

Karl Albrecht Schachtschneider

Staatsunternehmen
und
Privatrecht

Kritik der Fiskustheorie,
exemplifiziert an §1 UWG



1986

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider
Professor an der Universität Hamburg

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schachtschneider, Karl Albrecht:
Staatsunternehmen und Privatrecht:
Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert
an § 1 UWG/Karl Albrecht Schachtschneider. —
Berlin; New York : de Gruyter, 1986
ISBN 3 11 010141 6

©
Copyright 1986 by

Walter de Gruyter & Co. 1000 Berlin 30

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Druck: Hildebrand, Berlin 65

Bindarbeiten: Verlagsbuchbinderei Dieter Mikolai, Berlin 10

MEINER FRAU

VORWORT

Mit dem Wort »Sittengesetz« weist das Grundgesetz auf die Philosophie der praktischen Vernunft Immanuel Kants, Vater unserer freiheitlichen Ethik. Auf dem kantischen Autonomieprinzip gründet meine Kritik der seit langem ärgerlichen Fiskustheorie, aber auch mein Begriff der guten Sitten im Wettbewerb. Autonomie und Konsens sind die Prinzipien des Privaten und des Staatlichen in einem freiheitlichen Gemeinwesen. Das Recht des Privaten, das Privatrecht, setzt Privatheit, die es regelt, voraus. Privatheit ist als das Recht und die Pflicht zur Sittlichkeit die Freiheit. Frei sind die Menschen, nicht ihr Staat, auch nicht der Staat als Unternehmer. §1 UWG beispielsweise ist nur dem Privaten adäquat, nicht aber dem Staatlichen; denn diese Vorschrift regelt freies Verhalten.

Der Fachbereich Rechtswissenschaft I (FB 02) der Universität Hamburg hat diese Schrift im Wintersemester 1985/86 als Habilitationsleistung anerkannt. Prof. Dr. Dr. Ernst-Joachim Mestmäcker und Prof. Dr. Werner Thieme haben großzügig die Mühe der Gutachten auf sich genommen. Beiden schulde ich außerordentlichen Dank. Einen Entwurf der Schrift hat Prof. Dr. Jürgen Schwabe kritisch gelesen. Prof. Dr. Peter Erlinghagen hat mir im Habilitationsverfahren stets mit seinem Rat zur Seite gestanden. Dafür danke ich beiden sehr.

Dem Verlag de Gruyter gilt mein Dank für die Veröffentlichung des Buches. Die fotomechanische Reproduktion, die Subventionen erübrigt hat, habe ich im Rahmen eines Tests datengestützter Textverarbeitung der Universität Hamburg und der Firma IBM vorbereitet. Die Schreivarbeiten und die Texterfassung haben Gerda Rohlf's, Heike Stratmann und Heinz-Hagen Beck dankenswert unterstützt. Publikationen, die nach dem Wintersemester 1983/84 erschienen sind, habe ich nur noch vereinzelt berücksichtigt.

Hamburg, im Februar 1986

K. A. Schachtschneider

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	1
1. Teil Problemskizze einer Kritik der Fiskustheorie am Beispiel des § 1 UWG	5
2. Teil Die Diskussion des wettbewerblichen Charakters staatsunternehmerischer Marktteilnahme	25
3. Teil Das Autonomieprinzip des Grundgesetzes	97
4. Teil Das Problem autonomiegerechter Realität	135
5. Teil Die Staatstheorie nach dem Autonomieprinzip des Grundgesetzes; Kritik des funktionalistischen Begriffs des Staatlichen	173
6. Teil Die Staatstheorie nach dem Autonomieprinzip des Grundgesetzes; die institutionelle Theorie des Staatlichen	235
7. Teil Wettbewerblichkeit und Staatlichkeit	281
8. Teil Die Inadäquanz der "guten Sitten" im Sinne des § 1 UWG als Maßstab staatlichen Verhaltens	363
Zusammenfassung	455

INHALT

Einleitung	1
1. Teil	
Problemskizze einer Kritik der Fiskustheorie am Beispiel des § 1 UWG	5
1. Kapitel	
Die fiskustheoretische Staatspraxis	6
2. Kapitel	
Die substantielle Fiskustheorie als thematisches Problem	10
3. Kapitel	
Verfassungsrechtliche Problemskizze der Fiskustheorie	17
2. Teil	
Die Diskussion des wettbewerblichen Charakters staatsunternehmerischer Marktteilnahme	25
1. Kapitel	
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die dieser folgende Praxis und Lehre	
I Die Privatrechtlichkeit des Wettbewerbsverhältnisses nach Rechtsprechung und herrschender Lehre	26
II Die Nachfragewahlmöglichkeit als Kriterium für die Gleichheit der Anbieter	28
III Die bloße Wettbewerbsfähigkeit als Kriterium des Wettbewerbsverhältnisses nach der Neutralitätstheorie	28
IV Die Rechtswegproblematik und Aspekte aus §§ 23a, 27 UWG	29
2. Kapitel	
Wolfgang Hefermehl	
I Hefermehls wettbewerbsrechtliche Schutzzwecklehre	
1. Die Schutzsubjektslehre Hefermehls	31
2. Kritik an Hefermehls Schutzsubjektslehre	32
a) Öffentliches Recht und Privatrecht	32
b) Schutz der Allgemeininteressen und funktionale Administration	

des Wettbewerbs durch die Wettbewerbsrichter	33
c) Funktionsinadäquanz der wettbewerbsrechtlichen Kontrollinitiative	33
3. Die Schutzobjektslehre Hefermehls	34
4. Kritik an Hefermehls Schutzobjektslehre	35
5. Die Unanwendbarkeit des § 1 UWG auf staatliches Verhalten nach Hefermehls Schutzzwecklehre	
a) Keine staatlichen Privatinteressen	35
b) Objektivierungsbedürftigkeit privater Interessen für deren Judiziabilität	36
c) Kompetenz zur staatsunternehmerischen Interessenkonkretisierung	36
d) Verwaltungsprozeßcharakter des Wettbewerbsstreits mit Staatsunternehmen	36
e) Der Staatlichkeit inadäquates Kontrollsystem	37
f) "Gute Sitten" als Maßstab staatlichen Verhaltens?	37
II Wettbewerbliche Freiheit und Rivalität bei Hefermehl	
1. Wettbewerbsfreiheit als Bedingung des Wettbewerbs	38
2. Veranstalteter Wettbewerb als Entmachtungsinstrument	39
3. Keine Wettbewerbsfreiheit des Staates	39
4. Schlußfolgerung	40
III Kritik an der wettbewerbsrechtlichen Subjektivität des Staates als Unternehmer nach Hefermehls Lehre	
1. Unterschied zwischen wirtschaftlicher und wettbewerbllicher Staatstätigkeit	41
2. Die ultra-vires-Lehre	41
3. Das Wahlrecht der Marktpartner als Hefermehls Kriterium staatlicher Wettbewerbllichkeit	42
4. Kritik an Hefermehls Argumentation	43
5. Privilegierungsverbot gegenüber dem 'Wettbewerber' Staat?	44
6. Schlußkritik an Hefermehl	44
3. Kapitel	
Helmut Schrickler	
I Überlagerung der wettbewerbsrechtlichen Maximen durch öffentliches Recht und öffentliche Interessen	45
II Wettbewerbllichkeit auch hoheitlicher Staatstätigkeit (mit Grund- rechtsproblematik) bei Schrickler	46
III Schrickers neutraler Begriff der Sittenwidrigkeit	47
IV Schrickers Parallelisierung der Wirkungsbereiche von §§ 823ff. BGB und § 1 UWG	48
V Schlußkritik an Schrickler	49
4. Kapitel	
Wolfgang Rüfner	
I Rüfners Überlagerungstheorie, Kritik	50
II Privatrechtlichkeit des Verwaltungshandelns ohne	

Inhaltsverzeichnis	XI
Privatautonomie bei Rüfner, Kritik	51
5. Kapitel	
Hans Hugo Klein	
I Das grundrechtliche Fiskusproblem bei Klein, Kritik	54
II Im öffentlichen Interesse modifizierte Geltung des Wettbewerbsrechts für Staatsunternehmen bei Klein	56
III Klein zum Vernichtungswettbewerb durch Preisunterbietung mit Haushaltsmitteln	57
IV Kleins Gesetzesvorbehalt bei enteignender Ingerenz staatsunternehmerischer Konkurrenz, Kritik	58
6. Kapitel	
Winfried Brohm	
I Brohms funktionalistische und dezisionistische Theorie des Hoheitlichen und des Fiskalischen, Kritik	60
II Hoheitliche Kompetenzen von Privaten bei Brohm, beispielsweise die 'Tarifautonomie'	61
III Die Besonderheiten "wirtschaftstypischer" Rechtsbeziehungen des Staates bei Brohm	62
7. Kapitel	
Volker Emmerich	
I Staatliche Wahlfreiheit der Unternehmensrechtsform und verschärfte Maßstäbe des Privatrechts gegenüber Staatsunternehmen bei Emmerich	64
II Privatautonomie als Wesen des Privatrechts und staatsunternehmerische Privatautonomie bei Emmerich, Kritik	65
III Emmerichs Praktizismus, Kritik	67
IV Grundrechtsdrittwirkung und Privatautonomie als Problem bei Emmerich, Kritik	68
V Die privatrechtliche Grundrechtswirkung	70
VI Besonderheiten einer Fiskalgeltung der Grundrechte?	71
VII Privates Wettbewerbsrecht als grundrechtsersetzendes Unternehmensrecht des Staates bei Emmerich, Kritik	72
VIII Emmerichs Gesetzesvorbehalt für die Privilegierungen von Staatsunternehmen gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, Kritik	74
IX "Frühere" Reaktion des Wettbewerbsrechts zur Kompensation des staatsunternehmerischen Machtüberschusses bei Emmerich, Kritik	76
8. Kapitel	
Günter Püttner	
I Das Rechtsformenwahlrecht des Staates und dessen Grenzen bei Püttner, Kritik	77
II Grundrechtsschutz gegen staatliche Konkurrenz bei Püttner, Kritik	78
III Durch öffentliches Recht und öffentliche Zwecke modifiziertes Wettbewerbsrecht für Staatsunternehmen bei Püttner, Kritik	79

9. Kapitel

Rupert Scholz

I Scholzens Lehre von der Neutralität des Wettbewerbsrechts	80
II Kritik an Scholzens wettbewerbsrechtlicher Neutralitätsthese	
Vorbemerkung	82
1. Kongruente Konkurrenz zwischen Staat und Bürger bei Scholz, Kritik	
a) Konkurrenz nur bei Kongruenz der Zwecke	83
b) Vorrang öffentlich-rechtlicher Spezialnormen vor dem allgemeinen Wettbewerbsrecht	83
c) Kritik an Scholzens Axiom einer wettbewerblichen Konkurrenz zwischen Staat und Privaten	83
d) Kritik an Scholzens subjektneutralem Normverständnis des § 1 UWG	84
e) Zweifache Verhaltensordnung für die "öffentliche Konkurrenzwirtschaft" bei Scholz	85
2. Normative Neutralität des Prinzips Wirtschaft bei Scholz, Kritik	
a) Kritik an Scholzens Begriff "Wirtschaft"	85
b) Die Subjektbezogenheit der Rechtsnormen	87
c) Das Wettbewerbsrecht als Mißbrauchsschranke des Rechts zur Autonomie von Privaten, nicht als Verhaltensordnung staatlicher Verwaltung	88
3. Der Schutz der "guten Sitten" als allgemeines Rechtsprinzip bei Scholz, Kritik	
a) "Gute Sitten" als objektive, neutrale Verhaltensnorm?	88
b) Das Lauterkeitsgebot als Grenze der Wettbewerbsfreiheit	89
4. Die staatliche Marktteilnahme als Verwaltung u n d Wettbewerb bei Scholz, Kritik	
a) Staatliche Marktteilnahme als Kompetenzvollzug; Konkurrenz zu Privaten als "bloße Rechtsfolge"	90
b) Staatlicher Wettbewerb als notwendig 'privates', kompetenzwidriges Verhalten	90
c) Staatliche Adaption wettbewerblicher Marktteilnahme als rechtmäßige Ausnahme	91
d) Wettbewerbsrecht als "funktionale Verhaltensordnung" bei realer wettbewerblicher Marktfunktion bei Scholz, Kritik	91
5. Der Begriff des Unternehmens bei Scholz	
a) Funktionaler Unternehmensbegriff des konkurrierenden Wirtschaftens bei Scholz, Kritik	92
b) Formen- und Gestaltungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung?	93
6. Staatliche Monopole	94
7. Schlußkritik an Scholz	94

10. Kapitel

Herbert Krüger (Verhältnis zwischen Staats- und Privatunternehmen als Relation sui generis)

96

3. Teil

Das Autonomieprinzip des Grundgesetzes

Problemstellung	97
1. Kapitel	
Das Menschenbild des Grundgesetzes	99
2. Kapitel	
Äußere/rechtliche und innere/moralische Freiheit (kantisch)	104
3. Kapitel	
Der grundgesetzliche Begriff des Sittengesetzes	
I Das "Sittengesetz" als ethisches Grundgesetz	107
II Ch. Starcks Verständnis des "Sittengesetzes" als Sittlichkeit i.S. der christlichen Moral	109
III Erbels Verständnis des "Sittengesetzes" als die grundgesetzlichen Grundprinzipien	113
IV "Sittengesetz" und "verfassungsmäßige Ordnung"	114
4. Kapitel	
Art.2 Abs.1 GG im Lichte des kantischen Moralprinzips	116
5. Kapitel	
Der wertrelativistische Persönlichkeitsbegriff des Grundgesetzes	122
6. Kapitel	
Die Rechtswirkungen der ethischen Grundnorm des Grundgesetzes	125
Problemausblick	131

4. Teil

Das Problem autonomiegerechter Realität

Problemstellung	135
1. Kapitel	
Die Autonomiefähigkeit als Rechtsproblem des grundgesetzlichen Autonomieprinzips	138
I Freiheitlichkeit und Gleichheitlichkeit als Bedingungen der Menschen- würde und der volkssouveränen Demokratie	
1. Freiheit und Gleichheit als politische Grundprinzipien unter dem Grundgesetz	138
2. Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit als Bedingungen der Konsensfähigkeit	139
3. Souveränität der Menschen als Bedingung der Demokratie	140
II 'Bourgeois' als 'citoyen'	
1. Selbständigkeit des Menschen als Voraussetzung seiner Freiheit	143

2. Der soziale Gedanke der Chancen zur Freiheit bei Kant	144
III Entprivatisierung als Gefahr der Egalisierung im Sozialstaat	
1. Nivellierung von Privatheit zu Rechtsansprüchen gegen den Staat	145
2. Staatliche Förderung von Freiheit und Gleichheit und deren Grenzen	146
3. Egalisierungswirkung staatlicher Lebensbewältigung	147
4. Substantieller Entfaltungsraum des Menschen als demokratisches Prinzip	148
IV Politische Gleichheit von Deutschen und Ausländern?	150
V Autonomieprinzip und Wissenschaftlichkeit des Lebens	151
Quintessenz	152
2. Kapitel	
Die konsensuale Rechtsetzung	
Vorbemerkung	153
I Die autonomietheoretische Konsentheorie des Rechts	
1. Kants Definition der "rechtlichen Freiheit" i.S. der Konsentheorie	153
2. Autonomietheorie als konsensuale Rechts- und Staatstheorie	154
II Konsensprinzip und staatliche Rechtsetzung	
1. Die Realisierung des Konsensprinzips durch das Repräsentationssystem	156
2. Mehrheitsherrschaft und Minderheitenschutz	157
3. Kapitel	
Der autonomietheoretische Repräsentationsbegriff nach dem Grundgesetz	
I Die vertretungsrechtliche Dogmatik der Repräsentation	159
II Gesetzes- und Vertragsbindung als Selbstverpflichtung aus Sittlichkeit	162
III Repräsentation - , nicht Mehrheitsprinzip	163
IV Die Legitimation der Vertreter des Volkes	
1. Verfahren und Kriterien der Legitimation der Volksvertreter	166
2. Die Berufungsvoraussetzungen für Staatsdiener	167
Schlußbemerkung	168
Zusammenfassung zu den Teilen 3 und 4	
Die freiheitlich-demokratische Grundordnung als die Prinzipien Autonomie und Konsens	169

5. Teil

Die Staatstheorie nach dem Autonomieprinzip des Grundgesetzes;
Kritik des funktionalistischen Begriffs des Staatlichen

Problemstellung	173
1. Kapitel	
Der institutionelle Begriff des Staates	175
2. Kapitel	
Das Problem eines Wahlrechts des Staates zwischen der Staats- und der Privatrechtsordnung	181
3. Kapitel	
Der Begriff "Staatsgewalt" als funktionales Differenzierungskriterium(?)	186
4. Kapitel	
Ein Begriff materieller Staatsaufgaben als funktionales Differenzierungs- kriterium?	189
Vorbemerkung	189
I Fritz Ossenbühl	
1. Private und Privatrechtssubjekte, sowie der private Verwaltungs- helfer bei Ossenbühl	190
2. Typik privater Verwaltungsaufgaben bei Ossenbühl	192
3. Legitimationsrechtliche Kritik an Ossenbühl	193
4. Kritik an Ossenbühls Begriff des Privaten	194
5. Offenheit der Staatsaufgaben und notwendiger Dezisionismus	194
6. Staatliche Privatrechtssubjektivität und freiheitliche Demokratie	197
II Hans-Ullrich Gallwas	
1. Private und "öffentlich-rechtliche Funktionen" bei Gallwas	198
2. Privatrechtsgehorsam und private Verwaltungshilfe	199
3. Staatliche Garantenstellung bei privater Gemeinwohlverwirklichung durch Gesetzesgehorsam	199
4. Rechtsstellungs- und Aufgabentheorie der Verwaltungshilfe bei Gallwas	200
5. Zusammenfassende Kritik an Gallwas' Funktionalismus	201
III Peter Badura	
1. Baduras Begrifflichkeit, insbesondere das Verwaltungsmonopol, Staatsunternehmen und die öffentliche Verwaltung durch Private	202
2. Kritik an Baduras Kategorien	205
3. Kritik an Baduras Dezisionismus	205
4. Baduras materieller Gemeinwohlbegriff	206
5. Notwendige und nicht notwendige Staatsfunktionen bei Badura, Kritik	206
6. Weitere Kritik an Baduras Funktionalismus	208
IV Winfried Brohm	
1. Hoheitliche und nicht-hoheitliche Funktionen des Staates und von Privaten bei Brohm, Kritik	208
2. Die öffentlich-rechtliche Rechtsform als Kriterium des Hoheitlichen bei Brohm, Kritik	210
3. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung bei Brohm, Kritik	212

