Dritter Beratungsgegenstand:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

1. Bericht von Prof. Dr. Wolfgang Löwer, Bonn

Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	417
II.	Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit des Staates	418
	1. Gemeinwohlgebundenheit und Erwerbswirtschaftlichkeit	418
	2. Erfordernis eines unmittelbaren Gemeinwohlbezugs	420
	3. Stützende positiv-rechtliche Anhalte im Grundgesetz	420
	4. Zwischenergebnis	423
	5. Abhängigkeit staatlichen Wirtschaftens von einem	
	öffentlichen Zweck	424
	6. Vorrang regulierter Privatwirtschaftlichkeit vor	
	staatlicher Marktteilnahme?	427
III.	Formale Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher	
	Marktteilnahme	432
IV.	Besondere Probleme der gemeindlichen Wirtschafts-	
	teilnahme	434
	1. Zulässigkeit der Erwerbswirtschaftlichkeit kraft	
	Art. 28 Abs. 2 GG?	434
	2. Konsequenzen der Eingliederung der Gemeinden	
	in den Staat für die Autonomie der Aufgabenwahl	435
	3. Gemeindegebietsübergreifende Versorgungsaktivitäten .	436
	4. Öffentlicher Zweck, Subsidiarität und Verhältnis-	
	mäßigkeit im Gemeindewirtschaftsrecht	438
V.	Steuerungs- und Rechtsformprobleme öffentlicher	
	Unternehmen	440
	1. Rigidität der Konsequenzen des Demokratieprinzips	440
	2. Abmilderungen über den Gedanken funktions-	
	gerechter Organstruktur	443
	Abwehransprüche und Rechtsschutz	444
VII.	Europarechtliche Implikationen	448

I. Einleitung

Sollen wir uns mit der Stadtwerke Leipzig GmbH freuen? Ihr "Wachstumspotential für die Zukunft" gewinnt sie unter anderem dadurch, daß sie "verschiedene Vorhaben" in China, Aserbaidschan, der Mongolei, Polen und Tschechien angeschoben hat. Einzelheiten möchte der Vorstand der Öffentlichkeit gegenüber noch nicht nennen¹. Ein kommunales Unternehmen "schiebt" etwas der Öffentlichkeit Unbekanntes in der Mongolei an mit Wachstumspotential für die Zukunft!

Die Beispiele lassen sich fast beliebig vermehren: Beteiligung der Stadtwerke und der Sparkasse Köln an dem Fernsehsender VOX², der Aufbau kommunaler Telekommunikationsdienstleister³, die Errichtung eines Multi-Media-Parkes des Zweiten Deutschen Fernsehens⁴, die Altautoverwertung durch ein kommunales Unternehmen⁵, das kommunale Angebot von Grün-Dienstleistungen an Private usw.⁶ Für die Landesund Bundesebene sind expansive Tendenzen bei der wirtschaftlichen Betätigung gegenwärtig weniger zu beobachten. Hier stehen in der aktuellen Diskussion gemeinschaftsrechtliche Überformungen von traditionell vorfindlichen Unternehmen im Vordergrund, aber auch Strukturprobleme politischer Kontrolle (Stichwort: WestLB)⁷.

Wie aus den Beispielen⁸ ersichtlich verstehe ich das Thema als Frage nach Inhalt und Grenzen der Wirtschaftssubjektivität des Staates als

¹ FAZ vom 6. Juli 2000 Nr. 154, S. 23.

² Zum ,Vox-Engagement' der Kölner Stadtwerke s. *Ehlers* Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, 497 (503) sowie *Held* Ist das kommunale Wirtschaftsrecht noch zeitgemäß, WiVerw 1998, 264 (274).

³ S dazu die Hinweise bei *Held* in: Held u. a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 107 GO Anm. 10 sowie die Hinweise bei *Löwer* Der Fall Gelsengrün, 1997, 46f.

⁴ S dazu LG Mainz, AfP 2000, 482; dazu C. E. Eberer, in: Fs. f. W. Rudolf, 2001, S. 99.

⁵ S zuerst LG Wuppertal, DVBl. 1999, 939, aufgehoben von OLG Düsseldorf, vom 28. Oktober 1999 – 2 U 7/99 – (n. rkr.).

⁶ S dazu OLG Hamm, NJW 1998, 3504 m. Anm. *Tettinger* = JuS 1991, 191 (Emmerich) = JZ 1998, 576 m. Anm. *Martin Müller*.

⁷ LTNRW Drucks 17/470: Zwischenbericht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses IV betreffend: "Benutzung von eigenem oder gecharterten Flugzeugen der WestLB"; s. dazu auch *Löwer* Hybris gegenüber dem Parlament und dem Recht, FAZ, v. 13.3.2000 (Nr. 61/200), 12.

⁸ S außerdem OLG München, Urteil v. 20. April 2000 – 6 U 4072/99: Erfolgreiche Abwehrklage eines Elektrohandwerkers gegen den Versuch der Münchener Stadtwerke (GmbH) z.B. auf dem Oktoberfest selbst die Elektroinstallationen für die Marktstände vornehmen zu wollen; weit. Hinw. bei W. B. Schünemann Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betäti-

Frage nach seiner eigenwirtschaftlichen Betätigung im Sinne der bekannten *Popitz*'schen Formel⁹. Die wichtigsten ökonomischen Wettbewerbsschübe sind im übrigen in diesem Zusammenhang dadurch ausgelöst, daß die monopolistisch strukturierten Daseinsvorsorgeunternehmen nationalen Zuschnitts ihre Leistungen grenzüberschreitend anbieten wollen. Hier ist die Entwicklung auf den Energieversorgungsund Telekommunikationsmärkten¹⁰ beispielgebend.

II. Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit des Staates

1. Gemeinwohlgebundenheit und Erwerbswirtschaftlichkeit

Eine Aussage gilt für die wirtschaftliche Betätigung des Staates, in welcher organisatorischer Gestalt sie auch immer anzutreffen ist: Eine Betätigung nur um des Erwerbszwecks willen, nur um des Gewinnes willen ist verfassungsrechtlich unzulässig – trotz der Allzuständigkeit des Staates.¹¹ Diese Allzuständigkeit in der Aufgabenwahl ist nämlich nicht frei von verfassungsrechtlichen Bindungen. Diese folgen aus den unterschiedlichen Baugesetzen der Staatlichkeit auf der einen Seite¹² und der Individuen in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit auf der anderen Seite: Dem Staat ist das Prinzip, Freiheit' vorenthalten; er ist kon-

gung der öffentlichen Hand, 1999, 41 ff. in Fn. 2-19; s. auch die Studie von Markus Heintzen, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, 1998.

⁹ Popitz Gutachten, erstattet der Studiengesellschaft für den Finanzausgleich, Berlin 1932, 49: Konkurrenzwirtschaft des Staates solle vorliegen, wenn es um Leistungsangebote gehe, die "ihrer Art nach auch durch Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung in den allgemeinen Verkehr gebracht zu werden pflegen."

¹⁰ S dazu *Lukes* Energierecht, in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Teil M sowie etwa für das Postrecht v. *Danwitz* in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2000, EuGrdl. (79 ff.).

¹¹ Diese Sicht entspricht der h.L. in der Lit.: s. etwa Hidien Gemeindl. Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und öff. Zweck kommunaler wirtschaftl. Unternehmen, 1981, 138 ff.; Burmeister Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung, in: Püttner (Hrsg.), HdBKommWissPrax V, 2. Aufl. 1984, 3 (42 f.); Scholz in: Maunz-Dürig, GG, Art. 12 Rn 403; v. Arnim Rechtsfragen der Privatisierung (Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler 82), 1995, 73; Löwer (Fn. 3) 64; Ronellenfitsch Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HStR III, 1988, § 84 Rn 32 ff.; zuletzt umf. mit sorgfältiger Begr. Hösch Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, 2000, 62 f.; zusammenfassend ders DöV 2000, 393 ff.; w.Nachw. bei Selmer Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Unternehmergrundrechte, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftl. Betätigung der öff. Hand, 2000, 75 (88) Fn. 62.

¹² Grundlegend Isensee Der Staat 20 (1981) 160 (insbes. 168f.).

stituiert durch die Pflicht, das gemeine Wohl zu fördern; nur Individuen sind "Freie und Gleiche".

Weil die Einzelnen frei und gleich sind, verhalten sie sich ökonomisch als Wettbewerber, in dem der eine seine Freiheit gegen die Freiheit des anderen durchzusetzen versucht. Das "Entdeckungsverfahren des Marktes" ist nichts anderes als das Verhalten der Einzelnen in Freiheit.¹³ Wettbewerb aus der Sicht des Grundgesetzes ist Resultante der Freiheit der Bürger, Güter anzubieten und zu erwerben. Wettbewerb ist also der Wettbewerb unter Privaten. Wettbewerb ist aus der Sicht der Verfassung nicht ein vorgegebenes institutionelles Gebäude (anders im einfachen Recht des GWB, des UWG und im europäischen Gemeinschaftsrecht). das etwa der Regel folgte, jeden Marktteilnehmer zu akzeptieren, der sich wie ein Wettbewerber verhält: Wettbewerb ist vielmehr Ausdruck privater Autonomie. Folgt der Wettbewerb dem Bauprinzip "Freiheit", ist er Wettbewerb unter Privaten. Dann ist der Staat kein geborener Mitspieler. Wenn er als Marktteilnehmer auftreten will, ist das Intervention¹⁴ und nur rechtfertigungsfähig aus seinem Bauprinzip, der Kompetenz zur Erfüllung von Staatsaufgaben.

Wegen dieser baugesetzlichen Unterschiedlichkeit ist der Staat nur teilrechtsfähig. Er ist an eine limitierte Zwecklichkeit gekettet trotz seiner Befähigung, sich in eigener Verantwortung diejenigen Aufgaben stellen zu dürfen, die er wegen der zu bewältigenden Lagen für erforderlich hält. Das "Für-Erforderlich-Halten-Dürfen" ist durch die Grundrechte und Schranken der Gemeinwohlbezogenheit begrenzt. Diese Bindung an die objektive Gemeinwohlverpflichtung wird zwar nicht gerade häufig entscheidungsrelevant, aber sie existiert und wird z. B. in dem Verbot eigennützigen und dem Gebot fremdnützigen Amtswalterhandelns auch permanent praktisch. Wann immer der Staat tätig wird, muß er also eine Aufgabe mit Gemeinwohlbezug benennen können. Benennt der Staat als sein Ziel, er wolle Geld durch Marktteilnahme verdienen oder ist er zu anderen Zielformulierungen überzeu-

¹³ Hösch (Fn. 11), 18: "Die Grundrechte konstituieren den Wettbewerb als Koordinationsverfahren und nicht umgekehrt."

¹⁴ Das ist für jene Autoren selbstverständlich, die in der Marktteilnahme des Staates einen Grundrechtseingriff sehen (s. nur Selmer [Fn. 11]); das leugnen Autoren, die von einer prinzipiellen Berechtigung des Staates zum Wirtschaften ausgehen; s. z.B. Hellermann Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 208 f., der die Bindung kommunalen Wirtschaftens an einen öffentlichen Zweck für einen (allerdings zulässigen) Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie hält; s. auch Petri in: Thieme (Hrsg.), NdsGO, Kommentar, 3. Aufl. 1997, § 108 Rn 6.

¹⁵ S nur Burmeister (Fn. 11), 44.

¹⁶ S nur Krüger Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 760 f.

gend nicht in der Lage, liegt auf der Hand, daß unmittelbar damit keine drittnützigen Interessen gefördert werden.

In Betracht käme zur Rechtfertigung schierer Erwerbswirtschaftlichkeit nur ein mit dem Geldverdienen verbundener instrumenteller (mittelbarer) Gemeinwohlbezug.

2. Erfordernis eines unmittelbaren Gemeinwohlbezugs

Warum soll aber ein mittelbarer Gemeinwohlbezug – Einnahmenmehrung für den Staat – nicht ausreichen, um erwerbswirtschaftliche Marktteilnahme des Staates zu legitimieren? Die Antwort liegt auf der Hand: Der Staat würde so um der Finanzierung seiner Aufgaben willen gewinnen, was er nicht hat: Freiheit. Wie das Bundesverfassungsgericht zurecht judiziert, muß dem Staat der Grundrechtsschutz für sein Eigentum vorenthalten bleiben,¹⁷ weil grundrechtlich nicht das Privateigentum sondern das Eigentum Privater geschützt ist. Eigentum in der Hand des Staates ist durch seine Aufgabennützigkeit legitimiert, nicht durch seine Ertragskraft. Die Grundrechte schützen nicht Privatautonomie sondern die Autonomie Privater¹⁸ und weiter ist eben hinzuzufügen, daß Wettbewerb der Wettbewerb Privater ist. Auch aus der Privatrechtsfähigkeit des Staates folgt kein kompetenzbegründender "Wert".¹⁹ Die Marktteilnahme des Staates muß folglich unmittelbar dem Gemeinwohl dienen.

3. Stützende positiv-rechtliche Anhalte im Grundgesetz

Dieses Ergebnis wird aus vier weiteren grundgesetzlichen normativ verankerbaren Erwägungen gestützt (es handelt sich also nicht nur um staatstheoretische Argumente):

Zum einen: Wer für die erwerbswirtschaftliche Marktteilnahme argumentiert, tut das mit dem Evidenzargument, daß eine Erhöhung der Einkünfte doch angesichts der Finanzlage der öffentlichen Körperschaften immer willkommen sein muß.²⁰ Dagegen spricht, daß die

¹⁷ Leitenscheidung BVerfGE 61, 82 (105-109) - Sasbach in Anschluß an BVerfGE 45, 63 (79 f.) - Hameln; bestätigt in BVerfGE 75, 192 - Sparkassen.

¹⁸ Schmidt-Aβmann/Krebs Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 1988, 77.

¹⁹ S nochmals Burmeister (Fn. 11), 42 f. und 44.

²⁰ S etwa *Petri* (Fn. 14) mit der Attitüde des "Warum-denn-eigentlich-nicht?" oder *Cronauge* in: Rehn/Cronauge, GO NW, Kommentar, 2. Aufl. 1996ff.; § 107 Anm. I 3; s. weiter *Otting* DVBl. 1997, 1258 (1260ff.); *Steckert* StT 1996, 281 (282); *Moraing* WiVerw 1998, 233 (252).

Finanzierung solcher Erwerbsaktivitäten ohne Eigenkapital, das aus Steuermitteln stammt, nicht denkbar ist. Steuern werden dem Staat aber nur zum Zwecke der Staatsaufgabenfinanzierung zugewendet und nicht als Finanzanlage. Auch das Bundesverfassungsgericht hat gelegentlich betont, daß die Steuermittel dem Staat zur Verwendung für das gemeine Wohl anvertraut sind²¹ – also nicht als Wagniskapital zur Generierung weiterer Einkünfte. Wird das Gewinnziel nämlich nicht erreicht – und das ist bei schierer Marktteilnahme immer ins Kalkül zu ziehen – werden Steuermittel ohne Gemeinwohlförderung verbraucht²² und es müssen sogar noch Steuermittel zur Verlustdekkung eingesetzt werden, weil der Staat mindestens faktisch sein Unternehmen nicht einfach in Konkurs fallen lassen wird. Der Zweck der Steuer steht der Erwerbswirtschaftlichkeit also entgegen.

- Zum zweiten: Soweit Gewinneinkünfte grundgesetzlich als möglich gedacht sind, ist das normativ vorgesehene Mittel das Finanzmonopol (Art. 105 Abs. 1 Nr. 1 GG). Dieses setzt zwar eine Privatinitiative ausschließende Eigenmarktteilnahme des Staates voraus, stellt sich aber sachlich als besondere Erhebungsform von Verbrauchsteuern dar²³ (so daß übrigens der risikolose positive Ertrag aus dem Monopol auch gesichert ist). Davon abgesehen können neue Finanzmonopole kaum mehr erfolgreich begründet werden, weil sie grundrechtlich aus dem Finanzierungszweck heraus nicht begründungsfähig sind,24 so daß nur überkommene Finanzmonopole noch fortbestehen können. Diese eigenwirtschaftliche Finanzierung hat also grundgesetzlich keine Zukunft. Auch Art. 110 Abs. 1, 134 und 135 GG sind keine positiv-rechtlichen Gegenargumente: Art. 110 Abs. 1 GG setzt Unternehmen voraus.²⁵ legitimiert aber nicht bestimmte Unternehmenszwecke; Art. 134 und 135 verteilen 1949 vorhandenes Vermögen, rechtfertigen aber ebenfalls keine Zwecksetzungen staatlichen Handelns.26

²¹ BVerfGE 44, 125 (143) - Öffentlichkeitsarbeit der Regierung.

²² S etwa die erheblichen Verluste beim Vox-Engagement der Kölner öffentlichen Hand, oben Fn. 2.

²³ Zutr. Siekmann in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 105 Abs. 1 Nr. 1 Rn 16; Heun in: Dreier (Hrsg.), GG, Band III, 2000, Art. 105 Rn 32.

²⁴ Siekmann wie vor, Heun wie vor; Maunz in: Maunz-Dürig, GG, Art. 105 Rn 38.

²⁵ Art. 110 Abs. 1 Satz 1, 2. Hs. GG erlaubt lediglich eine Durchbrechung des Brutto-Prinzips zu Gunsten der Saldierung von Einnahmen und Ausgaben (Nettoveranschlagung) angesichts des schon 1949 vorfindlichen Sondervermögens (1949 z.B.: [Reichs-]Bahn und [Reichs-]Post) und der Bundesbetriebe (1949 z.B.: [Reichs-]Drukkerei).

²⁶ Gusy JA 1995, 166 (167).

- Den dritten Beleg liefert Art. 15 GG: Auch hier ist es einigermaßen unstreitig, daß die Kompetenz zur staatlichen Trägerschaft für vergemeinschaftete Unternehmen sachlich limitiert ist.²⁷ Der Erwerbszweck genügt nicht für die Sozialisierung und das - vergesellschaftete - Unternehmen darf nicht mit der alleinigen Zwecksetzung der Erwerbswirtschaftlichkeit geführt werden.²⁸ Der Zugriff des Staates auf Erwerbsunternehmen (das sind die sozialisierungsfähigen Unternehmen in privater Hand) ist zwar grundgesetzlich vorgesehen, er ist aber zugleich nach Form und Inhalt durch Art. 15 GG begrenzt. Das bedeutet, daß das Modell der "Wirtschaftsdemokratie" im Sinne der gewerkschaftlichen Programmatik der Weimarer Zeit²⁹ nicht mehr in den Bahnen der Verfassung fortgedacht werden kann: "Kalte Sozialisierung",30 wie damals die Gegner des Modells den wachsenden Sektor staatlichen Wirtschaftens genannt haben, ist wegen der Formenstrenge der Verfassung kein zulässiger Einstieg in eine punktuell verstaatlichte Wirtschaft, insbesondere nicht in eine staatliche Erwerbswirtschaft.

Der Satz von der Offenheit des Grundgesetzes in Fragen der Wirtschaftsverfassung,³¹ für den Hauptbeleg die Sozialisierungsbefug-

²⁷ Zur Rechtfertigungslast der Sozialisierung s. *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 15 Rn 39; *Wendt* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 14 Rn 14.

²⁸ Wendt wie vor, Rn 5; Depenheuer wie vor, Rn 16.

²⁹ S die Programmschrift für den ADGB "Wirtschaftsdemokratie" von *Fritz Naphtali* (in Zusammenarbeit u.a. mit *Fritz Baade, Hugo Sinzheimer, Gustav Warburg*), 1928.

³⁰ S zum Wachstum der Wirtschaft bis Mitte der 20er Jahre die Denkschrift der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft: Sogemeier Die öff. Hand in der privaten Wirtschaft. Ein Überblick, 1926, mit einer Resolution der Spitzenverbände (im Anhang S. 92 ff.); ein Überblick des erzielten Standes kommunaler und staatlicher Wirtschaftsaktivität gibt das von Walther Pahl und Kurt Mendellssohn im Auftrag der Gewerkschaften bearbeitete "Handbuch der öffentlichen Wirtschaft", 1930. Zum Schlagwort der "Kalten Sozialisierung" s. die Studie von Carl Böhret, Aktionen gegen die "kalte Sozialisierung", 1926 bis 1930, 1966. Das Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel und das Weltwirtschaftsarchiv hatten übrigens unter dem Eindruck der Auseinandersetzung um staatliche Eigenwirtschaft 1926 ein Preisausschreiben veranstaltet mit dem Thema: "Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung von Reich, Ländern und Kommunen in Deutschland." Mehr als ein 3. Preis konnte allerdings nicht vergeben werden, was beweist, daß das Institut offenbar kein befriedigend lösbares Thema gestellt hatte (s. Böhret a.a.O., 92). An diesen Befund hat sich vielleicht bis heute nichts geändert.

³¹ BVerfGE 4, 7 (17f.); 7, 377 (400); 50, 290 (336ff.); s. aus der Literatur etwa *Stober* Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 5 I m.w.N.; *Schliesky* Öff. Wirtschaftsrecht, 2000, 16ff.; s. auch *Papier* Soziale Markwirtschaft – ein Begriff ohne

- nis³² ist, der zu den Gemeinplätzen des deutschen Staatsrechts gehört, ist was für Gemeinplätze meistens gilt –, nicht falsch, aber eben auch zu allgemein.
- Es sei viertens hinzugefügt: Die Finanzverfassung vermittelt die Einsicht, daß das Grundgesetz die Finanzierung der Staatsaufgaben ganz auf die Partizipation am privaten Wirtschaftserfolg setzt, der Staat sich also durch Abgaben finanziert.³³ In dieser Richtung sind auch Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zu lesen,³⁴ was aber natürlich immer nur Prinzip ist, folglich durchbrechbar,³⁵ Das spielt aber hier keine Rolle, weil das Prinzip die Idee, der Staat könne um des Gewinnes willen tätig werden, delegitimiert.

Gelegentlich wird dem entgegengehalten, gerade wenn der Staat sich seine Mittel doch im Wege des Steuereingriffs verschaffen könne, sei auch die Eigenwirtschaft als sozusagen milderes, die Besteuerung partiell vermeidendes Mittel zulässig. ³⁶ Eine solche Argumentation übersieht, daß die Besteuerung auf materiellen Ertrag früherer Freiheitsbetätigung zugreift, während die Marktteilnahme des Staates – je nach Intensität – möglichen Freiheitsgebrauch verdrängt oder behindert. Der suggerierte Erst-recht-Schluß ist folglich brüchig.

4. Zwischenergebnis

In der Unterscheidung von Kompetenz und Freiheit drückt sich auf hohem Abstraktionsniveau verfassungsrechtlich die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aus.³⁷ Trotz Allzuständigkeit in der Aufga-

verfassungsrechtliche Relevanz?, in: Nörr/Starbatty (Hrsg.), Soll und Haben – 50 Jahre soziale Markwirtschaft, 1999, 95 ff.

³² S zu Art. 15 als "Offenhalten alternativer Wirtschaftsformen" Depenheuer (Fn. 27), Rn 2

³³ Grundlegend *Isensee* Steuerstaat als Staatsform, in: Hamburg – Deutschland – Europa. Fs. f. *H.P. Ipsen* 1977, 409 ff.; das Argument hat eine gewisse Konjunktur bei der Frage nach den Grenzen staatlicher Eigenwirtschaft: s. die Hinw. bei *Selmer* (Fn. 11), S. 88 m. Fn. 63.

³⁴ BVerfGE 78, 249 (266f.); 82, 159 (178); 93, 121 (134); 93, 319 (342).

³⁵ Das "Prinzip" läßt noch Raum zur Erschließung anderer Erwerbsquellen, ohne den Steuerstaat in seiner verfassungskräftigen Substanz zu gefährden (so *Selmer* [Fn. 11], S. 89); ähnlich *Hellermann* [Fn. 14], 154f.).

³⁶ Hellermann (Fn. 14), 154.

³⁷ Zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft s. grundlegend *Böckenförde* Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, 1973; *Isensee* (Fn. 12); *Mikat* Zur begrifflichen Unterscheidung von

benwahl ist Staatsgewalt limitiert, weil sie im Verhältnis zum Prinzip Freiheit nach dem Gemeinwohlprinzip inhärenten Rationalitätsgebot den Aufgabenzugriff rechtfertigen muß. Allzuständigkeit ist nicht Totalität der denkbaren Zwecke. In der Sprache des Bundesverfassungsgerichts: "Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell umfassende Staatsgewalt verfaßt, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen".38

5. Abhängigkeit staatlichen Wirtschaftens von einem öffentlichen Zweck

Mit diesem Zwischenergebnis sind auch die weiteren Konsequenzen schon deutlich:

Mit dem Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit als Staatszweck ist der Ertrag einer langen finanzwissenschaftlichen und staatstheoretischen Debatte ein Stück weit verfassungsrechtlich eingefangen.

Für die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (wieder³⁹) expandierende Staatstätigkeit (Stichwort: Eisenbahn⁴⁰, aber auch Energieversorgung⁴¹) hatte *Adolph Wagner* als theoretische Richtschnur (soweit nicht weniger etatistische liberale oder durchgreifend sozialistische Positionen vertreten wurden) eine "allgemeine Regel" für die Staatstätigkeit formuliert: "Der Staat hat diejenigen Tätigkeiten zur Befriedigung der Bedürfnisse seiner Angehörigen zu übernehmen, welche weder die Privatwirtschaften (einschließlich der Erwerbsgesellschaften) noch freie Vereine noch andere Zwangsgemeinschaften (öffentliche Selbstverwal-

Staat und Gesellschaft und ihrem heutigen ordnungspolitischen Stellenwert (1977), zit. nach dem Wiederabdruck in: *Mikat* Geschichte – Recht – Religion – Politik (Hg. v. Giesen und Ruthe), 1. Band 1984, S. 345 f.; s. weiter aus der jüngsten Literatur *DiFabio* VVDStRL 56 (1997), 235 (264, 270, 273 ff.); *Kahl* Die Staatsaufsicht, 2000, 366 f. m.w.N. in Fn. 118 ff.; zur Argumentation aus der Staat-Gesellschaft-Formel für die Grenzen kommunaler Wirtschaftsteilnahme s. z.B. *Kluth* Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, 23 ff.; *Börner* Energie zwischen Staat und Gesellschaft, zit. nach dem Wiederabdruck in: *ders* Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, 2. Band (1977), 401 ff.; *Matthiesen* Staatliche Einwirkungen zur Sicherheit der Energieversorgung und ihre Grenzen, 1987, 23 f.

³⁸ BVerfGE 42, 312 (332).

³⁹ S dazu im Überblick z.B. Ambrosius Der Staat als Unternehmer, 1984.

⁴⁰ Zur Verstaatlichung der Eisenbahnen s. *Seidenfus* Verkehrswesen, Eisenbahnen, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band III, 1984, § 7, 358 ff.

⁴¹ Zur Geschichte der Energieversorgung s. *Löwer* Rechtshistorische Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung von 1880–1990, in: W. Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, 167 ff.

tungskörper) überhaupt oder welche alle diese nur weniger gut oder mit bedenklichen sozialen oder politischen Folgen oder nur kostspieliger ausüben können."⁴²

Nachdem der Staat und insbesondere die Gemeinden in der Weimarer Republik in Sektoren expandierten, die von dieser Regel nicht mehr gedeckt schienen, kam das Stichwort von der "Kalten Sozialisierung"⁴³ auf, das diesen Befund für die Politik handhabbar polemisch beschrieb. Nicht zuletzt wegen der Verluste für die Gemeindehaushalte (z.B. aus dem Betrieb kommunaler Banken), aber auch zum Schutze des Mittelstandes und des Handwerkes hat in diesem Sektor zunächst das Preußische Gemeindefinanzgesetz 1933⁴⁴ unter dem Eindruck des Finanzausgleichs-Gutachtens von *Johannes Popitz*⁴⁵ und dann die Deutsche

⁴² Wagner Art.: Staat (in nationalökonomischer Hinsicht), in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., 6. Band, 1901, 940 (950).

⁴³ S oben die Hinw. in Fn. 30.

⁴⁴ PrGS 1933, 442.

⁴⁵ Popitz Der zukünstige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, Berlin 1932. Dieser Zusammenhang mit den breiten Überlegungen zum Verhältnis von Gemeindewirtschaft und Privatwirtschaft am Ende der Weimarer Republik schützt das Gesetz auch davor – entgegen einer jüngst geäußerten unbedachten Meinung (Pagenkopf GewArch, 2000, 177 [179]) - als spezifisch nationalsozialistisch abgetan zu werden (zu diesen historischen Zusammenhängen s. etwa schon Löwer Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 79ff.). Der damalige Referentenkommentar zu dem Gesetz (Hettlage/Loschelder/Spielhagen Gemeindefinanzgesetz, 1934) faßt die Motive (312) wie folgt zusammen: Die Gemeindewirtschaft sei an einengende Vorschriften geknüpft worden, damit weitere unerwünschte Übergriffe auf das Gebiet der freien Wirtschaft in Zukunft unterblieben. Die Gemeinden hätten sich in der Vergangenheit häufig vorgestellt, sie könnten privatwirtschaftlich ebenfalls angebotene Leistungen besser und wirtschaftlicher erfüllen. Die Kommentierung fährt dann fort: "Nachdem in dieser Hinsicht viel Lehrgeld gezahlt worden ist, kommt das Gesetz auf den alten preußischen (in den angelsächsischen Ländern nie verlassenen) Zustand zurück, daß die Gemeinden nur dann als Träger von wirtschaftlichen Unternehmungen auftreten sollen, wenn zuvor geprüft worden ist, ob der gleiche Zweck nicht in anderer Hand ebenso gut oder besser erfüllt werden kann." Das ist die pragmatische Summe aus einer intensiven Weimarer Diskussion und nicht die Erfüllung nationalsozialistischer Ideologie. Wenn diese Regelung 1935 fortgeschrieben worden ist, zeigt das nur, daß insoweit die nationalsozialistischen wirtschaftspolitischen Vorstellungen dieser Rezeption nicht entgegenstanden. Es ist unübersehbar, daß außer aus sozialdemokratischer und sozialistischer Sicht wirtschaftspolitischer Handlungsbedarf in Richtung einer Rückführung des staatswirtschaftlichen Engagements in den 20er Jahren konstatiert worden war. (S. aus klassisch liberaler Sicht etwa von Mises Die Gemeinwirtschaft, 2. Aufl. 1932, 451 ff.; w. Hinw. zur gemäßigter liberaler Position bei Keller Die grundsätzlichen Auseinandersetzungen über die kommunale Wirtschaftsbetätigung in der Nachkriegszeit, Diss. rer. pol. Münster, 1936, S. 34ff. [auch unter Hinw. auf entsprechende Gesetzesinitiativen in Preußen in den 20er Jahren]; der Abschnitt in dieser zeitgenössischen

Gemeindeordnung 1935⁴⁶ die kommunale wirtschaftliche Betätigung an die Grundsätze der öffentlichen Zwecklichkeit, der Subsidiarität und der Proportionalität gebunden. Das geltende Gemeindewirtschaftsrecht und das staatliche Haushaltsrecht hat die Zweckabhängigkeit⁴⁷ ebenfalls ausdrücklich normiert.

Mit dem öffentlichen Zweck wird eine Schranke formuliert, die sich entsprechend dem Ausgeführten unmittelbar aus der Verfassung ergibt, die insofern also auch für den einfachen Gesetzgeber indisponibel ist. Diese Hochzonung des öffentlichen Zwecks als Verfassungsvoraussetzung wirtschaftender staatlicher Tätigkeit ist der erhöhten Wirkkraft der Grundrechte zu danken, die alle Staatsinitiative unter das Gebot stellt, ihren Gemeinwohlförderungszweck benennen zu müssen, weil es immer um die verfassungsgerechte Abgrenzung kompetenzerfüllter Staatlichkeit zum Sektor privater Autonomie geht, also um die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft.⁴⁸

Die Konsequenzen dieses Satzes sind durchaus bedeutsam: Wenn die Aufgabe z.B. der Westdeutschen Landesbank dahingehend beschrieben wird, daß ihr die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank sowie einer Sparkassenzentralbank obliegen, steht dahinter ein bestimmtes Tätigkeitsprofil, ein öffentlicher Zweck. Wenn sich dem die Feststellung anschließt, sie betreibe bankmäßige Geschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die ihren Aufgaben dienen (§ 38 SpkG NW), so wird damit die Westdeutsche Landesbank gleichwohl rechtlich nicht ertüchtigt, Deutsche, Dresdner oder Commerzbank zu spielen. Die Freisetzung für Bankgeschäfte aller Art gibt ihr nur flankierende Mittel zur Aufgabenerfüllung als Staats- und Kommunalbank in die Hand,⁴⁹ die aus guten Gründen den Sparkassen zum Schutze etwaiger Haftungsrisiken für die Gewährträger vorenthalten sind. Insofern fallen normative Lage und faktisches Verhalten bei den Landesbanken (und nicht nur dort) wohl auseinander. Jedenfalls wäre es aufschlußreich, sich das Beteiligungsge-

Arbeit über die "Stellung des Nationalsozialismus zu den Regelungen des Gemeindefinanzgesetzes" [76-80] vermag denn auch ein eigenes spezifisch nationalsozialistisches Konzept nicht zu Tage zu fördern).

⁴⁶ DGO v. 30. Januar 1935, RGBl. I, 49ff.

⁴⁷ S etwa § 65 BHO sowie § 7 BHO; dazu krit. Osterloh VVDStRL 54 (1995), 204 (220).

⁴⁸ Das erkennen alle jene Autoren implizit an, die in der staatlichen Wirtschaftsaktivität letztlich einen Eingriff in die Berufsfreiheit privater Wirtschaftsteilnehmer sehen (s. zuletzt Peter Selmer [Fn. 11], S. 75 [80f.] m.w.N.).

⁴⁹ Zur "Rechtsstellung der Landesbanken" s. die gleichnamige Arbeit von *Dörries* 1988.

schäft etwa der WestLB⁵⁰ dahingehend erläutern zu lassen, inwiefern es welche öffentlichen Zwecke flankiert, wenn das Land Nordrhein-Westfalen mittelbar etwa zu einem großen Reiseveranstalter avanciert. Da es auch beim wirtschaftenden Verwalten um die Wahrnehmung von Staatsaufgaben geht, ist z.B. auch der Verwaltungsausgriff solcher juristischer Personen auf das Ausland sub specie ihres Zweckes begründungsbedürftig;⁵¹ da eine Landesbank allzutändige Verbände unterstützt, sind hier Auslandsengagements vielfältigster Art denkbar (und im Gesetz auch vorausgesetzt).⁵² Der Rückbezug auf den öffentlichen Zweck muß aber auch hier möglich bleiben. Die Bank muß Gründe für ihr extraterritoriales Engagement angeben können, die jenseits ihrer Gewinnerwartung liegen.

Vorrang regulierter Privatwirtschaftlichkeit vor staatlicher Marktteilnahme?

Spannend ist die Frage nach weiterem Ertrag dieser Sicht, weil das Gemeinwohl als Zielgröße aus sich heraus keine durchgreifend limitative Wirkung entfalten kann. Es gelingt im demokratischen Verfassungsstaat nicht, eine auch Feinsteuerungskraft entwickelnde Staatsaufgabenlehre⁵³ zu entwickeln, so daß das Gemeinwohl nicht vorfindlich ist, sondern im Prozeß demokratischer Willensbildung erst formuliert wird.

a) Das schließt es nicht aus, negative – also nicht gemeinwohlfördernde Wirtschaftsmotivationen – im einzelnen Fall identifizieren zu können: Aus der Weimarer Zeit ist das Beispiel bekannt,⁵⁴ daß das Reich 1929 die Aktienmajorität an dem Filmhersteller "Emelka Münchener Lichtspiel-Kunst AG" erworben hat, was damals unter anderem damit begründet wurde, daß man angesichts des Kampfes der Reichsregierung gegen bevorstehende Volksbegehren verhindern müsse, daß die Öffentlichkeit durch die Filmwochenschau der sonst monopolistischen Ufa einseitig unterrichtet werde. Ein weiteres Beispiel wäre die Intervention durch Aktienkauf zur Abwehr einer bevorstehenden Übernahme eines deutschen Unternehmens durch ein in der EU domizilierendes ausländisches Unternehmen.

⁵⁰ Dazu Dörries wie vor, 151 ff.

⁵¹ In der Problembeschreibung vorzüglich, in der Sache anderer Ansicht *Hellermann* in: Offene Staatlichkeit. FS Böckenförde, 1995, 277 ff. m.w.N.

⁵² Dörries (Fn. 49), S. 166ff.

⁵³ S Link VVDStRL 48, (1990), 7 ff.

⁵⁴ S das Beispiel bei Saitzew Die öff. Unternehmung der Gegenwart, 1930, 107 f.

Es ist – jedenfalls zuvörderst – Aufgabe der parlamentarischen Willensbildung, die Argumentations- und Darlegungslast für die öffentliche Zweckverfolgung einzufordern. Auch eine etwaige "Begründungslyrik" ist nicht grenzenlos, entlarvt sich über das ihr innewohnende Rationalitätsdefizit leicht selbst und ist in diesem Fall dann sogar für eine Parlamentsmehrheit nicht mehr leicht durchzuhalten, wie der Fall WestLB jüngst verdeutlicht hat.⁵⁵

Grenzenlos niedrig dürfen die Zweckanforderungen im übrigen nicht gesetzt werden. So ist etwa das für die Landesbanken vorgetragene Argument "der Wettbewerbsstimulierung"⁵⁶ (für nicht monopolistische Märkte) problematisch, weil sich darin angemaßtes Fremdwissen über ein "richtiges" Wettbewerbsergebnis ausdrückt, das der Staat gar nicht kennen kann.

Die Aufgabenadaption muß positiv gerechtfertigt werden, was dann nicht leicht gelingt, wenn der Staat erstmals für eine bestimmte Aktivität in den Markt eintreten will. Es ist dann darzulegen, welche Mängel eine marktmäßige Versorgung gegenwärtig oder prognostisch aufweist, welche Bedürfnisse denn eigentlich mit dem Markteintritt befriedigt werden sollen (was eine andere Formulierung für den öffentlichen Zweck ist). So sind die Gründe für eine gesetzlich vermutete zulässige Markteilnahme der Kommunen im Telefondienstleistungssektor jenseits (überzeichneter) Annahmen hoher Gewinnintensität angesichts der vorhandenen Infrastruktur nicht nachvollziehbar, so daß sich die Verfassungsmäßigkeit von § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW nicht von selbst versteht.⁵⁷

b) Die grenzziehende Kraft des öffentlichen Zwecks ist gleichwohl nicht eindrucksvoll, weil sich "vernünftige Gründe" für staatswirtschaftende Aktivitäten durchaus finden lassen; das ist angesichts der Tradition staatlicher gemeinwirtschaftlicher Unternehmen unübersehbar. Diese Aktivitäten haben sich in der Vergangenheit auch zumeist um eine Legitimation jenseits der Gewinnerzielung (gegen die neben dem öffentlichen Zweck nichts einzuwenden ist) bemüht.

⁵⁵ LT NRW Drucks. 12/4870: Zwischenbericht des Parl. Untersuchungsausschusses IV: WestLB.

⁵⁶ Dörries (Fn. 49), 159 ff. m.w.N.

⁵⁷ Das Problem wird im Rahmen des Art. 87f GG schon unter dem Gesichtswinkel einer negativen Kompetenzschranke, die staatlicher, also auch gemeindlicher Aufgabenerfüllung entgegensteht, gesehen (Hinw. zum status controversiae bei *Windthorst* Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000, 203 f.; *Müller-Terpitz* NWVBI. 1999, 292 (293 f.) sowie *Gersdorf* AfP 1998, 470 (471 m.N. Fn. 12)).

Die Meßlatte der Legitimation könnte indes deutlich höher gelegt sein, wenn hinter dem Zweckerfordernis der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf staatliche Wirtschaftsaktivität anzuwenden wäre, der Staat also auch definierte Gemeinwohlzwecke nur nach Maßgabe der Erforderlichkeit verfolgen dürfte. Dabei sei nochmals daran erinnert, daß der Zweck der Erwerbswirtschaftlichkeit schon als verfassungsrechtlich unzulässig ausgeschieden ist und dieses Ergebnis nicht erst mit Erwägungen der Verhältnismäßigkeit begründet werden muß, die an den volkswirtschaftlichen Effizienzmängeln solcher Eigenwirtschaft anknüpfen könnten⁵⁸ und deren institutionenökonomische Mängel man gegen die Zulässigkeit solcher Erwerbswirtschaftlichkeit ins Feld führen könnte.⁵⁹

Die Frage ist dann, ob interventionistisch zweckgebundene wirtschaftende Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben sich dem wirtschaftswissenschaftlich fast geschlossen vorgetragenen Einwand stellen muß, an durchgreifenden Effizienzschwächen zu leiden. Es ist daran zu erinnern, daß beinahe⁶⁰ der gesamte wirtschaftswissenschaftliche Sachverstand in Deutschland den grundsätzlichen Abschied von staatlichen Unternehmen empfiehlt (Monopolkommission, Kronberger Kreis, Sachverständigenräte beim Finanz- und Wirtschaftsminister⁶¹) wegen des "Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen privater und staatlicher Tätigkeit". "Verhältnismäßigkeit heißt dann, daß spezielle staatliche Regulierungen Vorrang haben vor der unmittelbaren Wahrnehmung einer Aufgabe durch den Staat selbst".⁶² So hatte es als normative Pflicht auch im Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion gestanden.⁶³

⁵⁸ S dazu statt vieler: *Engel* Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung, in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1997, 145 (151 ff.).

⁵⁹ Dieser Einwand hat eine lange Tradition, Nachw. unten in Fn. 70.

⁶⁰ S etwa die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Unternehmen, Privatisierungsdogma widerspricht Sozialer Marktwirtschaft (Beiträge zur Öffentlichen Wirtschaft 13), 1994; s. weiter die Beiträge in Thiemeyer (Hrsg.), Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen, 1990.

⁶¹ S die Stellungnahmen der Monopolkommission: VIII. Hauptgutachten 1988/89, Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, 1990, BT-Drucks. 11/7582 Tz. 66; s. auch das IX. Hauptgutachten, BT-Drucks. 12/3031 Tz. 51 ff.; XI. Hauptgutachten, BT-Drucks. 13/5309, Tz. 105 ff., Tz. 115 i.V.m. Tz. 61 (zur "Rückverstaatlichung" im Telekommunikationssektor); Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft, Gesamtwirtschaftliche Orientierung bei drohender finanzieller Überforderung (BMWi Schriftenreihe Nr. 78), 1992, Tz. 22; Kronberger Kreis, Privatisierung auch im Westen (Frankfurter Institut für wirtschaftspolitische Forschung 26, Tz. 16).

⁶² Formulierung: Kronberger Kreis, wie vor.

⁶³ S Art. 1 Abs. 2, Art. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 11 i.V.m. dem Gemeinsamen Protokoll über Leitsätze (A II: Wirtschaftsunion); dazu Schmidt-Preuβ DVBl. 1993, 236; Badura

Die Frage des Vorrangs des regulierten Unternehmens vor der Eigenwirtschaft des Staates verweist zurück auf den Beginn der finanzwissenschaftlichen Debatte, soweit sie sich auf die ausdehnende Staatstätigkeit am Ende des 19. Jahrhunderts bezog. Adolph Wagner hatte hier in Bezug auf die Eisenbahn als angenommenes natürliches Monopol für die Staatsträgerschaft plädiert,64 während der österreichische Finanzwissenschaftler Emil Sax speziell für die Eisenbahn, aber verallgemeinerungsfähig, vorgetragen hatte, zum Staatsunternehmen bestehe die Alternative des "staatlich regulierten Unternehmens", das "frei konstituiert" sei, dem "die Erfüllung bestimmter Wirtschaftsaufgaben unter gewissen, die Verwirklichung des Gesamtzweckes sichernden Bedingungen übertragen wird." Kontrahierungszwang, Einwirkungen auf den Preis z.B. nach dem Modell des Als-ob-Wettbewerbs und unter Umständen Subventionen aus öffentlichen Mitteln sind denkbare Regulierungsinstrumente."65

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eignet sich indes nicht dazu, die Sax-Wagner-Kontroverse im Sinne eines rechtlichen Vorranges für das gegebenenfalls regulierte Unternehmen, also letztlich im Sinne einer Privatisierungspflicht zu entscheiden. Daß der Staat diesen Weg im Telekommunikationssektor gegangen ist, bedeutet nicht, daß er dazu verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen wäre. Der Grund dafür liegt darin, daß es bei dieser Frage um die Auswahl unter verschiedenen Interventionsmitteln geht (Eigenwirtschaft mit zugeordneter Zwecklichkeit oder Regulierung zur Sicherstellung bestimmter Zwecklichkeiten, neuerdings mit dem treffenden Namen Infrastrukturverantwortung versehen⁶⁶). Interventionsmittel sind in ihrer Alternativität, was ihre Wirksamkeit und die Freiheitsfolgen betrifft, jenseits der Intervention durch Monopolisierung immer unsicher. Niemand weiß im Zeitpunkt des Einsatzes des Mittels, ob die Intervention den intendierten Wohlfahrtszweck zu angemessenen Kosten erreicht.

in: Verfassungsstaatlichkeit. FS Stern, 1997, 409 (419 f.); Rupp Die Soziale Marktwirtschaft in ihrer Verfassungsbedeutung, HBStR IX, § 203 Rn 2-7.

⁶⁴ S Wagner Grundlegung der politischen Oekonomie, Erster Theil, Zweiter Halbband, 3. Aufl. 1893, 892 ff.; ders. (Fn. 42), 951.

⁶⁵ Sax Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, 1887, insbes. 79, sowie ders. Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, 1. Band, 1878. Zu seiner Theorie s. Thiemeyer Öff. Bindung von Unternehmen, in: ders. (Hrsg.), Öff. Bindung von Unternehmen. FS von Eynern, 1983, 25 (26-32).

⁶⁶ S die erste Durchdringung bei Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

Das Beispiel der Sparkassen mag das verdeutlichen. Sie gelten als Privatisierungskandidat, weil die privaten Geschäftsbanken Bankdienstleistungen – auch in der Fläche – in genügender Intensität bereitstellen.⁶⁷ Die Idee eines Drei-Säulen-Wettbewerbs gilt gar als "wettbewerbspolitisch inferior", weil er konzeptionell auf der "Vorstellung geschlossener Märkte beruhe".68 Das mag richtig sein. Es ist aber zu bedenken, daß die Zwecke der Sparkassen aus gesetzlich konkretisierter Gemeinwohlsicht nicht sämtlich ohne weiteres verzichtbar sind. Da ist zum einen der grundsätzliche Konto-Kontrahierungszwang:69 Selbst der Sozialhilfeempfänger (aber auch Scientology oder die NPD, solange sie nicht verboten ist) braucht ein Konto; der Staat nimmt übrigens bargezahlte Steuern nicht einmal mehr an! Die Mündelsicherheit für Mündelgeld muß garantiert werden. Noch mag auch die Präsenz von Bankdienstleistung in der Fläche z.B. für Alte und Schwache nach politischer Einschätzung in physischen Zweigstellen nicht unwichtig sein. Wenn solche öffentlichen Zwecke, insbesondere die Kontrahierungspflicht als unverzichtbares Moment, bewahrt werden sollen, kann das natürlich auch im Wege der Regulierung den Privatbanken auferlegt werden, wie z.B. das Pflichtversicherungsrecht (§ 5 PflVG) für die Autohaftpflichtversicherung zeigt. Ohne Tarifaufsicht bei solchen Zwangsvertragsverhältnissen wird es dann allerdings kaum gehen, damit der ungeliebte sozial schwache Kontoinhaber nicht nur zu prohibitiven Bedingungen angenommen wird.

Man mag sich dann fragen, ob solche Regulierung eigentlich noch der minderschwere Eingriff im Abgleich mit der Etablierung staats- oder kommunaleigener Unternehmen ist, deren Konkurrenz man auszuhalten hat. Wie intensiv das Regulierungsbedürfnis werden kann, zeigt der englische privatisierte Wasserversorgungsmarkt, in dem die englische Regulierungsbehörde nach Zeitungsmeldungen mit Investitionsgeboten für die Unternehmen reagiert hat, weil das Versorgungssystem offenbar viele Schwachstellen im Anlagenbereich aufweist.

