

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 740

**Monopole
als Handlungsinstrumente
der öffentlichen Hand**

Von

Thomas Langer



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS LANGER

**Monopole als Handlungsinstrumente
der öffentlichen Hand**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 740

Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand

Von

Thomas Langer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Langer, Thomas:

Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand /
von Thomas Langer. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 740)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09137-X

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09137-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Privatisierung und Stärkung der Eigenverantwortung der Unternehmen werden als probate Mittel für den Abbau von Staatsaufgaben gesehen. Mit dem Rückzug des Staates in allen seinen Erscheinungsformen aus der Erledigung von wirtschaftlichen Aufgaben wird die Erwartung verbunden, eine effizientere und gleichzeitig günstigere Aufgabenerledigung zu erreichen. Jedoch bleibt auch bei dem scheinbaren Rückzug des Staates aus der Wahrnehmung von bislang monopolisierten Tätigkeiten ein Rest an Verantwortung bestehen. Inwieweit damit von einer tatsächlichen Deregulierung und Auflösung der Monopole der öffentlichen Hand gesprochen werden kann, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1996/97 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Zu Dank bin ich Herrn Professor Dr. Rupert Scholz und Herrn Professor Dr. Hans-Ullrich Gallwas für die Erstellung der Gutachten verpflichtet. Danken möchte ich an dieser Stelle auch Herrn Professor Dr. Norbert Simon für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

München, Sommer 1997

Thomas Langer

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einführung	21
I. Monopole als Elemente der Wirtschaftsordnung	21
1. Umbau der Staatsverwaltung	21
2. Marktbeeinflussung	23
3. Privatisierung von Aufgaben	24
II. Erscheinungsformen der Monopole	25
1. Monopolbegriff.....	25
2. Gegenstand des Monopols.....	26
3. Monopol aufgrund staatlicher Einflußnahme	27
III. Schutzrechte gegen Monopole	28
IV. Neue Erscheinungsformen von Monopolen	29
1. Umwandlungen.....	29
2. Intendierte und sukzessive Monopole.....	30
V. Rechtfertigungsansätze.....	33
VI. Zielsetzung der Untersuchung.....	34
§ 2. Der Monopolbegriff	35
I. Wandlung des Begriffs Monopol	35
1. Gang der Entwicklung	37
a) Wirtschaftliche Bedeutung.....	37
b) Juristische Bedeutung	37
c) Die ursprüngliche Bedeutung des Monopolbegriffs	38
d) Aufweichung des Monopolbegriffs	39
e) Kritische Würdigung.....	40

2. Originäre Staatsfunktionen - keine Monopole	40
a) Trennung von Staatsbegründung und Wahrnehmung von Staatsaufgaben.....	41
b) Wettbewerbsbezug.....	42
c) Treuhänderfunktion des Staates.....	43
3. Zusammenfassung.....	44
II. Konkretisierung des Monopolbegriffs.....	45
1. Ausschließliche Wahrnehmung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.....	45
2. Varianten der Monopole der öffentlichen Hand	46
a) Entwicklung des Monopols	46
aa) Errichtung des Monopols.....	46
bb) Tatsächliche Entwicklung des Monopols	47
b) Gegenstand des Monopols.....	48
c) Veränderung des Verwaltungsverständnisses	49
III. Verwaltungsbezug der Monopole der öffentlichen Hand.....	51
1. Monopole und Verwaltung	51
a) Verwaltungsziel: Aufgabenvollzug.....	51
b) Monopol als Mittel der Aufgabenerfüllung	52
c) Einbindung der Monopole in das Handeln der öffentlichen Hand.....	53
d) Monopol als Handlungsform der Verwaltung.....	54
2. Keine Bestimmung der Organisationsform im GG	54
3. Organisationsermessen des Gesetzgebers	56
a) Fallgestaltung als Maßstab.....	56
b) Leitpunkte für das Ermessen.....	57
4. Verhaltenssteuerung durch Monopole	60
5. Monopole als Technik der Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand	61
IV. Ergebnis	63
§ 3. Monopole unter der Herrschaft des GG.....	65
I. Monopol als Grundrechtsbeeinträchtigung	65
1. Grenzen für die Monopolerrichtung - Übermaß- und Untermaßverbot	65
a) Übermaßverbot	66
b) Übermaßverbot und Monopole.....	68

