

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 732

Öffentliches Wettbewerbsrecht

Verhaltensrechtliche Determinanten
von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln

Von

Utz Schliesky



Duncker & Humblot · Berlin

UTZ SCHLIESKY

Öffentliches Wettbewerbsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 732

Öffentliches Wettbewerbsrecht

Verhaltensrechtliche Determinanten
von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln

Von

Utz Schliesky



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schliesky, Utz:

Öffentliches Wettbewerbsrecht : verhaltensrechtliche Determinanten
von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln / von Utz Schliesky. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 732)

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 1996/97

ISBN 3-428-09129-9

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09129-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1996/97 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Sie ist das Endprodukt fast vierjähriger Arbeit und gleichzeitig Gelegenheit, all denjenigen zu danken, die – jeder auf seine Weise – ihren bedeutsamen Anteil am Entstehen des vorliegenden Buches hatten.

Allen voran ist mein Doktorvater, Herr Bundesjustizminister Prof. Dr. *Schmidt-Jortzig*, zu nennen. An seinem Lehrstuhl durfte ich von frühen Studientagen an die menschliche und fürsorgliche Betreuung erleben, aus der sich wissenschaftliche Neigungen entwickeln konnten. Diese Begleitung durch einen Mentor im besten Sinne, der gesprächsbereiter Zuhörer war, wenn man ihn brauchte, und einem zugleich die Freiheit gewährte, die zur Entwicklung eines eigenständigen Geistes erforderlich war, bedeutete mir nicht nur Antrieb und Motivation zur Bearbeitung dieses Themas; diese Erfahrung hat zugleich meinen Lebensweg geprägt. Für all dieses sage ich von tiefem Herzen Dank.

Meinem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. *von Mutius*, schulde ich Dank nicht nur für die prompte Erstellung des Zweitgutachtens. Auch Herr von Mutius hat meinen juristischen Weg von dem ersten Semester über die Erste Juristische Staatsprüfung bis zur Mündlichen Doktorprüfung begleitet und war mir stets ein hilfsbereiter Gesprächspartner, dessen Anregungen und Hilfestellungen weit über das an den Zweitgutachter zu stellende Maß hinausgingen und mich in dem eingeschlagenen Weg bestärkt haben. Hierfür herzlichen Dank.

Diese Arbeit wäre aber auch nicht möglich gewesen ohne die liebevolle Zuneigung meiner Eltern, denen ich diese Arbeit widme. Sie haben mir nicht nur die Möglichkeiten bis zu diesem Werk eröffnet, sondern mich vor allem in einem freiheitlichen Geiste erzogen, der kritisches und eigenständiges Denken erst ermöglicht. Ihnen verdanke ich viel.

Für das "seelische Gleichgewicht", ohne das die fachliche Konzentration kaum möglich ist, habe ich meiner Freundin *Heike Peter* von Herzen zu danken. Sie mußte nicht nur die anstrengende Endphase ertragen, sondern hat mich immer in dem Glauben an das Vorhaben bestärkt.

Ein Dankeschön gilt auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof. Dr. Schmidt-Jortzig, in deren Mitte ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter diese Arbeit anfertigen durfte. Dank gebührt auch Frau *Brigitte*

Wagner, die es in ihrer unnachahmlichen Art geschafft hat, meine Arbeit in das vorliegende Druckformat zu bringen.

Dem Bundesministerium des Innern danke ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Und last but not least, danke ich Herrn Prof. Dr. *Simon* für die Aufnahme meiner Arbeit in die "Schriften zum Öffentlichen Recht".

