

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1329

Staatliche Wirtschaftsteilnahme und Art. 30 GG

Von

Sebastian Pfahl



Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN PFAHL

Staatliche Wirtschaftsteilnahme
und Art. 30 GG

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1329

Staatliche Wirtschaftsteilnahme und Art. 30 GG

Von

Sebastian Pfahl



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg
hat diese Arbeit im Jahr 2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15028-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55028-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85028-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Juli 2015. Danach erschienene Literatur konnte nur vereinzelt berücksichtigt werden.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn *Prof. Dr. Matthias Rossi*. Ihm gilt besonderer Dank für die wissenschaftliche Förderung sowie die Betreuung der Arbeit. Ebenso gilt Herrn *Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger* Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Nicht zuletzt ist meinen Eltern für die Unterstützung meiner Ausbildung zu danken.

Augsburg, im Mai 2016

Sebastian Pfahl

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung	15
§ 1 Einführung, Eingrenzung und Gang der Untersuchung	15
§ 2 Historischer Abriss und Umfang der heutigen öffentlichen Wirtschaftsteilnahme	24
A. Historischer Abriss der öffentlichen Wirtschaftsteilnahme	24
B. Heutige Wirtschaftsteilnahme von Bund und Ländern	27
I. Unvollständige Quellenlage zum Umfang öffentlicher Wirtschaftsteilnahme	27
II. Übergreifende Zahlen zur öffentlichen Wirtschaftsteilnahme	29
III. Gesonderte Zahlen zur Wirtschaftsteilnahme des Bundes	30
1. Umfang der Wirtschaftsteilnahme des Bundes im Allgemeinen	30
2. Beteiligungen und Unternehmen des Bundes im Speziellen	32
IV. Gesonderte Zahlen zur Wirtschaftsteilnahme der Länder	35
C. Zusammenfassung zu § 2 und Bedeutung der Wirtschaftsteilnahme	37

2. Teil

Die staatliche Wirtschaftsteilnahme mit Blick auf Art. 30 GG	39
§ 3 Erscheinungsformen und Systematisierung staatlicher Wirtschaftsteilnahme	39
A. Wahlfreiheit der Verwaltung bei der Wirtschaftsteilnahme	39
I. Grundsatz der Wahlfreiheit, Einschränkungen und Gegenstimmen	39
1. Wahl der Organisationsform bei der Wirtschaftsteilnahme	40
2. Wahl der Handlungsform bei der Wirtschaftsteilnahme	41
II. Bedeutung der Wahlfreiheit für die Untersuchung	42
B. Organisationsformen der Wirtschaftsteilnahme	44
I. Öffentliche Unternehmen als zentrale Form der Wirtschaftsteilnahme	44
1. Öffentliche Unternehmen im nationalen Recht	45
2. Öffentliche Unternehmen im Unionsrecht	47
3. Problemkreise der Figur des öffentlichen Unternehmens	49
II. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen der Wirtschaftsteilnahme	51