aa) Grundrechtskonkurrenz: Art. 33 GG als Maßstabsnorm?	68
bb) Art. 12 GG	69
cc) Art. 14 GG	71
dd) Anwendung des Übermaßverbots	72
c) Untermaßverbot	72
aa) Begriff	72
bb) Erweiterung des Individualschutzes	73
cc) Art und Umfang der Schutzverpflichtung	76
d) Untermaßverbot und Monopole	78
2. Korridor für staatliche Maßnahmen	79
a) Über- und Untermaßverbot als Grenzen	79
b) Anwendung auf die Errichtung eines Monopols	81
c) Dynamik des Korridors	83
d) Ausfüllung des grundgesetzlichen Spielraums bei der Errichtung von Monopolen	84
II. Monopol im System des Grundgesetzes	84
1. Textbefund	85
a) Monopol	85
b) Monopole, die durch Verwaltungskompetenzen im GG erwähnt werden	86
2. Wirtschaftspolitische Neutralität des GG	88
a) Wirtschaftsverfassung	89
b) Keine vollständige Freiheit	89
c) Wirtschaftspolitische Neutralität des GG?	90
d) Anpassungsverpflichtung als Korrektiv	92
e) Keine Einführung einer Wirtschaftsverfassung durch den Einigungsvertrag	93
3. Verfassungsrechtlicher Rahmen für wirtschaftsbeeinflussende Maßnahmen	94
a) Ausfüllung der grundgesetzlichen Vorgaben durch den Gesetzgeber ...	95
b) Anwendung auf die Monopole	96
c) Korrektiv	97
III. Zusammenfassung	98

§ 4. Typenzuordnung der Monopole	100
A. Monopol als Mischform	100
I. Aufgabenbezug des Monopols	100
II. Kriterien für eine Unterscheidung der Monopole	100
B. Weiche Kriterien	102
I. Begründung des Gesetzgebers	102
II. Abgrenzung nach dem Textbefund des GG	102
1. Finanzmonopol als eigener Typus	103
a) Finanz- und andere Monopole - Zulässigkeit im System des GG	107
b) Keine abschließende Regelung	110
c) Zielsetzung der Finanzmonopole	111
aa) Wirkungsweise	113
bb) Formen der Finanzmonopole	113
cc) Das Branntweinmonopol	114
dd) Beurteilung	115
d) Fiskalischer Charakter der Finanzmonopole	116
e) Überschneidung von Finanzierungs- und Verwaltungszwecken	117
f) Keine nachhaltige Abgrenzung	118
2. Die Monopole im übrigen	119
a) Verwaltungsmonopol träger- oder aufgabenorientiert?	119
b) Orientierung an dem Monopolträger	119
c) Aufgabenorientierung	120
d) Inhalt der Verwaltungsmonopole	121
3. Abgrenzung innerhalb der Verwaltungsmonopole	121
a) Abgrenzung nach der Zielsetzung der Verwaltungsmonopole	122
b) Leistungsmonopole	122
aa) Leistung und Eingriff	123
bb) Verwendung des Leistungsbegriffs	125
c) Zielgruppen der Monopole	126
aa) Sozialvorsorge	127
bb) Sicherheit	130

cc) Lenkung	132
d) Keine ausreichende Differenzierung durch die Leistungszwecke der Monopole.....	133
e) Ineinandergreifen der Kriterien.....	134
f) Eingeschränkte Nutzbarkeit der Unterscheidung nach Leistung und Eingriff.....	135
C. Harte Unterscheidungskriterien.....	136
I. Ausgestaltung des Monopols	136
1. Teilmonopol und Vollmonopol	136
a) Juristischer Monopolbegriff.....	138
b) Tatsachenbefund	139
c) Monopole im System der öffentlichen Hand	139
d) Teilmonopol.....	140
e) Qualität der Unterscheidung Vollmonopol - Teilmonopol	141
2. Monopole sind immer Vollmonopole.....	142
II. Errichtung der Monopole	142
1. Voraussetzungen.....	142
a) Wirkungsweise des Monopols	143
b) Entwicklung des Monopols	143
c) Träger des Monopols	144
d) Verbindung von Kriterien.....	144
e) Angebots- und Nachfragemonopole	144
2. Obergruppen der Monopole nach der Form der Errichtung.....	146
a) Rechtliche Monopole.....	146
aa) Aktive und passive Monopole.....	147
(1) Aktive Monopole.....	147
(2) Passive Monopole.....	148
bb) Ergebnis	149
b) Faktische Monopole.....	149
aa) Monopol?.....	150
bb) Wettbewerbsteilnahme.....	150
cc) Zielsetzung durch die öffentliche Hand	151
dd) Faktische Angebots- und Nachfragemonopole	152

