Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen

Von Professor Dr. Peter Ulmer, Heidelberg

ZHR 146 (1982) 466–506

Inhalt

I. Einführung

1. Der öffentlichrechtliche Befund

a) Zum Diskussionsstand in der Literatur

Die Fülle an Ideen, Thesen und Argumenten, die zum Thema der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand in der öffentlichrechtlichen Literatur anzutreffen sind, ist für den vom Privatrecht her kommenden Wirtschaftsrechtler außerordentlich eindrucksvoll und faszinierend, zuweilen aber auch verwirrend. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die bekannten Monografien zu den öffentlichen Unternehmen aus der Zeit Ende der 60er Jahre[1] sowie für die seither erschienene Spezialliteratur[2], sondern auch für die umfassenderen Darstellungen der verschiedenen öffentlichrechtlichen Disziplinen. Ob man zu den Kommentaren des Grundgesetzes[3] greift, ob zu kommunalrechtlicher Literatur[4] oder zu Lehrbüchern des allgemeinen und vor allem des Wirtschaftsverwaltungsrechts[5], jeweils begegnet –

1 *H.H. Klein,* Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968; *Püttner,* Die öffentlichen Unternehmen, 1969; *Rüfner,* Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967; aus nicht nur öffentlichrechtlicher, sondern auch privatrechtlicher Sicht auch *Emmerich,* Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969.

2 Vgl. etwa *Grupp,* Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz, ZHR 140 (1976), 367 ff., *Stober,* Rein gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand und Verfassung, ZHR 145 (1981), 565 ff., *Wilke/Schachel,* Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand, in: Wirtschaft und Verwaltung (Beilage zum Gewerbearchiv) 1978, 95 ff, jew. mit umfangreichen weit. Nachw.

3 Vgl. nur die Kommentierung von *Dürig* (zu Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3) sowie von *Scholz* (zu Art. 12) in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz,* Kommentar zum Grundgesetz.

4 Dazu *Stern/Püttner,* Die Gemeindewirtschaft. Recht und Realität, 1965; *Fick* in *Faiss/Faiss/Fick/Giebler/Lang,* Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 1979, S. 445 ff., sowie die Erläuterungen zu den Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in den Kommentaren zu den Landes-Gemeindeordnungen.

5 *Wolff/Bachof,* Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 23 I, II, und § 86 VII b 4; *Badura,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: I. von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1982, S. 273, 348 ff., *Jarass,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, § 13.

wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß und unter unterschiedlichen Vorzeichen – die Problematik öffentlicher Wirtschaftstätigkeit.

Ähnlich vielschichtig wie Art und Zahl der Darstellungen ist auch der Inhalt der anzutreffenden Überlegungen. Auch wenn die heute wohl h. M. im öffentlichen Recht die Möglichkeit verneint, Schranken der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand aus einem ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip abzuleiten[6] oder zu entsprechenden Eingrenzungen unter Berufung auf die „Wirtschaftsverfassung" des Grundgesetzes zu kommen[7], findet sich doch verbreitet einerseits die Berufung auf die Staatsaufgabenlehre und die daraus abgeleitete Notwendigkeit, die staatliche Wirtschaftstätigkeit durch öffentliche Zwecke zu legitimieren[8], andererseits die Betonung des aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3,12 und 14 GG folgenden Schutzes der Privatwirtschaft gegenüber „Eingriffen durch Konkurrenz"[9], jedenfalls soweit es um die Auswirkungen sozialwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand geht[10], sowie der Hinweis auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Falle derartiger Eingriffe[11]. Wie zutreffend schon hervorgehoben wurde[12], ist die auf diesem Wege erzielte Annäherung an das Subsidiaritätsprinzip unverkennbar[13].

---

6 So in Übereinstimmung mit BVerwGE 23, 304, 306 und 39, 329, 338, die heute ganz h. M., vgl. etwa *Emmerich* (Fn. 1), S. 108 f., *Püttner* (Fn. 1), S. 141 ff., 170 f., *Badura* in Festschr. f. Schlochauer, 1981, S. 11, *Ossenbühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 102 f., *Scholz* in Festschr. f. Karl Sieg, 1976, S. 513, *Stober* ZHR 145 (1981), 576 f.; *a.A.* noch *Dürig* JZ 1953, 193, 198 und *Nipperdey* in: Die Grundrechte, Bd. IV/2, 1962, S. 741, 885; für Beachtung als ungeschriebener Rechtsgrundsatz und Auslegungsmaxime *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 313 f., *Zuck*, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968, S. 133, *Wolff*, Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973, § 138 II a.

7 Vgl. dazu *Badura* JuS 1976, 205, 208, *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 103 f., *Stober* ZHR 145 (1981), 574 f., sowie jetzt namentlich BVerfG 50, 290, 336 ff.

8 So namentlich *Klein* (Fn. 1), S. 81 ff., *Püttner* (Fn. 1), S. 200 ff., *Grupp* ZHR 140 (1976), 380 ff., *Isensee* DB 1979, 145, 150, *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 105 f., *Scholz*, Öffentliche und Privatversicherung unter der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Festschrift f. Karl Sieg, 1976, S. 507 (516, 523), *Stober* ZHR 145 (1981), 585 ff.; anscheinend auch *Badura*, Festschrift f. Schlochauer, 1981, S. 5 ff., 15, 20, freilich auf der Grundlage eines sehr weit gefaßten öffentlichen Interesses, das bereits dann gegeben sein soll, wenn die öffentliche Wirtschaftstätigkeit unternehmerisch und marktwirtschaftlich betrieben wird (aaO S. 8).

9 *Dürig* (Fn. 3), Art. 2 Abs. 1 Rdn. 52, *Lerche* JurA 1970 (ÖR II), 822, 834 ff., *Scholz* AöR 97 (1972), 301, 305, und Festschr. f. Karl Sieg, S. 519, *Grupp* ZHR 140 (1976), 843 ff., *Hoffmann-Becking* in Festschr. für H. J. Wolff, 1973, S. 445, 457 ff., *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 113 ff.

10 Eine Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand bei rein fiskalischem Handeln wird wohl auch heute noch überwiegend abgelehnt, vgl. Nachw. bei *Wilke/Schachel* (Fn. 2), 95, 109. Dezidiert ablehnend namentlich *Emmerich* (Fn. 1), S. 113 ff., und *Bettermann* in Festschr. f. E. Hirsch, 1968, S. 1, 19; *a.A. Isensee* DB 1979, 147 ff.; *Grupp* ZHR 140 (1976), 380 ff., *Stober* ZHR 145 (1981), 578 f.; differenzierend *Püttner* (Fn. 1), S. 147 ff.

11 *Dürig* (Fn. 3), Art. 2 Abs. 1 Rdn. 52, *Scholz* (Fn. 8), S. 524, *Grupp* ZHR 140 (1976), 386 ff., *Hoffmann-Becking* (Fn. 9), S. 448 ff., *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 121 f.; *a.A.* für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit aber *Badura*, Festschrift für Schlochauer, 1981, S. 19, und vorstehend S. 448, 449.

12 Vgl. etwa *Hoffmann-Becking* (Fn. 9), S. 449, *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 122; *a.A. Grupp* ZHR 140 (1976), 388 Fn. 129.

13 Zur Differenzierung zwischen Übermaßverbot und Subsidiaritätsprinzip vgl. namentlich *Dürig* JZ 1953, 193, 199, aber auch *Isensee* (Fn. 6), S. 89 ff., 314, der freilich (aaO S. 286-289 und in DB 1979, 150) auch die ergebnismäßige Übereinstimmung zwischen dem Gebot der Legitimation durch einen öffentlichen Zweck und dem Subsidiaritätsprinzip betont.

Dessen strikte Ablehnung duch die h. M. überzeugt für den Außenstehenden daher zumal dann nicht ohne weiteres, wenn Grundrechtsschranken und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in ihren Auswirkungen auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand dahin zusammengefaßt werden, diese bedürfe zum unternehmerischen Tätigwerden stets eines über die Gewinnerzielung hinausgehenden, besonderen öffentlichen Zweckes, eines öffentlichen Bedürfnisses nach staatlichem Eingreifen, das infolge einer Marktlücke bzw. eines Teilversagens der Privatwirtschaft nicht anders ausgeglichen werden könne[14].

b) Kategorien und Erscheinungsformen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit

Gewisse Verständnisschwierigkeiten bereitet zum zweiten auch die Kategorienbildung und Abgrenzung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand; das erklärt sich nicht zuletzt aus der komplexen Natur der Sache. Schon der Übergang von der interventionistischen, wirtschaftspolitisch orientierten Hoheitstätigkeit ohne eigene Teilnahme am Wirtschaftsverkehr zur wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand ist bekanntlich fließend[15]. Aber auch zwischen der eigentlichen Daseinsvorsorge und der rein erwerbswirtschaftlichen, der Gewinnmaximierung dienenden Wirtschaftsteilnahme gibt es ein breites Spektrum von Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen[16]. Sie unterscheiden sich sowohl nach der Art als auch nach der Intensität der öffentlichen Zweckverfolgung. Für die Verfolgung sozialstaatlicher Aufgaben durch öffentliche Wirtschaftstätigkeit findet neuerdings zunehmend der Ausdruck „Sozialwirtschaft" Verwendung[17]. Allerdings wird auch vor einer Überschätzung derartiger Einteilungen gewarnt, da sie nicht Ausgangs-, sondern nur Endpunkt juristischer Ableitung und Argumentation sein könnten[18].

Nicht leicht überschaubar sind schließlich auch die *Realitäten öffentlicher Wirtschaftstätigkeit* und die Rechtsformen und organisatorischen Gestaltungen, in denen sie betrieben wird[19]. Gelegentliche Privatisierungsbestrebungen haben die insgesamt anscheinend immer noch expansive Tendenz des staatswirtschaftlichen Sektors nicht nachhaltig beeinflußt. Auch die Knappheit der öffentlichen Kassen scheint noch keine deutlichen Bremsspuren hinterlassen zu haben[20]; im Gegenteil vermehren sich in Krisenzeiten die Anforderungen an die öffentliche Hand, sich an Unternehmenssanierungen im Interesse der regio-

14 So *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 112; dagegen *Badura*, vorstehend S. 459.

15 Hierauf weisen mit Recht *Scholz* ZHR 132 (1969), 129 ff. und *Badura* Festschr. f. Schlochauer S. 4 f. hin. Zur entsprechenden Problematik bei Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 1 UWG vgl. unten II 2 a.

16 Vgl. die eingehende Darstellung der Zwecke öffentlicher Wirtschaftstätigkeit bei *Grupp* ZHR 140 (1976), 369 ff. Auf die gleitenden Übergänge zwischen Leistungsverwaltung und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand weisen auch *Badura* (vorstehend S. 449) und *Wilke/Schachel* (Fn. 2), S. 106 f. hin.

17 Er findet sich, bezogen auf Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, erstmals wohl bei *Scholz* (Fn. 8), S. 516 ff. und in NJW 1974, 781 f.; für seine Ausdehnung auf alle Arten wirtschaftlicher Tätigkeiten der öffentlichen Hand, die sozialstaatlichen Aufgaben dienen, *Grupp* ZHR 140 (1976), 372 ff., 376.

18 So *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 97 f.; zweifelnd an der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Unterscheidung zwischen Sozialwirtschaft und Erwerbswirtschaft auch *Wilke/Schachel* (Fn. 2), S. 108.

19 Vgl. etwa die Übersicht bei *Badura*, vorstehend S. 450 ff. und bei *Wilke/Schachel* (Fn. 2), S. 105 ff.

20 A.A. *Wilke/Schachel* (Fn. 2), S. 108 f.

nalen Wirtschaftsstruktur und der Arbeitsplatzsicherung zu beteiligen[21]. Diese Vermutungen werden dadurch erhärtet, daß allem Anschein nach in der Privatwirtschaft die Sorge vor dem wirtschaftlichen Engagement der öffentlichen Hand in den letzten Jahren deutlich zugenommen hat. Bekannt sind etwa die Auseinandersetzungen in der Versicherungswirtschaft[22] und zwischen den verschiedenen Arten von Kreditinstituten[23]. Auch im Verlagswesen verbreitet sich die Kritik an der offenbar zunehmenden Tendenz der verschiedenen Stellen der öffentlichen Hand, Druckwerke im Selbstverlag herzustellen und am Buchhandel vorbei zu verbreiten[24]; entsprechendes gilt für das Druckgewerbe[25]. Die Beispiele ließen sich vermehren.

c) Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte

Angesichts dieser Fülle von Ideen und Erscheinungen muß ein Blick auf die Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte zur Problematik öffentlicher Unternehmen doppelt ernüchternd wirken. Das gilt nicht nur für die ungewöhnlich geringe Zahl der aus neuerer Zeit bekannt gewordenen höchstrichterlichen Urteile[26], sondern ebenso für die darin zum Ausdruck gekommenen, durch ersichtliche Zurückhaltung gegenüber Unterlassungsklagen privater Wettbewerber geprägten Tendenzen; die im Schrifttum verbreitete Betonung weitgehender Schranken für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand hat hier ersichtlich noch keinen Niederschlag gefunden.

Ein eindrucksvolles Beispiel hierfür bildet das Urteil des BVerwG aus dem Jahr 1972 zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiet des Bestattungswesens[27]. Es betraf die Klage eines privaten Bestattungsunternehmers dagegen, daß der kraft Benutzungszwang bei allen Bestattungen innerhalb des Stadtgebiets einzuschaltende städtische Bestattungsordner aufgrund entsprechender innerdienstlicher Organisation zugleich damit betraut war, namens der beklagten Stadt Aufträge des Publikums für die mit der Bestattung zusammenhängenden Geschäfte privatrechtlicher Art entgegenzunehmen, wie den Verkauf von Särgen, Ausstattungen und Urnen, das Einsargen und den Transport der Lei-

21 Es genügt der Hinweis auf die verschiedenen Insolvenzen der letzten Zeit (AEG, Bauknecht u. a.) und die Diskussion über Art und Umfang öffentlicher Beteiligung bei den verschiedenen Sanierungskonzepten.

22 Vgl. nur die Beiträge von *Badura* in Festschrift f. Schlochauer, 1981, S. 3, 17 ff. und vorstehend S. 448 ff., *Isensee* DB 1979, 145 ff., und *Scholz* aaO (Fn. 8), sowie die Urteile BVerwGE 17, 306 ff., und BGH GRUR 1982, 433 – Kinderbeiträge.

23 Dazu etwa *Stern/Burmeister*, Die kommunalen Sparkassen, 1972, S. 21 ff., Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung, BT-Drucks. V/3500 S. II f.

24 Vgl. dazu die im Auftrag des Börsenvereins des deutschen Buchhandels vom Zentrum für Kulturforschung (Dr. Karla Fohrbeck) erarbeitete Dokumentation, Der Staat als Verleger und Buchhändler, Bonn 1980.

25 Vgl. etwa FAZ v. 17.3.1982: „Bundesdruckerei soll in ihrem Rahmen bleiben" (Aufforderung des Bundesverbands Druck an den Bundespostminister, als Fachaufsichtsbehörde energisch gegen die Akquisitionstätigkeit der Bundesdruckerei außerhalb des staatlichen Sektors vorzugehen).

26 BVerwGE 17, 306; 39, 329; Bay VGH JZ 1976, 641 (bestätigt durch BVerwG NJW 1978, 1539); VGH Bad.-Württ. GRUR 1973, 82 und Bad.-Württ. Verw.-Praxis 1978, 276.

27 BVerwGE 39, 329.

chen u. a. Der klagende Konkurrent sah sich dadurch in seinen Rechten verletzt, weil der Stadt aus dieser Doppelfunktion bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung ein Wettbewerbsvorsprung vor den privaten Bestattungsunternehmen erwachse.

Das Gericht[28] hat die Zulässigkeit der Klage bekanntlich bejaht, sie dann aber mit einer Begründung abgewiesen, die den Wirtschaftsrechtler mehr durch die Quantität als durch die Qualität der Argumente beeindruckt. So wird zunächst für die hier in Frage stehende GO von Baden-Württemberg gesagt, die gesetzliche Beschränkung der unternehmerischen Tätigkeit der Gemeinde auf die Verfolgung öffentlicher Zwecke richte sich nur gegen die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung von Unternehmen, nicht aber gegen die Fortführung schon früher betriebener Wirtschaftstätigkeiten. Gleichwohl geht das Gericht sodann auf die Frage ein, ob ein öffentlicher Zweck die angegriffene Tätigkeit rechtfertige. In auffälliger Selbstbeschränkung hebt es hervor, die Beurteilung des öffentlichen Zwecks sei dem Richter weitgehend entzogen; es gehe dabei um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die in starkem Maße von Zweckmäßigkeitsüberlegungen bestimmt sei, soweit nicht das Unternehmensziel allein in der Gewinnerzielung bestehe. Vor diesem Hintergrund vermögen dann auch die gleichwohl angestellten konkreten Überlegungen zu den öffentlichen Zwecken einer Tätigkeit der Stadt als Bestattungsunternehmer nicht zu überraschen. Sie kulminieren in der Feststellung, daß, wenn ein Teil der Bevölkerung die Bestattung – aus welchen Gründen auch immer – durch ein Gemeindeunternehmen durchführen lassen wolle, schon dies allein eine entsprechende gemeindliche Betätigung rechtfertigen könne[29].

Der anschließende Begründungssatz, das Unternehmen entspreche auch deshalb einem öffentlichen Zweck, weil die Gemeinde durch verantwortungsbewußt festgesetzte, wettbewerbsrechtlich einwandfreie Tarife der Bevölkerung zu angemessenen Bestattungskosten verhelfen könne[30], kennzeichnet besonders eindrucksvoll die Spannweite zwischen öffentlichrechtlicher und wirtschaftsrechtlicher Beurteilung. Und falls der Kläger nach allem immer noch nicht genügend darüber belehrt sein sollte, daß zumindest öffentlichrechtlich gegen das städtische Bestattungswesen nicht eingeschritten werden kann, erfährt er abschließend, daß ihm auch gar kein Klagerecht wegen Verletzung der GO zustehe, da die fragliche Vorschrift keine Schutznorm für die mit der Gemeinde konkurrierenden Unternehmen darstelle und insbesondere auch keine Subsidiaritätsklausel enthalte; auch seien für eine Grundrechtsverletzung Anhaltspunkte nicht gegeben. Falls die Tätigkeit der beklagten Stadt aber als unlauterer Wettbewerb zu beurteilen sei, so seien für dessen Bekämpfung die ordentlichen Gerichte zuständig.

Ob der Kläger nach diesem wenig ermutigenden Ergebnis seiner Bemühungen es daraufhin noch mit den ordentlichen Gerichten versucht hat, ist mir nicht bekannt. Ich halte es allerdings nicht für ausgeschlossen, daß das Urteil zumindest indirekt auf die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte eingewirkt und den Großen Senat in Zivilsachen des BGH im Jahr 1976 mit dazu veranlaßt hat, durch zwei Beschlüsse zum Wettbewerbs- und Kartellrecht[31] in recht weitgehendem, auf öffenlichrechtlicher Seite z. T. scharf

28 AaO (Fn. 27), 330 f.
29 BVerwGE 39, 335.
30 AaO S. 336
31 BGHZ 66, 229; 67, 81.

kritisiertem[32] Umfang, den Zivilrechtsweg bei Klagen gegen die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand zuzulassen.

2. Die Beschlüsse des Großen Senats in Zivilsachen des Bundesgerichtshofs

Bei den beiden Beschlüssen des Großen Senats in Zivilsachen des BGH aus dem Jahr 1976[33] setzen denn auch meine Überlegungen zum Thema der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffenlichen Hand aus *wettbewerbs- und kartellrechtlicher Sicht* an.

