

STAATSRECHT – VÖLKERRECHT – EUROPARECHT

Festschrift für
HANS-JÜRGEN SCHLOCHAUER
zum 75. Geburtstag
am 28. März 1981

herausgegeben

von

Ingo von Münch



1981

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Inhalt

Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag von Professor Dr. INGO VON MÜNCH, Hamburg	IX
---	----

Staatsrecht

~~PETER~~ BADURA, Professor Dr., München:

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand	3
---	---

~~DIETER~~ BLUMENWITZ, Professor Dr., Würzburg:

Der deutsche Inlandsbegriff im Lichte des Staats- und Völkerrechts	25
--	----

KARL DOEHRING, Professor Dr., Heidelberg:

Kriegsdienstverweigerung als Menschenrecht?	45
---	----

WILFRIED FIEDLER, Professor Dr., Kiel:

Auswärtige Gewalt und Verfassungsgewichtung. Zum Problem des in- ternationalen Verfassungsrechts	57
---	----

RUDOLF GEIGER, Privatdozent Dr., München:

Die Auslieferung des politischen Straftäters im Lichte des Grundrechts auf Asyl. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Zustimmungsges- etzen zu einigen Auslieferungsverträgen der Bundesrepublik Deutsch- land	79
---	----

JÖRG MANFRED MÖSSNER, Professor Dr., Hamburg:

Bundeswehr in blauen Helmen. Verfassungsrechtliche Aspekte des Ein- satzes von Bundeswehrsoldaten im Rahmen von UN-Peace-Keeping- Forces	97
--	----

WALTER RUDOLF, Staatssekretär Professor Dr., Mainz:

Bundesländer und Europäisches Gemeinschaftsrecht	117
--	-----

~~MEINHARD~~ SCHRÖDER, Professor Dr., Trier:

Zur Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit grenzüberschrei- tenden Elementen	137
--	-----

MICHAEL STOLLEIS, Professor Dr., Frankfurt a. M.:

Löwe und Fuchs. Eine politische Maxime im Frühabsolutismus	151
--	-----

Völkerrecht

RUDOLF BERNHARDT, Professor Dr., Heidelberg:	
Das Urteil des Internationalen Gerichtshofs im Ägäis-Streit	167
RUDOLF L. BINDSCHIEDLER, Botschafter a. D. Professor Dr., Bern:	
Der Schutz der Menschenrechte und das Verbot der Einmischung	179
ALBERT BLECKMANN, Professor Dr. Dr., Münster:	
Gedanken zur Repressalie. Ein Versuch der Anwendung der Interessen-	
jurisprudenz auf das Völkergewohnheitsrecht	193
GERHARD BREUER, Ministerialdirigent a. D. Dr., Hamburg:	
Gegenwartsfragen des Verhältnisses Reeder – Staat – Flagge	215
BRUN-OTTO BRYDE, Privatdozent Dr., Hamburg:	
Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln	227
JOST DELBRÜCK, Professor Dr., Kiel:	
Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der	
Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um ein	
völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte	247
HANS-ERNST FOLZ, Professor Dr., Marburg:	
Bemerkungen zur völkerrechtlichen Beurteilung der Vorgänge um die	
amerikanischen Geiseln im Iran	271
JOCHEN ABR. FROWEIN, Professor Dr., Heidelberg:	
Probleme des allgemeinen Völkerrechts vor der Europäischen Kommis-	
sion für Menschenrechte	289
WILHELM G. GREWE, Botschafter a. D. Professor Dr., Freiburg/Bonn:	
Über den Gesamtcharakter der jüngsten Epoche der Völkerrechtsge-	
schichte	301
KAY HAILBRONNER, Professor Dr., Konstanz:	
Völkerrechtliche und staatsrechtliche Überlegungen zu Verhaltenskodi-	
zes für transnationale Unternehmen	329
GERHARD HOFFMANN, Professor Dr., Marburg:	
Von der Brauchbarkeit des Völkerrechts in unserer Zeit	363
WILHELM A. KEWENIG, Professor Dr., Kiel:	
Common heritage of mankind – politischer Slogan oder völkerrechtli-	
cher Schlüsselbegriff?	385
OTTO KIMMINICH, Professor Dr., Regensburg:	
Der Einfluß des humanitären Völkerrechts auf die Kernwaffenfrage	407
ECKART KLEIN, Privatdozent Dr., Heidelberg:	
Beihilfe zum Völkerrechtsdelikt	425

HERMANN MOSLER, Professor Dr. Dr. h. c., Richter am Internationalen Gerichtshof Den Haag: Nichtteilnahme einer Partei am Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof	439
FRITZ MÜNCH, Professor Dr., Heidelberg: Das Völkerrecht der militärischen Besetzung vor nationalen Gerichten ...	457
INGO VON MÜNCH, Professor Dr., Hamburg: Vorlesungen und Übungen im Völkerrecht. Bemerkungen zur Gestaltung von Lehrveranstaltungen	477
THOMAS OPPERMAN, Professor Dr. Dr. h. c., Tübingen: Der Beitrag des Internationalen Rechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus	495
KARL JOSEF PARTSCH, Professor Dr., Bonn: Humanität im Bürgerkrieg	515
ALBRECHT RANDELZHOFFER, Professor Dr., Berlin: Rechtsschutz gegen Maßnahmen von INTERPOL vor deutschen Gerichten	531
DIETRICH RAUSCHNING, Professor Dr., Göttingen: Allgemeine Völkerrechtsregeln zum Schutz gegen grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen	557
HELMUT RUMPF, Vortragender Legationsrat I. Klasse a. D. Professor Dr., Bonn/Bochum: UNO-Prinzipien im Widerspruch	577
GEORG SCHWARZENBERGER, Professor (em.) Dr., London: Détente und Völkerrecht	603
IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, Professor Dr. Dr. h. c., Wien: Dienstrechtliche Klagen gegen Internationale Organisationen	615
BRUNO SIMMA, Professor Dr., München: Fragen der zwischenstaatlichen Durchsetzung vertraglich vereinbarter Menschenrechte	635
HEINHARD STEIGER, Professor Dr., Gießen: Zur Struktur der Kontroll- und Durchsetzungsverfahren gegenüber Mitgliedstaaten in Internationalen Organisationen	649
ERIK SUY, Professor Dr., New York: Some legal questions concerning the Security Council	677
CHRISTIAN TOMUSCHAT, Professor Dr., Bonn: Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights	691

HENN-JÜRI UIBOPUU, Professor Dr., Salzburg: Extraterritorial Effects of the Recognition of Refugee Status by Virtue of the 1951 Convention with Special Regard to European States	717
WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Professor Dr., Tübingen: Verfahrensgerechtigkeit im Völkerrecht. Zu Erfolgsbedingungen inter- nationaler Rechtsschöpfungskonferenzen	739
Europarecht	
MICHAEL BOTHE, Professor Dr., Hannover: „Soft Law“ in den Europäischen Gemeinschaften?	761
HARTWIG BÜLCK, Professor Dr., Speyer: Der Europabürger	777
HANS PETER IPSSEN, Professor Dr., Raven: Die EG-Kommission in der Reformdiskussion	813
SIEGFRIED MAGIERA, Professor Dr., Köln: Die Haushaltsbefugnisse des Europäischen Parlaments – Ansatz zur par- lamentarischen Mitregierung auf Gemeinschaftsebene?	829
GERT NICOLAYSEN, Professor Dr., Hamburg: Autonome Handelspolitik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ...	855
HANS-WERNER RENGELING, Professor Dr., Bonn: Zu den Befugnissen des Europäischen Parlaments beim Abschluß völ- kerrechtlicher Verträge im Rahmen der Gemeinschaftsverfassung	877
ULRICH SCHEUNER, Professor Dr., Bonn: Die Fortbildung der Grundrechte in internationalen Konventionen durch die Rechtsprechung. Zur Rechtsprechung des Europäischen Ge- richtshofs für Menschenrechte	899
JÜRGEN SCHWARZE, Professor Dr., Hamburg: Rechtsschutz Privater gegenüber normativen Rechtsakten im Recht der EWG	927
GOTTFRIED ZIEGER, Professor Dr., Göttingen: Die Stellung des Europäischen Parlaments	947
MANFRED ZULEEG, Professor Dr., Frankfurt a. M.: Die Charta der Rechte des Bürgers der Europäischen Gemeinschaft	983
Verzeichnis der Schriften von Hans-Jürgen Schlochauer	999

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

PETER BADURA*

I. Die öffentliche Hand als Unternehmer

1. *Der Grundtatbestand des Anbietens von Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr durch die öffentliche Hand*

In dem Rechtsstreit über die Vorrechte der Société du port de Mertert äußerte Generalanwalt Alain Dutheillet de Lamothe in den Schlußanträgen vor dem Europäischen Gerichtshof die Meinung, der aus den angelsächsischen Begriffen „public corporation“ oder „public enterprise“ abgeleitete Begriff des öffentlichen Unternehmens im Sinne des Art. 90 EWGV sei „ein mehr wirtschaftlicher als juristischer Begriff“¹. Der Generalanwalt wandte sich dennoch sogleich dem für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts benötigten juristischen Begriff des öffentlichen Unternehmens zu und sah dessen Merkmale bei einer Gesellschaft mit Beteiligung der öffentlichen Hand jedenfalls dann gegeben, wenn die Gründung der Gesellschaft einen einseitigen Rechtsakt der öffentlichen Gewalt zur Grundlage hat und die Beteiligung der öffentlichen Hand von diesem Rechtsakt abhängt, so daß sie nicht nur als Anteilseigner tätig wird, „sondern aufgrund ihres Imperiums“. Dieses vorsichtige Vorgehen berücksichtigt, daß ein Rechtsbegriff des öffentlichen Unternehmens an einen bestimmten wirtschaftlichen Sachverhalt anzuknüpfen hat und aus dem jeweiligen Regelungszusammenhang zu entwickeln ist, der Rechtsfolgen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ergibt.