Altenholz, im Mai 1997

Utz Schliesky

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	19
I. Problemstellung	19
II. Gang der Untersuchung	21
B. Erscheinungsformen wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit	22
I. Erscheinungsformen wirtschaftlicher Tätigkeit (nach herkömmlicher Betrachtungsweise)	22
1. Kein "typisches" öffentliches Unternehmen	22
a) Gesetzliche Ansätze	22
b) Begriffsbestimmungen in Rechtsprechung und Literatur	24
2. Regiebetrieb	28
3. Eigenbetrieb	29
4. Sondervermögen	31
5. Anstalt	31
6. Körperschaft	33
7. Stiftung	35
8. Eigengesellschaft	36
9. Gemischt-wirtschaftliches Unternehmen	38
10. Beteiligung	43
11. Zwischenergebnis	43
II. Wirtschaftslenkung	44
III. Abgrenzung der Wirtschaftslenkung gegenüber der wirtschaftlichen Tätigkeit	45
1. Zielsetzung	46
a) Versorgung oder Entsorgung	47
b) Sozialpolitik (i.e.S.)	48
c) Strukturpolitik	48

d) Wettbewerbspolitik und Monopolkontrolle	49
e) Wahrnehmung vitaler Staatsinteressen	50
f) Konjunkturpolitik	50
g) Gewinnerzielung	51
h) Zwischenergebnis	52
2. Rechts- und Handlungsformen	52
3. Struktur	53
4. Rechtsbetroffenheit	54
a) Anwendbarkeit des grundrechtlichen Maßstabes	57
aa) Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG	58
(1) Grammatikalisch	58
(2) Historisch	59
(3) Systematisch	60
(4) Teleologisch	61
bb) Unterschiedliche Lösungsansätze	61
(1) Keine Grundrechtsbindung	61
(2) Mittelbare Grundrechtsbindung	65
(3) "Verwaltungsprivatrecht"	66
(4) Umfassende Grundrechtsbindung	69
b) Rechtsbetroffenheit durch Wirtschaftslenkung	76
aa) Unmittelbar	76
(1) Klassischer Eingriffsbegriff	76
(2) Fehlende Imperativität	77
(3) Kein Rechtsakt	78
bb) Mittelbar	78
cc) Ergebnis	83
c) Rechtsbetroffenheit bei wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates	83
aa) Unmittelbar	83
(1) Klassischer Eingriffsbegriff	83
(2) Fehlende Imperativität	84
(3) Kein Rechtsakt	85
bb) Mittelbar	86
(1) Kein Eingriff durch Konkurrenz	86
(2) Eingriff erst ab hoher Eingriffsschwelle	88
(3) Eingriff durch Konkurrenz	88

cc) Ergebnis	91
5. Ergebnis: Abgrenzung nicht möglich	92
IV. Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen wettbewerbsrelevanter Staats- tätigkeit	94
1. Das Wettbewerbsverhältnis	94
2. Darstellung der einzelnen Wettbewerbsverhältnisse	96
a) Unmittelbare Konkurrenzsituation (Verwaltungsträger beein- flußt die Wettbewerbssituation durch eigenes unternehmeri- sches Tätigwerden)	96
aa) Zwei Verwaltungsträger	97
bb) Verwaltungsträger und Privater	97
cc) Öffentliches Unternehmen in privatrechtlicher Organisa- tionsform und Privater	99
dd) Kunde begehrt Unterlassung	99
b) Verwaltungsträger beeinflußt Wettbewerbsstellung des Unter- nehmers durch Einflußnahme auf den Nachfrager	100
c) Verwaltungsträger beeinflußt durch belastende Maßnahme gegenüber dem Unternehmer dessen Wettbewerbsstellung	102
d) Verwaltungsträger beeinflußt durch begünstigende Maßnahme gegenüber einem Mitbewerber die Wettbewerbsstellung des Unternehmers	102
3. Das Wettbewerbsverhältnis bei wettbewerbsrelevanter Staatstätig- keit (abstrakt)	103
a) Vorgaben durch die Rechtsverhältnislehre ?	104
b) Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts	108
c) Das subjektive öffentliche Recht als Mittelpunkt des Wettbe- werbsverhältnisses	109
d) Bedeutung der Handlungsformen der Verwaltung im Wettbe- werbsverhältnis	110
e) Bedeutung des Wettbewerbsverhältnisses im hier verwandten Sinne	111
 C. Zulässigkeit wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit	 112
I. "Wirtschaftsfreiheit" des Staates	112
1. Vorgaben einer Wirtschaftsverfassung	112
a) Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts	114
b) Die Literatur	117