Eine Umwälzung der bisherigen Beurteilungskriterien oder ein völliger Neuanfang war mit den darin aufgestellten Grundsätzen zwar nicht verbunden. Sie haben jedoch den schon vorher in der BGH-Rechtsprechung vorhandenen Entwicklungen eine breitere Grundlage verschafft und im Zusammenhang mit der Rechtswegfrage zugleich *materiellrechtlich* die Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand klargestellt, auch soweit diese in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt (vgl. näher unten II 2 b, 3). Da überdies in den letzten Jahren nicht nur im Kartellrecht, sondern auch im Wettbewerbsrecht eine deutliche Verstärkung des Marktschutzaspekts unter Betonung der Instrumente zur Offenhaltung der Märkte und zur Verhinderung machtbedingten Unternehmenswachstums zu verspüren war[34], ist unverkennbar, daß die Beschlüsse des Großen Senats erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand haben und zur Herausbildung neuer, auf Wettbewerbs- und Kartellrecht gestützter Schranken für öffentliche Unternehmen führen können. Beispiele hierfür sind in zwei kürzlich ergangenen BGH-Urteilen denn auch schon sichtbar geworden[34a].

3. Das eigene Vorgehen

a) Die Gegenstände der Untersuchung

Diesen Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht nachzugehen und ihre Bedeutung für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand herauszuarbeiten, ist das Ziel dieser Untersuchung. Sie gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil (unter II) geht es darum, Voraussetzungen und Grenzen der Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Kartellrecht gegenüber der öffentlichen Hand aufzuzeigen; dabei ist auch zu fragen, ob neben den ordentlichen nicht auch die Verwaltungsgerichte zu ihrer Anwendung berufen sind. Den materiellrechtlichen Schwerpunkt bildet der zweite, den Schranken für die Art und Weise der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand gewidmete Teil; dabei ist im einzelnen zwischen UWG- und GWB-Schranken zu unterscheiden (unter III und IV). Abschließend (unter V) bleibt zu fragen, ob entsprechend einer nicht nur im Wettbewerbs-, sondern auch

32 Vgl. namentlich *Bettermann* DVBl 1977, 180 ff., *Menger* VerwArch 68 (1977), 293 ff., *Schimmelpfeng* NJW 1977, 1093; zust. aber *Scholz* NJW 1978, 16 ff.

33 AaO (Fn. 31).

34 Vgl. zum Kartellrecht vor allem die Erweiterung des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots und die Neueinführung von § 37a Abs. 3 GWB durch die 4. GWB-Novelle 1980 (dazu *Ulmer* WuW 1980, 474 ff.), zum Wettbewerbsrecht die Herausbildung der Fallgruppe der unlauteren Marktstörung durch leistungsfremden, zur Gefährdung des Wettbewerbsbestands führenden Wettbewerb (dazu unten V 1 d).

34a Vgl. BGH GRUR 1982, 425 – Brillen-Selbstabgabestellen, und 433 – Kinderbeiträge.

im öffentlichen Recht verbreiteten Ansicht[35] zumindest das Wettbewerbsrecht sich darauf beschränkt, das *Wie* (die Art und Weise) der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr zu regeln, oder ob sich aus Wettbewerbs- und Kartellrecht je nach Lage des Falles nicht auch Schranken für die Aufnahme (das *Ob*) wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand ableiten lassen.

b) Themenbegrenzung

Trotz der Beschränkung auf wettbewerbs- und kartellrechtliche Fragen ist das Vorhaben somit weit gespannt. Soll es auch nur halbwegs gelingen, so setzt es eine strikte Beschränkung auf die zentralen Fragen des Themas voraus. Ausgeklammert bleiben daher nicht nur, was sich schon aus Gründen fehlender Fachkompetenz des Referenten versteht, Stellungnahmen zu den im öffentlichen Recht umstrittenen Fragen zu Art und Umfang der Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand sowie zur Konkretisierung des öffentlichen Zwecks der Wirtschaftstätigkeit und zu den daran zu stellenden Anforderungen[36]. Auch den bestehenden Unterschieden bei den Regelungen über die öffentliche Unternehmenstätigkeit in den verschiedenen Gemeindeordnungen und ihren Konsequenzen für den Rechtsschutz der Konkurrenten kann hier nicht nachgegangen werden. Ferner wird auf den Versuch verzichtet, zu einer klaren Abgrenzung zwischen rein hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand zu kommen, obwohl entsprechende Probleme, wie zu zeigen sein wird, auch für den Anwendungsbereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts bestehen[37]. Und schließlich beschränke ich mich auf die Anbietertätigkeit der öffentlichen Hand unter Ausklammerung der Bedarfsdeckung, weil das vor allem im Kartellrecht brisante Thema der Nachfragemacht eine Fülle zusätzlicher Probleme mit sich bringen würde[38].

4. Ziel der Erörterungen

Beschränkt sich die Untersuchung aus den unter 3 genannten Gründen auch auf die wettbewerbs- und kartellrechtlichen Aspekte der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, so sieht sie darin doch keinen Selbstzweck. Ziel unserer interdisziplinären Erörterungen sollte es vielmehr sein, zu einem abwägenden Vergleich der einerseits im öffentlichen Recht, andererseits im Wettbewerbs- und Kartellrecht vorhandenen oder entwicklungsfähigen Instrumente einer sachgerechten Kontrolle der Wirtschaftstätigkeit öffentlicher Unternehmen zu kommen. Nicht zuletzt im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtswege sollte dabei auch geprüft werden, ob und inwieweit es einer Überlagerung beider Bereiche für die Bewältigung der auftretenden Probleme bedarf. Daß dieses Ziel nicht allein durch ein wett-

35 So etwa *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rdn. 1, *Grupp* ZHR 140 (1976), 376, *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 141 f., *Püttner* GRUR 1964, 361 und *ders.* aaO (Fn. 1), S. 373, *Scholz* ZHR 132 (1969), 124, 134 f.

36 Zur Konkretisierungskompetenz vgl. jetzt namentlich *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 107 ff.

37 Vgl. etwa den Fall OLG Stuttgart WRP 1980, 101, und dazu unten II 2 a.

38 Vgl. dazu nur *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 22 Rdn. 42, 75, 142, *Emmerich* ebenda § 98 Rdn. 47 ff., 75 ff. m. Rspr.-Nachw., sowie *Th. Schwarz*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, 1969, S. 105 ff.

bewerbs- und kartellrechtlich orientiertes Referat erreicht werden kann, versteht sich von selbst. Ich hoffe aber auf die anschließende Diskussion, zu deren Vorbereitung meine Überlegungen einen Beitrag leisten mögen.

II. Zur Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Kartellrecht gegenüber der öffentlichen Hand

1. Der Anwendungsbereich von UWG und GWB

UWG und GWB als die für das Wettbewerbshandeln der Wirtschaftssubjekte zentralen, dem Schutz der Lauterkeit und Freiheit des Wettbewerbs dienenden Rechtsmaterien haben einen personell grundsätzlich uneingeschränkten Anwendungsbereich.

Für das *Wettbewerbsrecht* des UWG folgt die umfassende Anwendbarkeit aus den einzelnen materiellrechtlichen Verbotstatbeständen, darunter namentlich der Generalklausel des § 1 UWG. Ihr Anwendungsbereich bestimmt sich nach den beiden komplementären Tatbestandsmerkmalen des Handelns „im geschäftlichen Verkehr" und „zu Zwecken des Wettbewerbs"[39]. Sie dienen dazu, unter Abgrenzung wettbewerblicher von nicht marktbezogenen, insbesondere rein privaten oder amtlichen Betätigungen dem Wettbewerbsrecht gegenüber allen Wirtschaftssubjekten unabhängig von ihrer Organisationsform, der Art ihrer Marktteilnahme oder der Verfolgung einer Gewinnerzielungsabsicht Geltung zu verschaffen. Dementsprechend weit werden die genannten Merkmale von der ganz h. M. auch ausgelegt. So zählen zum Bereich des geschäftlichen Verkehrs alle Tätigkeiten, die irgendwie der Förderung eines beliebigen (eigenen oder fremden) Geschäftszwecks dienen[40]. Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs liegt in jedem Tun, das *objektiv* geeignet ist, die Wettbewerbsstellung einer als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätigen Person zu fördern, und mit dem *subjektiv* die Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs zum Nachteil anderer Mitbewerber beabsichtigt wird[41]. Dabei sind die Anforderungen an die Wettbewerbsabsicht gering. Sie braucht nicht der alleinige oder wesentliche Beweggrund zum Handeln zu sein[42]; auch wird, jedenfalls soweit es um das Verhältnis konkurrierender Gewerbetreibender geht, aus der objektiven Förderungseignung einer Handlung im geschäftlichen Verkehr nach der Lebenserfahrung auf die Wettbewerbsabsicht geschlossen[43].

Entscheidender Ansatzpunkt für die personelle Anwendbarkeit des *Kartellrechts* ist der in den verschiedenen GWB-Tatbeständen[44] anzutreffende *Unternehmensbegriff*. Er wird von der ganz h. M. in einem sehr weiten, funktional geprägten Sinn verstanden; als unter-

39 Gleiches gilt für die „kleine" Generalklausel des § 3 sowie für die Spezialtatbestände der §§ 6a, 6b und 12. Andere Tatbestände stellen nur auf den geschäftlichen Verkehr (§§ 5, 12) oder auf die Zwekke des Wettbewerbs (§ 14) ab. Nennenswerte Unterschiede für den Anwendungsbereich sind hiermit nicht verbunden.

40 *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 13. Aufl. 1981, Einl UWG Rdn. 202.

41 *Baumbach-Hefermehl*, (Fn. 40), Rdn. 208 ff. (209, 224).

42 *Baumbach-Hefermehl*, (Fn. 40), Rdn. 226.

43 *Baumbach-Hefermehl*, (Fn. 40), Rdn. 227.

44 Vgl. §§ 1, 15, 18, 22, 23, 25, 26 GWB; anscheinend weitergehend nur §§ 20, 21 GWB (vgl. dazu aber *Immenga* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rdn. 33).

nehmerisch gelten alle der Erbringung von oder der Nachfrage nach Leistungen am Markt dienenden Tätigkeiten des geschäftlichen Verkehrs einschließlich derjenigen der Landwirtschaft und der freien Berufe[45]. Zu den öffentlichen Unternehmen sind daher auch die gesetzlichen Krankenkassen und anderen Sozialversicherungsträger gezählt worden, ferner Kammern freiberuflich Tätiger (Ärzte, Architekten u. a.) sowie Bundespost und -bahn. Die Relevanz des Unternehmensbegriffs als Kriterium zur Abgrenzung unternehmerischer Tätigkeiten von anderen Arten der Marktteilnahme ergibt sich lediglich daraus, daß die Nachfragetätigkeit sowie die sonstige Marktteilnahme privater Haushalte und das Angebot unselbständiger Arbeit mangels Unternehmensqualität der privaten Endverbraucher und Arbeitnehmer nicht vom GWB erfaßt werden[46].

Im Ergebnis zeigt sich somit, daß vorbehaltlich der Besonderheiten öffentlicher Wirtschaftstätigkeit (dazu unter b) Wettbewerbs- und Kartellrecht als *Marktverhaltensrecht* einen grundsätzlich uneingeschränkten Anwendungsbereich haben, der alle Arten geschäftlicher Tätigkeiten mit Ausnahme der rein privaten Betätigung als Verbraucher sowie des Dienstleistungsangebots unselbständiger Arbeitnehmer umfaßt. Signifikante Unterschiede hinsichtlich der personellen Geltung der Grundtatbestände beider Gesetze sind trotz der jeweils unterschiedlichen Regelungen über den Anwendungsbereich nicht feststellbar. Ob Einschränkungen für die Anwendbarkeit der beiden Gesetze zu machen sind, soweit es um den Markt*zugang*, d. h. die Aufnahme der geschäftlichen Tätigkeit (das „Ob" des Wettbewerbs) geht, bleibt zu prüfen (vgl. unter V).

2. *Einschränkungen für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand?*

a) Grundsatz

Besondere Regelungen für die Wirtschaftstätigkeit der *öffentlichen Hand* finden sich zwar nicht im UWG, wohl aber im *Kartellrecht*. Einschlägig sind hier die Vorschriften des § 98 Abs. 1 und der §§ 99 bis 105 GWB. Sie bestätigen die herrschende Auslegung zum Unternehmensbegriff des GWB, wonach grundsätzlich *alle* Arten der Teilnahme am geschäftlichen Verkehr als Anbieter oder Nachfrager vom Kartellrecht erfaßt werden, unabhängig von der Organisationsform der geschäftlich Handelnden. Denn die Vorschrift des § 98 Abs. 1 GWB erklärt das Gesetz auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand für anwendbar; sie hat somit im wesentlichen nur klarstellende Bedeutung[47]. In die gleiche Richtung weisen die Bereichsausnahmen der §§ 99 ff. GWB für *bestimmte* Arten typisch öffentlicher Unternehmenstätigkeiten, wie Verkehr, Energie- und Wasserversorgung, aber auch Kreditwirtschaft und Versicherungsunternehmen; mit ihnen wird eine Einschränkung der Anwendbarkeit des Kartellrechts aus *sachlichen* Gründen erreicht, ohne daß der persönliche Anwendungsbereich berührt wird. Wie namentlich die Einbeziehung der Bundespost (§ 99

---

45 Ständ. Rspr., vgl. BGHZ 36, 91, 103; 67, 81, 84; WuW/E BGH 1325 und 1474, 1477; ebenso die ganz h. M. im Schrifttum, vgl. *Immenga* (Fn. 44), § 1 Rdn. 32 ff, 38 f., und *Th. Schwarz* (Fn. 38), S. 41 ff, jew. m. Nachw.

46 Vgl. *Immenga* (Fn. 44), Rdn. 34 f. m. Nachw.

47 So auch *Langen*, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl. 1982, § 98 Rdn. 1 ff.; *Th. Schwarz* (Fn. 38), S. 3 f.; ähnlich wohl auch *Emmerich* (Fn. 35), § 98 Rdn. 3, 43.

GWB) und der Versorgungsunternehmen (§ 103 GWB) unter die Bereichsausnahmen zeigt, wird die Anwendbarkeit des GWB im Grundsatz weder durch die Wahl eines öffentlichrechtlichen Nutzungsverhältnisses noch auch durch die Zugehörigkeit der Wirtschaftstätigkeit zum Bereich der Daseinsvorsorge ausgeschlossen[48].

Auch für das *Wettbewerbsrecht* gelten bezüglich seiner Anwendbarkeit auf die öffentliche Hand keine Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen, ohne daß das im Unterschied zu § 98 Abs. 1 GWB ausdrücklich geregelt ist[49]. Ob das Wettbewerbshandeln von einem Unternehmen der öffentlichen Hand ausgeht, ist für die Geltung des UWG ohne Belang. Es gibt im Unterschied zum GWB auch keine Bereichsausnahmen für bestimmte Arten öffentlicher Unternehmenstätigkeiten. Die Frage, ob die Verfolgung öffentlicher Zwekke oder der Einsatz der Ressourcen der öffentlichen Hand für die Anwendung der UWG-Tatbestände bedeutsam ist und entweder zu einer Privilegierung der öffentlichen Unternehmenstätigkeit oder zu einer Verschärfung der UWG-Maßstäbe führt (vgl. dazu unter III 3), betrifft nicht den Anwendungsbereich, sondern die sachlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der UWG-Verbote.

Probleme der Anwendbarkeit des UWG können sich demgegenüber zwar insofern ergeben, als es um die Abgrenzung zwischen rein hoheitlicher und (auch) wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand geht; die aus der öffentlichrechtlichen Diskussion bekannten Schwierigkeiten der Differenzierung[50] begegnen also auch im Wettbewerbsrecht. Das beruht jedoch nicht auf etwaigen ungeschriebenen Ausnahmen für hoheitliche Tätigkeiten, sondern auf den Erfordernissen des Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs. In *Grenzfällen* einer Tätigkeit der öffentlichen Hand mit wettbewerbsrelevanten Auswirkungen wie etwa bei der Subventionsvergabe[51], bei der Entscheidung über den Ausschluß bestimmter hochpreisiger Arzneimittel aus der Ersatzleistung durch die gesetzlichen Krankenkassen[52] oder bei der Veröffentlichung von Filmkritiken u. a. durch Rundfunkanstalten[53], kommt es für eine sachgerechte Abgrenzung vor allem auf das Merkmal der Wettbewerbsabsicht an. Denn die tatsächliche Vermutung, daß mit einer äußerlich zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs geeigneten Tätigkeit auch eine entsprechende Absicht vefolgt wird, greift hier nicht ein; auch gibt es keinen Erfahrungsschluß, daß eine objektiv den Wettbewerb eines *Dritten* fördernde Handlung in Wettbewerbsabsicht erfolgt[54]. Insoweit bedarf es also einer Prüfung der konkreten Zwecke, die die öffentliche Hand mit ihrem jeweiligen Handeln verfolgt; es ist danach zu differenzieren, ob dieses ausschließlich auf Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe gerichtet ist oder darüber hinausge-

48 Vgl. nur BGHZ 36, 91, 101 f. – Gummistrümpfe. Zur Rechtslage bei Bestehen von Anschluß- und Benutzungszwang vgl. unter b (bei Fn. 63). Für generelle Freistellung der im Bereich der *Daseinsvorsorge* tätigen öffentlichen Unternehmen von den Vorschriften der §§ 1, 15, 18 GWB in Analogie zu §§ 103, 104 GWB aber *Th. Schwarz* (Fn. 38), S. 204 ff.

49 Vgl. dazu nur *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 162 ff., und *Hubmann*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, in: Wirtschaft und Verwaltung (Beilage zum Gewerbearchiv) 1982, 41 ff.

50 Vgl. Fn. 15.

51 BVerwGE 30, 191; OLG Stuttgart WRP 1980, 101; *Hubmann* (Fn. 49), S. 45.

52 BGH GRUR 1965, 110, 115 – Eumed.

53 BGH GRUR 1968, 314, 316 – fix und clever.

54 *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl. UWG Rdn. 227 f., 236.

hend *auch* der Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs dient, mag die Wettbewerbsförderung ihrerseits auch im öffentlichen Interesse liegen[55].

Illustrativ für die Abgrenzungsproblematik ist der vom OLG Stuttgart[56] entschiedene Fall der Ausgabe von Gutscheinen durch eine Gemeinde zum verbilligten Schulbuchbezug. Wie das Gericht feststellte, diente die Aktion nicht nur der finanziellen Entlastung der Eltern und dem Ersatz des unwirtschaftlichen Schulbuchleihverfahrens durch ein privatrechtlich ausgestaltetes Subventionssystem, sondern auch der Förderung der wirtschaftlichen Interessen des örtlichen Buchhandels, da er unter Ausschluß von Buchhandlungen in Nachbargemeinden als einziger zur Einlösung der Gutscheine berechtigt war. Mit Rücksicht hierauf bejahte das Gericht die Anwendbarkeit von Wettbewerbsrecht. Es gab der Klage eines Nachbarbuchhändlers auf Beteiligung am Gutscheinverfahren statt, weil die beklagte Gemeinde durch Förderung der örtlichen Buchhändler sowohl ihre amtliche Vertrauensstellung mißbraucht als auch die Zuschüsse zweckwidrig eingesetzt habe.

b) Die Unterscheidung zwischen Wettbewerbs- und Benutzungsverhältnis

War die Anwendbarkeit von GWB und UWG auf die Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand auch seit langem im Grundsatz anerkannt, so bestanden doch namentlich im Wettbewerbsrecht Bedenken insoweit, als es um geschäftliche Tätigkeiten mit Bezug auf öffentlichrechtlich geregelte Benutzungsverhältnisse ging[57]. Sie hatten ihren Grund einerseits darin, daß nach verbreiteter Ansicht gegen die Zulässigkeit von Verwaltungshandeln der *Rechtsweg* nicht vor den ordentlichen, sondern nur vor den Verwaltungsgerichten eröffnet sein sollte (vgl. dazu unter 3). Damit eng zusammen hing zum anderen aber auch die Frage nach der materiellrechtlichen Anwendbarkeit von UWG und GWB, da Wettbewerbssachen nach § 27 UWG als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten anzusehen sind, für die nach § 13 GVG, § 40 VwGO ausschließlich die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vorgesehen ist, und entsprechendes sogar für Kartell*verwaltungs*sachen kraft der in §§ 62 Abs. 4, 73, 74 GBW enthaltenen Sonderzuweisung gilt.