Der wirtschaftliche Sachverhalt, der dem Gesetzgeber, z. B. im Wettbewerbsrecht, eine spezifische Regelungsaufgabe stellt und der ordnungspolitisch und verfassungsrechtlich zu besonderen Erwägungen herausfordert, ist die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr, ohne Rücksicht darauf, ob diese unternehmerische Tätigkeit in privatrechtlichen oder in öffentlich-rechtlichen Organisations- und Handlungsformen ausgeübt wird und ob sich die öffentliche Hand dabei eines rechtlich verselbständigten Wirtschaftssubjekts bedient. Entscheidend ist, daß der Bund, ein Land oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts durch eigenes Handeln Waren oder

* Dr. iur., Professor in der Juristischen Fakultät der Universität München.

¹ EuGH RS 10/71 EuGHE XVII, 723/738.

Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anbietet oder Anteilseigner einer Handelsgesellschaft ist, die Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anbietet. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, tritt die öffentliche Hand neben oder anstelle von privatwirtschaftlichen Unternehmern im marktwirtschaftlichen Verkehr auf, stellen sich also die Fragen, ob das wirtschaftspolitisch zweckmäßig ist, ob das verfassungsrechtlich oder sonst nach dem geltenden Recht zulässig ist und ob für die Art und Weise dieser wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand besondere Bindungen oder Vorrechte bestehen². Unter diesem Blickwinkel kommt auch leicht zu Tage, daß die so abgegrenzte wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nur mit der mitgedachten Einschränkung „unternehmerisch“ genannt werden darf, daß sie gerade des kennzeichnenden Merkmals entbehrt, das unternehmerisches Handeln auszeichnet, nämlich privatwirtschaftliches Handeln zu sein.

2. Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Ausübung öffentlicher Verwaltung

Der jeweilige Zweck einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand kommt ins Spiel, wenn die „erwerbswirtschaftliche“ oder „gewerbliche“ Tätigkeit der öffentlichen Hand von der Ausübung öffentlicher Verwaltung unterschieden wird³. Diese Unterscheidung läßt sich von dem Kriterium leiten, aus welchem Grund die öffentliche Hand sich im Einzelfall wirtschaftlich betätigt, wobei wiederum die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsform der Wirtschaftseinheit und des Leistungsangebots außer Betracht bleibt. Voraussetzung dieser Begriffsbildung und Unterscheidung ist, daß öffentliche Verwaltung auch in privatrechtlicher Form ausgeübt werden kann und daß die Ausübung öffentli-

² Vgl. *K. M. Hettlage*, Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen, in: Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 279/282; *K. Hax*, Die öffentliche Unternehmung in der Marktwirtschaft, *FinArch* 27 (1968), S. 37/39; *V. Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 55 ff.; *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 19, 42 ff. – Das heutige Recht der öffentlichen Unternehmen weist eine „gleitende Skala“ von Unternehmensformen auf (*R. Schmidt*, Öffentliche Unternehmen als Instrumente planender Verwaltung, in: *J. H. Kaiser* (Hrsg.), *Planung III*, 1968, S. 291/299).

³ *R. Torz*, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, *DÖV* 1958, 205/207 f.; *H. P. Ipsen*, Rechtsfragen zur „Ausgliederung“ des Werbefernsehens, *NJW* 1963, 2102/2104 f.; *H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 16 ff.; *E. Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl., 1973, S. 499, 513 ff., der den Begriff der „öffentlichen Unternehmung“ auf die Leistungsverwaltung beschränkt und die industriellen Beteiligungen der öffentlichen Hand als atypische Fälle versteht; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *I. von Münch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1979, S. 307. – *K. A. Bettermann*, Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, in: *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, 1968, S. 1/2, will nur die privatrechtliche Unternehmenstätigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als „erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand“ erfassen.

cher Verwaltung auch als wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand möglich ist. Wie immer, wenn juristische Differenzierungen daraus gewonnen werden, welche Zwecke eine Tätigkeit bestimmen, kann hier nur eine relative Trennschärfe erreicht werden. Die Verfolgung einer Gewinnerzielungsabsicht und die Verwirklichung von Verwaltungszwecken lassen sich theoretisch klar trennen, sie schließen sich aber als Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand praktisch nicht aus. Das gilt zunächst in dem allgemeinen Sinn, daß jede Tätigkeit der Verwaltung einem öffentlichen Interesse dient, also auch die „erwerbswirtschaftliche“ Tätigkeit der öffentlichen Hand. Es gilt weiter und in einem engeren Sinn für die Ausübung öffentlicher Verwaltung, insbes. von Leistungsverwaltung, durch eine wirtschaftende Tätigkeit, wo ein Verwaltungszweck der Daseinsvorsorge unmittelbar durch öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Verwaltungshandeln verwirklicht wird. Hier hat – nach einer recht abstrakten Entscheidungsregel für die Unternehmenspolitik der öffentlichen Hand – die Realisierung des Erwerbsprinzips ihre Grenze an dem eingestifteten Verwaltungszweck, d. h. dem besonderen öffentlichen Interesse, dem die Einheiten der Leistungsverwaltung gewidmet sind. Vor allem bei der Wirtschaftstätigkeit in öffentlich-rechtlicher Rechtsform ist der Übergang von Verwaltungstätigkeit zu „erwerbswirtschaftlicher“ Tätigkeit der öffentlichen Hand gleitend, nicht zuletzt auch wegen der gewissen Offenheit der möglichen Verwaltungszwecke⁴. Es kann demnach Zweifelsfälle geben. Für eine „materielle Gliederung der Verwaltungsfunktionen“⁵ erweist sich die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand gleichwohl nicht als ein einheitlicher Handlungsbereich der Verwaltung. Die verfassungsrechtliche Beurteilung und die Anwendungsvoraussetzungen der verwaltungsrechtlichen Grundsätze können von den normativ festgelegten oder administrativ gewählten Zwecksetzungen nicht absehen, in denen das jeweilige Auftreten der Verwaltung im Wirtschaftsverkehr begründet ist.

3. Öffentliche Aufgaben als Unternehmenszwecke in der Leistungsverwaltung und öffentliche Interessen als Zweckbindungen bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

Der Verfassungsstaat hat die Staatsgewalt in allen ihren Erscheinungsformen in eine rechtliche Ordnung von Zuständigkeiten, Aufgaben und

⁴ Siehe W. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 140; F. Rittner, Wirtschaftsrecht, 1979, S. 175, 176 f.

⁵ E. Forsthoff, S. 501. Dort wird eine vierfache Unterteilung in (1) hoheitliche Betätigung, (2) Unternehmungen und Einrichtungen nichtgewerblicher, gemeinnütziger Art (z. B. Bildungswesen, Krankenpflege), (3) Unternehmungen und Einrichtungen der Daseinsvorsorge (wirtschaftliche Unternehmungen, bes. Versorgungsbetriebe) und (4) erwerbswirtschaftliche Tätigkeit durch mit der Privatinitiative frei konkurrierende Teilnahme am Wirtschaftsleben für richtig gehalten.

Befugnissen eingefangen. Dieses verfassungsstaatliche Prinzip verwehrt es der öffentlichen Verwaltung, ihren Tätigkeitskreis frei zu wählen und hindert sie auch, durch privatrechtliches Handeln sich einen Raum selbstgesetzter Zwecke zu öffnen. Die öffentliche Hand als Unternehmer tritt, auch wo sie ihre Leistungen marktwirtschaftlich anbietet, nicht in den Sektor der Privatwirtschaft über. Dieser Grundtatbestand drückt sich in der allgemeinen Anforderung aus, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, ohne Rücksicht auf die Rechtsform, einem öffentlichen Interesse dienen muß, sei es einer gesamtwirtschaftlichen Aufgabe, sei es einer spezifischen Versorgungsaufgabe, sei es einem außerwirtschaftlichen öffentlichen Zweck, so daß die ökonomische Zielsetzung der Einnahme- oder Gewinnerzielung für sich allein nicht genügt, um die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr zu rechtfertigen⁶. Die hier möglichen und zulässigen öffentlichen Zwecke sind allerdings sehr vielfältig⁷ und von unterschiedlichem Gewicht. Sie sind überdies nicht vorgegeben, sondern nach den Maximen der weithin entgrenzten sozialstaatlichen Aufgaben im Grundsatz der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und – im Rahmen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – der exekutivischen Gestaltungsfreiheit von Regierung und Verwaltung zugewiesen. Die Vielfalt der bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand verfolgten öffentlichen Interessen und die Unterschiedlichkeit des ihnen jeweils zugemessenen oder zukommenden Gewichts schließen es aus, hier durchgehend den Verwaltungszweck der Wirtschaftslenkung am Werke zu sehen⁸.