2. Einzelaussagen des Grundgesetzes	125
a) Subsidiaritätsprinzip	125
b) Rechtsstaatsprinzip	130
c) Sozialstaatsprinzip	132
d) Art. 28 Abs. 2 GG	134
e) Art. 30, 83 ff. GG	137
aa) Grundsatzregelung Art. 30 GG	137
(1) Geltung des Art. 30 GG bei wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates	138
(2) Bedeutung des Art. 30 GG für die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates	141
bb) Art. 83 ff. GG	142
(1) Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG	143
(a) Wortlaut	146
(b) Historische Auslegung	147
(c) Systematische Auslegung	147
(d) Teleologische Auslegung	148
(e) Ergebnis	150
(2) Art. 87 Abs. 2 GG	150
(3) Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG	151
(4) Art. 87 d GG	152
(5) Art. 87 e GG	153
(6) Art. 87 f GG	156
f) Art. 70 ff. GG	160
g) Art. 88 GG	161
h) Art. 91 a GG	162
i) Abgabenhöhe des Staates	164
j) Art. 109 Abs. 2 GG	167
k) Art. 110 Abs. 1 GG	169
l) Art. 130, 133, 134, 135 GG	169
aa) Art. 130 GG	169
bb) Art. 133 GG	170
cc) Art. 134 GG	170
dd) Art. 135 GG	170
ee) Zusammenfassung	171

m) Grundrechte	171
aa) Begrenzung der Wirtschaftsfreiheit	171
bb) Begründung der Wirtschaftsfreiheit	172
(1) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	173
(2) Juristische Personen des Privatrechts	177
(3) Art. 15 GG	180
cc) Ergebnis	181
3. Allgemeine Legitimation wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit	181
II. Zusammenfassung Wirtschaftsfreiheit	187
III. Wettbewerbsfreiheit	188
D. Grenzen der Wettbewerbsfreiheit des Staates	189
I. Wettbewerb als Institut	189
II. Grundrechte der privaten Marktteilnehmer	194
1. Art. 12 Abs. 1 GG	195
a) Schutzbereich	195
b) Eingriff	202
aa) Neue Konturen des Eingriffsbegriffes	203
(1) Zurechenbarkeit	203
(2) Eingriffsgleiche Beeinträchtigung	205
(3) Grundrechtsspezifische Einwirkung	205
(4) Vorhersehbarkeit	206
(5) Finalität	207
(6) Soziale Adäquanz	208
(7) Schutzzweck der Norm bzw. funktionaler Schutzbereich	209
(8) Schutzbereichsabhängiger Eingriffsbegriff	210
(9) Intensität	211
(10) Konturen eines neuen Eingriffsbegriffes	213
bb) Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit	215
c) Rechtfertigung des Eingriffs; Gesetzesvorbehalt	216
aa) Haushaltsgesetz i.V.m. Haushaltsplan	218
bb) Aufgabenzuweisungsnormen	220
cc) Grundrechtliche Schutzpflichten	224
dd) Randnutzung	227