Juristen (und Volkswirte) sollten ihre Leistungsfähigkeit, die unterschiedlichen Interventionsmittel zur Durchsetzung öffentlicher Zwecke im Sektor marktmäßig angebotener Güter nach dem Maßstab größerer oder geringerer Wohlfahrtsverluste verbindlich beurteilen zu können, nicht überschätzen. Klugheitsregeln von Adam Smith über Ludwig Mises bis zur modernen Diskussion, die dem Staat seine Leistungsschwäche

⁶⁷ S nur Möschel in: FS Gernhuber, 1993, 905 (917).

⁶⁸ Möschel wie vor, 916.

⁶⁹ S z. B. § 4 SpkG NW i.V.m. § 5 SpkVO NW.

als Unternehmen vorhalten⁷⁰ und zum Verzicht raten, sind nicht Verfassungsgebot.

III. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Marktteilnahme

Damit wende ich mich einigen sozusagen formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Marktteilnahme öffentlicher Unternehmen zu. Wenn die Marktteilnahme des Staates als Intervention zur Durchsetzung öffentlicher Zwecke nach dem Gesagten als wirtschaftende Wahrnehmung von Staatsaufgaben zu verstehen ist, muß das Recht die "androgyne" Struktur dieses Sektors angemessen erfassen. Wirtschaftendes Verwalten muß dann den Legitimationsanforderungen des Verfassungsrechts genügen und muß die Rechtsregeln des Wirtschaftens beachten.

1. Regelmäßig nehmen verselbständigte Unternehmen wirtschaftend zu erfüllende Staatsaufgaben wahr. Sie unterliegen folglich dem institutionellen Gesetzesvorbehalt.⁷¹ Weiter gilt dann:

Juristische Personen des öffentlichen Rechts spezieller Zwecklichkeit (Universitäten, Rundfunkanstalten, Kammern, Landesbanken etc.) ist nur die Verfolgung übertragener Aufgaben erlaubt.⁷² Ihre durch die Zweckabhängigkeit begrenzte Rechtsfähigkeit zu beschreiben, ist Aufgabe des parlamentsbeschlossenen Gesetzes resp. kommunaler Satzung. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt erfaßt nicht nur die Verbandserrichtung, sondern auch die Aufgabenkonturierung, die nicht dem Verband selbst überlassen werden darf. Das Recht, weitere Trabanten aus der eigenen Existenz ableiten zu können, bedarf ebenfalls einer – äußerstenfalls nur durch die übertragenen Aufgaben – limitierten,

⁷⁰ Schon Adam Smith hatte gemeint, nichts sei weniger miteinander vereinbar als die Naturen des Herrschers und des Kaufmanns (Smith Der Wohlstand der Nationen [5. Aufl. 1789, greifbare deutsche Ausgabe: Recktenwald, 1978], 5. Buch, 2. Kapitel, 1. Teil [in der Recktenwald-Ausgabe S. 697]); v. Mises (Fn. 45); Möschel (Fn. 67); Sachverständigenräte (Fn. 61); zuletzt Engel (Fn. 58), S. 219: "Wenn die öffentliche Hand selbst unternehmerisch tätig werden will, um dabei Einnahmen zu erzielen, ist die rechtspolitische Empfehlung klar und einfach: Sie sollte es sein lassen. Sie schadet damit nämlich nicht nur der Volkswirtschaft, sondern sogar ihrem eigenen Interesse an Einnahmen."

⁷¹ Zum Gesetzesvorbehalt für die Schaffung verselbständigter öffentlich-rechtlicher Personen s. nur Krebs HBStR III, § 69 Rn 88 m.w.N.

⁷² S den Gedanken der ne-ultra-vires-Regel z.B. bei *Nierhaus* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 28 Rn 32.

ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Das Mittel wirtschaftender Aufgabenerfüllung ist solchen juristischen Personen nicht verschlossen, muß sich aber explizit oder implizit aus dem Gesetz ergeben.

Das Rundfunkrecht mag das verdeutlichen: Explizite Ermächtigungen braucht das Werbefernsehen wegen der finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben der Anstalt. Es kommt nur eine Teilfinanzierung aus Werbeentgelten in Betracht.⁷³ Aus implizierten Ermächtigungen (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit) folgt die Berechtigung, das eigene Vermögen wirtschaftlich zu nutzen, z.B. durch die Verwertung von Hörfunk- und Fernsehproduktionen (sogenannte Randnutzung),⁷⁴ soweit diese wirtschaftliche Betätigung nicht zum Selbstzweck wird.⁷⁵ Auch das Merchandising ("das Buch zur Serie") mag davon noch erfaßt sein,⁷⁶ der Einstieg in das pay-TV hingegen nicht, weil dies mit der Finanzverfassung des Rundfunks unvereinbar wäre.⁷⁷ Eine Programmzeitschrift ist nur anstaltszweckfördernd, aber nicht mit wirtschaftlicher Zielsetzung zulässig.⁷⁸

Die Anforderungen aus dem Gesetzesvorbehalt gelten auch, wenn die Aufgaben durch privatrechtlich verfaßte Trabanten verwirklicht werden sollen.⁷⁹ Wenn mit der Formenwahlfreiheit kein Verlust öffentlich-rechtlicher Bindungen einhergehen darf, muß konsequenterweise die Aufgabenübertragung mit expliziter oder implizierter Befugnis wirtschaftender Aufgabenwahrnehmung gesetzlich resp. durch Satzung geregelt werden; die intendierten Bindungen sind als Begrenzung der Teilrechtsfähigkeit in die Unternehmenssatzung zu übernehmen.

Der öffentliche Zweck des Wirtschaftens als Kernstück der Anstalts-, Körperschafts- oder Unternehmensverfassung ist im Gesetz zu verdeutlichen.

2. Die vorstehend skizzierten Bindungen dieser juristischen Personen müssen also von den allzuständigen Gebietskörperschaften, von denen juristische Personen mit spezieller Zwecklichkeit ihre Existenz empfangen, beachtet werden, d.h. sie müssen den Marktzutritt ihrer Tochter-

⁷³ BVerfGE 83, 238 (310-312).

⁷⁴ BVerfGE 83, 238 (303 f.).

⁷⁵ BVerfGE 83, 238 (304); Herrmann Rundfunkrecht, 1994, § 10 Rn 138 ff.

⁷⁶ OLG Hamburg, AfP 1991, 443; *Ricker/Schiwy* Rundfunkverfassungsrecht, 1997, F 46 a.E.

⁷⁷ Ricker/Schiwy wie vor, C 87 ff.

⁷⁸ BVerfGE 83, 238 (312-315).

⁷⁹ Bauer VVDStRL 54 (1995), 243 (247); Osterloh (Fn. 47), 233 Fn. 117; Krebs (Fn. 71), Rn 88.

unternehmen und deren öffentliche Zweckverfolgung durch Rechtssatz legitimieren.

Aber auch eine etwaige unmittelbare wirtschaftende Aufgabenerfüllung ohne Verselbständigung muß mindestens durch Beschluß der Vertretungskörperschaft mit Angabe der Zweckverfolgung gerechtfertigt werden, weil die staatliche Marktteilnahme Interventionsmittel in den Raum der Freiheit ist.⁸⁰

3. Das gilt im übrigen auch für die Beteiligung an Unternehmen, wobei Gegenstand der öffentlichen Zweckbindung die Handhabung der staatlichen oder kommunalen Beteiligung ist und nicht die Führung des Unternehmens selbst. Das positive Recht reflektiert dies zutreffend, wenn es darauf abhebt, daß aus der Beteiligung immer das Maximum an Beherrschung zu entwickeln ist, damit dem Steuermitteleinsatz auch eine Gemeinwohlmehrung zugeordnet werden kann.⁸¹

IV. Besondere Probleme der gemeindlichen Wirtschaftsteilnahme

Eine Fülle von Problemen wirft die Marktteilnahme der Gemeinden auf,⁸² weil sie allzuständige Verbände mit örtlich radiziertem Wirkungskreis unter Eingliederung in das Staatsganze sind.

Ich behandele dazu 4 Punkte:

1. Zulässigkeit der Erwerbswirtschaftlichkeit kraft Art. 28 Abs. 2 GG?

In der Literatur wird häufiger behauptet, Art. 28 Abs. 2 GG setze die Gemeinde frei, beliebige wirtschaftliche Aktivitäten zu entfalten, um sich ungebundene Mittel für eine kraftvolle Selbstverwaltung zu verschaffen.⁸³

Eine solche Sicht wäre nur dann haltbar, wenn die oben herausgestellte Verfassungsrechtsgrenze – Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit – inexistent wäre: Dürften der allzuständige Bund und die Gliedstaaten erwerbswirtschaftlich tätig sein, dürften es auch die Gemeinden. Wenn für den Staat Erwerbswirtschaft ausgeschlossen ist, weil dies keine zulässige Verwaltungsaufgabe ist, gilt das auch für die Wahrneh-

⁸⁰ S oben Fn. 47.

⁸¹ S etwa § 108 Abs. 1 Nrn 6, 7 sowie Abs. 2-5 GO NW.

⁸² S zuletzt gleichsam antithetisch *Hösch* (Fn. 11), 67 ff. einerseits; andererseits *Hellermann* (Fn. 14), 131 ff.

⁸³ S die Nachweise bei Hösch (Fn. 11) 79, Fn. 56.

mung der Staatsaufgaben auf der Ortsstufe. Die Gemeinde kennt für die Finanzierung ihrer Aufgaben keine substantiell andere Finanzverfassung, die von der Abgabenstaatlichkeit Dispens erteilen würde. Auch die Gemeinde muß ihren Aufgabenzugriff im Verhältnis zum Prinzip "Freiheit" rechtfertigen können.⁸⁴

2. Konsequenzen der Eingliederung der Gemeinden in den Staat für die Autonomie der Aufgabenwahl

Gerade für den Sektor wirtschaftlicher Tätigkeit ist weiter zu konstatieren, daß die Gemeinden gegen höherstufige gesetzgeberische Entscheidungen, die einen expliziten Verzicht des Staates auf Marktteilnahme erklären (Beispiel: Telekommunikation, Art. 87 f Abs. 2 GG)⁸⁵ oder im Wege der Marktliberalisierung die Möglichkeit verschließen, Aufgaben ortsmonopolistisch zu erledigen (Beispiel: Energiewirtschaftsgesetz⁸⁶), aus Art. 28 Abs. 2 GG resp. gegenüber dem Landesgesetzgeber aus den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen keinen Schutz gewinnen. Thematisch beschäftigt sich Art. 28 Abs. 2 GG mit dem Entzug solcher Verwaltungsaufgaben, die die Gemeinde auf der Ortsstufe legitimerweise aufgreifen dürfte, zugunsten eines höherstufigen Verwaltungsträgers.⁸⁷ Der parlamentarische Gesetzgeber ist in

⁸⁴ Zuletzt Hösch (Fn. 11), 63; Kluth (Fn. 37), 65f. sowie den Nachweis in Fn. 47; da auch die Verwaltung der Gemeinde (Staats-)Verwaltung ist, gibt es für die Ortsstufe keine grundrechtliche "Erleichterung".

⁸⁵ Zur Reichweite der Privatisierung s. oben die Hinweise in Fn. 57 sowie bei Windthorst in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 87 f. Rn 28; dazu, daß auch die Wegehoheit die Gemeinden im Sektor der Telekommunikation nicht "ins Spiel" bringt, s. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1999, 520 = MMR 1999, 355 m. Anm. R. Müller-Terpitz; anders Pünder DVBl. 1997, 1353 (1356) sowie krit. Hellermann (Fn. 14), 322 ff.

⁸⁶ EnWG, vom 24. April 1998 (BGBl. I, 730); zur Bedeutung des kommunalen Wegerechts für die Energieversorgung auch im liberalisierten Markt s. *Löwer* et 1997, 305 ff.; *Hellermannn* (Fn. 14), 271 ff.

⁸⁷ So jetzt auch VerfGH Rh.-Pf., EzKommR 2140.72, 70 (81); früher schon Löwer DVBl. 1991, 132 (140 f.); Ossenbühl DöV 1992, 1 (7); Lecheler NVwZ 1995, 8 (10); Krebs Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, 1996, 70 ff.; Matthiesen (Fn. 37), 26 ff. u. 95; Kluth (Fn. 37), 48 f.; Britz Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 81; von Arnim (Fn. 11), 52; früher schon: Thieme JZ 1961, 280 (283); Emmerich Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, 1970, 22 (23 f.); grundlegend Schmidt-Aβ-mann Kommunen und örtliche Energieversorgung, in: FS Fabricius, 1989, 251 (261); a.A. Wieland/Hellermann DVBl. 1996, 401 (408); Hellermann (Fn. 14), S. 132 ff.; Hermes Der Staat 31 (1992), 281 (294); Frenz Die Verwaltung 28 (1995), 33 (50 f.); w. Hinw. auf

seiner Definitionskompetenz, auf welche Aufgaben der Staat und seine Gliederungen nicht oder nur konkurrenzwirtschaftlich zugreifen sollen, nicht an Art. 28 Abs. 2 GG gebunden. Bei den Aufgabenverzichten zugunsten der Privaten geht es nicht um eine staatsorganisatorische Entscheidung. Wenn Art. 87 f Abs. 2 GG mit "privaten Anbietern" Unternehmen in nichtstaatlicher Trägerschaft meinen sollte,88 ist den Gemeinden der Zugang zum Telekommunikationsmarkt verwehrt, ohne daß dem Art. 28 Abs. 2 GG entgegenhalten werden könnte. Wenn Energieversorgung nicht mehr durch Ortsmonopole erfolgen soll, sondern im Wettbewerb, ist eine solche Liberalisierungsentscheidung nicht vor Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftig. Gemeindliche Allzuständigkeit ist kein rechtliches Liberalisierungshindernis; die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft bleibt unter der Herrschaft des Parlamentsgesetzes.89

Dem wird zumeist – übrigens empört – ein Argument entgegengehalten: Da nehme man ja den Gemeinden alle gewinnträchtigen Aktivitäten und überlasse ihnen die schlechten Risiken. Die Argumentation wird dann zusätzlich um den Gesichtspunkt des "Querverbunds" angereichert: Mit den Gewinnen aus der Energieversorgung unterstütze man doch den öffentlichen Personennahverkehr und/oder kommunale Schwimmbäder in einer vor allem die Besteuerung des Gewinnes aus Energieversorgung vermeidenden Weise. Das Argument ist nur von vordergründiger Plausibilität. Dazu ist nicht mehr zu sagen, als daß der Staat sozusagen gesellschaftsvertraglich eine "Agentur der schlechten Risiken" ist, die zu diesem Zweck steuerfinanziert ist. Die Schieflage zwischen guten und schlechten Risiken hilft, Staatsaufgaben zu identifizieren.

3. Gemeindegebietsübergreifende Versorgungsaktivitäten

Weil die Versorgungsaktivitäten kraft europäischen Rechts konkurrenzwirtschaftlich angeboten werden, wollen die kommunalen Energieversorgungsunternehmen nicht mehr Handicap-Player sein, die ihr

abl. Stimmen bei Löwer (Fn. 11), 52 f.; dazu, daß Gemeinden deshalb auch nicht davor geschützt sind, daß der Gesetzgeber bisherige Monopolaufgaben der Gemeinden privater Konkurrenz öffnet, s. BayVerfGHE 49, 79; zust. Tettinger in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 28 Rn 165.

⁸⁸ S die Nachw. oben Fn. 85 u. 57.

⁸⁹ Daß die Gegenthese (s. oben Fn. 87) unrichtig ist, zeigt sich im der Liberalisierung entgegengesetzten Fall: Wenn sich der Gesetzgeber für einen Wirtschaftssektor zu einer gemeinwirtschaftlichen Lösung entschlösse, könnte die örtliche Gemeinschaft auch nicht die Fortdauer einer privatwirtschaftlichen Lösung in ihrem Gebiet durchsetzen.

Geschäftsgebiet nur im gemeindlichen Territorium finden und die zusätzlich gegebenenfalls mit öffentlichen Interessen ökonomisch überfremdet werden. Sie wollen deshalb ihr Geschäftsgebiet über die Gemeindegrenze hinaus ausdehnen, wie dies einige Gemeindeordnungen (losgelöst von bestimmten Zwecken) inzwischen vorsehen.

Verfassungsrechtlich ist das Modell des Grenzübergriffs – wenn auch ökonomisch gut nachvollziehbar – problematisch, weil es mit dem Grundprinzip der Kompetenzexklusivität bricht, das bisher auch für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden – paradigmatisch im Sparkassenrecht entwickelt – Geltung beansprucht hat.⁹² Exklusivität ist begrifflich mit der Kompetenz verbundener allgemeiner Rechtsgedanke.⁹³ Die Beschränkung des Aktionsraumes der Gemeinde auf ihr eigenes Territorium folgt auch unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG resp. aus den parallelen Bestimmungen in den Landesverfassungen; sogar das mittelbare Hineinwirken in den Zuständigkeitsraum der Nachbargemeinde löst gegebenenfalls auf die Selbstverwaltungsgarantie gestützte Abwehransprüche aus.⁹⁴

Letztlich und wohl entscheidend ist die gesetzliche Erlaubnis zur gebietsfremden Wirtschaftstätigkeit mit der demokratischen Legitimation auf der Ortsstufe unvereinbar: Das in örtlichen Gemeinschaften fragmentierte Staatsvolk hat die Kraft, die Entscheidungen für die Ortsstufe, also Entscheidungen, die sie selbst betreffen, zu legitimieren. Es geht also um Entscheidungen auf der Ortsstufe für die Ortsstufe, die sich in ihrer Reichweite auch dort erschöpfen müssen, weil das Legiti-

⁹⁰ S z. B. Wieland Kommunalwirtschaftliche Betätigung unter veränderten Wettbewerbsbedingungen, in: Henneke, Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, 1998, 193 ff.; Moraing StT 1998, 523 ff.; Hellermann/Wieland Die Ausweitung kommunaler Unternehmen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Schiller-Dickhut/Murawski (Hrsg.), Kommunale Unternehmen auf der Flucht nach vorn, 1999, 9 (10).

⁹¹ S Art. 87 BayGO, § 107 GO NW, § 71 Abs. 4 ThürKO, § 116 III SachA-GO.

⁹² Zum sparkassenrechtlichen Regionalprinzip s. grundlegend *Stern/Nierhaus* Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991; aus der Judikatur z.B. OVG NW, OVGE 36, 61.

⁹³ S zur "Einzigkeit, Ausschließlichkeit und Geschlossenheit der Zuständigkeit" Krüger (Fn. 16), 108 ff.

⁹⁴ Zur Gemeindenachbarklage s. grundlegend BVerwGE 40, 323 – Krabbenkamp; zuletzt OVG Weimar, ThürVBI. 1997, 279; OVG Frankfurt/O., LKV 1997, 129 (zu großflächigen Einzelhandelsbetrieben); OVG Berlin, GewArch 2000, 171; VGH München, GewArch 2000, 174 (zu Großkinos). Auch zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden untereinander ist schon der Sparkassenautomat im fremden Gewährträgergebiet als unzulässiger Kompetenzübergriff behandelt worden, s. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1992, 340.

⁹⁵ So schon Löwer NWVBI. 2000, 241 (244).

mationssubstrat nicht weiter reicht. Das ist hier im horizontalen Verhältnis der Gemeinden untereinander nicht anders als im vertikalen Verhältnis der Gemeinden zu höherstufigen Verwaltungsträgern – auch im gesetzesfreien Bereich. Gerade angesichts der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast wie auch wegen der privatrechtlichen Variante der unbegrenzten Haftung im Konzern steckt in dieser Beschränkung auf die örtliche Gemeinschaft ein wichtiges Element der Risikobegrenzung, bu über das sich die örtliche Gemeinschaft selbst nicht hinwegsetzen darf.

Die Kompetenzexklusivität ist auch in der horizontalen Ordnung der Gemeinden gesetzlich nicht durchbrechbar, d. h. es gibt ein verfassungskräftiges Verbot des Handelns extra muros.¹⁰⁰

4. Öffentlicher Zweck, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit im Gemeindewirtschaftsrecht

Die Gemeindeordnungen schwanken, 101 ob sie neben der Bindung an einen öffentlichen Zweck auch über ein ausdrücklich normiertes Subsi-

⁹⁶ Das ergibt sich aus dem Ertrag der Debatte um die kommunale Verbandskompetenz etwa am Beispiel der Beschlüsse zu den "atomwaffenfreien Zonen", s. die Hinw. bei *Löwer* in: v. Münch/Kunig, GGK, II, 4. Aufl. 2001, Art. 28 Rn 37.

⁹⁷ Zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zuletzt die gleichnamige Schrift von Kinzl 2000, 33 ff.; 48 ff.

⁹⁸ Dazu umf. jetzt *Parmentier* Gläubigerschutz im öff. Unternehmen. Die Haftung der Gebietskörperschaften für die Verbindlichkeiten ihrer Eigengesellschaft, 2000.

⁹⁹ Klassische Formulierung in § 107 I 1 Nr. 2 GO NW: Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich betätigen, "wenn die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht"; s. auch das in den Gemeindeordnungen übliche Verbot des Betriebs von Banken (z.B. § 107 VI GO NW).

¹⁰⁰ Abl. Ehlers NWVBl. 2000, 1 (5 ff.); ähnlich Lux NWVBl. 2000, 7 (9 f.); Löwer (Fn. 95); Henneke NdsVBl. 1998, 273 (278 f.); ders NdsVBl. 1991, 1 (9); Grawert Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: Planung – Recht – Rechtsschutz. FS Blümel 1999, 119 (127–129); Knemeyer/Kempen Kommunalwirtschaftsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht II, 2. Aufl. 2000, Rn 44; jüngst Becker DöV 2000, 1032 ff.; krit. auch Held Kommunalwirtschaftliche Betätigung – begrenzt auf das Örtlichkeitsprinzip, in: Henneke (Hrsg.), (Fn. 90), 181 ff. sowie ders Änderungsnotwendigkeiten und Änderungsmöglichkeiten des Gemeindewirtschaftsrechts, in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, 113 (124); ders Reform der Strukturprinzipien kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, in: Schiller-Dickhut/Murawski (Fn. 90), 23 (26 ff.); a.A. Hellermann/Wieland (Fn. 90); Hellermann (Fn. 14), 209 ff.

¹⁰¹ Zum Stand der kommunalen Wirtschaftsrechtsklauseln s. Gern Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rn 719, sowie (auf jüngstem Stand) Knemeyer/Kempen (Fn. 100), Rn 49f.

diaritätsprinzip einen Vorrang der Privatwirtschaft anordnen sollen. Recht besehen ist die Frage nach der Subsidiarität nicht sehr belangvoll. Die Intervention durch Eigenwirtschaft bedarf nach den allgemeinen Regeln der Rechtfertigung. Will das gemeindliche Unternehmen das marktfähige Gut in einer Weise produzieren oder anbieten, die marktmäßig keine Parallele hat (auch wenn das Gut angeboten wird), ist der öffentliche Zweck zu bejahen (Beispiel: Biogas aus kommunaler Grünabfallentsorgung). Fehlt jede Differenzierung in der Qualität oder in der Herstellungsweise eines marktfähigen Gutes zwischen dem gemeindlichen Angebot und dem allgemeinen Marktangebot, fehlt im Zweifel ein benennbarer öffentlicher Zweck, was nichts anderes heißt, als daß eine Rechtfertigung für den Aufgabenzugriff nicht gegeben werden kann. Wesentliche Elemente der Subsidiarität sind insofern bereits im öffentlichen Zweck enthalten. 102

Diese Rechtfertigung für den Aufgabenzugriff kann auch nicht, wie dies das Bundesverwaltungsgericht¹⁰³ tut, als Frage einer bloß vernünftigen Kommunalpolitik (das ist sie natürlich auch) marginalisiert werden, der keine parktisch wirksamen Schranken gezogen sind: Diese Sicht verkennt, daß es nicht um die Rationalität einer Entscheidung pro oder contra einer Wirtschaftsaktivität geht, sondern um eine Frage zuvörderst nach der Verbandskompetenz der konkreten örtlichen Gemeinschaft,¹⁰⁴ ob es nämlich Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft ist, für die Einwohner ein bestimmtes Gut (wirtschaftend) anzubieten. Fragen der Verbandskompetenz unterliegen aber nicht einer kontrollfreien Einschätzungsprärogative des Verbandes selbst.¹⁰⁵

Zusätzlich moderierend wirkt hinter einer sachgerechten Gemeinwohlkonstituierung¹⁰⁶ der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁷ insbe-

¹⁰² Ebenso Hill Kommunen im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1998, S. 48; Ehlers DVBI. 1998, 447 (501); Erichsen Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen,
2. Aufl. 1997, 280 f.; Isensee Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 79; Knemever/Kempen (Fn. 100), Rn 51.

¹⁰³ BVerwGE 39, 329 (334): "Im Grunde handelt es sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik"; zust. zuletzt *Pagenkopf* GewArch 2000, 177 (181).

¹⁰⁴ Ebenso Grawert (Fn. 100), 122-137.

¹⁰⁵ Daß Fragen der Verbandskompetenz nicht einer Einschätzungsprärogative des Verbandes selbst unterliegen können, folgt schon aus der Abgrenzungsfunktion der Kompetenz (s. oben Fn. 93). Gestufte Zuständigkeiten können nicht von zwei Verbänden mit je eigener Einschätzungsprärogative abgegrenzt werden. Es wird auch für andere Aufgaben, die nicht gerade wirtschaftlich erfüllt werden, nicht angenommen, die Kompetenzen unterlägen gemeindlicher Einschätzung.

¹⁰⁶ S. etwa Selmer (Fn. 11) 87.

¹⁰⁷ S zuletzt m.N. Selmer (Fn. 11), 92 ff.

sondere auf der dritten Stufe der Zumutbarkeit: Der Intensität der konkurrenzwirtschaftlichen Eingriffswirkung auf den Wettbewerb Privater – von der rechtlichen über die faktische Monopolisierung zur bloßen Einschränkung des an sich nur für den privaten Wettbewerb offenstehenden Güterangebots und -verteilungsmarktes – entspricht eine ebenso gestufte Rechtfertigungslast. Die neuerdings vorgesehenen prozeduralen Lösungen – Marktanalysen unter Einbeziehung der Sachkunde der Industrie- und Handelskammern und Interessenbekundungsverfahren 108 – sind wichtige Stufen einer rationalisierten Rechtsanwendung für die faktischen Wettbewerbsinterventionen durch Eigenwirtschaft.

V. Steuerungs- und Rechtsformprobleme öffentlicher Unternehmen

1. Rigidität der Konsequenzen des Demokratieprinzips

Was die rechtlichen Anforderungen an die Steuerung öffentlicher Unternehmen betrifft,¹⁰⁹ sind auf der Basis der hiesigen Prämissen zwei Ausgangsdaten klar.

Zum einen müssen die verfassungsrechtlichen Grundbedingungen der Legitimation exekutiven Handelns eingehalten werden, also die demokratischen Voraussetzungen personeller Legitimation der Amtswalter und sachlicher Legitimation der getroffenen Entscheidungen beachtet werden.¹¹⁰

Zum anderen sind die institutionenökonomischen Daseinsbedingungen solcher Unternehmen schon nach Maßgabe des Alltagswissens schwierig:¹¹¹ Die Unternehmen sind Marktteilnehmer mit der rechtlich legitimen Pflicht, möglichst Gewinn zu erwirtschaften, die sich in einen politischen Erwartungsdruck ökonomischen Erfolgs verwandelt – trotz der zugleich zugemuteten Pflicht, gemeinwirtschaftliche Zwecke und

¹⁰⁸ S § 7 BHO, § 107 Abs. 5 GO NW, § 71 ThürKO.

¹⁰⁹ S dazu etwa Siekmann Corporate Governance und öffentlich-rechtliche Unternehmen, J.b.f. Neue Politische Ökonomie 15 (1996), 282 ff.; s. weiter die Analysen aus gesellschaftsrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sicht bei Schön ZGR 1996, 429 ff. und Spannoswky ZGR 1996, 400 ff.; umf. Gersdorf Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000; eine Übersicht über die Organisationsmodelle geben Knemeyer/Kempen (Fn. 100) Rn 61 ff.

¹¹⁰ Zuletzt zusammenfassend *Gersdorf* (Fn. 109), S. 29 ff. sowie *Wahl* Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz, in: *Henneke* (Fn. 100) 15 ff.

¹¹¹ Guten Einblick gewährt insoweit der Fall WestLB in der Funktion als "Flugreiseveranstalter" für die nw Landesregierung, s. oben Fn. 7.

Ziele erfüllen zu sollen. Der Unternehmenserfolg kann sich nur bilanziell darstellen und wird nur so öffentlich wahrgenommen. Zweckerfüllung wird öffentlich kaum wahrgenommen. Statt sachlicher politischer Kontrolle sind die Unternehmen vielfach parteipolitischen personellen und sachlichen Zumutungen ausgesetzt; allenthalben sind sie dem Muttergemeinwesen "verpflichtet", Wohltaten zu erweisen, weil das Unternehmen doch "auf dem dicken Geldsack" sitzt. Der ökonomische Erfolgszwang, erschwert durch die Zumutungen, droht die öffentlichen Zwecke zur Sonntagsrede verkommen zu lassen, was die Unternehmen erst recht, weil sie sich durch ihr Handeln in der Realität nicht überzeugend legitimieren können, zu Privatisierungskandidaten macht. 112 Dem ist durch Organisation deshalb schwer gegenzusteuern, weil sich sowohl die Kapitalgeberseite (das Muttergemeinwesen) wie das Unternehmen in wechselseitiger Verflochtenheit, was die Unternehmenszwecke betrifft, häufig unsachlich verhalten.¹¹³ Die Organisation muß aber wenigsten so gestaltet sein, daß bei unterstellter Sachlichkeit die erforderlichen Rechtsbindungen eine Chance haben.

Welches sind nun die erforderlichen Rechtsbindungen aus der Rubrizierung der Marktteilnahme als wirtschaftendem Verwalten?

Von zentraler Bedeutung, und das ist unstreitig, ist die Formulierung der zu verfolgenden öffentlichen Zwecke in der Unternehmenssatzung,¹¹⁴ soweit sich die Zwecke nicht schon aus dem Gesetz ergeben. Sie sind verbindliche Handlungsmaximen neben dem ökonomischen Ziel, sind Maßstab für die Einwirkungs- und Kontrollbefugnis des Muttergemeinwesens. Sie sind zugleich denkbarer Maßstab für Ausgleichszahlungen der Mutter an die Tochter, soweit der öffentliche Zweck die Lebensfähigkeit des Unternehmens in Frage stellt.¹¹⁵

Die weiteren scheinbar zwingenden organisationsrechtlichen Konsequenzen führen unmittelbar in ein Desaster: Aus dem Demokratieprinzip folgt eine umfassende Ingerenzpflicht der demokratisch legitimierten Mutter auf ihre Tochter: Wenn die Entscheidungen der Tochter auf die Mutter zurückführbar sein sollen, muß die letztverbindliche Leitungsgewalt bei der Mutter liegen. Das Ergebnis ist dann letztlich, daß

¹¹² S nur Möschel Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat, 1995, 28 f. für den Sektor öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute.
¹¹³ S Löwer (Fn. 7).

¹¹⁴ S z.B. § 108 Abs. 1 Nr. 7 GO NW; aus der Lit.: Schön (Fn. 109), 435 f. m.w.N.; s. auch *Parmentier* (Fn. 98) S. 257 f.) sowie umf. zu den Einwirkungspflichten Gersdorf (Fn. 109) (225 ff.), speziell zur Satzung 267 ff.

¹¹⁵ Parmentier (Fn. 98) S. 239 ff. zu denkbaren gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen.

der Sinn der Verselbständigung solcher Unternehmen in Privatrechtsform ins Leere geht: Der konzernrechtliche Beherrschungsvertrag (§ 308 Abs. 1 AktG) könnte¹¹⁶ dann zwingende Konsequenz mit der Folge der Verlustausgleichspflicht (§§ 302 Abs. 1, 317 Abs. 1 AktG) der Mutter für die Tochter sein,117 weil Staat und Gemeinde Unternehmer im Sinne des Konzernrechts sind. Dann allerdings läuft die gesetzlich in den Kommunalordnungen angeordnete Haftungsbegrenzung¹¹⁸ bei gesellschaftsrechtlicher Konstruktion ins Leere. Letztlich würde auch die privatrechtliche Konstruktion zur Gewährträgerhaftung und über den Anspruch auf angemessene Kapitalausstattung des abhängigen Unternehmens¹¹⁹ auch zur Anstaltslast führen. Die Unterschiede zwischen Eigenbetrieb, rechtsfähiger Anstalt und gesellschaftsrechtlicher Aufgabenwahrnehmung wären eingeebnet, was gegenüber dem Verwaltungsprivatrecht irgendwie auch im Zuge der Entwicklung läge. 120 Selbst das anstaltliche bayerische Kommunalunternehmen¹²¹ wäre in seiner Verfassungsmäßigkeit gefährdet, weil das Unternehmen vom Vorstand "in eigener Verantwortung" geleitet wird, was immerhin Anklänge an die Weisungsungebundenheit des Vorstandes der Aktiengesellschaft hat.122

¹¹⁶ S dazu krit., weil der Beherrschungsvertrag natürlich in Widerspruch zur gesetzlich geforderten Haftungsbegrenzung führt, *Parmentier* (Fn. 98), 181 ff. m.w.N.

¹¹⁷ Die Rechtsfolge eines Teilverlustausgleichs für die durch die Wahrnehmung des öffentlichen Zwecks entstandenen Verluste ist de lege lata in der Tat wegen der sich aufdrängenden analogen Anwendung von § 302 AktG kaum vermeidbar (s. die Nachweise und die Gedankenführung bei *Parmentier* [Fn. 98], 252 ff.).

¹¹⁸ S pars pro toto § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3-5 GO NW.

¹¹⁹ Parmentier (Fn. 98), 225 ff. (allerdings letztlich nur mit dem Ergebnis der Teilverlustausgleichspflicht [oben Fn. 117]) m.w.N.

¹²⁰ S de Wall Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, 35 f. m.N. in Fn. 130; grundlegend Ehlers Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 212 ff.; gegenwärtig intensiviert sich die Diskussion um das Verwaltungsprivatrecht wieder: s. etwa mit unterschiedlichen Akzentsetzungen Lerche in: Staat und Recht, FS Winkler, 1997, 581 ff.; Bullinger Die funktionelle Unterscheidung von öff. Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öff. Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 239 ff. Röhl VerwArch 86 (1995), 531 ff.

¹²¹ S dazu *Knemeyer* Das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts in Bayern, in: Henneke (Hrsg.), (Fn. 100), 131 ff., krit. zur demokratischen Einflußsicherung, 140 f.; s. weiter zu bayerischen Rechtslage *Schulz* BayVBl. 1996, 97 ff., 129 ff.

¹²² Auch § 114a GO NW, der ebenfalls die Anstalt als Organisationsform zur Verfügung stellt, sichert Einfluß des Gemeinderates zwingend lediglich für den Satzungserlaß und das Beteiligungsgeschäft der Anstalt (zur nordrhein-westfälischen Rechtslage s. jetzt *Ehlers* Das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, 2000, 47 ff.).

2. Abmilderungen über den Gedanken funktionsgerechter Organstruktur

Vom Regiebetrieb über den Eigenbetrieb, von der selbständigen Anstalt über die GmbH bis hin zur AG ist unübersehbar, daß die Praxis ein Bedürfnis gesehen hat, solche Unternehmen aus der hierarchischen Struktur der allgemeinen Verwaltung, die dem Demokratieprinzip unter der Bedingung des Art. 20 GG paßgenau entspricht.¹²³ herauszulösen. Dieses Bestreben ist offenbar nicht unsachlich. Sonst wäre der Verfassunggeber kaum bereit gewesen, die damit einhergehende Schwächung seiner Budgetbefugnisse¹²⁴ (Art. 110 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG, Art. 115 Abs. 2 GG) zu akzeptieren. Wieder ist es die "androgyne" Struktur der Aufgaben, die auf Verselbständigung drängt: Wenn die Staatsaufgabenerfüllung auf das ökonomische Prinzip ausgreift, die kaufmännische Aktionweise zum Erfüllungsmodus wird, ist funktionsgerecht nur eine dem angepaßte Organstruktur. Eine (begrenzte) Autonomie in der Geschäftsführung des Akteurs am Markt entspricht den Funktionsbedingungen konkurrenzwirtschaftlicher Güterangebote. Das ökonomische Ziel findet eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (Art. 114 Abs. 2 GG), 125 der sozusagen eine Orientierungsgröße für die funktionsgerechte Organstruktur ist. So wie die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Exekutive gewaltenteilungsrechtlich ein Stück weit über den Gedanken der funktionsgerechten Organstruktur gesteuert wird,126 legitimiert dieser Gedanke auch eine interne Organisationsdifferenzierung innerhalb der Exekutive, legitimiert es also, sich ein Stück weit vom hierarchischen Prinzip zu lösen, ohne den Gedanken notwendiger demokratischer Legitimation völlig aufgeben zu können.

¹²³ S Dreier Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 129 ff.; Gersdorf (Fn. 109), 187 ff.

¹²⁴ Zur Durchbrechung der Haushaltseinheit durch Art. 110 Abs. 1 s. *Kilian* Nebenhaushalte des Bundes, 1993, 188–191; dazu, daß Nebenhaushalte (244, 252f.) umfassend der Rechnungskontrolle unterliegen müssen s. 760 ff.

¹²⁵ Dazu jetzt grundlegend Gersdorf (Fn. 109), 400 ff., 432 ff., 488 ff., dessen Schlußfolgerung, aus der Unauflöslichkeit der Spannung zwischen Wirtschaftlichkeitsprinzip und Demokratie folge für Marktzutritt eine unüberwindbare Hürde, geht im dogmatischen Ansatz zu weit, weil im Interesse demokratisch verfaßter Steuerung auch eine suboptimale Verfassung der Wirtschaftlichkeit akzeptabel ist, andererseits aber auch die Anforderungen aus dem Demokratieprinzip im Interesse der Wirtschaftlichkeit moderiert werden können (wie das im Wesen praktischer Kondordanz [oder noch trivialer: Im Wesen des Kompromisses] liegt).

¹²⁶ S dazu zuletzt von Danwitz Der Staat 35 (1996), 329 ff.; Gross Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 200 ff. m.w.N.

Die sich dann aufdrängenden Regeln liegen auf der Hand: Funktionsgerecht scheint ein Aufsichtsratsmodell, in dem Mitglieder ihren Amtsgewinn von der Vertretungskörperschaft des Muttergemeinwesens herleiten müssen, von dieser auch wieder abberufen werden können, sowie mit geborener Mitgliedschaft des Hauptverwaltungsbeamten.¹²⁷ Diesem Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat obliegt die Überwachung der Geschäftsführung und im Sinne einer Wesentlichkeitstheorie die Zustimmung zu strategischen Entscheidungen für das Unternehmen. Die Einwirkungsintensität der Vertretungskörperschaft kann - neben der obligatorischen personalen Legitimationsverschaffung - in der Unternehmenssatzung weiter ausgeformt werden. 128 Im Anstaltsmodell können insofern auch Weisungsrechte an den "Aufsichtsrat" (Verwaltungsrat) begründet werden, so daß dieses Modell vor der Aktiengesellschaft den Vorzug verdient. Da das Anstaltsmodell zwingend zu an sich angemessener Gewährträgerhaftung führt, kommt daneben die GmbH mit ihrer im Vergleich mit der AG in der Frage der Weisungsabhängigkeit größeren gesellschaftsrechtlichen Flexibilität in Betracht, 129 wenn der "Vorzug" der Haftungsbeschränkung genutzt werden soll. Allerdings steht eine drohende konzernrechtliche Haftung ohnehin immer im Hintergrund, 130 so daß der Vorzug der Haftungsbeschränkung auf die Einlage nicht allzu substantiell erscheint. Insgesamt erscheint es möglich, über das Anstaltsrecht für die 100%-Töchter zu dem in der Dogmatik schon mehrfach geforderten Verwaltungsgesellschaftsrecht¹³¹ zu kommen.

VI. Abwehransprüche und Rechtsschutz

Es liegt in der Konsequenz des Satzes, daß Wettbewerb verfassungsrechtlich der Wettbewerb Privater ist und daß staatliche Wettbewerbsteilnahme ein Staatszwecke verwirklichendes Interventionsmittel ist,

¹²⁷ S dazu die Anstaltsmodelle im Bayern und Nordrhein-Westfalen (oben Fn. 121 u. 122) sowie die Berliner Anstaltskonstruktion im Eigenbetriebsrecht des Landes (BerlBG).

¹²⁸ Insoweit ist fraglich, ob die Anstaltssatzung (s. § 114a Abs. 7 Nr. 1 GO NW) eigentlich Beschlußsache nur des Verwaltungsrates sein kann – in (bloß fakultativer) Weisungsabhängigkeit von der Gemeindevertretung. Im Sinne einer kommunalrechtlichen Wesentlichheitstheorie müßte doch wohl der Rat selbst die Satzung des Unternehmens beschließen.

¹²⁹ Der Vorrang des GmbH-Rechts (aus demokratie-rechtlichen Gründen) wird jetzt zum Teil normativ fixiert (s. § 108 Abs. 3 GO NW).

¹³⁰ S oben Fn. 115ff.

¹³¹ S z.B. v. Danwitz AöR 120 (1995), 595 f.

daß dem am Markt befindlichen oder zutrittsbereiten Marktteilnehmer gegen eine nicht hinreichend gerechtfertigte Intervention, die seine Marktteilnahmechancen schwächt, grundrechtliche Abwehransprüche zustehen. 132 Auf die dem Wettbewerber Staat sozusagen eingestifteten Wettbewerbsvorteile - Vertrauensvorsprung, Informationsvorsprünge für die bedienten Märkte, mindestens faktische Konkursunfähigkeit, 133 günstige steuerliche Behandlung¹³⁴ - kommt es also gar nicht an. Die Gegenposition der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung¹³⁵ ist schon in sich nicht konsistent: Die rechtliche oder faktische Monopolisierung, aber auch schon die unzumutbare oder unerträgliche Wettbewerbsbeeinträchtigung soll grundrechtliche Abwehransprüche auslösen, nicht aber die schlichte staatliche Wettbewerbsteilnahme. Solche Konstruktionen sind bloß pragmatisch verständlich, aber rechtlich eigentlich nicht durchzuhalten, weil sie die grundrechtlichen Abwehransprüche und die Rechtsschutzeröffnung von kaum rationalisierbaren Intensitätsskalierungen abhängig machen.

Die Elfes-Doktrin¹³⁶ in Verbindung mit der weitgehenden Öffnung des Eingriffsbegriffs¹³⁷ verlangt auch hier konsequent, daß aus Art. 2 Abs. 1 oder aus Art. 12 Abs. 1 GG Abwehransprüche gegen einen ungerechtfertigten Marktzutritt der öffentlichen Hand gewährt werden, die

¹³² Zuletzt mit sorgfältiger Begründung *Selmer* (Fn. 11), 75 (78ff.) m. umf. N.; zum Eingriffsbegriff in diesem Zusammenhang s. auch *Schliesky* Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, 76ff. und 202 ff.

¹³³ Für die juristische Person des öffentlichen Rechts – also auch z. B. die Anstalt des Öffentlichen Rechts – gilt weithin auch rechtlich die Konkursunfähigkeit, s. zuletzt die Untersuchung von Engelsing Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, 1999, 165 ff.; zur jedenfalls faktischen Konkursunfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute s. Kinzl (Fn. 97), 59; zum Argument einer institutionellen Wettbewerbsverzerrung s. nur P.M. Huber Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 74.

¹³⁴ Zur Besteuerung der öffentlichen Hand in diesen Zusammenhang s. jetzt Siegel Der Begriff des "Betriebs gewerblicher Art" im Körperschafts- und Umsatzsteuerrecht, 1999.

¹³⁵ BVerwGE 17, 306; 39, 329 (337) – grundlegend; BVerwG NJW 1978, 1539f. mit Übernahme des parallel behandelten Eingriffs durch Subventionierung (z.B. BVerwG, NVwZ 1984, 306f.; zu dieser Judikatur *P.M. Huber* [Fn. 133], 358ff., 375ff.; s. weiter aus der Judikatur des BVerwG NJW 1995, 2938 [2939]; VGH Kassel, DöV 1996, 476 [477]).

¹³⁶ BVerfGE 6, 32; dazu zuletzt *Fiedler* in: Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, 76ff.

¹³⁷ Allgemein zu dieser Öffnung des Eingriffsbegriffs s. *Sachs* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, § 78 (S. 76ff.), 128ff.; für die Erörterung im vorliegenden Problembereich s. die Hinw. oben Fn. 132.

dann auch konsequent prozessual durchsetzbar sind. Hier könnten auch Anregungen aus dem gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutz für unverzerrten Wettbewerb aufgenommen werden.¹³⁸ Schon angesichts dieser grundrechtlichen Lage ist auch die Frage, ob das einfache Recht solche Abwehransprüche gewährt, neu zu durchdenken und dabei endlich auch zur Kenntnis zu nehmen, daß die in der Weimarer Zeit gegebenen Anstöße einer normativen Ordnung zwischen Kommunal- und Privatwirtschaft, die für die modernen Kommunalwirtschaftsregeln stilbildend gewirkt haben, sehr wohl den Zweck hatten, die Privatwirtschaft vor ungerechtfertigter Konkurrenz zu schützen.¹³⁹

Auch normstrukturell sind die Gemeindewirtschaftsrechtsnormen, was die Zweckabhängigkeit des öffentlichen Unternehmens betrifft (erst recht bei ausdrücklichen Subsidiaritätsklauseln) dahingehend auslegbar, daß sie Abwehransprüche begründen. 140 Soweit die Landesverfassungen Mittelstands- und Handwerksförderungs- resp. Schutzklauseln enthalten, 141 sind diese auslegungsdirigierend zu berücksichtigen, so daß hinsichtlich der Überschreitung der Verbandskompetenzgrenzen öffentlich-rechtlicher Personen in Richtung ungerechtfertigter Marktteilnahme von einem subjektiv-öffentlichen Abwehrrecht auszugehen ist.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht das bekanntlich anders, was möglicherweise die ordentliche Gerichtsbarkeit (mit-)motiviert hat,¹⁴²

¹³⁸ Zu Klagebefugnis des Konkurrenten aus Verfahrensbeteiligung s. EuGH, Rs. 26/76 – Metro SB-Großmärkte ./. Kommission vom 25. 10. 1977 Slg. 1977, 1875; Grenzen der verfahrensrechtsbasierten Klagebefugnis jetzt: EuG, Rs. T-86/96 – Arbeitsgemeinschaft deutscher Luftfahrt-Unternehmen U. Hapag Lloyd Fluggesellschaft ./. Kommission EuZW 1999, 346 m. krit. Anm. Nowak/Nehl; für materiell-rechtliche Abwehransprüche grundlegend EuGH Rs. 169/84 "Cofaz" u.a. ./. Kommission vom 18. 01. 1986 Slg. 1996, 391; weit. Hinw. etwa bei Schwarze in: ders., EU-Kommentar, 2000, Art. 230 Rn 43; zur neueren Entwicklung s. weiter Polley EuZW 1996, 300 ff.; Sinnaeve EuZW 1995, 172 ff.; Schneider DVBl. 1996, 1301 ff.

¹³⁹ S dazu schon die Hinw. oben in Fn. 11 sowie Löwer Gelsengrün (Fn. 3), 104 ff.

¹⁴⁰ Insoweit grundlegend Lerche JurA 2(1970) ÖR 23 ff.; Lindner Verwaltungsgesetzliche gerichtliche Klagemöglichkeiten für Private gegen privatrechtliche Wirtschaftsbetätigung, 1994, 72 ff.; Ossenbühl Stand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, 140 i.V.m. 105 ff. (zu § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO); Kluth (Fn. 37), S. 91; Dürig in: Maunz-Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn 52; P.M. Huber (Fn. 133), 324 f.; umf. (mit abl. Ergebnis) zuletzt die Prüfung bei Schliesky (Fn. 132), 434 ff.

¹⁴¹ S etwa Art. 28 Verf NW; Art. 43 HessVerf; Art. 53 BayVerf; Art. 40 BremVerf; Art. 65 Rh.Pf.Verf; Art. 54 SaarlVerf; s. auch Art. 38 ThürVerf mit der Garantie einer sozialen und der Ökologie verpflichteten Marktwirtschaft; zur verfassungsorientierten Auslegung der Wirtschaftsrechtsklauseln in den Gemeindeordnungen s. Löwer Gelsengrün (Fn. 3), 89-92.