c) Faktisches Folgemonopol	153
aa) Erscheinungsform	153
bb) Rechtliche Einordnung.....	154
d) Unterscheidung nach den Monopolträgern.....	155
D. Mischformen	156
I. Erfassung neuer Erscheinungen	156
1. Handlungs- und Organisationsfreiheit der öffentlichen Hand	156
2. Sukzessives und intendiertes Monopol.....	159
II. Sukzessive Monopole.....	160
1. Voraussetzungen - Abgrenzung zu Auslauf Fristen.....	161
2. Rechtliche und faktische Begründung	162
a) Faktisches sukzessives Monopol	162
b) Rechtliches sukzessives Monopol.....	162
3. Typik.....	163
a) Faktische sukzessive Monopole.....	164
b) Rechtliche sukzessive Monopole	164
4. Entwicklungslinien	164
III. Intendierte Monopole.....	166
1. Zuordnung der kooperativen Vorgaben zu den Interventionsmitteln der öffentlichen Hand	166
a) Ge- und Verbote.....	167
b) Regelungsanreize	167
aa) Planung	168
bb) Öffentlich gebundenes Unternehmen.....	168
cc) Informelles/kooperatives Verwaltungshandeln - Privatisierung ...	169
2. Abgrenzung: faktisches Monopol - sukzessives Monopol - intendier- tes Monopol	171
a) Intendierte Monopole als gewollte faktische Monopole.....	172
b) Regelungsschematismus	173
aa) Kooperative Zieldefinition.....	174
bb) Selbstverpflichtungen der Wirtschaft.....	176
cc) Staatliche Zielkontrolle.....	177

dd) Auswirkungen der Übertragung auf die Wirtschaft/Monopolwirkung	178
c) Zwangsläufige Abstimmung und Zentralisation	179
d) Monopolwirkung	180
3. Das intendierte Monopol als neue Handlungsform	181
a) Rechtliche Vorgaben	182
b) Abwendung einer Regelung durch Monopolisierung	183
§ 5. Zuordnung eines Monopols zur öffentlichen Hand	184
I. Problemstellung	184
1. Formenwahlfreiheit als Ausgangspunkt	186
2. Einfluß- und Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand	187
3. Analogie zum öffentlichen Unternehmen	189
a) Öffentliches Unternehmen	189
b) Monopol	190
4. Einflußmöglichkeiten	191
5. Wirkung der Zuordnung	192
II. Zurechnung der Monopoltypen zur öffentlichen Hand	193
1. Öffentlich-rechtliche Trägerschaft	193
a) Organisationsakt als Ausgangspunkt	193
b) Daseinsvorsorgeeinrichtungen	195
c) Sonstige Monopole	195
d) Einflußbereiche	196
2. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	197
a) Problemstellung	197
b) Privatisierung und Verwaltungsverschlangung	198
c) Typische Konstellation für Monopole unter Beteiligung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	198
aa) Aufgabenzuweisung durch die öffentlichen Hand	198
bb) Mittelbares Monopol	199
cc) Bewertung	201
d) Zurechnung zur öffentlichen Hand	202
aa) Maß der Beteiligung	202
bb) Rechtsform	204