ee)	Allgemeine Anforderungen an eine hinreichende Rechts- grundlage	231
	(1) Problem der Eingriffsstruktur	232
	(2) Problem der Vorhersehbarkeit	233
	(3) Lösung: Modifizierung der Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm (Regelungsdichte)	236
	(4) Struktur einer Rechtsgrundlage für wettbewerbs- relevante Staatstätigkeit	242
ff)	Beispiele für taugliche Rechtsgrundlagen	243
	(1) § 4 Abs. 1 S. 5 PostVerfG a.F.	244
	(2) § 39 b ArzneimittelG a.F.	244
	(3) Polizeiliche Generalklausel	248
gg)	Beurteilung bei Fehlen einer einfachgesetzlichen Grundlage	248
hh)	Exkurs: Anderweitig begründeter Gesetzesvorbehalt	255
2.	Art. 14 Abs. 1 GG	257
a)	Schutzbereich	258
aa)	Warnungen	263
bb)	Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates	265
cc)	Subventionen	268
b)	Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG	269
c)	Eingriff	271
d)	Rechtfertigung	271
3.	Art. 2 Abs. 1 GG	272
4.	Art. 3 Abs. 1 GG	274
III.	Einfachgesetzliche Grenzen der Wettbewerbsfreiheit	278
1.	UWG	278
a)	Anwendbarkeit	278
aa)	Begründung des Bundesgerichtshofs	279
bb)	Kritik	281
	(1) Gleichordnungsverhältnis	281
	(2) Maßgeblichkeit des Leistungs- oder Wettbewerbsver- hältnisses	284
	(3) Rechtsnatur des § 1 UWG	290
	(4) These von der Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen	296
	(5) Trennung zwischen "Ob" und "Wie" wettbewerbsrele- vanter Staatstätigkeit	304

cc) Ergebnis	310
b) Verhältnis des verhaltensrechtlichen Maßstabes nach § 1 UWG zu dem grundrechtlichen Verhaltensmaßstab	311
c) § 1 UWG	313
aa) "Wer"	313
bb) "Handeln im geschäftlichen Verkehr"	314
(1) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Zwei Verwaltungs- träger	317
(2) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Verwaltungsträger bzw. öffentliches Unternehmen und Privater	318
(3) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Öffentliches Unter- nehmen in privatrechtlicher Organisationsform und Privater	318
(4) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Kunde begehrt Unter- lassung	319
(5) Verwaltungsträger beeinflusst Wettbewerbsstellung des Unternehmers durch Einflußnahme auf Kunden	319
(6) Verwaltungsträger beeinflusst durch hoheitliche Maßnah- me gegenüber einem privaten Unternehmer dessen Wett- bewerbsstellung	320
(7) Verwaltungsträger beeinflusst durch begünstigende ho- heitliche Maßnahme gegenüber Mitbewerber die Wett- bewerbsstellung des Unternehmers	321
(8) Ergebnis	321
cc) "Zu Zwecken des Wettbewerbs"	322
(1) Objektive Komponente: Wettbewerbseignung	323
(2) Subjektive Komponente: Wettbewerbsabsicht	323
(3) Wettbewerbsverhältnis	324
(4) Untersuchung der Fallgruppen auf ein "Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs"	331
(a) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Zwei Verwal- tungsträger	331
(b) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Verwaltungs- träger bzw. öffentliches Unternehmen und Privater	332
(c) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Öffentliches Unternehmen in privatrechtlicher Organisations- form und Privater	333
(d) Unmittelbare Konkurrenzsituation: Kunde begehrt Unterlassung	335

(e)	Verwaltungsträger beeinflusst Wettbewerbsstellung des Unternehmers durch Einflußnahme auf Kunden	336
(f)	Verwaltungsträger beeinflusst durch hoheitliche Maßnahme gegenüber einem privaten Unternehmer dessen Wettbewerbsstellung	339
(g)	Verwaltungsträger beeinflusst durch begünstigende hoheitliche Maßnahme gegenüber Mitbewerber die Wettbewerbsstellung des Unternehmers	341
(5)	Ergebnis	342
dd)	"Verstoß gegen die guten Sitten"	343
(1)	Maßstab	343
(2)	Weitere Fallgruppen	352
(a)	Kundenfang	353
(aa)	Täuschung	353
(bb)	Mißbrauch der Hoheitsstellung	357
(cc)	Erschleichen von Vorteilen	364
(dd)	Irreführende Werbung	365
(ee)	Belästigung	367
(b)	Behinderung	370
(aa)	Absatzbehinderung	372
(bb)	Boycott	373
(cc)	Preisunterbietung	376
(dd)	Vergleichende Werbung	382
(ee)	Geschäftsehrverletzung	386
(c)	Ausbeutung	387
(d)	Vorsprung durch Rechtsbruch	389
(e)	Marktstörung	397
ee)	Ergebnis zu § 1 UWG	404
d)	Weitere UWG-Vorschriften	405
2.	GWB	408
a)	Anwendbarkeit	408
b)	Verhältnis zum UWG	411
c)	Maßstab	413
d)	Einzelvorschriften	415
aa)	§ 1 i.V.m. § 35 Abs. 1, 3 GWB	416
bb)	§ 26 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 1, 3 GWB	417
cc)	§ 26 Abs. 2 i.V.m. § 35 Abs. 1, 3 GWB	418