¹⁴² Emmerich AG 1985, 293 (296 l. Sp.).

einen Weg zu gehen, der aus öffentlich-rechtlicher Sicht manche Kritik erfährt.¹⁴³ Allerdings ist der zivilrechtlichen Judikatur in der Rechtswegfrage wie auch in den materiell-rechtlichen Konsequenzen über § 1 UWG in Verbindung mit den Verbandskompetenzbestimmungen als die Institution Wettbewerb schützender Normen¹⁴⁴ Folgerichtigkeit nicht abzusprechen.

Die Rechtswegfrage steckt in einer argumentativen Pattsituation, die wiederum in der "androgynen" Natur staatlicher Marktteilnahme begründet ist. Die öffentlich-rechtliche Sicht will zurecht an der kompetentiellen Natur der Unternehmenszwecke anknüpfen,¹⁴⁵ die privatrechtliche knüpft zurecht an die Marktteilnahme unter Marktteilnehmern an, für die unstrittig Privatrecht gilt. Daß das UWG auf das Marktverhalten des Wettbewerbers am Markt dann nicht anwendbar sein soll, wenn der Wettbewerber die öffentliche Hand ist, die sich selbst unternehmerisch an einen öffentlichen Zweck gebunden hat, ist schon deshalb wenig plausibel, weil der Markt nach den Gründen, weshalb ein Unternehmen wie welche Leistung anbietet, nicht fragt. Wenn die Wahl zwischen den Anbietern von Gütern rechtlich frei ist, gilt das UWG.

Dann gilt es aber auch konsequent zu bleiben: § 1 UWG öffnet sich dann dem Schutz der Normen, die den Wettbewerb als Institution umhegen, die die par condicio concurrentium absichern. Dazu gehören aber sicher – und jetzt kommt es auf die individuell drittschützende Wirkung überhaupt nicht an – die Grenznormen der Verbandskompetenz, wenn diese zum Zwecke der Marktteilnahme überschritten werden. Marktleistungsfremde Einkommen durch Rechtsbruch sind auch dann nicht akzeptabel, wenn sie die öffentliche Hand erzielt.

¹⁴³ S dazu die Hinw. bei Kopp/Schenke VwGO, 12.Aufl. 2000 § 40 Rn 30 m.N. in Fn. 123; Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Ehlers, VwGO, § 40 Rn 286; Schliesky (Fn. 132), 455 ff.

¹⁴⁴ S Baumbach/Hefermehl Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., 1999, § 1 Rn 611 (kein Schutz bei bloßen Ordnungsnormen), Rn 665 (subjektiv rechtsschützende Normen); Rn 626 (Schutzrichtung der Norm in Richtung auf den Wettbewerb als Institution) m. je umf. Nachw.; einen sorgfältigen Überblick gibt Schünemann (Fn. 8).

¹⁴⁵ Zu der Lehre von der Doppelqualifikation s. BGHZ 82, 375 – Brillenselbstabgabe; GmS-OGB BGHZ 102, 280 – Rollstühle; dazu die Schrifttumsnachweise bei *Ehlers* (Fn. 143) Rn 286 Fn. 915.

VII. Europarechtliche Implikationen

Strukturell liegen Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht für die vorliegenden Rechtsfragen ein Stück weit auf einer Linie, ohne indes deckungsgleich zu sein.

Zunächst ist festzuhalten, daß der EGV sich für die Eigentumsverfassung im nationalen Raum nicht interessiert. Art. 295 EGV hält es für denkbar, daß es sozialisierte Wirtschaftszweige in den Mitgliedstaaten gibt, 146 also auch öffentliche Unternehmen. 147 Dieser Ausgangspunkt steht auch der Wirtschaftsverfassung der EG nicht entgegen, die sich grundsätzlich im mitgliedstaatlichen Waren- und Dienstleistungsaustausch (Binnenmarkt) als "offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" versteht (Art. 4 Abs. 1 EGV). Daß offene Marktwirtschaft nicht regulierungsfreie Wirtschaft bedeutet, ist auch für die Gemeinschaft selbstverständlich (s. z.B. nur Art. 3 lit. c), f), i), j), k), p), q), t), u)). Wer sich ganze Politiksektoren als Aufgabe stellt, tut das in auch guter regulatorischer Absicht. 148 Auch die EG ist – angesichts des geringen Rechtsfolgegehaltes der Feststellung darf man das sagen – einer sozialen und ökologischen Marktwirtschaft verpflichtet. 149

Der Gemeinschaft ist aber – anders als dem nationalen Verfassungsrecht – weitgehend gleichgültig, wer die Marktteilnehmer sind. Insofern gleicht der EGV dem UWG und dem GWB: Entscheidend ist, daß ein Unternehmen zum Zwecke des Leistungsaustausches am Markt auftritt oder auftreten will. Wenn Unternehmen aus national kartellierten Märkten, wie ursprünglich in der Energieversorgung, grenzüberschreitend ihre Ware anbieten wollen, entsteht dadurch ein Markt. Folglich gelten dann die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages. Für die Herkunft der Marktteilnehmer im Sinne einer Verbotsnorm für staatlich rechtfertigungslose Marktteilnahme interessiert sich das Gemeinschaftsrecht nicht. Daß der Wettbewerb grundsätzlich Wettbewerb Privater sein muß, läßt sich für das Gemeinschaftsrecht nicht wiederholen.

Dafür interessiert es sich wesentlich intensiver für den unverzerrten Wettbewerb aller Marktteilnehmer, wie ihn das Gemeinschaftsrecht in

¹⁴⁶ S die Hinw. bei Kinggreen in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 1999, Art. 295 Rn 3 m. Fn. 4 u. 5; Bringer in: J. Schwarze (Fn. 138), Art. 295 Rn 1.

¹⁴⁷ Badura ZGR 1997, 291 ff.; Schmidhuber/Hitzler Die öffentlichen Unternehmen im EG-Binnenmarkt, ZöGU 13, 1990, 397 ff.

¹⁴⁸ Steindorff ZHR 164 (2000), 223 (245 ff.).

¹⁴⁹ Steindorff wie vor, 243 f.

¹⁵⁰ Badura (Fn. 147), 298f.; Schmidhuber/Hitzler (Fn. 147), 406-409.

den Art. 81 ff. insbesondere auch mit dem Beihilfeverbot sichern will. und kümmert sich in diesem Zusammenhang auch um die Herkunft der Unternehmen. Öffentliche Eigenunternehmen und betraute Unternehmen müssen grundsätzlich mit privaten Unternehmen gleichbehandelt werden, soweit es um wettbewerbsrelevantes Verhalten geht (Art. 86 Abs. 1 EGV).¹⁵¹ Andererseits hat das Gemeinschaftsrecht nie die Augen davor verschlossen, daß es unter den Mitgliedstaaten auch solche gab, die traditionell eine hohe Staatsquote im Güterangebot aufzuweisen hatten und deren Tradition ein breiter Sektor eines staatlichen Angebots an Daseinsvorsorgeleistungen durch staatseigene Unternehmen entspricht. Deshalb enthält Art. 86 Abs. 2 EGV eine komplizierte Bereichsausnahme (Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV)¹⁵² mit einer Schranke in Satz 2. die es grundsätzlich ausschließt, daß der Wettbewerb durch die Bereichsausnahme vollständig aufgehoben wird. Maßnahmen, die an sich mit den Wettbewerbsregeln unvereinbar sind, sind hinzunehmen, wenn zumutbarerweise anders die einem Unternehmen übertragene Aufgaben nicht erfüllt werden können oder in der Erfüllung gefährdet sind, ohne daß der Wettbewerb dadurch vollständig ausgeschlossen werden dürfte. Die Darlegungs- und Beweislast tragen in diesem Zusammenhang grundsätzlich die Unternehmen. 153

Das hat für die liberalisierten Märkte in Deutschland erhebliche Bedeutung: Soweit die Marktliberalisierung unabhängig von der Unternehmensträgerschaft erfolgt ist, also z.B. in der Energieversorgung, sind die Unternehmen, auch soweit sie die Ortsversorgung erledigen, gleich zu behandeln. Sie sind nach dem Energiewirtschaftsgesetz alle gleichermaßen regulierungsbelastet, 154 so daß in Anknüpfung an die Träger-

¹⁵¹ Badura und Schmidhuber/Hitzler wie vor; aus der Judikatur: EuGH Rs. C-303-88, Italien ./. Kommission, v. 21.3. 1991, Slg. 1991, I-1433, Rn 19.

¹⁵² Emmerich in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Wirtschaftsrechts, H II Rn 142: "Bewußt unklar formulierte "Escape- Klausel"", die es insbesondere Frankreich erlauben sollte, seinen breiten öffentlichen Sektor weiter als Mittel der Wirtschaftspolitik einzusetzen.

¹⁵³ EuGH, Rs. 66/86 – Ahmed A'Saeed Flugreisen u.a. ./. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, vom 11. April 1989, Slg. 1989, 838 (853). Allerdings hat der EuGH bei den substantiell wichtigen Strom- und Gashandelsmonopolen der Kommission die Beweislast dafür auferlegt, daß diese Monopole für die Erfüllung des Betrauungszwecks nicht erforderlich seien (EuGH, Rs. C-159/94) Kommission gegen Frankreich, vom 23.11. 1997, Slg. 1997 I, 5815 (Rn 101); weiter zu solchen Monopolen (EuGH, Rs. C-157/94, Kommission ./. Niederlande v. 23. 10. 1997, Slg. 1997 I, 5699; Rs. C.160/94 Kommission ./. Spanien v. 23. 10. 1997, Slg. I 1997, 5851.

¹⁵⁴ Das Energiewirtschaftsgesetz vom 24.4.1998 (BGBl. I, 730) knüpft nur an "Energieversorgungsunternehmen" an, die ihrerseits in § 2 III definiert werden als "Unter-

schaft "Stadtwerke" wettbewerbsbehindernde Privilegierungen nicht in Betracht kommen. Die Elektrizitätsrichtlinie¹⁵⁵ steht jeder Verschiedenbehandlung der Unternehmen nach ihrer Trägerschaft ausdrücklich entgegen.

Soweit sich die Unternehmen mit ihren Leistungsangeboten am Markt bewegen, gilt außerdem das Beihilfeverbot (Art. 86 i.V.m. Art. 87 EGV) zur Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs. Was als Beihilfe qualifiziert werden muß, 156 kann nur nach der Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein; häufig wird eine solche Rechtfertigung nicht gelingen. So besteht wahrscheinlich kein vernünftiger Zweifel daran, daß die Einlage einer Wohnungsbauförderungsanstalt mit Eigenkapitalfunktion in eine anstaltliche Landesbank ohne marktgerechte Verzinsung an das einlegende Land als Beihilfe zu bewerten ist. Ein hinreichender Bezug zu den verfolgten besonderen öffentlichen Aufgaben ist nicht herstellbar. 157

Die Gewährträgerhaftung für eine Kreditanstalt ist unzweifelhaft dann Beihilfe, wenn sie nachweisbar zu günstigeren Re-Finanzierungskonditionen für das Institut am Kapitalmarkt führen sollte. Ob das für die Sparkassen der Fall ist, ist angesichts der Größe der Sparkassen im allgemeinen wohl eher zweifelhaft. ¹⁵⁸ Unabhängig davon ist eine solche Beihilfe allerdings möglicherweise rechtfertigungsfähig, wenn ein hinreichend dichter Bezug zu den übertragenen öffentlichen Aufgaben besteht. ¹⁵⁹ Dieser fehlt jedenfalls dort, wo das Anstaltsprofil gänzlich verwischt wird, weil die Geschäftsbankenfunktion in den Vordergrund getreten ist. Die Gewährträgerhaftung für die unzweifelhaft anstalt-

nehmen und Betriebe, die andere mit Energie versorgen". Gemeinwirtschaftliche Lasten (§§ 4, 10 EnWG) sind trägerunabhängig von jedem EVU zu tragen.

¹⁵⁵ S die Richtlinie 96/92 EG vom 19. Dezember 1996, betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (abl. EG 1997 L 109 S. 8).

¹⁵⁶ Zum Beihilfebegriff des Art. 97 EGV s. Cremer in: Callies/Ruffert (Fn. 146), Art. 97 Rn 7 ff.

¹⁵⁷ S dazu Immenga/Rudo Die Beurteilung der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach EU-Beihilferecht, 1997; Kinzl (Fn. 97); Stern Die kommunalen Sparkassen im Visier der Europäischen Union, in: FS Rommel 1997, 211 ff.; ders. SpK. 1997, 397 ff.; Schmidt/Vollmöller NJW 1998, 716 ff. mit je unterschiedlichen Positionen.

¹⁵⁸ Gegen die Trennung der Sparkassen von den Landesbanken mit gegenläufiger Tendenz Stern und Kinzl wie vor, 45 ff.

¹⁵⁹ Zum öffentlichen Auftrag der Sparkassen zuletzt Völker Der öffentliche Auftrag der kommunalen Sparkassen und das Aufrechterhalten eines flächendeckenden Zweigstellennetzes im Spannungsfeld mit dem Wandel am Markt, Diss. Tübingen, 1999, s. auch die Beiträge in: J. Ipsen (Hrsg.), Sparkassenrecht im Wandel, 1993.

lichen Funktionen würde man vielleicht aus dem Beihilfebegriff noch herausinterpretieren können, die Gewährträgerhaftung für die Geschäftsbankfunktionen nicht.¹⁶⁰

Die Transparenzrichtlinie¹⁶¹ ist geeignet, verschleierte Wettbewerbsverzerrungen offenkundig werden zu lassen. Eine Quersubventionierung würde so auch betragsmäßig deutlich. Wenn z.B. der Personennahverkehr liberalisiert wird, ist für das Vergabeverfahren der Quersubventionierungseffekt zahlenmäßig greifbar; die Angebote müssen ohne solche kommunale Mitfinanzierung verglichen werden. Ausgleichszahlungen für bestimmte Linien müßten allen Bewerbern gleichmäßig zustehen können.

Die Konflikte mit dem europäischen Wettbewerbsrecht werden im übrigen um so unvermeidlicher, wie die Markteilnahme staatlicher oder kommunaler Unternehmen nicht deutlich von einem öffentlichen Zweck geprägt ist. Das Gemeinschaftsrecht ist insofern substantiell daran ausgerichtet, Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Anbietern von Leistungen am Markt zu verhindern. Die öffentlichen Unternehmen schwächen in ihrer Intention, nur Wettbewerber unter Wettbewerbern sein zu wollen, ihre verfassungsrechtliche und europarechtliche Legitimation. Die WestLB wird ihre Schlachten gegen den Wettbewerbskommissar kaum gewinnen können, die Sparkassen hingegen schon.

Man mag fragen, ob Art. 16 EGV Entlastung von den wettbewerbsrechtlichen Bindungen signalisiert. Im Ergebnis ist das zu verneinen, weil Art. 16 nur akzeptiert, was auch sonst evident ist: Öffentliche Unternehmen sind auch europarechtlich zulässiges Interventionsmedium. Die zentralen wettbewerbsschützenden Normen für die Waren- und Dienstleistungsfreiheit bleiben aber davon unberührt. Ob Art. 16 EGV nicht gleichwohl interpretatorisch die Gewichte etwas verschiebt, ist noch nicht sicher einschätzbar. In den Urteilen zu den Einfuhr- und Ausfuhrmonopolen für Elektrizität und Gas finden sich jedenfalls erhebliche Akzentverschiebungen, wenn der EuGH eine tatsächliche oder rechtliche Gefährdung der Erfüllung der besonderen Verpflichtungen des betrauten Unternehmens genügen läßt, um nationale Regulierungen, die öffentliche Unternehmen dem Wettbewerb entziehen, bestehen zu lassen. Dafür, daß es insofern mildere Mittel gibt, wird der Kommission die Beweislast aufgebürdet. 162

¹⁶⁰ Zur Schwierigkeit der Rechtfertigung der Geschäftsbankfunktionen s. schon oben die Hinw. oben zu Fn. 49 ff.

¹⁶¹ S dazu Emmerich (Fn. 152), Rn 124 m.w.N.

¹⁶² S die Hinw. auf die Judikatur des EuGH oben Fn. 53; dazu aus dem Schrifttum: Ericke EuZW 1998, 741; Schaub/Dohm AG 1998, 566; Mestmäcker Grenzen staatlicher

Art. 16 EGV verdeutlicht jedenfalls nochmals, daß für die Legitimität der Unternehmen alles auf den öffentlichen Zweck ankommt. Die kompetentiellen Bindungen müssen normativ sichtbar sein und in der Marktteilnahme verwirklicht werden. Die Unternehmen müssen in ihrer Gemeinwohlnützigkeit deutlich erkennbar sein. Dann leben sie legitimerweise auch in liberalisierten Märkten. Die öffentliche Hand muß aber auch akzeptieren, daß die Unternehmen wegen ihrer öffentlichen Zwecklichkeit geführt werden und der hochgeschätzte Gewinn nicht das primäre Ziel sein darf. Die Wirklichkeit sieht wohl anders aus.

Monopole im EG-Vertrag, in: Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen (FIW 179), 1999, 71 ff.; Steindorff ZHR 163 (1999), 395 (426 ff.).

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

- I. Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Staat marktfähige Güter, die auch von Privaten angeboten werden oder angeboten werden können, anbieten darf.
- II. 1. Eine Aussage gilt für die wirtschaftliche Betätigung der Staaten, in welcher organisatorischen Gestalt sie auch immer anzutreffen ist: Eine Betätigung um des Erwerbszwecks willen, nur um des Gewinns willen, ist verfassungsrechtlich unzulässig.
- 2. Die mittelbare Gemeinwohlförderung durch den Haushaltsertrag reicht zur Rechtfertigung der Marktteilnahme nicht aus.
- 3. Positivrechtlich wird der Ausschluß bloßer Erwerbswirtschaftlichkeit dadurch gestützt,
- daβ die als Eigenkapital notwendigen Steuermittel von der Zweckbindung her nicht Wagniskapital oder Finanzanlage sind,
- daß die grundgesetzlich vorgesehene Erwerbswirtschaftsquelle "Finanzmonopol" verfassungsmäßig nicht mehr ausgedehnt werden kann
- daß auch die Sozialisierung nach Art. 15 GG nicht um des Gewinnes willen zulässig wäre,
- daß der Staat sich nach der Grundentscheidung der Finanzverfassung als Abgabenstaat finanziert.
- 4. Da verfassungsrechtlich geschützter Wettbewerb der Wettbewerb Privater ist, muß der Staat seinen Marktzutritt nach dem Gemeinwohlprinzip inhärenten Rationalitätsgebot rechtfertigen können, weil der Aufgabenzugriff die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft verschiebt.
- 5. Die Hochzonung des im Gemeindewirtschaftsrecht zuerst formulierten Erfordernisses eines rechtfertigenden öffentlichen Zwecks zur Verfassungsvoraussetzung ist der Wirkkraft der Grundrechte zu danken, die alle Staatsinitiativen unter das Gebot stellt, ihren Gemeinwohlförderungszweck benennen zu müssen.
- 6. Es läßt sich nicht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begründen, daß die Möglichkeit, mit regulierten Unternehmen eine gesicherte Infrastruktur für daseinsnotwendige Leistungen herzustellen, rechtlich Vor-

rang vor eigenwirtschaftlicher Teilnahme insbesondere der Gemeinden auf diesen Märkten haben muß.

- III. Wenn die staatliche Marktteilnahme als wirtschaftende Wahrnehmung von Staatsaufgaben zu verstehen ist, muß das Recht die androgyne Struktur dieses Sektors angemessen erfassen.
- 1. a) Da regelmäßig verselbständigte Trabanten wirtschaftend verwalten, gilt der institutionelle Gesetzesvorbehalt für die rechtliche Existenz und den zu verfolgenden Unternehmenszweck.
- b) Auch die unmittelbare Marktteilnahme allzuständiger Verbände muß durch Beschluß mit Angabe der Zweckverfolgung durch die Vertretungskörperschaft gerechtfertigt werden.
 - c) Das gilt auch für die Beteiligung an privaten Unternehmen.
- 2. Die Marktteilnahme der Gemeinden wirft eine Fülle von Problemen auf, weil sie allzuständige Verbände mit örtlich reduziertem Wirkungskreis unter Eingliederung in das Staatsganze sind.
- a) Auch Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigt keine bloß erwerbswirtschaftliche Marktteilnahme.
- b) Gesamtstaatliche Marktliberalisierungsentscheidungen greifen nicht in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ein.
- c) Auch gesetzlich ermächtigte grenzüberschreitende Marktangebote sind wegen der nur örtlich begrenzten Legitimationskraft des Gemeindevolkes mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.
- d) Die Frage nach dem öffentlichen Zweck gilt der Verbandskompetenz der Gemeinden; die Grenzen der Verbandskompetenz unterliegen aber nicht einer praktisch unkontrollierten Einschätzungsprärogative des Verbandes selbst. Zusätzlich moderierend wirkt hinter einer sachgerechten Gemeinwohlkonkretisierung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere auf der dritten Stufe der Zumutbarkeit.
- IV. Zu den verfassungsrechtlichen Grundbedingungen verfassungsmäßiger Organisation gehört die Zweckdefinition in der Unternehmenssatzung als Vorgabe für die Unternehmenspolitik, als Maßstab für die unternehmensinterne und -externe Kontrolle mittels der Einwirkungspflicht des Muttergemeinwesens und ggf. auch als Maßstab für Ausgleichszahlungen für unrentable Zweckverfolgung.
- 1. Eine rigide Anwendung des Demokratieprinzips würde alle Vorteile der Autonomieeinräumungen aufheben. Das Demokratieprinzip würde bei privatrechtlich konstitutierten Unternehmen zu einem konzernrechtlichen Beherrschungsvertrag führen. Die konzernrechtlichen Konsequenzen würden Gewährträgerhaftung und Anstaltslast durchaus gleichen.
 - 2. Der Rechtsgedanke funktionsgerechter Organstruktur erlaubt es, die

sachliche Legitimationskette zu lockern (ohne sie aufzugeben), weil es dafür tragfähige Sachgründe (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit) gibt.

Insgesamt erscheint es möglich, für die Eigengesellschaft mit dem Modell einer rechtsfähigen Anstalt zu adäquaten Strukturen zu kommen.

- V. Da Wettbewerb verfassungsrechtlich Wettbewerb Privater ist, stehen dem privaten Wirtschafter gegen die staatliche Marktteilnahme grundrechtliche Abwehransprüche zu. Auch die gemeindewirtschaftsrechtlichen Ordnungsnormen schützen den betroffenen privaten Wettbewerber. Auch die privatrechtliche Schutzkonstruktion über §1 UWG ist in sich konsistent und folgerichtig. Die Rechtswegfrage steckt folglich in einer argumentativen Pattsituation.
- VI. 1. Der Satz, daß Wettbewerb grundsätzlich Wettbewerb Privater sein muß, läßt sich für das Gemeinschaftsrecht nicht wiederholen.
- 2. Das ausgeprägte Interesse an ausgeprägtem Wettbewerb erfaßt wie das UWG und das GWB alle zum Zweck des Leistungsaustauschs am Markt befindlichen Unternehmen.
- 3. Handeln öffentliche und private Unternehmen in einem regulierten Markt, der ein bestimmtes Infrastrukturniveau sichern soll, sind die Unternehmen gemeinschaftsrechtlich zwingend gleichzubehandeln. Trägerschaftsbezogene Differenzierungen sind dann unzulässig.
- 4. Ob das Beihilferecht in seiner bisherigen Strenge durchgehalten werden wird, ist angesichts Art. 16 EGV noch nicht verläßlich abschätzbar.

Dritter Beratungsgegenstand:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

2. Bericht von Prof. Dr. Thomas Puhl, Mannheim

Inhalt

			Seit	
A.	Grundlagen			
	I.	Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge	45	
	II.	Die Regelungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens	45	
	III.	Entwicklungslinien des Vergaberechts	46	
		1. Das haushaltswirtschaftliche Anliegen des		
		traditionellen deutschen Vergaberechts	46	
		2. Das wettbewerbliche Anliegen des Gemeinschafts-		
		und Völkerrechts	46	
В.	Das	derzeitige Regelungsgeflecht	46	
	I.	Internationale Übereinkünfte	46	
	II.	Europarechtliche Vorgaben	46	
		1. Die materiellen Vergaberichtlinien	46	
		2. Die Nachprüfungsrichtlinien	46	
	III.	Das deutsche Vergaberecht	46	
		1. Regelungen für Aufträge oberhalb der Schwellen-		
		werte	46	
		a) Das Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26.8.1998.	46	
		aa) Materielles und Vergabeverfahrensrecht	46	
		bb) Rechtsschutz	47	
		b) Der Unterbau: Vergabeverordnung und		
		Verdingungsordnungen	47	
		2. Regelungen für Aufträge unterhalb der Schwellen-		
		werte	47	
		a) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung	47	
		b) Kommunalbereich	47	
		c) Öffentliche Auftraggeber in Privatrechtsform	47	
C.	Zwe	ei Hauptprobleme	47	
	I.	Die Aufträge unter den Schwellenwerten	47	
		1. Spaltung des Regelungsregimes	47	
		2. Grundrechtliche Begründung subjektiver Bieterrechte	47	

		a) Grundsätzliche Grundrechtsbindung der
		Auftragsvergabe 47
		b) Einschlägige Grundrechte 47
		aa) Gleichheitsrechte 47
		bb) Freiheitsrechte, v.a. aus Art. 12 I GG 48
		3. Bieterrechte aus primärem Gemeinschaftsrecht 48
		a) Grundfreiheiten 48
		b) Wettbewerbsrecht 48
		4. Ansprüche aus allgemeinem Wettbewerbsrecht 48
	II.	Die Berücksichtigung "vergabefremder" Aspekte 48
		1. Zuschlagskriterium "wirtschaftlichstes" Angebot 48
		a) Haushaltsrechtliche Deutung 48
		b) Wettbewerbsrechtliche Deutung 48
		2. Auswahl der Auftragnehmer - zulässige
		Eignungskriterien 49
		a) Verfassungsmaßstäbe
		aa) Bundesstaatliche Kompetenzordnung 49
		bb) Gesetzesvorbehalt 49
		cc) Materielle Grundrechtsfragen 49
		b) Gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe 49
		aa) Vergaberichtlinien 49
		(1) Beentjes; und Kritik 49
		(2) Die Haltung der Kommission 49
		bb) Primärrecht 50
D.	(Vie	ele) offene Fragen
	I.	z.B.: Zum Vergabeverfahren 50
	II.	z.B.: Zum Primärrechtsschutz 50
	III.	z.B.: Zu sekundären Ersatzansprüchen 50
E.		m Schluß

A. Grundlagen

Der Staat als Leistungsapparatur benötigt für die Erstellung seiner Endprodukte als Produktionsfaktoren neben der Arbeitskraft seines eigenen Personals eine Vielzahl von Sachgütern und Dienstleistungen Dritter – gewissermaßen als Rohstoffe und Halbfertigprodukte. Er braucht F16s und eine A 20, Finanzämter und Rathäuser, Herzklappen und Palandts; und wenn er gar nichts mehr braucht – dann braucht er eine 69 Mio. DM Image-Kampagne fürs Musterländle: "Wir können alles. Außer Hochdeutsch."

Diese Güter nimmt er nur im Ausnahmefall zwangsweise in Anspruch (etwa im Wege der Enteignung, oder durch Beschlagnahme z.B. nach den Leistungsgesetzen im Spannungs- und Verteidigungsfall); im Regelfall erwirbt er sie dagegen am Markt von Privaten (freilich mit Geld, das er sich zuvor im wesentlichen über Zwangsabgaben beschafft hat – was aber noch immer effizienter und freiheitsschonender ist als der direkte Zugriff auf konkrete Sach- und Dienstleistungen der Bürger).

I. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge

Der Umfang, in dem der Staat Güter am Markt beschafft, richtet sich nach einer Vielzahl von Faktoren – insbesondere nach den vor allem politisch definierten Staatsaufgaben sowie der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens, aber auch nach der Grundentscheidung, wieweit der Staat (Halbfertig-)Produkte mit eigenem Personal erstellt oder fix und fertig einkauft (Stichwort: "Outsourcing"): Schlankheitsgrad des selbst unterhaltenen Personalkörpers und Volumen staatlicher Auftragsvergabe stehen im Verhältnis der Komplementarität und sind in erheblichem Umfang wechselseitig substituierbar.

Öffentliche Aufträge – also grob gesprochen: die Beschaffung von Sachgütern und Dienstleistungen durch öffentliche Verwaltungen, öffentliche und halb-staatliche Unternehmen – sind ein bedeutender Faktor der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage. Exakte Statistiken über ihr Volumen gibt es erstaunlicherweise weder auf nationaler noch auf EU-Ebene. In Wiesbaden² schätzt man jedoch, daß in Deutschland

¹ Haushaltsplan Baden-Württemberg 2000/2001, Kap. 1212 Tit. 531 03-0.

² Das Statistische Bundesamt geht auf Anfrage davon aus, daß 1995 die Gebietskörperschaften öffentliche Aufträge über rd. 250 Mrd. DM, die Sozialversicherungsträger über rd. 20 Mrd. DM und die Sektorenauftraggeber über rd. 130 Mrd. DM verge-

jährlich rund 400 Mrd. DM für öffentliche Aufträge ausgegeben werden, wovon etwa 130 Mrd. DM auf die sog. Sektorenauftraggeber entfallen; gut die Hälfte der rein staatlichen Einkäufe tätigen (als Hauptträger der Daseinsvorsorge) die Kommunen. Brüsseler Zahlen liegen deutlich höher.³ Insgesamt wird man aber in der Annahme nicht fehlgehen, daß in Deutschland wie europaweit zwischen 10% und 15% des jeweiligen Bruttoinlandsprodukts auf öffentliche Aufträge entfallen. Dabei sind einzelne Branchen besonders staatsabhängig – vom Auftragseingang des Bauhauptgewerbes in Deutschland entfällt z. B. etwa 1/3 auf öffentliche Aufträge.

II. Die Regelungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens

All diese Aufträge werden auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge abgewickelt.⁴ Anders als für entsprechende Geschäfte zwischen Privaten im allgemeinen hält man jedoch speziell für Aufträge der öffentlichen Hand die zivilrechtlichen Vorschriften etwa über den Kauf-, Werk- oder Dienstvertrag und deren Zustandekommen nicht für ausreichend. Drei Umstände nämlich sprechen für eine besondere Regelungsbedürftigkeit gerade des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge:

ben haben. Wegen der Diskrepanzen zu den von der EG veröffentlichten Schätzungen werden Daten derzeit nicht publiziert; als seriöse Studie wird jedoch auf die Veröffentlichung von Breuer/Wallau Der Beitrag des öffentlichen Auftragswesens zur wirtschaftlichen Entwicklung in den neuen Bundesländern, Schriften des Instituts für Mittelstandsforschung N.F. Nr. 67, 1996, verwiesen, das diese Angaben stützt und ausdifferenziert. – Die sonst im Schrifttum genannten Zahlen beruhen soweit ersichtlich in keinem Fall auf amtlichen oder wissenschaftlichen Primärquellen – außer den groben Schätzungen der EG (dazu Fn. 3). – Kommission, BMWi und Statistisches Bundesamt bemühen sich derzeit um einen Zahlenabgleich, der im Frühjahr 2001 abgeschlossen sein und publiziert werden soll.

³ Zuletzt Kommission der Europäischen Gemeinschaften, "Wirtschaftsreform: Bericht über die Funktionsweise der gemeinschaftlichen Güter- und Kapitalmärkte" v. 26. 1. 2000, KOM (2000) 26 endg., 20f., und Tab. 18, S. 53: Sie geht für die Bundesrepublik für 1995 – ohne weitere Aufgliederung – von einer Gesamtsumme öffentlicher Aufträge i.H.v. 293,8 Mrd. € (= 574,6 Mrd. DM), für 1998 von 282,5 Mrd. € (= 552,5 Mrd. DM), europaweit von einem Anteil öffentlicher Aufträge von ca. 14% des Bruttosozialprodukts aus.

⁴ S. etwa BGHZ 14, 222, 226; 48, 98, 103; BVerwGE 5, 325, 327; BVerwG, DÖV 1973, 244, 245; s. auch die Begr. des Regierungsentwurfs zum VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, 20 (vor § 126); Waldner Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, Diss. Würzburg, 2000, 33 ff. mwN.

- 1. Die öffentliche Hand handelt auch beim Abschluß zivilrechtlicher Verträge nicht "privatautonom". Sie ist nach zutreffender Ansicht auch in diesem Bereich nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsverpflichtet.⁵ Und sie verfügt nicht über "eigenes" Geld, sondern treuhänderisch über Finanzmittel, die die Bürger aufgebracht haben. Dabei ist die Verwaltung – im Gegensatz zum Privaten – zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtet.⁶
- Anders als meist in der Privatwirtschaft fehlt den Amtswaltern, die Staatsgelder ausgeben, vielfach ein adäquater Anreiz, mit den ihnen anvertrauten Mitteln sparsam umzugehen – mit der Folge, daß sie aus Bequemlichkeit oder Nachlässigkeit nicht selten gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip verstoßen.⁷
- 3. Oft, in manchen Bereichen regelmäßig, vergibt die öffentliche Hand Aufträge bewußt nicht an den günstigsten, sondern an andere Auftragnehmer. Das muß keine Vetternwirtschaft sein, sondern dient oft hehren Zielen etwa der Regional- oder Sozialpolitik, ist aber jedenfalls in den damit verbundenen Belastungswirkungen gegenüber übergangenen Wettbewerbern rechtfertigungsbedürftig.8

Was auch immer die Gründe eines Zuschlags auf ein anderes als das wirtschaftlich günstigste Angebot im Einzelfall sein mögen – er hat eine doppelte Folge: eine haushaltswirtschaftliche (der Auftraggeber erbringt zu Lasten der öffentlichen Finanzen eine höhere Gegenleistung als marktmäßig⁹ erforderlich) und eine wettbewerbliche (der günstigste Anbieter kommt nicht zum Zuge, was ihn individuell benachteiligt und sich auch gesamtwirtschaftlich auf die Dauer nachteilig auswirkt – nämlich durch eine Fehlallokation von Produktionsmitteln).

⁵ Dazu Nachweise unter C I 2 a.

^{6 §§ 6} I, 48 I HGrG, §§ 7 I 1, 105 I Nr. 2, 113 BHO/bw LHO; aus dem Kommunalrecht etwa § 77 II bw GO, § 48 bw LKrO, § 12 I bw EigBG.

⁷ Beredtes Zeugnis geben die jährlichen Berichte der Rechnungshöfe und der kommunalen Prüfungseinrichtungen; für den Bund zuletzt die Bemerkungen des Bundesrechnungshofs 1999, BT-Drs. 14/1667 (zum Beschaffungswesen etwa unter Ziff. 20, 44, 45, 47, 53, 60, 93, 94, 100).

⁸ Näher unter C II.

⁹ Für die Beschaffung des eingekauften Wirtschaftsgutes – nicht notwendig aber auch zur Verfolgung des Sekundärzwecks, s. unter C II 1 a.

III. Entwicklungslinien des Vergaberechts

1. Das haushaltswirtschaftliche Anliegen des traditionellen deutschen Vergaberechts

Die haushaltswirtschaftliche Seite des Problems ist spätestens seit der Entstehung des modernen Haushaltsrechts in der Weimarer Zeit erkannt. Heute verpflichtet es alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts materiell auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit – und ausschließlich zu diesem Zweck verfahrensrechtlich dazu, vor dem Abschluß von Verträgen über Lieferungen und Leistungen in aller Regel eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen. Sie soll dem öffentlichen Auftraggeber die notwendigen Informationen über die Angebotsseite des Marktes vermitteln und zugleich – über die Transparenz des formalisierten Verfahrens – politische und unsachliche Einflüsse ausschließen.

2. Das wettbewerbliche Anliegen des Gemeinschafts- und Völkerrechts

Aus EU-Sicht birgt die bisherige Praxis öffentlicher Aufträge weniger ein haushaltswirtschaftliches Problem.¹⁴ Im Vordergrund steht für sie vielmehr die bislang weitgehende Abschottung der nationalen Beschaffungsmärkte, der Protektionismus gegenüber Unternehmen anderer Mitgliedstaaten. Noch 1986 sind nach Schätzung der EU-Kommission nur 0,14% des Bruttoinlandsprodukts der Gemeinschaft für öffentliche Aufträge an andere Mitgliedstaaten gegangen, während ohne Behinde-

¹⁰ Vgl. § 46 RHO als Vorläufervorschrift zu § 55 BHO; zuvor schon § 37 I des Preuß. Staathaushaltsgesetzes vom 18.5.1898 (PrGS, 77). – Zur geschichtlichen Entwicklung s. etwa den Abriß bei *Sterner* Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss. Mannheim 1996, 71–73; *Kokott* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einführung Rn 2ff. – je mwN.

¹¹ S. oben Fn. 6.

¹² S. §§ 30 HGrG, 55 BHO/LHO; aus dem Kommunalrecht etwa § 31 bw GemHVO.

¹³ So z. B. *Pietzcker* in: Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, 66.

¹⁴ Aber auch ein solches: Die Marktabschottung im öffentlichen Auftragswesen verursacht nach Einschätzung des sog. Ceccini-Berichts von 1987 (Forschungsbericht für die Kommission der EG "Die Kosten der Nichtverwirklichung von Europa" [The cost of Non-Europe in Public Sector Procurement], Executive Summary, 6f.) durchschnittlich bis zu 19 Mrd. € Mehrkosten im Jahr für die öffentlichen Auftraggeber; kritisch zu dieser Schätzung Hailbronner WiVerw 1994, 173, 175, gegenüber einem noch höher (40 Mrd. €) geschätzten potentiellen Einsparvolumen auch Seidel in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1997, H. IV Rn 33–38, beide unter Betonung der natürlichen Regionalität insbesondere des Baumarktes.

rungen mit einem zwischenstaatlichen Auftragsvolumen von 7-10 % des Bruttoinlandsprodukts zu rechnen sei. 15

Eine solche Praxis steht im Widerspruch zu dem von der EU angestrebten Binnenmarkt (Art. 3 lit. c und g, Art. 4 I EG), dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 3 lit. g, Art. 4 I und II EG), teils auch unmittelbar zu den Grundfreiheiten des EG. Deshalb hat die Europäische Gemeinschaft seit 1971 eine Reihe von Richtlinien für das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge erlassen 16 – mit dem Ziel, die Transparenz der öffentlichen Beschaffungsmärkte und deren tatsächliche Öffnung für einen freien und chancengleichen Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zu fördern.

Schließlich sind – vor allem seit 1979 – auch auf internationaler Ebene weitere Abkommen getroffen worden, namentlich im Rahmen des GATT (seit 1994: WTO), mit gleicher Stoßrichtung wie die EG-Richtlinien – nämlich zur Liberalisierung und Ausweitung des Welthandels auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.¹⁷

Diese völker- und vor allem gemeinschaftsrechtlichen Impulse haben schließlich einen Umbruch auch des deutschen Vergaberechts zur Folge gehabt: Der Gesetzgeber hat es in eher gequälten Windungen, die hier nicht im einzelnen nachzuzeichnen sind, schließlich mit Wirkung vom 1.1.1999 weitgehend aus dem Haushaltsrecht herausgelöst und in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingebettet. 18

B. Das derzeitige Regelungsgeflecht

Infolge dieser Entwicklung unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge heute insgesamt einem Regelungsgeflecht, das zu durchschauen dem Uneingeweihten nicht ganz leicht fällt:

¹⁵ Kommission, Die Öffnung der Beschaffungsmärkte, 1993, 2. Inzwischen geht die Kommission – vorsichtiger – davon aus, daß die früher erwarteten Einspareffekte nicht tatsächlich nachweisbar seien; die rationelle Verwendung öffentlicher Mittel bezeichnet sie – u.a. mit Blick auf die Maastrichter Konvergenzkriterien – noch immer als eines der Hauptziele der Union bei der Gestaltung des öffentlichen Auftragswesens; der Anteil der Importe an den Beschaffungen in Europa sei zwar noch immer "bescheiden", direkte grenzüberschreitende Transaktionen seien jedoch immerhin von 1,4% (1987) auf 3% (1995) gestiegen, Grünbuch "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft", KOM (96) 583 endg. (= BT-Drs. 13/8366), Tz. 2.3, 2.5, 2.11.

¹⁶ Nachw. mit Änderungen etwa bei *Waller* Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens, Rang und Anwendbarkeit des GPA 1994 im europäischen und deutschen Recht, Diss. Chemnitz/Zwickau, 1998, 228.

¹⁷ S. Erwägungsgrund 1 des GPA; näher zum GPA unter B I.

¹⁸ Näher unter B III 1 a.

I. Internationale Übereinkünfte

Auf internationaler Ebene zu nennen ist vor allem¹⁹ das WTO-Beschaffungsabkommen GPA²⁰ vom 15.4.1994, das am 1.1.1996 in Kraft getreten ist. Als "plurilaterales" Abkommen gilt es nur für diejenigen WTO-Mitglieder, die es gesondert ratifiziert haben – derzeit gut zwei Dutzend Staaten, darunter neben denen der Europäischen Gemeinschaft²¹ insbesondere die USA, Kanada und Japan.²²

Das GPA sei hier nicht näher beleuchtet, weil es inhaltlich für deutsche Auftraggeber – jedenfalls gegenüber Bietern aus der EU²³ – soweit

¹⁹ Zum global angelegten GPA (Fn. 20) treten zahlreiche speziellere völkerrechtliche Vereinbarungen – insbesondere eine Reihe von bilateralen Beschaffungsübereinkommen zwischen der EU oder der Bundesrepublik und anderen Staaten, allen voran das Briefwechsel-Abkommen zwischen der EU und den USA von 1995 (ABl. Nr. L 134 v. 20. 6. 1995, 25 – hierzu und zu seiner Vorgeschichte *Huelmann* Öffentliche Beschaffungen nach EG-Recht, WTO und Deutsch-amerikanischem Freundschaftsvertrag, Diss. Münster, 2000, 141 ff., 152 ff. mwN.), sowie die Europa-Abkommen mit mittel- und osteuropäischen Ländern (Nachw. bei *Huelmann*, 133). Von Bedeutung ist ferner die grundsätzliche Erstreckung des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien auf die EFTA-Staaten (Art. 65 I iVm. Anhang XVI des EWR-Abkommens, ABl. EG Nr. L 1 v. 3. 1. 1994; das gilt allerdings nur für Island, Liechtenstein und Norwegen; die Schweiz hat das Abkommen nicht ratifiziert, s. *Kokott* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einführung Rn 122).

²⁰ Agreement on Government Procurement, ABl. Nr. L 336 v. 23.12.1994, 273; deutsche Fassung veröffentlicht in ABl. Nr. C 256 v. 3.9.1996, 2. – Näher zum GAP: Gramlich RIW 1995, 793, 797 ff.; Haase Internationale Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens, Diss. Trier, 1997, passim; Kunnert WTO-Vergaberecht. Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, Diss. 1998, passim; Drügemöller Vergaberecht und Rechtsschutz, Diss. Frankfurt/Oder, 1999, 24ff.; Huelmann (Fn. 19), 107 ff., Waller (Fn. 16), passim. – Allgemein zum Verhältnis der EG zur WTO: Lorenz Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation WTO, Diss. München 2000; Hilpold Die EU im GATT/WTO-System, 2. Aufl. 2000. – Zum ersten WTO-Panel-Bericht v. 1.5.2000, der sich primär mit dem öffentlichen Auftragswesen befaßt (u.a. dem Verfahren um den südkoreanischen "Inchon-Flughafen"), Bungenberg WuW 2000. 872 ff.

²¹ Sie hat das Abkommen mit Wirkung für ihre Mitgliedstaaten ratifiziert, näher *Huelmann* (Fn. 19), 114.

²² S. die Auflistung der WTO unter www.wto.org/english/tratop_e/gproc_/memobs e.htm

²³ Eigenständige rechtliche Bedeutung verbleibt dem GAP für die Bundesrepublik v.a. in zweierlei Hinsicht:

^{1.} Es verpflichtet deutsche Auftraggeber nach dem Grundsatz der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung (Art. III Abs. 1 lit. a und b, VIII Satz 1 GPA), Unternehmen aus Vertragsstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu behan-

ersichtlich keine weiteren Anforderungen stellt als das Gemeinschaftsrecht, das bei der Formulierung des GPA in den Gesprächen der Uruguay-Runde Pate gestanden hat²⁴.

II. Europarechtliche Vorgaben

464

Speziell auf das Vergabewesen zugeschnittene Vorschriften enthält das primäre Gemeinschaftsrecht nicht. Jedenfalls die Grundfreiheiten des EG stehen jedoch insbesondere einer Diskriminierung von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge entgegen. Unter anderem weil schon eine fehlende Harmonisierung der Vergaberegelungen in den Mitgliedstaaten die grenzüberschreitende Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen behindert, suchen sekundärrechtliche Vorgaben die Grundfreiheiten durch eine Koordinierung der einzelstaatlichen Vergabeverfahren zu verwirklichen.

1. Die materiellen Vergaberichtlinien

Derzeit besteht dieses Regelwerk im Kern aus vier Vergaberichtlinien – nämlich denen für Bau-²⁵, für Liefer-²⁶ und für Dienstleistungsaufträge²⁷ (die nach einem Kommissionsvorschlag vom Mai diesen Jah-

deln wie inländische und solche anderer Vertragsstaaten – also: nach deutschen und EG-Regeln; und

^{2.} enthält es einen ersten – wegen der noch geringen Zahl der Signatarstaaten und zahlreicher Vorbehalte einzelner Vertragsparteien freilich begrenzten – Schritt in Richtung Globalisierung von EG-Vergabestandards und erleichtert so für deutsche Unternehmen die Wettbewerbsteilnahme um öffentliche Aufträge auch von außerhalb der EU.

²⁴ Vgl. BR-Drs. 357/94, 81 f.: "Die EG-Kommission hat in den Verhandlungen [scil.: der Uruguay-Runde] versucht, die gesamte EG-weite Marktöffnung im Beschaffungswesen zu multilateralisieren" (was ihr freilich nur auf der zentralstaatlichen Ebene auch vollständig gelungen sei).

²⁵ Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABI. EG Nr. L 199, 54) – "Baukoordinierungsrichtlinie", zit.: BKR. – Diese und die in den beiden folgenden Fn. genannten Richtlinien sind zuletzt durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13.10.1997, ABI. Nr. L 328, 1 geändert worden.

²⁶ Richtlinie 93/36/EWG des Rates v. 14. 6. 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABI. EG Nr. L 199, 1) -"Lieferkoordinierungsrichtlinie", zit.: LKR.

²⁷ Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18. 6. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABI. Nr. L 209, 1) – "Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie", zit.: DLKR.

res sinnvollerweise künftig in einer einzigen Richtlinie zusammengefaßt werden sollen²⁸) sowie der sog. Sektorenrichtlinie²⁹. Letztere erweitert das Feld des öffentlichen Auftragswesens über die Beschaffungsmaßnahmen staatlicher Einrichtungen (also der klassischen öffentlichen Auftraggeber) hinaus auf die Vergabe solcher Auftraggeber, die technische Netze mit Gebietsmonopolcharakter führen, nämlich in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung³⁰ – und zwar auch dann, wenn diese Einrichtungen (wie teils in der Bundesrepublik) als Unternehmen privatrechtlich organisiert sind und ihre Anteile in den Händen Privater liegen (wie bei der RWE oder in den neuen Bundesländern bei der VEAG; sog. "Sektoren-Auftraggeber").

Alle Vergaberichtlinien gelten nur für größere Aufträge ab bestimmten "Schwellenwerten". Diese reichen von rd. 130000 €³¹ für Lieferund Dienstleistungsaufträge zentralstaatlicher Stellen (der Bundesministerien) bzw. 200000 € bei den übrigen klassischen öffentlichen Auftraggebern über 400000 € für die meisten Sektorenaufträge – bis zu 5 Mio. € für Bauaufträge;³² bei der Vergabe von Teillosen liegen sie niedriger.

²⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 endg. v. 10.5.2000.