Im Anschluß an die verbreitete Kritik an dieser Differenzierung im neueren Schrifttum[58] haben die beiden schon erwähnten Beschlüsse des Großen Senats für Zivilsachen des BGH

55 So zutreffend die höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. RGZ 137, 57 ff., RG GRUR 1936, 806 f., BGH GRUR 1968, 314 – fix und clever, BGH NJW 1977, 1103, 1104; zu Unrecht kritisch dazu und für Abgrenzung nach dem schwerlich trennschärferen Merkmal, ob die Maßnahme der öffentlichen Hand in vollem Umfang durch ihre öffentliche Aufgabe gedeckt ist, *Hubmann* (Fn. 49), S. 47. Von der Frage nach den Anwendungsvoraussetzungen des § 1 UWG zu unterscheiden ist die Problematik etwaiger Ausnahmen mit Rücksicht auf das öffentlichrechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnis (vgl. dazu unter b).

56 WRP 1980, 101.

57 Vgl. etwa BGHZ 37, 1, 15 f. – AKi, KG NJW 1957, 1076, 1077 – Steuerfibeln, sowie die Rspr.-Nachweise bei *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 170 f.; so namentlich auch *H. Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 1964, S. 63 ff. und *H. Klein* (Fn. 1), S. 245; zu Recht ablehnend *Emmerich*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, 1969, S. 12 ff., *Mestmäcker* NJW 1969, 1 ff., *Pinger* GRUR 1973, 456 ff., *Scholz* ZHR 132 (1969), 97, 121 ff. Für Differenzierung zwischen Wettbewerbs- und Benutzerverhältnis auch schon *Gütebier*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Diss. Köln 1933, S. 27 ff.

58 Vgl. Fn. 57.

von 1976[59] diese an die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses anknüpfenden Bedenken gegen die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht zu Recht überwunden. In konsequenter Unterscheidung zwischen dem öffentlichrechtlich geregelten, *vertikalen* Benutzungsverhältnis und dem davon zu trennenden, für die Anwendbarkeit des UWG und GWB bedeutsamen Wettbewerbsverhältnis, das seinerseits durch ein Verhältnis der *Gleichordnung* geprägt, also *horizontaler* Natur ist, hat der BGH sich für die uneingeschränkte Unterstellung dieses Wettbewerbsverhältnisses unter die Normen des UWG und GWB ausgesprochen, selbst wenn der Klageanspruch auf die Aufhebung eines Verwaltungsakts gerichtet ist oder durch ihn in sonstiger Weise auf das Handeln eines Hoheitsträgers Einfluß genommen werden soll[60]. In der Tat trägt nur eine solche Betrachtung dem grundsätzlich umfassenden Geltungsanspruch des Wettbewerbs- und Kartellrechts als Marktverhaltensrecht Rechnung. Für sie spricht auch der Umstand, daß die öffentliche Hand weitgehend frei ist bei der Entscheidung der Frage, ob sie das Verhältnis zu den Nachfragern privat- oder öffentlichrechtlich ausgestalten will[61], während öffentlichrechtliche Schranken, insbesondere solche aus Art. 2, Abs. 1 GG, den vom Wettbewerbshandeln der öffentlichen Hand betroffenen Konkurrenten nur unvollkommenen Schutz gewähren. Vorbehaltlich der Rechtswegfrage (dazu unter 3) ist es also durchaus sachgerecht, die Anwendbarkeit von Kartell- und Wettbewerbsrecht auf das Marktverhalten der öffentlichen Hand zum Schutz von Mitbewerbern, sonstigen Marktpartnern und Wettbewerbsbestand nicht davon abhängig zu machen, ob das Verhältnis zu den Abnehmern der Waren oder Leistungen öffentlichrechtlich organisiert ist[62].

Macht man mit dieser Unterscheidung zwischen Benutzungs- und Wettbewerbsverhältnis ernst, so erweist sich auch der noch heute verbreitete Vorbehalt gegenüber der Anwendung von Kartell- und Wettbewerbsrecht beim Bestehen von Anschluß- und Benutzungszwang oder im Falle einer sonstigen Monopolstellung der öffentlichen Hand[63] als problematisch. Denn selbst eine Monopolstellung schließt das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses als Voraussetzung für ein Wettbewerbshandeln i. S. von § 1 UWG nicht aus[64]. Wie nicht zuletzt die wiederholten Beschwerden von Mitbewerbern gegen geschäftliche Maßnahmen öffentlicher Unternehmen beim Bestehen eines Anschluß- und Benutzungszwangs zeigen, scheinen derartige Benutzungsverhältnisse nicht selten Anlaß dazu zu bieten, durch Kopplungsgeschäfte oder ähnliche leistungsfremde Wettbewerbsmethoden die eigene Marktstellung auch auf angrenzende Gebiete zu Lasten der Konkurrenz auszudehnen[65]. Anderes gilt nur dann, wenn sich das beanstandete Verhalten im unmittelbaren Be-

59 Vgl. Nachw. in Fn. 31. So jetzt erneut BGH GRUR 1982, 425, 427 – Brillen-Selbstabgabestellen, und GRUR 1982, 433, 434 – Kinderbeiträge. Aus dem Schrifttum vgl. schon *Gütebier*, aaO, Fn. 57.

60 So ausdrücklich BGHZ 67, 81 (85, 89).

61 Hierauf haben zutreffend u.a. *Mestmäcker* NJW 1969, 3, *Emmerich* (Fn. 57), S. 16, und *Püttner* (Fn. 1) S. 328 schon hingewiesen.

62 So heute ganz h. M., vgl. *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 166, *v. Gamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 1981, § 1 Rdn. 7, *Hubmann* (Fn. 49), S. 41 ff.

63 So namentlich *Mestmäcker* NJW 1969, 1,3 und *Emmerich* (Fn. 57), S. 18 f., wohl auch *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 168.

64 Zur weiten Auslegung des Merkmals des Wettbewerbsverhältnisses im Wettbewerbsrecht vgl. *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl. UWG Rdn. 210 ff.

65 Vgl. etwa die Fälle BVerwGE 39, 329 ff., VGH Bad.-Württ., GRUR 1973, 82 sowie schon RG JW 1933, 2134 (Bestattungsunternehmen); ferner BGH GRUR 1962, 159 und 1965, 373 – Blockeis I und II (Schlachthofbenutzung).

reich des Anschluß- und Benutzungszwangs oder eines sonstigen gesetzlichen Monopols hält und einen Wettbewerbsbezug aus diesem Grunde nicht aufweist oder wenn es unmittelbar auf ein hierzu ermächtigendes, als lex specialis gegenüber dem UWG zu wertendes Gesetz zurückgeht. Ungeschriebene Bereichsausnahmen sind jedenfalls auch insoweit nicht anzuerkennen.

Für das *Vertikalverhältnis* zwischen dem öffentlichen Unternehmen und den Benutzern (Nachfragern) bleibt es im Falle *öffentlichrechtlicher* Ausgestaltung demgegenüber bei der ausschließlichen Geltung des allgemeinen öffentlichen Rechts; das kann namentlich für das Kartellverwaltungsrecht Bedeutung erlangen (vgl. unter IV 1 b). Schutzlücken sind insoweit nicht ersichtlich; im Gegenteil zeigt die Lehre vom „Verwaltungsprivatrecht"[66], daß selbst beim Tätigwerden öffentlicher Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in *privatrechtlichen* Formen ein wirksamer Schutz der Benutzer am besten über die Wertungen des öffentlichen Rechts zu gewährleisten ist. Wettbewerbs- und Kartellrecht eignen sich zur Anwendung im Vertikalverhältnis auch deshalb allenfalls begrenzt, weil ihr Schutzzweck nicht auf die einzelnen privaten Endverbraucher als typische Nachfrager nach Waren oder Dienstleistungen öffentlicher Unternehmen bezogen ist.

3. Zum Rechtsweg

Durch die schon erwähnten Beschlüsse des Großen Senats für Zivilsachen des BGH[67] ist klargestellt, daß für Ansprüche wettbewerbs- und kartellrechtlicher Art von betroffenen Wettbewerbern der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten auch dann gegeben ist, wenn der Klageantrag sich gegen hoheitliche Maßnahmen der öffentlichen Hand richtet[68]. Die auf die Sachkunde und Sachnähe dieser Gerichte gestützte Begründung überzeugt nicht nur mit Blick auf deren sonstige Erfahrungen mit wettbewerbs- und kartellrechtlichen Streitigkeiten, sondern auch angesichts der auffälligen Zurückhaltung, die die Verwaltungsgerichte bisher gegenüber einer Untersagung wettbewerbsfremden Handelns der öffentlichen Hand an den Tag gelegt haben[69] Selbst wenn man für die Normen des GWB berücksichtigt, daß sie nur zu einem kleinen Teil zivilrechtlicher, im übrigen aber verwaltungs- oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Natur sind und daß auch für die Tatbestände des Wettbewerbsrechts mit guten Gründen deren gemischte Rechtsnatur betont, d. h. in ihnen juristisch „neutrale" Normen gesehen wurden[70], sprechen doch jedenfalls Gründe der

66 Vgl. dazu *Wolff/Bachof* (Fn. 5), § 23 II b, *Dürig* (Fn. 3), Art. 3 Abs. 1 Rdn. 480, *Lerche* JurA 1970, 827; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGHZ 29, 76, 79; 36, 91, 95 f.; 52, 325, 328.

67 Vgl. Fn. 31 und 59.

68 Vgl. namentlich BGHZ 67, 81 (85, 89). Anders die in BGHZ 66, 229, 234 ausdrücklich vorbehaltene Rechtsprechung zu Unterlassungsansprüchen gegen hoheitliche Maßnahmen aus § 1004 BGB (BGHZ 41, 264, 266; BGH NJW 1976, 570).

69 Vgl. nur die Rspr.-Nachw. in Fn. 26.

70 So mit Rücksicht auf die materielle Unselbständigkeit des Wettbewerbsrechts, dessen Rechtsfolgen dem Privatrecht oder öffentlichen Recht angehören, namentlich *Scholz* ZHR 132 (1969), 122 ff. und NJW 1978, 17; insoweit zust. *Bettermann* DVBl 1977, 182 f. A.A. *Emmerich* (Fn. 57), S. 23, *Vollmar*, Rechtsweg und Maßstab für Klagen gegen die öffentliche Hand wegen Wettbewerbsverstößen, Diss. Heidelberg 1978, S. 64 ff.

Sachgerechtigkeit für die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs bei Klagen, die auf Wettbewerbs- oder Kartellrecht gestützt werden[71].

Eine *andere* Frage ist es freilich, ob die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Anwendung von UWG und GWB notwendig ausschließlicher Natur ist. Dagegen läßt sich nicht nur die prozeßökonomisch wenig glückliche Verweisung eines im Verwaltungsrechtsweg erfolglos gebliebenen Klägers an die Zivilgerichte zur Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen der öffentlichen Hand anführen[72], sondern auch und vor allem die faktische Ausweitung, die der Anwendungsbereich von UWG und GWB durch die neue BGH-Rechtsprechung erfahren hat. Auch wenn es mit Rücksicht auf §§ 13 GVG, 40 Abs. 1 VwGO Bedenken hervorrufen sollte, generell eine Doppelspurigkeit des Rechtswegs bei Klagen zuzulassen, die sich gegen das auf öffentlichrechtlichen Akten beruhende Wettbewerbshandeln der öffentlichen Hand richten[73], sollten die Verwaltungsgerichte die wettbewerbs- und kartellrechtliche Zulässigkeit der angegriffenen Maßnahmen doch jedenfalls bei der Anwendung öffentlichrechtlicher Normen wertend in ihre Entscheidung mit einbeziehen[74].

III. Wettbewerbsrechtliche Schranken für die Art und Weise der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand

1. Fragestellung

Geht man aus den unter II genannten Gründen mit der neueren BGH-Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum von der grundsätzlich uneingeschränkten, im ordentlichen Rechtsweg durchsetzbaren Anwendbarkeit des UWG auf Wettbewerbshandlungen aus, auch soweit diese von Unternehmen in öffentlichrechtlicher Organisationsform vorgenommen werden und ein öffentlichrechtlich gestaltetes Benutzungsverhältnis betreffen, so fragt sich doch, welche praktische Bedeutung dieser Grundsatz für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand hat und welche typischen Grenzen ihr nach der Generalklausel des § 1 UWG gesetzt sind. Dabei ist zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden. Zum einen geht es um die Feststellung von Fallgruppen typisch unlauteren Wettbewerbs, bei denen der Unlauterkeitsvorwurf an die Doppelfunktion der öffentlichen Hand als Träger hoheitlicher Gewalt und Teilnehmer am Wettbewerb anknüpft und sich auf die damit verbundenen Besonderheiten der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand stützt (vgl. unter 2). Davon klar zu trennen ist die weitere Frage, ob und inwieweit es veranlaßt ist, hinsichtlich der für *alle* Wirtschaftssubjekte anerkannten Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs zu einer differenzierten Anwendung auf das Marktverhalten der öffentlichen Hand zu kommen, sei es

71 A.A. – für ausschließliche Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs gegen „hoheitliche" Wettbewerbsmaßnahmen – *H. Schricker* (Fn. 57), S. 216 ff., und *H. Klein* (Fn. 1), S. 245; so mit Ausnahme von Schadensersatzansprüchen auch *Bettermann* DVBl 1977, 183.

72 Vgl. etwa BVerwGE 39, 329, 337 f. Dazu mit Recht kritisch auch *Scholz* NJW 1974, 781 f. und NJW 1978, 18, *Hubmann* (Fn. 49), S. 51.

73 So namentlich *Vollmar* (Fn. 70), S. 43 ff., 82. Für Doppelspurigkeit aber *Hubmann* (Fn. 49), S. 51 f. und *Lerche* JurA 1970, 829; für Differenzierung je nach materieller Rechtsnatur des streitigen Rechtsverhältnisses *Scholz* ZHR 132 (1969), 122 ff. und NJW 1978, 17 f.

74 Für die entsprechende Berücksichtigung öffentlichrechtlicher Vorfragen durch die ordentlichen Gerichte BGHZ 67, 81, 88.

im Sinne einer Privilegierung oder auch einer Verschärfung gegenüber den allgemein geltenden Maßstäben (vgl. unter 3).

2. *Sondertatbestände unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand*

a) Allgemeines

Besonderheiten der Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand im Vergleich zu den sonstigen Wirtschaftssubjekten ergeben sich aus ihrer *Doppelfunktion* als Träger hoheitlicher Gewalt und Teilnehmer am Wettbewerb[75]. Diese Doppelfunktion ist zumindest im Bereich „sozialwirtschaftlicher" Tätigkeit nicht etwa zufällig, sondern charakteristischer Ausdruck der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, insbesondere solcher der Daseinsvorsorge, durch das marktmäßige Angebot von Waren oder Leistungen gegen Entgelt. Aber auch bei der erwerbswirtschaftlichen, nicht durch spezifisch öffentliche Aufgabenerfüllung gekennzeichneten Betätigung der öffentlichen Hand bedarf es nach, im öffentlichen Recht h. M. eines über das reine Erwerbsstreben hinausgehenden öffentlichen Interesses an der Unternehmenstätigkeit, wenn diese den Kreis zulässiger Staatsaufgaben nicht überschreiten soll[76].

Um eine Typologie wettbewerbswidrigen Verhaltens der öffentlichen Hand hat sich in der Literatur namentlich *Helmut Schricker* bemüht[77]. Er kam dabei zu den folgenden Hauptformen unlauteren Wettbewerbs:

– Mißbrauch amtlicher Autorität,
– Behinderungswettbewerb durch die öffentliche Hand,
– Ausnutzung amtlicher Beziehungen oder Kenntnisse zum Wettbewerb,
– unlautere Preisunterbietung,
– zweckwidriger Einsatz öffentlicher Ressourcen,
– mißbräuchliche Ausnutzung einer Monopolstellung.

Unter ihnen ist freilich nur ein Teil durch die auf der Doppelfunktion der öffentlichen Hand beruhenden Besonderheiten geprägt: der Mißbrauch amtlicher Autorität sowie die sonstige Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen durch Ausnutzung amtlicher Beziehungen und Kenntnisse (vgl. unter b und c). Nur insoweit läßt sich daher von typischen *Sonder*tatbeständen unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand sprechen. Dagegen geht es bei Behinderungswettbewerb, unlauterer Preisunterbietung, zweckwidrigem Einsatz öffentlicher Ressourcen und mißbräuchlicher Ausnutzung von Monopolstellungen um Verhaltensweisen, die auch bei sonstigen Wirtschaftssubjekten in Betracht kommen; bei ihnen stellt sich daher die Frage nach differenzierenden Maßstäben für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand (unter 3).

b) Mißbrauch amtlicher Autorität

Kennzeichen dieser Fallgruppe ist die unsachliche, auf wettbewerbsfremdem Einsatz amtlicher Autorität beruhende Beeinflussung der Nachfrage durch die öffentliche Hand,

75 Vgl. dazu *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 181 ff., *H. Schricker* (Fn. 57), S. 168 ff., *Hubmann* (Fn. 49), S. 52 ff., 56 ff., *D. Reimer* GRUR 1964, 214.
76 Vgl. Nachw. in Fn. 8.
77 AaO (Fn. 57), S. 168 ff.

sei es zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs. Der Mißbrauch kann namentlich beruhen auf der Inanspruchnahme des der öffentlichen Hand entgegengebrachten *Vertrauens*, auf der *Vortäuschung* der Objektivität und Neutralität von in Wettbewerbsabsicht geäußerten Empfehlungen u. a. oder auf der *Nötigung* der als Nachfrager in Betracht kommenden Wirtschaftskreise zum Geschäftsabschluß mit einem der öffentlichen Hand nahestehenden Unternehmen[78]. Es handelt sich jeweils um den Einsatz von Mitteln aus dem hoheitlichen Bereich zu *psychologischer* Einwirkung auf die Nachfrager.

Bekanntestes Beispiel dieser Fallgruppe ist das BGH-Urteil, mit dem der Staatlichen Kurverwaltung Bad Ems untersagt wurde, bei der Beantwortung der Anfragen von Kurinteressenten nach Unterkunftsmöglichkeiten vorrangig und ohne sachlich rechtfertigenden Grund staatseigene Hotelbetriebe zu benennen[79]. Mit Recht sah der BGH die Unlauterkeit der von den klagenden Inhabern privater Hotelbetriebe gerügten Praxis der Kurverwaltung darin, daß diese nicht die, ihr in der Meinung der Öffentlichkeit zugebilligte, ihrer amtlichen Stellung entsprechende Objektivität und Neutralität wahrte, sondern unter Mißbrauch der Vertrauensstellung staatseigene Hotels besonders empfahl.

Weitere dieser Fallgruppe zuzurechnende Beispiele bilden der amtlich ausgestaltete Aufruf eines Landrats, der zugleich Organmitglied einer Feuerversicherungsanstalt seines Kreises war, an die Landwirte des Kreises, sich bei der Anstalt auch gegen Hagelschaden zu versichern[80], die Werbung einer Landwirtschaftskammer für eine als Veranstalter landwirtschaftlicher Ausstellungen tätige Messe-GmbH, an der sie beteiligt war[81] oder die beschleunigte Behandlung von Baugesuchen durch das städtische Bauamt im Falle der Baufinanzierung durch die städtische Sparkasse[82] Dagegen wird ein Autoritätsmißbrauch zu Recht abgelehnt, soweit es um die Vermietung städtischer oder staatlicher Reklameflächen auf Gebäuden, Fahrzeugen u. a. geht, da von den beteiligten Verkehrskreisen aus der Eigentümerstellung der öffentlichen Hand an den Reklameflächen nicht ernsthaft auf die amtliche Empfehlung der beworbenen Produkte oder Leistungen geschlossen wird[83]. Auch hat es der BGH mit guten Gründen abgelehnt, eine psychologische Zwangslage von örtlichen Gewerbetreibenden bei der Nachfrage nach Werbeleistungen allein schon in dem Umstand zu sehen, daß ein städtisches Amtsblatt auch Werbeanzeigen aufnimmt[84].