e) Zusammenfassung	421
3. Haushaltsgrundsätzegesetz; Bundeshaushaltsordnung und Haushaltsordnungen der Länder	422
a) § 6 HGrG und § 7 BHO	423
b) § 65 Abs. 1 BHO	428
4. Gemeindegewirtschaftsvorschriften	433
a) Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen	434
aa) Wirtschaftliches Unternehmen	435
bb) Öffentlicher Zweck (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH)	439
cc) Verhältnis zu Leistungsfähigkeit und Bedarf (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH)	441
dd) Sog. Funktionssperre (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH)	442
(1) Grammatische Auslegung	443
(2) Historisch-genetische Auslegung	444
(3) Systematische Auslegung	445
(4) Teleologische Auslegung	445
(5) Ergebnis	447
ee) Verhältnis zu § 1 UWG	447
b) Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften (§ 102 GO SH)	449
c) Sonstige Bindungen	453
E. Rechtsweg bei Streitigkeiten im Öffentlichen Wettbewerbsrecht	455
I. Situationsaufnahme	455
II. Zivilrechtsweg	457
III. Stichhaltigkeit der Argumente	461
1. Trennung zwischen Leistungs- und Wettbewerbsverhältnis	461
2. Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen	462
3. Anwendung der Subjektionstheorie	463
4. Keine Bedeutung der Untersagung von Staatshandeln	463
5. Öffentliches Recht als bloß notwendige Vorfrage	465
6. Größere Sachkunde und Sachnähe der Zivilgerichte	467
7. "Rechtsschutzverweigerung" durch Verwaltungsgerichte	468

IV. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	471
1. Methodische Herleitung	471
2. Rechtsstaatliche Erforderlichkeit	475
F. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen	478
Anhang I	485
Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung vom 3. November 1994	
Anhang II	495
Synopsis der Gemeindegewirtschaftsvorschriften	
Literaturverzeichnis	503
Sachwortverzeichnis	529

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

I. Problemstellung

Klagen aus der Privatwirtschaft sind in Abschwungphasen konjunktureller Zyklen an der Tagesordnung. Diese Klagen betreffen nicht nur die schlechtere Umsatz- oder Ertragslage, sondern richten regelmäßig auch den Blick auf die Rahmenbedingungen des Wirtschaftens in der Bundesrepublik. In den Mittelpunkt der Kritik gerät dabei regelmäßig auch die sog. "Staatsquote", unter der an sich das Verhältnis der Staatsausgaben zum Bruttosozialprodukt verstanden wird, das aber gleichzeitig als Indikator der gesamtwirtschaftlichen Aktivität angesehen wird¹. Mit konstanter Regelmäßigkeit werden volkswirtschaftliche Abschwungphasen daher von Privatisierungsdiskussionen und Forderungen nach einer Aufgabekritik des Staates begleitet.