Die Verwirklichung einer besonderen öffentlichen Aufgabe, insbes. eines leistungsverwaltungsrechtlichen Zweckes, kann der Unternehmenszweck einer Einheit der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit sein, so im Bereich der Daseinsvorsorge. Eine derartig unmittelbare Verkörperung eines Verwaltungszwecks kennzeichnet jedoch nur einen Teil der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit, der dementsprechend als Ausübung öffentli-

⁶ K. M. Hettlage, S. 290; H. P. Ipsen, S. 2106; K. Hax, S. 40ff.; W. Rupp-von Brünneck, Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 349/370; R. Scholz, Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: D. Duwendag (Hrsg.), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, 1976, S. 113/131; H. Geiger, Öffentliche Unternehmen als Grundlage privatwirtschaftlicher Betätigung, in: P. Eichhorn (Hrsg.), Auftrag und Führung öffentlicher Unternehmen, 1977, S. 21; F. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 177.

⁷ Vgl. J. Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, 1966, S. 108 ff.; H. J. Mertens/Ch. Kirchner/E. Schanze, Wirtschaftsrecht, 1978, S. 91 f.; F. Ossensbühl, Bestand und Erweiterung des Wirkungsbereiches der Dt. Bundespost, 1980, S. 107 ff.

⁸ Das nimmt G. Frenzel, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Bestätigung der öffentlichen Hand, 1961, S. 6 ff., an und folgert daraus die Qualifizierung als grundrechtsgebundenes Verwaltungshandeln.

cher Verwaltung, ggf. in privatrechtlicher Rechtsform aufgefaßt wird⁹. Für diesen Sektor trifft auch der allgemeine Grundsatz des Verwaltungsorganisationsrechts zu, daß die Errichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts nur für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zulässig ist¹⁰. Mit dem leistungsverwaltungsrechtlichen Unternehmenszweck kann es durchaus vereinbar sein, daß die unternehmerische Verhaltensweise eines solchen Leistungsträgers marktwirtschaftlichen Gegebenheiten folgt und sich den privatwirtschaftlichen Konkurrenten anpaßt¹¹.

Der andere Sektor der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit, für den der Name „erwerbswirtschaftliche“ Tätigkeit der öffentlichen Hand gebräuchlich ist, besonders die industriellen Staatsbeteiligungen, weist ein bestimmtes Produktions- oder Dienstleistungsangebot als Unternehmenszweck auf, nicht aber eine definierte Verwaltungsaufgabe, der die Wirtschaftseinheit oder Beteiligung gewidmet wäre. Das hier in der Wirtschaftstätigkeit wirksame öffentliche Interesse qualifiziert diese nicht als Ausübung öffentlicher Verwaltung¹². Dem öffentlichen Interesse, also vor allem den jeweiligen wirtschafts-, struktur-, sozial-, arbeitsmarkt- oder energiepolitischen Zielsetzungen, werden diese Wirtschaftseinheiten oder Beteiligungen der öffentlichen Hand in der Regel dadurch am besten gerecht werden, daß sie unternehmerisch geführt werden und sich marktwirtschaftlich verhalten¹³. Das steht nicht im Widerspruch zu der planmäßigen Berücksichtigung des öffentlichen Interesses¹⁴. Gerade durch ihren Unternehmenszweck sind diese Wirtschaftseinheiten geeignet, bestimmte Gemeinwohlinteressen zur Geltung zu bringen. Auch die nur scheinbar „rein erwerbswirtschaftliche“ Betätigung der öffentlichen Hand bleibt so mit dem öffentlichen Auftrag der Verwaltung verbunden. Eine andere und zu Recht aufzuwerfende Frage ist es¹⁵, daß die haushalts-

⁹ W. Rüfner, S. 414, 421 ff.

¹⁰ W. Weber, Der nicht staatsunmittelbare öffentliche Organisationsbereich, JJB 8, 1967/68, S. 137/151; ders., Verfassungsprobleme der Versicherungsaufsicht, ZVersWiss 1968, 227/237.

¹¹ Vgl. V. Emmerich, Entziehen sich öffentliche Unternehmen der bürgerschaftlichen Kontrolle? in: P. Eichhorn (Anm. 6), S. 88/93; F. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 177.

¹² W. Rüfner, S. 178 ff.; H. Klein, S. 202, 206, 213; B. Becker, Bundesverwaltung durch privatrechtlich organisierte Bundesunternehmen, ZögU 1978, S. 1. Anders F. Rittner, Der Staat – ein Unternehmen im Sinne des Aktiengesetzes? in: Festschrift für Werner Flume, 1978, S. 241/256, in Verallgemeinerung des Forsthoff'schen Begriffs der „öffentlichen Unternehmung“, sowie H. Wiedemann/K.-P. Martens, Die Unternehmensqualifikation von Gebietskörperschaften im Recht der verbundenen Unternehmen, AG 1976, 197, 232/233, der in den öffentlichen Unternehmen politisch einflußbare Leistungsträger mit öffentlich-rechtlicher Zielsetzung sieht.

¹³ B. Kropff, Politische und administrative Einflußnahme auf Unternehmen des industriellen Bundesvermögens, in: P. Eichhorn (Anm. 6), S. 79/82 f., 85.

¹⁴ Vgl. BGHZ 69, 334/345 f.

¹⁵ F. Rittner, Der Staat (Anm. 12), S. 256.

rechtlichen Vorschriften nicht geeignet und nicht ausreichend sind, das hier wirksame politische und administrative Potential rechtsstaatlich befriedigend zu binden.

Die Verschiedenartigkeit der öffentlichen Zwecke und die erheblichen Abstufungen¹⁶, mit denen sie in der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wirksam sind¹⁷, erlauben es nicht, die juristische Betrachtung nur auf der allgemeinen Beurteilung aufzubauen, daß die öffentliche Hand sich lediglich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben wirtschaftlich betätigen dürfe. Eine Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand kann, auch ohne daß durch sie unmittelbar ein Verwaltungszweck verwirklicht wird, dennoch einem öffentlichen Interesse dienen, und zwar auch dadurch, daß sie unternehmerisch und marktwirtschaftlich geführt wird. Auf der anderen Seite würde die Betrachtung um einen wesentlichen juristischen Maßstab verkürzt werden, wenn die verfolgten öffentlichen Interessen oder Verwaltungsaufgaben ganz außer acht blieben¹⁸.

4. Die rechtliche Bedeutung des Kriteriums der „öffentlichen Aufgabe“

„Öffentliche Aufgabe“ ist ein mehrdeutiger Ausdruck, der bei ungenauer Verwendung mehrere Begriffe zugleich bezeichnen und so stimmte öffentliche Aufgabe in den Unternehmenszweck aufgenommen, insbes. ein Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung. Soweit hier privatrechtliche Rechtsformen gewählt werden, gelten die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts.

„Öffentliche Aufgabe“ ist ein mehrdeutiger Ausdruck, der bei ungenauer Verwendung mehrere Begriffe zugleich bezeichnen kann und so Unklarheit begünstigen kann¹⁹. Öffentliche Aufgaben können auch privaten oder sonstigen nichtstaatlichen Rechtssubjekten zugeschrieben werden²⁰. Eine derartige Kennzeichnung meint, daß eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmter Wirkungskreis des privaten, privatwirtschaftlichen oder sonstigen nichtstaatlichen Gesellschaftssektors eine spezifi-

¹⁶ F. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 177.

¹⁷ Die Anknüpfung der unternehmerischen Mitbestimmung an die Unternehmensform schwächt die öffentliche Zweckbindung bei den Unternehmen der öffentlichen Hand, die unmittelbare Verwaltungsaufgaben erfüllen, stärker als im Anwendungsbereich der Personalvertretung (vgl. V. Emmerich, Bürgerschaftliche Kontrolle, S. 89; G. Röss, Regierungskontrolle von öffentlichen (staatlichen und halbstaatlichen) Industrieunternehmen, in: Festschrift für Bernhard C. H. Aubin, 1979, S. 129/137).

¹⁸ So V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 128 f., 132, 148 ff. und ders., Öffentliche Produktion, II: Rechtsformen, HdWW Bd. 5, 1980, S. 457 f.

¹⁹ W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 156 ff.; P. Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung, 1980, S. 36 ff.

²⁰ Siehe die nähere Erläuterung bei F. Ossenbühl, Grundfragen zum Rechtsstatus der Freien Sparkassen, 1979, S. 34 ff., 95.

