953; Fritz Terhalle, Die Finanzwirtschaft des Staates und der Gemeinden, 1948; Wilhelm Vocke, Die Grundzüge der Finanzwissenschaft, 1894; Klaus Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959; Werner Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1943;

Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, hrsg. von Karl Frhr. von Stengel und Max Fleischmann, 2. Aufl., 1911.

Insb. zu Textziffer 72:

Ludger Baumeister, Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts, 1957; Maximilian Bisle, Das Unternehmen „Reichsautobahnen“, 1936; Gerhard Butz, Die Reichsautobahnen, 1938; Jüsgen, Grundzüge des Rechts der Reichsautobahnen, JW 1936, 2200—2202; Kurt Kodal/Erich Gudat, Handbuch des Straßenbaurechts, 1954; Ernst A. Marschall, Das Straßenbaurecht der Bundesrepublik Deutschland, 1951; ders., Bundesfernstraßengesetz, 1954; Hans-Ulrich Schaefer, Die Gesetze der Reichsautobahnen, mit einschlägigen Vorschriften und Verweisungen, 1937; Fritz Todt, Wesen und Recht der Reichsautobahnen, Deutsches Recht 1935, 439 bis 443; Weigelt, Das Recht der Reichsautobahnen, RVerwBl 1936, 784—787.

Insb. zu Textziffer 73:

Hans Joachim Altmannspenger, Die rechtlichen Gesichtspunkte des Streites um das Postregal in den Schriften des 17. und 18. Jahrhunderts, Diss. Frankfurt 1954; Max Aschenborn/Karl Schneider, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, 2. Aufl., 1928; Joachim Aubert, Fernmelderecht, 2. Aufl., 1962; L. von Bar, Das Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches, o. J.; Joachim Ernst von Beust, Versuch einer ausführlichen Erklärung des Postregals, 1747/48; Brovensieven, Art. 117, Briefgeheimnis, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung 1929, I, 387—412; Johann Brunner, Das Postwesen in Bayern, 1900; Peter Cremerius, Rechtsstellung und Aufgaben der Deutschen Bundespost, DÖV 1957, 174—176; B. E. Crole, Geschichte der deutschen Post von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, 2. Aufl., o. J. (1. Aufl. 1880); Otto Dambach/Ernst von Grimm, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, 6. Aufl., 1901, Nachtrag 1904; Albert Dünnewald, Zur Entwicklungsgeschichte des Postregals, Diss. Greifswald 1920; Georg Eger/Kurt Gordan, Post-, Telegraphen- und Telefonrecht, 1909; Siegfried Ermer, Der autonome Wirtschaftskörper, Die Deutsche Reichspost unter dem Reichspostfinanzgesetz, in: SchrVfS 176 (1932), I, 271—322; Gustav Görs, Thurn- und Taxissches Postwesen und sein Regal

und die Ursachen der Ablösung des Regals, Diss. Münster 1907; Heinrich *Hartmann*, Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Post, in: *Recht - Staat - Wirtschaft*, II (1950), 368—382; Hans *Hellmuth*, Der Kampf des Kaisers mit den Ständen des Deutschen Reichs um das Postregal im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert, in: *Archiv für Post und Telegraphie*, 54 (1926), 237 bis 244, 262—272, 291—298; ders., *System des deutschen Post-, Telegraphen- und Fernsprech-Verkehrsrecht im Grundriß*, 1929; ders., *Wurde die Deutsche Reichspost durch das Reichspostfinanzgesetz eine ertragswirtschaftliche Unternehmung?* AöR 56 (1929), 94—109; Johann von *Herrfeldt*, *Die freie Konkurrenz im Transportwesen, als unbedingtes Erforderniß zur Beförderung aller Cultur, des Handels, der Industrie und des Nationalwohlstandes*, 1839; ders., *Reform des Post- und Transportwesens in Deutschland*, 1841; Götz *Herrmann*, *Der Streit der Thurn und Taxisschen Reichspost und der reichsstädtischen „Post“ um das Postregal im 16. und 17. Jahrhundert*, Diss. Erlangen 1957; Anton *Heut*, *Die Übernahme der Taxisschen Reichsposten in Bayern durch den Staat*, 1925; *Horch*, *Die verwaltungsrechtlichen Grundlagen des Telephonrechts*, AöR 6 (1891), 138—155; Heinrich *Hubmann*, *Rechtsfragen des Aki-Kino-Prozesses*, UFITA 29 (1959), 177—204; Hans Peter *Ipsen*, *Die Rundfunkgebühr*, 2. Aufl., 1958; Ernst *Kießkalt*, *Die Entstehung der deutschen Post und ihre Entwicklung bis zum Jahre 1932*, 1935; *Klüber*, *Das Postwesen in Teutschland, wie es war, ist und seyn könnte*, 1811; Walter *Kohl*, *Das Prinzip der Gemeinwirtschaftlichkeit im deutschen Postwesen*, in: *Jahrbuch des Postwesens* 9 (1959), 64—95; Günter B. *Krause*, *Das deutsche Fernsehen in verfassungsrechtlicher Sicht, Rundfunk und Fernsehen 1958*, 375—387; Herbert *Krüger*, *Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern*, 1960; Martin *Löffler*, *Presserecht*, 1955; W. *Ludewig*, *Die Regalität der Telegraphie im Allgemeinen und in Deutschland insbesondere*, ZHR 31 (1885), 63—124; Georg *Maas*, *Der Telegraphengesetzentwurf und seine Gefahren*, 1891; ders., *Der staats- und verwaltungsrechtliche Inhalt des Reichstelegraphengesetzes*, AöR 7 (1892), 479—508; Theodor *Maunz*, *Die Gesetzmäßigkeit des Fernsehens*, BayVerwBl 1957, 4 bis 10; F. *Meili*, *Das Telephonrecht*, 1885; Max *Mittelstein*, *Beiträge zum Postrecht*, 1891; C. F. *Müller*, *Ueber die Reform des Postwesens in Deutschland*, 1843; ders., *Die Fürstlich Thurn- und Taxis'schen Posten und Posttaxen*, 1845; Hans *Nawiasky*, *Deutsches und österreichisches Postrecht — Der Sachverkehr, Erster Teil: Die allgemeine Rechtsstellung der Post*, 1909; Eberhard *Neugebauer*, *Fernmelderecht mit Rundfunkrecht*, 3. Aufl. des „*Funkrechts*“, 1929; Arthur *Niggel*, *Deutsches Postrecht*, 2. Aufl., 1931; Dietrich *Oehler*, *Postgeheimnis*, in: *Die Grundrechte*, II (1954), 605—622; *Oelpke* (Hrsg.), *Gesetzesammlung für den Post- und Fernmeldedienst, Loseblatt-Sammlung*; Fritz *Ohmann*, *Die Anfänge des Postwesens und das Emporkommen der Taxis in Italien*, Diss. Bonn 1908; Erwin *Reiche*, *Funkrecht*, 1925; Wilhelm *Roeren*, *Begriff und Umfang des Postmonopols*, Diss. Greifswald 1920; Joseph *Rübsam*, *Zur Geschichte des internationalen Postwesens im 16. und 17. Jahrhundert nebst einem Rückblick auf die neuere historisch-postalische Literatur*, *Historisches Jahrbuch XIII* (1892), 15—79; Karl *Sautter*, *Geschichte der Deutschen Post, Teil 3: Geschichte der Deutschen Reichspost (1871 bis 1945)*, 1951; Karl *Schlottner*, *Das Rechtsverhältnis bei Benutzung der Postanstalt*, Diss. Kiel 1917; Hans *Schneider*, *Informationsfreiheit und Rundfunkgenehmigung*, NJW 1961, 53—56; Franz *Scholz*, *Das Post-, Telegraphen- und Fernsprechrecht*, in: *Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts*, V/II (1915), 573—840; Johs. *Schulz*, *Reichsbahn — Reichspost, Erster Teil*, 1926; Fritz *Schuster*, *Postrechtspraxis*, 1951; ders., *Die staatsrechtliche Eingliederung des Post- und*

Fernmeldewesens in vergleichender Darstellung mit der Deutschen Bundesbahn, in: *Recht - Staat - Wirtschaft*, IV (1953), 324—340; ders., *Unzeitgemäßes Postregal? DÖV 1957*, 522—523; E. *Staedler*, Die Verkündung der Postordnung und der Telegraphenordnung, *AnnDR 1912*, 149—154; H. von *Stephan/K. Sautter*, *Geschichte der preußischen Post*, 1928; Gerhard *Wacke*, Verleihung von Fernmeldeberechtigungen an Bundesbehörden, *AöR 80* (1956), 459—469; Hans-Wolrad *Waltz*, Die Entwicklung des Begriffs der Regalien (vgl. Textziffer 25); Alfred *Wolcke*, *Postrecht*, 1909; C. F. *Wurm*, Art. Post, Postreform, in: v. Rotteck und Welckers *Staatslexikon*, Band 10 (1848), S. 748—762; Karl *Zeidler*, *Probleme der Rundfunkgebühr*, Gutachten, Juni 1961;

Handwörterbuch des Postwesens, 1927; Bundespost und Rundfunk, hrsg. von Hans Steinmetz, 1959.

Insb. zu Textziffer 74:

Adolf *Arndt*, Über die staatsrechtlichen Grundlagen des Rechts der Eisenbahnen, *AöR 11* (1896), 358—385; Wilhelm *Becker*, Die Entwicklung des Gedankens der Verstaatlichung in Deutschland und seine Durchführung in der deutschen Eisenbahnpolitik, in: *Archiv für Eisenbahnwesen 65* (1942), 875 bis 918; Paul *Binder*, Die Bundesbahn und ihre Konkurrenten, 1961; Georg *Eger*, Eisenbahnrecht im Deutschen Reich und in Preußen, 1910; W. *Endemann*, Das Recht der Eisenbahnen, 1886; Hans-Joachim *Finger*, Eisenbahngesetze, 4. Auflage, 1962; K. *Fritsch*, *Handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reich und in Preußen*, 3. Aufl., 1930; Walter *Hamm*, *Schiene und Straße*, 1954; Werner *Haustein*, Die Träger öffentlicher Verwaltung im Eisenbahnrecht, *AöR 50* (1926), 100—133; ders. (Hrsg.), *Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht*, 1960; Hermann *Hufnagel*, Die Eisenbahngesetze der Bundesrepublik Deutschland, o. J.; Edwin *Kech*, *Geschichte der deutschen Eisenbahnpolitik*, 1911; Theodor *Kittel*, Der Staatsvertrag über die Reichseisenbahnen, 1920; ders./H. *Nawiasky*, Die Reichsbahn im öffentlichen Recht, 1932; Hans *Knebel*, Der Begriff der Eisenbahnhoheit und seine Entwicklungsstufen im Deutschen Reich bis zur Gegenwart, in: *Archiv für Eisenbahnwesen 58* (1935), 273—294; Friedrich *List*, Art. Eisenbahnen, in: v. Rotteck und Welckers *Staatslexikon*, Band 4 (1846), S. 228—287, mit einem Nachtrag von K. Mathy, S. 287 bis 289; Otto *Mayer*, Eisenbahn und Wegerecht, *AöR 16* (1901), 38—87, 203 bis 243; Richard *Mayer*, Eisenbahnmonopol — Verkehrsmonopol, in: *Die Bundesbahn 24* (1950), 211—213; Moriz *Mohl*, Ueber den Entwurf eines Reichs-Eisenbahn-Gesetzes und dessen Unzulässigkeit, 1874; A. F. *Napp-Zinn*, Die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft, *SchrVfS 176* (1932), II, 329—388; Fritz *Neumark*, Zur Verkehrspolitik im Interventionsstaat der Gegenwart, in: *Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates*, 1961, S. 52—77; Walter *Popp*, Gründung und Verwaltung der ersten deutschen Eisenbahn, der Ludwigsbahn zwischen Nürnberg und Fürth, Diss. Erlangen 1943; Adolf *Sarter*, Die Reichseisenbahnen, 1920; ders./Theodor *Kittel*, Die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft, 3. Aufl., 1931; dies., Die Deutsche Bundesbahn, 1952; Emil *Sax*, Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, 2. Aufl., 1922, 3. Band: Die Eisenbahnen; Karl *Stieler*, Die deutschen Eisenbahnen unter der alten und der neuen Reichsverfassung, 1924; ders., *Autonomiebestrebungen bei Staatseisenbahnen*, 1927; B. *Stumpf*, England, das Mutterland des Eisenbahnwesens, und die erste deutsche Eisenbahn: Nürnberg—Fürth, in: *Archiv für Eisenbahnwesen 58* (1935), 851—888; Fritz *Voigt*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Verkehrssystems, 1960; Leopold *Werner*, Die Eisenbahnhoheit, 1947; Hans *Willkomm*, Die rechtliche Ausgestaltung des deutschen Eisenbahnwesens von 1871—1925, 1926; Bernhard *Witte*, Eisenbahn und Staat, 1932;

Begründung zum Allgemeinen Eisenbahngesetz in der von der Bundesregierung beschlossenen Fassung, BAnz 1951, Nr. 145, S. 6.

71.- Der Staat des ausgehenden 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts trat dem Einzelnen vorzugsweise als Schöpfer der Rechtsordnung und als Bewahrer der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegenüber. Das Verhältnis der Verwaltung zum Einzelnen ließ sich auf die Grundformel reduzieren, daß der Einzelne einen „staatsfreien Raum“ in Freiheit und Eigentum habe, und daß die Verwaltung in diesen „eingreife“. Diese Vorstellung der Verwaltung als „Eingriffsverwaltung“ wurde von dem ersten Systematiker des modernen deutschen Verwaltungsrechts Otto Mayer zugrundegelegt. Soweit die Verwaltung Leistungen anbot, wurde sie unter den Kategorien der Anstalt behandelt. Verwalten und Wirtschaften wurden als Gegensätze angesehen.

Parallel mit der Ausbildung der Sozialgestaltungsfunktion des Staates entwickelte sich aus dem Versagen oder dem Ungenügen der gesellschaftlichen Selbststeuerung die Leistungsfunktion des Staates. In beidem zeigt sich die neue Vorstellung vom Staate, der als Steuerstaat erhebliche Teile des Sozialprodukts abschöpft, um sie als Wohlfahrtsstaat wieder, und zwar anders und nach dem Leitbild des Gemeinwohls, auszuteilen. Die Umverteilung des Sozialprodukts als die den modernen Staat charakterisierende Funktion bleibt in ihrer Totalität während einer anhaltenden Hochkonjunktur mit Vollbeschäftigung wesentlich latent, nichtsdestoweniger stellt sie das prinzipielle systematische Problem für eine nachliberale Verwaltungsrechtstheorie.

Das Phänomen der „Verwaltung als Leistungsträger“, die den Verwaltungszweck der „Daseinsvorsorge“ verwirklicht, wurde zuerst und bis heute weiterschreitend und richtungweisend durch Forsthoff¹ begrifflich erfaßt, analysiert und in ein verwaltungsrechtliches System eingefügt. Der Begriff der Daseinsvorsorge umfaßt, und danach ist seine Bezeichnung gewählt, die Darbringung „existentieller“ Leistungen, d. h. solcher Leistungen, auf die der in massentümliche Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist. Darin erschöpft er sich jedoch nicht, sondern er betrifft alle die von der Verwaltung unmittelbar dem Einzelnen erbrachten Leistungen und Vorteile, durch die der am Interesse der Allgemeinheit orientierte Verwaltungszweck der Bedürfnisbefriedigung verfolgt wird, der dem modernen „Sozial- und Verteilerstaat“ aufgegeben ist².

Die Einführung des Begriffs der Daseinsvorsorge macht eine neue Dimension der Verwaltung wissenschaftlich zugänglich. Er ermöglicht

¹ Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; VerwR Vorbem. vor § 19 und passim. — Hierzu: *Depenbrock* S. 46 ff.

² *Forsthoff* Rechtsfragen S. 12.

eine zutreffende Beurteilung der Beteiligung der Verwaltung am Güter- und Leistungskreislauf, indem er die nicht primär wirtschaftlenkend intendierte wirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltung in zwei wesensverschiedene Kategorien zerfallen läßt: Leistungsverwaltung, d. h. Daseinsvorsorge durch wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand und durch öffentliche Anstalten, und (rein) erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, d. h. wirtschaftendes Verhalten in nur fiskalischer Absicht, das nicht Verwaltung ist³. Diese neue Dimension der Verwaltung aber ist letztlich nur die Folge der Ablösung des liberalen Staates durch den modernen Staat, der Begriff Daseinsvorsorge weist auf die neue Vorstellung vom Staat hin, der aktiv eine gerechte Sozialordnung hervorzubringen sucht⁴. Diese Entwicklung ist weder okkasionell, noch reversibel⁵. So gesehen haftet dem Begriff Daseinsvorsorge eine antiliberale Tendenz an, weil er das Ungenügen des Ideals gesellschaftlicher Selbststeuerung und des autonomen Marktmechanismus voraussetzt und bestimmte ursprünglich privatwirtschaftliche Aufgaben der Verwaltung präzisiert⁶.

Diese Konstitutionsfaktoren des Begriffs Daseinsvorsorge müssen festgehalten werden, damit er für die Theorie des Verwaltungsrechts fruchtbar bleiben kann. Der Begriff muß deshalb auf die moderne Leistungsverwaltung beschränkt bleiben⁷. Weiterhin darf unter Daseinsvorsorge nur eine Verwaltungsfunktion verstanden werden und diese nicht unter Einbeziehung privatwirtschaftlicher „Daseinssicherung“⁸ zu einer Bezeichnung für jegliche Versorgungsleistung, gleichgültig aus wessen Hand, erweitert werden⁹. Schließlich darf der Begriff nicht nur auf existenzwichtige Leistungen bezogen werden¹⁰. Daseinsvor-

³ Vgl. *Forsthoff* VerwR Vorbem. vor § 19. Ähnlich *Köttgen* S. 583, 585.

⁴ Vgl. *Forsthoff* Rechtsfragen S. 32; ders., VerwR § 24, 5 b, 1.

⁵ Vgl. *Forsthoff* Rechtsfragen S. 45.

⁶ Daher ist es begreiflich, daß *Fischerhof* S. 312 ff., der die Leistungsfähigkeit privatwirtschaftlicher Versorgungsbetriebe hervorhebt, die öffentliche Versorgung nicht als Daseinsvorsorge verstehen will. Auch *Depenbrock* S. 51 ff. und *Maunz* VerwArch 1959, 315 ff. wollen den Begriff der Daseinsvorsorge aus der juristischen Erfassung der Versorgungswirtschaft ausscheiden.

⁷ Leistungen römischer Kaiser an das Volk von Rom, wie die Aquädukte oder die Getreideausteilungen, oder mittelalterlicher Städte an ihre Bürger, die H. J. *Wolff* Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., 1961, § 6 IV b als Daseinsvorsorge bezeichnet, besitzen eine von der heutigen Leistungsverwaltung wesensverschiedene rechtliche Grundlage.

⁸ *Forsthoff* Rechtsfragen S. 14 ff.

⁹ So aber *Leisner* S. 216 ff., der Daseinsvorsorge als „Kooperation im technischen Bereich“ versteht, bei der sich der Staat, sofern er an ihr beteiligt ist, auf dieselbe Stufe mit anderen Produktionsfaktoren begibt, und Private, sofern sie an ihr beteiligt sind, ebenfalls den Grundrechten unterworfen sind. Ähnlich *Hans Kollmar*, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961, S. 162 f.

¹⁰ So aber *Hamann* WVerfR S. 68 ff.; *Krüger*, Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, 1960, S. 21. — Diese Einengung stellt eine Harmonisierung des Begriffs Daseinsvorsorge mit der liberalen Staatsvorstellung dar, indem sie das Tätigwerden

sorge ist nicht ein soziologischer, sondern ein juristischer Begriff der Verwaltungslehre, der einen nicht weiter auflösbaren Verwaltungszweck bezeichnet, ohne etwas über die Rechtsform seiner Verwirklichung auszusagen¹¹. Indem dadurch aber die betroffenen sich in privatrechtlicher Form vollziehenden Vorteilsgewährungen als Verwaltung erkannt werden, an denen der Einzelne im Weg der „Teilhabe“ rechtlich geschützt partizipiert, wird die Leistungsverwaltung in privatrechtlicher Form an die Grundsätze des öffentlichen Rechts, insbesondere an den Gleichheitssatz gebunden¹². Der Umkreis der zur Daseinsvorsorge zu rechnenden Verwaltungstätigkeiten ist sehr vielfältig¹³, ihren sozusagen „klassischen“ Sektor machen die Anstalten und Unternehmen der öffentlichen Versorgung durch Verwaltungsträger und die großen Verkehrsanstalten aus.

Die *Versorgungsbetriebe*, deren Träger im Regelfall Kommunen oder kommunale Verbände sind, sind wegen des in ihnen realisierten Verwaltungszweckes nicht mit der „wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden“ auf eine Stufe zu stellen¹⁴. Für die zu verzeichnende Entwicklung zu einer „Kommunalisierung“ der öffentlichen Versorgung sind vor allem zwei Gesichtspunkte maßgebend: Die öffentliche Versorgung soll wegen ihrer lebenswichtigen Bedeutung dem privatwirtschaftlichen Verhalten entzogen und in einer Weise durchgeführt werden, die ihre Funktionsweise grundsätzlich von Rentabilitäts- und selbst Kostendeckungserwägungen unabhängig macht¹⁵. Außerdem soll die erwerbswirtschaftliche Preisgestaltung, die bei den hier durchweg bestehenden Leitungsmonopolen und bei der notwendig geringen Nachfrageelastizität monopolistisches Verhalten befürchten läßt, ausgeschlossen werden¹⁶.

In noch eindeutigerer und unbestrittenerer Weise treten diese beiden Gedanken bei den großen *Verkehrsanstalten* hervor, und es kommt bei diesen noch hinzu, daß ihre Leistungen für das gesamte Gebiet, in dem sich die Nationalwirtschaft entfaltet, gleichartig und gleichmäßig er-

der Verwaltung als Leistungsträger jeweils von einem besonderen rechtfertigenden Grund im Sinne des Subsidiaritätsprinzips abhängig macht.

¹¹ Von Gamm; Schneider Urteilsanmerkung gegen KG NJW 1957, 1076; BayVerfGH NJW 1961, 163 mit Anm. von Menger VerwArch 52 (1961), 315 f.

¹² Vgl. Forsthoff Rechtsfragen S. 9.

¹³ Hierzu: Forsthoff Rechtsfragen S. 37 ff.; Haustein (Hrsg.), Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960, § 34.

¹⁴ Auf diesen Fragenkreis ist bereits im Zusammenhang mit den gemeindlichen Polizeimonopolen eingegangen worden (vgl. Textziffer 59).

¹⁵ Vgl. bereits Tautscher S. 187, 211. — Daß die Gemeindeordnungen fordern, daß die wirtschaftlichen Unternehmen, zu denen auch die Versorgungsbetriebe gehören, einen Ertrag abwerfen, mindestens aber kostendeckend arbeiten „sollen“, steht dem nicht entgegen, weil dies für die Versorgungsbetriebe lediglich einen Nebenzweck zur Geltung bringt.

¹⁶ Vgl. z. B. Bender VerwR § 19 V 2. — Im anglo-amerikanischen Verwaltungsrecht wird dieser Gefahr durch die Figur der „public utility“ begegnet.

bracht werden müssen¹⁷. Post, Telegraph und Eisenbahn werden seit langem, wenn auch mit unterschiedlicher Gegnerschaft, als der typische Bereich staatlicher Monopole angesehen, bei denen das fiskalische Interesse hinter dem Verwaltungszweck der Wohlfahrt zurückzutreten habe.

72.- Die Versorgungsbetriebe verfügen zwar in der Regel über ein faktisches Monopol, jedoch als solche nicht über ein (rechtliches) Verwaltungsmonopol. Ein solches kommt nur bei Wasserversorgungsunternehmen in Gestalt eines Benutzungszwanges vor, dessen zugrundeliegender Zweck aber nicht die so etwa zu schaffende bessere Versorgung, sondern die Volksgesundheit ist. Es handelt sich bei diesen Monopolunternehmen der Wasserversorgung daher nicht um Leistungs-, sondern um Polizeimonopole.

Ein Verwaltungsmonopol singulären Charakters ist das dem Bund gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BFernStrG zustehende ausschließliche Recht zum Bau der Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen¹⁸. Diese Nebenbetriebe, in erster Linie Tankstellen und Raststätten, sind Bestandteile der Bundesautobahnen (§ 1 Abs. 4 Nr. 5 BFernStrG). Dem Bund nicht vorbehalten ist der Betrieb der Nebenbetriebe; diese sollen, soweit nicht das allgemeine oder besondere öffentliche Interesse entgegensteht, verpachtet werden (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BFernStrG).

Das Wesen dieses Monopols wird erst aus der rechtlichen Geschichte der Autobahnen deutlich. Die sog. Autobahnidee entstand bereits in den zwanziger Jahren¹⁹, bevor sie durch das Dritte Reich in Angriff genommen wurde²⁰. Auf Grund § 1 des Gesetzes über die Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen“ vom 27. 6. 1933 (RGBl II S. 509) wurde dieses Unternehmen²¹ in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Zweigunternehmen der Deutschen Reichsbahn errichtet (Errichtungsurkunde vom 25.8.1933, RAnz Nr. 200). Dem Unternehmen wurde das ausschließliche Recht zum Bauen und Be-

¹⁷ Vgl. *Wagner* FinW I §§ 266, 267; *L. v. Stein* VerwL II, 240 f. und 356 ff., insb. 358; *Roscher* Theorie S. 173 ff.; *Sax* Staatswirtschaft §§ 51, 73, 74; *Lotz* § 84 I; *Vocke* S. 36; *Terhalle* § 14, 1; *Tautscher* S. 206; *Kohl*, Das Prinzip der Gemeinwirtschaftlichkeit im deutschen Postwesen, in: *Jahrbuch des Postwesens* 9 (1959), 64/69 f.

¹⁸ In Ausübung dieses Monopols, nicht also zum Betrieb der Nebenbetriebe (so mißverständlich *Marschall* BFernStrG § 15 Anm. 3), hat der Bund die bundeseigene „Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH“ am 6. 7. 1951 gegründet (über diese: öff. Unt. S. 16).

¹⁹ Studiengesellschaft für den Automobilstraßenbau („Stufa“), Gesellschaft für die Vorbereitung einer Autostraße Hamburg–Frankfurt–Basel („Hafraba“).

²⁰ Vgl. *Todt*. — Von den geplanten 14 000 km waren 1945 etwa 4000 km fertiggestellt (vgl. *Baumeister* S. 28). Das Autobahnnetz der Bundesrepublik hatte am 31. 3. 1959 eine Länge von 2408 km und sollte bis 1962 auf 3125 km erweitert werden (*Fischer* Weltatmanach 1961, S. 211).

²¹ § 1 Satz 1 der 1. DVO vom 7. 8. 1933 (RGBl II S. 531) spricht von einer „Gesellschaft“, tatsächlich handelte es sich um eine öffentliche Anstalt (*Weber* S. 41 f.).

treiben²² der „Kraftfahrbahnen“²³ verliehen (§ 3 des Gesetzes)²⁴. Die Befugnisse der Straßenhoheit verblieben dem Reich (§ 10 des Gesetzes), so insbesondere die Kompetenz zur Widmung²⁵. Die enge organisatorische Bindung des Unternehmens an die Reichsbahn, wie sie vor allem durch deren Verwaltungs- und Vertretungsrecht zum Ausdruck kam (§ 5 Abs. 2 des Gesetzes)²⁶, beruhte nicht nur auf dem Bestreben, die Konkurrenz zwischen Schiene und Straße durch eine einheitliche Leitung des gesamten gewerblichen Güterfernverkehrs sinnvoll zu ordnen²⁷, sondern hatte auch die Vorstellung von der Vergleichbarkeit der Schienenbahnen und der Kraftfahrbahnen zum Hintergrund²⁸. Durch die eigenartige Konstruktion des Unternehmens „Reichsautobahnen“ erhielten die Autobahnen gegenüber dem übrigen Straßennetz eine Sonderstellung, die sie rechtlich in eine Zwitterstellung zwischen den Rechtsformen einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch und einer öffentlichen Anstalt brachte²⁹. Die Nebenbetriebe, die man wegerecht-

²² Gem. § 8 Abs. 4 des Gesetzes umfaßte dieses Recht alle Kraftfahrbahnen mit ihrem Zubehör einschließlich der Nebenbetriebe. Um dies hinsichtlich der Nebenbetriebe auch formell gesetzlich zu verdeutlichen, wurde § 3 durch das ÄndG vom 18. 12. 1933 (RGBl I S. 1081) in diesem Punkt erweitert. Zugleich wurden die Nebenbetriebe durch Einfügung des § 8 a dadurch besonders geschützt, daß die Errichtung von Betrieben, die ihrer Art nach Nebenbetriebe der Kraftfahrbahnen darstellten, außerhalb geschlossener Ortschaften in einer Entfernung bis zu 500 m einer Genehmigungspflicht unterworfen wurden (§ 8 a Abs. 1 lit. b, Vorläufer des § 15 Abs. 3 BFernStrG).

²³ Seit dem 3. ÄnderungsG vom 25. 7. 1938 (RGBl I S. 951): „Autobahnen“.

²⁴ Damit wurde für das Autobahnwesen ein Verwaltungsmonopol geschaffen, das zugunsten des verselbständigten Verwaltungsträgers Unternehmen „Reichsautobahnen“ begründet wurde (so der Sache nach auch *Bisle* S. 50 ff.; *Butz* S. 44 f., 75, der allerdings von einem „Autobahnregal“ spricht). *Marschall* Straßenbaurecht § 3 RABG Anm. 3 begreift das Recht aus § 3 „im wesentlichen“ als Ausfluß der Wegehohheit; diese umgreift aber ihrer Natur nach keine derartigen Befugnisse.

²⁵ Vgl. § 1 der Vorläufigen Autobahn-Betriebs- und Verkehrs-Ordnung vom 14. 5. 1935 (RGBl II S. 421): „Freigabe zum probeweisen Betrieb“, wegerechtlich die Widmung (*Baumeister* S. 27; *Butz* S. 117; *Marschall* Straßenbaurecht § 2 RABG Anm. 2).

²⁶ Erhebliche Veränderung durch das Reichsautobahngesetz vom 29. 5. 1941 (RGBl I S. 313); vgl. dessen § 5 Abs. 2.

²⁷ Vgl. den bei *Baumeister* S. 26 mitgeteilten Auszug aus der Regierungsbegründung.

²⁸ Gem. § 11 der 1. DVO 1933 unterlag das Unternehmen der allgemeinen Gesetzgebung in keinem weiteren Umfang als die Reichsbahn. Das hatte hinsichtlich der Nebenbetriebe insb. gewerberechtliche Bedeutung; vgl. §§ 6 Abs. 1, 16 Abs. 5 Reichsbahngesetz vom 13. 3. 1930 (RGBl II S. 369), später § 16 Abs. 2 Reichsbahngesetz vom 4. 7. 1939 (RGBl I S. 1205), jetzt § 15 Abs. 2 Satz 3 BFernStrG (hierzu *Landmann/Rohmer* § 6 Anm. 10).

²⁹ Konstituierend blieb freilich ihre Eigenschaft als öffentliche Wege (§ 2 ErrichtungsG; § 2 RABG). Die anstaltsartigen Modifikationen hat *Butz* näher untersucht; sein Ergebnis: Durch die bahnmäßige Ausgestaltung der Autobahnen wurde der gewöhnliche wegerechtliche Rahmen durchbrochen und erfuhren diese auch eine Einordnung in eine Anstalt (*Butz* S. 126). Dieser Gedanke wurde schon vorher von *Bisle* S. 12 f., 15 ff. vertreten, wenn auch ohne genauere Begründung.

lich als eine Sondernutzung durch Gewerbeausübung betrachten kann³⁰, erschienen darüber hinaus, in Parallele zu den Nebenbetrieben der Reichsbahn, als Annexe des Autobahnbetriebs und als dessen Bestandteil, weil sie dessen Funktion durch die Bereitstellung bestimmter Leistungen dienen sollten. Darin liegt, wenn auch nur für einen sehr begrenzten Bereich, Ausübung von Daseinsvorsorge.

Nach dem 8. 5. 1945 hat sich, vor allem durch den Wegfall des Unternehmens „Reichsautobahnen“, die Rechtslage geändert³¹. Die Autobahnen sind aus der Anstaltsbezogenheit gelöst, doch als Rest des früheren umfassenden Monopols des Unternehmens „RAB“ ist das ausschließliche Recht des Bundes zum Bau der Nebenbetriebe übrig geblieben. Das Gesetz (§§ 1 Abs. 4 Nr. 5, 3 Abs. 1 BFernStrG) und die Amtliche Begründung³² lassen die Errichtung von Nebenbetrieben als Bestandteil der Straßenbaulast erscheinen, doch wird damit noch nicht das Monopol des § 15 Abs. 2 Satz 1 BFernStrG dogmatisch getragen, das ein Recht und keine Pflicht darstellt. Die Straßenbaulast kann nur angeben, ob und inwieweit von dem Recht Gebrauch zu machen ist. Der Zweck des Monopols kann nur außerhalb des eigentlichen Wegerechts, nämlich in seiner Funktion, den Bedürfnissen der Autobahnbenutzer zu dienen (§ 15 Abs. 1 BFernStrG) gesehen werden. Die Usurpation dieser Aufgabe durch den Staat und ihre Einordnung in das Wegerecht ist nur unter dem Blickwinkel der Daseinsvorsorge zu verstehen. Als rechtfertigender Grund für die Monopolisierung wird darauf verwiesen, daß die Nebenbetriebe einen ungewöhnlichen Kapitalaufwand erfordern und daß die zentrale Planung derselben Fehlinvestitionen vermeiden soll³³. Die Genehmigungspflicht des § 15 Abs. 3, deren erstmalige Einführung durch § 8 a Abs. 1 lit. b Errichtungsgesetz (später

³⁰ So *Butz* S. 100 f., 125 f., 127.

³¹ Bevor das Eigentum an den Autobahnen gem. Art. 90 Abs. 1 GrundG, § 1 Satz 1 BStrVermG vom 2. 3. 1951 (BGBl I S. 157) auf den Bund und ihre Verwaltung gem. Art. 90 Abs. 2 GrundG einschließlich der Nebenbetriebe (§ 1 Abs. 2 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Auftragsverwaltung der Bundesautobahnen und Bundesstraßen vom 3. 7. 1951, BANz Nr. 132) in die Auftragsverwaltung der Länder überging, wurden die Autobahnen treuhänderisch für den Bund durch die Länder verwaltet (Art. IV Ziff. 4 Gesetz Nr. 19 der am. Mil.-Reg. vom 20. 4. 1949; Art. 3 VO Nr. 217 der franz. Mil.-Reg. vom 3. 6. 1949; beide aufgehoben durch AHK-Gesetz Nr. A-16 vom 4. 5. 1951, ABl S. 881; für die etwas abweichende Rechtsentwicklung in der brit. Zone: BGHZ 3, 308; 4, 253). Das Verwaltungsmonopol des Unternehmens „RAB“ (§ 3 RABG) ging am 24. 5. 1949 ebenfalls auf den Bund über (Art. 134 GrundG in Verb. mit § 1 Satz 2 BStrVermG). Die Aufhebung des RABG durch § 25 Abs. 1 Nr. 1 BFernStrG brachte das seiner Befugnisse vorher schon beraubte Unternehmen „RAB“ formell zum Erlöschen (zum Schicksal des Unternehmens „RAB“ und zur Entwicklung der Eigentumsverhältnisse an den Autobahnen nach dem 8. 5. 1945: *Huber* WVerwR I § 14 IV 1 und II S. 750; *Marschall* BFernStrG § 6 Anm. 1; ders., Straßenbaurecht § 1 RABG Anm. 1, 3, 5).

³² Vgl. den Auszug aus der Amtl. Begr. bei *Marschall* BFernStrG § 15 Anm. 1.

³³ Amtl. Begründung; *Kodal/Gudat* S. 99.

§ 8 Abs. 1 lit. b RABG) mit dem fiskalischen Zweck begründet wurde, die Nebenbetriebe des Unternehmens „RAB“ als Einnahmequelle vor dem Wettbewerb Privater zu schützen³⁴, wird für das geltende Recht aus dem Zweck der Verkehrssicherung abgeleitet³⁵, was § 15 Abs. 3 Satz 2 unterstützt³⁶. Dementsprechend besteht ein Rechtsanspruch auf Zulassung, wenn ein unter diese Vorschrift fallender Betrieb keine Verkehrsgefährdung erwarten läßt oder einer solchen durch Auflagen abgeholfen werden kann.

73.— Das der Deutschen Bundespost zustehende Verwaltungsmonopol für die entgeltliche Beförderung von Briefen und politischen Zeitungen nach Maßgabe der §§ 1—2 a des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reiches (Postgesetz) vom 28. 10. 1871 (RGBl S. 347, mehrfach geändert) und des Art. 3 des Gesetzes, betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen (Postgesetznovelle) vom 20. 12. 1899 (RGBl S. 715) ist das Ergebnis einer interessanten, aber verwickelten Geschichte³⁷.

Da der Begriff der Post einen der Allgemeinheit zugänglichen und vom konkreten Bedürfnis unabhängigen, regelmäßigen Beförderungsdienst voraussetzt, sind das Botenwesen der Universitäten, der Städte und der Kaufleute, insbesondere der Metzger, und die Hofkurierdienste nur als Vorläufer der Post anzusehen. Im Verlauf des 16. Jahrhunderts entstand unter maßgeblicher Beteiligung der Familie Thurn und Taxis³⁸ neben der habsburgischen Hofpost, mit der bis ins 18. Jahrhundert Kompetenzstreitigkeiten ausgetragen wurden, zunächst eine niederländisch - spanische Post, die zur Keimzelle der Reichspost

³⁴ Schaefer § 8 a Anm. 2; Weigelt S. 786. Vgl. die Amtl. Begründung zum 1. ÄndG im RANz 1933 Nr. 301.

³⁵ Marschall B FernStrG § 15 Anm. 5.

³⁶ Eine derartige Formulierung fehlte in § 8 a ErrichtungsG und in § 8 RABG.

³⁷ Umfassende Darstellungen: v. Beust I. Theil; Crole; Kießkalt; Klüber Postwesen; Ohmann Diss.; Sombart II/1, 364 ff.; Stephan/Sautter; Sautter. Auf die Grundzüge beschränkte Zusammenfassungen: Brunner/Staedler in: Handwörterbuch des Postwesens, Art. Geschichte der Post; Eheberg FinW § 38; Kohl S. 75 ff.; Kulischer II, 375 ff.; Klüber Oeffentliches Recht S. 700 ff.; Leist, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1803, § 187; Hermann Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1886, II § 308; L. v. Stein VerwL II, 363 ff.

Die Entwicklung der älteren Lehre vom Postregal ist bei Waitz dargestellt. Ältere postgeschichtliche Abhandlungen sind nachgewiesen bei Rübsam.

³⁸ Die Familie Taxis, deren Name sich von italien. „tasso“ (Dachs) ableitet, stammt aus der Nähe von Bergamo. Sie ist spätestens seit 1490 im Dienste der Habsburger für deren Hofpost (erster nachweisbarer Beleg ist eine Urkunde vom 11. 12. 1489; vgl. Ohmann S. 1). Im ersten Jahrzehnt des 16. Jahrhunderts wird durch sie die niederländisch-spanische Hofpost eingerichtet. Maximilian I. ernennt 1516 Franz von Taxis, Karl V. am 14. 6. 1520 Joh. Bapt. von Taxis zum niederländischen Generalpostmeister, zum selben Amt wird 1536 Franz von Taxis und 1543 Leonhard von Taxis bestellt.

wurde³⁹. Diese tritt eindeutig erst mit der Ernennung Leonhards von Taxis zum General-Oberpostmeister des Reiches durch Rudolf II. am 16. 6. 1595 in Erscheinung. In einem Mandat Rudolfs II. vom 6. 11. 1597 wurde das Postwesen dann als kaiserliches Regal in Anspruch genommen und jedermann zur Benutzung der Reichspost, soweit diese eingerichtet war, verpflichtet; zugleich wurde das „Nebenbotenwerk“ verboten⁴⁰. Matthias belieh durch Lehenbrief vom 27. 7. 1615 (*Zeumer* Nr. 194) Lamoral Freiherr von Taxis und dessen männliche Erben⁴¹ mit diesem „Reichs-Regal“ in Gestalt des General-Postmeister-Amtes des Reiches. Dieser Rechtsakt bildete bis zum Ende des Reiches die Grundlage der Reichspost, deren Schicksal allein von der Tatkraft des Hauses Thurn und Taxis abhing⁴².

Die Generalpostmeister der Taxis unternahmen es vor allem, mit gelegentlicher Unterstützung des Kaisers, den Anspruch auf ein Reichsregal der Post gegen den sofort einsetzenden lebhaften Widerstand der Reichsstände, von denen einzelne bereits Territorialposten besaßen, hartnäckig zu verfolgen⁴³. Ihre Position war dabei deswegen ungünstig, weil auch die Kaiser sich als Landesherrn von Österreich ihre habsburgische Territorialpost trotz Errichtung der Reichspost vorbehielten. Ob der Kaiser von sich aus um die Wende zum 17. Jahrhundert ein neues kaiserliches Reservatrecht einführen durfte, ist immerhin zweifelhaft⁴⁴. Die Taxis konnten sich gegen die Territorialherrn nur in Mittel-

³⁹ Hierzu im einzelnen: *Kießkalt* S. 193 ff.; *Görs* Diss. — Die Erwähnungen von Postkursen in § 5 des Reichsabschieds zu Nürnberg (1522) und in § 45 des Reichsabschieds zu Speyer (1542) beziehen sich noch nicht auf eine Reichspost, sondern auf Kurierposten. Die Ernennung (eigentlich Bestätigung der Ernennung durch Karl V. von 1543) Leonhards von Taxis durch Ferdinand I. am 21. 8. 1563 läßt erstmals eine Ausdehnung des Postgeneralats auf Deutschland erkennen.

⁴⁰ Das Mandat ist auszugsweise mitgeteilt bei *Rübsam* S. 39 ff. — Ein späterer Erlaß Ferdinands III. vom 1. 8. 1637 betr. Verbot der Metzger- und aller Privatposten im Deutschen Reich ist bei *Kießkalt* S. 238 ff. abgedruckt. — *Herrmann* Diss. S. 40 weist auf ein Schreiben des Kaisers vom 27. 8. 1587 an die Reichsstädte Augsburg und Nürnberg hin, in dem schon vor dem Mandat vom 6. 11. 1597 das Postwesen als kaiserliches Regal bezeichnet wird.

⁴¹ „Reichsmannlehen“. Am 27. 10. 1621 wurde das Lehen auch auf die weibliche Nachkommenschaft ausgedehnt („subsidiarisches Weiberlehen“).

⁴² *Kießkalt* (S. 208), der die Rolle der Taxis durchwegs sehr kritisch darstellt, schreibt die Schaffung der ersten modernen Postanstalt dem Großen Kurfürsten zu. Zu einem weit günstigeren Urteil kommen *Klüber* Postwesen S. 19 f., 28 ff. *Müller* Thurn und Taxis'sche Posten und jetzt Anton Graf *Bossi Fedrigotti* in einem Essay in der Zeitschrift *Christ und Welt* 1961 Nr. 10. *Görs* Diss. beschreibt die Mißstände der taxis'schen Post, insb. im 19. Jahrhundert, und sieht darin eine wesentliche Ursache ihrer Abschaffung.

⁴³ Vgl. *Brunner* in: Handwörterbuch des Postwesens, Art. Geschichte der Post, II; v. *Beust* I. Theil II. Abschn. § 25; *Crole* S. 214 ff.; *Klüber* Postwesen S. 24 ff.; *G. Meyer* VerwR § 75 Anm. 3; *Wurm* unter II.

⁴⁴ Ein Ersuchen der Kurfürsten von 1570 läßt sich in diesem Sinn deuten (dafür: *Crole* S. 202 f.; *Staedler* in: Handwörterbuch des Postwesens, Art. Geschichte der Post, III A a 1; dagegen: *Kießkalt* S. 200; *Herrmann* Diss. S. 22 f.). Jedenfalls räumte Ferdinand II. in einem Schreiben vom 5. 7. 1624

und Südwestdeutschland durchsetzen und scheiterten in größeren Territorien am Widerstand der Landesherrn. Großen Widerhall fand besonders die energische Absage des Großen Kurfürsten an den Kaiser, seine Post zugunsten der Taxis'schen Reichspost aufzugeben⁴⁵. Die Taxis vermochten dennoch, häufig durch besondere Verträge mit den Landesherrn, ein weitverzweigtes Postsystem aufzubauen und zu erhalten.

den Reichsständen das Recht ein, eigene Posten zu errichten, und auch ein Gutachten der Kurfürsten vom 17. 1. 1637 stellte fest, daß die Reichsstände das Postwesen als Regal besäßen. § 93 des Reichsabschieds zu Regensburg (1641) enthält nur die Erklärung, die Reichspost in gutem Zustand zu erhalten und diesbetreffenden Beschwerden abzuwenden, ohne daß die Fixierung eines kaiserlichen Postregals erkennbar ist. Nichts anderes ist aus Art. 35 der Wahlkapitulation Leopolds I. von 1658 zu entnehmen, in dem überdies das Postregal der Reichsstände garantiert wird.

Die Auffassung, daß die Post ein kaiserliches Reservat sei, fand im 17. Jahrhundert mehrfach juristische Unterstützung: Ludovicus Hörnigk, Tractatus Politico-Historico-Juridico-Aulici de Regali Postarum Jure, ed. tertia, Francof. 1663 (Hörnigk hatte, bevor er kaiserlicher Rat wurde, die Existenz eines landesherrlichen Postregals nicht bestritten; vgl. *Altmannspurger* Diss. S. 22 f.); Gerhardt *Meybusch*, Disputatio Inauguralis de Regali Postarum Jure, Argent. 1667; Caesareus *Turrianus*, Glorwürdiger Adler. Das ist gründliche Vorstell- und Unterscheidung Der kayserl. Reservaten und Hochheiten von der Reichs-Ständen Lands-Fürstlicher Obrigkeit, absonderlich aber von dem Ihrer Kayserl. Majest. reservirten Post-Regal im ganzen Römischen Reich und allen dessen Provinzian teutscher Nation, 1694. Diese Autoren stützten sich, neben der kunstvollen Auslegung der nicht sehr ergiebigen Rechtsquellen, vor allem auf das fragwürdige Argument der Kontinuität des römischen und des deutschen Kaiserreichs. Die Verteidiger eines Postregals der Reichsstände, die im 18. Jahrhundert eindeutig die Oberhand gewannen, beriefen sich auf das staatsrechtlich gewichtigere Argument, daß das Postregal aus der Landeshoheit abzuleiten sei: Andreas *Ockel*, Discursus juridico-politici de regali postarum jure, electorum principumque Imperii. Quibus Majestaticum hoc Jus vigore superioritatis Territorialis serenissimis principibus Germaniae competens denuo asseritur, Halae 1698 (insb. gegen *Turrianus* gerichtet); Samuel *Coccejus*/Urbanus *Johannes Lübbecke*, Disputatio juridica de regali postarum jure, Francof. 1703; *von Beust* II. Theil I. Abschn. § 1 und III. Abschn.; Justus Georgius *Heuserus*, Specimen iuris publici de distinctione regalium inter essentialia et accidentalialia eiusque usu, Gottingae 1755, pp 14 sqq; Chr. G. *Jargow*, Einleitung zu der Lehre von den Regalien, 1757, lib. I cap. VII § 27. J. J. *Moser* pp 153 sqq führt das „Post-Recht“ zwar unter den kaiserlichen Reservaten auf, aber unter Hinweis auf die unstrittene Rechtslage und ohne eigene Stellungnahme. Anfang des 19. Jahrhunderts zählt *Leist* a.a.O. (Anm. 37) §§ 188 ff. das Postregal ohne weiteres zu den Rechten der Landespolizeigewalt.

Daß die These vom kaiserlichen Postregal die überwiegende gewesen sei (so *Krüger* S. 7), läßt sich nicht nachweisen (wie hier auch: *Görs* Diss. S. 11 ff.; *Roeren* Diss. S. 22 f.). Eine ausführliche Darstellung der Streitfrage bei *Altmannspurger* Diss. und *Herrmann* Diss. S. 42, 43 ff.

⁴⁵ In einem Schreiben vom 2. 7. 1652 an Ferdinand III. berief er sich ausdrücklich darauf, daß ihm die Verfügung über das Postwesen kraft seiner Regalien zustände. In einem ähnlichen Schreiben vom 26. 4. 1660 an Leopold I. stützte er sich u. a. auf das Gutachten der Kurfürsten vom 17. 1. 1637.

Eine ausführliche Darstellung des Streites des Großen Kurfürsten mit dem Kaiser und den Taxis samt einem wörtlichen Abdruck des Briefes vom 26. 4. 1660 geben *Stephan/Sautter* S. 43 ff. Allgemein zu der Auseinandersetzung der Taxis'schen Post mit den Reichsständen: *Hellmuth* Der Kampf des Kaisers mit den Ständen; *Herrmann* Diss.

Wenn auch unter nennenswerten Einbußen, konnten sie ihre Post selbst über den Zusammenbruch des Reiches hinaus aufrechterhalten⁴⁶. Hatte das Haus der Taxis früher den Anspruch der Kaiser auf ein Reichspostregal verfochten und durch seine Post die Einheit des Reiches, wenn auch unvollkommen, verkörpert, so stellte diese jetzt noch gewissermaßen ein das Ende des Reiches überlebendes Glied dar. Erst im Höhepunkt des Ringens um eine neue, nationalstaatliche Lösung der Reichsidee zerbrach diese letzte Institution des alten Reiches⁴⁷.

In rechtswissenschaftlichen Abhandlungen⁴⁸ wurde das Recht zur Errichtung öffentlicher Posten erstmals am Anfang des 17. Jahrhunderts erörtert und als *regale fisci* aus dem Straßenregal abgeleitet⁴⁹. Andere Autoren versuchten, die Posten als höheres Regal zu begründen⁵⁰, offenbar, um dadurch das kaiserliche Postregal zu stützen. Diese Einordnung ist, vor allem wegen der stets angenommenen Verleihbarkeit, mit der

⁴⁶ Gem. § 13 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. 2. 1803 wurden die Fürsten von Thurn und Taxis für den Verlust der Posten in den an Frankreich abgetretenen Provinzen entschädigt, ihre Post im übrigen aber wurde nach ihrer Ausdehnung am Stichtag des Friedens von Lunéville (9. 2. 1801) garantiert. Mit der Auflösung des Reiches 1806 erlosch das Reichspostgeneralat und es nahmen jetzt vor allem Bayern (schon Ende 1805) und Württemberg das Postregal in Anspruch (vgl. *Klüber* Postwesen S. 47 ff.; *Wurm* unter II). Bayern überließ dessen Ausübung zunächst in Gestalt eines Thronlehens dem Fürsten von Thurn und Taxis (VO vom 14. 2. 1806), nahm aber das Postwesen zwei Jahre später, nach dem Verzicht des Fürsten von Thurn und Taxis in der Zessionsakte vom 28. 2. 1808, durch VO vom 1. 3. 1808 in eigene Verwaltung (vgl. *Brunner* insb. S. 115 ff.; *Heut*; *Niggel* in: Handwörterbuch des Postwesens, Art. Bayerische Post, I, II A; *Pözl* § 173; *von Seydel* S. 41, 48 f.). Art. 17 der Deutschen Bundes-Akte vom 8. 6. 1815 bestätigte den Bestand der Taxis'schen Post erneut und erlaubte eine Veränderung des Rechtszustandes von 1803 nur im Wege der Vereinbarung und gegen Entschädigung, was auch rückwirkend gelten sollte.

Im Bereich des späteren Deutschen Bundes gab es im Jahre 1810 43 Territorialposten.

⁴⁷ Im Zuge der Besetzung Frankfurts a. M., des Hauptsitzes der Taxis'schen Postverwaltung, durch preußische Truppen (1866) wurde die Post des Hauses Thurn und Taxis faktisch liquidiert. Durch den Vertrag zwischen der königlich-preußischen Regierung und Sr. Durchlaucht dem Fürsten von Thurn und Taxis vom 28. 1. 1867 übernahm Preußen das gesamte Taxis'sche Postwesen mit allen Rechten und körperlichen Vermögensbestandteilen gegen eine Barentschädigung von 3 Mill. Talern (hierzu das Gesetz, betr. die Übernahme des Fürstlich Thurn und Taxis'schen Postwesens auf Preußen, vom 16. 2. 1867, GS S. 353, dessen Anlage der Vertrag bildet). Die Vorgänge im einzelnen sind dargestellt bei *Stephan/Sautter* S. 716 ff.

⁴⁸ Einzelschriften aus dem 17. und 18. Jahrhundert über das Postregal sind zusammengestellt bei *Waitz* S. 101 ff.

⁴⁹ So z. B. *Conrad* und *Benedict Carpzov*, *Dissertatio Politico-Juridica de Regalibus*, Jenae 1619, These LIII (nach *Waitz* S. 27). Diese Konstruktion findet sich noch bei *v. Justi*, *Staatswirtschaft*, 2. Aufl., 1758, II §§ 124—141. Als nutzbares Regal erscheint das Postregal auch im preuß. ALR.

⁵⁰ So z. B. *Conrad v. Einsiedel*, *Tract. de Juribus ad Imperatoris Rom. — Teut. Maiestatem pertinentibus sive Regalibus*, Halae 1619 (nach *Waitz* S. 51); *Meybusch* *Disp. a.a.O.* (Anm. 44).

üblichem Definition der Majestätsrechte nicht in Einklang zu bringen⁵¹. Im 19. Jahrhundert wurde das Postregal als regales Gewerbe betrachtet⁵², was die Auffassung der Post als Staatsverkehrsanstalt vorbereitete.

Die Entwicklung der rechtlichen Gestalt des Postwesens zeigt, trotz des einheitlich benutzten Ausdrucks „Postregal“, für die Taxis'sche Reichspost und für die Territorialposten einen charakteristisch unterschiedlichen Gang. Die Reichspost besaß formal eine lehensrechtliche Grundlage, der Sache nach handelte es sich um ein Monopolprivileg. Dies hatte zur Folge, daß die Reichspost nicht als Teil einer staatlichen Verwaltung, sondern außerhalb einer solchen in privatwirtschaftlichen Formen entstand und fortbestand⁵³. Demgegenüber war die wichtigste Territorialpost, die brandenburg-preußische, als staatliches Monopolunternehmen organisiert⁵⁴ und bildete so, anders als die Reichspost, die natürliche Vorform der späteren Post als Staatsverkehrsanstalt.

Nach der Gründung des Norddeutschen Bundes wurde in dessen Gebiet das Postwesen gem. Art. 4 Ziff. 10, 48 ff. VerfNorddBund zu einer „einheitlichen Staatsverkehrs-Anstalt“ umgestaltet⁵⁵. Diese wurde nach der Gründung des II. Reiches gem. Art. 4 Ziff. 10, 48 ff. RV 1871 auf das

⁵¹ Abw. *Krüger* S. 13, der aber vereinfachend die Eigenschaft eines Regals als „nutzbar“ mit der fiskalischen Zielsetzung gleichstellt.

⁵² So z. B. *Eichhorn* § 394.

⁵³ *Lotz* § 84 I; *Görs* Diss. S. 8.

⁵⁴ Die Anlegung der Posten wurde seit dem 17. Jahrhundert als ausschließliches Vorrecht des Staates angesehen (vgl. *Stephan/Sautter* S. 51 f.). Die Allgemeine Postordnung vom 10. 8. 1712 umschrieb in Kap. VIII § 1 das „Post-Regale“, das nur verschlossene Briefe umfaßte. Nach Abschn. XVI §§ 1 ff. der Allgemeinen Post-Ordnung für sämtliche Königliche Provinzen vom 26. 11. 1782 bestand das Postregal für die Beförderung von verschlossenen Briefen, Paketen und Geld. Die §§ 141 ff. II 15 ALR beschränkten das Regal auf verschlossene Briefe und Pakete, doch dehnte es die VO vom 12. 6. 1804 wieder auf Geld und darüber hinaus auch auf ungemünztes Gold und Silber, Juwelen und Pretiosen aus. Die Personenbeförderung gehörte von jeher zu den Alleinrechten der Posten, was in der Definition des Postregals in § 1 des Gesetzes über das Postwesen vom 5. 6. 1852 (GS S. 345) in kurzer Form zum Ausdruck kam. Dieses Gesetz, das die §§ 141 ff. II 15 ALR ersetzte, die letzte preußische Postrechtskodifikation war und zum Vorbild des späteren PostG 1871 wurde, schied in Überschrift und Anordnung des Abschn. I „Vom Umfang des Postregals und des Postzwangs“ in bis heute fortwirkender Weise zwischen Postregal (§§ 1 ff.) und Postzwang (§§ 5 ff.) und nahm erstmals auch Zeitungen in den Kreis der postzwangspflichtigen Gegenstände auf. Erhebliche Einengung erfuhr der Umfang des Postregals und Postzwangs durch die Novelle vom 21. 5. 1860 (GS S. 209). Vgl. auch Textziffer 35. — In Bayern bestand ein besonderes Postgesetz nicht; der dort seit 1808 bestehenden Staatspost waren zunächst die regelmäßige und entgeltliche Beförderung von Briefen, Zeitungen, Paketen und Reisenden vorbehalten (vgl. *Brunner* S. 125 ff.; *Pözl* § 173). Eine einschränkende Teilregelung enthielt § 2 der Transportordnung vom 16. 9. 1868.

⁵⁵ Gesetz über das Postwesen des Nordd. Bundes vom 2. 11. 1867 (BGBl. S. 61). Zu diesem: *Fiedler*, Postzwang und Postpflicht, 1907, S. 17 ff.

gesamte Reichsgebiet ausgedehnt⁵⁶, jedoch blieben die Territorialpostanstalten Bayerns und Württembergs, wie in den Novemberverträgen vereinbart, auf Grund eines Reservatrechts gem. Art. 52 RV 1871 bestehen. Erst nach der Revolution von 1918 gingen die bayerische und die württembergische Post gem. Art. 88, 170 WeimRVerf in der Reichspost auf⁵⁷. Eine wesentliche organisatorische Weiterbildung des Postwesens wurde durch die aus finanzpolitischen Gründen vorgenommene wirtschaftliche und verwaltungsmäßige Verselbständigung der Reichspost durch das Reichspostfinanzgesetz vom 18. 3. 1924 (RGBl I S. 287)⁵⁸ bewirkt⁵⁹.

In den Anfängen waren es Gesichtspunkte der Staatsräson, die für die Regalität des Postwesens ins Feld geführt wurden, später, als die Posten einen umfangreichen Ausbau erfahren hatten, spielte auch ihre fiskalische Nutzbarkeit eine Rolle. Bereits unter dem Einfluß der kameeralistischen Lehren aber trat der Gedanke, daß die Post in erster Linie dem gemeinen Besten zu dienen habe, deutlich in den Vordergrund⁶⁰. Durch den rechtfertigenden Grund, daß die Post eine am Gemeinwohl orientierte Verkehrsanstalt, nicht aber ein Gewerbebetrieb ist, und daß die Gleichmäßigkeit und Zuverlässigkeit der Beförderung nur durch eine Staatsanstalt gewährleistet werden könne⁶¹, vermochte die staat-

⁵⁶ PostG vom 28. 10. 1871 (RGBl S. 347). Aus Art. 48 RV 1871 selbst konnte das Alleinrecht der Post nicht abgeleitet werden. — Durch die VO, betr. die Verwaltung des Post- und Telegraphenwesens, vom 22. 12. 1875 wurde die Verwaltung des Post- und Telegraphenwesens vom Ressort des Reichskanzlers getrennt und die Leitung desselben dem Generalpostmeister übertragen, der den Rang eines Staatssekretärs erhielt.

⁵⁷ Der Übergang dieser Postanstalten auf das Reich erfolgte mit Wirkung vom 1. 4. 1920 gem. Gesetz zur Ausführung des Artikels 170 der Reichsverfassung vom 27. 4. 1920 (RGBl S. 643) nach Maßgabe des Staatsvertrages zwischen dem Deutschen Reich und dem Freistaat Bayern vom 29./31. 3. 1920 mit Schlußprotokoll vom selben Tage (RGBl S. 644, 647) und des Staatsvertrages zwischen dem Deutschen Reich und dem Freien Volksstaat Württemberg vom 29./31. 3. 1920 mit Schlußprotokoll vom selben Tage (RGBl S. 659, 662). Die Staatsverträge wurden durch § 6 Abs. 1 VereinfachungsG vom 27. 2. 1934 aufgehoben.

⁵⁸ Die weitere Änderung im Sinne des Führerprinzips durch Kap. II §§ 2 bis 7 Vereinfachungsgesetz vom 27. 2. 1934 (RGBl I S. 130) wurde durch das Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost (Postverwaltungsgesetz) vom 24. 7. 1953 (BGBl I S. 676) rückgängig gemacht. — Vgl. *Bischoff* S. 56 ff.; *Huber* WVerwR I § 13 I.

⁵⁹ Hierzu: *Anschütz* WeimRVerf Art. 88 Anm. 4; *Ermer*; *Sautter* S. 17 ff.; *Schuster* Staatsrechtliche Eingliederung. Die von Fleiner und anderen vertretene Auffassung, daß die Post durch das RPFVG zu einer ertragswirtschaftlichen Betriebsverwaltung geworden sei, wurde zu Recht abgelehnt (vgl. *Aschenborn/Schneider* § 1 RPFVG Anm. 1; *Hellmuth* RPFVG; *Niggl* §§ 3 C, 6).

⁶⁰ So etwa bei *von Justi* a.a.O. (Anm. 49) II §§ 124 ff.; *von Schlözer*, Anfangsgründe der Staatswirtschaft, 1805/07, II, 151; *Leist* a.a.O. (Anm. 37) § 188; *Klüber* Postwesen S. 130 ff., 144 ff. Ebenso: § 142 II 15 ALR; § 57 der preuß. Regierungs-Instruktion vom 26. 12. 1808 (GS 1806—1810, S. 481).

⁶¹ Vgl. z. B. *Adolf Arndt*, Verfassung des Deutschen Reichs, 5. Aufl., 1913, Art. 46 Vorbem.; *Franklin*; *L. v. Stein* VerwL II, 361 f., 367.

liche Post, wenn auch nicht unangefochten⁶², den allgemeinen Rückzug des Staates aus der Teilnahme am Wirtschaftsprozeß zu überdauern. In neuerer Zeit ist der nichtgewerbliche Charakter der Post als einer öffentlichen Anstalt im Interesse des Gemeinwohls allgemein anerkannt; auf Gewinnerzielung sowie auf Interessen der Landesverteidigung wird gelegentlich außerdem hingewiesen, als leitende Zielsetzung tritt aber die Daseinsvorsorge klar hervor⁶³. Damit ist mittelbar auch der Grund angegeben, der ein Monopol für einzelne Postzweige erforderlich macht; denn die Vereinheitlichung, Gleichmäßigkeit und Ubiquität der Beförderungsleistungen, ohne Rücksicht auf die Rentabilität einer einzelnen Linie sind ohne das Monopol nicht erreichbar, das private Unternehmen daran hindert, sich auf lukrative Linien zu beschränken und so der Post eine unterbietende Konkurrenz zu machen⁶⁴.

Zur Umschreibung des Verwaltungsmonopols der Post haben sich seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, begünstigt durch die Aufnahme in die gesetzliche Regelung im preuß. Gesetz über das Postwesen vom 5. 6. 1852 (GS S. 345), die Begriffe „Postregal“ und „Postzwang“ eingebürgert: Postregal ist das gegen potentielle private Postanstalten gerichtete Alleinrecht, bestimmte Postgeschäfte auszuführen, Postzwang ist das an die potentiellen Benutzer gerichtete Gebot, bestimmte Beförderungsgeschäfte nur durch die staatliche Postanstalt ausführen zu lassen⁶⁵. Durch den Ausdruck „Postregal“ wird dabei ein

⁶² So trat etwa von *Herrfeldt* in zwei Streitschriften für die Beseitigung des Regals, die unbeschränkte Zulassung privater Postanstalten und einen nur auf Briefe und Zeitungen politischen Inhalts beschränkten Vorbehalt einer Staatsanstalt ein. *Klüber* Postwesen S. 130 f., 195 ff. hält zwar an der Regalität fest („Die Regalität des Postwesens antasten, es der Polizeiaufsicht entziehen — diesen Olymp wird hoffentlich heut zu Tage Niemand erstürmen wollen“), tritt aber für die Post als beliehenes Privatunternehmen ein. *Müller* Reform betont besonders die Notwendigkeit der Einheitlichkeit im deutschen Postwesen.

⁶³ Vgl. *Aschenborn/Schneider* Art. 88 WeimRVerf Anm. 34; *Bischoff* S. 60; *Fiedler* a.a.O. (Anm. 54) S. 27 ff., 31 ff.; *Hartmann*; *Hellmuth* System S. 3 ff.; ders., RPFG S. 100 („Wohlfahrtszweck“); *Lotz* § 84 I; *Niggel* § 6, 2 („Erfüllung öffentlicher Fürsorgeaufgaben“); *Hans Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 487; *Schlottner* S. 17 ff.; *Schuster* Staatsrechtliche Eingliederung S. 372 f.; *Vocke* S. 36. Ebenso die Rechtsprechung: *PROVGE* 4, 11/14; 25, 141/151; *RGZ* 83, 24/26; 109, 100/102. — *Lerche* JZ 1961, 708 f. spricht von einem „stetigen sozialen avviamento“.

⁶⁴ Hierzu genauer: *Aschenborn/Schneider* S. 62 f. mit Wiedergabe eines einschlägigen Auszugs aus der Begründung zu Art. 2 der PostGNov 1899; *Cremerius*; *Eheberg* FinW § 54; *Ermer* S. 273 f.; *Görs* Diss.; *Hellmuth* System S. 23; *Nawiasky* I, 76; *Schuster* Postregal; *RGZ* 109, 100/102. — In dem Vorbehalt politischer Zeitungen tritt als konkurrierender Zweck die Staatssicherheit in Erscheinung (vgl. *Fiedler* a.a.O. — Anm. 54 — S. 6); die Besonderheiten des Postmonopols für die Beförderung politischer Zeitungen sind bei *Löffler* S. 777 ff. dargestellt.

⁶⁵ *O. Mayer* VerwR II § 51 III 3 Anm. 24; *G. Meyer* VerwR § 76, 1; *Aschenborn/Schneider* S. 63 und § 1 PostG Anm. 2; *Cremerius*; *Dambach/v. Grimm* § 1 PostG Anm. 8—10; *Hellmuth* System S. 21 ff.; *Maas* Staats- und verwaltungsrechtlicher Inhalt S. 483 f.; *Nawiasky* I, 77 ff.; *Niggel* § 9, 2 und 3; *Scholz*

Doppeltes bezeichnet, nämlich einerseits der — irreführende⁶⁶ — Anschein der Kontinuität mit dem alten Postregal erweckt, andererseits auf den neuen Begriff des Regals als eines im öffentlichen Interesse bestehenden staatlichen Ausschließlichkeitsrechts Bezug genommen. Da das Monopol nach dem Vorbild Otto *Mayers* als Vorrecht mit finanzieller Absicht angesehen wird, wird die Anwendung dieses Ausdrucks auf das Alleinrecht der Post abgelehnt⁶⁷.

Da das PostG bei seinem Erlaß das Alleinrecht in Form des „Postzwanges“ formulierte, der Postzwang aber ein ebensoweit reichendes „Postregal“ impliziert, wird überwiegend der Postzwang als rechtliche Grundlage des Alleinbetriebsrechts angesehen und lediglich gedanklich ein „Postregal“ gleichen Umfangs danebengestellt⁶⁸. Als die Postgesetznovelle 1899⁶⁹ in Art. 3 Anstalten zur gewerbsmäßigen Einsammlung Beförderung oder Verteilung von unverschlossenen Briefen, Karten, Drucksachen und Warenproben mit bestimmter Empfängerangabe vom 1. 4. 1900 an verbot, ohne für diese Beförderungsgeschäfte einen Post-

S. 592; *Wolcke* § 9 D. Gelegentlich wird auch „Postregal“ als Oberbegriff benutzt und davon das „Postregal im engeren Sinn“ unterschieden (so *Aschenborn/Schneider* a.a.O.; ähnlich *Huber* WVerwR I § 44 III 1 b).

⁶⁶ Die Auffassung der Post als Staatsverkehrsanstalt, neuerdings als Teil der Leistungsverwaltung, ist mit der früheren Regalitätsvorstellung unvereinbar. *Gerber* § 56, der das Regal nur als zivilrechtliches Institut kennt und die neue Rechtsgestalt der Post berücksichtigt, nimmt folgerichtig an, daß das Postregal verschwunden sei und lediglich ein Postmonopol bestünde. *Bluntschli* S. 519 ff. sieht das Postregal als durch den Postzwang ersetzt an; ähnlich: *Eger/Gordan* S. 8 ff.; *Mittelstein* S. 19 f.; *Dünnewald* S. 65; *Roerig* S. 23 f., 31 ff.; *Schulz* I, 7. *Nawiasky* I, 79 f. hält an der Vorstellung des Postregals fest, scheidet aber dessen Wirkungen scharf von der Eigenschaft der Post als öffentl. Anstalt.

⁶⁷ *O. Mayer* VerwR II § 51 III 3 Anm. 24; *Hellmuth* System S. 22; ders. RPFG S. 100 f.; *Schuster* Postregal. *Mittelstein* S. 20 sieht in „Postmonopol“ nur einen wirtschaftlichen, nicht auch einen juristischen Begriff. In RGZ 109, 100 ist demgegenüber der Ausdruck „Postmonopol“ verwendet. Ebenso wird in RGZ 137, 57/60 das Alleinrecht des Reiches für das Fernsprechwesen mehrfach „Monopol“ genannt. *Roerig* S. 24 ff. begründet ausführlich seinen Standpunkt, daß das Alleinrecht der Post angemessen nur als „Postmonopol“ begriffen werden könne, ohne allerdings den neuen Begriff des Regals im Sinne *O. Mayers* und *L. v. Steins* in seine Überlegung einzubeziehen.

⁶⁸ Vgl. *Max von Seydel*, Commentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl., 1897, Art. 48 Anm. I; *Niggel* § 9, 2 und 3; *Ermer* S. 275; *Schuster* Postrechtspraxis S. 16.

⁶⁹ § 1 PostG hatte nur Beförderungen verschlossener Briefe im Fernverkehr monopolisiert und so Privatanstalten für den Ortsverkehr und für die Beförderung offener Briefe zugelassen. Die sich daraufhin, insb. in den Großstädten, bildenden Privatbeförderungsanstalten (schließlich insgesamt 84) machten der Post durch billigere Tarife eine unerwünschte Konkurrenz. Das, sowie gewisse beim Betrieb der privaten Anstalten zutage getretene Mißstände, gab den Anlaß zur Postgesetznovelle (vgl. *Aschenborn/Schneider* S. 67; *Brunner* S. 238 f.; *Dambach/v. Grimm* S. XXVIII ff.; *Fiedler* a.a.O. — Anm. 54 — S. 9 f.; *Sautter* S. 45 f.), die das Postmonopol durch Einfügung des § 1 a in das PostG auf den Ortsverkehr mit den gem. § 1 postzwangspflichtigen Nachrichtenmitteln (Ausnahme: § 2 a) und durch ihren Art. 3 auf die Beförderung offener Nachrichtenmittel erstreckte.

zwang einzuführen, wurde dies von der Theorie so begriffen, daß nunmehr das „Postregal“ auf einen über den Bereich hinausgehenden Umfang erstreckt worden sei, der sich aus dem Postzwang ergebe⁷⁰.

Die geschilderte Verwendung der Begriffe Postregal und Postzwang ist unbefriedigend, da sie die überholte Regalitätsvorstellung mit-schwingen läßt und da sie nur an die äußere Erscheinung der Gesetzesformulierung anknüpft. Da die Alleinrechte der Post den Verwaltungszweck der Daseinsvorsorge realisieren, sind sie als Inhalt eines Verwaltungsmonopols anzusehen, das die in §§ 1, 1 a PostG und Art. 3 Abs. 1 PostGNov genannten Beförderungsgeschäfte umfaßt⁷¹. Der „Postzwang“ ist seinem Wesen nach ein Benutzungszwang zugunsten der öffentlichen Anstalt Post.

Die zahlreichen Auslegungsfragen zu § 1 PostG können hier ebenso beiseitegelassen werden, wie die meisten Probleme des Postbenutzungsverhältnisses, da sich hieraus für die Rechtsnatur des Alleinrechts der Post nichts ergibt. Auf den der Post auferlegten Zulassungszwang und auf die postrechtlichen Haftungsbeschränkungen im Rahmen der verschiedenen Postbenutzungsverhältnisse wird später in größerem Zusammenhang eingegangen werden (vgl. Textziffern 88, 89).

Eine Besonderheit des Postbenutzungsverhältnisses ist das Postgeheimnis. Dieses schützt in seiner geschichtlich ursprünglichen und eigentlich postrechtlichen Bedeutung⁷² das Vertrauen des Postbenutzers zur Postanstalt⁷³, das bei den monopolisierten Beförderungsgeschäften ja nicht auf einer freien Auswahl des Benutzers beruhen kann⁷⁴. Gesetzliche Gewährleistungen des Postgeheimnisses, das somit geschichtlich als Korrelat des Postregals entstand, wenn es auch heute nicht nur auf die postzwangspflichtigen Sendungen beschränkt ist, so daß es nicht aus dem Monopol, sondern aus der Idee der Leistungsverwaltung erklärt werden muß, finden sich schon lange vor der jüngsten Positivierung in § 5 PostG⁷⁵. Die von postfremden Staatsorganen, insbesondere der Polizei des absolutistischen Staates, ausgeübten Maßnahmen der Nachrichtenüberwachung im Stil des französischen cabinet noir führten seit der französischen Revolution zur Entstehung eines Grundrechts des

⁷⁰ Vgl. *Aschenborn/Schneider* § 1 PostG Anm. 2; *Dambach/v. Grimm* § 1 PostG Anm. 10; *Hellmuth System* S. 25; *Niggel* § 16.

⁷¹ Ausnahmen: §§ 2, 2 a PostG. — In der dogmatischen Auffassung vom Alleinrecht der Post ähnlich wie hier: *von Seydel* Commentar a.a.O. Art. 48 Anm. I (Alleinbetriebsrecht — Zwangsrecht); *Eger/Gordan* S. 10 (ausschließliche Betriebsberechtigung — Postzwang); *Nawiasky* I, 79 f.; *Dünnewald* Diss.

⁷² Zur Geschichte des Postgeheimnisses: *Nawiasky* I, 150 ff.; *Schneider* in: *Handwörterbuch des Postwesens*, Art. Postgeheimnis. Zur Geschichte der Verletzungen des Postgeheimnisses: *Crole* S. 423 ff.

⁷³ Darin liegt der prinzipielle Unterschied zum allgemeinen Briefgeheimnis.

⁷⁴ Vgl. *Aschenborn/Schneider* § 5 PostG Anm. 1; *Aubert* S. 45; *Hellmuth System* S. 76 f.; *Nawiasky* I, 149; *Niggel* § 30, 1.

⁷⁵ Vgl. Kap. VIII § 4 preuß. PostO vom 10. 8. 1712; Abschn. V § 3 preuß. AllgemPostO vom 26. 11. 1782; § 204 II 15 preuß. ALR; § 58 PostG 1867.

Postgeheimnisses⁷⁶, das den Postverkehr, anders als das postrechtliche Postgeheimnis, gegen die Eingriffe polizeilicher Inspektion schützen soll⁷⁷. Die herkömmlichen Ausnahmen vom Postgeheimnis, vor allem im Zuge von Strafverfahren und Konkursverfahren, werden dadurch ebensowenig berührt, wie die als immanente Grenzen des Postgeheimnisses zu betrachtenden betriebsbedingten Maßnahmen der Post⁷⁸, etwa bei unzustellbaren Sendungen.

Das Verwaltungsmonopol der Post ist eine durch überragende Interessen des Gemeinwohls geforderte Beschränkung der Freiheit der Berufswahl⁷⁹; seine Ausübung ist dem Wettbewerbsrecht grundsätzlich entzogen⁸⁰. —

Das Verwaltungsmonopol der Post für die Beförderung von Briefen und politischen Zeitungen steht aus historischen Gründen organisatorisch in Verbindung mit dem Verwaltungsmonopol für die Errichtung und den Betrieb von *Fernmeldeanlagen* nach Maßgabe des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 14. 1. 1928 (RGBl I S. 8), das im Regelfall vom Bundespostminister ausgeübt wird. Diese Vorbehalte sind auch funktionell gleichartig insofern, als sie beide die Übermittlung von Information zum Gegenstand haben.

Das durch das Fehlen der körperlichen Weitergabe von fixierten Mitteilungen charakterisierte Schnellnachrichtenwesen war lange Zeit auf akustische und optische Signalanlagen beschränkt. Erst die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ermöglichte Verwendung der Elektrizität für die Nachrichtenübermittlung, zuerst in der Form des Telegrafen, später des Telefons⁸¹, schließlich des Hör- und Bildfunks, ließ die Frage der Zulassung Privater zu diesem Nachrichtenverkehr zu einem Problem werden. Als sich die zunächst entstandenen staatlichen Einrichtungen zunehmenden Störungen durch private Anlagen ausgesetzt

⁷⁶ § 38 Verfassungsurkunde für das Churfürstentum Hessen vom 5. 1. 1831; Art. 22 BelgVerf 1831; § 142 Verf 1849; Art. 33 PreußVerf 1850; Art. 117 WeimRVerf; Art. 10 GrundG.

⁷⁷ Vgl. *Aubert* S. 47; *Brovnsieven* S. 388; *Krüger* S. 34 f.; *Oehler*; *Schuster* Postrechtspraxis S. 50 f.; BVerwGE 6, 299.

⁷⁸ Hierzu: BVerwGE 6, 299 mit Anm. von *Schuster* DÖV 1958, 579 f.

⁷⁹ Vgl. auch § 5 GewO.

⁸⁰ § 99 Abs. 1 GWB. — § 1 UWG ist nicht anwendbar (*Huber* WVerwR I § 44 III 1 d); denn die Tätigkeit der Verwaltung fällt, auch im Falle der Daseinsvorsorge, nur insofern unter § 1 UWG, als sie nach Art und Gestaltung auf ein wirtschaftliches Ziel gerichtet ist (*Hubmann* Rechtsfragen S. 198 ff., wo das für die Veranstaltung von Rundfunksendungen durch öffentliche Anstalten verneint wird).

⁸¹ Die erste elektrische Telegrafienlinie in Deutschland wurde 1845, der preußische Staatstelegraf 1849 (zur Verwaltung des Staatstelegrafen wurde durch Erlaß vom 23. 3. 1849, GS S. 146, die Königliche Telegraphendirektion errichtet), der bayerische 1850 (Gesetz, die Herstellung eines telegraphischen Netzes für Bayern betr., vom 6. 6. 1850, GBl 1849/50 Sp. 177), nachdem Ende 1849 das erste Telegramm von München nach Salzburg übermittelt worden war (*Brunner* S. 173), eingerichtet. Die Einführung des Telefons erfolgte in Deutschland seit Ende 1877.

sahen, stützten die staatlichen Telegrafienverwaltungen ihren Ausschließlichkeitsanspruch auf die Annahme eines „Telegraphenregals“. Bis zur reichsgesetzlichen Regelung im Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs vom 6. 4. 1892 (RGBl S. 467) war die Existenz eines derartigen staatlichen Alleinrechts lebhaft umstritten⁸².