Ohne auf einzelne Gründe wie etwa die Globalisierung der Wirtschaftsräume oder den einige Branchen betreffenden Strukturwandel eingehen zu können, ist die Feststellung eines rauher werdenden Wirtschaftsklimas einfach zu treffen. Dementsprechend überraschen die derzeit erneut geführte Privatisierungsdiskussion sowie die Forderungen nach einem Rückzug des Staates aus der Wirtschaft bzw. einer Vereinfachung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftens nicht so sehr. Ernüchtert muß der Beobachter aber erkennen, daß die Vorgängerdiskussionen offenbar keinen wesentlichen Ertrag gebracht haben. Zwar hat sicherlich keine Bundesregierung so viel privatisiert wie die jetzige, doch war der Staat auch noch niemals in der Geschichte der Bundesrepublik so stark in die Wirtschaft involviert wie unmittelbar nach der Wiedervereinigung². Dem Beobachter drängt sich aber gleichzeitig der Eindruck auf, daß nicht unbedingt die volkswirtschaftliche Präsenz des Staates das Hauptproblem ist, sondern die bis heute nicht bestehende Einigkeit über die verhaltensrechtlichen Grenzen für wirtschaftsbezogenes Staatshandeln. Trotz aller Diskussionen ist ein dem Staat bei wirt-

¹ *Vahlens Großes Wirtschaftslexikon*, S. 1955. Die Aussagekraft liegt demnach darin, daß die Staatsquote ausdrückt, in welchem Umfang der Staat – in welcher Erscheinungsform auch immer – die Finanzströme kontrolliert und damit am volkswirtschaftlichen Geschehen teilnimmt. In der Tat weist die Statistik langfristig einen Anstieg der Staatsquote aus: 1960: 32,9 %; 1970: 39,1 %; 1980: 48,9 %; 1990: 45,8 %; 1992: 49,3 % (Statistisches Jahrbuch 1993, S. 697).

² Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft* (Hrsg.), Jahreswirtschaftsbericht 1995 der Bundesregierung, S. 41 ff.

schaftlichen Ingerenzen zu präsentierendes einheitliches Verhaltensrecht nicht entwickelt worden. In einigen Rechtsbereichen scheint es vielmehr so, als würde wirtschaftsbezogenes Staatshandeln aus der Entwicklung der Dogmatik bewußt ausgelassen, um vielmehr mit der floskelhaften Wiederholung altbekannter Standardformeln die Problematik möglichst ruhig schlummern zu lassen. So verwundert es denn nicht, daß dem öffentlichen Recht – nach herkömmlichem Verständnis das "Sonderrecht" des Staates – zum Teil keine hinreichende verhaltenssteuernde Funktion, die auch einen ausreichenden Schutz der Mitbewerber gewährleistet, zugetraut wird³. Bestätigt wird dieser Eindruck durch eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen aus den verschiedenen Gerichtsbarkeiten, die sich zum Teil diametral widersprechen, jeweils unterstützt durch entsprechende Literaturstimmen. Als Einzelprobleme seien hier nur die Frage nach der Geltung der Grundrechte, und, falls diese bejaht wird, nach dem Maßstab für die Grundrechtsrelevanz staatlicher Wirtschaftsingerenz genannt. Offene Fragen gibt es auch noch im Hinblick auf "das Wettbewerbsrecht" bzw. zumindest die "allgemeinen Grundsätze" desselben und insbesondere bezüglich der zur Beurteilung berufenen Gerichtsbarkeit.

Die nachfolgende Untersuchung unternimmt den Versuch, wirtschaftsbezogenes Staatshandeln möglichst einheitlich zu erfassen, allgemeingültige verhaltensrechtliche Grenzen aufzuzeigen und der zuständigen Gerichtsbarkeit zwecks effektiver Überwachung ihrer Einhaltung zuzuweisen. Dabei liegt dieser Arbeit letztlich der Gedanke zugrunde, daß ein Wettbewerb, der aufgrund für alle Marktteilnehmer erkennbarer und effektiv durchsetzbarer verhaltensrechtlicher Grenzen funktioniert, auch wirtschaftsbezogenes Staatshandeln am effektivsten und sachgerechtesten begrenzt⁴. Das Phänomen wirtschaftsbezogenen Staatshandelns soll dabei sowohl aus der Sicht des agierenden Staates als auch aus der Sicht der davon berührten Privaten beleuchtet werden, so daß tragfähige Ergebnisse unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen erzielt werden können.