sche Bedeutung für die Gesamtheit oder das gemeine Wohl aufweist und deshalb z. B. besonderer rechtlicher Regelung oder staatlicher Beaufsichtigung bedürftig und zugänglich ist. In diesem Sinn kann man Großunternehmen etwa der Rohstoff- oder Verkehrsversorgung eine „öffentliche Aufgabe“ zusprechen; nicht zufällig finden sich hier Verflechtungen privater und öffentlicher Beteiligungen²¹. Wird dagegen einer Tätigkeit oder einem Wirkungskreis des Staates oder eines vom Staat abhängigen oder beherrschten Rechtsträgers die Eigenschaft beigelegt, daß eine öffentliche Aufgabe verwirklicht werde, wird auf den Rechtsgrund und die Rechtfertigung abgestellt, die diese Aufgabe oder dieser Wirkungskreis in den verfassungsrechtlich geordneten Staatsaufgaben und – im Bereich der Exekutive – in den verwaltungsrechtlich festgelegten Verwaltungszwecken haben. Wenn auch Existenz, Modus und Verwirklichungsdichte der öffentlichen Aufgaben des staatlichen Sektors einschließlich der öffentlichen Unternehmen umstritten und zweifelhaft sein können, so ist doch daraus nicht auf die juristische Wertlosigkeit des Kriteriums der „öffentlichen Aufgabe“ zu schließen²². Die durch eine Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand erfüllte öffentliche Aufgabe oder das für sie maßgebliche öffentliche Interesse können mit dem Prinzip der „Gemeinwirtschaftlichkeit“ verbunden sein, wonach die Leistungsdarbietung – wie z. B. bei der Deutschen Bundespost – von der Rentabilität mehr oder weniger gelöst ist²³. Auch hier ist jedoch eine Unterscheidung angebracht. Denn „Gemeinwirtschaft“ ist außerdem ein Programm der Wirtschaftsorganisation und der Unternehmensverfassung mit verschiedenen Spielarten²⁴. Die aus den Auseinandersetzungen der Weimarer Zeit stammenden Ausdrücke „Gemeinwirtschaft“, „gemeinwirtschaftlich“, mit dem Unterfall des „Gemeineigentums“ (vgl. Art. 156 WeimRVerf, Art. 15, 74 Nr. 15 GG) bezeichnen eine in öffentlicher Verantwortung, aber mit einem Einschluß von wirtschaftsdemokratischer Selbstverwaltung oder wenigstens Mitbestimmung wahrgenommene Wirtschaftsführung, die sich nicht an dem erwerbswirtschaftlichen Prinzip der Gewinnmaximierung orientiert, sondern an dem Ziel der bedarfsgerechten Versorgung. In neueren Konzepten der Gemeinwirtschaft ist die in den Sozialisierungsartikeln der Verfassungen vorausgesetzte institutionalisierte öffentliche Verantwortung zurückgetreten. Der Ton liegt jetzt mehr auf der Entwicklung „nicht-kapitalistischer“, „nichtprivater“ Unternehmensformen, die es

²¹ H. J. Mertens/Cb. Kirchner/E. Schanze, S. 92f.

²² Gegen V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 156ff.; ders., Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, JuS 1970, 332/335; ders., Bürgerschaftliche Kontrolle, S. 94.

²³ P. Badura, Der Paketdienst der Deutschen Bundespost, in: Jahrbuch der Dt. Bundespost, 1978, S. 76/96ff.

²⁴ H. Klein, S. 214ff.

erlauben mit unternehmerischen Mitteln in der Marktwirtschaft altruistische Ziele zu verfolgen, die in Leistung und Ergebnis letztlich einem außerwirtschaftlichen Ziel dienen und entsprechend organisiert sind²⁵. Neben den Unternehmen der öffentlichen Hand werden dafür bisher nur die Unternehmen der Gewerkschaften – siehe die „Bank für Gemeinwirtschaft“ – in Anspruch genommen.

Zu den gemeinderechtlichen Voraussetzungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, die die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung „wirtschaftlicher Unternehmen“ durch die Gemeinde einschränken, gehört es, daß „der öffentliche Zweck“ das Unternehmen erfordert (Art. 89 Abs. 1 Nr. 1 BayGemO, u. s.). Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden bleibt dadurch, abgesehen etwa von Nebenbetrieben, im wesentlichen auf die Leistungsverwaltung verwiesen²⁶. Die spezifisch kommunalpolitische Zielsetzung dieser dem Muster der §§ 67 ff. DGO folgenden gemeinderechtlichen Vorschriften verbietet den Rückschluß auf das Zugrundeliegende allgemeiner Grundsätze für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand.

Die Regelungen des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder über die Beteiligung des Staates an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts (§ 65 BHO; Art. 65 BayHO, u. a.)²⁷ geben einen größeren Spielraum²⁸. Die haushaltsrechtliche Bindung ist als Sollvorschrift gefaßt. Eine der hier aufgestellten Richtlinien fordert, daß die Beteiligung nur erfolgen soll, wenn „ein wichtiges Interesse“ des Staates vorliegt und sich der vom Staat angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt (§ 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO; u. a.). Die Beteiligung der öffentlichen Hand an wirtschaftlich tätigen Handelsgesellschaften ist einer der Anwendungsgebiete dieser Vorschriften. Bei einem sachlich hinreichend ins Gewicht fallenden öffentlichen Interesse²⁹ wird auch die „erwerbswirtschaftliche“ Betätigung der öffentlichen Hand in dieser

²⁵ W. Hesselbach, Die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, 1972; H. Ritschl, Marktwirtschaft und Gemeinwirtschaft, 1973; A. von Loesch, Die gemeinwirtschaftliche Unternehmung, 1977.

²⁶ A. Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden (1960), in: ders., Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform, 1968, S. 151/164 ff.; ders., Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, 1961, S. 59 f.; K. Stern/G. Püttner, Die Gemeindegewirtschaft, 1965, S. 72 ff.; K. Helmreich/J. Widtmann, Bayer. Gemeindeordnung, 4. Aufl., 1980, Art. 89, Anm. 7.

²⁷ Für die Sondervermögen und für die bundes- und landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts gelten diese Regelungen entsprechend, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist (§§ 105 Abs. 1, 113 BHO; Art. 105 Abs. 1, 113 Abs. 1 BayHO, u. a.).

²⁸ Zu § 48 RHO und § 60 Abs. 2 RWB: C. E. Fischer, Bundeseigene Erwerbsunternehmen als Haushalts- und Rechtsproblem, FinArch 15, 1954/55, S. 419/425 ff.; H. Klein, S. 188 ff.; V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 189 ff.

²⁹ Siehe E. A. Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 1971 ff. (1973), § 65 BHO, Anm. 8.

Klausel des Haushaltsrechts kein Hindernis finden. Einen Grundsatz der Subsidiarität, wie im Kommunalrecht, stellt das Haushaltsrecht nicht auf³⁰. Die öffentlichen Unternehmen, die ihrem Unternehmenszweck nach eine öffentliche Aufgabe erfüllen und damit zur Leistungsverwaltung zählen, sind den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts unterworfen, soweit sie in privatrechtlichen Rechtsformen handeln. Das bedeutet, daß die Verwaltung bei der so gebundenen Wirtschaftstätigkeit nicht nach Privatautonomie wie ein Privater („fiskalisch“) handelt, sondern trotz der privatrechtlichen Einkleidung ihrer Tätigkeit als vollziehende Gewalt, so daß die Grundrechte, insbes. der Gleichheitssatz, und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungshandelns zu beachten sind³¹. Das gilt für privatrechtliche Leistungsverhältnisse und auch für Handelsgesellschaften, deren Anteile von der öffentlichen Hand gehalten werden; diese sind „der Sache nach“ ein Teil der öffentlichen Verwaltung³².

5. Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht und im Gesellschaftsrecht

Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand in privatrechtlichen Rechtsformen ist Teilnahme am Privatrechtsverkehr und richtet sich nach Privatrecht, soweit nicht davon abweichend die Rechte und Pflichten öffentlich-rechtlicher Bestimmung unterliegen. Dementsprechend findet grundsätzlich auch das Wettbewerbsrecht und das Gesellschaftsrecht Anwendung.

³⁰ Zur Veranschaulichung siehe den jährlich erscheinenden Bericht des Bundesministers der Finanzen: Beteiligungen des Bundes. – In der Liste der „hundert größten Unternehmen“ (F. A. Z., 23. 8. 1980, S. 11) stehen die Veba AG (Bund 43,75 %) an der ersten, die Volkswagenwerk AG (Bund 20 %, Niedersachsen 20 %) an der zweiten, die Ruhrkohle AG (27,21 % Veba, 10,81 % Salzgitter) an der zwölften, die RWE an der dreizehnten, die Salzgitter AG (Bund 100 %) an der 28., die Ruhrgas AG (25 % Gelsenberg, 3,71 % Veba) an der 32., die Saarberg-Gruppe (an der Saarbergwerke AG ist der Bund zu 74 % beteiligt) an der 37. und die VIAG (Bund 84,4 %, Kreditanstalt für Wiederaufbau 15,6 %) an der 38. Stelle. Diese Liste erfaßt nur die Industrieunternehmen und weist die Stelle nach dem Jahresumsatz 1979 zu. Nimmt man die großen öffentlichen Verkehrsunternehmen dazu, müßte der Bundespost die zweite, der Bundesbahn die zehnte und der Lufthansa AG die 38. Stelle zufallen.

³¹ BGHZ 36, 91/95 f.; *Hans J. Wolff/O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 23 II b; *J. Isensee*, Der Fiskalbeamte – ein Fiskalprivileg, DÖV 1970, 397; *W. Leisner*, Die Unzulässigkeit steuerlicher Fiskalprivilegien, BB 1970, 405/406; *E. Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrep. Dtl., 1977, S. 90; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 306. – *V. Emmerich*, Fiskalgeltung, S. 332 ff. lehnt die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht ab, von seinem Standpunkt aus (oben Anm. 18 und 22) folgerichtig. *Emmerich* möchte auf die Einordnung der öffentlichen Unternehmen in die Wettbewerbsordnung abstellen. Er verfißt den Grundgedanken, daß das Privatrecht dort, wo der Staat sich mit seinen Unternehmen am Privatrechtsverkehr beteilige, die Aufgabe der Machtzügelung und Machtneutralisierung übernehme, die gegenüber dem hoheitlich handelnden Staat den Grundrechten zufalle. Siehe zuletzt *ders.*, Öffentliche Produktion (Anm. 18).

³² BGH DB 1969, 1790 (Flughafengesellschaft); BGHZ 52, 325/328 f. (Verkehrsbetrieb einer Stadtgemeinde).

Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden, unterliegen dem Kartellrecht, soweit nicht die Vorschriften über die Bereichsausnahmen etwas anderes ergeben (§ 98 Abs. 1 GWB). Damit wird das Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand, ohne Rücksicht auf die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsform der Leistungsverhältnisse, vom Kartellrecht erfaßt. Daß dabei öffentliche Zwecke verfolgt werden, steht der Anwendung des Kartellrechts nicht entgegen, es sei denn, daß besondere gesetzliche Vorschriften die kartellrechtlichen Rechtsfolgen abändern oder ausschließen. Kein Wettbewerbsverhalten ist es, wenn Leistungen aufgrund Ausübung öffentlicher Gewalt gegeben und gefordert werden³³. Das europäische Gemeinschaftsrecht legt die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten auf ein „System unverfälschten Wettbewerbs“ fest³⁴, läßt aber die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt (Art. 222 EWGV), so daß auch das Bestehen, die Errichtung und die Erweiterung öffentlicher Unternehmen – vorbehaltlich der Abbauverpflichtung für Handelsmonopole (Art. 37 EWGV) – der nationalen Disposition verbleibt³⁵. Das schließt die Wirksamkeit öffentlicher Interessen und öffentlicher Aufgaben in der dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unterliegenden Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand ein, bis hin zu dem planmäßigen Ausbau und Einsatz des öffentlichen Wirtschaftssektors, soweit dabei nicht gemeinschaftsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten verletzt werden, wie das Diskriminierungsverbot (Art. 7 EWGV) und die besonderen Regelungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 90 EWGV). Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, in bezug auf öffentliche Unternehmen Maßnahmen zu unterlassen, die dem EWG-Vertrag, insbes. den Art. 7 und 85 bis 94 widersprechen (Art. 90 Abs. 1 EWGV). Damit ist der wirtschaftspolitischen oder planwirtschaftlichen Instrumentalisierung öffentlicher Unternehmen eine Grenze gesetzt, deren Verlauf allerdings nicht leicht zu erfassen ist³⁶. Es

³³ BGHZ 36, 91/101; 65, 147/149; BGH NJW 1975, 2065; BGHZ 66, 229 (UWG); 67, 81; BGH WM 1977, 480; BKA JuS 1974, 667; V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 254 ff., 281 ff.; ders., Die öffentliche Unternehmung im dt. Konzern- und Wettbewerbsrecht, AG 1976, 225/228 f.; R. Scholz, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132, 1969, S. 97/121 ff., 127 ff., 129; Th. Schwarz, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, 1969, S. 8 ff., 192 ff.; E.-J. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, S. 643; H. Müller-Henneberg, in: Gemeinschaftskonkret, 1974, § 98 Abs. 1 GWB, RNrn. 4-6; O.-F. Frhr. von Gamm, Kartellrecht, 1979, § 1, RNr. 8 und § 98, RNr. 1; F. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 301; P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 33 ff.

³⁴ E.-J. Mestmäcker, S. 642.

³⁵ G. Nicolaysen, Plan-Einsatz öffentlicher Unternehmen und EWG-Vertrag (Art. 90), in: J. H. Kaiser (Hrsg.), Planung III, 1968, S. 311/339, 340 f.; V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 176 f.; H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 658.

³⁶ R. Schmidt, Öffentl. Unternehmen, S. 307 f.; G. Nicolaysen, S. 329, 340; H. P. Ipsen, Gemeinschaftsrecht, S. 658, 661 f.; E.-J. Mestmäcker, S. 642; G. Ress, S. 151.

muß die „Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen sichergestellt“ sein³⁷. Der – gemeinschaftsrechtlich zu definierende – Begriff des öffentlichen Unternehmens erfaßt alle Unternehmen, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums oder in anderer Weise, insbes. durch Beteiligung, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann, soweit es sich nicht um die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Regelung oder Beaufsichtigung privatwirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit handelt³⁸. Eine Sonderregelung trifft Art. 90 Abs. 2 EWGV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Für derartige Unternehmen gelten die Vorschriften des EWG-Vertrages, insbes. die Wettbewerbsregeln, nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert; die Entwicklung des Handelsverkehrs darf jedoch nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EWGV bedingt eine Würdigung der Erfordernisse, die sich einerseits aus der Erfüllung der den fraglichen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe und andererseits aus der Wahrung der Interessen der Gemeinschaft ergeben. Diese Würdigung betrifft die Ziele der allgemeinen Wirtschaftspolitik, welche die Mitgliedstaaten unter der Aufsicht der Kommission verfolgen³⁹. Diese begrenzte Freistellung von den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln knüpft an die Art der von einem Unternehmen erbrachten Leistungen an und privilegiert die mit dem Unternehmen verfolgte besondere Aufgabe⁴⁰. Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe⁴¹ begründet danach für diejenige leistungsverwaltungsrechtliche Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand ein besonderes Regime, die Leistungen „von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ anbietet. Die kompromißhafte Fassung der Vorschrift läßt Zweifel offen, ob und inwieweit öffentliche Unternehmen oder Beteiligungen der öffentlichen Hand gemeint sind, wenn das Leistungsangebot nicht in Ausübung öffentlicher Verwaltung erfolgt.

Die öffentliche Hand unterliegt als Anteilseigner einer Handelsgesellschaft den Vorschriften des Gesellschaftsrechts, soweit das Gesetz nichts

³⁷ Richtlinie der Kommission vom 25. 6. 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. Nr. L 195/35), Erwägungsgründe. Auf diese Richtlinie hat mich freundlicherweise *Ernst Steindorff* aufmerksam gemacht.

³⁸ Art. 2 der Richtlinie vom 25. 6. 1980 (Anm. 37); *G. Nicolaysen*, S. 314; *V. Emmerich*, Wirtschaftsrecht, S. 416; *H. P. Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, S. 663; *E.-J. Mestmäcker*, S. 650.

³⁹ EuGHE XVII (1971), 723/730.

⁴⁰ *V. Emmerich*, Wirtschaftsrecht, S. 452 und *E.-J. Mestmäcker*, S. 662 fordern einschränkend, daß die besondere Zweckbindung rechtlich verbindlich festgelegt sein müsse.

⁴¹ Siehe *H. P. Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, S. 664.

anderes bestimmt, wie in den §§ 394, 395 AktG. Daraus allein, daß mit der Beteiligung das Gemeinwohl oder ein bestimmtes öffentliches Interesse angestrebt wird, erlangt die öffentliche Hand keine besonderen, den gesellschaftsrechtlich umschriebenen Rechtsstatus ändernden oder durchbrechenden Befugnisse. Anteilseignervertreter der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat sind wie die anderen Aufsichtsratsmitglieder auf das Unternehmensinteresse verpflichtet und dürfen die besonderen öffentlichen Zwecke nur in diesem Rahmen zur Geltung bringen. An diesem gesellschaftsrechtlich bestimmten Status ändern die haushaltsrechtlichen Vorschriften nichts, wonach die Beteiligung voraussetzt, daß die öffentliche Hand einen angemessenen Einfluß, insbes. im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält (§ 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO), und wonach der zuständige Minister darauf hinwirken soll, daß die auf Veranlassung des Staates gewählten oder entsandten Mitglieder der Aufsichtsorgane der Unternehmen bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Staates berücksichtigen (§ 65 Abs. 6 BHO)⁴². Das Haushaltsrecht betrifft nur die eigenen und internen Pflichten des Haushaltsträgers, der eine Beteiligung erwirbt oder hält, und löst mögliche Pflichtenkollisionen nicht einseitig zugunsten des jeweiligen öffentlichen Interesses⁴³.

Auch die aktienrechtlichen Vorschriften über konzernrechtliche Beherrschungsverträge und sonstige Abhängigkeitsverhältnisse (§§ 17, 18 AktG) können auf die öffentliche Hand Anweisung finden; auch der Staat kann herrschendes Unternehmen sein⁴⁴. Die aktienrechtlichen Schutzvorschriften zugunsten der Aktionäre und der abhängigen Unternehmen machen keinen Unterschied danach, ob das fremde Unternehmensziel des herrschenden Unternehmens privatwirtschaftlich ist oder auch aus einer

⁴² Die dem § 65 Abs. 6 BHO entsprechenden Regelungen in einigen Landeshaushaltsordnungen, z. B. Art. 65 Abs. 6 BayHO, statuieren unmittelbar die Pflicht der Vertreter der öffentlichen Hand, bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen der öffentlichen Hand zu berücksichtigen.

⁴³ Hierzu *E. A. Piduch*, § 65 BHO, Anm. 16; *G. Röss* (Anm. 17).

⁴⁴ *V. Emmerich*, Wirtschaftsrecht, S. 57, 165f., 212ff.; *ders.*, Öffentliche Produktion, S. 461. – *W. Zöllner*, Zum Unternehmensbegriff der §§ 15ff. AktG, ZGR 1976, S. 1/23ff., tritt für eine nur analoge Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen ein. – Der BGH hat die Streitfrage für den Bund und im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 320 Abs. 5 Satz 3 AktG (Abfindung ausgeschiedener Aktionäre bei der Eingliederung der Gesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft) entschieden, BGHZ 69, 334 – Gelsenberg/Veba; zu diesem Rechtsstreit und den gerichtlichen Entscheidungen: *V. Emmerich*, Öffentl. Unternehmung; *A. von Mutius/G. Nesselmüller*, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als herrschende Unternehmen i. S. des Konzernrechts? NJW 1976, 1978; *H. Wiedemann/K.-P. Martens* (Anm. 12); *H. Würdinger*, Öffentliche Hand und Unternehmen, DB 1976, 613; *F. Rittner*, Der Staat (Anm. 12).