Die vor 1866 vorhandenen 16 selbständigen Telegrafienverwaltungen verringerten sich im Laufe dieses Jahres durch Zusammenschlüsse erheblich⁸³. Nach Gründung des Norddeutschen Bundes wurde im Vollzug des Art. 48 VerfNorddBund für dessen Gebiet, nach Gründung des II. Reiches für das Reichsgebiet ebenso wie das Post- auch das Telegrafienwesen zu einer einheitlichen Reichsverkehrsanstalt umgestaltet, mit Ausnahme nur der bayerischen und der württembergischen Staatsanstalten (Art. 48, 52 RV 1871)⁸⁴. Als reichsrechtliche Regelungen des Telegrafienwesens ergingen zunächst nur Benutzungsordnungen⁸⁵ mit hauptsächlich technischen Bestimmungen über die „telegraphische Korrespondenz“. Jedoch wurden ins RStGB vom 15. 5. 1871 Vorschriften über den strafrechtlichen Schutz von Telegrafienanstalten aufgenommen (§§ 317, 318)⁸⁶, die Anlaß zur weiteren Klärung des Begriffs des „Telegraphen“ boten. In dem grundlegenden Urteil vom 28. 2. 1889 RGSt 19, 55), dessen Ausgangsfrage dahin lautete, ob öffentlichen Zwecken dienende Fernsprechanstalten „Telegraphenanstalten“ im Sinn der §§ 317, 318 RStGB seien, erkannte das Reichsgericht, daß jede Nachrichtenbeförderung, die nicht durch den Transport des körperlichen Trägers der Nachricht von Ort zu Ort, sondern dadurch bewirkt wird, daß der an einem Ort zum sinnlichen Ausdruck gebrachte Gedanke

⁸² Die rechtliche Grundlage eines Bundes- bzw. Reichstelegraphenregals wurde vereinzelt in der Theorie (z. B. *Ludewig* S. 109 ff.; *Maas* Staats- und verwaltungsrechtlicher Inhalt S. 479 ff.) und allgemein seitens der Telegrafienverwaltungen in Art. 48 Abs. 1 VerfNorddBund bzw. RV 1871 gesehen. Die Entstehungsgeschichte des Art. 48 VerfNorddBund konnte zugunsten dieser Auffassung herangezogen werden, Wortlaut und objektiver Sinn dieser Vorschrift ließen sich aber nur so deuten, daß die vorhandenen Post- und Telegrafienanstalten zu einer einheitlichen Staatsverkehrsanstalt vereint werden sollten, mit Ausnahme der Anstalten Bayerns und Württembergs. Die herrsch. Lehre lehnte es daher ab, die genannte Verfassungsnorm im Sinne der Statuierung eines „Telegraphenregals“ auszulegen (vgl. *Horch*; *Laband*, Dtsch. Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., 1919, § 27 A III 1; *G. Meyer* VerwR § 79; *Meili* S. 31 ff. unter Aufgabe der früheren abw. Auffassung; *Schulze* a.a.O. (Anm. 37) II § 312; *von Seydel* Kommentar a.a.O. (Anm. 68) Art. 48 Anm. I; LG Berlin AöR 6/1891, 535).

⁸³ Hierzu: *Scholz* S. 752 ff.

⁸⁴ Die Beseitigung dieser landesrechtlichen Reservate erfolgte gem. Art. 88, 170 WeimRVerf, wie oben für die Landespostanstalten geschildert.

⁸⁵ Telegraphen-Ordnung für das Deutsche Reich vom 21. 6. 1872 (RGBl S. 213); später noch TelOen vom 13. 8. 1880 und vom 15. 6. 1891, beide nicht im RGBl publiziert (*Sautter* S. 54 f.; *Staedler*).

⁸⁶ Schon früher waren in Preußen die VO, betr. die Bestrafung der Vergehen gegen die Telegraphenanstalten, vom 15. 6. 1849 (GS S. 217), und in Bayern das Gesetz, den Schutz der Telegraphenanstalten betr., vom 24. 12. 1849 (GBl 1849/50 Sp. 37) ergangen.

an einem anderen, entfernten Ort sinnlich wahrnehmbar wieder erzeugt wird, unter den Begriff der „Telegraphenanstalt“ falle⁸⁷. Dieses Begriffsverständnis lag dem § 1 TelG 1892 zugrunde, der überdies in Satz 2 Fernsprechanlagen ausdrücklich dem Begriff der „Telegraphen-anlage“ unterstellte. Die später durch besondere Rechtssätze erfolgte Einbeziehung der Anlagen der Funktelegrafie⁸⁸ und der Rundfunkt-sende- und -empfangsanlagen⁸⁹ unter den Begriff der „Telegraphen-anlage“ in § 1 TelG war daher lediglich klarstellend⁹⁰. Auch die Änderung und Neufassung des TelG als Gesetz über Fernmeldeanlagen durch das und auf Grund des Gesetzes zur Änderung des Telegraphengesetzes vom 3. 12. 1927 (RGBl I S. 331) diente nur der Festigung der staatlichen Fernmeldehoheit gegenüber den Fortschritten der Funktechnik⁹¹. Das FernmAnlG ist nunmehr gemäß Art. 124, 73 Nr. 7 GrundG Bundesrecht⁹².

Für das staatliche Fernmeldemonopol sind ursprünglich vor allem Gründe der Staatssicherheit geltend gemacht worden⁹³. Die Gleichsetzung des Telegrafwesens mit dem Postwesen und seine Bezeichnung als Staatsverkehrsanstalt in Art 48 VerfNorddBund und RV 1871 lassen jedoch erkennen, daß das Gemeinwohl, dem die staatliche Telegrafenanstalt dienen sollte und soll⁹⁴, sich nicht in der polizeilichen Funktion erschöpft⁹⁵. Die außerordentliche Ausdehnung des Telegramm-, Telefon- und Fernschreibverkehrs und die große Bedeutung dieser Schnellnachrichtennittel verweist sie in den Bereich der Daseinsvorsorge und läßt diese als ihren Hauptzweck hervortreten. Die Rechtfertigung des Fernmeldemonopols ist daher in erster Linie, seitdem die auf den Wirkungen der Elektrizität beruhenden Nachrichtennittel, zu denen auch die Rundfunkanlagen gehören, zum ganz überwiegenden Unterfall der Fernmeldeanlagen geworden sind, in der Ordnung des elek-

⁸⁷ Die Novelle zum StGB vom 13. 5. 1891 (RGBl S. 107), deren Art. II die §§ 317, 318 StGB neu faßte, fügte dem StGB einen § 318 a ein, dessen Abs. 2 ausdrücklich festlegte, daß Fernsprechanlagen „Telegraphenanlagen“ im Sinne der §§ 317, 318 sind. — Dieser weite Begriff der Telegrafie wurde bereits von *Scheffler* Gerichtssaal 36 (1884), 481 und *Meili* S. 47 ff. vertreten.

⁸⁸ Ziff. 1 des einzigen Artikels der Funknovelle vom 7. 3. 1908 (RGBl S. 79) fügte dem § 3 TelG einen entsprechenden Abs. 2 an.

⁸⁹ § 1 VO zum Schutze des Funkverkehrs vom 8. 3. 1924 (RGBl I S. 273), aufgehoben durch VO vom 28. 12. 1927 (RGBl I S. 513).

⁹⁰ Vgl. *Neugebauer* S. 42 ff.; *Reiche* S. 2 ff.; *Scholz* S. 760 ff.

⁹¹ Vgl. die Aml. Begründung RT III/1924 Drucks. 3682.

⁹² Abweichende landesrechtliche Regelungen aus der Zeit nach Inkrafttreten des GrundG, wie die in dem Bayerischen Gesetz vom 17. 3. 1950 (GVBl S. 57), wonach dem „Bayerischen Rundfunk“ die Befugnis zur Erteilung von Rundfunkempfangskonzessionen zustehen soll, sind daher unwirksam.

⁹³ Vgl. die Entstehungsgeschichte des TelG, die *Krüger* S. 25 f. auszugsweise mitteilt.

⁹⁴ *Neugebauer* S. 1, 16 ff.; RGZ 155, 333/335.

⁹⁵ So ausdrücklich *Neugebauer* S. 53 gegen abweichende Auffassungen. — Ob die Staatssicherheit zu einem Funkmonopol nötigen kann, was *Krüger* S. 23 ff. bestreitet, ist daher nicht entscheidend.

trischen Nachrichtenschnellverkehrs und funktelegrafischen Ätherverkehrs zu sehen⁹⁶. Diese spezifische Zwecksetzung macht den Unterschied zum Postmonopol deutlich⁹⁷.

Das Alleinrecht der staatlichen Telegrafenanstalt wurde von Anfang an unter dem Blickwinkel der Regalität gesehen, und obwohl gelegentlich auch der Ausdruck „Telegrafemonopol“ verwendet wurde⁹⁸, wird bis zu den neueren Darstellungen von einem „Telegraphenregal“ gesprochen, da das wesentliche Merkmal dieses Vorbehalts der dadurch im öffentlichen Interesse angeordnete Ausschluß potentieller privater Fernmeldeanstalten sei⁹⁹. Während beim Postmonopol immerhin die äußere Kontinuität mit der frühabsolutistischen Rechtsgestalt des Postregals die weitere Benutzung dieses Ausdrucks, trotz des gewandelten Begriffs, verständlich macht, kann dieser Gedanke für das Fernmelde-monopol, das in der Übergangszeit vom spätliberalen Staat zum modernen Staat entstand, nicht herangezogen werden. Hier wurde der neue Regalbegriff benutzt, der für die nichtfiskalischen „regalen Gewerbe“ gebildet worden war und der die Formation der modernen Staatlichkeit, um die es eigentlich ging, mit einem unangemessenen Namen verdeckte.

Der staatliche Fernmeldevorbehalt war und ist eine Technik, um den Schnellnachrichtenverkehr, eine Funktion der Daseinsvorsorge, in den Bereich staatlicher Verwaltung einzubeziehen, um dessen lebenswichtige Leistungen mit der erforderlichen Einheitlichkeit, Schnelligkeit und Massenhaftigkeit prästieren zu können. Hier lediglich den Terminus „Fernmeldehoheit“ zu benutzen¹⁰⁰, ist zu unspezifisch, da dieser eine weit umfassendere Bedeutung — Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz für das Fernmeldewesen — besitzt. Wortlaut und objektiver Sinn des FernmAnlG verbieten es auch, das Fernmeldemonopol lediglich als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, in der sich die staatliche

⁹⁶ Hierzu: *Aubert* S. 83 f.; *Krause* Das deutsche Fernsehen S. 377 f.; *Neugebauer* S. 46 ff.; *Meili* S. 71 ff.; *Schneider* S. 54 f. Abw. *Krüger* S. 17 f. — *Maas* Telegraphengesetzentwurf S. 16 betont den rechtspolitischen Gedanken, daß nur die Wahl zwischen Privatmonopol und Staatsmonopol bestand.

⁹⁷ Die Aussage, daß das Fernmeldemonopol aus dem Postmonopol erwachsen sei (so *Ipsen Rundfunkgebühr* S. 35) oder letztlich auf dieses zurückgehe (so BVerfGE 12, 205 Gründe D II 7 a) ist daher rechtssystematisch nicht zutreffend. Auch als historische Angabe ist sie, wie aus der vorangegangenen Darlegung zu ersehen ist, nicht richtig.

⁹⁸ Z. B. *Eger/Gordan* S. 11; *Scholz* S. 760 f.; RGZ 155, 333/337 („Fernmelde-monopol“).

⁹⁹ Vgl. *Bluntschli* S. 522 f. (das Telegraphenregal sei ein „regales Gewerbe“); *O. Mayer* VerwR II § 51 III 3; *Maas* Staats- und verwaltungsrechtlicher Inhalt S. 484 f., 487; ders. Telegraphengesetzentwurf S. 13 ff.; *Neugebauer* S. 25 ff. und § 1 FAG Anm. 8 VII; *Hellmuth* System S. 31; *Wacke* Verleihung S. 460. Dagegen aber: *Meili* S. 68 ff.

¹⁰⁰ So *Aubert* S. 73 ff.; *Eckner* in: Bundespost und Rundfunk S. 45 ff. („Funkhoheit“); *Krebs* S. 162.

Ordnungsgewalt manifestiere, anzusehen¹⁰¹. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist eine andere und weniger eingreifende Technik gesetzlicher Regelung, die de lege lata nicht vorliegt¹⁰² und die die Rechtsbasis der staatlichen Fernmeldeanstalt verändern würde; denn auch dies und nicht nur die Verleihbarkeit der Befugnis gem. § 2 FernmAnlG muß berücksichtigt werden.

Gerade die rechtliche Möglichkeit, die Befugnis zur Ausübung der dem Fernmeldemonopol zu Grunde liegenden Tätigkeiten zu verleihen und die Millionen von erteilten „Rundfunkgenehmigungen“ haben die Berechtigung, von einem Fernmeldemonopol zu sprechen, fraglich erscheinen lassen. Es kommt hinzu, daß mehrere gesetzliche Regelungen der Verleihung den Ausdruck „Genehmigung“ verwenden¹⁰³, den § 2 FernmAnlG, nicht aber § 3 Abs. 1, vermeidet. Dennoch ist daran festzuhalten, daß die „Verleihung“ im Sinne des § 2 FernmAnlG und der darauf aufbauenden Bestimmungen¹⁰⁴ rechtssystematisch eine Konzession und nicht eine Genehmigung ist¹⁰⁵, da die kraft einer solchen

¹⁰¹ So *Eckner* in: Bundespost und Rundfunk S. 45 ff. Diese Ansicht ist offenbar aus dem Bestreben erwachsen, *Ipsens reductio ad absurdum* (Rundfunkgebühr S. 34) als Stoß ins Leere zu erweisen. Sie betrifft expressis verbis nur das Alleinrecht für die Funktelegrafie, doch kann ohne Widerspruch keine andere Betrachtungsweise für den Oberbegriff der Fernmeldeanlage stattfinden.

¹⁰² Davon geht auch das BVerfGE 12, 205 LS 4 aus, wenn es ausspricht, daß Regelungen, die dem Bund das ausschließliche Recht vorbehalten, Funkanlagen für Zwecke des Rundfunks zu errichten und zu betreiben, verfassungsmäßig sind.

¹⁰³ So schon in die Funknovelle vom 7. 3. 1908. Später auch die RundfunkVO vom 8. 3. 1924 in § 1; die VO über Privatfernmeldeanlagen vom 1. 12. 1942 (ABl 1943 S. 12, mehrf. geändert), in Kraft gesetzt durch die VO vom 1. 12. 1942 (ABl 1943 S. 11), deren § 2 lautet: Genehmigungen nach dieser VO sind Verleihungen nach § 2 FernmAnlG; das Gesetz über den Amateurfunk vom 14. 3. 1949 (WiGBl S. 20) in § 1 Abs. 1 Satz 2 u. ö.; ebenso eine Anzahl weiterer Vorschriften.

¹⁰⁴ Als solche kommen insb. in Betracht: die bereits erwähnte VO Privat-FMA vom 1. 12. 1942; allgemeine Anordnungen, wie etwa für die Erteilung der „Rundfunkgenehmigungen“, die die Auflagen im Sinne des § 2 Abs. 2 FAG generell regeln; das AmateurfunkG vom 14. 3. 1949 und dessen DurchfVO vom 23. 3. 1949 (WiGBl S. 21).

¹⁰⁵ Die Bezeichnung der sog. genehmigungsfreien Fernmeldeanlagen des § 3 Abs. 1 FAG, zu denen Funkanlagen nicht gehören, als „allgemeine Verleihungen“ oder „Genehmigungen“ kraft Gesetzes (so: *Hellmuth* System S. 90 ff.; *Aubert* S. 98, 100 ff.) ist terminologisch angreifbar, da „Verleihung“ und „Genehmigung“ begrifflich nur einen Verwaltungsakt darstellen können und weil außerdem mehrfach „allgemeine Verleihungen“ auf Grund § 2 FAG erfolgt sind, so z. B. gerade für die nicht unter § 3 Abs. 1 FAG fallenden Funkanlagen: Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von Funkanlagen der Polizeibehörden im Bundesgebiet vom 18. 1. 1951 (ABl S. 76); Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von Funkanlagen für die Zwecke der Flugsicherung im Bundesgebiet vom 8. 2. 1954 (ABl S. 170); u. a. Derartige allgemeine Verleihungen sind aber auch sonst erfolgt: Bekanntmachung betr. die Schiffstelegraphie vom 16. 7. 1908 (RGBl S. 476) auf Grund § 4 FAG; Verleihung über die Errichtung und den Betrieb von Fernmelde-

Konzession gestattete Tätigkeit eine solche ist, die an sich ausschließlich durch die Bundespost ausgeübt werden darf. Der Ausdruck „Verleihung“ ist insofern irreführend, als dem Gestattungsempfänger weder ein Stück des Verwaltungsmonopols selbst, noch die Ausübung dieses Monopols übertragen¹⁰⁶, sondern nur die Ausübung der an sich monopolisierten Tätigkeit fallweise erlaubt wird¹⁰⁷. Ein besonderer Fall dieser Konzession ist die „Rundfunkgenehmigung“¹⁰⁸. Ein subjektiv öffentliches Recht auf die Konzession des § 2 FernmAnlG besteht grundsätzlich¹⁰⁹ nicht¹¹⁰, auch nicht im Fall der „Rundfunkgenehmigung“¹¹¹.

anlagen der Behörden des Reiches vom 30. 4. 1928 (abgedruckt bei *Oelpke* Nr. 50 b; zu dieser Maßnahme: *Wacke* Verleihung, kritisch zu diesem Aufsatz *Aubert* S. 74 f.). Diese allgemeinen Verleihungen sind Allgemeinverfügungen.

¹⁰⁶ Die Formulierung des § 2 TelG 1892, die von der „Verleihung der Ausübung“ des in § 1 bezeichneten Rechts sprach, war daher unrichtig und wurde in § 2 Abs. 1 FernmAnlG korrigiert.

¹⁰⁷ *Aubert* S. 98 f.; *Neugebauer* § 2 FAG Anm. 2; *Schneider* S. 53 f. — Unrichtig ist daher die Auffassung von *Hellmuth* System S. 90 ff. (die auf der Terminologie O. Mayers beruht), wonach durch die Konzession dem einzelnen „ein Stück öffentliche Verwaltung . . . übertragen“ werde, wodurch er eine „abgesonderte“ öffentlich-rechtliche Befugnis erwerbe. Auch die Ansicht *Hubers* WVerwR I § 47 III, daß durch die Verleihung ein „Privileg“ begründet werde, bei dem „ein Teil des staatlichen Fernmelderegals zur Ausübung“ übertragen werde, ist aus diesem Grunde ungenau. Andererseits ist die Gestattung, wenn sie lediglich zu privaten Zwecken erfolgt, auch nicht mit einer polizeilichen Erlaubnis gleichzusetzen (so *Hellmuth* System S. 98).

¹⁰⁸ Abw. auf dem Boden der besonderen Auffassung über das Wesen des Rundfunks: *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 24 ff. Wie hier: *Schneider*; *Zeidler* Probleme S. 25 ff. Die Rundfunkgenehmigung ist zumindest auch eine Konzession gem. § 2 FAG. Ob sie daneben auch noch eine auf anderen Voraussetzungen beruhende Zulassung zu einer oder zu mehreren Rundfunkanstalten enthält und ob die Post überhaupt, aus eigenem Recht oder vertretungsweise, zum Ausspruch dieser Zulassung kompetent ist, ist eine noch nicht abschließend geklärte Frage (vgl. hierzu etwa *Zeidler* Probleme).

Für die Erteilung von Rundfunkgenehmigungen sind, soweit es sich um die fernmelderechtliche Konzession handelt, maßgebend die Bedingungen für die Errichtung sowie den Betrieb von Rundfunkanlagen vom 27. 11. 1931 (ABl S. 509). Eine besondere Rechtslage besteht hier gem. § 17 Abs. 1 Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 2. 10. 1948 (GVBl S. 123) und § 5 Abs. 1 WürttBad Gesetz Nr. 1039 (Radiogesetz) vom 6. 4. 1949 (RegBl S. 71), wonach das Recht zur Erteilung der Rundfunkgenehmigung den Rundfunkanstalten zusteht. Diese Vorschriften sind partielles Bundesrecht geworden (Art. 124, 73 Nr. 7 GrundG).

¹⁰⁹ Ausnahmen: die Fernmeldeanlagen des § 2 Abs. 2 Satz 2 FAG (abw. *Oelpke* FAG Anm. 12); Amateurfunkanlagen nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 AmateurfunkG (*Aubert* S. 115 Anm. 5; *Oelpke* AmateurfunkG Anm. 6).

¹¹⁰ *Hellmuth* System S. 99; *Aubert* S. 115; *Maunz* Gesetzmäßigkeit des Fernsehens S. 7.

¹¹¹ *Eckner* in: Bundespost und Rundfunk S. 44, 60 ff.; *Schneider* S. 54. Abw. *Ipsen* Rundfunkgebühr S. 45 ff.; *Zeidler* Probleme S. 26. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GrundG verbietet nur, die Erteilung der Genehmigung von unsachgemäßen Gesichtspunkten abhängig sein zu lassen, was bereits aus dem Begriff des pflichtgemäßen Ermessens hervorgeht, wonach nur funktechnische Momente eine Rolle spielen dürfen. Für Hessen und Württemberg besteht ein Rechtsanspruch auf Gestattung kraft positiven Rechts (§ 17 Abs. 2 HessRdfG; § 5 Abs. II WürttBadRadioG). — Dies gilt nur insoweit, als die Rundfunkgenehmigung eine fernmelderechtliche Konzession ist. Auf die rundfunkrechtliche

Die Konzession begründet zwischen der Post und dem Begünstigten ein öffentlich-rechtliches nichtvertragliches Rechtsverhältnis, dessen Inhalt durch die gesetzlichen Vorschriften¹¹² und die Auflagen gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 FernmAnlG¹¹³ bestimmt wird.

Die Darbietung der Leistungen der Post als Fernmeldeanstalt unterliegt dem Fernmeldebenutzungsrecht; dieses ist zum größten Teil in Benutzungsordnungen¹¹⁴ niedergelegt, für die nunmehr § 14 PostVerwG eine Delegation erhält. Danach, ob die Benutzung im Rahmen einer längerdauernden Rechtsbeziehung oder nur fallweise erfolgt, können die Benutzungsverhältnisse in „Teilnehmerverhältnisse“¹¹⁵ und in „Benutzungsverhältnisse im engeren Sinn“¹¹⁶ unterschieden werden¹¹⁷. Wegen des hoheitlichen Verhältnisses zwischen Post und Benutzer und wegen der völligen Beherrschung der Rechtsverhältnisse durch die Benutzungsordnungen, die eine vereinbarungshafte Disposition ausschließen, handelt es sich nicht um öffentlich-rechtliche Verträge, sondern um Anstaltsnutzungsverhältnisse, die durch die Zulassung, einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt, begründet werden¹¹⁸. Auf den fernmelderechtlichen Zulassungszwang (§§ 7, 8 FernmAnlG) und Haftungsausschluß (§§ 41 Abs. 5 Satz 1 FernsprO; 29 TelegrO) wird in größerem Zusammenhang eingegangen. → S. 279 ff

Als — wie noch zu zeigen sein wird scheinbares — Korrelat des Fernmeldemonopols besteht das Fernmeldegeheimnis, für dessen Wesen

Zulassung, die allerdings in Existenz und Konstruktion noch zweifelhaft ist, besteht ein subjektiv öffentliches Recht und ist ein solches durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GrundG gefordert.

¹¹² Insb. das Überwachungsrecht gem. § 6 Abs. 1 FAG.

¹¹³ Zu diesen Auflagen gehört auch die Gebührenfestsetzung (*Aubert* S. 124 f.); die Verpflichtung zur Gebührenleistung entspringt der Konzessionserteilung. Auf die Rechtsnatur der Rundfunkgebühr ist bereits eingegangen worden; soweit sie eine „Programmgebühr“ enthalten sollte (*Zeidler* Probleme), wäre diese jedenfalls nicht eine fernmelderechtliche Auflage.

¹¹⁴ Diese sind als die Rechte und Pflichten der Benutzer gestaltende Anstaltsordnungen RechtsVOen; so für die FernsprechO: RGZ 155, 333; OLG München NJW 1960, 1526; allgemein für die Postbenutzungsordnungen: *Staedler*; *Huber* WVerwR I § 44 III 2 c.

¹¹⁵ Zum Beispiel das Fernsprechteilnehmerverhältnis; hierzu die FernsprO vom 24. 11. 1939 (ABl S. 859, 913, mehrf. geändert).

¹¹⁶ Zum Beispiel das Telegrammaufgabeverhältnis; hierzu die TelegraphenO vom 30. 6. 1926 in der Fass. der Bek. vom 22. 12. 1938 (ABl S. 849, mehrf. geändert).

¹¹⁷ *Aubert* S. 148 f.

¹¹⁸ Vgl. *Hellmuth* System S. 144 ff.; *Niggel* § 55; *Aubert* S. 147 f.; *Huber* WVerwR I § 44 III 3 b. Abw. Auff. *Neugebauer* S. 526 f. Das Reichsgericht, das ja die Postbenutzung ursprünglich als zivilrechtlichen Vertrag angesehen hatte, gab zwar die Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses als fiskalisch später auf, hielt aber dennoch, wenn auch ohne weitere Begründung, an der Vertragsnatur fest (RGZ 155, 333 für das Fernsprechteilnehmerverhältnis; RGZ 161, 174 für das Postscheckverhältnis). Der BGH hat, allerdings in einem obiter dictum, ebenfalls das Postscheckverhältnis als Vertragsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur betrachtet (BGHZ 9 13/17 f.). Demgegenüber hat das BVerwG (NJW 1960, 1539) diese Frage ausdrücklich offen gelassen.

und Inhalt im Prinzip die gleichen Gesichtspunkte maßgebend sind wie beim Postgeheimnis¹¹⁹.

74.— Das Verwaltungsmonopol der Deutschen Bundesbahn für den Bau und den Betrieb neuer öffentlicher Eisenbahnen gem. § 4 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29. 3. 1951 (BGBl I S. 225, 438) zeigt die Besonderheit, daß es kein Vorbehalt der monopolisierten Tätigkeit schlechthin, sondern nur ein Vorbehalt für eine künftige Ausübung dieser Tätigkeiten ist. Als solcher bestand es bereits seit Inkrafttreten des Art. 94 Abs. 1 WeimRVerf und dem Wirksamwerden der dort genannten Bedingung durch die Übernahme der Landeseisenbahnen auf das Reich.

Seitdem 1830 die erste Eisenbahnlinie überhaupt (Manchester-Liverpool) und am 7. 12. 1835 die erste deutsche Eisenbahnlinie (Nürnberg-Fürth) eröffnet wurde, stand die Rechtsentwicklung des Eisenbahnwesens im 19. Jahrhundert im Schatten der einen prinzipiellen Frage der Eisenbahnpolitik: Staats- oder Privatbahnsystem?¹²⁰. Von vornherein übte der Staat zwar durch gesetzliche und administrative Maßnahmen eine Kontrolle über das Eisenbahnwesen, eine Eisenbahnhoheit, aus, sehr unterschiedlich aber verhielt er sich gegenüber der anderen Frage, ob er selbst Eisenbahnunternehmer werden sollte. Damit wird nicht nur über den Träger der Eisenbahnen entschieden, sondern darüber, ob die Eisenbahnen kapitalistische Unternehmungen oder Verkehrsanstalten werden sollten¹²¹. Daß sich das Staatsbahnprinzip durchsetzen mußte, liegt nicht nur an dessen im einzelnen nachweisbaren Vorteilen, sondern auch und vor allem an der neuen Vorstellung vom sozial aktiven Staat.

Friedrich von List¹²² war erster, überschwenglicher¹²³ und weitblickender¹²⁴ Theoretiker und Propagandist einer staatlichen Eisenbahnanstalt und eines kontinentalen Eisenbahnsystems. Dennoch ent-

¹¹⁹ Fernmelderechtliche Regelung: früher: § 3 TelegraphenO vom 21. 6. 1872; § 8 TelG 1892; jetzt: § 10—14 FAG, § 6 AmateurfunkG. Grundrecht: Art. 117 WeimRVerf; Art. 10 GrundG.

¹²⁰ Grundlegend zur Geschichte des Eisenbahnwesens: Sax Verkehrsmittel III, 441 ff. Kürzere Darstellungen der Entwicklung des deutschen Eisenbahnwesens: Kruchen in: *Haustein Eisenbahnen* §§ 11 ff., 22; Lotz § 85 I; Lütge S. 433 ff.; Sarter *Reichseisenbahnen* S. 1 ff.; Sarter/Kittel *Bundesbahn* S. 1 ff.; L. v. Stein *VerwL* II, 391 ff.; Stolper S. 45 ff.; Werner S. 39 ff.; Witte S. 42 ff. Monografisch: Becker; Kech; Popp; Stumpf; Willkomm.

¹²¹ Vgl. die Erörterung dieser Gegenüberstellung bei L. v. Stein *VerwL* II, 381 ff. und Wagner *FinW* I, 661 ff. Eine neuere zusammenfassende Darstellung bei Sax *Verkehrsmittel* III, 154 ff.

¹²² Vgl. dessen 1837 geschriebenen Artikel „Eisenbahnen“ in v. Rotteck und Welckers *Staatslexikon*.

¹²³ List preist die „Eisenbahn-Dampfwagenfahrt“ als einen „Herkules in der Wiege, der die Völker erlösen wird von der Plage des Kriegs, der Theuerung und Hungersnoth, des Nationalhasses und der Arbeitslosigkeit, der Unwissenheit und des Schlendrians...“.

schlossen sich in Deutschland¹²⁵ nur einige Staaten zum Bau von Staatsbahnen¹²⁶, das wichtigste Land, Preußen, aber gerade nicht: dem Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. 11. 1838 (GS S. 505)¹²⁷ lag das Privatbahnprinzip zugrunde¹²⁸. Noch 1880 waren erst ein Drittel (rd. 6000 km) der preußischen Bahnen im Staatseigentum¹²⁹, während Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden bereits über ein Staatsbahnsystem verfügten. Der Umstand, daß die Privatbahnen in der ersten Epoche der Eisenbahngeschichte eine erhebliche Rolle spielten, ist der historische Grund für die heute noch fortbestehende privatrechtliche Ausgestaltung des Eisenbahnbenutzungsrechts.

Über den Staatsbahngedanken hinaus wurde sehr früh die daraus folgerichtig weitergedachte Idee einer einheitlichen deutschen Eisenbahnverwaltung vorgetragen. Lists Vorschlag einer vom Deutschen Bund zu errichtenden Eisenbahnanstalt wurde nicht verwirklicht¹³⁰,

¹²⁴ Lists technische Prophezeiungen, die seiner Zeit kühn erscheinen mußten, verlassen vor der heutigen Wirklichkeit und hier wie selten wird der technische Abstand der Zeiten augenfällig.

¹²⁵ Das belgische Gesetz vom 1. 5. 1834 sah die Herstellung eines vollständigen Eisenbahnsystems auf Kosten des Staates vor, ähnlich das französische Gesetz vom 11. 6. 1842.

¹²⁶ Die erste deutsche Staatsbahn wurde am 1. 12. 1838 eröffnet (Braunschweig—Wolfenbüttel).

¹²⁷ Dieses Gesetz sah eine Genehmigungspflicht für die Anlegung einer Eisenbahn vor („Privatbahnkonzession“) sowie Vorschriften über die Gründung von Eisenbahnaktiengesellschaften. Der Eisenbahngesellschaft konnte die Handhabung der Bahnpolizei und das Enteignungsrecht verliehen werden. Die Tarifgestaltung („Bahngeld“) wurde rahmenartig reglementiert. Die Konkurrenz zwischen Postregal und der Eisenbahnkonzession wurde zugunsten der letzteren entschieden; im Zusammenhang damit stand die Einführung einer Eisenbahnabgabe an den Staat. — Neben das Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen trat später das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. 7. 1892 (GS S. 225).

¹²⁸ Der Grund für diese Entscheidung war in erster Linie die Finanzierungsfrage. 1842 erklärte die preuß. Regierung vor den Vereinigten ständigen Ausschüssen der Provinziallandtage, daß der preuß. Staat für jetzt und die nächste Zukunft auf einen Selbstbau der Eisenbahnen nicht eingehen könne (*Stieler* Autonomiebestrebungen S. 4) Von dieser Linie wurde erst 1849 abgegangen: Gesetz, betr. den Bau der Ostbahn, der Westphälischen und der Saarbrücker Eisenbahn, sowie die Beschaffung der dazu erforderlichen Geldmittel, vom 7. 12. 1849 (GS S. 437).

¹²⁹ Nach den Verstaatlichungen der letzten beiden Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts umfaßten die preuß. Staatsbahnen ein Netz von 33 000 km (1908: 36 178 km), denen rd. 2000 km Privatbahnen des allgemeinen Verkehrs gegenüberstanden (*Stieler* Die Deutschen Eisenbahnen S. 9 f.; *von der Leyen* in: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Art. Eisenbahnen, I § 2). Am 1. 1. 1909 wurde die einzige noch vorhandene größere Privatbahn, die pfälzische Bahn, in (bayer.) Staatsbahnbetrieb übernommen; zu diesem Zeitpunkt gab es 8 Staatsbahnnetze mit 53 912 km und 89 Privatbahnen mit 3442 km Streckenlänge (nach *von der Leyen* a.a.O.).

¹³⁰ Eine Kooperation der größeren Bahnen Deutschlands wurde immerhin durch den 1847 gegründeten „Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen“ vermittelt.

auch die Konzeption der Verf 1849 (§§ 29, 30) nahm an dem Scheitern der Einheitsbewegung teil. Die Art. 4 Ziff. 8 und 41 ff. VerfNorddBund bzw. RV 1871 brachten vor allem durch die Verpflichtung der Bundesregierungen, die „Deutschen Eisenbahnen“ im Interesse des allgemeinen Verkehrs „wie ein einheitliches Netz“ zu verwalten, und durch die Ermächtigung des Reiches, unter bestimmten Voraussetzungen selbst gegen den Widerspruch der Bundesglieder Eisenbahnen zu bauen oder zu konzessionieren, einen erheblichen Fortschritt¹³¹, ohne aber die Zersplitterung des Eisenbahnwesens zu beseitigen. Selbst Bismarck vermochte den Reichseisenbahngedanken nur¹³² mittelbar, nämlich über die nach umfangreichen Verstaatlichungen¹³³ ein faktisches Übergewicht besitzenden preußischen Staatsbahnen, durchzusetzen¹³⁴. Durch die zentralisierte Kriegsverwaltung vorbereitet, trat die Reichsbahn durch die Art. 89 ff. und 171 WeimRVerf und den zu ihrem Vollzug abgeschlossenen Staatsvertrag zwischen dem Reich und den sog. Eisenbahnländern¹³⁵, genehmigt durch das Gesetz vom 30. 4. 1920 (RGBl S. 773), am 1. April 1920 ins Leben^{136, 137}.

¹³¹ Das durch Gesetz vom 27. 6. 1873 (RGBl S. 164) gegründete Reichs-Eisenbahn-Amt sollte das Eisenbahnwesen sowie den Vollzug der Eisenbahnartikel der RV 1871 und der reichsrechtlichen Eisenbahnvorschriften beaufsichtigen.

¹³² Der Erlaß eines Reichseisenbahngesetzes (der „vorläufige Entwurf“ ist mit den amtlichen Bemerkungen dazu abgedruckt in AnnDR 1875, 1225—1252) scheiterte 1874/75, ebenso später der Versuch einer Übertragung der preußischen Staatsbahnen auf das Reich (der diesbezügliche dem preuß. Landtag vorgelegte Gesetzentwurf ist mit den Motiven abgedruckt in AnnDR 1876, 470—486). Vgl. die Errichtung des Reichsamtes für die Verwaltung der Reichseisenbahnen durch Allerhöchsten Erlaß vom 27. 5. 1878 (RGBl 1879 S. 193). Die einzige Staatsbahn des Reiches blieb bis 1918 die Elsaß-Lothringische (Stolper S. 46). — Umfangreiche Materialien zur Reichseisenbahnfrage in AnnDR 1876, 487—525, 529—621 und 958—985. Vgl. auch Mohls föderalistische Streitschrift.

¹³³ 1866 waren die hannoverschen Staatsbahnen auf Preußen übergegangen. In den Jahren 1878—85 erfolgte unter Maybach auf Initiative Bismarcks die entschiedene Wendung zum Staatsbahnsystem durch die Verstaatlichung der verkehrswichtigen Bahnen in Preußen (vgl. Stielers Die deutschen Eisenbahnen S. 9 f.). Vgl. die Denkschrift hierzu, in der der Satz steht: „Unter allen Gestaltungsformen, die das Eisenbahnwesen in modernen Kulturstaaten gefunden hat, ist das reine Staatsbahnsystem allein dasjenige, welches die Aufgabe der Eisenbahnpolitik des Staates, die einheitliche Regelung innerhalb des Staatsgebiets und die Förderung der beteiligten öffentlichen Interessen vollauf zu erfüllen imstande ist“ (nach Goldstein S. 6) Durch den Vertrag vom 23. 6. 1896 schließlich vereinbarten Preußen und Hessen eine Betriebs- und Finanzgemeinschaft für ihre Staatsbahnen (preuß. Gesetz vom 16. 12. 1896, GS S. 215).

¹³⁴ Stielers Die deutschen Eisenbahnen S. 10 f.

¹³⁵ Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Oldenburg. Von den insgesamt 53 102 km Eisenbahnen, die zu Reichsbahnen wurden, gehörten Preußen 31 487 km und Bayern 8 430 km (Starter Die Reichseisenbahnen S. 21).

Staatseisenbahnen, die nicht durch den Staatsvertrag erfaßt wurden, sind gem. Art. 171 WeimRVerf am 1. 4. 1921 ex lege auf das Reich übergegangen

Die Weimarer Verfassung realisierte nicht nur die lange angestrebte einheitliche Eisenbahn-Verkehrsanstalt, sondern auch den Organisationsgrundsatz einer relativen wirtschaftlichen Autonomie, der die Nachteile eines reinen Regiebetriebes zu vermeiden sucht¹³⁸. Im Vollzug des Art. 92 WeimRVerf wurde durch die auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. 12. 1923 (RGBl I S. 1179) erlassene VO über die Schaffung eines Unternehmens „Deutsche Reichsbahn“ vom 12. 2. 1924 (RGBl I S. 57)¹³⁹ ein rechtsfähiges Unternehmen errichtet, durch welches das Reich die in seinem Eigentum stehenden Eisenbahnen betrieb und verwaltete. An dessen Stelle trat jedoch nach kurzer Zeit die durch das Reichsbahngesetz vom 30. 8. 1924 (RGBl II S. 272) nach den Vorschlägen des Dawes-Planes auf Grund der Londoner Konferenz vom 16. 8. 1924 geschaffene „Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft“, die am 11. 10. 1924 die „Deutsche Reichsbahn“ ablöste¹⁴⁰. Die Autonomie dieser Gesellschaft ging merklich über die Vorstellung des „selbständigen wirtschaftlichen Unternehmens“ des Art. 92 WeimRVerf hinaus, was durch die externe, mit dieser Konstruktion verbundene Absicht zu erklären ist, die Reichsbahnen der Abtragung und Sicherung der Reparationsschuld dienstbar zu machen¹⁴¹. Die Reichsbahn-Gesellschaft war, obwohl in der

(StGH Lammers/Simons I, 65, betr. die Linie Ludwigstadt-Lehesten des ehem. Sachsen-Meiningen).

¹³⁸ Dazu die vorläufige Verwaltungsordnung der Reichseisenbahn vom 26. 4. 1920 (RGBl S. 797). — Einen Rest der vorher föderalistischen Eisenbahnverfassung enthielt insb. § 8 des Staatsvertrages, wonach das Reich zu einer Veräußerung oder Verpfändung der erworbenen Eisenbahnen der Zustimmung der Landesregierungen bedurfte. Das Dritte Reich betrachtete nach der staatsrechtlichen Beseitigung der Länder die Übernahme der dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen auf das Reich als abgeschlossen und hob den Staatsvertrag auf (§ 15 Abs. 1 Gesetz zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung vom 27. 2. 1934, RGBl I S. 130; VO zur Abwicklung des Staatsvertrages vom 14. 5. 1935, RGBl II S. 437).

¹³⁷ Zur „Verreichlichung“ der Eisenbahnen: *Kittel* Staatsvertrag; *Napp/Zinn* S. 332; *Stieler* Die deutschen Eisenbahnen S. 15 ff. Allgemein zur organisatorischen Entwicklung der Reichseisenbahnen nach 1920: *Lassar* S. 177 ff.; *Sarter/Kittel* Reichsbahn-Gesellschaft.

¹³⁸ Vgl. *Stieler* Autonomiebestrebungen; *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen §§ 23, 24; *Neumark* S. 52 f.; *Sarter/Kittel* Bundesbahn S. 3 ff.; *Witte* S. 173 ff.

¹³⁹ Aufgehoben durch § 47 Abs. 8 Satz 5 ReichsbahnG 1924 in Verb. mit der Bek. vom 14. 10. 1924 (RGBl II S. 386).

¹⁴⁰ Hierzu: *Stieler* Autonomiebestrebungen S. 19 ff.; *Nawiasky* in *Kittel/Nawiasky* S. 11 ff.

¹⁴¹ Das auf Grund des Young-Planes vom 7. 6. 1929 und des Haager Abkommens vom 20. 1. 1930 ergangene Gesetz zur Änderung des Reichsbahngesetzes vom 13. 3. 1930 (RGBl II S. 359) beseitigte den unmittelbaren ausländischen Einfluß auf die Verwaltung der Reichsbahn und verwandelte die Heranziehung der Reichsbahn zu Reparationszwecken in eine „Reparationssteuer“ (Art. I Ziff. 3 der Novelle). Gem. Art. V der Novelle wurde das ReichsbahnG am 13. 3. 1930 neubekanntgemacht (RGBl II S. 369). Zu der sich daraus ergebenden Organisation der Reichsbahn: *Napp/Zinn*; *Nawiasky* in: *Kittel/Nawiasky* S. 11 ff. Das Ende der Reparationsbindung der Reichsbahn kam im Gesetz zur Neuregelung der Verhältnisse der Reichsbank und der Deutschen

Form einer Handelsgesellschaft errichtet, eine Anstalt des öffentlichen Rechts¹⁴².

Durch Art. 94 Abs. 1 Satz 1 WeimRVerf wurde dem Reiche¹⁴³ das Recht zum Bau neuer dem allgemeinen Verkehr dienender Eisenbahnen vorbehalten; dieses Vorrecht brauchte nicht ausgeübt zu werden, vielmehr konnten derartige Eisenbahnen mit „Zustimmung“¹⁴⁴ des Reiches auch von dritten Rechtsträgern hergestellt werden. Damit war nicht schlechthin ein „Reichseisenbahnmonopol“¹⁴⁵ begründet, sondern nur das Alleinrecht hinsichtlich der künftigen Eisenbahnen des allgemeinen Verkehrs, deren Existenz und Linienführung im Einklang mit der neuen Eisenbahn-Verkehrsanstalt des Reiches stehen sollten. Dementsprechend machte § 10 Abs. 4 ReichsbahnG 1924 die Nichtausübung der vorbehaltenen Tätigkeit durch die Reichsbahn-Gesellschaft von deren Interesse an einer bestimmten, von einem Dritten geplanten neuen Bahn des allgemeinen Verkehrs abhängig. Im geltenden Recht besitzt die Bundesbahn gem. § 4 Abs. 2 AEG, der sich von den früheren Regelungen nur in untergeordneter Hinsicht unterscheidet, den gleichen Vorbehalt für Bau und Betrieb neuer öffentlicher Eisenbahnen.

Neben der Personen- und Güterbewegung durch die Transportmittel der Binnenschifffahrt und des Luftverkehrs ist es in erster Linie der Güterfernverkehr auf den Straßen, der mit den Dienstleistungen der Bundesbahn auf demselben Markt auftritt. Das vor der technischen Entwicklung des Lastwagens den Eisenbahnen zugefallene faktische Verkehrsmonopol besteht gegenwärtig nicht mehr; es kann höchstens von einem „Teilmonopol“ (*Hamm*) gesprochen werden. Das daraus entstandene vielgesichtige Problem der Einordnung der Eisenbahnen überhaupt und der Bundesbahn im besonderen in das gesamte Verkehrssystem steht im Rahmen der Eisenbahnpolitik, die wiederum nur einen

Reichsbahn vom 10. 2. 1937 (RGBl II S. 47) zum Ausdruck, das die Gesellschaft in „Deutsche Reichsbahn“ umbenannte und diese in die Reichsverwaltung eingliederte, jedoch die Verwaltung der Reichsbahn als Sondervermögen bestimmte (Art. 2 Abs. 1 und 3 dieses Gesetzes). Eine zusammenfassende Neuregelung brachte das Reichsbahngesetz vom 4. 7. 1939 (RGBl I S. 1205), das das ReichsbahnG 1924/1930 aufhob (§ 26 Abs. 2 dieses Gesetzes). An dessen Stelle ist nunmehr das Bundesbahngesetz vom 13. 12. 1951 (BGBl I S. 955, mehrf. geändert) getreten.

¹⁴² *Anschütz* WeimRVerf Art. 89 Anm. 5; *Bühler* HDSr I, 600 f.; *Haustein* Träger öffentlicher Verwaltung; *Kittel* in: *Kittel/Nawiasky* S. 44 f.; *Lassar* S. 198 ff.; *Sarter/Kittel* Reichsbahn-Gesellschaft S. 226 ff.; RGSt 60, 139.

¹⁴³ Die aus Art. 94 Abs. 1 Satz 1 resultierende Rechtsstellung ging gem. § 10 ReichsbahnG 1924 auf die Reichsbahn-Gesellschaft über. — Art. 94 ist dem § 24 Abs. 1 der Verfassung von Elsaß-Lothringen vom 31. 5. 1911 (RGBl S. 225) nachgebildet.

¹⁴⁴ Diese „Zustimmung“ ist mit der Privatbahnkonzession nicht identisch, die nach wie vor von den Ländern zu erteilen war (vgl. StGH Lammers/Simons I, 55).

¹⁴⁵ So *Anschütz* WeimRVerf Art. 94 Anm. 1 und 3; *Willkomm* S. 36. Wie hier: *Fritsch* Art. 94 WeimRVerf Anm. 19; *Richard Mayer*.

Ausschnitt der Verkehrspolitik darstellt, heute so im Vordergrund wie früher die Auseinandersetzung um das Staatsbahnprinzip, und spitzt sich zu auf das Verhältnis von „Schiene und Straße“¹⁴⁶. Zu dessen Beurteilung ist nicht nur zu berücksichtigen, daß die von der Eisenbahn erbrachten Leistungen im Massenverkehr von Gütern und, weniger hervorstechend, von Personen eine Verkehrsaufgabe erfüllt, bei der die Eisenbahnen vorerst nicht substituierbar sind¹⁴⁷, sondern des weiteren, daß die Bundesbahn ein Instrument interventionistischer Wirtschaftspolitik von weitreichender Intensität ist¹⁴⁸. Von ausschlaggebender Bedeutung aber ist, daß eine an sich relativ geringfügige Verdrängung der Bundesbahn auf deren Rentabilität einen sehr tiefgreifenden Einfluß haben könnte, was ihre gemeinnützige Aufgabe und darüber hinaus das gesamte Verkehrsgefüge in Gefahr bringen könnte¹⁴⁹.

Ob die verkehrspolitische Aufgabe durch eine weitgehende Lahmlegung des güterbefördernden Straßenfernverkehrs¹⁵⁰ sachgemäß gelöst ist, kann mit Recht bezweifelt werden. Sinnvoller, wenn auch umstritten, ist der wettbewerbliche Schutz der Bundesbahn durch das Personenbeförderungsgesetz¹⁵¹ und durch die Zulassungshöchstzahlen im Güterfernverkehr gem. § 9 Güterkraftverkehrsgesetz¹⁵². Eine allgemeine Richtlinie für die verkehrspolitische Behandlung der einzelnen Verkehrsträger mit dem Ziel „bester Verkehrsbedienung“ geben § 7 Güterkraftverkehrsgesetz¹⁵³, § 33 Binnenschiffahrtsgesetz¹⁵⁴ und § 8 AEG¹⁵⁵.

Die Rechtfertigung für das Verwaltungsmonopol zum Bau und Betrieb neuer Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs deckt sich mit der

¹⁴⁶ Vgl. hierzu: *Binder; Hamm* Schiene und Straße; *Neumark* S. 60 ff.; *Voigt* S. 217 ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen § 7; *Neumark* S. 55.

¹⁴⁸ *Neumark* S. 55.

¹⁴⁹ *Neumark* S. 76.

¹⁵⁰ Zum Zwecke einer Neugestaltung des Verhältnisses der Transportträger zueinander, wodurch die Straße entlastet, die Bundesbahn begünstigt werden sollte, legte die Bundesregierung dem Bundestag 1954 den Entwurf eines Gesetzes („Straßenentlastungsgesetz“) vor, durch das der Transport bestimmter Massengüter, wie Kohle, Erz, Getreide u. a., im Straßenverkehr verboten werden sollte (hierzu *Hamm* Kollektiveigentum S. 92 und das die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs bejahende Gutachten von *Hans Peters*, Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, 1954). Der Entwurf wurde nicht Gesetz.

¹⁵¹ Es handelt sich bei den entspr. Bestimmungen um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Bundesbahn (vgl. BGHZ 26, 42). Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Privilegierung der Bundesbahn bejahte der WürttBadVGH DVBl 1950, 754 ausdrücklich.

¹⁵² Hierzu BayVGH BayVerwBl 1961, 223.

¹⁵³ In der Fass. des Art. 1 Ziff. 4 des vierten Gesetzes zur Änderung des Güterkraftverkehrsgesetzes vom 1. 8. 1961 (BGBl I S. 1157).

¹⁵⁴ In der Fass. des Art. 1 Ziff. 13 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den gewerblichen Binnenschiffahrtsverkehr vom 1. 8. 1961 (BGBl I S. 1163).

¹⁵⁵ In der Fass. des Art. 1 Ziff. 2 des Gesetzes zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 1. 8. 1961 (BGBl I S. 1161).

Begründung des Staatsbahnprinzips. Sie ist in erster Linie im Wesen des modernen Staates zu suchen, dem es gemäß ist, die tragenden Verkehrsanstalten dem privatkapitalistischen Betriebsmodus zu entziehen, um ihre vollkommene Unterwerfung unter die Anforderungen des Gemeinwohls zu ermöglichen. Zu diesem Ziel genügt es nicht, daß der Staat überhaupt Eisenbahnunternehmer wird, es ist darüber hinaus notwendig, daß ein einheitliches Eisenbahnsystem besteht und private Unternehmer von diesem grundsätzlich ausgeschlossen werden. Hierfür sprechen auch noch bestimmte Einzelgesichtspunkte: Die Regelmäßigkeit und Gleichartigkeit der zu erbringenden Beförderungsleistungen setzen eine einheitliche Verkehrsanstalt für das Gebiet einer Nationalwirtschaft voraus. Das Leitungsmonopol der Schienenbahnen und das Interesse, daß auch für sich allein gesehen unrentable Linien bedient werden, lassen eine privatwirtschaftliche Betriebsform als ungünstig erscheinen¹⁵⁶.

Bau und Betrieb öffentlicher Eisenbahnen befriedigen Bedürfnisse der Daseinsvorsorge¹⁵⁷. Das schließt eine Führung der Bundesbahn „wie ein Wirtschaftsunternehmen . . . nach kaufmännischen Grundsätzen“ mit Kostendeckung¹⁵⁸ nicht aus, bedeutet aber eine prinzipielle Nachordnung der fiskalischen Absicht gegenüber dem Zweck „bester Verkehrsbedienung“¹⁵⁹. Auch die Geeignetheit der Staatseisenbahn als Instrument der Wirtschaftslenkung¹⁶⁰ läßt unberührt, daß der mit dem Verwaltungsmonopol der Bundesbahn vorrangig verfolgte Verwaltungszweck in der Prästierung von Beförderungsleistungen besteht.

Als die Eisenbahnen in das Blickfeld der Rechtswissenschaft traten, wurde auch auf sie die überlieferte Regalitätsvorstellung angewandt¹⁶¹. Das Wort „Eisenbahnregal“ deckte dabei zwei verschiedene Begriffe. Einmal sollte damit lediglich die staatliche Funktion der Regelung und Kontrolle des Eisenbahnwesens ausgedrückt werden; dem entspricht der moderne Begriff der Eisenbahnhoheit¹⁶². In dieser Bedeutung wurde

¹⁵⁶ Zum Ganzen: *Eheberg* FinW § 56; *Lotz* § 85 I; *Vocke* S. 37; *Wagner* FinW I, 654 ff., 661 ff.; *Block*; *Bluntschli* S. 523 f.; *Goldstein* S. 4 ff.

¹⁵⁷ *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen §§ 8, 34; *Krebs* S. 264 ff.; *Sax* Verkehrsmittel III, 7 ff. (Die Eisenbahnen als Gegenstand der Gemeinwirtschaft). — Bereits in Ziff. 1 der „Fundamentalbestimmungen für sämtliche Eisenbahnstatute in Bayern“ vom 28. 9. 1836 wurden die Eisenbahnen als „gemeinnützige Anstalten“ bezeichnet (nach *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen § 25).

¹⁵⁸ Vgl. § 28 Abs. 1 BundesbahnG in der Fassung vom 1. 8. 1961.

¹⁵⁹ Bereits *Friedrich von List* hatte gefordert, daß die Transportanstalten des Staates nie als Finanzquellen benutzt werden (Art. Eisenbahnen S. 255). Unrichtig *Eheberg* FinW §§ 38, 39, der die Eisenbahnen als werbende Staatsanstalt versteht.

¹⁶⁰ Hierzu *Neumark* S. 58 f.

¹⁶¹ So noch bei *Bluntschli* S. 523 f. Dagegen: *Eger* § 4; *Endemann* § 7 III.

¹⁶² Zu diesem: *Knebel*; *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen §§ 25 ff. — Nach geltendem Recht ist die Eisenbahnhoheit zwischen Bund und Ländern geteilt: Art. 73 Nr. 6, 74 Nr. 23, 87 Abs. 1 GrundG (hierzu im einzelnen *Kruchen* a.a.O. §§ 32, 37).

das „Eisenbahnregal“ aus dem Wegeregal abgeleitet, weil man die Schienen als eine neue Art öffentlicher Straßen begriff¹⁶³. Diese Betrachtungsweise, die zu so grotesken Folgerungen wie der führten, daß jeder, der über eine Lokomotive verfüge, jeden Schienenstrang benutzen dürfe, war von vornherein unsachgemäß, weil sie auf einer äußerlichen Ähnlichkeit des Straßen- und des Schienenverkehrs aufbaute, ohne den wesensmäßigen Unterschied einer Anstalt und einer Sache im Gemeingebrauch in Rechnung zu stellen. Diese unangemessene Konstruktion einer früheren Theorie rechtfertigt die Aussage, daß die Eisenbahnhoheit sich „letzten Endes“ auf das Wegeregal zurückführen lasse¹⁶⁴ ebensowenig, wie eine Ableitung der Eisenbahnhoheit aus der Wegehoheit¹⁶⁵. Daran ist nur soviel richtig, daß das Substrat der Anstalt Bundesbahn und die öffentlichen Straßen zu zwei verschiedenen Gruppen der öffentlichen Sachen gehören.

Der zweite, hier wesentlichere Wortgebrauch bezeichnet mit „Eisenbahnregal“ das Verwaltungsmonopol der Bundesbahn¹⁶⁶. Dieses durch § 4 Abs. 2 AEG nach dem Vorbild des Art. 94 Abs. 1 WeimRVerf und des § 10 ReichsbahnG 1924 begründete Alleinrecht monopolisiert nicht den Schienenverkehr öffentlicher Eisenbahnen, sondern den Bau und den Betrieb neuer öffentlicher Eisenbahnen¹⁶⁷. Die neben der Bundesbahn noch betriebenen Privatbahnen des öffentlichen Verkehrs sind allerdings von einer derart untergeordneten Bedeutung¹⁶⁸, daß die Bundesbahn ein faktisches Eisenbahnmonopol besitzt.

¹⁶³ O. Mayer Eisenbahn und Wegerecht S. 77; Kruchen in: *Haustein Eisenbahnen* § 26; Werner S. 15 ff. — Zu dieser Auffassung vgl. die aufschlußreiche Darlegung von Vogel S. 67 ff.

¹⁶⁴ So Werner S. 10.

¹⁶⁵ So Kruchen in: *Haustein Eisenbahnen* § 26. — Unbefriedigend ist auch die von O. Mayer Eisenbahn und Wegerecht S. 77 ff. vertretene Kombination, daß nämlich die Eisenbahn eine öffentliche Anstalt sei, deren Substrat, soweit es sich um die Schienen handle, ein öffentlicher Weg, allerdings nicht im Gemeingebrauch, sei.

¹⁶⁶ So insb. Huber WVerwR I § 44 IV 1 a; Nipperdey S. 1630. Ebenso früher G. Meyer VerwR § 74 I. Auch hier gelten die bereits mehrfach angegebenen Bedenken gegen die Benutzung des Ausdrucks „Regal“.

Der „geschichtliche Ursprung“ eines Eisenbahnmonopols ist nicht im Postregal zu sehen (so Adolf Arndt, *Verfassung des Deutschen Reichs*, 5. Aufl., 1913, S. 359 f. und 383, gestützt u. a. auf § 36 preuß. Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. 11. 1838). Die in jenem monopolisierte Tätigkeit ist gerade nicht der Transport von Gütern und Personen, sondern der Bau und der Betrieb von Eisenbahnen. § 36 a.a.O. betrifft nicht eine Staatseisenbahn, sondern regelt nur die Durchbrechung des Postregals durch die auf einer Privatbahn erfolgende Beförderung.

¹⁶⁷ Hierzu: Kruchen in: *Haustein Eisenbahnen* § 43, 4; Huber WVerwR I § 44 IV 1 a; Krebs S. 62 („Option für den Neubau“). — Richard Mayer hält ein staatliches Eisenbahnmonopol deshalb für „begrifflich“ nicht denkbar, weil er zu Unrecht „Monopol“ nur als einen „zivilistisch-handelsrechtlichen“ Begriff versteht.

¹⁶⁸ Hierzu: Kruchen in: *Haustein Eisenbahnen* § 22; Voigt S. 221. 1957 betrug die Verkehrslänge der Bundesbahn 30 500 km, die der nicht bundeseigenen Eisenbahnen 5500 km, die von 240 Unternehmungen betrieben werden; von

Das Verwaltungsmonopol der Bundesbahn hat zur Folge, daß ein anderer Verwaltungsträger oder ein Privater an der Herstellung einer neuen Eisenbahn des öffentlichen Verkehrs zunächst gehindert ist und dieses Vorhaben erst ausführen kann, wenn es nicht von der Bundesbahn in Anspruch genommen wird. Ob das in Frage kommt, hängt davon ab, ob das betreffende Vorhaben unter die Aufgabe der Bundesbahn fällt, die sich aus § 4 Abs. 1 AEG ergibt. Die in § 4 Abs. 2 AEG erwähnte „Verleihung“ ist die Privatbahnkonzession, deren gesetzliche Regelung, solange nicht der Bund von seiner Kompetenz in Art. 74 Nr. 23 GrundG Gebrauch macht, den Ländern zusteht¹⁶⁹. Die Privatbahnkonzession ist nicht, wie die Fernmeldekonzession, aus dem Verwaltungsmonopol abgeleitet¹⁷⁰, sondern stellt eine Ausübung der Eisenbahnhoheit dar¹⁷¹; auf sie ist daher hier nicht einzugehen. Die Zulassung eines Dritten zu der an sich monopolisierten Tätigkeit erfolgt durch die „Erklärung“ des Bundesministers für Verkehr gem. § 4 Abs. 2 AEG¹⁷². Dieses Nebeneinander von das Monopol durchbrechender „Erklärung“ und das Eisenbahnunternehmensrecht begründender Konzession erklärt sich aus der föderalistischen Aufteilung der Eisenbahnhoheit.

Das GWB findet auf die Monopolstellung der Bundesbahn keine Anwendung (§ 99 Abs. 1 GWB).

Die Betätigung als Eisenbahnunternehmer ist zwar ein „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GrundG¹⁷³, dennoch ist die Einschränkung der Freiheit der Berufswahl durch § 4 Abs. 2 AEG verfassungsmäßig, weil das Verwaltungsmonopol der Bundesbahn durch überragende Interessen des Gemeinwohls notwendig gefordert ist¹⁷⁴.

den Einnahmen aller Eisenbahnunternehmungen entfielen 1958 nur 4 % auf nicht bundeseigene Eisenbahnen (*Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen § 9; *Hamm* Kollektiveigentum S. 289 f. mit weiteren statistischen Angaben).

¹⁶⁹ Die landesrechtlichen Vorschriften sind bei *Haustein* Eisenbahnen §§ 18, 19 zusammengestellt.

¹⁷⁰ Dies wird von *Huber* WVerwR I § 47 IV 2 b aa offenbar auch angenommen. Unrichtig *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen § 42, wo gesagt ist, daß die Verleihung den Staatsvorbehalt beseitige.

¹⁷¹ Vgl. *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen § 39. — Soweit den Unternehmern durch die Konzession ein Alleinrecht eingeräumt wird (vgl. *Kruchen* a.a.O. § 43, 4), handelt es sich zwar um ein öffentlich-rechtliches Alleinrecht, nicht aber um ein Verwaltungsmonopol. Denn der Zweck dieses Rechts ist nicht ein solcher der Verwaltung, sondern ein privates Interesse.

¹⁷² Diese „Erklärung“ entspricht der „Zustimmung“ des Reiches in Art. 94 Abs. 1 Satz 1 WeimRVerf. Für diese Vorschrift ist die Unterschiedlichkeit von „Zustimmung“ und Privatbahnkonzession bereits in StGH Lammers/Simons I, 55 herausgearbeitet worden; dies ist auch für § 4 Abs. 2 AEG verwertbar (abw. *Huber* WVerwR I § 47 IV 2 b dd a. E.).

¹⁷³ Abw. *Kruchen* in: *Haustein* Eisenbahnen § 41.

¹⁷⁴ Die GewO und damit der Grundsatz der Gewerbefreiheit gilt für die Bundesbahn nicht (§ 41 BundesbahnG als *lex specialis* zu § 6 Abs. 1 GewO).

4. Finanzmonopole

75.— Fritz Baade, Neugestaltung der deutschen Branntweinwirtschaft, 1927; ders., Das neue Spiritusmonopolgesetz, Der deutsche Volkswirt 1929, 625 bis 628; Maurice Block, Petit Dictionnaire Politique et Social, 1896; J. C. Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., 1885; Karl Bräuer, Reichs-Tabakmonopol oder Tabak-Verbrauchssteuer? 1931; Jürgen Brandt, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 1929; Hanspeter Brunner, Zwangskartelle, 1937; Ottmar Bühler, Steuerrecht, Band II: Einzel-Steuerrecht, 3. Aufl., 1958; ders./Georg Strickrodt, Steuerrecht, 3. Aufl., 1960; K. R. Dietrich, Die indirekte Wirtschaftslenkung als Symbiose von freier und gelenkter Wirtschaft — ein Bedürfnis der Branntweinwirtschaft zu ihrer Gesundung, 1953; Werner Diez, Das Problem eines staatlichen Tabakmonopols in Deutschland, Diss. Tübingen 1948; E. Döblin, Monopole und Besteuerung, 1933; Heinrich Drinkuth, Interventionen als Ursache von Interventionen, Diss. Marburg 1960; Curt E. Fischer, Marktordnung für die Spritwirtschaft, WuW 4 (1954), 78—99; Adolf Flüglér, Tabak- und Zigarettensteuer, 1925; Siegfried Freude, Der schwedische Zündholztrust, 1928; Hans Gehrig, Reichs-Tabakmonopol? 1930; Walter Gerber, Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, 1928; Wilhelm Gerloff, Die öffentliche Finanzwirtschaft, 1942; Paul Getz, Das Branntweinmonopol als Besteuerungsform, 1897; A. Gleiss, Zündwarenmonopolgesetz und Dekartellierungsrecht, WuW 4 (1954), 153 bis 160; Eduard Goldstein, Monopole und Monopolsteuern, 1916; Hans von der Groeben/Hans von Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1958; Herbert Groß, Tabakmonopol und freie Tabakwirtschaft, Ein Vergleich der österreichischen Tabakregie und der deutschen Tabakwirtschaft, 1930; ders., Die Organisationsformen des Finanzmonopols in Europa, SchrVfS 176 (1931), III, 1—55; Heinz Haller, Finanzpolitik, 2. Aufl., 1961; Ernst Hepp, Ablieferungspflicht und Übernahmegeld für Branntwein nach dem Branntweinmonopolgesetz, ZfZ 1955, 161—163; ders./H. Wimpfheimer, Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8. April 1922, 1922; Hermann Hieronimi, Getränkegesetze, 1952; Ernst Rudolf Huber, Der Streit um das Zündwarenmonopol, JZ 1954, 375—380; Carl Hudczek, Wege und Ziele der Wirtschaft Österreichs, 1958; Theo Keller, Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen, in: Handbuch der Finanzwirtschaft, 2. Aufl., 1956, II, 161—202; Bernhard Krause, GrundG und Tabakmonopol im Saarland, ZfZ 1958, 45—48; Adolf Lampe, Die wirtschaftlichen Voraussetzungen der nichtfiskalischen Steuergestaltung insbesondere der Steuerbegünstigung, in: Festgabe für Georg von Schanz, 1928, I, 172—210; Hubert Langemeyer, Das Brennrecht, insbesondere die Rechtsnatur des Brennrechts aus dem Branntweinmonopolgesetz vom 8. 4. 1922 (RGBl I, S. 405 ff.), Diss. Münster 1960; Gustav Lewinstein, Der Tabak als Object für Finanzmaßregeln und der jetzige Stand der Tabaksteuerfrage in Deutschland, 1892; Gustav Lippert, Das Alkoholmonopol, 1904; Karl Loewenstein, Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1959; Walther Lotz, Finanzwissenschaft, 2. Aufl., 1931; Fritz Karl Mann, Finanztheorie und Finanzsoziologie, 1959; Moriz Mohl, Denkschrift für eine Reichs-Tabak-Regie, 1878; Heinz Müller/Gerhard Gries, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1958; Rudolf Müller-Erbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1916/17; Johannes Nay, Branntweinsteuergesetz vom 15. Juli 1909, 1910; Fritz Neumark, Interventionistische und dirigistische Steuerpolitik, in: Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates, 1961, S. 279 bis 290; ders., Zur Klassifikation der öffentlichen Einnahmen, ebd., S. 323—334; ders., Vom Wesen der Besteuerung, ebd., S. 335—348; Manfred Ostwald, Das

deutsche Zündwarenmonopol, Diss. Tübingen 1951; Paul Otto, Die Zwangskartelle nach geltendem Wirtschaftsrecht, 1935; W. Pietsch, 175 Jahre österreichische Tabakregie, ZfZ 1959, 267—269; Hans Ritschl, Theorie der Staatswirtschaft und Besteuerung, 1925; Wilhelm Roscher, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien, (vgl. Textziffer 25); ders., System der Finanzwissenschaft, (vgl. Textziffer 25); Emil Sax, Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, 1887; Kurt Schilling, Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und die staatlichen Handelsmonopole, Der Betrieb 1961, 697—699; Günter Schmölders, Anmerkung zu BFH 55, 72, Steuer und Wirtschaft 28 (1951), 635—640; ders., Organische Steuerreform, Grundlagen, Vorarbeiten, Gesetzentwürfe, 1953; ders., Allgemeine Steuerlehre, 3. Aufl., 1958; ders., Finanzwissenschaft, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1249—1293; Walter Schröter Das Tabaksteuergesetz, 1956; Georg Schwarzenberger, Die Kreuger-Anleihen, 1931; Wolfgang Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215—247; Rolf Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953, Nachtrag: Weitere Bemerkungen zum Zündwarenmonopol, 1954; Gustav Stolper, Ein Finanzplan, Der deutsche Volkswirt 1929, Nr. 38—41 und 43—46 und 48; E. Trautvetter, Das Salzabgabengesetz, 1898; Wilhelm Vocke, Die Grundzüge der Finanzwissenschaft, 1894; Klaus Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959; Gerhard Wacke, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950; Ludwig Waldecker, Reichseinheit und Reichsfinanzen, 1916; Weidner/Seydel, Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8. April 1922, 1929; Rudolf Wetzel, Das Danziger Tabakmonopol im Vergleich mit den Tabakmonopolen Schwedens und Polens unter besonderer Berücksichtigung der Entschädigungsfrage, Diss. Göttingen 1928; Julius Wolf, Die Branntweinsteuer, 1884.

76.—Während bei den Polizeimonopolen der Staat die ihm unbezweifelt zukommende Funktion der Gefahrenabwehr verwirklicht und während er bei den Lenkungsmonopolen und Leistungsmonopolen als moderner Wohlfahrtsstaat Sozialgestaltung und Daseinsvorsorge ausübt, Funktionen, die dem Staat zwar auch unbezweifelt zugesprochen werden, deren Rechtfertigung und Reichweite aber vielfach umstritten sind, tritt der Staat bei den Finanzmonopolen vor allem als moderner Steuerstaat in Erscheinung. Der Steuerstaat ist dadurch charakterisiert, daß er im Unterschied zu anderen Finanzverfassungen seinen Finanzbedarf typisch durch Steuern deckt, des weiteren aber als moderner Steuerstaat durch einen besonderen Begriff der Steuer. Die ursprünglich rein als Finanzierungsinstrument aufgefaßte Steuer wird im modernen Steuerstaat, seitdem die volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen des Steuereingriffs erkannt sind, zum Vehikel vielfältiger nichtfiskalischer Nebenzwecke¹. Das bedeutet, daß die Besteuerung, wiewohl ihr die

¹ Vgl. Wagner FinW II §§ 82, 121 („Die soziale Frage wird auch auf dem Steuergebiet zum Austrag gebracht werden“); Bühler/Strickrodt, S. 19 f., 29; Haller S. 121 ff., 287 ff.; Lampe; Loewenstein S. 241 ff. („Die Steuergewalt als Mittel zur Wirtschaftskontrolle“); Neumark Interventionistische und dirigistische Steuerpolitik; Ritschl, Die Prinzipien der Staatswirtschaft, FinArch n. F. (1950/51), 581/596 ff.; Schmölders Steuerlehre S. 53; ders. Finanzwissenschaft S. 1281; Stolper Nr. 38 („Die Steuerpolitik hat aufgehört, bloß Instru-

fiskalische Absicht stets konstitutiv und vorwiegend bleibt², nicht nur ein Gegenstand finanzpolitischer Überlegungen sein kann, sondern in die Reichweite der Wirtschaftspolitik und darüber hinaus der Sozialgestaltungsfunktion des Staates fällt.

Die beiden denkbaren Erscheinungsformen des Finanzmonopols sind das erwerbswirtschaftliche Unternehmen mit Alleinrecht und das Monopol als Form der Verbrauchsbesteuerung. In beiden Fällen wird die betroffene wirtschaftliche Tätigkeit primär nicht um ihrer optimalen Ausführung, sondern um des auf diesem Wege erreichbaren Ertrages willen monopolisiert.³

Das erwerbswirtschaftliche Monopolunternehmen des Staates oder Privater kraft staatlicher Verleihung, das beliebige industriell fertigestellbare Erzeugnisse herstellt, gehörte zu den typischen finanz- und wirtschaftspolitischen Instrumenten der merkantilistischen Wirtschaftsverfassung. In Einzelfall mag dabei häufig der fiskalische Gesichtspunkt gar nicht im Vordergrund gestanden haben, sondern vielmehr das Bestreben, die Produktionsverhältnisse für bestimmte Waren zu fördern. Diese merkantilistischen Monopole sind mit dem Merkantilsystem verschwunden, sind im geltenden Wirtschaftsrecht nicht vorhanden und wären der Wirtschaftsverfassung des heutigen Wohlfahrts- und Steuerstaates nicht gemäß.

Das Finanzmonopol der geltenden Wirtschaftsverfassung ist eine Form der Verbrauchsbesteuerung. Die Verbrauchssteuer zielt auf die Abschöpfung von Einkommensteilen, die sich dadurch als jedenfalls für die Existenzsicherung nicht benötigt erweisen, daß sie für den Verbrauch bestimmter Genußmittel, wie Tabak oder Sekt, oder für die Inanspruchnahme bestimmter Leistungen, wie Spielkarten, aufgewandt werden, die als „Massenluxuskonsum“⁴ erscheinen. In dieser Funktion als Luxussteuer, bei der auch moralische Gesichtspunkte mitschwingen, erschöpft sich die Verbrauchsbesteuerung allerdings nicht, vielmehr wird sie

ment fiskalischer Befriedigung zu sein. Sie ist das Instrument geworden, mit dem ein gestaltender Wille das Schicksal der Wirtschaft als Ganzes formen kann“).

² Zur Konkurrenz der Steuerzwecke und zur „Flurbereinigung“ wirtschaftspolitischer Steuerzwecke: *Schmölders Organische Steuerreform* S. 94 ff.

³ Die verschiedenen Organisationsformen, die die Substrate der neueren Finanzmonopole gefunden haben, sind bei *Groß Organisationsformen* systematisch dargestellt.

⁴ Vgl. *Groß Organisationsformen* S. 11; ders. *Tabakmonopol* S. 8. — Der von *Keller* S. 186 f. zur Rechtfertigung von Finanzmonopolen auf dem Gebiet der Genußmittel hervorgehobene Gesichtspunkt, daß der so aus einem sozial unwesentlichen Verbrauch erzielbare Gewinn durch die Vermittlung der staatlichen Ausgabenwirtschaft einem sozial wichtigen Zweck dienstbar gemacht werden könne, trifft nur auf den älteren Typ des rein fiskalischen Finanzmonopols ganz zu. Die politische Rechtfertigung der modernen Finanzmonopole muß nicht an ihre fiskalische Funktion — denn sonst könnte auch die Steuer gewählt werden — anknüpfen, sondern an die steuerexternen sozial- und wirtschaftspolitischen Nebenzwecke der Besteuerung.

— ganz gegenteilig — auch zur Belastung solcher Konsumgüter, wie Salz oder Zucker, verwendet, die gerade durch ihre Lebensnotwendigkeit eine sichere Ertragsquelle bieten.

Die Betrachtung des Finanzmonopols als eine Form der Steuererhebung und der Erträge des Finanzmonopols als Steuererträge stammt aus dem Bereich der Finanzwissenschaft⁵. Das Ermöglichen der Belastung durch einen die Monopolisierung bewirkenden Rechtssatz und das Verwirklichen des Prinzips der Abgabe und nicht des „gewerblichen Prinzips“ (Adolph Wagner) unterscheidet den Monopolertrag vom Ertrag eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens. Dieser finanzwissenschaftliche Begriff des Finanzmonopols deckt sich nicht notwendig auch mit der juristischen Beurteilung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Monopolträger und dem Dritten⁶. Hier sind sowohl privatrechtliche Verträge denkbar, so daß der Ertrag aus der Erfüllung eines privatrechtlichen Anspruchs stammt und nicht „Steuer“ im Sinn des § 1 Abs. 1 AbgO ist, als auch öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse, aus denen echte Steueransprüche entspringen, wie z. B. beim Branntweinmonopol seit dem KRG Nr. 27.

Die Verwirklichung des Verbrauchssteuerzweckes durch ein Finanzmonopol ist eine besondere Steuertechnik, die einerseits dem allgemeinen Gesichtspunkt entspringt, die Besteuerung möglichst kostensparend und effektiv durchzuführen⁷, andererseits die Verbindung bestimmter steuerlicher Nebenzwecke mit der fiskalischen Hauptfunktion ermöglicht⁸. Diese Realisierung nichtfiskalischer, wirtschaftspolitischer Zwecke spielt gerade bei den heute vorhandenen Finanzmonopolen des Bundes, dem Branntwein- und dem Zündwarenmonopol, eine nicht unerhebliche Rolle.

Daraus folgt, daß die Beurteilung der Frage, ob die bestehenden Finanzmonopole beizubehalten sind, weniger vom finanzpolitischen als

⁵ Vgl. Eheberg FinW §§ 34, 173; Lotz §§ 23 III 2 d, 63 II; Mann S. 56 f. (sogar für nur faktische Monopole); Roscher System § 50 III; Sax § 74; Schmölders Finanzwissenschaft S. 1274; Wagner FinW I § 210; Brandt S. 64; Fleiner Inst § 27 II 2; Gerber S. 31; Neumark Klassifikation S. 328; Wetzel S. 40 ff.; ProVGE 78, 114 („eigenartige Erhebungsform der Verbrauchssteuer“). Eine Systematik der „Steuermonopole“ findet sich bei Bräuer S. 3 ff. Groß Organisationsformen S. 3 f., 6 ff. und Tabakmonopol S. 1 ff. betrachtet den Steuermonopolertrag als eine Mischform von bezugs- und erwerbswirtschaftlichen Erträgen, weil er den Ertrag noch in Monopolrente und eigentlichen Unternehmensgewinn zerlegt (hierin folgt er Adolph Wagner; vgl. Textziffer 39). Hierbei ist aber der einheitlich zu sehende Zweck der Monopolisierung vernachlässigt.

⁶ O. Mayer VerwR I § 30 I 3; Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht, auf der Grundlage der 2. Aufl. neu bearbeitet von Josef von Graßmann und Robert Piloty, 2. Band (1913), § 161; Schmölders Steuerlehre S. 50; Wacke S. 19; Döblin S. 11.

⁷ Hierzu: Gerloff S. 372; Schmölders Steuerlehre S. 68 ff.

⁸ Hierzu: Goldstein S. 7 f.; Groß Organisationsformen S. 10 Anm. 16; ders. Tabakmonopol S. 13; Schilling S. 698 („Einnahmeerbringungsfunktion“ — „Marktsteuerungsfunktion“); Wetzel S. 40 ff.

von wirtschaftspolitischen Überlegungen auszugehen hat. Das gleiche gilt aber auch für die Begründung neuer Finanzmonopole, womit selbst bei einem Teilmonopol ein tiefer Eingriff in die Volkswirtschaft stattfindet⁹. Die in dem früher zeitweilig heftigen Kampf des Für und Wider der Besteuerung durch ein Monopol¹⁰ benutzten Argumente beziehen sich dementsprechend nicht nur auf die Frage, ob das Monopol in seiner Einträglichkeit der Steuer unterlegen ist oder nicht, sondern betonen vor allem die Auswirkungen der Monopolisierung auf die Volkswirtschaft. So wurde zugunsten der Monopole die dadurch erreichbare Vereinfachung und Rationalisierung von Produktion und Distribution, zu seinen Lasten die Unterdrückung der Privatinitiative für den betroffenen Wirtschaftszweig geltend gemacht. Außerdem nahm in dieser Diskussion die Entschädigungsfrage einen weiten Raum ein. Naturgemäß sind für die Frage der Aufhebung eines bestehenden Monopols anders gelagerte Momente maßgebend.