Untersuchungsgegenstand ist demnach die Erfassung wirtschaftsbezogenen Staatshandelns und die Entwicklung verhaltensrechtlicher Grenzen für den Staat. Dabei soll sich die Untersuchung auf den aktiv agierenden Staat beschränken, d.h. als Akteur, der wirtschaftslenkend die Rahmenbedingungen für privates Wirtschaften setzt oder als Anbieter auf einem Markt wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet. Ausgeklammert bleibt die – verhaltensrechtlich allerdings ebenfalls bedeutsame – Nachfragemacht des Staates. Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu

³ Deutlich etwa *Niederleithinger*, in: FIW (Hrsg.), Staat als Wettbewerber, S. 45.

⁴ Belegt sei diese Idee mit einem Zitat von *Franz Böhm* (Demokratie und wirtschaftliche Macht, Vortrag auf der Internationalen Kartellkonferenz, Frankfurt a.M. 1960, Bd. I, S. 22): "Der Wettbewerb ist das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte."

sprengen, erscheint auch eine Beschränkung auf den nationalen Rechtskreis angezeigt.

II. Gang der Untersuchung

Den Anfang machen eine Darstellung der Erscheinungsformen wirtschaftsbezogenen Staatshandelns und der Versuch einer Abgrenzung derselben. Zugrunde gelegt wird dabei ein weiter Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs, und zwar im Sinne eines Konkurrierens mehrerer Wirtschaftssubjekte auf einem Markt⁵. Um zu einer verbindlichen Klärung des Begriffes der wettbewerbsrelevanten Staatstätigkeit zu kommen, muß von den vorfindbaren Erscheinungsformen wirtschaftsbezogenen Staatshandelns ausgegangen werden, da all diesen staatlichen Verhaltensweisen gemein ist, daß sie unmittelbar oder mittelbar den Wettbewerb betreffen und so für den Untersuchungsgegenstand Bedeutung gewinnen. Zu nennen⁶ sind hier vor allem die eigene wirtschaftliche Tätigkeit des Staates und die Wirtschaftslenkung⁷.

Diesem folgt eine Kategorienbildung, mit deren Hilfe häufig wiederkehrende Arten der Einwirkung des Staates auf den Wettbewerb erfaßt werden können. Nach dieser "Bestandsaufnahme" gilt es, die Zulässigkeit wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit zu untersuchen und damit die Frage nach einer eventuell bestehenden "Wirtschafts- bzw. Wettbewerbsfreiheit" des Staates und deren Herkunft zu klären. Kann eine Zulässigkeit wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit bejaht werden, so sind einheitliche verhaltensrechtliche Grenzen zu entwickeln, wobei die Frage nach einer möglichen Aktualisierung der Grundrechte sowie des "klassischen" Wettbewerbsrechts im Mittelpunkt stehen soll. Den Abschluß bildet dann die Rechtswegproblematik.

⁵ Ähnlich *Kluth*, S. 7; zu den Schwierigkeiten bei Definitionsversuchen *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 14 Rn. 21 ff.

⁶ Vgl. allgemein zur staatlichen Einflußnahme auf die Wirtschaft *Stober*, WiVerwR, S. 161 ff. Die Bezeichnung der einzelnen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Kategorien wird im Schrifttum nicht einheitlich vorgenommen, vgl. nur *Püttner*, WiVerwR, S. 26; *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, Rn. 797 ff.; *Stober*, WiVerwR, S. 161 ff.; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge, S. 154 ff.

⁷ Zur Terminologie s. nur *Stober*, Handbuch, S. 574 ff., 595 f., 652 ff.