V Hans Peter Bull	
1. Staatsaufgabenbestimmung nur durch Rechtsakte	213
2. Keine Freiheitsrechte des Staates	213
3. Bulls Staatstheorie	214
4. Wirtschaftlicher Wettbewerb des Staates bei Bull, Kritik	215
VI Jost Pietzker	
1. Staatsaufträge als Auslagerung staatlicher Aufgaben	216
2. Kritik an Pietzkers Staatsaufgabenverständnis	217
VII Walter Mallmann	
1. Mallmanns Begriff der "Nichteingriffsverwaltung"	218
2. Fiskustheorie und originäre (monarchische) Exekutivgewalt	219
3. Der Gesetzesvorbehalt	220
4. Mallmanns Kritik an der Fiskustheorie	221
5. Kritik an Mallmanns Begriff der Privatrechtlichkeit	222
6. Fiskalgeltung der Grundrechte	223
Ausblick	223
VIII Karl Zeidler	
1. Zeidlers Begriff der öffentlichen Verwaltung und des Fiskus	224
2. Staatsrechtliche Überlagerung des fiskalischen Privatrechts	225
3. Zur Fiskalgeltung der Grundrechte	227
4. Die erwerbswirtschaftliche Verwaltung bei Zeidler	228
IX Herbert Krüger	
1. Krügers Kritik an O. Mayers Fiskusbegriff	230
2. Staatsrechtliche Überlagerung des Privatrechts bei Krüger	230
3. Krügers Lehre von der Nicht-Identifikation des Staates	231
4. Anmerkung zu Krügers Repräsentationslehre	231
X Zusammenfassung und Schlußfolgerung	232

6. Teil

Die Staatstheorie nach dem Autonomieprinzip des Grundgesetzes; die institutionelle Theorie des Staatlichen

Vorbemerkung	235
1. Kapitel	
Der autonomietheoretische Begriff des Gemeinwohls	
I Problemstellung	236
II Autonomierechtlicher Dezisionismus der Gemeinwohlkonkretisierung	
1. Staatszwecksetzung durch Entscheidungen des Volkes	237
2. Der despotische Charakter des sozialistischen Lebensprinzips der DDR-Verfassung	238
3. Die autonome Lebensbewältigung des Menschen allein oder in Gemeinschaft unter dem Grundgesetz	238

4. Die Nichtvorbestimmtheit der Staatszwecke und der Rechtsvorbehalt für Staatsaufgaben	239
5. Das kantische und grundgesetzliche konsensuale Rechtsprinzip	240
III (Prinzipielle) rechtliche Beliebigkeit und ethisch sittengesetzliche Gebundenheit des gemeinwohlkonkretisierenden Gesetzes	
1. Die Sittlichkeit und darum rechtliche Beliebigkeit der Gemeinwohlkonkretisierung	242
2. Die vom Volk gesetzten Werte als die Rechtswerte	243
IV Der grundgesetzliche Verfassungskonsens der Deutschen	244
2. Kapitel	
Die Verfassungswidrigkeit eines materialen Gemeinwohlprinzips	
I Offenes Gemeinwohl und Gesetzmäßigkeit	247
II Legitimation aus der Richtigkeit der deduktiven Gemeinwohlkonkretisierung	248
III Legitimationsprinzip und Gemeinwohlprinzip	249
IV Gemeinwohlprinzip und Staatszweckdogmatik	250
V Fiskustheorie versus Rechtsvorbehalt	251
3. Kapitel	
Die totale staatsrechtliche Bindung staatlichen Verhaltens	
Vorbemerkung	253
I Rechtlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Gemeinwohlkonkretisierung	253
II Personale Legitimation der Gemeinwohlkonkretisierung	254
III Gemeinwohlverpflichtetheit des Staates als Staatsrechtsbindung	255
IV Staatliche Adaption privaten Verhaltens	258
V Doppelbindung des Staates an Staats- und an Privatrecht?	259
Quintessenz	260
4. Kapitel	
Das grundgesetzliche Verbot der Privatisierung des Staatlichen	
Vorbemerkung	261
I Die naturgebundene Rechtssubjektivität des Menschen, nicht des Staates	262
II Staatliche Kompetenzen als Grenzen des Rechts zur Autonomie der Privaten	263
III Der umfassende Rechtsvorbehalt für Kompetenzen des Staates	265
IV Die personale und materiale Allgemeinheit als das Spezifische des Staatlichen	268
V Verfassungswidrigkeit der Privatisierung von Staatlichkeit	
1. Verfassungswidrigkeit der Flucht in die Privatheit	270
2. Keine 'originäre Gewalt' der Exekutive	270
3. Rechtsvorbehalt versus Fiskustheorie	271
4. Sachwidrigkeit der Differenzierung von hoheitlicher und fiskalischer Staatlichkeit	272

5. Freiheits- und demokratierechtliche Kritik der Fiskustheorie	272
5. Kapitel	
Grundrechtlicher Autonomieschutz des Fiskus als Widerspruch zur Staatlichkeit	
I Problemstellung	275
II Personalität als Voraussetzung des grundrechtsgeschützten Rechts zur Autonomie	276
III Der Staat als grundrechtsgeschützter Privateigentümer?	277
IV Staatsrechtliche Normierung der Verhältnisse der staatlichen (dezentralen) Einheiten	279
Schlußbemerkung	280

7. Teil

Wettbewerbsfähigkeit und Staatlichkeit

Problemstellung	281
1. Kapitel	
Staatsunternehmen als private Wettbewerber in der Sicht des § 98 GWB	
I Wettbewerbsrecht als Autonomierecht	
1. Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerbsfähigkeit und Privatheit	283
2. Konsequenzen einer Privatheit der Staatsunternehmen	285
II Die Privatheit der Staatsunternehmen im Sinne des § 98 GWB	
1. Die Privatheit der Wettbewerbsverhältnisse mit Staatsunternehmen in der Sicht des § 98 GWB	285
2. § 98 GWB als Kollisionsnorm zwischen Staats- und Privatrecht(?)	287
III Wettbewerbsrecht als Staatsrecht?	
1. Unabhängigkeit staatlicher Stellen, nicht staatlicher Autonomie	288
2. Doppelbindung der Staatsunternehmen an Staats- und Privatrecht?	289
Quintessenz	289
2. Kapitel	
Das Problem eines wettbewerbsrechtlichen Begriffs des öffentlichen Unternehmens	
I Problemstellung	291
II Exemplarische Kritik an G. Püttners Begriff vom öffentlichen Unternehmen	
1. Püttners Kriterien für öffentliche Unternehmen	292
2. Püttners Berufung auf BVerfGE 21, 245ff. (Arbeitsvermittlungsmonopol)	293
3. Kritik an Püttners empirischer Begriffsbildung	
a) Empirische Bildung normativer Begriffe?	294
b) Das Kriterium der 'Wirtschaftlichkeit' des (staatlichen) Verhaltens bei Püttner, Kritik	295

c) Püttners weitere Kriterien, Kritik	297
III Als Beispiel: Die Unternehmenseigenschaft der Deutschen Bundesbank und die Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf deren Politik	
1. Die Bundesbank als öffentliches Unternehmen nach Püttners Kriterien	298
2. Die aufgabenmäßige Unabhängigkeit der Bundesbank von den Marktgesetzen	298
3. Privatheit adaptierendes Verhalten der Bundesbank um der marktmäßigen Steuerung des Marktes willen	299
4. Die Vielgestaltigkeit des Staatlichen	300
5. Andere Beispiele für aufgabenspezifisches unternehmerisches Verwalten des Staates	301
IV Quintessenz	301
3. Kapitel	
Das Problem wettbewerblicher Zielkongruenz und Rivalität zwischen Staats- und Privatunternehmen	
I Problemstellung	303
II Wahlmöglichkeit der Nachfrager/Anbieter und Zielkongruenz der Konkurrenten	304
III Wettbewerb ohne Rivalität? Beispiel: Staatliche Investitionssubventionen als Alternative zu privaten Krediten	306
4. Kapitel	
Staatsunternehmen und die (privattypische) Gewinnmaxime	
I Problemstellung	310
II Die Legalität staatsunternehmerischer Gewinne	311
III Die Nichtvorbestimmtheit staatlicher Aufgaben und die staatliche Entscheidung für Gewinne	315
IV Verlustrisiko, Wettbewerbsfähigkeit und öffentliches Interesse	316
V Der Vorrang privater Wirtschaft vor ein gewinnorientierter Staatswirtschaft	317
VI Grundrechtlicher Existenzschutz der Privatunternehmen vor staatsunternehmerischer Ingerenz	320
Quintessenz	321
5. Kapitel	
Das Problem marktlicher Gleichberechtigung und Gleichheit zwischen Staats- und Privatunternehmen	
I Problemstellung	322
II Marktgleichheit als Voraussetzung des Wettbewerbsverhältnisses	323
III Marktgleichheit als Ziel des Wettbewerbsrechts	324
IV Marktangleichung von Staats- und Privatunternehmen als Aufgabe des Wettbewerbsrechts?	
1. Ziel wettbewerblicher Marktangleichung des Staates zum Schutz der privaten 'Konkurrenten'	326
2. Die Fragwürdigkeit des Gleichheitsarguments	326

3. Die Möglichkeit von wettbewerbsrechtlich disziplinierbaren Entscheidungsspielräumen des Staates	327
4. Die Verfassungswidrigkeit von Willkürräumen des Staates	327
V Unüberwindliche rechtliche Ungleichheit zwischen dem Staat und Privaten als Unternehmern	
1. Rechtsmacht als Spezifikum des Staates auch als Unternehmer	329
2. Staatliche Obermacht über die Privaten als Wesen des Staates	330
3. Administrative Staatlichkeit versus staatliche Wettbewerbsfähigkeit	331
4. Rechtliche Privilegierungsmöglichkeiten des Staates zugunsten von Staatsunternehmen	332
VI Unüberwindliche ökonomische Ungleichheit zwischen dem Staat und Privaten als Unternehmern	
1. Ökonomische Überlegenheit auf Grund der Steuerhoheit	333
2. Konkursverhinderung mit Haushaltsmitteln	334
3. Die Legalität auch staatsunternehmerischer Macht	335
4. Maßgeblichkeit der rechtlichen Überlegenheit	335
VII Zusammenfassende Bemerkung	336
6. Kapitel	
Der Vertrag als Instrument privater Autonomie und als Instrument staatlicher Verwaltung	
I Problemstellung	337
II Richtigkeitsprinzip für Verträge des Staates, nicht für Verträge unter Privaten	
1. Interessenausgleich zwischen Privaten und zwischen dem Staat und Privaten nach unterschiedlichen Prinzipien	338
2. Das synallagmatische Tauschverhältnis zwischen dem Staat und Privaten unter Wahrung des Gemeinwohls	339
3. Angemessenheit und sachlicher Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung als Richtigkeitsmaßstab der staatlichen Vertragspflicht und Ersetzbarkeit der staatlichen Vertragserklärung	340
4. Die Selbstbestimmtheit der Interessengerechtigkeit privater Verträge	341
III Autonomieschutz für private Verträge, nicht für Verträge des Staates	343
IV Gemeinwohlverwirklichung durch Verträge des Staates nicht spezifisch dessen Anpassung an Privatinteressen	345
7. Kapitel	
Der Grundrechtsschutz gegen staatsunternehmerischen Verdrängungswettbewerb	
I Dogmatische Alternativität von Grundrechts- und Wettbewerbsrechtsschutz gegen existenzgefährdende Konkurrenz des Staates	347
II Wettbewerbsrechtlicher als fiskustheoretischer Ersatz grundrechtlichen Existenzschutzes	348
III Irrelevanz der grundrechtlichen Drittwirkungsproblematik	351
IV Grundrechtliche Besonderheiten bei staatsunternehmerischer Ingerenz	351
V Grundrechtsschutz gegen staatlichen Vernichtungs"bewerb"	353

Quintessenz	356
8. Kapitel	
Ergebnis: Der nicht-wettbewerbliche Verwaltungscharakter staatlicher Unternehmungen	357

8. Teil

Die Inadäquanz der "guten Sitten" im Sinne des § 1 UWG als Maßstab staatlichen Verhaltens

Problemstellung	363
-----------------	-----

1. Kapitel

Der umstrittene Begriff der "guten Sitten" des § 1 UWG

I Die wichtigsten Verständnisweisen des Begriffs der "guten Sitten" in § 1 UWG	
1. Die Streitbarkeit des Begriffs der "guten Sitten"	367
2. "Gute Sitten" als material-ethische Kategorie der Sittlichkeit	367
3. "Gute Sitten" als private Gesetze	368
4. Das wettbewerbsfunktionalistische Verständnis der "guten Sitten"	369
5. Der Begriff der "guten Sitten" in der Praxis	371
6. Verständnisweisen ohne Rücksicht auf den Wortlaut des § 1 UWG	371
II Der indifferente Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts	
1. BVerfGE 7, 198 (215)	373
2. BVerfGE 32, 311 (316ff.)	373

2. Kapitel

Die wettbewerbsrechtspolitische Kompetenz der Wettbewerbsrichter aus § 1 UWG in Praxis und Lehre

I Die Argumentation der Rechtsprechung	
1. Die Argumentationsformeln	375
2. Der Topos 'Mißbrauch'	377
3. Der Topos 'Belange der Allgemeinheit'	
a) Unbestimmtheit	379
b) Grundrechtsrelevanz?	379
c) Relevanz der Wirtschaftsordnung?	381
d) Kompetenzdelegation	381
e) Schutzzwecke und Lauterkeitsmaßstäbe	382
f) Unbekanntheit der Maßstäbe	383
4. Schlußkritik	384
II Die funktionalistisch-kompetenzielle Delegationstheorie nach Ott, Rebe und Emmerich	
1. Rebes funktionalistische Interpretation des § 1 UWG	
a) Die funktionalistische Theorie des Wettbewerbs und	

des Wettbewerbsrechts	385
b) Die 'Politik' des UWG	386
c) § 1 UWG als Delegation der Kompetenz zur Wettbewerbsrechts- setzung an die Richter	387
2. Kritik an Otts, Rebes und Emmerichs funktionalistischem Verständnis des § 1 UWG	
a) Die kompetenziellen Konsequenzen funktionalistischer Interpretation des § 1 UWG	388
b) Rechtsstaatliche Mängel der 'Veranstaltung des Wettbewerbs' als administrativer Aufgabe der Wettbewerbsrichter	393
c) Kritik am funktionalistischen Freiheitsverständnis Rebes	396
III Das material-wertethische Verständnis der Sittlichkeit	
1. Verfassungswidrigkeit oktroyierter material-wertethischer Sittlichkeit	399
2. Die kompetenzielle Wirkung des material-wertethischen Verständnisses der "guten Sitten"	402
IV Die Kombination der Verständnisweisen	403
3. Kapitel	
Die "guten Sitten" des § 1 UWG als Grenze der Unternehmerfreiheit	
I Berufsfreiheitliche Interpretationsgrundlagen für § 1 UWG	405
II Die Freiheitsgrenze der "Rechte anderer" als Verfassungsgrundlage des § 1 UWG	
1. Zur Problematik von Interessen der Allgemeinheit, der Verbraucher und der Wettbewerber als "Rechte anderer"	407
2. "Rechte anderer" Wettbewerber aus "guten Sitten" als privaten Gesetzen	409
3. Subjektive Rechte der Verbraucherverbände aus "guten Sitten"?	409
III Die Freiheitsschranke des Gesetzesvorbehalts des Art.12 Abs.1 GG als Verfassungsgrundlage des § 1 UWG	
1. Die verschiedenen Verständnisweisen der "guten Sitten" im Rahmen des berufsfreiheitlichen Rechtsvorbehalts	409
2. Die (berufs)freiheitsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen an die Interpretation des Begriffs "gute Sitten"	411
IV Die Freiheitsgrenze des "Sittengesetzes" als Verfassungsgrundlage des § 1 UWG	
1. Zur Problematik des Verhältnisses des "Sittengesetzes" des Art.2 Abs.1 GG zu den "guten Sitten" des § 1 UWG	412
2. Die konsensuale Realisierung des "Sittengesetzes" in den "guten Sitten"	414
3. Die ethische Verbindlichkeit der sittlichen Entscheidung	417
4. Die staatsgesetzliche Wirkungsverstärkung der privaten Gesetze "gute Sitten"	418
5. Gewohnheitsrecht durch richterliche Praxis der "guten Sitten"?	419
6. Quintessenz	419
V Zwischenergebnis	420
4. Kapitel	
Der Begriff der "guten Sitten" als nicht-staatliche/private Gesetze	

I Sittlichkeit und privatgesetzliche Besonderheit	421
II Die sittliche (Zweck-)Kompetenz der privaten Gesetzgeber	
1. Die private Normkompetenz	423
2. Das Mißtrauen gegenüber der privaten Normkompetenz	425
3. Leistungswettbewerb als Imperativ	427
III Gewohnheitsrecht und "gute Sitten" als Erscheinungsformen autonom-konsensualer Rechtsetzung	429
IV Die Probleme der Existenz und der Feststellung von "guten Sitten"	
1. Das richtersozilogische Problem der Nachweisbedürftigkeit von "guten Sitten"	431
2. Die Zurückdrängung der "guten Sitten" durch staatliche Verhaltensmaßstäbe, allgemeine Geschäftsbedingungen und Wertpluralismus	432
3. Zur thematischen Relevanz der Existenzprobleme für "gute Sitten"	433
4. Bemerkungen zur Begründung, Existenz und Feststellung von "guten Sitten"	434
V Zusammenfassende Charakterisierung der "guten Sitten" als privaten Gesetzen	436
5. Kapitel	
Die Inadäquanz der "guten Sitten" des § 1 UWG als Maßstab staatsunternehmerischen Verhaltens	
Vorbemerkung	438
I Legalität und Moralität staatlichen Verhaltens	
1. Die Unsittlichkeit des staatlichen Rechtsverstoßes im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat	438
2. Der staatliche Rechtsverstoß als Fehlverhalten von Amtswaltern	440
3. Staatliche Moralität durch Legalität	440
4. Legalität als Gemeinwohlrealisierung	443
II Die Inadäquanz der wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsmaxime als Maßstab staatsunternehmerischer Wirtschaftspolitik	
1. Die Inadäquanz privater Gesetze als Maßstab des Staatsverhaltens	443
2. Die staatsrechtliche Bindung staatsunternehmerischer Gemeinwohlkonkretisierung	
a) Gemeinwohlverwirklichung contra privatunternehmerisches Wettbewerbsrecht	445
b) Staatsrecht als ausschließlicher Maßstab staatlichen Verhaltens	446
c) Durchsetzbarkeit des Staatlichen gegenüber dem Privaten	447
3. Die Inadäquanz wettbewerbslicher Lauterkeitsprinzipien als Maßstäbe staatlicher (Unternehmens-)Politik	448
III Die Unanwendbarkeit des funktionalistisch-kompetenzuell interpretierten § 1 UWG auf staatliches Verhalten	449
6. Kapitel	
Zusammenfassung zum 8. Teil	451
Zusammenfassung	455

Literaturverzeichnis	469
Stichwortverzeichnis	507

EINLEITUNG

Die Fiskustheorie bestimmt ungebrochen und von der Lehre wenig angefochten die Praxis 'privatrechtlicher' Unternehmensformen und 'privatrechtlicher' Verhaltensweisen der Staatsunternehmen. Hinter der Privatrechtlichkeit verbirgt sich staatliche Privatheit. W. Mallmann und K. Zeidler haben 1961 die Fiskustheorie scharf angegriffen. H. Krüger ist ständiger Kritiker der Fiskustheorie. Die Tradition staatlicher Privatrechtssubjektivität war stärker. Ihr haben sich in den sechziger Jahren G. Püttner, H.H. Klein, W. Brohm, K. Wenger, V. Emmerich, auch W. Rübner und im Ergebnis, wenn auch das staatsrelevante Privatrecht wie schon H. Schricker rechtssubjektiv neutralisierend, R. Scholz gebeugt. Die Praxis hat die fiskustheoretische (formale) Privatisierung des Staatlichen in den siebziger Jahren forciert. Jüngst sind daraus Konflikte um Kompetenz und Verantwortung für die 'privatrechtliche' staatsunternehmerische Politik entstanden.