Das Finanzmonopol ist, gerade wegen seiner nationalökonomischen Nebeneffekte, in einer an dem liberalen Wirtschaftssystem ausgerichteten Wirtschaftsordnung ein Fremdkörper; ebenso ist es aber auch in der Finanzverfassung des modernen Steuerstaates eine Irregularität¹¹. Die Aufzählung der gegenwärtig vorhandenen Finanzmonopole in § 101 Nr. 2 GWB war auf Grund dessen als psychologische Schwelle gegen die Neueinführung von derartigen Monopolen gedacht¹².

Außerhalb Deutschlands ist besonders das Tabakmonopol in Frankreich, Italien¹³ und Österreich¹⁴ von Bedeutung. In der Bundesrepublik bestehen Finanzmonopole für Branntwein und für Zündwaren, die bereits aus der Zeit der Weimarer Republik stammen. Der Ertrag dieser Monopole ist gem. § 3 Abs. 1 Ziff. 5 des Ersten Gesetzes zur Überleitung von Lasten und Deckungsmitteln auf den Bund vom 28. 11. 1950 (BGBl. S. 773) in der Fassung vom 28. 4. 1955 (RGBl. I S. 193) ab 1. April 1950 auf den Bund übergegangen; eine Übergangsregelung für das 1. Vierteljahr 1950 enthält § 19 dieses Gesetzes. Diese Regelung entspricht Art. 106 Abs. 1 GrundG, wonach der Ertrag der Finanzmonopole dem Bund zu-

⁹ Zu diesem Problemkreis: *Bräuer* S. VII und 137 f. (betr. den „Umschaltungsprozeß“ Steuer-Monopol bei der Tabakbesteuerung); *Fischer* S. 91 f.; *Gehrig* (mit größerer Berücksichtigung der finanzpolitischen Erwägungen); *Groß* Tabakmonopol S. 149.

¹⁰ Eine gegen die Monopole gerichtete Streitschrift war z. B. die Arbeit von *Goldstein*. Für das Finanzmonopol bei Branntwein trat *Lippert*, insb. aus finanziellen und sozialhygienischen Gründen, ein.

¹¹ Vgl. *Schmölders* Steuerlehre S. 217.

¹² Näheres bei *Müller/Gries* § 101 Rnr. 2.

¹³ Hier besteht auch ein Monopol für Salz und Chinin; statistische Angaben dazu in *WuW* 1955, 476; eine Zusammenstellung der staatlichen Handelsmonopole Italiens bei *von der Groeben/von Boeckh* Art. 37 Anm. 2 b. Zum italienischen Tabakmonopol: *Groß* Organisationsformen S. 28 ff.

¹⁴ Hier besteht auch ein Monopol für Salz, Branntwein und Lotterie. Näheres bei *Hudczek* S. 212.

steht. Der Bund verwaltet die Finanzmonopole durch Bundesfinanzbehörden (Art. 108 Abs. 1 GrundG) und hat über sie die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 105 Abs. 1 GrundG). Öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten in Angelegenheiten der Verwaltung der Finanzmonopole sind der Finanzgerichtsbarkeit zugewiesen (§ 228 Abs. 2 AbgO).

77.— Charakteristische Monopolisierungen der merkantilistischen Wirtschaftsordnung, die zwar als Monopole im 19. Jahrhundert aufgehoben, aber durch eine indirekte Steuer ersetzt wurden, betrafen die Glücksspiele und den Salzhandel.

Das *Spielkartenmonopol* hat dadurch, daß es Gegenstand des „case of monopoly“ Darcy v. Allein (1602) war, Berühmtheit erlangt. Auch in Preußen bestand ein derartiges Monopol, das dann 1838 aufgehoben wurde. Seit dem Gesetz, betr. den Spielkartenstempel, vom 3. 7. 1878 (RGBl S. 133)¹⁵ unterliegen Spielkarten einer Verbrauchssteuer¹⁶.

Beim *Lotteriemonopol* bestanden neben dem fiskalischen Hauptzweck stärkere externe Zwecke, die in polizeilicher Absicht gegen die Gefahren dieses Glücksspieles gerichtet waren oder sogar aus einer sittlichen Überlegung entsprangen¹⁷. Die gegenwärtig in den Bundesländern bestehenden staatlichen Lotteriestellen¹⁸ haben keine rechtlichen Monopole, ebensowenig wie die frühere Deutsche Reichslotterie über ein solches verfügte¹⁹. Eine Lotteriesteuer wird nach Maßgabe der §§ 17 ff. des vielfach geänderten Rennwett- und Lotteriegengesetzes vom

¹⁵ An dessen Stelle trat später das Spielkartensteuergesetz vom 10. 9. 1919 (RGBl S. 1643), das durch das Spielkartensteuergesetz vom 9. 7. 1923 (RGBl I S. 564) abgelöst wurde; dieses wurde nach mehrfacher Änderung in einer neuen Fassung vom 25. 8. 1939 (RGBl I S. 1529) bekanntgemacht, und gilt gegenwärtig in der Fassung durch Art. 1, neunter Abschn., des Verbrauchssteueränderungsgesetzes vom 10. 10. 1957 (BGBl I S. 1704).

¹⁶ Die Spielkartensteuer wird vom Hersteller und vom Importeur erhoben.

¹⁷ Vgl. Roscher Theorie S. 178 ff.; ders. System § 30 („Der Gedanke hat viel Ansprechendes, eine nicht lobenswerte, wenn auch nicht verbrecherische Neigung des Menschen wenigstens zu einiger Gemeinnützigkeit durch Besteuerung anzuhalten“). Andere Autoren (Bluntschli S. 518; Vocke S. 40 f.) sahen dementsprechend in einer Staatslotterie etwas sittlich Anstößiges.

¹⁸ Beispielsweise die durch VO Nr. 34 über die Errichtung einer Staatslotterie in Bayern vom 12. 3. 1946 (BayBS III S. 557) gegründete bayer. Lotterie, die durch den Staatsvertrag zwischen den Ländern Bayern, Württemberg-Baden und Hessen über eine Staatliche Klassenlotterie in den Süddeutschen Ländern der US-Zone vom 6./9./17. 6. 1948, in Bayern durch Gesetz zur weiteren Regelung der Lotterieverhältnisse in Bayern vom 10. 10. 1948 (BayBS III S. 557) genehmigt, zur Süddeutschen Klassenlotterie, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, erweitert wurde; Beitritt von Rheinland-Pfalz durch Staatsvertrag vom 28. 9., 3./6./9. 12. 1954.

¹⁹ Gem. § 1 des Gesetzes über die Deutsche Reichslotterie vom 21. 12. 1938 (RGBl I S. 1835) stand das Recht, öffentliche Lotterien und Auspielungen zu betreiben und zu veranstalten, „von allen Gebietskörperschaften“ allein dem Reich zu. Damit wurde eine Konzentration der Lotterien der öffentlichen Hand bewirkt, nicht jedoch ein Verwaltungsmonopol errichtet.

8. 4. 1922 (RGBl I S. 393) erhoben²⁰. Im übrigen ist das Lotteriewesen Landessache²¹.

Die in einigen Ländern, so in Bayern und Österreich, schon sehr früh eingeführten Salzhandelsmonopole wurden in Deutschland endgültig erst im Jahre 1867 beseitigt, und stattdessen wurden die Produktion und die Einfuhr von Salz mit einer Verbrauchsabgabe belastet²². Die Salzsteuer wird gegenwärtig nach Maßgabe des Salzsteuergesetzes vom 9. 7. 1923 (RGBl I S. 573), das nach mehrfachen Neubekanntmachungen jetzt in der Fassung vom 25. 1. 1960 (RGBl I S. 50) gilt, erhoben.

Für nur kurze Zeit bestand das im Rahmen der Wirthschen Finanzreform begründete Süßstoffmonopol gemäß dem die Anlage 10 zum Gesetz über Änderungen im Finanzwesen vom 8. 4. 1922 (RGBl I S. 335) bildenden Süßstoffgesetz²³. Gem. § 2 dieses Gesetzes waren Herstellung, gewerbliche Verwendung, Einfuhr, Feilhalten und Verkauf von Süßstoff verboten. Herstellung, Absatz und Einfuhr waren nur „einem oder mehreren“ Gewerbetreibenden auf Grund einer „Ermächtigung“ und unter dauernder staatlicher Überwachung gestattet; die Abgabe des Süßstoffes war nur an Apotheken und an solche Dritte zulässig, die eine Bezugserlaubnis besaßen (§§ 3, 4 dieses Gesetzes). Die Preisfestsetzung erfolgte gem. § 6 Abs. 1 durch staatliche Behörden, zugleich wurde für den Inlands- und Auslandsabsatz ein „Reichsanteil“ festgesetzt. Das so geschaffene Monopol²⁴ bestand zugunsten der ermächtigten Gewerbetreibenden kraft Hoheitsaktes und ermöglichte eine Belastung des Süßstoffes durch eine Verbrauchsabgabe, auf deren Verjähmung und Beitreibung die Vorschriften der AbgO Anwendung fanden. Durch das Süßstoffgesetz vom 14. 7. 1926 (RGBl I S. 409) erfuhr die Gestaltung der Süßstoffbesteuerung eine Veränderung in der Weise, daß Herstellung und Einfuhr des Süßstoffes erlaubnispflichtig waren

²⁰ Wegen der Steuerpflicht der Staatslotterien vgl. § 27 AusfBest vom 16. 6. 1922.

²¹ Die VO über die Genehmigung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen (LotterieVO) vom 6. 3. 1937 (RGBl I S. 283) ist daher Landesrecht geworden (BVerwGE 4, 294).

²² Dies geschah für den Norddeutschen Bund auf Grund der Übereinkunft der Zollvereinsstaaten wegen Erhebung einer Abgabe von Salz vom 8. 5. 1867 (BGBl S. 49) durch das Gesetz, betr. die Erhebung einer Abgabe von Salz, vom 12. 10. 1867 (BGBl S. 41). Hierzu: G. Meyer VerwR § 235 Anm. 2; Müller-Erbach S. 73 f., 112; von Seydel a.a.O. (Anm. 6) S. 219 f., 243 f.; Trautvetter; RGZ 34, 140 (betr. das ausschließliche Besteuerungsrecht des Reiches in Ansehung des Salzes). In den südd. Staaten ergingen entsprechende Einzelgesetze, so in Bayern das Salzsteuergesetz vom 16. 11. 1867 (GBl Sp. 217). — Besondere finanz- oder volkswirtschaftliche Gründe für das Monopol sind nicht gegeben, volkswirtschaftliche Gründe sprechen dagegen (vgl. Eheberg FinW § 178; Roscher System § 95 a; ders. Theorie S. 194 ff.).

²³ Inkraftgetreten gem. VO vom 11. 9. 1922 (RGBl I S. 727) am 1. 10. 1922.

²⁴ Hierzu: Eheberg FinW § 187, S. 486; Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 335.

und die Steuerpflicht beim Übergang in den freien Verkehr entstand²⁵. Bei dieser Rechtslage kann von einem Monopol nicht mehr gesprochen werden²⁶.

78.— Die Genußmittel, bei denen in neuerer Zeit eine Verbrauchsbesteuerung in Form eines Finanzmonopols angestrebt oder eingeführt worden ist, sind der Tabak und der Branntwein.

Ein *Tabakmonopol* ist in vielerlei Formen denkbar, die Grundmodelle sind das Voll- oder Totalmonopol und das Teilmonopol, das wiederum Branchen- oder Phasenmonopol sein könnte²⁷. Beim Vollmonopol werden Produktion und Distribution des Rohtabaks, der Tabakerzeugnisse und Hilfsfabrikate, wie Zigarettenpapier, erfaßt²⁸. Das Branchenmonopol betrifft nur einen oder mehrere einzelne Zweige der Tabakindustrie, wie z. B. die Zigarettenherstellung, während das Phasenmonopol auf einer oder mehreren Stufen des Tabakgewerbes und -handels eingreift, wie z. B. als Zwischenhandelsmonopol²⁹. Die beiden Teilmonopolformen schließen sich nicht aus, sondern betrachten die Monopolisierung unter zwei verschiedenen Aspekten, dem monopolisierten Wirtschaftsgut und der monopolisierten Tätigkeit, so daß ein konkretes Teilmonopol stets eine Kombination beider Formen ist.

Der Gedanke eines Reichstabakmonopols ist in der deutschen Steuer-geschichte mehrfach in den Vordergrund gerückt³⁰. Dabei war der verfolgte Zweck jeweils etwas anders gelagert, allen Entwürfen gemeinsam aber war die Absicht einer ergiebigeren Belastung des Tabakkonsums. Das Scheitern aller dieser Pläne hatte finanzpolitische und wirtschaftspolitische Gründe: die Zweifelhaftigkeit des besseren Steuerertrages, die Entschädigungsfrage und das Bedenken, einen sehr verzweigten Wirtschaftssektor mit zahlreichen Kleingewerbetreibenden der Privatwirtschaft zu entziehen.

Der unmittelbare Anlaß des ersten Reichstabakmonopolprojekts war das Bestreben, den steigenden Finanzbedürfnissen des Reiches eine bessere Deckung zu verschaffen, liegt also in der für das Reich ungünstigen Finanzverfassung der RV 1871 begründet. Nachdem 1878 Streitschriften für das Monopol erschienen waren³¹, fand 1879 eine Tabak-

²⁵ Das SüßstoffG 1926 wurde durch das SüßstoffG vom 1. 2. 1939 (RGBl I S. 111), das teilweise geändert auch heute noch gilt, ersetzt.

²⁶ Vgl. *Jellinek* VerwR § 17 V.

²⁷ Diese Gruppierung ist ausführlich bei *Bräuer* S. 38 ff. begründet und im einzelnen erörtert.

²⁸ Vgl. *Gehrig* S. 16.

²⁹ Zu den Teilmonopolen: *Eheberg* FinW § 189; *Gehrig* S. 8.

³⁰ Die zwischen 1879 und 1929 in Erwägung gezogenen Pläne zu einem Reichstabakmonopol sind bei *Bräuer* S. 15 ff. im Abriß dargestellt.

³¹ So die anonyme Schrift „Das Deutsche Reich und das Tabakmonopol“ des Unterstaatssekretärs und späteren Professors *von Mayr* und die Denkschrift von *Moriz Mohl*. Mohl setzte sich sehr für ein nach französischem Vorbild zu gestaltendes Monopol ein, wobei aber offensichtlich das föderalistische Inter-

steuer-Enquête statt, auf deren Ergebnisse gestützt 1882 dem Reichstag ein Monopolgesetzentwurf vorgelegt wurde³². Dieser sog. Bismarcksche Monopolentwurf wurde mit großer Mehrheit abgelehnt.

Obwohl die lebhaftete Erweiterung des Tabakgewerbes, insbesondere infolge des starken Anstiegens des Zigarettenkonsums, die gegen das Monopol sprechenden Gründe nur verstärkte, wurde der Monopolgedanke Jahrzehnte später wieder aufgegriffen. *Waldeckers* Vorschlag eines Import- und Handelsmonopols von 1916³³ wurzelte ebenfalls in finanzverfassungsrechtlichen Überlegungen. 1917 wurde wegen des durch den Krieg verursachten Geldbedarfs auch im Reichstag erneut ein Tabakmonopol angeregt und nach Kriegsende noch entschiedener befürwortet. Ein auf Ersuchen des Steuerausschusses der Nationalversammlung vom Finanzministerium vorgelegtes Gutachten über die Ersetzung der Verbrauchssteuer durch ein Monopol blieb unveröffentlicht, die Begründung zum Tabaksteuergesetz 1919 vom 16. 7. 1919 sprach sich gegen das Monopol aus³⁴.

Das im Dawes-Plan 1924, wenn auch unter Hinweis auf die beträchtlichen, mit der Einführung des Monopols verbundenen Schwierigkeiten, empfohlene Teilmonopol³⁵ scheiterte an der Ablehnung der Reichsregierung³⁶. Ein letztes Monopolprojekt bildete das von *Stolper* im Rahmen seines Finanzreformprogramms nach dem Vorbild Schwedens und Danzigs vorgeschlagene Vollmonopol³⁷. Die 1930 und 1931 erschienenen gründlichen Analysen der finanz- und wirtschaftspolitischen Probleme eines deutschen Tabakmonopols, die überzeugend negativ ausfielen,³⁸ beendeten die lange Debatte um den Monopolgedanken³⁹.

In anderen europäischen Ländern bestehen Tabakmonopole. Das österreichische⁴⁰ und das französische⁴¹ Monopol blicken auf eine lange

esse, eine Schmälerung der Einkünfte der Bundesstaaten zugunsten des Reiches zu verhindern, die eigentliche Triebfeder war.

³² Hierzu: *Lewinstein* S. 8 ff.; *Lotz* § 72 II. Die Auseinandersetzungen im Reichstag finden sich in den Verhandl. des RT 1882/83, Bd. I, 535 ff.

³³ *Waldecker* S. 159 f.

³⁴ Drucks. der NatVers 1919, Anl. zu den stenogr. Berichten, Bd. 335 Nummer 369 ff. — Vgl. die Zusammenfassung bei *Wetzel* S. 22 Anm. 1.

³⁵ Zwischenhandelsmonopol verknüpft mit Preisregulierung und Zwangsyndizierung der Erzeuger.

³⁶ Vgl. *Gehrig* S. 13 f.; *Groß* Tabakmonopol S. 150 ff.

³⁷ *Stolper* Ein Finanzplan, insb. Nr. 45. Hierzu: *Bräuer* S. V, 27 ff.; *Döblin* S. 74 f.; *Groß* Tabakmonopol S. 153 ff.

³⁸ *Gehrig*; *Groß* Tabakmonopol; *Bräuer*. Zu demselben Ergebnis gelangt auch die neuere Untersuchung von *Diez*.

³⁹ Von den finanzwissenschaftlichen Systematikern hielten *Roscher* (Theorie S. 188 ff.) und *Lotz* (§ 72 I) die Einführung eines Tabakmonopols nicht für sinnvoll, während *Eheberg* (FinW § 189) nach eingehender Gegenüberstellung des Für und Wider die Ansicht verfocht, daß das Monopol gegenüber der Steuer eindeutige Vorteile biete, weil es zur besseren Qualität der Produkte führe, den rationellsten Steuerzugriff ermögliche und einträglicher sei.

⁴⁰ Eingeführt 1670, nach Umwandlung in eine Steuer (1704) im Jahre 1722 erneut eingeführt und seit dem Gesetz vom 8. 5. 1784 als Regie betrieben,

Tradition zurück, die bis in den Merkantilismus zurückreicht. Hier, wo sich von vornherein eine private Tabakwirtschaft nicht entwickeln konnte und wo nicht die Einführung, sondern die Abschaffung des Monopols in Frage steht, hat das Monopolproblem ein anderes Gesicht. Auf besonderen und nicht verallgemeinerbaren Voraussetzungen, die mit dem kleinen Wirtschaftsraum und der Verflechtung mit Polen zusammenhängen, beruhte das durch drei Verordnungen vom 31. 3. 1927 mit Wirkung vom 1. 7. 1927 eingeführte Danziger Tabakmonopol⁴².

Die fiskalische Nutzung des Tabakkonsums in Deutschland durch die Verbrauchssteuer erfolgte nach dem Gesetz, die Besteuerung des Tabacks betr., vom 26. 5. 1868 (BGBl S. 319) zunächst in Form einer Flächensteuer, d. h. nach Maßgabe der Größe der jährlich mit Tabak bepflanzten Grundstücke. Die Belastung des eingeführten Tabaks lag weit höher, so daß die Wirkungen eines Schutzzolls erzielt wurden⁴³. Das Gesetz, betr. die Besteuerung des Tabacks, vom 16. 7. 1879 (RGBl S. 245)⁴⁴ brachte eine drastische Erhöhung der Steuersätze unter Beibehaltung des protektionistischen Effekts sowie die Gewichtssteuer neben der Flächensteuer; § 22 dieses Gesetzes stellte Grundsätze über den Tabakanbau auf⁴⁵. Durch das Zigarettensteuergesetz, der Anlage 2 des Gesetzes, betr. die Ordnung des Reichshaushalts und die Tilgung der Reichsschuld, vom 3. 6. 1906 (RGBl S. 620)⁴⁶ wurden ein Eingangszoll für feingeschnittenen

nach Aufhebung 1939 durch Gesetz vom 13. 7. 1949 (BGBl S. 840) erneut begründet; jetzt verselbständigtes Unternehmen (Austria Tabakwerke AG). — Vgl. *Goldstein* S. 17 ff.; *Groß Organisationsformen* S. 37 f.; ders. *Tabakmonopol*; *Pietsch*; *Roscher System* § 96 a; *Hudeczek* S. 212.

⁴¹ Eingeführt 1664, 1791 aufgehoben, doch 1810 wieder eingeführt; die von der Deputiertenkammer am 8. 2. 1923 beschlossene Überführung der Regie in ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen scheiterte am Widerstand des Senats. — Vgl. *Block Art. Monopole und Tabac*; *Bräuer* S. 131 ff.; *Lewinstein* S. 4; Rapport présenté par M. André Citroën au nom de la commission chargée d'étudier les questions concernant l'organisation et le fonctionnement des monopoles des tabacs et des allumettes, 1925; A. *Lamarque*, Le monopole des tabacs, Office d'état ou liberté? 1927 (für freie Tabakwirtschaft). — In Verbindung mit dem französischen Monopol ist das früher im Saarland auf Grund der Verfügung Nr. 47—55 des Militärgouverneurs der Saar vom 18. 11. 1947 (ABl S. 691) bestehende Tabakmonopol zu sehen, das trotz der Rückgliederung zunächst fortbestand (Art. 23 und Anlage 5 des Saarvertrages vom 27. 10. 1956, BGBl II S. 1587; § 3 EinglG vom 23. 12. 1956, BGBl I S. 1011). Hierzu der Aufsatz von *Krause*. Durch §§ 1 Abs. 2, 10 ff. des Gesetzes über die Einführung des deutschen Rechts auf dem Gebiete der Steuern, Zölle und Finanzmonopole ins Saarland vom 30. 6. 1959 (BGBl I S. 339) wurde das saarländische Tabakmonopol beseitigt und eine Angleichung an die Verhältnisse im übrigen Bundesgebiet vorgenommen.

⁴² Vgl. *Wetzel*.

⁴³ Vgl. *Lewinstein* S. 7 f.

⁴⁴ Geändert durch Art. I der Novelle vom 15. 7. 1909 (RGBl S. 705) und durch Bek. vom 21. 7. 1909 (RGBl S. 793) als Tabaksteuergesetz vom 15. 7. 1909 neu bekanntgemacht.

⁴⁵ Eine entsprechende Vorschrift findet sich in § 54 des geltenden Tabaksteuergesetzes 1953.

⁴⁶ Geändert durch Art. III a der Novelle vom 15. 7. 1909.

Tabak und Zigaretten nach Gewicht und eine neben die Tabaksteuer tretende Banderolensteuer für im Inland geschnittenen Zigarettentabak und im Inland hergestellte Zigaretten (Zigarettensteuer) eingeführt. Tabak- und Zigarettensteuer wurden durch das Tabaksteuergesetz vom 12. 9. 1919 (RGBl S. 1667)⁴⁷ zu einer einheitlichen Banderolensteuer (Tabaksteuer) zusammengefaßt. Nach geltendem Recht wird auf Grund des Tabaksteuergesetzes vom 6. 5. 1953 (BGBl I S. 169, mehrfach geändert) eine Tabaksteuer von Tabakwaren und eine Tabakersatzsteuer von Tabakersatzstoffen erhoben⁴⁸.

Während sich für die Besteuerung des Tabaks die Form des Finanzmonopols im deutschen Recht nicht durchsetzen konnte, fand der Monopolgedanke beim *Branntwein*, wenn auch nach zwei vergeblichen Versuchen, Verwirklichung.

Außerhalb Deutschlands sind vor allem das Branntweinmonopol des zaristischen Rußland⁴⁹ und das schweizerische Monopol⁵⁰ bemerkenswert. Die Neueinführung des schweizerischen, wie die Wiedererrichtung des russischen Monopols beruhen auf steuerlichen Nebenzwecken, u. a. der Drosselung des Konsums aus sozialpädagogischen Gründen in Rußland und der Förderung der landwirtschaftlichen Brennereien in der Schweiz. Auch in der Entwicklung der deutschen Branntweinbesteuerung und bei der schließlichen Begründung des Monopols⁵¹ spielte ein wirtschaftslenkendes Moment eine wesentliche Rolle: die Stützung bestimmter landwirtschaftlicher Betriebe, für deren Existenz die Brennerei ausschlaggebende Bedeutung hatte. Es kommt für die wirtschaftspolitische Betrachtung hinzu, daß der Branntwein nicht nur Genußmittel ist, sondern auch ein Grundstoff für eine Anzahl weiterverarbeitender Industrien.

Das erste Branntweinmonopolprojekt, das sich in einer Gesetzesvorlage vom 22. 2. 1886 niederschlug und ein Handelsmonopol, verbunden

⁴⁷ In einer neuen Fassung bekanntgemacht am 4. 4. 1939 (RGBl I S. 721). — Zur Tabakbesteuerung bis 1925: *Flügler*.

⁴⁸ Die Einnahmen des Bundes aus der Tabakbesteuerung betragen 1958 498 Mill. DM.

⁴⁹ Dieses wurde bereits im 17. Jahrhundert eingeführt, machte 1863 für einige Zeit einer Steuer Platz und wurde durch Gesetz vom 6. 6. 1894 erneut sukzessive als Handelsmonopol errichtet. Näheres: *Eheberg* FinW § 184; *Goldstein* S. 31 ff.; *Lippert* S. 45 ff.; *Roscher* System § 29 Anm. 3 und § 96 Anm. 3 a; *Wolf* S. 207 ff.

⁵⁰ Seit dem Gesetz vom 23. 12. 1886, das ein Produktions- und Importmonopol an die Stelle der vorherigen Besteuerung setzte. Näheres: *Eheberg* FinW § 184; *Getz*, der für das Deutsche Reich ein Branntweinmonopol nach dem Vorbild der Schweiz empfahl; *Goldstein* S. 28 ff.; *Lippert* S. 32 ff.; *Roscher* System § 96 Anm. 3.

⁵¹ Kürzere Darstellungen der Versuche, ein Monopol einzuführen, und der Entwicklung des Monopols: *Eheberg* FinW § 184; *Hepp/Wimpfheimer* I, 11 ff.; *Nay* S. 15 ff.; *Weidner/Scydel* I. 9 ff.

mit einem Veredelungsmonopol zum Inhalt hatte⁵², hatte ebenso wie das einige Jahre vorher fehlgeschlagene Tabakmonopol auch die finanzpolitische Zielsetzung, dem Reich eine neue Einnahmequelle zu schaffen. Dieser Entwurf scheiterte, ein Jahr später wurde jedoch durch das Gesetz, betr. die Besteuerung des Branntweins, vom 24. 6. 1887 (RGBl S. 253)⁵³ eine Verbrauchsabgabe auf den im Geltungsbereich des Gesetzes hergestellten Branntwein eingeführt. Das BrwStG 1887 verfolgte nicht nur durch differenzierende Auferlegung der Verbrauchsabgabe wirtschaftslenkende Ziele⁵⁴, sondern arbeitete durch eine weitreichende Dirigierung der privaten Brennereien⁵⁵ auch einem staatlichen Monopol vor.

Nachdem sich in den letzten Jahren des 19. Jahrhunderts die „Spiritus-Zentrale“, ein Privatmonopol kartellmäßig zusammengeschlossener Branntweinreinigungsanstalten und Brenner, gebildet hatte, schienen die Voraussetzungen für ein Staatsmonopol günstiger. Doch der von der Regierung eingebrachte Gesetzentwurf vom 3. 11. 1908, der ein staatliches Zwischenhandelsmonopol begründen sollte, verfiel im Reichstag wiederum der Ablehnung; immerhin kam es zu einer Neuordnung der Brantweinbesteuerung durch das Branntweinsteuergesetz vom 15. 7. 1909 (RGBl S. 661). Dieses Gesetz brachte die gänzliche Wendung zum Verbrauchssteuersystem: die Maischbottich- und die Branntweinmaterialsteuer wurden beseitigt. Dafür wurde als Zwangsbeitrag zur Förderung des Brennereigewerbes⁵⁶ die Betriebsaufgabe neben der Verbrauchsabgabe eingeführt. Eine weitere Verschärfung der Erzeugunglenkung trat dadurch ein, daß durch die Festsetzung des „Durchschnittsbrandes“ (§§ 61 ff. des Gesetzes)⁵⁷ der im „Überbrand“ (§ 48 des Gesetzes) erzeugte Branntwein einer höheren Betriebsaufgabe unterworfen wurde. Die Differenzierung der Verbrauchsabgabe entsprechend der Produktion innerhalb oder außerhalb des Kontingents, das nur die Trinkbranntweinherstellung erfaßte, wurde beibehalten (§§ 2, 24 ff. des

⁵² Näheres: *Getz* S. 4; *Huber WVerwR* I § 13 III 1 a; *Langemeyer* S. 14; *Lippert* S. 15 ff.; *Nay* S. 25.

⁵³ Neben diesem Gesetz galt das Gesetz, betr. die Besteuerung des Branntweins in verschiedenen zum Nordd. Bund gehörenden Staaten und Gebiets teilen, vom 8. 7. 1868 (BGBl S. 384), das auf dem Prinzip der Maischbottichsteuer aufgebaut war, mit gewissen Änderungen fort, sein Geltungsbereich wurde außerdem auf das gesamte Gebiet der Branntweinsteuergemeinschaft ausgedehnt (§§ 40 ff. BrwStG 1887).

⁵⁴ Die eine bestimmte Quantität pro Kopf übersteigende Erzeugung unterlag einem höheren Steuersatz; Branntwein für gewerbliche Zwecke blieb von der Besteuerung frei (§ 1 Abs. 2 und 4 Ziff. 2 des Gesetzes).

⁵⁵ Durch die Kontingentierung (§ 2 des Gesetzes). Die Vorschriften über die Kontingentierung wurden durch die Novelle vom 16. 6. 1895 (RGBl S. 265) neu geregelt.

⁵⁶ *Nay* § 42 Anm. 1.

⁵⁷ Der Mechanismus des Durchschnittsbrandes war aus den Vorschriften des Monopolentwurfes über das „Brennrecht“ übernommen worden (vgl. *Nay* § 61 Anm. 1).

Gesetzes), so daß nunmehr über die Instrumente Kontingent und Durchschnittsbrand eine Steuerung der gesamten Inlanderzeugung von Branntwein möglich war.

Der entscheidende Schritt auf das staatliche Branntweinmonopol zu erfolgte durch die Einbeziehung der marktbeherrschenden Spiritus-Zentrale in das kriegswirtschaftliche Plan- und Zwangssystem. Durch die Bekanntmachung über Regelung des Verkehrs mit Branntwein vom 15. 4. 1916 (RGBl S. 279)⁵⁸ wurde die Reichsbranntweinstelle errichtet, als deren Geschäftsabteilung die Spiritus-Zentrale fungierte⁵⁹.

Das Branntweinmonopol wurde schließlich durch das Gesetz über das Branntweinmonopol vom 26. 7. 1918 (RGBl S. 837)⁶⁰ geschaffen⁶¹.

Wenn vom „Branntweinmonopol“ gesprochen wird, erscheint es so, wie wenn Produktion und Distribution des Branntweins insgesamt oder zum Teil ausschließliches Recht des Staates seien. Tatsächlich ist das seit dem BrwMonG 1918 mit Wirkung vom 1. 10. 1919 bestehende „Branntweinmonopol“ eine umfassende Marktordnung für die Erzeugung von und den Handel mit Branntwein, deren Kern ein staatliches Zwischenhandelsmonopol ist, das die Belastung des Branntweins mit einer Abgabe ermöglicht⁶². In dieser Ordnung der Branntweinwirt-

⁵⁸ Hierzu die AusfBest vom 22. 4. 1916 (RGBl S. 323).

⁵⁹ Gem. § 5 der Bek. bestand für den erzeugten Branntwein eine Ablieferungspflicht an die Spiritus-Zentrale, für den abgelieferten Branntwein wurde gem. § 6 der Bek. ein Übernahmepreis gezahlt. Für Klein- und Obstbrennereien galten die besonderen Vorschriften der Bek. vom 24. 2. 1917 (RGBl S. 179), für den aus Wein hergestellten Branntwein die der Bek. vom 9. 1. 1917 (RGBl S. 25).

⁶⁰ Vgl. die vorherige Befürwortung durch *Waldecker* S. 160.

⁶¹ Inkrafttreten gem. § 226 Abs. 1 des Gesetzes, VO vom 29. 1. 1919 (RGBl S. 129) und VO vom 6. 4. 1919 (RGBl S. 415).

⁶² Die Konstruktion des Branntweinmonopols nach dem BrwMonG 1918 war in den Grundzügen die folgende: Die Erzeugung des Branntweins blieb, mit Ausnahme der Herstellung aus bestimmten künstlichen Stoffen, für die ein Monopol des Reiches bestand (§ 136), der Privatwirtschaft, wenn auch unter Kontrolle (§§ 35 ff.), überlassen, ebenso die Einfuhr. Für die Reinigung des Branntweins war kein Alleinrecht begründet, doch wurden die vorhandenen Reinigungsanstalten Beschränkungen unterworfen (§§ 199 ff.). Für die Verarbeitung von Branntwein zu Trinkbranntwein und für den Zwischenhandel mit Trinkbranntwein wurde ein Monopol des Reiches geschaffen (§§ 1 Abs. 2, 105 ff.), das durch die Monopolverwaltung (§§ 71 ff.) ausgeübt wurde. Von dem Verarbeitungsmonopol waren die nicht dem Massenkonsum dienenden Trinkbranntweine ausgenommen (§ 109), für die aber ein „Freigeld“ gefordert wurde (§§ 117 ff.). Um die Monopolverwaltung zur Verfügung über den zu verarbeitenden und zu verhandelnden Branntwein in stand zu setzen, unterlag der im Monopolgebiet erzeugte Branntwein der Ablieferungspflicht; für den abgelieferten Branntwein wurde ein Übernahmepreis vergütet (§§ 1 Abs. 1, 86 ff.). Ausgenommen von der Ablieferungspflicht waren Abfindungsbrennereien (§ 11) und Obst- und Kornbranntwein produzierende Verschlussbrennereien (§ 12), die dafür mit dem Branntweinaufschlag (§§ 13 ff.) und bei Weiterverwertung mit dem Freigeld belastet wurden. Die Abgabe des abgelieferten Branntweins an Wiederverkäufer (§§ 111 ff., 129 ff.) mußte mit einem derart bemessenen Verkaufspreis erfolgen, daß der Reichskasse eine Reineinnahme von 800 RM/hl verblieb, die Hektolitereinnahme (§ 105).

schaft spielt die durch das „Brennrecht“ (§ 23 ff. BrwMonG 1918; §§ 30 ff. BrwMonG 1922)⁶³ bewirkte Produktionssteuerung⁶⁴, die mit einer Begünstigung der landwirtschaftlichen Brennereien und Obstbrennereien verknüpft ist, eine wesentliche Rolle⁶⁵.

Nach Kriegsende kam es zu mehreren Änderungen des BrwMonG 1918⁶⁶, die eine Neufassung des BrwMonG notwendig machten. Das daraufhin erlassene Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8. 4. 1922 (RGBl I S. 405) gilt, wenn auch vielfach geändert, gegenwärtig noch fort. Die Verwaltung des Monopols obliegt jetzt der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein in Offenbach⁶⁷, die durch das Gesetz vom 8. 8. 1951 (BGBl I S. 491) errichtet wurde.

Das Branntweinmonopol des geltenden Rechts zeigt gegenüber der Gestalt bei seiner Begründung Modifikationen und Verbesserungen, jedoch nicht eine strukturelle Andersartigkeit. Die Branntweinerzeugung ist der Privatwirtschaft überlassen, monopolisiert ist nur die chemische Produktion aus bestimmten Ausgangsmaterialien, den Monopolstoffen (§§ 1 Nr. 2, 21 Nr. 2 BrwMonG 1922). Dieses beschränkte Herstellungsmonopol wird gegenwärtig nicht von der Monopolverwaltung selbst, sondern von privaten Monopolbrennereien ausgeübt, denen die Herstellung gem. § 22 Abs. 1 gestattet ist⁶⁸. Monopolbrennereien der Monopolverwaltung gem. § 21 Nr. 1, die ohne Alleinrecht Branntwein herstellen könnten, werden ebenfalls nicht betrieben. Zweiter Bestandteil des Branntweinmonopols ist das nach Maßgabe des § 3 bestehende Einfuhrmonopol, von dem Ausnahmen zugelassen werden können. Der

⁶³ Das Brennrecht baute auf dem Durchschnittsbrand des BrStG 1909 auf und trat an dessen Stelle.

⁶⁴ Durch die Manipulierung des Jahresbrennrechts (§ 34 BrwMonG 1918) und die Auswirkung auf die Höhe des Übernahmepreises (§§ 93, 103 BrwMonG 1918).

⁶⁵ Vgl. *Drinkuth* S. 70 f.; *Langemeyer* S. 21, 31 f.

⁶⁶ Die wichtigsten waren die Begründung auch eines Einfuhrmonopols, von dem Rum, Arrak, Kognak, Liköre und Obstbranntweine ausgenommen blieben, durch die Novelle vom 6. 12. 1919 (RGBl S. 1987), in Kraft getreten gem. Bek. vom 19. 2. 1920 (RGBl S. 248), und die Einführung einer Monopolausgleichsabgabe für eingeführten Branntwein neben dem Zoll durch § 3 Ziff. 1 der VO vom 3. 5. 1920 (RGBl S. 898).

⁶⁷ Hierzu: *Huber WVerwR I* § 10 III 8 und § 13 III. — Die Bundesmonopolverwaltung ist mit der ehemaligen Reichsmonopolverwaltung nicht identisch und auch nicht deren Rechtsnachfolgerin (BFH 63, 212). Sie ist haushaltsrechtlich ein Betrieb gem. § 15 RHO und besitzt Eigenkapital und Rücklagen von 107 600 000,— DM (öffent. Unt. S. 14).

⁶⁸ Diese Gestattung ist eine mit bestimmten Auflagen verbundene Konzession, die fallweise die Ausübung der an sich monopolisierten Tätigkeit zuläßt. Das durch diesen Verwaltungsakt begründete Rechtsverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur (abw. *Hieronimi* § 21 BrwMonG Anm. 1: privatrechtlicher Vertrag); jedoch kann, wegen der einseitig erfolgenden Regelung, weder ein verwaltungsrechtlicher Vertrag angenommen, noch die konzessionierte Brennerei als beliehenes Unternehmen angesehen werden, da diese nicht zur Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse ermächtigt wird (abw. *Huber WVerwR I* § 44 V 1 b bb).

bei der Einfuhr durch Private kraft Konzession obligatorisch, bei Einfuhr durch die Monopolverwaltung in der Regel neben dem Zoll zu erhebende Monopolausgleich ist eine Verbrauchssteuer⁶⁹. Die dritte und zentrale Monopolbefugnis im Rahmen des Branntweinmonopols ist das Zwischenhandelsmonopol (§§ 1 Nr. 5, 83 ff., 106), das die Besteuerung des inländisch erzeugten Branntweins, soweit er an die Monopolverwaltung abgeliefert wird, ermöglicht. Der Steuerzugriff tritt in der Hektolitereinnahme (§ 84) in Erscheinung⁷⁰, die als Aufschlag auf den Abgabepreis⁷¹ erhoben wird. Ein staatliches Veredelungsmonopol besteht nur hinsichtlich der Reinigung (§§ 1 Nr. 4, 29), nicht aber auch hinsichtlich der Herstellung von Branntweinprodukten⁷².

Wirtschaftliche Voraussetzung für das Zwischenhandelsmonopol ist, daß die Monopolverwaltung zur Verfügung über den Branntwein befähigt wird. Das geschieht für den ausländisch erzeugten Branntwein durch das Einfuhrmonopol, für den inländisch erzeugten Branntwein durch eine Ablieferungspflicht (§§ 1 Nr. 1, 58 ff.)⁷³ und eine Anbieters-

⁶⁹ § 151 Abs. 2 in der Fassung des Art. 1, fünfter Abschnitt, Ziff. 2 des VerbrauchssteueränderungsG vom 10. 10. 1957 (BGBl I S. 1704).

⁷⁰ Die Rechtsnatur der Hektolitereinnahme war ursprünglich zweifelhaft (vgl. *Weidner/Seydel I*, § 84 BrwMonG Anm. 3; *Hieronimi* § 78 BrwMonG Anm. 1). Durch das KRG Nr. 27 vom 10. 5. 1946 (ABl S. 44) ist sie eindeutig als Verbrauchssteuer charakterisiert worden; dies wurde durch § 1 Ziff. II des Gesetzes des Wirtschaftsrates (BrwMonÄndG) vom 21. 10. 1948 (WiGBl S. 103) bestätigt (hierzu *Bühler Steuerrecht II*, 436; *Hieronimi* § 84 BrwMonG Anm. 1 und § 1 BrwMonÄndG Anm. 2 mit einem Auszug aus der Amlt. Begründung; *Schmölders Anmerkung*). — Zum strafrechtlichen Schutz der Hektolitereinnahme: BGH NJW 1959, 206.

⁷¹ Die Abgabe selbst erfolgt durch nichtrechtsgeschäftliche öffentlich-rechtliche Abgabeverhältnisse, die inhaltlich durch die §§ 87 ff. BrwMG und die einseitigen öffentlich-rechtlichen Abgabepreisfestsetzungen und Abgabebedingungen determiniert werden (abw. *Hieronimi* § 89 BrwMonG Anm. 6; *Huber WVerwR I* § 44 V 1 d). Die privatrechtliche Zuordnung wird zwar an sich durch öffentlich-rechtliche Normierungen des Rechtsverhältnisses nicht ausgeschlossen (vgl. *Siebert S. 224*), doch ist ausschlaggebend die das Abgabeverhältnis prägende Subordination des Abnehmers gegenüber der Monopolverwaltung. Bei der Abgabe unterliegt die Monopolverwaltung einem Abschlußzwang (BFH 55, 425/431 gegen RGZ 115, 253).

⁷² Das könnte wegen des Wortlautes in § 1 Nr. 5, der allgemein die „Verwertung“ des Branntweins als Gegenstand des Monopols bezeichnet, zweifelhaft sein. Aus den §§ 83, 95 geht aber hervor, daß ein allgemeines Monopol der Herstellung von Branntweinerzeugnissen nicht besteht; selbst die Herstellung von dem Massenverbrauch dienendem einfachem Trinkbranntwein, die allein der Monopolverwaltung erlaubt wäre, ist dem Staat nicht vorbehalten (vgl. *Hepp/Wimpfheimer S. 36 f.*). Im übrigen ist auch diese begrenzte Möglichkeit, Monopolerzeugnisse herzustellen, von einem unbedeutenden Versuch zwischen 1921 und 1925 abgesehen, nicht ausgenutzt worden (*Baade Neugestaltung S. 5*; *Hieronimi* § 21 BrwMonG Anm. 1 und § 83 BrwMonG Anm. 3). Die §§ 99 ff. geben Vorschriften über die private Verwertung von Branntwein.

⁷³ Anders als beim Einfuhrmonopol liegt dem Ablieferungszwang keine selbständig monopolisierbare Tätigkeit, die sich von dem Zwischenhandelsmonopol, einem Phasenmonopol, trennen ließe, zugrunde. Deshalb besteht keine Veranlassung, zusätzlich von einem „Bezugsmonopol“ (vgl. *Hieronimi* § 58 BrwMonG Anm. 2; u. a.) oder „Übernahmemonopol“ (vgl. *Huber WVerwR I* § 44 V 1 c) zu sprechen.

pflicht (§ 61 a). Die Ablieferungspflicht ist, ebenso wie das bei ihrer Erfüllung zustandekommende Übernahmeverhältnis, öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur⁷⁴; der Anspruch auf Zahlung des Übernahmegeldes⁷⁵ ist ein subjektiv öffentliches Recht^{76, 77}. Mit dem Ablieferungszwang korrespondiert eine Abnahmepflicht der Monopolverwaltung. Soweit nach Maßgabe des § 76 Ausnahmen von der Ablieferungspflicht bestehen, wird der Besteuerungszweck durch den Branntweinaufschlag (§§ 78 ff.)⁷⁸ erreicht.

Das wesentliche Instrument der Monopolverwaltung zur Verwirklichung der mit der Einführung des Branntweinmonopols angestrebten Ziele der Produktionssteuerung und der Vorratshaltung ist das Brennrecht⁷⁹. Die Manipulierung des allgemein zugeteilten Brennrechts (§ 40: Jahresbrennrecht) und der Einfluß des Jahresbrennrechts auf Übernahmepreis (§§ 68 Abs.1, 74) und, bei ablieferungsfreiem Branntwein, Brantweinaufschlag (§ 79 Abs. 2 Ziff. 1) kann je nach den Bedürfnissen der Branntweinwirtschaft einen Anreiz zu höherer Produktion geben oder von einer höheren Produktion abschrecken. Diese Möglichkeit mittelbarer Erzeugungslenkung ist mangels eines staatlichen Herstellungsmonopols und wegen der Abnahmepflicht der Monopolverwaltung eine nicht zu entbehrende Voraussetzung für das Funktionieren des Zwischenhandelsmonopols und der Marktordnung. Außerdem wird auf diesem Wege eine Begünstigung der landwirtschaftlichen gegenüber den gewerblichen Brennereien erreicht⁸⁰; denn letztere können zum Brennrecht nicht veranlagt werden (§ 32). Von dieser Funktion her kann

⁷⁴ BFH 63, 410/415; BFH BStBl III 1959, 126; *Hepp* Ablieferungspflicht und Übernahme geld; *Huber* WVerwR I § 43 III 5. Abw. für das Übernahmeverhältnis: RGZ 113, 327/333 f. („Zwangsverkauf“); *Hieronimi* § 58 BrwMG Anm. 3 („Zwangskauf“).

⁷⁵ Die Übernahmepreise werden für jedes Betriebsjahr durch die Monopolverwaltung allgemein festgesetzt (§ 64 BrwMonG; § 214 BrennereiO); diese Festsetzungen sind Verwaltungsakte, nicht RechtsVOen (BFH BStBl III 1959, 126; abw. *Huber* WVerwR I § 44 V 1 d aa).

⁷⁶ BFH BStBl III 1959, 126; *Huber* WVerwR I § 43 III 5 e. Abw. *Hieronimi* § 75 BrwMonG Anm. 1; *Weidner/Seydel* I, § 75 BrwMonG Anm. 3

⁷⁷ Der Branntweingrundpreis, der Ausgangspunkt für die Berechnung des Übernahme preises ist (§ 63), wird bei einer Jahrerzeugung von mehr als 600 hl Weingeist gekürzt (Betriebsabzug: § 66), bei einer von nicht mehr als 300 hl erhöht (Betriebszuschlag: § 68), um die ungünstigere Kostenstruktur der kleineren Betriebe gegenüber den größeren auszugleichen.

⁷⁸ Die Rechtsnatur dieses Aufschlags, die früher ebenso wie die der Hektolitereinnahme zweifelhaft war (vgl. *Hieronimi* § 78 BrwMonG Anm. 1; *Weidner/Seydel* I, § 78 BrwMonG Anm. 1 und 2), ist nunmehr seit dem KRG Nr. 27 im Sinne der Verbrauchssteuer geklärt (OFH StRK BrwMG § 78 R. 1; zust. BFH BStBl III 1952, 316).

⁷⁹ Hierzu: *Hepp/Wimpfheimer* I, 26; *Hieronimi* § 1 BrwMonG Anm. 1 B und § 20 Anm. 3; *Huber* WVerwR I § 44 V 1 c cc; *Langemeyer* Diss.; BFH 55, 536/537; BFH BStBl III 1959, 126.

⁸⁰ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Konstruktion sowie der unterschiedlichen Regelung für alte und neue gewerbliche Brennereien (§ 31): BFH BStBl III 1959, 126.

das Brennrecht als die öffentlich-rechtliche Befugnis bestimmt werden, eine bestimmte Quantität Branntwein herzustellen, ohne im Rahmen des Übernahmepreises oder des Branntweinaufschlages mit einem Überbrandabzug belastet zu werden. Diese Befugnis ist somit lediglich die Chance einer Vergünstigung, nicht jedoch ein selbständiges — privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches — Recht⁸¹.

Das GWB findet auf die Festsetzung von Leistungen und Entgelten auf Grund des BrwMonG keine Anwendung (§ 100 Nr. 2 GWB).

Das im Mittelpunkt der rechtlichen Regelung der Branntweinwirtschaft stehende Zwischenhandelsmonopol, das mittels Hektolitereinnahme, Branntweinaufschlag und Monopolausgleich⁸² eine Verbrauchsbesteuerung des Branntweins ermöglicht, rechtfertigt es, von einem „Branntweinmonopol“ zu sprechen und diesem den Charakter eines Finanzmonopols zuzusprechen⁸³. Weil diese drei monopolrechtlichen Entgelte auch juristisch echte Verbrauchssteuern sind, ist das BrwMonG ein Verbrauchssteuergesetz⁸⁴.

Neben diesem fiskalischen Zweck verfolgt das Branntweinmonopol wirtschaftspolitische, insbesondere agrarpolitische und sozialpolitische Zwecke⁸⁵. Denn es will nicht nur einen möglichst hohen Steuerertrag erzielen, sondern Produktion und Distribution des Branntweins insgesamt ordnen. Dabei wird einerseits versucht, die kostengünstigere Lage der kleineren gegenüber den größeren Brennereien auszugleichen⁸⁶, und werden andererseits die landwirtschaftlichen Brennereien und unter diesen wieder die Kartoffelbrennereien gegenüber den gewerblichen Brennereien begünstigt⁸⁷. Die Ausrichtung des Branntweinmonopols an den Bedürfnissen der landwirtschaftlichen Brennereien, insbesondere der Kartoffelbrennereien, ist besonders augenfällig⁸⁸. Diese

⁸¹ *Enneccerus* § 125 V Anm. 74; BFH 55, 536; dem BFH folgend: BGH Betrieb 1953, 592. Dies war lange umstritten. — Außerdem ist das Brennrecht ein Kontingentfuß im Sinne des § 236 Abs. 1 AbgO (BFH a.a.O.).

⁸² Dieser entsteht unmittelbar durch das Einfuhrmonopol. Da dieses aber eine wirtschaftlich notwendige Voraussetzung des Zwischenhandelsmonopols ist, kann der Monopolausgleich auch als dessen Funktion betrachtet werden.

⁸³ So allgemein die Lehre und Rechtsprechung (bereits ProVGE 78, 114; ebenso: BVerfG Beschl. v. 22. 5. 1962, 1 BvR 301, 302/59). Abw. aber *Hieronimi* BrwMonG Vorbem. 3, weil das Branntweinmonopol nur ein Teilmonopol sei (nur ein Vollmonopol aber ein Finanzmonopol sein könne) und weil es nicht nur fiskalische Zwecke verfolge.

⁸⁴ BFH 63, 410.

⁸⁵ Vgl. hierzu: BGHZ 27, 382; *Fischer* S. 86 ff.; *Lampe* S. 177 f., 198 f.

⁸⁶ Durch die Staffelung der Betriebsabzüge vom und -zuschläge zum Übernahmepreis (§§ 66, 68, 69) und die Exemption der Kleinbrennereien vom Brennrechtssystem (§ 34).

⁸⁷ Durch den Ausschluß der gewerblichen Brennereien von einer Neuveranlagung zum Brennrecht (§ 32) und durch den besonderen Betriebsabzug vom Übernahmepreis bei gewerblichen Brennereien (§ 67).

⁸⁸ Vgl. die Richtlinie für die Berechnung des Branntweingrundpreises in § 65 Satz 1. — Die Kartoffelbrennerei ist nicht nur Gewerbe, sondern hat auch Bedeutung für die Ausübung der Landwirtschaft, indem sie eine lukrative Verwendung des Kartoffelüberschusses ermöglicht und durch den bei der

Zielsetzungen sind in Wahrheit steuerliche Nebenzwecke, die dafür ins Gewicht fielen, für die Branntweinbesteuerung die Form des Monopols zu wählen⁸⁹.

Das Branntweinmonopol zeigte bereits im ersten Jahrzehnt seines Bestehens eine ungünstige Entwicklung: Der Steuerertrag blieb weit hinter den Erwartungen zurück, eine wirksame Produktionssteuerung gelang nicht, es verwirklichte sich in erster Linie der Nebenzweck der Begünstigung der Landwirtschaft in Form verdeckter Subvention der landwirtschaftlichen Brennereien zu Lasten des Steueraufkommens und der rationelleren, leistungsfähigeren gewerblichen Brennereien⁹⁰.

Sehr bald wurde die finanz- und wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeit des Branntweinmonopols in Frage gestellt⁹¹. Die territorialen Folgen des zweiten Weltkrieges, die den Verlust Ostdeutschlands und damit des Hauptgebiets der landwirtschaftlichen Kartoffelbrennereien einschlossen, haben die Produktionsstruktur der Branntweinwirtschaft grundstürzend verändert⁹² und das Branntweinmonopol vollends problematisch werden lassen⁹³.

Brennerei entstehenden Rückstand der Schlempe, die ein wertvolles Viehfutter ist, zugleich zu einer höheren Viehhaltung befähigt, die wiederum zum Gewinn größerer Mengen natürlichen Düngers führt („Schlempekreislauf“). Hierzu *Baade* Neugestaltung S. 18 ff. *Roscher* System § 96: „Bei dem hohen Werthe der Branntweinschlempe als Viehfutter kann die Brennerei geradezu ein Mittel heißen, Kartoffeln in Fleisch zu verwandeln: . . .“

⁸⁹ Vgl. *Lotz* § 70 V. — Das Branntweinmonopol ist daher nicht etwa eine Kombination von Finanz- und Lenkungsmonopol (so *Huber* WVerwR I § 44 V 2 a).

⁹⁰ *Baade* Neugestaltung S. 1 f.; ders. Spiritusmonopolgesetz; *Drinkuth* S. 69 ff.

⁹¹ *Baade* Neugestaltung; *Bräuer* S. 138 ff.

⁹² Zwischen 1924 und 1928 entfielen auf die Kartoffelbrennereien 71 % der Branntweinerzeugung (*Drinkuth* S. 69). Am Schluß des Betriebsjahres 1927/28 existierten 5337 Brennereien mit zusammen rd. 3 280 000 hl Brennrechten; diese verteilten sich wie folgt: 4535 landwirtschaftl. Brennereien mit rd. 2 703 000 hl BrR, 361 Obstbrennereien mit rd. 20 000 hl BrR, 441 gewerbliche Brennereien mit rd. 557 000 hl BrR (*Weidner/Seydel* I, § 31 BrwMonG Anm. 9). Nach dem II. Weltkrieg ist der Anteil der Kartoffelbrennereien, von denen noch 600 existieren, auf 18 % der Gesamtproduktion gesunken (*Huber* WVerwR I § 44 Anm. 14).

⁹³ Vgl. *Dietrich* (für eine Abschaffung des Monopols); *Fischer* (Beseitigung des Monopols, Aufhebung der Steuerbelastung des nichtagrarisches Rohsprits für die industrielle Weiterverarbeitung, Belastung des agrarischen Rohsprits für die Weiterverarbeitung zu Trinkbranntwein durch eine Steuer); *Huber* WVerwR I § 44 V 2 b; *Schmölders* Steuerreform S. 171 f. (Beseitigung des Monopols, Banderolensteuer für Trinkbranntwein, Freistellung des gewerblichen Sprits von jeder Steuerbelastung). Der wissenschaftliche Beirat beim BFinMin hat in seinem Bericht „Organische Steuerreform“ (1953) wegen des Strukturwandels der Produktion dahin votiert, daß es möglich und notwendig sei, das Monopol durch eine Steuer zu ersetzen (nach *Schmölders* Steuerreform S. 171 ff.). 1958 haben die Einnahmen aus dem Branntweinmonopol 889 Mill. DM betragen; *Bühler* Steuerrecht II, 346 und *Schmölders* Steuerreform S. 89 halten bei einer Umgestaltung der Branntweinbesteuerung merklich höhere Erträge für möglich. Vgl. die statistischen Angaben bei *Kaiser*, Das Schicksal der Kartoffelbrennereien unter dem Monopol, Branntweinwirtschaft 1957, 85 f.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Monopol sind bisher in Lehre und Rechtsprechung⁹⁴ nicht erhoben worden, allerdings ist eine überzeugende Darlegung der Verfassungsmäßigkeit ebenfalls unterblieben⁹⁵. Art. 105 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 GrundG sind jedenfalls nicht als eine umfassende verfassungsrechtliche Legitimierung des Monopoles und seiner Ausgestaltung anzusehen⁹⁶; denn diese finanzverfassungsrechtlichen Bestimmungen enthalten keine Aussage darüber, ob das Monopolrecht im Einklang mit den Grundrechten, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1 GrundG, steht.

79.— Das in Deutschland⁹⁷ seit 1930 bestehende *Zündwarenmonopol* weicht zwar im einzelnen, so vor allem durch die straffere Produktionslenkung, vom Branntweinmonopol ab, besitzt aber in seinem Grundzug große Ähnlichkeit mit diesem; denn es stellt ebenfalls eine umfassende Ordnung der Herstellung und Verteilung des betroffenen Verbrauchsgutes dar, in deren Mitte ein Zwischenhandelsmonopol steht, durch das eine Belastung des Zündwarenkonsums ermöglicht wird. Die weit geringere Bedeutung der Zündwaren für die Volkswirtschaft und die sittliche Indifferenz ihres Verbrauchs⁹⁸ geben dem Zündwarenmonopol

⁹⁴ Vgl. BGHZ 27, 382; BFH BStBl III 1959, 126; BVerfG Beschl. v. 22. 5. 1962, 1 BvR 301, 302/59.

⁹⁵ In dem Verfahren, das zu dem Beschluß des BFH vom 14. 1. 1959 (BStBl 1959 III, 126) führte, hatte der Beschwerdeführer vorgetragen, daß die Kartoffelbrennereien weniger als 1 % der in Betracht kommenden landwirtschaftlichen Brennereien ausmachten. Der BFH hielt dieses Vorbringen für unerheblich, weil dies nur den Gesetzgeber, nicht aber den Richter beeinflussen könne. Überdies bestünde das verfassungsrechtliche Wiedervereinigungsgebot und es ließe sich nicht absehen, welche Bedeutung das Branntweinmonopol nach der Wiedervereinigung, auch die ostdeutschen Gebiete einbegreifend, haben könne.

Diese Argumentation widerspricht nicht nur den herkömmlichen Interpretationsregeln, sondern nähert sich mit der Annahme, daß die politische Lage die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Monopols sozusagen suspendiere, einer Rechtsverweigerung. Der Zweck eines Gesetzes ist nicht sein historisch-empirisches Motiv, sondern eine objektive *raison d'être*, die für den Zeitpunkt des Richterspruchs zu bestimmen ist. Es wäre also festzustellen, welchen Sinn die einzelnen Regelungen des Gesetzes jetzt, nach Wegfall der Brennereien jenseits der Oder-Neiße-Linie, noch haben können, einem Umstand übrigens, den der Gesetzgeber in der Novelle vom 20. 8. 1953 (BGBl I S. 979) bereits berücksichtigt hat. Ließe sich ein Sinn nicht mehr finden (*cessante ratione legis cessat lex ipsa*), könnte das auf die Verfassungsmäßigkeit der Regelung nicht ohne Einfluß bleiben; denn selbst eine Regelung der Berufsausübung müßte sich durch einen Gesichtspunkt des Gemeinwohls rechtfertigen.

⁹⁶ So aber BFH BStBl III 1959, 126. Nicht ganz so weitgehend BVerfG a.a.O.

⁹⁷ In Frankreich wurde, um die Mittel für die Kriegskontribution für das Deutsche Reich aufzubringen, zunächst eine Steuer, 1872 ein Monopol für Zündwaren eingeführt (vgl. *Block Art. Monopole* S. 23 ff.; *Lotz* § 66 I; *Wagner FinW I* § 201).

⁹⁸ Seit der großen Verbreitung von Feuerzeugen kann der Verbrauch von Zündhölzern nicht mehr als „komplementärer Luxusverbrauch“ zum Tabakkonsum betrachtet werden (so *Groß Tabakmonopol* S. 8, der angibt, daß der Zündholzverbrauch zu 60 % auf dem Tabakkonsum beruhe).

gegenüber dem Branntweinmonopol ein geringeres Gewicht, die vergleichsweise Konformität der Zündwaren und dementsprechend das Fehlen einer differenzierteren Produktionsbasis haben zu einer viel weniger komplizierten gesetzlichen Regelung geführt, als sie beim Branntweinmonopol vorzufinden ist.

Der Verbrauch von Zündwaren unterliegt in Deutschland seit dem Gesetz, betr. Änderung im Finanzwesen, vom 15. 7. 1909 (RGBl S. 743)⁹⁹ einer Verbrauchsabgabe, der Zündwarensteuer; diese ist Verbrauchssteuer im Sinne der AbGO.

Preisregulierungen auf dem Zündwarenmarkt erfolgten bereits seit 1916 auf Grund der Bekanntmachung über den Verkehr mit Zündwaren vom 16. 12. 1916 (RGBl S. 1393), die auch nach Kriegsende fortgalt. Im Jahre 1919 bestanden Pläne über die Errichtung eines Herstellungsmonopols für Zündwaren, das an die Stelle der Verbrauchsabgabe treten sollte. In §§ 1, 54 Abs. 1 des ZwStG 1919 wurde diese Umschaltung von der Steuer auf ein Monopol, das bis zum 31. 3. 1921 verwirklicht sein sollte, angekündigt, jedoch kam die Einführung des Monopols nicht zustande¹⁰⁰.

Im Laufe der zwanziger Jahre kam es in der deutschen Zündwarenindustrie zu einer privatmonopolistischen Entwicklung, die in der Gründung eines Syndikats, der Deutschen Zündholz-Verkaufs AG, gipfelte¹⁰¹. Der Grund hierfür war das die deutschen Produktionsunternehmen gefährdende Vordringen der schwedischen Zündholzindustrie, die durch die Initiative Ivar Kreugers in zahlreichen Ländern einen beherrschenden Einfluß gewann¹⁰². Im Sommer 1926 trafen die (23) deutschen Produzenten mit dem schwedischen Trust eine marktregelnde Vereinbarung, die durch die Deutsche Zündholz-Verkaufs AG durchgeführt wurde¹⁰³. Der Staat griff durch das Gesetz über die Erlaubniserteilung für die Herstellung von Zündhölzern („Zündholzsperrgesetz“) vom 28. 5. 1927

⁹⁹ Die in Art. IV des Gesetzes enthaltenen Vorschriften über die Besteuerung der Zündwaren wurden auf Grund Art. VI Abs. 1 dieses Gesetzes als Zündwarensteuergesetz vom 15. 7. 1909 (RGBl S. 814) bekanntgemacht. Dieses wurde aufgehoben und ersetzt durch das Zündwarensteuergesetz vom 10. 9. 1919 (RGBl S. 1629), an dessen Stelle dann das Zündwarensteuergesetz vom 9. 7. 1923 (RGBl I S. 570) trat. Dieses wurde durch die Bek. vom 26. 1. 1939 (RGBl I S. 92) neugefaßt und gilt jetzt, nach mehreren Änderungen, als Zündwarensteuergesetz in der Fassung vom 9. 6. 1961 (BGBl I S. 729) fort.

¹⁰⁰ Die entsprechende Formulierung in § 1 Abs. 1 ZwStG 1919 und der § 54 wurden durch das ÄndG vom 25. 3. 1921 (RGBl S. 313) beseitigt. — Über die vor 1930 vorhandenen Bestrebungen, ein Monopol einzuführen, unterrichtet Ostwald S. 49 ff.

¹⁰¹ Lotz § 66 II; Ostwald S. 12 ff.; Stödter S. 7. f.

¹⁰² Ivar Kreuger hatte im Oktober 1917 seine „A. B. Förenade Svenska Taendsticks-Fabriken“ mit der „Jönköping och Vulcans Taendsticks Fabriks A. B.“ zur „Svenska Taendsticks A. B.“ zusammengeschlossen. Dieses Unternehmen besaß 1926 in Deutschland einen Marktanteil von ca. 70 %. Zur Entwicklung des schwedischen Weltoligopols für Zündwaren: Freude; Liefmann S. 391 ff.

¹⁰³ Vgl. Freude S. 63 f.; Liefmann S. 396.

(RGBl I S. 123) ein, das die Herstellung von Zündhölzern erlaubnispflichtig und die Erteilung der Erlaubnis grundsätzlich vom Vorliegen eines volkswirtschaftlichen Bedürfnisses abhängig machte.

Bei dieser Lage waren die äußeren Bedingungen für ein staatliches Monopol gegeben. Der Anstoß für dieses liegt in der allgemein von dem schwedischen Trust verfolgten Politik, einem Staat eine private Anleihe zu geben und als Gegenleistung eine rechtliche Monopolisierung des Zündwarenhandels zu verlangen¹⁰⁴. Die Reichsregierung ergriff diese Gelegenheit, den Zündwarenmarkt ordnen zu können und zugleich ihrer Finanzschwierigkeiten Herr zu werden, und schloß mit der „Svenska Taendsticks A. B.“ und der „N. V. Financieele Maatschappij Kreuger & Toll“ in Amsterdam am 26. 10. 1929 einen Vertrag über eine sechsprozentige Anleihe in Höhe von 125 Mill. Dollars, die bei einem Auszahlungskurs von 93 vH etwa 488 Mill. RM erbrachte¹⁰⁵. Die damit verbundenen Vereinbarungen über ein zu errichtendes Monopol wurden durch das Zündwarenmonopolgesetz vom 29. 1. 1930 (RGBl I S. 11), das am 1. 6. 1930 in Kraft trat¹⁰⁶, realisiert. Dieses Gesetz gilt, nur geringfügig geändert, auch heute noch¹⁰⁷. Die Abwicklung der An-

¹⁰⁴ Bei *Schwarzenberger* sind derartige Verträge zusammengestellt und analysiert.

¹⁰⁵ *Liefmann* S. 396; *Ostwald* S. 45 ff.; *Schwarzenberger*, wo auch auf S. 59 ff. der Vertrag abgedruckt ist; *Stödter* S. 8 f.

¹⁰⁶ § 54 Abs. 1 des Gesetzes in Verb. mit § 36 der Vorläufigen DurchfBest vom 27. 5. 1930 (RGBl I S. 176).

¹⁰⁷ Die Zündwarenmonopolgesellschaft, die ihren Sitz ursprünglich in Berlin hatte, setzte ihre Tätigkeit nach 1945 in Frankfurt a. M. fort (hierzu *Ostwald* S. 65 ff.). Das von ihr ausgeübte Zündwarenmonopol wurde nach Erlaß der alliierten Dekartellierungsgesetze (Gesetz Nr. 56 der am. Mil.-Reg. vom 28. 1. 1947; VO Nr. 78 der brit. Mil.-Reg. vom 28. 1. 1947; VO Nr. 96 des franz. Oberkommandos vom 9. 6. 1947) zum Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen, da aus dem Wortlaut der Gesetze keine eindeutigen Rechtsfolgen für die Fortgeltung des ZwMonG und damit für den Fortbestand des Monopols zu entnehmen waren. Auch zwischen den Alliierten selbst bestanden darüber Meinungsverschiedenheiten: Die brit. Mil.-Reg., offensichtlich im Hinblick auf die betroffenen schwedischen Interessen, aber auch im Einklang mit ihrer grds. weniger strengen Kartellpolitik, hielt das Monopol für fortbestehend. Die am. Mil.-Reg. war der Auffassung, es sei erloschen. Dieser Meinungsstreit gelangte schließlich vor Foreign Office und State Dpt., ohne daß eine Klärung erfolgt wäre.

Auf dem Boden der amerikanischen Haltung, die ihr in einem Brief der Dekartellierungsabt. der am. Mil.-Reg. mitgeteilt worden war, erteilte die württemberg-badische Regierung einige Herstellungserlaubnisse für Zündwaren, die nur bei Annahme der Aufhebung des ZwMonG rechtmäßig sein konnten. Außer einem Unternehmen stellten die Erlaubnisempfänger den Produktionsbetrieb wieder ein; gegen diesen letzten erging eine Unter-sagungsverfügung der OFD Stuttgart, über die es zu einem Rechtsstreit kam, den der BFH zugunsten des Monopols entschied (BFH 58, 604; abl. Anm. von *Gleiss* WuW 1954, 339).

Stödter kam in einem umfangreichen Gutachten zu der Auffassung, daß das ZwMonG durch das Gesetz Nr. 56 der am. Mil.-Reg. zumindest suspendiert worden sein und daß die gleichwohl fortbestehende Monopolgesellschaft kein Alleinrecht mehr besitze (ebenso *Gleiss* Zündwarenmonopolgesetz und Dekar-

leihe von 1930 ist durch das Londoner Schuldenabkommen neu geregelt worden¹⁰⁸, der Fälligkeitstermin der Anleihe ist dadurch bis zum Jahre 1984 hinausgeschoben.

Das dem Bund zustehende Zündwarenmonopol wird kraft Gesetzes durch die Deutsche Zündwaren-Monopolgesellschaft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (§ 4 Abs. 4 ZwMonG) ausgeübt. Diese ist eine aus der Deutschen Zündholz-Verkaufs-AG hervorgegangene (§ 4 Abs. 1 ZwMonG) juristische Person des Privatrechts¹⁰⁹, deren Satzung in einer Anlage zum ZwMonG enthalten ist und in der alle jeweils zur Herstellung von Zündwaren berechtigten Unternehmer kraft Gesetzes zusammengeschlossen sind (§ 4 Abs. 1 ZwMonG)¹¹⁰.

Wie der Ausdruck Branntweinmonopol bezeichnet auch der Ausdruck Zündwarenmonopol eine Gesamtordnung eines Wirtschaftszweiges, deren Kern bestimmte monopolistische Befugnisse bilden. Im Mittel-

tellierungsrecht). E. R. *Huber* hat demgegenüber die Fortgeltung des Monopols überzeugend dargetan (WVerwR II Nachtr. A S. 794 ff.; Der Streit um das Zündwarenmonopol): Die Monopolgesellschaft sei nicht ein auf Vereinbarung beruhendes Syndikat, sondern ein im öffentlichen Interesse durch Rechtssatz geschaffenes beliehenes Unternehmen, das als solches nicht ipso iure, sondern nur durch Entflechtung hätte beseitigt werden können. Die Entscheidung des BFH hat die Debatte praktisch beendet, ist aber insofern unbefriedigend, als sie auf die Vereinbarkeit des ZwMonG mit dem Dekartellierungsrecht nicht eingeht, sondern den Fortbestand des Monopols daraus folgert, daß das ZwMonG durch das mit Zustimmung der Mil.-Reg. ergangene Gesetz des Wirtschaftsrats über Zölle und Verbrauchssteuern vom 11. 3. 1949 (WiGBl S. 53) in seiner Weitergeltung bestätigt oder jedenfalls wieder in Kraft gesetzt sei, weil nach dessen § 1 das ZwMonG im Vereinigten Wirtschaftsgebiet angewendet werde (gegen diese Begründung des BFH: *Huber* Der Streit um das Zündwarenmonopol).

Die von *Stödter* ebenfalls vertretene Auffassung, daß die amerikanischen Gewerbefreiheitsbefehle das Monopol beseitigt hätten, wenn dies nicht schon durch das Dekartellierungsrecht geschehen sei (S. 37 ff.), ist von *Huber* auch einleuchtend widerlegt worden (WVerwR II Nachtr. A S. 796 und Der Streit um das Zündwarenmonopol S. 378 f.).

¹⁰⁸ Gesetz betr. das Abkommen vom 27. Februar 1953 über deutsche Auslandsschulden vom 24. 8. 1953 (BGBl II S. 331); vgl. Anlage I zu diesem Abkommen unter A Ziff. 3.

¹⁰⁹ Die Gesellschaft ist keine AG, sondern eine privatrechtliche Gesellschaft sui generis, auf die zwar die aktienrechtlichen Vorschriften sinngemäß und subsidiär anzuwenden sind (§ 4 Abs. 5 ZwMonG), die aber in sich die Eigenschaften eines Zwangssyndikats und eines (mit Monopolbefugnissen: § 2 Abs. 1 ZwMonG) beliehenen Unternehmens vereinigt (hierzu: *Brunner* S. 60, 193 ff.; *Huber* WVerwR I § 27 III 3 b und § 47 V 2 a; *Rudolf Isay*, Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, 1955, S. 36; *Otto* S. 48 f.; *Stödter* S. 11). Abw. *Vogel* S. 132, der die Gesellschaft wegen ihrer Zweckabhängigkeit als juristische Person des öffentlichen Rechts ansieht. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht eine solche der Rechtsform ist, nicht aber des verfolgten Zweckes.

¹¹⁰ Da die Monopolgesellschaft, neben ihren fiskalischen Aufgaben, auch marktregelnde Funktionen hat, ist sie ein öffentlicher Marktverband (*Otto* S. 20 ff.; *Huber* WVerwR I § 27 II 2 a). Solange sie noch besonders einen Schutz der deutschen Zündwarenindustrie gegen den schwedischen Einfluß bewirkte, war sie auch ein Stützungskartell (*Huber* WVerwR I § 27 I 1 a und III 3 b; *Stödter* S. 11).

punkt steht das Zwischenhandelsmonopol (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 a. E.)¹¹¹, mit dem ein Ausführmonopol (§ 2 Abs. 1 Nr. 3) verbunden ist. Als wirtschaftliche Voraussetzung dafür besteht einerseits ein Einfuhrmonopol (§ 2 Abs. 1 Nr. 2), andererseits eine Ablieferungspflicht für die inländisch produzierten Zündwaren (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 5 Satz 2)¹¹². Darüber hinaus aber, und darin liegt ein wichtiger Unterschied zum Branntweinmonopol, ergibt sich aus dem Vorhandensein des Zwangssyndikats ein Herstellungsmonopol (§§ 5 Satz 4, 6 Abs. 1), das für sich allein betrachtet ein Lenkungsmonopol wäre ^{113, 114}.

Das Instrument der Produktionslenkung ist beim Zündwarenmonopol die „Beteiligungsziffer“, die durch ein Vielfaches von „Normalkisten“ (600 000 Zündstäbe) ausgedrückt wird (§§ 19 ff. ZwMonG; §§ 1 ff. Vorl. DurchfBest). Durch die Zuteilung der Beteiligungsziffer erwirbt der berechnete Unternehmer eine öffentlich-rechtliche Rechtsstellung, die ihm die Herstellung einer bestimmten Menge von Zündwaren erlaubt, ihn zu dieser aber auch, allerdings nur soweit es sich um Haushaltswaren handelt, verpflichtet (§ 7 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3)¹¹⁵.

Es ist gerechtfertigt, die verschiedenen durch das ZwMonG begründeten Monopol- und Regelungsbefugnisse in ihrem Zusammenhang zu sehen, da sie nur in diesem Aufeinanderbezogenensein sinnvoll sind, und die so geschaffene Ordnung als „das Zündwarenmonopol“ zu bezeichnen. Insofern gilt das gleiche wie beim Branntweinmonopol. Da das Zündwarenmonopol einen fiskalischen Hauptzweck¹¹⁶ mit wirtschaftsregelnden Nebenzwecken¹¹⁷ verbindet, ist es finanzwissenschaftlich eine Ver-

¹¹¹ Hierzu: *Bühler* Steuerrecht II, 347; *Groß* Organisationsformen S. 45 Anm. 41.

¹¹² Das Gesetz nennt Zwischenhandelsmonopol und Ablieferungspflicht zusammenfassend aber ungenau „Bezugsmonopol“.

¹¹³ Dieses Monopol der Monopolgesellschaft ist von den oligopolistischen Rechtsstellungen der (durch eine Beteiligungsziffer) berechtigten Unternehmer, die öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur ist (zutr. *Huber* II Nachtr. A S. 795 gegen *Stödter* S. 9 f.; ungenau *Groß* Organisationsformen S. 14: „privates Produktionsmonopol“), zu unterscheiden.

¹¹⁴ Die Exemtionen aus dem Monopolsystem, die §§ 4 Abs. 2 und 3, 37 vorsehen, sind durch § 4 des Gesetzes zur Eingliederung der Genossenschaftsfabriken in das Zündwarenmonopol vom 10. 1. 1936 (RGBl I S. 3) beseitigt worden.

¹¹⁵ Vgl. *Huber* WVerwR I § 43 III 4 a bb und § 47 V 2 c bb.

¹¹⁶ Die Belastung des Verbrauches erfolgt durch die Manipulierung des Verhältnisses von Übernahmepreis und Monopolpreis (§§ 31 Abs. 1, 32 ff.), die einen an die Bundeskasse abzuliefernden Ertrag (§§ 14 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 ZwMonG, § 31 Vorl. DurchfBest) ermöglicht. Daneben und unabhängig vom Monopol wird die Zündwarensteuer erhoben.

¹¹⁷ Hierzu zählen auch die Befugnis zur Bestimmung der Kleinverkaufspreise (§§ 31 Abs. 1, 32 ff.) und der Qualität und Ausstattung der Zündwaren (§ 53 ZwMonG; § 32 Vorl. DurchfBest). Die Gewinnung der schwedischen Anleihe ist nicht Zweck des Monopols, sondern nur Anlaß der Monopolerichtung.

brauchsbesteuerung in Monopolform mit steuerexternem Nebenzweck und juristisch ein Finanzmonopol¹¹⁸.

Das GWB findet auf die durch das Recht des Zündwarenmonopols geregelten Leistungen und Entgelte keine Anwendung (§ 101 Nr. 2 GWB).

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Fortbestehens des Zündwarenmonopols muß, da es Berufswahl und Berufsausübung beschränkt, im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GrundG gesondert untersucht werden¹¹⁹ und kann nicht ohne weiteres aus der Erwähnung der Finanzmonopole in Art. 105, 106 und 108 GrundG geschlossen werden¹²⁰.

II. Die allgemeine rechtliche Gestalt des Verwaltungsmonopols

80.- Das Verwaltungsmonopol bezieht um eines bestimmten Verwaltungszweckes willen eine bestimmte Tätigkeit, die an sich auch ein Privater ausüben könnte, in den Bereich der Verwaltung in der Weise ein, daß es sie einem oder mehreren Rechtsträgern ausschließlich zuweist. Eine Anzahl von Erscheinungsformen dieser Rechtstechnik sind im Vorangegangenen, nach dem damit verfolgten Verwaltungszweck gruppiert, dargestellt worden. Je nach der monopolisierten Tätigkeit zeigen diese Monopole in ihrer rechtlichen Ausgestaltung eine große Mannigfaltigkeit. Dennoch treten bei ihnen, da sie alle Anwendungen desselben Rechtsinstituts sind, gewisse Gemeinsamkeiten auf, die im folgenden eine zusammenhängende Behandlung erfahren sollen.