---

78 RGZ 116, 28, 32 – Fragebogenaktion; BGHZ 19, 299, 304 f. – Bad Ems; BGH GRUR 1964, 210, 213 – Landwirtschaftsausstellung; GRUR 1971, 168, 170 – Ärztekammer; OLG Karlsruhe WRP 1976, 181, 184; VGH Bad.-Württ. GRUR 1973, 82, 83; vgl. auch *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 181 ff., *H. Schricker* (Fn. 57), S. 168 ff., *Hubmann* (Fn. 49), S. 58 f.

79 BGHZ 19, 299, 304 ff.

80 RG JW 1932, 2529.

81 BGH GRUR 1964, 210 – Landwirtschaftsausstellung.

82 Beispiel nach *H. Schricker* (Fn. 57), S. 171.

83 RGZ 124, 239, 249; BGH GRUR 1973, 530, 531 – Crailsheimer Stadtanzeiger; so auch *H. Schricker* (Fn. 57), S. 176. A.A. zu Unrecht LG Wiesbaden NJW 1961, 2118, 2119, für die Veröffentlichung von Anzeigen in einem Amtsblatt.

84 BGH GRUR 1973, 530, 531 – Crailsheimer Stadtblatt; anders noch LG Ellwangen GRUR 1970, 37 f für den Fall, daß der Bürgermeister die Werbungtreibenden zum Inserieren im Amtsblatt der Gemeinde aufforderte.

c) Sonstige Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen

Einen unlauteren Vorsprung im Wettbewerb gegenüber der Privatwirtschaft unter Benutzung ihrer Doppelstellung kann sich die öffentliche Hand auch außerhalb der Fälle des Autoritätsmißbrauchs, mit anderen Mitteln als durch psychologische Einwirkung auf die Nachfrager verschaffen. Auch insoweit beruht der Unlauterkeitsvorwurf auf der Ausnutzung der Vorteile aus dem amtlichen Bereich zu Wettbewerbszwecken, der Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen. Hierfür genügt allerdings nicht der bloße Rückgriff auf Ressourcen der öffentlichen Hand zur Preisunterbietung oder zur Ermöglichung sonstiger Maßnahmen leistungsfremden, einen Wettbewerbsvorsprung ohne bessere eigene Leistungsfähigkeit verschaffenden Wettbewerbs. Denn entsprechende Verhaltensweisen sind auch marktstarken oder finanzkräftigen privaten Wirtschaftssubjekten möglich, ohne daß es hierfür der Doppelfunktion als Träger hoheitlicher Gewalt und Teilnehmer am Wettbewerb bedarf. Auf eine gewerbliche Randnutzung von Einrichtungen, die primär öffentlichen Belangen dienen, läßt sich daher der Vorwurf unlauterer Verquikkung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen regelmäßig nicht stützen[85]. Hinzukommen muß vielmehr ein spezifischer Wechselbezug zwischen amtlicher Stellung und wirtschaftlicher Tätigkeit, der geeignet ist, dem Inhaber hoheitlicher Gewalt durch deren sachfremde Ausdehnung auf die Wirtschaftstätigkeit einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen[86].

Beispiele unlauterer Verquickung bilden etwa die Friedhofsfälle, in denen die Gemeinde ihre Vorzugsstellung aus dem Anschluß- und Benutzungszwang und den hierauf beruhenden geschäftlichen Kontakt zu den Hinterbliebenen dazu ausnutzt, auch mit sonstigen, nicht dem Anschluß- und Benutzungszwang unterfallenden Leistungen zum Nachteil der privaten Konkurrenz ins Geschäft zu kommen[87], oder die Einrichtung eines städtischen Reisebüros im gleichen Raum wie das Paßamt[88]. Demgegenüber hat es der BGH im Fall „Schilderverkauf"[89] zwar abgelehnt, den Verkauf von Kennzeichenschildern durch den beklagten Landkreis in den Räumen von dessen Kraftfahrzeugzulassungsstelle zu untersagen, obwohl auch hier ein auf seiner Doppelfunktion beruhender Wettbewerbsvorsprung des Landkreises gegenüber privaten Schilderverkäufern, allein schon aufgrund der räumlichen Nähe, aber auch wegen der Möglichkeit der Vorratsfertigung von Schildern, in Kenntnis der demnächst ausgegebenen Buchstaben- und Nummern-Kombinationen außer Zweifel stand. Die Entscheidung ist allerdings mit den Besonderheiten des Schilderverkaufs begründet, darunter vor allem dessen besonders engem Zusammenhang mit der

85 Vgl. BGH GRUR 1973, 530, 531 – Crailsheimer Stadtblatt, *Hubmann* (Fn. 49), S. 56; so auch schon *H. Schricker* (Fn. 57), S. 188 ff.

86 Vgl. die Beispiele in Fn. 87-89, ferner BGH GRUR 1964, 210, 213 – Landwirtschaftsausstellung, GRUR 1969, 418, 421 – Standesbeamte, sowie *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 181, *H. Schricker* (Fn. 57), S. 181 ff., 186 ff., *Hubmann* (Fn. 49), S. 57.

87 So grundsätzlich auch VGH Bad.-Württ. GRUR 1973, 82, 83, wenn auch stark restriktiv differenzierend zwischen der – auch hoheitlichen – Tätigkeit des Friedhofsverwalters und derjenigen der nur mit privatrechtlichen Tätigkeiten betrauten Bestattungsordner; der Wettbewerbsvorsprung der beklagten Stadt aus der räumlichen Verbindung von Friedhofsverwaltung und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit wurde nicht als unlauter angesehen. Vgl. auch BVerwGE 39, 329 ff.

88 BGH GRUR 1956, 227 – Reisebüro.

89 GRUR 1974, 733.

Kraftfahrzeugzulassung, der ihn zu einer „kaum als erwerbswirtschaftlich aufzufassenden"(?) Hilfs-tätigkeit mache, sowie mit den Vorteilen des hier gebotenen Service für das Publikum. Auch unabhängig von der Plausibilität dieser Argumente[90] wird man darin weder einen generellen Freibrief noch auch eine allgemeine Tendenz zu großzügigerer Beurteilung der Verquickungs-Fälle sehen können.

3. *Differenzierende Anwendung der allgemeinen UWG-Maßstäbe auf das Marktverhalten der öffentlichen Hand?*

a) Allgemeines

aa) Wettbewerbsrecht ist Marktverhaltensrecht. Es dient der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs nicht nur zum Schutz der Mitbewerber, sondern auch im Interesse der Marktgegenseite und der Allgemeinheit[91], und erstreckt sich insoweit nach zutreffender neuerer Ansicht über den klassischen Lauterkeitsschutz hinaus auch auf den Schutz des Wettbewerbsbestands[92]. Dieser ist als Teilaspekt der Wettbewerbsfreiheit zwar primär nicht Aufgabe des UWG, sondern des GWB und seiner gegen wettbewerbsbeschränkende Absprachen und externes Unternehmenswachstum gerichteten Normen. Zu Recht ist jedoch auch für § 1 UWG in den letzten Jahren zunehmend eine *Marktschutzfunktion* hervorgehoben und die Unlauterkeit des Verhaltens in Zweifelsfällen auch danach beurteilt worden, ob sich damit eine Marktstörung oder eine Gefährdung des Wettbewerbsbestands verbindet[93].

Diese neueren Erkenntnisse haben die Möglichkeit eröffnet, dasselbe Verhalten je nachdem, in welcher Marktsituation und von welchen Unternehmen es praktiziert wird, einer unterschiedlichen Beurteilung aus der Sicht von § 1 UWG zu unterziehen. Zwar gibt es einen festen Kreis „klassisch" unlauteren Verhaltens wie Ausbeutung fremder Leistungsergebnisse, Kundenfang, Boykott, Anschwärzung und herabsetzende vergleichende Werbung, das unabhängig von Art und Größe der beteiligten Unternehmen den Sittenwidrigkeitsvorwurf begründet und bei dem für eine differenzierende Anwendung von § 1 UWG daher regelmäßig kein Raum ist. Und ebenso sind andererseits Maßnahmen des typischen Leistungswettbewerbs, d. h. des Strebens nach einem Wettbewerbsvorsprung durch die bessere eigene Leistung, den dadurch ermöglichten, günstigeren Preis oder die höhere Qualität, stets wettbewerbseigen und damit unbedenklich aus der Sicht von § 1 UWG, auch wenn sie zur Schwächung oder Verdrängung der weniger leistungsstarken Konkurrenz führen[94]. Anderes gilt jedoch für einen Zwischenbereich, eine Grauzone zwischen typisch wettbewerbseigenem und allein aufgrund des Verhaltensunwerts unlauterem Wettbewerbshandeln, den vielfältigen Erscheinungen des zwar nicht per se sittenwidrigen, aber doch tendenziell unlauteren oder leistungsfremden Wettbewerbs[95]. Bei ihnen bedarf es im

90 Kritisch dazu mit Recht *Schultz-Süchting* GRUR 1974, 700 ff.

91 Vgl. statt aller *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl. UWG Rdn. 40 ff., 50.

92 Vgl. *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl UWG Rdn. 79, 115 m. Rspr.-Nachw.

93 Zum Verhältnis zwischen UWG und GWB und zu den insoweit bestehenden Überschneidungen vgl. jetzt namentlich *v. Gamm* NJW 1980, 2489 ff.

94 So zu Recht *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl. UWG Rdn. 92.

95 Zur Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb und zur Bedeutung dieser Aufteilung für die Anwendung von § 1 UWG vgl. näher *Ulmer* GRUR 1977, 565 (567 ff., 577 ff.).

Rahmen der Interessenabwägung nach § 1 UWG zur Beurteilung der Unlauterkeit zusätzlich der Berücksichtigung der voraussichtlichen *Marktfolgen*[96], und diese können je nach Verfassung des betroffenen Marktes und Marktmacht der beteiligten Unternehmen unterschiedlich ausfallen[96a].

Die damit eröffnete Möglichkeit differenzierter Anwendung der Generalklausel des § 1 UWG auf große und mittelständische Unternehmen hat zwar lebhaften Widerspruch unter Hinweis auf die wirtschaftspolitische Neutralität des UWG, das Fehlen mittelstandsschützender Funktionen des Wettbewerbsrechts sowie angebliche Wertungswidersprüche zum Kartellrecht ausgelöst[97]. Diese Einwände beruhen jedoch entweder auf einem Mißverständnis der Lehre vom leistungsfremden, erfolgsqualifizierten Verhaltensunrecht[98] oder auf einem methodisch nicht vertretbaren Umkehrschluß vom Kartell- auf das Wettbewerbsrecht, wonach mit Rücksicht auf das nur für marktbeherrschende und -starke Unternehmen geltende Behinderungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB die Berücksichtigung von Marktfolgenerwägungen oder Größendifferenzen bei der Beurteilung leistungsfremder Behinderungspraktiken nach § 1 UWG ausgeschlossen sein soll, eine These, die mit der zunehmenden Überlagerung von Wettbewerbs- und Kartellrecht und deren gleichrangiger, Spezialitäts- oder Vorrangerwägungen nicht zugänglichen Geltung[99] unvereinbar ist.

bb) Für die *Wirtschaftstätigkeit öffentlicher Unternehmen* folgt aus diesem Befund zunächst, daß auch ihnen gegenüber der Schutz des Wettbewerbsbestands und der fehlende Leistungsbezug des angegriffenen Wettbewerbshandelns zur Bejahung der Unlauterkeit außerhalb des Bereichs klassisch unlauteren Verhaltens führen kann. Das nicht zuletzt deshalb, weil öffentliche Unternehmen schon wegen der meist erheblichen Ressourcen der öffentlichen Hand, aber auch wegen ihrer häufig herausgehobenen Stellung im Wettbewerb typischer Weise über beträchtliche Marktmacht verfügen[100]; ihr Verhalten wird deshalb für Mitbewerber und Wettbewerbsbestand nicht selten stärker ins Gewicht fallen als dasjenige privater Wirtschaftssubjekte. Indessen handelt es sich insoweit nicht um eine an den Status des öffentlichen Unternehmens anknüpfende Differenzierung, sondern lediglich um die

96 So schon *Burmann* WRP 1967, 385 ff., und *L. Raiser* GRUR Int. 1973, 443 ff., aber auch *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl UWG Rdn. 94 f, 109, 115 und § 1 Rdn. 691 ff, *Baudenbacher* GRUR 1981, 19 ff, *Hubmann* (Fn. 49), S. 53; tendenziell wohl auch *Hönn* GRUR 1977, 141, 143, und *M. Lehmann* GRUR 1977, 637 ff und GRUR 1979, 377 f. Aus der Rechtsprechung vgl. namentlich BGHZ 43, 278, 285 – Kleenex, BGHZ 51, 236 und GRUR 1971, 477 – Stuttgarter Wochenblatt I und II, BGHZ 56, 327, 333 – Verbandszeitschrift, BGH GRUR 1979, 321, 323 – Verkauf unter Einstandspreis. Ablehnende Ansichten vgl. in Fn. 97.

96a Vgl. auch BGH GRUR 1978, 445, 446 – 4 zum Preis von 3, und dazu *v. Gamm* NJW 1980, 2489, 2491, zur Beurteilung eines Verstoßes gegen GWB-Normen, die dem Schutz des Wettbewerbs als Institution dienen (hier: § 15 GWB), als unlauter nach § 1 UWG.

97 Vgl. aus neuerer Zeit vor allem *Kraft* GRUR 1980, 966 ff, *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsrecht, 1978, S. 132 ff., und *Hirtz* GRUR 1980, 93 ff. So früher auch schon *Koenigs* NJW 1961, 1041 ff, *G. Schwartz* GRUR 1967, 333 ff, *Samwer* GRUR 1969, 326 ff, *Kroitzsch* BB 1977, 220 ff.

98 Vgl. näher *Ulmer* GRUR 1977, 578 f und – mit kartellrechtlichem Schwerpunkt – in Festschr. für Kummer, 1980, S. 565 ff.

99 *Baudenbacher* GRUR 1981, 26 f; a.A. für das Verhältnis von §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG neben *Möschel* und *Hirtz* (aaO Fn. 97) auch *v. Gamm* NJW 1980, 2489, 2492, trotz grundsätzlich zutreffender Betonung des gleichberechtigten Nebeneinanders und der gegenseitigen Ergänzung bzw. Überschneidung von GWB und UWG.

100 Vgl. näher unten IV 2 m. Nachw.

Übertragung allgemeiner, für alle Wirtschaftssubjekte nach § 1 UWG Geltung beanspruchender Maßstäbe. Wohl aber fragt sich, ob *Besonderheiten öffentlicher Wirtschaftstätigkeit*, darunter einerseits die Verfolgung spezifischer öffentlicher Aufgaben im Rahmen sozialwirtschaftlicher Betätigung, andererseits solche den Sonderstatus öffentlicher Unternehmen kennzeichnende Umstände wie die Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand oder der ihr nur in begrenztem Umfang eröffnete Zugang zum erwerbswirtschaftlichen Handeln, auch außerhalb der oben (unter 2) erwähnten Sondertatbestände für die *Unlauterkeitskriterien des § 1 UWG* Bedeutung erlangen und je nach Sachlage zu großzügigeren oder verschärften Anforderungen an die Wettbewerbstätigkeit der öffentlichen Hand führen können. Die Frage ist in den bisherigen Stellungnahmen zu § 1 UWG umstritten[101]; das mag auch an der bisher meist wenig spezifischen Fragestellung liegen. Wie im Folgenden (unter b und c) zu zeigen ist, erweist sich eine derart differenzierende Wertung im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel in der Tat als notwendig; sie hat schon bisher in einer Reihe von Gerichtsurteilen ihren Niederschlag gefunden, auch wenn das in den Gründen nicht stets offengelegt wurde.

b) Differenzierungskriterien

Das Tatbestandsmerkmal des Verstoßes gegen die guten Sitten in § 1 UWG ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Ausfüllung erfolgt in Zweifelsfällen aufgrund einer durch Interessenabwägung vorzunehmenden Gesamtbeurteilung des angegriffenen Verhaltens unter Rückgriff auch auf grundlegende rechtliche Wertentscheidungen[102].

Was zunächst die *Interessenabwägung* angeht, so fällt bei der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand ins Gewicht, daß für sie anders als für private Wirtschaftssubjekte ein *Eigeninteresse* an erwerbswirtschaftlicher Betätigung oder an der Entfaltung unternehmerischer Handlungsfreiheit *nicht* anzuerkennen ist. Auch wenn allgemeine Postulate nach Art des OLG München, wonach die öffentliche Hand im Wettbewerb nicht so rücksichtslos wie ein Privater vorgehen dürfe[103], wenig weiterführen, steckt dahinter doch die berechtigte Erwägung, daß die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand anders als diejenige privater Wirtschaftssubjekte ihren Selbstzweck nicht in sich trägt. Das Unlauterkeitsurteil für ein von ihr veranlaßtes, zur Behinderung von Wettbewerbern führendes leistungsfremdes Verhalten liegt daher umso näher, je geringer das damit verfolgte öffentliche Interesse ist. Wie im Folgenden (unter c) am Beispiel der Preisunterbietung zu zeigen sein wird, gilt das in besonderem Maße für Verhaltensweisen, die auf Subventionierung von An-

101 Für Maßstabsverschärfung z.B. *Burmann* DB 1966, 369, *v. Gamm* GRUR 1959, 303, 305 (wohl auch beibehalten in UWG (Fn. 62), § 1 Rdn. 11 f), *Emmerich* (Fn. 57), S. 38 u.a., *Dürig* (Fn. 3), Art. 3 Abs. 1 Rdn. 501, *Grupp* ZHR 140 (1976), 382, *Hoffmann-Becking* (Fn. 9), S. 456. A.A. *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg Rdn. 175, *H. Schricker* (Fn. 57), S. 144 ff., *D. Reimer* GRUR 1964, 214, *Tetzner*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 1957, § 1 Anm. 18.

102 Vgl. statt aller *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl. UWG Rdn. 80 ff. (82, 89, 109), sowie zu den bei Ausfüllung von § 1 UWG zu berücksichtigenden Wertungsgesichtspunkten namentlich auch *G. Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, 103), S. 210 ff. Ganz auf Interessenabwägung abstellend aber *Kraft*, Interessenabwägung im Wettbewerbsrecht, 1963, S. 43 u.a.

103 OLG München NJW 1958, 1298, 1302, unter Berufung auf RG JW 1929, 2344, 2348. Ähnlich auch BGH NJW 1977, 628, 630 – Abschleppunternehmen, OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2274, 2279 f. – Errichtung von Fernmeldetürmen.

geboten der öffentlichen Hand auf wettbewerblich strukturierten Märkten hinauslaufen, ohne durch spezifische, von kompetenter Seite gesetzte öffentliche Zwecke gerechtfertigt zu sein. Über die üblichen Wettbewerbsauswirkungen hinausgehende Behinderungen privater Wettbewerber durch öffentliche Unternehmen, die nicht auf deren höherer Effizienz beruhen, sondern auf ihrer Möglichkeit, Machtmittel und Ressourcen der öffentlichen Hand für die Wirtschaftstätigkeit einzusetzen, sind daher im Zweifel auch dann unlauter, wenn sie sich weder als sittenwidrige Verquickung öffentlicher und privater Interessen darstellen, noch auch zur Gefährdung des Wettbewerbsbestandes führen. Insofern kann eine *Maßstabsverschärfung* bei Anwendung von § 1 UWG auf leistungsfremdes Wettbewerbshandeln der öffentlichen Hand in der Tat eintreten.