²⁹ Richtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6. 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. L 199, 84), geä. durch Richtlinie 98/4/EG v. 16.2. 1998, ABl. Nr. L 101, 1 – "Sektorenrichtlinie", zit.: SKR. Auch diese Richtlinie soll neu gefaßt werden – s. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000) 276 endg. v. 10.5. 2000.

³⁰ S. i.e. Art. 2 SKR; der dort noch genannte Telekommunikationssektor ist heute jedenfalls für die Bundesrepublik vom Anwendungsbereich der SKR ausgenommen und soll, soweit nicht nach Art. 8 SKR schon jetzt der Fall, nach dem Vorschlag der Kommission wegen der inzwischen weitgehend realisierten echten Wettbewerbssituation durch die Liberalisierung dieses Marktsegments künftig generell ausgeklammert werden, s. KOM (2000) 276 endg., 8 ff.

³¹ Die Richtlinien verwenden noch den Begriff "ECU". Der ECU ist gem. Art. 2 VO [EG] Nr. 1103/97 v. 17.6. 1997, ABI. Nr. L 162, 1 zum 1.1. 1999 jedoch durch den "Euro" ersetzt worden.

³² S. i.e. Art. 5 LKR, Art. 7 DKR, Art. 6 BKR und Art. 14 SKR – auch zur Festlegung und Publikation der Umrechnungswerte. Bei Anpassung der Schwellenwerte aufgrund des Beitritts der EU zum GPA sind neben und teils anstelle von Werten in ECU bzw. € solche in Sonderziehungsrechten (SZR – eine Referenzwährung, deren Wert jeweils vom IWF definiert wird) festgelegt worden. Diese unersprießliche Komplizierung su-

Die Richtlinien regeln das jeweilige Vergabeverfahren, vor allem das grundsätzliche Gebot öffentlicher Ausschreibung und seine Ausnahmen; sie enthalten – für die Marktöffnung zentral – überaus detaillierte Publizitätsvorschriften (vor allem für die Vergabebekanntmachungen, die grundsätzlich im Amtsblatt der EG vorzunehmen sind), sowie Regeln über Angebotsfristen und die Vergabeunterlagen, die auslandsdiskriminierende technische Spezifikationen unterbinden sollen.

Die Richtlinien enthalten materielle Eignungskriterien für die Auswahl der Bewerber (also Eigenschaften der Unternehmen – vor allem Zuverlässigkeit, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit)³³; und als Zuschlagskriterien, die in einem zweiten Schritt die Auswahl eines konkreten Angebotes aus denen aller für geeignet befundenen Unternehmer erlauben, alternativ das rein quantitative des "niedrigsten Preises" oder das wertungsbedürftige des "wirtschaftlich günstigsten" Angebots.³⁴

2. Die Nachprüfungsrichtlinien

Schließt die Vergabestelle – etwa über die Wahl einer unzulässigen Vergabeart – einen Bewerber zu Unrecht von vornherein aus dem Verfahren aus, enthalten Vergabeunterlagen diskriminierende Spezifikationen, sind Angebotsfristen zu kurz bemessen, Veröffentlichungen unterblieben oder Aufträge nach unzulässigen Kriterien erteilt worden,³⁵ so stellt sich die Frage nach Korrekturmechanismen, die tunlichst eine endgültige Rechtsverletzung verhindern, hilfsweise deren Folgen – insbesondere über die Zuerkennung von Schadensersatz – kompensieren oder mildern.

Deshalb hat der Rat – angesichts divergierender und teils unzulänglicher Rechtsschutzmechanismen in einzelnen Mitgliedstaaten³⁶ – zwei Nachprüfungsrichtlinien erlassen – die eine zur Kontrolle der traditio-

chen die vorliegenden Kommissionsvorschläge v. 10.5.2000 zur Neufassung der Vergaberichtlinien zu mildern, s. KOM (2000) 275 endg., 12f.; und KOM (2000) 276 endg., 18ff. Die DM-Gegenwerte der Schwellenwerte sind zuletzt bekannt gemacht im BAnz. Nr. 244 v. 24. 12. 1999, 20734.

³³ S. Art. 24-29 BKR; Art. 20-25 LKR; Art. 29-35 DKR und Art. 30-33 SKR.

³⁴ Näher bei Fn. 147 ff.

³⁵ Instruktiv zu Fallgruppen möglicher Vergaberechtsverstöße *Hertwig* Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), 2000, Rn 149 ff.

³⁶ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 und Nr. 4 NPRL, Nr. 2 und Nr. 3 S-NPRL (s. folgende Fn.); zu den unterschiedlichen Rechtsschutzverfahren in den Mitgliedstaaten s. die Nachweise bei *Sterner* (Fn. 10), 117.

nellen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge³⁷, eine zweite für Aufträge nach der Sektorenrichtlinie³⁸. Beide Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber "wirksam und vor allem möglichst rasch" auf Vergaberechtsverstöße³⁹ nachgeprüft werden können (Art. 1 I NPRL/S-NPRL).

Hervorzuheben ist, daß das europäische Vergaberecht darauf abzielt – und zwar entgegen der bis vor kurzem von der Bundesrepublik gegenüber der Kommission vertretenen Auffassung –, dem einzelnen Bewerber, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Art. 1 III NPRL/S-NPRL⁴⁰), klagbare Rechte einzuräumen.⁴¹ So hat der EuGH zu Recht festgestellt, daß etwa die in der Baukoordinierungsrichtlinie "enthaltenen Vorschriften über die

³⁷ Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechtsund Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABI. Nr. L 395, 33) – im folgenden "Nachprüfungsrichtlinie", zit.: NPRL; erweitert wurde ihr Anwendungsbereich auf Dienstleistungsaufträge durch Art. 41 DLKR.

³⁸ Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. L 76, 14) – im folgenden "Sektoren-Nachprüfungsrichtlinie", zit.: S-NPRL.

³⁹ Genauer: auf Verstöße gegen gemeinschaftsrechtliche Vergabebestimmungen und diese umsetzende nationale Vorschriften (weitergehend die ursprüngliche, aber gescheiterte Konzeption der Kommission, vgl. Seidel [Fn. 14], Rn 118 ff., insbes. 120).

⁴⁰ Also i.d.R. dem ausgeschlossenen oder übergangenen Unternehmer. Spezifiziert werden insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Organisation und Verfahren der Prüfungsinstanzen sowie deren Mindestbefugnisse.

⁴¹ Sein Zweck ist nicht die sparsame Mittelverwendung der Mitgliedstaaten (so der traditionelle objektiv-rechtliche Ansatz des deutschen Vergaberechts), sondern die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb (s. etwa die Erwägungsgründe Nr. 10 BKR, Nr. 9 und 12 DLKR, Nr. 3 NPRL, Nr. 5 S-NPRL) – und zwar nicht nur als objektives Prinzip im Allgemeininteresse, sondern zur Verwirklichung der primärrechtlichen Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie des Diskriminierungsverbotes (s. etwa die Erwägungsgründe Nr. 2 BKR, Nr. 6 DLKR, Nr. 1, 2, 22 SKR, Nr. 3 NPRL, Nr. 5 S-NPRL) – also gemeinschaftsrechtlichen Individualgrundrechten, weshalb gerade die einzelnen Unternehmen angesprochen werden (z. B. Erwägungsgründe Nr. 10 BKR, Nr. 4 NPRL, Nr. 3 und 5 S-NPRL), denen bei ihnen drohenden Schäden die Antragsbefugnis zur Überprüfung auf Vergaberechtsverstöße (Art. 1 III NPRL/S-NPRL) und – bei festgestellten und nicht mehr behebbaren Schäden – Entschädigung bzw. Schadensersatz gewährleistet wird (Erwägungsgrund Nr. 6 und Art. 2 I lit. c NPRL; Erwägungsgrund Nr. 10 und Art. 2 I lit. d S-NPRL).

Teilnahme und die Publizität den Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen ... Ein solcher Schutz kann nicht wirksam werden, wenn der Bieter sich nicht gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann."⁴²

III. Das deutsche Vergaberecht

Das Grundgesetz enthält ebenso wenig spezielle Vorgaben für das öffentliche Auftragswesen wie das primäre Gemeinschaftsrecht. Freilich determinieren seine allgemeinen Regeln auch das Vergaberecht - etwa das Wirtschaftlichkeitsprinzip und die Grundrechte, insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz. Mit deren Konkretisierung und der Umsetzung der jüngeren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in das einfache Recht hat die Bundesrepublik sich bisher schwer getan. Insbesondere war es noch erklärtes Ziel der an die deutsche Regelungstradition anknüpfenden sog, haushaltsrechtlichen Lösung im Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) von 1993⁴³, "individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen"44. Dem lag die übereinstimmende Befürchtung⁴⁵ deutscher öffentlicher Auftraggeber und Wirtschaftsverbände zugrunde, effektiver Rechtsschutz (womöglich über mehrere Instanzen) ziehe das Vergabeverfahren unerträglich in die Länge; und dies wirke sich nachteilig aus zum einen auf die Erfüllung des ieweiligen Versorgungsauftrags der öffentlichen Hand, also auf die Allgemeinheit (Straße wird nicht fertig), zum anderen auf die Wirtschaft, insbesondere die Bauwirtschaft, die rasche und endgültige Dispositionsgrundlagen benötige. Gerade die Blockade von Anschlußaufträgen bei der in Deutsch-

⁴² EuGH Slg. 1995 I, 2311 Tz. 19 mN.

⁴³ Sie bestand aus einer Ergänzung des HGrG durch die §§ 57a bis c und auf deren Grundlage dem Erlaß zweier Verordnungen, der Vergabeverordnung (VgV) – zur Umsetzung der Vergaberichtlinien – und der Nachprüfungsverordnung (NpV) – zur Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinien: Zweites ÄndG zum HGrG v. 26. 11. 1993 (BGBl. I, 1928); VgV v. 22.2. 1994 (BGBl I, 321) – geä. durch die 1. ÄndVO zur VgV v. 29.9. 1997 (BGBl. I, 2384); NpV v. 22. 2. 1994 (BGBl. I, 324).

⁴⁴ So der Regierungsentwurf zur Änderung des HGrG, BT-Drs. 12/4636, 12; s. demgegenüber freilich mit beachtlichen Gründen *H.-U. Gallwas* FS Knöpfle, 1996, 103, 111 ff.

⁴⁵ Deutlich die Entschließung der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP, BT-Drs. 12/770; ausführlich *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 232f. mN.; *Sterner* (Fn. 10), 134; ferner (zu den deutschen Positionen bei Ausarbeitung der Nachprüfungsrichtlinien) BR-Drs. 62/89; *Seidel* (Fn. 14), Rn 133; *Hailbronner*, a.a.O., 188 f.

land üblichen, mittelstandsfördernden Vergabe von Teillosen an Subunternehmer⁴⁶ verursache unverhältnismäßig hohe finanzielle Schäden.

Dieser Ausschluß subjektiver Bieterrechte lief dem europarechtlichen Konzept von einem raschen und wirksamen Rechtsschutz im Vergabeverfahren klar zuwider.⁴⁷ Auf Druck der EG-Kommission⁴⁸ – und der Vereinigten Staaten, die der Bundesrepublik eine Diskriminierung amerikanischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe sowie Rechtsschutzlücken vorwarfen und deshalb mit Sanktionen drohten⁴⁹ – ist daher das Recht der öffentlichen Aufträge zum 1.1.1999 auf eine neue und bessere Grundlage gestellt worden.

- 1. Regelungen für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte
- a) Das Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26. 8. 1998

Der Gesetzgeber hat nunmehr das Vergaberecht – schon dies markiert inhaltliche Akzentverschiebungen – weitgehend⁵⁰ aus dem Haushaltsrecht herausgelöst und es als Vierten Teil im GWB⁵¹ grundlegend neu gestaltet, allerdings nur für Aufträge oberhalb der EG-rechtlich festgelegten Schwellenwerte (§§ 100 I, 127 Nr. 1 GWB).

aa) Materielles und Vergabeverfahrensrecht

Diese Bestimmungen setzen die EG-Richtlinien – soweit ersichtlich – ordnungsgemäß um: *Materielle* Regelungen enthält das Gesetz (neben einer Festlegung seines Anwendungsbereichs vor allem durch Definition der öffentlichen Auftraggeber) nur wenige – insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Teilnehmer eines Vergabeverfahrens (§ 97 II GWB) und das Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten

⁴⁶ Vgl. § 18 bw MittelstandsförderungsG 1975 und nunmehr § 97 III GWB sowie § 22 bw MittelstandsförderungsG v. 19. 12. 2000, GBl., 745.

⁴⁷ Dazu *Puhl* in: Ipsen/Rengeling (Hrsg.), Gemeinden und Kreise in einem vereinten Europa, 9. Bad Iburger Gespräche, 1999, 121 ff.; *Waldner* (Fn. 4), 52 ff. – je mwN.

⁴⁸ S. das Beanstandungsschreiben der Kommission v. 31.10.1995, ZIP 1995, 1940; ferner BT-Drs. 13/9340, 12.

⁴⁹ BT-Drs. 13/7137, 8f.; s.a. Byok NJW 1998, 2274, 2775 mN.

⁵⁰ § 30 HGrG, § 55 BHO und die entsprechenden landes- und kommunalrechtlichen Vorschriften blieben unverändert; sie sind neben dem neuen wettbewerblichen Regelungsregime anwendbar, haben eigenständige Bedeutung, soweit ersichtlich, aber nur für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte; dazu unten B III. 2. und C I.

⁵¹ VgRÄG v. 26. 8. 1998, BGBl. I, 2512; sowie – mit gegenüber dem VgRÄG geänderter §§-Zählung – die Bekanntmachung der Neufassung des GWB v. 26. 8. 1998, BGBl. I, 2546.

Angebotes (§ 97 V GWB). Als Eignungskriterien zur Ermittlung potentieller Auftragnehmer benennt § 97 IV GWB zwar in Übereinstimmung mit den Vergaberichtlinien⁵² die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen, läßt jedoch abweichende bundes- oder landesgesetzliche Regelungen zu.⁵³

Verfahrensrechtlich legt das Gesetz für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Konkretisierung des Wettbewerbs- und Transparenzprinzips (§ 97 I GWB) den grundsätzlichen Vorrang des offenen Verfahrens, bei dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen (durch Ausschreibung) öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 II, V GWB), vor dem nicht offenen und schließlich⁵⁴ dem Verhandlungsverfahren fest – freilich mit einer Ausnahme für Sektorenauftraggeber⁵⁵ und vorbehaltlich abweichender Regelungen "auf Grund dieses Gesetzes"⁵⁶.

Grundlegend neu bestimmt § 97 VII GWB: "Die Unternehmen haben Anspruch darauf, daß der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält." Die Wettbewerber erhalten also (nach deutscher Konzeption: erstmalig) subjektive Rechte eingeräumt, weshalb das Gesetz sich im übrigen auch vor allem Rechtsschutzfragen widmet:

bb) Rechtsschutz

Dabei ging es um einen Kompromiß zwischen europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an wirksamen Rechtsschutz im Vergabeverfahren einerseits und den teils entgegengesetzten Interessen an zügiger Entscheidung andererseits. Letztere hatten bislang – mangels subjektiver Rechte und Klagebefugnis der Wettbewerber – dazu geführt, daß das deutsche Vergaberecht sich weitgehend als "gerichtsfreier

⁵² Vgl. Art. 18, 24-29 BKR; 15, 20-25 LKR; 23, 29-35 DKR; hierzu etwa *Prieβ* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 1994, 101 ff.; *Noch* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, Diss. Bielefeld, 1998, 73 ff.

⁵³ Dazu unter C II.

⁵⁴ Das Verhandlungsverfahren ist (zwar nicht nach dem Wortlaut des § 101 GWB, aber im Lichte eben des Wettbewerbs- und Transparenzprinzips, § 97 I GWB) auch subsidiär zum nicht offenen Verfahren, s. auch *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 101 Rn 37 mwN.

⁵⁵ Im Sinne von § 98 Nr. 4 GWB; dieser Begriff der Sektorenauftraggeber ist – wegen der Subsidiarität der Bestimmung zu § 98 Nr. 1 bis 3 GWB – enger als der der SKR, dazu *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 101 Rn 119 f. mwN.

⁵⁶ Also auch durch die Vergabeverordnung und damit (über deren Verweis auf die Verdingungsordnungen): in den Fällen der §§ 3a VOB/A, VOL/A, s. etwa *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 101 Rn 37.

Raum" darstellte⁵⁷ – mit der Folge, daß (auch wegen der beachtlichen Kosten der rigiden Vergaberegelungen) zwischen Vergaberecht und Vergaberpaxis oft eine beachtliche Kluft diagnostiziert wird.⁵⁸

Auf Einzelheiten der neuen Rechtsschutzmechanismen ist hier nicht einzugehen – zu resümieren nur, daß sie heute eine rasche und wirksame Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße erlauben, zunächst vor weisungsfrei gestellten Fachbehörden, den Vergabekammern (§§ 104–115 GWB), sodann durch Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten (§§ 116–124 GWB). Dabei spielt ein filigran gewebtes System einstweiligen Rechtsschutzes⁵⁹ eine besondere Rolle für die effektive Durchsetzung von Bieterrechten – denn nach einmal erteiltem Zuschlag kann Primärrechtsschutz (also Aufhebung des Zuschlags und Neuerteilung des Auftrags) nicht mehr erlangt werden (§ 114 II 1 GWB). Der benachteiligte Bieter ist dann auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verwiesen, die nach der Rechtsprechung in aller Regel jedoch nur Ersatz des Vertrauensschadens, nicht aber den des eigentlichen wirtschaftlichen Schadens – nämlich den entgangenen Gewinn – umfassen.⁶⁰

b) Der Unterbau: Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen

Die Details des Vergabeverfahrens (etwa Form und Inhalt der Ausschreibungen, Fristen) sind in den Verdingungsordnungen⁶¹ geregelt, die als Akte privater Rechtsetzung von den (u.a. aus Vertretern von Staat, Unternehmen und Gewerkschaften zusammengesetzten) Verdin-

⁵⁷ Pietzcker ZHR 162 (1998), 427, 468.

⁵⁸ Näher *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 432 ff. Im Grünbuch (Fn. 15) geht die Kommission z.B. davon aus, daß rund 85 % der Vergabestellen – insbesondere auf Kommunalebene – die Publizitätsanforderungen der Richtlinien nicht erfüllen (Tz. 2.7).

⁵⁹ Dazu im Überblick *Puhl* (Fn. 47), 111, 128 f.; ausführlich *Waldner* (Fn. 4), 168 ff.; allgemein zum Rechtsschutz nach Erlaß des VgRÄG *Erdl* Der neue Vergaberechtsschutz, Diss. Berlin, 1998, passim; *Drügemöller* (Fn. 20), 267 ff.

⁶⁰ Dazu unten Fn. 75.

⁶¹ Jeweils Teil A der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) i.d.F. der Bekanntmachung vom 12.11.1992 (BAnz. Nr. 223a v. 27.11.1992) und der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL) i.d.F. der Bekanntmachung v. 12.5.1997 (BAnz. Nr. 163a v. 2.9.1997); und in der (erst ab den "Schwellenwerten" eingreifenden) Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) i.d.F. der Bekanntmachung v. 12.5.1997 (BAnz. Nr. 164a v. 3.9.1997). – Die Neufassungen der VOB (v. 30.5.2000, BAnz. Nr. 120a v. 30.6.2000, dazu Joussen/Schranner BauR 2000, 625ff.; Kratzenberg NZBau 2000, 265ff.; Hertwig MDR 2000, 865f.) sowie der VOL (BAnz. Nr. 200a v. 24.10.2000) und der VOF (v. 25.7.2000, BAnz. Nr. 173a v. 13.9.2000) sind erst mit Inkrafttreten der neuen VgV (Fn. 68) anwendbar.

472 Thomas Puhl

gungsausschüssen⁶² ausgehandelt werden. Die Qualifikation der Verdingungsordnungen als Rechtsquelle richtet sich nach der Norm, die ihre Anwendung befiehlt. Für öffentliche Aufträge im Geltungsbereich des GWB, also oberhalb der Schwellenwerte, ist dies die Vergabeverordnung⁶³, die im Wege statischer Verweisungen VOL, VOF und VOB in ihren je relevanten Teilen für anwendbar erklärt und sie so in Verordnungsrang⁶⁴ zu Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.v. § 97 VII GWB erhebt, die den Bietern einklagbare Rechte gewähren. – Am 26.7. diesen Jahres hat die Bundesregierung eine Neufassung der Vergabeverordnung⁶⁵ beschlossen, die insbesondere der Umsetzung zwischenzeitlich geänderter EG-Richtlinien dient⁶⁶ und dabei an dieser arg komplizierten, rechts- und bundesstaatlich nicht unproblematischen "Kaskadenlösung" festhält;⁶⁷ sie harrt indes noch der notwendigen Zustimmung des Bundesrats.⁶⁸

⁶² Näher Eiermann ZögU 1994, 228ff.; Lampe-Helbig FS Korbion, 1986, 249ff.; der Deutsche Verdingungsausschuß firmiert nunmehr als Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuß – DVA, mit neuer Satzung vom 18.10.2000.

⁶³ Derzeit noch die auf der Grundlage von § 57a I und II HGrG i.d.F. v. 26.11.1993 (BGBl. I, 1928) erlassene und auch nach Fortfall der Ermächtigungsgrundlage durch Inkrafttreten des VgRÄG fortgeltende VgV v. 22.2.1994 (BGBl. I, 321), geä. durch VO v. 29.9.1997 (BGBl. I, 2384).

⁶⁴ Ganz h.M., s. z.B. Hailbronner WiVerw 1994, 173, 230; H.-U. Gallwas FS Knöpfle, 1996, 102; Seidel (Fn. 14), Rn 175; Pietzcker in: Schwarze (Fn. 13), 61, 63; der Regierungsentwurf zur HGrG-Novelle (BT-Drs. 12/4636, 12) spricht von ihrem "materiellen Gesetzescharakter"; ebenso Sterner (Fn. 10), 75 mN.; ähnlich Schäfer Beilage 12 zu BB 1996, 1, 8f.; Rittner NVwZ 1995, 313, 315; s. auch die Begründung zum Entwurf der VgV, BR-Drs. 455/00 sub A (statische Verweisung auf Verdingungsordnung, "um ihnen die zur Umsetzung von EG-Recht notwendige Rechtsqualität zu geben"); a.A. – an der Rechtsqualität der Verdingungsordnungen als Verwaltungsvorschriften ändere sich auch durch die Verweisung in der VgV nichts – Noch (Fn. 52), 88, sowie ders. ZfBR 1997, 221 ff.

⁶⁵ BR-Drs. 455/00; Ermächtigungsgrundlage ist – nach Wegfall von § 57a HGrG – § 97 VI und § 127 GWB. Zum Entwurf der neuen VgV Ax BauR 2000, 471 ff.

⁶⁶ Freilich erst nach Ablauf der in den Richtlinien 97/52/EG und 98/4/EG genannten Umsetzungsfristen und Ingangsetzung von Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission. Der daraus resultierende Zeitdruck wird als Ursache dafür angeführt, daß das materielle Vergaberecht nicht insgesamt neu geregelt, sondern die Verweisungstechnik auf die Verdingungsordnungen beibehalten wurde; s. Begr. zum Entwurf der VgV in BR-Drs. 455/00 sub A und die Kritik des Bundesrates in seiner Entschließung v. 10. 11. 2000 (Anlage zu BT-Drs. 455/00 sub 4).

⁶⁷ Kritisch Dreher NVwZ 1999, 1265 ff.; anders Pietzcker NZBau 2000, 64 ff.

⁶⁸ Inzwischen hat der Bundesrat sie erteilt, allerdings mit Modifikationen (BR-Drs. 455/00 v. 10.11.2000); in dieser Fassung hat die Bundesregierung die VgV nunmehr zum 1.2.2001 in Kraft gesetzt, BGBl. I 2001, 110. Zur neuen VgV *Hertwig* DStR 2001, 172 und *Berrisch/Nehl* DB 2001, 134.

2. Regelungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

a) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte – sie machen bis zur Hälfte des Gesamtvolumens aller Beschaffungsmaßnahmen aus⁶⁹ – stellt sich die einfachgesetzliche Rechtslage ganz anders dar. Staatliches Haushaltsrecht gilt nur für einen Teil der "klassischen" Auftraggeber (nämlich Bund und Länder nebst Sondervermögen, sowie grundsätzlich auch für bundes- und landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts). Sie müssen Aufträge über Lieferungen und Leistungen vor einem Vertragsschluß öffentlich ausschreiben, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.⁷⁰ Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung dieser Verpflichtung ordnen meist die Anwendung wesentlicher Teile von VOL und VOB⁷¹ an, die so ebenfalls im Rang von bloßem Innenrecht Geltung beanspruchen.⁷²

Dies hat eine wichtige Konsequenz. Die Vorl. VV-BHO zu § 55 etwa bestimmen nämlich explizit: "Lieferungen und Leistungen sind öffentlich auszuschreiben, damit die verfügbaren Haushaltsmittel wirtschaftlich und sparsam verwendet werden" (also nicht: im Interesse der Wettbewerber); und: "In den Bewerbungsbedingungen ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen bzw. von Bauleistungen (VOL Teil A und VOB Teil A) den Bietern kein klagbares Recht auf Anwendung dieser Bestimmungen geben; sie tragen lediglich den Charakter von Dienstanweisungen an die Beschaffungsstellen."73 Dahinter steht, wie gesagt, die Befürchtung der staatlichen Stellen, die Gewährung subjektiver Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften könne durch eingelegte Rechtsmittel der Konkurrenten zu einer unerträglichen Verzögerung wichtiger Beschaffungsvorhaben führen ("Investitionsblockade").74 Die These von der ausschließlich objektiv-rechtlichen Bedeutung der vergaberecht-

⁶⁹ Vgl. Recker ZKR 1997, 151, 154 zum Kommunalbereich.

N. § 30 HGrG; §§ 55 BHO/bw LHO; zur Geltung für bundes- und landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts (vorbehaltlich abweichender Sonderregelung) s. § 48 I HGrG, §§ 105 I BHO/bw LHO.

⁷

Von VOL/A und VOB/A dann jeweils der 1. Abschnitt; VOF (§ 1 II) und die Abschnitte 2–4 der VOL/A und VOB/A gelten (nur) ab Schwellenwerten.

⁷² S. etwa BGHZ 116, 149, 151 mwN. und 124, 64, 69 zum Rechtscharakter der VOB/A; allgemein *Sterner* (Fn. 10), 72; *Noch* (Fn. 52), 88; *Riese* Vergaberecht, 1998, 17f. – je mN.

⁷³ Ziff. 1.1, und 3 Vorl. VV-BHO zu § 55.

⁷⁴ Dazu oben bei Fn. 45.

lichen Regelungen unterhalb der Schwellenwerte (und folglich der fehlenden Einklagbarkeit durch den lediglich "reflexartig" begünstigen Bewerber) wird von Literatur wie Verwaltungsgerichten bislang ganz überwiegend geteilt und auch die Zivilgerichte sträuben sich bisher unter Berufung auf den Charakter der Verdingungsordnungen als Innenrecht, das im öffentlichen Interesse eine sparsame Mittelverwendung regele, ihre Regelungen als Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB und so auf § 1004 BGB gestützte Unterlassungsansprüche⁷⁵ anzuerkennen.⁷⁶

b) Kommunalbereich

Für die Kommunen gelten die Verdingungsordnungen kraft besonderer Vorschriften der Gemeindehaushaltsverordnungen inhaltlich zwar nur eingeschränkt,⁷⁷ durch diese (dynamische) Verweisung werden sie jedoch vom Rechtsquellencharakter her zur Rechtsverordnung umqualifiziert.⁷⁸ So mutieren sie zwar zu Außenrecht, aber auch das dient nach ganz h.M. lediglich dem öffentlichen Interesse an sparsamer Mittelbewirtschaftung und begründet keine subjektiven Rechte etwa rechtswidrig übergangener Mitbewerber.⁷⁹

⁷⁵ Allerdings haben die Zivilgerichte verschiedentlich Sekundäransprüche von Wettbewerbern anerkannt, insbesondere Schadensersatzansprüche aus cic, die freilich im Regelfall allenfalls auf den Ersatz des Vertrauensschadens, also: der Kosten der Angebotserstellung gerichtet sind; vgl. dazu im Überblick Riese (Fn. 72), 293 ff.; ausführlicher Schnorbus BauR 1999, 77 ff.; Jebens DB 1999, 1741; Ackermann ZHR 164 (2000), 394 ff. In Sonderfällen, in denen der Bieter bei fehlerfreier Vergabe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erhalten hätte, hat die Rechtsprechung auch das Erfüllungsinteresse zugebilligt (s. BGH, BauR 1993, 214 ff.; OLG Celle, ZfBR 1997, 40; BGH, BauR 2000, 254, 256 mwN.). Zur Anwendung des allgemeinen Kartell- und Wettbewerbsrechts in diesen Fällen s. unten C. II. 4.

⁷⁶ S. zuletzt VGH Mannheim, DÖV 1999, 79 f. mN (für kommunale Aufträge); ferner etwa KG, BauR 1995, 837, 839 f.; BGH, BauR 1992, 221 f.; *Gern* Kommunalrecht Baden-Württemberg, 7. Aufl. 1998, Rn 415; *Riese* (Fn. 72), 286, 288 mN.; *Sterner* (Fn. 10), 122 f.; *Hertwig* (Fn. 35), Rn 181; *B. Gallwas* GewArch 2000, 401, 412; grundsätzlich auch *Kokott* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einführung Rn 62 ff.; *Nebel* in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO Rn 3.

⁷⁷ Für Baden-Württemberg s. § 31 II GemHVO iVm. der VergabeVwV v. 8.11.2000 (GABl., 414) iVm. der VergabeVwV v. 30.8.1993 (GABl., 1002), zul. geä. durch VwV v. 10.12.1997 (GABl. 1998, 49), dazu Sterner (Fn. 10), 73 und Faiβ/Faiβ/Giebler/Lang/Schmidt Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 1995, Rn 335 ff.

⁷⁸ z.B. § 31 II bw GemHVO, dazu VGH Mannheim, DÖV 1988, 649 sowie BVerwG NVwZ-RR 1989, 377; Gern (Fn. 76), Rn 415; ausführlich – und a.A. – Koch VwArch 91 (2000), 354, 358ff., der die Verdingungsordnungen für die Kommunen weder als Rechtsverordnungen noch als Verwaltungsschriften für verbindlich hält.

⁷⁹ VGH Mannheim, DÖV 1999, 79 f. mwN.

c) Öffentliche Auftraggeber in Privatrechtsform

Privatrechtlich organisierte Auftraggeber schließlich sind bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte den Verdingungsordnungen nur dann unterworfen, wenn sie sich vertraglich dazu verpflichtet haben (was etwa bei Beteiligungsunternehmen vorkommt) oder durch Verwaltungsakt dazu angehalten sind. Letzteres betrifft vor allem Subventionsnehmer von Bund und Ländern, denen bei Zuwendungen über 50 000 DM im Bewilligungsbescheid grundsätzlich die Anwendung der Verdingungsordnungen auferlegt wird. Diese Verpflichtung besteht dann aber jedenfalls nach klassischer Sicht wieder nur im Verhältnis zwischen den Beteiligten selbst, vermittelt dagegen potentiellen Auftragnehmern keine eigenen Rechte.

C. Zwei Hauptprobleme

Die beiden Hauptprobleme des Vergaberechts liegen derzeit in der Frage nach der Zulässigkeit einer Instrumentalisierung staatlicher Einkäufe für sog. vergabefremde Zwecke und in möglichen Regelungsdefiziten für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte.

I. Aufträge unter den Schwellenwerten

1. Spaltung des Regelungsregimes

Um mit letzteren zu beginnen: Soweit die Verdingungsordnungen auf die Auftragsvergabe überhaupt anwendbar sind, unterscheidet sich das

⁸⁰ S. jeweils Ziff. 3 der ANBest-I, ANBest-P, ANBest-Gk, die nach Ziff. 5.1 der Vorl. VV-BHO zu § 44 - mit Ausnahmemöglichkeit nach Ziff. 5.3.5 - unverändert zum Bestandteil des Zuwendungsbescheides zu machen sind: danach hat der Zuwendungsempfänger bei der Vergabe von Aufträgen Abschnitt I der VOB und der VOL anzuwenden. - Die Bestimmungen sind u.a. abgedruckt bei Piduch Bundeshaushaltsrecht, vor den Erläuterungen zu § 44 BHO. Die bei Krämer/Schmidt Zuwendungsrecht - Zuwendungspraxis, Abschnitt A III zusammengestellten Regelungen auf Landesebene entsprechen im wesentlichen den Bundesvorschriften (zuletzt etwa Ziff. 5 der VV zu § 44 bw LHO, bw GABI. 2000, 181). Teils erheblich abweichende Sonderregelungen finden sich in Ziff. 3 ANBest-P-Kosten und in Förderrichtlinien einzelner Bundesressorts und anderer Bewilligungsbehörden (s. die Vorschriften bei Krämer/Schmidt unter A II 8) z.B. für die KfW, die für die "Finanzielle Zusammenarbeit Deutschlands mit Entwicklungsländern" die FZ-Vergaberichtlinien erlassen hat (wonach etwa eine Beschränkung von Ausschreibungen auf deutsche Unternehmen zulässig ist; dazu Waller [Fn. 16], 119f.). - Zu Beteiligungsunternehmen s. nunmehr § 106b bw GemO und § 2I bw MittelstandsförderungsG v. 19. 12. 2000, GBl., 745.

476 Thomas Puhl

Regelungsregime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte von dem für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte vor allem

- im Rechtsquellenrang (oberhalb: als Verordnung; unterhalb: nur für Kommunen z.T. als Verordnung, im übrigen als Verwaltungsvorschrift);
- 2. in der Rechtsstellung, die den Bietern gewährt wird (oberhalb: subjektive Rechte mit den entsprechenden Rechtsschutzmechanismen; unterhalb: nur objektives Recht);
- 3. weniger: im Inhalt (oberhalb der Schwellenwerte sind staatliche Auftraggeber⁸¹ i.d.R. zur europaweiten Ausschreibung verpflichtet; unterhalb reicht innerstaatliche Publizität);
- 4. bedeutsamer aber: in der Zuständigkeit für die Verfolgung über den Beschaffungszweck hinausgehender ("vergabefremder") Sekundärzwecke bei der Auftragsvergabe – Eignungskriterien über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen hinaus können oberhalb der Schwellenwerte nur durch Bundesoder Landesgesetz bestimmt werden, während unterhalb der Schwellenwerte hierfür nach bisheriger Auffassung Verwaltungsvorschriften ausreichen.

Ob diese unterschiedliche Behandlung großer und kleinerer Aufträge gerechtfertigt ist, wird häufig aus rechtspolitischen Gründen bezweifelt.⁸² Wichtiger erscheinen jedoch verfassungs- und europarechtliche

⁸¹ Die Sektorenauftraggeber sind in der Wahl der Vergabeart frei, s. § 101 V 2 GWB.

⁸² Zwar vermeidet der Ausschluß subjektiver Rechte Prozesse, vereinfacht und beschleunigt das Vergabeverfahren - weshalb der Gesetzgeber sich bei der Zuerkennung klagbarer Ansprüche bewußt auf das europarechtlich Unvermeidbare (eben oberhalb der Schwellenwerte) beschränkt hat. Auf der anderen Seite kompliziert der Umgang mit zwei unterschiedlichen Regelungswerken die Rechtsanwendung. Die Abgrenzung insbesondere von Bau- und Lieferaufträgen wirft zahlreiche Rechtsfragen auf - und ist doch im wesentlichen nur entscheidend für die maßgeblichen (ganz unterschiedlich hohen) Schwellenwerte, die ohnehin schwierig zu ermitteln sind und zu Umgehungsstrategien (wie an sich unzulässiger Auftragsstückelung) einladen. Paradox scheint auch, daß politische Sekundärziele der Auftragsvergabe (wie die Beschäftigung von Lehrlingen oder Frauen, umweltschonende Produktionsweisen) - gerade unterhalb der Schwellenwerte einfacher (nämlich durch Verwaltungsanweisung) durchsetzbar sind, dabei aber ihren Zweck im Regelfall weniger befördern als bei der Indienstnahme grö-Berer Aufträge – und zudem den an Kleinaufträgen besonders partizipierenden Mittelstand im Zweifel härter treffen als Großauftragnehmer. So deutlich Pietzcker in: Schwarze (Fn. 13), 61, 64f. (der die bestehende Zweiteilung des Regelungsregimes für Aufträge ober- und unterhalb der Schwellenwerte jedoch für verfassungskonform hält). Gegen die Dichotomie des Vergaberechts aus rechtspolitischen Gründen dagegen etwa Faber DÖV 1995, 403, 413; Brenner Beiheft 1 zu EuR 1996, 23, 43; Dreher NVwZ 1997,

Einwände gegen ein strikt gespaltenes Zweiklassenregime im Vergaberecht, das dem Bieter oberhalb der Schwellenwerte ausgefeilte Rechtsschutzmechanismen, unterhalb dieser Werte dagegen anscheinend nichts dergleichen zur Verfügung stellt.

2. Grundrechtliche Begründung subjektiver Bieterrechte

Diese Bedenken stützen sich vor allem auf grundrechtliche Positionen der Bieter.

a) Grundsätzliche Grundrechtsbindung der Auftragsvergabe

Auch wenn bis heute an der These festgehalten wird, die Vergabe öffentlicher Aufträge sei keine grundrechtsgebundene Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Grundgesetzes,⁸³ so entspricht es doch wegen der strikten Bindungsklausel des Art. 1 III GG, die nicht nach Handlungsformen oder -zielen unterscheidet, inzwischen zu Recht herrschender Auffassung, daß die öffentliche Hand auch bei ihren sog. "fiskalischen Hilfsgeschäften" uneingeschränkt grundrechtsverpflichtet ist.⁸⁴ (Unmittelbare) Grundrechtsadressaten sind dabei nicht nur die öffent-

^{343, 344;} Niebuhr/Eschenbruch Jahrbuch Baurecht 1 (1998), 195, 226f.; Byok NJW 1998, 2774, 2776; Witte DStR 1998, 1684, 1688; Voppel LKV 1999, 5, 7; Waldner (Fn. 4), 93 f.; für den Bereich des Sekundärrechtsschutzes auch Ackermann ZHR 164 (2000), 394, 399 ff.

⁸³ So frühere Entscheidungen des BGH (BGHZ 36, 91, 96; vgl. jedoch 65, 284, 287) und ältere Stellungnahmen der Literatur; im vorliegenden Zusammenhang die Beschlußempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates zum Regierungsentwurf des VgRÄG, BR-Drs. 642/2/97, 2 (offenbar auf Drängen Hessens, s. dessen Antrag 646/4/97); aus der jüngeren Literatur und Rechtsprechung etwa VG Chemnitz, NVwZ-RR 1997, 198ff.; Papier in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 1989, § 154 Rn 22; Bethge KritV 1990, 9, 14; Voppel LKV 1999, 5, 7 mN.; wohl auch Schmidt-Bleibtreu/Klein GG, 9. Aufl. 1998, Vorb. v. Art. 1 Rn 9.

^{84 1.} Vergabekammer des Bundes, BauR 1999, 1284, 1286 – Euro-Münzplättchen II; Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn 347; Hößling in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 95; Dreier in: Dreier GG I, 1996, Art. 1 III Rn 49; Denninger in: AK-GG, 2. Aufl. 1989, Art. 1 Abs. 2, 3 Rn 30; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn 23; Stern/Sachs, Staatsrecht III/1, 1988, 1412 f.; Starck in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 197; Ehlers DVBI 1983, 422, 424 f.; Noch (Fn. 52), 223 ff.; Hermes JZ 1997, 909, 912; Ipsen Staatsrecht II, 2. Aufl. 1998, Rn 56; Huber Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 442, 449 f. – je mwN.; deutlich OLG Brandenburg, BB 1999, 1942 f.: Die Auftragsvergabe durch staatliche Vergabestellen ist (auch wenn mit der h.M. ein privatrechtliches Geschäft) ein Akt öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 1 III GG.

lich-rechtlich organisierten Verwaltungseinheiten, 85 sondern nach zutreffender Auffassung auch solche des Privatrechts, soweit sie allein von der öffentlichen Hand getragen werden 6 – nicht dagegen wohl kraft Staatsbeteiligung oder -finanzierung lediglich dominierte Privatrechtssubjekte, 88 wobei der Staat seine Rechte in diesen Privatrechtsträgern grundrechtskonform geltend machen muß ("Einwirkungspflichten"), 89

b) Einschlägige Grundrechte

aa) Gleichheitsrechte

Hieraus folgt unter anderem eine Bindung staatlicher Einkäufer an den Gleichheitssatz⁹⁰, auf den auftragsinteressierte Unternehmen sich zumindest unter drei Aspekten berufen können:

 Zum einen können Vergabestellen nicht ohne hinreichenden Grund von einer ständig auch "unterschwellig" praktizierten Anwendung der Verdingungsordnungen abweichen (Selbstbindung der Verwaltung)⁹¹. Das gilt für die Gestaltung des Vergabeverfahrens wie für die angewandten Eignungs- und Zuschlagskriterien.

⁸⁵ Mit Ausnahme der Religionsgesellschaften, aber unter Einschluß öffentlich-rechtlich organisierter Selbstverwaltungsträger, selbst wenn sie – wie Rundfunkanstalten und Universitäten – Grundrechtsträger sind; so – für die Rundfunkanstalten – im Ergebnis auch Schröder ZUM 2000, 209, 212 ff. (str.).

⁸⁶ Höfling in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 96 mN. auch zur Gegenauffassung. ⁸⁷ Und insoweit vom Anwendungsbereich her etwas enger als die Definition der staatlichen Auftraggeber im Sinne der EU-Vergaberichtlinien und des GWB, s. v.a. § 98 Nr. 2, 3 (2. Alt), 5 GWB.

⁸⁸ Ehlers in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 2 Rn 82, 84; Püttner Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl. 1985, 120 f.; Schmidt-Aβmann BB 1990 Beil. 34, 10 ff.; ders. FS Niederländer, 1991, 383, 392 ff.; Spannowsky ZHR 160 (1996), 560, 566 ff.; a.A. – auch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit staatl. Mehrheitsbeteiligung grundrechtsverpflichtet – Stern StaatsR III/1, 1988, § 74 IV 4 und 5, S. 1405 ff., insbes. 1418 ff.; Wittig Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Diss. Heidelberg, 1999, 133 f. mN.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn 24; auch Arnauld DÖV 1998, 437, 445: ab 75 % Staatsanteil.

⁸⁹ Höfling, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 96 mwN. – Nicht unmittelbar gebunden sind ferner – anders als nach § 98 Nr. 4, 1. Alt. GWB – Private mit besonderen, monopolartigen Rechten (nicht überzeugend Wittig [Fn. 88], 135 f.), es sei denn, sie sind Beliehene mit hoheitlichen Befugnissen; die mittelbare (Ausstrahlungs-)Wirkung der Grundrechte kommt jedoch dann stärker zur Geltung; auch sind sie u.U. eher marktbeherrschend bzw. -stark i.S.v. § 20 GWB.

⁹⁰ Einschlägig ist in der Regel Art. 3 I GG; spezielle Gleichheitssätze kämen z.B. in Betracht bei geschlechtsspezifischer oder rassischer Diskriminierung.

⁹¹ Dazu allgemein etwa Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 1999, § 24 Rn 21 ff. mwN.; speziell zum Vergaberecht etwa H.-U. Gallwas FS Knöpfle, 1996, 103, 106ff.

2. Unabhängig von einer solchen Vergabepraxis entfaltet der Gleichheitssatz im Beschaffungswesen insofern besondere Wirkung, als sein materieller Gehalt - wie für die Freiheitsgrundrechte anerkannt - durch seine Funktion als Verfahrensgarantie ergänzt wird. Denn reale Chancengleichheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge setzt unter anderem eine bestimmte Verfahrensgestaltung voraus: nämlich zumindest grundsätzlich die Information aller potentiellen Interessenten über Gegenstand, Bewerbungsfristen und Zuschlagskriterien des zu vergebenden Auftrags - eben im Wege öffentlicher Ausschreibung.92 - Entsprechende Folgerungen zieht die herrschende Lehre (anders als das noch zurückhaltende Bundesverwaltungsgericht) auch aus dem speziellen Gleichheitssatz des Art. 33 II GG93 sowie – auch die Rechtsprechung – für andere Verteilungsentscheidungen in multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen (etwa für die Vergabe von Stellen im Notariatswesen⁹⁴ oder von knappen Studienplätzen⁹⁵ – freilich unter Berufung [auch] auf Art. 12 I GG). Hinreichende Differenzierungsgründe (Geheimhaltungsinteressen, gewerbliche Schutzrechte zugunsten des einzigen Unternehmens für die nachgefragte Leistung, vor allem aber Eilbedürftigkeit und geringes Auftragsvolumen) können - wie auch in den Verdingungsordnungen vorgesehen⁹⁶ - Ausnahmen von diesen Publizitätserfordernissen rechtfertigen, wobei die Begründungslast für Verzicht oder

⁹² So auch zu Recht und mit ausführlicherer Begründung Hermes JZ 1997, 909, 912 ff.; in die gleiche Richtung schon Wallerath Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, 318 ff. sowie für die prozessualen Folgen nunmehr Gubelt in: v. Münch, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn 37 a.E.

⁹³ Jachmann in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd I, 4. Aufl. 1999, Art. 33 Rn 16; Höfling ZBR 1999, 73, 74; Lübbe-Wolf in: Dreier, GG II, 1998, Art. 33 Rn 35; Kunig in: v. Münch/Kunig, GG Bd. II, 3. Aufl. 1995, Art. 33 Rn 18 und 34 "Ausschreibung", mwN.; Laubinger VwArch 83 (1992), 246, 270; Ladeur Jura 1992, 77, 83; Schnellenbach ZBR 1997, 169, 170; a.A. BVerwGE 49, 232, 243; 56, 324, 327; Günther ZBR 1987, 321, 329; Klinkhardt Dienstliche Beurteilungen, Beförderungsentscheidungen, Dienstpostenbewertung, 3. Aufl. 1987, 106 f.; unklar BVerwGE 61, 325, 334; für eine Verpflichtung zur dienststelleninternen Ausschreibung aus personalvertretungsrechtlichen Gründen BVerwGE 79, 101, 105 ff.; vgl. ferner etwa BremStGH, DÖV 1993, 300 (Gesetzgebungsauftrag).

⁹⁴ BVerfGE 73, 280, 296 – auch zur Notwendigkeit, das Verfahren (Art der Bekanntgabe, Terminierung der Bewerbung und der Stellenbesetzung) durch Gesetz oder Verordnung zu regeln; weitere Nachweise zum Anspruch auf gleichberechtigte Teilnahme an berufszulassenden Auswahlverfahren bei Huber (Fn. 84), 543 f.

⁹⁵ BVerfGE 33, 303, 331 f.

⁹⁶ S. z.B. § 3 Nr. 3 und 4 und § 3a Nr. 4 und 5 VOB/A, § 3 Nr. 3 und 4, § 3a Nr. 1 Abs. 4, Nr. 2 VOL/A.

Beschränkung öffentlicher Ausschreibungen aus Zeit- und Kostengründen sich jedoch – angesichts unkomplizierter und billiger Ausschreibungsmöglichkeiten im Internet⁹⁷ – immer weiter erhöht.

Diese verfahrensrechtliche Bedeutung von Art. 3 I GG hat Rückwirkungen auf das bestehende Vergaberecht auch unterhalb der Schwellenwerte: Soweit es in Außenrechtssätzen niedergelegt ist, kommt den meisten seiner Bestimmungen (etwa über die Ausschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien) bei verfassungskonformer Auslegung im Lichte des Art. 3 I GG98 zumindest auch die Funktion zu, das subjektiv-öffentliche Recht der Wettbewerber auf Gleichbehandlung bei der Vergabe staatlicher Aufträge zu sichern,99 sie begründen klagbare Rechte der Bieter. Soweit die Verdingungsordnungen – wie für die Vergabestellen von Bund und Ländern unterhalb der Schwellenwerte – lediglich den Rang von Verwaltungsvorschriften besitzen, gelten sie nach h.M. allein als Innenrecht, begründen also keine subjektiven Rechte der Bieter. Diese können sich dann aber – soweit die verfahrensrechtliche Funktion des allgemeinen Gleichheitssatzes trägt – unmittelbar auf Art. 3 I GG berufen.