Bindung an das Gemeinwohl oder ein bestimmtes öffentliches Interesse entstammt⁴⁵.

II. Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen

1. Öffentliche Aufgaben und „Rechtsformen“ des öffentlichen Rechts und des Privatrechts

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ist nicht davon abhängig, daß der Träger einer öffentlichen Aufgabe eine öffentlich-rechtliche Organisationsform aufweist und daß die Leistungsbeziehungen zu Dritten öffentlich-rechtlich gestaltet sind. Die in den Wirtschaftsverkehr eintretende öffentliche Hand darf privatrechtlich handeln, sowohl wenn sie wegen eines öffentlichen Interesses im Wettbewerb auftritt oder Unternehmensbeteiligungen hält, als auch wenn sie eine Leistungsaufgabe wahrnimmt und öffentliche Verwaltung ausübt. Andererseits bleibt sie auch bei öffentlich-rechtlicher Gestaltung privatrechtlicher Bindungen unterworfen, die für das Wettbewerbsverhalten maßgebend sind. Die hier zu beobachtenden Gemengelagen und manche zu ihrer Auflösung gesuchten Spitzfindigkeiten dürfen allerdings nicht zu der vereinfachenden Schlußfolgerung verleiten, die scheinbar austauschbaren Gestaltungen wären der Tätigkeit der öffentlichen Hand nur äußerlich, wären nur „Rechtsform“ und nach Zweckmäßigkeit einzusetzende Technik. Mit der Beteiligung an einer Handelsgesellschaft unterwirft sich die öffentliche Hand dem Gesellschaftsrecht und dem darin verkörperten Interessenausgleich. Die Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts muß den öffentlich-rechtlichen Organisationsgrundsätzen genügen und die Wahl öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse für eine Leistungsdarbietung zieht die Geltung verwaltungsrechtlicher Grundsätze notwendig nach sich. Eine allein von der Aufgabenstellung gesteuerte Verfügbarkeit der öffentlichen Hand über die rechtlichen Gestaltungsformen besteht somit nicht, wenn auch die Bedürfnisse der Praxis nicht durch ein doktrinäres Interesse an Übersichtlichkeit und systematischer Ordnung beiseitegeschoben werden dürfen. Beispiele für die gegenüber der Vielfalt der Gestaltungsformen gebotene differenzierte Beurteilung sind die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen, bei denen öffentliche Aufgaben im Bereich der Wettbe-

⁴⁵ BGHZ 69, 334/338, 340. – Die, isoliert gesehen, angreifbaren Annahmen des BGH, jedenfalls auf dem Gebiet industrieller Beteiligungen stünden öffentliches und privatwirtschaftliches Interesse als Triebkräfte wirtschaftlichen Handelns nicht in einem strikten Gegensatz, es sei sogar weder generell noch in Einzelfällen möglich, öffentliche und private Interessenverfolgung scharf voneinander zu trennen (BGHZ 69, 334/339), können ohne Abmaß nur für die hier auszulegenden Regelungen und ihren Schutzzweck Richtigkeit beanspruchen.

werbsteilnahme der öffentlichen Hand durch juristische Personen des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Leistungsbeziehungen verwirklicht werden, ohne daß ein leistungsverwaltungsrechtlicher Unternehmenszweck gegeben ist.

2. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, insbesondere die kommunalen Sparkassen

Neben der als Währungs- und Notenbank des Bundes mit einer besonderen staatsrechtlichen Stellung ausgestatteten Bundesbank (Art. 88 GG) verfügen der Bund und die Länder über eine Anzahl von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten mit unterschiedlichen, bankmäßig abgewickelten Aufgaben und besteht das ausgedehnte System der kommunalen Sparkassen⁴⁶. Die Hälfte des Geschäftsvolumens des Bankenmarktes entfällt auf die öffentlich-rechtlichen Institute⁴⁷.

Die kommunalen Sparkassen unterliegen landesrechtlicher Regelung. Kraft Gesetzes obliegen ihnen als öffentliche Aufgabe die Förderung der Spartätigkeit und eine spezifische Kreditversorgung, sie handeln jedoch als Wettbewerbsunternehmen⁴⁸. Als Aufgabe der Sparkassen legt z. B. Art. 2 Abs. 1 Bayer. Gesetz über die öffentlichen Sparkassen in der Fassung der Bek. vom 1. 10. 1956 (BayBS I S. 574) fest, daß sie der Bevölkerung Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlegung von Ersparnissen und anderen Geldern zu geben sowie dem örtlichen Kreditbedürfnis, insbes. der Bevölkerungsschichten, aus denen die Spareinlagen stammen, zu dienen haben, und daß sie durch geeignete Einrichtungen den Sparsinn der Bevölkerung zu pflegen und den bargeldlosen Zahlungsverkehr in jeder Weise zu fördern haben⁴⁹. Die öffentlich-rechtliche Organisation und Ausgestaltung der kommunalen Sparkassen hat somit in einer besonderen

⁴⁶ U. Twiehaus, Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, 1965; K. Stern/J. Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, 1972.

⁴⁷ F. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 175. – „Beteiligungen“ des Bundes bestehen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau (Bund 71 %, Bund/ERP-Sondervermögen 9 %, Länder 20 %), der Deutschen Siedlungs- und Landesrentenbank (Bund 89,6 %, Nordrhein-Westfalen 9,05 %, Berlin 0,9 %, Bayern 0,45 %), der Deutschen Pfandbriefanstalt (Bund 64,15 %, Bundesausgleichsamt 9,41 %, Dt. Bundesbahn 1,15 %, Bundesanstalt für Arbeit 4,7 %, Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder 5,88 %, Dt. Beamtenversicherung 5,88 %, verschiedene Bundesländer 8,19 %, sonstige 0,64 %) und der Lastenausgleichsbank (Bund/Sondervermögen „Ausgleichsfonds“ 88 %, Bund/ERP-Sondervermögen 12 %). Beteiligungen des Bundes an privatrechtlichen Kreditinstituten der öffentlichen Hand finden sich u. a. bei der Deutschen Bau- und Bodenbank AG (Bund 92,18 %) und der Deutschen Verkehrs-Kreditbank AG (Bundesbahn 100 %).

⁴⁸ BVerwG DÖV 1972, 350; BayVGH VerwRspr. 25, 366/369f.; U. Twiehaus, S. 123 ff., 150f.; W. Rüfner, S. 162 ff.; W. Weber, Organisationsbereich, S. 156; G. Püttner, S. 67; K. Stern/J. Burmeister, S. 69 ff., 107 ff.; F. Ossenbühl (Anm. 20), S. 117. – H. Klein, S. 212 f. sieht die Sparkassen nur als Wettbewerbsunternehmen.

⁴⁹ Siehe K. Helmreich/J. Widtmann, S. 525 ff.

öffentlichen Aufgabe ihre Grundlage. Es fehlt jedoch an einer zum Unternehmenszweck erhobenen leistungsverwaltungsrechtlichen Versorgungsaufgabe, so daß die Rechtsbeziehungen zu den Sparkassenkunden nicht als verwaltungsprivatrechtlich gebundene Verwaltungsrechtsverhältnisse anzusehen sind⁵⁰. Die institutionelle Einbindung und die Abhängigkeit der öffentlichen Sparkassen von den kommunalen Gebietskörperschaften schließt es aus, für sie aus den Grundrechten Schutzrechte gegenüber Organisations- und Aufsichtsmaßnahmen abzuleiten⁵¹.

3. Öffentlich-rechtliche Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen

Die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen (§§ 2, 3 Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen vom 31. 7. 1951, BGBl. I S. 480, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 12. 1974, BGBl. I S. 3693) gehören, zum Unterschied von den öffentlich-rechtlichen Zwangs- und Monopolanstalten, zum „privatrechtlichen Versicherungswesen“ im Sinne des Art. 74 Nr. 11 GG⁵². Das Versicherungsverhältnis wird durch privatrechtlichen Versicherungsvertrag begründet (vgl. § 192 Abs. 2 VVG). Die Zwangs- und Monopolanstalten des Landesrechts⁵³ betreiben das Versicherungsgeschäft im Wege öffentlich-rechtlicher Versicherungsverhältnisse (vgl. § 153 VAG, § 192 Abs. 1 VVG)⁵⁴. Die mit dem von diesen Anstalten hauptsächlich gewährten Brandversicherungsschutz verfolgte öffentliche Aufgabe ist die Erhaltung des Gebäudebestandes; dies wird durch die Sicherung des Wiederaufbaus brandzerstörter Gebäude erreicht, daneben auch durch Vorsorgemaßnahmen gegen Brandgefahr. Der Staat hat die Monopolanstalten, bei denen sich das Versicherungsprinzip mit den Grundsätzen öffentlicher Fürsorge mischt, „aus dem Gedanken der Daseinsvorsorge heraus“ ins Leben gerufen⁵⁵. Eine derart in den Unternehmenszweck einbezogene öffentliche Aufgabe findet sich bei den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherern nicht. Hier läßt sich eine durchgehende Anpassung an die Wettbewerbsbedingungen und das un-

⁵⁰ U. Twiehaus, S. 135f., 139; W. Riefner, S. 405f. – Abw. Hans J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., 1976, § 100 II; K. Stern/J. Burmeister, bes. S. 70ff.

⁵¹ BVerwG DÖV 1972, 350 (betr. Art. 12 Abs. 1 GG); W. Rupp-von Brünneck, S. 370; F. Ossenbühl, S. 95. – Abw. K. Stern/J. Burmeister, S. 231ff.

⁵² BVerfGE 41, 205/218ff.