1. Wirtschaftsteilnahme der unmittelbaren Staatsverwaltung	51
2. Wirtschaftsteilnahme der mittelbaren Staatsverwaltung	53
III. Privatrechtliche Organisationsformen der Wirtschaftsteilnahme	54
IV. Abgrenzung der Wirtschaftsteilnahme von der Privatisierung	57
1. Fehlende Aufgabenübertragung bei der Wirtschaftsteilnahme	58
2. Öffentliche Unternehmen zwischen funktionaler und formeller Privatisierung	60
3. Verhältnis der staatlichen Wirtschaftsteilnahme zur Privatisierung ..	62
C. Handlungsformen der Verwaltung und deren Bedeutung für die staatliche Wirtschaftsteilnahme	63
I. Öffentlich-rechtliche Handlungsformen und Wirtschaftsteilnahme	64
1. Wirtschaftsteilnahme durch Gebühren und Beiträge	64
2. Wirtschaftsteilnahme durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	67
II. Privatrechtliche Handlungsform und Wirtschaftsteilnahme	68
1. Verwaltungsprivatrecht als Ausgangspunkt	69
2. Bedarfsdeckung als Wirtschaftsteilnahme	72
3. Erwerbswirtschaft als typische Wirtschaftsteilnahme	73
a) Begriff der Erwerbswirtschaft	73
b) Unterscheidung von Verwaltungs- und Finanzvermögen	75
c) Zentralbegriff des Gewinns	77
d) Möglichkeiten erwerbswirtschaftlicher Betätigung	79
aa) Beteiligungen und Unternehmen als Erwerbswirtschaft	79
bb) Veräußerung von Vermögensgegenständen als Erwerbswirtschaft	81
cc) Erwerbswirtschaft im Massenverkehr	83
dd) Entgeltliche Überlassung als Erwerbswirtschaft	84
e) Zulässigkeit der Erwerbswirtschaft	85
aa) Unzulässigkeit reiner Erwerbswirtschaft	85
bb) Diffuses Bild bei zulässiger Erwerbswirtschaft	88
4. Kritik an der Einteilung privatrechtlicher Handlungsformen im Bereich der Wirtschaftsteilnahme	91
a) Keine eigenständige Kategorie der Erwerbswirtschaft	92
b) Einheitliches Verständnis der Wirtschaftsteilnahme	93
D. Zusammenfassung zu § 3	96
§ 4 Anknüpfungspunkte für Art. 30 GG bei der staatlichen Wirtschaftsteilnahme	97
A. Staatliche Wirtschaftsteilnahme als Verwaltung: Handeln eines Verwaltungsträgers	98
I. Die Bedeutung der Zurechnung	98
II. Staatliche Wirtschaftsteilnahme als (grundrechts-)gebundene Verwaltung	100

1. Wirtschaftsteilnahme mit privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmen	101
2. Wirtschaftsteilnahme ohne privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen	103
3. Zusammenfassung in zwei Gruppen	104
III. Folgerungen für eine kompetenzrechtliche Betrachtung	105
B. Weitere Präzisierung des Anknüpfungspunkts: Trennung von Handlung und Rechtsfolge	107
I. Trennung von Willenserklärung und Rechtsfolge	107
II. Keine Aufspaltung eines einheitlichen Vorgangs	110
C. Anwendung der Anknüpfungspunkte auf die Wirtschaftsteilnahme	111
I. Anknüpfung bei Veräußerung, entgeltlicher Überlassung und weiterer Leistungserbringung	111
II. Anknüpfung bei Beteiligung	112
III. Anknüpfung bei Unternehmensgründung	113
D. Wirtschaftsteilnahme als Modus der Aufgabenerfüllung	115
I. Modus der Aufgabenerfüllung	115
II. Bestimmung der mit der Wirtschaftsteilnahme verfolgten Aufgaben ...	117
1. Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand	118
2. Maßgebliche Elemente für die Bestimmung einer Aufgabe	119
E. Zusammenfassung zu § 4	120

3. Teil

Art. 30 GG als Begrenzung der staatlichen Wirtschaftsteilnahme	122
§ 5 Kompetenzen im Allgemeinen	123
A. Begriff und Bedeutung von Kompetenzen	123
I. Verteilung von Aufgaben durch Kompetenzen	123
II. Merkmale staatlicher Aufgaben	125
III. Bedeutung von Kompetenzen	130
B. Prinzipien der Kompetenzordnung	131
I. Insbesondere Vollständigkeit der Kompetenzverteilung	133
II. Insbesondere Alternativität der Kompetenzverteilung	134
C. Kompetenzabgrenzung bei Gesetzgebung und Verwaltung	135
§ 6 Staatliche Wirtschaftsteilnahme im Gefüge grundsätzlicher Verwaltungskompetenz der Länder – Art. 30 GG	137
A. Art. 30 GG als Ausgangspunkt der Kompetenzverteilung	138
I. Historie des Art. 30 GG	138
II. Regelungsgehalt und Tatbestandsmerkmale des Art. 30 GG	140
1. Regelungsgehalt und Technik des Art. 30 GG	140