3. Eine dritte Konsequenz des Gleichheitssatzes im Vergaberecht unterhalb (aber auch oberhalb) der Schwellenwerte¹⁰⁰ liegt in der grundsätzlichen¹⁰¹ Verpflichtung der Vergabestellen, durch die Ausschreibung von Teil- und Fachlosen auch kleineren Unternehmen bei der Auftragsvergabe Chancen einzuräumen und gleichwertige Bieter bei mehreren öffentlichen Aufträgen zeitlich versetzt zu berücksichtigen¹⁰² – also im Verbot des Hoflieferantentums.

⁹⁷ Vgl. schon Schäfer Beilage 12 zu BB 1996, 1, 17; die Kommission strebt schon länger einen transparenten und anbieterfreundlichen "elektronischen Markt" an, s. Grünbuch (Fn. 15), Tz. 4.7 ff., 4.13 ff. sowie nunmehr den Kommissionsentwurf KOM (2000) 275 endg. v. 10. 5. 2000, Ziff. II 2 der Begründung; zur elektronischen Angebotsabgabe nun auch § 15 VgV BGBl. I 2001, 110 sowie Höfler NZBau 2000, 449 ff.

⁹⁸ Allgemein zur Bedeutung der Grundrechte bei der Beantwortung der Frage nach dem Bestand subjektiver Rechte *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 1999, § 8 Rn 10 ff. mN.

⁹⁹ Zutreffend Hermes JZ 1997, 909, 914 – freilich ohne die Unterscheidung nach dem Rechtsquellenrang und die Beschränkung auf Außenrechtsnormen.

¹⁰⁰ Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte ist diese Frage zum Teil ausdrücklich geregelt – nämlich für die Vergabe nach Losen, s. § 97 III GWB; § 5 VOL/A, § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A.

¹⁰¹ Grenzen vor allem: Wirtschaftlichkeit, Sicherstellung einheitlicher Ausführung und zweifelsfreier, umfassender Gewährleistung, vgl. § 4 Nr. 1 und 3 VOB/A.

¹⁰² So zutreffend *Huber JZ* 2000, 877, 880 (allerdings mit unklarer Einschränkung auf Fälle, in denen der Auftraggeber auf eine gesetzliche Ermächtigung zur Auftragsvergabe nicht zurückgreifen kann). Deshalb im Kern verfassungsfest (aber zu eng) § 8 Nr. 2

bb) Freiheitsrechte, v.a. aus Art. 12 I GG

Fast unbeachtet von Rechtsprechung und Literatur ist bislang die freiheitsrechtliche Bedeutung staatlicher Aufträge. Anknüpfungspunkt hierfür ist vor allem¹⁰³ die Wettbewerbsfreiheit, die nach zutreffender, heute zumindest in der Literatur vorherrschender Auffassung Bestandteil der Berufsfreiheit ist.¹⁰⁴

Art. 12 I GG schützt u.a. die Möglichkeit, sich frei von staatlicher Ingerenz konkurrierend im Wettbewerb zu betätigen. 105 Im Zusammenhang mit öffentlicher Auftragsvergabe als Eingriff gewertet hat bislang das Bundesverwaltungsgericht den generellen Ausschluß eines potentiellen Auftragnehmers der öffentlichen Hand (Subventionsbetreuer-Urteil). 106 In der Literatur gibt es darüber hinaus Stimmen, wonach auch der Ausschluß "im Einzelfall" (eben durch Vergabe des Auftrags an einen anderen Wettbewerber) einen Eingriff in die Berufsfreiheit des unterlegenen Bieters darstellt, wenn die öffentliche Hand auf einem bestimmten Markt über eine marktbeherrschende oder Monopolstellung verfügt. Denn dann sei der Anbieter der Leistung zur Ausübung seines Berufs darauf angewiesen, von der öffentlichen Hand mit Aufträgen bedacht zu werden, der öffentliche Auftraggeber nicht nur ein Nachfrager unter vielen am Markt, die Vorenthaltung seines Auftrags von "objektiv berufsregelnder Tendenz". 107

Abs. 3 VOB: "Bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe soll unter den Bewerbern möglichst gewechselt werden."

¹⁰³ Neben Art. 12 I GG kommen aber auch andere Grundrechte in Betracht: etwa beim Ausschluß von Scientologen Art. 4 I GG, bei der Tariftreueerklärung Art. 9 III GG (als negative Koalitionsfreiheit), bei Anzeigenaufträgen nur an bestimmte Zeitungen Art. 5 I 2 GG.

Nachweise etwa bei *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl. 1999,
 Art. 12 Rn 67; Wieland in: Dreier, GG I, 1996, Art. 12 Rn 61, 82f.; Wittig (Fn. 88),
 159f.; Kluth Wiverw 2000, 184, 197; Sodan DÖV 2000, 361, 364.

¹⁰⁵ S. etwa Huber JZ 2000, 877, 879 mwN.

¹⁰⁶ BVerwGE 75, 109, 114ff.; zustimmend etwa *Wittig* (Fn. 88), 224; auch BGH, NJW 1977, 628, 629f. (Abschleppunternehmer) hat im Fall einer Auftragssperre einen Eingriff in Art. 12 GG angenommen (der aber nur bei "willkürlichen" Beweggründen rechtswidrig sei).

¹⁰⁷ So insbes. *Huber* (Fn. 84), 443 ff. und jüngst *ders*. in JZ 2000, 877, 878 ff.; ihm folgend *Ax* Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich, Diss. Münster 1996, 154; mit etwas anderer Begründung *Wittig* (Fn. 88), 161 ff.; im Ergebnis hält auch *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rn 97 einen Eingriff in diesen Fällen für möglich, meint jedoch, dieses Problem der Verteilungsgerechtigkeit sei "in der Regel" eher dem Regelungsprogramm des Art. 3 I GG zuzuordnen.

Das von der h.M. in der Tat auch sonst bei Art. 12 GG bemühte Eingriffskriterium der "objektiv berufsregelnden Tendenz" staatlicher Maßnahmen ist freilich höchst unscharf; und auch seine Herleitung - gerade und nur für die Berufsfreiheit - erscheint, wo überhaupt versucht, wenig überzeugend. 108 Gleichwohl mag man bei generellen Auftragssperren wie marktbeherrschender Nachfrageposition des Staates einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit bejahen - freilich möglicherweise mit Argumenten, die weit über diese Fälle hinausweisen: Man könnte nämlich jede staatliche Auftragsvergabe als staatliche Ingerenz in den Marktwettbewerb auffassen. Denn sie unterstützt stets den Bieter, der zum Zuge kommt, und beschert ihm Gewinn, zumindest Verlustminderung. Dies wiederum stärkt seine Wettbewerbsposition im Vergleich zu allen. die nicht zum Zuge kamen, und zwar gerade auch für deren künftiges Marktbehauptungsvermögen, behindert also die übergangene Konkurrenz. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, der Staat trete doch jedenfalls im Regelfall wie ein Privater neben anderen als Nachfrager am Markt auf - denn er ist kein Privater. Wenn zwei dasselbe tun, ist es noch immer nicht dasselbe. Grundrechte schützen auch sonst ziviles Verhalten. das, wenn vom Staat ausgeübt, anders als für den Bürger am Maßstab der Verfassung rechtfertigungsbedürftig bleibt.¹⁰⁹ - In Konsequenz dieses Begründungsansatzes steht allerdings die gesamte Auftragsvergabe der öffentlichen Hand unter Gesetzesvorbehalt (soweit sie - wie fast durchgängig und vorhersehbar - die Wettbewerbssituation zwischen Privaten verändert). Dem genügt für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte das GWB in Verbindung mit den Verdingungsordnungen. Unterhalb der Schwellenwerte mag man im Regelfall¹¹⁰ die haushaltsrechtliche Ausschreibungsverpflichtung der §§ 30 HGrG und 55 BHO/LHO für ausreichend halten, etwa mit der Begründung, die materiellen Eignungs- und Zuschlagskriterien des GWB ergäben sich - vorbehaltlich

¹⁰⁸ Zutreffend *Breuer* in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 1989, § 148 Rn 29ff. mwN.; kritisch auch *Hösch* DÖV 2000, 393, 397f.; anders zuletzt *Kluth* WiVerw 2000, 184, 198f. mwN.

¹⁰⁹ Im übrigen begründet schon die bloße Möglichkeit, sich Finanzmittel hoheitlich zu beschaffen, eine – grundrechtlich rechtfertigungsbedürftige – Machtposition des Staates auch in seiner Rolle als Marktteilnehmer. Wie eine Staatstätigkeit auf dem Meinungsmarkt im Regelfall – etwa bei staatlicher Veranstaltung von Tendenzpresse – als Eingriff in Art. 5 I 2 GG zu werten wäre, so auch eine solche im reinen Wirtschaftssektor; a.A. Burgi NZBau 2001, 64, 66.

¹¹⁰ Zweifelhaft ist dies v.a. für die Fälle der Auftragssperre, für die in Teilen der Literatur wohl Recht ein Gesetzesvorbehalt angenommen wird, s. *Wittig* (Fn. 88), 224 mwN. auch zur Gegenauffassung.

besonderer Regelungen – bereits aus der Natur der Sache, dem Wirtschaftlichkeitsprinzip und dem Gleichheitssatz.

Entrinnen mag der Konsequenz des Gesetzesvorbehaltes teilweise. wer die gesamte Eingriffsdogmatik der Grundrechte unter einen Bagatellvorbehalt stellt111 - und die Bagatellschwelle hoch genug ansetzt. Nur wären mit der Abgrenzung von "Belästigung" und "Eingriff" durch öffentliche Auftragsvergabe auch neben dem Aspekt des Auftragsvolumens so viele Umstände zu berücksichtigen (insbesondere die Marktstellung des öffentlichen Auftraggebers und der betroffenen Konkurrenten), daß es dem Gesetzgeber sicher leichter fiele, die Auftragsvergabe insgesamt in ihren Grundzügen zu regeln, als diese hauchdünne Grenzlinie aufzuspüren. Unzutreffend jedenfalls wäre es, wollte er mit zahlreichen Stimmen zur verwandten Subventionsproblematik einen Eingriff nicht schon dann bejahen, wenn die Wettbewerbsbeeinträchtigung "spürbar" ist,112 sondern erst bei einem "willkürlichen oder unzumutbaren"113 Eingriff in den Wettbewerb. Denn dann ist man nicht mehr bei der Frage des Gesetzesvorbehalts und der materiellen grundrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit, sondern bei der Rechtfertigungslosigkeit der Auftragsvergabe - nicht mehr beim Grundrechtseingriff, sondern bei der Grundrechtsverletzung.¹¹⁴

¹¹¹ Dazu (ablehnend) Bethge VVDStRL 57 (1998), 7, 45 mwN. auch zur Gegenauffassung.

¹¹² So jedoch zu Recht *Haverkate* in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT 1 1995, § 3 Rn 79 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH; in die gleiche Richtung *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rn 95 ("einigermaßen erhebliche Beeinträchtigung der Position des Mitbewerbers"; "spürbare Verschlechterung der Wettbewerbssituation"). Für das Erfordernis einer materiellrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für jede Subvention *R. Schmidt* in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht I, 2. Aufl. 2000, Kap. 1 Rn 168 mN.

¹¹³ Jarass Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 1997, § 10 Rn 42 mN.; BVerwGE 30, 191, 197 will eine Klagebefugnis jedenfalls bei "willkürlicher" Vernachlässigung der Interessen des Konkurrenten bei der Subventionsvergabe annehmen; nach Wieland in: Dreier, GG I, 1996, Art. 12 Rn 82 greift die Begünstigung von Konkurrenten nur dann in das Grundrecht aus Art. 12 I GG ein, "wenn sie von solcher Lenkungsintensität ist, daß sie erdrosselnde Wirkung entfaltet." – Daneben erkennt die Rechtsprechung einen Gesetzesvorbehalt für Subventionen in "besonders grundrechtssensiblen Bereichen" an (wie immer man die abgrenzen mag) – wie für Pressesubventionen (OVG Berlin, DVBI 1975, 907f.); und im Bereich der Glaubensfreiheit (BVerwGE 90, 126 – Osho).

¹¹⁴ Wer dem hier vorgeschlagenen Ansatz, daß grundsätzlich mit jeder Auftragvergabe ein Eingriff in Art. 12 GG verbunden ist, nicht folgt, wird über die beiden Fallgruppen Auftragssperre und Marktbeherrschung hinaus jedenfalls dann erneut über einen Grundrechtseingriff nachzudenken haben, wenn bei der Auftragserteilung materielle Kriterien der Wirtschaftlichkeit ergänzt oder überlagert werden von sog. auftrags-

Soweit der Schutzbereich des Art. 12 GG reicht, werden aus dessen verfahrensrechtlicher Bedeutung für die Wahrung der Wettbewerbsfreiheit eben jene Ausschreibungspflichten abzuleiten sein, die auch aus Art. 3 I GG folgen.

Im Ergebnis räumen daher die Grundrechte – entgegen der Absicht des Gesetzgebers – auch unterhalb der Schwellenwerte den Unternehmen klagbare Beteiligungs- und Berücksichtigungsrechte ein, und zwar auf einem dem Vergaberechtsregime des GWB im Kern vergleichbaren Niveau.¹¹⁵ Diese aber fallen unter die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, was wiederum dahingehend *Vor*wirkungen erzeugt, daß nicht berücksichtigte Bewerber (ähnlich wie im Beamtenrecht) zur Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes schon vor Erteilung des Zuschlags entsprechend begründet zu informieren sind,¹¹⁶ und *Nach*wirkungen insofern, als der Rechtsschutz selbst den Anforderungen des Art. 19 IV GG entsprechen muß.

Damit kommt für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte zwar noch nicht die volle Rechtsschutzklaviatur des Kartellvergaberechts zur Anwendung; von Verfassungs wegen ist ein strikt gespaltenes Zweiklassenregime – hie voller Rechtsschutz, dort gar keiner – jedoch nicht haltbar. Solange spezielle Regeln fehlen, ist für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet,¹¹⁷ denn Vergaberecht ist – zumindest außerhalb des reinen Sektorenbereiches¹¹⁸ – nach zutreffender Ansicht als Sonderrecht des Staates öffentliches Recht.¹¹⁹ Diese unersprießliche Rechtswegspaltung ruft freilich nach dem Gesetzgeber.

fremden Aspekten (Frauenförderung, Arbeitslosenbekämpfung usw.); denn dann mutiert die Beschaffungs- zur Lenkungsmaßnahme mit Subventionscharakter, dazu sogleich bei C. II.

¹¹⁵ In diese Richtung auch: Hermes JZ 1997, 909, 912 ff., v. Loewenich ZVgR 1999, 34, 36 ff. und Malmendier DVBl 2000, 963, 967 f. (zu Art. 3 – die beiden letztgenannten freilich eher unter dem zweifelhaften Gesichtspunkt einer Gleichbehandlung "großer" und "kleiner" Aufträge; hiergegen etwa Ackermann ZHR 164 [2000], 394, 411 f.); Huber JZ 2000, 877 f. (zu Art. 12, jedenfalls für Einzelfälle); a.A. Pietzcker in: Schwarze (Fn. 13), 61, 66 ff.; Hailbronner BT-Drs. 646/97, Anl. 1, 57 ff. sowie – auch aus rechtpolitischer Sicht – Portz VgR 3/1997, 32 ff.

¹¹⁶ So schon Hermes JZ 1997, 909, 914; näher unter D. II.

¹¹⁷ Zutreffend *Huber* JZ 2000, 877, 881; *Wittig* (Fn. 88), 291 ff.; a.A. *Waldner* (Fn. 4), 117 ff. mwN.

¹¹⁸ Nämlich nach § 98 Nr. 4, 1. Alt. GWB.

¹¹⁹ In diese Richtung auch OLG Brandenburg, BB 1999, 1943 f. ("Akt öffentlicher Gewalt"); *Röhl* VwArch 86 (1995), 531, 535, 566. – Bei der Berücksichtigung "vergabefremder" Kriterien gelten zusätzlich Erwägungen entsprechend OVG Münster, NJW 2001, 698.

3. Bieterrechte aus primärem Gemeinschaftsrecht

Entsprechende Folgerungen wie aus den Grundrechten des Grundgesetzes lassen sich, ohne daß dies hier im einzelnen auszuführen ist, für (potentiell)¹²⁰ grenzüberschreitende Vergabeverfahren¹²¹ auch aus primärem Gemeinschaftsrecht herleiten.

a) Grundfreiheiten

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der einzelnen Vergaberichtlinien kommen das allgemeine Diskriminierungsverbot¹²² und die – als Individualrechte, Diskriminierungs- *und* Behinderungsverbote aufgefaßten – spezielleren Grundfreiheiten des EG als Auffangtatbestände zur Anwendung. Auch aus ihnen lassen sich mit ähnlicher Begründung wie aus den Grundrechten des Grundgesetzes klagbare Rechte der Wettbewerber auf Wettbewerbsneutralität im Ausschreibungsverfahren wie bei Formulierung und Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien ableiten.¹²³

b) Wettbewerbsrecht

Auch das Wettbewerbsrecht des EG kann im Einzelfall für die Auftragsvergabe fruchtbar gemacht werden. Diskriminierte Bieter können der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Marktstellung entgegen treten,¹²⁴ und zwar über den Wortlaut von Art. 82 I, 86 I EG hinaus nicht nur für öffentliche (und mit Sonderrechten ausgestattete)¹²⁵ Unternehmen, sondern – bei marktbeherrschender Stellung – auch für

¹²⁰ Daran mag es ausnahmsweise etwa dann fehlen, wenn der Wert so niedrig, der Transport so schwierig ist, daß die Möglichkeit grenzüberschreitender Auftragsvergabe praktisch ausscheidet.

¹²¹ Die Grundfreiheiten des EG gelten nur für grenzüberschreitende Sachverhalte, vgl. EuGH Slg. 1999 I, 5219 (Ischia) Tz. 36ff.; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 28 Rn 4, Art. 43 Rn 1 mN., Art. 39 Rn 2 mN., Art. 49 Rn 1 und 4, Art. 50 Rn 5; *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 28 Rn 43, Art. 50 Rn 7f., 21f. mN.

¹²² Art. 12 EG - Vgl. etwa EuGH, EuZW 1996, 506 (Wallonische Busse); *Byok* NJW 1998, 2774, 2776.

¹²³ Dazu näher Wittig (Fn. 88), 23 ff., 62 f., 66 mN.

¹²⁴ Art. 82 EG schützt nach h.M. auch die Individualinteressen der Marktteilnehmer, s. *Geiger* EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 82 Rn 14 mwN.

¹²⁵ Hierin liegt eine Erweiterung gegenüber der Grundrechtsbindung nach dem GG, zumal diese Unternehmen – und nicht nur die Mitgliedstaaten – so unmittelbar an die Grundfreiheiten des EG gebunden werden, dazu *Wittig* (Fn. 88), 18 ff.

juristische Personen des öffentlichen Rechts unter Einschluß der Gebietskörperschaften selbst. 126

4. Ansprüche aus allgemeinem Wettbewerbsrecht

Dem Diskriminierungsverbot des allgemeinen deutschen Kartellrechts (§ 20 GWB) sind, unabhängig von der Frage seiner überwiegend bejahten,¹²⁷ aber noch immer streitigen¹²⁸ Anwendbarkeit auf die öffentliche Hand und der tatbestandlichen Beschränkung auf eine zumindest marktstarke Position des Verpflichteten, in der Rechtsfolge zwar ähnliche, jedoch keine weitergehenden Bieterrechte zu entnehmen, als sie sich aus den Grundrechten ergeben.¹²⁹ Eigenständige Bedeutung hat § 20 GWB unterhalb der Schwellenwerte¹³⁰ also nur für solche öffentlichen Auftraggeber, die nicht grundrechtsverpflichtet sind (private Sektorenauftraggeber sowie – nach hier vertretener Auffassung – gemischt-wirtschaftliche Unternehmen). Ähnliches gilt unter anderem für § 1 UWG.¹³¹

II. Die Berücksichtigung "vergabefremder" Aspekte

Vergaberecht ist vor allem Verfahrensrecht. Die materiellen Kriterien für eine Auftragsvergabe sind weniger ausgeformt – nach dem GWB bestehen sie im Kern:

- 1. in dem Gebot, Teilnehmer gleich zu behandeln (§ 97 II GWB);
- 2. in dem auf potentielle Auftragnehmer bezogenen Eignungskriterium der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (wobei nach

¹²⁶ Huber JZ 2000, 877, 880 f. mwN.; Karenfort/v. Koppenfels/Siebert BB 1999, 1825, 1832 ff.; ausführlich und differenzierend Schwarze EuZW 2000, 613 ff.

¹²⁷ Wittig (Fn. 88), 235ff.; Markert in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl. 1992, § 26 Rn 74 und Emmerich, a.a.O., § 98 Abs. 1 Rn 14 und 48ff. – je mwN.

¹²⁸ Huber JZ 2000, 877, 881 mN.

¹²⁹ S. im Überblick *Hertwig* (Fn. 35), Rn 184ff.; ausführlich *Wittig* (Fn. 88), 239ff., 261.

¹³⁰ Oberhalb der Schwellenwerte schließt § 104 II GWB den Rückgriff auf § 20 GWB aus.

¹³¹ Dazu Hertwig (Fn. 35), Rn 188 ff.; Wittig (Fn. 88), 261 ff., der im Ergebnis (276 ff.) der Auffassung ist, daß jeder Vergaberechtsverstoß als "Vorsprung durch Rechtsverstoß" gegen § 1 UWG verstößt, dessen zusätzliche Bedeutung darin besteht, daß auch die bevorzugten Bieter Passivlegitimierte des daraus resultierenden Anspruchs sind, was wiederum durch § 104 II GWB für die Aufträge oberhalb der Schwellenwerte ausgeschlossen wird.

der Kompromißformel des Vermittlungsausschusses andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer dann gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, § 97 IV GWB); und

3. im Zuschlagskriterium des "wirtschaftlichsten" Angebotes (§ 97 V GWB).

Sehr umstritten ist, inwieweit ein Auftraggeber neben dem Zweck, ein Gut zu beschaffen, das er zur Aufgabenerfüllung benötigt (dem Primär- oder Beschaffungszweck,¹³² wie er jeder Auftragsvergabe zugrunde liegt), noch weitere "vergabefremde" – oder neutraler formuliert:¹³³ sekundäre (etwa soziale, umweltpolitische) Ziele verfolgen und an ihnen die Vergabeentscheidung ausrichten darf. Denn mit Blick auf die Nachfragemacht der öffentlichen Hand liegt es nicht fern, die staatliche Güternachfrage (ähnlich wie aus dem Abgabenrecht geläufig) auch für solche Zwecke zu instrumentalisieren.

Die Frage ist, wieweit es mit dem GWB, bei spezialgesetzlicher Regelung aber auch mit dem Grundgesetz, den europäischen Vergaberichtlinien und primärem Gemeinschaftsrecht¹³⁴ vereinbar ist, Unternehmen von einer Auftragsvergabe auszuschließen, die außerhalb einer bestimmten Gemeinde oder (Förder-) Region ansässig sind, eine dem Auftraggeber erwünschte Beschäftigungsquote von Frauen oder Lehrlingen verfehlen, ihre Arbeitnehmer nicht nach den ortsüblichen Tarifen entlohnen oder praktizierende Scientologen beschäftigen.¹³⁵

¹³² Nicht weil vorrangig, sondern weil immer vorhanden – so richtig *Benedict* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Diss. Heidelberg 2000, 17.

¹³³ So auch Benedict (Fn. 132), 21 ff.

¹³⁴ Und letztlich auch den Vorgaben des Völkerrechts.

¹³⁵ Zu diesen und anderen Beispielen Pietzcker ZHR 162 (1998), 427, 464ff.; Riese (Fn. 72), 201 ff.; Noch (Fn. 52), 76 ff.; Neβler DÖV 2000, 145, 147; ausführlich Benedict (Fn. 132), 19 mN.: Regionalförderung, Konjunktursteuerung, Mittelstandsförderung, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, Förderung von Forschung und Innovation, Förderung der Integration Jugendlicher in das Erwerbsleben, Förderung der Eingliederung von Behinderten, Spätaussiedlern und Opfern nationalsozialistischer Verfolgung in die Gesellschaft, Umweltschutz, Förderung der Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben, Förderung der Gleichbehandlung von ethnischen und religiösen Minderheiten, Schutz des Tarifrechts gegen Unterwanderung durch nicht-tarifgebundene Unternehmen, Bekämpfung der Schwarzarbeit (und näher zur Praxis a.a.O., 35 ff.); Hilf NVwZ 2000, 481, 487 f. berichtet von der Verweigerung von Aufträgen an Händler, die in ihrem Sortiment u.a. Gänsestopfleber führen und damit den Tatbestand der Tierquälerei erfüllten.

1. Zuschlagskriterium "wirtschaftlichstes" Angebot

An den Anfang gestellt¹³⁶ sei die Frage, ob die Berücksichtigung solcher Sekundärzwecke § 97 V GWB widerspricht, wonach der Zuschlag auf das "wirtschaftlichste Angebot" zu erteilen ist. Auf den ersten Blick erscheint es durchaus "wirtschaftlich", wenn Unternehmen aus der eigenen Gemeinde, dem eigenen Bundesland oder aus der Bundesrepublik gegenüber Orts- oder Landesfremden bevorzugt werden – sichert dies doch vor Ort Arbeitsplätze und entlastet die eigenen Sozialkassen, stärkt den heimischen Wirtschaftsstandort und schleust den Beschaftungspreis über den Anteil des jeweiligen Gemeinwesens an der Umsatz-, Gewerbe-, Körperschaft- oder Einkommensteuer zumindest teilweise wieder in die eigenen Kassen zurück. ¹³⁷ Auch fragt sich, weshalb in eine staatliche Wirtschaftlichkeitsanalyse keine sozialen oder allgemeinen Umweltkosten einfließen sollten.

a) Haushaltsrechtliche Deutung

Sucht man die Antwort bei einer haushalts- und haushaltsverfassungsrechtlichen Interpretation des Begriffes der Wirtschaftlichkeit (wie etwa die Bundesregierung, die im Gesetzgebungsverfahren meinte, gerade dieser Begriff liege § 97 V GWB [und den EG-Richtlinien] zugrunde)¹³⁸, so wird man der Berücksichtigung der genannten Anliegen nicht viel entgegensetzen können. Denn:

1. Adressat des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips ist grundsätzlich¹³⁹ jeder Träger der jeweiligen Vergabestelle für sich.

¹³⁶ Auch wenn dies systematisch wohl unzutreffend ist: Die Eignungsprüfung muß nach der Rechtsprechung getrennt und vor den Zuschlagskriterien geprüft werden (EuGH Slg. 1988, 4635, 4656f. – Beentjes), ein "Mehr an Eignung" darf auf der zweiten Stufe der Zuschlagserteilung (wegen der damit verbundenen Wertungsspielräume – zur Sicherung der Objektivität und Nachprüfbarkeit der Vergabeentscheidung) nicht mehr berücksichtigt werden (näher Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 208, 210).

¹³⁷ Zutreffend insoweit der Hinweis *Pietzckers*, aus nationaler Sicht könne die Bevorzugung heimischer Bieter durchaus als ökonomisch vorteilhaft erscheinen (ZHR 192 [1998], 427, 430 a.E.).

¹³⁸ BT-Drs. 13/9340, Anl. 3, 48; ebenso Korbion VOB Teile A und B, Zusatzband VergaberechtsänderungsG, 1999, § 97 Rn 7; zutreffend demgegenüber der Bundesrat in seiner Stellungnahme: Der Begriff der Wirtschaftlichkeit sei haushaltsrechtlicher Natur und nicht gleichbedeutend mit dem der EG-Vergaberichtlinien (BR-Drs. 646/97 v. 7.11.1997 zu § 106 Abs 4 GWB).

¹³⁹ Grenzen ergeben sich u.a. aus dem Grundsatz der Bundestreue; aus Art. 109 II, III und IV GG oder der Wahrnehmung allgemeiner Gesetzgebungskompetenzen (z.B. im Steuer- und Wirtschaftsrecht); und dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II GG.

Das ergibt sich aus dem Zusammenhang mit Art. 28 II und 109 I GG, die eine grundsätzliche (nur in Grenzen vom Gesetzgeber einschränkbare) Ermächtigung zur Kirchturm- und Landeskinderpolitik enthalten, die prinzipiell den Wettbewerb der Verwaltungsträger auch zulasten anderer, mithin die Bevorzugung Einheimischer zuläßt. 140

- 2. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip verpflichtet zur Wahl eines möglichst günstigen Verhältnisses zwischen dem verfolgten Zweck und dem eingesetzten Mittel entweder durch den geringstmöglichen Einsatz von Mitteln für ein bestimmtes Ergebnis (Kostenminimierungsprinzip) oder: durch die größtmögliche Zweckerfüllung beim Einsatz von festgelegten Mitteln (Nutzenmaximierungsprinzip).¹⁴¹ Beide Varianten schließen die Berücksichtigung von Sekundärzielen neben dem Beschaffungszweck der Vergabeentscheidung aber ebenso wenig von vornherein aus wie etwa bei der Erhebung von Lenkungsabgaben¹⁴². Die Zielauswahl haushaltswirksamen Handelns wird durch das Wirtschaftlichkeitsprinzip nicht beschränkt Vergabestellen können sub specie Wirtschaftlichkeitsprinzip auch Zielbündel verfolgen (billiges Papier, aber umweltfreundlich und von einer Blindenwerkstatt hergestellt).
- 3. Vor allem wegen der mangelnden objektiven Vergleichbarkeit des unterschiedlichen Nutzens und der prognostischen Elemente speziell bei solchen Zielbündeln müßte die gerichtliche und rechnungshöfische Kontrolle der Auftragsvergabe gerade am Maßstab eines haushaltswirtschaftlich verstandenen Wirtschaftlichkeitsprinzips zwangsläufig einen erheblichen Beurteilungsspielraum¹⁴³ der Vergabestellen berücksichtigen, sie bliebe also obgleich sie doch klagbare Rechte der Bieter begründen soll gewissermaßen zahnlos.

b) Wettbewerbsrechtliche Deutung

Der Normzusammenhang, in dem das Wirtschaftlichkeitskriterium im GWB steht, spricht freilich für ein engeres, wettbewerbsrechtliches Verständnis als im Haushaltsrecht. Dazu zwei Überlegungen:

¹⁴⁰ Art. 109 I und 28 II GG enthalten insoweit auch die Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von Bietern (letzteres übersieht *Dreher* JZ 2000, 519, 521).

¹⁴¹ S. nur Heun in: Dreier, GG III, 2000, Art. 114 Rn 29 mN.

¹⁴² S. § 3 I AO; sowie BVerfGE 55, 274, 299; 67, 256, 282.

¹⁴³ Zum Beurteilungsspielraum beim Wirtschaftlichkeitskriterium des Art. 114 GG s. etwa Fischer-Menshausen in: v. Münch GG III, 2. Aufl. 1996, Art. 114 Rn 18 mwN.; aber auch bei § 97 V GWB ist ein solcher Beurteilungsspielraum anerkannt, dazu unten bei C II 1 b.

- 1. Im Kontext der EG-Vergaberichtlinien ist das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit weniger (wenn überhaupt) auf den Staat als Auftraggeber bezogen, als auf den angestrebten gemeinsamen Binnenmarkt, die offene Marktwirtschaft, die gemeinschaftsweite Realisierung der Grundfreiheiten der potentiellen Auftragnehmer. Ihrer Umsetzung dient auch das Wirtschaftlichkeitskriterium des § 97 V GWB, der zudem in Absatz 1 und 2 als Leitlinie der Regelung gerade das Wettbewerbs- und Transparenzprinzip sowie die Gleichbehandlung der Teilnehmer postuliert. Schon von dieser Zielsetzung¹⁴⁴ her wird deutlich, daß anders als nach dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzip jedenfalls örtliche und regionale Bevorzugungen grundsätzlich unzulässig sind. Dies entspricht auch der Rechtsprechung von EuGH und BGH¹⁴⁵ sowie den Regelungen der Verdingungsordnungen (z. B. § 8 Nr. 1 S. 2 VOB/A).
- 2. Im übrigen suchen GWB und die Vergaberichtlinien gerade in der Erkenntnis, daß der Staat kein Marktteilnehmer wie jeder andere ist die öffentliche Hand durch (für Private nicht oder nur bei Marktstärke vorgesehene) materielle und Verfahrensbindungen zum Ausschluß politischer Einflußnahme auf Vergabeentscheidungen 146 als Nachfrager agieren zu lassen wie einen betriebswirtschaftlich kalkulierenden Einzelunternehmer, der am Markt einkauft. Auf der anderen Seite: Der Staat ist kein Privatunternehmer. Je nach Aufgabenstellung seiner Verwaltungsträger muß er auch andere Güter oder solche mit anderen Spezifikationen einkaufen können, als ein Privatunternehmen dies täte. Die Vergaberichtlinien definieren jedoch das "wirtschaftlich günstigste" Angebot über eine Aufzählungen von Hilfskriterien (Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert, 147 Qualität, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Kundendienst und technische Hilfe 148), die je nach Auftrag

¹⁴⁴ Daneben: auch aus dem Beihilfeverbot des Art. 87 EG.

 ¹⁴⁵ z.B. EuGH Slg. 1990 I, 889 – Du Pont de Nemours/Italien (gestützt auf Art. 30 und 92 EWGV); Slg. 1992 I, 3401 – Kommission/Italien; BGH v. 28.8.1999, WuW/E DE-R 395 = WuW 2000, 49, 52 – Schilderpräger (zu § 21 1 GWB).

¹⁴⁶ Zutreffend verweist *Pietzcker* auf eine Paradoxie des Vergaberechts: seine starren Regeln sollten "politische Einflüsse ausschließen" und fehlende Marktkräfte kompensieren, widersprächen aber gleichzeitig einem flexiblen, marktangepaßten Verhalten. Kein Unternehmer würde sich aus wirtschaftlichen Überlegungen einem dem öffentlichen Vergaberecht vergleichbar starren Einkaufsregime unterwerfen (ZHR 162 [1998], 427, 432).

¹⁴⁷ Art. 30 Abs. 1 lit. b BKR.

¹⁴⁸ So die weiteren Unterkriterien nach Art. 26 I lit. b LKR, ähnlich Art. 36 I lit. b DKR und Art. 34 I lit. a SKR.

unterschiedliches Gewicht haben (die Ästhetik etwa spielt für eine Haubitze eine geringere Rolle als für die Inneneinrichtung von Schloß Bellevue oder eines Gewandhauses). Auch wenn diese Hilfskriterien nur beispielhaft angeführt werden, so ist doch nicht zu übersehen, daß sie alle unmittelbar auf das Produkt selbst, seine pünktliche Bereitstellung oder seinen ökonomischen Nutzungswert für den Auftraggeber abstellen – kurz: produktbezogen 150 sind. Dagegen beziehen sie sich nicht auf die Modalitäten der Produktion (tierfreundliche Hühnerhaltung für die Frühstückseier der Bundeswehr, arbeitsmarktförderliche Beschäftigungsstruktur, abfallvermeidender oder energiesparender Maschinenpark des Produzenten) oder dessen persönliche Eigenschaften.

Legt man diese Grundunterscheidung zwischen Produktbezogenheit auf der einen und Produktions- oder Produzentenbezogenheit auf der anderen Seite zugrunde, so sind Auftraggeber unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit als Zuschlagskriterium frei, ob und welches Gut mit welchen produktbezogenen Spezifikationen sie erwerben wollen: 151 ob der Bund eine Magnetschwebebahn baut, auch wenn sie betriebswirtschaftlich (hier einmal unterstellt) sinnlos ist – nur zur Konjunkturbelebung oder aus industrie- und technologiepolitischen Erwägungen, weil sie nämlich als Referenzobjekt künftig zum Nutzen der Wirtschaft und des Fiskus

¹⁴⁹ Die materielle Offenheit des Wirtschaftlichkeitskriteriums (im Vergleich zum europarechtlichen Alternativkriterium des niedrigsten Preises) wird verfahrensrechtlich dadurch ein Stück weit eingefangen, daß der Auftraggeber stets mit Verfahrensbeginn die zugrundegelegten Unterkriterien zu publizieren hat – und zwar möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (Art. 30 II BKR, 36 II DKR, 26 II LKR, 34 II SKR), nach dem vorliegenden Änderungsentwurf der Kommission künftig auch mit dem ihnen jeweils zukommenden Gewicht (in Vomhundertsätzen oder ausgedrückt in der Bedeutung im Verhältnis zu anderen Kriterien, Art. 53 sowie Ziff. II. 6. der Begründung des Vorschlags der Kommission v. 10.5.2000, KOM [2000] 275 endg.); damit ist die Abwägungsentscheidung zumindest auf Einhaltung der eigenen Maßstäbe kontrollierbar. Fehlt es an der Publikation, dann muß der Zuschlag auf das Angebot mit dem geringsten Preis erteilt werden, Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 209 mwN.

¹⁵⁰ Den Terminus "produktbezogen" verwendet auch GA Damon in seinem Schlußantrag zur Beentjes-Entscheidung, EuGH Slg. 1988, 4635, 4643 Tz. 35; vgl. auch Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 213: "leistungs- bzw. vertragsbezogene Kriterien"; Bechtold GWB, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn 23: "leistungsbeschreibende Merkmale" und Rn 33: "konkret auf den zu vergebenden Auftrag bezogen".

¹⁵¹ S. auch *Schwarze* in: Schwarze (Fn. 13), 13, 42: "Bei der Formulierung seiner [scil.: des Auftraggebers] Bedürfnisse, hat er noch umfangreiche Freiheit, nicht aber bei der Entscheidung darüber, wer diese Bedingungen erfüllt hat."

beitragen mag; ob er aus ökologischen Gründen Dienstfahrräder Autos vorzieht; Raps- statt Dieselmotoren, Fichte statt Tropenholz¹⁵² einkauft. Bauprodukte können mit umweltverträglicher Spezifikation ausgeschrieben werden,¹⁵³ berücksichtigungsfähig sind Entsorgungs- und Wiederverwertungskosten¹⁵⁴ (soweit diese nach bilanzrechtlichen Grundsätzen passivierungsfähig sind).

Nicht berücksichtigen dürfen Auftraggeber dagegen darüber hinausgehende produzenten- oder produktionsbezogene Überlegungen und solche, die mit dem konkreten Beschaffungsgegenstand nichts zu tun haben. Das entspricht den EG-Richtlinien, die für die Auswahl der Auftragnehmer spezielle, unternehmensbezogene Eignungskriterien enthalten (sogleich 2.), und die für die Zuschlagserteilung betonen, daß die genannten Hilfskriterien der Wirtschaftlichkeit sich "auf den jeweiligen Auftrag" beziehen müssen – also nicht allgemein-politischer Natur sein dürfen (wie die Berücksichtigung sozialer - ökonomisch nicht quantifizierbarer - Kosten oder Nachteile für andere öffentliche Auftraggeber). Unzulässig ist daher – als Zuschlagskriterium (!) – jede Rücksicht darauf, wer das nachgefragte Gut bereitstellt (ob Scientologe, Mittelständler oder Großunternehmen) und wie der Produktionsprozeß sich darstellt¹⁵⁵ (wie viele Behinderte, Meister, Gesellen, Lehrlinge¹⁵⁶, Frauen beschäftigt sind - und zu welchen Löhnen; ob der Betrieb horrende Abfälle produziert oder einen "Umweltengel" verdient¹⁵⁷).

Eine weitere Deutung des Begriffs der Wirtschaftlichkeit (etwa im Sinne der haushaltsrechtlichen Bedeutung) müßte demgegenüber die berücksichtigungsfähigen Gesichtspunkte konturlos ausweiten. Das würde aber – über den damit¹⁵⁸ notwendig vergrößerten Beurteilungsspielraum¹⁵⁹ der Vergabestellen – deren Vergabeentscheidung kontroll-

¹⁵² Zweifelnd im letztgenannten Punkt *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 465; wie hier *Griem* NVwZ 1999, 1171, 1173.

¹⁵³ Ausführlich Griem NVwZ 1999, 1171 ff.

¹⁵⁴ S. Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 216 mwN.

¹⁵⁵ Solange er ohne Einfluß auf das Produktions ergebnis ist.

¹⁵⁶ Die Ausbildung der Beschäftigten des Auftragnehmers ist freilich u.U. ein Kriterium der fachlichen Eignung, s. unter 2.

¹⁵⁷ Zum "RAL-Umweltzeichen" s. Griem NVwZ 1999, 1171, 1173.

¹⁵⁸ U.a. wegen zusätzlicher und der Vielzahl miteinander verbundener unbestimmter Einzelkriterien mit teils prognostischen Elementen.

¹⁵⁹ Zum bestehenden Beurteilungsspielraum der Vergabestellen bei der Bewertung des "wirtschaftlichsten" Angebots s. etwa Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 219 ff.; Marx in: Schwarze (Fn. 13), 77, 83; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 4; Bechtold GWB,

frei öffnen auch für versteckte Diskriminierung, getarnten Protektionismus und andere sachfremde Erwägungen, was der – eben auch grundrechtlich fundierten – Zuerkennung subjektiver Bieterrechte auf einen chancengleichen Wettbewerb sowie der Intention des EG- wie Kartellrechts stracks zuwiderliefe.

Die Unterscheidung von produkt-, und produzenten- oder produktionsbezogenen Gesichtspunkten ist natürlich nicht immer eindeutig. Sie wird Gerichte vor allem dann beschäftigen, wenn ein Bieter den Eindruck hat, produktbezogene Kriterien würden nur vorgeschoben, um bestimmte Aspiranten aus dem Rennen zu werfen und anderen zum Sieg zu verhelfen (wie das analog ia auch bei Ausschreibungen von Professuren quasi ad personam vorkommen soll) oder anders gewendet: wenn Zweifel daran bestehen, ob das Gewicht der von der Vergabestelle vorgetragenen Differenzierungsgründe bei der Leistungsbeschreibung allein eine ungewöhnlich starke Verengung des Bewerberfeldes zu rechtfertigen vermag. Ein solcher Fall liegt nicht ganz fern bei der vor einiger Zeit bekannt gewordenen niedersächsischen Ausschreibungspraxis für Polizeifahrzeuge, die für Mittelklasse-Modelle verlangt hat, daß diese gleichzeitig mit Vorderrad- und Allrad-Antrieb bereitgestellt werden können (was nur für einen bestimmten Typ eines Wolfsburger Herstellers zutraf)¹⁶⁰ - wie auch bayerische, baden-württembergische und hessische Ordnungshüter augenscheinlich heimische Produkte bevorzugen, vermutlich mit ebenso schlagkräftigen Argumenten.

2. Auswahl der Auftragnehmer - zulässige Eignungskriterien

Von den in § 97 IV GWB genannten Kriterien zur Auswahl der in Betracht kommenden Unternehmen beschränken sich die der Fachkunde und Leistungsfähigkeit auf Aspekte, die unmittelbar für die ökonomische Realisierung des konkreten Einkaufs erforderlich sind. ¹⁶¹ Für die Zuverlässigkeit gilt das nur, soweit sie eng ausgelegt wird – nämlich dahin, daß der Auftragnehmer die Gewähr für termingerechte und mängelfreie Ausführung zu bieten hat. Wenn darüber hinaus verlangt wird, der Auftragnehmer müsse zuverlässig im Sinne des allgemeinen Gewerberechts sein, damit Gewähr für das Verhalten eines ehrbaren Kaufmanns

^{2.} Aufl. 1999, § 97 Rn 32 mwN.; ausführlich, zutreffend differenzierend und restriktiv Schwarze in: Schwarze (Fn. 13), 13, 34ff. mwN. – Gegen jeden Beurteilungsspielraum in Fragen der Eignungskriterien und "vergabefremder" Zielsetzungen Heintzen ZHR 165 (2001), 62, 73 ff.

¹⁶⁰ Nachweise bei Wittig (Fn. 88), 45.

¹⁶¹ Zutreffend Marx in: Schwarze (Fn. 13), 78.

bieten, 162 so geht dies darüber hinaus. Sachlich gerechtfertigt und mit den Vergaberichtlinien vereinbar ist eine so weite Auslegung nur insoweit, als hier der Staat – nun nicht in seiner Rolle als Markteilnehmer, sondern als Marktorganisator – darauf achtet, daß kein Bewerber sich durch Rechtsbruch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschafft. Dabei kommen allerdings nur *Rechts*verletzungen 163 in Betracht, und auch nicht jeder Rechtsverstoß, sondern im Lichte der Vergaberichtlinien nur nachweisliche und (im Verhältnis zum Ausschluß des Bieters) hinreichend schwere berufsbezogene Verfehlungen. 164 So kann der Gesetzgeber über verpflichtende Standards etwa im Arbeits-, Sozial- oder Umweltrecht ohnehin (auch) das öffentliche Beschaffungswesen zur Beachtung entsprechender Politikziele anhalten. Auf die Frage, wieweit darüber hinaus die jeweilige Vergabestelle von ihr gewünschte Kriterien zur Auswahl der Auftragnehmer heranziehen darf, antwortet § 97 IV, 2. Hs. GWB: "wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist." 165

Und in der Tat: verschiedene Bundesländer haben durch Gesetz oder Verordnung für das Vergabewesen spezielle Präferenzmerkmale (insbesondere die Bindung an ortsübliche [nicht etwa: verpflichtende!] Tariflöhne oder bestimmte Frauenbeschäftigungsquoten) vorgeschrieben oder zugelassen; 166 andere bereiten solche vor (auch der Bund – jedenfalls zur Frage der Frauenförderung 167). Da § 97 IV GWB einen echten Parla-

¹⁶² So Marx in: Schwarze (Fn. 13), 77, 79.

¹⁶³ Prieß ZVgR 1999, 144, 146.

¹⁶⁴ S. die Ausschlußgründe z.B. in Art. 20 I lit. c und d LKR; daneben die eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Sozialbeiträgen und Abgaben (lit. e und f) und zu Auskünften im Vergaberecht (lit. g); auch § 8 Nr. 5 Abs 1 lit. c VOB.

¹⁶⁵ S. ferner § 97 III GWB, wonach (zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit zwischen kleinen und großen Unternehmen) mittelständische Interessen "vornehmlich" durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen sind, also (wohl) nicht als materielle Eignungs- oder Zuschlagskriterien. Zur Bildung von Fach- und Teillosen s. die Empfehlungen des DVA v. 25. 5. 2000, NZBau 2000, 555 ff.

¹⁶⁶ Neben dem Berliner Vergabegesetz, das Gegenstand der Vorlagebeschlusses des BGH v. 18.1.2000, JZ 2000, 514 ist, insbes. das bayerische Bauaufträge-VergabeG v. 28.6. 2000, BayGVBl. 364 (Tariftreue); die brandenburgische FrauenförderVO v. 25.4.1996, GBl. 354 (freilich nur für Aufträge unter den Schwellenwerten), die Berliner Frauenförderverordnung v. 23.8.1999, GVBl. 438. – S. auch Heintzen ZHR 165 (2001), 62, 72f.