Nach einer Skizze des Fiskusproblems im 1. Teil, welche das Augenmerk auch auf die Umgehung des Problems durch die den Unterschied des Staates von den Privaten nivellierende Neutralisierung spezifisch des Wirtschaftsrechts lenkt, stellt der 2. Teil bereits mit Kritik im Detail die Praxis der Rechtsprechung und die wichtigsten Lehrmeinungen zu dem Problem vor, ob § 1 UWG auch dem Staat als Unternehmer das Recht gebe.

Für die grundsätzliche Kritik der Fiskustheorie als dem Dogma von der Privatrechtsfähigkeit des Staates muß der Begriff des Privaten, von dem der des Privatrechts abgehängt, entwickelt werden. Der Private ist durch das Recht zur Autonomie gekennzeichnet. Das Autonomierecht ist das dem Privaten vorbehaltene Recht, während neutrales oder allgemeines Recht sowohl auf Private als auch auf den Staat anzuwenden ist. Das diese Arbeit tragende Autonomieprinzip wird im 3. Teil auf der Grundlage des kantischen und zugleich grundgesetzlichen Begriffs der Freiheit und des Sittengesetzes entwickelt. Die Realität könnte an einer als Pflicht zur Sittlichkeit verstandenen rechtlichen Freiheit und einem dem Autonomieprinzip entsprechenden staatlichen Rechtsetzungssystem zweifeln lassen. Diese Einwände gegen das Autonomieprinzip werden im 4. Teil abgewehrt.

Wenn das Private und das Privatrechtliche im Wesen durch das Recht zur Autonomie bestimmt ist, muß die Fiskustheorie das staatliche Verhalten funktional differenzieren können, um das Verhalten des Staates auszusondern, welches dem Privatrecht zu unterstellen geeignet sei oder schärfer, welches wegen der 'Hoheitlichkeit' des Verhaltens nicht als 'fiskalisch' nach dem Privatrecht behandelt werden dürfe. Im 5. Teil werden durchaus praxisorientierte Untersuchungen, die auf der

Fiskustheorie aufbauen, daraufhin geprüft, ob diese fiskustheoretisch unverzichtbare Differenzierung der Staatsaufgaben gelingt. Es wird sich durchgehend zeigen, daß allein der Dezisionismus eines staatlichen Wahlrechts zwischen der 'öffentlich-rechtlichen Rechtsform' und der 'Privatrechtsform' als Rettungsanker bleibt. Überlagerungstheorien bemühen sich, die Konsequenzen der 'Flucht in das Privatrecht' vor allem mittels einer Fiskalgeltung der Grundrechte zu mildern, und räumen damit in der Sache die Inadäquanz des Privatrechts als Recht für den Staat ein.

Die Konsequenzen aus den Überlegungen in den Teilen 3 bis 5 werden im 6. Teil gezogen, der den Widerspruch der Fiskustheorie zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung nachzuweisen sucht. Ein Recht des Staates, 'privatrechtliche Verhaltensformen' zu wählen, verbietet sich keineswegs von selbst, sondern folgt aus dem Verbot für den Staat, sich das Recht zur Autonomie, also Privatheit, die sich hinter der Privatrechtlichkeit verbirgt, anzumaßen. Privatheit des Staates widerspricht der Freiheit der Menschen; denn die grundgesetzliche freiheitliche Demokratie gründet auf dem Recht des Menschen zur Autonomie und damit auf dem Sittengesetz. Das Autonomieprinzip bedeutet in ethischer Hinsicht jedermanns Pflicht zur Sittlichkeit und in rechtlicher Hinsicht jedermanns Recht zur Sittlichkeit. Das Prinzip der Sittlichkeit ist der kantische kategorische Imperativ. Der Staat ist demgegenüber als Organisation der Deutschen für deren Gemeinwohl in jedem seinem Verhalten durch Zwecke/Gesetze festgelegt und festzulegen, die das Volk ihm setzt. Dem Staat mangelt es wesensgemäß an dem die Privatheit definierenden Recht zur Autonomie. Das erzwingt eine autonomietheoretische Staats- und Rechtstheorie, die im 2. Kap. des 4. Teils, aber auch im 6. Teil skizziert wird.

Die Besonderheit des Staates, ausschließlich Sachwalter des gemeinen Wohls zu sein, darf somit nicht um seiner Marktgleichheit mit Privatunternehmen willen rechtlich nivelliert oder um der Anwendung des Privatrechts auf Staatsunternehmen willen ignoriert werden. Weder darf sich der Staat wie ein Privater unter Privaten bewegen, also beispielsweise am Wettbewerb der Privatunternehmen teilnehmen, noch sind die privattypischen Verhaltensmaßstäbe, seien diese staatlich oder privat gesetzt, für den Staat adäquat. Der 7. Teil befaßt sich darum mit der Frage, ob nach den Tatbestandsmerkmalen des § 1 UWG oder auf Grund anderer Gesichtspunkte Staatsunternehmen als oder wie Wettbewerber von Privatunternehmern behandelt werden dürfen, ob es also für die Anwendung des § 1 UWG irrelevant ist, wer das Subjekt der unternehmerischen Betätigung ist, der Staat oder Private, ob es somit auf die Besonderheit des Staates gar nicht ankommt.

Auch der Maßstab der "guten Sitten" aus § 1 UWG, einer der strittigsten und wohl auch streitbarsten Begriffe unserer Rechtsordnung, ist unter dem ambivalenten Gesichtspunkt einer neutralisierenden Interpretation, die dessen Geltung für staatliches Verhalten staatsrechtlicher Kritik entzieht, oder einer der Privatheit gemäßen, autonomietheoretischen, die die verfassungswidrige Fiskustheorie zu aktivieren zwingt, um staatliches Verhalten an die "guten Sitten" zu

binden, zu entfalten. Der 8. Teil versucht, die "guten Sitten" als private Gesetze in die freiheitlich-demokratischen Prinzipien von Autonomie und Konsens, die allein die Geltung von Recht unter dem Grundgesetz tragen, einzuordnen. Eine rechtsstaatliche und freiheitsrechtliche Kritik des material-ethischen und des funktional-kompetenziellen Verständnisses des Begriffs der "guten Sitten" dient dazu, der liberalen und wortgetreuen Interpretation dieses Begriffs den Weg zu ebnen. Quintessenz der Überlegungen ist, daß Staatsverhalten nicht an die Gesetze der Privaten gebunden werden darf.

So geht es der Arbeit sowohl auf der Ebene des Verfassungsrechts als auch auf der des einfachen Rechts zugleich mit den staatsunternehmensrechtlichen Thesen um den Nachweis der Kompetenz jedes Menschen zur Sittlichkeit als dem Kern seiner Freiheit, also um das Recht zur Autonomie auch und gerade in der Wirtschaft, die ein leistungsfunktionalistisches Wirtschaftsrecht zu opfern bereit ist.

Das Staatsunternehmensrecht wird ohne die Fiskustheorie dem allgemeinen Staatsrecht zugeführt. Die daraus folgenden tiefgreifenden Änderungen des Organisations-, Personal- und Handelsrechts der Staatsunternehmen können nicht in dieser Arbeit behandelt werden.

Nicht in diese Untersuchung einbezogen sind die *specifica* der Gemeindeunternehmen, deren Problematik sich aus der Frage nach der Staatlichkeit der Gemeinden ergibt, für die auch manches Sonderrecht besteht und deren Recht vor allem nicht ohne freiheits- und demokratierechtliche Einordnung der kommunalrechtlichen Fundamentalentscheidung des Art.28 Abs.2 GG dargelegt werden kann.

1. Teil

Problemskizze einer Kritik der Fiskustheorie am Beispiel des § 1 UWG

1. Kapitel

DIE FISKUSTHEORETISCHE STAATSPRAXIS

Der Fiskus in der gegenwärtigen Staatspraxis ist der Staat als Privatrechtssubjekt¹⁾, jedenfalls soweit er nicht öffentliche Aufgaben wahrnimmt²⁾. Vor allem die 'privatrechtlichen' Unternehmen in der Hand des Staates, eine Gruppe der Staatsunternehmen³⁾ werden zum Fiskus gerechnet⁴⁾. Eine Fülle von einfachgesetzlichen

1) I.d.S. BVerfG NJW 1976, 667ff. (für die "öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherer", "die mit Privaten im Wettbewerb stehen und deren Versicherungsverhältnisse ebenfalls dem Privatrecht angehören"); BGHZ 35, 311 (312f.); 36, 91 (95f.); 37, 1 (16f.); OLG Köln NJW 1974, 802ff.; BVerwGE 7, 180 (181f.); 38, 281 (283f.); 39, 364 (374); 39, 329 (337); BVerfGE 27, 364 (374); u.a.; ganz zurückhaltend BVerfG NJW 1982, 2173ff.; vgl. auch BVerfG NJW 1983, 26.

Badura, F.Schlochauer, S.11, u.8.; Bettermann, DVBl 1977, 181, bezeichnet die "Fiskustheorie" zu Recht als "Realität"; Böhm, Grundlagen I, S.184 ff.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S.200ff., 230f.; ders., Öffentliches Recht und Privatrecht, S.102; Bull, Staatsaufgaben, S.146f. m.H.; Barbey, W.u.V. 1978, 88f.; ganz grob Rinck, WiR 1972, 5ff., 9f., der der Zerteilung zwischen öffentlichem und Privatrecht die "innere Berechtigung" abspricht; dagegen eindrucksvoll Burmeister, WiR 1972, 311ff., 347ff. für den Dualismus; ders., DÖV 1975, 697ff.; Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.111, 135 zu Art.1 Abs.3 GG, Rdn. 45 zu Art.19 Abs.3 GG; Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S.139; ders., Der Staat als Auftraggeber, passim; Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen?, S.24f. in Fn.43, S.27 in Fn. 46; Hauelsen, DVBl 1961, 837ff.; Hesse, Verfassungsrecht, S.143ff., kritisch; Ipsen, DVBl 1956, 466; Klein, Teilnahme, S.47, 150f., 167ff., 192 ff. mit Hinweisen; Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.323ff. mit Hinweisen, kritisch; Larenz, Allgemeiner Teil, S.3; Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil, S.3; Mallmann, VVDStRL 19 (1960), S.165ff., 194ff.; Mestmäcker, NJW 1969, 1, u.8.; v.Mutius, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, Art.19 Abs.3 GG, Rdn.170, 173; Rosenthal, UWG, Einleitung, Rdn.30; Rübner, Formen, S.370; ders., Verwaltungsrechtsschutz in Preußen, S.169f.; Scholz, ZHR 132 (1969), S.136, kritisch; ders., NJW 1974, 781, u.8.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.102; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 IIa, S.106ff.; Zeidler, VVDStRL 19 (1969), S.225ff., kritisch; unkritisch Hubmann, W.u.V. 1982, 41 m.H.; auch Rittner, Wirtschaftsrecht, S.176.

Nach herrschender Meinung gibt es privatrechtliches Verhalten des Staates auch außerhalb des fiskalischen Bereichs, nämlich im Verwaltungsprivatrecht, dazu Hinweise in Fn.57.

2) Dürig, a.a.O., Rdn.480ff. zu Art.3 Abs.1 GG; Burmeister, DÖV 1975, 700ff.; ders. so schon WiR 1972, 311ff., 347; auch Stern/Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, S.200; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.250f.

3) So der richtige Sprachgebrauch von Krüger, ZBR 1979, 157ff.; ebenso Badura, Verwaltungsmonopol, S.250 mit Fn.44.

4) Burmeister, DÖV 1975, 700ff.; Dürig, a.a.O., Rdn.480 zu Art.3 Abs.1 GG, Dürigs "Faustformel" (a.a.O., Rdn.486 zu Art.3 Abs.1 GG) für "primär erwerbswirtschaftliche Zwecke" der öffentlichen Hand, die also prinzipiell grundrechtsungebunden, fiskalisch agieren dürfen würden, ist. daß die

Fundstellen belegt diese Praxis und gibt ihr eine legislative Rechtfertigung⁵⁾.

Als Paradigma mag das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai 1976 dienen. In § 1 dieses Gesetzes wird der Anwendungsbereich auf die "öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit" bestimmter Behörden beschränkt. Bei anderen Verwaltungstätigkeiten haben die Behörden dieses Gesetz nicht zu beachten⁶⁾. Behörden im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind die Stellen, die "Aufgaben der öffentlichen Verwaltung" wahrnehmen (§ 1 Abs.4). "Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit" ist also nur ein Teil der "öffentlichen Verwaltung". Zur "öffentlichen Verwaltung" gehört nach diesem Gesetz somit auch die privatrechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden⁷⁾. Dieser enge Begriff "öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit" wird durch die Definition des Verwaltungsaktes in § 35 VerwVerfG bestätigt: "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere h o h e i t l i c h e Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkungen nach außen gerichtet ist." Es müssen also hoheitliche Maßnahmen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts sein. Nichthoheitliche Maßnahmen von Behörden auf anderen Gebieten als denen des öffentlichen Rechts sind von dem Gesetz nicht erfaßt⁸⁾. Die Definition könnte zu der Annahme verleiten, daß es auch Einzelfallregelungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gibt, die nicht hoheitlich sind. Das entspricht nicht der engen Sub-

Einrichtung nicht auch in "öffentlicher Rechtsform" betrieben werden dürfe, dieses Kriterium liegt nie vor, weil die "Rechtsformen" nach Dürigs eigener Meinung (a.a.O., Rdn.493) austauschbar, wählbar sind, es zeigt gegen seine Hoffnung, "Abgrenzungsschwierigkeiten" seien "nicht geeignet, die ganze Abgrenzung über Bord zu werfen" (a.a.O., Rdn.483), daß seine Differenzierung nicht haltbar ist, weil sie an der staatlichen Macht scheitert, prinzipiell jede Aufgabe nach Maßgabe des Staatsrechts zu übernehmen; wenn aber das Gesetz einer staatlichen Einheit bestimmte Aktivitäten nicht zugesteht, verstößt deren "Ertrotzung" über 'privatrechtliche' Aktivitäten gegen das ultra-vires-Verbot, also die begrenzte Kompetenz (Hinweise in Fn. 74; dazu auch 2.Teil, 2.Kap., III 2., S.41f. mit Fn.70, auch 6.Teil,4.Kap.V, S.270ff.); ganz anders als Dürig unterscheid. Scholz in demselben Kommentar, Rdn.402ff. zu Art.12 GG die "sozialwirtschaftliche" (Daseinsvorsorge) von der "erwerbswirtschaftlichen (fiskalischen)" Betätigung des Staates, letztere habe keine verfassungsrechtliche Legitimation; ders. so in: Der Staatssektor, S.131f.; Rudolf, VVDStRL 37 (1979), S.202f. bezeichnet es als "unproblematisch, daß die reine Fiskalverwaltung, die privatrechtlichen Beschäftigungsgeschäfte der öffentlichen Verwaltung sowie die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht Ausübung hoheitlicher Befugnisse sind" (ebenso Burmeister, a.a.O.) und stellt "als einzig sichere Abgrenzungsmöglichkeit auf die Handlungsformen" ab; Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.47 rechnet (nur) "die erwerbswirtschaftlichen Unternehmen" (außer der Hilfsmittelbeschaffung) zur "fiskalischen Verwaltung im engeren Sinne"; vgl. auch Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.323ff.

- 5) Vgl. dazu das 1.Kap. im 7.Teil zu §98 GWB, S.285ff.; in diesem Sinne auch klar Wenger, Öffentliche Unternehmung, S.515f., der diesen "empirischen" Befund als Rechtfertigung der Fiskustheorie genügen läßt.
- 6) Kopp, Rdn.36 zu §1 VerwVerfG; Knack, Rdn.5, 1 zu §1 VerwVerfG; Stelkens/Bonk/Leonhardt, Rdn.16, 18, 41, 47 zu §1 VerwVerfG.
- 7) Ähnlich wohl Knack, Rdn.6, 7, 8 zu §1 VerwVerfG (sogar Privatpersonen können Behörden sein, etwa die Beliehenen); Stelkens/Bonk/Leonhardt, Rdn. 17, 18, 41, 44, 47 zu §1 VerwVerfG, enger dieselben in Rdn.16 daselbst; enger Kopp, Rdn.21, 36, 38 zu §1 VerwVerfG (kein Behördencharakter bei ausschließlich fiskalischer Zuständigkeit von Verwaltungseinrichtungen).
- 8) Kopp, Rdn.21, 38, 43 zu §1 VerwVerfG; Knack, Rdn.5, 1 zu §1 VerwVerfG (i.S. strenger Fiskustheorie); Stelkens/Bonk/Leonhardt, Rdn.47 zu §1 VerwVerfG.

jektstheorie, die sich der einfache Gesetzgeber zu eigen gemacht hat⁹⁾. Allenfalls umgekehrt deutet der differenzierte Sprachgebrauch auf die Praxis hin, hoheitliche Maßnahmen auf den Gebieten zu treffen, die nicht dem öffentlichen Recht angehören, sondern dem Privatrecht, nämlich dem sog. Verwaltungsprivatrecht¹⁰⁾. Dieses moderne Gesetz ist ohne die Fiskustheorie nicht zu verstehen.

Die Fiskustheorie bestimmt unseren Rechtsalltag subtiler und entwickelter denn je¹²⁾. Sie liegt auch den §§ 40 Abs.1 VwGO und 13 GVG zu Grunde¹³⁾. Wenn auch die Begriffe "öffentlich-rechtliche Streitigkeiten" und "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" im Sinne von staatlichen und privatrechtlichen Streitigkeiten interpretiert werden können, so stellt doch § 18 ZPO klar, daß Streitigkeiten mit dem Fiskus als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gelten. Auch § 98 GWB¹⁴⁾ und § 65 BHO¹⁵⁾ zeigen, daß die Staatspraxis die Fiskustheorie zu Grunde legt. §§ 57ff. UWVG erlauben die Umwandlung von Unternehmen der Gebietskörperschaften und nicht gebietskörperschaftlichen Gemeindeverbänden in Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ja sogar die von Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts in Gesellschaften mit beschränkter Haftung (nach näheren Bestimmungen).