a) Art. 30 GG als Generalklausel	140
b) Keine Vermutung zugunsten der Länder	141
c) Subsidiaritätsprinzip und Art. 30 GG	143
2. Staatliche Aufgaben und Befugnisse	144
3. Treffen und Zulassen einer anderen Regelung	145
B. Staatliche Wirtschaftsteilnahme als gesetzessfreie Verwaltung	147
I. Gesetzesakzessorische und gesetzessfreie Verwaltung	148
1. Wesen der gesetzessfreien Verwaltung	148
2. Wesen der gesetzessakzessorischen Verwaltung	152
II. Normierung staatlicher Wirtschaftsteilnahme	153
1. Haushaltsgesetz und Haushaltsplan	153
2. Rahmgebung des § 65 BHO	156
a) Allgemeine Bedeutung des § 65 BHO	156
b) Gesetzessfreie oder -akzessorische Verwaltung aufgrund von § 65 BHO	158
aa) Überblick über das Meinungsspektrum	159
bb) Keine Aufgabenübertragung durch § 65 BHO	161
cc) Handlungsbefugnisse und verwaltungseigene Gestaltung	163
3. Weitere Vorschriften der BHO zur Wirtschaftsteilnahme	164
4. Hypothetisch: Folgen einer durch § 65 BHO gesetzessakzessorischen Verwaltung	164
III. Geltung des Art. 30 GG für gesetzessfreie und -akzessorische Verwal- tung	165
C. Verhältnis des Art. 30 GG zu den Art. 83 ff. GG	166
D. Art. 30 GG und Wirtschaftsteilnahme der mittelbaren Staatsverwaltung ...	170
E. Geltung des Art. 30 GG für staatliche Wirtschaftsteilnahme	172
I. Exemption der Wirtschaftsteilnahme bei Art. 30 GG	174
1. Fehlen staatlicher Aufgaben bei der Wirtschaftsteilnahme	174
2. Unterscheidung nach speziellen und allgemeinen Aufgaben	177
3. Reduktion des „Zuordnungspostulats“ des Art. 30 GG	178
II. Inklusion der Wirtschaftsteilnahme bei Art. 30 GG	179
1. Wirtschaftsteilnahme und Wortlaut des Art. 30 GG	179
a) Umfassende Formulierung des Art. 30 GG	179
b) Rechtsprechung des BVerfG zur Reichweite des Art. 30 GG	181
2. Wirtschaftsteilnahme in der weiteren Auslegung des Art. 30 GG ...	182
3. Länderkonkurrenz und Wirtschaftsteilnahme	183
III. Zusammenfassung zu E.	184
F. Geltung des Art. 30 GG für staatliche Wirtschaftsteilnahme mit Auslands- bezug	184
I. Bestimmung des Auslandsbezugs	185
II. Geltung des Art. 30 GG bei Auslandsbezug	187

1. Inhalt auswärtiger Beziehungen i. S. v. Art. 32 GG	188
2. Verhältnis zwischen Art. 32 GG und 30 GG	190
G. Zusammenfassung zu § 6	193
§ 7 Verwaltungskompetenzen des Bundes im Bereich der staatlichen Wirtschaftsteilnahme – Abweichungen von Art. 30 GG	193
A. Geschriebene Verwaltungskompetenzen im Bereich der staatlichen Wirtschaftsteilnahme	194
I. Spezielle Kompetenzen im Bereich der Wirtschaftsteilnahme	195
1. Bundesbank und überregionale Sozialversicherungsträger, Art. 88, 87 Abs. 2 GG	195
2. Eisenbahnen des Bundes, Art. 87e GG	196
3. Post und Telekommunikation, Art. 87f GG	198
II. Wirtschaftsteilnahme in Aufgabenbereichen bundeseigener Verwaltung nach Art. 87 ff. GG	199
1. Zulässigkeit privatrechtlicher Unternehmen bei bundeseigener Verwaltung	200
a) Unternehmen als unmittelbare oder mittelbare Staatsverwaltung ..	200
b) Zulässigkeit privatrechtlicher Unternehmen bei bundeseigener Verwaltung	202
2. Zulässigkeit von Beteiligungen bei bundeseigener Verwaltung	205
3. Gesetzesfreie Verwaltung bei bundeseigener Verwaltung	206
4. Praktische Bedeutung der Art. 87 ff. GG im Bereich der Wirtschaftsteilnahme	207
III. Wirtschaftsteilnahme über Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG	211
1. Geltung des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG für privatrechtliche Organisationsformen	212
2. Geltung des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG für gesetzesfreie Verwaltung ..	215
3. Praktische Bedeutung des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG für die Wirtschaftsteilnahme	216
IV. Weitere andere Regelungen i. S. v. Art. 30 bzw. 83 GG	219
1. Gemeinschaftsaufgaben, Art. 91a ff. GG	219
2. Übergangsbestimmungen der Art. 134, 135 GG	223
3. Wirtschaftsteilnahme und Regierungstätigkeit	226
V. Zusammenfassung zu A.	227
B. Ungeschriebene Verwaltungskompetenzen im Bereich der staatlichen Wirtschaftsteilnahme	228
I. Direktiven ungeschriebener Kompetenzen	229
1. Kein ungeschriebenes Verfassungsrecht	229
2. Restriktionen ungeschriebener Verwaltungskompetenzen	230
a) Dezentralisierung und Subsidiarität	230
b) Gesetzgebungskompetenzen als Grenze für Verwaltungskompetenzen	232