cc) Einflußmöglichkeiten.....	205
(1) Einwirkung auf das Verhalten	205
(2) Einordnung der Aufgabe.....	206
e) Ergebnis	207
f) Einfluß der öffentlichen Hand auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen.....	207
g) Relevanz der Einwirkungsmöglichkeiten	209
3. Privatwirtschaftliche Träger von Monopolen	210
a) Kein unmittelbarer Verwaltungsbezug	210
b) Indienstnahme und Beileihung.....	211
c) Intendierte Monopole.....	212
d) Formenmißbrauch.....	214
e) Das Duale System als Einrichtung der öffentlichen Hand	218
f) Kein Beurteilungswechsel durch informelles Handeln	219
g) Rechtsschutzlücke.....	220
aa) Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz.....	220
bb) Zivilrechtsweg.....	220
cc) Lösung durch die Zurechnung an die öffentliche Hand	221
(1) Effektiver Rechtsschutz - Art. 19 Abs. 4 GG.....	222
(2) Zurechnung nach Verantwortungssphären.....	222
h) Umfassende Verantwortung der öffentlichen Hand.....	223
III. Folgen der Zurechnung zur öffentlichen Hand	224
§ 6. Beurteilung der Monopole der öffentlichen Hand.....	226
I. Bindungen bei der Monopolisierung.....	226
II. Prüfungsmaßstäbe	227
1. Problematik.....	227
2. Grundrechte	228
a) Monopolbildung an sich	229
b) Einwirkung auf die Wirtschaft.....	230
c) Problemerkfassung durch die Stufentheorie des BVerfG	231
3. Einfachrechtlicher Schutz	231
4. Rechtliche und faktische Monopole.....	233

5. Grundrechtsrelevante Problemlagen	233
a) Nutzer	234
b) Potentieller Konkurrent.....	234
c) Monopolträger und öffentliche Hand.....	234
III. Prüfungsansatz	235
§ 7. Einsatzzeitpunkte für Monopole der öffentlichen Hand.....	237
I. Relevanz des Einsatzzeitpunkts.....	237
1. Problemlage	237
a) Grundrechte	238
b) Einfaches Recht	239
2. Vorgezogener Zeitpunkt für Schutzansprüche.....	240
II. Monopolerrichtung als Kriterium des Schutzanspruchs.....	240
1. Grundrechte	240
a) Anforderungen.....	240
b) Stufenfolge wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand.....	241
c) Konkrete Grundrechtsgefährdung.....	242
aa) Absicherung der Alleinstellung.....	243
bb) Begründung der Alleinstellung	244
d) Rechtliche und faktische Monopolbegründung	244
aa) Rechtliche Monopole	244
bb) Faktische Monopole.....	244
2. Monopolgruppen	245
a) Einfache Monopole.....	245
b) Sukzessive Monopole	246
aa) Auslaufristen - rechtliche Monopole	246
bb) Auswirkung der Änderung gesetzlicher Vorgaben	247
cc) Tatsächliche Gegebenheiten - faktische Monopole.....	247
dd) Monopolbeginn.....	248
c) Intendierte Monopole.....	249

III. Schutzansprüche bereits im Vorfeld des Monopols	250
1. Abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte.....	250
2. Dynamischer und präventiver Grundrechtsschutz	251
a) Sukzessive Monopole	251
b) Intendierte Monopole.....	252
§ 8. Maßstab für die Beurteilung der Monopole	254
I. Problemstellung.....	254
II. Bindungen für das Handeln der öffentlichen Hand	255
III. Grundrechte.....	256
1. Schutzzinhalt	256
a) Umfassende Monopolwirkung.....	257
b) Umfassender Geltungsanspruch der Grundrechte	258
c) Unmittelbare Grundrechtsgeltung.....	258
2. Mechanismus der Grundrechtsbeeinträchtigung bei intendierten Monopolen.....	260
a) Einwirkung auf die Entscheidung der Wirtschaft	260
b) Der Erlaß der Verpackungsverordnung als Gründungsakt des Dualen Systems.....	262
3. Grundrechte als Abwehr- und Schutzansprüche	263
a) Abwehr und Leistung als Grundrechtsinhalt.....	263
b) Intendiertes und sukzessives Monopol als Folge grundrechtlicher Vorgaben.....	264
4. Grundrechtliche Rechtfertigung	265
5. Konfliktkonstellationen	266
a) Konkurrenten	267
b) Nutzer	267
c) Teilnehmer am Monopol.....	267
aa) Einwirkungsmöglichkeiten bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen	269
bb) Grundrechtsbeeinträchtigung	269
6. Betroffene Grundrechte	270
a) Art. 12 GG	270
aa) Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht	270