Die öffentlich-rechtliche Befugnis, eine bestimmte Tätigkeit unter Ausschluß anderer, insbesondere privater, Rechtssubjekte auszuüben, beinhaltet den Ausgeschlossenen gegenüber ein Verbot und einen Eingriff in einen kleineren oder größeren Sozialbereich insofern, als die Handlungsfreiheit dieser Ausgeschlossenen hinsichtlich der monopolisierten Tätigkeit beschränkt wird¹. Darüber hinaus kann die Neubegründung eines Verwaltungsmonopols ein Eingriff in durch die Eigentums-
garantie geschützte vermögenswerte Rechte sein, wenn die monopoli-

¹¹⁸ Vgl. *Huber* WVerwR I § 47 V 2 b und II Nachtr. A S. 794 f. Eine umfassende Darstellung der volks- und finanzwirtschaftlichen Aspekte des Monopols gibt die Dissertation von *Ostwald*.

¹¹⁹ Für eine Vereinbarkeit mit Art. 12 GrundG, ohne eigene Begründung: *BFH* 58, 604.

¹²⁰ So aber *Huber* *Der Streit um das Zündwarenmonopol* S. 379. — Hierauf ist bereits beim Branntweinmonopol eingegangen worden und wird später in größerem Zusammenhang eingegangen werden (Textziffer 101).

¹ Ist die monopolisierte Tätigkeit ein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GrundG, handelt es sich um einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl, werden dagegen nur einzelne gewöhnlich im Zusammenhang mit einem Beruf vorgenommenen Handlungen betroffen, die für sich selbst keinen Beruf bilden können (so beim Apothekenmonopol), handelt es sich um einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung.

sierte Tätigkeit bisher von einzelnen Privaten auf der Grundlage eines vermögenswerten Substrats ausgeübt worden war. Ein Eingriff wird aber nicht nur gegenüber den ausgeschlossenen aktuellen oder potentiellen Ausübenden der monopolisierten Tätigkeit, sondern auch gegenüber allen denen bewirkt, die die mit dieser Tätigkeit verbundenen Leistungen in Anspruch nehmen möchten; denn deren Vertragsfreiheit wird hinsichtlich der Wahl des Kontrahenten und in der Regel auch hinsichtlich der Vertragsbedingungen beschränkt.

Wegen dieser mit der Monopolisierung notwendig entstehenden Auswirkungen auf Freiheit und Eigentum der Gewaltunterworfenen kann die *Einführung* eines Verwaltungsmonopols nur durch Gesetz erfolgen und kann ein vor Inkrafttreten des Grundgesetzes begründetes Verwaltungsmonopol nur fortbestehen, wenn es auf einem Gesetz beruht². Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, genauer: aus dessen Untergrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes³.

Während das Verwaltungsmonopol als solches stets nur durch Gesetz geschaffen werden darf, kann die Zuordnung des Monopols zu einem Monopolträger, d. h. die Begründung der konkreten Monopolstellung, sowohl unmittelbar durch Gesetz⁴, als auch durch Verordnung⁶, Satzung⁶ oder Verwaltungsakt⁷ geschehen. Satzung und Verwaltungsakt kommen typisch bei den Monopolen in Frage, die für ein begrenztes Gebiet, den Monopolbezirk, bestehen.

1. Private Rechtsträger als Monopolsubjekte und als Ausübende einer monopolisierten Tätigkeit

81.— Otto *Bachof*, Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 155—265; ders., Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, 468—471; Kurt *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 1—90; Günter *Barbey*, Rechtsübertragung und Delegation, Diss. Münster 1962; Adolf *Bertram*, Die Natur des Erwerbsrechts der öffentlichen Körperschaft gegenüber dem beliebigen Unternehmen, VerwArch 38 (1933), 383—398; *Blaum*, Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl 1958, 666—670; Eugen *Böhler*, Nationalökonomie, 4. Aufl., 1960; Jürgen *Brandt*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 1929; Constantino *Bresciani-Turroni*, Einführung in die Wirtschaftspolitik, 1948 (italien. Originalausgabe: Introduzione alla Politica Economica, 1942); Gerhard *Butz*, Die Reichsautobahnen, 1938; Walter *Cantner*, Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch private Unternehmer, Diss. Tübingen 1932; René *Connois*, La Notion d'Établissement Public en Droit Administratif Français, 1959; André G. *Delion*, L'État et les Entreprises Publiques, 1958; Günter *Dürig*, Die

² Allgemeine Meinung (vgl. etwa *Jellinek* VerwR § 22 II 2; W. *Rings*, Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 GrundG, NJW 1957, 657—658).

³ Zu diesem: Dietrich *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 29 ff.

⁴ So meistens; z. B. beim Apotheken-, Post- und Branntweinmonopol.

⁵ So beim früheren Schrottvermittlungsmonopol.

⁶ So bei den Gemeindemonopolen kraft Benutzungszwanges.

⁷ So bei den Kehr- und Molkereimonopolen.

Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, BayVerwBl 1959, 201—203; Horst *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; Walter *Eucken*, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, Ordo II (1949), 1—99; Hans-Ulrich *Evers*, Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, 2073—2076; Ernst *Forsthoff*, Rechtsfragen der Werbesendungen im Fernsehen, DÖV 1957, 97—99; ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; Gerhard *Frentzel*, Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand, 1958; ders., Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, 1961; Walter *Gerber*, Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, 1928; Herbert *Groß*, Die Organisationsformen des Finanzmonopols in Europa, in: SchrVfS 176 (1931), III, 1—55; Andreas *Hamann*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953; ders., Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, 1422—1425; Walter *Hamel*, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957; Walter *Hamm*, Kollektiveigentum, Die Rolle öffentlicher Unternehmen in der Marktwirtschaft, 1961; Frederick *Haussmann*, Die öffentliche Hand in der Wirtschaft, 1954; Werner *Haustein* (Hrsg.), Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960; Wolf *von der Heide*, Das Recht der freien Berufswahl nach Art. 12 des Grundgesetzes, BetrBer 1950, 485—489; Eduard *Heimann*, Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus, SchrVfS 176 (1932), I, 1—34; Karl Maria *Hettlage*, Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 279—302; Hans *Hoffmann*, Die Organisationsform der reinen Verwaltungsunternehmung, SchrVfS 176 (1932), I, 155—213; Ernst Rudolf *Huber*, Beliehene Verbände, DVBl 1952, 456—460; Walter *Hug*, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde, in: Festgabe für Fritz *Fleiner*, 1937, S. 131—155; Hans Peter *Ipsen*, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 141—161; Theo *Keller*, Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen, in: Handbuch der Finanzwirtschaft, 2. Aufl., 1956, II, 161—202; Walter *Klebe*, Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, Diss. Marburg 1960; Arnold *Köttgen*, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, 1928; Herbert *Krüger*, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft Heft 3, o. J.; ders., Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, 1960; Walter *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Friedrich *List*, Energiewirtschaft, 2. Aufl., 1952; ders., Verwaltungsrecht technischer Betriebe, 2. Aufl., 1955; *Löffler*, Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten? BetrBer 1956, 729—732; Martin *Lohmann*, Die Morphologie der Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung, SchrVfS 176 (1932), I, 81—153; Walther *Lotz*, Finanzwissenschaft, 2. Aufl., 1931; Christoph *Masson*, Bayerische Kommunalgesetze, 2. Aufl., 1961; Eberhard *Neugebauer*, Fernmelderecht mit Rundfunkrecht, 3. Aufl. des „Funkrechts“, 1929, Fritz *Neumark*, Zur Klassifikation der öffentlichen Einnahmen, in: Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates, 1961, S. 323 bis 334; Hans Carl *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1961; Klaus *Obermayer*, Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, JZ 1956, 625—630; Theodor *Pütz*, Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung, 1948; Harold *Rasch*, Grundfragen der Wirtschaftsverfassung, 1948; Wilhelm *Reuß*, Verfassungs-

rechtliche Grundsätze zum Organisationsrecht der Wirtschaft, DVBl 1953, 684—687; ders., Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 10. 5. 1955, NJW 1955, 1532—1533; ders., die Organisation der Wirtschaft, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 91—153; W. Rings, Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 GrundG, NJW 1957, 657—658; Hans Ritschl, Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus, SchrVfS 176 (1932), I, 35—80; ders., Die Prinzipien der Gemeinwirtschaft, in: SchrVfS n. F. 2 (1950), 1—43; ders., Die Prinzipien der Staatswirtschaft, FinArch n. F. 12 (1950/51), 581—615; Wilhelm Roscher, Versuch einer Theorie der Finanz-Regalien (vgl. Textziffer 25); ders., System der Finanzwissenschaft (vgl. Textziffer 25); Emil Sax, Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, 1887; Wilfried Schaumann, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 110—116; Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; Adolf Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 75—112; Wolfgang Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215—247; Gerhard Sigloch, Die Unternehmungen der öffentlichen Hand, 1929; Karl Spohn, Der ökonomische Charakter der „öffentlichen Unternehmung“, FinArch n. F. 12 (1950/51), 300—315; Georg Strickrodt, Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung, 1954; Herbert Sultan, Über das Verhältnis von Steuerstaat und Unternehmerstaat, in: Festgabe für Georg von Schanz, 1928, I, 407—439; Anton Tautscher, Die öffentliche Wirtschaft, 1953; ders., Die öffentlichen Unternehmen und ihre wirtschaftspolitischen Aufgaben, ZgesStW 109 (1953), 398—421; Fritz Terhalle, Die gewirtschaftliche Unternehmung, SchrVfS 176 (1932), I, 323—380; ders., Die Finanzwirtschaft des Staates und der Gemeinden, 1948; Jürgen Terrahe, Die Beileihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Münster 1961; Werner Thieme, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280—284; Robert Torz, Die privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, 205—211; Heinrich Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding, 1911, II, 1—85; ders., Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942; Giesbert Uber, Freiheit des Berufs, 1952; Klaus Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959; Theodor Warncke, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Bedürfnisprüfung bzw. numerus clausus, NJW 1956, 1587—1588; Werner Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1943; Werner, Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 2. 6. 1954, DVBl 1955, 562—564; ders., Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1956, DVBl 1956, 618—619; Wilhelm Wertenbruch, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 105—110; Ulrich Ziegler, Art. 12 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes und die Deutsche Bundesbahn, DÖV 1955, 173—176.

Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. von Helmut Arndt, SchrVfS n. F. 20 (1960); Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung, hrsg. von Julius Landmann, SchrVfS 176 (1932).

82.— Das Verwaltungsmonopol als eine ausschließliche Befugnis stellt nur eine bestimmte Funktion dar, für seine rechtliche Gestalt ist es prinzipiell gleichgültig, wem diese Befugnis zusteht, wer sie ausübt und wie das Substrat beschaffen ist, durch das die monopolisierte Tätigkeit ausgeübt wird. Dennoch ist es für das Verständnis der Wirkungs-

weise eines Verwaltungsmonopols nützlich, auch diese Frage wenigstens in ihren Grundlinien in die Erörterung einzubeziehen und vor allem das Phänomen genauer zu betrachten, daß verwaltungseigene⁸ und verwaltungsfremde⁹ Rechtsträger des Privatrechts als Monopol-subjekte erscheinen.

Der Regelfall ist, daß öffentliche Verwaltung durch den Staat oder durch andere Verwaltungsträger, Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung, stattfindet. Doch kannte bereits das Verwaltungsrecht des 19. Jahrhunderts¹⁰ den Fall, daß verwaltungsfremde Rechtsträger des Privatrechts mit der Befugnis zu öffentlicher Verwaltung ausgestattet wurden. Das Anwendungsgebiet dieser Rechtsfigur war die für das Gemeinwesen bedeutungsvolle wirtschaftliche Tätigkeit Privater. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und dann besonders auffällig seit dem Ende des ersten Weltkrieges führte die *wirtschaftliche Aktivität der Verwaltung* selbst und die interventionistische Aktivität der Verwaltung gegenüber der privaten Wirtschaft zu einer verwickelten Vermischung von Verwaltung und wirtschaftender Tätigkeit und von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsformen¹¹. Die juristische und mehr noch die wirtschaftstheoretische Diskussion dieser Erscheinungen wird von den Axiomen der kapitalistischen und sozialistischen Ideologien über das Maß der Freiheit der Privatwirtschaft von staatlicher Intervention beeinflusst.

Die Forderung *Montesquieus*, „que le Prince ne doit point faire le commerce“ (De l'esprit de lois, 1. XXX chap. XIX sq.), entsprang eher vornehm-aristokratischem Weltbild als wirtschaftstheoretischem Kalkül. Anders die Lehren der Klassiker, die dem frei und selbständig wirtschaftenden Kapitalisten gegen das Merkantilssystem Bahn brachen und dem Staat nur aus Gründen der Wohlfahrt und mit engen Kautelen die Errichtung von Wirtschaftsbetrieben zugestanden¹². Die wirtschaftspolitische Auseinandersetzung über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand riß seitdem nicht ab¹³. Die seit Ende des 19. Jahrhunderts stets wiederholten und je nach der allgemeinen Einstellung des Autors mehr oder weniger weitgefaßt verstandenen Gründe für eine wirtschaftende Aktivität der Verwaltung — Notwendigkeit einer

⁸ Zum Beispiel beim Monopol der Autobahnnebenbetriebe, das der Bund durch eine GmbH ausübt, und bei der kommunalen Wasserversorgung.

⁹ Zum Beispiel bei den Apothekern und der Zündwarenmonopolgesellschaft.

¹⁰ Die Privilegien der absolutistischen Epoche stehen dem heutigen Verwaltungsrechtssystem zu fern, um paradigmatisch verwertbar zu sein.

¹¹ Symptomatisch hierfür ist, daß *Köttgen* seine Untersuchung über die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit einer Neubesinnung über die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht beginnt.

¹² *Adam Smith* nannte die Post als den einzigen Wirtschaftsbetrieb, der von jeder Regierung mit gutem Erfolg übernommen worden sei.

¹³ Hierzu als neuere Abhandlungen die Arbeiten von *Brandt, Hamm, Haussmann, Heimann, Theo Keller, Ritschl, Strickrodt, Sultan* und *Tautscher*, sowie die Darlegungen von *Schüle* S. 86 ff.

einheitlichen und gleichmäßigen Præstierung bestimmter Leistungen, Ersetzung der in bestimmten Bereichen mangels Rentabilität fehlenden Privatinitiative, Verhinderung privater Monopole, insbesondere bei Leitungsmonopolen — hoben schließlich die großen Verkehrsanstalten und die Versorgungsbetriebe als legitime Betätigungsfelder der Verwaltung aus dem allgemeineren Begriff der wirtschaftlichen Betätigung der Verwaltung heraus¹⁴. Die so theoretisch zwischen gemeinwirtschaftlichem und privatwirtschaftlichem Sektor zu ziehende Grenze¹⁵ hätte einfache Zuschreibungen ermöglicht. Doch hatte die Verwaltung längst diese Grenze überschritten¹⁶ und innerhalb des eigentlich privatwirtschaftlichen Sektors das Phänomen der „erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand“¹⁷ etabliert. Dieser Bereich der Staatswirtschaft, der auch gegenwärtig im Brennpunkt der wirtschaftspolitischen und verfassungsrechtlichen Meinungsverschiedenheiten steht, konnte¹⁸ und kann nicht schlechthin als eine der Verwaltung unangemessene Grenzüberschreitung angesehen werden. Die Bezeichnung „erwerbswirtschaftlich“ darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Verwaltung

¹⁴ Vgl. *Böhler* S. 69; *Brandt* S. 20 ff.; *Bresciani-Turroni* S. 106; *Keller* S. 165 f.; *Pütz* S. 219 f.; *Rasch* S. 42; *Roscher* System §§ 27 ff.; ders. *Theorie* S. 171 ff.; *Tautscher* Die öffentliche Wirtschaft S. 186; *Terhalle* Finanzwirtschaft § 14, 1; *Wagner* FinW § 267. Die einzelnen für und gegen die öffentliche Wirtschaft herangezogenen Umstände besitzen ihren Richtpunkt stets im Begriff der allgemeinen Wohlfahrt (vgl. *Keller* S. 180 ff.), die als eine Aufgabe des Staates erkannt ist; ihr Gewicht ist nicht nach einem deutlich feststellbaren dogmatischen Modell, sondern pragmatisch bestimmt (*Brandt* S. 63; *Hamm* S. 258 f.; *Ernst Strassmann* im Vorwort zu: *Moderne Organisationsformen*). Die spezifischen Grenzen einer Unternehmung als einer öffentlichen wurden untersucht (vgl. *Lotz* § 77; *Brandt* S. 70 ff.). Das sehr alte Argument der Unterlegenheit eines Verwaltungsbetriebes gegenüber einem privatwirtschaftlichen Unternehmen wurde durch neue Unternehmensformen der Verwaltung, insb. durch die Verselbständigung in der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft, jedenfalls im Grundsätzlichen entkräftet (vgl. *Heimann* S. 15 f.; *Hettlage*; *Kruchen* in: *Haustein* § 23), was allerdings die neue Frage aufwarf, welche wirtschaftlichen und rechtlichen Grenzen dem Einfluß der öffentlichen Hand als dem Eigentümer auf die öffentlichen Unternehmen, d. h. deren Geschäftsleitung, gesetzt sind (*Hamm* S. 47 ff.).

¹⁵ *Ritschl* Prinzipien der Gemeinwirtschaft u. ö. baut darauf seine These vom dualistischen Charakter der modernen Wirtschaftsordnung auf.

¹⁶ Die Gründe dafür sind mannigfaltig und einerseits ideologisch (sozialistisch) andererseits sozialtheoretisch (natürliche Folge der fortschreitenden Technisierung) fundiert worden (vgl. *Haussmann* S. V; *Heimann* S. 10 ff.; *Keller* S. 180 ff.).

¹⁷ Hierzu monografisch: *Blaum*; *Delion*; *Frentzel* Gewerbliche Betätigung; ders. Betrachtungen; *Haussmann*; *Köttgen*; *Ritschl* Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung; *Sigloch*; *Strickrodt*; *Sultan*; *Tautscher* Öffentliche Wirtschaft; ders. Die öffentlichen Unternehmen.

Das Finanzmonopol ist wegen seiner besonderen Steuerfunktion von der erwerbswirtschaftlichen Betätigung unterschieden (*Groß* Organisationsformen S. 9 ff.; *Hamann* WVerfR S. 73). Unrichtig bezeichnet *Dürig* in *Maunz/Dürig* Art. 2 Abs. 1 RNr. 52 die Finanzmonopole als die „absoluteste Form erwerbswirtschaftlicher Staatsbetätigung“. Auch *Ritschl* Prinzipien der Staatswirtschaft S. 592 faßt unzut. die Finanzmonopole als Unterfall des nach dem Monopolprinzip bewirtschafteten Monopolunternehmens auf.

hier außer dem erzielten Ertrag ein Medium wirtschaftspolitischer mittelbarer Einflußmöglichkeiten gewinnt¹⁹. Andererseits weist das Schlagwort von der „kalten Sozialisierung“ zutreffend auf den Tatbestand hin, daß von einem bestimmten Quantum des öffentlichen Wirtschaftssektors an die Struktur der Gesamtwirtschaft ihren privatwirtschaftlichen Grundcharakter einbüßt²⁰. Hieraus erklärt sich die kritische Einstellung der neoliberalen marktwirtschaftlichen Theorie gegenüber der wirtschaftlichen Verwaltung, die außerdem noch, auf der Grundlage der Vorstellung vom Modellmarkt, eine Störung der Steuerungsfunktion der Preise befürchtet²¹.

Die im Laufe der Zeit und aus verschiedenen Anlässen in die Verfügung der öffentlichen Hand gelangten wirtschaftlichen Unternehmen und Beteiligungen belaufen sich auf einen sehr erheblichen Teil des gesamtwirtschaftlichen Unternehmenskapitals²². Eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Regelung hierfür besteht gegenwärtig im wesentlichen nur in haushaltsrechtlichen und gemeinderechtlichen Vorschriften²³; ein dem 2. Bundestag durch die FDP vorgelegter Gesetzentwurf über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand²⁴, der das gemeinderechtliche Modell zugrundegelegt hatte, wurde nicht Gesetz. Die Frage, welche verfassungsrechtlichen Grenzen für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand bestehen²⁵, gehört zu den

¹⁸ Vgl. ProVGE 25, 141/149 f.

¹⁹ Hamm S. 19 ff. gibt eine Zusammenstellung der Interventionszwecke für das öffentliche Produktionsmitteleigentum. Forsthoff VerwR Vorbem. vor § 19 und § 24, 5 b hat mit Recht auf die Ungenauigkeit hingewiesen, die darin liegt, daß rein ertragswirtschaftliche und als Vehikel für Verwaltung dienende wirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltung unter dem einen Ausdruck „erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand“ zusammengefaßt werden. Auch Strickrodt S. 5 ff. betont den Unterschied zwischen „wirtschaftspolitisch-interventionistischen“ und „ertragswirtschaftlichen“ Zielsetzungen. Vgl. bereits Textziffer 52.

²⁰ Hierzu: Eucken Wettbewerbsordnung S. 49; Hamm S. 275. Heimann S. 30 ff. vernachlässigt dieses Moment.

„Il n'y a pas plusieurs paradoxes des entreprises publics. Il n'y en a qu'un: celui qui accouple entreprise et public dans un Etat qui reste un Etat libéral“ (Delion p. 189).

²¹ Dieser Frage ist die Studie von Hamm gewidmet (vgl. insb. S. 13 f. und S. 76 ff.).

²² Vgl. die Zusammenstellungen bei Hamm S. 281 ff. und in den Beiträgen von Lauffs (Bund), Herrmann (Länder) und van Aube!/Münch (Gemeinden) in dem I. Bd. des Sammelwerks Die Konzentration in der Wirtschaft, sowie die „vorläufige Übersicht“ in öffentl. Unt. Aus den bundeseigenen Gesellschaften und Beteiligungen wird für 1961 ein Nettogewinn von 96,67 Mill. DM geschätzt (NJW 1962, Heft 12, Informationen).

²³ Hierzu: Frentzel Betrachtungen S. 17 ff.; Hamm S. 43 ff.

²⁴ Drucks. 2712; abgedruckt bei Frentzel Gewerbliche Betätigung S. 46 ff. — Zum Privatisierungsproblem: BVerfG NJW 1961, 1107.

²⁵ Hierzu: Ballerstedt S. 32 f.; Dürig S. 203; ders. in Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 1 RNR. 52; Frentzel Gewerbliche Betätigung S. 11 ff.; ders. Betrachtungen; Hamann WVerfR S. 73 ff.; Hamm S. 38 ff.; Nipperdey S. 25 ff.; Strickrodt S. 14 ff.; Torz.

Ein Ausschnitt aus diesem Problem ist die Frage der Zulässigkeit privater

zentralen Problemen des Wirtschaftsverfassungsrechts und kann noch nicht als geklärt betrachtet werden²⁶.

Die Wirtschaftseinheit, in der sich die wirtschaftende Verwaltung manifestiert, ist das „öffentliche Unternehmen“²⁷, dessen hauptsächliche rechtliche Organisationsform der Eigenbetrieb, die rechtsfähige Anstalt²⁸ und die Handelsgesellschaften des Privatrechts, die eine Haftungsbeschränkung zulassen, sind²⁹. Als öffentliches Unternehmen, das ohne Rücksicht auf seine Rechtsform öffentliche Verwaltung ist³⁰ und insofern eine Doppelstellung als Verwaltungseinrichtung und als wirtschaftlicher Organismus zugleich aufweist³¹, kann dabei nur eine solche Wirtschaftseinheit gelten, die zur Erbringung gemeinnütziger Leistungen³² oder zur Wirtschaftslenkung dient³³. Für die (rein) erwerbswirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand bietet sich der Ausdruck „gewerbliches Staatsunternehmen“³⁴ an. Die öffentlichen Unternehmen in privatrechtlichen Formen stellen Verwaltung in privatrechtlicher Form dar und sind den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts (R. J. Wolff)³⁵ unterworfen; das bedeutet nicht nur Grundrechts-
Wirtschaftswerbung durch Rundfunkanstalten, wobei allerdings dem Gesichtspunkt der „Funktionsgrenzen“ der mittelbaren Staatsverwaltung (vgl. BGHZ 20, 119) die wesentlichere Bedeutung zukommt (vgl. Forsthoff Rechtsfragen der Werbesendungen; Hamann Wirtschaftswerbung; Löffler).

²⁶ Überwiegend wird eine restriktive Auffassung vertreten, sei es aus den Grundrechten (Dürig), sei es aus ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen, wie dem Subsidiaritätsprinzip (Nipperdey) oder einer Garantie der sich selbst verwaltenden Unternehmenswirtschaft (Strickrodt). Vgl. dagegen Ehmke S. 60 f.

²⁷ Hierzu: Moderne Organisationsformen; Forsthoff VerwR § 24, 5 b, 2; Haussmann S. 83; Heimann; Hoffmann; Huber WVerwR I § 45; Hug; Lotz § 77; Spohn; Tautscher Öffentliche Wirtschaft S. 181 ff.; ders. Die öffentlichen Unternehmen; Terhalle Finanzwirtschaft § 15. Eine Morphologie der Organisationsformen als „Wirtschaftstypen“ gibt Lohmann. Über die öffentliche Unternehmung (entreprise public) im französischen Wirtschaftsverwaltungsrecht unterrichtet Delion.

²⁸ Nur die öffentlichen Anstalten, die als Wirtschaftssubjekte auftreten, sind zugleich öffentliche Unternehmen. Von einigen nationalökonomischen und finanzwissenschaftlichen Autoren (Heimann S. 7 ff.; Neumark S. 329) wird zwischen Anstalt und Unternehmen nach dem Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht unterschieden. Zur öffentlichen Anstalt (établissement public) im französischen Verwaltungsrecht: Connois.

²⁹ Bei einer Systematisierung der wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand nach der Ertragsorientierung werden Erwerbsunternehmen, Versorgungsunternehmen (gemeinnützig mit Kostendeckungsprinzip) und Anstaltsunternehmen (rein gemeinnützig) unterschieden (Brandt S. 13 ff. Tautscher, Öffentliche Wirtschaft S. 198).

³⁰ Forsthoff VerwR § 24, 5; Huber WVerwR I § 4 III 1 a.

³¹ Delion p. 17.

³² Vgl. bereits Sax § 74.

³³ Die generelle Geeignetheit aller verwaltungsbeherrschten Unternehmen als Medium der Wirtschaftspolitik ist dabei nicht zu berücksichtigen, da sonst der wichtige Unterschied zwischen dem Verwalten durch Wirtschaften und der (bloß) wirtschaftenden Verwaltung nicht erkennbar wird.

³⁴ Strickrodt S. 2 f.

³⁵ Hierzu: Evers; Klebe; Leisner S. 201 ff.; Maunz/Dürig Art. 1 Abs. 3 RNR. 136 f.; Schaumann; Siebert; Wertenbruch; Weber S. 57 ff.; H. J. Wolff, Ver-

bindung^{35a}, sondern auch Bindung an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungshandelns³⁶.

Die wirtschaftliche, wie die soziale Tätigkeit des Staates überhaupt, beschränkt sich nicht auf die Verwaltung mit Hilfe verwaltungseigener Mittel, sondern erfolgt auch durch *private* Rechtsträger³⁷. Dies ist zunächst dadurch möglich, daß die Beteiligung der Verwaltung an einem privatrechtlich organisierten Wirtschaftssubjekt ein derartiges Quantum erreicht, daß ein „gemischtwirtschaftliches Unternehmen“³⁸ entsteht. Des weiteren kann durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes eine wirtschaftliche Befugnis auf einen privaten Rechtsträger übertragen werden, der dadurch zu einem „beliehenen Unternehmer“ oder einem „staatlich gebundenen Beruf“³⁹ wird. Schließlich kann eine privatrechtliche Unternehmung derart in den Dienst öffentlicher Aufgaben gestellt werden, daß der Verwaltung um eines bestimmten Verwaltungszweckes willen ein maßgeblicher Einfluß auf die Ausübung der Wirtschaftstätigkeit dieses Unternehmens eingeräumt ist, ohne daß eine Beleihung stattfindet: „öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand“⁴⁰. Als „Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben“ ist der Fall erfaßt und behandelt worden⁴¹, daß die Verwaltung in Ermangelung oder zur Schonung verwaltungseigener Mittel die persön-

waltungsrecht I, 4. Aufl., 1961, § 23 I b; Referate von *Mallmann* und *Zeidler* auf der Staatsrechtslehrertagung 1961; BGHZ 29, 76 und 36, 91 = JZ 1962, 176 mit insoweit abl. Anm. von *Stern*; OVG Berlin NJW 1961, 2130. Zu den volkswirtschaftlichen Problemen: *Gerber*.

^{35a} Abw. *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 10 ff.

³⁶ Zum Beispiel: Pflicht zu konsequentem und rücksichtsvollem Verhalten bei Ausschreibungen (BGH DÖV 1961, 108 und NJW 1963, 644).

³⁷ Vgl. *Huber* WVerwR I § 43 I. Zu eng daher *Gerber* S. 13.

³⁸ *Spohn* S. 303 f.; *Terhalle* Gemischtwirtschaftliche Unternehmung; *Vogel* S. 152 ff.

³⁹ Bei diesen kann, worauf noch genauer eingegangen werden wird, die öffentliche Bindung sehr verschiedene Grade erreichen.

⁴⁰ Dieser Terminus stammt von *Vogel*, der die gemeinten Unternehmen im einzelnen untersucht hat. Der Begriff der öffentlichen Wirtschaftseinheit, der an den drei Wirtschaftszweigen: Energiewirtschaft, linienmäßiger Personenverkehr und private Eisenbahnen paradigmatisch entwickelt und dann auf zahlreiche andere Bereiche angewandt wird, ist in Parallele zu den öffentlichen Sachen gedacht: Das durch „Widmung“ öffentlichen Zwecken dienstbar gemachte Unternehmen (= Wirtschaftseinheit) werde zur „öffentlichen Wirtschaftseinheit“, gleich der Sache, die zur öffentlichen Sache wird (S. 231).

Gegen *Vogels* Begriff ließe sich einwenden, daß er an das Vorhandensein der privatrechtlichen Rechtsform und nicht an die Zuordnung zur Privatwirtschaft anknüpft, so daß auch ganz durch die Verwaltung beherrschte privatrechtliche Unternehmen „öffentliche Wirtschaftseinheiten“ sind (S. 28). Dadurch werden, nur durch die Rechtsform, zwei doch sehr verschiedene Phänomene in einem Begriff vereinigt. Dies ist in den Andeutungen bei *Forsthoff* VerwR Vorbem. vor § 19 (S. 324) vermieden. — Zu dem vergleichbaren Begriff „business affected with a public interest“ der amerikanischen Rechtspraxis, von dem die „public utilities“ einen wichtigen Anwendungsfall bilden: *Ehmke* S. 362 ff.

⁴¹ *Ipsen* Gesetzliche Indienstnahme Privater. — Zur Abgrenzung von der „öffentlichen Wirtschaftseinheit in privater Hand“: *Vogel* S. 30 f.

lichen oder sächlichen Mittel Privater kraft Gesetzes in Anspruch nimmt, um durch sie öffentliche Aufgaben erledigen zu lassen⁴². Unter Berücksichtigung dieser Formen der Einbeziehung Privater in die wirtschaftende und wirtschaftslenkende Tätigkeit der Verwaltung kann die Gesamtwirtschaft in drei Sektoren eingeteilt werden: freie, d. h. nur polizeilich kontrollierte, Privatwirtschaft, gelenkte Privatwirtschaft, Staatswirtschaft⁴³.

Die verschiedenen Begriffe, die zur wissenschaftlichen Erfassung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Verwaltung erarbeitet worden sind, lassen erkennen, daß die Theorie des Wirtschaftsverwaltungsrechts noch nicht hinreichend axiomatisiert ist und vielfach auf Begriffe angewiesen ist, die okkasionell zur Deutung bestimmter Auffälligkeiten gebildet und dann mehr oder weniger verallgemeinert worden sind. Die gegebenen Ansätze sollen abschließend schemaartig zusammengefaßt werden, wobei Funktion, Funktionsträger und Rechtsform als Gliederungsmomente dienen.

Das soziale Handeln kann öffentliche Verwaltung oder Privattätigkeit⁴⁴ sein. Die öffentliche Verwaltung kann durch die Verwaltung oder durch Private⁴⁵ ausgeübt werden. Die Ausübung öffentlicher Verwaltung durch die Verwaltung selbst kann mit Hilfe öffentlich-rechtlicher⁴⁶ oder privatrechtlicher Rechtssubjekte erfolgen; soweit hierbei privatrechtlich gehandelt wird, liegt das Rechtsinstitut der „Verwaltung in privatrechtlicher Form“ vor. Die Ausübung öffentlicher Verwaltung durch Private geschieht mit Hilfe privatrechtlicher Rechtssubjekte; diese können allerdings öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben oder privatrechtlich handeln. Stets wenn ein privatrechtliches Rechtssubjekt — sei es verwaltungseigen, sei es verwaltungsfremd — öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübt, ist ein „beliehener Unternehmer“ gegeben. Dieser Begriff ist also nicht auf die wirtschaftliche Kontrolle über das Substrat, sondern auf dessen Rechtsform bezogen.

⁴² Beispiele: Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber, Tätigkeit der privaten Geldinstitute im Rahmen der Währungsumstellung, insb. der Wertpapierbereinigung.

⁴³ Ähnlich *Haussmann* S. 27 in Anlehnung an die Gliederung: section public, section controlé, section libre (Piron).

⁴⁴ Hierzu rechnet nach heutiger, wenn auch schon angegriffener Rechtsauffassung auch die Tätigkeit der Verwaltungsträger als (reine) Wirtschaftssubjekte, so bei den sog. fiskalischen Hilfsgeschäften (vgl. BGHZ 36, 91 mit abl. Anm. von *Stern* JZ 1962, 181 f. und von *Zeidler* DVBl 1962, 301—303 und zust. Anm. von *Menger* VerwArch 53/1962, 279 f.) und den ertragsorientierten gewerblichen Staatsunternehmen. Auch hier aber ist die Verwaltung nicht schlechthin Privatmann (vgl. *Forsthoff* VerwR § 4; *Maunz/Dürig* Art. 1 Abs. 3 RNr. 135; *Siebert* S. 221).

⁴⁵ „Verwaltungsfremde Mittel“ (Forsthoff); „verwaltungsbestimmte Privatwirtschaft“ (E. R. Huber).

⁴⁶ Diese können wiederum öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich handeln.

Ein Verwaltungsmonopol, das eine öffentlich-rechtliche Befugnis ist, kann der Verwaltung⁴⁷ oder Privaten zustehen. Im ersteren Fall kann das Substrat ein privatrechtliches Rechtssubjekt sein, im zweiten Fall ist es stets ein solches, sei es eine juristische, sei es eine natürliche Person des Privatrechts. Es kommen so Anwendungsfälle des „beliehenen Unternehmers“ und des „staatlich gebundenen Berufs“ zustande.

83.— Nach der Staatsvorstellung, die sich während der letzten Jahrhunderte im europäischen Kulturkreis durchgesetzt hat, ist der Staat der souveräne Herrschaftsverband auf einem bestimmten Territorium. Aus diesem Staatsbegriff folgt, daß der Staat das einzige Rechtssubjekt auf einem bestimmten Gebiet ist, das originär politische und rechtliche Herrschaftsgewalt ausübt⁴⁸. Das schließt jedoch nicht aus, daß kraft besonderer Übertragung⁴⁹ an sich staatliche Gewalt auch von Rechtsträgern außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung wahrgenommen werden kann⁵⁰. Eine derartige Übertragung öffentlicher Befugnisse darf nicht derart umfassend sein, daß ein Verwaltungsbereich staatlicher Einflußnahme entgleitet, und muß stets eine staatliche Aufsicht, zumindest als Rechtsaufsicht, über den außerstaatlichen Rechtsträger bestehen lassen⁵¹. Außerdem darf dadurch nicht eine Befreiung von Grundrechtsbindungen oder eine Verkürzung des Rechtsschutzes eintreten, daß ein privater Rechtsträger öffentliche Verwaltung ausübt⁵².

Die den Rechtsträgern der mittelbaren Staatsverwaltung zustehende Verwaltungskompetenz ist stets eine abgeleitete, es handelt sich um den organisationstechnischen Vorgang der Dezentralisation. Die privatrechtlichen Rechtsträger der mittelbaren Staatsverwaltung⁵³, insbeson-

⁴⁷ Hier sind weitere Unterscheidungen in staatsunmittelbare und in staatsmittelbare („anstellungliche“, „delegiert körperschaftliche“) Verwaltungsmonopole möglich (vgl. *Huber WVerwR I § 7 II 2* und § 43 II 3).

⁴⁸ Die Bezeichnung der Gemeinden als „ursprüngliche“ Gebietskörperschaften in Art. 11 Abs. 2 Satz 1 BayVerf und Art. 1 Satz 1 BayGemO ist daher „rechtstheoretisch anfechtbar“ (*Nawiasky/Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, Anm. zu Art. 11) und nur als historische Anspielung sinnvoll, ohne über die Natur und den Umfang der Rechtsstellung dieser Körperschaften etwas auszusagen (ähnlich *Masson Art. 1 GemO Erl. 2*).

⁴⁹ Diese Übertragung ist nur durch oder auf Grund Gesetzes möglich (*Forsthoff VerwR § 22, 2 a*; *Huber WVerwR I § 46 II 1*; *BVerwGE 1, 303/304*; *BayVerfGH VGHE n. F. 13 II 53*; *BayVGHE n. F. 7, 71*).

⁵⁰ *Huber* Beliehene Verbände S. 459 f.; *ders WVerwR I § 46 II*; *Scheuner S. 31 Anm. 82*; *Weber S. 21 ff.*; *BVerwGE 1, 303/304*. Unzutr. *Reuß Grundsätze S. 685 f.*; *ders. Organisation S. 128 ff.*

⁵¹ Der von *Huber* nur für die Privatrechtssubjekte geprägte Ausdruck „Neo-Feudalismus beliehener Verbände“, um die ohne hinreichende Staatsaufsicht zu befürchtende Situation zu charakterisieren, gilt ebenso für die öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekte der mittelbaren Staatsverwaltung.

⁵² Vgl. *BVerfGE 10, 302* (betr. den Vormund).

⁵³ Hierzu: *Huber WVerwR I § 7 II 3 b* und § 46 I 3; *Jellinek VerwR § 23; Terrahe S. 85 ff.* — Die Bezeichnung privatrechtlicher Rechtsträger, die mit öffentlicher Gewalt belehnt sind, als „Verwaltungsträger“ (*Huber*) oder „Hoheitsträger“ (*Obermayer in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, S. 106) soll verdeutlichen, daß es sich trotz

dere die der Wirtschaftsverwaltung, stellen zugleich eine Methode der Entbürokratisierung der Verwaltung, der Benutzung der für wirtschaftendes Verhalten vorteilhaften handelsrechtlichen Gesellschaftsformen und der Nutzbarmachung privater Erfahrung und Initiative für Verwaltungszwecke dar⁵⁴. Die Beleihung⁵⁵ selbst kann eine unmittelbare gesetzliche oder gesetzesvollziehende Zuweisung oder eine Delegation von Verwaltungsaufgaben sein⁵⁶.

In allen den Fällen, in denen einem — verwaltungseigenen oder verwaltungsfremden — Rechtsträger des Privatrechts kraft Gesetzes⁵⁷, gesetzesvollziehender Satzung⁵⁸ oder gesetzesvollziehenden Verwaltungsaktes⁵⁹ ein Verwaltungsmonopol zusteht, ist dieser Rechtsträger „beliehener Unternehmer“⁶⁰. Die Rechtsfigur des beliehenen Unternehmers⁶¹ umgreift zwar sehr unterschiedliche Erscheinungen und ist insofern keineswegs in jeder Hinsicht wissenschaftlich bewältigt⁶², sie ist aber in ihrer Grundstruktur als festliegend anzusehen und nicht zu entbehren. Freilich ist sie in ihrem heutigen Verständnis von *Otto Mayers*

der privatrechtlichen Rechtsform um die Ausübung öffentlicher Verwaltung handelt. — Zur Rechtsvergleichung mit dem amerikanischen Recht: *Ehmke S. 579 ff.*

⁵⁴ Vgl. *Huber* Beliehene Verbände S. 456 f.; ders. *WVerwR I § 46 I 2 a.*

⁵⁵ Hierzu: *Triepel* Delegation und Mandat; *Obermayer* Übertragung von Hoheitsbefugnissen; *Barbey* Diss.; *Terrahe* Diss.

⁵⁶ Seit der Arbeit von *Triepel* ist Delegation ein term. techn., der nur die Übertragung einer bereits auf Grund der bestehenden Kompetenzordnung gegebenen Kompetenz auf einen anderen Rechtsträger bezeichnet, d. h. die Kompetenzverschiebung durch Abschiebung und Zuschreibung einer Kompetenz, die der delegierende Rechtsträger selbst ausübte. Die gesetzliche Zuweisung von Verwaltungsaufgaben ist keine Delegation (vgl. insb. S. 23, 60 ff., 80, 83). Die Rechtsstellung eines beliehenen Unternehmers kann im einzelnen Fall einer Delegation entspringen, z. B. bei der Übertragung von Bahnpolizeibefugnissen; dies ist jedoch nicht notwendig und stets so (*Triepel* a.a.O. Seite 100 f.). Hinsichtlich der Monopolbefugnisse liegt eine Delegation bei der Autobahnnebenbetriebe-GmbH und der Zündwarenmonopolgesellschaft vor, bei den Apothekern und — verselbständigten — Gemeindemonopolen nicht vor.

⁵⁷ Z. B. beim Apothekenmonopol.

⁵⁸ Z. B. bei den Gemeindemonopolen mit verselbständigtem privatrechtlichem Substrat.

⁵⁹ Z. B. bei den Monopolmolkereien.

⁶⁰ Vgl. *Butz* S. 41 ff.; *Huber* Beliehene Verbände S. 458; ders. *WVerwR I § 7 II 2 c*, § 27 III 3 b und § 46 I 2 b.

Zu eng *Cantner* S. 32 und *Vogel* S. 84, die eine Monopolstellung nur dann als eine (verliehene) Hoheitsbefugnis ansehen, wenn sie dem Beliehenen das Recht gibt, Konkurrenten die Betätigung auf seinem Gebiet selbständig zu verbieten. Dabei ist zu Unrecht vernachlässigt, daß das Verwaltungsmonopol bereits dadurch eine Hoheitsbefugnis ist, daß es das ausschließliche Recht, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, enthält; die zugewiesene Hoheitsbefugnis braucht beim beliehenen Unternehmer nicht auch eine Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln zu sein.

⁶¹ Hierzu: *Bender* *VerwR* S. 70 Anm. 27 und S. 140 Anm. 1; *Cantner* Diss.; *Huber* Beliehene Verbände; ders. *WVerwR I § 46*; *Jellinek* *VerwR* § 23 I; *Obermayer* a.a.O. (Anm. 53); *Sax* § 74; *Vogel* S. 46 ff.; *Wolff*, *VerwR* II, 1962, § 104.

⁶² Insoweit ist *Forsthoff* Rechtsfragen der leist. Verw. S. 53 zuzustimmen.

„Verleihung öffentlicher Unternehmungen“⁶³ weit entfernt. Durch den Ausdruck „beliehener Unternehmer“, dessen Zweckmäßigkeit allerdings fraglich ist⁶⁴, wird die Rechtslage bezeichnet, daß ein privatrechtlicher Rechtsträger⁶⁵ öffentlich-rechtliche Befugnisse⁶⁶ im eigenen Namen unter der Aufsicht der Verwaltung ausübt. Das wesentliche Kriterium des beliehenen Unternehmers ist das Zusammentreffen von privatrechtlichem Substrat und öffentlich-rechtlicher Befugnis, also die Kombination der Rechtsformen.

Wird eine natürliche Person mit einem Verwaltungsmonopol beliehen, wie etwa die Apotheker und die Bezirksschornsteinfegermeister, übt diese einen „staatlich gebundenen Beruf“ aus. Dieser Begriff ist

⁶³ VerwR II § 49: Dem Beliehenen wird durch Verwaltungsakt „rechtliche Macht“ über „ein Stück öffentliche Verwaltung“ zur Ausübung eigenen Namens gegeben, d. h. er darf kraft Beleihung eine Tätigkeit ausüben, die (anders als bei der polizeilichen Erlaubnis, die die „natürliche Freiheit“ wiederherstellt) ausschließlich in dem Machtbereich der Verwaltung liegt (Hauptbeispiele: Unternehmensverleihung, Nutzungsverleihung). Daraus geht hervor, daß die „Verleihung“ Otto Mayers nicht nur den Fall betrifft, daß der Beliehene Hoheitsbefugnisse übertragen erhält, sondern auch und in erster Linie die Einräumung eines subjektiv öffentlichen Rechts, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, die an sich verboten ist und deren Konzessionierung im Ermessen der Verwaltung steht (vgl. im einzelnen *Vogel* S. 48 ff.). Otto Mayers „Verleihung“ umfaßt somit ungeschieden die heutigen Fälle der Konzession und des beliehenen Unternehmers. *Fleiner* Inst § 20 hat diese Konstruktion im wesentlichen übernommen (desgl. *Bertram*), ebenso aber auch *Huber* WVerwR I § 46 III. In ihr sind aber, und das ist gegen sie einzuwenden, zwei ganz heterogene Phänomene ununterschieden vermischt: Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse einerseits, und die Begründung eines subjektiv öffentlichen Rechts, dessen Gegenstand eine nichthoheitliche Tätigkeit ist, andererseits.

⁶⁴ Durch die Wahl des Wortes „Unternehmer“ wird die Vorstellung erweckt, als wenn es sich um eine natürliche Person handeln müsse (was nicht der Fall ist), und als wenn es sich nur um wirtschaftliche Tätigkeit handeln müsse (was auch nicht der Fall ist). Doch hat sich der Ausdruck eingebürgert. Der Vorschlag *Hubers* (Beliehene Verbände), von „beliehenen Verbänden“ zu sprechen, hat gegen sich, daß auch „Verband“ einen zu engen Bedeutungsgehalt für den gemeinten Sachverhalt hat. *Wolff* a.a.O. spricht neutral von „Beliehenen“.

⁶⁵ Ob die übertragenen Hoheitsbefugnisse lediglich einen gegenüber den sonstigen Funktionen des Beliehenen akzessorischen Charakter haben oder aber dessen Hauptfunktion ausmachen, ist für den Begriff des beliehenen Unternehmers ohne Bedeutung (zutr. *Terrahe* Diss. S. 100 ff.; abw. *Bender* a.a.O.; *Huber* WVerwR I § 12 III 1 b: „Anstalt in privater Rechtsform“); einen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger „kraft Wesens“ kann es, wie bereits früher dargetan (vgl. Textziffer 63), nicht geben. Die Formulierung *Jellineks*, daß die übertragene Verwaltungstätigkeit nicht zu den „notwendigen Zwecken“ des Beliehenen gehören dürfte, dient lediglich der Abgrenzung zu den Selbstverwaltungskörpern in öffentlich-rechtlicher Rechtsform.

⁶⁶ Die Eigenschaft als beliehener Unternehmer kann nicht schon daraus folgen, daß die ausgeübte Tätigkeit „an sich“ eine in den Bereich der öffentlichen Verwaltung fallende sei; Objekt der Beleihung, die besonders erfolgen muß, um die Rechtszuständigkeit des Privaten zu begründen, sind eine oder mehrere bestimmte Befugnisse, sei es nur eine Rechtsstellung, sei es eine Ermächtigung zu Handlungen (vgl. *Vogel* S. 81 ff.).

wissenschaftlich⁶⁷ zuerst von *Triepel*⁶⁸ gebildet worden und hat sich allgemein durchgesetzt⁶⁹. Es handelt sich dabei um beruflich ausübbarer Tätigkeiten, bei denen der Berufstätige, ohne im öffentlichen Dienst zu stehen, in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zu einem Verwaltungsträger steht, das durch eine besondere Verantwortung, Gebundenheit und Beaufsichtigung eine derartige Ähnlichkeit mit der Stellung des öffentlichen Bediensteten aufweist, daß nicht mehr von einem „freien Beruf“ im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann. *Triepel* nannte die Inhaber dieser Rechtsstellungen deshalb auch „Halbbeamte“. Hierunter fallen etwa die Rechtsanwälte⁷⁰, die Ärzte⁷¹ und die Hebammen⁷² sowie von den mit einem Verwaltungsmonopol behlenen Personen die Bezirksschornsteinfegermeister⁷³.

Eine lebhafte Diskussion um die „staatlich gebundenen Berufe“ ergab sich im Zusammenhang mit einigen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts, in deren Mittelpunkt die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GrundG auf bestimmte Berufe stand und in denen von Berufen die Rede

⁶⁷ In der Gesetzgebung findet sich eine, wenn auch nur strafrechtlich berücksichtigte Erkenntnis des Wesens dieser Berufe schon in den §§ 505—508 II 20 preuß. ALR („Von den Verbrechen derer, welche ohne Officianten zu sein, dem gemeinen Wesen besonders verpflichtet sind; Ärzte, Wundärzte und Hebammen“. § 508: „Alle übrigen, welche, ob sie gleich nicht in unmittelbaren Diensten des Staats stehen, dennoch demselben, vermöge ihres Standes, besonders verpflichtet sind, . . .“).

⁶⁸ Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf.

⁶⁹ *Bachof* Freiheit des Berufs S. 183 ff.; *Cantner* S. 26 f.; *von der Heide* S. 488; *Werner* in Anmerkungen zu einem Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1956 und zu einem Urteil des OVG Berlin vom 2. 6. 1954.

⁷⁰ *Triepel* a.a.O. S. 24 ff.

⁷¹ RGZ 66, 143 (betr. Sittenwidrigkeit der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel zwischen Ärzten): „. . . Das eigentümliche und entscheidende Gepräge beider (sc. der Ärzte und der Rechtsanwälte) liegt darin, daß sie fundamentale, allgemeine, öffentliche Zwecke, nämlich die der Gesundheitspflege und der Rechtspflege, auf Grund staatsseitig geforderter und gewährleisteter wissenschaftlicher Vorbildung unter besonderer Verantwortung zu erfüllen haben . . .“. Sie hätten deshalb eine „eigenartige Stellung öffentlich-rechtlichen Charakters.“ — Die Heilpraktiker sind nicht als Inhaber eines staatlich gebundenen Berufes angesehen worden (BVerwGE 4, 250/254).

⁷² Vgl. BVerwG DÖV 1957, 320 mit Anm. *Werner* DVBl 1956, 618 f. (Altersgrenze nicht verfassungswidrig); BVerfGE 9, 338.

⁷³ Vgl. BVerfGE 1, 264 (Altersgrenze); *Obermayer* in: *MangiMaunz/Mayerl Obermayer* a.a.O. (Anm. 53) S. 109 („beliehene Amtsträger“).

Eine andere Rechtslage liegt in den Fällen vor, in denen ein Verwaltungsträger, dem ein Verwaltungsmonopol zusteht, einen Privaten zur Erfüllung der in dem Monopol implizierten Aufgabe heranzieht, so bei Gemeindeeinrichtungen mit Benutzungszwang (z. B. Müllabfuhr durch private Unternehmer), bei der Tierkörperbeseitigung durch „vertraglich verpflichtete Unternehmer“ und bei der Fleischschau durch nichtbeamtete Beschauer. Monopolsubjekt ist und bleibt der Verwaltungsträger, der Private steht zu diesem, nicht aber zu den Dritten, in einem internen — öffentlich-rechtlichen (so im dritten Fall) oder privatrechtlichen (so in den ersten beiden Fällen) — Rechtsverhältnis. Hier ist nicht der Beruf als solcher staatlich gebunden, sondern nur der einzelne jeweils herangezogene Private besonderen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen unterworfen.

war, die Aufgaben wahrnehmen, welche „der öffentlichen Hand vorbehalten sind“⁷⁴. Was mit diesem Begriff genau gemeint sein soll, ist den einzelnen Urteilen nicht mit Sicherheit zu entnehmen, immerhin läßt die Kasuistik erkennen⁷⁵, daß dieser Begriff, der offenbar pragmatisch als Hilfskonstruktion zur Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GrundG gebildet ist, weder mit den staatlich gebundenen Berufen⁷⁶, noch mit den Verwaltungsmonopolen⁷⁷ identisch sein kann. Der Begriff und der

⁷⁴ BVerwGE 2, 85 (Unzulässigkeit der Bedürfnisprüfung bei der Zulassung zur Tätigkeit als Rechtsbeistand gem. Art. 1 § 1 Abs. 2 RBMG) mit Anm. von *Reuß* NJW 1955, 1532 f., *Warncke* NJW 1956, 1587 f. und *Rings* NJW 1957, 675 f.; BVerwGE 3, 21 (Vereinbarkeit einer Genehmigungssperre gem. § 9 Abs. 2 GüKG mit Art. 12 Abs. 1 GrundG); BVerwGE 4, 250 (Zulassung zur Tätigkeit als Heilpraktiker); BVerwGE 5, 286 (Unzulässigkeit der Bedürfnisprüfung bei der Zulassung zum Pfandleihgewerbe gem. § 34 Abs. 1 Satz 2 a. F. GewO); BVerwGE 6, 72 (Bezirksschornsteinfegermeister); BVerwGE 6, 13 (Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst).

Die These dieser Rechtsprechung ist, soweit aus ihr Folgerungen für Art. 12 Abs. 1 GrundG gezogen worden sind, durch BVerfGE 7, 377/397 (dazu: *Bachof* Freiheit des Berufs S. 183 f.; ders. Zum Apothekenurteil S. 469; *Nipperdey* S. 16) kritisiert worden. Der 1. Sen. des BVerwG hat daraufhin in BVerwGE 9, 334/336 (Vereinbarkeit des § 10 HebammenG mit Art. 12 Abs. 1 GrundG) die Auff. des BVerfG übernommen (dazu *Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 1963, S. 147 = JZ 1962, 434). Eine zusammenfassende Darstellung dieses Problems gibt *Thieme*.

⁷⁵ Nicht als Berufe, die der öffentlichen Hand vorbehaltene Aufgaben wahrnehmen, sind nach der Rspr. des BVerwG anzusehen: die rechtsberatenden Berufe (abl. *Reuß* Urteilsanmerkung: diese seien unter dem Blickpunkt der Teilhabe an der staatlichen Rechtspflege, als einer Aufgabe, die grds. der öffentlichen Hand vorbehalten ist, zu betrachten), das Gewerbe des Güterfernverkehrs, der Beruf des Heilpraktikers, das Pfandleihgewerbe. Nur der Bezirksschornsteinfegermeister wird hierunter gezählt.

Die Zulassung als Prozeßagent (§ 175 Abs. 3 ZPO), den das BVerwG als selbständigen Beruf ansieht (BVerwGE 2, 89 und 276), der aber tatsächlich nur eine zusätzliche berufliche Tätigkeit der Rechtsbeistände ist (BVerfGE 10, 185), kann nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GrundG beschränkt werden.

⁷⁶ Die Darlegungen in BVerwGE 4, 250 deuten in die Richtung, als wenn die staatlich gebundenen Berufe als Unterfall der Berufe auf vorbehaltenen Gebieten zu betrachten seien. Doch muß aus BVerwG DÖV 1957, 320, wo die Altersgrenze für Hebammen als zulässige Regelung der Berufsausübung (nach BVerfGE 9, 338 handelt es sich um eine zulässige Regelung der Berufswahl) angesehen und davon gesprochen wird, daß das Hebammengewerbe „weitgehend unter den Einfluß des öffentlichen Rechts“ gestellt sei, geschlossen werden, daß das BVerwG zwischen den beiden Kategorien einen Unterschied macht.

⁷⁷ Der Bezirksschornsteinfegermeister ist zwar sowohl Träger eines Verwaltungsmonopols, als auch Inhaber eines Berufs, der „der Verwaltung vorbehaltene“ Aufgaben wahrnimmt, der Apotheker aber ist nur das erste und der Beamte nur das zweite. Der Begriff des Verwaltungsmonopols erschöpft sich nicht in Tätigkeiten, die der Verwaltung selbst vorbehalten sind, und braucht außerdem nicht nur solche Tätigkeiten zu erfassen, die „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GrundG sind, andererseits sind aus ihm solche Tätigkeiten ausgeschlossen, die ihrer Natur nach staatliche sind, also von Privaten nur als Angehörige des öffentlichen Dienstes ausgeübt werden können („dem Staat vorbehaltene Berufe“ im Sinne *Bachofs* Freiheit des Berufs S. 183 ff., insb.

Ausdruck des Berufs, der dem Staat vorbehaltene Aufgaben wahrnimmt, ist durch den 1. Senat des BVerwG aufgestellt worden, der 2. Senat des BVerwG hat später dafür den Ausdruck des „mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben befaßten Berufs“ als synonym eingeführt⁷⁸. Auch dadurch wird eine größere Klarheit nicht erzielt, weil offen bleibt, welche Berufe über diejenigen, die ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GrundG darstellen, hinaus darunter zu zählen sind.

Die verfassungsrechtliche These des BVerwG, für die jene begrifflichen Auseinandersetzungen nur eine Vorerörterung sind, geht dahin, daß die Berufe, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben befaßt sind, keine „Berufe“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GrundG sind, weil das Grundrecht der Berufsfreiheit „seinem Wesen nach“ nicht für sie gelte, und daß die Frage nach den grundgesetzmäßigen Beschränkungen der Zulassung zu solchen Berufen an Art. 33 Abs. 2 GrundG zu messen sei⁷⁹. Diese Argumentation, die zum Teil gebilligt⁸⁰, überwiegend aber abgelehnt⁸¹ wird, enthält den zutreffenden Kern, daß nur im öffent-

S. 184 Anm. 115; ähnlich *Hamann WVerfR* S. 117). Diese Verschiedenheiten sind in den Abhandlungen von *Rings* (Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 GrundG, *NJW* 1957, 657—658) und *Thieme* (Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, *JZ* 1961, 280—284) nicht genügend differenziert. Doch auch das BVerfG unterscheidet „Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staat vorbehalten bleiben müssen“, von den „staatlich gebundenen Berufen“ (BVerfGE 7, 377/397 f.).

⁷⁸ BVerwGE 6, 13.

⁷⁹ Dieser Hinweis auf Art. 33 Abs. 2 GrundG fehlt in den früheren Entscheidungen des 1. Senats und wird erst in der des 2. Senats (BVerwGE 6, 13) zur Geltung gebracht. Dies wird von *Thieme* S. 280 offenbar nicht berücksichtigt, wenn er das BVerwG gegen die Kritik des BVerfG im Apotheken-Urteil, wo ebenfalls Art. 33 Abs. 2 GrundG angeführt ist, damit in Schutz nimmt, daß der Hinweis auf Art. 33 Abs. 2 versage, weil es in der Rspr. des BVerwG stets nur um selbständige Berufe gehe, nicht aber um unselbständige Tätigkeit im öffentlichen Dienst, die Art. 33 Abs. 2 allein betreffe.

⁸⁰ *Hamel* S. 62; *Reuß* Urteilsanmerkung; *Rings*. *Rings* beruft sich darauf, daß es der Zweck des Art. 12 Abs. 1 sei, einen freien Leistungswettbewerb zu schaffen, der aber im Falle des Verwaltungsmonopols gerade nicht bestünde. Art. 12 Abs. 1 wolle auch nicht unter Aufhebung vorhandener und Verbot der Schaffung neuer Verwaltungsmonopole allgemein den freien Leistungswettbewerb einführen. Schließlich verweist *Rings* auf die Parallele des öffentlichen Amtes.

Das BVerwG und die zusätzlichen Erwägungen von *Rings* lassen außer acht, daß sich der Umfang des Schutzes, den Art. 12 Abs. 1 GrundG gewährt, nicht aus der Gesetzgebung ergeben kann, und daß es gerade aus Art. 12 Abs. 1 zu entnehmen ist, ob und wie weit der freie Leistungswettbewerb beschränkt werden darf.

⁸¹ *Hamann WVerfR* S. 117 läßt auch die staatlich gebundenen Berufe unter Art. 12 Abs. 1 fallen, scheidet aber die „ihrem Wesen nach“ dem Staat vorbehaltenen Berufe wegen der Spezialregelung in Art. 33 GrundG aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 aus. Demgegenüber sieht das BVerfG (BVerfGE 7, 377/397 f) beide Kategorien als Berufe im Sinne des Art. 12 Abs. 1 an, ebenso *Bachof* Freiheit des Berufs S. 183 f., der mit Recht die Bedeutung

lichen Dienst ausübbarer Tätigkeiten und bestimmte, durch ihren Arbeitsbereich das öffentliche Interesse besonders tangierende „staatlich gebundene Berufe“ auch intensiveren öffentlich-rechtlichen Beschränkungen ausgesetzt werden dürfen. Sie benutzt dafür aber ein Theorem, das den Begriff des Berufs im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GrundG unnötig einengt und das durch seine undifferenzierte Allgemeinheit eine sachgemäße Beurteilung verstellt.

Die berufsmäßig ausübbarer Tätigkeiten lassen sich unterscheiden in solche, die nur im öffentlichen Dienst möglich sind⁸², und in solche, die private Berufstätigkeiten sind. Die privaten Berufe sind entweder staatlich gebundene Berufe oder gewerbepolizeilich beaufsichtigte Berufe oder von besonderen öffentlich-rechtlichen Regelungen unberührte Berufe. Innerhalb der staatlich gebundenen Berufe gibt es sehr unterschiedliche Intensitäten der öffentlich-rechtlichen Intervention⁸³; im weitreichendsten Fall, wie etwa beim Bezirksschornsteinfegermeister, kann eine analoge Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GrundG gerechtfertigt sein. Ein Beruf, dessen Inhaber mit einem Verwaltungsmonopol beliehen sind⁸⁴, stellt, wenn der Gegenstand des Monopols diese Berufstätigkeit ist, die denkbar intensivste Bindung dar. Wenn dagegen nur ein Partikel der Berufsausübung durch das Monopol erfaßt wird, wie etwa beim Apotheker, ist die unmittelbar mit dem Monopol zusammenhängende Bindung ungleich schwächer.

Für die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GrundG ist bei den mit einem Verwaltungsmonopol beliehenen privaten Rechtsträgern zu unterscheiden zwischen der dadurch entstehenden Ausschließung potentieller Berufsbewerber, was ein Problem der Freiheit der Berufswahl ist⁸⁵ und der dadurch entstehenden öffentlich-rechtlichen Bindung der

des Art. 33 GrundG nur darin sieht, daß er auf die Schranken der Berufsfreiheit bei den betroffenen Berufen einen Einfluß hat (ähnlich BGH DVBl 1962, 828 für die Notare). *Über* S. 179 ff. geht demgegenüber in der Ablehnung „privater Berufsmonopole“ und „monopolähnlicher Berufe“ zu weit. Das zugunsten der Bezirksschornsteinfegermeister und der Apotheker bestehende Verwaltungsmonopol ist kein „privates“ Monopol; denn es verfolgt einen (polizeilichen) Verwaltungszweck.

⁸² Für diese besteht weder ein Verwaltungsmonopol der Anstellungskörperschaft, noch ein Verwaltungsmonopol der Berufstätigen.

⁸³ Dies wird z. B. in BVerfGE 9, 338 erkennbar, wo zwischen Arzt- und Hebammenberuf ein qualitativer Unterschied konstatiert wird.

⁸⁴ Daneben werden noch die Begriffe „Monopolersatzberuf“ (*Über* S. 161 ff.) und „Monopolergänzungsberuf“ (*Über* S. 157 ff.; *Bachof* Freiheit des Berufs S. 204) verwandt. Bei dem ersten handelt es sich um das Problem, wie sich der Staat gegenüber Wirtschaftssubjekten verhalten darf, die einem Verwaltungsmonopol Substitutionskonkurrenz machen (z. B. Schiene und Straße). Diese Betätigungen sind durch Art. 12 Abs. 1 GrundG geschützt (abw. *Ziegler* S. 175). Mit dem zweiten sind die an sich monopolisierten, aber fallweise konzessionsweise freigegebenen Betätigungen gemeint (z. B. Berufsvermittlung im Auftrag der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung).

⁸⁵ So deutlich *Bachof* Zum Apothekenurteil S. 469.

aktuell Beliehenen, was grundsätzlich⁸⁶ ein Problem der Berufsausübung ist.

84.- Bei einer ganzen Reihe von Verwaltungsmonopolen kann die Tätigkeit, die Gegenstand des Monopols ist, fallweise einem Dritten gestattet werden⁸⁷. Da die betroffene Tätigkeit durch ihre Monopolisierung nicht ihre Natur ändert, d. h. nicht zu einer wesensmäßig öffentlichen wird, sondern nur die Möglichkeit ihrer Ausübung rechtlich einem oder einem beschränkten Kreis von Rechtsträgern zugesprochen, allen anderen potentiellen und aktuellen Ausübenden verboten wird, ist eine derartige Durchbrechung des Monopols durch eine fallweise Gestattung nicht die Verleihung einer hoheitlichen Befugnis. Der Adressat kommt durch die Gestattung in den Genuß einer Betätigungsmöglichkeit, die ihm sonst verschlossen wäre, und gewinnt hinsichtlich ihrer ein subjektiv öffentliches Recht. Nur dieses Recht kann gemeint sein, wenn Otto Mayer in solchen Fällen von der „Verleihung einer öffentlichen Unternehmung“ spricht, durch die dem Begünstigten „ein Stück öffentlicher Verwaltung“ überlassen werde. Die Konstruktion der monopoldurchbrechenden Gestattung als „Privileg“, durch das „öffentliche Wirtschaftsbefugnisse“ einem Privaten übertragen werden, so daß dieser beliebiger Unternehmer wird⁸⁸, gibt die Rechtslage daher nicht zutreffend wieder.

Die monopoldurchbrechende Gestattung, die in der Regel durch Verwaltungsakt erfolgt, dem Auflagen beigefügt werden, um die Kontrolle seitens des Monopolsubjekts zu gewährleisten, ist eine *Konzession*⁸⁹. Die Besonderheit der Konzession besteht in ihren Voraussetzungen, durch die sie von polizeilichen Erlaubnissen geschieden ist; sie ist regelmäßig eine Ermessensentscheidung⁹⁰. Das Verwaltungsmonopol mit Durch-

⁸⁶ Die Regelung der Altersgrenze fällt noch in den Bereich der Berufswahl (BVerfGE 9, 338 für die Hebammen).

⁸⁷ So etwa beim Arbeitsvermittlungsmonopol: Arbeitsvermittlung durch Private im Auftrag der Bundesanstalt, beim Verwahrungsmonopol für Kernbrennstoffe: Ausnahmen von der Depotpflicht, beim bergrechtlichen Staatsvorbehalt: „Verleihung“ oder privatrechtlicher Vertrag, beim Fernmelde-monopol: „Verleihung“, insb. als „Rundfunkgenehmigung“, beim Eisenbahn-monopol: „Erklärung“ gem. § 4 Abs. 2 AEG, beim Branntweinmonopol: „Gestattung“ gem. § 22 Abs. 1 BrMonG.

⁸⁸ So Huber WVerwR I § 46 III 1 und § 47 (ähnlich List Energierecht S. 70 f. und Verwaltungsrecht technischer Betriebe S. 68 ff.), der deshalb von „Bergbauprivilegien“ und „Fernmeldeprivilegien“ spricht, zugleich aber auch die durch Gesetz erfolgte Delegation des Zündwarenmonopols auf die Monopologesellschaft als „Privileg“ auffaßt, obwohl dort eine Monopoldurchbrechung gar nicht vorliegt. Gegen das „Privileg“ Hubers auch Vogel S. 72 ff. sowie (unausdrücklich) Wolff, VerwR II, 1962, § 104 I e 6.

⁸⁹ Krüger Grundfragen S. 58; Maunz in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer a.a.O. (Anm. 53) S. 451; Neugebauer § 2 FAG Anm. 2. — Zu der Frage, ob die Konzession ihrerseits ausschließlichen Charakter haben kann: Krüger Rundfunk S. 124 ff., insb. S. 131.

⁹⁰ Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Konzession besteht z. B. im Falle des § 2 Abs. 2 Satz 2 FernmAnlG.

brechungsvorbehalt entspricht am ehesten der wegerechtlichen Straßenhoheit mit der Möglichkeit einer Sondernutzungserlaubnis, wirkt sich in seiner Rechtsfolge aber nicht anders aus als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Die bereits erwähnte Bezeichnung des Konzessionärs als Inhaber eines „Monopolergänzungsberufs“ ist auf Art. 12 Abs. 1 GrundG zugeschnitten und hilft auch dort nicht viel weiter. Denn der entscheidende und an Art. 12 Abs. 1 zu messende Vorgang oder Zustand ist die Begründung oder der Fortbestand des Verwaltungsmonopols selbst.

2. Auswirkungen eines Verwaltungsmonopols gegenüber Empfängern der Monopolleistungen

85.— Max Aschenborn/Karl Schneider, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, 2. Aufl., 1928; Joachim Aubert, Fernmelderecht, 2. Aufl., 1962; Erich Bering, Eine Untersuchung über die rechtlichen Grundlagen der Berufsberatung und Berufsnachwuchslenkung, Diss. Erlangen 1960; Johannes Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, Iherings Jahrbücher 32 (1893), 267—322; Martin Breyer, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961; Hartwig Bülick, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht, Untersuchungen zum Begriffswandel der Vertragsfreiheit, 1940; Hermann Carl, Monopolstellung und Abschlußzwang des Versorgungsunternehmers, JW 1934, 1946—1950; Otto Dambach/Ernst von Grimm, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, 6. Aufl., 1901, Nachtrag 1904; Johannes Depenbrock, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, 1961; Kurt Draeger/Heinz Buchwitz/Erwin Schönefelder, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1961; Georg Eger/Kurt Gordan, Post-, Telegraphen- und Telephonrecht, 1909; Ernst Eiser/Johann Riederer, Energiewirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1958; Josef Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960; Walter Eucken, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, Ordo II (1949), 1—99; Hans Fischerhof, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305—316; Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 135—238; Karl Friedrichs, Anschlußzwang, RVerwBl 1934, 770—772; Fuld, Monopole und Kontrahierungszwang, Recht 1906, 1187—1188; Walter Hamm, Kollektiveigentum, 1961; Werner Haustein (Hrsg.), Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960; Justus Wilhelm Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929; H. Hellmuth, System des deutschen Post-, Telegraphen- und Fernsprech-Verkehrsrechts im Grundriß, 1929; Karl Helmreich/Julius Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, 1959; Wilhelm Hergt, Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß, insbesondere bei Monopolen, Diss. Erlangen 1931; Josef Hölzl, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 3. Aufl., 1960; Werner Horstmann, Entwicklung und Inhalt der Beförderungspflicht, Die Bundesbahn 27 (1953), 799—805; Karl Hurst, Gemeindeeinrichtungen, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, 2. Band, 1957, S. 833—900; Hanns Kerrl/Weidemann, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 2. Aufl., 1937; Walter Klebe, Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, Diss. Marburg

1960; Walter Kohl, Das Prinzip der Gemeinwirtschaftlichkeit im deutschen Postwesen, Jahrbuch des Postwesens 9 (1959), 64—95; Hans Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961; Kurt Kottenberg, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl., 1961; Theodor Krebs, Verkehrsrecht und Verkehrswirtschaft, 1960; Herbert Krüger, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wasser-gesetzgebung, Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft Heft 3, o. J.; ders., Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, 1960; Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, neu bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 11. Aufl., 1956, I. Band; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 4. Aufl., 1960; Oswald Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956; Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Friedrich List, Energierecht, 2. Aufl., 1952; Walter Lucas, Die Anschluß- und Versorgungspflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach dem Energiewirtschaftsgesetz, 1939; Christoph Masson, Bayerische Kommunalgesetze, 2. Aufl., 1961; F. Meili, Das Telephonrecht, 1885; Ulrich Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, 1954; Erich Molitor, Zur Theorie des Vertragszwangs, Iherings Jahrbücher 73 (1923), 1—32; Hans Muntzke/Hans Schlempp, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, 1954; Hans Nawiasky, Deutsches und österreichisches Postrecht — Der Sachverkehr, Erster Teil: Die allgemeine Rechtsstellung der Post, 1909; Eberhard Neugebauer, Fernmelderecht mit Rundfunkrecht, 3. Aufl. des „Funkrechts“, 1929; Arthur Niggel, Deutsches Postrecht, 2. Aufl., 1931; Hans Carl Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920; ders., Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, 1929; ders., Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930; Oelpke (Hrsg.), Gesetzessammlung für den Post- und Fernmeldedienst, Loseblattsammlung; Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1—8; ders., Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 101—134; ders., Kontrahierungszwang im Monopolrecht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, hrsg. vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1961, II, 523—535; Harold Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 2. Aufl., 1958; Emil Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, 2. Aufl., 1922, 3. Band: Die Eisenbahnen; Friedrich-Karl Surén, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Band II: Gemeindefirtschaftsrecht, 1960; ders./Wilhelm Loschelder, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 1940; Klaus Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959; Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. von Helmut Arndt, SchrVfS n. F. 20 (1960).

86.— Die meisten Verwaltungsmonopole haben Tätigkeiten zum Gegenstand, die unmittelbar auf die Erbringung bestimmter Leistungen gerichtet sind¹. Diese können wirtschaftlicher Art sein: dann tritt der Monopolträger auf einem Markt als marktbeherrschendes Unternehmen auf und besitzt den Nachfragenden gegenüber ein Übergewicht, sie können aber — weit seltener — auch nicht-wirtschaftlicher Art sein²: dann sind die Leistungsempfänger ebenfalls einer sie beschränkenden

¹ Dies gilt z. B. nicht für den bergrechtlichen Staatsvorbehalt.

² So z. B. beim Rundfunkmonopol.

Unentrinnbarkeit ausgesetzt. Die typischen Mißbräuche, die eine Monopolstellung zu Lasten der potentiellen Leistungsempfänger ermöglicht, sind die Abschlußverweigerung und die Benachteiligung durch aufgezogene Leistungsbedingungen³. Privatrechtlich gedacht, handelt es sich dabei um Einschränkungen der Vertragsfreiheit des die Monopolleistung Nachfragenden, wirtschaftstheoretisch gedacht, um Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen durch einen geschlossenen Markt und folgeweise um eine Störung des modelltheoretischen Marktmechanismus.

Die Korrektur des Monopolmißbrauchs erfolgte zunächst auf dem Boden und mit den Mitteln des Privatrechts durch die Vorstellung eines sittenwidrigen Mißbrauchs der Vertragsfreiheit, aus der ein mittelbarer und in neuerer Zeit zunehmend ein unmittelbarer Kontrahierungszwang und die Unzulässigkeit knebelnder Geschäftsbedingungen abgeleitet wurden. Diese Grundsätze wurden auch auf die Monopole der öffentlichen Hand übertragen, und zwar nicht nur bei privatrechtlichen, sondern auch bei öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnissen.

Diese Methode ist dem Einwand ausgesetzt, daß die Verwaltung bei der Darbringung von Leistungen, sofern sie nicht (rein) erwerbswirtschaftlich handelt, nicht ohne weiteres unter dem Blickwinkel der Privatautonomie betrachtet werden kann; denn auch wirtschaftend und selbst bei Verwendung privatrechtlicher Formen verfolgt die Verwaltung Verwaltungszwecke, wodurch sie sich von privaten Rechtsträgern, die gleiche Leistungen erbringen, unterscheidet. In der Verwaltungstheorie, aber auch in der Privatrechtstheorie, rückt deshalb bei faktischen Monopolen der öffentlichen Hand und bei Verwaltungsmonopolen der Daseinsvorsorge⁴ der Gesichtspunkt in den Vordergrund, daß deren rechtliche Beurteilung nicht daran anzuknüpfen habe, daß eine Monopolstellung besteht, sondern daran, daß Verwaltung ausgeübt wird.

Damit, daß die Auswirkungen eines Verwaltungsmonopols auf die Empfänger seiner Leistungen als Äußerungen von Verwaltung zu verstehen sind, ist noch nicht gesagt, daß sie auch in allen Fällen den Normen des geschriebenen oder ungeschriebenen Verwaltungsrechts unterliegen. Es kann zwar als allgemein gebilligter Grundsatz gelten, daß ein Rechtsträger, dem ein Verwaltungsmonopol zusteht, hinsichtlich der von ihm prästierten Leistungen einem Leistungszwang unterworfen ist, doch gehen die Ansichten über die dogmatische Begründung und über die Rechtsnatur des korrespondierenden Leistungsanspruches im allgemeinen wie in den einzelnen Anwendungsbereichen sehr auseinander.

³ Z. B. durch Koppelungsgeschäfte oder durch Haftungsbeschränkungen.

⁴ Dieser Begriff in dem oben, Textziffer 71, dargelegten, weiten Sinn verstanden.

Die Ursache dieser störenden Unsicherheit ist der Umstand, daß die Monopolsubjekte nicht nur in verwaltungsrechtlichen, sondern auch in privatrechtlichen Organisationsformen errichtet, daß die Leistungsverhältnisse auch bei den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht notwendig öffentlich-rechtlich und daß endlich die Leistungsträger gelegentlich auch verwaltungsfremde Private sind. Die Meinungsverschiedenheiten über den Leistungsanspruch gegen ein Monopolsubjekt sind nur das Epiphänomen der noch ganz im Fluß befindlichen Kontroversen über das „Verwaltungsprivatrecht“, also letzten Endes der noch ungesicherten Axiome und Ableitungsprinzipien des nachliberalen Verwaltungsrechts.

Während ein Verwaltungsmonopol gegenüber den Leistungsempfängern als Angebotsmonopol in Erscheinung tritt, wird es in einigen Fällen, vor allem wenn es sich um ein Zwischenhandelsmonopol handelt, der vorgeordneten Phase des Produktionsbereichs gegenüber als Nachfragemonopol wirksam. In dieser Eigenschaft sind ihm gelegentlich Herstellungsvorschriften als Lenkungsinstrumente gegeben⁵. Durch diese sind verschiedenartige öffentlich-rechtliche Pflichten zu Lasten der Produzenten begründet, so etwa bei den Zwangssyndikaten der Sozialisierungsgesetze und bei der Zündwarenmonopolgesellschaft. Die wirtschaftliche Funktionsfähigkeit der Einfuhr- und Zwischenhandelsmonopole setzt Andienungs- und Ablieferungspflichten voraus, welche den Produzenten oder Importeuren als öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt sind⁶. Die Erfüllung dieser Pflichten läßt das Übernahmeverhältnis entstehen, dessen wesentlicher Inhalt der Anspruch des Abliefernden auf den Übernahmepreis ist. Dieses Übernahmeverhältnis wurde früher, auch unter dem Eindruck der in den dieses Rechtsverhältnis regelnden gesetzlichen Vorschriften benutzten zivilrechtlichen Termini, als privatrechtlicher „Zwangskauf“ verstanden; richtiger Ansicht nach liegt in der Regel ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vor⁷, das in gewisser Parallele zum Steuerschuldverhältnis gesehen werden kann. Aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Monopols kann allerdings in diesen Fällen nur die öffentlich-rechtliche Natur der Ablieferungspflicht selbst und des diese etwa determinierenden Kontingents („Beteiligungsziffer“) geschlossen werden⁸. Die Rechtsnatur des Übernahmeverhältnisses dagegen wird nicht mit Notwendigkeit durch den öffentlich-rechtlichen Charakter des Monopols bestimmt⁹; denn es

⁵ Vgl. *Huber WVerwR* II § 85.