Eine *Verschärfung* ergibt sich zum zweiten auch aus der *Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand.* Sie kann nicht nur im Vertikalverhältnis zu Nachfragern oder Anbietern[104], sondern auch im Horizontalverhältnis zu Mitbewerbern Bedeutung erlangen. Soweit das Wettbewerbshandeln bereits als solches die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs durch Konkurrenz erfüllt[105], kann seine Unzulässigkeit zwar auch im Verwaltungsrechtsweg geltend gemacht werden, ohne daß es einer Umsetzung über die Generalklausel des § 1 UWG durch die ordentlichen Gerichte bedarf[106]. Von spezifisch wettbewerbsrechtlichem Interesse ist der Grundrechtsaspekt indessen im *Vorfeld* derartiger Grundrechtsverletzungen, wenn die aus dem Wettbewerbshandeln zu erwartenden Nachteile für die Konkurrenz noch nicht die Schwelle konkreter Eingriffe gegenüber bestimmten Mitbewerbern erreicht haben. Mit Recht hat etwa der BGH für die von einem städtischen Anzeigenblatt ausgehende Behinderung privater Zeitungsverlage dem Grundrecht der Pressefreiheit Bedeutung für die Unlauterkeitsprüfung zuerkannt[107], und aus ähnlichen Gründen dürfte kürzlich der Vertrieb von Brillen durch gesetzliche Krankenkassen in Konkurrenz zu den freiberuflichen Augenoptikern als unlauterer Wettbewerb qualifiziert worden sein, auch wenn Art. 12 GG in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich erwähnt wurde[108].

Ein *größerer Verhaltensspielraum,* auch im Vergleich zu privaten Wirtschaftssubjekten mit entsprechender Marktstellung, kann sich demgegenüber aus der legitimen Verfolgung spezifisch öffentlicher Zwecke durch Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ergeben[109]. Das

---

104 So namentlich im Bereich des Verwaltungsprivatrechts (vgl. Rspr.-Nachw. in Fn. 66); für Berücksichtigung auch bei der Beschaffungstätigkeit der Bundespost OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2274, 2280 – Errichtung von Fernmeldetürmen.

105 Zum Meinungsstand vgl. Nachw. in Fn. 9, 10.

106 Für einen *Vorrang* der auf die Grundrechtsverletzung gestützten Rechtsbehelfe vor § 1 UWG besteht allerdings entgegen *Grupp* ZHR 140 (1976), 378, kein Anlaß.

107 BGH GRUR 1973, 530, 531 – Crailsheimer Stadtblatt; so unter verfassungskonformer, an Art. 5 Abs. 1 GG orientierter Auslegung von § 1 UWG auch schon BGHZ 51, 236, 244 f und GRUR 1971, 477, – Stuttgarter Wochenblatt I und II, jeweils im Verhältnis zu einem privaten Anzeigenblatt. Vgl. im Sinne verfassungskonformer Auslegung von § 1 UWG weiter BVerfGE 24, 236, 251, BGH BB 1982, 1259, 1260 – Großbanken-Restquoten, OLG Düsseldorf WRP 1975, 454 und GRUR 1978, 609, LG Braunschweig WuW/E LG/AG 460; *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg. Rdn. 44 und Einl UWG Rdn. 89, *Kohl* AfP 1981, 326 ff. und *Ulmer,* Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, 1977, S. 66 ff.

108 BGH GRUR 1982, 425 ff., (dazu näher unten V 1 c).

109 So auch *H. Schricker* (Fn. 57), S. 154 ff., *Rathjen* DVBl 1975, 649, 651; vgl. auch schon *E. Ulmer* JW 1933, 1948.

gilt etwa für die unentgeltliche oder doch stark subventionierte Abgabe von Waren oder Leistungen an sozial bedürftige Kreise, jedenfalls wenn die öffentliche Zweckverfolgung und der Einsatz der hierzu benötigten Mittel von der dafür zuständigen Stelle beschlossen worden sind. Ein solches Vorgehen ist, selbst wenn es privaten Wirtschaftssubjekten wegen der daraus drohenden Marktstörung wettbewerbsrechtlich nicht gestattet wäre[110], mit Rücksicht auf den öffentlichen Zweck auch dann nicht zu beanstanden, wenn es an einer sondergesetzlichen, gegenüber § 1 UWG Vorrang beanspruchenden Regelung fehlt.

c) Die Preisunterbietung durch die öffentliche Hand als Beispiel

Nach *allgemeinen UWG-Maßstäben* ist zwar das massenweise Verschenken von Originalwaren grundsätzlich wettbewerbswidrig[111], nicht aber die auf Verkauf unter Selbstkosten beruhende Preisunterbietung[112]. Sie verstößt nur dann gegen § 1 UWG, wenn sie

– entweder dazu dient, den Verkehr über die Preisstellung des sonstigen Angebots des Preisunterbieters irrezuführen[113],

– oder mit der Absicht der Vernichtung oder Verdrängung von Wettbewerbern verbunden ist[114],

– oder trotz fehlender Vernichtungsabsicht doch objektiv die konkrete Gefahr der Verdrängung der Wettbewerber oder der nahezu völligen Aufhebung des Wettbewerbs begründet[115].

Diese allgemeinen Maßstäbe haben bei Preisunterbietungen durch öffentliche Unternehmen zu Recht schon wiederholt eine Verschärfung erfahren. So hat schon das Reichsgericht[116] es der beklagten Stadtgemeinde aufgrund der Klage eines Hotelbesitzervereins untersagt, in dem von ihr mit städtischen Mitteln betriebenen, zur Beherbergung durchreisender Jugendlicher bestimmten „Haus der Jugend" gewerbsmäßig Personen aufzunehmen, die nicht zum Kreis der bestimmungsgemäß Begünstigten gehörten. Zwar sei auch die öffentliche Hand nicht grundsätzlich gehindert, im Wettbewerb mit Privaten die Preise zu unterbieten, jedenfalls wenn ihr dieses aufgrund eines rationelleren Angebots in einem nach kaufmännischen Grundsätzen geführten Geschäftsbetrieb möglich sei. Anderes habe jedoch dann zu gelten, wenn Gewerbesteuermittel dazu verwendet würden, außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung die Preise konkurrierender Gewerbetreibender zu unterbieten. Mit ähnlicher Begründung hat erst kürzlich der BGH[117] ungewöhnlich niedrige Preise eines Sozialversicherungsträgers für die freiwillige Krankenversicherung von nicht

110 Vgl. Nachw. in Fn. 111.

111 Jedenfalls, wenn es zur Gefahr der Marktverstopfung oder zur Gefährdung des Wettbewerbsbestands führt, vgl. BGHZ 43, 278, 284 – Kleenex, BGH GRUR 1969, 295, 296 – Goldener Oktober, BGHZ 81, 291, 294 – Bäckerfachzeitschrift, weitergehend noch BGH GRUR 1977, 608 – Feld und Wald II.

112 Vgl. näher *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), § 1 Rdn. 204 ff m. Nachw.

113 BGH GRUR 1974, 344, 345 – Intermarkt, GRUR 1978, 649, 651 – Elbe-Markt.

114 RGZ 134, 342 – Benrather Tankstelle.

115 BGH GRUR 1979, 321, 322 – Mineralwasser; vgl. auch *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), § 1 Rdn. 208 zum *ständigen* Verkauf bestimmter Waren unter Einstandspreis.

116 RGZ 138, 174, 178 f – Haus der Jugend.

117 GRUR 1982, 433, 436 – Kinderbeiträge; vgl. auch schon BGHZ 66, 229, 234 – Studenten-Krankenversicherung, und OLG Karlsruhe WRP 1976, 181, 183.

der Versicherungspflicht unterfallenden Personen für wettbewerbswidrig erklärt. Er hat der Unterlassungsklage eines Verbandes privater Krankenversicherer unter anderem deshalb stattgegeben, weil die gegen sozialversicherungsrechtliche Grundsätze verstoßende Preisgestaltung der beklagten Krankenkasse Parallelen zur Unterbietung der Preise privater Gewerbetreibender durch öffentliche Unternehmen unter zweckwidrigem Einsatz öffentlicher Mittel aufweise[118].

Wendet man die oben (unter 3 b) herausgearbeiteten, für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand geltenden besonderen Maßstäbe auf den Fall der Preisunterbietung durch Angebot unter Selbstkosten an, so lassen sich die folgenden Fallgruppen unterscheiden.

aa) *Unlauter* ist eine zur Behinderung privater Mitbewerber führende Preisunterbietung durch öffentliche Unternehmen, die ermöglicht wird durch

– den *zweckwidrigen Einsatz öffentlicher Mittel* zur Finanzierung von Angeboten unter Selbstkosten im Wettbewerb mit privaten Anbietern[119],

– die Subventionierung von Angeboten auf wettbewerblich strukturierten Märkten durch *Einsatz von Mehrerlösen* aus Bereichen, in denen die öffentliche Hand über eine gesetzliche *Monopolstellung* verfügt[120],

– die *erwerbswirtschaftliche Randnutzung* von öffentlichen Zwecken gewidmeten Einrichtungen zu einem *unter dem Marktpreis* oder unter vergleichbaren Angeboten der Privatwirtschaft liegenden Preis[121].

Gemeinsames Unlauterkeitskriterium ist bei allen drei Gruppen, daß das günstige, der Stärkung der eigenen Marktstellung dienende Preisangebot nicht auf der höheren Effizienz des öffentlichen Unternehmens, sondern darauf beruht, daß dieses von den ihm aus der hoheitlichen Stellung zustehenden finanziellen Vorteilen in einer nicht durch öffentliche Zwecke gebotenen Weise zur Förderung des eigenen Wettbewerbs unter Behinderung privater Mitbewerber Gebrauch macht.

bb) Nach § 1 UWG *unbedenklich* ist demgegenüber eine von der öffentlichen Hand ausgehende Preisunterbietung, ja selbst die unentgeltliche Abgabe von Waren oder Leistungen, wenn sie

– entweder aufgrund eines Gesetzes erfolgt, das Art der Leistung und Kreis der Begünstigten in verfassungskonformer Weise selbst regelt oder hierzu eine Verordnungsermächtigung, von der wirksam Gebrauch gemacht ist, bereitstellt[122],

– oder auch ohne besondere Gesetzesgrundlage durch die hierfür zuständige Stelle in Verfolgung öffentlicher Zwecke beschlossen und in den Grenzen dieses Beschlusses vo-

118 Die wettbewerbsrechtlichen Grenzen einer Preisunterbietung durch öffentliche Unternehmen unter Einsatz öffentlicher Mittel betonen auch *H. Schricker* (Fn. 57), S. 188 ff, und *Hubmann* (Fn. 49), S. 55 f. Zurückhaltend aber *Emmerich* (Fn. 57), S. 40 f., und *H. Klein* (Fn. 1), S. 242 ff., 258 ff.

119 RGZ 138, 174, 178 f – Haus der Jugend.

120 Es handelt sich um einen Sonderfall des Mißbrauchs einer Monopolstellung (dazu *H. Schricker*, Fn. 57, S. 202 ff.), der namentlich auch gegen die Wertungen der §§ 22 Abs. 4, 26 Abs. 2 GWB verstößt.

121 Z.B. bei Unterbietung der Anzeigenpreise durch Städtische Amtsblätter oder der Marktpreise für die Vermietung von Omnibussen durch öffentliche Verkehrsbetriebe. A.A. wohl *H. Schricker* (Fn. 57), S. 188 f., freilich ohne Berücksichtigung der daraus drohenden Gefährdung des Wettbewerbsbestands.

122 Das folgt bereits aus dem Vorrang solcher Vorschriften vor § 1 UWG, aber auch aus der Berücksichtigung der damit verfolgten öffentlichen Aufgaben.

der öffentlichen Hand oder in ihrem Auftrag ausgeführt wird[123]; ein Vorbehalt gilt jedoch insoweit, als sich damit ein faktischer Grundrechtseingriff durch Verdrängung oder konkrete Gefährdung der privaten Konkurrenz verbindet.

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist einerseits festzuhalten, daß nach heute fest etablierter Praxis der ordentlichen Gerichte das Wettbewerbsrecht grundsätzlich umfassende Geltung gegenüber dem Marktverhalten der öffentlichen Hand beansprucht; das gilt im Verhältnis zu den Mitbewerbern und zu sonstigen dem öffentlichen Unternehmen gleichgeordnet gegenüberstehenden Marktpartnern selbst dann, wenn das Benutzerverhältnis öffentlichrechtlich ausgestaltet und der Geltung des UWG daher entzogen ist. Die Anwendbarkeit des UWG wird weder davon berührt, ob das Wettbewerbshandeln sozial- oder erwerbswirtschaftlicher Art ist, noch ob es der Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs dient. Zum anderen hat sich gezeigt, daß das Wettbewerbsrecht im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG genügend Flexibilität aufweist, um den Besonderheiten öffentlicher Wirtschaftstätigkeit durch hierauf zugeschnittene, gegenüber den allgemeinen UWG-Maßstäben differenzierende Rechtsanwendung Rechnung zu tragen. Die Differenzierung setzt das Vorliegen leistungsfremden, weder eindeutig lauteren noch klassisch unlauteren Wettbewerbshandelns voraus. Sie kann je nach Lage des Falles zu einer Verschärfung der Beurteilungsmaßstäbe führen, aber auch zu einer Privilegierung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit mit Rücksicht auf den dadurch verfolgten, nach öffentlichrechtlichen Maßstäben legitimen öffentlichen Zweck.

IV. Kartellrechtliche Schranken für die Art und Weise der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand

1. Überblick

a) Zur Anwendbarkeit der GWB-Tatbestände auch auf öffentliche Unternehmen, wie sie in § 98 Abs. 1 GWB im Grundsatz vorgeschrieben und durch die Vorschriften über Bereichsausnahmen in den §§ 99 ff. für eine Reihe von Wirtschaftssektoren eingeschränkt ist, sei auf die Feststellungen unter II 2 verwiesen. Soweit es um die kartellrechtliche Beurteilung der Art und Weise der Wirtschaftstätigkeit geht sowie um den Schutz der hiervon betroffenen Mitbewerber und der Angehörigen der Marktgegenseite, interessieren in erster Linie die gegen *einseitiges*, wettbewerbsschädliches Marktverhalten[124] gerichteten, unbilli-

123 Vgl. RGZ 138, 174, 176 f – Haus der Jugend, BGH GRUR 1971, 168, 169 – Ärztekammer, BayVGH JZ 1976, 641 – kommunale Wohnungsvermittlung, bestätigt durch BVerwG NJW 1978, 1539; zweifelhaft aber KG NJW 1957, 1076, 1077 – Steuerfibeln (Anwendbarkeit des UWG vom KG wegen des im Verkauf der Steuerfibeln durch die Finanzämter liegenden „Aktes staatlicher Fürsorge" verneint). Für wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit derartiger subventionierter Angebote auch *H. Schricker* (Fn. 57), S. 192 f. unter Hinweis auf öffentliche Zuschüsse für kulturelle Einrichtungen, Verkehrsbetriebe oder Zwecke der Volksgesundheit.

124 Im Unterschied zu wettbewerbsbeschränkenden Verträgen (§§ 1, 15, 18, 20 GWB) und zur Fusionskontrolle (§§ 23 ff GWB).

ge Behinderung und Diskriminierung verbietenden Vorschriften des § 26 Abs. 2 und 3 GWB[125]. Der personelle Anwendungsbereich dieser Verbote beschränkt sich im wesentlichen[126] auf marktbeherrschende und relativ marktstarke Unternehmen; da öffentliche Unternehmen aufgrund ihrer herausragenden Stellung eher als private Wirtschaftssubjekte diese besonderen Voraussetzungen erfüllen (vgl. dazu unter 2), liegt bei ihnen ein Schwerpunkt für mögliche Klagen von Wettbewerbern oder Marktpartnern gegen Behinderungs- oder Diskriminierungspraktiken der öffentlichen Hand. Das führt ebenso wie im Wettbewerbsrecht zur Frage nach differenzierenden Maßstäben bei der Beurteilung des Marktverhaltens öffentlicher Unternehmen (vgl. unter 3).

Unter den *sonstigen* GWB-Tatbeständen ist im Hinblick auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand einerseits an die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 Abs. 5 GWB zu denken, die freilich keine unmittelbaren Klagemöglichkeiten geschädigter Dritter begründet[127], andererseits an einige weitere, jeweils auf spezielle wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen wie Druckausübung oder Boykott bezogene Verbotstatbestände der §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 Abs. 1 GWB. Sie bleiben im Folgenden allerdings ebenso außer Betracht wie die Regelungen über wettbewerbsbeschränkende Verträge oder über die Fusionskontrolle, weil sie für die Schranken der Art und Weise der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand nur von begrenztem Interesse sind[128].

b) Besonderer Erwähnung im Rahmen der kartellrechtlichen Betrachtung bedarf das *Vertikalverhältnis* öffentlicher Unternehmen zu seinen Marktpartnern (Benutzern, Lieferanten). Im Unterschied zu dem die Mitbewerber und die Allgemeinheit, nicht aber die einzelnen Angehörigen der Marktgegenseite schützenden Wettbewerbsrecht[129] kommt ihm Bedeutung jedenfalls insoweit zu, als es um den *Schutz gegen Diskriminierung* oder unbillige Behinderung durch marktbeherrschende oder relativ marktstarke Unternehmen geht, da die von der Diskriminierung oder Behinderung betroffenen Marktpartner, soweit sie ihrerseits Unternehmensqualität haben, d. h. nicht zu den privaten Endverbrauchern gehören, vom Schutz des GWB umfaßt werden[130]. Soweit danach die Anwendbarkeit des GWB auf das Vertikalverhältnis im Grundsatz zu bejahen ist, bedarf es doch zusätzlich der Prüfung, ob nicht eine *Ausnahme bei öffentlichrechtlich ausgestaltetem Benutzungsverhältnis* geboten ist. Denn die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Kartellrecht trotz öffentlichrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses (vgl. oben II 2 b) beschränken sich jeweils auf die *Horizontal* beziehung zu den Wettbewer-

125 Allgemein zu den Kartellrechtsschranken für öffentliche Unternehmen vgl. schon *Th. Shwarz* (Fn. 38), passim.

126 Abgesehen von Kartellen und preisbindenden Unternehmen, vgl. § 26 Abs. 2 S. 1 GWB.

127 H. M., vgl. *Langen* (Fn. 47), § 35 Rdn. 7 sowie – mit Kritik an der h. M. – *Emmerich* (Fn. 35), § 35 Rdn. 49 ff., 55. Zur Möglichkeit der Beantragung eines kartellbehördlichen Verfahrens vgl. § 51 GWB.

128 Zur Anwendung der §§ 22 Abs. 5, 23 ff. GWB bei Neuaufnahme oder Ausdehnung der Geschäftstätigkeit öffentlicher Unternehmen vgl. unten V 2 a und b.

129 So für § 3 UWG BGH GRUR 1975, 150 – Prüfzeichen; allg. dazu vgl. *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Einl. UWG Rdn. 40 ff., 76 f, § 1 Rdn. 733, und *G. Schricker* (Fn. 102), S. 245 f.

130 Unstr., vgl. *Langen* (Fn. 47), § 35 Rdn. 3 f. Zu öffentlichrechtlichen Schutzvorschriften für private Verbraucher als Ersatz für das Fehlen eines kartellrechtlichen Schutzes vgl. *Th. Schwarz* (Fn. 38), S. 214 f.

bern und sonstigen, dem öffentlichen Unternehmen gleichgeordneten Marktpartnern und unterscheiden diese ausdrücklich vom vertikalen, dem öffentlichen Recht unterstehenden Benutzungsverhältnis. Folgt man dem, so bleibt für die Geltung von Kartellrecht im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Benutzungsverhältnisses kein Raum; das sollte aus Gründen einheitlicher Beurteilung dann nicht nur für das Kartellzivilrecht, darunter insbes. Schadensersatz- und Unterlassungsklagen nach §§ 26 Abs. 2, 35 GWB gelten, sondern ebenso für das durch die Kartellbehörden anzuwendende Kartellverwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenrecht[131]. Der Verzicht auf ein Eingreifen von Kartellrecht auf diesem Gebiet fällt umso leichter, weil das öffentliche Recht insoweit auch außerhalb des Kartellrechts umfassenden Rechtsschutz bereithält und zugleich eine unerwünschte Überschneidung der Tätigkeit von Kartell- und Fachaufsichtsbehörden vermieden wird.