bb) Intendierte Monopole.....	272
cc) Gemeinschaftsunternehmen	273
b) Art. 14 GG	273
c) Art. 9 Abs. 1 GG.....	274
d) Art. 2 Abs. 1 GG.....	275
7. Ausgleich zwischen Abwehr- und Schutzinhalt der Grundrechte.....	276
a) Stufentheorie.....	276
b) Stufenzuordnung.....	277
8. Grundrechtliche Leitlinien	278
a) Errichtung	279
b) Bestand	279
aa) Lockerung des Monopols.....	280
bb) Ausweitung des Monopols - sukzessives Monopol	280
c) Bildung eines Monopols	280
IV. Kartellrecht.....	281
1. Anwendbarkeit.....	281
2. Grundlage des Wettbewerbsschutzes	281
3. Entfallen des Wettbewerbsschutzes	284
a) Ausnahmereiche	284
b) Immanente Wettbewerbsbeschränkungen.....	284
c) Übereinstimmung von grundrechtlichen und kartellrechtlichen Rechtfertigungen.....	285
d) Systembedingte Einschränkungen	287
4. Eingeschränkte Effektivität des Wettbewerbsschutzes	287
V. Zusammenfassung.....	288
§ 9. Handlungsmöglichkeiten bei Monopolen der öffentlichen Hand.....	289
I. Anspruchsinhalte.....	289
1. Kartellrecht	290
a) Wirkungsweise des Wettbewerbsschutzes	290
b) Keine unmittelbar subjektiven Ansprüche aus dem GWB.....	290
2. Grundrechte	291

II. Maßstäbe für eine Beurteilung der Monopole.....	291
1. Konstellation.....	291
2. Zusammenwirken von Kartellrecht und Grundrechten.....	292
a) Doppelkontrolle.....	293
b) Keine Anwendung des GWB.....	296
3. Überschneidung der Monopolkontrolle.....	297
III. Kontrollrahmen.....	298
1. Gruppen von Monopolen, bei denen sich Kartellrecht und Grundrechte überschneiden.....	298
a) Intendierte Monopole.....	298
aa) Regelungssystematik.....	298
bb) Einwirkung der öffentlichen Hand.....	299
cc) Zusammentreffen von öffentlichem und privatem Recht bei dem System nach der Verpackungsverordnung.....	301
b) Faktische Monopole.....	301
2. Möglichkeiten der Reaktion.....	302
a) GWB.....	303
b) Grundrechte.....	303
aa) Leistungs- und Abwehrinhalt der Grundrechte.....	303
bb) Rechtfertigungsmaßstab für Monopole der öffentlichen Hand.....	305
3. Konfliktkonstellationen.....	306
a) Monopolbildung und Monopolumfang.....	306
b) Tätigkeit des Monopols.....	307
4. Individuelle Ansprüche.....	308
a) Abwehr.....	308
b) Aktive Reprivatisierung.....	309
c) Errichtung eines Monopols.....	310
IV. Ergebnis.....	311
§ 10. Grundrechte des Monopols.....	313
I. Problemstellung.....	313
II. Ausgangspunkt.....	314

1. Differenzierung.....	315
a) Grundrechte als Abwehrrechte.....	316
b) Grundrechtsschutz der juristischen Person	317
2. Prüfungsaufbau	319
a) Grundrechtsträger	319
b) Wesen des Grundrechts.....	321
III. Anwendung auf die Monopole der öffentlichen Hand	323
1. Notwendigkeit einer differenzierten Lösung	323
2. Monopoltypen - Beteiligungsverhältnis.....	324
a) Bildung von Obergruppen	325
b) Abgrenzung nach den Monopolträgern	325
c) Unterscheidung nach der wahrgenommenen Aufgabe.....	326
d) Ergebnis	326
IV. Anwendung auf die Monopole.....	326
1. Träger ist die öffentliche Hand	326
a) Keine Grundrechtsfähigkeit	326
b) Kein Einfluß der konkreten Ausgestaltung	327
2. Monopole privater Träger	329
a) Grundrechtsfähigkeit	329
aa) Qualität der juristischen Person	329
bb) Grundrechtsbezug	330
b) Konkrete Regelungsbereiche	332
c) Differenzierung der Handlungsbereiche	333
aa) Zielbestimmung	333
bb) Zielverfolgung	334
c) Bereichsabhängiger Grundrechtsschutz.....	336
3. Monopole unter Beteiligung der öffentlichen Hand - gemischtwirtschaftliche Unternehmen.....	337
a) Vorbemerkung	337
aa) Ziel der Beteiligung der öffentlichen Hand.....	337
bb) Beschränkung auf die Monopole gemischtwirtschaftlicher Träger.....	338
b) Rechtsprechung des BVerfG.....	340
c) Kritik.....	341

d) Lösungsansatz.....	342
aa) Spaltung des Grundrechtsschutzes.....	342
bb) Einheitlicher Grundrechtsschutz.....	343
e) Anwendung auf Monopole in der Hand von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.....	345
aa) Teilweise Übereinstimmung mit Monopolen privater Träger.....	345
bb) Wesen der betroffenen Grundrechte.....	346
cc) Notwendigkeit der Gleichbehandlung.....	347
V. Zusammenfassung.....	348
§ 11. Thesen.....	350
Literaturverzeichnis.....	357
Sachwortverzeichnis.....	370