Es gab bis in die jüngste Zeit keine Judikate, die diese Staatspraxis und damit die Fiskustheorie ernstlich in Frage stellen. Im Gegenteil hat BVerfGE 27, 364 (374) sie mit den folgenden Sätzen gestärkt: "Hat sich die öffentliche Hand, gleichgültig aus welchen Gründen, dafür entschieden, eine öffentliche Aufgabe (sc. der Betrieb der Bergwerksgesellschaft Hibernia AG) mit den Mitteln des Privatrechts wahrzunehmen und insoweit privatwirtschaftlich tätig zu werden, so muß sie auch alle Konsequenzen daraus, auch die ihr unerwünschten, auf sich nehmen. Sie tritt damit auf den Boden des Privat- und Gesellschaftsrechts, nimmt konkurrierend mit anderen Wirtschaftsunternehmen am Wirtschafts- und Erwerbsleben innerhalb der freien Gesellschaft teil und unterwirft sich den Gesetzen des Marktes. Das Wirtschaftsunternehmen, dessen gesamtes Kapital in öffentlicher Hand liegt, lebt ganz nach dem Recht, das für alle Wirtschaftsunternehmen gilt, wird geführt nach den in der Wirtschaft geltenden Grundsätzen, plant und produziert

9) Vgl. Kopp, Rdn.21, 38, 43 zu §1 VerwVerfG; a.A. Knack, Rdn.3, 1 zu §1 VerwVerfG (Subjektionstheorie auch unter diesem Gesetz); auch Stelkens/Bonk/Leonhardt, Rdn.16, 17, zu §1 VerwVerfG.

10) Kopp, Rdn.43 zu §1 VerwVerfG; Stelkens/Bonk/Leonhardt, Rdn.18 zu §1 VerwVerfG. Zum Verwaltungsprivatrecht Hinweise in Fn.57.

12) So Bettermann, DVBl 1977, 181; Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.136 zu Art.1 Abs.3 GG: "Niemand revolutioniert die Fiskustheorie als solche"; ähnlich ders., a.a.O., Rdn.480ff. zu Art.3 Abs.1 GG; äußerst zurückhaltend Scholz, daselbst, Rdn.403 zu Art.12 GG: "Fiskalische Randgeschäfte"; ders. bezeichnet in ZHR 132 (1969), S.136 den Fiskusbegriff als "heute überholt", gibt ihm aber als "reine Kompetenzbeschreibung" jedenfalls für das Wettbewerbsrecht eine beachtliche Relevanz; ähnlich Bethge, Grundrechtskollisionen, S.65ff. mit weiteren Nachweisen ("obsolet"); Burmeister, DÖV 1975, 700 ff., 703 ("fossiles Relikt vergangener Tage"); Stern, Staatsrecht II, S.741 ("überholt"); vgl. auch Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.323ff.

13) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Anm.3 zu §13 GVG; Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdn.2 zu §40.

14) Dazu im 7.Teil, 1.Kap., S.283ff., 285ff.

15) Dazu Fn.77, S.22f.

und erwirtschaftet Gewinne und trägt Risiken wie jedes andere Unternehmen am Markt. Erst der Gewinn fließt in Form von Dividenden des Aktionärs in die öffentliche Kasse." Auf diese Erkenntnisse und Beobachtungen hat der Zweite Senat im Januar 1970 die Gleichheit des öffentlichen Unternehmens in Privatrechtsform als Arbeitgeber mit privaten Wirtschaftsunternehmen als Arbeitgebern und die wesentliche Ungleichheit ersterer mit öffentlichen Dienstherrn gegründet. Im Juli 1982 faßt derselbe Senat seine Entscheidung gegen einen eigentumsrechtlichen Grundrechtsschutz von Gemeinden bei wirtschaftlicher Betätigung ohne Bezug zu öffentlichen Aufgaben mit dem Satz zusammen: "Art.14 als Grundrecht schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater", weil die Gemeinden sich nicht in "grundrechtstypischer Gefährdungslage" befänden (BVerfG NJW 1982, 2173 (2175). Den Spruch im Jahre 1970 hat das Bundesverfassungsgericht mit 5 gegen 3 Richterstimmen gefällt. Causa non est finita!

Ganz im Sinne der Fiskustheorie hatte 1972 BVerwGE 39, 329 (337) festgestellt, daß die Gemeinde "im Wettbewerb keine rechtliche Vorzugsstellung genießt;" vielmehr "hierbei denselben privatrechtlichen Vorschriften wie die Mitbewerber unterliegt".

Selbst ins Grundsätzliche gehende Kritiker der Fiskustheorie wie H. Krüger, W. Mallmann und K. Zeidler scheuen sich, es dem Staat gänzlich zu verwehren, sich "privatrechtlich" zu verhalten¹⁶⁾. Auch Ch. Pestalozza, der wegen der Besonderheit des Staates alles Recht, das für und gegen den Staat gilt, als Sonderrecht, nämlich als Staatsrecht einstuft, bietet das (allgemeine) Privatrecht als Auffangrecht an¹⁷⁾.

16) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.328f., dazu 5.Teil, 4.Kap., IX, S.230ff.; zu Mallmann 5.Teil, 4.Kap., VII, S.218ff.; zu Zeidler 5.Teil, 4.Kap., VIII, S.224ff..

17) Formensißbrauch, S.177ff., dazu 7.Teil, 1.Kap., II 2, S.287f., auch 5.Teil, 2.Kap., S.181f..

2. Kapitel

DIE SUBSTANTIELLE FISKUSTHEORIE ALS THEMATISIERTES PROBLEM

Ein verfassungsrechtliches Problem ist allein die substantielle Fiskustheorie. Mit der Privatrechtsfähigkeit des Staates geht es dieser in der Sache um die Privatheit des Staates¹⁸⁾. Das vermag der übliche Wortgebrauch von der Privatrechtssubjektivität des Staates oder der Privatrechtlichkeit des staatlichen Verhaltens nicht zu verschleiern¹⁹⁾. Mit dem sachgerechten Wort Privatheit ist die Privatheit definierende Privatautonomie in den Blick gerückt. Die Privatrechtsfähigkeit hängt von der Privatheit ab; die Privatheit ist durch das Recht des Privaten zur Autonomie definiert²⁰⁾. (BVerfG NJW 1983, 26: "Bürgerliches Recht" das "Recht der

18) So auch klar Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.323.

19) Dazu die Hinweise in Fn.20. Die richtige Sprache spricht Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.204ff., der auch zum richtigen Ergebnis kommt, a.a.O., S.206, 210; tendenziell anders jedoch ders., Handbuch, S.1172, 1175 für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit; auch Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.14 zu Art.2 Abs.1 GG spricht von "privaten Rechten" (z.B. das Eigentum des Fiskus); bemerkenswert differenziert BVerfG NJW 1982, 2173 (2175) jetzt zwischen "Privateigentum", das auch Gemeinden innehaben könnten, und dem "Eigentum Privater", zu denen die Gemeinden nicht gehören würden; das ist ein großer Schritt in die richtige Richtung.

20) So sehen das Wesen des Privatrechts klar: Larenz, Allgemeiner Teil, S.1, auch S.91f., 94f.; ders., NJW 1956, 1899; ders. i.d.S., Richtiges Recht, S.65ff.; Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil, S.140; Ramm, Privatrecht, S.18 f., 31, insb. 36f. ("stat pro razione voluntas"); Adomeit, Gestaltungsrechte, S.12, 20f., 27, der die Privatautonomie als die Gesamtheit der bestehenden Gestaltungsrechte (Ermächtigungen zu privatwillkürlicher Einwirkung auf Rechtslagen) auf den Satz "in dubio pro libertate" zurückführt; ders., ebenso schon Rechtsquellenfragen, S.89f.; insb. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, DJT 1960, S.135ff., 141; ders., Das Rechtsgeschäft, S.1ff.; Schmidt-Salzer, WIR 1972, S.106ff.; Burmeister, WIR 1972, S.347ff.; M. Wolff, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S.19ff.; Naendrup, Haftungsbeschränkung, S.88f. m.Fn.15; Pawlowski, Methodenlehre, S.389, Rdn. 684; i.d.S. auch Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.204ff., 206, 209; Hesse, Verfassungsrecht, S.144; Krüger, VVDStRL 19 (1961), S.261; Zeidler, daselbst, S.229 mit Hinweisen in Fn.92; Scheuner, VVDStRL 11 (1954), S.17, 47; Henke, VVDStRL 28 (1970), S.155f.; i.d.S. auch Schwabe, Drittwirkung, S.150; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S.129; auch Klein, Formen, S.265; Weber, Eigentum und Enteignung, S.358, 361; klar auch Barbey W.u.V. 1978, 77ff., der zu Recht darauf hinweist, daß der Mensch auch als Subjekt des öffentlichen Rechts privat bleibe (S.78) (und die Heterogenität der Legitimationsgrundlagen von Staat und Privaten hervorhebt (S.78, 80f.); prinzipiell auch Wolff, Verwaltungsrecht, §23 Ila, b, S.106, 108; Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S.144 sieht zwar den Begriff des Privaten richtig, baut aber den Begriff der Privatrechtssubjektivität nicht darauf auf; richtig Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S.165 ("Privatautonomie" ist "Charakteristikum der Privatrechtsgesellschaft"); vgl. auch Mestmäcker, ZHR 137 (1973), 101; Schachtschneider, JA 1979, 571; das ist jetzt für die Ablehnung der Grundrechtsberechtigung der Gemeinden durch BVerfG NJW 1982, 2173 (2175) entscheidungserheblich geworden.

Krit. zu diesem Verständnis des Privaten: Landau, Begrenzung, S.104ff., Schmidt-Rimpler, F.Raiser, S.19; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 359, Fn.182 ("Unter Privaten gibt es Willkür und freies Belieben in unserem Staat eben nicht mehr"); Gotthold, ZHR 145 (1981), S.332; E.Schmidt, JZ 1980, 154ff.

Privaten!") "Das Privatrecht ist seiner Idee nach derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Beziehungen der einzelnen zueinander auf der Grundlage ihrer Gleichberechtigung und Selbstbestimmung ("Privatautonomie") regelt", lehrt K. Larenz²¹⁾. Das Wesen des Privatrechts wird verkannt, wenn es nicht in dieser Privatautonomie gesehen wird²²⁾ und zu einer Privatrechtlichkeit nivelliert wird, die lediglich Funktionsabläufe, etwa des Marktes, regelt und den Menschen im Gemeinwesen zum Funktionär in einem funktionierenden System degradiert. Davor hat schon H. Krüger gewarnt²³⁾. Die Anwendung von Privatrechtsnormen als Regeln für staatliches Verhalten entspricht eingeschliffenem Rechtsbewußtsein²⁴⁾, nur impliziert das, wie noch nachzuweisen ist, die von den meisten Anhängern der Fiskustheorie gelegnerte Privatheitsfähigkeit des Staates²⁵⁾. Die private Rechtsfähigkeit setzt Privatheit voraus; denn das Privatrecht ist die Rechtsordnung der Privaten²⁶⁾. Es wird darzulegen sein, daß der Begriff des Privaten durch das Prinzip der Autonomie des Menschen, das zu verwirklichen seine Würde ausmacht²⁷⁾, definiert ist, daß diese Autonomie als das Private sowohl freiheitsrechtlicher als auch demokratierechtlicher Topos ist²⁸⁾, daß jedoch dem Staat diese Autonomie nicht zukommt und der Staat darum weder privat²⁹⁾ noch rechtens Privatrechtssubjekt ist. Wenn dennoch Vorschriften der Rechtsordnung der Privaten auf staatliches Verhalten angewendet werden, verändern sie mit dem Rechtssubjekt ihr Wesen und werden Staatsrecht³⁰⁾, (Sonder)-

21) Allgemeiner Teil, S.1, Hervorhebung von mir; vgl. auch Ramm, Privatrecht, G, S.21; auch Emmerich, Wirtschaftsrecht, S.129.

22) Hinw. wie in Fn.20; die Herleitung aus dieser Legitimationsgrundlage greift Barbey, W.u.V. 1978, 79ff., 88ff. an.

23) Etwa Allg. Staatsl., S.480f.; ebenso warnt Rupp, Verfassungsrecht und Kartelle, S.207; auch Leisner, Der Gleichheitsstaat, S.300; vgl. auch die Krit. an Rebe im 8.Teil, 2.Kap., II 2c, S.387ff.m.H..

24) Als Gegenstand der Fiskustheorie; vgl. die Hinweise in Fn.1; deutlich etwa BGRZ 35, 311 (312f.); so insb. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht, §23 IIa, S.106 ("Fiscus iure privato utitur"); auch Larenz, Allgemeiner Teil, S.3; Barbey, W.u.V. 1978, 88ff. hält die Privatrechtsfähigkeit für eine Kompetenzfrage, obwohl er eine Privatautonomie des Staates klar ablehnt; sogar BVerfGE 27, 364 (374); BVerwGE 39, 329 (337).

25) Dazu im 6.Teil des 4.Kap., S.261ff. und den 7. und 8.Teil, passim. Typisch für viele ignoriert die Privatheit des Privatrechtssubjekts Staat Wenger, Öffentliche Unternehmung, S.520.

26) Ganz in diesem Sinne BVerfG NJW 1983, 26 im Urteil zum Staatshaftungsgesetz für das bürgerliche Recht als dem "Recht der Privaten". Vgl. auch Richardt, Kollektivgewalt, S.35ff. mit Hinweisen.

27) Dazu vor allem im 3.Teil das 2. und 4. Kap., S.104ff., 116ff. Zur Geschichte des Privatrechtbegriffs insb. Bullinger, Öffentl. Recht und Privatrecht, S.13ff.

28) Dazu näher der 4.Teil, insb. das 1.Kap., S.138ff. und das 3.Kap., S.159ff., zusammenfassende Bemerkung dazu im 4.Teil, S.169.

29) Dazu der 6.Teil, insb. das 4.Kap., S.261ff., so jetzt klar BVerfG NJW 1982, 2173 (2175) für Gemeinden.

30) Fast durchgehend werden Sonderregelungen für den vermeintlich privat handelnden Staat angewandt, etwa Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 IIa, S.106f. (keine Grundrechtsberechtigung, kein Recht, "mit einer Sache nach Belieben zu verfahren"); Schmidt-Salzer, WIR 1972, 106ff.; vgl. auch Rupp, JuS 1961, S.60f.; ders., Privateigentum an Staatsfunktionen, S.24 in Fn.42; Barbey, W.u.V. 1978, 91; Wenger, Öffentliche Unternehmung, S.520; gegen die Privatrechtsfähigkeit des Staates schon Otto

Recht für den Staat, im herkömmlichen Sprachgebrauch 'öffentliches Recht'.

Die so als substantielle gekennzeichnete autonomietheoretisch erfaßte Fiskustheorie ist nicht etwa ein Scheinproblem. Das erweisen schon die im vorigen Kapitel zitierten Worte des Bundesverfassungsgerichts³¹⁾. Die "freie Gesellschaft", um nur einen Begriff herauszugreifen, ist sicher die private Gesellschaft, die notwendig zugleich 'Privatrechtsgesellschaft'³²⁾ ist. Die Fragwürdigkeit eines Rechts des Staates zur Autonomie ist längst erkannt. Abstrakt wird ein solches Recht überwiegend zurückgewiesen³³⁾. Vermeintlich privatrechtliches Verhalten des Staates wird durch Überlagerung des zum Maßstab genommenen Privatrechts durch öffentliches Recht³⁴⁾ oder durch Modifizierung dieser Maßstäbe³⁵⁾ relativiert, wenn nicht in der Sache dem Privatrecht entzogen und dem Staatsrecht unterstellt. Zum einen sind die Versuche, ein staatsadäquates Privatrecht zu schaffen, rechtsstaatlich höchst bedenklich, weil dieses Recht jeder Bestimmtheit ermangelt und angesichts der Vielfältigkeit der regelungsbedürftigen Angelegenheiten ohne Gesetz ermangeln muß. Zum anderen sind die Bemühungen um ein besonderes Privatrecht für den Staat nichts anderes als eine Kritik der Fiskustheorie, welche dieser die Substanz nehmen will. Ein solcher Korrekturversuch verfehlt jedoch den Kern des Problems. Die Anpassung des Privatrechts an die Besonderheiten des Staates läßt dem Staat eine wenn auch disziplinierte Autonomiebefugnis von Privaten, jedenfalls in den Rechtsbereichen, die Verhalten regeln, das seinem Wesen nach privat ist, wie es der der Wettbewerbswirtschaft ist. Es wird nachzuweisen sein, daß wirtschaftlicher Wettbewerb wesensgemäß freies, also autonomes, privates Verhalten von Menschen ist, zu dem der Staat nicht berechtigt ist und nicht berechtigt sein darf, selbst nicht, wenn scharfe Maßstäbe seinen Wettbewerb für die privaten Konkurrenten erträglich gestalten³⁶⁾. So hat denn der Bundesgerichtshof staatliche Konkurrenz, weil diese den Bestand des Wettbewerbs gefährde, in einem Fall untersagt und das Verbot ausgerechnet auf § 1 UWG gestützt, der den Wettbewerb disziplinieren will, also notwendig voraussetzt³⁷⁾. Es hat die wettbewerblichen Lauterkeitsmaßstäbe für die Allgemeinen Ortskrankenkassen derart verschärft, daß deren Selbstabgabe von

Mayer, Verwaltungsrecht Bd.1, S.115ff., Bd.II, S.274ff.; dazu (wohlwollend) Rübner, Formen, S.369f. mit Fn.100. Zur Problematik auch im 6.Teil, 3.Kap., insb. IV, S.258ff.. Wenn freilich der Dualismus zwischen öffentlichem und Privatrecht geaugnet wird (etwa Rinck, WIR 1972, S.5ff., 9f., 16), so wird es gleichgültig, d.h. zur bloßen Rechtswegfrage, ob Staatsrecht oder Privatrecht gilt. Für den Dualismus vehement und richtig Burmeister, WIR 1972, S.347ff.. Für den hier gewählten Begriff "Staatsrecht" Pestalozza, Formenmißbrauch, S.166ff., 179, 185.

31) BVerfGE 27, 364 (374), das Zitat siehe S.8f.

32) Begriff von F. Böhm, ORDO XVII, 1966, "Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft".

33) Hinweise in Fn.132, 161, 6.Teil; selbst Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 IIa, S.106, gestehen nur "durch die Staatszwecke begrenzte Privatautonomie" zu.

34) Hinweise auf die Überlagerungstheorie in Fn.57 dieses Teils und auch zur These von der Doppelqualifikation in Fn.319 im 2.Teil.