II. Ungeschriebene Verwaltungskompetenzen im Bereich der Wirtschaftsteilnahme	233
1. Kompetenz kraft Natur der Sache	234
a) Merkmale der Kompetenz kraft Natur der Sache	234
b) Beispiele für Kompetenzen kraft Natur der Sache	235
2. Kompetenz kraft Sachzusammenhangs	237
3. Kompetenz kraft Annexes	238
4. Bedeutung des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG	240
III. Besonderheiten ungeschriebener Verwaltungskompetenzen bei der Wirtschaftsteilnahme	242
1. Wirtschaftsteilnahme als gesetzessfreie Verwaltung	242
2. Ungeschriebene Kompetenzen nur für Aufgaben	243
3. Exemplifizierung anhand zweier Unternehmen	245
IV. Zusammenfassung zu B.	250
C. Staatliche Wirtschaftsteilnahme und Mischverwaltung	251
I. Verbot der Mischverwaltung	252
II. Mischverwaltung bei mehreren Verwaltungsträgern innerhalb eines Unternehmens	255
1. Anschein der unzulässigen Mischverwaltung	256
2. Relativierung der unzulässigen Mischverwaltung	258
a) Relativierung durch Effizienzgewinn, Einschränkung des Art. 30 GG und beratende Funktion	258
b) Relativierung durch enges Verständnis der Mischverwaltung	259
c) Verbleibende Bedenken hinsichtlich Transparenz und Erkenntnismöglichkeiten	261
3. Beispiele für etwaige Mischverwaltung	262
III. Zusammenfassung zu C.	266
§ 8 Möglichkeiten der Harmonisierung zweifelhafter Fälle mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen	266
A. Bedeutung des Stillhaltens und der Kooperation zwischen Bund und Ländern	267
B. Harmonisierung aufgrund von Auslegung und Aufgabengewinnung	270
<i>4. Teil</i>	
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	273
Literaturverzeichnis	283
Sachregister	311

Abkürzungsverzeichnis

AK-GG	<i>Denninger</i> , Erhard u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl. 2011, Stand: 2. AufbauL (Aug. 2002), Neuwied/Kriftel
AufbauL	Aufbaulieferung
BbgKVerf	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg
BImA	Bundesanstalt für Immobilienaufgaben
BK GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
Ch.E.	Chiemseer Entwurf
erwerbsw.	erwerbswirtschaftlich
FG	Festgabe
Finanzbehörde Hamburg	Freie und Hansestadt Hamburg, Finanzbehörde
Finanzsenatorin Bremen	Die Senatorin für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen
Grdlg. VerwR I	<i>Hoffmann-Riem</i> , Wolfgang/ <i>Schmidt-Aßmann</i> , Eberhard/ <i>Voßkuhle</i> , Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I (Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation), 2. Aufl., München 2012
HGR II	<i>Merten</i> , Detlef/ <i>Papier</i> , Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II (Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I), Heidelberg 2006
HStR	<i>Isensee</i> , Josef/ <i>Kirchhof</i> , Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
KVG	Kommunalverfassungsgesetz
LHOen	Landeshaushaltsordnungen
MdF	Ministerium der Finanzen
Mff	Ministerium für Finanzen
MüKo	Münchener Kommentar
PPP	Public Private Partnership
SfF Berlin	Senatsverwaltung für Finanzen Berlin
StatBA	Statistisches Bundesamt
StMF Bayern	Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat
StMF Sachsen	Staatsministerium der Finanzen des Freistaates Sachsen