¹⁶⁷ In Vollzug der Koalitionsvereinbarung von 1998 (ZRP 1998, S. 485) befindet sich nach Auskunft des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ein Referentenentwurf in der Ressortabstimmung; s. auch FAZ v. 27. 12. 2000, 17 ("Gleichstellung von Frauen verzögert sich"). Nach Umfrage bei den Ländern (die im übrigen zum Teil den Ausgang des Berliner Tariftreue-Verfahrens abwarten), sind Gesetzesentwürfe vorbereitet, teils schon eingebracht in Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen und im Saarland.

mentsvorbehalt enthält ("durch Bundes- oder Landesgesetz"), ¹⁶⁸ sind solche Regelungen als Rechtsverordnungen unzulässig; fraglich bleibt aber, wie weit die Regelungsbefugnisse der parlamentarischen Gesetzgeber von Bund und Ländern gehen, was getrennt nach verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beurteilen ist.

a) Verfassungsmaßstäbe

aa) Bundesstaatliche Kompetenzordnung

Die föderale Zuständigkeitsverteilung ist insbesondere dann berührt, wenn die Sachgesetzgebungskompetenz für Regelungen zu dem verfolgten sekundären Lenkungszweck eines Auftrags und die Haushaltskompetenz des einkaufenden Gemeinwesens auseinanderfallen - etwa die Länder Beschaffungen an höhere Umwelt- oder Sozialstandards in der Produktion knüpfen wollen, als ein Bundesgesetz sie (abschließend) so vorschreibt, daß damit Produktionsweisen unterhalb dieser Standards im Freiheitsinteresse der Produzenten oder aus allgemein wirtschaftlichen Erwägungen gerade nicht untersagt sind. Der Konflikt ist der gleiche wie der zwischen Steuer- und Sachgesetzgebungskompetenz, den das Bundesverfassungsgericht¹⁶⁹ 1998 bei der Kasseler Verpackungssteuer unter Rückgriff auf die Verpflichtung zu wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme im Ergebnis zu Lasten der Länder bzw. Kommunen gelöst hat. Zugleich hat es mit Recht darauf hingewiesen, daß divergierende Sachregelungen und Lenkungsimpulse (dort des Steuersatzungsgebers) die auch rechtsstaatlich gebotene Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung aushöhlen. Die gleichen Gründe ziehen der Berücksichtigung sekundärer Vergabeziele vor allem der Länder und Kommunen enge Grenzen. So hat auch der BGH in seinem Vorlagebeschluß vom 18.1,2000170 zur Berliner Tariftreueerklärung mit Recht einen Verstoß gegen abschließendes, vorrangiges Tarifvertragsrecht des Bundes gerügt und dabei - knapp begründet, aber im Ergebnis wohl zutreffend - auch ausgeschlossen, daß der Vorbehalt zugunsten abwei-

¹⁶⁸ Etwa Bechtold GWB, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn 19; Marx in: Schwarze (Fn. 13), 77, 81 f.; Rieble NZA 2000, 225, 232; Rittner in: Schwarze (Fn. 13), 87, 96; Karenfort/v. Koppenfels/Siebert BB 1999, 1825, 1828; s. auch die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1997/98, BT-Drs. 14/1139, S. II. a.A. Heintzen ZHR 165 (2001), 62, 66f.

¹⁶⁹ BVerfGE 98, 106, 117 ff. *Gegen* eine entsprechende Anwendung der Entscheidung im Vergaberecht *Burgi*, NZBau 2001, 62, 68 f.

¹⁷⁰ (Freilich fälschlich auf Art. 31 GG gestützt): BGH JZ 2000, 514, 517 f. mit (insoweit) zust. Anm. *Dreher*; ebenso *Weihnacht* WuW 2000, 382, 384.

chender Landesregelungen in § 97 IV GWB einen Dispens von der übrigen Fachgesetzgebung des Bundes enthalte.¹⁷¹

bb) Gesetzesvorbehalt

Über den Anwendungsbereich des Parlamentsvorbehaltes nach § 97 IV GWB hinaus, der sich ja nicht auf Aufträge unter den Schwellenwerten bezieht, steht die Normierung jedenfalls von über Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit hinausgehenden Sekundärkriterien m.E. unter einem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt.¹⁷² Denn wenn wirtschaftlichkeitsbezogene Eignungs- oder Zuschlagskriterien durch weitere – etwa sozial- oder umweltpolitische – ergänzt und teils verdrängt werden, so mutiert der Beschaffungsvorgang zur vertragsvermittelten Subvention zugunsten des bevorzugten Anbieters, der diese Zusatzbedingungen erfüllt: Eine solche Intervention durch Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation zulasten der leer ausgegangenen, unter Umständen schon von der Bewerbung abgeschreckten Konkurrenz ist als staatlicher Eingriff zumindest in die Berufsfreiheit¹⁷³ grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig und steht unter Gesetzesvorbehalt¹⁷⁴.

cc) Materielle Grundrechtsfragen

Materiell werden die Freiheitsrechte den eingesetzten Lenkungsinstrumenten im Grundsatz keine unüberwindbaren Hindernisse in den

¹⁷¹ Im Fall: vom TVG und auch vom allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot. Zum Verhältnis des Vergaberechts zum allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrecht Karenfort/v. Koppenfels/Siebert BB 1999, 1825, 1826ff.; Hopp DB 2000, 29ff.; Dreher JZ 2000, 519; Waldner (Fn. 4), 74ff.; Heintzen ZHR 165 (2001), 62, 69f. – In Reaktion auf den Vorlagebeschluß des BGH hat der Bundesrat auf Initiative Bayerns nunmehr einen Entwurf zur Änderung des TVG beschlossen, wonach der Landesgesetzgeber Tariftreueerklärungen zur Bedingung öffentlicher Bauaufträge machen kann: BR-Drs. 438/00 v. 21. 12. 2000.

¹⁷² Der anderseits, weniger weit gehend als § 97 IV GWB, kein Parlamentsvorbehalt ist, also – hinreichende parlamentsgesetzliche Ermächtigung vorausgesetzt – auch eine Regelung durch Verordnung oder Satzung erlaubt.

¹⁷³ Im Tariftreue-Fall des BGH – m.E.: auch – in die negative Koalitionsfreiheit (a.A. Rieble NZA 2000, 225, 233), im Fall der abverlangten Scientology-Erklärung (dazu ausführlich Prieß ZVgR 1999, 144ff.) – auch – in die Glaubensfreiheit. Vgl. zum parallelen Problem des "Eingriffs durch Konkurrenz" auch Kluth WiVerw 2000, 184ff., der einen Eingriff mit "berufsregelnder Tendenz" in Art. 12 GG jedenfalls dann annimmt, wenn kommunale Wettbewerbsteilnahme spezifische Lenkungs- oder Gestaltungszwecke verfolgt (201); und weitergehend Hösch WiVerw 2000, 159, 178f. sowie ders. DÖV 2000, 393, 398f.

¹⁷⁴ Dieser Gesetzesvorbehalt stellt freilich inhaltlich präzisere Anforderungen als derjenige, der nach hier vertretener Auffassung ganz allgemein für die öffentliche Auftragsvergabe gilt: es reicht nicht eine allgemeine Ermächtigung zur Beschaffung, sondern Subventionsziele, -maßnahmen und -verfahren müssen im Kern vom Gesetz geregelt werden.

Weg legen – zumal sie sich häufig für Dritte freiheitsfördernd auswirken und oft für sie auch spezielle Gesetzgebungsaufträge streiten, wie der zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 II 2 GG), zum Schutz natürlicher Lebensgrundlagen (Art. 20a GG), zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 II GG) oder allgemein das Sozialstaatsprinzip.

Engere Grenzen setzt der Berücksichtigung von Sekundärzwecken im Vergaberecht wohl der Gleichheitssatz. Er schützt sicherlich vor Willkürfällen - wie der Benachteiligung nicht arischer Unternehmer im NS-Staat¹⁷⁵. Zumindest erwägenswert erscheint aber die Überlegung, ob Art. 3 I GG es dem Staat darüber hinaus nicht auch verwehrt, ein von jedem Unternehmen gleichermaßen erwartetes Verhalten eben nicht der Allgemeinheit durch verbindlichen Rechtssatz aufzuerlegen (dann geht es vergaberechtlich um eine Frage der Zuverlässigkeit), sondern über den goldenen Zügel ausschließlich solche Unternehmen in Dienst zu nehmen, die zufällig auf einem Marktsegment tätig sind, in dem der Staat als Nachfrager auftritt. Es stellt sich m.a.W. die Frage, ob etwa das legitime Ziel, die Chancengleichheit von Frauen im Erwerbsleben zu sichern, es rechtfertigt, dies gerade über das Beschaffungswesen und damit faktisch vor allem im Baugewerbe zu befördern - Friseur-, Juwelier- und Gastronomiebetriebe, bei denen die öffentliche Hand wenig nachfragt, jedoch davon auszunehmen; oder ob nicht doch meist das allgemeinverbindliche Gesetz das einzig gleichheitskonforme Mittel ist, ein solches Ziel durchzusetzen. 176

b) Gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe

aa) Vergaberichtlinien

Gemeinschaftsrechtlich stellt sich zunächst die Frage, ob die Vergaberichtlinien eine Berücksichtigung von Sekundärzielen erlauben. Viel spricht für einen Numerus clausus der dort aufgezählten Eignungskriterien,¹⁷⁷ die im Kern mit dem GWB übereinstimmen:

¹⁷⁵ S. schon Ziff. III Abs. 1 der Richtlinie der Reichskabinetts v. 14.7. 1933, MinBl. für die Preuß. innere Verwaltung, 1933 I, Sp. 983: "Was [...] Firmen anbelangt, deren Inhaber oder an der Geschäftsleitung maßgebend beteiligte Personen nicht arischer Abstammung sind, so ist an sich nach dem Grundsatz zu verfahren, daß bei gleichwertigen Angeboten deutschstämmige Firmen zu bevorzugen sind."

¹⁷⁶ In die gleiche Richtung schon Kirchhof Verwalten durch "mittelbares" Einwirken, 1977, 345 ff.; *Pietzcker* AöR 107 (1982), 61, 64. Tendenziell anders Burgi NZBau 2001, 62, 69.

¹⁷⁷ Dafür etwa Rittner in: Schwarze (Fn. 13), 87, 93 ff. = EuZW 1999, 677; Hailbronner WiVerw 1994, 173, 204, 226; Seidel (Fn. 14), Rn 106 ff.; Martin-Ehlers WuW 1999,

(1) Beentjes; und Kritik

In der Beentjes-Entscheidung¹⁷⁸ allerdings hat der EuGH 1988 die Heranziehung sozialer und regionaler Gesichtspunkte (Anteil von 70 % Langzeitarbeitslosen beim beschäftigten Personal, vermittelt von der örtlichen Arbeitsbeschaffungsstelle!) grundsätzlich für zulässig gehalten (wenn auch unter dem Vorbehalt der Wahrung des Primärrechts, insbesondere des Diskriminierungsverbotes). Zwar seien die Zuschlags- und Eignungskriterien in den Richtlinien abschließend normiert, nicht aber behandelten diese die Frage, ob bei der Auftragsvergabe Kriterien ganz anderer Art – die mit der Eignung der Unternehmen und der Wirtschaftlichkeit des Angebotes nichts zu tun hätten – berücksichtigt werden dürften. Insoweit seien die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei. Gegen diese – vereinzelt gebliebene¹⁷⁹ – Entscheidung sind jedoch erhebliche Einwände geltend gemacht worden:¹⁸⁰

Ein Umkehrschluß aus Ausnahmebestimmungen, die – zeitlich befristet – unter bestimmten Voraussetzungen die Berücksichtigung regionalpolitischer Kriterien zuließen,¹⁸¹ spricht grundsätzlich ebenso gegen die Berücksichtigung vergabefremder Gesichtspunkte wie "grandfather clauses" zugunsten nationaler Bevorzugungsregeln, die bei Richtlinienerlaß bereits in Kraft waren.¹⁸² – Letzteres betrifft ge-

^{685, 689} ff.; Karenfort/v. Koppenfels/Siebert BB 1999, 1825, 1830 f.; Dreher JZ 2000, 519, 520; in die gleiche Richtung, aber vorsichtiger: Schwarze in: Schwarze (Fn. 13), 13, 27 f.; Noch (Fn. 52), 76 ff.; Wittig (Fn. 88), 47 ff.; Riese (Fn. 72), 201 ff.; wohl auch (wenngleich unentschieden) Pietzcker ZHR 162 (1998), 427, 464 ff.; a.A. und mit der Beentjes-Entscheidung (folgende Fn) für eine grundsätzliche sekundärrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung von Sekundärzielen etwa: Prieß ZVgR 1999, 144, 149; Bechtold GWB, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn 24; Gröning ZIP 1999, 52, 55; Neßler DÖV 2000, 145, 149 f.; Rust EuZW 1999, 453 ff.; Ziekow NZBau 2001, 72, 74 ff.; Benedict (Fn. 132), 169 ff. (seine Auseinandersetzung mit der Kommission und deren Stellungnahmen zum EuGH ist filigran, die mit dem EuGH eher unkritisch); unkritisch gegenüber EuGH (nachdem er selbst gute Gründe für die Gegenauffassung anführt) auch Waldner (Fn. 4), 101 ff.

¹⁷⁸ EuGH Slg. 1988, 4635, 4659. – Ausführlich dazu Benedict (Fn. 132), 169 ff.

¹⁷⁹ So ist der EuGH Slg. 1992, 3401 (Kommission gegen Italien) Tz. 20ff. auf die Überlegungen in der Beentjes-Entscheidung nicht mehr eingegangen und hat ohne weiteres ein der BKR fremdes Auswahlkriterium für unzulässig erklärt. – S. jedoch nunmehr die (erst nach der Leipziger Tagung bekannt gewordene) Entscheidung des EuGH v. 26. 9. 2000 – Rs. C-225/98 – Calais, NJW 2000, 3629 und dazu Ziekow NZBau 2001, 72, 76.

¹⁸⁰ Nachw. in Fn. 177.

¹⁸¹ Art. 31 Abs. 1 BKR; Art. 35 II SKR; zu weiteren – stets zeitlich begrenzten – regionalen Ausnahmen *Wittig* (Fn. 88), 49 Fn. 158.

¹⁸² Art. 30 III BKR, 35 SKR – jeweils unter dem Vorbehalt ihrer Übereinstimmung mit Primärrecht; zu diesen (und früheren) Öffnungsklauseln *Wittig* (Fn. 88), 54ff.

rade die Bundesrepublik, die Vorbehalte erklärt hatte etwa für die Bevorzugung von Spätaussiedlern, Opfern nationalsozialistischer Verfolgung und Schwerbehinderten.

- Gegen "Beentjes" spricht entstehungsgeschichtlich der Umstand, daß etwa eine Initiative des Europäischen Parlaments, den Topos "Frauenförderung" bei den Zuschlagskriterien zu verankern, gescheitert ist:¹⁸³ und
- 3. vor allem, daß "damit die wichtigste Zielsetzung des gemeinschaftlichen Vergaberechts, die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im öffentlichen Auftragswesen in einem zentralen Punkt durchbrochen wäre; die Auftragsvergabe würde sich nicht mehr an wirtschaftlichen Maßstäben orientieren."¹⁸⁴ Der einzelne, dem die Richtlinien doch klagbare Rechte einräumen, wäre bei der Berücksichtigungsfähigkeit einer offenen Vielzahl von Zwecksetzungen (schon angesichts damit verbundener Beurteilungsspielräume) nicht mehr vor der "Willkür der öffentlichen Auftraggeber"¹⁸⁵ zu schützen, wie es das Ziel der Vergaberichtlinien ist.

(2) Die Haltung der Kommission

Dementsprechend hat die Kommission zunächst (vor und nach der Beentjes-Entscheidung) die in den Vergaberichtlinien genannten Kriterien der Auftragsvergabe für abschließend gehalten¹⁸⁶ – und etwa mit Erfolg den Erlaß eines deutschen Bundeslandes beanstandet, in dem bei öffentlichen Aufträgen eine Bevorzugung von Lehrlingsausbildungsbetrieben vorgesehen war.¹⁸⁷ Inzwischen aber ermutigt eine gewendete Kommission die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu "ihre öffentliche Kaufkraft für die Verfolgung ... soziale(r) Ziele zu benützen"¹⁸⁸ – und

¹⁸³ Nachw. bei *Prieß* (Fn. 52), 104; s. auch *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 205; ausführlich *Benedict* (Fn. 132), 85 ff.

¹⁸⁴ Hailbronner WiVerw 1994, 173, 205.

¹⁸⁵ So die Zielsetzung der BKR nach EuGH Slg. 1995 I, 2311 Tz. 19.

¹⁸⁶ Kritik der Kommission an der *Beentjes*-Entscheidung v.a. in KOM (89) 400, ABl. C 311/7 v. 12.12.89, 12 Ziff. 46f.; weitere Nachweise bei *Benedict* (Fn. 132), 175, 181 ff.

¹⁸⁷ Der Erlaß wurde nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens aufgehoben, s. *Prieß* (Fn. 52), 104; *Seidel* (Fn. 14), Rn 113. – Die am 9.9. 1997 vom Bundeskabinett beschlossene entsprechende Regelung (BAnz. Nr. 181 v. 26.9. 1997, 12441) beschränkte sich deshalb vorsichtshalber auf solche Aufträge, die unter den Schwellenwerten der EG-Vergaberichtlinien lagen.

¹⁸⁸ Tz. 4.4 ihrer Mitteilung vom 11. 3. 1998 "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union", KOM (1998) 143 endg.; Ratsdok. 6927/98, auch in BR-Drs. 296/88 v. 27. 3. 1998; dazu sehr kritisch *Rittner* in: Schwarze (Fn. 13), 87 ff. mwN.; angekündigt hatte sich diese Kehrtwende bereits im "Grünbuch" (Fn. 15), Tz. 5.42.

zwar ausdrücklich nicht nur durch Sanktionierung von Rechtsverstößen. sondern auch, indem "die Einhaltung von Pflichten sozialen Inhalts zur Vorbedingung für die Ausführung der zu vergebenden öffentlichen Aufträge" gemacht werden, "um beispielsweise die Beschäftigung von Frauen oder den Schutz bestimmter benachteiligter Personengruppen zu fördern." - Nunmehr schickt die Kommission sich an, diese Auffassung in geltendes Recht umzusetzen. Bei ihren Novellierungsvorschlägen zu den Vergaberichtlinien vom Mai diesen Jahres läßt sie zwar die Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien im wesentlichen unverändert oder verschärft sie sogar¹⁸⁹ und verweist in ihrer Begründung darauf, daß sie "strengere" Eignungs- und Zuschlagskriterien für angebracht hält¹⁹⁰ - um dann, eher verdeckt und unvermutet, der geplanten Richtlinie als bloßen (22. von 34 - jetzt immerhin durchnumerierten!) Erwägungsgründen voranzustellen: "Bedingungen zur Ausführung des Auftrags sind mit der Richtlinie vereinbar, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten führen und in der Bekanntmachung der Ausschreibung zwingend angegeben werden. Sie können insbesondere das Ziel verfolgen, Arbeit von benachteiligten oder ausgeschlossenen Personen zu fördern oder gegen Arbeitslosigkeit zu kämpfen."191 Das zurrt die Beentjes-Entscheidung fest.

bb) Primärrecht

Gemeinschaftsrechtlich ist die Verfolgung von Sekundärzwecken neben dem Maßstab der Richtlinien auch dem des Primärrechts unterworfen,¹⁹² das im allgemeinen zwar weniger strenge Anforderungen als die Richtlinien stellt, dafür aber auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gilt.

Die Grundfreiheiten stehen dabei in aller Regel nicht nur einer direkten Verfolgung regionalpolitischer oder nationalprotektionistischer Sekundärzwecke entgegen, sondern auch indirekten (faktischen) Diskriminierungen (möglich etwa bei Anknüpfung an nationale Sozialstandards, die von ausländischen Wettbewerbern oft schwieriger zu erfüllen

¹⁸⁹ S. KOM (2000) 275 endg. v. 10. 5. 2000, Ziff. II. 6. der Begründung sowie die Einzelbegründung zu Art. 46 und 53 des Entwurfs. – Dabei geht es v.a. um den Ausschluß von Bietern bei gewissen Straftaten und um die vorherige Bekanntgabe der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien.

¹⁹⁰ Unter Ziff. II. 1.2.

¹⁹¹ Hervorhebung vom Verf.

¹⁹² Dazu nur Benedict (Fn. 132), 199 ff. m.N.

sind)¹⁹³. Das gilt freilich nur für grenzüberschreitende Sachverhalte¹⁹⁴, bei Kleinaufträgen also im wesentlichen für grenznahe Beschaffungen.

Schließlich kann die bevorzugte Berücksichtigung von Bietern auch an Art. 87 EG scheitern, stellt sie doch nach herrschender und zutreffender Meinung zugleich eine Beihilfe im Sinne der Art. 87 ff. EG an das begünstigte Unternehmen dar. 195

D. (Viele) offene Fragen

Vergaberechtsrechtsprechung und -literatur boomen derzeit. 196 Das liegt nicht zuletzt daran, daß der Gesetzgeber – trotz der wirtschaftlichen Bedeutung der Staatseinkäufe – erst jüngst und verspätet der Bieterseite zum 1. 1. 1999 durch Zugestehung subjektiver Rechte die Möglichkeit gegeben hat, die Gerichte in Anspruch zu nehmen und dort jetzt ein Nachholbedarf gestillt wird. Die Prozesse wären noch zahlreicher, fürchteten nicht viele Unternehmen um die Gunst der Vergabestellen für künftige Aufträge – die Hand die einen füttert, beißt man nicht (was übrigens über Möglichkeiten einer Verbandsklage nachdenken läßt). An dieser Stelle konnten nur zwei Problemkreise angerissen werden, die bedeutsam erscheinen; viele Fragen, die derzeit die Gemüter bewegen, mußten offen bleiben.

I. z.B.: Zum Vergabeverfahren

Sie beziehen sich in großer Zahl auf das Vergabeverfahren, dem angesichts der teils recht offenen materiellen Maßstäbe der Auftragsvergabe besondere Bedeutung zukommt, etwa zum Akteneinsichtsrecht der Bieter im Spannungsverhältnis zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Konkurrenz¹⁹⁷. Wegweisend erscheint die umstrittene Ent-

¹⁹³ S. Benedict (Fn. 132), 199 ff. (zusammenfassend S. 227 f. für die Warenverkehrsfreiheit und S. 237 zur Dienstleistungsfreiheit); Wittig (Fn. 88), 23 ff.

¹⁹⁴ S. oben Fn. 121.

¹⁹⁵ Wittig (Fn. 88), 30 mN. auch zur Gegenauffassung; ausführlicher Martin-Ehlers WuW 1999, 685, 687 ff.; Benedict (Fn. 132), 244 ff.

¹⁹⁶ Bemerkenswert allein die neuen Zeitschriften (ZVgR, Vergabe-News, NZBau), die sich ganz oder in wesentlichen Teilen dem Vergaberecht widmen.

¹⁹⁷ Dazu etwa: Weitbrecht in: Schwarze (Fn. 13), 177, 186f.; Gröning NZBau 2000, 366; Thüringer OLG, BauR 2000, 95; 1. Vergabekammer des Bundes, NZBau 2000, 365.

scheidung des OLG Brandenburg zum Flughafen Schönefeld, die Auftragsvergaben durch staatliche Stellen als Akte "öffentlicher Gewalt" qualifiziert und darauf zumindest sinngemäß eine ganze Reihe verwaltungsverfahrensrechtlicher Grundsätze anwendet.¹⁹⁸ Einen Kernsatz der Entscheidung – nämlich ein Mitwirkungsverbot Befangener analog § 20 VwVfG, das u.a. (organisations-)privatisierten Betrieben der öffentlichen Hand Schwierigkeiten bereiten mag¹⁹⁹ – hat die soeben von der Bundesregierung beschlossene Vergabeverordnung in § 16 bereichsspezifisch aufgegriffen (und dabei den ausgeschlossenen "Angehörigen" – das sehe ich in diesem Zusammenhang zum ersten Mal normiert – neben Ehegatten und Verlobten auch gleich die "Lebenspartner" zugeschlagen).²⁰⁰

¹⁹⁸ OLG Brandenburg, BB 1999, 1940: nämlich vor allem das Mitwirkungsverbot Befangener (und zwar als Aufsichtsratsmitglieder des Auftraggebers, 1943 f.) und umgekehrt als Mitwirkende des Bieters bei der Planung des Auftraggebers (1944 f.); auch subjektive Bieterrechte begründende Dokumentationspflichten aus dem Transparenzgebot des § 97 I GWB, aber auch aus dem Diskriminierungsverbot und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (1945); schließlich (1944) bei Unklarheit der Ausschreibung: Nachbesserungs- und faktisch: Anhörungspflichten zur Wahrung der Chancengleichheit. - Zu dieser Entscheidung s.u.a. Waldner (Fn. 4), 122; Berrisch DB 1999, 1797; Neßler NVwZ 1999, 1081; Kulartz/Niebuhr NZBau 2000, 6ff.; Otting NJW 2000, 484ff.; Wolfram NZBau 2000, 545ff.; s.a. OLG Jena, NZBau 2000, 349 und BauR 2000, 258; Weitbrecht in: Schwarze (Fn. 13), 177, 178 ff., v.a. 181 ff. - Kritisch zum OLG Brandenburg u.a. das OLG Stuttgart, NZBau 2000, v.a. 304 aE und 305 - es läßt die Anwendbarkeit von § 20 VwVfG aber letztlich offen (wie zuvor OLG Rostock, VersR 1999, 1511 m. Anm. Dreher), verneint das Vorliegen seines Tatbestandes und meint insbesondere, daß Vergaberechtsverstöße nur rügbar seien, wenn die "konkrete Möglichkeit" besteht, daß sie für die konkrete Vergabeentscheidung ursächlich geworden sind; dem OLG Stuttgart zustimmend Dreher NZBau 2000, 280 mN.

¹⁹⁹ Daher etwa die Kritik von Neßler NVwZ 1999, 1081, 1082 f. und die Modifikation des neuen § 16 VgV auf Drängen des Bundesrates (BR-Drs. 455/00 v. 10.11.2000). Zum Problem der Auftragsvergabe an kommunale Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314 = DWW 1999, 24; Müller-Serten NZBau 2000, 121 ff.; Faber DVBI 2001, 248; zu In-house-Geschäften s. B. Gallwas GewArch 2000, 401, 404 ff. mwN. Zum Problem näher Holoubek in diesem Band, S. 513 ff.

²⁰⁰ § 16 II 2 VgV – ebenso aber schon zuvor ein Teil der Lehre, s. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 20 Rn 54 Fn. 34; a.A. Obermayer, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 20 Rn 51, 122 mN.; insoweit liegt die VgV auf der Linie von Art. 3 § 6 des Gesetzentwurfs eines Lebenspartnerschaftsgesetzes, BT-Drs. 14/3751 v. 4.7.2000, mit dem Vorschlag zu einer entsprechenden Änderung von § 20 VwVfG (die allerdings nicht Bestandteil des G. v. 16. 2. 2001, BGBl., 266 geworden ist).

II. z.B.: Zum Primärrechtsschutz

Auch zahlreiche Fragen des neu eröffneten Rechtsschutzes harren noch einer Antwort (etwa zur Antragsbefugnis²⁰¹). Mittlerweile geklärt ist allerdings der praktisch wichtige Punkt, daß aus verfassungs-²⁰² wie EG-rechtlichen²⁰³ Gründen effektiver *Primär* rechtsschutz gegen den Zuschlag gewährt werden muß und – da Zuschlagserteilung und Vertragsschluß nach deutschem Recht zeitlich zusammenfallen, der einmal erteilte Zuschlag aber nicht mehr aufhebbar ist (§ 114 II GWB) – unterlegene Bieter vorab über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu unterrichten sind.²⁰⁴

²⁰¹ Fraglich ist etwa, ob nicht aus Art. 1 III NPRL (der Rechtsschutz muß "zumindest jedem" zur Verfügung stehen, "der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht") folgt, daß auch mittelbar betroffene Subunternehmer antragsbefugt sein müssen - auch Hersteller von Bauprodukten, so ein Erlaß des BMVB v. 29. 10. 1998 abgedruckt bei Heiermann/Ax Neues deutsches Vergaberecht, 2. Aufl. 1999, 321, 322; a.A. OLG Rostock, NZBau 2000, 447; OLG Koblenz, NZBau 2000, 445. - Ferner: Die aus § 97 VII GWB abzuleitenden Ansprüche dürften, wie die Begründung des Regierungsentwurfs hervorhebt (BT-Drs. 13/9340, 14), nur soweit reichen, wie eine bestimmte vergaberechtliche Vorschrift gerade auch den Schutz des potentiellen Auftragnehmers bezweckt. (S. auch §§ 107 II, 126 GWB. Wie hier Gröning ZIP 1998, 370, 373; a.A. offenbar - freilich mit rechtspolitischer Kritik - Niehbuhr/Eschenbruch Jahrbuch Baurecht 1 [1998], 195, 210). Noch nicht hinreichend geklärt ist, welche Normen dies im einzelnen sind - etwa die Teilnahme- und Publizitätsvorschriften (Byok NJW 1998, 2274, 2776f. mN.) sowie die Regelung der Eignungs- und Zuschlagskriterien - und welche andererseits bloß "objektive" Ordnungsvorschriften oder jedenfalls vom persönlichen Schutzbereich her gerade vom Mitwettbewerber nicht einklagbar sind (wie die über die Förmlichkeiten der Vertragsurkunde, z.B. § 29 VOB/A, oder Statistikpflichten des Auftaggebers). Dazu auch Waldner (Fn. 4), 133 ff. und v.a. 141 f.

²⁰² Richtungsweisend die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes v. 29.4.
1999, BB 1999, 1076, 1077 f. -Euromünzplättchen II; dazu etwa Waldner (Fn. 4), 207 ff.
²⁰³ Dazu die Alcatel-Entscheidung des EuGH v. 20.10.1999, Rs C-81/98, JZ 2000,
460 m. Anm. Brinker, dazu etwa Waldner (Fn. 4), 214 ff.; Erdl BauR 1999, 1341; Brinker

in: Schwarze (Fn. 13), 97, 101 ff.; Martin-Ehlers EuZW 2000, 101 ff.; Adam WuW 2000, 2560 ff.; Reidt BauR 2000, 22 ff.

²⁰⁴ So nunmehr ausdrücklich auch § 13 der neuen Vergabeverordnung. – Damit werden sich auch Bedenken erledigen, die darauf beruhen, daß eine entsprechende *Praxis* zur Umsetzung der Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausreicht, solange sie ihre Grundlage nicht in einer Außenrechtsnorm findet (dazu noch einmal die in der vorigen Fn. Genannten). Näher zum Informationsanspruch *Spießhofer/Lang* ZIP 2000, 446ff.

III. z.B.: Zu sekundären Ersatzansprüchen

Zu sekundären Ersatzansprüchen schließlich wird die Rechtsprechung etwa erneut darüber nachzudenken haben, ob die Verdingungsordnungen angesichts ihrer nun wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung nicht doch im Kern²⁰⁵ als Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB anzuerkennen sind. Das erscheint unausweichlich *jedenfalls*, soweit die Verdingungsordnungen als Außenrecht mit Verordnungsrang gelten²⁰⁶ – und damit im Kommunalbereich unabhängig von den Schwellenwerten.

E. Zum Schluß

Damit komme ich zum Schluß, der lautet: Alles ist und bleibt im Fluß - wie schon so lange in diesem Gebiet. Dieser Fluß strömt manchmal etwas zäh, bleibt bisweilen nur widerwillig in seinem gemeinschafts- und verfassungsrechtlich vorgeformten Bett. Seinen durch Brüssel veranlaßten Umbruch hat das deutsche Vergaberecht jedenfalls noch nicht vollendet - die Vergabeverordnung ist trotz Fristablaufs der Vergaberichtlinien und laufendem Vertragsverletzungsverfahren noch nicht in Kraft²⁰⁷ - und schon läutet die Kommission die nächste Runde ein, eine Kodifikation des Vergaberichtlinien, die durchaus nicht nur den bestehenden Rechtsrahmen konsolidieren soll. Verfassungsrechtlich unausweichlich scheint zudem eine Neuregelung auch der Staatseinkäufe unter den Schwellenwerten. Viel vom heute Gesagten ist insofern nur Momentaufnahme. Das Vergaberecht bleibt jedenfalls ungeachtet seiner kartellgesetzlichen Domestizierung und der (teilweisen) Zuweisung an die ordentlichen Gerichte - auf Dauer gerade auch ein Thema der Staatsrechtslehre.

²⁰⁵ Vgl. hierzu etwa Waldner (Fn. 4), 133 ff., insbes. 141 f.; strikt ablehnend ober- wie unterhalb der Schwellenwerte, auch nach dem VgRÄG Schnorbus BauR 1999, 77, 83 ff.; für Schutznormqualität der Verdingungsordnungen oberhalb der Schwellenwerte Schleswig-Holsteinisches OLG WuW/E 2000, Verg 269, 275 mN.; gegen Schutznormqualität unterhalb der Schwellenwerte Ackermann ZHR 164 (2000), 394, 419 mN.

²⁰⁶ Dazu *Pietzcker* in: Schwarze (Fn. 13), 61, 68 ff., der zur Begründung des fehlenden Schutznormcharakters der Verdingungsordnungen u.a. auf deren mangelnden Außenrechtscharakter abstellt, dabei aber wohl nicht hinreichend beachtet, in welchem Umfang (v.a. im Kommunalbereich) die Verdingungsordnungen nach h.M. im Verordnungsrang gelten.

²⁰⁷ S. jedoch nunmehr BGBl. I 2001, 110.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Der Staat als Auftraggeber

A. Grundlagen

- (1) Der Staat als Leistungsapparatur benötigt für die Erstellung seiner Endprodukte neben der Arbeitskraft seines eigenen Personals eine Vielzahl von Sachgütern und Dienstleistungen Dritter gewissermaßen als Rohstoffe und Halbfertigprodukte.
- I. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge
 - (2) Exakte Statistiken über das Volumen öffentlicher Aufträge gibt es weder auf nationaler noch auf EU-Ebene. In Deutschland belaufen sie sich nach vorsichtiger Schätzung auf rd. 400 Mrd. DM im Jahr; davon entfallen rd. 250 Mrd. DM auf die Kommunen und 130 Mrd. DM auf sog. Sektorenaufträge. Insgesamt dürfte in Deutschland wie europaweit der Umfang öffentlicher Beschaffungen zwischen 10% und 15% des jeweiligen Bruttoinlandsproduktes ausmachen. Vom Auftragseingang des deutschen Bauhauptgewerbes kommt etwa 1/3 von der öffentlichen Hand.

II. Die Regelungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens

- (3) Drei Umstände sprechen für eine besondere Regelungsbedürftigkeit gerade des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge:
 - Die öffentliche Hand handelt auch beim Abschluß zivilrechtlicher Verträge nicht "privatautonom". Sie verfügt nicht über "eigenes" Geld, sondern treuhänderisch über Finanzmittel der Bürger und ist zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtet.
 - Den Amtswaltern, die staatliche Mittel ausgeben, fehlt vielfach ein adäquater Anreiz, mit

506

- den ihnen anvertrauten Mitteln sparsam umzugehen.
- Oft vergibt die öffentliche Hand Aufträge bewußt nicht an den günstigsten, sondern aus politischen Gründen an andere Auftragnehmer.

III. Entwicklungslinien des Vergaberechts

- 1. Das haushaltswirtschaftliche Anliegen des traditionellen deutschen Vergaberechts
 - (4) Das Haushaltsrecht verpflichtet juristische Personen des öffentlichen Rechts materiell auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit und ausschließlich zu diesem Zweck verfahrensrechtlich in aller Regel zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge.
- Das wettbewerbliche Anliegen des Gemeinschafts- und Völkerrechts
 - (5) Gemeinschafts- und völkerrechtliche Vergaberegeln dienen dagegen dem Ziel, die Transparenz öffentlicher Beschaffungsmärkte und deren tatsächliche Öffnung für einen freien und chancengleichen Wettbewerb zu fördern.

B. Das derzeitige Regelungsgeflecht

- I. Internationale Übereinkünfte
 - (6) Völkerrechtlich gebunden ist die Bundesrepublik v.a. durch das plurilaterale WTO-Beschaffungsabkommen GPA von 1994, das aber inhaltlich für deutsche Auftraggeber jedenfalls gegenüber Bietern aus der EU keine weitergehenden Anforderungen stellt als das Gemeinschaftsrecht.

II. Europarechtliche Vorgaben

- 1. Die materiellen Vergaberichtlinien
 - (7) Die Vergaberichtlinien regeln nur für Aufträge ab bestimmten "Schwellenwerten" v. a. das Vergabeverfahren sowie materielle Eignungskriterien für die Auswahl der Bewerber und Zuschlagskriterien für den konkreten Auftrag.

2. Die Nachprüfungsrichtlinien

(8) Die Nachprüfungsrichtlinien verpflichten die Bundesrepublik zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes – und zwar zugunsten benachteiligter Wettbewerber.

III. Das deutsche Vergaberecht

- 1. Regelungen für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte
 - a) Das Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26. 8. 1998
 - aa) Materielles und Vergabeverfahrensrecht
 - (9) Auch das Kartellvergaberecht räumt in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts den Wettbewerbern oberhalb der Schwellenwerte subjektive Rechte ein.

bb) Rechtsschutz

- (10) Die neuen Mechanismen des insbesondere einstweiligen Rechtsschutzes erlauben eine hinreichend rasche und wirksame Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße.
- b) Der Unterbau: Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen
 - (11) Die Einzelheiten des Vergaberechts sind in den Verdingungsordnungen geregelt. Sie erlangen durch die Bezugnahme in der Vergabeverordnung selbst Verordnungsrang ("Kaskadenlösung").
- 2. Regelungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte
 - a) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung
 - (12) Unterhalb der Schwellenwerte gelten die Verdingungsordnungen für die staatliche Verwaltung kraft Verweisung in haushaltsrechtlichen Verwaltungsvorschriften selbst nur als Innenrecht. Sie konkretisieren nach herkömmlicher Auffassung das Wirtschaftlichkeitsgebot, sollen den Unternehmen aber keine subjektiven Rechte einräumen.

b) Kommunalbereich

(13) Im Kommunalbereich gelten (unterhalb der Schwellenwerte) die Verdingungsordnungen über Verweisungen des Gemeindehaushaltsrechts im Verordnungsrang – nach bisherige Auffassung aber nur im

Interesse sparsamer Mittelbewirtschaftung der öffentlichen Hand.

- c) Öffentliche Auftraggeber in Privatrechtsform
 - (14) Privatrechtlich organisierte Auftraggeber sind unterhalb der Schwellenwerte nur ausnahmsweise an die Verdingungsordnungen gebunden v. a. öffentliche Beteiligungsunternehmen und Empfänger staatlicher Zuwendungen; auch dieser Fall begründet nach h.M. keine subjektiven Rechte etwa rechtswidrig übergangener Mitwettbewerber.

C. Zwei Hauptprobleme

- I. Die Aufträge unter den Schwellenwerten
 - 1. Spaltung des Regelungsregimes
 - (15) Das Regelungsregime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterscheidet sich von dem für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte vor allem
 - im Rechtsquellenrang;
 - in der Rechtsstellung der Bieter:
 - in den Publikationserfordernissen der Ausschreibung; und
 - in der Zuständigkeit für die Verfolgung über den Beschaffungszweck hinausgehender ("vergabefremder") Sekundärzwecke der Auftragsvergabe.
 - 2. Grundrechtliche Begründung subjektiver Bieterrechte
 - a) Grundsätzliche Grundrechtsbindung der Auftragsvergabe
 - (16) Die öffentliche Hand ist auch bei ihren sog, "fiskalischen Hilfsgeschäften" uneingeschränkt grundrechtsverpflichtet. Grundrechtsadressaten sind dabei nicht nur öffentlich-rechtlich organisierte Verwaltungseinheiten, sondern auch solche des Privatrechts, soweit sie allein von der öffentlichen Hand getragen werden.
 - b) Einschlägige Grundrechte
 - aa) Gleichheitsrechte
 - (17) Der Gleichheitssatz schützt konkurrierende Unternehmen im Vergaberecht in dreifacher Weise:

- über die Selbstbindung der Verwaltung;
- über die aus Art. 3 I GG als Verfahrensgarantie abzuleitende grundsätzliche Ausschreibungspflicht (auch unterhalb der Schwellenwerte): und
- über das Gebot der Berücksichtigung gleichwertiger Angebote durch Vergabe von Teilund Fachlosen oder in zeitlicher Versetzung.
- (18) Dies gilt auch unterhalb der Schwellenwerte und begründet subjektive Rechte der Konkurrenten.

bb) Freiheitsrechte, v.a. Art. 12 I GG

- (19) Ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit als Bestandteil der Berufsfreiheit liegt nicht nur im generellen Ausschluß eines potentiellen Auftragnehmers durch die öffentliche Hand; und auch nicht nur in der Nichtberücksichtigung im Einzelfall durch eine marktbeherrschende Vergabestelle. Vielmehr enthält jede staatliche Auftragsvergabe grundsätzlich einen Grundrechtseingriff gegenüber den nicht berücksichtigten Konkurrenten.
- (20) Der hieraus folgende Gesetzesvorbehalt für staatliche Einkäufe gilt nicht nur bei "willkürlichen oder unzumutbaren" Eingriffen in die Wettbewerbsfreiheit.
- (21) Solange spezielle Regeln fehlen, ist für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, denn das Vergaberecht ist zumindest außerhalb des reinen Sektorenbereiches öffentliches Recht. Diese unersprießliche Rechtswegspaltung ruft freilich nach dem Gesetzgeber.

3. Bieterrechte aus primärem Gemeinschaftsrecht

(22) Für (potentiell) grenzüberschreitende Vergabeverfahren lassen sich klagbare Bieterrechte auch aus den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht des EG-Vertrages herleiten.

4. Ansprüche aus allgemeinem Wettbewerbsrecht

(23) Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot hat eigenständige Bedeutung unterhalb der Schwellenwerte nur für solche öffentlichen Auftraggeber, die nicht grundrechtsverpflichtet sind (private Sekto-

renauftraggeber und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen).

II. Die Berücksichtigung "vergabefremder" Aspekte

- 1. Zuschlagskriterium "wirtschaftlichstes" Angebot
 - a) Haushaltsrechtliche Deutung
 - (24) Wird das Gebot des Zuschlags auf das "wirtschaftlichste" Angebot (§ 97 V GWB) lediglich haushaltsrechtlich verstanden, so setzt es der Verfolgung "vergabefremder" Zwecke keine justiziablen Grenzen.
 - b) Wettbewerbsrechtliche Deutung
 - (25) Das Wirtschaftlichkeitskriterium des GWB ist jedoch enger, wettbewerbsrechtlich zu deuten. Örtliche und regionale Bevorzugungen sind grundsätzlich unzulässig.
 - (26) Produktbezogene Zuschlagskriterien sind solche, die das Produkt selbst, seine Bereitstellung oder seinen unmittelbaren ökonomischen Nutzungswert betreffen. In ihrer Auswahl ist die Vergabestelle frei sie entscheidet, ob und welches Gut sie mit welchen produktbezogenen Spezifikationen erwirbt.
 - (27) Unzulässig ist dagegen als Zuschlagskriterium die Berücksichtigung produzenten- oder produktionsbezogener Kriterien.
- 2. Auswahl der Auftragnehmer zulässige Eignungskriterien
 - (28) Das Erfordernis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Unternehmers (§ 97 IV GWB) ist bereits selbstverständliche Bedingung eines wirtschaftlichen Einkaufs der öffentlichen Hand. Die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt Unternehmen nur bei nachweislichen schweren, berufsbezogenen Rechtsverletzungen.
 - a) Verfassungsmaßstäbe
 - aa) Bundesstaatliche Kompetenzordnung
 - (29) Föderale Zuständigkeitszuweisungen (sowie die rechtsstaatlich gebotene Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung) ziehen der Berücksichtigung sekundärer Lenkungsziele v.a. der Auftragsvergabe durch Länder und Kommunen enge Grenzen, soweit diese

sich neben ihrer Haushaltskompetenz nicht auf Sachgesetzgebungskompetenzen stützen können.

bb) Gesetzesvorbehalt

(30) Die Berücksichtigung sekundärer Beschaffungsziele stellt als vertragsvermittelte Subvention in aller Regel einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der nicht berücksichtigten Wettbewerber dar und steht unter Gesetzesvorbehalt.

cc) Materielle Grundrechtsfragen

(31) Der Gleichheitssatz verwehrt es dem Staat in der Regel, von jedem Unternehmen erwünschtes Verhalten nicht auch ihnen allen durch allgemeinverbindlichen Rechtssatz aufzuerlegen – sondern über den goldenen Zügel ausschließlich solche Unternehmen in Dienst zu nehmen, die zufällig auf einem Marktsegment tätig sind, in dem der Staat als Nachfrager auftritt.

b) Gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe

aa) Vergaberichtlinien

(a) Beentjes; und Kritik

(32) Die Verfolgung von Sekundärzielen mit Hilfe von Kriterien der Auftragsvergabe, die über die gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Eignungs- und Zuschlagskriterien hinausgehen, ist unzulässig.

(b) Die Haltung der Kommission

(33) Die Auforderung der Kommission, die öffentliche Kaufkraft einzusetzen, um die Beschäftigung von Frauen und den Schutz benachteiligter Personengruppen zu fördern, ist gegenwärtig nur bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung (und entgegen den Intentionen der Kommission) haltbar. Die Kommission arbeitet insoweit aber an einer versteckten Änderung des Gemeinschaftsrechts.

bb) Primärrecht

(34) Für grenzüberschreitende Sachverhalte stellen auch die Grundfreiheiten und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages (weite) Schranken der bevorzugten Behandlung von Unternehmen zu Lenkungszwecken dar.

D. (Viele) offene Fragen

I. z.B.: Zum Vergabeverfahren

(35) Die Auftragsvergabe durch staatliche Stellen ist als Akt öffentlicher Gewalt auch an allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechtes gebunden.

II. z.B.: Zum Primärrechtsschutz

(36) Zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes ist der unterlegene Bieter vorab und mit Begründung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu unterrichten; der gesonderten Anfechtbarkeit eines öffentlich-rechtlichen Vergabeaktes bedarf es europarechtlich nicht.

III. z.B.: Zu sekundären Ersatzansprüchen

(37) Die bieterschützenden Normen der Verdingungsordnungen sind Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB – jedenfalls soweit sie mit Verordnungsrang gelten.

E. Zum Schluß

Dritter Beratungsgegenstand:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

3. Bericht von Prof. Dr. Michael Holoubek, Wien

Inhalt

•		Seite
I.	Gegenstand, Methode und Zielsetzung der Unter-	
	suchung	515
II.	Ziele und Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit im	
	Rechtsvergleich	518
	A. Der Staat als Unternehmer – staatliche Leistungs-	
	erbringung	518
	1. Österreich	518
	a) Empirischer Befund	518
	b) Rechtliche Ausgestaltung	521
	2. Frankreich	530
	a) Empirischer Befund	530
	b) Rechtliche Ausgestaltung	530
	3. Großbritannien	537
	a) Empirischer Befund	537
	b) Rechtliche Ausgestaltung	540
	B. Der Staat als Nachfrager und Leistungsbesteller -	
	staatliche Leistungssicherung	546
	1. Österreich	546
	a) Empirischer Befund	546
	b) Rechtliche Ausgestaltung	547
	2. Frankreich	553
	a) Empirischer Befund	553
	b) Rechtliche Ausgestaltung	555
	3. Großbritannien	562
	a) Empirischer Befund	562
	b) Rechtliche Ausgestaltung	565
III.		573
111.	1	573
	A. Schwerpunktverlagerungen bei den Zielsetzungen	574
	B. Zielneutralität und Multifunktionalität der Mittel	3/4

	C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht –	
	wechselseitige Einflüsse	575
IV.	Bauelemente einer europäischen Dogmatik staatlicher	
	Wirtschaftstätigkeit	578
	A. Verantwortung und Markt als Schlüsselbegriffe	578
	B. Modellangepaßte Dogmatik der Mittel	580
	C. Funktion der Modellbildung	581

I. Gegenstand, Methode und Zielsetzung der Untersuchung

Das Thema bezieht sich auf die beiden wesentlichen Marktaggregate Angebot und Nachfrage. Es geht um die Tätigkeit des Staates¹ am Markt, bei der der Staat marktfähige Güter oder Leistungen, also solche, die zumindest potentiell auch von Privaten erbracht werden (können), selbst oder über Dritte anbietet oder nachfragt. Mit welchen rechtstechnischen Mitteln der Staat welche Zielsetzungen verfolgt, wenn er im genannten weiten Sinn wirtschaftlich tätig wird, soll im Folgenden rechtsvergleichend für die österreichische, die französische und die englische Rechtslage untersucht werden.