⁵³ Siehe die Aufzählung in Art. 4 lit. a Erste Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betr. die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) vom 24. 7. 1973 (ABl. der EG Nr. L 228/3). – R. Schmidt/W. Boeck, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Sachversicherung, 3. Aufl., 1979.

⁵⁴ BVerfGE 10, 141/162; 41, 205/219, 227.

⁵⁵ BVerfGE 10, 141/164, 166; 41, 205/217, 227. – Siehe auch R. Schmidt, Weitere Überlegungen zur Lehre von den Unternehmensformen der Individualversicherung, in: Festschrift für Ernst Klingmüller, 1974, S. 391/410.

ternehmerische Verhalten der Konkurrenten beobachten⁵⁶. In etwas dramatischen Formulierungen wird sogar von einer „Schere“ zwischen verwaltungsrechtlichen und marktwirtschaftlichen Anforderungen, einem Zielkonflikt zwischen zweckbestimmter Wirtschaftstätigkeit und institutionsbestimmter Verwaltungstätigkeit⁵⁷, schließlich von einer „Abwanderung“ aus der öffentlichen Verwaltung gesprochen⁵⁸. Aus diesem Sachverhalt ist geschlossen worden, daß die wettbewerbliche Unternehmertätigkeit dieser Anstalten nicht mehr von den öffentlichen Verwaltungsaufgaben des heutigen politischen Gemeinwesens gedeckt sei, so daß es überflüssig, sinnwidrig und verfassungsrechtlich unzulässig sei, sie nur wegen ihrer Organisationsform als juristische Personen des öffentlichen Rechts in die öffentlich-rechtlichen Bindungen der mittelbaren Staatsverwaltung einzubeziehen und ihnen damit auch Grundrechtsschutz vorzuenthalten⁵⁹. Diese Einschätzung schießt angesichts der in den Gesetzen und Satzungen als Tätigkeitsgrundlage der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherer festgelegten öffentlich-rechtlichen Bindungen über das Ziel hinaus. Die Anstalten sind „zum gemeinen Nutzen“ errichtet, unterliegen dem Prinzip der Gemeinnützigkeit, sollen also keine Gewinne erwirtschaften, die an den Staat abzuführen wären, und sind durch das Regionalitätsprinzip beschränkt. Für ihre Gründung waren auch struktur- und wettbewerbspolitische Ziele maßgebend, die ihr Gewicht nicht verloren haben⁶⁰. Damit steht es nicht im Widerspruch, daß Geschäftspolitik und Leistungsdarbietung unternehmerischen Grundsätzen und den Bedingungen des Marktes folgen⁶¹, und daß in den Unternehmenszweck nicht, wie bei den Monopolanstalten, eine leistungsverwaltungsrechtliche Aufgabe aufgenommen ist⁶².

Inhalt und Ausmaß der in der Wirtschaftstätigkeit der Wettbewerbsanstalten wirksamen öffentlichen Interessen ebenso wie die organisatorische Selbständigkeit der Anstalten – unbeschadet der Körperschaftsaufsicht – zeigen einen deutlichen Unterschied gegenüber den kommunalen Sparkassen. Um so weniger kann gesagt werden, daß die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherer ausschließlich Verwaltungszwecke des Staates erfüllten und als Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung zu gel-

⁵⁶ E. Frey, Der Stand der Angleichung der Unternehmensformen in der dt. Versicherungswirtschaft, *VersArch* 1957, S. 21 ff.; R. Schmidt, *Öffentl. Unternehmen*, S. 299.

⁵⁷ R. Schmidt, *Weitere Überlegungen*, S. 406 f.

⁵⁸ W. Weber, *Organisationsbereich*, S. 156.

⁵⁹ W. Weber, *Organisationsbereich*, S. 156, 157 f.; *ders.*, *Versicherungsaufsicht*, S. 237 f.

⁶⁰ R. Schmidt, *Weitere Überlegungen*, S. 396, 405.

⁶¹ Vgl. R. Scholz, *Öffentliche und Privatversicherung unter der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung*, in: *Festschrift für Karl Sieg*, 1976, S. 507/516 f.; F. Rittner, *Wirtschaftsrecht*, S. 176.

⁶² Die Sozialversicherung ist Leistungsverwaltung, nicht aber wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand (siehe *BVerfGE* 39, 302).

ten hätten⁶³. Auch können ihnen nicht allein wegen der Art ihrer Versicherungsgeschäfte „Sozialfunktionen“ im Versicherungsbereich zugemessen werden, die den Wettbewerb mit den privaten Versicherern derart in eine „sozialwirtschaftliche“ Konkurrenz verwandeln würden, daß Wettbewerbsbehandlungen der Anstalten als „eingriffswirksam“ im Sinne einer spezifischen Grundrechtsbindung zu gelten hätten⁶⁴. Die nichtstaatliche Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, die den Anstalten durch ihre normative Grundlage eröffnet ist, verfügt im Rahmen der verhältnismäßig weitgespannten öffentlich-rechtlichen Zweckbindung über einen unternehmerischen Spielraum. Die zu beachtenden öffentlichen Interessen kommen gerade dadurch zur Geltung, daß in den Grenzen des normativ festgelegten Wirkungskreises auf den Unternehmenserfolg hingearbeitet wird. Da die Grundsätze des Verwaltungsrechts für diese Tätigkeit nicht gelten, dürfen auch einzelne Wettbewerbsbehandlungen der Anstalten und Erweiterungen des Tätigkeitsbereiches, soweit dabei der normativ festgelegte Wirkungskreis eingehalten wird, nicht nach den Regeln der Verhältnismäßigkeit oder dem Prinzip der Subsidiarität beschränkt werden⁶⁵. Einen generellen Anspruch auf Chancengleichheit, aus dem sich Bedenken ganz allgemein gegen die „erwerbswirtschaftliche“ Betätigung der öffentlichen Hand, hier im Versicherungswesen, herleiten ließen, gibt es verfassungsrechtlich nicht; gegebenenfalls ist anhand einzelner Grundrechte zu prüfen, ob private Rechtspositionen betroffen oder verletzt sein können⁶⁶.

III. Verfassungsrechtliche Bindungen

1. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand.

Ein grundsätzliches Verbot der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand läßt sich dem Grundgesetz ebensowenig entnehmen wie ein allgemeines Maß ihrer Begrenzung⁶⁷, abgesehen von der weitgespannten

⁶³ So J. Isensee, Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, DB 1979, 145. Es ist widersprüchlich, wenn Isensee von der Erfüllung von Verwaltungszwecken und von den Bindungen des Verwaltungsrechts spricht, denen sich die Anstalten nicht entziehen könnten, dennoch aber – zutreffend – die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts nicht für anwendbar hält (ebd. S. 145 f.).

⁶⁴ So R. Scholz, Öffentliche und Privatversicherung, S. 516 f., 519; B. von Maydell/R. Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzl. Krankenversicherungsträger, 1980, S. 77 ff.

⁶⁵ Entgegen R. Scholz, Öffentliche und Privatversicherung, S. 524 f.

⁶⁶ BVerwGE 17, 306, bes. S. 311.

⁶⁷ BVerwGE 17, 206/311; BGH DÖV 1974, 785; W. Rüfner, S. 211 ff.; H. Klein, S. 98 ff.; V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 107 ff.; R. Scholz, Wettbewerbsrecht, S. 101, 105 ff.; ders., Grenzen staatlicher Aktivität, S. 131; U. Scheuner, Einführung, in: ders., Hrsg., Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 83, K. Stern/J. Burmeister, S. 125, 127.

Richtlinie, daß diese Betätigung einem öffentlichen Interesse dienen muß⁶⁸. Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Leitprinzip der wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers⁶⁹ basiert auf der Vorstellung der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes. Dementsprechend lassen sich allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze, wonach es einer spezifischen „Ermächtigung“ für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bedürfe⁷⁰, ein Prinzip der Subsidiarität zu beachten sei⁷¹ oder – was dem Grundsatz der Subsidiarität entspricht – die öffentliche Wirtschaftstätigkeit nur zulässig sei, wenn sie durch eine öffentliche Aufgabe gefordert oder eine unmittelbare öffentliche Zweckbestimmung gerechtfertigt sei⁷², nicht aufstellen.

Daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einem öffentlichen Interesse dienen muß, bedeutet, daß hierfür eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Staatsaufgaben gefordert ist. Das rückt die Staatszielbestimmungen, besonders den Sozialstaatsatz und die konjunkturpolitische Direktive des Art. 109 Abs. 2 GG, ins Blickfeld und zeigt wieder den hier eröffneten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum der Wirtschafts- und Sozialpolitik. Als Grenzüberschreitung kann nur der Fall erfaßt werden, daß sich die Zielsetzung der als Unternehmer auftretenden öffentlichen Hand darin erschöpft, Waren und Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anzubieten, also „rein“ erwerbswirtschaftlich, staatskapitalistisch vorzugehen. Da die zu fordernde Bindung an ein öffentliches Interesse als ein Satz nur des objektiven Verfassungsrechts gilt, kann seine – übrigens eher hypothetische – Verletzung für sich allein individuelle Rechtspositionen nicht berühren.