2. Zur Marktstellung öffentlicher Unternehmen

Der nicht nur für die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, sondern auch für das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB maßgebliche Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist in § 22 Abs. 1 bis 3 GWB geregelt. Von Interesse im Hinblick auf öffentliche Unternehmen ist dabei vor allem die im Jahr 1973 neu eingeführte Marktbeherrschungsvariante der *überragenden Marktstellung* i. S. von § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Sie gestattet neben dem Abstellen auf den Marktanteil den Rückgriff auch auf solche anderen Umstände, die Aussagen über die qualitative Stärke eines Unternehmens aufgrund von dessen verfügbaren Ressourcen zulassen, darunter namentlich dessen Finanzkraft, den Zugang zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten sowie Verflechtungen mit anderen Unternehmen.

Für *öffentliche Unternehmen* könnte es vor allem im Hinblick auf das Kriterium der Finanzkraft naheliegend scheinen, zur grundsätzlichen Bejahung ihrer marktbeherrschenden Stellung zu kommen[132]. Vor einer vorschnellen Schlußfolgerung dieser Art ist freilich zu warnen. Gegen sie spricht einerseits der Umstand, daß die Zurechnung der Finanzmittel der öffentlichen Hand zum jeweils in Frage stehenden Unternehmen auch dessen Möglichkeit voraussetzt, die Mittel für die Zwecke seiner Wirtschaftstätigkeit einzusetzen[133], was bei öffentlichen Unternehmen schon wegen der für die öffentlichen Finanzen geltenden Bewirtschaftungsgrundsätze nicht ohne weiteres bejaht werden kann. Hinzu kommt, daß der Finanzkraft ebenso wie den weiteren, neben dem Marktanteil in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB genannten Umständen zwar wesentliche Bedeutung für die Kennzeichnung des *Potentials* des Unternehmens zukommt, daß darüber aber das Gewicht des Marktanteils als des für die Beurteilung der Marktbeherrschung primären, *strukturellen* Merkmals nicht vernachlässigt werden darf[134]. Wenn auch der Prozentsatz marktbeherrschender Unternehmen unter den öffentlichen Unternehmen aus einer Reihe von Gründen, darunter nicht nur die einem Teil

131 Die Nichtanwendung des GWB, also auch seiner verwaltungsrechtlichen Vorschriften, auf Leistungen, die „aufgrund hoheitlicher Bestimmung gegeben und gefordert werden", betont im Anschluß an die Amtliche Begründung auch BGHZ 36, 91, 101.

132 Dafür *Emmerich* (Fn. 35), § 98 Rdn. 81.

133 Vgl. *Langen* (Fn. 47), § 22 Rdn. 63.

134 *Langen* (Fn. 47), § 22 Rdn. 62.

von ihnen kraft Gesetzes zukommenden Monopolstellung, deutlich höher sein dürfte als unter den privaten Wirtschaftssubjekten[135], ginge es doch zu weit, die öffentliche Hand im Fall ihrer Wirtschaftstätigkeit schlechthin als marktbeherrschend anzusehen[136].

Was zum anderen das Merkmal der relativen Marktstärke i. S. von § 26 Abs. 2 S. 2 GWB angeht, d. h. das Fehlen ausreichender und zumutbarer Ausweichmöglichkeiten für Unternehmen der Marktgegenseite, so lassen sich für öffentliche Unternehmen insoweit regelmäßig keine Besonderheiten feststellen. Denn allein ihre Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor verringert die Ausweichmöglichkeiten für die Marktgegenseite nicht. Besteht aber Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten des öffentlichen Unternehmens oder hat dieses aus sonstigen Gründen ein Monopol, so ist bereits die Stufe der Marktbeherrschung erreicht, ohne daß es zusätzlich auf das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses i. S. von § 26 Abs. 2 S. 2 GWB ankommt.

3. Zum Verbot unbilliger Behinderung und Diskriminierung

Die Beurteilung der beiden zentralen Verbotsmerkmale des § 26 Abs. 2 GWB, d. h. der unbilligen Behinderung bzw. der sachlich nicht gerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung (Diskriminierung), richtet sich nach ganz h. M. nach dem Ergebnis einer *Interessenabwägung*[137]. Dabei ist neben dem Interesse des handelnden Verbotsadressaten und der hiervon betroffenen Mitbewerber oder Marktpartner auch die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB zu berücksichtigen[138].

Soweit es um die kartellrechtliche Beurteilung des Marktverhaltens *öffentlicher Unternehmen* geht, kann daher an die oben (unter III 3 b) zu § 1 UWG getroffenen Feststellungen angeknüpft werden. Da ein eigenständiges Interesse öffentlicher Unternehmen daran, ihre Wirtschaftskraft zur Gewinnmaximierung oder Stärkung ihrer Marktposition unter Beeinträchtigung von Konkurrenten oder Marktpartnern zu entfalten, nicht anzuerkennen ist, führt das Fehlen eines spezifischen öffentlichen Interesses an dem beanstandeten Marktverhalten regelmäßig zum Eingreifen der Schranken aus § 26 Abs. 2 GWB, wenn sich das beanstandete Verhalten des öffentlichen Unternehmens nur objektiv als Behinderung der Konkurrenz, d. h. als Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Mitbewerber[139] oder als unterschiedliche Behandlung der Marktpartner erweist. Ebenso wie im Wettbewerbsrecht ist somit eine *Maßstabsverschärfung* für die kartellrechtliche Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender oder relativ marktstarker Unternehmen der öffentlichen Hand im Regelfall zu bejahen. Namentlich wenn die Art und Weise der Tätigkeit bereits öffentlichrechtlich als unzulässig anzusehen ist, wird die Interessenabwägung im Rahmen von § 26 Abs. 2 GWB stets zur Unbilligkeit bzw. zum Fehlen der sachlichen Rechtfertigung führen. Umgekehrt ist für eine *Privilegierung* grundsätzlich nur dann Raum, wenn der mit

135 Vgl. die relativ zahlreichen Entscheidungen, in denen öffentliche Unternehmen (Bundespost, Fernsehanstalten, Sozialversicherungsträger u. a.) als marktbeherrschend eingestuft wurden (umfass. Nachw. bei *Emmerich*, aaO Fn 35, § 98 Rdn. 76 f.).

136 A.A. *Emmerich* aaO Fn. 132.

137 Vgl. nur *Markert* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 26 Rdn. 196 ff. m. Nachw.

138 St. Rspr. seit BGHZ 38, 90, 102 – Treuhandbüro, vgl. etwa BGHZ 52, 65, 71 – Sportartikelmesse II, WuW/E BGH 1391, 1395 – Rossignol, 1629, 1632 – Modellbauartikel II.

139 *Markert* (Fn. 137), § 26 Rdn. 183.

der Marktteilnahme verfolgte besondere öffentliche Zweck den Anlaß für die Behinderung oder unterschiedliche Behandlung bildet oder wenn diese ausnahmsweise durch ein vorrangiges öffentliches Interesse an dem die Mitbewerber oder die Marktgegenseite beeinträchtigenden Marktverhalten gerechtfertigt ist.

V. Schranken für die Aufnahme (das „Ob") einer wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand

1. Zum Wettbewerbsrecht

a) Das Problem

Wettbewerbsrecht bezieht sich als Marktverhaltensrecht in erster Linie auf die Art und Weise der Marktteilnahme. Dagegen bilden die Anforderungen an den *Zugang* zum Markt und die Voraussetzungen für die *Aufnahme* wirtschaftlicher Tätigkeiten keine typisch wettbewerbsrechtlichen Fragenkomplexe. Mit Rücksicht hierauf ist in der Literatur die These verbreitet, mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts könne nicht gegen die Aufnahme wirtschaftlicher Tätigkeiten durch die öffentliche Hand vorgegangen werden, sondern nur gegen bestimmte, als solche unlautere Arten dieser Tätigkeit[140]. Damit jedenfalls im Ergebnis übereinstimmend haben RG und BGH in ständiger Rechtsprechung an dem Satz festgehalten, es sei eine allgemein politische und wirtschaftspolitische Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt oder zu setzen seien; die Lösung dieser Frage sei Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung einschließlich der Kommunalaufsicht, nicht aber der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Prüfung von Wettbewerbshandlungen nach dem UWG[141].

Demgegenüber legen die neueren, vor allem durch die Beschlüsse des Großen Senats von 1976[142] angestoßenen Entwicklungen des Wettbewerbsrechts sowie das kürzlich vom BGH ausgesprochene Verbot der Selbstabgabe von Brillen durch gesetzliche Krankenkassen[143] eine Überprüfung auch dieser Grundsätze nahe. Dabei zeigt sich, daß der BGH schon früher, wenn auch in besonders gelagerten Fällen, bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten der öffentlichen Hand aufgrund von Klagen privater Konkurrenten untersagt und sich nicht damit begnügt hat, das „Wie" dieser Tätigkeit zu beanstanden. So war einem städtischen Schlachthof der Verkauf von Blockeis an die Schlachthofbenutzer verboten worden[144]; eine Landwirtschaftskammer wurde dazu verurteilt, ihre Beteiligung an einer Messe-GmbH mit landwirtschaftlichen Ausstellungen als Tätigkeitsschwerpunkt zu veräußern[145]. Über diese Sonderfälle deutlich hinaus gehen schließlich zwei jüngst gegen ge-

140 Vgl. Nachw. in Fn. 35.

141 So RGZ 138, 174, 176 – Haus der Jugend; BGH GRUR 1959, 244, 246 – Versandbuchhandlung; 1964, 210, 212 – Landwirtschaftsausstellung; 1971, 168, 169 – Ärztekammer; 1974, 733, 734 – Schilderverkauf.

142 Nachw. in Fn. 31.

143 BGH GRUR 1982, 425; hier deutet sich (S. 430 f) auch eine vorsichtige Distanzierung von der bisherigen st. Rspr. (Fn. 141) an.

144 BGH GRUR 1965, 373 – Blockeis II.

145 BGH GRUR 1964, 210 – Landwirtschaftsausstellung.

setzliche Krankenkassen ergangene Urteile, durch die diesen der weitere Verkauf von Brillen an ihre Mitglieder wegen der darin liegenden Bestandsgefährdung des Augenoptikerberufs nach § 1 UWG untersagt wurde[146].

Wie die Beispiele zeigen, erweist sich das Dogma von der mangelnden Eignung des Wettbewerbsrechts zur Untersagung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit als solcher in dieser uneingeschränkten Form nicht als haltbar. Zu prüfen bleiben freilich die Voraussetzungen, unter denen eine derartige generelle Untersagung in Betracht kommt. Dabei bietet sich einerseits die Anknüpfung an die oben (unter III 2) erwähnten Sondertatbestände unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand an (unter b). Zum anderen ist zu fragen, ob auch die zu § 1 UWG entwickelten Fallgruppen des Vorsprungs durch Rechtsbruch sowie der Marktstörung Möglichkeiten eines Verbots der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand eröffnen (vgl. unter c und d).

b) Sondertatbestände unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand

Als Sondertatbestände für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand haben sich die zu § 1 UWG herausgebildeten Fallgruppen des Mißbrauchs amtlicher Autorität und der sonstigen Verquickung öffentlicher und privater Interessen erwiesen (vgl. oben III 2). Auch wenn sie in erster Linie die Art und Weise, das „Wie" des Wettbewerbshandelns der öffentlichen Hand betreffen, können die Verhältnisse doch so liegen, daß die Tätigkeit der öffentlichen Hand wegen der besonderen Umstände des Falles unabhängig von der Einzelausgestaltung notwendig unter einen dieser Sondertatbestände fällt, sodaß nur ihre generelle Untersagung Abhilfe schaffen kann.

Diese Voraussetzungen hat der BGH[147] im Fall „Landwirtschaftsausstellung" als gegeben angesehen, in dem es um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung einer Landwirtschaftskammer an einer von zwei regional konkurrierenden, auf landwirtschaftliche Ausstellungen spezialisierten Messe-Gesellschaften ging. Er hielt den Sittenwidrigkeitsvorwurf des § 1 UWG gegenüber der beklagten Kammer aus zwei Gründen für begründet. Zum einen sah er eine sittenwidrige Verquickung öffentlicher und privater Interessen darin, daß die Kammer in ihrer öffentlichrechtlichen Funktion objektive und neutrale Stellungnahmen gegenüber der Stadt zur Vergabe des einzig für Landwirtschaftsausstellungen in Betracht kommenden städtischen Ausstellungsgeländes abzugeben hatte, während sie als Gesellschafter der Messe-GmbH zur Förderung von deren Interessen verpflichtet war; diese Interessenkollision sei nur durch das Ausscheiden der Kammer aus der GmbH lösbar[148]. Die gleiche Rechtsfolge hielt er aber auch deshalb für geboten, weil die Kammer unter Mißbrauch ihrer amtlichen Autorität die Öffentlichkeit über ihren Beitritt zur Messe-GmbH und über deren Unterstützung informiert hatte und die damit bewirkte Wettbewerbsverzerrung nur durch Aufgabe der Beteiligung beseitigt werden konnte[149].

Wie dieses Urteil zeigt, wird vor allem in den „Verquickungs"-Fällen, angesichts der hierfür typischen Vermengung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen, nicht

146 BGH, 18.12.1981, GRUR 1982, 425 – Brillen-Selbstabgabestellen (gegen AOK Leer/Ostfriesland) und Urteil I ZR 116/80, ebenfalls vom 18.12.1981 (unveröff.) gegen AOK Düsseldorf.

147 AaO Fn. 145.

148 GRUR 1964, 210, 213.

149 AaO (Fn. 148), S. 213.

selten nur eine Untersagung der wirtschaftlichen Tätigkeit als solcher Abhilfe schaffen. Gleichwohl sollte die Bedeutung dieses Gesichtspunkts nicht überschätzt werden. Dies schon deshalb, weil eine unlautere Verquickung privater und öffentlicher Interessen nur unter besonderen Umständen zu bejahen ist und nicht etwa bereits im Einsatz öffentlicher Ressourcen für erwerbswirtschaftliche Zwecke gesehen werden kann (vgl. oben III 2 b). Namentlich die fiskalische Randnutzung öffentlicher Ressourcen, wie etwa die Vermietung städtischer Werbeflächen, wird von diesem Unlauterkeitstatbestand nicht erfaßt[150]. Hinzu kommen muß vielmehr eine spezifische Beziehung zwischen öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit, die sich – wie im Fall „Landwirtschaftsausstellung" – in einem wettbewerbsfremden Vorsprung der öffentlichen Hand oder des von ihr geförderten Unternehmens gegenüber der Konkurrenz äußert. Diese Voraussetzungen dürften bei der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit nur selten erfüllt sein; zumindest sind sie für diese nicht als typisch anzusehen.

c) Vorsprung durch Rechtsbruch

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer enthalten im Anschluß an § 67 DGO durchweg Vorschriften über die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden. Von einzelnen landesrechtlichen Modifikationen abgesehen, dürfen die Gemeinden danach wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder erweitern, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordert und dieses nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht; teilweise findet sich darüberhinaus ein ausdrücklicher Subsidiaritätsgrundsatz, wonach der Zweck nicht ebensogut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann[151]. Ähnliche Regelungen sind für die wirtschaftliche Betätigung des Bundes in der – freilich als Sollvorschrift ausgestalteten – Vorschrift des § 65 BHO getroffen: auch sie stellt neben weiteren Voraussetzungen auf das Vorliegen eines wichtigen Interesses des Bundes sowie auf das Bestehen eines Erfüllungsdefizits der Privatwirtschaft ab[152].

Es könnte naheliegen, privaten Konkurrenten einen Anspruch auf Einhaltung dieser Grundsätze unter Rückgriff auf den zu § 1 UWG entwickelten Unlauterkeitstatbestand eines Vorsprungs durch Rechtsbruch zu gewähren; er setzt einen bewußten und planmäßigen Verstoß gegen wertneutrale, d. h. nicht unmittelbar wettbewerbsbezogene Gesetzesvorschriften voraus[153]. Wenn auch die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung[154] bisher unverkennbar auf eine Selbstbeschränkung der ordentlichen Gerichte bei der Bestim-

150 Vgl. Nachw. in Fn. 85.

151 So in Übereinstimmung mit § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO in den Gemeindeordnungen von Niedersachsen (§ 108), Rheinland-Pfalz (§ 85), dem Saarland (§ 106) und Schleswig-Holstein (§ 101), sowie – unter Verschärfung gegenüber § 67 DGO – in Bayern (Art. 89) und Nordrhein-Westfalen (§ 88), während die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg (§ 102) und Hessen (§ 121) auf eine entsprechende Subsidiaritätsklausel verzichten (vgl. *Klein* aaO Fn. 1, S. 75, *Hoffmann-Becking* aaO Fn. 9, S. 447).

152 Vgl. dazu *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 140, *Vollmar* (Fn. 70), S. 148 ff.

153 Vgl. näher *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), § 1 Rdn. 534 ff, 548 ff, 557 m. Nachw.

154 Vgl. Nachw. in Fn. 141.

mung der Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand gerichtet war, müßte sie der Anwendung dieses Tatbestands jedenfalls in denjenigen Fällen nicht entgegenstehen, in denen – wie im Kommunalrecht – schon der Gesetzgeber selbst die Zulässigkeitsschranken wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand festgelegt hat; dies zumal angesichts der vom BGH[155] neuerdings auch für das Wettbewerbs- und Kartellrecht zu Recht betonten Kompetenz ordentlicher Gerichte, im Rahmen bürgerlichrechtlicher Streitigkeiten auch über Rechtssätze des öffentlichen Rechts als Vorfragen zu entscheiden.

Wenn gleichwohl eine Anwendung der „Vorsprungs"-Rechtsprechung zur wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung von Verstößen gegen öffentlichrechtliche Beschränkungen der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand grundsätzlich abzulehnen ist, so beruht das nicht auf der mangelnden Kompetenz der ordentlichen Gerichte, sondern auf Grundgedanken und Herkunft dieses Unlauterkeitstatbestands. Denn durch die wettbewerbsrechtliche Untersagung von bewußten und planmäßigen Verstößen gegen wertneutrale Ordnungsvorschriften soll der *par condicio concurrentium* Rechnung getragen werden; die Unlauterkeit wird in derartigen Fällen nicht im Gesetzesverstoß als solchem gesehen, sondern darin, daß einzelne Wettbewerber sich zum eigenen Vorteil nachhaltig über die für *alle* Mitbewerber in *gleicher* Weise geltenden Schranken hinwegsetzen[156]. Daran fehlt es aber bei Normen nach Art der kommunalrechtlichen Vorschriften, die den Zugang zum Wettbewerb nicht für alle, sondern nur für bestimmte Gruppen von Unternehmen regeln. Zu Recht hat die Rechtsprechung daher Verstöße gegen öffentlichrechtliche Zugangsnormen nicht wegen Vorsprungs durch Rechtsbruch, sondern *nur dann* nach § 1 UWG untersagt, wenn die verletzten Vorschriften zumindest auch dem *Schutz* von Mitbewerbern oder dritten Personen gegenüber unbefugter Wettbewerbstätigkeit dienen[157]. Dementsprechend wurde die Unlauterkeit zwar bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Versicherungsaufsicht[158], über die Rechtsberatung[159] sowie über die Personenbeförderung[160] bejaht. Anderes gilt jedoch für die kommunalrechtlichen Vorschriften über die Unternehmenstätigkeit der Gemeinden, denen nach ganz überwiegender Ansicht Schutzgesetzcharakter für die einzelnen privaten Konkurrenten nicht zukommt; ihr Zweck wird vielmehr neben dem wirtschaftspolitischen Ziel einer Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden gegenüber anderen öffentlichen Verbänden und der Privatwirtschaft darin gesehen, die Gemeinden vor finanzieller Überforderung durch wirtschaftliche Betätigung zu bewahren[161]. Noch weniger liegen die Schutzgesetz-Voraussetzungen bei der Sollvor-

155 BGHZ 67, 81, 88.

156 *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), § 1 Rdn. 548 f, 558; *G. Schricker* (Fn. 102), S. 261 ff.