35) Dazu Hinweise in Fn.en 217, 218ff. des 7.Teils.

36) Dazu im 7.Teil, insb. 5.Kap. IV, S.326ff. mit Hinweisen vor allem in Fn.en 217, 218ff.

37) BGH NJW 1982, 2117ff. (Verbot der Selbstabgabe von Kassenbrillen).

Brillen an Kassenmitglieder wettbewerbswidrig wurde, obwohl sie privatrechtlich zu beurteilender Wettbewerb blieb, weil doch die Kassenmitglieder die Wahl hatten, die Brillen auch bei den selbständigen Augenoptikern zu kaufen. Diese Modifizierung des Privatrechts bei dessen Anwendung auf den Staat führt sich bereits ad absurdum. Einem privaten Konkurrenten der mittelständischen Augenoptiker hätte mittels § 1 UWG das Geschäft mit den Brillen wohl kaum deswegen untersagt werden dürfen, weil seine Preise den Konkurrenten keine Marktchance lassen und er deswegen den Wettbewerb gefährde, selbst nicht, wenn er die Preise (ohne Vernichtungsabsicht) intern subventioniert. Wenn § 1 UWG in der Weise den Wettbewerb allgemein schützen würde, müßte die entwickelte Konzentration der Wirtschaft wohl als rechtswidrig angesehen werden.

Das Recht teilt sich für das Problem der Fiskustheorie in drei Gruppen, nämlich in Vorschriften, deren Imperative unabhängig davon gelten, ob Private oder der Staat ihren Tatbestand erfüllen, die also insofern neutral oder allgemein sind, in solche, deren Tatbestände nur von Privaten erfüllt werden können, eben weil sie wesentlich die Autonomie der Privaten regeln und damit voraussetzen, das Autonomierecht, und solche, deren Tatbestand allein der Staat erfüllen kann, das reine Staatsrecht. Jede Vorschrift ist daraufhin zu interpretieren, wer ihren Tatbestand zu erfüllen geeignet ist. Die neutralen Vorschriften, etwa § 433 BGB und weite Teile der ersten drei Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches, auf staatliches Verhalten anzuwenden, verdient nicht den Begriff Fiskustheorie. Nach § 433 Abs.1 BGB ist jeder Verkäufer einer Sache zu deren Übergabe und zur Übertragung seines Rechts an den Käufer verpflichtet und jeder Käufer berechtigt, dies vom Verkäufer zu verlangen, seien Käufer und Verkäufer der Staat oder Private. Freilich ist auch für diese Vorschrift eine Modifikation erforderlich, wenn Käufer der Staat ist. Der Staat nämlich erlangt als Erwerber der Sache eine Sachherrschaft, die nicht Eigentum i.S. des § 903 BGB ist; denn der Staat darf mit der Sache nicht "nach Belieben" verfahren³⁸⁾. Dieser Aspekt nimmt jedoch § 433 Abs.1 BGB nicht den neutralen oder allgemeinrechtlichen Charakter, zumal das Eigentum auch in der Hand von Privaten ein je unterschiedliches Recht sein kann, etwa bloßes Sicherungseigentum. Die augenscheinliche Normalität von Kauf- und Werkverträgen oder auch anderen Vertragstypen im privaten Leben der Menschen beschränkt deren Zweckdienlichkeit nicht auf private Verhältnisse. Sie sind vielmehr rechtliche Handlungsformen von Menschen und stehen darum auch dem Staat als Organisation der Menschen zur Verwirklichung von deren allgemeinen Interessen zur Verfügung. Dafür muß der Staat nicht privat oder auch nur Privatrechtssubjekt werden. Diese Rechtsinstitute dienen sachgerechter Rechtstechnik für typisierte Rechtsvorgänge, an denen der Staat genauso beteiligt sein kann wie Private. Im sog. Zivilrecht finden sich also mannigfache Vorschriften des Staatsrechts³⁹⁾. Weil die allgemeinen

38) Dazu näher im 6.Teil des 5.Kap. III, S.277ff.. Das gestehen selbst Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 IIa, S.107 zu.

39) Die bekannteste rein staatsrechtliche Vorschrift ist §839 BGB, vgl. jetzt BVerfG NJW 1983, 25ff.

oder neutralen Vorschriften Grundlage von Rechten und Pflichten des Staates und von Privaten sein können, sind sie nach der in dieser Arbeit darzulegenden institutionellen Theorie des Privatrechts wie des öffentlichen Rechts entweder Privatrecht oder öffentliches Recht/Staatsrecht⁴⁰⁾.

§ 1 UWG, der hier als Paradigma der substantiellen Fiskustheorie untersucht werden soll, muß somit daraufhin geprüft werden, ob er gegenüber den Rechts-subjekten Staat und Private neutral ist, also sowohl für privates als auch für staatliches Wettbewerbsverhalten eine Verhaltensvorschrift gibt, ob insbesondere staatliches Verhalten als Wettbewerb mit Privaten eingestuft werden darf. Das ist die Auffassung der Neutralitätstheorie, die vor allem von R. Scholz vertreten wird⁴¹⁾, der aber auch die Theorie des Bundesgerichtshofs und jetzt der herrschenden Meinung von der Doppelqualifikation staatlichen Verhaltens sehr nahe kommt, die auch hoheitliches Verhalten als privatrechtlich zu beurteilenden Wettbewerb einzustufen erlaubt⁴²⁾. Wir werden nachzuweisen bemüht sein, daß § 1 UWG zum Autonomierecht gehört, also nur auf Privatunternehmen paßt und es darum der substantiellen Fiskustheorie bedarf, wenn diese Vorschrift dem Staat als Unternehmer das Recht geben soll.

Das Problem der substantiellen Fiskustheorie ist also zweiseitig. Einerseits wird, gerechtfertigt durch eben diese Theorie, der Staat als Privater behandelt, indem ihm Privatrechtssubjektivität auch insoweit zugestanden wird, als das Privatrecht Autonomierecht ist. Das ist wohl die noch vorherrschende Sicht des Problems. Hefermehl etwa sieht die Wirtschaftsfreiheit durchaus im Sinne des Rechts zur Autonomie als Voraussetzung des Wettbewerbs und damit der Geltung des § 1 UWG, unterstellt aber den Staat uneingeschränkt sogar prinzipiell ohne Modifizierung der Verhaltensmaßstäbe dieser Vorschrift⁴³⁾. Andererseits wird dem Staat die Autonomie von Privaten abgesprochen, sein Verhalten aber dennoch nach § 1 UWG beurteilt, weil diese Vorschrift neutral sei und jedes wettbewerbliche Verhalten regule, ohne daß dies privates Verhalten sein müsse. So begründet vor allem Scholz, wie schon bemerkt, die Geltung des § 1 UWG für das Verhalten von Staatsunternehmen, denen er dann auch einen autonomiegleichen weiten Gestaltungsspielraum einräumt⁴⁴⁾. Darauf läuft, wie auch schon angedeutet, auch die Theorie der Praxis von der Doppelqualifikation hoheitlichen Verhaltens hinaus⁴⁵⁾. Verständlicherweise drängt die Anwendung einer freiheitsbegrenzenden Vorschrift auf staatliches Verhalten angesichts der kaum bestrittenen Erkenntnis,

40) Dazu vor allem im 6. Teil die Kapitel 3 und 4, S. 253ff., 261ff.

41) Dazu im 2. Teil das 9. Kap., S. 80ff.; Hinweise insb. in Fn. 316.

42) Dazu im 1. Kap. des 2. Teils, S. 26ff. mit Zitaten in Fn. 2, Hinweise auch in Fn. 319 des 2. Teils.

43) Zu Hefermehl insoweit im 2. Kap. III im 2. Teil, S. 41ff..

44) Dazu im 9. Kap. II 4d des 2. Teils, S. 91ff.; Scholz insb. in ZHR 132 (1969), S. 135ff.

45) Hinweise wie in Fn. 42.

daß dem Staat keine Freiheit zukommt⁴⁶⁾, zu einer diese Vorschrift neutralisierenden, genauer entprivatisierenden Interpretation. Es fragt sich nur, ob die Tatbestandsmerkmale des § 1 UWG dessen Anwendung auf staatliches Verhalten erlauben, ohne dem Staat als Unternehmer wiederum ein Recht zur Autonomie zuzugestehen, das nur Privaten zusteht. Zugleich fragt es sich, ob der Staat sich in den wettbewerblichen Konflikt mit Privaten begeben darf, der mittels § 1 UWG befriedet werden soll, ob sich der Staat nicht vielmehr, wenn er zu Privaten in Wettbewerb tritt, zum Privaten macht oder sich zumindest als ein solcher geriert. So sagt das deutlich das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 27, 364 (374). Anders gewendet heißt das, der Staat muß sich als Privater gerieren dürfen, wenn er als Wettbewerber von Privaten gelten können soll.

Die Analyse des § 1 UWG muß somit klären, ob diese Vorschrift ausschließlich Autonomierecht gibt, welches auf den Staat nicht angewendet werden darf, wenn und weil der Staat das Recht zur Autonomie nicht hat. Die verfassungsrechtlichen und zugleich staatsrechtlichen Erwägungen müssen zu beurteilen helfen, ob der Staat das Recht zur Autonomie Privater in Anspruch nehmen darf, ob also die substantielle Fiskustheorie dem Grundgesetz entspricht. § 1 UWG wird also zu Recht zur Beurteilung staatlichen Verhaltens herangezogen, wenn entweder § 1 UWG neutral ist oder der Staat sich wie ein Privater autonom verhalten darf, erst recht, wenn beides zutrifft.

Die zweite Alternative macht es unumgänglich, das Wesen des Privaten zu erfassen, welches dieses vom Staatlichen in der Weise unterscheidet, daß der Staat nicht einmal die Rolle eines privaten Subjekts oder Rechtssubjekts übernehmen darf. Dieses Wesen liegt in der Autonomie, die den Privaten oder das Private definiert, wie schon mehrfach gesagt. Um das jedoch nachzuweisen, muß die grundgesetzliche Autonomietheorie entwickelt werden. Aber auch die erste Alternative zwingt, das Wesen des Privatrechts herauszustellen, welches die Autonomie begrenzt und voraussetzt, des Autonomierechts. Erst wenn feststeht, wie die Autonomie des Menschen zu begreifen ist, klärt sich die Eigenart dieses autonomierechtlichen Privatrechts, und erst der Begriff des Autonomierechts erlaubt eine tatbestandsgemäße Beurteilung der Frage, ob § 1 UWG auch dem Staat das Recht gibt, also neutral ist. Nur auf der Grundlage einer grundgesetzlichen Autonomietheorie läßt sich entscheiden, ob staatliches Verhalten als "Handlungen im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs" verstanden werden darf und ob die "guten Sitten" des §1 UWG tauglicher Maßstab staatlichen Verhaltens sind. Es ist ein Unterschied, ob der Gegenstand der gesetzlichen Regelung spezifisch autonomes Verhalten von privaten Unternehmern ist oder unternehmerisches Verhalten von Wirtschaftssubjekten.

Eine grundgesetzliche Autonomietheorie und zugleich Staatstheorie ist somit für die Diskussion der Frage nach der Privatrechtssubjektivität von Staatsunternehmen,

46) Hinw. wie in Fn.59 des 2.Teils, dort auch d.H. in Fn.en 132, 161 gegen ein Recht des Staates zur Autonomie.

paradigmatisch der Frage nach der Relevanz des § 1 UWG für staatsunternehmerisches Verhalten, unverzichtbar. Seine Staatstheorie hat für diesen Fragenkreis H. Krüger zugrundegelegt, dessen Ergebnisse denn auch ganz von den übrigen Auffassungen abweichen⁴⁷⁾.

Der Entwicklung einer grundgesetzlichen Autonomietheorie werden die Teile 3 und 4 gewidmet. Wenngleich das Autonomieprinzip ein elementarer Baustein einer grundgesetzlichen Staatstheorie ist, kann in dieser Arbeit eine solche nicht insgesamt dargelegt werden. Die Überlegungen müssen sich staats-theoretisch auf die Klärung des Staatsbegriffs insoweit beschränken, als es zur Entscheidung der Frage nötig ist, ob der Staat sich in die Rolle eines Privaten begeben darf, ob er sich dem Autonomierecht der Privaten unterstellen darf; denn das ist das Wesen der Fiskustheorie. Dadurch wird zugleich ein Begriff des Staatsrechts im Sinne einer strengen Subjektstheorie gewonnen als dem Recht, welches dem Staat Vorschriften gibt. Die grundgesetzlichen Begriffe der Privaten und des Staates, sowie des Privatrechts und des Staatsrechts sind untrennbar verknüpft. Dieser fiskuskritischen Staatstheorie, die auf dem Autonomieprinzip gründet, dienen die Teile 5 und 6.

Die Problematik, ob § 1 UWG Autonomierecht ist, das seinem Begriff nach nur auf Private und nicht auch auf den Staat anwendbar ist, kann erst auf der Grundlage der grundgesetzlichen Autonomietheorie diskutiert werden, weil diese zugleich die Interpretation des einfachen (Wirtschafts-)Rechts bestimmt, welches schließlich den Freiheitsprinzipien der Verfassung entsprechen muß. Die Tatbestandsmerkmale "Handlungen im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs" werden im 7. Teil, das Tatbestandsmerkmal "gute Sitten" im 8. Teil behandelt. Wegen des Vorrangs der Verfassung in der Sache hat auch im Aufbau die autonomietheoretische Problematik des Grundgesetzes Vorrang vor der ebenfalls autonomietheoretisch bestimmten Fragestellung des einfachen Rechts.

Wenn sich erwiesen haben wird, daß § 1 UWG als Autonomierecht spezifisch das Recht zur Autonomie des Menschen voraussetzt, zwingt das zu einer Entscheidung über die substantielle Fiskustheorie, weil diese dann alleinige Grundlage der Praxis, staatsunternehmerisches Verhalten an § 1 UWG zu messen, ist. Privatheit des Staates, also ein Recht des Staates zur Autonomie, wird sich jedoch als unvereinbar mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unseres Gemeinwesens erweisen.

Mit dem Wort Fiskustheorie ist im folgenden der Begriff der substantiellen Fiskustheorie gemeint, mit dem dem Staat zugestanden wird, privat zu sein, sich zu verhalten, als wäre er zur Autonomie berechtigt.

47) Dazu im 10.Kap. des 2.Teils, S.96.

3. Kapitel

VERFASSUNGSRECHTLICHE PROBLEMSKIZZE ZUR FISKUSTHEORIE

Die Fiskustheorie und mit ihr die Staatspraxis der Privatrechtssubjektivität der öffentlichen Hand⁴⁸⁾ kann nur an den politischen Grundentscheidungen des Grundgesetzes scheitern. Die Detailregelungen des Grundgesetzes geben gegen die Fiskustheorie nichts her. Für die Sonderregelungen etwa der Finanzmonopole und der Überleitungsbestimmungen für das Reichsvermögen in Art.134 GG und der Landesvermögen in Art.135 GG brauchen die bekannten Untersuchungen nicht wiederholt zu werden⁴⁹⁾. Die kontroversen Auffassungen zur kompetenziellen Grundsatznorm des Art.30 GG spiegeln vornehmlich den Streit um die Fiskustheorie wider⁵⁰⁾. Wenn die Begriffe "staatliche Befugnisse" und "staatliche Aufgaben" Staatsunternehmen in den verschiedenen Rechtsformen einbeziehen, hat Art.30 GG für die unternehmerische Betätigung des Bundes verheerende Konsequenzen⁵¹⁾, weil alle Versuche, eine Bundeskompetenz aus sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes, etwa den Vorschriften über die Gesetzgebungs- und die Verwaltungskom-

48) Hinweise in Fn.1.

49) Klein, Teilnahme, S.146f.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.212, 235; Schricke, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.73f.; Badura, F.Schlochauer, S.20 in Fn.68; auch Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S.204 in Fn.23; vgl. auch in diesem Sinne Stober, ZHR 145 (1981), S.567f., 570f.

50) Dazu Klein, Teilnahme, S.195f.; Rübner, Formen, S.389f. mit Hinweisen; Maunz, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.10 zu Art.30 GG, auch Rdn.20 zu Art.83GG; vgl. auch Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S.215; Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S.199f. mit Hinweisen; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.232ff.; auch Ossenbühl, Wirkungskreis der Deutschen Bundespost, S.129ff.; BVerfGE 12, 205 (241) -Fernsehurteil- läßt den Wirkungsbereich des Art.30 GG offen. Gegen die Relevanz des Art.30 GG für fiskalische Tätigkeiten Vogel, Handbuch, S.822.

51) Ebenso Klein, Teilnahme, S.195f., der Art.30 GG jedoch tatbestandlich nicht als gegeben ansieht (S.150, 195f.); so auch mit weiteren Hinweisen Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.234f.; Maunz, a.a.O., Rdn. 20 zu Art.83 GG; v.Mangoldt/Klein, GG, Anm. III 1a, d zu Art.30 GG, S. 750f.; wohl auch Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S.199; anders und richtig Rübner, Formen, S.389f., der den Begriff der öffentlichen Aufgabe für ungeeignet hält, Differenzierungen zu geben, aber (fälschlich) eine allgemeine Kompetenz jeder öffentlichen Körperschaft zu fiskalischer Gewinnwirtschaft zugesteht; auch Püttner, a.a.O., S.217 mit Fn.21 stützt sich auf eine Bundeskompetenz "kraft 'Natur der Sache'", anders wohl S.234; gegen Klein auch Bull, Staatsaufgaben, S.116, Fn.118, der auf Verfassungsgewohnheitsrecht hinweist; ganz ähnlich i.d.S. Ossenbühl, Wirkungskreis der Deutschen Bundespost, S.129ff., 132 (sehr unsicher); vgl. auch Krüger, Massenmedien, S.77; vgl. auch Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S.115f.

petenz, herzuleiten⁵²⁾, fehlschlagen⁵³⁾. Wir wollen unsere Überlegungen aber nicht an dem Begriff des Staatlichen in Art.30 GG verankern, weil es wenig Überzeugungskraft haben dürfte, wenn eine verfassungsnormative Staatstheorie auf ein Wort gestützt würde. Sicherlich hat der Begriff "staatlich" in Art.30 GG normative Wirkung und dürfte mit dem wortidentischen Begriff des Staatlichen in Art.1 Abs.1 GG, aber auch mit dem Begriff "Staatsgewalt" in Art.20 Abs.2 GG übereinstimmen und näher durch die in Art.1 Abs.3 GG aufgezählten drei Gewalten des Staates umschrieben sein⁵⁴⁾.

Die Grundrechte ergeben vordergründig kein Argument gegen die Fiskustheorie. Wenn schon der Staat als Subjekt des Privatrechts agieren darf, so ist damit keineswegs entschieden, daß er sich dadurch von der Grundrechtsbindung loszusagen befugt ist⁵⁵⁾. Die Fiskalgeltung der Grundrechte ist seit je umstritten und die strenge Fiskustheorie hat sich gegen sie immer gewehrt⁵⁶⁾. In den letzten Jah-

52) Etwa Kötgen, JöR N.F. 11 (1962), S.201f.; vgl. Klein, Teilnahme, S.196; ähnlich Rüfner, Formen, S.390; auch Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.236, unter Hinweis auf Art.74 Nr.15 GG.