VV-BHO Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) v. 14.03.2001, GMBL., S. 307, zuletzt geändert durch BMF-Rundschreiben v. 15.01.2015, GMBL., S. 110.

Hinsichtlich der sonstigen Abkürzungen wird auf *Kirchner; Hildebert (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 7. Aufl., Berlin/Boston 2013, verwiesen.

1. Teil

Einleitung

§ 1 Einführung, Eingrenzung und Gang der Untersuchung

Der Staat übt in vielerlei Hinsicht wirtschaftlich relevante Tätigkeiten aus. Üblicherweise wird er im Wirtschaftsverwaltungsrecht in die Kategorien des (klassischen) Regulierers, des Nachfragers oder des Anbieters eingeteilt.¹ Diese Erscheinungsformen finden sich angefangen von der kommunalen Ebene über die Landesebene bis hin zur Bundesebene. Auf jeder Ebene bestehen verschiedene Handlungsmöglichkeiten und es herrschen unterschiedliche Motivationen und rechtliche Rahmenbedingungen vor. Diese Dreiteilung gibt im Allgemeinen einen ersten Eindruck über die Verortung wirtschaftsrelevanten Staatshandelns. Der Wert liegt darin, dass die Einteilung an sich nicht nach dem Zweck der Tätigkeit, noch nach der Organisations- oder Handlungsform fragt. Vielmehr geht es allein um die Rolle des staatlichen Akteurs.

Als Nachfrager erhält der Staat eine Leistung und erbringt ein Entgelt. Angesprochen sind die Deckung des eigenen Bedarfs und die Vergabe öffentlicher Aufträge.² Auch die nachfragende Tätigkeit lässt sich bei natürlichem Verständnis als Teilnahme an der Wirtschaft begreifen. Typischerweise ist mit der staatlichen Wirtschaftsteilnahme aber nur das Anbieten durch den Staat gemeint, nicht auch das Nachfragen. Somit ist dieser Bereich gleichzeitig nicht Untersuchungsgegenstand. Er wird allenfalls kurz gestreift, sofern er für die Rechtsfragen bei der Wirtschaftsteilnahme von Bedeutung ist.

Als Anbieter erbringt der Staat eine Leistung am Markt, das heißt typischerweise Waren oder Dienstleistungen, und erhält dafür ein Entgelt.³ Er wird einem

¹ Vgl. *Klein*, Teilnahme, § 1 passim; *Wilke/Schachel*, WiVerw 1978, 95 (95 Fn. 1); *Stober*, ZHR 145 (1981), 565 (565 f.); *ders.*, BB 1989, 716 (716); *Berg*, GewArch 1990, 225 (225); *D. Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1090); *ders.*, Jura 1999, 212 (212); *ders.*, Gutachten, S. 11; *Storr*, Unternehmer, S. 3 a.E. f.; *Masing*, EuGRZ 2004, 395 (395); *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, VerwRI, § 23 Rn. 40; *Maurer*, Allg. VerwR, § 3 Rn. 18 ff.

² Etwa BVerfGE 116, 135 (150) – Vergaberecht; BVerwGE 129, 9 (13, Rn. 6), „Nachfrager“; *Stober*, Allg. WirtVerwR, § 24 II.; *ders.*, BB 1989, 716 (716), jeweils „Verbraucher“.