⁶ Vgl. *Bülck* S. 65 ff.; *Huber WVerwR* I § 43 III 3 bis 5.

⁷ So bei den Einfuhrstellen der Marktordnungsgesetze und beim Zündwarenmonopol. Ein zweistufiges öffentlich-rechtliches-privatrechtliches Ablieferungsverhältnis ist dagegen bei den Monopolmolkereien anzunehmen.

⁸ Dies aber auch bei privatrechtlicher Organisation des Monopolsubjekts (*Huber WVerwR* I § 43 III 4 b).

⁹ So aber *Huber WVerwR* I § 43 III 5 c.

besteht außerhalb des hoheitlichen Tätigwerdens der Verwaltung keine apriorisch dem „Wesen“ des Verwaltens zu entnehmende Rechtsform für dessen Ausübung. Vielmehr ist im Einzelfall an Hand der einschlägigen gesetzlichen Regelung festzustellen, ob Verwaltung in öffentlich-rechtlicher oder in privatrechtlicher Form stattfindet.

87.— Die in der Privatrechtstheorie entwickelten Grundsätze über den „*Monopolmißbrauch*“, deren positivrechtlicher Anhaltspunkt die §§ 138 Abs. 1, 826 BGB sind, sind sehr wesentlich durch die Kasuistik der reichsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰ beeinflusst. Ihre Bedeutung ist seit neuerem durch die einschlägigen Bestimmungen des GWB erheblich gesunken.

Bereits um die Jahrhundertwende stellte das Reichsgericht, ausgehend davon, daß § 826 BGB die Zweckbestimmung habe, den illoyalen Schädigungen im Verkehrsleben wirksam entgegenzutreten, den Satz auf, daß eine Abschlußverweigerung ein Verstoß gegen die guten Sitten sein könne, wenn sie zum Zwecke unlauteren Wettbewerbs erfolge¹¹. Die Auffassung, die das OLG Hamm in einem Urteil aus dem Jahre 1912 aufstellte¹², daß mit dem tatsächlichen Monopol eines gemeindlichen Versorgungsunternehmens ein Kontrahierungszwang zu den allgemein gültigen Bedingungen korrespondiere, blieb in dieser generellen Form zunächst vereinzelt. Das Reichsgericht lehnte die generelle Korrelation von Monopol und Abschlußpflicht 1926¹³, sogar für ein rechtliches Monopol, ab: Ein Abschlußzwang sei eine außerordentliche Maßnahme und eine Abweichung von dem sonst im Rechtsleben herrschenden und auch verfassungsmäßig niedergelegten Grundsatz der Vertragsfreiheit. Deshalb korrespondiere einem rechtlichen Monopol nicht ohne weiteres ein Kontrahierungszwang, dieser bestehe nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung. Im übrigen könne zwar der sittenwidrige Mißbrauch einer Monopolstellung eine den Inhaber derselben zum Schadensersatz verpflichtende Handlung sein, ob sie aber auch zu einem Abschlußzwang führen könne, sei zweifelhaft und könne hier dahingestellt

¹⁰ Zu dieser Rspr. die folgenden Zusammenstellungen und Analysen: *Ballerstedt* in: Die Konzentration in der Wirtschaft S. 866 f.; *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar Vorbem. zu §§ 22—24 RNr. 8; *Bülck* S. 39 ff.; *Carl*; *Hedemann* S. 73 f.; *Huber* WVerwR I § 39 I 2; *Lehnick* S. 299; *Lucas* S. 18 f.; *Meyer-Cording* S. 8 ff.

¹¹ RGZ 48, 114 (Ist § 826 BGB in dem Fall anwendbar, wenn eine Dampfschiffahrtsgesellschaft im Konkurrenzkampf mit anderen Transportunternehmen über eine am Unternehmen der Gegner beteiligte Geschäftsfirma als Zwangsmittel die Ausschließung von ihren allgemeinen Frachttarifen verhängt?).

¹² OLG 27, 248.

¹³ RGZ 115, 253 (ein Abschlußzwang der Branntweinmonopolverwaltung zur Lieferung unverarbeiteten Branntweins ergibt sich weder aus § 87 Brw-MonG noch ohne weiteres aus der Monopolstellung). Dieses Urteil ist durch BFH 55, 425/431 überholt.

bleiben¹⁴. In der oft zitierten Entscheidung zur Abschlußverweigerung des Bochumer Stadt-Theaters gegenüber einem Theaterkritiker¹⁵ knüpfte das Reichsgericht an RGZ 115, 253 an, bekräftigte erneut, daß auch bei einem Monopol der Grundsatz der Vertragsfreiheit es verbiete, ohne gesetzliche Grundlage einen Kontrahierungszwang anzunehmen, und erklärte in Fortführung von RGZ 115, 253, daß je nach Lage des Einzelfalles die Verletzung des § 826 BGB mittelbar einen Abschlußzwang erzeugen könne. Das Reichsgericht setzte sich hier auch damit auseinander, ob die Eigenschaft des Monopolisten als einer öffentlichen Anstalt einen Abschlußzwang bewirke; es verneinte diese Rechtsfolge damit, daß auch hier der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelte, und daß die einzelnen gesetzlichen Vorschriften über einen Abschlußzwang bei öffentlichen Anstalten nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, sondern Ausnahmenvorschriften vom Grundsatz der Vertragsfreiheit seien.

Das Reichsgericht hat bis zuletzt an der Konstruktion des aus § 826 BGB zu folgernden und daher nicht ohne weiteres aus einer Monopolstellung ableitbaren, mittelbaren Kontrahierungszwanges festgehalten. Immerhin läßt sich aus einer Reihe von Entscheidungen¹⁶ entnehmen, daß es eine Abschlußverweigerung durch einen Monopolisten, der unentbehrliche Leistungen anbietet, grundsätzlich bereits als solche für

¹⁴ In späteren Urteilen hat diese Frage eine praktisch bejahende Antwort in der Weise gefunden, daß für Monopolbetriebe bei sittenwidrigem Monopolmißbrauch ein durch die Verpflichtung zum Schadensersatz mittelbar wirkender Zwang zu einem Abschluß unter den allgemeinen Bedingungen des Monopolinhabers bestünde. Vgl. RGZ 132, 273 (Elektrizitätswerk); 142, 85 (städt. Wasserwerk); 143, 24 (elektr. Kraftwerk); 148, 326 (städt. Versorgungsbetrieb); 148, 326, 364 (reversmäßige Vertriebsbindung durch 4711); 155, 257 (Boycott). Diese Anerkennung eines mittelbaren Kontrahierungszwanges ist bereits aus RGZ 62, 264 (Haftungsausschluß durch die Betriebsordnung des Kaiser-Wilhelm-Kanals) gefolgert worden (so in dem Aufsatz von *Fuld*). Die uneingeschränkte Formulierung in RGZ 132, 273, daß aus der Monopolstellung eines Elektrizitätswerkes ein Kontrahierungszwang folge, ist offenbar auch in diesem modifizierten Sinn zu verstehen. In diesem Urteil war der Monopolmißbrauch darin zu sehen, daß das Unternehmen eine Stromsperre für den Fall ankündigte, daß seine Forderungen im Konkurs nicht als Masseschulden anerkannt würden. Der Kern des Falles ist somit nicht die Abschlußverweigerung schlechthin, sondern das Koppelungsgeschäft.

¹⁵ RGZ 133, 388.

¹⁶ Der Gesichtspunkt, daß der Inhaber eines für den Verkehr unentbehrlichen Gewerbes als Monopolist nicht allein seinen Nutzen verfolgen dürfe, sondern daß sich für ihn auch „eine gewisse Gebundenheit hinsichtlich der Vertragsbestimmungen“ ergebe, ist in RGZ 99, 107 (betr. Haftungsbeschränkungen kartellierter Spediteure) näher ausgeführt. Er klingt in RGZ 132, 273 an und findet in RGZ 148, 364 („4711“) Ausdruck in der Formulierung, daß ein Monopol eine „Pflicht zur Eingehung geschäftlicher Beziehungen“ erzeuge, wenn durch die von dem Inhaber der Monopolstellung veranlaßte Verhinderung des uneingeschränkten Vertriebs seiner Erzeugnisse die Belange der Allgemeinheit oder — insb. dann, wenn es sich um die Befriedigung notwendiger Lebensbedürfnisse handeln würde — auch nur des einzelnen verletzt oder gefährdet würden.

den Tatbestand des Monopolmißbrauchs genügen ließ, wenn nicht ein besonderer, die Verweigerung rechtfertigender Grund vorlag.

In bezug auf die Aufoktroierung lästiger Abschlußbedingungen nehmen vor allem Freizeichnungsklauseln und Koppelungsgeschäfte einen großen Raum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein. In einem Urteil von 1906¹⁷ wurde der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß die Ausnutzung einer Monopolstellung durch Auferlegung unbilliger und unverhältnismäßiger Opfer einen sittenwidrigen Monopolmißbrauch darstelle; der vertragsmäßige Haftungsschluß wurde hierzu gezählt. In einer später zu einer Haftungsbeschränkung durch kartellierte Spediteure ergangenen Entscheidung¹⁸ wird, auf RGZ 62, 264 aufbauend, die Ausnutzung einer Monopolstellung zu einer „Fesselung des Verkehrs“ mißbilligt, zugleich aber Gewicht auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit gelegt, von dem grundsätzlich auch zu Lasten eines Monopolisten keine Ausnahme gelte. Nur wenn „ganz besondere Umstände“ vorlägen, verstoße eine Haftungsbeschränkung seitens eines Monopolisten gegen die guten Sitten¹⁹.

Koppelungsgeschäfte wurden nicht als solche für sittenwidrig erklärt. So wurde das vertragliche Installationsmonopol einer Überlandzentrale für Elektrizität nicht beanstandet, weil es nur die Folge des erlaubten wirtschaftlichen Kampfes sei, wenn bestimmte Dritte durch das monopolistische Vorgehen geschädigt würden²⁰. Nur wenn den Abnehmern unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorgeschrieben würden²¹, läge der Mißbrauch einer Monopolstellung vor. Ein solcher Mißbrauch wurde dann für eine durch das Elektrizitätswerk verhängte

¹⁷ RGZ 62, 264 (Unzulässigkeit des in § 1 Abs. 2 der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal den Benutzern abverlangten Haftungsverzichts für alle Schäden); zu diesem Urteil der Aufsatz von *Fuld*. Das RG leitete die Unwirksamkeit der Freizeichnungsklausel zusätzlich auch daraus ab, daß sie der gesetzlich festgelegten Bestimmung des Kanals, dem allgemeinen Verkehr als öffentliche Wasserstraße zu dienen, widerstreite.

¹⁸ RGZ 99, 107.

¹⁹ Mit Freizeichnungsklauseln verschiedener Art befaßten sich, auf der Grundlage von RGZ 99, 107, zahlreiche folgende Entscheidungen: RGZ 102, 396 (Freizeichnung für grobes Verschulden leitender Angestellter einer AG, die im Transportgewerbe eine gewisse Monopolstellung einnimmt, ist unerlaubt); 103, 82 und 106, 386 (Freizeichnung aller Frachtführer eines Bezirks für eigene Fahrlässigkeit ist unerlaubt); 115, 218 (Haftungsbeschränkungen in den von Unternehmerverbänden aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen); 117, 102 (Haftungsbeschränkungen im Luftbeförderungsvertrag: Da die Allgemeinheit nicht auf die Benützung der Luftfahrtunternehmen angewiesen sei, fehle es an der Monopolstellung — so 1925). Der BGH hat diese Rspr. des RG fortgesetzt (NJW 1956, 1065: Freizeichnung durch Schleppdampferreeder, hierzu *Dilcher* NJW 1960, 1042; NJW 1959, 1423: Freizeichnung durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen; NJW 1962, 1195). Freizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden nach § 242 BGB beurteilt (BGH NJW 1963, 99).

²⁰ RGZ 79, 224. Zur monopolistischen Schädigung von Konkurrenten auch RGZ 128, 92.

²¹ Wiederholung des in RGZ 62, 254 aufgestellten Grundsatzes.

Stromsperre bejaht, durch die die Anerkennung rückständiger Stromschulden eines Gemeinschuldners als Masseschulden erzwungen werden sollte²².

Letztlich wurde die Möglichkeit eines Monopolmißbrauchs durch überhöhte Abgabepreise eines Elektrizitätswerks in Betracht gezogen²³.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war gewiß geeignet, eine Disziplinierung des vertraglichen Verkehrs zu bewirken. Doch war die vorsichtige und umständliche Konstruktion eines über § 826 BGB zu gewinnenden mittelbaren Kontrahierungszwanges dogmatisch unbefriedigend. Vollends kann die in eben diese Schablone gepreßte Beurteilung des Verhaltens von Monopolunternehmen der öffentlichen Hand nicht als sachgemäß angesehen werden.

In der Zivilrechtstheorie wirkte vor allem²⁴ die 1920 erschienene Arbeit von *Nipperdey* „Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag“ bahnbrechend, die den Schritt über die reichsgerichtliche Rechtsprechung hinaus tat, daß der Kontrahierungszwang²⁵ unmittelbar aus § 826 BGB entnommen wurde. *Nipperdey* ging von der Vertragsfreiheit aus, die die Abschlußfreiheit impliziere, dadurch aber zu einer Gefährdung lebenswichtiger Interessen der Gemeinschaft führen könnte. Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag seien die rechtlichen Mittel, um diese Gefährdung zu verhindern. Wenn nun zwar das ihn fordernde soziale Interesse der innere Grund des Kontrahierungszwanges sei, so sei aber doch aus rechtsstaatlichen Gründen für einen derartigen Eingriff in die Vertragsfreiheit stets eine gesetzliche Grundlage zu postulieren.

²² RGZ 123, 273. Ebenso LG Berlin JW 1934, 1985 (ein Wasserwerk darf die Weiterbelieferung eines in der Zwangsversteigerung befindlichen Grundstückes nicht davon abhängig machen, daß der Gläubiger vorher die Wassergeldrückstände des Subhastaten bezahlt). Zu diesem Problemkreis die Studie von *Nipperdey* Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch. Das LG Münster (MDR 1952, 292 mit zust. Anm. von *Neumann-Duesberg*) sah eine sittenwidrige Monopolausnutzung darin, daß die Stadtwerke einem Hauseigentümer Stromsperre androhten, wenn er nicht die Kosten für einen neuen, infolge Übergangs von Gleichstrom zu Wechselstrom auszuwechselnden Anschluß trüge.

²³ RGZ 111, 310. Zur Frage des Monopolmißbrauchs bei der Festsetzung eines (privatrechtlichen) Nutzungsentgelts für eine Sondernutzung: BGHZ 19, 85/93 f.

²⁴ Die kleineren Untersuchungen von *Biermann* und *Molitor* waren nicht so einflußreich. *Biermann* begründete seine These, daß dem rechtlichen Monopol ein Kontrahierungszwang entspreche, aus dem Verkehrsbedürfnis und dem Zweck des monopolisierenden Gesetzes; für faktische Monopole verneinte er einen Abschlußzwang. *Molitor* versuchte die üblicherweise als Vertragszwang betrachteten Fälle als solche eines unmittelbaren Leistungszwanges ohne dazwischentretenden Zwangsvertrag darzutun.

²⁵ Dieser wurde von *Nipperdey* definiert als die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne dessen Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von dritter Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen (S. 7 ff.).

Diese sei, neben den gesetzlich geregelten Einzelfällen, allgemein in § 826 BGB zu finden²⁶.

Die Schwäche dieses Gedankenganges liegt in der Auffassung der *Vertragsfreiheit* als totaler Abschlußfreiheit, in die, sozusagen in den unbeschränkten Freiheitsraum von außen eindringend, durch den Abschlußzwang „eingegriffen“ würde. Dementsprechend verblieb es bei § 826 BGB als Angelpunkt. Um dem zu entgehen, versuchte *Hergt* einen für Monopole gewohnheitsrechtlich geltenden Kontrahierungszwang zu begründen²⁷. *Bülck*²⁸ dagegen streifte im Sinne des Satzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ die Bindung an gesetztes Recht ab und entwickelte gegen die schrankenlose Vertragsfreiheit der liberalen Rechtsbetrachtung, zu dem der Kontrahierungszwang als bloße gleichsam mechanische Beschränkung willkürlicher Selbstbestimmung korrespondierend ausgestaltet sei, polemisch und antiindividualistisch eine „geordnete“ Vertragsfreiheit, in der immanent die Abschlußpflicht enthalten sei. Dementsprechend ließ *Bülck* für die Abschlußpflicht nicht den Monopolmißbrauch entscheidend sein, sondern die mit einer bestimmten Stellung im Rechts- und Wirtschaftsleben verbundene soziale Aufgabe des Rechtsgenossen, seine Pflicht zur Versorgung²⁹.

Axiom und Folgerungen *Bülcks* sind durch ihren zeitgebundenen ideologischen Grundzug nicht verwertbar, doch ist sein Ansatz, daß es auf ein richtiges Verständnis der Vertragsfreiheit ankomme, von weiterführender Tragweite. Die Neuformulierung des Prinzips der Vertragsfreiheit auf der Grundlage ihrer sozialen Voraussetzungen und mit Hilfe der Einsicht in die wirtschaftliche Funktion des Vertrages führte zu einer rechtssystematisch befriedigenden Lösung für die rechtliche Beurteilung der Abschlußverweigerung und der sonstigen monopolistischen Praktiken. Die Einräumung der Vertragsfreiheit, die Abschlußfreiheit und Freiheit der inhaltlichen Gestaltung der abzuschließenden Verträge enthält³⁰, durch die Rechtsordnung hat das Vorhandensein einer mehr oder weniger wirksamen Konkurrenz zwischen im wesentlichen wirtschaftlich gleich starken Partnern zur sozialen Voraussetzung³¹. Diese durch das Prinzip der Vertragsfreiheit mitgesetzten

²⁶ Vgl. auch *Nipperdey* Stromsperre S. 22 ff. Diese Erfassung des Kontrahierungszwanges und die Forderung eines sittenwidrigen Monopolmißbrauchs (§ 826 BGB) als seine Tatbestandsvoraussetzung wird von *Nipperdey* auch heute vertreten (vgl. *Enneccerus* § 162 IV 2 und 4, § 191 III und IV, § 192 IV).

²⁷ *Hergt* Diss.

²⁸ *Bülck*.

²⁹ Ebenso: *Esser* § 11, 1; *Larenz* I § 5 I a. Kritisch zu dieser Konstruktion: *Raiser* Kontrahierungszwang S. 526 f.

Im italienischen Recht statuiert art. 1679 cod. civ. einen Abschlußzwang für Versorgungsbetriebe und Verkehrsanstalten.

³⁰ *Larenz* I § 5.

³¹ Vgl. *Eucken* WPol S. 51 f., 279; ders. Wettbewerbsordnung S. 56 f.; *Ballerstedt* in: Die Konzentration in der Wirtschaft S. 845 („soziale Funktion“ der Vertragsfreiheit); *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 82;

Bedingungen bestimmen es inhaltlich und wirken als immanente Grenzen der konkret ausgeübten Vertragsfreiheit fort. Das bedeutet, daß die sich aus der Vertragsfreiheit ergebenden Befugnisse in dem Maß geringer werden, wie durch die wirtschaftliche Machtstellung des Berechtigten die vertragliche Gestaltungsfreiheit des Kontrahenten reduziert wird³².

Dieses Verständnis der Vertragsfreiheit aus ihrer Funktion in der Wirtschaftsordnung und aus ihrer Abhängigkeit von der sozialen Stellung der Kontrahierenden, das den Rückgriff auf die Figur des „sittenwidrigen“ Monopolmißbrauchs erübrigt, liegt der Kodifizierung der Schutzbestimmungen gegen wettbewerbsstörendes und benachteiligendes Verhalten von Monopolisten im GWB zugrunde. Das GWB, gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen vom Mißbrauchsprinzip geleitet, läßt Rechtsfolgen nicht ohne weiteres aus der Monopolstellung hervorgehen, sondern wendet sich nur gegen die mißbräuchliche Marktstrategie des Monopolisten, aktualisiert also die immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit. § 26 Abs 2 GWB (Diskriminierungsverbot) verbietet die ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung bestimmter Marktteilnehmer durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, statuiert somit einen Kontrahierungszwang, sofern nicht ein sachlicher Grund für die Abschlußverweigerung besteht³³. Zusätzlich erwächst dem Diskriminierten nach Maßgabe des § 35 Abs. 1 GWB ein Schadensersatzanspruch³⁴. Nach Wortlaut und Stellung im Gesetz betrifft § 26 Abs. 2 GWB allerdings nur das Verhalten gegenüber anderen Unternehmen, versagt also gegenüber Konsumenten³⁵. Der Monopolmißbrauch³⁶ des marktbeherrschenden Unternehmens diesen sowie sonstigen Abnehmern gegenüber kann kartellrechtlich durch eine Beanstandung der Kartellbehörde gem. § 22 Abs. 4 GWB korrigiert werden³⁷. Diese ist aber nur in bestimmten in § 22 Abs. 3 GWB aufgezählten Mißbrauchsfällen zu-

Kollmar S. 121 ff., 158 f.; *Lehnic* S. 220 ff., 292 ff.; *Meyer-Cording* S. 6 ff.; *Raiser Vertragsfreiheit* S. 2 ff.

³² Vgl. *Flume* S. 144; *Larenz* I § 5 (hinsichtlich der Rechtsfolgen mit Ausnahme der Versorgungsträger aus § 826 BGB argumentierend); *Leisner* S. 230 ff. („Unentrinnbarkeitssituation“); *Raiser Vertragsfunktion* S. 106, 129 ff.; ders. *Vertragsfreiheit* S. 3 (bei fehlendem Wettbewerb wird der Vertrag zum „Instrument der Herrschaft über den anderen Vertragsteil“); ders. *Kontrahierungszwang* (die Ausnutzung der Abschlußfreiheit ist in der Regel eine Praktik der Monopolstrategie).

³³ *Benisch* Gemeinschaftskommentar § 26 RNR. 47; BGH JZ 1962, 176/179; OLG Celle WuW 1959, 290. Abw. nimmt *Enneccerus* § 162 IV 2 nur einen über § 35 Abs. 1 GWB entstehenden mittelbaren Kontrahierungszwang an.

³⁴ Dessen Geltendmachung ist eine Monopolstreitsache im Sinne des § 87 GWB (OLG Neustadt WuW 1959, 288).

³⁵ *Benisch* Gemeinschaftskommentar § 26 RNR. 32; *Rasch* § 26 Anm. 4

³⁶ „Mißbrauch“ setzt kein finales Verhalten voraus, sondern nur das Vorhandensein einer objektiven Wettbewerbsverfälschung (*Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNR. 83; *Rasch* § 22 Anm. 10).

³⁷ Außerdem kann gem. § 35 Abs. 1 GWB ein Schadensersatzanspruch entstehen.

lässig, somit nicht bei einer bloßen Abschlußverweigerung³⁸. Der Schutz der Konsumenten gegen eine solche kann daher auch unter der Geltung des GWB nur nach den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen über den Kontrahierungszwang erfolgen.

88.— Der Schutz gegen Monopolmißbrauch ist in einer ganzen Anzahl von Fällen durch besondere Vorschriften der geschriebenen Rechtsordnung gewährleistet, von denen ein erheblicher Teil gerade einzelne Verwaltungsmonopole betrifft. Derartige Rechtssätze sind einerseits für größere Sachbereiche, so im Energiewirtschafts- und im Gemeinderecht, andererseits für Einzelmonopole, so im Post- und Eisenbahnrecht, zu finden. Darüber hinaus wird bei Verwaltungsmonopolen mangels ausdrücklicher Regelung ein ungeschriebener Abschlußzwang angenommen. Der innere Grund aller dieser Normen ist nicht durchweg und nur die Vorstellung, daß die Abschluß- und Gestaltungsfreiheit des Monopolisten nicht unbeschränkt sein könne, sondern liegt häufig in der Bedeutung der Monopoleistungen für die Allgemeinheit und auch im Gedanken der Gebundenheit der Verwaltung kraft ihres besonderen Sozialauftrages.

§ 6 Energiewirtschaftsgesetz statuiert eine „allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht“ für alle Unternehmen der öffentlichen *Energieversorgung* durch die Verwaltung oder durch Private³⁹. Der zugrundeliegende Leitgedanke war weniger der Ausgleich des bei Versorgungsunternehmen in der Regel vorhandenen Leitungsmonopols, als die bedeutende Funktion der Energieversorgung im Rahmen der Volkswirtschaft und die unausweichliche Angewiesenheit aller auf deren lebenswichtige Leistungen⁴⁰. Die Rechtsnatur des durch § 6 EWG begründeten Anspruchs ist streitig⁴¹. Die Stellungnahmen in diesem Streit sind offenbar

³⁸ Rasch § 22 Anm. 12. In der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung im GWB-Entwurf war eine Generalklausel vorgesehen und sollten die jetzt in § 22 Abs. 3 genannten Mißbrauchsfälle nur als Beispiele erwähnt sein. Diese Lösung setzte sich nicht durch (sie war schon in der Regierungsvorlage getilgt), so daß § 22 Abs. 3 als abschließende Enumeration anzusehen ist (vgl. *Bartholomeyczik* Gemeinschaftskommentar § 22 RNr. 75 a. E.).

Das italienische Recht besitzt in art. 2597 cod. civ. (obbligo di contrattare nel caso di monopolio) eine allgemeine Anordnung des Abschlußzwanges für die Fälle des rechtlichen Monopols (monopolio legale).

³⁹ Vgl. die Legaldefinition in § 2 Abs. 2 EWG.

⁴⁰ Vgl. *Bülck* S. 86; *List* Energierecht S. 114; *Lucas* S. 54.

⁴¹ Eine öffentlich-rechtliche Rechtsnatur, auch wenn der Verpflichtete ein Privater ist, nimmt *List* Energierecht S. 113 an; ihm folgen *Eiser/Riederer* § 6 EWG Anm. 3 b und 8 a; ebenso *Hölzl* Art. 23 Anm. II 5. *List* und *Eiser/Riederer* halten, von § 6 Abs. 5 abgesehen, für die Rechtsverfolgung dennoch den ordentlichen Rechtsweg für gegeben, dem der Anspruch, wie *Eiser/Riederer* aus § 6 Abs. 5 e contrario folgern, ausdrücklich zugewiesen sei. Für eine privatrechtliche Natur: *Lucas* S. 129 ff.; *Fischerhof* S. 307; *Maunz* VerwArch 1959, 315 ff. Das BVerwG (DÖV 1957, 319) ließ die Frage dahingestellt, entnahm jedoch aus § 6 Abs. 5, daß der Anspruch jedenfalls bei den dort genannten öffentlichen Einrichtungen einer Gemeinde öffentlich-rechtlicher Natur sei.

von der Haltung zu der übergeordneten Frage bestimmt, inwieweit die (privaten) Energieversorgungsunternehmen durch das EWG ihren privatwirtschaftlichen Charakter verloren haben. Doch kann daraus, gleichgültig wie die Grundsatzfrage beantwortet wird, nichts Zwingendes darüber hervorgehen, in welchen Rechtsformen sich die Energieversorgung vollzieht. Der Anspruch muß deshalb, je nachdem, ob das verpflichtete Unternehmen eine öffentliche Anstalt oder ein privatrechtlich organisierter Rechtsträger der Verwaltung oder Privater ist, als öffentlich-rechtlicher oder als privatrechtlicher eingeordnet werden.

Das *Gemeinderecht* sieht in den dem früheren § 17 Abs. 1 DGO nachgebildeten Vorschriften in den Gemeindeordnungen der Länder⁴² einen allgemeinen Benutzungsanspruch der Gemeindeangehörigen für die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und in den dem früheren § 73 DGO nachgebildeten Regelungen⁴³ ein gegen die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden gerichtetes Verbot von Koppelungsgeschäften vor.

Das in dem früheren § 17 Abs. 1 DGO den Gemeindeeinwohnern⁴⁴ eingeräumte Recht steht in keiner Beziehung zum Schutz vor Monopolmißbrauch, sondern ist ein dem Charakter der Gemeinden als Gebietskörperschaften entsprechendes, korporatives Recht der Gemeindeangehörigen. Dieses korporative Moment, angesichts der die moderne Zivilisation prägenden Stadt mit anonymen und fluktuierenden Bewohnern eher eine Reminiszenz, tritt gegenüber dem anstaltsrechtlichen Gehalt dieses Anspruches als Zulassungszwang ganz in den Hintergrund. Der Begriff der „öffentlichen Einrichtung“ soll diejenigen Einrichtungen umfassen, die eine Gemeinde unmittelbar oder mittelbar einer unbestimmten Öffentlichkeit ihrer Angehörigen im Vollzug eines Verwaltungszweckes zur Verfügung stellt. Ihm unterfallen daher erwerbswirtschaftliche Unternehmen⁴⁵ und sonstige Veranstaltungen nicht, die nicht unmittelbar einem Verwaltungszweck dienen sollen, sondern in denen sich lediglich der allgemeine Wohlfahrts- und Kulturauftrag der Verwaltung äußert⁴⁶. Aus dem Kriterium der unmittelbaren öffentlichen Zweckbindung folgt, daß die „öffentlichen Einrichtungen“

⁴² Zum Beispiel Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BayGemO; § 18 Abs. 2 GemO Nordrhein-Westfalen.

⁴³ Zum Beispiel Art. 81 BayGemO; § 77 GemO Nordrhein-Westf.

⁴⁴ Andere Personen besitzen einen Zulassungsanspruch jedenfalls nicht nach dieser gemeinderechtlichen Regelung (vgl. *Kerrl/Weidemann* § 17 Anm. 4; *Helmreich/Widtmann* Art. 21 Anm. 1; *Hölzl* Art. 21 Anm. 4; *Masson* Art. 21 GemO Anm. 3).

⁴⁵ Vgl. Ziff. 2 der AusfBest zu § 17 DGO.

⁴⁶ „Privateinrichtungen“ (*Muntzke/Schlempp* § 19 Anm. II 1 C und VI); „private Einrichtungen“ (*Helmreich/Widtmann* Art. 21 Anm. 2). — Der Begriff der „öffentlichen Einrichtung“ ist im übrigen sowohl hinsichtlich des Hauptmerkmals, als auch hinsichtlich einzelner Zuordnungen umstritten; vgl. *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, 1961, S. 57 ff.

zum Verwaltungs- und nicht zum Finanzvermögen der Gemeinde gehören und daß die gewählte Rechtsform der Organisation und selbst die Eigentumsverhältnisse an dem Substrat⁴⁷ nicht ausschlaggebend sind⁴⁸.

Der Anspruch der Gemeindeeinwohner, der sich auf die das Benutzungsverhältnis begründende Zulassung richtet⁴⁹, ist jedenfalls dann, wenn die öffentliche Einrichtung ein öffentlich-rechtlich organisiertes Substrat besitzt und wenn die Benutzung der Einrichtung öffentlich-rechtlich geregelt ist, ein subjektiv öffentliches Recht auf Erlaß eines Verwaltungsaktes⁵⁰. Auch wenn die Einrichtung öffentlich-rechtlich organisiert, das Benutzungsverhältnis aber privatrechtlich ausgestaltet ist, ist die Zulassung ein Verwaltungsakt und der Zulassungsanspruch öffentlich-rechtlicher Natur⁵¹. Endlich ist der Anspruch auch in dem Fall öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die öffentliche Einrichtung faktisch durch einen von der Gemeinde substituierten Privaten betrieben wird, das Benutzungsverhältnis aber mit der Gemeinde zustandekommt. Der Anspruch ist privatrechtlicher Natur, wenn die öffentliche Einrichtung eine Gesellschaft des Privatrechts (Eigengesellschaft) ist.

⁴⁷ Vorausgesetzt, daß die Gemeinde sich des verwaltungsfremden Unternehmens durch interne Vereinbarungen sozusagen als eines „Erfüllungsgelhilfen“ bedient und nach außen als Kontrahent der Begünstigten auftritt (vgl. *Muntzke/Schlempp* § 19 Anm. VII 3).

⁴⁸ Abw. *Helmreich/Widtmann* Art. 21 Anm. 2.

⁴⁹ Die Errichtung oder eine bestimmte Ausgestaltung der öffentlichen Einrichtung kann nicht begehrt werden (*Helmreich/Widtmann* Art. 21 Anm. 3; *Hölzl* Art. 21 Anm. 4 b; *Kottenberg* § 18 Anm. II).

⁵⁰ Die mehrfach vertretene Ansicht, daß der Zulassungsanspruch stets dem öffentlichen Recht angehöre (*Helmreich/Widtmann* Art. 21 Anm. 4 — diese Autoren nehmen allerdings die privatrechtlich organisierten Einrichtungen aus dem Begriff der öffentlichen Einrichtung aus; *Klebe* Diss. S. 58; *List* Energierecht S. 110; *Muntzke/Schlempp* § 19 Anm. XII und § 20 Anm. I 1; BayVerfGH VGHE n. F. 9 II 114/119 f.) schließt zu Unrecht vom „Wesen“ auf die Rechtsform der öffentlichen Einrichtung. Wird der Verwaltungszweck mithilfe einer privatrechtlich organisierten Eigengesellschaft erfüllt, kann die Zulassung kein Verwaltungsakt sein; denn ein beliehener Unternehmer könnte nur durch oder auf Grund Gesetzes geschaffen werden. Ist aber die Zulassung eine privatrechtliche Willenserklärung, ist kein Umstand vorstellbar, der die öffentlich-rechtliche Natur des Zulassungsanspruches begründen könnte.

⁵¹ Abw. *Deppenbrock* S. 55 ff.; *Masson* Art. 21 GemO Anm. 5; *Obermayer* in: *Mang/Maunz/Mayer/Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, S. 279. Der Begründung Obermeyers, zwischen Zulassung und Benutzungsverhältnis zu unterscheiden, zerreiße einen einheitlichen Lebensvorgang, läßt sich entgegenhalten, daß diese im Anstaltsrecht allgemein zugrundegelegte Unterscheidung auf der Eigentümlichkeit der öffentlichen Anstalt beruht, die anders als die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, nicht jedermann ohne besondere Zulassung offensteht (vgl. *Forsthoff* VerwR § 21 II; *Maunz/Dürig* Art. 1 Abs. 3 RNR. 137; *Wolff*, VerwR II, 1962, § 98 II i). Dieser den Weg zur Anstaltsnutzung öffnende Vorgang, der gelegentlich auch formalisiert ist, stellt eine aus dem Lebensverhältnis heraus verselbständigte Entscheidung dar.

Auch bei einer Anstalt mit rechtlichem Monopol kann das Benutzungsverhältnis privatrechtlich sein (*Forsthoff* VerwR § 21 II).

Das in dem früheren § 73 DGO aufgestellte Verbot für gemeindliche Monopolunternehmen will unsachliche Koppelungsgeschäfte verhindern und normiert so einen, wenn auch nicht unwesentlichen Ausschnitt aus den denkbaren Fällen des Monopolmißbrauchs⁵². Dieses Verbot gilt nur für die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde⁵³, enthält also nicht eine Norm für derartige gemeindliche Verwaltungsmonopole, deren Träger nicht am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen, wie etwa die Feuerbestattungsanlagen. Demnach kommt das Koppelungsverbot von den verschiedenen Gemeindemonopolen nur für die Wasserversorgungsanlagen in Betracht, sein Hauptanwendungsgebiet sind nicht die einer Gemeinde zustehenden Verwaltungsmonopole, sondern deren faktische Monopole. Die Verletzung des § 73 DGO führte nach dem früheren § 104 Abs. 2 DGO, dessen Inhalt in alle Gemeindeordnungen der Länder, mit Ausnahme Bayerns⁵⁴, übernommen worden ist, zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Von den zu Lasten der Träger eines Verwaltungsmonopols ausdrücklich festgelegten oder als ungeschriebene angenommenen Abschlußpflichten sind diejenigen von besonderer Bedeutung, denen die großen *Verkehrsanstalten* unterworfen sind. Diese sollen daher paradigmatisch ausführlicher als die übrigen⁵⁵ erörtert werden.

⁵² § 73 DGO richtete sich insb. gegen gemeindliche Installationsmonopole (vgl. Begr. zur DGO, zu § 73; *Landmann/Rohmer* § 1 Anm. 12; *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 311 f.).

Die Mißbilligung derartiger Koppelung von Verwaltungszwecken ist dogmatisch nicht aus der Lehre vom Monopolmißbrauch, sondern aus den ungeschriebenen Grundsätzen ordnungsmäßigen Verwaltens zu entwickeln (vgl. zu der Eigenart des Koppelungsgeschäfts: *Forsthoff* VerwR § 5, 3 und § 21 II 2; *Muntzke/Schlempp* § 104 Anm. III; *BayObLGZ* 1933, 131). Die an die Stelle des § 73 DGO getretenen Vorschriften der Gemeindeordnungen und die Vorschrift in § 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB besitzen somit rechtssystematisch unterschiedliche Grundlagen.

⁵³ *Hölzl* Art. 81 Anm. 1; *Kerrl/Weidemann* § 73 Anm. 2; *Kottenberg* § 77 Anm.; *Masson* Art. 81 GemO Anm. 1; *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 307 ff. — Die Anwendbarkeit des Verbots auf wirtschaftliche Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit wird vielfach verneint (*Helmreich/Widtmann* Art. 81 Anm. 1; *Masson* Art. 81 GemO Anm. 1; *Surén/Loschelder* § 73 Anm. 2 a). Diese dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Einschränkung (die *Muntzke/Schlempp* § 104 Anm. II nicht machen) ist um so weniger zu verstehen, als die zulässige wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden stets im öffentlichen Interesse erfolgt, also Verwaltung ist, so daß — ohne Rücksicht auf die Rechtsform — das Koppelungsverbot von diesem verwaltungsrechtlichen Aspekt her — und nicht unter dem des Monopolmißbrauchs — zu sehen ist.

⁵⁴ Die Rechtsfolge ist auch in Bayern keine andere, doch ist sie dort § 134 BGB zu entnehmen (*Hölzl* Art. 81 Anm. 5; *Masson* Art. 81 Anm. 3; *Surén* Gemeindegewirtschaftsrecht S. 911. Abw. *Helmreich/Widtmann* Art. 81 Anm. 2, der das Verbot als Anweisung an die Aufsichtsbehörde zum Einschreiten auffaßt).

⁵⁵ Für den Bundesschleppbetrieb besteht Beförderungspflicht, die *Krebs* S. 106 und *Nipperdey* Kontrahierungszwang S. 50 f. als Korrelat der Monopolstellung auffassen. Bei Einrichtungen, deren Verwaltungsmonopol einem Benutzungszwang entspringt, wird hieraus eine Zulassungspflicht abgeleitet

Die Post ist gemäß § 3 PostG zur Annahme und Beförderung postzwangspflichtiger wie sonstiger Postsendungen, die den Vorschriften über die Benutzung der Postanstalt entsprechen, verpflichtet⁵⁶. Dieser Leistungszwang kann weder in seinem ganzen Umfang⁵⁷, noch auch nur hinsichtlich der postzwangspflichtigen Sendungen⁵⁸ als Korrelat des Postmonopols betrachtet werden. Vielmehr ist der einheitliche Grund des Leistungszwanges aus dem Charakter der Post als einer Verkehrsanstalt der Leistungsverwaltung, die den Verwaltungszweck der Daseinsvorsorge verwirklicht, somit Verwaltung ausübt und deswegen an willkürlicher Behandlung der Destinatäre ihrer Leistungen gehindert ist, zu verstehen⁵⁹. Dasselbe Prinzip liegt dem Zulassungszwang zugrunde, dem die Post als Fernmeldemonopolanstalt gem. §§ 7, 8 FernAnlG für Fernmeldebenutzungs- und -teilnehmerverhältnisse unterworfen ist⁶⁰. Der Anspruch auf Zulassung zur Postbenutzung ist ein solcher des öffentlichen Rechts⁶¹; das ergibt sich weder daraus, daß

(*Forsthoff VerwR* § 21 II 1), so bei den Gemeindemonopolen (*Landmann/Rohrer* § 23 Anm. 3; *BayVGHE* n. F. 8, 15/19 f.) und den Versicherungsanstalten mit Bannrecht (*Huber WVerwR* I § 16 I 3 d). Gegenüber der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ist ein Anspruch auf Berufsberatung und auf Vermittlungsbemühung gegeben (*Bering* S. 62, 85; *Draeger/Buchwitz/Schönefelder* § 35 RNr. 6). Zum Kontrahierungszwang der Apotheken: *Breyer* § 1 Anm. 3. Für Monopolmolkereien legt § 1 Abs. 4 Milch- und FettG im Rahmen des Nachfragemonopols eine Abnahme- und legt § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes im Rahmen des Angebotsmonopols eine Lieferpflicht fest. Die Lenkungsfunktion der früheren ernährungswirtschaftlichen Reichsstellen und der jetzigen Einfuhrstellen der Ernährungsmarktordnung verbietet eine Übernahmepflicht; Abgabepflichten sind jedoch vorhanden (vgl. z. B. § 7 Abs. 1 MaisG). Für das Branntweinmonopol wurde eine Lieferungs- pflicht als ungeschriebener Rechtssatz aus dem Wesen dieses Monopols als Staatsmonopol entnommen (BFH 55, 425/431), während für das Zündwarenmonopol in § 9 Abs. 1 ZwMonG eine ausdrückliche Regelung besteht.

⁵⁶ Vgl. hierzu: *Hellmuth* S. 68 ff.; *Huber WVerwR* II Nachtr. A S. 749 f.

⁵⁷ So *Krüger* Rundfunk S. 134.

⁵⁸ So *Eger/Gordan* S. 46; *Nawiasky* S. 134. Die Leistungspflicht für nicht postzwangspflichtige Sendungen wird von diesen Autoren dagegen aus der Eigenschaft der Post als dem Gemeinwohl dienender Anstalt erklärt.

⁵⁹ Vgl. *Carl* S. 1948; *Huber WVerwR* I §§ 44 III 2 b; *G. Meyer VerwR* § 76, 2; *Nipperdey* Kontrahierungszwang S. 38 f. — Der Leistungszwang besteht dementsprechend auch für die Postgeschäfte, für die kein Leistungsmonopol angeordnet ist (vgl. § 1 PostscheckG; §§ 2, 3 PostsparkO).

⁶⁰ Vgl. *Huber WVerwR* I § 44 III 2 b; *G. Meyer VerwR* § 79; *Meili* S. 162 f. *Aubert* S. 18 ff. (wo sich im übrigen eine detaillierte Darstellung der aus dem Zulassungszwang entstehenden Rechtsfragen findet) und *Oelpke* § 7 FAG Anm. 34 deuten den Zulassungszwang zu Unrecht als eine notwendige Folge aus dem Fernmeldemonopol.

⁶¹ Abw. *Krebs* S. 284.

Dieser Anspruch ist, auch in betreff der Fernmeldeverhältnisse, im Verwaltungsrechtsweg verfolgbar (*Oelpke* § 7 Anm. 34 und § 8 Anm. 42; OLG Hamburg in: *Schuster*, Postrecht, Entscheidungen 1928—1954, S. 41); denn § 24 FAG betrifft nach Wortlaut und Stellung im Gesetz nur Ansprüche aus § 23 FAG, ist also keine Zuweisung aller aus dem FAG entspringenden Rechtsstreitigkeiten gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO an die ordentliche Gerichte (*Neubauer* § 24 Anm. 1; RGZ 109, 101; unrichtig *Krebs* S. 285).

die Post Verwaltung ausübt, noch daraus, daß sie über Postmonopol und Fernmeldemonopol verfügt⁶², noch endlich aus der heute allgemein angenommenen öffentlich-rechtlichen Natur des Postbenutzungsverhältnisses, sondern aus der Organisation der Post als öffentliche Anstalt, welche die Zulassung als Verwaltungsakt qualifiziert.

Die Bundesbahn unterliegt einer Beförderungspflicht für Güter und Personen⁶³, die sie nach Maßgabe der Beförderungsbedingungen jedermann gegenüber zum Abschluß des (zivilrechtlichen) Beförderungsvertrages verpflichtet⁶⁴. Auch dieser Leistungszwang der Verkehrsanstalt für das Eisenbahnwesen ist nicht aus dem ja relativ beschränkten Verwaltungsmonopol in § 4 Abs. 2 AEG, aber auch nicht aus der faktischen Monopolstellung der Bundesbahn, die zugleich ein Leitungsmonopol ist, zu erklären, obwohl früher vor Durchbruch des Staatsbahnprinzips dieser Gedanke im Vordergrund gestanden haben mag. Es ist vielmehr wie bei der Post die Eigenschaft als Verkehrsanstalt der Leistungsverwaltung der ausschlaggebende Gesichtspunkt⁶⁵, dem hier zusätzlich das noch allgemeinere Prinzip zugrundeliegt, daß die Unternehmen des öffentlichen Verkehrs, gleichgültig, ob in öffentlicher oder in privater Hand, einen Auftrag der allgemeinen Wohlfahrt zu erfüllen haben, der ihren Betrieb dem Belieben des Unternehmers in einem gewissen Grad entzieht⁶⁶. Der Anspruch auf Beförderung gegen die Bundesbahn ist ein öffentlich-rechtlicher⁶⁷, da die Bundesbahn wie die Bundespost eine öffentliche Anstalt ist; daß der Beförderungsvertrag privatrechtlicher Natur ist, hat, wie bei den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden

⁶² Denn diese Leistungsmonopole sind nicht der innere Grund der Leistungspflicht.

⁶³ Das ergibt sich für den Güterverkehr aus § 453 HGB, §§ 3, 53 EVO, für den Personenverkehr aus § 460 HGB in Verb. mit § 3 EVO. Vorläufer dieser Bestimmungen in § 26 Preuß. Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen 1838, § 422 ADHGB, § 6 EVO 1899.

⁶⁴ Einzelheiten bei *Haustein* § 98.

⁶⁵ *Carl* S. 1948; *Horstmann* S. 801 („gemeinwirtschaftliche Last“); *Huber* WVerwR I § 44 IV 3 a; *Kollmar* S. 81 f.; *Nipperdey* Kontrahierungszwang S. 36 ff. Abw. noch *Sax* S. 55 ff. Daß die Beförderungspflicht „in ihrer heutigen rechtlichen Substanz“ auf das Postregal zurückgehe, wie *Günther* in: *Haustein* § 98 annimmt, ist bereits als historische Aussage fraglich (vgl. die Auseinandersetzung oben bei der Erörterung des Eisenbahnmonopols, Textziffer 74), als dogmatische Aussage dagegen unhaltbar.

⁶⁶ Das ergibt sich daraus, daß die Beförderungspflicht allen Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs, auch den Privatbahnen, obliegt. Dieser öffentliche Auftrag (*Enneccerus* § 162 IV 2: „öffentlicher Versorgungsauftrag“) äußert sich ebenso in der Beförderungspflicht des § 22 PersBefG und — für die Versorgung mit Energie — in § 6 EWG. Es handelt sich dabei um die Erscheinung, die *Vogel* mit der Figur der „öffentlichen Wirtschaftseinheit in privater Hand“ zu erfassen suchte. Diese Bindung volkswirtschaftlich lebenswichtiger Sektoren der Privatwirtschaft erklärt sich für die Verkehrs- und Versorgungsunternehmen in zweiter Linie auch aus ihrer typischerweise vorhandenen Monopolstellung.

⁶⁷ Abw. *Günther* in: *Haustein* § 98.

mit privatrechtlicher Benutzungsordnung, auf den Charakter der Zulassung keinen Einfluß.

Die von der Leistungspflicht der Post und der Bundesbahn gegenüber den Benutzern zu unterscheidende Betriebspflicht dieser Anstalten⁶⁸ ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, aus der ein subjektiv öffentliches Recht der Benutzer nicht entspringt. Diese Betriebspflicht ist, ebenso wie die Beförderungspflicht, aus der Bedeutung der Funktion dieser Anstalten, nicht aber aus ihrer Monopolstellung, zu erklären.

89.— Die einzelnen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze über das Verhalten der Rechtsträger, denen ein Verwaltungsmonopol zusteht, das die Gewährung von Leistung zum Gegenstand hat, lassen sich auf einen einheitlichen dogmatischen Gesichtspunkt zurückführen. Da das Verwaltungsmonopol eine aus einer verwaltungsrechtlichen Norm hervorgehende Befugnis ist und da sich in dieser Befugnis ein Verwaltungszweck äußert, kann dieser einheitliche Rechtsgedanke nur aus dem Verwaltungsrecht, gegebenenfalls aus dem Verwaltungsprivatrecht, nicht aber aus dem Privatrecht entwickelt werden⁶⁹. Damit scheidet eine Argumentation aus der Vertragsfreiheit und aus der Figur des „sittenwidrigen Monopolmißbrauchs“ aus, weil der Anknüpfungspunkt nicht die durch das Verwaltungsmonopol vermittelte Monopolstellung, sondern der Tatbestand ist, daß Verwaltung ausgeübt wird, sei es in öffentlich-rechtlicher, sei es in privatrechtlicher Form. Zum Begriff der Verwaltung aber gehört es, daß die Verwaltungsunterworfenen nicht willkürlich ungleich behandelt werden⁷⁰. Dies ist ein un-

⁶⁸ Vgl. hierzu: *Kruchen* in: *Haustein* §§ 88, 90; *Hellmuth* S. 64 ff. (zu Unrecht als Gegenstück zum Post- und Fernmeldemonopol gedeutet); *Nawiasky* S. 128 ff. (zu Unrecht als Gegenstück des Postmonopols gedeutet); *Neugebauer* S. 32 ff.; *Niggel* §§ 25, 26.

Die Betriebspflicht ist für die öffentlichen Eisenbahnen allgemein in § 4 Abs. 1 AEG, für die Bundesbahn in § 4 BundesbahnG festgelegt. Vgl. auch die parallele Regelung in § 21 Abs. 1 PersBefG.

⁶⁹ Diese These ist zuerst von *Huber* WVerwR I § 12 II 2 b und § 43 III 2 c aufgestellt worden. Auch in der Privatrechtstheorie wird der innere Grund des Kontrahierungszwanges bei den Trägern öffentlicher Versorgung in Fortführung eines bereits in der Rechtsprechung des RG anklingenden Grundsatzes nicht in der Monopolstellung, sondern in der sozial bedeutsamen Versorgungsaufgabe gesehen: *Bülck*; *Esser* § 11, 2; *Larenz* I § 5 I a. *Forsthoff* VerwR § 21 II 1 leitet den Abschlußzwang, soweit er nicht ausdrücklich festgelegt oder logisches Korrelat eines Benutzungszwanges sei, aus einer analogen Anwendung der zivilrechtlichen Sätze zu § 826 BGB (sittenwidriger Monopolmißbrauch) ab. — Unberührt bleiben jedoch die sich ggf. aus dem Kartellrecht ergebenden Ansprüche und Eingriffsmöglichkeiten des Kartellamtes, die ja nicht auf dem Gedanken des „sittenwidrigen“ Monopolmißbrauchs beruhen.

⁷⁰ Vgl. *Huber* a.a.O.: „selbstverständlicher Grundsatz jeder ordnungsmäßigen und gerechten Verwaltung“; *Kohl* S. 65: die Bedienung eines willkürlich begrenzten Kreises von Interessenten ist mit dem Wesen des Gemeinwirtschaftlichen unvereinbar; *Krüger* Grundfragen S. 146: Grundsatz der „Gleichheit vor den öffentlichen Wohltaten“; *Nipperdey* Stromsperre S. 8: „Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller.“

geschriebener Rechtssatz des Verwaltungsrechts, der, weil er dem Begriff der Verwaltung zu entnehmen ist, weder Verfassungsrang besitzt⁷¹, noch zu besitzen braucht, noch eines Rekurses auf das Sozialstaatsprinzip bedarf⁷². Die Vorstellung, daß das Verbot der diskriminierenden Abschlußverweigerung bei Verwaltungsträgern von anderer Art ist als bei Privatrechtsträgern, ist dadurch vorbereitet, daß schon seit langem der Begriff des Kontrahierungszwanges auf den Privatverkehrsverkehr beschränkt wird, während für den Bereich des öffentlichen Rechts der Ausdruck Zulassungszwang üblich ist⁷³.

Das ziviljuristische Institut des „sittenwidrigen Monopolmißbrauchs“ ist beim Vorhandensein eines Verwaltungsmonopols in keinem Fall heranzuziehen, sei es, daß das Monopolsubjekt eine öffentliche Anstalt mit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Benutzungsordnung ist, sei es, daß das Monopolsubjekt ein verwaltungseigener Rechtsträger des Privatrechts ist, sei es, daß das Monopolsubjekt ein verwaltungsfremder Rechtsträger des Privatrechts ist⁷⁴. Das Verbot willkürlicher Abschlußverweigerung und ungerechtfertigter Gestaltung des Leistungsverhältnisses ist stets aus dem genannten allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz abzuleiten; sofern der Leistungsträger eine öffentliche Anstalt ist, erscheint dieser Grundsatz als ein solcher des Anstaltsrechts über die sachlichen Grenzen der Anstaltsgewalt⁷⁵.

⁷¹ So aber *Krüger* a.a.O.

⁷² So aber *Hamann* WVerfR S. 70; *Larenz* I § 5 I a.

⁷³ Vgl. *Depenbrock* S. 55 ff.; *Hergt* S. 24, 35 f.; *Huber* WVerwR I § 43 III (der allerdings abw. auch den öffentlich-rechtlichen Zwang zum Abschluß eines privatrechtlichen Rechtsgeschäftes als Kontrahierungszwang bezeichnet); *Hurst* S. 841 f.; *Nipperdey* Kontrahierungszwang S. 26 ff.

⁷⁴ Bei dieser letztgenannten Gestaltung ist insb. die Vorstellung irreführend, daß eine ausschließliche Gewerbeberechtigung, ein privates Berufsmonopol vorliegt. Zu Unrecht sprechen daher *Biermann* S. 283 ff. und *Nipperdey* Kontrahierungszwang S. 49 ff. bei Apothekern, Schornsteinfegern und dem Schleppbetrieb von einem als Korrelat zum Bannrecht bestehenden Kontrahierungszwang.

⁷⁵ Übereinstimmend *Nipperdey* Stromsperre S. 12 ff. für öffentliche Anstalten mit privatrechtlicher Benutzungsordnung (nicht jedoch auch für Verwaltung durch privatrechtliche Rechtsträger); daneben gibt *Nipperdey* auch einen zivilrechtlichen Anspruch nach den Grundsätzen des sittenwidrigen Monopolmißbrauchs.

Abw. von der hier vertretenen Auffassung auch: *Forsthoff* VerwR § 21 II 1; *Maunz/Düring* Art. 1 Abs. 3 RNr. 138 (bei privatrechtlichem Benutzungsverhältnis werde ein Monopolmißbrauch durch § 826 BGB und §§ 25 ff. GWB abgewehrt); AG Düren WuW 1952, 653 (die Bestimmung in der Anstaltsordnung eines städt. Müllabfuhrunternehmens, daß der Hauseigentümer auch ohne Verschulden für den Verlust der Mülltonnen hafte, sei wegen sittenwidrigen Monopolmißbrauchs nichtig). In dem Schiedsurteil des AG Düren trat das Problem zutage, ob ein Rechtssatz gegen „die guten Sitten“ verstoßen könne. Das AG bejahte das unter Berufung auf RGZ 134, 162 — betr. das Kontrahieren über eine Strafanzeige, Verzicht auf Beamtenrechte — (vgl. auch *Huber* WVerwR I § 44 III 4 b), weil das Verbot des Sittenverstoßes ein auch im öffentlichen Recht geltender allgemeiner Rechtsgrundsatz sei. Daß Sittenwidrigkeit die Fehlerhaftigkeit von Verwaltungshandlungen zur

Damit ist allerdings noch nicht die ganz andere Frage beantwortet, welche Rechtsnatur der Anspruch des Destinatärs bei Diskriminierung hat. Denn die Ausübung der Verwaltung kann, worauf bereits mehrfach eingegangen wurde, in privatrechtlichen Formen geschehen und tritt dann in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen in Erscheinung. Die Merkwürdigkeit dieser eine Ausübung von Verwaltung darstellenden privatrechtlichen Rechtsverhältnisse des Verwaltungsprivatrechts ergibt sich daraus, daß sie trotz ihrer privatrechtlichen Natur in einer im einzelnen allerdings noch weitgehend ungeklärten Weise dem Einfluß öffentlich-rechtlicher Normen unterliegen⁷⁶. Der Anspruch des Destinatärs bei Diskriminierung gehört dann dem öffentlichen Recht an, wenn er einem öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträger in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis gegenübersteht, und gehört dann dem privaten Recht an, wenn er einem verwaltungseigenen oder verwaltungsfremden Rechtsträger des Privatrechts gegenübersteht⁷⁷. Der Anspruch bei Abschlußverweigerung ist aber auch dann ein öffentlich-rechtlicher, wenn der Destinatär zu einem öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträger in einem privatrechtlichen Leistungsverhältnis steht, weil in diesem Fall die Zulassung und ihre Verweigerung Verwaltungsakte sind⁷⁸. Die sonstigen Ansprüche wegen Diskriminierung allerdings haben auch in diesem Fall privatrechtliche Natur, da sie im Rahmen des privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses entstehen.

Der Anspruch des Diskriminierten richtet sich bei Abschlußverweigerung auf die Begründung eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Leistungsverhältnisses. Von den anderen denkbaren Verhaltensweisen des Monopolsubjekts, die eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Destinatärs zur Folge haben können, sind neben dem Koppelungs-

Folge haben kann, ist allgemein anerkannt, eine andere und sehr zweifelhafte Frage der Rechtsquellenlehre aber ist es, ob und inwieweit Rechtsätze durch einen sittenwidrigen Inhalt der Unwirksamkeit verfallen können (vgl. z. B. die sehr zurückhaltenden Überlegungen in BGHZ 23, 175).

⁷⁶ Die Annahme, daß die Verwaltung in privatrechtlicher Form grds. nur nach Zivilrecht zu beurteilen sei (so *Forsthoff VerwR* § 21 I; *Depenbrock* S. 83) läßt gerade diese Eigentümlichkeit unberücksichtigt.

⁷⁷ In dem zweiten Fall ist nur das Verwaltungsmonopol öffentlich-rechtlich, seine Ausübung dagegen geschieht in den Formen des Zivilrechts. Neben dem verwaltungsprivatrechtlichen Anspruch bestehen, soweit überhaupt eine Anwendung des GWB in Betracht kommt (§§ 98 ff. GWB; vgl. Textziffern 19, 22), auch die kartellrechtlichen Ansprüche und Eingriffsmöglichkeiten des Kartellamtes.

⁷⁸ *Forsthoff VerwR* § 21 II; *Hook* Diss. (Textziffer 54) S. 63 ff.; *Hurst* S. 841 f.; *Maunz/Dürig* Art. 1 Abs. 3 RNR. 137; *Molitor* S. 9 f.; *Nipperdey* Stromsperre S. 15; *BayVerfGH VGHE* n. F. 9 II 114/119 f.; *VGH WürttHohenz DÖV* 1952, 184. Abw.: *Depenbrock* S. 55 ff.; *Hergt* Diss. S. 35 f.; *Nipperdey* Kontrahierungszwang S. 26 ff.; *Obermayer* in: *Mang/Maunz/Mayer/Obermayer* a.a.O. (Anm. 51) S. 279; diese Autoren ordnen den Zulassungsanspruch bei öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Benutzungsordnung dem Privatrecht zu. Vgl. auch oben die Darlegung zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden.

geschäft⁷⁹ vor allem die sog. Liefersperre und die Haftungsbeschränkung wichtig.

Die *Liefersperre* besteht in der Regel im Verhalten eines Versorgungsunternehmens gegenüber einem Abnehmer, der zu dem Unternehmen in einem Bezugsverhältnis steht. Durch sie wird nicht die Zulassung zum Bezug selbst, sondern nur die Ausführung des Bezugsverhältnisses betroffen; denn sie greift nicht in den Bestand des Bezugsverhältnisses ein, sondern stellt die Nichterfüllung der aus dem Bezugsverhältnis entspringenden Lieferungspflicht dar⁸⁰. Eine derartige Liefersperre ist, auch bei einem Unternehmen, zu dessen Gunsten ein Verwaltungsmonopol besteht⁸¹, als rechtmäßig anzusehen, wenn sie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Mittel⁸² durch einen billigen Grund⁸³ veranlaßt ist⁸⁴. Angesichts der unentrinnbaren

⁷⁹ Hierzu: *Forsthoff* VerwR § 21 II 2; *Huber* WVerwR I § 15 V 2. Die dem § 73 DGO nachgebildeten Vorschriften der Gemeindeordnungen der Länder sind die Positivierung eines unabhängig davon bestehenden verwaltungsrechtlichen Grundsatzes; vgl. die Darlegungen unter Textziffer 88. Allgemein zum Problem der „Koppelung“ verschiedener Zwecke: *Willigmann* DVBl 1960, 753—757.

Überhöhten öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Entgelten für eine monopolisierte Leistung wäre mit dem Rechtsgedanken zu begegnen, der das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip trägt.

⁸⁰ Dies kommt deutlich in § 20 Abs. 1 FernsprO zum Ausdruck, wo zwischen „Sperrung“ und „Aufhebung“ des Teilnehmerverhältnisses unterschieden wird.

⁸¹ In Betracht kommen insb. Wasserversorgungsunternehmen und die Post hinsichtlich der Teilnehmerverhältnisse.

⁸² Die Verletzung dieser Voraussetzung führte in dem Fall OVG Münster DÖV 1960, 761 zur Mißbilligung einer Liefersperre.

⁸³ Ist das Monopolsubjekt eine öffentliche Anstalt, ist die Liefersperre eine Maßnahme der Anstaltsdisziplin und dementsprechend dann durch einen billigen Grund veranlaßt, wenn sie zur Aufrechterhaltung des Anstaltszweckes notwendig ist, also nicht aus anstaltsfremden Verwaltungsinteressen bewirkt wird.

⁸⁴ Vgl. die Darlegungen bei *Forsthoff* VerwR § 21 II 2, *Kniepmeyer/Richter* (Textziffer 54) S. 170 ff. und *Muntzke/Schlemp* § 20 Anm. III. —

Der typische Grund für eine Liefersperre, die Nichtzahlung des Entgelts, stellt zwar eine verkürzte, außergerichtliche Erzwingung dar, steht aber der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts im Zivilrecht gleich und wird überwiegend als billigen Grund und verhältnismäßig beurteilt (*Geiler* Anm. zu RG 8. 10. 1929 JW 1930, 1402 f.; *Helmreich/Widmann* Art. 24 Anm. 7; *Hook* Diss. (Textziffer 54) S. 65 ff.; *Hurst* S. 848 ff.; *Kerrl/Weidemann* § 17 Anm. 4; *Kniepmeyer/Richter* a.a.O.; *Lucas* S. 107 ff. für Energieversorgungsunternehmen; OLG Frankfurt NJW 1953, 1306 mit Anm. von *Fischerhof*). Die Verneinung der Erlaubtheit einer Liefersperre bei Versorgungsträgern, deren Monopolstellung die Folge eines Benutzungszwanges ist, wurde vom ProVG (OVGE 62, 234/240; 66, 159/162; ebenso *Friedrichs* S. 772) damit begründet, daß dem Benutzungszwang notwendig ein Benutzungsrecht entspreche und daß Benutzungsrecht und Gebühr in einer solchen Wechselbeziehung wie Leistung und Gegenleistung in bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen stünden. Dieser Gedankengang läßt außer acht, daß die Liefersperre nicht eine Ausschließung, d. h. eine Aufhebung der Zulassung, ist, sondern nur die Erfüllung des Leistungsverhältnisses betrifft. Die Ausschließung ist ein Problem der Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsaktes der Zulassung und nach

Verwiesenheit der Einzelnen auf die lebenswichtigen Leistungen der Versorgungsbetriebe werden bei diesen allerdings sehr strenge Anforderungen an das Vorliegen eines billigungswerten und verhältnismäßigen Grundes zu stellen sein⁸⁵.

Die Erlaubtheit der *Freizeichnung* durch den Träger eines Verwaltungsmonopols ist, ebenso wie die der Liefersperre, davon abhängig, ob für die Veränderung der regelmäßigen Risikoverteilung ein verhältnismäßiger und billigungswerter Grund geltend gemacht werden kann. Wie oben allgemein dargelegt, kann diese Frage nicht mit Hilfe der ziviljuristischen Grundsätze über den sittenwidrigen Monopolmißbrauch gelöst werden⁸⁶.

Ein instruktives Beispiel für die hier aufgeworfene Rechtsfrage ist der Haftungsausschluß zugunsten der Post in § 29 Telegraphenordnung⁸⁷. Dieser Haftungsausschluß ist nach dem objektiven Sinn der

den hierfür bestehenden Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts zu beurteilen; auch hier steht also nicht die Ausübung eines Monopols, sondern die Ausübung von Verwaltung im Vordergrund (vgl. BVerwG DÖV 1962, 109 zum Fernsprechteilnehmerverhältnis).

⁸⁵ Mit Recht verweigerte das OLG Celle (NJW 1959, 2166) einer Stromsperre wegen Nichtzustimmung zur Mastenaufstellung die Anerkennung, wobei es folgenden Grundsatz formulierte: „Der Entzug dieser nach ihrer Einführung nicht mehr wegzudenkenden Errungenschaften (sc. Strom, Gas, Leitungswasser) menschlichen Wohlstandes muß auf wirkliche Ausnahmefälle beschränkt bleiben und kann jedenfalls dann nicht rechtens sein, wenn dem Monopolunternehmen andere Mittel zur Verfügung stehen, Schaden von sich und der Allgemeinheit abzuwenden.“

⁸⁶ Diesem Verfahren folgen aber *Forsthoff* VerwR § 21 II 4 und *Huber* WVerwR I § 44 III 4 b. Forsthoff nimmt auf dieser Grundlage an, daß die Haftungsbeschränkung zugunsten einer Anstalt mit Monopolstellung stets ein unerlaubter Monopolmißbrauch sei. Doch müßte im Einzelfall untersucht werden, ob die Freizeichnung seitens des Monopolsubjekts in der Tat keinen rechtfertigenden Grund hat und nur unter Ausnutzung des durch das Monopol geschaffenen Übergewichts erfolgt. Denn nur in diesem Fall ist die Freizeichnung mit den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung unvereinbar.

⁸⁷ Von den postrechtlichen Autoren wird die Auffassung vertreten, daß die Haftung der Post abschließend und ausschließlich in den Vorschriften über das Postbenutzungsverhältnis, d. h. für das Fernmelderecht in den §§ 7—14 FAG und der TelO, geregelt sei, und deshalb Ersatzansprüche nicht auf Normen außerhalb dieser Vorschriften gestützt werden könnten (*Aschenborn/Schneider* § 6 PostG Anm. 6 f.; *Aubert* S. 413 ff.; *Cremerius* DÖV 1957, 176; *Hellmuth* S. 186; *Neugebauer* S. 545 f., 567; *Niggel* § 79). Im Telegrafienrecht gelte daher gem. § 29 TelO der Grundsatz der Nichthaftung, welche für den Benutzer ungünstige Rechtslage aber immerhin durch die Möglichkeit der Gebührenerstattung gemildert werde. Der BGH ist diesem Exklusivitätsanspruch mit Recht entgegengetreten (LM § 256 ZPO Nr. 5) und hat die einschlägige Rspr. des RG fortgesetzt. Schon im 19. Jahrhundert schrieb *Meili* S. 228: „Das Telegraphenrecht ist und bleibt ein Telegraphenunrecht, solange sich die Telegraphenverwaltungen nicht beugen müssen unter das Gefüge allgemein anerkannter Rechtssatzungen“. Die postrechtliche Benutzungsregelung ist nicht in dem Maße autonom, daß sie gegenüber den allgemeinen Vorschriften über die Haftung von Verwaltungsträgern und vor allem gegenüber der verfassungsrechtlichen Garantie der grundsätzlichen Staatshaftung ein Eigenleben führen könnte. Es kann sich nicht darum handeln, ob die

Vorschrift kein absoluter, wie der Wortlaut vermuten läßt, sondern beschränkt sich auf solche Schäden, die in Ausübung des eigentlichen Telegrafendienstes entstehen⁸⁸. Diese restriktive Interpretation rechtfertigt sich daraus, daß die Vorschriften des Postbenutzungsrechts, in denen ein Haftungsausschluß ausgesprochen ist⁸⁹, aus der besonderen Eigenart des jeweils in Betracht kommenden Tätigkeitsbereichs der Post und der diesem typisch innewohnenden Haftungsgefahren zu erklären sind. Dieser Gesichtspunkt führt zugleich zu dem Grund, der den Haftungsausschluß rechtfertigt und damit erweist, daß dieser nicht einer Ausnutzung des Fernmeldemonopols entspringt⁹⁰. Für den Haftungsausschluß in § 29 TelO war der Gedanke maßgebend, daß der Telegrafendienst auf Massenverkehr und unbedingte Schnelligkeit eingestellt ist, dabei aber über einen komplizierten Apparat abgewickelt wird. Etwaige Überwachungs- und Versicherungsmaßnahmen zur Ausschaltung der Fehlerquellen bzw. der Abdeckung ihrer Folgen würden sowohl die angestrebte Beschleunigung der Nachrichtenübermittlung beeinträchtigen, als auch die Leistungsfähigkeit und Rentabilität des Telegrafendienstes ungünstig beeinflussen und damit auch dem Interesse an einer niedrigen Benutzungsgebühr zuwiderlaufen⁹¹. Daraus folgt, daß § 29 TelO seine innere Rechtfertigung in den Eigenarten des Telegrafengerätes findet, daß er also nicht Ausdruck einer Marktpolitik der Post ist, sondern auf Gründen beruht, die mit dem Fernmeldemonopol in keinem Zusammenhang stehen.

Benutzungsordnungen eine Haftung vorsehen, sondern nur darum, ob sie eine solche Haftung im Einzelfall ausschließen. Art. 34 GrundG wird durch § 29 TelO nicht verletzt (BGHZ 12, 89).

⁸⁸ Vgl. RGZ 141, 420 betr. den damaligen § 29 Abs. 2 FernsprO (Haftungsausschluß nicht für Schäden, die bei der Einrichtung eines Fernsprechanchlusses entstehen); BGH LM § 256 ZPO Nr. 5, BGHZ 12, 89; BVerwG JZ 1961, 706 (Haftungsausschluß nicht für Schäden, die bei der Telegrammaufgabe entstehen) mit Anm. von *Lerche*.

⁸⁹ So § 12 PostG, § PostO, § 9 PostscheckG, u. a.

⁹⁰ Das nimmt *Huber I* § 44 III 4 b an. *Lerche* in der Anm. zu BVerwG a.a.O. erläutert das „Unbefriedigende“ des gegebenen Haftungsrechts.

⁹¹ Vgl. *Dambach/v. Grimm* § 6 PostG Anm. 2; *Hellmuth* S. 187, 195; RGZ 141, 420/426.

Ganz ähnliche Erwägungen hat der BGH auf dem Boden des Zivilrechts in bezug auf eine Freizeichnungsklausel eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens angestellt (NJW 1959, 1423).

C. Das Verwaltungsmonopol in Wirtschaftspolitik und Verfassungsrecht

90.- Die einzelnen Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols ergreifen je nach ihrer Eigentümlichkeit in verschiedener Weise einen Sektor sozialer Tätigkeiten, unterwerfen ihn einem spezifischen öffentlich-rechtlichen Regime und lassen so zwischen dem Bereich staatlichen Handelns im eigentlichen Sinn und dem Bereich privaten sozialen Handelns eine Zone öffentlicher Gebundenheit entstehen, in der öffentliche und private Aktivität und öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechtsbildungen mannigfach ineinandergreifen. Wenn auch die in den Verwaltungsmonopolen verwirklichten Verwaltungszwecke nur zu einem Teil wirtschaftspolitische Zwecke sind, so sind doch die monopolisierten Tätigkeiten überwiegend solche des Wirtschaftens. Das hat zur Folge, daß die Begründung und das Vorhandensein derartiger Verwaltungsmonopole innerhalb der Wirtschaftsordnung der Nationalwirtschaft ein Gebiet schaffen, das gegenüber dem nichtbetroffenen Bereich eine besondere Modifikation aufweist: Das Verwaltungsmonopol ist eine besondere Form des öffentlichen Wirtschaftens, es ist Ausübung von Verwaltung durch wirtschaftliche Tätigkeit, und es ist eine besondere Technik dieser Verwaltung.

Wegen dieser die wirtschaftlichen Zustände und Vorgänge affizierenden Eigenschaft wird das Verwaltungsmonopol zum Gegenstand wirtschaftspolitischer Betrachtung. Diese wirtschaftspolitische Betrachtung muß daran ansetzen, daß das Verwaltungsmonopol die Verwaltungspolitik nicht irgendeines, sondern des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates ist, d. h. ein Bestandteil eines historisch und geografisch bestimmten Staatstypes und seiner Wirtschaftsordnung. Das Verwaltungsmonopol kann nur als Phänomen dieses Staates und seiner kapitalistischen und verkehrswirtschaftlichen Sozial- und Wirtschaftsordnung verstanden werden. Der zur Herausarbeitung dieser Beurteilungsvoraussetzung erforderlichen Bemühung schließt sich als zweiter Schritt eine Vergewisserung der die Beurteilung konstituierenden Sozial- und Wirtschafts-ideen an, deren unterschiedliches Leitbild einer guten Sozialordnung das Verwaltungsmonopol in einem je anderen Licht erscheinen läßt. Im Mittelpunkt dieser Erörterung steht die Sozialidee des zeitgenössischen, sich als gegenüber dem klassischen Liberalismus geläutert verstehenden Neoliberalismus.

Die hier zu skizzierende wirtschaftspolitische Beurteilung des Verwaltungsmonopols hat nicht nur ihren Selbstzweck als politische Überlegung, sondern dient zugleich als Orientierung für die rechtliche Überlegung, welche Grenzen sich der Gesetzgeber, dessen Autorität die Verwaltungsmonopole trägt, durch die Verfassung gegenüberzieht. Der durch die Legislative die gute Ordnung des Gemeinwesens befördernde und bewahrende Staat wird durch die Rechtssätze des Verfassungsrechts allgemein und so auch hier an der Verfolgung beliebiger Zwecke und der Verwendung beliebiger Techniken gehindert. Bei der vorangegangenen Darstellung der Erscheinungsformen des Verwaltungsmonopols ist jeweils bei den einzelnen Monopolen auf besondere verfassungsrechtliche Gesichtspunkte hingewiesen worden, die für diese auftreten. Eine in jeder Hinsicht vollständige und alle die einzelnen Verwaltungsmonopole konstituierenden Rechtssätze am Verfassungsrecht messende Untersuchung ist nicht beabsichtigt. In dem folgenden verfassungsrechtlichen Abschnitt sollen lediglich die Ausgangspunkte und Grundsätze dargelegt werden, die auf die Verwirklichung von Verwaltungszwecken durch die Technik des Verwaltungsmonopols von Einfluß sind. Bei dieser als prinzipiell gedachten Erörterung steht die Problematik der „Wirtschaftsverfassung“ im Vordergrund, deren Lösung sich aus dem Verständnis der Gesetzgebung als einer durch das Verfassungsrecht, d. h. durch die in der Verfassung proklamierten Sätze über Staatsform und Staatsziel und durch die Grundrechte, nicht konstituierten, sondern nur gebundenen Funktion des Staates ergeben muß.

I. Wirtschaftspolitische Gesichtspunkte

91.— Kurt *Ballerstedt*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74 (1948), 129—157; ders., Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 1—90; Mark *Beck*, Wirtschaftsdemokratie, 1962; Erwin *von Beckerath*, Größe und Verfall des Kapitalismus, ZgesStW 106 (1950), 193—222; Reinhard *Behlke*, Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland, 1961; Georg *von Below*, Probleme der Wirtschaftsgeschichte, 1920; Kurt *Biedenkopf*/Rudolf *Callmann*/A. *Deringer*, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957; Eugen *Böhler*, Nationalökonomie, 4. Aufl., 1960; Franz *Böhm*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950; ders., Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, Ordo IV (1951), 21—250; ders., Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, hrsg. vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1961, I, 1—24; Karl *Bräuer*, Reichs-Tabakmonopol oder Tabak-Verbrauchssteuer? 1931; Jürgen *Brandt*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 1929; Martha *Stephanie Braun*, Theorie der staatlichen Wirtschaftspolitik, 1929; Gerhard *Brehme*, Die sogenannte Sozialisierungsgesetzgebung der Weimarer Republik, 1960; Constantino *Bresciani-Turroni*, Einführung in die Wirtschaftspolitik, 1948 (italien.