53) Dagegen auch Klein, Teiln., S.149f., 195f., der sich schließl. auf Art.17 Abs.1 des Bundesverfassungsgesetzes für Österreich (!) -dazu umfassend Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten, 1980- beruft, um zu belegen, daß die Privatrechte des Bundes von verfassungsrechtl. Zuständigkeitsregeln unberührt bleiben. Als Rettungsanker mag der Hinw. auf die Gewohnheit bundesuntern. Betätigung, eben die langjähr. Praxis der Fiskustheorie, geworfen werden, so etwa Ossenbühl, Wirkungskreis der Deutschen Bundespost, S.129ff., 131; freil. war deren Rechtmäßigkeit auch bundesstaatsrechtl. immer kontrovers.

54) Auch Scholz, ZfR 132 (1969), S.136 sieht den Fiskus als eine Zuständigkeit der Staatsgewalt; ebenso Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S.194ff.; Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S.221ff.; auch Petalozza, Formennützlichkeitsbrauch, S.169; anders etwa Burmeister DÖV 1975, S.102.

55) Wie hier für viele Hesse, Verfassungsrecht, S.144f.; weitere Hinweise in Fn.56.

56) Für die Fiskalgeltung der Grundrechte: Hesse, Verfassungsrecht, S.142ff., 145; Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S.195f., 201ff., dazu 5.Teil, 4.Kap.,VII, S.223f.; Zeidler VVDStRL 19 (1961), S.217ff., 225ff., 231,232f., dazu 5.Teil 4.Kap.,VIII, S.224ff.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S.306ff.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S.99ff. m.H. (nur bei Monopolstellung staatl. Unternehmen); Rüfner, Formen, S.394ff. m.w.H. in Fn.216; Krüger, Allg. Staatslehre, S.327, 527; ders., ZBR 1979, 157 in Fn.6, wo er die Fiskalgeltung der Grundrechte als h.M. bezeichnet; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.212ff. m.H. insb. in Fn.110; Grupp, ZHR 140 (1976), S.377f. m.w.H.; Stober, ZHR 145 (1981), S.567; vorsichtig Badura, F.Schlochauer, S.21, der meint, die "Eigenart des Privatrechts und seine Regulative" werde es im Bereich der wirtschaftenden Privatrechtsbeteiligung "weitgehend" "materiell" nicht zu einer "Fiskalgeltung" der Grundrechte kommen lassen. Dagegen: Bettermann, F.Hirsch, S.11, 19ff.; Forsthoff, Staat als Auftraggeber, S.13ff.; v.Mangoldt/Klein, GG, Anm.III 3b zu Art.1 GG; Klein, Teiln., S.165ff. ausführlich m.H., S.176f. (Grundrechte beschränken nur "spezifische Staatsmacht", S.169, 175, "wo der Staat nicht herrscht, bedarf es dieser Mäßigung nicht"); Püttner, Die öffentl. Untern., S.147; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 Ila, la, S.206; Emmerich, JuS 1970, 332; w.H. bei v.Mutius, Bonn. Komm., Rdn.82, 126, 145ff. (zu öffentl. Unternehmen in Privatrechtsform) zu Art.19 Abs.3 GG; Dürig, Manz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.475ff. zu Art.3 Abs.1 GG, Rdn.496 (zur erwerbswirtschaftl. Betätigung und Auftragsvergabe); zum Problem auch Bethge, Grundrechtskollisionen, S.366ff. (Privatrecht als Regeln zur Schlichtung von Grundrechtskollisionen); Emmerich, Wirtschaftsrecht, S.122 in Fn.322; Stern, JZ 1962 181f.. Herrschend wird darauf abgestellt, ob der Staat eine 'öffentl. Aufgabe' wahrnehme und von der 'Rechtsform' des Verhaltens abstrahiert: BGHZ 29, 76 (80); 36, 91 (96ff.); 52, 325 (328); 65, 284 (287); Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 Iib, S.108f.; Dürig, a.a.O., Rdn.134, 135 zu Art.1 Abs.3 GG, Rdn.45 zu Art.19 Abs.3 GG; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S.123, 132 m.w.H. in Fn.331 (krit.); Rüfner, Formen, S.397 (selbst für die Überlagerungstheorie, S.365f., 377ff., 387ff.) Burmeister, DÖV 1975, S.695ff.; Barbey, W.u.V. 1978, 91; Knemeyer, W.u.V. 1978, S.71; Ennecerus/Nipperdey, Allg. Teil, §34 I 2, S.225f.; vgl. auch Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S.217, 232f.; auf das Kriterium der öffentl. Aufgaben stellt gegen die Grundrechtsberechtigung der öffentl. Hand ab BVerfGE 21, 362 (374), ebenso BVerfGE 45, 63 (78ff.); das Kriterium ist in BVerfGE NJW 1982, 2173ff. der Sache nach aufgegeben.

ren hat sich die gegenläufige Tendenz verstärkt. So wollen die Überlagerungstheoretiker den Fiskus wie überhaupt den privatrechtlich agierenden Staat nicht nur dem Privatrecht, sondern auch dem Staatsrecht, vor allem dem Gleichheitssatz, unterwerfen⁵⁷⁾, weil alles staatliche Verhalten entweder Gesetzgebung, Rechtsprechung oder eben "vollziehende Gewalt" im Sinne des Art.1 Abs.3 GG sei und der Staat sich der Bindung an die Grundrechte nicht entziehen dürfe⁵⁸⁾. Die Abwehrwirkung der Grundrechte gegen den Fiskus hängt auch davon ab, wie dessen Verhalten näher eingeschätzt wird. Wenn der Staat als Fiskus privat ist und die Privatautonomie in Anspruch nehmen darf⁵⁹⁾, müßte er sogar mittels Art.19 Abs.3 GG grundrechtsberechtigt sein. Die Grundrechtsberechtigung des Staates, der als oder besser wie ein Privatrechtssubjekt in Erscheinung tritt, ist umstritten⁶⁰⁾.

57) Scholz, ZHR 132 (1969), S.132ff.; ders., Einrichtungen, S.144; der., DVBl 1968, S.738ff.; ders. DVBl 1979, S.116f.; ders., NJW 1978, 17/18; Mestmäcker, NJW 1969, 3; Rübner, Formen, S.365, 378ff. m.H. S.381; Rübner folgend Wenger, Öffentl. Unternehmung, S.514ff., insb. S.519; Klein, Teilnahme, S.248f.; Mallmann, VVDStRL 19 (1961) S.194ff.; Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S.212, 215ff.; Krüger, ZBR 1979, S.157, Fn.6; Schricke, Wirtschaftl. Tätigkeit, S.159ff., 165ff.; vgl. auch Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S.198ff.; Badura, F.Schlochauer, S.11; Barbey, Wu.V. 1978, 86ff., 91; vgl. dazu auch Bullinger, Öffentl. Recht und Privatrecht, S. 67; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 11b, S.109; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.206 ("strengste Bedingungen", "daß die privatrechtl. Verkleidung nicht priv. Autonomie schafft"); Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S.70ff. m.H.; ders., WiR 1972, S.347; Rittner, Wirtschaftsrecht, S.177; zur Parallelproblematik im Verwaltungsprivatrecht vgl. Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.496 zu Art.3 Abs.1 GG, Rdn. 136-138 zu Art.1 Abs.3 GG, der für den "wirklich fiskal. Tätigkeitsbereich" nur eine mittelb. Grundrechtswirkung i.S. einer Mißbrauchsabwehr zugesteht; grundlegende Krit. an der Theorie vom Verwaltungsprivatrecht an dem Rechtsinstitut des "hoheitl. Privatrecht" übt Überzeugend Burmeister, WiR 1972, 311ff. m.w.H. insb. in Fn.en 10, 28, der fiskal. Verhalten (mit Ausnahme adaptiven Verhaltens, a.a.O., S.343) einbezieht; Wolff-Bachof, a.a.O.; typisch Rinck, WiR 1972, S.5ff., 9; auch Kunert, Bedarfdeckungsgeschäfte, S.126f.; Badura, F.Schlochauer, S.11, 19; Siebert, F.Niedermeyer, S.215ff.; krit. auch Emmerich, etwa, Öffentl. Produktion II, Rechtsformen, HdWV Bd. 5, 1980, S.457; BGHZ 36, 91 (95ff.). Die immanente Inkonsistenz dieser Theorie zeigt Pestlozza, Formensmißbrauch, S.167ff. auf.

58) So typisch Hesse, Verfassungsrecht, S.144f.; Rübner, Formen, S.401; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.212ff. mit Hinweisen; Burmeister, WiR 1972, S.345ff., 347 mit Hinweisen; auch Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.64; anders Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §23 IIa, S.106, 108ff., die Art.1 Abs.3 GG auf "hoheitliche Aufgaben" und "den Einsatz hoheitlicher Mittel" und damit den Bereich des öffentlichen Rechts und den des Verwaltungsprivatrechts beschränken. Weitere Hinweise in Fn.57.

59) Dazu 6.Teil, 4.Kap.S.261ff., und 5.Kap. S.275ff.

60) Dafür: Bettermann, F.Hirsch, S.1ff.; ders., NJW 1969, 1323ff.; ihm folgend Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, §98 IIe 3, S.377; auch Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.149ff. mit Hinweisen in Fn.en 18, 21, S.154f.; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S.14; Fuß, DVBl 1958, 740ff.; Dürig, Maunz/Dürig (1.Aufl.), Rdn.34 zu Art.19 Abs.3 GG; ders., F.Apelt, S.13ff., 37f., wenn "hinter öffentlich-rechtlichen Organisationsformen in Wahrheit Privatinteressen stehen"; Klein, Teilnahme, S.234ff.; auch BVerwG DÖV 1958, 61f.

Dagegen: Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (2.Aufl.), Rdn.36, 40, 45 zu Art.19 Abs.3 GG, Rdn.484ff. zu Art.3 Abs.1 GG mit Nachweisen; Scholz daselbst, Rdn. 101ff., insb. 105 zu Art.12 GG (1981) mit weiteren Hinweisen; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 210ff. mit Hinweisen; ders., Grundrechte und Demokratie, S.15f.; Rupp-v.Brünneck, F.Arndt, S.370; auch Burmeister, DÖV 1975, 700 in Fn.38 mit weiteren Hinweisen; Schricke, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.74f.; Badura, F.Schlochauer, S.17; v.Olshausen, Zur Anwendbarkeit, S.138ff.; Bull, Staatsaufgaben, S.96ff.; Bethge, JA 1978, 537f.; Starck, JuS 1977, 732ff.; Stober, ZHR 145 (1981), S.579ff.; zur Diskussion um die Grundrechtsberechtigung des Staates umfassend v.Matius, Bonner Kommentar, Rdn.78-147 zu Art.19 Abs.3 GG mit umfangreichen Hinweisen; Dürig, a.a.O., Rdn.29ff. zu Art.19 Abs.3 GG; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.149ff. mit Hinweisen in Fn.en 18, 21.

Vgl. insbesondere BVerfGE 21, 362, (369ff.); 45, 63 (80); BVerfG NJW 1982, 2173ff. ablehnend.

Auch insoweit geht die Tendenz dahin, das Staatliche des Fiskus in den Vordergrund zu stellen und nicht das 'Privatrechtliche' seines Verhaltens⁶¹⁾. Nur wenige Stimmen haben sich für die Grundrechtsberechtigung des Staates als Hoheitsträger gemeldet⁶²⁾. K.A. Bettermann hat dem Staat sogar die Gewerbe-freiheit aus Art.12 GG zugesprochen⁶³⁾.

Autoren, die das Wettbewerbsrecht auf die wirtschaftliche Betätigung des Staates angewandt wissen wollen, neigen dazu, die Fiskalgeltung der Grundrechte zurück-zuweisen⁶⁴⁾. Grundrechtsschutz würde dem Unternehmer erlauben, staatlicher Kon-kurrenz die freiheitlichen Prinzipien der Sachlichkeit und der Verhältnismäßigkeit entgegenzuhalten, vorausgesetzt, Staatsunternehmen verengen die grundrechtlich geschützte Freiheit der Privatunternehmer. So wenig konkret die genannten Prinzipien sind, sie lassen doch die nicht minder offenen Maßstäbe des Wett-bewerbsrechts, insbesondere den der Lauterkeit des Wettbewerbs aus § 1 UWG, als entbehrlich erscheinen. Konkurrenzschutz gegen Staatsunternehmen findet mehr und mehr Anklang⁶⁵⁾.

- 61) Etwa BVerfGE 21, 362 (370, 374); 35, 263 (271); 38, 175 (184) bei Wahrnehmung "öffentl. Aufgaben"; 39, 302 (314f.); 45, 63 (80); jetzt für alles staatl., konkret gemeindl., Verhalten BVerfG NJW 1982, 2173ff. (Gemeinde als Privateigentümer genießt keinen Schutz des Art.14 Abs.1 GG, keine 'grundrechtstyp. Gefährdungslage'); anders insb. BVerfGE 27, 364 (374); Badura, F.Schlochauer, S.17; Dürig, a.a.O., Rdn.36, 40, 45 zu Art.19 Abs.3 GG ("Primärrechte des Individuums gegen die öffentl. Gewalt"; ablehnend auch für eine Aktiengesellschaft in öffentl. Hand); Scholz, a.a.O., Rdn.101ff.; v.Olshausen, Zur Anwendbarkeit, S.138ff. wegen des Widerspruchs von demokrat. legiti-mierter Staatlichkeit und autonomiebezogenen Grundrechtsschutzes; Bull, Staatsaufgaben, S.96ff.; Hesse, Verfassungsrecht, S.120; deutl. Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.210ff. m.H.; ders. Grund-rechte und Demokratie, S.15f.; auch Bethge, JA 1978, 537f.; zuletzt Stober, NJW 1984, 449ff.
- 62) Bettermann, F.Hirsch, S.6ff., 11; ders. NJW 1969, 1326f., "wenn der Staat wie ein Bürger den all-gemeinen Gesetzen unterworfen" sei, also im Subjektionsverhältnis; ähnlich Erichsen, Staatsrecht 1, S.167ff.; v.Matius, Bonner Kommentar, Rdn.107-118 zu Art.19 Abs.3 GG; Bettermann folgend auch Mer-ten, Rechtsgutachten, S.102, der Durchgriffsaspekte einbezieht; in engen Grenzen auch Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S.99ff. wenn der Staat "auf Leistungs- und Teil-haberrechte des Einzelnen beruhende Leistungen gewährt".
Ablehnend mit ausführlicher Erörterung Dürig, a.a.O., (2.Auf.), Rdn.33ff. zu Art.19 Abs.3 GG; auch Scholz daselbst, Rdn.100ff. zu Art.12 GG (1981) mit Hinweisen; Püttner, Die öffentlichen Unter-nehmen, S.148ff. mit Hinweisen; Bull, Staatsaufgaben, S.96ff.; Ulsamer, F.Geiger, S.199ff.; Bethge, JA 1978, 533ff. (536) mit Hinweisen; vgl. auch Klein, Teilnahme, S.234ff. mit Hinweisen; umfassende Darstellung des Streitstandes bei v.Matius, a.a.O., Rdn.78ff. zu Art.19 Abs.3 GG; guter Problem-überblick bei Bethge, JA 1978, 533ff.; gegen Bettermann jetzt BVerfG NJW 1982, 2173 (2174).
- 63) F.Hirsch, S.1ff.; NJW 1969, 1324, 1326ff.; schon JZ 1958, 164; ihm folgend Klein, Teilnahme, S.234ff.; auch Merten, Rechtsgutachten, S.106ff. zur Kassenärztlichen Vereinigung; gegen Bettermann vor allem Dürig, a.a.O., Rdn.35, 48 sub e, bb zu Art.19 Abs.3 GG; Scholz, a.a.O., Rdn.101 m.w.H. in Fn.2; ders., Öffentl. und Privatversicherung, S.523; dagegen auch Püttner, Die öffentl. Unter-nehmen, S.148ff. m.H. insb. in Fn.en 17, 21, S.154ff.; auch schon Nipperdey, BB 1951, 594f.; Stern/Püttner, Gemeindevirtschaft, S.130f. mit Nachw.; Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grund-rechtsverständnis, S.76ff.; ders., DÖV 1975, 700 m.w.H. in Fn.36; Grupp, ZHR 140 (1976), S.379; Os-senbühl, Wirkungskreis der Deutschen Bundespost, S.100; klar Isensee, DB 1979, 145ff..
- 64) Etwa Klein, Teilnahme, S.165ff., 176 (dazu 2.Teil, 5.Kap., S.54ff.); Emmerich, Wirtschaftsrecht, S.120ff., 132f., 147 (dazu 2.Teil, 7.Kap., S.64ff.); Brohm, Strukturen, S.183 (dazu 2.Teil, 6.Kap., S.60ff.).
- 65) Vgl. dazu wesentlich mit Hinweisen Scholz, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.104, 405ff. zu Art.12 GG; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.286ff.; zu weitgehend, wenn das verkennt, daß die einschlägigen Grundrechte (Art.12 Abs.1, 14 Abs.1, 2 Abs.1 GG) prinzipiell nur vor imperativen Maßnahmen schüt-zen; dazu im 7.Teil, 7.Kap.IV, S.351f., insb. in Fn.340; hier geht es jedoch nur um die Kraft eines

Wenn alle anderen Argumente nicht mehr helfen, wird die Privatrechtsfähigkeit des Staates mit Verfassungsgewohnheitsrecht gerechtfertigt⁶⁶⁾. Die Gewohnheitsrechtsbildung setzt voraus, daß eine Rechtsüberzeugung nicht nur langdauernd, sondern auch, daß deren Rechtllichkeit im wesentlichen unwidersprochen geblieben ist⁶⁷⁾.

Die Fiskustheorie ist jedoch seit eh und je umstritten⁶⁸⁾. Verfassungsgewohnheitsrecht ist sie nicht⁶⁹⁾. Gegen eine Staatstheorie, die sich auf die nach Art.79 Abs.3 GG unveränderlichen politischen Grundentscheidungen des staatlichen Gemeinwesens stützen kann, darf sich Verfassungsgewohnheitsrecht jedenfalls nicht durchsetzen⁷⁰⁾.