Die Auswahl der zum Vergleich herangezogenen Referenzrechtsordnungen² begründet sich dabei mit zwei Argumenten: einerseits umfaßt alle das gemeinsame Dach der Europäischen Union und insbesondere die tragende Konstruktion der Europäischen Gemeinschaft, die die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates in vielfacher Weise rechtlich einheitlich determiniert. Andererseits kann auf Grund der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse in diesen Mitgliedstaaten eine unterschiedliche Einstellung zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates angenommen werden.³ Daß weiters zwischen öffentlicher Unternehmenstätigkeit und staatlicher Auftragsvergabe ein Zusammenhang besteht, der es rechtfertigt, beide Aspekte wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates in den Blick zu nehmen, zeigt der Umstand, daß – betrachtet man den Anteil öffentlicher Aufträge am jeweiligen Bruttoinlandsprodukt – Großbri-

¹ Als "Staat" ist im vorliegenden Zusammenhang der Staat in einem funktionellen Sinn in den Blick zu nehmen. Dies schließt nicht nur alle föderalen, regionalen und kommunalen, Ausprägungen des Staates im engeren Sinn, sondern auch auf spezifisch staatlicher Organisationsgewalt beruhende, außerhalb der Staatsorganisation im engeren Sinn stehende Einrichtungen ebenso mit ein, wie auf privatrechtlicher Grundlage errichtete Unternehmen, die dem Staat bzw. staatlichen Einrichtungen wegen deren "interner" Einflußmöglichkeiten auf Grund überwiegender Beteiligung oder maßgeblicher Beherrschung zuzurechnen sind. Als Orientierung dient die RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABI 1980 L 195/30 i.d.F. ABI 1985 L 229/20, 1993 L 254/16 und 2000 L 193/75). Zu dieser Richtlinie Britz Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBI 2000, 1641 ff. m.w.H.

² Begriffsbildung in Anlehnung an den Terminus des "Referenzgebiets", s. zu diesem Schmidt-Aβmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 9 mwN.

³ So beläuft sich nach einer Studie des Europäischen Zentralverbands der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) aus dem Jahre 1995 der Anteil aller Beschäftigten in "öffentlichen Unternehmen" in Deutschland auf 8 %, in Österreich auf 10 %, in Frankreich auf 11,9 % und in Großbritannien auf 2,3 % (Jahrbuch der CEEP 1997).

tannien und Deutschland vor Österreich und deutlich vor Frankreich liegen.⁴ Das legt die Vermutung nahe, daß zwischen öffentlicher Unternehmenstätigkeit und staatlicher Auftragsvergabe bis zu einem gewissen Grad eine Substitutionsbeziehung besteht.

Methodisch geht es um funktionelle Rechtsvergleichung⁵ als Mikrovergleichung.⁶ Damit gilt es, als Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung in autonomer Begrifflichkeit funktional jene Kategorien zu entwickeln, die als Vergleichsmaßstab die wechselseitige Zuordnung der einzelstaatlichen Rechtsstrukturen leiten sollen. Leitbild⁷ für diese funktionale Kategorisierung ist dabei das Gemeinschaftsrecht, in dessen Rahmen sich die mitgliedstaatlichen Regelungen bewegen müssen. Die Rechtsvergleichung setzt dabei an den Zielen und den rechtlichen Mitteln staatlicher Wirtschaftstätigkeit an. Bei den Zielsetzungen unterscheide ich im folgenden Versorgungssicherung⁸, Bedarfsdeckung⁹ und Erwerbswirtschaft¹⁰. Natürlich weisen diese Zielkategorien weder trennschaft

⁴ S. mit entsprechender Interpretation der Vergleichszahlen *Westphal* Vergaberecht ökonomisch betrachtet: Hat sich der juristische Aufwand gelohnt?, in: Rill/Griller (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, 271, 279 ff.

⁵ Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung³, 1996, 33 ff.; Rheinstein Einführung in die Rechtsvergleichung², 1987, 25 ff.; spezifisch für das öffentliche Recht Schwarze Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1988, 80 ff.; Starck Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. JZ 1997, 1021, 1028 f.

⁶ Rheinstein (Fn. 5) 32f.

⁷ Das "tertium comparationis", vgl. *Trantas* Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, 1998, 54ff.

⁸ Unter Versorgungssicherung verstehe ich in Anlehnung an Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV die Erbringung wirtschaftlicher Dienstleistungen, um aus Gemeinwohlgründen eine allgemeine Versorgung zu gewährleisten, wobei die Leistung jeweils individualisiert an den Einzelnen gegen Entgelt erbracht wird; s. auch die Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg.; Kahl Neue Bedeutung der "Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" durch den Vertrag von Amsterdam, WBI 1999, 189 ff.; Ross Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?, ELRev 2000, 22 ff.; Frenz Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EuR 2000, 901 ff.

⁹ Unter Bedarfsdeckung fasse ich die Nachfrage nach und die Erbringung von marktfähigen Leistungen und Gütern durch den Staat zusammen, die er benötigt, um seine Aufgaben zu erfüllen, also das "Beschaffungswesen", wie es als Zielsetzung dem sekundärrechtlichen europäischen Vergaberecht im "klassischen" Bereich der Liefer, der Bau- und der Dienstleistungsrichtlinie vor Augen steht.

¹⁰ Erwerbswirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt der Staat, wenn er Leistungen gegen Entgelt primär deswegen anbietet, um einen wirtschaftlichen Ertrag zu erhalten, also in der Regel einen Gewinn zu erzielen, oder zumindest, um Verluste zu minimieren, unabhängig davon, welche historischen Umstände zum Staatseigentum an Unternehmen geführt haben.

Abgrenzungen auf noch schließen sie einander aus. Mehrfachzielsetzungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit sind ohne Zweifel nahe liegend, doch gilt es dann eben, typologisch auf den primären Zweck der Tätigkeit abzustellen.

Nimmt man die rechtlichen Mittel in den Blick, wie der Staat wirtschaftlich tätig wird, so erbringt der Staat entweder Leistungen selbst oder er sichert sich bzw. gewährleistet die Erbringung derartiger Leistungen durch Verpflichtung eines Dritten auf Grund einer individuellkonkreten Rechtsgrundlage. Erfaßt ist also ein weiter Begriff staatlicher Wirtschaftstätigkeit, der öffentliche Unternehmenstätigkeit ebenso einschließt wie die klassische Auftragsvergabe, aber auch eher öffentlichrechtliche Vertragskonstruktionen wie die "Konzession", die sowohl durch vertragliche wie durch hoheitliche Elemente gekennzeichnet sein kann, und vorwiegend hoheitlich ausgestaltete Formen staatlicher "Leistungsbestellung" am Markt.

Die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme geht von den Mitteln staatlicher Wirtschaftstätigkeit aus und fragt, zu welchen Zielen diese Mittel eingesetzt und wie sie allenfalls differenziert für welche Zielerreichung rechtlich ausgestaltet sind. Zielsetzung der Rechtsvergleichung ist es, zum Ersten bestehende strukturelle Unterschiede in den untersuchten Mitgliedstaaten aufzuzeigen. Zum Zweiten sollen dadurch Problemfelder deutlich gemacht werden, für die drittens als Schlußfolgerung Ansatzpunkte entwickelt werden, wie das Gemeinschaftsrecht auf seiner Ebene darauf reagieren und dabei Ergebnisse einer wertenden Rechtsvergleichung rezipieren könnte. Am Schluß der Ausführungen steht also der Versuch, einige Bauelemente für eine differenziertere europäische Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit zu entwerfen.

¹¹ Die Untersuchung der rechtlichen Ausgestaltung der hier in Rede stehenden wirtschaftlichen Beziehungen hat dabei zu beachten, daß diese sich in einem System abspielen, dessen Akteure der Staat im engeren Sinn, öffentliche Unternehmen, private Unternehmen und der Einzelne jeweils in wechselnden Rollen (so der Staat als Marktteilnehmer und als Marktregulator, private Unternehmen als Leistungserbringer für den Staat oder als Konkurrenten öffentlicher Unternehmen etc.) sind.

¹² Rechtsangleichung durch rechtspolitisch (*Rabel* Gesammelte Aufsätze, Bd. III, 1967, 186) wertende Rechtsvergleichung (*Zweigert/Kötz* [Fn. 5] 46f.) ist in diesem Sinne als auf ständige Wechselwirkung angelegter Prozeß zu verstehen.

II. Ziele und Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit im Rechtsvergleich

- A. Der Staat als Unternehmer staatliche Leistungserbringung
- 1. Österreich
- a) Empirischer Befund

Eigene wirtschaftliche Tätigkeit des Staates trifft man in Österreich in vielfältiger Form an. Auf Grund eines Trends zur Organisationsprivatisierung befinden sie sich zum Zweck staatlicher Bedarfsdeckung stark im Vormarsch, wie zahlreiche Forschungs- und Versuchseinrichtungen zur sachverständigen Beratung des Staates¹³ ebenso beweisen wie die Bundesimmobilien GmbH als Immobilienverwalter des Bundes¹⁴, die Bundesrechenzentrum GmbH für Buchhaltungs- und Lohnverrechnungsleistungen¹⁵ oder die Bundestheaterservice GmbH als Bühnenwerkstätte¹⁶. Konkrete Überlegungen bestehen für eine "Bundesbeschaffung GmbH"¹⁷. Die Versorgungssicherung ist geradezu eine Domäne öffentlicher Unternehmen. Sieht man vom liberalisierten Telekommunikationsmarkt ab, trifft dies weiterhin auf den über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus geöffneten Elektrizitätsmarkt¹⁸ ebenso zu wie auf den Verkehrsbereich¹⁹ (hier wieder mit Ausnahme des Flugverkehrs, aber einschließlich der Flughäfen²⁰), die Abfall- und

¹³ S. beispielsweise Umweltbundesamt GmbH (BGBl I 1998/152), Landwirtschaftliche Bundesversuchswirtschaften GmbH (BGBl 1996/794), Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik (§ 22 Forschungsorganisationsgesetz [BGBl 1981/341 i.d.F. BGBl I 2000/142]) und Bundesanstalt Statistik Österreich (§§ 22 ff. BundesstatistikG 2000, [BGBl I 1999/163]).

¹⁴ Bundesimmobiliengesetz (BGBl 1992/419 i.d.F. BGBl I 1997/113 und BGBl I 2000/141).

¹⁵ BGBl 1996/757.

¹⁶ § 3 Abs. 1 Z 5 Bundestheaterorganisationsgesetz (BGBI I 1998/108).

¹⁷ Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BB-GmbH-Gesetz) 486 BlgNR 21. GP.

¹⁸ Durch Art. 7 des Energieliberalisierungsgesetzes (BGBI I 2000/121) wurde das Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz dahingehend geändert, daß der österreichische Elektrizitätsmarkt bis 1.10.2001 vollständig zu liberalisieren ist, s. *Panger* Reform des Strom- und Gasrechts durch das Energieliberalisierungsgesetz, ÖZW 2000, 97 ff. und ÖZW 2001, 1 ff.

¹⁹ Z.B. Wiener Linien GmbH & Co KG, Innsbrucker Verkehrsbetriebe und Stubaitalbahn GmbH.

²⁰ So steht die Flughafen Wien AG nach dem Verkauf der Anteile der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG) zu je 20% im Eigentum der Bundesländer Niederösterreich und Wien (Die Presse, 16.3.2001). An den Länderflughäfen sind zumeist der Bund, das jeweilige Land und die jeweilige Landeshauptstadt gemeinsam beteiligt. So beträgt etwa

Entsorgungswirtschaft²¹, Sparkassen und Landeshypothekenbanken²², Kunst- und Kulturwirtschaft (Theater²³ und Museen²⁴ einschließlich Veranstaltungs- und Messeorganisationen²⁵, Sport- und Freizeiteinrichtungen²⁶), den öffentlich-rechtlichen Rundfunk²⁷ sowie die kommu-

an der Flughafen Linz GmbH der Bundesanteil 40 %, während das Land Oberösterreich und die Stadtgemeinde Linz mit jeweils 30 % beteiligt sind. Kritisch zur geplanten Privatisierung von Länderflughäfen *Wimmer/Kahl* Öffentliche Verantwortung versus Privatisierung am Beispiel des Betriebes der Bundesländerflughäfen, ÖJZ 1999, 161.

²¹ So erfolgt in Wien die Müllabfuhr durch die Magistratsabteilung 48, die ein Betrieb der Gemeinde ohne Rechtspersönlichkeit ist (§ 72 Wiener Stadtverfassung [LGBl 1968/28 i.d.F. LGBl 1999/56], s. dazu und für weitere Beispiele *Ponzer/Cech* Die Verfassung der Bundeshauptstadt Wien, 2000, 112). Im Übrigen wird aber die Abfallentsorgung zunehmend auch durch juristische Personen des Privatrechts als öffentliche oder gemischt wirtschaftliche Unternehmen besorgt. S. dazu unten in Fn. 43.

²² Exemplarisch zur oberösterreichischen Rechtslage s. Binder Die Rechtsstellung der Oberösterreichischen Landes-Hypothekenbank, 1977. Mittlerweile haben allerdings die meisten Länder den Bankbetrieb der Landeshypothekenanstalten in Aktiengesellschaften eingebracht. Die Landeshypothekenanstalten übernehmen dabei die Anteile an den Aktiengesellschaften. S. beispielsweise Oberösterreichisches Landesbank-Einbringungsgesetz (LGBI 1997/21), Kärntner Landesholding-Gesetz (LGBI 1991/37), oder Salzburger Landes-Holding-Gesetz (LGBI 1992/20).

²³ Bundestheaterorganisationsgesetz (BGBl I 1998/108). Die Vorbereitung und Durchführung der Salzburger Festspiele obliegt dem Salzburger Festspielfonds (§ 2 Bundesgesetz über die Errichtung eines "Salzburger Festspielfonds", BGBl 1950/147).

²⁴ Bundesmuseen-Gesetz (BGBl I 1998/115).

²⁵ So steht etwa die Wiener Stadthalle – Betriebs- und Veranstaltungs GmbH zu 100% im Eigentum der Wiener Holding AG, an der wiederum die Stadt Wien 21%, die ihr nahe stehende Anteilsverwaltung Zentralsparkasse (AVZ) 55,9% halten. Zur Beherrschung der AVZ durch die Gemeinde Wien s. auch die in Fn. 34 genannten Erkenntnisse des VfGH. Die Planung, Errichtung, Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des Internationalen Amtssitzzentrums und die Finanzierung des Österreichischen Konferenzzentrums wurde einer Aktiengesellschaft übertragen (§ 1 IAKW – Finanzierungsgesetz [BGBl 1972/150]). Das Grundkapital dieser AG steht zu 65% im Eigentum des Bundes und zu 35% im Eigentum der Stadt Wien (§ 3 leg.cit.).

²⁶ So betreibt etwa die Bundessporteinrichtungen Gesellschaft mbH die Bundessporteinrichtungen (BGBl I 1998/149). Ein weiteres Beispiel stellt etwa die Innsbrucker Sportanlagen Errichtungs- und Verwertungs GmbH dar.

²⁷ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird in Österreich durch den Österreichischen Rundfunk (ORF), einen Wirtschaftskörper mit eigener Rechtspersönlichkeit, besorgt (Rundfunkgesetz [BGBI 1984/379 i.d.F. BGBI I 2000/49]). Näher Holoubek/Traimer/Weiner Grundzüge des Rechts der Massenmedien, 2000, 33 ff. Der VfGH qualifizierte den ORF als Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, dem im Rahmen des Rundfunkgesetzes Privatautonomie zukommt (VfSlg. 15.059/1997, 10.948/1986, 7716/1975). Die Einhebung der für den Betrieb von Radio- und Fernsehgeräten zu entrichtenden Gebühren von Rundfunkteilnehmern erfolgt durch ein beliehenes Unternehmen, nämlich durch die "Gebühren Info Service GmbH" (GIS) auf Grundlage des Rundfunkgebüh-

nale²⁸ bzw. Teile der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft²⁹. An primär erwerbswirtschaftlich orientierten Unternehmen mangelt es zwar ebenso wenig, wie Verlagsunternehmen³⁰, Kurhotels³¹, Parkhäuser³² oder die Österreichische Bundesforste AG³³ zeigen, doch verliert die

rengesetzes (BGBl I 1999/159) für den ORF. Dazu Twaroch/Buchner Rundfunkrecht in Österreich⁵, 2000, 233 ff. Das Rundfunkgebührengesetz (§ 5) spricht von der "Gebühreninkasso Service GmbH", im Firmenbuch ist die Gesellschaft allerdings als Gebühren Info Service GmbH eingetragen.

²⁸ So erfolgt die Verwaltung und Vermietung von Wohnungen auf kommunaler Ebene in Wien durch "WIENER WOHNEN", ein Unternehmen der Stadt Wien ohne eigene Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 71 Wiener Stadtverfassung (LGBI 1968/28 i.d.F. LGBI 1999/56). Dazu und zur Unterscheidung von "Unternehmungen" gemäß § 71 Wiener Stadtverfassung und "Betrieben" gemäß § 72 leg.cit. s. *Ponzer/Cech* (Fn. 21) 109 ff.

²⁹ So stehen etwa die BUWOG (Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft für Bundesbedienstete Gesellschaft mbH), die vor allem Wohnungen an Bundesbedienstete vermietet und verkauft, oder die WAG (Wohnungsanlagen Gesellschaft mbH) zu 100% im Eigentum des Bundes. Zum Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz s. etwa Funk Grundprinzipien des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts in: Korinek/Nowotny (Hrsg.), Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft, 1994, 329. Durch Art. 6 Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl I 2000/142, wurde u.a. das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (§ 39 Abs. 6 a) dahingehend geändert, daß gemeinnützige Bauvereinigungen, die im ausschließlichen Eigentum von Gebietskörperschaften stehen, den Gemeinnützigkeitsstatus verlieren, soferne sie nicht ausdrücklich für einen Verbleib im gemeinnützigen Sektor optieren. Während mehrere gemeinnützige Bauvereinigungen der Länder von dieser Optionsmöglichkeit Gebrauch gemacht haben, sind die erwähnten gemeinnützigen Bauvereinigungen des Bundes zu rein erwerbswirtschaftlichen Unternehmen geworden und als Konsequenz für eine Vermögensprivatisierung vorgesehen.

30 So wurde die Österreichische Staatsdruckerei durch ein Bundesgesetz in die Print Media Austria AG umgewandelt (BGBl I 1997/1 i.d.F. BGBl I 1999/93) und nach der Abspaltung der Wiener Zeitung GmbH und der Österreichische Staatsdruckerei GmbH der ÖIAG zur Privatisierung übertragen. Die abgespaltete Wiener Zeitung GmbH, deren Unternehmensgegenstand in Herstellung und Verlag der Wiener Zeitung und insb. des Amtsblatts zur Wiener Zeitung besteht, welches häufig behördliche Kundmachungen vorzunehmen hat, verbleibt im Eigentum der Republik Österreich; die Österreichische Staatsdruckerei GmbH, der die Drucklegung und der Vertrieb des Bundesgesetzblattes sowie die Herstellung bestimmter Sicherheitsdrucke obliegt, steht nunmehr im Eigentum der ÖIAG.

³¹ So werden das Kurheim Badeschloß Badgastein und das Kurhaus Semmering als Eigenbetriebe des Bundes geführt (BGBI 1987/88). Die Kurhotelbetriebsgesellschaft Bad Schönau GmbH steht zu 100 % im Eigentum des Landes Niederösterreich.

³² So ist etwa die Wiener Stadtwerke Beteiligungsmanagement GmbH mit 51 % an der Städtischen Parkraummanagement Gesellschaft mbH beteiligt, die unter anderem die Errichtung von Parkgaragen, Betrieb und Management von Garagen und Kraftfahrzeugabstellplätzen zum Unternehmensgegenstand hat.

³³ Mit dem Bundesforstegesetz 1996 (BGBI 1996/793) wurde die Österreichische Bundesforste AG errichtet. Für die Einräumung des Fruchtgenußrechts an den von ihr verwalteten Liegenschaften hat die AG 50% ihres Jahresüberschusses als Entgelt an

Erwerbswirtschaft als Ziel öffentlicher Unternehmenstätigkeit auf Grund mehrerer Privatisierungswellen in den letzten Jahren zusehends an Bedeutung. Früher klassische öffentliche Unternehmen wie Austria Tabak, Böhler Uddeholm, die OMV, VA Stahl, Austrian Airlines oder die Bank Austria sind heute mehrheitlich in nicht-staatlicher Hand.³⁴

b) Rechtliche Ausgestaltung

Öffentliche Unternehmenstätigkeit erfolgt in Österreich³⁵ entweder durch die Gebietskörperschaften selbst³⁶ oder durch juristische Perso-

den Bund zu leisten. Gerade die ÖBF sind ein typisches Beispiel für ein öffentliches Unternehmen, das zwar erwerbswirtschaftlich ausgerichtet ist, seine Existenz als öffentliches Unternehmen aber vor allem einer "Bestandsfunktion" (zur Unterscheidung von Bestands- und Betriebsfunktion bei öffentlichen Unternehmen s. Plöchl Der Staat als Wirtschaftssubjekt und seine Stellung zur Wirtschaft, 5. ÖJT 1970, I/3/A, 24ff.; Adamovich/Funk Allgemeines Verwaltungsrecht³, 1987, 205) zur Erhaltung des Bundeseigentums an den von ihr verwalteten Flächen verdankt (vgl. in diesem Zusammenhang auch die "gemeinwohlorientierten" Vorschriften in § 5 Bundesforstegesetz sowie die im Verfassungsrang stehende Substanzerhaltungspflicht in § 1 Abs. 1 Bundesforstegesetz).

³⁴ Derzeit hält die ÖIAG 41,1 % des Grundkapitals an der Austria Tabak AG, 25 % an der Böhler Uddeholm AG, 35 % an der OMV AG, 38,8 % an der VA Stahl AG, 39,7 % an der Austrian Airlines AG (s. Industrie 2000/6, 10). Die Bank Austria AG stand zuletzt zu rund 22,8 % im Eigentum der Anteilsverwaltung Zentralsparkasse (AVZ), einer Sparkasse der Stadt Wien. Zur Beherrschung der AVZ durch die Gemeinde Wien und der damit einhergehenden Prüfungszuständigkeit des Rechnungshofes s. VfSlg. 14.096/1995 (= ÖZW 1995, 119 mit zustimmendem Kommentar von Rill); kritisch zu diesem Erkenntnis Aicher Organisatorische Beherrschung als Anknüpfung für die Rechnungshofkontrolle über Gemeindesparkassen, WBI 1994, 353; zur Prüfungszuständigkeit des Rechnungshofes für die Gebarung der Bank Austria AG s. VfSlg. 14.097/1995. Mittlerweile ist die AVZ nach der Einbringung der Bank Austria AG in die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG zum zweitgrößten Aktionär der HypoVereinsbank geworden, und soll in eine Stiftung umgewandelt werden. Zum genauen Ablauf der Transaktionen s. die Stellungnahme der Übernahmekommission gemäß § 29 Abs. 1 ÜbG vom 12.9.2000, GZ 2000/1/4–171 (http://www.takeover.at/).

³⁵ Allgemein zur folgenden Typologie Wenger Die öffentliche Unternehmung, 1969, 259 ff.; ders. Recht der öffentlichen Unternehmungen in: ders. (Hrsg.), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, Bd. II, 1990, 225, 252 ff.; Adamovich/Funk Allgemeines Verwaltungsrecht³, 1987, 203 ff.; Potacs Öffentliche Unternehmen in: Raschauer (Hrsg.), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, 1998, Rz. 905 ff.; Funk Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung in: Krejci/Ruppe (Hrsg.), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, 1992, 14 ff.

³⁶ Die Eigentätigkeit der Gebietskörperschaften erfolgt in Form von "Regiebetrieben" (diese sind auch nach den Organisationsvorschriften nicht gesondert geregelter Teil der allgemeinen staatlichen Verwaltung); bei weitergehender organisatorischer Verselbständigung (z.B. eigene Geschäftsführung, eigenes Rechnungswesen) wird von "selbständigen Wirtschaftskörpern" (Adamovich/Funk [Fn. 35] 206) gesprochen. In der

nen des öffentlichen Rechts³⁷ wie des privaten Rechts³⁸. Auch bei juristischen Personen des Privatrechts liegt zumeist ein (bundes)gesetzliches Organisationsstatut vor;³⁹ auf kommunaler Ebene unterliegt das vertragliche Organisationsstatut einem Beschlußfassungsvorbehalt des unmittelbar demokratisch legitimierten satzungsgebenden Organs.⁴⁰

Die Versorgungssicherung war lange Zeit eine Domäne der Gebietskörperschaften selbst oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Sie ist es zumeist dort geblieben, wo ein funktionierender Markt

Wiener Stadtverfassung (LGBI 1968/28 i.d.F. LGBI 1999/56) wird beispielsweise zwischen Betrieben (§ 72) und Unternehmungen (§ 71) unterschieden (s. oben in Fn. 21).

³⁷ Bei den juristischen Personen öffentlichen Rechts wird allgemein zwischen Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Fonds des öffentlichen Rechts unterschieden. Näher, insbesondere zur unterschiedlichen Gewichtung institutioneller und funktioneller Kriterien Koja Der Begriff der juristischen Person öffentlichen Rechts, ZfV 1984, 489 ff.; Pauger Die juristische Person öffentlichen und die juristische Person privaten Rechts, ZfV 1986, 1 ff.; Antoniolli/Koja Allgemeines Verwaltungsrecht³, 1996, 313 ff.; Raschauer Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, Rz. 82 ff. Als Beispiele für im hier verwendeten weiten Sinn wirtschaftlich tätige juristische Personen des öffentlichen Rechts seien Anstalten wie die Diplomatische Akademie Wien (BGBI 1996/178), die Donau-Universität Krems (BGBI 1994/269 i.d.F. BGBI I 1998/128), die Bundesmuseen (BGBI 1998/115) oder die Bundesanstalt Statistik Österreich (Bundesstatistikgesetz 2000 [BGBI I 2000/163]) oder als Fonds der Umwelt- und Wasserwirtschaftsfonds (BGBI 1987/79 i.d.F. BGBI 1993/256) und der ERP – Fonds (BGBI 1962/207 i.d.F. BGBI 1994/1105) genannt.

³⁸ In der Literatur wird bei Kapitalgesellschaften je nach Beteiligungsstruktur zwischen folgenden Organisationstypen unterschieden: Eigengesellschaften, die zu 100% im Alleineigentum einer Gebietskörperschaften stehen; gemischt-öffentlichen Unternehmen, an denen mehrere öffentliche Körperschaften – jedoch keine privaten Anteilseigner – beteiligt sind; gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, an denen sowohl öffentliche Körperschaften als auch private Personen beteiligt sind. Näher zu dieser Terminologie Aicher Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme in: Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, 1981, 191, 219 ff. Die Beteiligung des Bundes an einer Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG) als unbeschränkt haftender Gesellschafter ist aus haushaltsrechtlichen Gründen unzulässig (§ 59 Abs. 1 Z 2 Bundeshaushaltsgesetz).

³⁹ Zur kompetenzrechtlichen Problematik der Erlassung von "Sondergesellschaftsrecht" Korinek/Holoubek Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993, 99 ff. Zumeist erfolgt die Errichtung der Gesellschaft unmittelbar durch das Gesetz (s. die Beispiele in Fn. 13, 14, 15, 16, 26, 30, 33, 46, 47, 49 und 60); z. T. ist auch vorgesehen, daß staatliche Organe zur vertraglichen Errichtung von Gesellschaften ermächtigt werden, vgl. z. B. die Bundessporteinrichtungen Gesellschaft mbH (Fn. 26), die Bundesfinanzierungsagentur GmbH (BGBl 1992/763), die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (Fn. 14) sowie die Gesellschaften nach dem Bundestheaterorganisationsgesetz (Fn. 16).

⁴⁰ S. z. B. § 91 Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung (LGBI 1998/66), §§ 85 ff. Statut der Landeshauptstadt Graz (LGBI 1967/130 i.d.F. LGBI 1982/99).

kaum oder gar nicht gegeben ist oder die Leistungserbringung gerade durch die Gebietskörperschaft selbst im Vordergrund steht.⁴¹ Wo sich ökonomisch relevante Märkte entwickelt haben oder entwickeln, hat dies zum einen zum Vordringen der Kapitalgesellschaft,⁴² insbesondere der GmbH, und zum anderen zur Entwicklung von Public-Private-Partnership-Modellen (PPP) – insbesondere im Energie- und Abfallentsorgungsbereich – geführt.⁴³ Im Bereich der Bedarfsdeckung geht der Trend ebenfalls in Richtung Kapitalgesellschaften,⁴⁴ vor allem dort, wo erhebliche Finanzvolumina im Spiel sind.⁴⁵ Auch so weit es um die Finanzierung von Infrastrukturmaßnahmen geht, schaltet der Staat aus budgettechnischen Gründen zumeist – auch bei PPP-Model-

⁴¹ So wird etwa die Wasserwirtschaft vor allem in kleineren Gemeinden, aber auch in der Stadt Wien, durch rechtlich unselbständige Einrichtungen erbracht. Zum Teil werden kommunale Wasserwerke auch durch juristische Personen des Privatrechts betrieben. So hat z. B. die Stadt Innsbruck ihre Versorgungsbetriebe in die Innsbrucker Kommunalbetriebe AG eingebracht.

⁴² So sind etwa die Landesenergieversorgungsunternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft konstituiert. Ausgenommen davon ist lediglich Wien, wo die Rechtsform der GmbH gewählt wurde. Zu den gemeinnützigen Wohnbaugesellschaften im öffentlichen Eigentum s. Fn. 29. Aber auch in Bereichen, wo erhebliche Zuschüsse der öffentlichen Hand erforderlich sind, wird z.T. auf Kapitalgesellschaften zurückgegriffen, wie das etwa bei der Ausgliederung der Bundestheater in mehrere Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Fall war. Kritisch zur Übertragung primär gemeinwohlorientierter, hier in concreto kultureller Aufgaben auf Kapitalgesellschaften Korinek Zur rechtlichen Organisation von Musiktheater in: Chiner/Schäffer (Hrsg.), Musik und Recht, 1998, 15, 24.

⁴³ Zu PPP als Rechtsbegriff im Zusammenhang mit Finanzierungspartnerschaften im Bereich der Infrastruktur s. §§ 13 f. Hochleistungsstreckengesetz (BGBl 1989/135 i.d.F. BGBl I 1999/81); § 7 Bundesgesetz über die Errichtung einer "Brenner Eisenbahn GmbH" (BGBl 1995/502 i.d.F. BGBl I 1999/81). Zu den Formen der PPP Schauer Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Dienstleistungsorganisationen, insbesondere nonprofit-Organisationen in: Fremuth (Hrsg.), Wirtschaft und öffentliches Interesse, 1998, 85, 88 ff. Auf kommunaler Ebene hat beispielsweise die Stadtgemeinde Mödling für die Abfallentsorgung eine Gesellschaft (mit dem klingenden Namen "Die Mödlinger Saubermacher GmbH") gegründet, an der die Stadt 51 % und ein privates Entsorgungsunternehmen 49 % hält.

⁴⁴ Juristische Personen des öffentlichen Rechts finden sich historisch vor allem im Zusammenhang mit der "Ausgliederung" von wissenschaftlicher und sachverständiger Tätigkeit (so etwa die Bundesanstalt Statistik Österreich [Fn. 13] oder die wissenschaftlichen Einrichtungen nach dem Forschungsorganisationsgesetz [BGBl 1981/341 i.d.F. BGBl I 2000/47]).

⁴⁵ So erwirbt die Bundesimmobilien GmbH (Fn. 14) an bundesgesetzlich näher bezeichneten Liegenschaften des Bundes zeitlich abgestuft das Eigentumsrecht und hat dafür ein Basisentgelt von ATS 33 Milliarden zu leisten (Bundesimmobiliengesetz BGBl I 2000/141). Der Bundesfinanzierungsagentur GmbH ist die Verwaltung und Koordination der Finanz- und sonstigen Bundesschulden übertragen (BGBl 1992/763).

len⁴⁶ – Kapitalgesellschaften ein.⁴⁷ Die Erwerbswirtschaft ist mittlerweile eine nahezu ausschließliche Domäne der Kapitalgesellschaften.⁴⁸

Im Versorgungs- und Bedarfsdeckungsbereich behält sich der Staat zumeist gesetzlich, zumindest vertraglich in der Regel mindestens 51 % der Gesellschaftsanteile und damit den beherrschenden Einfluß vor;⁴⁹ im Elektrizitätsbereich ist dies für die meisten Unternehmen speziell verfassungsrechtlich abgesichert.⁵⁰ Im Bereich der Erwerbswirtschaft wird derzeit planmäßig auch über Sperrminoritäten hinaus materiell privatisiert.⁵¹

⁴⁶ So ist der Schieneninfrastrukturfinanzierungs-GmbH auch die Mitwirkung an und der Abschluß von Verträgen mit Dritten über die Mitfinanzierung, Errichtung und Verwertung von Schieneninfrastruktur aufgetragen (§ 3 Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz [BGBl 1996/201 i.d.F. BGBl I 2000/26]). Gutknecht Privatisierung und Unternehmenspolitik, ÖZW 1997, 97, 102ff.

⁴⁷ So ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) mit der Finanzierung, Planung, dem Bau und der Erhaltung von Bundesstraßen betraut (§ 2 ASFINAG – Gesetz [BGBI 1982/591 i.d.F. BGBI I 2000/142]). Näher Stolzlechner/Kostal Das Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996, ZVR 1999, Heft 5A, 1.

⁴⁸ Darunter fallen primär jene Unternehmen, bei denen die Verwaltung der Anteilsrechte an die ÖIAG übertragen wurde. So etwa die Telekom Austria AG oder die Print Media Austria AG. S. auch Fn. 34.

⁴⁹ Beispielsweise behält sich der Bund an der Bundesrechenzentrum GmbH (§ 1 Abs. 3 Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH [BGBI 1996/757]), an der Bundesimmobilien GmbH 100% (§ 1 Abs. 2 BIG-Gesetz [BGBI 1992/419 i.d.F. BGBI I 1997/113; s. auch § 2 Bundesimmobiliengesetz, BGBI I 2000/141]) oder an der Theaterservice GmbH (§ 3 Abs. 3 Bundestheaterorganisationsgesetz [BGBI I 1998/108]) 51% der Anteile vor. Zur Ausgliederung im Landesbereich s. Funk Allgemeine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte in: Bildungsprotokolle, herausgegeben von der Landesamtsdirektion beim Amt der Kärntner Landesregierung, Bd. I, 1997, 13.

⁵⁰ Bundesverfassungsgesetz, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden (BGBl I 1998/143); kritisch dazu insbesondere im Hinblick auf die dadurch bewirkte Erschwerung von Fusionen zwischen österreichischen Energieversorgern Pauger Die Neuordnung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich, ÖZW 1998, 97, 102. Nach § 55 Abs. 5a der Oberösterreichischen Landesverfassung (i.d.F. LGBl 1997/108) behält das Land Oberösterreich 51 % des Grundkapitals der Oberösterreichischen Kraftwerke AG (jetzt Energie AG Oberösterreich).

⁵¹ S. zu diesen Vermögensprivatisierungen das Privatisierungsgesetz (BGBI I 1997/97) und §§ 7f. ÖIAG-Gesetz (BGBI I 2000/24), die die ÖIAG mit dem Privatisierungsmanagement betrauen (dazu *Nowotny* ÖIAG-Gesetz 2000, ÖZW 2000, 116ff.). Zu den Typologien bei Privatisierungen s. *Hengstschläger* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL (54), 1995, 165, 169ff.; *Bauer* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL (54), 1995, 243, 250ff.; *Funk* Grenzen der Ausgliederung der hoheitlichen Besorgung von Verwaltungsaufgaben (Austro-Control) – Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1997, 60; *Potacs* (Fn. 35) Rz. 911ff.; *Isak* Ausgliederung – Privatisierung – Beleihung, Bedingungen und Grenzen des Gemeinschaftsrechts in: Achatz/Isak/Marhold, Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, 1999, 13, 27f.

Der Staat steuert in Österreich seine öffentlichen Unternehmen in der Versorgungswirtschaft und bei der Bedarfsdeckung regelmäßig intern über sondergesellschaftsrechtlich gesetzlich und/oder vertraglich festgelegte Steuerungsmittel wie Weisungs-52, Organbestellungs-53 und Aufsichtsrechte⁵⁴. Besondere externe Einflußmöglichkeiten über außenwirksame, verfahrensförmige Aufsichtsrechte, die speziell auf den staatlichen Sektor abzielen,55 finden sich in der staatlichen Gemeindeaufsicht über die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen.56 Dabei ist die

⁵² Nach allgemeinem Gesellschaftsrecht können Weisungen nur an Geschäftsführer einer GmbH erteilt werden (§ 20 GmbHG). An Aufsichtsräte von Kapitalgesellschaften sowie an den Vorstand von Aktiengesellschaften können keine Weisungen seitens der Anteilseigner ergehen. Ausführlich zu dieser Problematik Aicher (Fn. 38) 245 ff.; ders. Ausgliederungen im Landesbereich – Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen in: Bildungsprotokolle (Fn. 49) 39, 42 ff.; Winner Öffentlich-rechtliche Anforderungen und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgliederungen, ZfV 1998, 104, 114 ff. Daher werden zum Teil in einzelnen Ausgliederungsgesetzen sondergesetzliche Weisungsrechte festgehalten. Z.B. räumt § 4 Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie ein allgemeines Weisungsrecht über die Durchführung der Aufgaben der Schieneninfrastrukturfinanzierungs-GmbH ein. Nach § 1 Abs. 2 Bundesforstegesetz kommt bei bestimmten Liegenschaftserwerben bestimmten Mitgliedern des Aufsichtsrats ein Vetorecht zu, wobei diese an die Weisungen des jeweils nominierenden Bundesministers gebunden sind.

⁵³ So erfolgt die Bestellung der künstlerischen Geschäftsführer der Bühnengesellschaften durch den Bundeskanzler. Mit der Funktion des künstlerischen Geschäftsführers können Personen selbst dann betraut werden, wenn sie sich nicht im Rahmen der Stellenausschreibung um diese Funktion beworben haben (§ 12 Bundestheaterorganisationsgesetz [BGBI I 1998/108]).

⁵⁴ Beispielsweise unterliegt die interne Kostenrechnung der Bundesrechenzentrum GmbH der Überprüfung durch den Bundesminister für Finanzen (§ 5 Abs. 2 Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH [BGBI 1996/757]).

⁵⁵ Und sich dadurch von allgemeinen wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Regelungen unterscheiden.

⁵⁶ In den meisten Ländern bedarf die Errichtung und der Beitritt zu wirtschaftlichen Unternehmen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde kann die Errichtung des Unternehmens insbesondere dann untersagen, wenn die Maßnahme die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Haushaltsgleichgewichts oder die ordnungsgemäße Erfüllung der Gemeindeaufgaben verhindert oder damit ein finanzieller Nachteil oder Risiko verbunden ist (z. B. § 80 Burgenländische Gemeindeordnung; § 104 Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung; § 69 Abs. 2 Oberösterreichische Gemeindeordnung: Nach § 106 Abs. 1 lit. b leg.cit. bedarf auch der Erwerb und die Veräußerung [lit. e] von Wertpapieren, Forderungen, Gesellschaftsanteilen, wenn das Entgelt 2 v.H. der Einnahmen des ordentlichen Gemeindevoranschlags des laufenden Haushaltsjahres übersteigt, der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde). Zur Aufsicht über gemeindliche Unternehmen Hengstschläger Rechtsfragen der Kontrolle kommunaler Unternehmungen, 1980, 65 ff.

Intensität staatlicher Steuerung im Bereich der Bedarfsdeckung tendenziell noch stärker als bei der Versorgungssicherung. Bei Unternehmen der Erwerbswirtschaft sind demgegenüber kaum besondere vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichende Steuerungsmechanismen normiert.

Durch die Konzentration auf interne Steuerungsprozesse ist die auf Grund der eigenständigen Rechtspersönlichkeit grundsätzlich gegebene Autonomie öffentlicher Unternehmen sowie ihr grundsätzlich unbestrittener Status als Grundrechtsträger⁵⁷ auch gegenüber der staatlichen Verwaltung in ihrer Effektivität etwas zu relativieren. Das wirksamste Rechtsschutzinstrument insbesondere privatrechtlich organisierter öffentlicher Unternehmen gegen unsachlichen Staatseinfluß ist aber der Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Haftungen.⁵⁸

Für die rechtliche Regelung der Aufgaben und Tätigkeitsfelder staatlicher Wirtschaftstätigkeit fehlt in Österreich eine handlungsleitende systematische allgemein verwaltungsrechtliche Dogmatik. Daher sind die positiv-rechtlich in großer Zahl vorhandenen diesbezüglichen Regelungen fast ausschließlich einzel- und anlaßfallbezogen, somit äußerst kasuistisch. ⁵⁹ Die Gesetze bzw. die vertraglichen Grundlagen enthalten aber im Versorgungssicherungs- wie im Bedarfsdeckungsbereich eine Fülle von Aufgabenfestsetzungen und Qualitätssicherungsmaßnahmen, ⁶⁰ Regelungen der Beziehungen zu den Kunden einschließlich Preisgestaltungsvorschriften, ⁶¹ Gleichbehandlungs- bzw. Kontrahie-

⁵⁷ Korinek/Holoubek (Fn. 39) 163 ff.; Öhlinger Verfassungsrecht⁴, 1999, Rz. 705; Holoubek Verfassung- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33, 39 ff.; Hengstschläger (Fn. 51) 191 f.

⁵⁸ Zur Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften bei Befolgung einer der Gesellschaft nachteiligen Weisung der staatlichen Trägergemeinschaft s. *Aicher* (Fn. 38) 342 ff.; *ders.* Konsequenzen der Rechnungshofkontrolle in: Korinek (Hrsg.), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof, 1986, 381, 384 ff.; *Nowotny* Der Beamte als Aufsichtsrat RdW 1999, 283 ff.

⁵⁹ Dazu Holoubek (Fn. 57) 43 f. Eine positive Regelung einer staatlichen Auffangverantwortung findet sich z.B. in § 2 Bundesrechenzentrum GmbH-Gesetz (Fn. 49), nichts dergleichen aber etwa in den gesetzlichen Grundlagen für die Ausgliederung nahezu der gesamten städtischen Versorgungswirtschaft auf den Konzern Wiener Stadtwerke AG samt deren Tochtergesellschaften.

⁶⁰ Vgl. statt vieler etwa § 5 Bundesforstegesetz (BGBI 1996/793), demzufolge die Bundesforste AG u.a. bei der Wildbewirtschaftung auf ein ökologisches Gleichgewicht zu achten, die Produktionskraft des Waldbodens zu verbessern und die Trink- und Nutzwasserreserven zu erhalten hat, oder den umfassenden kulturpolitischen und wissenschaftlichen Auftrag an die Bundesmuseen in § 2 Bundesmuseen Gesetz (BGBI I 1998/115).

⁶¹ Nach § 9 Bundesgesetz über die Neuorganisation der Bundessporteinrichtungen (Fn. 26) ist z.B. bei der Nutzung der Einrichtungen ein nach der Förderungswürdigkeit abgestuftes Entgelt festzusetzen.

rungspflichten⁶² sowie Kontinuitätssicherungen durch Betriebspflichten⁶³, die verwaltungsrechtlich das Bild einer stark ausgeprägten staatlichen Ingerenz und Ausgliederungsfolgenverantwortung bieten. Verfassungsrechtliche Leitlinien dafür fehlen allerdings mangels entwickelter verfassungsrechtlicher Staatsaufgabendogmatik⁶⁴. Die Rahmenordnung der österreichischen Verfassung läßt hier aber unzweifelhaft der politischen Entscheidungskompetenz des einfachen Gesetzgebers breiten Raum.⁶⁵

^{62 § 3} Schönbrunner Tiergartengesetz (BGBI 1991/420 i.d.F. BGBI 1994/117) sieht einen allgemeinen Kontrahierungszwang in Bezug auf den Unternehmensgegenstand vor. Vgl. auch § 2 Abs. 1 Schönbrunner Schloßgesetz (BGBI 1992/208 i.d.F. 1994/117) oder § 3 Rundfunkgesetz (Fn. 27). Nach § 8 Postgesetz (BGBI I 1998/18 i.d.F. BGBI I 2000/26) ist der Betreiber – in diesem Fall die Österreichische Post AG – verpflichtet, mit jedermann unter Einhaltung der Geschäftsbedingungen einen Vertrag über die Teilnahme am reservierten Postdienst und am Universaldienst abzuschließen.

⁶³ Z.B. § 2 Abs. 5 Bundesrechenzentrum GmbH (s. Fn. 49) und § 3 Schönbrunner Tiergartengesetz sowie § 2 Schönbrunner Schloßgesetz (beide Fn. 62).

⁶⁴ Vgl. aber Öhlinger Verfassungsrechtliche Determinanten des Staates als Leistungsträger in: Fremuth, Wirtschaft und öffentliches Interesse, 1998, 9ff.; Raschauer (Fn. 37) Rz. 36, 377 f. So hat die Beseitigung der bislang in § 4 ElWOG statuierten Anschlußund Versorgungspflicht der Elektrizitätsunternehmen zu nicht diskriminierenden Tarifpreisen durch das Energieliberalisierungsgesetz etwa zu einer als "Schutzbestimmung für Konsumenten" (ErlRV 66 BlgNR 21. GP, zu Art. 7 Z 27) gedeckten Verfassungsbestimmung (§ 46 Abs. 5 ElWOG) geführt (s. Panger [Fn. 18] ÖZW 2001, 2), derzufolge die Regulierungsbehörde Elektrizitäts-Control GmbH Kunden, die keiner Bilanzgruppe angehören oder keine eigene Bilanzgruppe bilden, zu einer Bilanzgruppe zuzuweisen hat.

⁶⁵ Die jüngere Lehre entwickelt verstärkt organisationsrechtliche Schranken für die Ausgliederung materiell weiterhin als solcher betrachteter staatlicher Aufgaben, s. insb. Kucsko-Stadlmayer Verfassungsrechtliche Schranken der Reduzierung und Ausgliederung von Staatsaufgaben in: ÖJK (Hrsg.), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat, 1998, 171, 175 ff.; Korinek Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46ff.; für die Ausgliederung hoheitlicher Aufgaben haben Lehre (Rill Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung, ÖBA 1996, 748 ff.; Raschauer Keine Grenzen für Privatisierungen?, ecolex 1994, 424 ff.) und Rechtsprechung (insb. VfSlg. 14.473/1996) jedenfalls weitergehende verfassungsrechtliche Grenzen als für die Ausgliederung nicht hoheitlicher Aufgaben gezogen. In Bezug auf hoheitliches Verwaltungshandeln bestehen nach der jüngeren Rechtsprechung des VfGH darüber hinaus auch relativ strikte Grenzen der Übertragung an unabhängige Verwaltungsorgane (s. VfSlg. 15.427/1999 und VfGH 29.6.2000, G 175-266/99 und dazu Korinek Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen staatlicher Regulierung der Medien vor dem Hintergrund der Konvergenz, JRP 2000, 129 ff. einerseits und Grabenwarter/Holoubek Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einrichtung von Kollegialbehörden nach Art. 20 Abs. 2 und Art. 133 Z 4 B-VG, ZfV 2000, 194ff. andererseits). Dazu schon früher Raschauer Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1, 6f.

Bei juristischen Personen, insbesondere solchen des Privatrechts, schlägt sich die mangelnde verwaltungsrechtliche Aufgaben- und Aufgabenerfüllungsdogmatik etwa darin nieder, daß die Begrenzungswirkung der gesetzlichen Regulierung der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen umstritten ist. Ed Zutreffenderweise gibt es Ansätze dafür, dem für diese Frage von den Regelungszielen her zuständigen Wettbewerbsrecht Regulierungsfunktion für den Wettbewerb zwischen öffentlichem und privatem Sektor zuzuerkennen. Kaum Auswirkungen haben demgegenüber bislang landesverfassungsrechtlich und in den Gemeindeordnungen enthaltene Subsidiaritätsprinzipien entfaltet. Von den Grundrechten wirkt der Gleichheitsgrundsatz als elementare Sicherung eines fairen Wettbewerbs zwischen den Sektoren, insbesondere auch im Hinblick auf die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen. Die Erwerbsaus-

⁶⁶ Die ultra vires Lehre wird bei öffentlichen Unternehmen in der Form juristischer Personen des Privatrechts jedenfalls, herrschend auch bei solchen des öffentlichen Rechts, aus Verkehrsschutzgründen abgelehnt. Dazu näher *Straube* Die Bedeutung der "Ultra-vires-Lehre" im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 340; *Aicher* in: Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I³, 2000 § 26, Rz. 24 und *Enzinger* Teilrechtsfähigkeit und Verkehrsschutz – Überlegungen zur Teilprivatisierung des Patentamts, ÖBI 1998, 137.