³ *Badura*, FS Schlochauer, S. 3 (3 f.); *Dickersbach*, WiVerw 1983, 187 (190); *Berg*, GewArch 1990, 225 (225); *J.-P. Schneider*, DVBl 2000, 1250 (1250); *P.M. Huber*, FS

Privaten vergleichbar tätig und nimmt am Wettbewerb teil.⁴ Aufgrund dieses Vergleichs wird die staatliche Wirtschaftsteilnahme regelmäßig mit dem Begriff der Erwerbswirtschaft assoziiert – einem Verhalten, das auf die Erwirtschaftung von Einnahmen gerichtet ist. Synonym finden sich daher auch Bezeichnungen wie Unternehmer, unternehmerisch, gewerblich, Wettbewerber, Wettbewerbsteilnahme usw., die aber mehr in Richtung einer Gewinnerzielungsabsicht deuten und weniger von dem soeben erwähnten formalen Begriff des Anbietens als Wirtschaftsteilnahme ausgehen. Für die Untersuchung wird im Interesse einer zunächst allgemeinen Erfassung wirtschaftsrelevanter Tätigkeit von jenem weiten, formalen Begriff ausgegangen.

Der verbleibende Bereich der wirtschaftsrechtlichen Regulierung ist an sich schwierig zu definieren, gleichwohl aber zum Staat als Nachfrager und Anbieter durchaus abgrenzungsfähig. Dies gelingt gut, wenn Regulierung auf die Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur zentriert wird.⁵ Abgesehen davon, kann auch nach einem engeren und weiteren Regulierungsbegriff differenziert werden, wobei beim engeren der Staat auf das Marktgeschehen Einfluss nimmt, um einen bestimmten Wettbewerb auszuschalten, wohingegen der weitere Regulierungsbegriff jedwedes Einwirken des Staats durch sein wirtschaftsrechtliches Instrumentarium auf die private Wirtschaft umschreibt.⁶ So meint Regulierung in einem weiten wirtschaftsrechtlichen Sinn das Einwirken des Staats auf private Wirtschaftssubjekte.⁷ Gleichzeitig ist jedoch auch die eigene Wirtschaftsteilnahme nicht frei von Ein- und Auswirkungen auf private Wirtschaftssubjekte. Weitere Abgrenzung verspricht insofern eine instrumentelle Betrachtung des Staats als Regulierer. Schlagwortartig lässt sich mit „Wirtschaftsplanung, -förderung und -lenkung oder -aufsicht“⁸ eine derartige Konkretisierung versuchen. Hierzu zäh-

Badura, S. 897 (899); *Franz*, Gewinnerzielung, S. 54; *P.M. Huber*, in: Schoch, Bes. VerwR, 3. Kap. Rn. 258; *Wollenschläger*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öff. WettbewerbsR, § 6 Rn. 5.

Eine Verengung auf den zivilrechtlichen Kauf- und Dienstvertrag findet entgegen der Formulierung nicht statt. Es soll nur ausgedrückt werden, dass für eine körperliche oder unkörperliche Leistung ein Entgelt gezahlt wird.

Markt im Sinne der Definition der Wirtschaftsteilnahme sei das abstrakte Zusammenreffen einer Vielzahl von Angeboten und Nachfragen der Marktteilnehmer insgesamt, vgl. dazu *Stober*, Allg. WirtVerwR, S. 30 und *Martinek*, in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, § 2 Rn. 9.

⁴ Vgl. hier nur *Schliesky*, Öff. WettbewerbsR, S. 22 ff.; *Masing*, EuGRZ 2004, 395 (395); *Stober*, Allg. WirtVerwR, § 24 II.

⁵ *Ziekow*, Öff. WirtR, § 13 Rn. 5; *Ruthig/Storr*, Öff. WirtR, Rn. 25; *G. Kirchhof*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öff. WettbewerbsR, § 1 Rn. 4.

⁶ Siehe zu den Begrifflichkeiten nur *R. Schmidt*, Öff. WirtR AT, S. 48.

⁷ *Eifert*, in: Grdlg. VerwRI, § 19 Rn. 4 f.; *R. Schmidt*, Öff. WirtR AT, S. 48; krit. *G. Kirchhof*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öff. WettbewerbsR, § 1 Rn. 5.