Die dominierende Entscheidung, die in Verbindung mit dem grundrechtlichen Freiheitsprinzip den Charakter des grundgesetzlichen Staates bestimmt, ist die für die Demokratie, eingebettet in die Schwesterentscheidungen für den sozialen Rechtsstaat und den föderativen Staatsaufbau⁷¹⁾. Die freiheitliche Demokratie, die Demokratie also, die wesensgemäß freiheitlich ist, und die Freiheitlichkeit, die sich wesensgemäß im demokratisch verfaßten Gemeinwesen entfalten darf, bilden das einheitliche Verfassungsprinzip⁷²⁾, das sowohl die Pivatheit des Menschen als auch

Arguments, das auch auf falscher Grundlage wirkt. Schutz vor faktischer Grundrechtsbeeinträchtigung durch staatliche Konkurrenz gibt aus Art.12 Abs.1 GG in Verb. mit §1 UWG BGH NJW 1982, 2117 (2119ff.) den Augenoptikern gegen Brillenselbstabgabestellen der gesetzlichen Krankenkassen.

- 66) So etwa Brohm, Strukturen, S.183; Rübner, Formen, S.369ff. m.H. in Fn.102; ders., VVDStRL 28 (1970), S.217; auch Püttner, Die öffentl. Untern., S.136; Martens, Öffentl. als Rechtsbegriff, S.93; auch Reuß, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S.265; so argumentiert auch Ossenhühl, VVDStRL 29 (1971), S.162f., zur Rechtfertigung der Verwaltungshilfe durch Private, ein ebenfalls fiskus-theoret. beeinflusstes Instrument; ders., a.a.O., m.H. zum Argumentationstopos "vorverfassungsmäßiges Gesamtbild", von dem sich der Verfassungsgeber unzweideutig distanzieren müsse; ganz so auch Stober, NJW 1984, 452 ("Schweigen der Verfassung"); krit. dazu v.Pestalozza, Formermißbrauch, in Fn.117, S.174ff..
- 67) Dazu 8.Teil, 4.Kap. III, S.429ff., mit Hinweisen in Fn.en 333, 340.
- 68) Zur Kritik der Fiskustheorie allein die Hinweise bei Rübner, Fn.100, S.369f., der trotzdem eine quasigewohnheitsrechtliche Position der Fiskustheorie vertritt; vgl. auch Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 323ff.; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.204ff.; Scholz, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.105 zu Art.12 GG ("staatsrechtliche Stellung des Fiskus" "allgemein noch" "ungeklärt").
- 69) Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S.231; Bull, Staatsaufgaben, S.279, für ein Recht des Staates, Wirtschaftsunternehmen zu betreiben; auch Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.204ff., insb. S.206, wendet sich dagegen, die Privatautonomie des Fiskus aus der Tradition zu rechtfertigen.
- 70) Herzog, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.99 zu Art.20 GG; Maunz/Dürig, daselbst, Rdn.47 zu Art.79 Abs.3 GG; Stern, Staatsrecht I, S.91f. (nur als Ergänzung des geschriebenen Verfassungsrechts); auch Kirchhof, F.BVerfG, S.50ff., 92f. m.H.. Bedenken gegen Verfassungsgewohnheitsrecht überhaupt äußert Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S.132ff., 147ff.; vgl. dazu auch Krüger, DÖV 1976, 613; gegen Verfassungsgewohnheitsrecht auch Hesse, Verfassungsrecht, S.15; zum ungeschriebenen Verfassungsrecht vgl. BVerfGE 34, 216 (231); 35, 263 (272); 38, 231 (239).
- 71) BVerfGE 44, 125 (138); Herzog, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.1, 26, 27, 99 zu Art.20 GG; Leibholz, Freiheitlich-demokratische Grundordnung, S.132f.; v.Simson, VVDStRL 29 (1971), S.14ff.; Walter, daselbst, Aussprache, S.90ff., für Österreich; Klein, daselbst, Aussprache, S.120f.; Stern, Staatsrecht I, S.100; Schachtschneider, JA 1979, 512f.
- 72) Leibholz, Freiheitlich-demokratische Grundordnung, S.137ff.; ders., Strukturwandel, S.123; ders., VVDStRL 29 (1971), Aussprache, S.103; v.Simson, VVDStRL 29 (1971), S.14ff.; Walter daselbst, Aussprache, S.90ff. für Österreich; Klein, daselbst, Aussprache, S.120f.; Isensee, NJW 1977, 550; Thoma, HddStR I, S.191f.; ders., Grundprobleme der Demokratie, in Metz, S.79; Herzog, Maunz/-

die Staatlichkeit des Staates normiert. Unter dem freiheitlich-demokratisch bestimmten Begriff des Privaten vermag der staatliche Fiskus seine Identität genauso wenig zu finden wie unter dem freiheitlich-demokratisch definierten Begriff des Staates der fiskalische Staat⁷³⁾.

Der demokratische Staat darf nicht ein Besonderer im Staat sein. Er verliert seine Staatlichkeit, die durch die Aufgabe, das Allgemeinwohl zu verwirklichen, charakterisiert ist, wenn er sich in die Privatheit begibt und Privatrechtssubjekt wird. Er verselbständigt sich dadurch; er agiert über seine demokratische Existenz hinaus, *ultra vires*⁷⁴⁾.

Die Lehre von der bloßen Teilrechtsfähigkeit des Staates im Rahmen der ihn existenziell begründenden staatsrechtlichen Vorschriften⁷⁵⁾ stößt jedoch weitestgehend auf Ablehnung^{76,77)}.

Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.23 zu Art.20 Abs.1 GG; Stern, Staatsrecht I, S.468 mit weiteren Hinweisen; Kägi, Grundprobleme der Demokratie, in Matz, S. 107ff.; Schachtschneider, JA 1979, 570f.; BVerfGE 38, 281 (302f.); 44, 125 (147f.); BVerfG NJW 1979, 705f.; die Freiheit relativierend etwa Leßmann, Die öffentlichen Aufgaben, S.168ff., 170ff.; ders. NJW 1978, 1545 ff.

- 73) Dazu näher im 6.Teil, 4.Kap., S.261ff.; ähnlich insb. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.323ff.
- 74) Vgl. vor allem BGHZ 20, 119 (122ff.); tendenziell jetzt BVerfG NJW 1982, 2173 (2175); siehe auch instruktiv BVerfG NJW 1983, 26ff., das den Zusammenhang der privatrechtl. begriffenen Amtshaftung des §839 BGB mit der *ultra-vires*-Lehre deutl. macht ("Der pflichtwidrig handelnde Beamte überschritt nach damaligem Verständnis seine Vollmachten und konnte deshalb den Staat nicht verpflichten"). Im Sinne der *ultra-vires*-Lehre Krüger, Allg. Staatslehre, S.335ff. (aus dem Repräsentationsgedanken); Naendrup, Haftungsbeschränkung, S.94ff., 102ff. für eine beschränkte Rechtsfähigkeit des Staates auch im Zivilrecht; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S.21ff., insb. S.103ff., 108; Fuß, DÖV 1956, 556f., 572ff., der das Recht der Stellvertretung (analog) heranzuziehen vorschlägt, zu Recht; v.Mitius, Bonn. Komm., Rdn.44, 113 zu Art.19 Abs.3 GG mit weiteren Hinw. in Rdn.44; Barbey, W.u.V. 1978, 79; auch Badura, F.Schlochauer, S.5f.; Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdn.162; deutl. Isensee, DB 1979, 146; krit. zur h.M. auch Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdn.130 zu Art.1 Abs.3 GG; Maunz, daselbst, Rdn.20 zu Art.83 GG. Die grundsätzl. uneingeschränkte Privatrechtsfähigkeit vertritt die h.M.; für viele Klein, Teiln., S.136ff. m.H., S.151f.; Püttner, Die öffentl. Unternehmen, S.135 in Fn.35; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S.102ff. m.H. (wegen des Vertrauensschutzes); auch Schricker, Wirtschaftl. Tätigkeit, S.85ff.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §34 Ib 2, S.245, die die *ultra-vires*-Lehre für den Bereich des Verwaltungsprivatrechts anerkennt; auch Wenger, Öffentl. Unternehmung, S.514ff., 520, obwohl er Zweckkompetenzen für öffentl. Unternehmen fordert, S.543, 551f.; ähnlich wohl Rittner, Wirtschaftsrecht, S.177f.; vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, §105 I 2, S.625; krit., aber nicht überzeug. Bull, Staatsaufgaben, S.135ff. m.H. (Vertrauensschutzaspekte); vgl. auch Pestalozza, Formnenißbrauch, S.175 in Fn.117; in der Sache wie hier auch Burmeister, WiR 1972, 324f., 349f. Vgl. auch die Hinw. auf die grundsätzl. kompetenzielle Beschränkung des staatl. Verhaltens in Fn.145 im 6.Teil, 4.Kap. II, S.266.
- 75) Vgl. die Hinweise in Fn.74; insb. BGHZ 20, 119 (122ff.); Naendrup, Haftungsbeschränkungen, S.94ff.; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S.103ff.; Pestalozza, Formnenißbrauch, S.175 in Fn.117; Barbey, W.u.V. 1978, 79.
- 76) Vgl. die Hinweise in Fn.74) insb. Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S.103ff. und passim; Klein, Teilnahme, S.151; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, §34 Ib 2, S.245, "für fiskalische Geschäfte aller Art", nicht für den Bereich des Verwaltungsprivatrechts.
- 77) §65 Abs.1 BHO regelt die Voraussetzungen, unter denen der Bund sich an Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts beteiligen darf (Badura, F.Schlochauer, S.10f. weist zurück, daß diese Voraussetzungen ein Subsidiaritätsprinzip aufstellen würden.). Die dritte der Voraussetzungen ist, daß der Bund einen angemessenen Einfluß insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält. Die vom Bund wahrzunehmenden öffentlichen Interessen sollen über den gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluß geltend gemacht werden und sind nicht ohne weiteres Maßstab des unternehmerischen Verhaltens. Damit ist die prinzipielle Privatheit derartiger Unternehmen anerkannt. Für Eigenbetriebe etwa, die unselbständige Einheiten von Gebietskörperschaften sind,

Der Staat hat ausschließlich eine demokratische Existenz, weil "alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht" (Art.20 Abs.2 S.1 GG). Auch der fiskalische Staat müßte eine demokratisch begründete Existenz haben, wäre ein Teil des soeben gekennzeichneten Staatlichen, somit nicht mehr privat und als Privatrechtssubjekt ein Widerspruch in sich⁷⁸⁾.

Grundprinzipien unserer freiheitsrechtlichen und demokratierechtlichen Überlegungen sind die Prinzipien der Autonomie als der Essenz der Menschenwürde, die Art.1 GG als das oberste Konstitutionsprinzip des grundgesetzlichen Gemeinwesens schützt, und der Volkssouveränität aus Art.20 Abs.2 S.1 GG, an denen kein Verfassungsgewohnheitsrecht, kein einfaches Recht, keine Rechtsprechung und keine Staatspraxis vorbeiführen dürfen. Die Gewalt dieser Sätze beeinträchtigt notwendig die Überzeugungskraft der Schlußfolgerungen aus ihnen, weil allein das Beharren auf der überkommenen Auffassung, allein die Weigerung, sich überzeugen zu lassen, es ermöglichen, gegen diese Sätze die tradierte Praxis zu bewahren. Darum werden uns nur Erkenntnisse helfen, die den Kernbereich dieser Prinzipien in Anspruch nehmen, nicht solche, die Rechtssätze in den unsicheren Randzonen derselben unterzubringen versuchen.

Mit dieser Arbeit wird versucht, Verfassungsrecht gegen eine Staatstheorie und gegen die Staatspraxis durchzusetzen⁷⁹⁾.

bedurfte es einer derartigen Regelung nicht. §65 Abs.4 BHO schreibt dem zuständigen Bundesminister vor, darauf hinzuwirken, daß die auf Veranlassung des Bundes gewählten und/oder entsandten Mitglieder der Aufsichtsorgane der Unternehmen bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen (zur Weisungsproblematik gegenüber staatlichen Aufsichtsratsmitgliedern ausführlich mit Hinweisen zuletzt von Trott zu Solz, Staatlich beeinflusste Aktiengesellschaften als Instrument der öffentlichen Verwaltung, 1975, insb. S.126ff., 168ff.; davor maßgeblich Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, 1966). Das ist für staatliche Agenden selbstverständlich. Es bedurfte nur einer Erwähnung im Gesetz, weil die Unternehmen privat sind und damit ihren Zweck prinzipiell selber bestimmen (so auch von Trott zu Solz, a.a.O., S.54ff., 168f.).

78) So klar in der Sache Krüger, VVDStRL 19 (1961), Aussprache, S.261; dazu vor allem im 6.Teil, 4.Kap., S.261ff.

79) In der Sache schon so Burmeister, WiR 1972, 341 (Verwaltungsprivatrecht nicht zu erklären, "es sei denn, man verläßt das normative Ordnungsgefüge und argumentiert contra legem et contra constitutionem"), S.350 ("illegale Praxis"), der allerdings seine Position in DÖV 1975, 695ff., 701ff. mittels eines verfassungswidrigen Fiskusbegriffs schmerzlich relativiert; scharfe Kritik an der Praxis von Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S.76f.

2. Teil

DIE DISKUSSION DES WETTBEWERBLICHEN CHARAKTERS STAATSUNTERNEHMERISCHER MARKTTEILNAHME

Die Erörterung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der wichtigsten Stimmen zur Kontroverse um den Staat als einem unlauteren Wettbewerber soll den Streitstand deutlich machen. Sie versucht sogleich, die Argumentationsgebäude vor allem immanent zu kritisieren, weil nicht alle Erwägungen im systematischen Teil abgearbeitet werden können, wenn die Überlegungen überschaubar und nachvollziehbar bleiben sollen.

1. Kapitel

DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS UND DIE DIESER FOLGENDE HERRSCHENDE LEHRE

I Die Privatrechtlichkeit des Wettbewerbsverhältnisses nach Rechtsprechung und herrschender Lehre

In der Rechtsprechung und herrschenden Lehre wird nicht daran gezweifelt, daß auch der Staat ein "Wer" ist, den das wettbewerbsrechtliche Lauterkeitsgebot des § 1 UWG trifft, weil seine Verhaltensweisen "Handlungen im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs" sein können¹⁾. Das folge aus den Definitionen der Tatbestandsmerkmale "im geschäftlichen Verkehre" und "zu Zwecken des Wettbewerbs". Das Verhältnis des Staates zum konkurrierenden Unternehmer müsse privatrechtlich und dürfe nicht öffentlich-rechtlich/hoheitlich sein, um wettbewerblich und nicht amtlich zu sein. Diese Privatrechtlichkeit ergebe sich aus der Gleichordnung des Staates und des Konkurrenten im Gegensatz zu der Überordnung des Staates über den untergeordneten Unternehmer, die das Kennzeichen der Hoheitlichkeit oder Amtlichkeit sei. Die Gleichordnung wiederum folge aus der Konkurrenz selbst, daß nämlich sowohl der Staat als auch der private Unternehmer auf einem Markt Leistungen anböten, unter denen die Nachfrager/das Publikum frei wählen könnten/könne. Auch hoheitliches Verhalten des Staates könne, wenn der Staat mit privaten Unternehmern am Markt konkurriere²⁾, wettbewerblich und damit

1) BVerwGE 17, 306 (313); 39, 329 (337); BGH zuletzt NJW 1982, 2117 (2118); NJW 1982, 2125 (2126); VGH Mannheim NJW 1984, 252f.; allg. auch BVerfGE 27, 364 (374); Ulmer-Reimer, Unlauterer Wettbewerb, Rdn.74ff., S.49ff. mit Hinw.; Rittner, Wirtschaftsrecht, S.196; Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 1981, Einl. Rdn.202; Emmerich u.a. in Mestmäcker/Lemnga, Rdn.5ff. zu §98 GWB; Bettermann, F.Hirsch, S.22; jüngst Hubmann, W.u.V. 1982, 41f., 46; P.Ulmer, ZHR 146 (1982), S.474ff. mit Hinw. (mit herber Kritik an BVerwGE 39, 329ff., a.a.O., S.470f.); Papier, Handbuch, S.626; Büchler, Diss. 1981, S.105, darf das in seiner von Hefermehl und P.Ulmer betreuten Arbeit als "unbestritten" bezeichnen; nicht anders Vollmar, Rechtsweg und Maßstab, S.52ff., 65 in der von Schneider und ebenfalls von Hefermehl begutachteten Diss.; weitere ausführliche Hinw. in Fn.en 316-320 dieses Teils und in Fn.72 dieses Teils.

2) Diese Zusammenfassung sei durch die folgenden Zitate aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs belegt: "Mit dem Erfordernis des Handelns im geschäftlichen Verkehr wird... verlangt, daß irgendeine der Förderung des Geschäftszwecks dienende Tätigkeit im Gegensatz zu einer rein privaten oder amtlichen Betätigung vorliege" ... "Der Begriff des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des §1 UnlWG verlangt in o b j e k t i v e r Hinsicht ein Tun, das äußerlich geeignet ist, Wettbewerbszwecken in der Weise zu dienen, daß dadurch der Absatz einer Person zu Ungunsten desjenigen

privatrechtlich sein. Verhalten des Staates wird damit in den unterschiedlichen Beziehungen zu den betroffenen Menschen und den konkurrierenden Unternehmen eigenständig bewertet. Unabhängig davon, nach welchen Kriterien das Verhalten

einer anderen gefördert wird. Dabei genügt die Förderung fremden Wettbewerbs; es ist nicht erforderlich, daß der Handelnde selbst Mitbewerber ist. Neben der objektiven Eignung einer Handlung für die Zwecke des Wettbewerbs ist aber, ..., in s u b j e k t i v e r Beziehung eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht des Handelnden erforderlich, die, wenn sie auch nicht die einzige oder wesentliche Zielsetzung für die Handlung zu sein braucht, doch nicht als völlig nebensächlich hinter die eigentlichen Beweggründe zurücktreten darf", BGHZ 19, 299 (303) in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, etwa RGZ 108, 172 (174); RGSt 66, 380. Die Förderung des Geschäftszweckes sah der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung wie auch sonst in der "Verfolgung wirtschaftlicher Interessen" des Landes. Der wettbewerbliche Zweck sei nur ausgeschlossen, wenn das Verhalten keinerlei wettbewerbliche Wirkung habe oder diese Wirkung unvermeidlich mit dem alleinigen Zweck, eine öffentl. Aufgabe zu erfüllen, verbunden sei. Weil der Staat keine "rein privaten" Angelegenheiten habe, sei nur die "amtliche Betätigung" von "der wettbewerblich-geschäftlichen Aktivität" zu trennen. "... §1 UWG ... setzt für den fraglichen Tätigkeitskreis ein auf der Ebene des Privatrechts liegendes Wettbewerbsverhältnis voraus. Nach feststehender Rechtsprechung können auch Verwaltungsträger des öffentl. Rechts Teilnehmer am geschäftlichen Verkehr sein. In diesem Bereich unterliegen sie nicht nur selbst hinsichtlich ihrer Handlungen der Bindung an die privatrechtlichen Vorschriften des UWG, sondern können auch ihrerseits den Schutz dieses Gesetzes für diesen Bereich in Anspruch nehmen. Soweit die Passivlegitimation der öffentl. Handl. für Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Frage steht, ist nach in Rechtsprechung und Schrifttum herrschender Meinung entscheidend, ob sie nach den zu beurteilenden Sachverhalten in Ausübung hoheitlicher Gewalt oder auf privatrechtlicher Ebene gehandelt hat. Ein hoheitliches Handeln setzt voraus, daß die Beteiligten gerade in Bezug auf die fragliche Handlung im Verhältnis der Über- und Unterordnung einander gegenüberstehen. Dagegen kann ein hoheitliches Handeln nicht schon um deswillen angenommen werden, weil die fragliche Handlung von dem Träger öffentlicher Verwaltung zur Erfüllung einer im Allgemeininteresse obliegenden Aufgabe der 'Daseinsvorsorge' vorgenommen wird". ... " ... aber auch der Umstand, daß ein Sendegut nicht auf privatrechtlicher Ebene, sondern kraft hoheitsrechtlichem Sendemonopol an die Allgemeinheit herangeführt wird, steht - jedenfalls soweit es um den Schutz des ausgestrahlten Sendeguts gegen eine unlautere Wiedergabe geht - der Annahme eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses ... nicht entgegen" ... " ... die als unlautere Wettbewerbsmaßnahme beanstandete Handlung beschränkt sich ... auf die gewerbsmäßige öffentl. Wahrnehmbarmachung des fraglichen Sendeguts. Dieses Sendegut aber erwirbt die Rundfunkanstalt ... "auf privatrechtlichem Wege". Die Rundfunkanstalt "handelt somit insoweit 'im geschäftlichen Verkehr' und tritt in diesem Bereich Mitbewerbern um die Nachfrage des Publikums nach Information und Unterhaltung auf dem Boden der Gleichordnung gegenüber, da ihr auch der Zugang zu den aufzunehmenden Vorgängen und Gegenständen nicht etwa kraft Hoheitsrechts vorbehalten ist, sondern dieser auch Mitbewerbern, wie z. B. Herstellern von Wochenschauaufnahmen, offensteht", BGHZ 37, 1 (15ff.).