§ 1. Einführung

I. Monopole als Elemente der Wirtschaftsordnung

1. Umbau der Staatsverwaltung

Zur Erfüllung neuartiger Aufgaben, die sich sowohl aus einem verstärkten Umweltbewußtsein¹ als auch aus der Notwendigkeit der "Verschlankung"² der Staatsverwaltung ergeben, ist die öffentliche Hand gezwungen, unkonventionelle Lösungswege zu beschreiten. Aus dem Gedanken des Abbaus staatlicher Eingriffshierarchien und der Verwaltungsvereinfachung - auch vor dem Hintergrund der Kostenentwicklung - liegt es daher nahe, daß sich die öffentliche Hand zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben sowohl der Wirtschaft selbst als auch der Organisationsformen der Wirtschaft bedient³. Dies zeigt sich bei der Umwandlung von Verwaltungseinheiten in privatwirtschaftliche Gesellschaften der öffentlichen Hand ohne Änderung des Aufgabenbereichs⁴. Dabei wird die Figur des Monopols als Organisationsform gewählt⁵. Schlagworte in

¹ Der Einsatz "marktwirtschaftlicher Instrumente" wird z.B. im Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung 1995 als Kernstück der Umweltpolitik vorgesehen. Dabei sollen auch Aufgaben im Wege einer Selbstverpflichtung der Wirtschaft erledigt werden. Dies wird in der Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts dargestellt: BT-Drs 13/1660 S. V.

² Hierzu nur Wiesheu, GewArch 1995, 177; Grupp DVBl. 1994, 140.

³ Vgl. dazu schon Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 146 ff.

⁴ Vgl. die Darstellung bei Pielow, DVBl. 1994, 1398.

⁵ Dabei wird nur teilweise die kartellrechtliche Problematik einer Monopolisierung bestimmter Tätigkeiten gesehen, vgl. JWB 1995, aber auch Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1991/92 BT-DrS. 12/5200 S. 20, 131; X. Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/93 BR-DrS. 734/94 Tz. 49 ff.

der Diskussion sind damit Deregulierung⁶, Privatisierung⁷ und Outsourcing⁸ zur Kennzeichnung des Rückzugs der öffentlichen Hand aus der Aufgabenerfüllung.

Mit dem Verweis auf Deregulierung und Privatisierung kann etwa der Rückzug der öffentlichen Hand aus der Vorbereitung von Verwaltungsentscheidungen über die Zulassung von Unternehmen zu einem im Interesse des Gemeinwohls beschränkten Markt begründet werden⁹. Die Bestimmung der Quoten oder Bezirke der einzelnen Unternehmer erfolgt nicht mehr durch die Aufsichtsbehörde, sondern wird in die Hand der betroffenen Unternehmen gelegt. Diese vereinbaren in einem "Selbstbeschränkungsabkommen" entsprechende Regeln zu Umfang und Abgrenzung ihrer Tätigkeitsbereiche. Die Aufsichtsbehörde verzichtet im Sinne der Deregulierung auf eine eigene Entscheidung oder beschränkt sich im Wege "kooperativen Verwaltungshandelns" darauf, ihre Entscheidung an dem Vorschlag der Unternehmen auszurichten, ohne selbst die vorgesehene Entscheidungskompetenz wahrzunehmen¹⁰. An die Stelle einer abgewogenen Verwaltungsentscheidung tritt die Übernahme einer selbständigen Vereinbarung der betroffenen Unternehmen.

Die Eigenverantwortung der Wirtschaft für die von ihr in den Verkehr gebrachten Produkte wird gleichfalls als Grundlage für Selbstbeschränkungsabkommen und Selbstverpflichtungen der Unternehmen der Wirtschaft heran-

⁶ Wiesheu, GewArch 1995, 177; Böhm, NJW 1994, 281.