157 So BGH GRUR 1965, 373, 375, in Auseinandersetzung mit *H. Schricker* (Fn. 57), S. 135, der Wettbewerbsverstöße wegen Verletzung von Normen, die nicht alle Wettbewerber gleichmäßig binden, schlechthin verneint und *Baumbach-Hefermehl* (Fn. 40), Allg Rdn. 177 f. Ebenso aus der Sicht seiner Normzwecktheorie wohl *G. Schricker* (Fn. 102), S. 247, 250 ff, 261 ff.

158 So OLG Saarbrücken Wettb. 1964, 39.

159 BGH NJW 1956, 749 – LA-Sachen.

160 BGH GRUR 1965, 607 – Funkmietwagen.

161 Vgl. *Schattenfroh*, Deutsche Gemeindeordnung, 1935, § 67, Anm. III 1. So auch *H. Klein* (Fn. 1), S. 76 ff, *H. Schricker* (Fn. 57), S. 92 f, *Vollmar* (Fn. 70), S. 134 f sowie aus der Rechtsprechung auch BayVGH JZ 1976, 641, 642 und wohl auch BGH GRUR 1962, 159, 162 – Blockeis I (vgl. dazu aber auch unten Fn. 165).

schrift des § 65 BHO vor[162]. Auf eine Verletzung dieser Vorschriften gestützte Klagen nach § 1 UWG scheiden daher grundsätzlich aus.

Nur für den Sonderfall des § 69 Abs. 1 GO NRW hat der BGH im Fall „Blockeis II"[163] unter Hinweis auf Entstehungsgeschichte und verschärfte Ausgestaltung dieser Vorschrift im Vergleich zu § 67 DGO den Charakter eines Schutzgesetzes zugunsten der privaten Wirtschaftssubjekte bejaht und angenommen, diese sollten dadurch vor drohender Beeinträchtigung durch den Wettbewerb gemeindlicher Unternehmen geschützt werden. Das Verbot des weiteren Verkaufs von Blockeis an private Schlachthofbenutzer wurde dann freilich nicht allein hierauf gestützt, sondern auch auf die weiteren vom BGH hervorgehobenen Besonderheiten des Falles, darunter namentlich die Hartnäckigkeit, mit der die beklagte Stadtgemeinde trotz Beanstandung durch die Aufsichtsbehörde und gegenteiligen eigenen Zusicherungen die beanstandete Wirtschaftstätigkeit fortsetzte[164]. Schon deshalb, aber auch wegen einiger schwer erklärbarer Widersprüche zu dem ebenfalls § 69 GO NRW betreffenden Urteil „Blockeis I"[165] ist höchst zweifelhaft, ob sich die Entscheidung dahin verallgemeinern läßt, bei bewußten und planmäßigen Verstößen gegen § 69 Abs. 1 GO NRW sei künftig generell die Unterlassungsklage privater Konkurrenten nach § 1 UWG gegeben[166]. Keinesfalls geht es jedoch an, unter Hinweis auf die „Blockeis II"-Entscheidung Unterlassungsansprüche gegen die öffentliche Hand nach § 1 UWG allein mit der Begründung zu gewähren, es liege ein bewußter und planmäßiger Verstoß gegen die öffentlichrechtlichen Beschränkungen der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand vor.

Lassen sich aus der „Vorsprungs"-Rechtsprechung allgemeine Zugangsschranken für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand somit nicht ableiten, so gilt entsprechendes

---

162 Gegen die Möglichkeit, zivilrechtliche Unterlassungsansprüche auf Verstöße gegen die BHO zu stützen, zu Recht auch *Badura* vorstehend S. 459.

163 BGH GRUR 1965, 373, 375.

164 AaO (Fn. 163), S. 375; so auch die Interpretation des Urteils in BGH GRUR 1974, 733, 734 – Schilderverkauf.

165 So hieß es im 1. Urteil, § 69 GO NRW diene zwar dem Schutz der privaten Wirtschaft vor einer Konkurrenz durch die öffentliche Hand, sei aber nicht als ein „Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB" anzusehen (GRUR 1962, 161), eine Einschränkung, die sich in dem der Beurteilung nach § 1 UWG gewidmeten 2. Urteil weder direkt noch entsprechend findet. Ferner war dort ausgeführt, § 69 (jetzt: § 88) GO NRW enthalte kein bestimmtes, dem Schutzzweck dienendes Ge- oder Verbot und erfülle deshalb nicht die für die Annahme eines Schutzgesetzes geltenden Erfordernisse (aaO S. 162); auch hierauf kam der BGH im 2. Urteil nicht zurück. Schließlich begründete der BGH die Ablehnung von § 823 Abs. 2 BGB im 1. Urteil (in gewissem Widerspruch zu den Aussagen über das angebliche Fehlen eines bestimmten Ge- oder Verbots in § 69 GO NRW) auch damit, der Schutz der Inhaber privater Unternehmen sei nur ein Nebenzweck von nachgeordneter Bedeutung im Verhältnis zu den im Vordergrund stehenden finanzwirtschaftlichen Zielen der Vorschrift (aaO S. 162); demgegenüber wird im 2. Urteil der besondere, die Angehörigen der privaten Wirtschaft vor drohenden Beeinträchtigungen durch den Wettbewerb gemeindlicher Unternehmen schützende Charakter der Vorschrift, unter Hinweis auf ihre Verschärfung gegenüber § 67 DGO besonders herausgestellt (vgl. GRUR 1965, 375 und die Interpretation in BGH GRUR 1974, 734). Mit Recht kritisch zu diesen Urteilen und der zwischen ihnen bestehenden Diskrepanz auch *Lerche* JurA 1970, 835 ff, 841 und *Vollmar* (Fn. 70), S. 130 ff.

166 So aber wohl für die ähnliche Vorschrift des Art. 75 (jetzt Art. 89) BayGO *H. Klein* (Fn. 1), S. 80 f, 86, und *Lerche* JurA 1970, 852 ff, 857. A.A. BayVGH Bay. VBl. 1959, 90 und JZ 1976, 641, 642, *H. Schricker* (Fn. 57), S. 91 ff.

auch für diejenigen Fälle, in denen das Wettbewerbshandeln der öffentlichen Hand außerhalb der ihr übertragenen Aufgaben erfolgt, sei es ohne gesetzliche Ermächtigung unter Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip oder unter Überschreitung der der Körperschaft, Anstalt u. a. kraft Gesetzes oder Satzung gesetzten Zuständigkeitsgrenzen (ultra vires). Auch hierauf läßt sich ein Wettbewerbsverstoß mangels Vorliegens besonderer sittenwidrigkeitsbegründender Umstände wie etwa desjenigen der Marktstörung (vgl. unter c) nicht stützen.

d) Marktstörung

Eine weitere für die Geltendmachung von Zugangsschranken interessante, wenn auch erst in Umrissen erkennbare Fallgruppe unlauteren Wettbewerbs bildet diejenige der Marktstörung oder Gefährdung des Wettbewerbsbestands. Sie wurde bisher für Fälle *leistungsfremden,* zur Gefährdung des Wettbewerbsbestands führenden Wettbewerbs entwickelt, darunter insbesondere den ständigen Verkauf unter Selbstkosten[167] und die kostenlose Abgabe von Originalwaren[168]. In den jüngsten BGH-Urteilen zum Brillenvertrieb durch gesetzliche Krankenkassen[169] ist sie auf das Wettbewerbshandeln der öffentlichen Hand übertragen und dort im Sinne einer *Zugangsschranke* eingesetzt worden, mit deren Hilfe der weitere Brillenvertrieb untersagt wurde. Unlauter ist danach eine Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, die außerhalb ihrer öffentlichen Aufgaben liegt, ohne freilich durch öffentlichrechtliche Vorschriften untersagt zu sein, sofern die Tätigkeit unter Berücksichtigung der Marktstellung der beteiligten öffentlichen Unternehmen, der ihnen zukommenden Wettbewerbs- und Kostenvorteile sowie der zu erwartenden Nachahmung durch andere öffentliche Unternehmen zur „Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung" der Berufstätigkeit der Konkurrenten bzw. zur „ernstlichen Gefahr für den Bestand des Leistungswettbewerbs" führt.

Eine genauere Analyse der Urteile und das Bemühen, ihre Tragweite im Hinblick auf künftige Fälle zu ermitteln, stoßen schon deshalb auf Schwierigkeiten, weil die Urteilsgründe die tragenden Entscheidungsgrundsätze nur unvollkommen erkennen lassen. So wird namentlich die Bedeutung der Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand für die Anwendung von § 1 UWG nicht näher konkretisiert. Ein Hinweis auf Art. 12 Abs. 1 GG findet sich zwar in dem der öffentlichrechtlichen Zulässigkeit des Brillenvertriebs durch die AOK gewidmeten Teil des Urteils[170], nicht aber in dem auf § 1 UWG bezogenen Abschnitt, auch wenn dort von der Beeinträchtigung der freien Berufstätigkeit der Augenoptiker und anderer auf diesem Gebiet tätigen Freiberufler sowie davon die Rede ist, daß das beanstandete Wettbewerbshandeln der gesetzlichen Krankenkassen an die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkommen und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstands rühre[171]. Auch fehlt ein Bezug auf die öffentlichrechtliche Lehre eines Grundrechtseingriffs durch Konkurrenz und ein Vergleich mit den an dessen Vorliegen gestellten, z. T.

167 BGH GRUR 1979, 321, 323 – Mineralwasser.
168 Vgl. Nachw. in Fn. 111.
169 Oben Fn. 146.
170 GRUR 1982, 425, 429 (unter IV).
171 AaO S. 430 (unter VI).

stark differierenden quantitativen und qualitativen Mindestanforderungen[172]; er hätte im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG zur Unvereinbarkeit einer *Verdrängung* der privaten Konkurrenz mit den Grundrechtsverbürgungen[173] interessante Rechtsprechungsparallelen sichtbar gemacht. Andererseits liegen die Urteile trotz ihrer Bezugnahme auf frühere Entscheidungen zur Marktstörung durch leistungsfremden Wettbewerb[174] auch nicht voll auf der danach vorgezeichneten Linie, da konkrete Feststellungen über eine leistungsfremde Preisunterbietung, insbesondere einen Verkauf unter Selbstkosten, nicht getroffen sind. Insoweit beschränkt sich der BGH[175] vielmehr auf den Hinweis, die Krankenkassen seien beim Brillenverkauf nicht auf die Erzielung von Gewinn angewiesen, sie könnten sich aus den ihnen zufließenden Beiträgen finanzieren und hätten überdies Steuervorteile im Vergleich zu den freiberuflich tätigen Mitbewerbern.

Nach allem ist eine gesicherte Antwort auf die Frage, ob die beiden Urteile nur Ausdruck der besonderen Wettbewerbsverhältnisse zwischen Augenoptikern und gesetzlichen Krankenkassen sind oder – zumindest auch – der Beginn einer verschärften Beurteilung der zur Gefahr von Marktstörungen führenden Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, im Rahmen von § 1 UWG, derzeit noch nicht möglich. Als wettbewerbsrechtliche Ansatzpunkte für eine solche Neuorientierung kommt die Berücksichtigung der Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand in Betracht, aber auch das Abstellen auf das Fehlen einer besonderen Rechtsgrundlage, insbesondere einer satzungsrechtlichen Kompetenzzuweisung für diese Tätigkeit[176] oder schließlich das Hintansetzen der nicht durch besondere öffentliche Zwecke legitimierten erwerbswirtschaftlichen Interessen der öffentlichen Hand hinter dem Interesse der privaten Konkurrenz an Unterbindung einer ihre Marktstellung bedrohenden Wirtschaftstätigkeit öffentlicher Unternehmen im Rahmen der Interessenabwägung nach § 1 UWG[177].

Jedenfalls wenn den Entscheidungen über den Einzelfall hinausreichende, weiterführende Bedeutung zukommen sollte, wofür nicht zuletzt die vorgesehene Aufnahme in die Amtliche Sammlung spricht[178], so könnten sich hieraus neue, die bisherigen Ansätze deutlich überschreitende Perspektiven für wettbewerbsrechtliche Zugangsschranken gegenüber der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand eröffnen.

---

172 Vgl. Nachw. in Fn. 9 und 10.

173 BVerwGE 39, 329 (334, 336 f); BVerwG NJW 1978, 1539, 1540; so auch BayVGH JZ 1976, 641, VGH Bad.-Württ., Bad-Württ. Verw.-Praxis 1978, 276, 277. Vgl. dazu auch *Ossenbühl* (Fn. 6), S. 114 f; kritisch zu der erst bei Verdrängung der privaten Konkurrenz bejahten Grundrechtsrelevanz von „Eingriffen durch die Konkurrenz" *Hoffmann-Becking* (Fn. 9) S. 459.

174 BGHZ 51, 236, 242 – Stuttgarter Wochenblatt I; 81, 291, 295 – Bäckerfachzeitschrift.

175 GRUR 1982, 430.

176 Dieser Umstand wurde in BGHZ 20, 119 (122-124) – Fischwirtschaft, im Sinne fehlender Vertretungsmacht der Organe der juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Eingehung von Verpflichtungen außerhalb des der juristischen Person zugewiesenen Wirkungskreises gewertet. Für § 1 UWG ist er, soweit ersichtlich, noch nicht herangezogen worden.

177 Vgl. dazu oben III 3 b.

178 Dagegen steht allerdings der wenig aussagekräftige, einschlägige 2. Leitsatz, der die Notwendigkeit der Berücksichtigung aller Begleitumstände, darunter „die Bedeutung dieser Tätigkeit für die wettbewerbliche Ausgangslage und ihre Auswirkungen auf den Leistungswettbewerb", für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hervorhebt.

2. Zum Kartellrecht

Kartellrechtlich gibt es vor allem zwei Normengruppen, die als Zugangsschranken für die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb in Betracht kommen: die Fusionskontrolle und die Sondertatbestände für marktbeherrschende Unternehmen. Zwar handelt es sich auch bei ihnen nicht um spezifische, auf die Aufnahme der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand bezogene Vorschriften, jedoch bestehen gegen ihre Ausdehnung auf diese Fälle keine grundsätzlichen Bedenken. Im Unterschied zum Wettbewerbsrecht sind daher für die Kartellrechtsnormen bisher auch nur vereinzelt[179] Einwendungen dagegen erhoben worden, sie gegen die Aufnahme der Wirtschaftstätigkeit (das „Ob") und nicht nur gegen das „Wie" des Wettbewerbshandelns einzusetzen.

a) Zur Fusionskontrolle

Mit dem Mittel der Fusionskontrolle kann nur die auf *externem* Wachstum beruhende Aufnahme neuer Unternehmenstätigkeiten der öffentlichen Hand gestoppt werden, d. h. der Erwerb von Unternehmen oder Beteiligungen oder ein sonstiger nach Maßgabe von § 23 Abs. 2 GWB als Zusammenschluß geltender Vorgang. Rechtliche Besonderheiten im Falle von Zusammenschlüssen unter Beteiligung der öffentlichen Hand sind in den Vorschriften der §§ 23 ff GWB nicht vorgesehen[180]. Dank der Ausgestaltung der Aufgreifvorschriften, darunter insbesondere der Verbundklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 und der Unternehmensfiktion des § 23 Abs. 1 S. 10 GWB, scheitert die Erfassung von Erwerbsvorgängen unter Beteiligung der öffentlichen Hand auch nicht etwa daran, daß die beteiligte Körperschaft oder sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts nicht unmittelbar wirtschaftlich tätig ist, sondern sich auf den Erwerb und das Halten von Mehrheitsbeteiligungen an Gesellschaften beschränkt.

Für die Prüfung der materiellen Untersagungsvoraussetzungen kommt es nach § 24 Abs. 1 GWB auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Fusionsfolge an. Insoweit kann im Grundsatz auf die Feststellungen unter IV 2 zur Frage einer Zurechnung der Ressourcen der öffentlichen Hand bei Beurteilung der Marktstellung öffentlicher Unternehmen verwiesen werden. Im Unterschied zu der gegenwartsbezogenen Feststellung der Marktbeherrschung für die Zwecke der §§ 22, 26 Abs. 2 GWB steht bei der Fusionskontrolle zwar die Prognosebetrachtung im Vordergrund, da es bei ihr um die Prüfung der *künftigen* Marktstruktur als Folge des Zusammenschlusses geht[181]. Für das Problem, ob und inwieweit die Ressourcen der öffentlichen Hand in diese Beurteilung mit einbezogen werden müssen, macht das jedoch keinen entscheidenden Unterschied; namentlich scheidet für § 24 Abs. 1 GWB eine undifferenzierte Zurechnung der gesamten finanziellen Mittel der juristischen Person des öffentlichen Rechts bei Ermittlung der Finanzkraft des von ihr betriebenen Unternehmens ebenso aus wie im Rahmen von §§ 22, 26 Abs. 2 GWB[182].

179 Von *Emmerich* (Fn. 35), § 98 Rdn. 1.
180 Vgl. *Emmerich* (Fn. 35), § 98 Rdn. 104 m. Nachw.
181 Vgl. nur *Mestmäcker* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 24 Rdn. 12, 17 ff.
182 Vgl. oben IV 2. A.A. auch insoweit *Emmerich* (Fn. 35), § 98 Rdn. 105 f.

b) Zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

Entscheidungen von Behörden oder Gerichten zu der Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen durch Neuaufnahme oder Ausdehnung der Unternehmenstätigkeit auf dritten, von ihm bisher nicht beherrschten Märkten einen Mißbrauch i. S. von § 22 Abs. 4 GWB begeht und ob ihm dieser Mißbrauch durch kartellbehördliche Verfügung nach § 22 Abs. 5 GWB untersagt werden kann, liegen bisher nicht vor. Da § 22 GWB neben der Verhinderung mißbräuchlicher Marktergebnisse auch dem Zweck dient, eine weitere Verschlechterung der Marktstruktur durch das Wettbewerbsverhalten marktbeherrschender Unternehmen zu unterbinden, scheidet eine solche Möglichkeit nicht von vornherein aus[183]. Daß die Tätigkeitsausweitung auf internem Unternehmenswachstum beruht, steht nicht entgegen; ein Umkehrschluß aus §§ 23 ff GWB wäre methodisch nicht vertretbar. Vielmehr zeigt gerade der Mißbrauchstatbestand des § 22 Abs. 4, S. 2, Nr. 1 GWB, daß ein Mißbrauch auch in der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen liegen kann, wenn die Beeinträchtigung ein für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliches Ausmaß erreicht und sachlich nicht gerechtfertigt ist. An einer sachlichen Rechtfertigung fehlt es dabei nicht nur im Falle von Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen, die auf deren mißbräuchlicher Behinderung durch Sperren, Preisspaltung u. a. beruhen, sondern auch dann, wenn die Neuaufnahme oder Ausdehnung der Geschäftstätigkeit auf angrenzende Märkte mit Hilfe der marktbeherrschenden Stellung und nicht durch bessere eigene Leistung erreicht wird. Zu denken ist etwa an Kopplungsgeschäfte[184], Gesamtumsatzrabatte[185] oder ähnliche Preisnachlässe, sowie an den Einsatz sonstiger Aktionsparameter, die dem Marktbeherrscher die Möglichkeit verschaffen, die Vorteile seiner Marktstellung auf andere Märkte auszudehnen[186].

183 Das folgt nicht nur aus der von mir vertretenen Lehre vom Nichtleistungswettbewerb (vgl. näher *Ulmer* in Festschr. Kummer, 1980, S. 565 ff; dazu kritisch *Möschel* aaO Fn. 38, § 22 Rdn. 101 ff), sondern auch nach der „Theorie der beweglichen Schranken" (*Möschel* aaO Rdn. 106); vgl. etwa die von *Möschel* im Rahmen seiner Typologisierung von Behinderungsmöglichkeiten (§ 22 Rdn. 120 ff) angeführten Fallgruppen des Mißbrauchstransfers (Rdn. 125), der Behinderungsinvestitionen (Rdn. 139 f) sowie der Strukturveränderungen durch Herbeiführung oligopolistischer Marktbedingungen oder Zusammenschlußmaßnahmen (Rdn. 181 ff). Vgl. auch Fn. 186.