Originalausgabe: *Introduzione alla Politica Economica*, 1942); Carl *Brinkmann*, *Wirtschaftstheorie*, 2. Aufl., 1953; Erich *Carell*, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, 6. Aufl., 1954; Gerhard *Colm*, *Essays in Public Finance and Fiscal Policy*, 1955, darin der Aufsatz: *Is Economic Planning Compatible with Democracy?* (1937), pp 289—307; J. A. *Corry*/Henry J. *Abraham*, *Elements of Democratic Government*, 3rd ed., 1958; Alfons *Dobsch*, *Der moderne Kapitalismus*, in: *Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters*, 1928, S. 286 bis 358; Ernst-Wolfram *Dürr*, *Wesen und Ziele des Ordoliberalismus*, 1954; *von Dungen*, *Was bedeutet Staatswirtschaft?* DVBl 1959, 225—228; Horst *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961; Walter *Eucken*, *Das ordnungspolitische Problem*, *Ordo* I (1948), 56—90; ders., *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, *Ordo* II (1949), 1—99; ders., *Wettbewerb, Monopol und Unternehmer*, 1953; Friedrich *Facius*, *Wirtschaft und Staat*, 1959; Federico *Federici*, *Der deutsche Liberalismus, Die Entwicklung einer politischen Idee von Immanuel Kant bis Thomas Mann*, 1946; Erich *Foerster*, *Sozialer Kapitalismus*, 1924; Ernst *Forsthoff*, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat*, *VVdStL* 12 (1954), 8—36; ders., *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, 1958; ders., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959; John Kenneth *Galbraith*, *Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte*, 1956 (amerikan. Originalausgabe: *American Capitalism, The Concept of Countervailing Power*, 1952); Rudolf *Geiger*, *Die Entwicklungstendenzen des Kapitalismus bei Keynes, Schumpeter und Burnham*, 1959; Hans *Gerber*, *Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes*, *AöR* 81 (1956), 1—54; Paul *Giesecke*, *Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen*, 1922; Alfred *Gleiss*, *Kartelle und Monopole, England als Beispiel*, 1952; Eduard *Goldstein*, *Monopole und Monopolsteuern*, 1916; Herbert *Groß*, *Die Organisationsformen des Finanzmonopols in Europa*, *SchrVfS* 176 (1931), III, 1—55; Eberhard *Günther*, *Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *WuW* 1951, 17—40; Walter *Hamm*, *Kollektiveigentum, Die Rolle öffentlicher Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1961; Frederick *Haussmann*, *Der extreme Neoliberalismus*, 1952; F. A. *Hayek*, *Der Weg zur Knechtschaft*, hrsg. und eing. von Wilhelm Röpke, o. J. (engl. Originalausgabe: *The Road to Serfdom*, 1944); ders., *Wahrer und falscher Individualismus*, *Ordo* I (1948), 19—55; ders., *Marktwirtschaft und Wirtschaftspolitik*, *Ordo* VI (1954), 3—17; Justus Wilhelm *Hedemann*, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, 1929; Eduard *Heimann*, *Soziale Theorie des Kapitalismus, Theorie der Sozialpolitik*, 1929; ders., *Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus*, *SchrVfS* 176 (1932), I, 1—34; ders., *Wirtschaftssysteme und Gesellschaftssysteme*, 1954; K. Paul *Hensel*, *Einführung in die Theorie der Zentralverwaltungswirtschaft*, 1954; Ernst Rudolf *Huber*, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, 1931; Hans *Huber*, *Das Staatsrecht des Interventionismus, Betrachtung über die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung*, *ZfSchweizR* n. F. 70 (1951), 173—199; Walter *Huppert*, *Wirtschaftslenkung*, 1955; Heinrich *Irmeler*, *Die Planwirtschaft — der große Irrtum des 20. Jahrhunderts*, *Ordo* II (1949), 336—344; Rudolf *Isay*, *Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen*, 1955; ders., *Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung*, in: *Festschrift für Schmidt-Rimpler*, 1957, S. 403—428; Walter Adolf *Jöhr*, *Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik*, Band I, 1943; ders., *Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik*, *SchrVfS* 20/II (1960), 1289—1332; Paul *Keller*, *Dogmengeschichte des wohlfahrtspolitischen Interventionismus*, Diss. Zürich, Winterthur 1955, Theo *Keller*, *Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen*, in: *Handbuch der Finanzwissenschaft*, 2. Aufl., 1956, II, 161 bis 202; John Neville *Keynes*, *The Scope and Method of Political Economy*,

3rd ed., 1904; ders., *Das Ende des Laissez-Faire, Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft*, 1926; Felix *Klezi-Norberg*, *Die geistigen Grundlagen der Staats- und Wirtschaftsformen*, 1950; Norbert *Kloten*, *Zur Typenlehre der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung*, Ordo VII (1955), 123 bis 143; Arnold *Köttgen*, *Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber*, 1957; ders., *Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden*, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1960, I, 577—618; Michael *Kröll*, *Die Wirtschaftstypologien Euckens und Ritschls*, ZgesStW 108 (1952), 470—494; Alfred *Kruse*, *Geschichte der volkswirtschaftlichen Theorien*, 4. Aufl., 1959; Gerhard *Lehmann*, *Marktformenlehre und Monopolpolitik*, 1956; Gerhard *Leibholz*, *Diskussionsbeitrag*, VVDStL 11 (1954), 142—143; Walter *Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960; Hans Otto *Lenel*, *Eine neue Geschichtstheorie*, Ordo III (1950), 293—302; Wladimir I. *Lenin*, *Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus* (zuerst veröffentlicht: Petrograd, April 1917), in: *Ausgewählte Werke*, o. J., I, 767—875; Peter *Lerche*, *Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung*, DÖV 1961, 486—492; Karl *Loewenstein*, *Verfassungsrecht und Verfassungsrealität*, AöR 77 (1952), 387—435; ders., *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959; Walther *Lotz*, *Finanzwissenschaft*, 2. Aufl., 1931; Friedrich *Lütge*, *Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 2. Aufl., 1960; Alexander *Mahr*, *Volkswirtschaftslehre*, 2. Aufl., 1959; Fritz *Marbach*, *Monopolistische Organisationsformen*, 1950; ders., *Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention*, 1950; Leopold *Mayer*, *Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik*, 1959; Leonhard *Miksch*, *Wettbewerb als Aufgabe*, 2. Aufl., 1947; ders., *Zur Theorie des Gleichgewichts*, Ordo I (1948), 175 bis 196; ders., *Die Verstaatlichung der Produktionsmittel in der Morphologie der Wirtschaftsordnungen*, SchrVfS n. F. 2 (1950), 85—142; Ludwig (von) *Mises*, *Die Gemeinwirtschaft*, 1922; ders., *Liberalismus*, 1927; ders., *Die Wurzeln des Antikapitalismus*, 1958; Wichard von *Moellendorff*, *Deutsche Gemeinwirtschaft*, 1916; Alfred *Müller-Armack*, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, 1947; ders., *Die Wirtschaftsordnungen sozial gesehen*, Ordo I (1948), 125—154; Fritz *Neumark*, *Gedanken zur Allgemeinheit der Wirtschaftstheorie*, in: *Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates*, 1961, S. 3—22; Hans Carl *Nipperdey*, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 1961; August *Oncken*, *Die Maxime Laissez faire et laissez passer, ihr Ursprung, ihr Werden*, 1886; Franz *Oppenheimer*, *Kapitalismus, Kommunismus, wissenschaftlicher Sozialismus*, 1919; Heinz-Dietrich *Ortlieb*, *Der gegenwärtige Stand der Sozialisierungsdebatte in Deutschland*, SchrVfS n. F. 2 (1950), 189—287; Manfred *Ostwald*, *Das deutsche Zündwarenmonopol*, Diss. Tübingen 1951; Hans *Peter*, *Morphologie und Katallaktik als Grundlage volkswirtschaftlicher Planung*, ZgesStW 105 (1949), 282—310; ders., *Einführung in die politische Ökonomie*, 1950; ders., *Freiheit der Wirtschaft, Kritik des Neoliberalismus*, 1953; Theodor *Pütz*, *Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung*, 1948; Harold *Rasch*, *Grundfragen der Wirtschaftsverfassung*, 1948; Hans *Ritschl*, *Theorie der Staatswirtschaft und Besteuerung*, 1925; ders., *Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus*, SchrVfS 176 (1932), I, 35—80; ders., *Die Prinzipien der Gemeinwirtschaft*, SchrVfS n. F. 2 (1950), 1—43; ders., *Die Prinzipien der Staatswirtschaft*, FinArch n. F. 12 (1950/51), 581—615; ders., *Die Grundlagen der Wirtschaftsordnung*, 1954; Gisbert *Rittig*, *Theoretische Grundlagen der Sozialisierung*, SchrVfS n. F. 2 (1950), 143—188; Burkhardt *Röper*, *Probleme der Monopolkontrolle*, FinArch n. F. 12 (1950/51), 316—332; Wilhelm *Röpke*, *Die Ordnung der Wirtschaft*, 1948; ders., *Muß der Sozialismus kommen?* Ordo I

(1948), 277—281; ders., Die Lehre von der Wirtschaft, 6. Aufl., 1951; Alexander Rüstow, Zwischen Kapitalismus und Kommunismus, Ordo II (1949), 100—169; ders., Kritik des technischen Fortschritts, Ordo IV (1951), 373—407; Manuel Saitzew, Der Interventionismus, in: Festgabe für Fritz Fleiner, 1937, Seite 321—346; Eduard Salin, Geschichte der Volkswirtschaftslehre, 4. Aufl., 1951; Benvenuto Samson, Grundzüge des mitteleuropäischen Wirtschaftsrechts, 1960; Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; ders., Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, 601—611; Adolf Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 75—112; Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Einleitung von Edgar Salin, 2. Aufl., 1950 (amerikan. Originalausgabe: Capitalism, Socialism and Democracy, 1942); Tula Simons, Der Aufbau der Kohlenwirtschaft nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz vom 23. März 1919; Diss. Bonn 1931; Werner Sombart, Der moderne Kapitalismus, 2. Aufl., 1916/17/27; ders., Die Ordnung des Wirtschaftslebens, 2. Aufl., 1927; ders., Die Wandlungen des Kapitalismus, SchrVfS 175 (1929), 23—41; Heinrich Freiherr von Stackelberg, Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung, Ordo II (1949), 193—206; Erwin Stocker, Die Monopolpolitik des Neoliberalismus, 1957; Rolf Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953, Nachtrag 1954; Walter Strauß, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, 1952; Theo Surányi-Unger, Private Enterprise and Governmental Planning, 1950; Paul M. Sweezy, The Theory of Capitalist Development, Principles of Marxian Political Economy, 1942, 3rd printing 1949; Anton Tautscher, Wesenswandlung der Staatswirtschaft, ZgesStW 106 (1950), 1—20; Wilhelm Vocke, Die Grundzüge der Finanzwissenschaft, 1894; Ludwig Waldecker, Reichseinheit und Reichsfinanzen, 1916; Adolf Weber, Kurzgefaßte Volkswirtschaftspolitik, 6. Aufl., 1951; Walter Weddigen, Zur Theorie der Wirtschaftslenkung und Sozialisierung, SchrVfS n. F. 2 (1950), 45—83; Georg Weippert, Zur Problematik der Zielbestimmung in wirtschaftspolitischen Konzeptionen, SchrVfS n. F. 18 (1960), 175—201; Josua Werner, Probleme einer gemischten Wirtschaftsordnung, ZgesStW 117 (1961), 29—44; Eduard Willecke, Zur Problematik der Zielbestimmung in wirtschaftspolitischen Konzeptionen, SchrVfS n. F. 18 (1960), 115—173; Rudolf Wissell, Praktische Wirtschaftspolitik, Unterlagen zur Beurteilung einer fünfmonatigen Wirtschaftsführung, 1919.

Ämtliche Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt: Gemeinschaftskommentar S. 1057—1128; Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von H.-J. Seraphim, SchrVfS n. F. 18 (1960); Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. von Helmut Arndt, SchrVfS n. F. 20 (1960); Monopoly and Competition and their Regulation, Papers and Proceedings of a Conference held by the International Economic Association, 1954; Politische Ökonomie, hrsg. von der Akademie der Wissenschaften der UdSSR, Institut für Ökonomie, 1955; Wirtschaftsdemokratie, hrsg. im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes von Fritz Naphtalie, 4. Aufl., 1929.

92.— Die für die Sozialtheorie des 19. Jahrhunderts typische und grundlegende Vorstellung der Trennung von Staat und Gesellschaft, die dem Einzelnen einen „staatsfreien Raum“ der Freiheit und des Eigentums vindizierte, bedeutete für das Wirtschaftsgeschehen eine Apologie gegen den Staat. Für den so reduzierten Staat konnte eine Konzeption von Wirtschaftspolitik gegenüber der die wirtschaftlichen Abläufe beherrschenden Gesellschaft „freier“ kapitalistischer Unter-

nehmer nicht entwickelt werden. Doch nachdem sich gezeigt hatte, daß das kapitalistische Uhrwerk zwar Wohltätigkeit zuließ, doch eine Lösung der sozialen Frage nicht brachte und bringen konnte, und nachdem die zwei Weltkriege gesellschaftliche Krisen elementaren Ausmaßes ausgelöst hatten, mußte der Glaubenssatz über die gesellschaftliche Selbststeuerung als Utopie erkannt werden und die zivilisatorische Unentbehrlichkeit des Staates für Sozialgestaltung und Daseinsvorsorge klar hervortreten¹. Durch seine Gesetzgebung schafft der Staat die Grundlage gesellschaftlichen Zusammenlebens und so auch der wirtschaftlichen Zustände und Vorgänge², durch spezielle gesetzgeberische Akte und administrative Maßnahmen fördert und bewahrt er unablässig Gerechtigkeit und Ordnung. Dieser die äußere Ordnung des Gemeinwesens so total durdringende Staat muß, wenn seine Funktionäre versagten, um so mehr als Leviathan erscheinen.

Das neue Staatsverständnis tritt in den modernen Formulierungen der Ziele der Wirtschaftspolitik zu Tage³, die dem Staat die Verantwortung für den Ausgleich der an sich unbegrenzten menschlichen Bedürfnisse und der Knappheit wirtschaftlicher Güter⁴, für soziale und wirtschaftliche Gerechtigkeit⁵, für Volkswohlstand⁶ aufgeben. Um das „allgemeine wirtschaftliche Interesse“⁷ gegenüber den natürlichen Kräften und den partikulären Interessen zu behaupten, muß die Wirtschaftspolitik den gesamten wirtschaftlichen Kosmos in ihre Überlegung bei jeder einzelnen Maßnahme einbeziehen⁸. Darüber hinaus aber muß die Wirtschaftspolitik den größeren Zusammenhängen und Forderungen der Sozialordnung eingefügt sein und insofern außerökonomische Momente, die sozialen Grundzwecke, berücksichtigen⁹; denn ihr oberster Maßstab ist nicht die wirtschaftstheoretische Richtigkeit im Sinne irgendeiner Wirtschaftslehre, sondern das Gemeinwohl. Die

¹ Forsthoff Rechtsfragen S. 18; Huber WVerwR I § 1 I 2 b; Peter Einführung S. 277 ff.

² Carell § 2, 2; Isay Technik der Wirtschaftslenkung S. 405; Miksch Verstaatlichung S. 89 f.

³ Zu diesen Zielen jetzt der Sammelband Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen.

⁴ Bresciani-Turroni S. 47.

⁵ Peter Einführung S. 225.

⁶ Pütz S. 79 ff.

⁷ L. v. Stein VerwL II, 219.

⁸ Eucken WPol S. 221; Lehmann S. 7. — Eucken WPol S. 377 nennt sechs Gruppen „gesamtwirtschaftlicher Daten“: Bedürfnisse des Menschen, Naturbedingungen, Arbeitskräfte, Gütervorräte, technisches Wissen, rechtliche und soziale Ordnung.

⁹ Vgl. L. v. Stein VerwL II, 237; Huppert S. 46; Pütz S. 12 ff.; Surányi-Unger S. 9 ff.; Willecke und dazu das Korreferat von Weippert (kritisch gegenüber Max Webers Werturteilsneutralität).

¹⁰ Von Bresciani-Turroni zugespitzt als „Analyse der Folgen staatlicher Interventionen“ gekennzeichnet.

Theorie der Wirtschaftspolitik¹⁰ ist die „politische Ökonomie“¹¹.

Die Wirtschaftspolitik manifestiert sich in erster Linie in gesetzlichen oder administrativen *Interventionen*¹². Diese lassen sich nach verschiedenen Kriterien gruppieren, so inhaltlich danach, ob sie die allgemeinen oder besonderen Strukturbedingungen der Wirtschaftsordnung oder die variablen Größen des Marktes, Preise und Mengen, beeinflussen¹³, oder formal danach, ob sie als unmittelbare Gebote oder Verbote, z. B. Preisvorschriften, oder mittelbar¹⁴, z. B. durch Manipulierung des Kreditvolumens, wirksam werden.

Ein neuartiges Instrument mittelbarer Wirtschaftslenkung und zugleich ein Wesenszug des modernen Steuerstaates ist die Einsetzung der staatswirtschaftlichen Faktoren zu wirtschaftspolitischen Zielen und überhaupt zur Sozialgestaltung¹⁵. Dies hat zu einer neuen Auffassung insbesondere der Steuer- und Währungspolitik geführt. Die Verbindung steuerpolitischer und wirtschaftspolitischer Zielsetzungen tritt in der Verbrauchsbesteuerung durch Finanzmonopole augenfällig

¹¹ Das Wort stammt von dem Merkantilisten Montchrétiens, dessen „Traicté d'oeconomie politique“ 1615 erschien (vgl. *Salin* S. 53). — Adam *Smith* gab der politischen Ökonomie zwei Ziele: „Sie hat erstens dem Volk reichliches Einkommen oder Unterhalt zu verschaffen oder, richtiger (!), dasselbe zu befähigen, sich selbst ein solches Einkommen oder solchen Unterhalt zu verschaffen; zweitens aber hat sie dem Staat oder dem Gemeinwesen ein Einkommen zuzuführen, das zur Bestreitung öffentlicher Dienste hinreicht“ (Der Reichtum der Nationen, IV Einl.). Das marxistische Verständnis weicht davon charakteristisch ab: Die politische Ökonomie ist die Wissenschaft von der Entwicklung der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse, die die Gesetze ergründet, denen die Produktion und die Verteilung der materiellen Güter in der menschlichen Gesellschaft auf ihren verschiedenen Entwicklungsstufen unterworfen sind (*Politische Ökonomie*). Unabhängig von einem ideologischen Vorverständnis kann die politische Ökonomie als die Wissenschaft definiert werden, welche die Phänomene untersucht, die aus den wirtschaftlichen Handlungen der Menschen in einer Gesellschaft hervorgehen (*Keynes Scope and Method* p. 101).

¹² Hierzu etwa: *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 31; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 7 ff. — *Ehmke* S. 11 Anm. 24 und passim verwirft den Begriff der Intervention, weil er auf der überholten Vorstellung der Trennung von Staat und Gesellschaft beruhe, und schlägt statt dessen den Ausdruck „Wirtschaftsregulierung“ vor. Seine Argumentation trifft, und insoweit ist sie berechtigt, nur den neoliberalen Begriff (z. B. *Hayek* Marktwirtschaft S. 6 ff.). Doch findet der Ausdruck allgemein und ohne pejorativen Nebensinn Anwendung und ist auch in einer kapitalistischen Verkehrswirtschaft, die nun einmal einen privaten Wirtschaftssektor besitzt, dessen Geschehen die Wirtschaftspolitik exogen beeinflusst, sachgemäß. Als vorweggenommene Argumentation gegen Ehmkes Ablehnung von Begriff und Ausdruck der Intervention kann die Darlegung bei *Huber* Wirtschaftsstaat S. 26 f. gelten.

¹³ *Bresciani-Turroni* S. 104 ff. — Weniger systematisch sind die Einteilungen bei *Hamann* Wirtschaftslenkung S. 99 ff. und *Huber* WVerwR II §§ 83 ff.

¹⁴ *Ballerstedt* Wirtschaftslenkung S. 137; *Isay* Technik der Wirtschaftslenkung S. 409 ff.; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 26 ff.

¹⁵ Hierzu: *Huber* WVerwR I § 54 I 2 b und II § 84 V; *Lerche*; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 41 f.; ders. Aufgabe der Gesetzgebung S. 606; *Schüle* S. 93 f.; *Tautscher* Wesenswandlung.

zu Tage. Die Begründung eines Finanzmonopols, wie überhaupt aller Verwaltungsmonopole, stellt allerdings — und das ist ein wesentlicher Unterschied zur Besteuerung durch Steuern — eine unmittelbare Intervention dar.

Eine strukturbeeinflussende, unmittelbare Intervention, auf die hier näher einzugehen ist, weil sie typisch in Zusammenhang mit der Begründung von Verwaltungsmonopolen steht, ist die *Verstaatlichung*. Unter Sozialisierung¹⁶ ist die im Vollzug der sozialistischen Gesellschaftsidee erfolgende Umgestaltung der Eigentumsordnung durch Aufhebung des privaten Sondereigentums an bestimmten Wirtschaftsgütern, insbesondere an den Bodenschätzen und den Produktionsmitteln, und die Überführung dieser Güter in staatliches Eigentum oder Eigentum unter staatlicher Aufsicht stehender halbautonomer Wirtschaftssubjekte zu verstehen¹⁷. Die Sozialisierung ist durch ihren sozialrevolutionären Charakter von der Enteignung sowie von sonstigen Verstaatlichungen¹⁸ oder Kommunalisierungen unterschieden. Der Sozialisierungsgedanke ist in Deutschland¹⁹ nach beiden Weltkriegen zunächst sehr stark gewesen²⁰, um dann allerdings, nach Erholung der Wirtschaft, ebenso rasch wieder zurückzutreten.

Die Sozialisierung ist als schlagartige Übernahme ganzer Wirtschaftszweige, vor allem der Grundstoffindustrien, in Staatseigentum oder das Eigentum gemeinwirtschaftlicher Wirtschaftseinheiten²¹ gedacht. Die so entstehende „staatssozialistische“²² Modifikation der Wirtschaftsordnung nimmt ihr, wenn wesentliche Schlüsselindustrien erfaßt werden, den privatwirtschaftlichen und verkehrswirtschaftlichen Grundzug, da sie den Schwerpunkt der wirtschaftlichen Entscheidungen in die Hände der staatlichen Bürokratie verlagert. Die Verfechter der liberalen Wirtschaftsidee bekämpfen den Sozialisierungsgedanken deshalb nicht nur aus wirtschaftspolitischen Gründen, sondern auch wegen der von ihnen befürchteten Gefährdung der demokratischen

¹⁶ Hierzu: *Huber WVerwR II* §§ 77 ff.; *Theo Keller* S. 161; *Ortlieb*; *Rittig*; *Weddigen* S. 45 ff., 75 ff.

¹⁷ *Bräuer* S. 2; *Huber WVerwR I* § 69 X und II § 77; *Mahr* S. 27; *Mises Liberalismus* S. 3; *Ortlieb* S. 194 ff.; *Rasch* S. 22.

¹⁸ Die Gründe, aus denen nichtsozialistische Verstaatlichungen vorgenommen werden, decken sich im Grunde mit den Motivierungen für eine im Interesse des Gemeinwohls ausgeübte wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand; vgl. *Hamm* S. 21 f.; *Huber WVerwR II* § 77 IV 2 b; *Klezi-Norberg* S. 24.

¹⁹ Zu den Sozialisierungen in England unter der Labour-Regierung: *C. J. Friedrich*, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, S. 579 ff.; *Theo Keller* S. 172 f.; *Lewis* in: *Monopoly and Competition*. Zu den Verstaatlichungen in Frankreich: *Jeanneney* in: *Monopoly and Competition*.

²⁰ Vgl. die Erklärung der Reichsregierung in der Nationalversammlung am 13. 2. 1919, These 7, anlässlich des Sozialisierungsgesetzes (abgedruckt bei *Hedemann* S. 114 Anm. 2) und, nach dem II. Weltkrieg, die hessische Sozialisierung.

²¹ Zu den Formen der Sozialisierung: *Klezi-Norberg* S. 24; *Ortlieb* S. 243 ff.

²² Vgl. *Huber VerwR WVerwR I* § 45 I 2 a.

Staatsform und der bürgerlichen Freiheit²³. Gegen punktuelle, ideologisch neutrale Verstaatlichungen wird eine derartig hochgreifende Polemik selbst von den Neoliberalen nicht vorgebracht.

Die Begründung eines Verwaltungsmonopols kann unter Umständen nur mit Hilfe einer Verstaatlichung, die private Wettbewerber ausschaltet und dem Monopolsubjekt das zur Ausübung des Monopols gebrauchte Substrat verschafft, möglich sein, sie ist aber, wie die beschriebenen Einzelfälle zeigen, nicht notwendig mit einer solchen verbunden. Die ein Verwaltungsmonopol ermöglichende Verstaatlichung kann im Einzelfall auch eine Sozialisierung sein, wenn aber die Sozialisierung derart umfassend ist, daß sie einen Umschlag der privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung in eine staatssozialistische bewirkt, werden die monopolisierten Wirtschaftstätigkeiten zu notwendig staatlichen Funktionen, so daß es sich nicht mehr um eine Anwendung des Rechtsinstituts des Verwaltungsmonopols handelt.

Die mannigfachen Interventionen der Wirtschaftspolitik²⁴ geben der konkreten Wirtschaftsordnung²⁵ der Nationalwirtschaft das Aussehen einer Mischform, in der das Marktmodell Modifikationen unterliegt, die nicht mit der abstrakten „Reinheit“ theoretisch bewältigt werden können, wie es für das Modell möglich ist. Die *Wirtschaftsordnung* ist Gegenstand einer Theorie, die zur Analyse eben der Wirtschaftsordnung Wirtschaftsformen aufstellt, wobei allgemein als unterscheidendes Kriterium das Maß der staatlichen Einflußnahme verwendet wird²⁶. Als die beiden nicht aufeinander zurückführbaren²⁷ Wirt-

²³ Vgl. *Eucken* Wettbewerb S. 8; *Hamm* S. 94 ff.; *Mahr* S. 404.

²⁴ Die wirtschaftspolitische Intervention ist eine Einflußnahme, die wirtschaftliche Zustände und Vorgänge als solche beeinflussen will, d. h. wirtschaftslenkend ist; das schließt sowohl die allgemeine Gesetzgebung und deren Vollzug, als auch die bloß polizeiliche Kontrolle aus diesem Begriff aus.

²⁵ In der Terminologie werden im folgenden diese Bestimmungen zugrunde gelegt: „Wirtschaftsordnung“ ist die empirische Daseinsweise einer konkreten Volkswirtschaft. „Wirtschaftsform“ ist ein in verschiedenen Wirtschaftsordnungen aufweisbarer Typus der empirischen Daseinsweisen des Wirtschaftens, also eine Verallgemeinerung aus der Vergleichung verschiedener Wirtschaftsordnungen. „Wirtschaftsidee“ ist das durch Sozialphilosophie und allgemeine Wirtschaftstheorie in Hinblick auf eine sinnvolle Gestaltung der Organisation und des Ablaufs des Wirtschaftens aufgestellte Leitbild. „Wirtschaftssystem“ ist die systematische Ausarbeitung einer bestimmten Wirtschaftsidee.

²⁶ *Max Weber*, Grundriß der Sozialökonomik, 2. Aufl., 1925, III/1, 59 unterscheidet die verkehrswirtschaftliche Bedarfsdeckung, die rein durch Interessenlage ermöglicht und nur durch Tausch vergesellschaftet wird, von der planwirtschaftlichen, die an gesetzten Ordnungen systematisch orientiert ist. *Eucken* WPol S. 21 f. und *Böhm* Wirtschaftsordnung S. 8 ff. stellen darauf ab, ob das Wirtschaftsgeschehen durch einen einzigen Wirtschaftsplan oder durch die selbständigen Pläne vieler Einzelwirtschaften mit Hilfe des Marktautomatismus gesteuert wird. Auf derselben Grundlage stellt *Miksch* Verstaatlichung S. 85 „äußere“ und „innere Koordination“ eines Wirtschaftsprozesses gegenüber.

²⁷ Vgl. *Eucken* WPol S. 99 ff.

schaftsformen, die wegen des hohen Grades der Verallgemeinerung als Modelle angesprochen werden müssen²⁸, werden einhellig die (reine) Verkehrswirtschaft oder Marktwirtschaft und die Planwirtschaft oder Zentralverwaltungswirtschaft (*Eucken*) angegeben. Die Frage, ob es neben diesen Grundformen noch eine oder mehrere weitere Grundwirtschaftsformen gibt, ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Theorie der Wirtschaftspolitik. Denn wenn es, wie die Freiburger neoliberale Schule behauptet²⁹, keine Zwischenform („Wirtschaftslenkung“, „Interventionismus“ o. ä.) gibt, die Verkehrswirtschaft also die einzige Alternative zur Planwirtschaft wäre, würde die Herstellung des Marktmechanismus notwendig zum Hauptpunkt der Wirtschaftspolitik, mit anderen Worten allein die neoliberale Ordotheorie wäre die reine Lehre. Die neoliberale Theorie wird damit begründet, daß jede planvolle Wirtschaftslenkung, sofern sie nicht allein die Gewährleistung des Marktautomatismus zum Ziel hat, und erst recht jede partielle Einführung einer Planwirtschaft, der Wirtschaftsordnung eine Tendenz zur Zentralverwaltungswirtschaft gebe, aber nicht in sich selbst zum Gleichgewicht kommen könne³⁰.

Diese These kann nur richtig sein, wenn vorausgesetzt werden könnte, daß das Marktmodell überhaupt in seinen entscheidenden Merkmalen realisierbar ist³¹, oder wenn wenigstens das herstellbare Maß von Marktautomatismus staatliche Intervention überflüssig machen würde³². Daß auch diese zweite Voraussetzung nicht als zutreffend unterstellt werden kann, zeigt die Erfahrung, daß nicht einmal die Volkswirtschaften der Gesellschaften mit der höchsten Zivilisationsstufe sich zur Lösung der sozialen Frage auf die wirtschaftliche Selbststeuerung verlassen konnten. Sofern die Lehre der Wirtschaftsformen handhabbare Verallgemeinerungen und nicht nur doktrinär konstruierte „reine“ Modelle hervorbringen will, muß sie die gelenkte Wirtschaft als dritte Wirtschaftsform zulassen.

Die Wirtschaftsform der *Verkehrswirtschaft* ist ein Wirkungszusammenhang der nach dem ökonomischen Prinzip handelnden Wirtschaftssubjekte, deren individuelle Zwecksetzungen durch die Steuerungsfunktion des Marktes in der Weise koordiniert werden, daß die

²⁸ *Isay* Technik der Wirtschaftslenkung S. 404 f.; *Miksch* Verstaatlichung S. 85.

²⁹ *Eucken* WPol S. 21 f.; *Miksch* Theorie des Gleichgewichts S. 175 f.; *Röpke* Ordnung der Wirtschaft S. 10 ff. Ebenso *Pütz* S. 145. Der neoliberale Standpunkt findet sich bereits bei *Mises* Liberalismus S. 67 ff.

³⁰ *Eucken* WPol S. 144 f.; ders. Wettbewerbsordnung S. 15 f.; *Miksch* Wettbewerb S. 195 f.; *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung S. 14 ff., 124 f.; *Röpke* Lehre von der Wirtschaft S. 185. Dagegen u. a. *Huber* WVerwR I § 4; ders. AöR 78 (1953), 502; *Kloten*; *Kröll*; *Scheuner* Aufgabe der Gesetzgebung S. 605.

³¹ Die dem entgegenstehenden Gründe sind bereits bei der Erörterung des wirtschaftlichen Monopols angeführt worden (vgl. Textziffer 13).

³² Diesen Punkt hebt *Leibholz* Diskussionsbeitrag mit Recht hervor.

Knappheit der Güter mit dem Bedarf der Nachfragenden zu einem Gleichgewicht gelangt, so daß die Produktion eine Funktion des Bedarfs ist³³. Institutionelle Voraussetzungen der Verkehrswirtschaft sind Privateigentum und Vertragsfreiheit, ihr Kernstück ist der freie Wettbewerb; die staatliche Intervention ist nur entweder als „marktkonforme“³⁴ oder zur Ausschaltung der sich durch die Marktwirtschaft bildenden Marktmacht, die sich nicht wieder durch die marktwirtschaftlichen Faktoren selbst auflöst³⁵, vorhanden.

Bei der Wirtschaftsform der *Planwirtschaft* tritt an die Stelle der individuellen Wirtschaftspläne ein einheitlicher Plan einer Zentrale, der Produktion und Distribution nach den angenommenen Bedürfnissen des Gemeinwesens festlegt und den für die Marktwirtschaft charakteristischen Tausch durch die Zuteilung ersetzt, da ein Markt nicht vorhanden ist³⁶. Der hauptsächliche wirtschaftstheoretische Einwand gegen die Planwirtschaft ist, daß ihr mangels eines Erkenntnismittels für die Bedürfnisse eine sinnvolle Wirtschaftsrechnung nicht möglich sei³⁷, ein Einwand, dessen Stichhaltigkeit durch verschiedene Untersuchungen allerdings in Frage gestellt worden ist³⁸.

Die Wirtschaftsform der *gelenkten Wirtschaft* oder des Interventionismus ist in zahlreichen Varianten verwirklicht und hat vielfach theoretische Bearbeitung erfahren³⁹; ihre Theorie ist im Ausgangspunkt eine Systematisierung der Grundzüge der Wirtschaftsordnungen der modernen nicht planwirtschaftlichen Volkswirtschaften. Auch die Wirtschaftsordnung der „sozialen Marktwirtschaft“⁴⁰, die die ordoliberalen Wirtschaftstheorie jedenfalls prinzipiell als ihr Fundament behauptet, ist eine Denomination der gelenkten Wirtschaft, weil sie die

³³ Hierzu: *Böhler* S. 69 ff.; *Huppert* S. 20; *Leopold Mayer* S. 66; *Miksch* Theorie des Gleichgewichts; *Ritschl* Prinzipien der Gemeinwirtschaft S. 2.

³⁴ Vgl. dazu *Isay* Technik der Wirtschaftslenkung S. 421.

³⁵ Vgl. *Böhm* Demokratie und ökonomische Macht S. 3 f.; *Hamm* S. 176 ff.; *Miksch* Theorie des Gleichgewichts S. 187.

³⁶ Hierzu: *Bresciani-Turroni* S. 153 ff.; *Carell* § 1, 1; *Eucken* Grdl S. 76 ff., 127 ff.; ders. WPol S. 58 ff.; *Isay* Technik der Wirtschaftslenkung S. 420 f.; *Mahr* S. 22; *Rasch* S. 66; *Ritschl* Prinzipien der Gemeinwirtschaft S. 18 ff. („ausschließliche Gemeinwirtschaft“). Zum Recht der Wirtschaftsplanung in der DDR: *Samson* S. 30 ff.

³⁷ *Eucken* Wettbewerbsordnung S. 8 ff.; ders. Das ordnungspolitische Problem S. 57 ff.; *Hayek* Weg zur Knechtschaft S. 67 ff.; *Rasch* S. 65 ff.; *Müller-Armack* Wirtschaftsordnungen S. 131 ff.

³⁸ Vgl. *Schumpeter* S. 275 ff. („sozialistischer Grundplan“); *Hensel*; *Peter* Morphologie und Katallaktik.

³⁹ Hierzu: *Ballerstedt* Wirtschaftslenkung S. 137 ff.; *Carell* § 2, 4; *Colm* pp 289 Anm. 1, 296, 299 sqq; *Galbraith* S. 10; *Huber* WVerw I § 4 und II §§ 81 ff.; *Hans Huber* Interventionismus; *Huppert*; *Jöhr*; *Paul Keller* Diss.; *Klezl-Norberg* S. 31; *Loewenstein* Verfassungsrecht und Verfassungspraxis S. 232 ff.; *Marbach* Staatsintervention; *Saitzew*; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 7 ff.; *Surányi-Unger*; *von Stackelberg*; *Weddigen*; *Josua Werner*.

⁴⁰ Zu dieser: *Lütge* S. 497 f.; *Mahr* S. 29 f.; *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung S. 59 ff.; *Nipperdey* S. 12 f.; *Enneccerus* § 15 II 3.

konkrete Wirtschaftsordnung planmäßig dem Leitbild der Wettbewerbswirtschaft anzunähern sucht. Die Wirtschaftsform der gelenkten Wirtschaft besitzt die selbständig wirtschaftende und durch den Markt koordinierte Privatinitiative als Grundsatz, ist aber durch ein System staatlicher Interventionen gekennzeichnet, die die Ordnung der Produktion und Distribution sowohl im Interesse sinnvoller Wirtschaftsgestaltung, als auch im Interesse sozialer Gerechtigkeit beeinflussen. Die Wirtschaftslenkung wird zum Dirigismus, wenn sie die Einzelpläne der Wirtschaftssubjekte durch einen gesamtwirtschaftlichen Plan bindet, ohne die Grenze zur marktlosen Planwirtschaft zu überschreiten. Eine besondere Erscheinungsform der dirigistischen Wirtschaftsform ist die Steuerung der Wirtschaft vermittels eines die Schlüsselunternehmen erfassenden Systems von Verwaltungsmonopolen (Lenkungsmonopolen)⁴¹.

Planwirtschaft und gelenkte Wirtschaft sind auch ohne eine Umgestaltung der Eigentumsverhältnisse möglich⁴², da ihr Funktionieren zwar die Bindung der aus dem Eigentum entspringenden Verwendungs- und Verfügungsrechte, unter Umständen bis zur Reduzierung des Eigentums zum nudum ius, nicht aber die Veränderung der Rechtszuständigkeit selbst voraussetzt.

1. Voraussetzungen einer wirtschaftspolitischen Beurteilung des Verwaltungsmonopols

93.— Die geschilderten Wirtschaftsformen der Verkehrswirtschaft, der Planwirtschaft und der gelenkten Wirtschaft sind zwar taugliche, aber nicht ausreichende Instrumente für eine Morphologie der Wirtschaftsordnungen. Denn sie gehen aus allein ökonomischen Kategorien und unter diesen in erster Linie aus dem Moment des vorhandenen, modifizierten oder fehlenden Marktmechanismus hervor. Wie aber das Wirtschaften eine soziale Funktion ist und die Wirtschaft in der Gesellschaft kein aus sich heraus abschließend erklärbarer Handlungszusammenhang ist, so ist auch die Wirtschaftsordnung nicht nur ein wirtschaftliches, sondern ein soziales Problem. Diese Prämisse zwingt zu der methodischen Folgerung, in die Analyse der Wirtschaftsordnungen soziologische Hilfsmittel einzubeziehen. In diesem Sinn ist die Forderung *Sombarts*, in „Wirtschaftssystemen“ zu denken, zu verstehen. Auf diese Weise stellt sich die Theorie der Wirtschaftsformen eine historische und soziologische Aufgabe und vermag sie die Wirtschaftsordnungen in den größeren Zivilisationszusammenhängen zu sehen.

⁴¹ Vgl. *Huber* WVerwR I § 4 III 2 („partielle Staatswirtschaft“).

⁴² *Eucken* WPol S. 60. — *Abw. Carell* § 1, 1; *Samson* S. 37 ff.

Die agrarischen, naturalwirtschaftlichen und vorwiegend auf Bedarfsdeckung ausgerichteten Wirtschaftsweisen mit nur geringer Arbeitsteilung begannen mit der Entwicklung der Stadt, des Handwerkerkerns, der Geldwirtschaft und des verzweigten Handels einen anderen Charakter anzunehmen. Die Auflösung der mittelalterlichen Denk- und Lebensformen und die Ausbildung des Territorialstaates führten eine neue Epoche gesellschaftlicher Existenz und wirtschaftlicher Ordnung herauf, als deren erste Phase, nur auf die wirtschaftlichen Zustände gesehen, der Merkantilismus in Erscheinung trat, und die, bestimmte Momente bald akzentuierend, bald verändernd, bis in die Gegenwart fort dauert. Diese Wirtschaftsform der europäischen Neuzeit wurde, zuerst von ihren Kritikern, *Kapitalismus* genannt. Die gelehrte Bemühung, Entstehung, Wesensgrund, Hauptmerkmale und Wandlungen dieser Wirtschaftsform zu erkennen und zu deuten¹, hat vieles Kennzeichnende hervorgehoben, blieb aber in zahlreichen Fragen kontrovers.

Konstitutiv für den Kapitalismus, in ihm als eine spezifische Wirtschaftsgesinnung sich manifestierend, ist das nachmittelalterliche individualistische und rationalistische Denken: „Aus dem tiefen Grund der europäischen Seele ist der Kapitalismus erwachsen“². Die kapitalistische Wirtschaftsgesinnung ist durch den dynamischen, erwerbsorientierten „Unternehmungsgeist“ und den erhaltenden, rechenhaften „Bürgergeist“ umschreibbar³. Diese Wirtschaftsgesinnung erzeugte, verbunden mit den Erfindungen und Entdeckungen der beginnenden Neu-

¹ Grundlegend *Sombart* Der moderne Kapitalismus, ein Werk, das nicht ohne Kritik geblieben ist (vgl. z. B. *von Below* S. 435 ff.; *Dobsch*), und *Schumpeter* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, dessen These von der schöpferischen Selbstzerstörung des Kapitalismus begrifflicher Weise besonders im liberalen Lager auf heftige Ablehnung stieß (vgl. *von Beckerath*; *Geiger* S. 31 ff.; *Röpke* Muß der Sozialismus kommen?). Im übrigen: *von Below* S. 399 ff.; *Heimann* Wirtschaftssysteme S. 18 ff.; *von Mises* Wurzeln des Antikapitalismus; *Ritschl* Öffentliche Unternehmung S. 37 f.; ders. Prinzipien der Gemeinwirtschaft S. 1, 12 f.; ders. Grundlagen S. 60 f.

² *Sombart* Kapitalismus I, 327.

³ *Sombart* Kapitalismus I, 327 ff. und II/1, 23 ff.; ders. Ordnung des Wirtschaftslebens S. 27 ff.; *Schumpeter* S. 202 ff.; *Heimann* Wirtschaftssysteme S. 18 ff.

Das Erwerbsprinzip des Kapitalismus ist nicht auf Bedarfsdeckung schlechthin, sondern auf die Vermehrung einer Geldsumme gerichtet (*Sombart* Kapitalismus I, 320; ebenso *Keynes* Laissez-Faire S. 38); denn die kapitalistische Produktion ist nicht am Gebrauchs-, sondern am Tauschwert der Ware orientiert. Liberale Autoren versuchen das Erwerbsprinzip zu bagatellisieren, weil es dies schon immer gegeben habe (z. B. *Miksch* Verstaatlichung S. 114), doch lassen sie dabei die gerade typische Beziehung zum Geld außer acht, die dem kapitalistischen Erwerbsstreben eigentümlich ist. Dieselbe Unterlassung kommt in der liberalen These zum Ausdruck, daß der Kapitalismus durch den „souveränen Verbraucher“ gekennzeichnet sei (*von Mises* Wurzeln des Antikapitalismus S. 9 ff.; u. a.), was zwar aus der Theorie vom Modellmarkt ableitbar, in der wirtschaftlichen Realität allerdings höchstens als Ausnahmefall verifizierbar ist.

zeit und der sich anschließenden technischen und industriellen Revolution spezifische Formen des produzierenden Unternehmens und des Handels, neben denen die älteren Formen außerhalb des industriellen Sektors fortbestanden und zu denen später neue Formen der Gemeinschaft traten. Nach der Überwindung der Frühphase des Merkantilismus traten als augenfällige Züge des Hochkapitalismus das klassenspaltende und herrschaftsverleihende Privateigentum an den Produktionsmitteln und der verkehrswirtschaftliche Gütertausch hervor⁴, woraus sich die zentrale Bedeutung der rechtlichen Institutionen des Privateigentums und der Vertragsfreiheit für die kapitalistischen Wirtschaftsordnungen erklärt. In aller Schärfe machte sich nun die Trennung von Kapital und Arbeit bemerkbar⁵, welche die als Grundlage des kapitalistischen Unternehmens dienende und damit erst die Qualität als Wirtschaftssubjekt vermittelnde Tauschwertsumme in den Händen der Produktionsmitteleigentümer monopolisierte.

Die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts einsetzende und rasch internationale und globale Ausmaße annehmende Konzentrationsbewegung, die die Phase des „Monopolkapitalismus“ einleitete⁶, erwies ein Axiom der Klassik als hinfällig, nämlich daß der Markt die Fähigkeit habe, die Verkehrswirtschaft automatisch zu steuern: die unbeschränkte Vertragsfreiheit lähmte den Wettbewerb und setzte so ein Grundelement des Marktmechanismus außer Kraft. Das privatwirtschaftliche Monopol wurde für die neosozialistischen, wie für die neoliberalen Theoretiker zum gemeinsamen Angriffspunkt, das „Ende des Laissez-faire“ dokumentierend, den einen als Beweis für die Untauglichkeit der kapitalistischen Wirtschaftsform⁷, den anderen als Störenfried, dessen Beseitigung dem Markt wieder seine Funktion zurückgeben würde⁷.

Die jüngste Phase des Kapitalismus wird durch zwei Umstände charakterisiert, die das Erscheinungsbild des Hochkapitalismus in so tiefgreifender Weise veränderten, daß sogar Zweifel laut wurden, ob die so entstandene Wirtschaftsordnung überhaupt noch als kapitalistisch angesehen werden könne⁹. Der Staat trat aus der ihm durch die Klassik zugewiesenen Zurückhaltung heraus und entfaltete soziale und wirtschaftspolitische Aktivität. Zum zweiten verursachte das weitgehende Verschwinden des Typs des kapitalistischen Unternehmers aus den

⁴ *Marbach* Organisationsformen S. 25; *Ritschl* a.a.O.; *Schumpeter* S. 267.

⁵ Vgl. *Sombart* Kapitalismus I, 324 und III/1, 129 ff.; *Kröll* S. 485 ff.

⁶ Für die marxistische Doktrin ist der Monopolkapitalismus oder „Imperialismus“ das höchste und letzte Stadium des Kapitalismus (*Lenin* Imperialismus; *Politische Ökonomie* S. 254). Im „staatsmonopolistischen Kapitalismus“ ordnen sich die Monopole den Staatsapparat unter und benutzen ihn zur Einmischung in die Wirtschaft in ihrem Interesse (*Politische Ökonomie* S. 292 f.).

⁷ Z. B. *Ritschl* Grundlagen S. 60 ff.

⁸ Z. B. *Rüstow* Zwischen Kapitalismus und Kommunismus S. 103.

⁹ Vgl. *Sombart* Wandlungen und die anschließende Diskussion dieses Referats.

großen Produktionsunternehmen und seine Ersetzung durch den Manager¹⁰, d. h. die Spaltung von Kapital und Unternehmerinitiative, eine durch die neuen Rechtsformen der Kapitalgesellschaften begünstigte innere Umwandlung der kapitalistischen Wirtschaftsordnungen. Dadurch verlor die herkömmliche Betonung der Eigentumsfrage ihre wesentliche Voraussetzung¹¹; denn in privaten wie in staatlichen Unternehmen findet sich der gleiche Typ des Wirtschaftsfunktionärs¹². Dieses Phänomen wurde erstmals von *Burnham* systematisch untersucht¹³. Auch *Schumpeters* These von der schöpferischen Selbstzerstörung des Kapitalismus stützt sich, neben der Explikation der als unausweichlich betrachteten Folgen des dynamischen Prinzips des Kapitalismus, auf diese Beobachtung.

Trotz dieser sehr erheblichen Abweichungen, zu denen noch als soziale Erscheinung die Abmilderung der Klassenspaltung durch die staatliche Sozialgesetzgebung und das Vordringen der Automation hinzutreten, ist die in den nichtsozialistischen Volkswirtschaften vorherrschende Wirtschaftsform die eines gebändigten Kapitalismus. Ihr Profil wird durch den Markt, eine sozialgebundene Privatautonomie und Vertragsfreiheit und die auch durch staatlich gefördertes Kleinaktionärstum nicht aufgehobene Trennung von Kapital und Arbeit geprägt¹⁴.

Sombart gelangt am Ende seiner umfassenden und eindringenden Untersuchung zu der Feststellung, daß der Kapitalismus „das größte zivilisatorische Werk, das Menschengestalt geschaffen hat“, sei¹⁵. Auch wer dem in diesem Werturteil ausgesprochenen Superlativ nicht zustimmt, wird sich der Feststellung nicht entziehen können, daß die Moderne in allen ihren Lebensbereichen ohne den Kapitalismus nicht denkbar ist und daß er eine in der Menschheitsgeschichte bisher nicht verwirklichte Stufe der Zivilisation ermöglicht hat. Dies ist auch von *Marx* und von neusozialistischen Autoren nicht in Abrede gestellt worden. Dennoch ist in den letzten Jahrzehnten in der UdSSR, anderen sozialistischen Staaten und vielen jungen Staaten Asiens und Afrikas eine neue Wirtschaftsform, die sozialistische, hervorgetreten, die durch die Abschaffung des Sondereigentums an den Produktionsmitteln und die planwirtschaftlich-bürokratische Manipulation der Wirtschaft gekennzeichnet ist¹⁶. In ihr ist das rationalistische Moment der kapitalistischen Wirtschaftsgesinnung von dem privatwirtschaftlichen Erwerbsprinzip gelöst und zum allein bestimmenden Moment gesteigert.

¹⁰ Vgl. *Huber* WVerwR I § 68 I 1 c; *Strauß* S. 19.

¹¹ Vgl. *Eucken* Wettbewerb S. 7 f.

¹² *Eucken* WPol S. 174.

¹³ *The Managerial Revolution*, 1941. Zu diesem Buch: *Geiger* S. 48 ff.; *Lenel*, dessen Kritik allerdings in einer unsachlichen, ideologischen Polemik gipfelt.

¹⁴ Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 19.

¹⁵ *Kapitalismus III/2*, 952.

¹⁶ Hierzu *Politische Ökonomie* S. 431 ff. und *Sweezy* sowie die oben zur Planwirtschaft angegebene Literatur.

94.— Als erste Voraussetzung der wirtschaftspolitischen Beurteilung des Verwaltungsmonopols ist nunmehr klargestellt, daß es als eine Erscheinung in der Verkehrswirtschaft des gebändigten Kapitalismus anzusehen ist. Der zweite Schritt besteht in seiner Konfrontation mit den Theorien der verschiedenen *Wirtschaftssysteme*.

Das Lehrsystem des *Liberalismus* der Klassik¹⁷ ist die theoretische Zusammenfassung und normative Überhöhung der Wirtschaftsform des Hochkapitalismus¹⁸. Im Mittelpunkt dieses Wirtschaftssystems steht die individualistische und rationalistische Wirtschaftsidee des „Laissez-faire“¹⁹, die sich auf das Axiom eines *ordre naturel* der Wirtschaft stützt; die Wirtschaft wurde nach dem Vorbild des deistischen Kosmos²⁰ als ein nach den eingestifteten Gesetzen einer Wirtschaftsmechanik, in der sich eine prästabilierte Harmonie verwirkliche, funktionierender autonomer Körper angesehen²¹. Die einzelnen Wirtschaftssubjekte, wenn sie nur ihrem Eigeninteresse folgten, seien die Werkzeuge dieser Harmonie, welche mit dem Erfolg der Handelnden zugleich Prosperität der Nationalwirtschaft und Befriedigung der sozialen und individuellen Bedürfnisse herbeiführe: „Das natürliche Bestreben jedes Menschen, seine Lage zu verbessern, ist, wenn es sich mit Freiheit und Sicherheit geltend machen darf, ein so mächtiges Prinzip, daß es nicht nur allein und ohne alle Hilfe die Gesellschaft zu Reichtum und Wohlstand führt, sondern auch hundert arge Hindernisse überwindet, mit denen die Torheit menschlicher Gesetze es allzuoft zu hemmen suchte“²². In der individualistischen²³ Gesellschaftsidee des Liberalismus gibt es nur individuelle Bedürfnisse, deren Befriedigung, wenigstens auf längere Sicht, allen Einzelnen gelingen könne, sofern sie nur der natürlichen Ordnung

¹⁷ Zu diesem: Adam *Smith*, Der Reichtum der Nationen, nach der Übersetzung von Max Stirner und der engl. Ausgabe von Cannan (1904) hrsg. von Heinrich Schmidt, 1910, IV; John Stuart *Mill*, Grundsätze der politischen Ökonomie, aus dem Englischen übersetzt und mit Zusätzen versehen von Adolph Soetbeer, 1852, V, XI. Sekundärliteratur: *Heimann* Soziale Theorie S. 3 ff.; *Jöhr* Theoretische Grundlagen S. 1 ff.; *Klezl-Norberg* S. 19 ff.; *von Mises* Liberalismus; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 9 ff.; *Sombart* Ordnung des Wirtschaftslebens S. 59 ff.

¹⁸ *Heimann* Soziale Theorie S. 3; *von Mises* Liberalismus S. 9.

¹⁹ Die erstmalige Verwendung der Formel des „Laissez-faire“ wird dem Marquis d'Argenson (*Journal Oeconomique*, 1751 anonym erschienen) zugeschrieben (ausführlich dazu *Oncken*).

²⁰ Vgl. *Keynes* Laissez-Faire S. 16 f. — In einem säkularisierten Denken wurde der das kosmische Uhrwerk in Gang setzende Gott für das Wirtschaftsgeschehen durch die individuelle Vernunft ersetzt, in deren unbeeinflusstem Wirken man eine hinreichende Ursache für die Wohlstand erzeugende „Eigengesetzlichkeit“ der Wirtschaft sah.

²¹ *Lütge* S. 358 ff.

²² Adam *Smith* a.a.O. IV, 5 Exkurs IV.

²³ Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 8. — Die als sozial erscheinenden Bedürfnisse wurden auf eine Funktion der individuellen Bedürfnisse reduziert.

gemäß handelten²⁴, so daß folgerichtig jedem auch die Verantwortung für seinen wirtschaftlichen Erfolg zufalle und eine gesellschaftliche Verantwortung nicht erforderlich sei²⁵. Der Tüchtigste werde sich durchsetzen und so die beste Verteilung der Produktionsmittel und Konsumgüter zustandekommen²⁶. Hierbei ist vorausgesetzt, daß jedes sozial relevante Bedürfnis auf dem Markt als Nachfragedatum in Erscheinung treten müsse, und daß jedes Nachfragedatum die gleiche soziale Relevanz habe. Doch war ja eben diese Vorstellung einer außerhalb des Marktes gegebenen sozialen Frage in der liberalen Sozialidee nicht berücksichtigt.

Dem Staat verblieb in diesem Wirtschaftssystem allein die Rolle eines den Rechtsfrieden sichernden und Eigentum und Freiheit gewährleistenden und schützenden Polizisten, der nur ausnahmsweise privatwirtschaftlich unrentable, aber dem Gemeinwesen nützliche Anstalten betreiben und sich grundsätzlich in die wirtschaftlichen Abläufe nicht einmischen dürfe²⁷. Das politische Programm des wirtschaftlichen Liberalismus, das zugleich in der Staats- und Rechtstheorie des politischen Liberalismus²⁸ wiederkehrte, konzentrierte sich dementsprechend auf die Grundrechte, vor allem die Handlungsfreiheit und die Eigentumsfreiheit²⁹, denen durch die Zuschreibung „naturrechtlicher“ Eigenschaft eine ihrer Bedeutung für das kapitalistische Wirtschaftssystem gemäße Dignität gegeben wurde³⁰. So äußerte sich auch im Verfassungsrecht das die liberale Wirtschaftsdeutung tragende Bild vom *ordre naturel*.

Der klassische Liberalismus erweist sich als die Ideologie des Hochkapitalismus, einer Wirtschaftsform, die in der Gegenwart durch verschiedene Formen eines gebändigten Kapitalismus abgelöst ist, so daß seine Theoreme sich nicht als allgemeingültige Wirtschaftsgesetze, son-

²⁴ Sondereigentum und Privatautonomie sind, so gesehen, mittelbare Instrumente des Gemeinwohls (vgl. von Mises *Gemeinwirtschaft* S. 36). Der Verbraucher ordnet gewissermaßen über seine Nachfrage auf dem Markt an, wer zu produzieren habe und was zu produzieren sei (vgl. Eucken *WPol* S. 29 f.). Wegen dieser Annahme ist bei den liberalen Theoretikern das Bild von der täglichen „Abstimmung“ auf dem Markt, bei dem jeder Pfennig ein Stimmzettel sei, beliebt (vgl. Mises *Gemeinwirtschaft* S. 436).

²⁵ Klezl-Norberg S. 19. Das Utopische dieser Voraussetzung ist oft dargelegt worden (vgl. z. B. Colm pp 292 sq; Klezl-Norberg S. 21).

²⁶ Hierzu das satirische Giraffen-Beispiel bei Keynes *Laissez-Faire* Seite 22 f., 25.

²⁷ Vgl. Adam Smith a.a.O. V, 1/3; J. St. Mill a.a.O. V, XI § 3; von Mises *Liberalismus* S. 33. Hierzu: Keynes *Scope and Method* pp 70 sqq; Brandt S. 19; Jöhr *Theoretische Grundlagen* S. 3; Scheuner *Staatliche Intervention* S. 3.

²⁸ Hierzu die kommentierten Quellentexte bei Federici.

²⁹ Vgl. Colm p. 291; von Mises *Liberalismus* S. 17; ders. *Gemeinwirtschaft* S. 37; Sombart *Ordnung des Wirtschaftslebens* S. 59 ff.

³⁰ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, § 16, weist darauf hin, daß die französische Revolution die Krone zwar als Trägerin delegierter Vollmacht, das Privateigentum aber als natürliches Recht postulierte, was ihn zu der zugespitzten Formulierung veranlaßt: „Der absolute Herrscher mußte den Thron nur räumen, damit ihn das absolute Kapital besteigen konnte.“

dern als temporär gültige Reflexe einer historischen Entwicklungsstufe darstellen³¹. Eine Äußerung, wie die von Ludwig von Mises: „Das einzige, was die Versklavung der zivilisierten Nationen des westlichen Europa, Amerikas und Australiens durch das Barbarentum Moskaus verhindern kann, ist offene und uneingeschränkte Bejahung des Laissez-faire-Kapitalismus“³², geht an der wirtschaftlichen Wirklichkeit der modernen kapitalistischen Ordnung vorbei und dürfte auch nicht einmal auf den Beifall der Neoliberalen rechnen können.

In zwei Umständen vor allem wurden Mängel der kapitalistischen Wirtschaftsform, und damit Fehler des liberalen Wirtschaftssystems, sichtbar: In der sozialen Frage, die, wie die historische Erfahrung zeigte, allein durch eine sich selbst überlassene Verkehrswirtschaft nicht bewältigt wurde³³, und in der Wettbewerbsverzerrung durch die Marktmacht der Monopole³⁴.

Nachdem zuerst *Marx* und der Marxismus eine neue Sozialtheorie entworfen hatten, die auf eine gänzliche und revolutionäre Umwälzung der kapitalistischen Wirtschaftsordnungen abzielte, bildeten sich im 20. Jahrhundert neosoziale und neoliberale Wirtschaftstheorien, die darin übereinstimmten, daß sie das Wirtschaftssystem der Klassik verwarfen³⁵, wobei die erstgenannten die soziale Frage, die zweitgenannten das Monopolproblem in den Vordergrund stellten. Der Marxismus will als sozialrevolutionäre Ideologie die kapitalistische Gesellschaft beseitigen, der neue Sozialismus will sie sozialreformerisch allmählich umbilden, der neue Liberalismus will an ihr festhalten und sie verbessern.

Der *Marxismus* ist in erster Linie nicht ein Wirtschaftssystem, sondern eine Sozialtheorie, die die Selbstentfremdung der Unternehmer und der Lohnarbeiter durch den Warenprozeß als Folge der klassenspalten- den kapitalistischen Wirtschaftsform auffaßte und deswegen eine Abschaffung des „bürgerlichen Eigentums“³⁶ anstrebte, um durch die

³¹ Vgl. insb. *Neumark* S. 10 ff.

³² *Von Mises* Wurzeln des Antikapitalismus.

³³ Vgl. etwa: *Klezl-Norberg* S. 15; Loewenstein Verfassungsrecht und Verfassungsrealität S. 425 f.; *Forsthoff* Daseinsvorsorge; ders. Rechtsfragen.

³⁴ Ob die Konzentrationsentwicklung eine notwendige Folge der freien Verkehrswirtschaft ist oder andere Gründe hat, ist selbst unter den Neoliberalen eine Streitfrage (im ersteren Sinn *Böhm* Demokratie S. 3 f., abw. Auff. *Miksch* Verstaatlichung S. 134; *Eucken* WPol S. 235 ff.). Hierzu jetzt die umfassende Untersuchung Die Konzentration in der Wirtschaft, insb. deren 2. Band, sowie der daran anknüpfende Aufsatz von J. Heinz Müller, Zu Salins These von der Unentrinnbarkeit der Konzentration, *ZgesStW* 118 (1962), 278—295.

³⁵ Für die neoliberalen Kritiker der Klassik ist zu verweisen auf *Keynes* Das Ende des Laissez-Faire und auf die Ordoliberalen, z. B. *Eucken* WPol S. 356 ff.; *Miksch* Wettbewerb S. 6, 10; *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung S. 13 f.; *Rüstow*, Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus, 1951.

³⁶ Vgl. Karl *Marx* und Friedrich *Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei.

staatliche Kontrolle der Produktionsmittel einen ersten Schritt zu der herrschaftslosen klassenlosen Gesellschaft zu vollziehen³⁷.

Die *neosozialistischen* Theoretiker teilen die marxistische Geschichtseschatologie nicht und haben auch in der Frage der Eigentumsordnung einen weniger radikalen Standpunkt eingenommen³⁸. Allerdings halten sie daran fest, daß die wirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen nicht nur auf dessen persönlicher Kapazität beruht, sondern durch die erst kraft des gesellschaftlichen Zusammenlebens erzeugte Arbeitsteilung und technische Entwicklung möglich wird. Die Neosozialisten befürworten zwar in der Regel die grundsätzliche Beibehaltung der Verkehrswirtschaft, erkennen aber die durch den Marktmechanismus entstehenden Bewertungen der Leistungen und die daraus resultierende Eigentumsverteilung nicht ohne weiteres an, sondern wollen statt eines Produktionsmaximums ein Versorgungsoptimum. Hierin liegt die wesentliche Differenz zu den Neoliberalen, die das Urteil des Marktes prinzipiell als auch sozial gerecht hinnehmen und den Blick zuerst auf das Produktionsmaximum richten³⁹. Während die Neosozialisten für unvermeidbare Monopole Verstaatlichung fordern, sollen nach jetzt überwiegender neoliberaler Auffassung die Monopole einer Kontrolle durch ein Monopolamt unterworfen werden, das vermeidbare Monopol auflösen, unvermeidbare Monopole beaufsichtigen soll.

Die Wirtschaftsideen, die vor allem zum Mittelpunkt neosozialistischer Wirtschaftssysteme geworden sind, sind die „Wirtschaftsdemokratie“, der „liberale Sozialismus“ und die „Gemeinwirtschaft“.

Der Gedanke der „Wirtschaftsdemokratie“⁴⁰ beruht auf der Vorstellung, daß das politische Prinzip der Volkssouveränität auch in der Wirtschaft zur Geltung kommen müsse⁴¹, indem in ihr eine „Selbstbestimmung“ aller im Wirtschaftsleben Tätigen erfolge. Nachdem ursprünglich darin nur ein besonderer Weg zur sozialistischen Wirtschaftsord-

³⁷ Karl Marx, Das Kapital, I. Buch; *Politische Ökonomie* S. 445 ff.

³⁸ Die Theorien der Neosozialisten haben die doktrinaire Hypothese, daß zwischen Sondereigentum an den Produktionsmitteln einerseits, Freiheitsraum und sozialer Gerechtigkeit andererseits eine notwendige Korrelation bestünde, aufgegeben, da es sich herausgestellt hat, daß nicht so sehr die Rechtszuständigkeit, als vielmehr die Gebrauchsmöglichkeit des Eigentums von Bedeutung ist. Deshalb legen sie auf die staatliche Sozial- und Wirtschaftsplanung, die die Sozialfunktion des Eigentums zu aktualisieren vermag, den größeren Wert und nehmen hinsichtlich der Sozialisierung eine pragmatische Haltung ein (vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, § 18; Ortlieb S. 198 ff., 228 ff.; Weddigen S. 47). Durch die Voraussetzung der „Sozialisierungsreife“, die Lenin abgelehnt hatte, werden tiefgreifende Erschütterungen und Opfer vermieden (vgl. Schumpeter S. 477).

³⁹ Hierzu Ortlieb S. 204, 208 ff.

⁴⁰ Hierzu vor allem die Sammelschrift *Wirtschaftsdemokratie*. Im übrigen vgl. Beck Wirtschaftsdemokratie; Böhm Mitbestimmungsrecht S. 95 ff.; Colm pp 293 sq; Huber Wirtschaftsstaat S. 10 ff.; von Mises Gemeinwirtschaft S. 434 ff.; Ortlieb S. 251 ff.; Rasch S. 102 ff.; Schumpeter S. 476 Anm. 9.

⁴¹ Vgl. Wissell S. 11.

nung gesehen wurde⁴², blieb später davon lediglich die syndikalistische Forderung nach Mitbestimmung übrig. Ein „liberaler Sozialismus“ als Synthese der kapitalistischen und der marxistischen Wirtschafts-idee ist vor allem von *Oppenheimer*⁴³ und *Heimann*⁴⁴ vertreten worden. Die Idee der „Gemeinwirtschaft“⁴⁵, die von *Rathenau*, *v. Moellendorff* und *Wissell* ausgearbeitet wurde, verlangt die Überführung des Eigentums an Produktionsmitteln auf halbautonome Rechtsträger mit Selbstverwaltung durch Unternehmer und Arbeitnehmer („Vergesellschaftung“); diese Wirtschaftseinheiten sollten in der Weimarer Republik unter dem Reichswirtschaftsrat die Steuerungsmittel für eine gelenkte Wirtschaft sein („wirtschaftsorganisatorischer Aufbau der Wirtschaft“). Dieses Wirtschaftssystem wurde nach der Revolution von 1918 zunächst in einem Aufruf des Rats der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918 (RGBl S. 1303) angekündigt, fand dann seinen Niederschlag in einer Denkschrift des Reichswirtschaftsministeriums vom 9. 5. 1919 und bildete die Grundlage der Sozialisierungsgesetze. Seit dem Rücktritt *Wissells* und seines Unterstaatssekretärs *von Moellendorff* am 12. 7. 1919⁴⁶ unterblieb eine endgültige Realisierung des gemeinwirtschaftlichen Wirtschaftssystems, obwohl es auch Eingang in die Weimarer Verfassung gefunden hatte (vgl. Art. 156 Abs. 2)⁴⁷. Von anderen Voraussetzungen aus trat auch *Keynes* für halbautonome Körperschaften im Rahmen einer gelenkten Wirtschaft ein, die „mögliche Verbesserungen der Technik des modernen Kapitalismus durch das Mittel kollektiver Betätigung“ vornehmen müsse⁴⁸. Den neosozialistischen wie den neoliberalen Plänen für eine Wirtschaftslenkung durch halbautonome Verbände sind besonders die Ordoliberalen entgegengetreten, mit dem Argument, daß eine Anarchie der Gruppenegoismen und eine Lahmlegung des Markt-

⁴² „Durch Demokratisierung der Wirtschaft zum Sozialismus“ (*Wirtschaftsdemokratie* S. 13).

⁴³ *Kapitalismus, Kommunismus, wissenschaftlicher Sozialismus*, 1919. Der Kapitalismus bewirke Ungleichheit, der Kommunismus Unfreiheit, der wissenschaftliche Sozialismus vermeide die Fehler beider und verbinde Freiheit und Gleichheit, indem er vor allem die Monopole bekämpfe.

⁴⁴ *Soziale Theorie des Kapitalismus*, 1929. Die „soziale Freiheit“, die an die Stelle der „liberalen Freiheit“ zu setzen sei, müsse durch Brechung der Monopole und Schaffung einer sozialen Eigentumsordnung hergestellt werden. Vgl. auch *Foersters* „sozialen Kapitalismus“.

⁴⁵ Hierzu: *Ballerstedt* *Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 26; *Brehme* S. 60 ff.; *Facius* S. 94 ff.; *Giesecke* S. 1 ff.; *Huber* *WVerwR* II § 78 III 1; *Simons* S. 7 ff.

⁴⁶ Das Programm der „Gemeinwirtschaft“ ist in der Rechtfertigungsschrift *Wissells* dargelegt. Vgl. auch die Streitschrift *von Moellendorfs*.

⁴⁷ In einem prinzipiell anderen Sinn wird der Ausdruck „Gemeinwirtschaft“ von dem Neosozialisten *Ritschl* gebraucht, der Individuum und Gemeinschaft als zwei irreduzible soziale Größen setzt und daraus die Notwendigkeit einer „dualistischen Wirtschaftsordnung“ folgert, in der sich ein gemeinwirtschaftlicher Sektor und ein privatwirtschaftlicher Sektor gegenseitig ergänzen (Prinzipien der Gemeinwirtschaft, Grundlagen der Wirtschaftsordnung; dazu *von Dungern*; *Kröll*).

⁴⁸ *Laissez-Faire* S. 31 ff.

mechanismus zu befürchten seien oder aber ein Übergang zur Planwirtschaft stattfinden würde⁴⁹.

Dem neosozialistischen Wirtschaftssystem kommt für die Entwicklung des Verfassungsrechts und des Wirtschaftsverwaltungsrechts eine besondere Bedeutung deswegen zu, weil — von den einzelnen dadurch beeinflussten gesetzgeberischen Akten abgesehen — die Weimarer Verfassung wesentliche Gedanken seiner Konzeption rezipiert hat⁵⁰ und weil auch das Grundgesetz, wenn auch in entschieden geringfügigerem Ausmaß⁵¹, darauf rekurriert.

Das Verwaltungsmonopol nimmt im neosozialistischen Denken vor allem in der Erscheinungsform des Lenkungsmonopols eine wichtige Stellung ein, sei es als Element einer Übergangsstufe zur vollsozialistischen Wirtschaftsordnung, sei es als Steuerungsfaktor einer gelenkten Wirtschaft. Eine ganz andere, nämlich grundsätzlich ablehnende Beurteilung erfährt das Verwaltungsmonopol in der neoliberalen Theorie der Freiburger Schule.

Die *Freiburger Schule*⁵², deren beherrschende Persönlichkeit Rudolf Eucken war, ist eine aus der deutschen Wirtschaftstheorie hervorgegangene⁵³ und in ihrem Einfluß im wesentlichen auf Deutschland beschränkte Gruppe von Wirtschaftswissenschaftlern. Ihre Lehre ist der Ordo-Liberalismus, ein in ihrer Sozialtheorie verankertes Wirtschaftssystem⁵⁴. Ziel des Ordo-Liberalismus ist die Durchsetzung einer funktionsfähigen und menschenwürdigen Ordnung von Gesellschaft und Wirtschaft („Ordo“ im Sinne Euckens) durch das Vehikel der freien Entfaltung der spontanen individuellen Kräfte.

Sozialtheoretisches Axiom ist, daß Menschenwürde und Freiheit nur durch freien, d. h. weder durch nicht „marktkonforme“ staatliche Inter-

⁴⁹ Eucken WPol S. 223; ders. Wettbewerbsordnung S. 20 f.; Müller-Armack Wirtschaftslenkung S. 62 ff.

⁵⁰ Bresciani-Turroni S. 102 bezeichnet die WeimRV als einen „wenn auch unglücklichen, so doch ungemein interessanten Versuch eines ‚sozialen Liberalismus‘“.

⁵¹ Art. 15. Das Sozialstaatsprinzip, in seinem historischen Ursprung jedenfalls ein eher sozialistischer als liberaler Gedanke, ist gegenwärtig ein von einer bestimmten Ideologie freier, der modernen Staatsvorstellung innewohnender Grundsatz. Der historische Befund ist daher für die Auslegung keine Direktive (übereinstimmend Gerber S. 21 Anm. 99).

⁵² Über ihre Entstehung unterrichtet Dürr S. 8 ff.

⁵³ Dies sucht Salin S. 169 als symptomatisch darzutun („Deutsch zum Guten und zum Bösen ist auch die Verbissenheit des Kampfes, der Mut zum utopischen Denken, der Dogmatismus“).

⁵⁴ Als Quellenschriften ist insb. zu verweisen auf: Eucken Grdl; ders. WPol; ders. Wettbewerbsordnung; Böhm Wirtschaftsordnung S. 16 ff.; Hayek Weg zur Knechtschaft; Miksch Wettbewerb; Müller-Armack Wirtschaftsordnungen; Nipperdey; Röpke Lehre von der Wirtschaft S. 291 ff. (der „dritte Weg“); Rasch S. 118 ff.; Rüstow Zwischen Kapitalismus und Kommunismus S. 128 ff. Als Sekundärliteratur sind insb. zu nennen: Behlke; Biedenkopf in: Biedenkopf/Callmann/Deringer S. 26 f.; Colm pp 300 sq; Dürr; Haussmann; Isay Geschichte S. 69 f.; Kruse S. 269; Peter Freiheit der Wirtschaft; Salin S. 169 f.; Stocker.

vention, noch durch private Marktmacht gestörten, Wettbewerb machtloser Wirtschaftssubjekte zur Geltung kommen können. Die Sozialphilosophie der Freiburger Schule ist vornehmlich in den Arbeiten *Hayeks*, *Röpkes* und *Rüstows* niedergelegt; sie ist dadurch gekennzeichnet, daß sie den Fortbestand europäischer Sozial- und Rechtskultur von der Verwirklichung der ordoliberalen Wirtschafts-idee abhängig macht. In seinem polemischen und gelegentlich bis zur Unsachlichkeit parteiischen Buch „*The Road to Serfdom*“ (1944) verfocht *Hayek* die These, daß Sozialismus und bürgerliche Freiheit unvereinbar seien und daß der Sozialismus der Wegbereiter des Nationalsozialismus gewesen sei⁵⁵. In einer anderen Arbeit denunziert *Hayek* den rationalistischen Individualismus der Aufklärung und überhaupt jede Sozialtheorie, die soziale Institutionen auf einen bewußten Entwurf zurückführt, als Wegbereiterin des Sozialismus und damit der Versklavung⁵⁶. In ähnlicher Weise verurteilte *Rüstow* die den technischen Fortschritt tragende Gesinnung als hemmungslosen rationalistischen Chiliasmus: „*Francis Bacon* galoppiert dem Triumphzug des technischen Fortschritts als barocker Trompeter fanfarenschmetternd voraus“⁵⁷. Daß das theoretische Herzstück der ordoliberalen Theorie, der Modellmarkt, eine Glanzleistung rationalistischer Wirklichkeitsverflachung und eine Einsicht der Aufklärung ist⁵⁸, scheint nicht als ein Widerspruch zur Verketzerung bewußter Sozialgestaltung empfunden zu werden. Zum Profil der ordoliberalen Ideologie gehören außerdem die staatstheoretischen Aussagen, daß ihre Wirtschafts-idee die Verwirklichung des Rechtsstaates bedeute⁵⁹, daß es Kollektivismus bedeute, wenn die Verantwortung für das Wirtschaftsleben dem Staat anvertraut werde⁶⁰, daß die Freiheit des Einzelnen in Gefahr gerate, wenn der Staat die Lenkung der Wirtschaft in die Hand nehme⁶¹, daß die reine Verkehrswirtschaft in allen Einzelheiten das Pendant zur politischen Demokratie sei⁶² und daß schließlich die marktwirtschaftliche Organisationsform die einzige Wirtschaftsform sei, die es den europäischen Völkern erlaube, ihren zentralen Werten gemäß zu leben⁶³.

Den Idealfall einer die Knappheit der Güter überwindenden und die sich bemerkbar machenden Bedürfnisse befriedigenden Wirtschaftsord-

⁵⁵ Zu diesem Buch: C. J. *Friedrich* a.a.O. (Anm. 19) S. 570 ff.; *Irmeler*; *Ortlieb* S. 257 f.

⁵⁶ Wahrer und falscher Individualismus.

⁵⁷ Kritik des technischen Fortschritts.

⁵⁸ „Die Entdeckung des unsichtbaren Automatismus der Marktwirtschaft gehört zu den genialsten Leistungen der Aufklärung“ (*Rüstow* Zwischen Kapitalismus und Kommunismus S. 101).

⁵⁹ *Hayek* Marktwirtschaft S. 7.

⁶⁰ *Röpke* Ordnung der Wirtschaft S. 8.

⁶¹ *Eucken* Das ordnungspolitische Problem S. 75.

⁶² *Miksch* Zur Theorie des Gleichgewichts S. 194. Ebenso *Böhm* Demokratie.

⁶³ *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung S. 13 f.

nung; in dem Produktionskapazitäten, Kapital und Arbeitsleistungen sinnvoll ineinandergreifen, sieht die Freiburger Schule in der bei freier Konkurrenz störungsfrei arbeitenden und zum „Gleichgewicht“ führenden Marktwirtschaft⁶⁴. Die Arbeitsweise des katallaktischen Modellmarktes, der für die Gesamtwirtschaft die Koordinationsfunktion leisten soll, wie sie in einer überschaubaren Einzelwirtschaft deren Leiter besitzt, sowie die dagegen in Betracht kommenden Einwände sind bereits oben im Zusammenhang mit der Darstellung des wirtschaftlichen Monopols behandelt worden. Aus dieser theoretischen Voraussetzung ergibt sich als ordoliberaler Konzeption der Wirtschaftspolitik, daß diese die in der empirischen Nationalwirtschaft unvermeidlich entstehenden Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie vor allem durch monopolistische Bildungen verursacht werden, zu beseitigen habe, um so bewußt die nur durch Leistungswettbewerb bestimmte Marktwirtschaft herzustellen, zu gestalten und zu erhalten⁶⁵. Diese Setzung der Wirtschaftsordnung⁶⁶ soll, um Störungen des Marktmechanismus durch den Staat zu vermeiden, in der Regel nicht durch staatliche Planung und durch unmittelbare Beeinflussungen der Produktion und der Distribution, sondern mittelbar durch die Schaffung wettbewerbsgerechter Ordnungsformen des Wirtschaftens bewirkt werden⁶⁷. Unmittelbare Interventionen sollen grundsätzlich nur stattfinden, um die Verfälschung des Leistungswettbewerbs durch Monopole und monopolistische Praktiken zu bekämpfen.

Die Überzeugungskraft des ordoliberalen wirtschaftspolitischen Programms erleidet bereits hinsichtlich des ihm als Basis dienenden wirtschaftstheoretischen Hauptstückes eine bemerkenswerte Einbuße: die Katallaktik des statischen Modellmarktes kann wegen der Wirklichkeitsferne ihrer notwendigen Voraussetzungen nur sehr bedingt auf eine Realisation in der ökonomischen Wirklichkeit rechnen⁶⁸. Die hypothetisch in der Hand des Verbrauchers liegende Wirtschaftslenkung, ein Tatbestand, den *Böhm* mit dem erstaunlichen Bild umschreibt, in der Wettbewerbsordnung sitze „der Konsument als Organist unmittelbar am Manual der Wirtschaftsorgel⁶⁹, und der für das demokratische

⁶⁴ *Eucken* WPol S. 6 ff.; ders. Das ordnungspolitische Problem S. 62.

⁶⁵ Vgl. *Eucken* WPol S. 250 ff., ders. Wettbewerbsordnung; *Böhm* Wirtschaftsordnung S. 24 ff. („bereinigte Wettbewerbswirtschaft“); ders. Demokratie („Der Wettbewerb ist das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“); *Miksch* Wettbewerb als Aufgabe S. 14 ff., 220 ff.; *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung S. 58.

Dieses Programm ist auch in der Begründung zum Entwurf des GWB zum Ausdruck gekommen (vgl. daselbst unter A III und IV).

⁶⁶ *Eucken* Grdl S. 53.

⁶⁷ *Eucken* WPol S. 334 ff.; *Böhm* Mitbestimmung S. 75.

⁶⁸ Für die Kritik der Modellmarkthypothese ist insb. auf *Schumpeter* („dynamische Methode“) und *Galbraith* („countervailing power“) zu verweisen. Die einzelnen Gesichtspunkte sind bereits oben ausführlich dargestellt worden (vgl. Textziffer 13).

⁶⁹ *Böhm* Wirtschaftsordnung S. 53.

Pathos der Ordoliberalen als schlagender Beweisgrund herangezogen zu werden pflegt, läßt sich angesichts der massiven „strategy of desire“ (Ernest Dichter) und der recht weitgehenden Ohnmacht gerade der Verbraucher, weniger der nachfragenden Unternehmer, kaum als Triebfeder des Wirtschaftsprozesses verifizieren⁷⁰. Davon abgesehen muß eine staatliche Manipulierung des Verbrauchs bestimmter Güter, deren Verschwendung aus sozialen Gründen oder wegen der Beschränktheit unersetzlicher Rohstoffe nicht wünschbar ist, für sinnvoll gehalten werden. Denn das Urteil des Marktes ist kein ausreichender Indikator des Gemeinwohls und nicht jedem Verbrauchswunsch kommt soziale Relevanz zu. Indem schließlich die ordoliberalen Theorie normativ eine scharfe Grenze zwischen Staat und Wirtschaft, d. h. aber Gesellschaft, zieht, erweist sie sich als Ideologie der spätkapitalistischen Entwicklungsstufe, die keine Allgemeingültigkeit beanspruchen kann. Denn daraus, daß diese Trennung im 19. Jahrhundert als Leitbild der damaligen Staatsidee gegolten hat, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß eine gute Sozialordnung nur in dieser Weise denkbar und daß das Nebeneinander von „Privatrechtsgesellschaft“ und „Staatsgesellschaft“ eine „fundamentale rechtliche Tatsache“⁷¹ sei.