⁷ Statt vieler: Krölls, GewArch 1995, 129; Hoffmann-Riem, DVBl. 1994, 1381; Lecheler, BayVBl. 1994, 555; Schoch, DVBl. 1994, 962; Meier, BB 1995, 2381 [2384]; Frenz, GewArch 1994, 145 [146]; Grünwald, "Privatisierung öffentlicher Aufgaben"; Schoch, "Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung"; IX. Hauptgutachten der Monopolkommission BT-DrS. 12/3031 Tz. 43 ff.

⁸ Büllsbach/Rieß, NVwZ 1995, 444.

⁹ In Frage käme beispielsweise der Bereich der technischen Prüfung von Kraftfahrzeugen nach § 29 StVZO oder die Bestimmung von Kehrbezirken nach § 2 Abs. 1 SchornsteinfegerG.

¹⁰ Denkbar wäre dies etwa bei der Zulassung von sonstigen Prüforganisationen für die Prüfung nach § 29 StVZO durch eine Vereinbarung der beteiligten Prüforganisationen, in welcher Weise durch Begrenzung der Zahl der jeweils eingesetzten Prüfer eine Gefährdung des Netzes der Technischen Prüfstellen vermieden werden kann (vgl. Anl. VIII zu § 29 StVZO Ziff. 7.2.6). Diese Vereinbarung der Prüforganisationen kann dann die Verwaltungsbehörde als ihre Entscheidung übernehmen.

gezogen¹¹. Daraus ergibt sich ein zweiter Richtlinienkreis, der öffentlich-rechtliche Vorgaben umsetzt, ergänzt oder ausfüllt und diesen damit zu Wirksamkeit und praktisch-wirtschaftlicher Bedeutung verhilft. Dies zeigt sich vor allem bei Systemen im Bereich des Umweltrechts. Hier entstehen und entstanden "Duale Systeme" der Wirtschaft zur Erfassung und Verwertung von Batterien, Verpackungsabfällen, gebrauchten elektronischen Geräten und Alttaxis. Bei allen diesen Systemen tritt eine Gesellschaft wie z.B. die "Duales System Deutschland GmbH" als alleiniger Organisator des Systems auf und ermöglicht es so - in Übereinstimmung mit den gesetzgeberischen Vorstellungen - den betroffenen Unternehmen, ihren Verpflichtungen aus der öffentlich-rechtlichen Regelung nachzukommen¹².

2. Marktbeeinflussung

Monopole stellen - neben einer Konzentrationserscheinung im Bereich der privaten Wirtschaft - seit jeher¹³ eine etablierte und akzeptierte Form von staatlicher Marktbeeinflussung und sozialer Tätigkeit der öffentlichen Hand¹⁴ dar. Die Erscheinung des Monopols ist nicht auf die Beschreibung einer Konzentration von Marktmacht im Sinne des Kartellrechts beschränkt - der Begriff ist aber für den Fall eines Monopols der öffentlichen Hand nicht ausschließlich öffentlich-rechtlich besetzt. Erinnert sei hierbei nur an die vielerorts übliche Versorgung mit Energie und Wasser, die Abfall- und Abwasserbeseitigung allein durch Unternehmen oder Organisationseinheiten der öffentlichen Hand. In gleicher Weise wurden Bundespost und Bundesbahn auch noch nach ihrer

¹¹ So z.B. die Bestimmungen in §§ 22 ff. KrW-/AbfG.

¹² Vgl. Weidemann, DVBl. 1992, 1568 [1569] mit dem Hinweis auf den Modellcharakter der VerpackV für entsprechende Regelungen für die Rücknahme von Alttaxis, Batterien, elektronischen Geräten, Altpapier uvm. (Fn. 10).

¹³ Im sozialen Bereich jedenfalls seit einer Abkehr von der rein liberalen Staatsauffassung und der verstärkten Hinwendung des Staates auch zu sozialen Aufgaben; vgl. zur Entwicklung Gröttrup, S. 17, 23 ff.

¹⁴ Dies zeigt sich in den Regelungen der Gemeindeordnungen zur wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden und den Möglichkeiten zur Etablierung eines Anschluß- und Benutzungszwangs aus Gründen des öffentlichen Wohls; vgl. Art. 22, 24 bayGO.