2. Die Schutzwirkung der Grundrechte gegenüber einer interventionistischen Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand

Die verfassungsrechtliche Beurteilung bestimmter Wirtschaftsbetätigungen der öffentlichen Hand und der verfassungsrechtliche Schutz pri-

⁶⁸ Die Überleitungsvorschriften in Art. 134 Abs. 1 und 2, Art. 135 Abs. 6 GG (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Reichsvermögens und der preußischen Beteiligungen vom 16. 5. 1961, BGBl. I S. 597) schließen eine Billigung der erfaßten Wirtschaftsengagements durch den Verfassungsgeber ein, sind aber wegen ihrer besonderen Zielsetzung nicht geeignet, die Grundlage für ein allgemeines Verfassungsstatut der staatlichen Wirtschaftstätigkeit abzugeben. Dazu: E. Frey, S. 421 f.; H. Klein, S. 146; V. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 33 f.

⁶⁹ BVerfGE 4, 7/17 f.; 7, 377/400; 50, 290/338; BVerfG GewArch 1980, 160.

⁷⁰ So K. Grupp, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz, ZHR 140 (1976), S. 367/380; R. Scholz, Öffentliche und Privatversicherung, S. 523.

⁷¹ So J. Isensee, Privatwirtschaftliche Expansion, S. 150.

⁷² H. P. Ipsen, Werbefernsehen, S. 2103 f.; H. C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl., 1965, S. 40 f.; J. Berkemann, S. 137 ff.; K. Grupp, S. 381, 388; J. Isensee, Steuerstaat als Staatsform, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 409/431 f.; ders., Privatwirtschaftliche Expansion, S. 147 ff.; G. Püttner, Der Wettbewerb zwischen öf-

vatwirtschaftlichen Handelns gegen eine Beeinträchtigung oder Verdrängung durch öffentliche Wirtschaftstätigkeit muß von den einzelnen Grundrechten ausgehen⁷³. Für die Frage, ob und mit welcher Reichweite das durch die Grundrechte mit ihrem je besonderen Gewährleistungsinhalt begründete Eingriffs- und Schutzverhältnis betroffen ist, muß auf die sachliche Bedeutung und Auswirkung des betrachteten Handelns der öffentlichen Hand für vorhandene oder mögliche privatrechtliche Konkurrenten abgestellt werden. Daß sich die öffentliche Hand privatrechtlicher Organisationsformen bedient und die Angebots- und Leistungsbeziehungen privatrechtlich ausgestaltet, kann nicht abschließend darüber entscheiden, ob der Schutzbereich einer grundrechtlichen Freiheit berührt ist⁷⁴. Wo die öffentliche Hand außerhalb der Leistungsverwaltung mit ihren verwaltungs-privatrechtlichen Bindungen wirtschaftend am Privatverkehrsverkehr teilnimmt, wird die Eigenart des Privatrechts und seiner Regulative weitgehend zur Folge haben, daß eine Grundrechtsbeeinträchtigung ausscheidet, so daß es materiell nicht zu einer „Fiskalgeltung“ der Grundrechte in diesen Fällen kommt. Doch ist das nicht schon und notwendig in der privatrechtlichen Handlungsform begründet. Nach Zweck und Auswirkung kann auch privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand eine über die in der Konkurrenz selbst liegende Beeinflussung hinausgehende Beeinträchtigung oder Verdrängung zur Folge haben, die von dem Schutz- und Ordnungsbereich eines Grundrechts erfaßt wird und demzufolge erhöhten Rechtfertigungsbedürfnissen unterliegt. Entscheidend ist, nach dem von *Rupert Scholz* entwickelten Kriterium, die Eingriffswirksamkeit der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, die nach Art und Gewicht zu einem „Eingriff durch Konkurrenz“ führen kann⁷⁵. Es ist daher zu Recht anerkannt, daß die öffentliche Wirtschaftstätigkeit grundrechtlichen Maßstäben unterworfen ist, soweit ihr Vorrechte und vor allem wenn ihr ein Verwaltungsmonopol eingeräumt wird⁷⁶. Gleiches muß gelten, wo die öffentliche Wirtschaftstätigkeit oder öffentliche Unternehmen nach Zielsetzung oder Wirkung zu Lasten pri-

fentlichen und privaten Unternehmen, in: X. Internation. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1978, S. 291/292; *G. Ress*, S. 133f.

⁷³ BVerwGE 17, 306; *R. Scholz*, Wettbewerbsrecht, S. 105ff.; *F. Rittner*, Wirtschaftsrecht, S. 177f.; *B. von Maydell/R. Scholz*, S. 119ff.; *F. Ossenbühl*, Bundespost (Anm. 7), S. 113ff.

⁷⁴ Gegen *K. A. Bettermann*, S. 11ff., der privaten Gewerbetreibenden den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit in privatrechtlicher Form versagt.

⁷⁵ *R. Scholz*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, AöR 97 (1972), S. 301/305f.; *ders.*, Grenzen staatlicher Aktivität, S. 132; *ders.*, Öffentliche und Privatversicherung, S. 518f.

⁷⁶ *R. Schmidt*, S. 306; *G. Püttner*, Öffentliche Unternehmen, S. 155ff.; *J. Isensee*, Der Fiskalbeamte, S. 403f.; *W. Leisner*, S. 410f.; *P. Lerche*, Rundfunkmonopol, 1970, S. 52ff.; *F. Ossenbühl*, S. 100; *P. Badura*, Paketmonopol, S. 130ff.

vatwirtschaftlicher Konkurrenten wirtschaftslenkend eingesetzt werden bis hin zu dem Grenzfall, daß im einzelnen oder im ganzen eine Verdrängung privatwirtschaftlicher Unternehmen oder Tätigkeiten durch die öffentliche Wirtschaft eintritt⁷⁷. In Sachverhalten dieser Art verläßt die öffentliche Hand den Boden des Privatrechtsverkehrs und der marktwirtschaftlichen Gleichordnung. Je nach der Sachlage werden hier die Berufs- und Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) ihre Schutzwirkung entfalten, die ihnen gegenüber einer bloßen Konkurrenz durch die öffentliche Hand nicht innewohnt. In diesen Fällen der interventionistischen Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand gilt die, an dem jeweiligen Schutzzinhalt der einzelnen Grundrechte auszurichtende⁷⁸ Anforderung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, daß die Intervention durch eine öffentliche Aufgabe hinreichenden Gewichts geboten und in ihrem Beeinträchtigungseffekt verhältnismäßig sein muß.

3. Der Vorbehalt des Gesetzes

Wenn eine nach Zielsetzung oder Auswirkung interventionistische Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand eine Grundrechtsbeeinträchtigung herbeiführt, sei dies im Einzelfall zulässig oder verfassungswidrig, darf das nur durch oder aufgrund Gesetzes geschehen⁷⁹. Der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt kann danach die öffentliche Wirtschaftstätigkeit auch außerhalb des eindeutigen Falles der Begründung eines Verwaltungsmonopols erfassen. Soweit jenseits der grundrechtsbeschneidenden Staatsintervention ein Gesetz postuliert wird, um die Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand wegen möglicher Meinungsverschiedenheiten über ihre Zulässigkeit oder Wünschbarkeit und wegen ihrer erheblichen wirtschafts-, finanz- und verteilungspolitischen Bedeutung zu ordnen und zu begrenzen⁸⁰, wird das nicht als auch verfassungsrechtlich geboten verstanden. Die in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hervorgetretene neuere Wendung, wonach „wesentliche“ Entscheidungen, insbes. soweit der Schutz- und Ordnungsbereich von Grundrechten berührt wird, dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um „Eingriffe“ im Sinne des überkommenen Schutzes von „Freiheit und Eigentum“ handelt⁸¹, legt für die öf-

⁷⁷ R. Torz, S. 211; W. Rüfner, S. 213; R. Schmidt, S. 305; R. Scholz, Grenzen staatlicher Aktivität, S. 132; ders., Öffentliche und Privatversicherung, S. 518 f.

⁷⁸ R. Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), S. 414.

⁷⁹ Der gesetzlich festgestellte Haushaltsplan kommt als dem Vorbehalt des Gesetzes genügende Ermächtigung nicht in Betracht; § 3 HGrG (BVerfGE 38, 121).

⁸⁰ F. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 177 f.

⁸¹ BVerfGE 40, 237/249; 47, 46/78 f.; 49, 89/126 f.

fentliche Wirtschaft nicht weniger als für das Subventionswesen die Frage nahe, ob hier nicht schon die verfassungsrechtliche Scheidelinie zur „Wesentlichkeit“ überschritten ist. Auch wenn dem parlamentarischen Gesetzgeber eine große Marge politischer Disposition darüber zuzugestehen ist, welche Regelungsprobleme und Wirkungen im Felde der Verwaltungstätigkeit im Sinne der verfassungsgerichtlichen Praxis „wesentlich“, also gesetzlicher Regelung bedürftig sind, muß doch eine folgerichtige Durchführung des erweiterten Gesetzesvorbehalts auch die Annahme eines verteilungspolitischen Anwendungsbereichs einschließen. Bei dem Problem eines verteilungspolitischen Gesetzesvorbehalts geht es um die Übernahme einer Verantwortung durch das Parlament, aber auch um die Klarheit und Planmäßigkeit des Staatshandelns. Jedenfalls die Maßstäbe für „wesentliche“ Entscheidungen mit haushaltswirksamen oder verteilungspolitischen Folgen müßten durch Gesetz festgelegt werden. So lange genauere Erwägungen über Gegenstand und Inhalt einer möglichen und im Grundsatz gebotenen Gesetzgebung über die öffentliche Wirtschaft noch ausstehen, bleibt eine Debatte über allgemeine verfassungsrechtliche Erfordernisse wirtschaftlicher oder „erwerbswirtschaftlicher“ Staatstätigkeit zu abstrakt.