2. Das Verwaltungsmonopol als Instrument des Gemeinwohls im modernen Wohlfahrts- und Steuerstaat

95.- Der moderne Wohlfahrts- und Steuerstaat ist der Staat der Sozialordnung des gebändigten Kapitalismus, in dem das liberale Axiom der grundsätzlichen Selbstgenügsamkeit einer Gesellschaft, die ihr Vertrauen auf Selbststeuerung durch die entfesselten privaten Kräfte setzte und dem Staat deshalb eine Stellung außerhalb ihrer zuwies, geschwunden ist. Dieser nachliberale Staatsbegriff ist ein solcher der mit einer soziologischen Methode arbeitenden politischen Theorie, der die Eigenart des zeitgenössischen Staates nicht erschöpft, sondern nur seine sozialen Bestimmungen formelhaft angibt. Da Staats- und Verwaltungsrecht, wie die Rechtsordnung insgesamt, kein allein aus sich selbst erklärbares Phänomen nur einer Rechtswirklichkeit, sondern als soziales Phänomen Funktion einer Rechtsidee und der sozialen Wirklichkeit sind, muß der neue Staatsbegriff auch in ihren Rechtssätzen manifest werden und muß die der Rechtspraxis dienende Wissenschaft vom Staats- und Verwaltungsrecht ihre Kategorien in Gemäßheit zu diesem Staatsbegriff bilden¹.

⁷⁰ Vgl. Forsthoﬀ Daseinsvorsorge S. 13.

⁷¹ So Böhm Mitbestimmung S. 85 f.

¹ Diese Forderung hat Forsthoﬀ Rechtsfragen S. 9, 23 f. vor allem in Hinblick auf den Staat als Leistungsträger erhoben.

Der moderne Staat ist *Wohlfahrtsstaat* durch die von ihm bewirkte Sozialgestaltung und Daseinsvorsorge. Diese Funktionen beschränken sich nicht auf die „echten Gemeinbedürfnisse“², sondern ergreifen die Lebensfristung aller Einzelnen, deren „soziale Bedürftigkeit“ aus einer ungewöhnlichen Bevölkerungszunahme, aus der fortschreitenden Differenzierung der Arbeitsteilung und aus den städtischen Lebensformen entspringt³. Bei der Erfüllung dieser Aufgaben ist der Staat nicht nur eine Eingreifreserve der letzten Linie, wie es das liberale⁴ Subsidiaritätsprinzip fordert. Der Staat ist nicht nur notwendiges Übel gesellschaftlichen Zusammenlebens, sondern die Organisation des Gemeinwesens, die die zivilisatorischen Errungenschaften erhält und befördert⁵. Der Exzeß seiner Funktionäre, der das Dritte Reich zum dauernden Mahnmal des Schreckens machte, ist durch eine Sozialtheorie begünstigt worden, die den Staat nicht als Organisation des Gemeinwesens, sondern als gesellschaftsexternen Polizisten begriff. Im übrigen sind die eigentlichen Gewinner des Subsidiaritätsprinzips nicht die Einzelnen, sondern die Verbände⁶, und ist dessen eigentlicher Verlierer nicht der Staat, sondern der Einzelne.

Der moderne Staat ist *Steuerstaat* dadurch, daß die wesentliche Quelle seiner Einkünfte das finanzwirtschaftliche Instrument der Steuer ist und daß die Steuer nicht nur ein Mittel zur Erzielung von Einnahmen, sondern auch ein Werkzeug der Sozial- und Wirtschaftspolitik ist. In dieser zweiten Funktion zeigt sich die Verbindung von sozialgestaltendem Wohlfahrtsstaat und Steuerstaat, ebenso wie die Verbindung von Steuerstaat und Daseinsvorsorge darin in Erscheinung tritt, daß durch

Eucken WPol S. 19 zitiert einen Satz Sismondis aus dem Jahre 1827: „Die Gesellschaft steht heute unter ganz neuen Existenzbedingungen, mit denen wir noch keinerlei Erfahrungen haben“, und fügt hinzu: „Heute haben wir diese Erfahrungen.“ Allerdings mögen wir diese Erfahrungen für Sismondis „neue Existenzbedingungen“ haben, doch haben wir sie damit noch nicht für unsere neuen Existenzbedingungen.

² Vgl. *Brinkmann* § 136.

³ *Forsthoff* Rechtsfragen S. 24 ff.; ders. *VerwR* § 4.

⁴ Das Subsidiaritätsprinzip des Neothomismus ist nicht wie das des Liberalismus das Ergebnis einer empirisch verfahrenen Sozialtheorie.

⁵ Mit der hier dargelegten Auffassung stimmt es überein, wenn *Köttgen* Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber S. 34 darauf hinweist, daß gesellschaftlicher Fortschritt nur auf Kosten gesellschaftlicher Autonomie zu denken ist. Die Hoffnung auf einen Fortschritt der Menschheit in der Selbstständigkeit der Freiheit (*Leisner* S. 112) begegnet daher einer schwer zu unterdrückenden Skepsis.

⁶ Ein Beispiel dafür, daß die zwischen Staat und Einzelnen etablierten Organisationen faktisch als Gesetzgebungsfaktoren fungieren, war die Behandlung des Entwurfs des Sonntagsarbeits-Gesetzes im Winter 1960: Das Bundesarbeitsministerium stellte die bei einem allgemeinen Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen auftretenden Probleme in einer Übersicht zusammen und leitete diese den Ländern, den Sozialpartnern und den Kirchen zur Stellungnahme zu.

die Steuer wesentliche Teile des Sozialprodukts abgeschöpft und in den verschiedenen Formen der Leistungsverwaltung neu verteilt werden⁷.

Das Verwaltungsmonopol kann nur als Verwaltungstechnik dieses modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates begriffen und sachgemäß beurteilt werden⁸. Nicht bei den Leistungsmonopolen und nicht einmal bei den Finanzmonopolen handelt es sich um eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, die sich mittels des Monopols nur eine Monopolrente verschaffen will. Es ist daher verfehlt, die Verwaltungsmonopole oder einzelne von ihnen als eine staatskapitalistische Unart zu betrachten⁹. Im Verwaltungsmonopol tritt der Staat den Verwaltungsunterworfenen nicht erwerbend, sondern verwaltend entgegen.

96.— Die hier zugrundeliegende Annahme, daß das Verwaltungsmonopol eine bestimmte Technik der Verwirklichung von Verwaltungszwecken ist, führt die Auseinandersetzung über das Verwaltungsmonopol aus dem Bannkreis nur auf wirtschaftstheoretische Überlegungen gestützter wirtschaftspolitischer Argumentation heraus. Durch die Explikation des Begriffs des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates ist zugleich erwiesen, daß die den Leistungs-, Lenkungs- und Finanzmonopolen innewohnenden Zwecke prinzipiell politisch gerechtfertigt sind. Eine andere, noch näher zu erörternde Frage ist, ob gerade das Monopol die sinnvollste Form für die Verwirklichung dieser Zwecke ist. Hierzu können allgemein nur einige wenige Gesichtspunkte herangezogen werden; denn ob ein bestimmtes Monopol die günstigste Verwirklichungsform des verfolgten Verwaltungszweckes ist, kann nur jeweils für den Einzelfall entschieden werden.

Eine besonders von der ordoliberalen Schule aufgestellte Behauptung geht dahin, daß staatliche Monopole sich in ihrem Marktverhalten von privaten Monopolen nicht unterscheiden¹⁰. Damit mag, wenn diese Aussage deskriptiv gemeint ist, die Verhaltensweise erwerbswirtschaftlicher Monopole der öffentlichen Hand in der Zeit des Merkantilismus oder um die Jahrhundertwende getroffen werden, nicht aber ist damit die Tätigkeit der Träger von Verwaltungsmonopolen zutreffend wiedergegeben. Darüber hinaus liegt es im Begriff des Verwaltungsmonopols, daß es nicht monopolistisch ausgeübt werden darf. Eine Anwendung von Einsichten, die für privatwirtschaftliche Monopole gewonnen worden sind, auf Verwaltungsmonopole kann deshalb insoweit nicht in

⁷ Mit Recht nennt *Köttgen* Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden S. 587 die Steuergewalt die Grundlage der Daseinsvorsorge. Noch grundsätzlicher *Forsthoff* Sozialer Rechtsstaat S. 31 f., der den Steuerstaat als die wesentliche Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens bezeichnet.

⁸ In der Gruppe der Polizeimonopole, die einen Verwaltungszweck verfolgen, der ebenso im liberalen Staat anerkannt war, tritt dies nicht spezifisch hervor.

⁹ So aber, allerdings insb. mit Rücksicht auf die Finanzmonopole: *Waldecker* S. 154; ihm folgend: *Groß* S. 5; *Stödter* S. 28 f.

¹⁰ So *Eucken* WPol S. 174, 293; *Miksch* Wettbewerb als Aufgabe S. 105.

Betracht kommen, als das Verwaltungsmonopol und das private Monopol voneinander durch das in ihnen wirksame Prinzip — hier Erwerb, dort Verwaltung — unterschieden sind¹¹.

Ein weiterer, ebenfalls hauptsächlich von den Ordoliberalen vorgebrachter Einwand gegen staatliche Monopole, der vor allem die rechtlichen Monopole betrifft¹², bringt die Befürchtung zum Ausdruck, daß die Verbindung monopolistischer Wirtschaftsmacht mit Staatsmacht eine gefährliche Machtkonzentration sei¹³; staatliche Monopole seien daher bedenklicher als private¹⁴. Diese Argumentation stellt in ihrer pauschalen Einseitigkeit die Überhöhung des Anti-Monopol-Affekts der Ordoschule durch ihren liberalen Anti-Staats-Affekt dar; sie ist im Kern weniger gegen das Staatsmonopol als gegen den Staat gerichtet. Ein besonders intensiv diskutierter Sonderfall der Errichtung eines Verwaltungsmonopols, die Verstaatlichung eines privaten Monopols als Methode einer antimonopolistischen Wirtschaftspolitik, bildete in der Regel den Anlaß für derartige anti-etatistische Gedankengänge. Die ältere liberale Lehre und selbst einzelne Vertreter der Freiburger Schule sehen in der Verstaatlichung unvermeidlicher Monopole, insbesondere der Leitungsmonopole, die volkswirtschaftlich bedeutsame Leistungen anbieten, wie die Versorgungsbetriebe und die Verkehrsanstalten, den gegebenen Weg zur Auflösung privater Monopolmacht¹⁵. *Eucken* und der überwiegende Teil der Ordoliberalen dagegen empfehlen gegenüber unvermeidlichen Monopolen nicht Verstaatlichung¹⁶, sondern Be-

¹¹ Die Behauptung, daß das Staatsmonopol, weil es keine Konkurrenten zu fürchten habe, in der Regel eine Produktionsverbesserung vermissen lasse (*Braun* S. 144; *Corry/Abraham* p. 572) übersieht, daß das Verwaltungsmonopol in erster Linie Verwaltung und nicht Monopol ist. Dieser Einwand könnte allein in der Richtung erhoben werden, daß die Verwaltung als Unternehmer dem privaten Unternehmer unterlegen sei.

¹² Das rechtliche Monopol ist nicht einmal, wie das faktische Monopol, einer potentiellen Konkurrenz — abgesehen von Substitutionskonkurrenz — ausgesetzt und besitzt daher eine merkbar befestigtere Stellung (vgl. *Brandt* S. 53 ff.).

¹³ *Eucken* WPol S. 136 ff.; ders. Wettbewerbsordnung S. 66 f.; *Hamm* S. 98; *Jöhr* Konzentration S. 1325.

¹⁴ *Böhm* Wirtschaftsordnung S. 31 („...; öffentliche, gemeinnützige oder gesetzlich privilegierte Monopolinhaber dagegen sind erfahrungsgemäß jeder Hemmung bar, denn ihre Erpressungen kommen ja alle der Staatskasse oder dem Volkssäckel zugute“); *Hayek* Weg zur Knechtschaft S. 246; *Miksch* Wettbewerb als Aufgabe S. 216 ff.; *Rasch* S. 26 ff.; *Röpke* Lehre von der Wirtschaft S. 202 f.

¹⁵ Vgl. *Behlke* S. 57 Anm. 87; *Goldstein* S. 3; *Röpke* Lehre von der Wirtschaft S. 204 Anm. 6 (= S. 221 f.); *Rüstow* Zwischen Kapitalismus und Kommunismus S. 134. Ebenso: *Brandt* S. 54 ff.; *Carell* § 1, 1; *Walter Gerber*, Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, 1928, S. 30; die britische Labour-Party (vgl. den Auszug bei *Gleiss* S. 48); *Hans Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 174.

¹⁶ Neben dem bereits genannten Gesichtspunkt, daß einer Machtverdoppelung durch Monopol und Staatsmacht kein Vorschub zu leisten sei, wird noch gegen die Verstaatlichung angeführt, daß der Staat, der an sich Aufsichtsperson sein solle, so zum Interessenten würde.

aufsichtigung durch ein Monopolamt, das den Monopolisten zu einem Verhalten zwingen soll, wie wenn Wettbewerb bestünde¹⁷. Diese Lösung hat sich im GWB durchgesetzt.

Ein dritter und letzter Einwand der Ordoliberalen ist unmittelbar aus deren Grundpostulat abgeleitet, daß alle Interventionen der Wirtschaftspolitik an dem Ziel der Konstituierung der Wettbewerbsordnung ausgerichtet sein müßten, welchem es zuwiderlaufe, wenn ein Markt durch ein rechtliches Staatsmonopol geschlossen werde¹⁸.

Abschließend und zusammenfassend ist zu den Gründen, die gegen staatliche Monopole geltend gemacht werden und die nahezu ausschließlich auf dem Boden der neoliberalen Ordotheorie erhoben werden, folgendes anzuführen: Die Relevanz des Hauptstückes der ordoliberalen Lehre, des Modellmarktes, für die Wirtschaftspolitik des modernen Staats ist schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt¹⁹. Das staatliche Monopol wird nicht als Verwaltungsmonopol, sondern als staatskapitalistisches Erwerbsmonopol vorgestellt²⁰. Deswegen wird zu Unrecht vernachlässigt, daß das Verwaltungsmonopol in erster Linie nicht dadurch charakterisiert wird, daß es Monopol ist, sondern vielmehr dadurch, daß es Ausübung von Verwaltung ist²¹. Richtschnur für die politische Beurteilung von Verwaltungsmonopolen muß sein, ob die Technik der Monopolisierung, immerhin die einschneidendste staatliche Regelung eines Sozialbereichs, das allein geeignete Mittel für den verfolgten Verwaltungszweck ist und ob nicht die sozialen und wirtschaftlichen Wirkungen der Monopolisierung eine so merkliche Schädigung verursachen, daß der erreichbare Verwaltungsvorteil dadurch aufgewogen wird. Diese Abwägung selbst ist in jedem Einzelfall notwendig und kann

¹⁷ *Eucken* WPol S. 172 f., 293; ders. in Ziff. 2 des Gutachtens zum GWB (mitgeteilt bei *Günther* Anl. 1); *Hamm* S. 200 ff.; *Hayek* Weg zur Knechtschaft S. 245 f.; *Miksch* Verstaatlichung S. 141; *Röper*. Ebenso *Weddigen* S. 76 ff.

¹⁸ *Eucken* WPol S. 266; ders. Wettbewerbsordnung S. 33; *Hamm* S. 123 ff, 216; *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 60.

¹⁹ Vgl. die Bemerkungen bei *Heimann* Öffentliche Unternehmung S. 26 ff. Näheres unter Textziffer 13.

²⁰ Symptomatisch hierfür ist z. B., daß *Eucken* (Wettbewerbsordnung S. 37 f.) die Tätigkeit der Post und die der Notenbank als „Gewerbe“ qualifiziert und die für beide bestehende staatliche Ausschließlichkeitsposition als gewerbliches Monopol einordnet. Das Notenemissionsrecht der Notenbank, das von *Eucken* auch für die Wettbewerbswirtschaft als berechtigt anerkannt wird, erscheint so als eine ausnahmsweise Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips, obwohl tatsächlich hier eine notwendig staatliche Tätigkeit und nicht einmal ein Verwaltungsmonopol vorliegt. Doch auch die Post ist nicht ein monopolistisches gewerbliches Unternehmen der öffentlichen Hand, sondern ein mit einem Verwaltungsmonopol ausgestatteter Leistungsträger der Daseinsvorsorge.

²¹ Das klingt bei *Hamm* S. 12 f., trotz der grundsätzlichen Ablehnung des öffentlichen Produktionsmitteleigentums, an, wenn er schreibt, daß die Marktformen bei öffentlichen Unternehmen wegen der bei ihnen häufigen Abweichung vom ökonomischen Prinzip nur vage Anhaltspunkte für die zu erwartenden Verhaltensweisen bieten.

nicht durch einfache, aber unangemessen generalisierende Formeln ersetzt werden.

Bei den bestehenden Polizeimonopolen ist der Verwaltungszweck in der Regel so vorrangig, daß die Monopolisierung keinen durchgreifenden Einwendungen unterliegt. Die überkommenen Einrichtungen des Schlepplmonopols und der Versicherungsmonopole lassen allerdings am ehesten eine unangreifbare Rechtfertigung vermissen. Die bestehenden wirtschaftspolitischen Lenkungsmonopole stellen die marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung als Ganzes nicht in Frage, erst der Einsatz eines die Schlüsselindustrien erfassenden Systems von Lenkungsmonopolen im Rahmen einer dirigistischen Wirtschaftspolitik würde eine strukturelle Umformung der gegebenen Ordnung des gebändigten Kapitalismus in Richtung auf eine sozialistische Planwirtschaft bedeuten, in der es nur öffentliche Wirtschaft, aber keine Verwaltungsmonopole gibt. Die politische Berechtigung der einzelnen Lenkungsmonopole ist nicht dogmatisch, sondern pragmatisch zu erwägen; die stabilisierende Wirkung der Bundesanstalt für den Arbeitsmarkt etwa ist weit eher positiv zu werten als die protektionistische Politik der ernährungswirtschaftlichen Einfuhrstellen, während der bergrechtliche Staatsvorbehalt durch das Konzessionssystem keinen störenden estatistischen Anstrich aufweist. Von den nichtwirtschaftlichen Lenkungsmonopolen spielt gegenwärtig nur das regional bestehende Rundfunkmonopol eine Rolle. Der durch dieses bewirkte Kulturdirigismus und -konformismus spricht gegen dieses Monopol. Dem Schutz der Verkehrsanstalten als Leistungsträgern der Daseinsvorsorge durch Verwaltungsmonopole kann im Grundsätzlichen nichts Durchschlagendes entgegengehalten werden, so sehr auch die Wirtschaftsweise dieser öffentlichen Unternehmen im einzelnen kritisierbar sein mag. Eine Ausnahme gilt für den Vorbehalt der Autobahnnebenbetriebe, der ein aus dem Dritten Reich überkommener Bestandteil der Autobahnverwaltung ist, für dessen Fortbestand aber nur schwache Gründe streiten.

Von den vier Monopolgruppen sind allein die Finanzmonopole prinzipiellen Einwänden ausgesetzt. Wesentlich ist allerdings, bei der Beurteilung die unterschiedliche Ausgangslage für die Errichtung und für den Fortbestand eines derartigen Monopols zu berücksichtigen; darauf ist bereits eingegangen worden. In beiden Fällen handelt es sich wegen der weitgehenden Beseitigung der Privatinitiative für einen ganzen Wirtschaftszweig nicht nur um eine finanz-, sondern um eine wirtschaftspolitische Frage, selbst die vor allem in den ersten Jahrzehnten des Jahrhunderts vielfach angenommene größere Ertragsfähigkeit eines Monopols gegenüber der Steuer²² ist einer skeptischeren Ansicht ge-

²² Vgl. *Ritschl* Theorie der Staatswirtschaft S. 69 f.; *Waldecker* S. 154 ff. Neuerdings in diesem Sinne *Ostwald* Diss. S. 97 ff.

wichen. Dabei sind vor allem die Entschädigungsfrage und die den modernen Finanzmonopolen eigentümliche Verkoppelung des Besteuerungszweckes mit steuerexternen wirtschafts- und sozialpolitischen Nebenzwecken wesentlich²³. Die für die beiden gegenwärtig bestehenden Finanzmonopole sprechenden Gesichtspunkte sind vornehmlich diese steuerexternen Nebenzwecke, die jedenfalls für das Branntweinmonopol aber nicht (mehr) sehr stichhaltig begründbar sind.

II. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte

97.— Wolfgang Abendroth, Zwiespältiges Verfassungsrecht in Deutschland, AöR 76 (1950), 1—25; ders., Diskussionsbeitrag, VVdStL 11 (1954), 140—142; ders., Diskussionsbeitrag, VVdStL 12 (1954), 85—92; Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVdStL 12 (1954), 37—84; ders., Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 155—265; Kurt Ballerstedt, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74 (1948), 129—157; ders., Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, JZ 1951, 486—493; ders., Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 1—90; Reinhard Behlke, Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland, 1961; Kurt H. Biedenkopf, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, BetrBer 1956, 473—479; ders., Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958; Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; ders., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950; ders., Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, Ordo IV (1951), 21—250; ders., Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz? WuW 1956, 173—187; Viktor Böhmert, Diskussionsbeitrag, VVdStL 12 (1954), 116—117; Gerhard Colm, Essays in Public Finance and Fiscal Policy, 1955, darin der Aufsatz: Is Economic Planning Compatible with Democracy? (1937), pp. 289—307; J. A. Corry/Henry J. Abraham, Elements of Democratic Government, 3rd ed., 1958; Prodromos Dagoglou, Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, 1963; Günter Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193—199; ders., Art. 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, NJW 1955, 729—733; Horst Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, 1961; Fritz Engelmann, Der Kampf gegen die Monopole in den USA, 1951; Kurt Engisch, Besprechung von: Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht, 1957, in: ZgesStrW 73 (1961), 73—77; Erich Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953; ders., Die soziologische Grenze der Grundrechte, 1954; Wolfgang Fikentscher, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945—1954, WuW 1955, 205—229; ders., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958; Wolfram Fischer, Die Stellung der preußischen Bergrechtsreform von 1851—1865 in der Wirtschafts- und Sozialverfassung des 19. Jahrhunderts, ZgesStW 117 (1961), 521—534; Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 135—238; Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVdStL 12 (1954), 8—36; ders., Diskussionsbeitrag, VVdStL 14 (1956), 84—85; ders., Die

²³ Zum Ganzen: Eheberg FinW § 173; Lotz § 63 II; Vocke S. 41 ff.; Bräuer S. 11 ff.; Groß S. 48 ff.

Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1958; ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; W. Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, 1955; Hans Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), 1—54; Andreas Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953; Walter Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957; Richard Hauser, Der Staat als sittliches Problem, Recht. Staat. Wirtschaft IV (1953), 9—16; F. A. Hayek, Der Weg zur Knechtschaft, hrsg. und eing. von Wilhelm Röpkke, o. J. (engl. Originalausgabe: The Road to Serfdom, 1944); Eduard Heimann, Wirtschaftssysteme und Gesellschaftssysteme, 1954; Dieter Helm, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, Diss. Frankfurt 1958; Karl M. Hettlage, Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVdStL 14 (1956), 2—36; Ernst Rudolf Huber, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931; ders., Der Streit um das Zündwarenmonopol, JZ 1954, 375—380; ders., Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97—102, 135—143, 172—175, 200—207; Hans Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus, Betrachtungen über die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZfSchweizR n. F. 70 (1951), 173—199; Hans Peter Ipsen, Über das Grundgesetz, 1949; ders., Enteignung und Sozialisierung, VVdStL 10 (1952), 74—123; ders., Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR 78 (1953), 284—334; Rudolf Isay, Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen, 1954; Walter Adolf Jöhr, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Bd. I, 1943; ders., Ist ein freiheitlicher Sozialismus möglich? 1948; Werner Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Giacometti, 1953, S. 107—142; Erich Kaufmann, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, Recht. Staat. Wirtschaft IV (1953), 77—87; Friedrich Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZgesStW 106 (1950), 390—411; Arnold Köttgen, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, 1957; ders., Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 577—618; ders., Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung, 1961; Hans Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961; Paul Koschaker, Europa und das römische Recht, 3. Aufl., 1958; Herbert Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl 1951, 361—368; ders., Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BetrBer 1953, 565—568; ders., Diskussionsbeitrag, VVdStL 12 (1954), 109—111; ders., Sozialisierung, in: Die Grundrechte, III/1 (1958), 267—324; Franz Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, I, 145—188; Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; Friedrich Lütge, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., 1960; Christian-Friedrich Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953; Peter Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, 1959; Hans Carl Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, Recht. Staat. Wirtschaft III (1951), 223—235; ders., Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Karl Hax und Theodor Wessels, 1959, S. 1543—1687; ders., Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1961 (2. Aufl. von: Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, 1960); Karl Josef Partsch, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, Ordo VI (1954), 19—38; Hans Peter, Probleme der Volkswirtschaft, 1959; Theodor Pütz, Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung, 1948; Ludwig Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtspro-

blem, in: Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S. 181—200; ders., Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1—8; ders., Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 101—134; Harold Rasch, Grundfragen der Wirtschaftsverfassung, 1948; ders., Kartellverbot und Grundgesetz, WuW 1955, 667—681; ders., Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 2. Aufl., 1958; Rudolf Reinhardt/Ulrich Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954; Heinz Reißmüller, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Diss. München 1960; Reuß, Besprechung von: H. C. Nipperdey, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, in: DVBl 1961, 213—214; Helmut K. J. Ridder, Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte II (1954), 243—290; W. Rings, Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 GrundG, NJW 1957, 657—658; Walter Roemer, Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, Bemerkungen zu Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, I, 545—575; Ulrich Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, Recht. Staat. Wirtschaft III (1951), 126—165; ders., Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, Recht. Staat. Wirtschaft IV (1953), 88—119; ders., Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), 1—74; ders., Der Bereich der Rundfunkfreiheit, Rundfunk und Fernsehen 1955, 353—358; ders., Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, Zur Auslegung des Art. 12 Grundgesetz, DÖV 1956, 65—70; Adolf Schüle, Demokratie als politische Form und als Lebensform, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 321—344; Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Einleitung von Edgar Salin, 2. Aufl., 1950 (amerik. Originalausgabe: Capitalism, Socialism and Democracy, 1942); Klaus Stern, Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, 325—330; Rolf Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953, Nachtrag 1954; Walter Strauß, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, 1952; Georg Strickrodt, Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung, 1954; ders., Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, NJW 1955, 1697—1702; ders., Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip, JZ 1957, 361—367; Werner Thieme, Liberalismus und Grundgesetz, ZgesStW 113 (1957), 285—300; ders., Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280—284; Gisbert Ueber, Freiheit des Berufs, 1952; Fritz Voigt, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Willibald Apelt, 1958, S. 73—111; Gerhard Wacke, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950; Werner Weber, Diskussionsbeitrag, VVdStL 14 (1956), 81—83; Horst Weisel, Der Sozialstaatsgrundsatz des Bonner Grundgesetzes, Diss. Marburg 1960; Rudolf Wetzel, Das Danziger Tabakmonopol, Diss. Göttingen 1928; Kurt Wiedenfeld, Gewerbepolitik, 1927; Karl Zeidler, Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz, 1961; Ulrich Ziegler, Art. 12 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes und die Deutsche Bundesbahn, DÖV 1955, 173—176; Kurt Zweigert, Das neue Kartellgesetz, 1959.

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt im Gemeinschaftskommentar S. 1156—1217; Memorandum des Bundesministers der Justiz vom 11. 12. 1955 zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt bei Müller/Gries, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958, S. 452—459.

98.— Die Begründung eines Verwaltungsmonopols ist die Verfolgung eines bestimmten Zweckes in einer bestimmten Form. Das Rechtsstaatsprinzip fordert, daß der Staat — im Falle der Bundesrepublik ein Land oder der Bund — durch die Legislative nicht beliebige Zwecke verfolgen und auch einen erlaubten Zweck nicht durch beliebige Formen verwirklichen darf, mit anderen Worten, daß der Staat bei der Rechtsetzung rechtmäßig handeln muß. Das ist keine Tautologie; denn die Anforderungen an den Gesetzgeber ergeben sich aus einer von der übrigen Rechtsordnung, die dem Gesetzgeber ihre Existenz verdankt, durch Rang und Inhalt abgesonderten Sonderrechtsordnung: den geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätzen der Verfassung. Das Grundgesetz bringt den wesentlichen Grundsatz, den die Idee des Rechtsstaates für die Gesetzgebung beinhaltet, in der Formulierung zum Ausdruck, daß die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist (Art. 20 Abs. 3), ohne damit alles auszusagen, was dem Rechtsstaatsgedanken für die Tätigkeit der Legislative entnommen werden kann.

Darüber, wie Begriff und Funktion des Staates als eines Rechtsstaates, d. h. als eines der Idee des Rechtsstaates verpflichteten Staates, zu verstehen seien, sind neuerdings Meinungsverschiedenheiten entstanden. Einzelne Autoren haben sich zu der Auffassung bekannt, daß der Staat nach der „veränderten Staatsauffassung des Grundgesetzes“ eine nur „dienende“ Funktion habe, daß diese im Rechtsstaatsprinzip konkretisiert sei, das Grundlage des Staates überhaupt, nicht aber nur eine Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit sei, daß die Aufgabe des Staates also allein die Rechtsverwirklichung sei, weswegen alle seine Handlungen einer Ermächtigung in einem Verfassungssatz bedürften¹. Diese These deduziert unausgesprochen aus einem bestimmten Vorverständnis des Staates und des Rechtes² und ist eine solche der politischen Theorie, nicht aber ein Rechtssatz des Verfassungsrechts. Ihr kann entgegengehalten werden, daß der Staat nicht allein als Geschöpf seiner Verfassung erklärt werden kann, sondern als oberster souveräner Herrschaftsverband auf einem Territorium seinem Wesen nach und unabhängig von jeder rechtlichen Fixierung Auftrag und Befugnis zur Verfolgung des Gemeinwohls nach der Richtschnur einer Gerechtigkeitsidee besitzt. Die Verfassung ist nicht eine abschließende Bestimmung der staatlichen Existenz, sondern nur der ihr rechtlich gesetzte Rahmen. In ihr kann eine bestimmte Staats- und Rechtsidee in Erscheinung treten, aber da sie ihrer Natur nach nur rechtliche Folgen haben kann, kann

¹ So *Hamann*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., 1960, Einf. I C 2 und D 1; ders. *WVerfR* S. 40 ff.; vorher bereits ganz ähnlich *Uber* S. 41 ff.; jetzt auch *Stern* S. 328 ff.

² Dieses Vorverständnis besitzt eine gewisse Ähnlichkeit mit den positivistischen Lehren der Wiener Schule über die Identifikation von Staat und Rechtsordnung.

ihr über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer staatstheoretischen Annahme nichts entnommen werden³. Es kann deswegen wohl als eine staatstheoretische Auffassung behauptet werden, daß der Staat nur die Verfassung vollziehen dürfe, doch ist es nicht möglich, dies auch als einen Satz des Verfassungsrechts aufzustellen. Was Staat, Recht und Verfassung seien, kann methodisch weder aus einem Rechtssatz folgen, noch selbst durch einen solchen festgelegt werden. Ebensovienig wie Sätze der Rechtstheorie wesensmäßig Rechtsätze sind, sind Rechtssätze Sätze der Rechtstheorie.

Die im Grundgesetz gebrauchte Formulierung, daß die Legislative durch die verfassungsmäßige Ordnung „gebunden“ werde, stimmt mit der hier zugrundegelegten Staatsvorstellung überein⁴, daß die Kompetenzen des Gesetzgebers durch die Verfassung nicht konstituiert, sondern gebunden werden. Dasselbe ist auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen, wonach der Gesetzgeber über ein „Ermessen“ im Rahmen des Grundgesetzes verfügt⁵, „in den Grenzen der Verfassung frei“ ist^{6,7}. Ein Gesetz legitimiert sich allein aus dem Auftrag des Staates, das Gemeinwohl zu verwirklichen, es ist einer verfassungsrechtlichen „Ermächtigung“ nicht bedürftig^{7a}. Die Verfassung kann allerdings dem Staat ausdrückliche⁸ oder konkludente⁹ Verpflichtungen zu bestimmten gesetzgeberischen Akten auferlegen.

³ Die These, daß das GrundG die Staatsphilosophie Hegels für die Deutung des deutschen Staatsrechts ausschließe (so *Hamann* GrundG a.a.O. Einf. I C 2) verkennt den prinzipiellen Unterschied zwischen einer Rechtsfolge und einer rechtstheoretischen Aussage. Indem *Hamann* (a.a.O. Einf. I D 1) eine Formulierung des Augustinus zur Erläuterung des Rechtsstaatsbegriffs heranzieht, setzt er sich übrigens mit seinem eigenen Gedanken in Widerspruch; denn die Staatsidee des Augustinus ist vom modernen Rechtsstaatsbegriff gewiß weiter entfernt als die Hegels. *Koschaker* S. 159 f zeigt die Bedeutung des Grundsatzes: *lex imperat, non disputat*, an der Präambel des preuß. Erbhofgesetzes vom 15. 5. 1933, die die Feststellung von der „Artfremdheit“ des römischen Rechts enthielt. Da ein Gesetz nach dem Begriff des Rechts zu rechtshistorischen Aussagen nicht fähig ist, ist damit weder über die rechtliche noch über eine sonstige Wirkung der Hypothese von der Artfremdheit etwas entschieden, m. a. W. aus dieser Feststellung ergibt sich keine Rechtsfolge, weil sie trotz ihrer Aufnahme in ein Gesetz, nicht Bestandteil eines Rechtssatzes werden konnte.

⁴ Ohne für sie ein Argument zu sein.

⁵ Zum Beispiel BVerfGE 7, 377/400; BVerfG NJW 1961, 1107; BVerfG JZ 1961, 701; BVerfG Beschl. v. 22. 5. 1962, 1 BvR 301, 302/59 (betr. Branntweinmonopol). — Zu dem Begriff des gesetzgeberischen „Ermessens“ teilweise kritisch: *Ehmke* S. 70; *Lerche* S. 87 ff.; *Maunz* in: *Maunz/Dürig* Art. 20 RNr. 117 ff.; *Scheuner* DÖV 1961, 201/202.

⁶ BVerfG NJW 1960, 955.

⁷ Übereinstimmend: *Ehmke* S. 26; *Maunz* in: *Maunz/Dürig* Art. 20 RNr. 119 (ausdrücklich gegen *Hamann*); *Scheuner* a.a.O.; BayObLG NJW 1961, 2123.

^{7a} „Im Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetz handelt es sich nicht um eine Delegation; vielmehr ist der (einfache) Gesetzgeber das ‚geborene‘ und natürliche Organ der Rechtsetzung“ (BVerfG NJW 1963, 32/33).

⁸ Zum Beispiel Art. 21 Abs. 3, 131 Satz 1 GrundG.

⁹ Zum Beispiel durch das Sozialstaatsprinzip, wobei zweifelhaft bleibt,

Die Bindungen des Gesetzgebers ergeben sich vor allem formell aus den Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren und die Gesetzgebungskompetenzen und materiell aus dem Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip. Die Grundrechte sind aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbare geschriebene Anforderungen an den Gesetzgeber, ungeschriebene Bindungen sind etwa die Meßbarkeit und Vorausberechenbarkeit staatlicher Machtäußerungen¹⁰ und Grundsätze der Verhältnismäßigkeit¹¹, sowie, alles übergreifend, die dem Recht als Recht innewohnende Beziehung auf die sich in einer bestimmten Gerechtigkeitsvorstellung niederschlagende Rechtsidee¹². Ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip, durch das die Sozialgestaltungsfunktion und die Leistungsfunktion des Staates nach abwartendem Zögern, bis klar wird, ob die Gewaltunterworfenen einen Lebensbereich selbst ordnen können oder nicht, auf ein mehr oder weniger okkasionelles Zuhilfekommen beschränkt würden, kann dem Grundgesetz nicht als Rechtssatz des Verfassungsrechts entnommen werden¹³. Der Satz, daß der Einzelne nicht für den Staat, sondern der Staat für den Einzelnen da sei, der nach dem ursprünglichen Entwurf in das Grundgesetz aufgenommen werden sollte und in ganz anders pointierter Weise in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GrundG ausgesprochen ist, ist nichts anderes als die Umschreibung des Gemeinwohls in einem Wortspiel.

Aus dem geschilderten Verständnis der legislatorischen Funktion des Staates folgt für die Errichtung von Verwaltungsmonopolen, daß es hierzu einer „Ermächtigung“ in einem allgemeinen¹⁴ oder besonderen¹⁵ Satz des Verfassungsrechts nicht bedarf, sondern daß der Gesetzgeber als berufener Förderer des Gemeinwohls hierüber grundsätzlich frei entscheiden darf. Diese Entscheidung fällt in seine politische Verantwortung, muß aber die expliziten und ungeschriebenen Verfassungsrechtssätze, vor allem des Rechtsstaatsprinzips, respektieren; insoweit ist sie vor dem Verfassungsgericht justiziabel.

inwieweit daraus eine individualisierte Verpflichtung ableitbar ist.

¹⁰ Vgl. *Maunz/Dürig* Art. 20 RNr. 86 ff.; BVerfG NJW 1959, 475; BVerfG DVBl 1959, 326; BayVerfGH DÖV 1961, 28.

Diese Postulate sind nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 20 Abs. 3 (so aber *Hamann* GrundG a.a.O. Art. 20 Anm. 8). Ein Anwendungsfall für die Wirtschaftslenkung: BGH NJW 1960, 2334.

¹¹ Vgl. die Arbeit von *Lerche*.

¹² Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, §§ 4, 26; ders. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946.

¹³ So aber eine verbreitete Lehre, z. B. *Enneccerus* § 15 II 2 c; *Geiger* S. 21; *Hauser* S. 12 ff.; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 204 f.; *Thieme* Berufsfreiheit S. 284. Wie hier u. a. *Hamann* GrundG a.a.O. Einf. I D 1 a. E.

¹⁴ Wie etwa dem Sozialstaatsprinzip, das *Thieme* Berufsfreiheit S. 284 als allgemeine Erlaubnis zur Begründung von Verwaltungsmonopolen bezeichnet.

¹⁵ Wie etwa dem Art. 105 Abs. 1 GrundG für die Finanzmonopole.

1. Schranken der Aktivität des Gesetzgebers

99.— Die Begründung eines Verwaltungsmonopols wird in der Regel eine wirtschaftende Tätigkeit betreffen und häufig¹ zugleich eine wirtschaftspolitische Intervention sein. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der wirtschaftspolitischen Aktivität stellen insoweit zugleich die Schranken für die Errichtung von Verwaltungsmonopolen dar. Die Auseinandersetzung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer interventionistischen Wirtschaftspolitik ist weitgehend unter dem Blickwinkel geführt worden, ob dem Grundgesetz eine „Wirtschaftsverfassung“ innewohne und, wenn dies zu bejahen sei, welchen Inhalt diese habe². Einen besonderen Anlaß für diese Diskussion gab die Frage der verfassungsrechtlichen Erlaubtheit des im GWB ausgesprochenen grundsätzlichen Kartellverbots³.

„Wirtschaftsverfassung“ ist ein juristischer Begriff insofern, als er ein Begriff der Rechtswissenschaft und nicht der Wirtschaftswissenschaften ist, und ist ein Rechtsbegriff insofern, als er sich unmittelbar nicht auf empirische Gegebenheiten, sondern auf in bestimmter Weise ausgezeichnete Rechtssätze bezieht. Die mit dem Wort Wirtschaftsverfassung gemeinten Rechtssätze sind von anderen Rechtssätzen nicht durch ihren formalen Rang als Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsrecht, sondern durch ihren Inhalt unterschieden⁴. Es sind nämlich

¹ Dann nicht wenn es sich um ein Polizeimonopol handelt. Der Interventionscharakter der Begründung von Verwaltungsmonopolen ist oben näher dargelegt worden (Textziffer 92).

² Zu der Frage der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ist insb. auf folgende Abhandlungen zu verweisen: *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht; *Behlke* S. 96 ff.; *Ehmke* S. 7 ff.; *Hamann* WVerfR; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht; *Krüger* Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung; ders. Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat; *Leisner* S. 178 ff.; *Maunz* in: *Mang/Maunz/Mayer/Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, S. 432 ff.; *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft; *Raiser* Wirtschaftsverfassung; *Reißmüller* Diss.; *Strauß* Wirtschaftsverfassung; *Strickrodt* Idee der Wirtschaftsverfassung.

³ Die Verfechter des Ordoliberalismus nehmen nicht nur an, daß das Kartellverbot verfassungsmäßig sei, sondern darüber hinaus, daß es nur deklaratorisch die durch das GrundG bereits festgelegte Verfassungswidrigkeit von Kartellverträgen wiederhole: *Eucken* WPol S. 279; *Böhm* Kartellverbot; *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 25, 42 ff.; *Enneccerus* § 15 II 3 b; *Rasch* Kartellverbot; ders. Wettbewerbsbeschränkungen. Für eine Rechtmäßigkeit des Kartellverbots auch: *Biedenkopf* Kartellverbot; *Fikentscher* Wettbewerb S. 77 ff.; ders. Kartellrechtswissenschaft S. 212 ff.; *Hamann* WVerfR S. 106 ff.; *Helm* Diss.; *Müller-Henneberg* Gemeinschaftskommentar Einf. VI. Eine Verfassungswidrigkeit des Kartellverbots bejahen: *Dürig* Art. 9 Grundgesetz; *Geiger*; *Huber* WVerfR I § 36 und II § 82 II 3 b; ders. Wirtschaftsverfassungsrecht S. 139 f.; *Isay* Entwurf S. 38; *Strickrodt* Kartellverbot; *Zweigert* S. 14 ff. *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 74 läßt die Frage letztlich offen. Der Bundesminister der Justiz (Memorandum) und der Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik (Schriftlicher Bericht unter E I) haben sich nach eingehender Erörterung für die Verfassungsmäßigkeit des GWB-Entwurfes ausgesprochen.

⁴ Vgl. *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 43.

solche Rechtssätze Bestandteil der Wirtschaftsverfassung, die eine rechtliche Regelung des Sozialbereichs Wirtschaft darstellen, und von diesen wiederum diejenigen, die einen grundlegenden Charakter haben. Was in diesem Sinne grundlegend ist, bestimmt sich vom Lebensbereich Wirtschaft her, so daß man Wirtschaftsverfassung definieren kann als den Inbegriff von Rechtssätzen, die Organisation und Ablauf der Volkswirtschaft grundsätzlich und dauernd bestimmen, oder kürzer: als den Inbegriff der rechtlichen Konstitutionsprinzipien einer konkreten Volkswirtschaft⁵. Im Falle einer kapitalistischen Verkehrswirtschaft ist die Wirtschaftsverfassung notwendig ein seitens des Staates für die Wirtschaft gesetztes Ordnungssystem⁶. Für die Analyse der in einer Wirtschaftsordnung verwirklichten Wirtschaftsform ist die aus den Rechtssätzen aufweisbare Wirtschaftsverfassung nicht im juristischen, sondern nur im soziologischen Sinn, d. h. als empirisch mit einer Erfolgchance geltend, verwertbar⁷.

Aus dem Wortbestandteil „-verfassung“ in „Wirtschaftsverfassung“ ist nicht zu folgern, daß diese ein Teil der politischen Verfassung ist oder sein muß. Zwar wird die Verfassung auch durch die Produktionsverhältnisse bestimmt⁸, und zwar kann mit Recht das Postulat erhoben werden, daß eine moderne Verfassungsurkunde wirtschaftsverfassungsrechtliche Sätze enthalten müsse⁹, doch beweist die Verfassungsgeschichte, daß Festlegungen wirtschaftsverfassungsrechtlicher Art nicht notwendig in einer Verfassungsurkunde enthalten zu sein brauchen¹⁰. Es bedeutet nicht nur eine Verengung, sondern eine prinzipiell andersartige Fassung des Begriffs der Wirtschaftsverfassung, wenn darunter

⁵ Vgl. *Pütz* S. 24 ff. — In diesem Sinn kann das preuß. ABG als ein „partielles Grundgesetz“ für die Wirtschaftsverfassung Preußens in der Mitte des 19. Jahrhunderts bezeichnet (so *Fischer* S. 522) oder im GWB ein „grundlegendes Gesetz der Wirtschaftsverfassung“ gesehen werden (so BGH JZ 1962, 176/180).

⁶ Vgl. *Leisner* S. 178 ff. — Wegen dieses Charakters der Wirtschaftsverfassung, der sich aus dem Vorhandensein der kapitalistischen Verkehrswirtschaft ergibt, kann der Kritik *Ehmkes* (S. 5 f., 7 ff., 23, 27) nicht gefolgt werden, der den Begriff und selbst den Ausdruck „Wirtschaftsverfassung“ verwirft, weil damit von der unpolitischen Auseinanderlegung und Gegeneinandersetzung von Staat und Gesellschaft aus „von der Gesellschaft her“ gedacht werde. Wie gleich im Text oben dargelegt wird, ist die Kritik *Ehmkes* berechtigt, soweit sie sich gegen den „dezisionistischen“ Begriff von Wirtschaftsverfassung der Ordoschule richtet.

⁷ Vgl. *Max Weber*, Grundriß der Sozialökonomik, 2. Aufl., 1925, III/1, 368 ff.

⁸ In diesem Sinn bereits *Montesquieu*, De l'esprit des lois, I. XX ch. IV.

⁹ So *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 100; *Partsch* S. 20 ff.; *Raiser* Wirtschaftsverfassung S. 181. So ist auch die Betonung des Umstandes, daß die Wirklichkeit des Wohlfahrtsstaates im geltenden Verfassungsrecht kaum zu bemerken sei, durch *Dürig* (Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat), *Forsthoff* (Daseinsvorsorge S. 7 ff.) und *Klein* (Rechtsstaat S. 404 ff.) zu verstehen.

¹⁰ Vgl. *Scheuner* Staatliche Intervention S. 19. Hierzu auch *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 39 ff.

nur Rechtssätze des Verfassungsrechts verstanden werden¹¹. Denn damit wird die Einheit der politischen Verfassung als der Gesamtordnung des Gemeinwesens ungerechtfertigt zerrissen¹², der Status quo der Wirtschaftsordnung mit der Würde und der Bestandsfestigkeit des Verfassungsrechts umkleidet und die wirtschaftspolitische Aktivität des Gesetzgebers im Sinne des liberalen Staatsverständnisses gefesselt. Der gleiche Einwand ist gegen einen Begriff von Wirtschaftsverfassung zu erheben, der in diesem Begriff nur die Verwirklichung einer bestimmten Wirtschafts-idee sieht¹³, wodurch nur die einer bestimmten ideologischen Position entsprechende rechtliche Ordnung der Wirtschaft mit dem Prädikat einer Wirtschaftsverfassung versehen wird¹⁴. Aus dieser begrifflichen Klarstellung folgt, daß die Frage nach „der“ Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes bereits ein Vorverständnis enthält, das geeignet ist, die Untersuchung in einer bestimmten Weise zu beeinflussen.

Aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes kann mit Sicherheit entnommen werden¹⁵, daß der Verfassungsgesetzgeber mit Rücksicht auf den provisorischen Charakter des Grundgesetzes und die Ungewißheit der künftigen Entwicklung bewußt darauf verzichtet hat, ausdrückliche und zu einer äußeren Einheit zusammengefaßte Bestimmungen über die Wirtschaftsverfassung in das Verfassungsgesetz aufzunehmen. Auch ohne Kenntnis dieses historischen Sachverhalts läßt sich bei einer näheren Betrachtung des Textes des Grundgesetzes feststellen, daß das Grundgesetz durch eine „eigentümliche Enthaltensamkeit in Fragen des Wirtschaftsverfassungsrechts gekennzeichnet ist“ (E. R. Huber) und daß die nähere Ausgestaltung der Wirtschaftsverfassung nach dem objektiven Willen der Verfassung dem Bundesgesetzgeber überlassen ist (Art. 74 Ziff. 11 GrundG)^{16, 17}. Hierin weicht das Grundgesetz von der Weimarer Verfassung ab, die in ihrem zweiten Hauptteil einen eigenen Abschnitt „Das Wirtschaftsleben“ (Art. 151—165)

¹¹ So Hamann WVerfR S. 13; Reißmüller S. 8; Strauß Wirtschaftsverfassung.

¹² Ehmke S. 32.

¹³ So Ballerstedt Unternehmen S. 490 und ders. Wirtschaftsverfassungsrecht, der als Wirtschaftsverfassung die rechtliche Ordnung einer markt- und unternehmenswirtschaftlichen Wirtschaftsgemeinschaft (d. h. der kapitalistischen Wirtschaftsform), die jedem „das Seine“ gebe, betrachtet. Ähnlich Leisner S. 178 ff., der es zur Grundlage einer Wirtschaftsverfassung rechnet, daß der Staat nur „freiheitsschützende Eingriffe“ vornimmt.

¹⁴ Ballerstedt a.a.O. will folgerichtig die Anwendung des Begriffs von der Existenz einer bestimmten Wirtschaftsordnung abhängig machen und sieht u. a. die kapitalistischen Organisationsformen des Marktes und des Unternehmens als Grundinstitute einer (d. h. einer jeden) Wirtschaftsverfassung an. — Gegen Ballerstedts Konzeption auch Ehmke S. 36 ff.

¹⁵ Vgl. Carlo Schmid Plen. 2. S. (8. 9. 1948) und Heuß Plen. 3. S. (9. 9. 1948).

¹⁶ Diese Norm ist nur als eine Zuständigkeitsvorschrift anzusehen, nicht auch als eine materiellrechtliche Ermächtigung für staatliche Interventionen (Hamann Wirtschaftslenkung S. 25; abw. Ehmke S. 25 f., 30 f.; C. J. Friedrich,

enthielt¹⁸. Auch in den neuen Landesverfassungen finden sich entsprechende Abschnitte¹⁹. Die Verfassungen der neugebildeten Länder der Ostzone bekannten sich ausdrücklich zur Planungshoheit des Staates²⁰, und die Verfassung der DDR enthält in Teil B „Inhalt und Grenzen der Staatsgewalt“ einen eigenen Abschnitt „Wirtschaftsordnung“ (Art. 19—29)²¹, dessen Art. 21 — „Zur Sicherung der Lebensgrundlagen und zur Steigerung des Wohlstandes seiner Bürger stellt der Staat durch die gesetzgebenden Organe, unter Mitwirkung seiner Bürger, den öffentlichen Wirtschaftsplan auf“ — ein Beispiel für die direkte Methode der Aufnahme ökonomischer Prinzipien in ein Verfassungsgesetz ist²². Diese verfassungsvergleichende Übersicht bestätigt den ersten Eindruck, daß das Grundgesetz jedenfalls in seinem Wortlaut²³ eine auffällige Zurückhaltung in Fragen der Wirtschaftsverfassung bewahrt. Bis heute ist es ein Streitpunkt geblieben, welche Schlußfolgerungen aus diesem Umstand zu ziehen sind.

Nach einer zuerst von Herbert Krüger²⁴ vertretenen Auffassung ist das Schweigen des Grundgesetzes im Sinne einer bewußten Nichtent-

Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 591); eine solche ist, nach dem oben Dargelegten, nicht erforderlich.

Über den Umfang dieser Bundeskompetenz: BVerfGE 4, 7; BVerfG DVBl 1959, 393; Huber WVerwR II § 82 II; Köttgen Wirtschaftliche Betätigung S. 580 f.

¹⁷ Zum Ganzen: Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht S. 49; Huber WVerwR I § 3 III 4; Partsch S. 21 f.; Raiser Wirtschaftsverfassung S. 181; Stödter S. 55 f.

¹⁸ Hierzu: Böhm Wettbewerb und Monopolkampf S. 337 ff.; Huber Wirtschaftsstaat S. 5 ff.

¹⁹ So der vierte Hauptteil der BayVerf „Wirtschaft und Arbeit“ (Art. 151 bis 177) und, mit dirigistischer Tendenz, Art. 38 Abs. 1 HessVerf und Art. 39 Abs. 1 BremVerf. Die Fortgeltung dieser Bestimmungen ist, soweit sie wirtschaftslenkende Kompetenzen eines Landes aussprechen, zweifelhaft (vgl. dazu: Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht S. 77; Hamann WVerfR S. 51 f., 165; Scheuner Staatliche Intervention S. 22 f.).

²⁰ Ballerstedt Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 139 f.

²¹ Hierzu Abendroth Zwiespältiges Verfassungsrecht S. 9 ff.

²² Partsch S. 23. — Ein außereuropäisches Beispiel hierfür ist Art. 4 der Vorläufigen Verfassung der Vereinigten Arabischen Republik vom 5. 3. 1958 (abgedruckt: Int. and Comp. Law Quarterly vol. 8 (1958/59), pp 374 sqq; ArchVR 9 (1961), 73 ff.): „National economy is organised according to plans which conform to the principles of sozial justice, and aim at the development of national productivity and the raising of the standard of living.“ Ein europäisches Beispiel sind die Wirtschaftsartikel der SchweizBVerf (Art. 31, 31 bis — 31 quinquies, 32, 34 ter) die jedoch nicht planwirtschaftlichen, sondern interventionistischen Charakter haben (vgl. den Aufsatz von Hans Huber).

²³ Es wird sich zeigen, daß das GrundG desungeachtet in der Sache eine bestimmte Stellung einnimmt (vgl. Huber AÖR 78/1953, 501).

²⁴ Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung; Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat; Sozialisierung S. 284. — Dem ausdrücklich folgend: Hamann Wirtschaftslenkung S. 31 ff.; ders. WVerfR S. 31 ff.; ders. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., 1960, Einf. A 6 (Hamann wiederum folgend: Behlke S. 99 f., 137); Ipsen Rechtsfragen S. 309.

scheidung zu deuten, so daß ein ungeschriebener Verfassungssatz des Inhalts gelte, daß der Staat zwar okkasionell und pragmatisch in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen, sich dabei aber nicht auf ein bestimmtes Wirtschaftssystem festlegen dürfe: Grundsatz der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität. Das Grundgesetz habe als demokratische Verfassung ein ideologisch gebundenes Wirtschaftssystem auch gar nicht aussprechen können, weil es das Wesen der Demokratie verbiete, das Staatswesen und so auch die Wirtschaft auf ein bestimmtes wirtschaftspolitisches System festzulegen²⁵. Aus diesem „theoretischen Agnostizismus“ des Grundgesetzes folge z. B., daß die Ausrichtung der Wirtschaftspolitik an dem Wirtschaftssystem der „sozialen Marktwirtschaft“ verfassungswidrig sei.

Die Theorie *Krügers* ist weithin auf Ablehnung gestoßen²⁶. Gegen sie spricht, daß ein Staat, dem die Verfassung jede Entscheidung über Grundsätze der Wirtschaftsordnung, die ja notwendig in sich einheitlich und konsistent und insofern an einer Idee von der Wirtschaft ausgerichtet sein müßte, verwehrte, ein „Gebilde ohne Staatlichkeit“ (E. R. *Huber*) wäre. Gegen sie spricht zusätzlich im Falle des Grundgesetzes das von diesem an hervorragender Stelle ausgesprochene Sozialstaatsprinzip sowie der liberale Grundzug dieser Verfassung.

Die extreme Gegenposition nimmt die vor allem von *Nipperdey*²⁷ in zahlreichen Veröffentlichungen vertretene Auffassung ein, daß die auf dem ordoliberalen Wirtschaftssystem aufbauende Wirtschaftspolitik der „sozialen Marktwirtschaft“ im Grundgesetz institutionell garantiert sei und daß deshalb nur eine mit den Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft vereinbare Wirtschaftspolitik dem Grundgesetz entspreche. *Nipperdey* beruft sich zur Begründung seiner These vor allem auf die Grundrechte und unter diesen in erster Linie auf Art. 2 Abs. 1²⁸ und Art. 12 Abs. 1 GrundG²⁹.

²⁵ Diese These ist eine Übertragung der *Radbruchschen* Auffassung von dem der Demokratie inhärenten Relativismus (Rechtsphilosophie, Vorwort; hierzu *Engisch* Besprechung; *Scheuner* Grundfragen S. 129 ff.). Damit ist von *Radbruch* gemeint, daß die demokratische Staatsidee wesensmäßig eine Verbindung mit einer bestimmten Ideologie als der staatlichen Existenz zugrunde gelegte und den Staatsbürgern auferlegte Wertordnung nicht verträge. Daraus folgt aber, konsequent weitergedacht, nicht, daß ein demokratischer Staat eine sachgemäße Wirtschaftspolitik nur deswegen nicht verfolgen dürfe, weil sie planvoll und aus einer bestimmten Wirtschaftstheorie abgeleitet ist.

²⁶ Vgl. *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 60; *Ehmke* S. 43 ff.; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 98 f.; *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 13 f.; *Ueber* S. 148 f.

²⁷ Grundprinzipien; Wirtschaftsrecht S. 1556 f.; Soziale Marktwirtschaft; *Enneccerus* § 15 II 3 a; u. ö.

²⁸ Dieser Norm entnimmt *Nipperdey* die Garantie der „Wettbewerbsfreiheit“, die der Vertragsfreiheit vorgehe (dagegen u. a. *Dürig* in: *Maunz/Dürig* Art. 2 Abs. 1 RNR. 50; *Partsch* S. 26). Indem diese nicht nur als Grundrecht, sondern auch als institutionelle Garantie verstanden wird, vermag Art. 2 Abs. 1 den Charakter einer Garantie der Wettbewerbswirtschaft anzunehmen.

Der Theorie *Nipperdeys*, die das ordoliberalen Wirtschafts- und Sozialsystem in die Grundrechtsbestimmungen hineininterpretiert, indem sie als subjektive staatsrechtliche Rechte zu verstehende Grundrechte zusätzlich in institutionelle Garantien umdenkt, ist von einer Vielzahl von Autoren widersprochen worden³⁰. Diese Theorie ist das Weiterdenken grundrechtlicher Garantien und des Rechtsstaatsgedankens überhaupt am Leitseil der ordoliberalen Lehre, so daß die staatsrechtliche Deduktion mit der Verfechtung des wirtschaftspolitischen Systems verfließt und der Bereich einer am Text des gedeuteten Rechtssatzes nachprüfbarer Interpretation verlassen wird. Dabei muß insbesondere die methodisch nicht zureichend begründete Auseinanderfaltung des unthematischen Sektors des Auffang-Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit in thematische Grundrechte und die ebenfalls methodisch ungesicherte Verwendung des Interpretaments der institutionellen Garantie Bedenken erwecken.

Nicht von demselben doktrinären Rigorismus wie die Theorie *Nipperdeys*, doch durch ihren Ausgangspunkt, die Betonung des Grundrechtssystems gegenüber der politischen Freiheit der Legislative, ihr nahe stehend sind die Auffassungen *Dürigs*, daß Art. 2 Abs. 1 GrundG die allgemeine wirtschaftliche Grundfreiheit der „Unternehmensfreiheit“ enthalte und insofern die Magna Charta gegen staatssozialistische und dirigistische Wirtschaftssysteme darstelle³¹, *Leisners*, daß der Staat auf „freiheitsschützende Interventionen“ beschränkt sei³², und *Strickrodts*, daß die Garantie der sich selbst verwaltenden Unternehmenswirtschaft ungeschriebener Hauptsatz des Wirtschaftsverfassungsrechts sei³³. Die Grundrechte sind in der Tat im Grundgesetz mit auffallender Solennität und auch durch die Redaktion und Gliederung des Verfassungsgesetzes zum Ausdruck kommender Bevorzugung ausgestaltet worden. Die

Ähnlich *Böhm* Wettbewerb und Monopolkampf S. 352, wonach die wirtschaftlichen Freiheitsrechte ihren Sinn erst durch die Institution des Wettbewerbs erhielten und deswegen im Hinblick auf die verkehrswirtschaftliche Marktordnung garantiert seien.

²⁹ Auch die Berufsfreiheit wird als Grundrecht und als institutionelle Garantie der Gewerbefreiheit behauptet (dagegen u. a. *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl., 1961 § 18 I; BVerfGE 7, 377/397, dazu die ausdrückliche Mißbilligung *Nipperdeys* in Soziale Marktwirtschaft S. 33 und *Enneccerus* § 15 II 3 a Anm. 52. Wie *Nipperdey* auch *Thieme* Berufsfreiheit S. 281).

³⁰ Vgl. *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 60; *Behlke* S. 134 ff.; *Ehmke* S. 18 ff.; *Hamann* GrundG a.a.O. Einf. A 6; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 100 ff., 173; *Leisner* S. 187; *Dürig* in: *Maunz/Dürig* Art. 2 Abs. 1 R.Nr. 44; *Müller-Henneberg* Gemeinschaftskommentar Einf. VI; *Reuß* Besprechung; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 55; ders. Institutionelle Garantien S. 94 f.; ders. Grundrechtsinterpretation S. 65 f.

³¹ *Maunz/Dürig* Art. 2 Abs. 1 R.Nr. 46.

³² *Leisner* S. 183 f., 192 f. Ähnlich *Stern* S. 326 ff.: Die Grundrechte seien die Fundamentalentscheidung für die „Liberalität“, der die „Sozialität“ nicht gleichrangig gegenübergestellt werden dürfe.

³³ Gewerbliche Staatsunternehmen S. 14 ff.

historische Erfahrung der Perversion staatlicher Machtausübung macht diese Hervorhebung der individuellen Freiheit verständlich. Doch darf das nicht darüber hinwegsehen lassen, daß die Freiheit nicht Prinzip, sondern Gegenprinzip des Staatsaufbaues ist und daß es überhaupt im Wesen des die Abfassung von Verfassungsurkunden tragenden konstitutionellen Gedankens liegt, nicht die Macht des Staates, sondern ihre Grenzen niederzuschreiben. Deswegen können die Grundrechte nicht als die eine empirische Wirtschaftsordnung gegen den Staat in Schutz nehmende und die Wirtschaftspolitik konstituierende Ordnung, sondern nur als die das wirtschaftspolitische Handeln auf Grenzen verpflichtende Freiheitssphäre verstanden werden.

Ernst Rudolf *Huber* hat gegen die staatsrechtlichen Theoreme, die eine Präponderanz der Grundrechte behaupten, die Auffassung von der „gemischten Wirtschaftsverfassung“ entwickelt, wonach die grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten mit einer Anzahl von Sozialbindungen in ein spannungsvolles Gleichgewicht gesetzt seien, das institutionell garantiert sei³⁴. Auch damit ist vorausgesetzt, daß die Verfassungsmäßigkeit wirtschaftspolitischer Maßnahmen, denen allerdings ein großer Spielraum gegeben wird, nicht an den einzelnen Rechtssätzen des Grundgesetzes, sondern an einem zwar aus diesem herausdestillierten, aber doch eine Art Neben-Verfassung bildenden System gemessen werden soll.

Die sowohl der durch das Grundgesetz geschützten wirtschaftlichen Freiheit, als auch der prinzipiellen wirtschaftspolitischen Kompetenz des Gesetzgebers Rechnung tragende Auslegung tritt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, prägnant im Urteil zum Investitionshilfegesetz³⁵ und im Apotheken-Urteil³⁶, hervor³⁷. Danach hat sich das Grundgesetz nicht für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden und dem Gesetzgeber eine nur durch die freiheitlichen Verbürgungen der Grundrechte eingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt: Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes. Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Gesetzgebung, noch die „soziale Marktwirtschaft“, noch die Unterlassung nicht „marktkonformer“ Interventionen³⁸.

³⁴ *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 97 ff.; ders. WVerwR I § 3 III 4. In Anlehnung daran *Dürig* in: *Maunz/Dürig* Art. 2 Abs. 1 RNR. 44. Dagegen *Ehmke* S. 26 ff. (nur ein stark korrigiertes Marktwirtschaftsmodell).

³⁵ BVerfGE 4, 7/17 f. Abl. *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 99.

³⁶ BVerfGE 7, 377/400.

³⁷ Im wesentlichen übereinstimmend: *Köttgen* Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber S. 58; *Maunz* Staatsrecht a.a.O. § 17 I; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 19 ff.; ders. Grundrechtsinterpretation S. 70; *Ehmke* passim; *Reißmüller* Diss.

³⁸ In diesem Punkt übereinstimmend: *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 206 f.; *Dürig* in: *Maunz/Dürig* Art. 2 Abs. 1 RNR. 44.

Eine spezifische „Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes“ gibt es somit nicht. Lediglich die einzelnen Vorschriften des Grundgesetzes über die Wirtschaftsverfassung, die keine besondere Verfassung für die Wirtschaft ergeben, binden den Gesetzgeber. Daraus, daß das Grundgesetz eine bürgerlich-liberale Verfassung ist, wie unten näher dargelegt ist, ergeben sich zwar spezifische Schranken für die wirtschaftspolitische Aktivität des Gesetzgebers, wird aber nicht eine positive und von der politischen Verfassung abhebbare „Wirtschaftsverfassung“ festgelegt.

Bei der Begründung von Verwaltungsmonopolen unterliegt deshalb der Gesetzgeber einer Beschränkung durch eine besondere „Wirtschaftsverfassung“ nicht. Welche Folgerungen aus dem Rechtsstaats- und dem Sozialstaatsprinzip für die Errichtung von Verwaltungsmonopolen zu ziehen sind, wird im folgenden zu zeigen sein.

100.– Der durch das Grundgesetz verfaßte Staat ist eine Demokratie, ein Rechtsstaat und ein Sozialstaat. Das Grundgesetz führt diese Bestimmungen des Staates auf, ohne ihren Inhalt eindeutig anzugeben und ohne ihr Verhältnis zueinander klarzustellen. Beides ist die Aufgabe der durch die politische Theorie geleiteten Verfassungsauslegung. Während für die Begriffe Rechtsstaat und Demokratie eine aus der Geschichte der politischen Ideen und der Verfassungsgeschichte zu erhebende Tradition vorliegt, der das Grundgesetz verpflichtet ist, fehlt eine solche für den Begriff des Sozialstaates; dessen Bedeutung hat deshalb auch zu lebhaften Kontroversen in der Verfassungsrechtslehre Anlaß gegeben. Für den begrenzten Zweck dieser Arbeit ist es notwendig, der Frage nachzugehen, ob und welche Folgerungen für die verfassungsrechtlichen Schranken der gesetzgeberischen Aktivität, insbesondere im Bereich der Wirtschaftspolitik, aus den genannten drei Begriffen, soweit sie Gegenstand von Rechtssätzen des Grundgesetzes sind, gezogen werden können.

„Demokratie“ ist in dem nicht theoretisch-exakt gemeinten Sprachgebrauch des alltäglichen Umgangs ein mehr gefühlter als gewußter Richtpunkt, ein als gut empfundener Maßstab staatlichen Handelns. Als reflektierter Fachausdruck der Staatstheorie ist „Demokratie“ nicht ein bewertendes Urteil über staatliches Handeln, sondern eine Aussage über den Staat selbst. Zwei staatstheoretische Begriffe der Demokratie konkurrieren miteinander: Nach der einen Auffassung, die Demokratie im Sinne von freiheitlicher oder konstitutioneller Demokratie versteht³⁹, ist die aus dem Mittelalter stammende Traditionslinie der Volkssouveränität mit der Traditionslinie der Rule of Law und der Grundrechte zu einer einheitlichen Staatsidee verschmolzen. Nach der anderen Auf-

³⁹ So z. B. *Schüle* Demokratie.

fassung, die Demokratie als die Charakterisierung einer Staatsform nach dem Kriterium der Methode zur Kreation der Herrschenden betrachtet⁴⁰, wird lediglich die Tradition der Volkssouveränität zur Begriffsbildung verwendet. Dem zweiten Begriffsverständnis ist der Vorzug zu geben, weil es der in der Geschichte der politischen Ideen vorzufindenden Differenzierung entspricht und weil es eine exaktere Analyse von Verfassungen ermöglicht. Die Verbindung von Rechtsstaat und Demokratie ist allerdings nicht zufällig⁴¹ und entspricht auch der jüngeren Verfassungsgeschichte, ohne aber eine notwendige zu sein, so daß es sachgemäß ist, die Demokratie als ein Ideal der Staatsform vom Rechtsstaat als einem Ideal der Ausübung der Staatsgewalt theoretisch zu scheiden.

Im Grundgesetz ist der Satz, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgehe, des polemischen Affekts entkleidet, der ihm in den epochalen Auseinandersetzungen des Investiturstreits und der bürgerlichen Revolutionen gegen den Absolutismus eigentümlich war. Er ist hier einerseits traditionelle Formel und sagt als solche aus, daß jede Ausübung der Staatsmacht treuhänderische Wahrnehmung für das substantiell Träger der Staatsgewalt bleibende Volk und daher abgeleitet sei⁴². Andererseits ist dieser Satz Organisationsnorm und besagt als solche vor allem ein Dreifaches: Innere Legitimation der Ausübung der Staatsgewalt ist das Gemeinwohl, nicht irgendein partikuläres Interesse. Die äußere Legitimation der die Staatsmacht Ausübenden ist nur durch Wahl möglich. Die Ausübung der Staatsgewalt wird den Staatsfunktionären nur auf Zeit übertragen. Der staatstheoretische Gehalt des Satzes „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ als einer traditionellen Formel ist die ideelle Voraussetzung für seinen staatsrechtlichen Gehalt als Organisationsnorm.

⁴⁰ So z. B. *Colm* pp 289 sq; *Corry/Abraham* pp 54 sq; *Schumpeter* S. 384, 428, diesem folgend: *Scheuner* Grundfragen S. 128 f.

⁴¹ Das neuere Staatsdenken, das rational ist, insofern als es nicht nur methodisch das moderne Verständnis von Wissenschaftlichkeit zugrunde legt, sondern auch die Prämisse macht, daß politische Vorgänge und Zustände rational auflösbar sind, und als es keine Mysterien irrationaler Gewachsenheit oder geheiligter Transzendenz enthält, kann in der Staatsgewalt keinen Selbstzweck sehen. Deshalb kann es nicht darüber hinwegsehen, daß zwischen der Frage: wer herrschen soll, und der Frage: wie geherrscht werden soll, ein Zusammenhang besteht. Die Träger der Staatsgewalt verfolgen nicht eigene, sondern ihnen durch die Beherrschten aufgegebenen Zwecke. Das bedeutet aber, daß die Frage, wer herrschen soll, danach beurteilt wird, wie am besten geherrscht wird, daß es also darauf ankommt, in welcher Staatsform Gerechtigkeit und Freiheit am besten verwirklicht werden können. Die Staatsformfrage verliert, so betrachtet, an Eigengewicht gegenüber der Frage nach dem Inhalt der Staatsgewalt, die Frage wer herrschen soll, ist nur eine Funktion der Frage wie geherrscht werden soll. Vgl. *Rousseau*, *Contrat social*, I. Ich. VI.

⁴² Eine Legitimation der Staatsfunktionäre durch Geburt oder Standeszugehörigkeit ist damit ausgeschlossen, die Auswahl der gesetzgebenden, verwaltenden und rechtsprechenden Faktoren muß der Staatsidee der Demokratie entsprechen.

Nicht gefordert durch die Idee der Demokratie ist die Identität von Herrschern und Beherrschten. Die Staatsidee der modernen Demokratie ist von *Rousseaus* Republik durch den Gedanken der Repräsentation getrennt, sie postuliert nicht die unmittelbare plebiszitäre Volksherrschaft, sondern die mittelbare, repräsentative Beherrschung des Volkes durch seine Beauftragten, die in der Volksvertretung zusammentreten und über die öffentlichen Angelegenheiten beschließen. Diese Repräsentation ist eine Vertretung des Volkes auch im Willen, der nach dem Vorbild des englischen Parlaments und mit ständigem Blick auf *Rousseaus* Contrat Social in der französischen Revolution geschaffene Typ der Volksvertretung ist der einer Nationalrepräsentation durch von ihren Wählern unabhängige und nur ihrem Gewissen unterworfenen Abgeordnete. Die Formierung der Parteien und die Einführung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts verwandelte die Demokratie mit Nationalrepräsentation in eine Demokratie des Parteienstaates mit einem veränderten Modus der Repräsentation⁴³. Das die einzelnen Erscheinungsformen des demokratischen Gedankens Transzendierende ist nicht die anarchistische und jakobinische Vorstellung, daß die Macht aus dem politischen Geschehen eliminiert, die oligarchische Differenzierung des Gemeinwesens aufgehoben werden könnte — denn einen Staat ohne Herrschende und Beherrschte kann es nicht geben —, sondern die Überzeugung der rationalen Durchschaubarkeit und Beeinflussbarkeit des Staates, die Auffassung der je vorhandenen Verteilung politischer Macht als widerruflich und revidierbar und die Annahme, daß die Exzesse der den staatlichen Apparat manipulierenden Personen und Gruppen mehr zu fürchten sind, als eine revolutionäre Bewegung der Beherrschten. In dem unvermeidlichen Antagonismus der ordnenden Funktion des Rechts und der durch dieses vermittelten Legitimität und der verändernden Funktion der sozialen Prozesse, die eine die etablierte Ordnung in Frage stellende Revolutionierung bewirken, steht die demokratische Idee auf der Seite der Veränderung.

Aus dieser Analyse des demokratischen Gedankens folgt, daß sein Pathos und sein Prestige nicht für die verfassungsrechtliche Verankerung eines bestimmten Wirtschaftssystems, ja nicht einmal für die bürgerliche Freiheit in Anspruch genommen werden können⁴⁴. Die Be-

⁴³ Über oligarchische Herrschaftskonzentration in der repräsentativen Demokratie und insb. im Parteienstaat: Gaetano *Mosca*, *Elementi di scienza politica*, 1896, 2. ed. 1923 („classe politica“); Vilfredo *Pareto*, *Trattato di Sociologia generale*, 1916 („Kreislauf der Eliten“); Robert *Michels*, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, 1911 („ehernes Gesetz der Oligarchie“); James *Burnham*, *The Managerial Revolution*, 1941; Wright *Mills*, *The Power Elite*, 1958. Zu einer daraus entspringenden rechtlichen Einzelfrage: *Lenz/Sasse*, *Parteiausschluß und Demokratiegebot*, *JZ* 1962, 233—241.

⁴⁴ Gegen *Ballerstedt* *Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 41 f.; *Böhm* *Wirtschaftsordnung* S. 49; *Hamann* *WVerfR* S. 52 ff. Im Ergebnis übereinstimmend: *Scheuner* *Grundfragen* S. 130.

hauptung, daß die Marktwirtschaft ein „demokratischer Vorgang“ sei, weil sie den Charakter von täglichen Abstimmungs- und Wahlvorgängen habe, in denen die Geldscheine als Wahlzettel fungieren, daß die Marktgesetze eine „aufs äußerste getriebene, tägliche und stündliche plebiszitäre Demokratie, ein pausenloses Volksreferendum, die technisch idealste Erscheinungsform der Demokratie, die überhaupt existiert“, seien⁴⁵, verkennt das Wesen des demokratischen Gedankens⁴⁶, überträgt ihn auf ein von ihm nicht gemeintes Gebiet⁴⁷ und trivialisiert den Staatsbürger (citoyen) zum Konsumenten (bourgeois).

Es kann somit daraus, daß die Bundesrepublik ein Staat ist, dessen Verfassung die demokratische Staatsidee verwirklicht, nichts für die Wirtschaftsverfassung entnommen werden. Das demokratische Prinzip kann gegen die Begründung von Verwaltungsmonopolen, die wirtschaftende Tätigkeiten zum Gegenstand haben, nicht ins Feld geführt werden.

Etwas anderes gilt für Verwaltungsmonopole, die den Bereich der Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit berühren, wie das Rundfunkmonopol. Die genannten Freiheiten sind in Art. 5 Abs. 1 GrundG als individuelle Grundrechte geschützt, eine verbreitete Auffassung spricht ihnen, vor allem den Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2, auch den Charakter institutioneller Garantien zu⁴⁸. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß diese Freiheiten, je nach ihrer Eigenart in unterschiedlicher Weise, die „öffentliche Meinung“ konstituieren, die ein wesentlicher Bestandteil des politischen Prozesses in einem demokratischen Staat ist⁴⁹. Die Institution der „öffentlichen Meinung“ ist deshalb als in erster Linie

⁴⁵ *Böhm Wirtschaftsordnung* S. 50 f.

⁴⁶ Denn wir aus dem Obigen sich ergibt, setzt der demokratische Gedanke nicht voraus, daß der Staat nur solche Angelegenheiten besorgt und dabei nur in der Weise verfährt, daß die Beherrschten dazu eine gleichlaufende Meinung haben oder den Vorgang sämtlich verstehen können (vgl. *Schumpeter* S. 463). Aus der Kompliziertheit des sozialistischen Wirtschaftsplanes kann nichts dafür abgeleitet werden, daß Sozialismus und Demokratie unvereinbar seien, wie diese beiden Größen überhaupt inkommensurabel sind (*Schumpeter* S. 451; *Jöhr Freiheitlicher Sozialismus* S. 62 ff. Gegen: *Böhm Wirtschaftsordnung* S. 43 ff.; *Hayek* S. 82 ff.).

⁴⁷ Vgl. *Huber AöR* 78 (1953), 503.

⁴⁸ Vgl. *Ridder* S. 249 ff.: „öffentliche Meinungsfreiheit“ (Ridder nimmt allerdings für die Rundfunkfreiheit eine derartige Institutionalisierung wie bei der Pressefreiheit nicht an, weil das Schwergewicht des Rundfunks Belehrung und Unterhaltung seien — a.a.O. S. 270 f. Diese These unterschätzt die meinungsbildende Kraft des Rundfunks; immerhin hält Ridder eine Entwicklung von der subjektiven Freiheit zur institutionellen Garantie auch im Bereich des Rundfunks für möglich, vgl. a.a.O. S. 273); *Scheuner* Institutionelle Garantien; ders. Rundfunkfreiheit; *Hamann* GrundG a.a.O. Art. 5 Anm. B 6; *Dagtoglou*; BVerfGE 10, 118; BVerfGE 12, 205 (Gründe E III); BVerfG JZ 1961, 535.

⁴⁹ Z. B. *Corry/Abraham* pp 358 sqq. — Die öffentliche Meinung ist: 1. Ein soziales Phänomen, nämlich die auf die öffentlichen Angelegenheiten bezogenen Meinungsäußerungen einzelner und der Massenmedien. 2. Ein Postulat des demokratischen Prinzips. Auch in der mittelbaren Demokratie soll die Mitwirkung des Volkes an der staatlichen Willensbildung sich nicht in den formellen Institutionen der durch Wahlen und Parteien besetzten Staatsorgane

durch Art. 20 Abs. 1 und 2 Satz 1 GrundG garantiert anzusehen. Sie außerdem als institutionelle Garantie unter den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GrundG zu stellen, begegnet keinem Bedenken, wenn die institutionelle Seite des Grundrechts nicht gegen dessen subjektiv-individuelle Seite gekehrt wird, mit anderen Worten, wenn nicht die Institutionalisierung der öffentlichen Meinung zu ihrer Entschärfung in der Weise führt, daß eine sich als die Objektivität der öffentlich-rechtlichen Einrichtung⁵⁰ „öffentliche Meinung“ gebende Ideologie die dem individuellen Grundrecht innewohnende Subjektivität unter ihren Konformismus beugt⁵¹. Die Freiheiten der Massenkommunikationsmittel müssen daher stets als besondere Ausgestaltungen der Meinungsfreiheit gesehen werden, auch wenn sich ihre Funktion nicht in der Meinungsäußerung erschöpft, es also berechtigt ist, sie als besondere Grundrechte neben der allgemeinen Meinungsfreiheit zu nennen, wie das in Art. 5 Abs. 1 GrundG geschehen ist.