⁸ *D. Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1090); siehe auch *Ziekow*, Öff. WirtR, § 3 Rn. 3; *Ruthig/Storr*, Öff. WirtR, Rn. 22 ff., Rn. 27 ff.; *H. H. Klein*, Teilnahme, S. 15 f.

len auch Subventionen, Genehmigungsvorbehalte und repressives Einschreiten, die allesamt aus dem Verständnis der Wirtschaftsteilnahme herausfallen.⁹

Im Ergebnis erfolgt die Einwirkung bei der Regulierung, im engeren oder weiteren Sinne, nicht durch die eigene staatliche Teilnahme, sondern die Teilnehmer werden von außerhalb des Marktes beeinflusst.¹⁰ Dies resultiert zum Teil ebenfalls, wenn auch nicht zwingend, aus dem Wandel des Staats vom „Leistungserbringer zur Regulierungsinstanz“ im Prozess der Privatisierung.¹¹ Folglich ist die staatliche Regulierung gewissermaßen das Gegenteil zur staatlichen Wirtschaftsteilnahme. Des Weiteren fehlt rein regulierenden Tätigkeiten in der Regel bereits das Merkmal der Entgeltlichkeit. Dem entspricht es auch, wenn als Merkmale der Regulierung und des Regulierungsrechts neben weiteren hervorgehoben wird, dass hoheitlich auf den Wettbewerb eingewirkt wird und diese Einwirkung eine staatliche Eigenvorname entbehrlich machen soll.¹² Reguliert der Staat, ist er nicht gleichzeitig Adressat der Regulierung.¹³ Das Regulierungsrecht ist außerdem weniger von einem Leistungsaustausch zwischen Staat und Bürger geprägt, sondern hat tendenziell einseitigen Charakter. Mögen manche Mittel bisweilen auch privatrechtlich-kooperativer Natur sein, sind sie gerade nicht gemeint, wenn vorliegend von staatlicher Wirtschaftsteilnahme die Rede ist. Einseitig zweckgerichtete, mithin hoheitliche Regulierung kann von Privaten nicht erbracht werden, sieht man vom hier nicht zu behandelnden Sonderfall der Beleihung ab. Letztlich ist die Regulierung ebenfalls kein Untersuchungsgegenstand.

Auch wenn die Subventionierung bei abstrakter Betrachtung einem Leistungsaustausch ähnelt, weil dem Subventionsempfänger Leistungen übertragen werden, um ihn quasi zu einer „Gegenleistungen“ zu veranlassen, zählt sie zur Regulierung und nicht zur Wirtschaftsteilnahme.¹⁴ Dass die äußere Gestalt ein privatrechtlicher Vertrag sein kann, ändert daran nichts, sondern ist nur Handlungsform zur Aufgabenerfüllung. Außerdem wird bei der Subventionierung von außen kraft staatlichen Wesens auf den vorhandenen wirtschaftlichen Wettbewerb eingewirkt, um in bestimmten Bereichen einen Lenkungseffekt zu erzielen.¹⁵ Dort

⁹ Vgl. auch *Schricker*, Wirt. Tätigkeit, S. 3 f.

¹⁰ Vgl. auch *R. Schmidt*, Öff. WirtR AT, S. 48, der die „fiskalischen Aktivitäten“ vom Regulierungsbegriff ausklammert; *Ruthig/Storr*, Öff. WirtR, Rn. 23, 27.

¹¹ *Ruthig/Storr*, Öff. WirtR, Rn. 23; Zitat von *Umbach*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 87f Rn. 20.

¹² *Ruffert*, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, § 7 Rn. 58; *G. Kirchhof*, in: *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öff. WettbewerbsR, § 1 Rn. 6.

¹³ Freilich gilt die staatlicherseits erfolgte Regulierung der Wirtschaft auch für den Staat, wenn er als Wirtschaftsakteur agiert. Dazu zwingt schon der Vorrang des Gesetzes aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG.

¹⁴ Vgl. Fn. 9.

¹⁵ *D. Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1090); *Storr*, Unternehmer, S. 2; *Wollenschläger*, in: *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öff. WettbewerbsR, § 6 Rn. 7; *G. Kirchhof*, in: *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öff. WettbewerbsR, § 1 Rn. 15 ff.