184 Vgl. schon KG WuW/E OLG 995 – Handpreisauszeichner, und OLG 1767 – Kombinationstarif; dazu *Möschel* (Fn. 38), § 22 Rdn. 132.

185 KG WuW/E OLG 2403, 2407 – Fertigfutter; dazu *Möschel* (Fn. 38) § 22 Rdn. 126 ff.

186 Vgl. schon Fn. 183. Eine derartige Strategie der Ausdehnung der Monopolstellung auf angrenzende Märkte ist etwa bei der *Bundespost* zu beobachten, dort freilich durch die in § 14 PostVerwG enthaltene Ermächtigung zum Erlaß von „Rechtsverordnungen über die Bedingungen und die Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Post- und Fernmeldewesens (Benutzungsverordnungen)" und ihre extensive Auslegung durch das BVerfG (BVerfGE 46, 120, 143 f = NJW 1978, 313) weitgehend gedeckt. Zu wettbewerbspolitischen Vorschlägen einer Beschränkung der Aktivitäten der Bundespost auf dem Endgerätemarkt, siehe *Monopolkommission*, Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen (Sondergutachten 9), 1981, insbes. Tz. 15, 23 f, 31, 247, 249; zur gemeinschaftsrechtlichen Problematik der Ausdehnung des Fernmeldemonopols auf den Endgerätemarkt vgl. *Pappalardo*, Die Stellung der Fernmeldemonopole im EWG-Recht, in: *Mestmäcker*, Kommunikation ohne Monopole – Über Legitimation und Grenzen des Fernsehmonopols, 1980, S. 201 ff. – Als nach § 1 UWG unzulässige Monopolisierung wurde die auf das Eigentum der Bundespost gestützte Untersagung von Aufklebern mit Fremdwerbung auf Telefonapparaten beurteilt (OLG Frankfurt WuW/E OLG 2042).

Auch wenn derartige leistungsfremde, den Mißbrauch indizierende Verhaltensweisen nicht feststellbar sind, kann die Aufnahme einer neuen Unternehmenstätigkeit durch ein marktbeherrschendes *öffentliches* Unternehmen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen führt, doch schon dann als sachlich nicht gerechtfertigt und daher nach § 22 Abs. 4, S. 2, Nr. 1 GWB mißbräuchlich zu beurteilen sein, wenn es an einem besonderen, über die Gewinnerzielung hinausgehenden öffentlichen Interesse an der neuen Tätigkeit fehlt, das bei der Interessenabwägung zugunsten des marktbeherrschenden öffentlichen Unternehmens zu berücksichtigen wäre[187]. Der Mißbrauchsvorwurf kann sich aber auch auf die Überschreitung der der öffentlichen Hand gesetzten Kompetenzschranken oder auf ihre Grundrechtsbindung stützen; beide Umstände sind für die umfassende Mißbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden, die in stärkerem Maße als die Unlauterkeitsprüfung nach § 1 UWG auch außerwettbewerbliche normative Wertungen einbezieht[188], von Bedeutung. Die oben (unter III 3, IV 3) getroffenen Feststellungen zur Maßstabsverschärfung im Falle einer nicht durch besondere öffentliche Interessen legitimierten Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand gelten entsprechend für die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 4, 5 GWB über marktbeherrschende öffentliche Unternehmen.

c) Klagemöglichkeiten privater Konkurrenten

Sowohl Fusionskontrolle als auch Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen eröffnen nur Eingriffskompetenzen für die Kartellbehörden, sind aber als solche privatem Rechtsschutz nicht zugänglich[189]. Unterlassungsklagen von behinderten Konkurrenten gegen die Neuaufnahme oder Ausdehnung der Geschäftstätigkeit eines marktbeherrschenden öffentlichen Unternehmens können jedoch auf das Behinderungsverbot des § 26 Abs. 2 i. V. mit § 35 Abs. 1 GWB gestützt werden. Das führt erneut zur Frage der Unbilligkeit der in der Konkurrenztätigkeit des marktbeherrschenden öffentlichen Unternehmens liegenden Behinderung, d. h. zur Abwägung der Interessen von Behinderndem und Behindertem unter Berücksichtigung der auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des GWB[190]. Daraus, daß die Behinderung hier nicht aus der Art und Weise, sondern aus dem „Ob" der Wirtschaftstätigkeit resultiert, ergeben sich für die Beurteilung nach § 26 Abs. 2 GWB keine grundsätzlichen Unterschiede.

Unbillig ist die in der Aufnahme einer neuen Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand liegende objektive Behinderung der Mitbewerber, d. h. die spürbare Beeinträchtigung ihrer Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb, danach nicht erst, wenn sie eine für die Bejahung von Grundrechtseingriffen durch Konkurrenz ausreichende Intensität erreicht, insbesondere zur Verdrängung der privaten Konkurrenz führt, sondern im Zweifel schon

187 Zur Interessenabwägung bei Prüfung der sachlichen Rechtfertigung nach § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB vgl. *Möschel* (Fn. 38) § 22 Rdn. 114 f.

188 Zur fehlenden kartellrechtlichen Schutzwürdigkeit von Interessen, deren Durchsetzung gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, vgl. BGH WuW/E BGH 1783, 1785 – Neue Osnabrücker Zeitung = BB 1981, 383 mit Anm. *Markert*. Dazu allgemein unter Herausarbeitung eines *normativen* Bewertungsmaßstabs vgl. namentlich *Markert* (Fn. 137), § 26 Rdn. 198, 203 ff.

189 Vgl. Nachw. in Fn. 127.

190 So die Formel der st. Rspr. (vgl. Fn. 138).

dann, wenn legitime öffentliche Interessen für diese Tätigkeit nicht bestehen oder wenn der öffentlichrechtliche Rechtsträger die Unternehmenstätigkeit außerhalb einer gesetzlichen oder satzungsrechtlichen Grundlage entfaltet. In diesen Kriterien zeigt sich zugleich die Wertungsübereinstimmung mit der Mißbrauchsfeststellung nach § 22 Abs. 4 GWB, wie sie im Verhältnis zwischen den beiden Sonderregelungen für marktbeherrschende Unternehmen bis 1980 allgemein anerkannt war. Sie wird zwar neuerdings, mit Rücksicht auf den in der 4. GWB-Novelle neu geregelten Beispielskatalog mißbräuchlichen Verhaltens in § 22 Abs. 4 S. 2 GWB und die damit bezweckte Ausweitung des Mißbrauchsbegriffs, in Frage gestellt[191]; im Falle der kartellrechtlichen Beurteilung der Aufnahme neuer Tätigkeiten durch marktbeherrschende öffentliche Unternehmen ist die Notwendigkeit für eine derartige Differenzierung jedoch nicht ersichtlich. Auf die unter 2 b getroffenen Feststellungen kann daher ergänzend für die Unbilligkeitsprüfung nach § 26 Abs. 2 GWB verwiesen werden.

3. Zusammenfassung

Wettbewerbs- und kartellrechtliche Schranken bestehen nicht nur für die Art und Weise der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, sondern auch für die Tätigkeit als solche, ihre Neuaufnahme oder Ausweitung auf angrenzende Märkte. Von Bedeutung sind insoweit namentlich die GWB-Vorschriften. Sie beschränken nicht nur – über die Fusionskontrolle – das externe Wachstum, sondern eröffnen mit Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Verbot unbilliger Behinderung (§§ 22, 26 Abs. 2 GWB) auch das Recht von Kartellbehörden und Gerichten zum Einschreiten gegen neue Aktivitäten marktbeherrschender öffentlicher Unternehmen, die sich für Mitbewerber und Marktstruktur objektiv nachteilig auswirken und nicht durch spezifische öffentliche Zwecke legitimiert sind.

Daneben besteht auch wettbewerbsrechtlich je nach Sachlage die Möglichkeit, zu einer Untersagung bestimmter öffentlicher Wirtschaftstätigkeiten als solcher zu kommen, wenn diese entweder – wie insbesondere in den „Verquickungs"-Fällen – unabhängig von der Art und Weise ihrer Ausübung unlauter sind oder wenn sie zu einer Gefährdung des Wettbewerbsbestands durch den Einsatz öffentlicher Ressourcen führen, ohne der Verfolgung besonderer, durch die zuständige Stelle festgelegter öffentlicher Zwecke zu dienen. Ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen gegen die Aufnahme wirtschaftlicher, nicht durch besondere öffentliche Zwecke legitimierter Tätigkeiten der öffentlichen Hand, ist vor allem dann von Interesse, wenn die beanstandete Tätigkeit nicht von einem marktbeherrschenden Unternehmen entfaltet wird und der Einsatz der kartellrechtlichen Sondervorschriften gegen marktbeherrschende Unternehmen aus diesem Grunde ausscheidet. Im Unterschied zu den Rechtsbehelfen des GWB erfordert er freilich ein höheres Maß an Wettbewerbsbeeinträchtigung, wenn nicht einer der Sondertatbestände unlauteren Handelns der öffentlichen Hand wie Amtsmißbrauch oder Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen gegeben ist.

---

191 Vgl. *Möschel* (Fn. 38), § 22 Rdn. 108, 135, 207 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB.

VI. Ausblick

1. Zur Relevanz von Wettbewerbs- und Kartellrecht für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand

Der Überblick über das Wettbewerbs- und Kartellrecht hat gezeigt, daß diese Rechtsmaterien der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand zwar nicht grundsätzlich entgegenstehen, daß sie aber eine Reihe von Instrumenten bereithalten, um etwaigen *Mißbräuchen* auf diesem Gebiet und einem die Privatwirtschaft schädigenden, nicht durch öffentliche Zwecke gerechtfertigten übermäßigen Engagement der öffentlichen Hand entgegenzutreten. Das ist für die Sonderfälle des Autoritätsmißbrauchs und der Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen schon in der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung sichtbar geworden, wenn auch die Linie – nicht zuletzt wegen der ungeklärten Rechtswegfragen – nicht stets einheitlich war. Demgegenüber haben die beiden Beschlüsse des Großen Senats des BGH von 1976 in der Rechtswegproblematik, aber auch zur Frage des Anwendungsbereichs von Kartell- und Wettbewerbsrecht auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand deutliche Klarstellungen, wenn nicht Fortentwicklungen gebracht. Die in UWG und GWB vorhandenen Instrumente auf ihre Einsatzfähigkeit gegen übermäßige Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand zu prüfen und festzustellen, ob sie nicht nur gegen die zu beanstandende Art und Weise dieser Tätigkeit, sondern je nach Sachlage auch gegen die Tätigkeit als solche eingesetzt werden können, war das Ziel der vorstehenden Überlegungen. Dabei hat sich namentlich auch gezeigt, daß mit Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand und Festlegung auf die Verfolgung öffentlicher Zwecke und Interessen zwei Aspekte vorhanden sind, die für die Auslegung der UWG- und GWB-Tatbestände ins Gewicht fallen und zu einer differenzierenden, je nach Sachlage auch verschärfenden Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand führen können.

Macht man von den danach vorhandenen Möglichkeiten gegenüber öffentlichen Unternehmen konsequent Gebrauch und besinnt man sich zugleich der in GWB und UWG vorhandenen Tendenzen zu stärkerer Betonung des Wettbewerbs- und Marktschutzes gegen Vermachtungserscheinungen, so sind die Aussichten alles in allem nicht schlecht, mit den Mitteln des Wettbewerbs- und Kartellrechts eine Beschränkung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand auf die Verfolgung primär öffentlicher Zwecke durchzusetzen[192].

2. Zur Notwendigkeit interdisziplinärer Kooperation

Daß diese Aufgabe nicht unter isoliert wettbewerbs- und kartellrechtlichem Blickwinkel gelöst werden kann, sondern daß es dazu auch vielfältiger Berücksichtigung öffentlichrechtlicher Aspekte bedarf, sollte ebenfalls deutlich geworden sein. Das gilt etwa für die Frage nach Art und Intensität der Grundrechtseinwirkung auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, aber auch für die sonstigen öffentlichrechtlichen Wertungen und ihre

192 Skeptisch demgegenüber etwa noch *Scholz* (Fn. 8), S. 518, der sich von der Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts zur Sicherung des Wettbewerbs bzw. der Wettbewerbsfähigkeit privater Unternehmen vor der meist übermächtigen staatlichen Konkurrenz keine hinreichende Lösung versprach, den Einflüssen des öffentlichen Rechts auf die Auslegung der Tatbestände von UWG und GWB allerdings dort auch nicht weiter nachging.

Einflüsse auf die Anwendung der wettbewerbs- und kartellrechtlichen Generalklauseln. Schon deshalb bleibt die Aufgabe interdisziplinärer Zusammenarbeit in diesem Bereich gestellt, selbst wenn sie im Hinblick auf die neuere BGH-Rechtsprechung primär unter der Flagge von UWG und GWB zu leisten ist.

Von diesen in erster Linie auf das Horizontalverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und ihren privaten Konkurrenten bezogenen Überlegungen unberührt bleibt die Diskussion über Notwendigkeit und Anwendungsbereich eines das Wettbewerbs- und Kartellrecht ergänzenden oder überlagernden Verwaltungsprivatrechts, dem das privatrechtlich gestaltete Benutzungsverhältnis öffentlicher Unternehmen untersteht. Hierzu können die vorstehenden Ausführungen allenfalls einen auf die Behandlung von Vorfragen beschränkten Beitrag leisten, während der Schwerpunkt der Erörterungen dem öffentlichen Recht vorbehalten bleiben muß.

Diskussionsbericht

zu den Referaten *Badura* und *Ulmer*
(Diskussionsleiter: Professor Dr. *Scholz*)

Zentraler Gegenstand der Diskussion waren die öffentlich-rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Schranken der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand und das daneben möglicherweise zur Verfügung stehende kartell- und wettbewerbsrechtliche Instrumentarium.

1. Entgegen der teilweise für notwendig erachteten Sicherung von Freiheitsrechten mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Schranken gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand vertraten Teilnehmer die Ansicht, daß die Verfassung insoweit keine strikten Schranken vorsehe, diese Fragen vielmehr durchaus auch offen lassen könne; aus dem Grundgesetz könne daher weder eine exakte Abgrenzung von wirtschaftlicher und hoheitlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand, noch eine konkrete Grenze für die Zurückdrängung privater Unternehmen entnommen werden. Mehrere Stimmen wandten sich vielmehr dem Begriff des „öffentlichen Interesses" als Schranke für die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand zu; dieses Kriterium ermögliche zwar ebenfalls nicht die zweifelsfreie Ermittlung strikter Ergebnisse, sei aber auch – entgegen anderer Ansicht – nicht bloß von deskriptivem Wert. Ein Referent betonte daneben die Bedeutung der Kontrolle der wirtschaftlichen Betätigung des Staates anhand der damit verfolgten Ziele und Absichten. Die Orientierung des Gemeinwesens am Grundsatz der Privatwirtschaft wurde als von der geltenden Verfassungsordnung nicht umfaßt bezeichnet.

Die Problematik grundrechtlicher Bedingungen für die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand zeigte ein Teilnehmer am Beispiel des Art. 12 GG auf: Die Verfassungsnorm diene dem Schutz der Konkurrenz, wolle aber nicht *vor* Konkurrenz schützen, so daß unter diesem Aspekt wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand keine Bedenken entgegengestellt werden können. Da sich Art. 12 GG jedoch nur auf marktkonforme Konkurrenz beziehe, könne die Bestimmung bei strikter Handhabung zu sehr weitgehender Restriktion des Handlungsspielraums der öffentlichen Hand führen.

Schließlich wurde auf die Bedeutung des Übermaßverbotes als Schranke für die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand hingewiesen. Weniger der hieraus abzuleitende Grundsatz der Erforderlichkeit, als vielmehr derjenige der Verhältnismäßigkeit könne im Sinne einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Konkurrenz des Marktes eine sinnvolle Schranke bezüglich des „Wie" der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand darstellen.

2. Angesichts der von den Vertretern des öffentlichen Rechts relativ weit gezogenen Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand wurde in der Diskussion im Anschluß an das Referat Ulmers das Augenmerk auf die Fruchtbarmachung der zivilrechtlichen, insbesondere wettbewerbs- und kartellrechtlichen Instrumentarien hierfür gerichtet. Der Referent vertrat die Ansicht, daß die Regelungen z. B. des UWG durchaus differenzierte Lösungen in diesem Bereich böten, insbesondere auch die Probleme der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast regelten, obwohl auch hier ungeklärte Fragen, wie die nach dem Schutzumfang des § 1 UWG bezüglich des Abnehmerinteresses, nicht übersehen

werden dürften. Der Referent vertrat dabei die Auffassung, daß bezüglich dieser privatrechtlichen Schranken zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen dahingehend zu differenzieren sei, daß die Schranken für die wirtschaftliche Betätigung ersterer wesentlich enger zu ziehen seien. Auch ein entgegengesetzter Standpunkt wurde eingenommen. Danach wurde die Statuierung verschärfter Anforderungen an öffentliche Unternehmen als dem Gedanken der Rechtsgleichheit im Privatrechtssystem widersprechend bezeichnet.

Ein Teilnehmer äußerte gegenüber den Versuchen zur Begrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Unternehmen mit Hilfe des Privatrechts einige Besorgnis und verdeutlichte diese an dem Versuch, den Tatbestand der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 1 UWG anhand des Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche, z. B. kommunalrechtliche Normen zu konkretisieren; Verstöße gegen diese öffentlich-rechtlichen Normen seien primär im öffentlichen Recht zu sanktionieren. Er wies darüberhinaus auf die erheblichen Probleme für Kartellbehörden und ordentliche Gerichte bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben durch die öffentliche Hand hin.

Gegen den Versuch, nunmehr dem Privatrecht den „Schwarzen Peter" in der Diskussion um die Schranken der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zuzuschieben, wandte sich ein anderer Teilnehmer. Er wies insbesondere auf das Dilemma hin, einerseits privatrechtliche Kontrollregelungen auf öffentliche Unternehmen anwenden, andererseits aber nicht die Konsequenz hieraus ziehen zu wollen, nämlich auch andere privatrechtliche Institute wie z. B. die Gewährleistung von grundsätzlicher Privatautonomie anzuwenden.

Zwei Teilnehmer sprachen schließlich das Problem einer Kollision öffentlich-rechtlicher Vorschriften mit dem GWB an: Das GWB könne keine Anwendung finden, wenn ein öffentliches Unternehmen wie z. B. die Bundespost aufgrund Gesetzes oder einer Verordnung tätig werde; dies verdeutlichten auch die Bereichsausnahmen des § 99 GWB. Demgegenüber wies ein Referent darauf hin, daß § 99 GWB lediglich Verträge, nicht aber die problematischen einseitigen Verhaltensweisen erfasse; im übrigen seien z. B. bei der Bundespost im wesentlichen die Gebühren durch Verordnung geregelt, was jedoch für das vom GWB erfaßte Konkurrenzverhältnis irrelevant sei.

3. Zwei Teilnehmer verwiesen darüberhinaus auf die Auswirkungen der Bestimmungen des EWG-Vertrages, insbesondere der Art. 90, 92, 85 f., 30 ff. EWGV, für öffentliche Unternehmen und des Art. 222 EWGV für die Verstaatlichung von Unternehmen.

Schließlich sprach ein Teilnehmer für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand die Gefahr von Interessenverquickungen und Bedenken gegen eine mögliche Förderung staatlicher Unternehmen mit Hilfe von Steuern und Abgaben und die sich hieraus ergebende Notwendigkeit von mehr Transparenz in diesem Bereich an. Als Ausweg schlug er die Statuierung einer Berichtspflicht über die Beziehungen der öffentlichen Unternehmen zu staatlichen Stellen vor. Ein Teilnehmer machte hierzu auf die Richtlinie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 25.6.1980 über die Gewährleistung der Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen aufmerksam.

Bernd Joch, München