Ein Verwaltungsmonopol, das die publizistische Funktion der Presse verstaatlichen würde, verstieße gegen das demokratische Prinzip und gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GrundG, wäre also verfassungswidrig⁵². Dasselbe gilt für die publizistische Funktion des Rundfunks und des Films, mit dem Abstrich, daß ein Verwaltungsmonopol einer Länderrundfunkanstalt vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsmäßig betrachtet wurde, sofern die Anstalt autonom ist⁵³.

Anders als das demokratische Prinzip ist das *Rechtsstaatsprinzip* von zentraler Bedeutung für die Beschränkung der politischen Aktivität der Legislative allgemein und so auch der wirtschaftspolitischen Interventionen⁵⁴. Die Rechtsstaatsidee mit ihren vielfältigen und historisch erschöpfen, sondern soll entsprechend dem revolutionären Grundzug der demokratischen Idee, die niemals durch ein formelles System des politischen Prozesses erfüllt werden kann, eine nicht institutionalisierte informelle Beteiligung des Volkes am politischen Prozeß vorhanden sein. 3. Ein Institut des Staatsrecht, das im GrundG implizit in Art. 20 und explizit in den Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 in Erscheinung tritt.

⁵⁰ Eine institutionelle Garantie ist die verfassungsrechtliche Garantie einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung als solcher (vgl. Carl Schmitt HDStR II, 595 f.; Scheuner Institutionelle Garantien). Die Beigesellung einer institutionellen Garantie zu subjektiven Grundrechten ist verfassungsrechtlich nur dann möglich, wenn das subjektive Moment dadurch nicht denaturiert wird. Dazu muß es aber kommen, wenn mit Carl Schmitt HDStR II, 596 die Garantie des subjektiven Rechts nur als „ein Bestandteil oder Akzessorium der institutionellen Garantie und nicht ein selbständiges Grundrecht“ aufgefaßt wird. — Allgemein zu diesem Problem: Dürig in: Maunz/Dürig Art. 1 Abs. 3 RNR. 98.

⁵¹ Auf diesen Gedankengang stützen sich die oben bei der Erörterung des Rundfunkmonopols gegen die These des BVerfG über die Organisation der Rundfunkanstalten erhobenen Einwände (vgl. Textziffer 69). — Ähnlich wie hier: Dagtoglou.

⁵² Scheuner Institutionelle Garantien S. 95.

⁵³ BVerfGE 12, 205.

⁵⁴ Hierzu ist insb. zu verweisen auf: Hamann Wirtschaftslenkung S. 23 ff.; ders. WVerfR S. 16, 38 ff., 76 ff.; Huber WVerfR II § 82; Neumann S. 15 f., 75 ff.; Peter S. 164 ff.; Scheuner Staatliche Intervention S. 14 ff., 55 ff.

wechselnden Emanationen, von denen der Gedanke der Rule of Law und die Grundrechte eine hervorragende Stellung behaupten, gehört zu den wesentlichsten und bleibenden Errungenschaften der Rechtskultur, ihre Geschichte ist die Geschichte der Zivilisierung der staatlichen Macht. Der Rechtsstaat bürgerlich-liberaler Prägung⁵⁵, der den Staat von der Gesellschaft trennt und einen „staatsfreien Raum“, Freiheit und Eigentum, postuliert, war der Rechtsstaat eines bestimmten Entwicklungsabschnittes, dessen Erbe über die Paulskirchenverfassung in das Grundgesetz Eingang gefunden hat, er ist aber dem modernen Wohlfahrtsstaat nicht kongruent, in dem es, nach der Formulierung *Forsthoffs*, weniger auf „Ausgrenzung“ als auf „Teilhabe“ ankommt⁵⁶. Diese neue Phase des Rechtsstaatsgedankens betrifft vor allem die Grundrechte, deren liberales Verständnis als eines staatsunabhängigen, autonomen Bereichs der Gesellschaft⁵⁷ das Problem nicht zu lösen vermag, wie der Mensch der heutigen Gesellschaft zu Selbstverwirklichung befähigt sein soll⁵⁸. Dessen Freiheit steht unter anderen Bedingungen und hat einen anderen Charakter als die bürgerliche Freiheit des 19. Jahrhunderts⁵⁹.

Die das Rechtsstaatsprinzip verwirklichenden Verfassungsrechtssätze können das politische Phänomen Staat nicht konstituieren, sondern nur

⁵⁵ Vgl. z. B. *Böhm* Mitbestimmung S. 86 f.; *Heimann* S. 72; *Thieme* Liberalismus; *Zeidler* S. 104 ff.

⁵⁶ *Forsthoff* Sozialer Rechtsstaat.

⁵⁷ *Kaufmann* S. 79.

⁵⁸ Die Lehre von den Grundrechten als einer „wertgebundenen Ordnung“, einer „objektiven“ oder „materialen Wertordnung“ oder sogar als „Ordnungsgrundsätzen für das soziale Leben“ (BAG DÖV 1958, 781), welche die neunatürlich als „überpositiv“ verstandenen Grundrechte in die Mitte des Staatsrecht rückt (vgl. BVerfGE 7, 198/204 f. u. ö.; *Ehmke* S. 49, 51, 199 ff.; *Hamann* WVerfR S. 58, 76; *Leisner* S. 90 ff., 371 ff. — kritisch gegenüber der unmittelbaren Deduzierung aus den vorausgesetzten Werten; *Maunz/Dürig* Art. 20 RNR. 72 f.), ist durch ihren Ausgangspunkt als Weiterdenken des liberalen Staatsverständnisses gekennzeichnet. Sie ist nicht ein der Wirklichkeit des Wohlfahrtsstaates angemessenes neues Grundrechtsverständnis, sondern eine Neufundierung des liberalen Denkens, in dem die Grundrechtsbestimmungen nur noch lose Anknüpfungspunkte für komplizierte Systeme sind, die weit in Ethik und Philosophie hineinreichen. Die dadurch hervorgerufene Verwischung von Recht und Sittlichkeit und die damit verbundene Gefahr der Ideologisierung der Rechtsordnung hat Anlaß zu einer grundsätzlichen Diskussion über die Verfassungsauslegung gegeben, die sich an der Kritik *Forsthoffs* entzündete (zuerst: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festgabe für Carl Schmitt, 1959, S. 35 ff.; zuletzt: Problematik der Verfassungsauslegung, 1961).

⁵⁹ Vgl. *Jöhr* Freiheitlicher Sozialismus S. 16 ff.; *Kollmar* S. 133 ff. und besonders deutlich: *Forsthoff* Rechtsfragen S. 42, ders. VerwR § 4, 2 und *Scheuner* Staatliche Intervention S. 47. Dieser Tatbestand kann nicht von dem Blickwinkel aus sachgemäß gedeutet werden, daß der vordringende Wohlfahrtsstaat zu einer „Gefahr“ für die Freiheit im Sinne der klassischen Freiheitsrechte werden könnte (so *Kaufmann* Grundrechte und Wohlfahrtsstaat). Vgl. die „Charte Sociale Européenne“ v. 18. 10. 1961 (abgedruckt: ArchVR 10/1963, 335—349).

in Form bringen, sie bedeuten „überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen“ (Fr. J. Stahl). Sie können deshalb nicht positiv eine bestimmte „Wirtschaftsverfassung“ darstellen oder fordern⁶⁰, sondern nur den Zwecken und Formen der Wirtschaftspolitik eine Grenze setzen. Hierbei sind es in erster Linie die Grundrechte, die eine Schranke aufrichten und in ihrem Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GrundG)⁶¹ eine Revolutionierung der Wirtschaftsordnung des gebändigten Kapitalismus hindern⁶². Die für die Wirtschaftspolitik wesentlichsten Grundrechte sind, neben dem unsachliche Differenzierungen verbietenden Gleichheitssatz, die Freiheit des Eigentums und des Berufs, sowie die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 14, 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GrundG)⁶³. Ihnen sind auch die Beschränkungen zu entnehmen, die für die Begründung von Verwaltungsmonopolen wirksam sind⁶⁴. —

⁶⁰ So aber *Eucken* WPol S. 52; *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 16 ff.

⁶¹ Dieser ist nicht nur Wertgehalt (so *Ehmke* S. 52).

⁶² Vgl. *Forsthoff* VerwR § 4, 1 (S. 60); *Huber* WVerwR II § 82 II 7 b; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 18, 152.

Es sind deswegen mit Recht allgemein anerkannt, daß die eine Beseitigung des freien Unternehmertums und des freien Marktverkehrs einschließende sozialistische oder staatskapitalistische Planwirtschaft eine nach dem GrundG nicht erlaubte Wirtschaftsordnung wäre, weil sie mit den rechtsstaatlichen Freiheitsverbürgungen nicht in Einklang zu bringen ist (*Abendroth* Diskussionsbeitrag VVdStL Heft 11; *Bachof* Sozialer Rechtsstaat S. 45; *Böhm* Wirtschaftsordnung S. 40 ff.; *Eucken* WPol S. 128 ff.; *Hamann* WVerfR S. 49; *Huber* WVerwR I § 4 III 3 c; ders. Wirtschaftsverfassungsrecht S. 207; *Jöhr* Freiheitlicher Sozialismus S. 58; *Partsch* S. 35; *Rasch* Grundfragen S. 94; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 19; *Über* S. 148; BVerfG NJW 1960, 1515). Darin vor allem zeigt sich der liberale Grundzug des rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes (zur bürgerlich-liberalen Rechtsstaatskonzeption des GrundG: *Klein* S. 404 ff.; *Leisner* S. 129 ff. — „personalistische Grundstimmung“; *v. Mangoldt/Klein* Art. 20 Anm. VI 1; *Maunz* Staatsrecht a.a.O. § 13 II 1). — Die Einführung einer Planwirtschaft ist außerdem völkerrechtlich durch den EWG-Vertrag verboten (vgl. Art. 5 Abs. 2, 59 ff., insb. 62 dieses Vertrages).

⁶³ Zu den wirtschaftlichen Grundrechten: *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 66; *Hamann* Wirtschaftslenkung S. 45 ff.; ders. WVerfR S. 76 ff.; *Huber* WVerwR I § 54 I 2, § 56; ders. Wirtschaftsverfassungsrecht S. 135 ff.; 172; *Jöhr* Theoretische Grundlagen S. 47; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 59 ff.

⁶⁴ Darauf wird später im einzelnen eingegangen werden (vgl. Textziffer 102). Hier ist nur auf eine Besonderheit hinzuweisen, die für die Wirtschaftspolitik durch das Medium der Besteuerung gilt (diese Methode der Wirtschaftssteuerung ist als solche verfassungsrechtlich unbedenklich; vgl. BVerfG DVBl 1962, 174). Der Steuerzugriff ist grundsätzlich durch das Grundrechtssystem, insb. durch die Eigentumsgarantie, nicht beschränkbar (vgl. *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 37 ff.; *Forsthoff* Sozialer Rechtsstaat S. 32; ders. Diskussionsbeitrag; *Hettlage* S. 4 ff.); die gleiche Situation ist für die wirtschaftspolitische Währungsmanipulation gegeben (*Hettlage* a.a.O.; kritisch dazu *Weber* Diskussionsbeitrag S. 83). Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, daß die Steuerpolitik die Substanz der allgemeinen Handlungsfreiheit (hierzu BVerfG NJW 1961, 1395), der Berufsfreiheit (hierzu BVerfG DVBl 1961, 880) oder der Eigentumsgarantie (hierzu *Weber* Diskussionsbeitrag gegen *Hettlage*) beeinträchtigt. An dieser relativ weitgehenden Ungebundenheit der Steuerhoheit nimmt die Besteuerung durch Finanzmonopole nicht

Die Aussage des Grundgesetzes, daß die Bundesrepublik ein „sozialer“ (Bundes- bzw. Rechts-) Staat sei (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1) hat zu einer bis heute nicht als erledigt zu betrachtenden Debatte über Rechtswirkung⁶⁵ und Inhalt dieser Formulierung geführt⁶⁶. Das ist nicht zu verwundern, da dem Ausdruck „sozial“ kein eindeutiger Bedeutungsgehalt zukommt. Dieses verwaschene Fremdwort ist im gegenwärtigen Sprachgebrauch eine Worthülse, der die unterschiedlichsten Begriffe zugeschrieben werden können. Deshalb ist es im Sinne einer sicheren und textgebundenen Verfassungsauslegung fragwürdig, diese „Sozialstaatsklausel“ zur Basis umfangreicher staatsrechtlicher Theorien zu machen⁶⁷. Diese deduzieren in Wirklichkeit nicht aus der Verfassungsurkunde, sondern aus einer bestimmten Vorstellung vom Wesen des modernen Staates.

Ein verfassungsgeschichtliches Präzedenz für den Sozialstaatsatz kann in der Präambel der Weimarer Reichsverfassung („... den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, ...“) und in Art. 151 Abs. 1 Satz 1 WeimRVf gesehen werden. Dieses, ebenso wie ähnliche Aussagen in den älteren Landesverfassungen⁶⁸ und das nachliberale Staatsverständnis lenkten die Deutung des Sozialstaatsatzes dahin, daß eine ideologiefreie⁶⁹ feierliche Bekundung des staatlichen Auftrags darin zu sehen

teil. Denn diese enthält durch die gewählte Form der Monopolisierung einen über die bloße Ausübung der Steuerhoheit hinausgehenden Eingriff, gegenüber dem die Grundrechte ihren vollen Schutz zu entfalten vermögen.

⁶⁵ Entgegen der Annahme *Forsthoffs* (Sozialer Rechtsstaat S. 8 ff., 27, 128), daß das Wort „sozial“ einen wesentlich ideologischen und einen für juristische Vollziehbarkeit zu unbestimmten Charakter habe, wird das Sozialstaatsprinzip überwiegend als eine normative Aussage mit staatsrechtlichen Rechtsfolgen betrachtet, die die Auslegung der Grundrechte beeinflußt (vgl. z. B. BVerfGE 4, 96/101 f., betr. Art. 9 Abs. 3), vor allem aber die Handlungen der Staatsgewalt, vorzüglich der Legislative, determiniert (vgl. *Gerber* S. 27 f.; *Hamann* Wirtschaftslenkung S. 27 f.; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 200; *Klein* S. 400 f.; *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 37; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 20).

⁶⁶ Für die Auslegung des Sozialstaatsatzes ist insb. zu verweisen auf: *Ballerstedt* Wirtschaftverfassungsrecht S. 50 ff.; *Fechner* Freiheit und Zwang S. 5 ff.; *Forstho* Sozialer Rechtsstaat und Mitbericht von *Bachof* Sozialer Rechtsstaat; *Gerber*; *Hamann* WVerfR S. 46 ff.; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 200 ff.; *Leisner* S. 161 ff.; *Maunz* in: *Mang/Maunz/Mayer/Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, S. 439 ff.; *Menger*; *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 37 ff.; *Reißmüller* Diss. S. 64 ff.; *Weisel* Diss.

⁶⁷ Vgl. *Lerche* DVBl 1961, 693, der sich dagegen wendet, daß die Sozialstaatsklausel durch unmittelbare Anwendung zu einem „Füllsal der Beliebigkeiten“ gemacht wird.

⁶⁸ Art. 3 BayVerf („Sozialstaat“); BremVerf Vorspruch und Art. 65 („soziale Gerechtigkeit“); VerfRhPfalz Vorspruch und Art. 51 Abs. 1 Satz 2 („soziale Gerechtigkeit“).

⁶⁹ „Sozial“ ist nicht identisch mit „sozialistisch“; wenn auch der Sozialismus die soziale Frage zuerst als für den Staatsentwurf grundlegend aufgegriffen hat, so ist doch heute der soziale Gedanke kein Reservat dieser Ideologie mehr, die jetzt nur durch einen besonderen Lösungsweg gekennzeichnet ist (vgl. *Gerber* S. 21 Anm. 99 und S. 31 f.). Der Sozialstaatsatz kann daher keineswegs als verfassungsrechtliche Legitimation für die sozialistische Wirt-

sei, die in der Sozialwelt vorgefundene Verteilung der Güter und Lasten nicht als sakrosankt hinzunehmen, sondern auf ihre Veränderung im Sinne der Gerechtigkeitsidee des Wohlfahrtsstaates⁷⁰, der „sozialen Gerechtigkeit“, hinzuwirken⁷¹. Diese Inkorporation des Wohlfahrtsstaates in das Verfassungsrecht⁷² tritt aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung nicht hinaus, ermächtigt also nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, sondern nur zu einer solchen im Rahmen der Rechtsstaatsidee und deren einzelner verfassungsrechtlicher Positivierungen⁷³.

schaftsweise herangezogen werden (*Bachof Sozialer Rechtsstaat* S. 45; *Böhmert* Diskussionsbeitrag). Auch die Entstehungsgeschichte bestätigt das, wie *Abendroth* Diskussionsbeitrag VVdStL Heft 12, S. 88 f., dargetan hat.

⁷⁰ „Wohlfahrtsstaat“ ist hier, wie sonst, nicht der eine private Daseinsverantwortung durch umfassende Sozialplanung ausschließende, sondern der sozialaktive moderne Staat, der sich nicht außerhalb der Gesellschaft stehend versteht. Zum „Versorgungsstaat“: *G. Briefs*, Forderungen ohne Maß, *Frankf. Allgem. Ztg.* 1961 Nr. 179.

⁷¹ So die überwiegenden Äußerungen in der Staatsrechtslehre: *Abendroth* Diskussionsbeitrag VVdStL Heft 12, S. 89; *Bachof Sozialer Rechtsstaat* S. 39, 80, 122; *Forsthoff Sozialer Rechtsstaat* S. 19, 25 f.; *Hamann WVerfR* S. 46 ff.; *Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 102, 200 ff.; *Ipsen* Enteignung und Sozialisierung S. 74 f.; *Klein* S. 400 f.; *Krüger* Diskussionsbeitrag S. 111; *Maunz* in: *Mangl/Maunz/Mayer/Obermayer* a.a.O. S. 439 ff.; *Scheuner* Grundfragen S. 154; *Thieme* Berufsfreiheit S. 283 f.

Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht S. 51, 53 f. und *Leisner* S. 165 f. stimmen damit zwar überein, schränken aber den Vollzug des Sozialstaatsatzes individualistisch auf „freiheitsschützende“ Interventionen ein. Erheblich weitgehender bescheidet *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 37 ff. die Reichweite dieses Satzes, indem er von seinem Vorverständnis aus den Sozialstaatsatz dem „wirtschaftsverfassungsrechtlichen“ Grundaxiom der sozialen Marktwirtschaft unterordnet. Die ethische Auslegung des Sozialstaatsatzes als ein Gebot der gegenseitigen „Rücksichtnahme“ der einzelnen untereinander und im Verhältnis des Staates zu den einzelnen (*Menger*), als Verpflichtung der einzelnen zur Teilnahme an der Gemeinschaftsaufgabe, um das richtige und notwendige Verhältnis der Glieder einer Gemeinschaft zum Ganzen herzustellen (*Fechner* Freiheit und Zwang S. 8 f., 14), oder als eine das gesamte Staats- und Rechtsleben erfassende „ethische Grundregulierung“ (*Gerber* S. 42) verkennt nicht nur, daß das Verfassungsrecht nicht fähig ist, ethische Festlegungen zu treffen, sondern unterdrückt auch die antiliberale Spitze des Sozialstaatsatzes.

⁷² Ähnlich *Dürig* Wohlfahrtsstaat S. 195 f.

⁷³ So für den Gleichheitssatz: *Hamann* Wirtschaftslenkung S. 55 f.; *BVerfG* NJW 1961, 1107.

Vor allem *Klein* (S. 399 ff.) und *Forsthoff* (*Sozialer Rechtsstaat* S. 19, 33 und *VerwR* S. 4 Anm. 1) haben die Formel vom sozialen Rechtsstaat nur additiv verstanden, indem sie sie in ihre Bestandteile zerlegten, deren Tradition und — bei isolierter Verabsolutierung — auseinander und gegeneinander strebenden Folgerungen aufgezeigt und dabei naturgemäß eine „Antinomie“, ein „Moment der Spannung“ konstatierten, wobei sie dem liberal verstandenen Rechtsstaatsgedanken letztlich den Vorrang einräumten. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß das Grundgesetz von einem „sozialen Rechtsstaat“ spricht, worin ein beide Bestandteile übergreifendes und ihre Synthese darstellendes Drittes gesehen werden muß. Eine sachgemäße Ausdeutung wird davon ausgehen müssen, daß zwar beide Prinzipien auf das staatliche Handeln bezogen sind, jedoch verschiedene Aspekte desselben normieren: Der Sozialstaatsatz stellt dem staatlichen Handeln eine bestimmte Aufgabe, das Rechtsstaatsprinzip schreibt der Erfüllung dieser wie aller staatlichen Aufgaben bestimmte rechtliche standards vor (vgl. hierzu *Ballerstedt* Wirt-

Der Sozialstaatsatz ist von *Ipsen* plastisch als „Staatszielbestimmung“ charakterisiert worden⁷⁴. Dieser nicht näher erläuterte und vielfach übernommene Ausdruck kann nur bedeuten, daß der durch das Grundgesetz verfaßte Staat vor eine erst zu bewältigende Aufgabe gestellt ist⁷⁵. Setzt man die verfassungsrechtliche Kategorie „Staatszielbestimmung“ in Beziehung zu den Kategorien der politischen Theorie, ergibt sich, daß es sich dabei um eine zeitgebundene nähere Determination des Gemeinwohls handelt, dem der Staatsidee der modernen Zivilisation immanenten Postulat über das Telos des Staates. Daraus folgt, im Zusammenhang mit dem, was oben über die einer verfassungsrechtlichen Festlegung nicht bedürftigen, weil dem Wesen des Staates innewohnenden Kompetenz zur Verfolgung des Gemeinwohls gesagt wurde, daß der Sozialstaatsatz nicht eine „Ermächtigung“ des Staates zur Sozialgestaltung ist; denn zu dieser wäre der Staat, im Rahmen der Verfassung, auch ohne den Sozialstaatsatz befugt. Soll der Sozialstaatsatz mehr als eine deklaratorische Wiederholung sein, muß seine Bedeutung in der Auferlegung einer Verpflichtung gesehen werden, die den Staatsorganen⁷⁶ die bevorzugte Berücksichtigung der sozialen Gerechtigkeit als eines in dieser historisch-konkreten Situation besonders wesentlichen Ausschnitts des allgemeinen Gemeinwohl-Auftrages mit der Kraft eines Verfassungsrechtssatzes vorschreibt⁷⁷.

Vielfach ist es so angesehen worden, wie wenn der Sozialstaatsatz den Grundrechten eine besondere immanente Gemeinschaftsbindung gegeben habe⁷⁸. Doch ist es selbstverständlich, daß der durch die Grundrechte geschützte Freiheitsbereich von vornherein nur als ein durch das Zusammenleben in einem Gemeinwesen begrenzter existiert⁷⁹, ohne daß dies einer ausdrücklichen Normierung bedürfte. Außerdem enthält der Sozialstaatsatz nicht die Normierung einer besonderen Solidarität; diese Rechtsfolge ist mit seiner oben dargelegten Bedeutung nicht mitgesetzt. Deswegen sind auch die ausdrücklichen Sozialbindungen, die einzelnen Grundrechtsbestimmungen beigelegt sind (z. B. Art. 14

schaftsverfassungsrecht S. 52 f.; *Ehmke* S. 45 ff.; *Hamann* WVerfR S. 16; *Leisner* S. 167 ff.; *Thieme* Liberalismus S. 292 ff.). Im übrigen vermag der Satz *Tocquevilles*, den *Kägi* S. 121 ff. zitiert, um den Gegensatz von Demokratie und Rechtsstaat als einen scheinbaren zu erweisen, auch zur Lösung der „Spannung“ von Sozialstaats- und Rechtsstaatsidee beizutragen: „Les institutions humaines sont de leur nature si imparfaites qu'il suffit presque toujours, pour les détruire, de tirer de leur principe toutes les conséquences“.

⁷⁴ Über das Grundgesetz S. 14.

⁷⁵ Vgl. *Abendroth* Diskussionsbeitrag VVdStL Heft 12, S. 86 f.

⁷⁶ In erster Reihe dem Gesetzgeber (BVerfGE 1, 104; dagegen *Leisner* S. 163).

⁷⁷ Diese Pflichtseite des Sozialstaatsatzes betont auch *Huber* WVerwR I § 4 I 4 gerade für die Wirtschaftspolitik. Das BVerfG (DVBl 1962, 174/176) spricht von einer im GrundG „intendierten sozialen Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik“.

⁷⁸ So z. B. *Gerber* S. 27 f.

⁷⁹ Mit Recht weist *Scheuner* DÖV 1961, 203 Anm. 11 darauf hin, daß diese Grenzen „objektive Bestandteile der grundrechtlichen Ordnung“ sind.

Abs. 2), nicht aus dem Verfassungsrechtssatz des Sozialstaatsprinzips abzuleiten⁸⁰, wenn sie auch, ebenso wie die immanenten Grundrechts-schranken, aus diesem einen besonderen, über die allgemeine Gemeinschaftsbindung hinausgehenden Inhalt erhalten.

Die an ausgezeichneter Stelle der Verfassung proklamierte, zu einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung gesteigerte Aufgabe, die soziale Gerechtigkeit aktiv zu verwirklichen, bedeutet einen Richtpunkt der Sozialpolitik, ebenso aber der Wirtschaftspolitik. Denn die soziale Frage ist im wesentlichen ein Epiphänomen der Wirtschaftsordnung. Der Sozialstaatsatz kann daher, wenn die durch ihn implizierte Aufgabe nur auf diesem Wege erfüllt werden kann, im Einzelfall den Gesetzgeber zur Begründung eines interventionistischen Verwaltungsmonopols verpflichten.

Zusammenfassend ist aus der Analyse der den Staat des Grundgesetzes profilierenden Bestimmungen der Demokratie, des Rechtsstaates und des Sozialstaates zu entnehmen, daß die Sozialgestaltungsfunktion des modernen Wohlfahrtsstaates, die durch die Verfassung nicht konstituiert, sondern nur gebunden wird, und die durch den Sozialstaatsatz eine spezifische Pointierung erfährt, ihre Schranken vornehmlich am Rechtsstaatsprinzip findet. Hierbei stehen die Grundrechte im Vordergrund, die aber nicht aus einem liberalen Freiheitsverständnis heraus nur als individualistische Bastionen der gegebenen Güterverteilung und Wirtschaftsordnung gedeutet werden dürfen.

2. Schranken der Begründung von Verwaltungsmonopolen

101.— Die Vereinbarkeit der Errichtung von Verwaltungsmonopolen mit dem Grundgesetz ist bisher nur gelegentlich ausführlicher in Einzeluntersuchungen¹ und im Rahmen größerer verfassungsrechtlicher Monographien², selten in gerichtlichen Erkenntnissen³, häufig dagegen in verstreuten Äußerungen behandelt worden. Wie bereits hervorgehoben, verbieten es die Verschiedenheit der mit Verwaltungsmonopolen verfolgten Zwecke, ebenso wie die sehr voneinander abweichenden Gestaltungsformen der einzelnen Monopole kurze und dezidierte Grundsätze aufzustellen, die als überall anwendbare Regeln gelten

⁸⁰ So aber *Bachof Sozialer Rechtsstaat* S. 41 f.

¹ Die Aufsätze von *Rings* und *Thieme*.

² *Bachof Freiheit des Berufs* S. 200 ff.; *Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 82; *Hamel* S. 63 f.; *Köttgen Gdl. Daseinsvorsorge* S. 40 ff.; *Scheuner Staatliche Intervention* S. 33 Anm. 90; *Stödter S.* 50 ff.; *Über* S. 151 ff.

³ BVerfG, Beschl. v. 22. 5. 1962, 1 BvR 301, 302/59; WürttBadVGH DVBl 1950, 754; BFH 58, 604 und BStBl III 1959, 126. In BVerwGE 3, 21 wurde die Frage offen gelassen.

könnten⁴. Es ist lediglich möglich, allgemein einzelne Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die die verfassungsrechtliche Beurteilung leiten können, im übrigen aber muß die Untersuchung vom Einzelfall ausgehen. Vor allem gibt das Verfassungsrecht, dem, wie gezeigt, keine bestimmte „Wirtschaftsverfassung“ entnommen werden kann, keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Technik der Monopolisierung als solche generell oder auch nur grundsätzlich verfassungsrechtlich zu mißbilligen sei. Das Verwaltungsmonopol darf aber, als einschneidendstes Mittel der Verwaltung, kraft des Rechtsstaatsprinzips nur dann gebraucht werden, wenn die weniger einschneidenden Mittel, wie etwa das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, eine sinnvolle Erfüllung des verfolgten Verwaltungszweckes nicht gewährleisten könnten.

Bei der Erörterung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Verwaltungsmonopolen sind einzelne Rechtssätze des Verfassungsrechts herangezogen worden, aus denen auf eine „Ermächtigung“ zur Errichtung von Verwaltungsmonopolen oder wenigstens auf eine Sanktionierung bestehender Verwaltungsmonopole geschlossen wurde. Es sind dies der Sozialstaatsatz, die Sozialisierungsbestimmung des Art. 15 GrundG und die Erwähnung der Finanzmonopole im Finanzverfassungsrecht (Art. 105 Abs. 1, 106 Abs. 1, 108 Abs. 1 Satz 1 GrundG). Darauf ist zuerst einzugehen, bevor im folgenden die aus dem Grundrechtskatalog wesentlichen Schranken behandelt werden.

Der Sozialstaatsatz, der, wie dargelegt, eine „Ermächtigung“ des Staates zur Verfolgung der Sozialstaatsidee nicht konstituiert, sondern nur wiederholt, ergibt deshalb für die Zulässigkeit von Verwaltungsmonopolen nichts⁵. Davon abgesehen kann das Sozialstaatsprinzip nur darüber eine Aussage enthalten, ob der verfolgte Verwaltungszweck dem Gemeinwohl entspricht, nicht aber darüber ob zu seiner Verwirklichung gerade die einschneidende Technik der Monopolisierung erlaubt ist.

Die bereits in Art. 156 WeimRVerf zum Rang und zu den Wirkungen des Verfassungsrechts erhobene Sozialisierungsidee hat in Art. 15 auch in das Grundgesetz Eingang gefunden⁶. Dieser programmatische und ideologische Hintergrund ist bei der Auslegung des Art. 15, insbesondere der Ausdrücke „Vergesellschaftung“, „Gemeineigentum“, „Gemein-

⁴ So aber z. B. *Hamann* WVerfR S. 181 f. und *Nipperdey* Soziale Marktwirtschaft S. 26: Die Neuerrichtung von Finanzmonopolen ist ausgeschlossen; *WürttBadVGH DVBl* 1950, 754: Die Zulässigkeit von Monopolen wird vom Grundgesetz offenbar als selbstverständlich unterstellt; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 152: Die Zulässigkeit von Finanzmonopolen steht nach dem Grundgesetz außer Zweifel; *Hamel* S. 64: Die Errichtung von Finanzmonopolen steht mit Art. 12 Abs. 1 GrundG in Widerspruch.

⁵ Abw. *Thieme* Berufsfreiheit S. 283; *Ueber* S. 155 f.

⁶ Hierzu: *Hamann* WVerfR S. 163 ff.; *Huber* WVerfR II §§ 77 ff.; *Ipsen* Ent-eignung und Sozialisierung und der Mithbericht von *Ridder*; *Krüger* Sozialisierung.

wirtschaft“, zu berücksichtigen⁷ und trennt diese Bestimmung einerseits von der ideologisch neutralen Sozialstaatsklausel, andererseits von dem traditionellen Institut der Enteignung. Die Sozialisierungs-idee hat so zwar durch Art. 15 einen in gewisser Weise gegenüber der an Art. 14 GrundG gebundenen Verstaatlichung vereinfachten⁸ Modus der Verwirklichung erfahren und ist so den Begrenzungen, die sonst durch Art. 12 Abs.1⁹ und Art. 14 GrundG bestünden, enthoben, zugleich aber ist sie dadurch insofern kanalisiert, als sie allein auf die Formen und Objekte des Art.15 beschränkt ist¹⁰.

Die Fälle, in denen die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Verwaltungsmonopols mit einem Hinweis auf Art. 15 erledigt ist, sind dementsprechend sehr begrenzt. Das einzige eindeutig unter Art. 15 fallende Verwaltungsmonopol wäre das aus einer zur Verwirklichung der Sozialisierungs-idee erfolgenden Zwangssyndizierung hervorgehende Lenkungsmonopol des Zwangssyndikats, da die Zwangssyndizierung als eine „andere Form der Gemeinwirtschaft“ anzusehen ist (vgl. Art. 156 Abs. 2 WeimRVerf)¹¹. Der bergrechtliche Staatsvorbehalt der geltenden Berggesetze hingegen ist keine zum Zwecke der Vergesellschaftung vorgenommene, sondern eine gegenüber der Güterzuordnung indifferente wirtschaftslenkende Maßnahme. Deswegen würde die Neubegründung eines bergrechtlichen Staatsvorbehalts nicht auf die Voraussetzungen und Formen des Art. 15 angewiesen sein, sondern nach Art. 14 GrundG

⁷ Für die Zulässigkeit wirtschaftslenkender Maßnahmen, die nicht eine Verwirklichung der Sozialisierungs-idee darstellen, d. h. die nicht auf eine (umfassende oder sukzessive) Umgestaltung der Eigentumsordnung hinzielen, kann deshalb Art. 15 nichts entnommen werden (*Hamann* Wirtschaftslenkung S. 25 ff.; ders. WVerfR S. 164 f.; v. *Mangoldt/Klein* Art. 15 Anm. III 3 d. Abw. *Huber* WVerwR II § 82 II 6; ders. *Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 137 f.).

⁸ Art. 15 verdeutlicht, daß eine in seinem Rahmen erfolgende Sozialisierung jedenfalls dem Gemeinwohl entsprechen kann und nimmt so eine wichtige Entscheidung, die sonst erst jeweils besonders geprüft werden müßte, verfassungskräftig vorweg. Damit ist freilich die politische Verantwortung des sozialisierenden Gesetzgebers nicht aufgehoben (vgl. *Reinhardt* in: *Reinhardt/Scheuner* S. 31), dessen wirtschaftspolitische Entscheidungsfreiheit durch Art. 15 ja nicht beschränkt wird (BVerfG NJW 1961, 1107).

⁹ Vgl. *Bachof* Freiheit des Berufs S. 203; *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 83; *Huber* WVerwR II § 77 III 2; *Thieme* Berufsfreiheit S. 282.

¹⁰ *Abraham* BonnKomm Art. 15 Erl. II 1; *Ipsen* Enteignung und Sozialisierung S. 110; *Scheuner* Staatliche Intervention S. 23, 45; ders. in: *Reinhardt/Scheuner* S. 139 („partielle und rechtlich gebändigte Erscheinung“).

¹¹ *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 76 f.; *Huber* WVerwR II § 78 III 3 c; v. *Mangoldt/Klein* Art. 15 Anm. VII 2.

Monopolistische Lenkungsverbände nicht gemeinwirtschaftlicher Art, die nicht zum Zwecke der Vergesellschaftung begründet werden, sind nach Art. 2 Abs. 1 GrundG zu beurteilen; Art. 9 Abs. 1 GrundG würde dadurch nicht berührt, da die „negative Koalitionsfreiheit“ nicht gegenüber im öffentlichen Interesse angeordneten Zwangszusammenschlüssen gilt (*Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 72; *Huber* WVerwR I § 19 II 1, § 27 III 4, § 36 II 2 b und II § 82 3 c; BVerfGE 10, 89; BVerfG NJW 1963, 195; BVerwG NJW 1962, 1311; OVG Münster JZ 1961, 163 mit Anm. von *Reißmüller*. Abw. *Hamann* Wirtschaftslenkung S. 60 f. und WVerfR S. 103 f.).

zu beurteilen sein¹². Erwerbswirtschaftliche Staatsmonopole können nicht unter Berufung auf Art. 15 begründet werden, weil die in ihnen wirksam werdende fiskalische Absicht staatskapitalistischer, nicht aber sozialisierender Zwecksetzung entspricht¹³. Daraus kann aber nicht auch geschlossen werden, daß die Begründung eines Finanzmonopols niemals auf Art. 15 gestützt werden könnte¹⁴; denn das erwerbswirtschaftliche Staatsmonopol ist zum Unterschied vom Finanzmonopol kein Verwaltungsmonopol. Das Finanzmonopol, das eine aus steuerexternen wirtschaftspolitischen Gründen gewählte Form der Besteuerung ist, ist kein Instrument des Staatskapitalismus und auch nicht schlechthin ein solches der Staatswirtschaft. Es ist denkbar, daß zum Zwecke der Vergesellschaftung ein Finanzmonopol in einer nach Art. 15 GrundG erlaubten Form errichtet wird. —

Welche verfassungsrechtlichen Folgerungen aus der Erwähnung der Finanzmonopole¹⁵ in den finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes zu ziehen sind, ist zweifelhaft, zunächst muß zwischen den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits vorhandenen und den etwa neu zu errichtenden Finanzmonopolen unterschieden werden. Dadurch, daß das Grundgesetz in seinem Abschnitt Finanzwesen Gesetzgebungszuständigkeit, Verwaltungshoheit und Ertragszuständigkeit für die „Finanzmonopole“ regelte, hat es konkludent deren Existenz vorausgesetzt und sie als solche jedenfalls verfassungsrechtlich anerkannt; insofern sind die einzelnen einschlägigen Bestimmungen nicht nur Kompetenzvorschriften, sondern materiellrechtliche Festlegungen¹⁶. Dem Verfassungsgesetzgeber wird aber eine zu weitreichende Entscheidung unterstellt, wenn den genannten Normen entnommen wird, der Verfassungsgeber habe die vorhandenen Finanzmonopole „in die Verfassungsordnung des Grundgesetzes eingeordnet und in ihrer Legalität

¹² Abw. *Huber* WVerwR II § 78 I 2. Auf diese Frage ist bereits bei der Erörterung des Staatsvorbehalts eingegangen worden (Textziffer 65).

¹³ Vgl. *Abraham* BonnKomm Art. 15 Erl. II 5; *Hamann* WVerfR S. 167; *Krüger* Sozialisierung S. 286 f.; v. *Mangoldt/Klein* Art. 15 Anm. IV 2. Im Ergebnis ebenso *Scheuner* in: *Reinhardt/Scheuner* S. 141, 161, der allerdings derartige Monopole als unerlaubte Formen der Sozialisierung ansieht.

¹⁴ So *Ipsen* Enteignung und Sozialisierung S. 106 ff.; *Krüger* Sozialisierung S. 286 f.; (im Ergebnis) *Wetzel* S. 38 ff.

¹⁵ Das früher daraus entstandene Mißverständnis (vgl. *Ziegler* S. 174), daß Art. 105 Abs. 1 von Finanzmonopolen, Art. 106 Abs. 1 a. F. aber von Monopolen sprach, ist durch die klarstellende Neufassung des Art. 106 ausgeräumt. Wenn überhaupt, so sind verfassungsrechtliche Rechtsfolgen aus diesen Bestimmungen nur für die Finanzmonopole, nicht aber für andere Verwaltungsmonopole denkbar (*Thieme* Berufsfreiheit S. 282; *Ueber* S. 155). Dafür, daß diese Bestimmungen auf öffentliche Monopole für Wirtschaftstätigkeiten aller Art, sofern dabei Staatseinkünfte erzielt werden, erstreckt werden könnten (so *Huber* WVerwR II § 83 I 1 a; ähnlich *Hamann* WVerfR S. 182), besteht angesichts des festliegenden Begriffs des Finanzmonopols kein Anhaltspunkt.

¹⁶ *Scheuner* Staatliche Intervention S. 33 Anm. 90 gegen *Stödter* S. 52 f.

bestätigt¹⁷ und dadurch durch *lex specialis* die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GrundG auf das Monopolrecht ausgeschlossen¹⁸. Der Grundgesetzgeber mußte die vorhandenen Finanzmonopole in die von ihm vorgenommene Regelung der Finanzverfassung einordnen, was er nur dann unterlassen hätte, wenn er die Besteuerungsform der Finanzmonopole prinzipiell mißbilligt hätte. Daraus folgt, daß seiner positiven Entscheidung keine weitere Bedeutung eingeräumt werden kann, als diese der prinzipiellen Billigung der Finanzmonopole als Besteuerungsform, wie auch die Aufführung der anderen Steuerarten das diese ausgestaltende Steuerrecht nicht verfassungskräftig bestätigt hat. Darüber hinausgehende Annahmen, die auch die Ausgestaltung der vorhandenen Finanzmonopole im einzelnen dem Anwendungsbereich der Grundrechte entziehen, vernachlässigen den Zweck der erwähnten Vorschriften, die unmittelbar finanzverfassungsrechtliche Kompetenzen festlegen und nur mittelbar, weil dem Verfassungsgeber keine ins Leere stoßenden, sinnlosen Anordnungen unterstellt werden können, eine materiellrechtliche Dimension für die vorhandenen Finanzmonopole gewinnen. Die Reichweite der Normen kann nicht ohne besondere Anhaltspunkte über die aus dem Zweck derselben mit Notwendigkeit erschließbaren Rechtsfolgen hinausgehen. Diese Überlegung muß auch der Beantwortung der Frage zugrundegelegt werden, ob die erwähnten Bestimmungen Rechtsfolgen für die Neuerrichtung von Finanzmonopolen aussprechen. Auch hier kann nicht mehr aus der Verfassung herausgelesen werden, als die Voraussetzung der verfassungsrechtlichen Möglichkeit, eine Verbrauchsbesteuerung durch Finanzmonopole vorzunehmen. Die Ausgestaltung eines etwaigen neuen Finanzmonopols, das ohne Verfassungsänderung durch Gesetz begründet werden könnte¹⁹, müßte den rechtsstaatlichen Anforderungen genügen, also vor allem die Grundrechte respektieren.

102.— Art. 41 der Verfassung des amerikanischen Bundesstaates Maryland von 1867 sprach über staatlich begründete Monopole das Verdikt aus, sie seien „... contrary to the spirit of a free government and the

¹⁷ BFH BStBl III 1959, 126. Ähnlich Huber Zündwarenmonopol S. 379.

¹⁸ BVerfG Beschl. v. 22. 5. 1962, 1 BvR 301, 302/59; BFH BStBl III 1959, 126; BFH 58, 604; Bachof Freiheit des Berufs S. 201; Hamann WVerfR S. 124, 180 f., allerdings mit der Einschränkung, daß nicht alle einzelnen Regelungen der vorhandenen Monopologesetzgebung sanktioniert seien.

¹⁹ Übereinstimmend Thieme Berufsfreiheit S. 282. Abw. Hamann GrundG a.a.O. Art. 105 Anm. B 3, der die Errichtung neuer Finanzmonopole von einem verfassungsändernden Gesetz abhängig macht. Zu dieser Annahme müßte auch Wacke gelangen, der davon ausgeht, daß die Ausprägung der einzelnen Steuern in ihrem wesentlichen Charakter wie in ihrem Bestand in die Ebene des Verfassungsrechts erhoben worden sei (S. 64). Dem kann nur insoweit gefolgt werden, als es sich um die Zuständigkeitsordnung der Finanzverfassung handelt. Soweit nicht ausdrückliche Verfassungsvorschriften bestehen, ist die materiellrechtliche Ausgestaltung der Steuern eine Sache des Gesetzgebers.

principles of commerce, and ought not to be suffered“²⁰. Diese Absage an den Merkantilismus atmet den liberalen Geist der Gewerbefreiheit und ist mit § 7 der zwei Jahre später entstandenen deutschen Gewerbeordnung zu vergleichen. In den seitdem abgelaufenen hundert Jahren hat sich das Bild gewandelt: Die Vitalität des Hochkapitalismus hat dem unter die beflossene und allgegenwärtige Fürsorge des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaates gebeugten gebändigten Kapitalismus Platz gemacht, der zu seinem reichhaltigen Instrumentarium sozial-interventionistischer Techniken auch das Verwaltungsmonopol zählt. Das Grundgesetz, konservativ nicht nur in seiner Sprache, schweigt über dieses Instrumentarium, von wenigen Formulierungen abgesehen, und so auch über das Verwaltungsmonopol. Dieses Schweigen ist nicht berecht.

Ob und in welcher Ausgestaltung ein Verwaltungsmonopol vor dem Verfassungsrecht Bestand haben kann, muß aus den ungeschriebenen und geschriebenen Rechtssätzen des Verfassungsrechts, die von der Rechtsstaatsidee her der gestaltenden Aktivität des Gesetzgebers Grenzen setzen, für jeden einzelnen Fall ermittelt werden²¹. Die Subtilität des Grundrechtssystems verbietet es, allein nach einer generellen welfare clause zu urteilen, wie das weniger perfektionistische amerikanische Verfassungsrecht²² oder im einen Extremfall die Rechtfertigung durch überragende Interessen der Gemeinschaft zu fordern²³ oder im anderen Extremfall die Entstehung neuer technischer Möglichkeiten genügen zu lassen²⁴. Auch andere Maßstäbe, wie das öffentliche Interesse²⁵ oder die Leitgedanken des Grundgesetzes über die freie Wirtschaftstätigkeit²⁶ können nur als Vororientierung dienen.

Das Verwaltungsmonopol entzieht einen kleineren oder größeren Sozialbereich der beliebigen privaten Besorgung und unterwirft ihn einem öffentlich-rechtlichen Sonderstatus²⁷; also ist die Sphäre grundrechtlich geschützter Freiheit und sind in dieser vor allem die Berufsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit das Feld der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit von Verwaltungsmonopolen. Wenn die Monopolisierung zu einer Entziehung oder besonderen und unzumutbaren Beeinträchtigung vermögenswerter Rechte führt, erfüllt sie den Tatbestand einer Enteignung (Art. 14 Abs. 3

²⁰ Zitiert nach *Engelmann* S. 37.

²¹ Vgl. *Hamann* GrundG a.a.O. Art. 105 Anm. B 3; *Stödter* S. 54; *Thieme* Berufsfreiheit S. 282.

²² Vgl. den Hinweis bei *Stödter* S. 46 f.

²³ *Nipperdey* Wirtschaftsrecht S. 1628 f.

²⁴ *Abendroth* Diskussionsbeitrag VVdStL Heft 11, S. 141.

²⁵ *Scheuner* Staatliche Intervention S. 152.

²⁶ *Scheuner* Staatliche Intervention S. 33 Anm. 90.

²⁷ Vgl. BFH BStBl III 1959, 126.

GrundG)²⁸, von den bis heute nicht in Erscheinung getretenen Fällen einer Sozialisierung (Art. 15 GrundG) abgesehen.

Sofern der Gegenstand einer Monopolisierung eine Tätigkeit ist, die ohne die Monopolisierung als Beruf²⁹ oder Gewerbe ausgeübt werden könnte, ist die Begründung des Verwaltungsmonopols ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GrundG)³⁰, dessen Zulässigkeit nur dann bejaht werden kann, wenn überragende Interessen des Gemeinwohls diesen Eingriff zwingend erfordern³¹. Diese strenge Anforderung kann nicht mit *Bachof*³², mit Hilfe der in ihrer Brauchbarkeit fragwürdigen Figur des „vorrechtlichen Gesamtbildes“ (*Nawiasky*)³³ darauf reduziert werden, daß bei Verwaltungsmonopolen, abweichend von anderen weniger einschneidenden Eingriffen in die Berufsfreiheit, die Schranke erst in der Garantie der freiheitlichen Berufsordnung zu sehen wäre³⁴, also nur im Wesensgehalt der Berufsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 GrundG). Im Rahmen eines Verwaltungsmonopols bestehende Andienungs- oder Ablieferungspflichten sind, auch wenn sie wirtschaftslenkenden Charakter haben³⁵, als Regelungen der Berufsausübung anzusehen³⁶.

²⁸ Vgl. *Jellinek VerwR* § 18 II 4. — Ein im Rahmen eines gegebenen Verwaltungsmonopols bestehender Ablieferungszwang ist als solcher keine Enteignung (*Huber WVerwR* II § 69 III; *H. J. Wolff, Verwaltungsrecht* I, 4. Aufl., 1961, § 62 VII a. Abw. *Hamann WVerfR* S. 182 f.).

²⁹ Gegen *Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 82 muß der Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 auch den potentiellen Zwischenhändlern für Branntwein und Zündwaren zugesprochen werden. Die Finanzmonopole müssen daher auch an der Freiheit der Berufswahl gemessen werden.

³⁰ *Köttgen Gdl. Daseinsvorsorge* S. 40 ff.; *Stödter* S. 28 f., 45, 50 ff.; *Über* S. 151 f.

Die Gewerbefreiheit (zu dieser: *Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 14 f.; *Lütge* S. 392 ff.; *Über* S. 113 ff.; *Wiedefeld* S. 171 ff.) ist als Freiheit bestimmter freier Berufe, der Gewerbe, durch den Oberbegriff der Berufsfreiheit mit umfaßt (*Bachof Freiheit des Berufs* S. 160; *Über* S. 113).

³¹ *BVerfGE* 7, 377.

³² *Bachof Freiheit des Berufs* S. 202 f.

³³ Dieses Interpretament bedeutet, daß ein bestimmter Normenbestand durch die Verfassungsgebung nicht tangiert wurde, bringt also die Kontinuität der Rechtstradition gegenüber dem revolutionären Akt der *pouvoir constituant* zur Geltung. Darin liegt eine Nivellierung des Neuansatzes einer Verfassungsgebung, auf die nur in eindeutigen Fällen rekurriert werden kann. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Verfassungsgeber die Tradition nicht einfach niedergeschrieben oder unberührt gelassen, sondern daß er sie einer schöpferischen Redaktion unterworfen hat (vgl. die kritische Haltung gegenüber einer „Auslegung aus der Tradition“ bei *v. Mangoldt/Klein Vorbem. vor Art. 1 unter B XIV 5*).

³⁴ *Bachof Freiheit des Berufs* S. 166, 203. — Zu weitgehend, weil zu allgemein, ist die Annahme *Ballerstedts* (*Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 82), daß ein einen ganzen Wirtschaftszweig umfassendes Verwaltungsmonopol allein wegen seines Umfangs gegen Art. 12 Abs. 1 verstoßen würde.

³⁵ Gegen *Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht* S. 72; *BVerwG NJW* 1961, 1370. Nicht der Zweck, sondern die objektive Auswirkung auf die Berufsausübung ist für den Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 ausschlaggebend (vgl. *Bachof Freiheit des Berufs* S. 198; *Hamann WVerfR* S. 131).

³⁶ *Bachof Freiheit des Berufs* S. 199; *Hamann Wirtschaftslenkung* S. 28 f.

In allen Fällen, in denen die Begründung eines Verwaltungsmonopols Freiheitsbeschränkungen bewirkt, die thematisch nicht durch Art. 12 Abs. 1 GrundG erfaßt werden, greift der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GrundG ein. Ein in diesem Zusammenhang besonders bedeutsamer Bestandteil dieses Grundrechts ist die früher in Art. 152 Abs. 1 WeimRVerf selbständig erwähnte Vertragsfreiheit³⁷; denn alle Verwaltungsmonopole, die eine leistende Tätigkeit zum Gegenstand haben, hindern die Nachfragenden, Verträge beliebigen Inhalts mit einem frei gewählten Partner zu schließen, beschränken also die Vertragsfreiheit.

Die Kernfrage bei der Überlegung, ob die Errichtung eines Verwaltungsmonopols ein verfassungsrechtlich erlaubter Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist, ist die Auslegung des Ausdrucks „verfassungsmäßige Ordnung“, der vom BVerfG zwar, unbeschadet des Art. 19 Abs. 2 GrundG³⁸, als „verfassungsgemäße Rechtsordnung“ verstanden wurde³⁹, überwiegend aber im Sinne einer allgemeinen Gemeinwohlklausel ausgelegt wird⁴⁰.

³⁷ Zu dieser und ihrem Schutz durch Art. 2 Abs. 1: *Biedenkopf* Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung S. 144 ff.; *Flume*; *Geiger* S. 6 f.; *Huber* WVerwR I § 36 I 1 b; *Laufke*; *Leisner* S. 328 ff.; *Raiser* Vertragsfreiheit; *ders.* Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit; BVerfGE 8, 274.

Die Vertragsfreiheit ist in Art. 2 Abs. 1 geschützt (abw. *Biedenkopf* Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung S. 149 ff.) und nicht auch dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GrundG unterworfen (*Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 138 f. gegen BVerwG NJW 1955, 962).

³⁸ Insofern ist die These *Flumes*, daß die Vertragsfreiheit nur nach Maßgabe der Rechtsordnung bestünde, zu weitgehend. Denn diese ist als Grundrecht der Rechtsordnung übergeordnet und muß über Art. 19 Abs. 2 GrundG selbständige Bedeutung gewinnen. Dem trägt die Unterscheidung *Raisers* Rechnung, wonach nur das Erfordernis einer selbstgeschaffenen zwischenmenschlichen Ordnung gewahrt bleiben muß, es im übrigen aber Sache des jeweiligen positiven Rechts ist, die Anforderungen an das Verhalten der Parteien festzulegen, die erfüllt sein müssen, damit die Vertragsordnung Rechtsschutz erlangt.

³⁹ BVerfGE 6, 32. Ebenso schon vorher *Wernicke* BonnKomm Art. 2 Erl. II 1 b. Abl.: *Dürig* JZ 1957, 169; *ders.* in: Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 1 RNr. 18; *Hamann* BetrBer 1957, 229; *Ipsen* DVBl. 1957, 219; *Rohde-Liebenau/Schätzler* NJW 1957, 817.

⁴⁰ *Ballerstedt* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 71; *Dürig* in Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 1 RNr. 19 ff., ihm folgend BayVGH BayVerwBl. 1960, 256; *Huber* WVerwR I § 56 I 2 und II § 82 II 1 b; *ders.* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 135 f. Ausgesprochen vom GrundG „zugelassene“ oder „vorgeschriebene“ Verwaltungsmonopole (*Huber* Wirtschaftsverfassungsrecht S. 137; *Dürig* in: Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 1 RNr. 51), die als Teil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ angesehen werden könnten, gibt es nur im Falle der vorhandenen Finanzmonopole, nicht aber z. B. für die Post (übereinstimmend *Thieme* Berufsfreiheit S. 283).

Register

(Die Zahlen geben die Seiten und, soweit in Klammern gesetzt, die Anmerkungen an)

- Abdeckereigerechtigkeiten** 68 (46, 48), 119 (30)
Ablieferungspflicht 145, 160, 230 (62), 232, 240, 262, 339
Abschlußverweigerung siehe Monopolmißbrauch
Abschlußzwang 261, 263 ff., 275 f.
Allgemeine Handlungsfreiheit 320, 329, 340
Anbietungszwang 88 (32), 161 (129), 163, 232 f., 262
Anschluß- und Versorgungspflicht 269 f.
Apothekenmonopol 68 (48), 127 ff.
Apothekenwesen 127 ff., 255 (74, 77), 256 (79, 81), 257, 272 (55)
Arbeitsgemeinschaft Mineralölverteilung 138 (13)
Arbeitsvermittlungsmonopol 141 ff., 258 (87), 272 (55), 309
Arzt 254, 257 (83)
Atomrecht 114 f., 144 ff.
Ausschließliche Gewerbeberechtigungen 3, 28, 67 f., 118 (27)
Autobahnmonopol 190 f., 192 (31)
Autobahnnebenbetriebe 190 ff., 309
- Bank deutscher Länder** 104 f.
Banknote 96, 98 (81, 82), 99 ff.
Bann 43, 47 (30)
Beförderungspflicht 273 ff.
Beliehener Unternehmer 91, 141, 144 (38), 160, 239, 245, 249, 250, 251 ff.
Benutzungszwang 84 (19), 87 (24), 88 (32), 120 ff., 190, 254 (73), 272 (55), 278 (84)
Bergbaufreiheit 70, 147 (52), 148, 156 f.
Bergfreie Minerale 148 f., 155 (92)
Bergrechtlicher Staatsvorbehalt 35, 70, 114, 146 ff., 258 (87), 309, 335 f.
Bergregal 43 (9), 44 (14), 45, 48 f., 50 (44), 51 (47), 65, 68 (46), 69 f., 147 f., 157
Bergwerkseigentum 149, 150 (72), 154, 155 f.
Bernsteinregal 158 ff.
Berufsberatungsmopol 141 ff., 272 (55)
- Berufsfreiheit** 86 (48), 118, 120 (33), 123 f., 127 (64) 128 f., 143, 161, 166, 217, 241, 254 ff., 320, 329, 337, 339
Bestattungseinrichtungen 122
Betriebspflicht 275
Bezirksschornsteinfegermeister 7, 68 (45, 46, 48), 85 (20), 117 f., 254, 255 (74 ff.), 256 (81), 257
Bezugsmonopol (Euratom-Vertrag) 145
Bodenregal 43
Branntweinmonopol 37 (62), 228 ff., 258 (87), 263 (13), 272 (55), 310
Buchgeld 97 (76)
Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung 141 ff.
Bundesbahn 34, 209, 213 f.
Bundesbank 95 f., 103 (118), 105
Bundespost 34, 193
Bundesschleppbetrieb 115, 272 (55)
- Carbonnage de France** 35 (57)
Case of Monopolies 28 (17)
Chininmonopol 222 (13)
Cournot'scher Punkt 18
- Daseinsvorsorge** 26, 86, 95 (63), 108, 110, 124 (55), 125, 187 ff., 215, 305
Delegation 252
Dekartellierungsgesetze 31 f.
Demokratie 320, 323 ff.
Deutscher Kohlenverkauf 139 (19)
Dirigismus 292, 321
- Eigentumsgarantie** 118 (27), 122 f., 157 f., 241 f., 329, 338 f.
Einfuhrmonopol 35, 36 (58, 61), 140, 145 (45), 163 ff., 231, 232, 240, 262
Eisenbahnregal 71, 215 f.
Eisenbahnwesen 209 ff., 258 (87), 274 f.
Elektrizitätsmonopol 143
Energieversorgung 269 f.
ErdölVO 152
Ernährungswirtschaftliche Bundesstellen 163 ff., 272 (55), 309
Ernährungswirtschaftliche Reichsstellen 161 ff., 272 (55)

- Erwerbswirtschaftliche Staatstätigkeit 34, 82 (6), 108, 188, 220, 246 ff., 336
 Euratom-Vertrag 114 f., 145, 146
 Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 35, 36 ff., 166 (159)
 Fährgerechtigkeiten 64 (27), 68 (46, 48), 70 (55)
 Faktisches Monopol 3, 87, 266 (24), 272
 Fernmeldemonopol 68 (48), 178, 202 ff., 258 (87), 280
 Fernmeldewesen 176, 202 ff., 273 f., 279 f.
 Fernsehwesen siehe Rundfunkwesen
 Feuerbestattung 119, 125
 Finanzmonopol 1, 6, 34 (53), 66, 68 (48), 72 (59), 75, 76 (74), 81 ff., 91, 108 (144), 110, 116, 218 ff., 246 (17), 287, 288, 306, 309 f., 329 (64), 334, 336 f., 339 (29)
 Finanzregal 43, 52, 54, 56, 72 (59), 76 (74, 75)
 Fischereiregal 48
 Fiskus 54 (63), 65, 73 (62), 74
 Fleischschau 126 f., 254 (73)
 Freiburger Schule 13 ff., 20, 25, 31 (32), 32, 33, 290, 291, 300, 301 ff., 306 ff., 316 (3), 320 f.
 Freizeichnungsklauseln siehe Haftungsbeschränkungen
 Geld 96 ff.
 — schöpfung 97 f., 106 f.
 — verfassung 96, 99, 104 f.
 — zeichen 99
 Geleitsrecht 48, 50 (43)
 Gelenkte Wirtschaft 290, 291 f.
 Gemeindemonopole siehe Benutzungszwang
 Gemeinwirtschaft 137 f., 300 f., 334 f.
 Gesetzgebung 314 f.
 Getreidehandelsmonopol 160 (118)
 Gewaltmonopol, staatliches 93 (56), 176 (210), 182
 Gewerbefreiheit 29, 30, 59, 66 ff., 338, 339 (30)
 Gewerberegale siehe regales Gewerbe
 Glasfabrikationsmonopol 63 (17)
 Goldwäscherei 68 (47), 154
 Grundrechte 31 (32), 315, 320 ff., 323, 327 (50), 328 f., 332 f., 338 ff.
 Grundruhrrecht 48
 Güterfernverkehr 95 (65)
 Haftungsbeschränkungen 261 (3), 265, 279 f.
 Halb-Beamte 127, 254
 Hebammen 254, 255 (74, 76), 257 (83), 258 (86)
 Heilpraktiker 254 (71), 255 (74, 75),
 Herstellungsvorschriften 262
 Hochschulen 170 f.
 Homo oeconomicus 13
 Installationsmonopol 272 (52)
 Institutional monopolies 89
 Institutionelle Garantie 320 (28, 29), 321, 326 f.
 Intervention 136, 287 ff., 291, 308, 321, 322, 327 f., 331 (71)
 Interventionismus 290, 291 f.
 Investiturstreit 44
 Jagdregal 43, 45, 48, 65, 69
 Judenregal 47 (29), 50 (44), 51 (47)
 Juristische Person des öffentlichen Rechts „kraft Wesens“ 140
 Kaffeemonopol 63, 69
 Kalisyndikat 137, 140
 Kameralismus 53, 61 (4), 62 (14), 66, 80, 106, 147
 Kapitalismus 20, 286, 287 (12), 293 ff., 297, 304, 329, 338
 Kartell 4, 30 f.
 Kartellverbot 25, 316
 Kehrmonopol siehe Bezirkssschornsteinfegermeister
 Kernbrennstoffeigentum 114, 146
 Königsbann 43
 Kohlsyndikate 137, 138 f.
 Kollektivmonopol 4
 Kontrahierungszwang 261, 263 ff., 275 f.
 Konzentrationsbewegung 7, 20, 294, 298 (34)
 Konzession 4, 7, 91, 142, 149, 156, 206 ff., 217, 231 (68), 257 (84), 258 f.
 Koppelungsgeschäft 261 (3) 265 f., 272, 277 f.
 Kreditregal 107
 Künstliches Monopol 3 (7)
 Kulturpolitik 166 f.
 Landeshoheit 42, 50 f., 55 f.
 Landeszentralbanken 104
 Lehrerbildungsmonopol 169 (169)
 Leistungsmonopol 109, 110, 183 ff., 306, 309
 Leitungsmonopol 3, 30, 87, 189, 215, 307
 Leitungsverbände siehe Marktverbände
 Lenkungsmonopol 109 f., 129 ff., 292, 301, 309, 335
 Lex Gamp 151
 Liberaler Sozialismus 300
 Liberalismus 20, 66 f., 92, 170, 285 f., 287 (11), 293 (3), 296 ff., 318, 328, 329 (62), 333

- Liefersperre 278 f.
 Lotteriemonopol 63, 68 (46), 69, 223 f.
 Lottericwesen 223 f.
- M**
 Maiestas 53, 54, 55, 56 (71)
 Maismonopol 161 f., 163 (138)
 Markt 10 f., 33 (45)
 — beherrschung 4, 18, 33
 — formen 10, 16 ff.
 — macht 6 f., 17, 32
 — modell 13 ff., 289, 290, 302 f., 308
 — ordnungsgesetze 35, 36 (61), 163
 — regal 45, 47, 50 (43)
 — stellung 7 (26), 17
 — , Steuerungsfunction 12 f., 14, 18 f., 290, 294
 — transparenz 14
 — verbände 136 ff., 239 (110), 335 (11)
 — wirtschaft 290 f., 303, 326
 — zwang 160
 Marxismus 287 (11), 294 (6), 298 f.
 Meinungsfreiheit 326 f.
 Meinungsmonopol 11 (7)
 Merkantilismus 5, 28 (19), 43, 53, 57 ff., 220, 294
 Molkereimonopol 160 f., 272 (55)
 Monopolergänzungsberuf 257 (84)
 259
 — ersatzberuf 257 (84)
 — gesetzgebung 30 ff.
 — grad 7
 — istische Konkurrenz 4, 15 f.
 — kapitalismus 20, 294
 — kontrolle 7, 24 ff.
 — mißbrauch 24, 30, 88, 126 (60), 260 ff., 275 f.
 — politik 25 ff., 299, 307 f.
 — preis 18 f.
 — privilegien 5, 8, 26 ff., 30 (29), 38, 42 f., 57 ff., 89 f., 197, 220
 — subjekt 242 ff.
 — zwang 3, 84, 88, 113, 199 ff.
 Montanunion 35 f.
 Mühlsteinmonopol 64
 Münzregal 43, 44, (14), 45, 46, 50 (43, 44), 51 (47), 52, 64, 68 (47), 74 (63), 95 ff.
 Musikaufführungsrechte (Vermittlungsmonopol der Stagma) 183 (246)
- N**
 Natürliches Monopol 3
 Neoliberalismus 13, 247, 287 (12), 288 f., 294, 298, 301
 Neosozialismus 294, 298, 299 ff.
 Notar 256 (81)
 Notenbank 95, 105, 107
 — emission 96, 99 ff., 106 f., 308 (20)
 — regal 95 ff.
- Ö**
 Öffentliche Anstalt 83 (14), 108 (144), 126, 199, 216, 248
 — , Benutzungsverhältnis 208, 271, 278, 279
 — , Zulassungszwang 270 f., 273 ff.
 Öffentliche Einrichtung (der Gemeinde) 270 f.
 Öffentliche Meinung 326 f.
 Öffentliches Unternehmen 33 ff., 248 f.
 Öffentlich-rechtliches Monopol 7, 32 (38), 89 f.
 Ökonomisches Prinzip 14, 290
 Oligarchie 325
 Oligopol 6, 14 (18), 17
 Ordoliberalismus siehe Freiburger Schule
 Organisatorisches Monopol 4
- P**
 Patent 7, 28 (18), 32 (38), 89 f.
 Perlfischereiregal 68 (47), 159 (117)
 Petroleummonopol 143
 PhosphoritG 151, 152 (78)
 Planwirtschaft 290, 291, 292, 295, 319, 329 (62)
 Politische Ökonomie 287
 Polizeimonopol 109, 111 ff., 306 (8), 309
 Porzellanmanufakturmonopol 63
 Postheimnis 201 f.
 — monopol siehe Postregal
 — regal 61, 64, 68 (46 ff.), 71, 77, 193 ff., 205, 210 (127), 216 (166)
 — wesen 193 ff., 245 (12), 273 f., 279 f., 308 (20)
 — zwang 88 (32), 197 (54), 199 ff.
 Pressefreiheit 326 f.
 Privatbahnen 209 f., 216
 — bahnkonzession 210 (127), 213 (144), 217
 — monopol 7
 — notenbanken 98 (82), 101 (103, 104), 103, 107
 — rechtliches Monopol 7, 32 (38)
 — regal 42, 56, 70 (55), 74
 — schulfreiheit 167, 169, 170, 171
 Privileg 156 (97), 207 (107), 258
 Prozeßagent 255 (75)
 Public utility 4 (8), 26, 29 f., 32, 189 (16)
 Pulvermonopol 63 (17), 113
- R**
 Radioaktive Stoffe 114 f.
 Rechtliches Monopol 3, 33, 34, 86 ff., 263, 266 (24), 269 (38), 307
 Rechtsanwalt 254
 Rechtsbeistand 255 (74, 75)
 Rechtsberater 255 (75)
 Rechtsinstitut 88
 Rechtsstaat 313 f., 324, 327 ff., 331, 334, 338

- Regal 3, 38, 39 ff., 64 ff., 83 ff., 88, 196, 205
 — e Abgaben 64 f., 67 (44), 68 (48), 69, 71 (58), 72 (59), 75 (71), 76 (76)
 — es Gewerbe 61, 68 (48), 73, 74 f., 83
 — ientheorie 45, 52 ff.
 — wirtschaft 42, 46, 51 f., 59, 64, 65 f.
 Reichsbahn 211 f.
 Reichsbank 101 ff., 104, 106
 Reichswasserstraßenmonopol 93 (55)
 Repräsentation 325
 Rohstofflenkung 143 ff.
 Roncaglia, Reichstag von 44, 53
 Rule of Reason 29 (24), 31 (37), 32 (38)
 Rundfunkfreiheit 182 f., 326
 — gebühr 180 (235)
 — genehmigung 180, 204 (92), 207
 — monopol 177 f., 181 ff., 309, 326 f.
 — wesen 175 ff., 247 (25)
- Salzhandelsmonopol 63, 66, 68 (46), 69, 147, 149 (69), 222 (13, 14), 224
 Salzregal 43 (9), 44 (14), 48 f., 50 (44), 51 (47), 63 (16), 68 (47), 147
 Salpeterregal 68 (47)
 Schatzregal 68 (47)
 Scheidemünze 96, 99, 104 f.
 Schlachthauszwang 68 (48), 84, 121
 Schlepplmonopol 115 ff., 309
 Schrottvermittlung-GmbH 36 (58), 144
 Schulmonopol 167, 168, 169, 170
 — wesen 167 ff.
 — zwang 88 (32)
 Sherman Act 29 (23)
 Soziale Gerechtigkeit 331, 332, 333
 — e Marktwirtschaft 291, 320, 322, 331 (71)
 — gestaltungsfunktion des Staates 108, 135 f., 305, 332, 333
 — isierung 36 (58), 138, 141, 154, 157, 158, 283 f., 299 (38), 334 ff.
 — isierungsgesetze (1919) 137 ff., 288, 300
 — ismus 95, 295, 302, 326 (46), 330 (69)
 — staatsatz 301 (51), 315 (9, 14), 323, 330 ff., 334
 Spielkartenmonopol 28 (17), 69, 223
 Staatlich gebundener Beruf 118, 128, 249, 251, 253 ff.
 — sbahnprinzip 209 f.
 — skapitalismus 306, 308, 336
 — smonopol 7
 — svorbehalt 88
 Statute of Monopolies 2, 28
 Stempelpapierhandelsmonopol 68 (46), 69
 Steuermonopol siehe Finanzmonopol
 Steuerstaat 90, 187, 219 f., 287, 304, 305 f., 329 (64)
- Strandregal 47, 48, 64 (27), 159 (116)
 Straßenregal 43, 45, 47 f., 50 (43), 51 (47), 64, 69, 196, 216
 Stromregal 43, 45, 48, 51 (47), 64, 69
 Subsidiaritätsprinzip 305, 315
 Substitutionskonkurrenz 11, 15 (23), 19
 Süßstoffmonopol 224 f.
 Syndikat 4
- Tabakbesteuerung 226, 227 f.
 Tabakmonopol 6, 37 (62), 63, 66, 69, 222, 225 ff.
 Teilmonopol 6
 Telegrafie siehe Fernmeldewesen
 Telegraphenregal 71, 203, 205
 Tierkörperbeseitigung 68 (48), 119 f., 125, 254 (73)
 Trust 4, 29
- Übernahmeverhältnis 160, 164, 165 f., 233, 262
 Universitäten 171 ff.
 Unternehmensfreiheit 321
 Unterrichtsfreiheit 167, 168, 169, 170, 171
- Verbrauchsbesteuerung 220 f., 287, 337
 Verfassung 313 f., 317
 Vergesellschaftung 300, 334
 Verkehrsanstalten 189 f., 215, 246, 272, 307, 309
 Verkehrspolitik 213 f.
 Verkehrswirtschaft 290 f., 317
 Versicherungsmonopol 117, 272 (55), 309
 Versorgungsbetriebe 32, 34, 110, 124 ff., 189, 190, 246, 279, 307
 Verstaatlichung 288 f., 307, 335
 Vertragsfreiheit 25, 242, 261, 263, 264, 267 f., 294, 320 (28), 340
 Verwahrungsmonopol (AtomG) 114, 145 f., 258 (87)
 Verwaltungsprivatrecht 34 (48 a), 89 (37), 107 (138), 156 (97), 189, 249, 250, 262, 277
 Verwaltungszweck 90 f., 108 f.
 Volkssouveränität 299, 323 f.
- Währung 98 f., 105 (129)
 — sbank 95, 97 (76), 105
 — geld 97 f., 100
 — hoheit 99, 100 ff.
 — spolitik 97 (76), 99, 105, 107 f., 287, 329 (64)
 — reform 104
 Waffenrecht 113
 Wesentliche Staatstätigkeiten 92 ff
 Wettbewerbsbeschränkung 33 (45)

- Wettbewerbsfreiheit 25, 320 (28)
 Wirtschaftliche Betätigung der
 Gemeinde 124 ff, 272
 — sdemokratie 299 f.
 — sform 289 ff., 292 ff., 317
 — sidee 289 (25), 296, 299, 318
 — slenkung 94 f., 109, 248, 290, 292,
 319, 335 (7)
 — smonopol 84 (19), 91 (48), 108, 163
 (138), 289, 292
 — ssystem 289 (25), 296 ff., 320, 321,
 322
 — stätigkeit, staatliche 94 f., 245 ff.
 — sverfassung 316 ff., 329
 Wohlfahrtsstaat 157, 187, 304, 305, 317
 (9), 328, 331
 Workable competition 18
 Zahlungsmittel, gesetzliches 96, 98,
 104 f
 Zentralbankgeld 107 (143)
 Zentralverwaltungswirtschaft siehe
 Planwirtschaft
 Zollregal 43, 44 (14), 45, 46 f, 50 (44),
 51 (47), 64
 Zündwarenmonopol 32 (38), 37 (62),
 91 (49), 236 ff, 262, 272 (55)
 Zündwarensteuer 237
 Zulassungszwang 126 (60), Siehe auch
 Öffentliche Anstalt, Zulassungs-
 zwang
 Zwangskartell 36 (58), 137 ff, 239
 (109), 262, 335
 Zwangs- und Bannrechte 3, 67, 68
 (48)
 Zwangssyndikat siehe Zwangskartell
 Zwischenhandelsmonopol 160, 161 f,
 229, 230, 232, 234, 240, 262, 339
 (29)

Deutsches Verwaltungsrecht

Von

Dr. Wilhelm Merk

em. o. ö. Professor für Öffentliches Recht
an der Universität Tübingen

Erster Band

XVI, 1014 S. 1962. Ln. DM 98,—

Das „Deutsche Verwaltungsrecht“ ist hervorgegangen aus Vorlesungen, die ich in ähnlicher Weise des öfteren an den Universitäten Kiel und Tübingen gehalten habe. Dem Buch liegt eine längere Beschäftigung mit dem Gegenstand in Forschung und Lehre zugrunde; zugute gekommen ist ihm auch eine frühere langjährige Tätigkeit im höheren staatlichen Verwaltungsdienst in geradezu allen Zweigen der öffentlichen inneren Verwaltung, in der Bezirksverwaltung und im Ministerium mit der sich daraus ergebenden vielseitigen praktischen Anschauung und Erfahrung.

Das Buch beschränkt sich auf die Darstellung der allgemeinen Lehren des deutschen Verwaltungsrechts oder des Allgemeinen Verwaltungsrechts, also auf eine Behandlung der öffentlichen Verwaltung unter rechtswissenschaftlichen Gesichtspunkten, d. h. unter Ausscheidung von Verwaltungslehre und Verwaltungspolitik, von einzelnen mehr gelegentlichen Bemerkungen abgesehen. Es will die hauptsächlichsten allgemeinen, dem Verwaltungsrecht eigentümlichen Rechtsgebilde, die sich bei einer denkenden Durchdringung des großen für die öffentliche Verwaltung in Betracht kommenden Rechtsstoffs ergeben, in begrifflich-systematischer Weise, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden geschichtlichen Entwicklung und mit rechtsvergleichenden Hinweisen, vorführen.

Das Buch will in erster Reihe zur Vertiefung und Ergänzung der Vorlesungen über Verwaltungsrecht an den Hochschulen beitragen. Es dürfte darüber hinaus aber auch für die in der praktischen Verwaltung Stehenden, insbesondere die angehenden Verwaltungsbeamten, von Wert sein.

Aus dem Vorwort des Verfassers

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

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

- 11 **Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden.** Vorträge und Diskussionsbeiträge des 29. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1961. 183 S. 1961. DM 24,—.
- 12 **Gegenwartsprobleme des öffentlichen Haushalts.** Vorträge und Diskussionsbeiträge der internationalen verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1961. 183 S. 1962. DM 24,80.
- 13 **Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung.** Vorträge und Diskussionsbeiträge des 30. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1962. 211 S. 1962. DM 26,60.
- 14 **Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung.** Von Prof. Dr. *F. Mayer*. 40 S. 1963. DM 6,60.
- 15 **Amerikanische Verwaltung.** Hauptgesichtspunkte und Probleme. Von Prof. Dr. *F. Morstein Marx*. 197 S. 1963. DM 26,60.
- 16 **Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz.** Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten. Von *F. Becker* und *N. Luhmann*. 149 S. 1963. DM 22,60.
- 17 **Probleme der juristischen Ausbildung in der Verwaltung.** Vorträge und Diskussionsbeiträge der verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1962. 216 S. 1963. DM 28,60
- 18 **Staatliche Hilfe bei wirtschaftlichen Strukturänderungen.** Dargestellt am Cotton Industry Act 1959. Von Dr. *F. Jonas*. In Vorbereitung.

Schriften zum Öffentlichen Recht

- 1 **Gesetz und gesetzgebende Gewalt.** Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus. Von Dr. *E.-W. Böckenförde*. 360 S. 1958. DM 28,—.
- 2 **Die Freiheit des Gewissens.** Von Dr. *H. Scholler*. 239 S. 1958. DM 18,60.
- 3 **Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen.** Ein Beitrag zur Diskussion über die Rechtslage Deutschlands. Von Dr. *W. Frhr. Marschall von Bieberstein*. 232 S. 1959. DM 24,80.
- 4 **Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen.** Von Oberregierungsrat Dr. *G. Pfennig*. 86 S. 1960. DM 9,60.
- 5 **Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes.** Von Dr. *M. Goessl*. 245 S. 1961. DM 29,60.
- 6 **Die Rechtsstellung der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.** Von Dr. *H.-U. Bächle*. 149 S. 1961. DM 18,60.
- 7 **Staatensukzession und Staatsservituten.** Von Dr. *L. Herbst*. 204 S. 1962. DM 26,60.
- 8 **Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt.** Versuch einer begrifflichen Abgrenzung. Von Dr. *D. Volkmar*. 273 S. 1962. DM 33,60.
- 9 **Bundesrat und Bundesaufsicht.** Von Dr. *G. Dux*. 149 S. 1963. DM 19,80.
- 10 **Die Öffentliche Anstalt.** Wandlungen und gegenwärtige Struktur. Von Dr. *H. Jecht*. 144 S. 1963. DM 19,60.
- 11 **Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz.** Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff. Von Dr. *K. Huber*. In Vorbereitung.
- 12 **Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen.** Von Dr. *E. Schumann*. In Vorbereitung.

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