

Das Verwaltungsmonopol

Von
Peter Badura



Duncker & Humblot · Berlin

Peter Badura / Das Verwaltungsmonopol

Das Verwaltungsmonopol

Von

Peter Badura

Dr. jur., Universitätsdozent in Erlangen



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

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 lebenswürdige 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

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 Marktbegriff, 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
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
18. Allgemeine wirtschaftspolitische Gesichtspunkte für die Monopolverordnung 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“ diente 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 Territorialherrn 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
	<i>3. Das Verwaltungsmonopol des Wohlfahrts- und Steuerstaates</i>	
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	108
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
<i>2. Lenkungsmonopole</i>	
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 Schrottvermittlungsmopol 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
<i>3. Leistungsmonopole</i>	
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 vorbehaltene 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 Verfassungsvollzug ist. Die Kompetenzen des Gesetzgebers werden durch die Verfassung nicht konstituiert, sondern gebunden	313
<i>1. Schranken der Aktivität des Gesetzgebers</i>	
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
<i>2. Schranken der Begründung von Verwaltungsmonopolen</i>	
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-Henneberg 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

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 Monopulatbeständen 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). *Höffner*¹ 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 Monopoltatbestandes 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.

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).