Um die Reduktion der Kriterien des Wettbewerbsverhältnisses als die alleinige Tatbestandsvoraussetzung für das Lauterkeitsgebot des §1 UWG aufzuzeigen, sei weiterhin BGHZ 39, 352 (356) zitiert: "Rechtsirrtumsfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß zwischen dem Kläger als gewerblichem Veranstalter künstlerischer Darbietungen und der verklagten Rundfunkanstalt ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Denn die Leistungen beider Parteien dienen der Unterhaltung des Publikums. Zwar führt die Beklagte ihr Sendegut über ein hoheitsrechtliches Sendemonopol an die Allgemeinheit heran. Dies steht aber der Annahme eines privatrechtl. Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien nicht entgegen. Denn die Beklagte erwirbt ihr Sendegut - also den Inhalt der von ihr ausgestrahlten Sendungen - auf privatrechtlichem Wege. A u c h beim Wettbewerb um die Nachfrage des Publikums nach Unterhaltung aber treten die Parteien einander auf dem Boden der Gleichordnung gegenüber, da das Publikum sich ... f r e i (Hervorhebungen von mir) für Rundfunksendung oder Unterhaltung, wie sie der Kläger anbietet, entscheiden kann".

Damit ist das Wettbewerbsverhältnis aus der vermeindlich gleichgeordneten Konkurrenz und dieses wiederum aus der freien Entscheidungsmöglichkeit des Publikums hergeleitet. Dem folgt die weitere Rechtsprechung ebenso wie die Wettbewerbsrechtslehre; vgl. insb. BGHZ GS 66, 229 (232f.); 67, 81 (85ff.); zuletzt klar BGH NJW 1982, 2117 (2118); BGH NJW 1982, 2125 (2126); für viele Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 13.Aufl. 1981, Allgemeines, Rdn.162 mit weiteren Hinw.; Emmerich in Mestmücker/Imenga, Rdn.12, 15, 35 zu §98 GWB mit Hinw.; Hubmann, W.u.V. 1982, 42ff. (sogar im Verhältnis zwischen Hoheitsträgern, a.a.O., S.49); auch P.Ulmer, ZHR 146 (1982), S.478 stellt auf die "prägende Gleichordnung" des Wettbewerbsrechts als "Marktverhaltensrecht" ab; weitere Hinw. in Fn.en 67, 72, 73.

des Staates gegenüber den betreuten Menschen als öffentlich-rechtlich, als verwaltungsprivatrechtlich oder als schlicht privatrechtlich/fiskalisch beurteilt wird, ist der Maßstab für die Privatrechtlichkeit des Wettbewerbsverhältnisses die Gleichordnung des Staates mit den privaten Konkurrenten, die sich allein aus der Konkurrenz gegenüber den Nachfragern, aus deren Möglichkeit, den Leistungspartner frei zu wählen, ergebe³⁾.

II Die Nachfragerwahlmöglichkeit als Kriterium für die Gleichheit der Anbieter

Das Dogma, welches die Anbietergleichheit aus der Nachfragerwahlmöglichkeit schließt, bietet kein Kriterium für die Privatrechtlichkeit des Wettbewerbsverhältnisses, sondern begreift jedes Konkurrenzverhältnis, auch wenn der Staat zu den Anbietern (oder bei Nachfragekonkurrenz zu den Nachfragern) gehört, als privatrechtlich⁴⁾. Ohne die Möglichkeit der Nachfrager, den Geschäfts- oder Leistungspartner unter den Anbietern zu wählen, gibt es kein Wettbewerbsverhältnis⁵⁾, für welches das Lauterkeitsgebot des § 1 UWG vorgeschrieben ist. Wettbewerbsverhältnisse wären also wegen des Kriteriums der Nachfragerwahlmöglichkeit nicht nur gleichgeordnet, sondern per definitionem privatrechtlich, ganz gleich, ob zu den Anbietern der Staat gehört oder gar staatliche Unternehmen miteinander konkurrieren⁶⁾. Nachgewiesen ist weder, daß die Wahlmöglichkeit der Nachfrager die Anbieter untereinander gleichordnet, noch daß sie wegen der Gleichordnung das Wettbewerbsverhältnis dem Privatrecht unterwirft.

III Die bloße Wettbewerblíchtigkeit als Kriterium des Wettbewerbsrechtsverhältnisses nach der Neutralitätstheorie

Die neuere Lehre, die vor allem R. Scholz entwickelt hat⁷⁾, lehnt es denn auch

3) BGHZ 37, 1 (16ff.); 39, 53 (356); 64, 232 (234f.); 66, 229 (232f.); 67, 81 (85ff.); BGH GRUR 68, 314; BGH NJW 1982, 2118; BGH NJW 1982, 2126 ("Parteien als gleichberechtigte Anbieter"); Emmerich in Mestmäcker/Immenga, Rdn.12, 35 zu §98 GWB; Hubmann, W.u.V. 1982, 46 (sogar, wenn die konkurrierenden Anbieter öffentliche Leistungsträger sind); Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgemeines, Rdn.166; weitere Hinweise in Fn.74.

4) Kritik insofern auch von den Anhängern der wettbewerbsrechtl. Neutralitäts- oder Gemeinrechtstheorie, vgl. die Hinw. in Fn.316; vor allem Scholz, ZHR 132 (1969), S.122ff.; ders., NJW 1974, 781.

5) Für viele Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgemeines, Rdn.9, 166ff.. Dazu im 3.Kap. II des 7.Teils, S.304ff., mit Hinw. in Fn.114; Hinweise auch in Fn.74 dieses Teils.

6) Staatlich interne "Wettbewerbsbeziehungen" stellt auch Scholz, ZHR 132 (1969), S.103, wegen der kompetenzrechtlichen Verhaltensordnungen im Bereich der institutionellen Staatlichkeit nicht zur Diskussion einer Relevanz des Wettbewerbsrechts; klar und richtig BSG BB 1974, 187f.; anders OLG Düsseldorf GRUR 1973, 487ff.; dazu extrem Pinger GRUR 1973, 456ff.; dazu auch Walter, Unlauterer Wettbewerb unter Bundesländern?, DÖV 1967, 622ff., anders explizit Hubmann, W.u.V. 1982, 44, 48f.

7) Dazu Bericht und Kritik im 2.Teil, 9.Kap., S.80ff.; Scholz vor allem ZHR 132 (1969), S.97ff.

ab, die Anwendung des § 1 UWG von der Privatrechtlichkeit oder der Öffentlich-rechtlichkeit, von der Hoheitlichkeit oder Fiskalität des staatlichen Verhaltens abhängig zu machen. Sie stellt allein auf die Wettbewerbslichkeit des Verhaltens ab. Das Kriterium der Konkurrenz im Wirkungsfeld kongruenter Ziele sei damit alleinige Voraussetzung für die Anwendung des § 1 UWG, jedenfalls im Bereich der Wirtschaft. Die Wettbewerbsgesellschaft unterliege in diesem Bereich dem Gebot der "guten Sitten"⁸⁾. Wettbewerb dürfe nicht 'wettbewerbswidrig' sein, jedenfalls nicht im geschäftlichen Verkehr. Das Lauterkeitsgebot solle danach den Staat im wirtschaftlichen Wettbewerb nicht anders treffen als den privaten Unternehmer. Damit ist die Praxis des Bundesgerichtshofs dogmatisch von Argumentationsfehlern befreit, insbesondere dem der die Privatrechtlichkeit begründenden Gleichordnung, die aus der Nachfragerfreiheit des Publikums erwachse. Die sachliche Entscheidung ist aber nicht geändert. Es bleibt dabei, daß die Freiheit der Nachfrager, den Partner unter den Anbietern zu wählen, ein Wettbewerbsverhältnis unter den Anbietern begründet und diese damit dem Lauterkeitsgebot des § 1 UWG unterwirft. Die Relevanz dieser Nachfragerfreiheit wird besonders zu diskutieren sein.

IV Die Rechtswegproblematik und Aspekte aus §§ 23a, 27 UWG

Eine Privatrechtlichkeit der Wettbewerbsverhältnisse zwischen dem Staat und privaten Unternehmern hat für den Rechtsweg Relevanz, weil die Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art prinzipiell der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorbehalten ist (§ 40 Abs.1 VwGO).

Die Zivilgerichte sehen sich jedoch als die Wettbewerbsgerichte⁹⁾. Diskutabel ist immerhin, daß das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch §§ 23a, 27 (auch § 13 Abs. 1,2 und § 27a Abs.3) Wettbewerbsstreitigkeiten normativ als "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" definiert, so daß sie kraft gesetzgeberischer Entscheidung, unabhängig von der Einordnung der Streitverhältnisse als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich im Einzelfall, den Zivilgerichten zugewiesen sind¹⁰⁾. Diskutabel ist umgekehrt aber auch, daß der Gesetzgeber "Ansprüche aufgrund dieses Gesetzes" ausschließlich als "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" ver-

8) Dazu näher im 9.Kap. II 3, S.88ff.; Hinweise insb. in Fn.359 dieses Teils.

9) Das Argument der Sachnähe der Zivilgerichte für Wettbewerbsstreitigkeiten wird ständig herangezogen, etwa BGHZ 66, 229 (232f.); 67, 81 (85ff.); auf die "ordentliche Gerichtsbarkeit" für den Kampf gegen "unlauteren Wettbewerb der öffentlichen Hand" weist auch BVerwGE 39, 329 (337) hin; so auch P.Ulmer, ZHR 146 (1982), S.477f., 479f. mit weiteren Hinweisen; dahin tendiert auch Hubmann, W.u.V. 1982, 48f., 52, 62f., der aber auch den Verwaltungsprozeß zuläßt, ja sogar eine Rechtswegwahlmöglichkeit sieht, a.a.O., S.52.

10) Nach Bettermann, DVBl 1977, 181 wäre das eine "contradictio in adiecto", eine sprachlich und sachlich berechtigte Kritik; so aber Scholz, NJW 1978, 17, der die "formalrechtliche Zuweisung" von der "materiellrechtlichen" Bestimmung des Streites differenziert, um Bettermann zu erwidern.

steht oder normiert und damit normativ § 1 UWG auf Wettbewerbsverhältnisse beschränkt, die privatrechtlich sind. Das würde implizieren, daß Wettbewerbsverhältnisse nicht notwendig privatrechtlich sind und daß die nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsverhältnisse aus dem Regelungswerk des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb ausgeklammert wären.

Dann müßte es ein Kriterium geben, welches die privatrechtlichen von den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsverhältnissen scheidet. Die Wahlmöglichkeit der Nachfrager allein könnte das nicht leisten, weil sie, wie soeben gezeigt¹¹⁾, in jedem Fall zugleich die Wettbewerbslichkeit und die Gleichordnung der Wettbewerber begründen soll, jedenfalls nicht, wenn die Gleichordnung Kriterium der Privatrectlichkeit ist¹²⁾.

Der Ansatz, der Gesetzgeber habe die Privatrectlichkeit der Rechte und Pflichten aus dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb angeordnet und nicht nur eine Rechtswegzuweisung normieren, sondern eine materielle Bewertung treffen wollen, erübrigt die These von der Gleichordnung der Wettbewerber aus der Nachfragefreiheit des Publikums als Argument für die Privatrectlichkeit der Wettbewerbsverhältnisse. Maßgeblich bliebe für die Anwendung des § 1 UWG lediglich die Geschäftlichkeit und Wettbewerbslichkeit der Konkurrenz, ob also der Staat sich am "geschäftlichen Verkehre" "zu Zwecken des Wettbewerbs" beteiligt hat¹³⁾.

Die Sicht der Praxis und auch der herrschenden Lehre ist an dieser Stelle im wesentlichen nur vorgestellt worden. Lediglich die innere Argumentationslogik ist in Zweifel gezogen. Die eigentliche Kritik dieser fiskustheoretischen Praxis findet sich in dem autonomierechtlichen Überlegungen in den Teilen 5 und 6 und in der Untersuchung der Tatbestandsmerkmale des § 1 UWG in den Teilen 7 und 8 dieser Arbeit.

Die in den folgenden Kapiteln abgehandelten Lehrmeinungen sollen bereits stringenter in ihrer Dogmatik kritisiert werden.

11) Sub I, II, S.26ff., 28f.; vgl. die Hinweise in Fn.74.

12) Vgl. die Hinweise in Fn.57 im 5.Teil und Fn.73 dieses Teils; zur Kritik Hinweise in Fn.66 im 5.Teil. In Schwierigkeiten kommt auch Hubmann, W.u.V. 1982, 48ff. mit der Subjektionstheorie, die ihn sogar zur Annahme der Privatrectlichkeit eines "Wettbewerbsverhältnisses" unter "mehreren öffentlichen Leistungsträgern" verleitet.

13) Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einleitung, Rdn.202ff.; P.Ulmer, ZHR 146 (1982), S.474 ("komplementäre Tatbestandsmerkmale").

2. Kapitel

WOLFGANG HEFERMEHL¹⁴⁾

I Hefermehls wettbewerbsrechtliche Schutzzwecklehre

1. Die Schutzsubjektslehre Hefermehls

Hefermehl unterscheidet das Schutzsubjekt und das Schutzobjekt des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁵⁾. Die individualrechtliche sei von der sozialrechtlichen Auffassung abgelöst worden¹⁶⁾. Das ganze Privatrecht habe sich typisch zu einem sozialen Recht entwickelt. Schon das Reichsgericht habe das 'öffentliche Interesse', das 'Interesse des Publikums' als Schutzzweck neben dem 'privaten Interesse' anerkannt. Schutzsubjekte seien die Gesamtheit der Mitbewerber, die Verbraucher und auch die sonstige Allgemeinheit¹⁷⁾, ohne daß deren Schutz jeweils

14) Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 13.Aufl. 1981 von Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd.I, repräsentiert weitestgehend die herrschende Lehre und Praxis, wie die Belege in den weiteren Fußnoten zeigen werden, und ist darum hier ausführlich abgehandelt.

15) A.a.O., Einleitung UWG, Rdn.40ff., 43ff.

16) So auch Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S.144 mit Hinw. in Fn.453, 455 ("individuelle und soziale Schutzrichtung"), der als übergeordnetes Schutzgut mit Hefermehl, a.a.O., Allgem., Rdn.88 mit Hinw. "die Institution des Wettbewerbs als einer selbständigen Ordnungseinheit des sozialen Lebens" nennt, auch Einl., Rdn.50; vgl. auch Raiser, *Summum ius summa iniuria*, S.145, 156; Ulmer, UWG I, S.56f.

17) A.a.O., Einleitung, Rdn.41 mit Hinweisen, 51, 52; ebenso RGZ 128, 330 (343); 134, 342 (355); 148, 114 (125); 160, 385 (388); RG GRUR 1938, 207, (209); 1936, 810 (812); BGHZ 15, 356 (369); 19, 392 (396ff.); 22, 167 (181); 23, 365 (371); 43, 278 (282); 51, 236 (242); 56, 18 (19); BGH GRUR 59, 277 (279); 65, 315 (316); 69, 295; BGH NJW 1982, 2117 (2121). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von BVerfGE 32, 311 (316ff., 319) gebilligt.

So grundlegend E.Ulmer, GRUR 37, 769, 772 sub IV; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, §4 V, S.40f.; ders., Wu.u.V. 1982, 57ff., 59ff.; Raiser, *Summum ius*, S.156ff. zur Wettbewerbsordnung selbst als Schutzgut des §1 UWG; dazu ausführlich mit weiteren Hinweisen Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb", S.49ff. mit weiteren Hinweisen in Fn.93, 94, S.62, 65f.; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S.141f.; ders., mit weiteren Hinweisen, UWG 1982, S.57f., §3, 2a-c des Lehrbuchs; Scholz, ZHR 132 (1969), S.111; Fikentscher, Wettbewerb, S.152ff., 157ff., 273ff.; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn.642, 653ff.; ders., F. OLG Celle, S.166f. für den Verbraucherschutz, S.167f. für den Schutz der Allgemeinheit, mit Hinweisen; Rathjen, DVBl 1975, 651; Gärtner, BB 1970, 1364; Reich/Wegener, JuS 1974, 561/564; T.Schneider, NJW 1974, 559; Lindacher, BB 1975, 1311f.; Kraft, Interessenabwägung, S.148ff., 193f., 196; Bülow, WIR 1974, 236, 249; Ott, F.Raiser, S.418; vgl. auch Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S.139f. mit weiteren Hinweisen in Fn.436; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht, S.488; P.Ulmer, ZHR 146 (1982), S.484; Büchler, Diss. 1981, S.57f..

Kritisch Vogt, NJW 1976, 730; Meyer-Cording, JZ 1964, 274 mit Hinweisen in Fn.20; dazu im 8.Teil, 2.Kap., I 3, S.379ff. und III, S.399ff.; weitere Hinweise in Fn.40, 55 des 8.Teils (dieser Schutzzweck ist im wesentlichen reduziert auf das Allgemeininteresse am Bestand des Wettbewerbs und der Wettbewerbsordnung).