⁶⁷ So betont die Judikatur des OGH, daß die Frage ob und wie weit eine Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wünschenswert ist, eine der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte entzogene wirtschaftspolitische Entscheidung ist, die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sich aber auf die Art und Weise erstreckt, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt (z.B. OGH 25.4. 1995, 4 Ob 24/95, = ÖBl 1996, 80). Näher dazu etwa Korinek/Holoubek (Fn. 39) 168ff.; Koppensteiner Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ 1997, § 23 Rz. 6; Gutknecht (Fn. 46) 104f. jeweils mwN.

⁶⁸ So etwa Art. 7 Abs. 4 Tiroler Landesordnung (LGBl 1988/61 i.d.F. LGBl 1998/104): "Das Land Tirol hat seine erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten grundsätzlich auf solche Unternehmen zu beschränken, die einem Gemeinschaftsbedarf entsprechen und deren Ausübung durch andere nicht zweckmäßiger ist.".

⁶⁹ Z.B. § 68 Niederösterreichische Gemeindeordnung (LGBI 1973/172 i.d.F. LGBI 1999/94): "Bei der Errichtung wirtschaftlicher Unternehmungen ist darauf Bedacht zu nehmen, ob ein Bedarf der Bevölkerung vorliegt, der Zweck der Unternehmung nicht auch durch andere in gleicher Weise erfüllt wird und die Art sowie der Umfang der Unternehmung in einem angemessenen Verhältnis zu der voraussichtlich dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht." Ähnlich § 65 Salzburger Gemeindeordnung (LGBI 1994/107 i.d.F. LGBI 2000/8); § 71 Steiermärkische Gemeindeordnung (LGBI 1967/115 i.d.F. LGBI 1999/82); § 61 Tiroler Gemeindeordnung (LGBI 1988/2); § 71 Vorarlberger Gemeindeordnung (LGBI 1985/41 i.d.F. LGBI 1998/62). Vergleichbare Bestimmungen finden sich auch in den Stadtstatuten.

⁷⁰ Z.B. VfSlg. 14.805/1997: Der VfGH sah in der Befreiung der Österreichischen Bundesbahnen von der Kommunalsteuer mangels sachlicher Rechtfertigung eine verfassungswidrig bevorzugte Behandlung der ÖBB in Bezug auf die Lohnkosten für die Erbringung von Leistungen des allgemeinen Personen- und Güterverkehrs.

übungsfreiheit wird in Österreich zutreffend nicht als Konkurrenzschutzgarantie⁷¹ gegenüber öffentlicher Unternehmenstätigkeit gesehen.⁷²

Entgegen früher verbreiteter Auffassung⁷³ ist der Schutz des Einzelnen gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit durchaus entwickelt. Fiskalgeltung der Grundrechte und daraus fließende Gleichbehandlungs-, Unterlassungs- und Kontrahierungspflichten stehen weitgehend außer Streit,⁷⁴ soweit Aufgaben der Versorgungssicherung⁷⁵ oder der Bedarfsdeckung⁷⁶ in Rede stehen. Gleich in welcher Rechtsform und zu welchen Zwecken unterliegt staatliche Wirtschaftstätigkeit dem Wettbewerbsrecht,⁷⁷ was auch Konkurrentenklagen einschließt.⁷⁸ Über den funktionellen Auftraggeberbegriff des Vergaberechts wird der Rechtsschutz der privaten Wirtschaft auch auf den Bereich der Bedarfsdekkung ausgeweitet.⁷⁹

⁷¹ Berka Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999, Rz. 757; Öhlinger (Fn. 57) Rz. 889.

⁷² So hat der VfGH Bestimmungen in Krankenanstaltenordnungen aufgehoben, die eine Bedarfsprüfung auch für private, nicht gemeinnützige, ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mittel geführte Krankenanstalten vorsahen. Ein derartiger Konkurrenzschutz zu Gunsten bestehender privater, nicht gemeinnütziger Krankenanstalten ist nach der Rechtsprechung verfassungswidrig (z.B. jüngst VfGH 4.3.2000, G 155/99, V 83/99). Im Erkenntnis vom 10.3.1999, G 64/98 u.a. sah der VfGH eine Bedarfsprüfung für erwerbswirtschaftlich geführte Ambulatorien im Interesse der flächendeckenden medizinischen Versorgung der Bevölkerung durch gemeinnützige Einrichtungen als gerechtfertigt an, insbesondere auch deshalb, weil durch öffentliche Mittel eine für den Einzelnen finanziell tragbare medizinische Behandlung sichergestellt wird.

⁷³ Vgl. beispielsweise *Funk* Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBI 1987, 150, 152 ff.

⁷⁴ S. nur *Hengstschläger* (Fn. 51) 188 ff.; *Berka* (Fn. 71) Rz. 213 ff. und *Korinek/Holoubek* (Fn. 39) 146 ff.

⁷⁵ So unterliegt ein öffentliches Verkehrsunternehmen zwar hinsichtlich seiner Beförderungspflichten, nicht aber hinsichtlich der erwerbswirtschaftlichen Vergabe von Werbeflächen der Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes, s. OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93, = RdW 1994, 173; näher dazu mwN. *Holoubek* (Fn. 57) 39 ff.

⁷⁶ Daß der auftragsvergebende Staat qua Fiskalgeltung an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist, entspricht ständiger Rechtsprechung des OGH, s. mwN. Korinek/Holoubek (Fn. 57) 152 ff.

⁷⁷ S. Fn. 67.

⁷⁸ Grundlegend OGH 19. 12. 1989, 4 Ob 50/89 u.a., = WBI 1990, 113: Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes als Verstoß gegen § 1 UWG (s. dazu näher *Korinek/Holoubek* [Fn. 39] 168 ff. mwH.).

⁷⁹ Auch hier anerkennt der OGH im Übrigen jüngst Konkurrentenklagen, s. OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v und dazu *Casati* Wettbewerbsrechtlich durchsetzbare Pflichten der Bieter?, ecolex 2000, 297; OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00x = WBl 2001, 141 ff.

2. Frankreich

a) Empirischer Befund

Öffentliche Wirtschaft und Frankreich sind wohl untrennbar miteinander verbunden. 80 Klingende Namen wie Renault, Elf, Rhône-Poulenc, Paribas, Bull und Thomson gehören bzw. gehörten im erwerbswirtschaftlichen Sektor ebenso dazu wie die traditionell staatliche
Versorgungswirtschaft durch die Électricité de France (EDF) und die
Gaz de France (GDF), France Télécom oder die Société nationale des
chemins de fer français (SNCF). Die jüngere Geschichte ist freilich insbesondere im Industrie- und Finanzsektor durch mehrere große Privatisierungswellen 81 gekennzeichnet, die viele der ehemaligen Flaggschiffe
der französischen Staatswirtschaft betroffen haben. 82 Auch in Frankreich verliert damit vor allem die staatliche Erwerbswirtschaft an Bedeutung. Der Versorgungssektor ist demgegenüber nach wie vor primär
eine Domäne staatlicher Wirtschaftstätigkeit.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Staatliche Unternehmenstätigkeit⁸³ erfolgt in Frankreich von der Organisationsstruktur⁸⁴ her sowohl öffentlich-rechtlich über établissements publics industriels et commerciaux⁸⁵ als auch privatrechtlich⁸⁶,

⁸⁰ Knemeyer Die Établissements publics im französischen Verwaltungsrecht, 1996, 130 ff.; Delvolvé Droit public de l'économie, 1998, 750 ff. und 778 ff.; Linotte et al. Services publics et droit public économique, 1995, 90.

⁸¹ Chapus Droit administratif général, 1999, Bd. 1, 343; Chabanas/Vergeau Nationalisations et privatisations depuis 50 ans 1996, http://www.insee.fr/FR/FFC/DOCS_FFC/ip440.pdf; Linotte et al. (Fn. 80) 209 ff.; Delvolvé (Fn. 80) 747 ff.; Knemeyer (Fn. 80) 132.

⁸² So Elf Aquitaine, Saint Gobain, Compagnie Générale d'Électricité, die Banken Société Générale und Paribas und TF1, Chabanas/Vergeau (Fn. 81); Delvolvé (Fn. 80) 753 ff.; Chapus Droit administratif général 1999, Bd. 1, 343 ff.; Hübner/Constantinesco Einführung in das französische Recht, 1994, 94.

⁸³ Daneben gibt es auch Regiebetriebe, *Delvolvé* (Fn. 80) 641; Unterschieden wird zwischen direkter und indirekter Regie. Bei letzterer handelt es sich um einen service mit einem Annexbudget, welcher auch eine gewisse finanzielle und administrative Autonomie haben kann, die sich in der Existenz eines conseil d'exploitation und einem Direktor ausdrücken kann, vgl. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 607.

⁸⁴ Linotte et al. (Fn. 80) 194 und 218 ff.; Delvolvé (Fn. 80) 641 und 671 ff.; vgl. Sonnen-berger/Autexier Einführung in das französische Recht, 2000, 48; Knemeyer (Fn. 80) 129.

⁸⁵ Linotte et al. (Fn. 80) 219 ff.; Delvolvé (Fn. 80) 595 ff.

⁸⁶ Delvolvé (Fn. 80) 672: "Es handelt sich dabei grundsätzlich um sociétés anonymes. Man kann aber auch anderen Formen begegnen (z.B. S.A.R.L. für einige sociétés d'économie mixte locales), die aber zu selten sind um sie nicht nur als Ausnahmen anzusehen."

insbesondere durch sociétés d'économie mixte⁸⁷, also in gemischt wirtschaftlichen Kapitalgesellschaften, und durch sociétés privées à capital public⁸⁸, Kapitalgesellschaften als staatliche Alleingesellschaften, allenfalls unter Beteiligung der Belegschaft⁸⁹. Sie alle werden als "entreprises publiques"⁹⁰, das heißt als Einrichtungen, die industriellen und kommerziellen Charakter⁹¹ haben, Rechtspersönlichkeit⁹² aufweisen und dem öffentlichen Sektor⁹³ zugehören, zusammengefaßt.

Die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisationsform ist freilich eine vordergründige. 94 Die organisationsrechtliche Unterscheidung wird nämlich im französischen Verwaltungsrecht maßgeblich durch den materiellen Begriff des service public überlagert. Versteht man abstrahiert service public im weiteren Sinn als Bezeichnung für eine konkrete Leistungserbringung des Staates für den Einzelnen zur Erfüllung von öffentlichen Interessen, dann grenzen sich die services publics industriels et commerciaux gegen die services publics administratifs dadurch ab, daß erstere grundsätzlich

⁸⁷ Das Kapital der entreprise muß mehrheitlich in öffentlicher Hand sein. Dabei ist es nicht notwendig, daß das Kapital in den Händen einer einzigen juristischen Person öffentlichen Rechts ist, es reicht eine Addition der Minderheitsbeteiligungen. Die Personen können der Staat (l'État), die colléctivités locales, établissements publics aber auch entreprises publiques sein. S. zum Begriff: Linotte et al. (Fn. 80) 224ff.; Auby/Auby Droit public, 1996, 291 ff.; vgl. auch Delvolvé (Fn. 80) 643; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 352.

⁸⁸ Linotte et al. (Fn. 80) 229ff.

⁸⁹ Linotte et al. (Fn. 80) 229; vgl. auch Delvolvé (Fn. 80) 650 u. Auby/Auby (Fn. 87) 289 ff.

⁹⁰ Zum Begriff der entreprises publiques: Delvolvé (Fn. 80) 631 ff. und 645 ff.; Linotte et al. (Fn. 80) 219; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 340; Knemeyer (Fn. 80) 129 f.

⁹¹ Zur Schwierigkeit der Abgrenzung *Delvolvé* (Fn. 80) 640: Der industrielle und kommerzielle Charakter zeigt sich sowohl in der Aktivität als auch in der Organisation. Damit eine entreprise publique gegeben ist, müssen beide Elemente vorliegen. Diese Dualität des industriellen und kommerziellen Charakters bringt Schwierigkeiten in Bezug auf jene Organisationsformen mit sich, die doppelter Natur sind, also industrielle und kommerzielle wie auch administrative Aufgaben erfüllen oder als industriell und kommerziell qualifiziert sind und teilweise administrative Aufgaben ausüben. Man kann diese daher nicht umfassend als entreprises publiques bezeichnen, vgl. *Braibant/Stirn* Le droit administratif francais, 1999, 118 ff. und *Knemeyer* (Fn. 80) 133 f.

⁹² Knemeyer (Fn. 80) 133; Delvolvé (Fn. 80) 641 ff.; Linotte et al. (Fn. 80) 194.

⁹³ Delvolvé (Fn. 80) 642 ff.; vgl. auch Knemeyer (Fn. 80) 133.

⁹⁴ Knemeyer (Fn. 80) 132: "... insbesondere das Fehlen einer ersichtlichen Motivation für die Wahl der einen oder anderen Rechtsform hat die Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen ad absurdum geführt".

marktfähige, wirtschaftliche Leistungen betreffen. 95 Werden derartige services publics industriels et commerciaux auf établissements publics industriels et commerciaux übertragen, 96 bleibt die ursprünglich dem service public Konzept immanente Einheit materiell und organisatorisch verwaltungsrechtlicher Zuordnung⁹⁷ zumindest ein Stück weit erhalten; allerdings um den Preis, die an der Wiege des service public stehende Funktion dieses Begriffs als Abgrenzungskriterium zwischen Verwaltungs- und Privatrecht aufgeben zu müssen. 98 Établissements publics industriels et commerciaux unterliegen nämlich, jedenfalls was ihr außenwirksames Handeln anlangt, grundsätzlich dem Privatrecht.99 Die historisch begründete starke Verankerung des établissement public zur Erfüllung von services publics erklärt freilich, warum auch heute noch insbesondere im Bereich der Versorgungssicherung dieser Organisationsform wesentliche Bedeutung zukommt, wie die Beispiele EDF und GDF, SNCF oder Regie autonome des transports parisiens (RATP) zeigen. 100 Träger eines service public industriel et commercial sind aber genauso sociétés d'économie mixte¹⁰¹, z.B. die France Télécom¹⁰², Air France und die Sociétés nationales de programme¹⁰³.

Die Erwerbswirtschaft ist zwar stark durch privatrechtliche Organisationsformen dominiert,¹⁰⁴ es gibt aber auch entreprises publiques in der Rechtsform eines établissement public industriel et commercial, die keinen service public erfüllen, z.B. die Charbonnage de France und Houillères¹⁰⁵.

⁹⁵ S. zur Abgrenzung Braibant/Stirn (Fn. 91) 148 und 182: Die Unterscheidung geht auf die Rechtsprechung des Tribunal des conflits, TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain (Bac d'Eloka), zurück.; Linotte et al. (Fn. 80) 61 ff.; vgl. auch Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 547 ff. (565 ff.); Linotte et al. (Fn. 80) 43 ff.; Delvolvé (Fn. 80) 595 ff.; Sonnenberger/Autexier (Fn. 84) 71 ff. (74).

⁹⁶ Beziehungsweise dazu gegründet, Knemeyer (Fn. 80) 23.

⁹⁷ S. zur Entwicklung des service public Begriffes *Pielow* Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, 115 ff.; weiters *Bleich* Der Einfluß von Maurice Hauriou auf die französische Rechtstheorie und Jurisprudenz, VerwArch 1998, 1 (10 ff.).

⁹⁸ Lüthje Die Theorie des contrat administratif im französischen Verwaltungsrecht, 1964, 12 und 55 ff. (60 ff.); vgl. auch *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 135 ff. (143 ff.).

⁹⁹ Braibant/Stirn (Fn. 91) 117 u. 160.

¹⁰⁰ Chapus (Fn. 81) 612; Delvolvé (Fn. 80) 675; Linotte et al. (Fn. 80) 219.

¹⁰¹ Vgl. Lütje (Fn. 98) 57 ff.; Braibant/Stirn (Fn. 91) 137 und 125 ff. (130).

¹⁰² Seit dem loi nº 96-660 du 26 juillet 1996, s. Delvolvé (Fn. 80) 634.

¹⁰³ Delvolvé (Fn. 80) 651.

¹⁰⁴ Insbesondere die aus den Nationalisierungswellen hervorgegangenen und nicht einer Reprivatisierung zugeführten Unternehmen sind hier zu nennen.

¹⁰⁵ Delvolvé (Fn. 80) 651 und 648.

Die Steuerung der entreprises publiques erfolgt in Frankreich in starkem Ausmaß über interne Mechanismen, insbesondere durch weitgehende Organbestellungs- und Entsendungsrechte. 106 Dabei werden Repräsentationsgedanken berücksichtigt: Der Verwaltungsrat als strategisches Organ der entreprises publiques setzt sich aus Repräsentanten der Interessen des Staates, der Beschäftigten und, freilich in untergeordnetem Ausmaß, der Benutzer zusammen. 107 Umfangreiche Aufsichtsbefugnisse des Staates¹⁰⁸ ergänzen ein System nachhaltiger Verflechtung zwischen staatlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft. Der Versuch eines Konzeptes der Steuerung von Unternehmen durch mehrjährige strategische Planungsverträge¹⁰⁹ zwischen Staat und entreprises publiques sollte, so auch ausdrücklich die Klauseln der Verträge, eine Zurückdrängung staatlicher Einflußnahme mit sich bringen, hat aber nach allgemeiner Auffassung eher zu keiner Entflechtung geführt. Heute bestehende "contrats d'entreprises" sind demzufolge mehr Steuerungsinstrument als Mittel, sonstige staatliche Einflußnahmen hintanzuhalten. Bemerkenswert ist, daß die starken staatlichen Ingerenzmöglichkeiten bis in die Details der Unternehmensgestion hinein nicht nur dann gegeben sind, wenn die Unternehmen Aufgaben eines service public wahrnehmen, sondern grundsätzlich auch bei erwerbswirtschaftlich orientierten entreprises publiques.

Den weitgehenden Einflußmöglichkeiten korrespondiert freilich – hier schlägt eine Grundstruktur des service public durch, die freilich auch in den erwerbswirtschaftlichen Bereich hinübergezogen wird – eine weitgehende staatliche Verantwortung, insbesondere in finanzieller Hinsicht. Strukturbeihilfen für entreprises publiques in enormer Höhe haben Gnade vor der Beihilfenaufsicht der Europäischen Kommission gefunden.¹¹⁰

¹⁰⁶ Linotte et al. (Fn. 80) 218 ff.; vgl. auch Delvolvé (Fn. 80) 671 ff.

¹⁰⁷ Das gilt für établissements publics industriels et commerciaux ebenso wie für privatrechtliche societé d'économie mixte, s. das Gesetz vom 26. Juli 1983 über die Demokratisierung des öffentlichen Sektors; vgl. Braibant/Stirn (Fn. 91) 121.

¹⁰⁸ Die staatliche Aufsicht unterscheidet dabei zwischen Fach- und Finanzaufsicht. Kontrollinstrumente sind dabei nicht nur Berichtspflichten und Nachschaurechte, sondern auch Genehmigungsvorbehalte und konsultative Teilnahme von Staatsvertretern an Sitzungen von Unternehmensorganen; vgl. dazu Delvolvé (Fn. 80) 671 ff. und 731 ff.; Linotte et al. (Fn. 80) 218 ff.

¹⁰⁹ Delvolvé (Fn. 80) 743 ff.; vgl. auch Chapus (Fn. 81) 415 f.; Linotte et al. (Fn. 80) 260 f.

¹¹⁰ So z. B. eine Beihilfe in der Höhe von 20 Mrd. FF an die Air France (Entscheidung der Kommission 94/635/EG); s. auch Entscheidung der Kommission 98/490/EG zur Crédit Lyonnais; vgl. *Linotte et al.* (Fn. 80) 250 f.

Die materielle Steuerung der Tätigkeit der entreprises publiques hängt entscheidend davon ab, ob sie einen service public industriel et commercial erfüllen. Zählt sie in diesem Sinne das französische Recht zur Versorgungssicherung, dann unterliegen sie – ob établissement public oder société privée – den vom Conseil d'État verwaltungsrechtlich entwickelten und nach der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel auch verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzipien des service public, dem Kontinuitäts-, Gleichbehandlungs- und Anpassungsprinzip.¹¹¹ Das Prinzip der Kontinuität oder Dauerhaftigkeit¹¹² ist sichtbarster Ausdruck der staatlichen Erfüllungsverantwortung; das Gleichbehandlungsprinzip wird als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes verstanden;¹¹³ der Grundsatz der adaptabilité¹¹⁴ sichert die Elastizität des Leistungsinhalts, der wechselnden tatsächlichen Notwendigkeiten angepaßt wird und damit zur Flexibilität sowohl von Quantitäts- wie Qualitätsstandards führt.

Organisatorisch, nämlich an der Eigenschaft als établissement public oder société, knüpft der Grundsatz der Spezialität¹¹⁵ an: Er verbietet an sich diesen Einrichtungen, über ihren rechtlich festgelegten Aufgabenbereich hinaus tätig zu werden. Allerdings läßt die Rechtsprechung technisch oder wirtschaftlich "normale Ergänzungen" zur Haupttätigkeit zu, so weit diese angelagerten Tätigkeiten "im Allgemeininteresse (liegen) und einen unmittelbaren Nutzen für das établissement public" mit sich bringen.¹¹⁶ Daher ist grundsätzlich die Gründung von Tochter-

¹¹¹ Linotte et al. (Fn. 80) 71 ff.; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 583 ff.; Mescheriakoff Droit des services publics, 1997, 143 ff.; Pielow (Fn. 97) 129 f.; vgl. auch Stirn Les sources constitutionnelles du droit administratif, 1999, 134 ff.

¹¹² Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 580 f.: Das Prinzip der Kontinuität sieht das reguläre Funktionieren ohne andere Unterbrechungen vor als jene, die in der geltenden réglementation vorgesehen sind, kann aber nicht mit ewiger Fortdauer gleichgesetzt werden.

¹¹³ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 581 f.; Mescheriakoff (Fn. 111) 156 ff.

¹¹⁴ Mescheriakoff (Fn. 111) 184ff.; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 583 ff.

¹¹⁵ Linotte et al. (Fn. 80) 235 (Übersetzung M. H.): "Die Anwendung dieses Prinzips betrifft traditionell die entreprises publiques in der Form der établissements publics ... Aber dieses Prinzip hat einen viel weiteren Gehalt. Die sociétés wie jede juristische Person, die nicht Staat ist, unterliegen ihm. Daher sind ihm alle entreprises publiques unterworfen."; vgl. auch Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 358 (Übersetzung M. H.): "Dieses Prinzip regiert über die Aktivität jeder juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts unter der notwendigen Ausnahme des Staates (s. zu diesem Punkt CE 29 avril 1970, Soc. Unipain, p. 280, AJ 1970, p. 430, concl. G. Braibant, RDP 1970, p. 1423, note M. Waline)."; s. auch allgemein Braibant/Stirn (Fn. 91) 57, 97 und 114.

¹¹⁶ Pielow (Fn. 97) 264f.; Delvolvé (Fn. 80) 1998, 121: In einem avis vom 7. Juli 1994 hat der Conseil d'État festgehalten (Übersetzung M. H.): "Das Prinzip der Spezialität ... steht nicht im Widerspruch dazu, daß ein établissement public, vor allem wenn es einen

unternehmen, die Beteiligung an einschlägigen Unternehmen im Ausland und damit die Bildung staatlicher Konzerne möglich.¹¹⁷ Die EDF darf demzufolge in den Bereich der Abfallbehandlung, nicht aber ohne entsprechenden staatlichen Beschluß in den Telekommunikationsbereich diversifizieren.¹¹⁸ Die Beteiligung an privaten Unternehmen ist aber verfassungsrechtlich wegen des damit verbundenen Transfers von Eigentum des öffentlichen auf den privaten Sektor an eine gesetzliche Grundlage gebunden.¹¹⁹

Die Organisationsform spielt auch eine Rolle, wenn es um die Organisationskompetenz geht: Verfassungsrechtlich vorgegeben ist, daß die Schaffung "neuer Kategorien" von établissements publics, wobei die Abgrenzung an Hand typologischer Kriterien erfolgt, jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf, was vor allem Begrenzungswirkung auf regionaler und lokaler Ebene entfaltet.¹²⁰

Wenn auch grundsätzlich von der Rechtsprechung, insbesondere dann, wenn auf Grund von Monopolrechten mit der Begründung von services publics industriels et commerciaux grundrechtliche Implikationen verbunden sind, ein Vorbehalt der Festlegung von "principes fon-

industriellen und kommerziellen Charakter hat, unter zwei Bedingungen andere Aktivitäten ausübt: Wenn es sich auf der einen Seite um Annexaktivitäten handelt, die technisch und wirtschaftlich die normale Ergänzung ihrer grundsätzlichen statuarischen Aufgabe und auf der anderen Seite diese Aktivitäten von generellem Interesse und unmittelbar für das établissement public nützlich sind ..."; vgl. dazu auch Braibant/Stirn (Fn. 91) 115; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 358 ff. und Linotte et al. (Fn. 80) 235 ff.

¹¹⁷ S. dazu Linotte et al. (Fn. 80) 235 ff.; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 358 ff.; Delvolvé (Fn. 80) 121. So kommt im rapport d'ensemble (1964) de la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques zum Ausdruck, daß das Prinzip der Spezialität trotz größerem Spielraum im Bereich des wirtschaftlichen Handelns (im Gegensatz zu den collectivités oder den établissements publiques administratifs) nicht weniger zu beachten ist. "Es ist essentiell, daß die Beteiligungen immer in Bezug zu den Aktivitäten stehen müssen für die die entreprise publique gegründet wurde." In die selbe Richtung geht das ministerielle Schreiben hinsichtlich der contrats de programme der EDF für die Jahre 1971–1975. In diesem kommt zum Ausdruck, daß die Regierung keine Bedenken gegen Beteiligungen oder neue Aktivitäten des établissements hat, die der Ausübung der grundsätzlichen Aktivität und der kommerziellen Förderung dient. Jedoch verlangt die Regierung "sich nicht in einem Bereich zu engagieren ... im Sinne einer Politik der Diversifizierung in Richtung einer Aktivität ohne Bezug zu seiner Aufgabe.", Chapus (Fn. 81) 361.

¹¹⁸ Pielow (Fn. 97) 265 f.

¹¹⁹ Delvolvé (Fn. 80) 751.

¹²⁰ Braibant/Stirn (Fn. 91) 120f.; Knemeyer (Fn. 80) 105 ff.; Linotte et al. (Fn. 80) 182: Bei der Unterscheidung zwischen établissement public administratif und établissement industriel et commercial handelt es sich nicht um eine Differenzierung i.S.d. Art 34 der französischen Verfassung aus dem Jahre 1958.

damentaux" dieses service durch Parlamentsgesetz postuliert wird,¹²¹ kann dennoch die Exekutive auf Grund bereits bestehender Regelungen weitreichend, und zwar auch gesetzesergänzend bzw. gesetzesändernd, selbständig tätig werden.¹²²

Für die Privatisierung¹²³ bestehender entreprises publiques, ungeachtet, ob sie auf gesetzlicher oder exekutiver Grundlage errichtet worden sind, verlangt die Verfassung jedenfalls eine gesetzliche Grundlage.¹²⁴ Verfassungsrechtliche Pflichtaufgaben in Form so genannter services publics constitutionnels hat der Conseil Constitutionnel zwar grundsätzlich anerkannt, dies aber wohl auf den weiten Begriff des service public bezogen. Im Zusammenhang mit den services publics industriels et commerciaux zeigt sich, daß die Rechtsprechung in der Folge dem Gesetzgeber weitgehende Freiheit eingeräumt hat. Die Lehre begründet dies unter anderem – etwa durch Differenzierung zwischen services publics constitutionnels "erster" und "zweiter" Ordnung¹²⁵ – auch mit Abstufungen zwischen einer Verpflichtung zur eigenen staatlichen Aufgabenerfüllung und staatlicher Gewährleistungsverantwortung.

Eine ausdrückliche Privatisierungssperre enthält die Verfassung allerdings für so genannte services publics nationaux¹²⁶. Die praktische Wirkung dieser ursprünglich als Verstaatlichungsgebot erlassenen Verfassungsnorm aus dem Jahr 1946 ist allerdings insoweit gering, als die Rechtsprechung faktische Entwicklungen jeweils verfassungsrechtlich sanktioniert hat:¹²⁷ So wurde die Verfassungsmäßigkeit der Liberalisie-

¹²¹ Die n\u00e4here Ausgestaltung – sowohl inhaltlich wie organisatorisch – ist jedenfalls der Exekutive, also in der Regel auf nationaler Ebene dem Premierminister bzw. dem Ministerrat vorbehalten.

¹²² Pielow (Fn. 97) 200 f.

¹²³ S. zum Begriff der Privatisierung in Frankreich Delvolvé (Fn. 80) 748 ff.

¹²⁴ Delvolvé (Fn. 80) 750 ff.; Art 34 der französischen Verfassung von 1958 bestimmt, daß die Übertragung des Eigentums an entreprises des öffentlichen Sektors auf den privaten Sektor durch Gesetz zu regeln ist; vgl. auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 347 ff.

¹²⁵ Pielow (Fn. 97) 208.

¹²⁶ Bzw. so genannte monopoles de fait. Ein Verbot der Privatisierung ist aus der 9. alinéa der Präambel der Verfassung 1946 abzuleiten. Nach dieser muß jedes Vermögen und jedes Unternehmen, dessen Betrieb den Charakter eines nationalen service public oder eines faktischen Monopols trägt oder erhält, in das Eigentum der Gemeinschaft überführt werden. Bis jetzt ist aber noch keine entreprise, die mittels Gesetz privatisiert worden ist, unter dieses Verbot gefallen. S. dazu Delvolvé (Fn. 80) 750 ff. und 180 ff.; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 347 ff.

¹²⁷ Der Conseil Constitutionnel unterscheidet dabei zwischen entreprises publiques, deren Betrieb den Charakter eines service public national im Sinne der Verfassung hat, und jenen Unternehmen, die einen service public betreiben, dessen Existenz und Funktionieren von der Verfassung verlangt wird, s. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 348.

rung im Telekommunikationssektor einschließlich der Umwandlung des ehemaligen établissement public France Télécom in eine société d'économie mixte damit begründet, daß die bloße Organisationsprivatisierung mit der Ermöglichung privater Minderheitsbeteiligungen den Charakter von France Télécom als service public national nicht verändere. 128 Die wesentliche, in der Rechtsprechung auch explizit gemachte verfassungsrechtliche Bedeutung liegt damit eher in der zwingenden Aufrechterhaltung der materiellen Grundprinzipien des service public denn in Organisationsschranken. Über die Kontrolle dieser materiellen Grundprinzipien sichert sich der Conseil Constitutionnel aber auch ein Mitspracherecht bei der zukünftigen Ausgestaltung insbesondere der Versorgungswirtschaft. Organisatorisch relevant ist freilich, daß der Conseil Constitutionnel in der erwähnten Entscheidung der staatlichen Mehrheitsbeteiligung an France Télécom eine gewisse verfassungsrechtliche Bedeutung zugeschrieben hat. 129 Daß demgegenüber die Erwerbswirtschaft weitgehend keinen Privatisierungsschranken unterliegt, hat der Conseil Constitutionnel in Bezug auf mehrere Privatisierungsvorgänge betont. 130

Regulierungen des Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor bewältigt das französische Wettbewerbsrecht weniger über wettbewerbsrechtliche Konkurrentenklagen als verwaltungsrechtlich über grundrechtlich begründete und wettbewerbsrechtlich konkretisierte Schranken für den Staat, bestimmte Aufgaben als service public auszugestalten und damit zumindest ein Stück weit dem Wettbewerb zu entziehen.¹³¹ Dabei ist diese Aufgabe einer wettbewerbsrechtlichen Vorabkontrolle der Einrichtung eines service public nach einigem Zuständigkeitsstreit den Verwaltungsgerichten überantwortet.¹³²

3. Großbritannien

a) Empirischer Befund

Großbritannien steht geradezu synonym für eine weitgehende Privatisierung der öffentlichen Wirtschaft und eine Reduktion des Staates auf seine Kernkompetenz der Marktregulierung.¹³³ Von der ehemals be-

¹²⁸ Vgl. Delvolvé (Fn. 80) 752; Entscheidung des CC n° 96-380 DC du 23 juillet 1996.

¹²⁹ S. auch Delvolvé (Fn. 80) 752.

¹³⁰ Vgl. Delvolvé (Fn. 80) 747 ff. u. Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 343 ff.

¹³¹ Pielow (Fn. 97) 240 ff.; vgl. Delvolvé (Fn. 80) 105 ff.; Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 293 ff.; Linotte et al. (Fn. 80) 129 ff. und Hübner/Constantinesco (Fn. 82) 81.

¹³² Pielow (Fn. 97) 245 ff.

¹³³ Für eine vergleichende Studie insbesondere im Hinblick auf die Privatisierungsprozesse in Großbritannien und Frankreich s. Graham/Prosser Privatizing Public

achtlichen staatlichen Erwerbswirtschaft, Jaguar, Rolls Royce oder Amersham International an der Spitze,¹³⁴ ist gerade noch British Nuclear Fuels Plc übergeblieben, jenes Unternehmen, das die älteren – die jüngeren wurden privatisiert – britischen Atomanlagen betreibt.¹³⁵ Die Versorgungswirtschaft in den Infrastrukturbereichen Telekommunikation, Energie, Wasser und Verkehr ist privatisiert.¹³⁶ Gerade einmal das Post Office ist als letztes Relikt der Nationalised Industries im Bereich der Versorgungssicherung übriggeblieben.¹³⁷

Enterprises. Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective², 1992, insb. 71 ff.

¹³⁴ Als weitere Beispiele für ehemals im Erwerbswirtschaftssektor tätige öffentliche Unternehmen können etwa noch Rover, British Petroleum, Britoil, British Steel oder British Sugar angeführt werden. Ausführlicher zu diesen Unternehmen und zu deren im wesentlichen in den Achtzigerjahren erfolgten Privatisierung *Foster* Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly, 1992, 102 ff.; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 71 ff.

¹³⁵ Vgl. Prosser Law and the Regulators, 1997, 150.

¹³⁶ In der Ära Thatcher (1979–1990) wurde in GB – vor dem Hintergrund einer im wesentlichen neo-liberalen Wirtschaftstrategie – ein breit angelegtes Privatisierungsprogramm, welches insb. auch die öffentlichen Versorgungsdienstleistungsunternehmen erfaßte, eingeleitet: Bereits 1984 erfolgte durch den Telecommunications Act 1984 die Liberalisierung und Privatisierung des Telekommunikationsbereichs. In weiterer Folge wurden dann auf der Grundlage des Gas Act 1986 British Gas veräußert und 1989 unter dem Water Act 1989 und Electricity Act 1989 die Bereiche der Wasser- und Stromversorgung privatisiert. Mit dem Railways Act 1993 erfolgte schließlich auch die Überführung des Eisenbahnwesens aus dem öffentlichen in den privaten Sektor. Zum Privatisierungsprogramm in Großbritannien Foster (Fn. 134) 102 ff.; Graham/Prosser (Fn. 133) 71 ff.; Her Majesty's Treasury Information on Privatisation in the UK, February 1998.

¹³⁷ Auch bezüglich des Post Office wird aber bereits seit einigen Jahren eine Privatisierungsdebatte geführt (näher Heuermann/Schnöring Die Reorganisation der britischen Post. Ansätze zu einem Vergleich mit der Deutschen Bundespost, 1985, 12 ff.). Vorschläge zur Privatisierung des Post Office wurden allerdings 1995 durch das sog. Trade and Industry Committee abgelehnt und statt dessen vorgeschlagen, das Post Office in eine zu 100 % im öffentlichen Eigentum verbleibende Aktiengesellschaft umzuwandeln. Vgl. HC 170 (1994-1995) (zitiert nach Bradley/Ewing Constitutional and Administrative Law¹², 1997, 344). Näheres zu den Reformvorschlägen in: White Paper on Post Office Reform 1999 und Postal Service Bill 2000. In der Zwischenzeit sind diese Reformvorschläge durch den Postal Services Act 2000, der in sec. 62 ff. eine Reorganisation des Post Office vorsieht, in Kraft getreten. Demnach soll durch eine Order des Secretary of State das Post Office in eine Gesellschaft nach dem Companies Act 1985 umgewandelt werden. Auf Grundlage dieser Bestimmungen ist das Post Office am 26.03.2001 unter dem neuen Namen Consignia in eine Aktiengesellschaft (plc.), die zu 100 % im staatlichen Eigentum verbleibt, umgewandelt worden. Der Postal Services Act 2000 sieht jedoch auch, dies allerdings nur nach einer Resolution der beiden "House of Parliament" (vgl. sec. 67), die Möglichkeit der Veräußerung von Aktien an Dritte vor.

Das Bild differenziert sich freilich etwas, wenn nicht nur die ehemals Nationalised Industries¹³⁸, sondern insgesamt die zahlreichen ausgegliederten Verwaltungsrechtsträger¹³⁹ in den Blick genommen werden. Dann zeigt sich nämlich, daß neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk¹⁴⁰ auch sonst noch eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zur Versorgungssicherung insbesondere im Kultur-¹⁴¹ einschließlich des Erholungs- und Sportbereichs¹⁴² sowie im Nahverkehrssektor¹⁴³ tätig werden. Weiters finden sich eine Reihe ausgegliederter Rechtsträger, die vor allem Zwecken der Bedarfsdeckung durch Beratungs- und Sachverständigentätigkeit¹⁴⁴ sowie Erhaltung und Ver-

¹³⁸ In der englischen Literatur werden unter dem Begriff Nationalised Industries grundsätzlich nur jene öffentlichen Unternehmen, die in traditionellen Kernindustriezweigen tätig sind, nicht jedoch die anderen staatlichen Organisationen, die in erster Linie soziale Aufgaben erbringen, erfaßt.

¹³⁹ Zu diesen ausgegliederten Verwaltungsrechtsträgern, die neben den Nationalised Industries wirtschaftlich tätig werden, zählen die Public Corporations, die Executive Non-Departmental Public Bodies und die Executive Agencies.

¹⁴⁰ Die British Broadcasting Corporation (BBC) ist die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt in Großbritannien. Sie betreibt zwei Fernsehkanäle, fünf Radiosender, darüber hinaus auch noch Radiosender für Nordirland, Schottland und Wales, sowie achtunddreißig lokale Radiostationen und Nachrichtensender, wie BBC News 24 und BBC Online. (Nähere Informationen unter www.bbc.co.uk). Daneben bieten auch Channel Four Television Corporation und Siamel Pedwar Cymru – letztgenannte ausschließlich für Wales – Rundfunk im Allgemeininteresse an. (Nähere Informationen unter www.channel4.com bzw. www.s4c.co.uk).

¹⁴¹ So sind z.B. diverse Museen und Gallerien, wie etwa das British Museum, das Museum of London, die National Gallery oder die Tate Gallery als sogenannte Executive Non-Departmental Public Bodies eingerichtet. Eine Aufzählung solcher Einrichtungen findet man bei Cabinet Office Executive Non-Departmental Public Bodies 1999 Report, 36ff.

¹⁴² So hat etwa Sport England – eine Executive Non-Departmental Public Body – die sportliche Betätigung der Engländer zu fördern, die dafür erforderlichen Infrastrukturen, wie z.B. Sportplätze zu errichten, Sportveranstaltungen zu organisieren u.v.m. (Nähere Informationen unter www.english.sports.gov.uk).

¹⁴³ Transport for London ist, nachdem London Transport – ehemals eine Nationalised Industry in der Rechtsform einer Public Corporation – durch den Greater London Authority Act 1999 aufgelöst wurde, als Executive Body auf regionaler Ebene eingerichtet worden. Mittlerweile sind viele der ehemals durch London Transport in staatlicher Eigenleistung erbrachten Verkehrsdienstleistungen, wie London Buses, Dial-a-Ride, Victoria Coach Station und London River Service, privatisiert worden. Transport for London ist somit nur mehr für einige wenige Aufgabenbereiche, wie etwa Croydon Tramlink, Travel Information Center, London Transport Museum, Lost Property und London Underground zuständig. Nähere Informationen unter www.londontransport.co.uk.

¹⁴⁴ Dazu gehören etwa English Nature, eine Executive Non-Departmental Public Body, die für die Förderung und Erhaltung des Wild- und Naturbestandes in Großbri-

waltung von Liegenschaften¹⁴⁵ einschließlich Wasserwegen¹⁴⁶ dienen. Nur der Erwerbswirtschaftssektor bleibt auch bei einem zweiten Blick begrenzt, als Public Corporation wird etwa der New Covent Garden Market¹⁴⁷ betrieben.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Von den Organisationsformen her spielt somit das privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen in Großbritannien keine Rolle mehr, von Bedeutung sind aber nach wie vor öffentlich-rechtliche Organisationsformen, und zwar die Executive Agencies, die Public Corporations und die Executive Non-Departmental Public Bodies,¹⁴⁸ die so genannten Quangos.¹⁴⁹

Executive Agencies sind im Zuge der weitgehenden Umsetzung von Gedanken des New Public Management insbesondere durch die sogenannte "Next Steps Initiative"150 geschaffene Ausgliederungen, die vor

tannien zuständig ist und der Regierung gegenüber beratende Funktionen hat, sowie die diversen Research Councils, die im Allgemeinen Forschungen in verschiedenen Gebieten unterstützen und fördern, ihre Labors zur Verfügung stellen, Kurse anbieten und Stipendien vergeben. Für nähere Informationen zu English Nature s. Cabinet Office (Fn. 141) 83, und zu den Research Councils Cabinet Office (Fn. 141) 129, 131-139.

¹⁴⁵ Hierfür werden auf der Grundlage des Housing Act 1988 sog. Housing Action Trusts – jeweils nur für die Dauer eines bestimmten Projekts eingerichtete Organisationen – geschaffen. Derzeit gibt es fünf solcher Housing Action Trusts: Castle Vale, Liverpool, Stonebridge, Tower Hamlets und Waltham Forest. S. *Cabinet Office* Public Bodies 1999 (abrufbar unter www.cabinet-office.gov.uk/quango) 92 ff.

¹⁴⁶ British Waterways Board, eine Public Corporation, ist für die Verwaltung und den Betrieb inländischer Wasserwegsysteme zuständig. Nähere Informationen unter www.britishwaterways.co.uk.

¹⁴⁷ Vgl. Cabinet Office (Fn. 145) 90.

¹⁴⁸ Diese Einrichtungen gehören – mit Ausnahme der Executive Agencies – zu der großen Gruppe der sog. Public Bodies. 1999 wurden in statistischen Informationen des Cabinet Office alleine auf zentraler Ebene über 1500 derartiger Public Bodies, denen die unterschiedlichsten staatlichen Funktionen zukommen, angeführt. Vgl. Cabinet Office (Fn. 145). Ausführlicher zu den Public Bodies Bradley/Ewing (Fn. 137) 326ff.; De Smith/Brazier Constitutional and Administrative Law⁸, 1998, 186 ff.

¹⁴⁹ Quangos steht für "quasi non-governmental organisations" und ist ein inoffizieller, in der englischen Literatur entwickelter Begriff, mit dem die verschiedensten Organisationen, die irgendwo zwischen den Ministerien und der "privaten Gesellschaft" stehen, definiert werden sollen. Näher zum Begriff Quangos *Barker* Governmental bodies and the networks of mutual accountability in: ders (Hrsg.), Quangos in Britain, 1982, 3 ff.

¹⁵⁰ Ein von Sir Robin Ibbs unter dem Titel "Improving Management in Government: The Next Steps", HMSO, 1988 (zitiert nach Bradley/Ewing [Fn. 137] 306) verfaßter Bericht hat zu weitreichenden Überprüfungen und einer Neuorganisation des Verwaltungsdienstes geführt. Hinter der Next Steps Initiative steht die Idee der Institutionali-

allem Service Delivery Funktionen, also Bedarfsdeckungsaufgaben erfüllen.¹⁵¹ Als Public Corporation auf gesetzlicher Grundlage bestand bislang das Post Office¹⁵², die BBC ist wohl das berühmteste Beispiel für eine auf Grund einer Royal Charter errichtete Public Corporation.¹⁵³ Das früher insbesondere in der Versorgungswirtschaft in England oft eingesetzte Konzept der Public Corporation beruht vor allem auf dem sogenannten Board-System: dem aus Voll- und Teilzeitmitgliedern zusammengesetzten "Board" kommt umfassende Leitungsbefugnis, also in etwa Aufgaben des Vorstandes und des Aufsichtsrates in einem, zu.¹⁵⁴ Die Public Corporation wird dabei als Public Trust betrachtet, dessen rechtlicher Eigentümer eben deren Board ist.¹⁵⁵ Kennzeichen der Executive Non-Departmental Public Bodies ist zunächst, daß sie vielfach sowohl regulativ-administrativ, als auch wirtschaftlich, dabei vor allem

sierung einer theoretisch bedeutsamen, in der Praxis jedoch kaum faßbaren Unterscheidung zwischen den politischen und administrativen Funktionen der Regierung. Letztgenannte Funktionen sollen Schritt für Schritt an die zu errichtenden Executive Agencies übertragen werden. Zur Next Steps Initiative *Drewry* Revolution in Whitehall: The Next Steps and Beyond in: Jowell/Oliver, The Changing Constitution³, 1994, 155 ff.; *Baldwin* Rules and Government, 1995, 30f. Zu den Auswirkungen der Next Steps Initiative *Lewis* Reviewing Change in Government: New Public Management and Next Steps, Public Law 1994, 105 ff.

¹⁵¹ Als Beispiele für solche Executive Agencies können das Vehicle Inspectorate, die Government Property Lawyers, das Measures Laboratory, das Prisons Service oder die Royal Parks genannt werden. Näher zu den Executive Agencies *Wade/Forsyth* Administrative Law⁸, 2000, 48f.; *De Smith/Brazier* (Fn. 148) 208.

¹⁵² Das Post Office, das ehemals als mit Beamten besetzte Staatsverwaltung für das Post und Fernmeldewesen geführt wurde, wurde mit dem Post Office Act 1969 in ein öffentliches Unternehmen umgewandelt. Mit dem British Telecommunications Act 1981 wurde das Post Office in zwei selbständige Unternehmen aufgespalten, die Fernmelde- und Datendienste dabei der British Telecom übertragen, während die Post und Girodienste beim Post Office verblieben. Vgl. Heuermann/Schnöring (Fn. 137) 6, 11. Auf Grundlage des Postal Services Act 2000 wurde das Post Office nunmehr in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und in "Consignia" umbenannt (vgl. Fn. 137).

¹⁵³ Diese im Jahr 1926 erstmals verliehene Royal Charter wurde 1996 für weitere zehn Jahre erneuert. Vgl. *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 579; *Holznagel* Rundfunkrecht in Europa 1996, 68f.

¹⁵⁴ Ausführlicher zu diesem nach dem Morrison'schen Konzept entwickelten Board-System und zu diesem Konzept insgesamt Foster (Fn. 134) 76ff.; Ogus Regulation. Legal Form and Economic Theory, 1994, 273. Konkret für das Post Office Heuermann/Schnöring (Fn. 137) 6f. Die dem kontinentaleuropäischen Modell bekannten repräsentativen Strukturen, durch die verschiedenste soziale Interessen innerhalb eines öffentlichen Unternehmens vertreten werden, wurden nach dem Morrison'schen Konzept abgelehnt. Dazu Graham/Prosser (Fn. 133) 9.

¹⁵⁵ Vgl. Foster (Fn. 134) 77.

im Bereich der Versorgungssicherung tätig werden. ¹⁵⁶ National und Tate Gallery, ¹⁵⁷ die British Tourist Authority ¹⁵⁸ oder Transport for London ¹⁵⁹ sind Beispiele. Sie beruhen zumeist auf Gesetz, ¹⁶⁰ können aber auch mittels königlicher Verleihungsurkunde ¹⁶¹ begründet werden. Trotz einer enormen Vielfalt an Einzelregelungen läßt sich sagen, daß auch diese Bodies zumeist nach dem Board-System eingerichtet sind. ¹⁶²

Staatliche Aufsicht und Kontrolle über die genannten Organisationsformen setzen in Großbritannien weitestgehend die Devise "Steuern statt Rudern"¹⁶³ um. Nach dem ursprünglich für die Public Corporations entwickelten "at arm's length" Prinzip wird zwischen Management und Policy, also zwischen exekutiver Unternehmensführung und langfristiger strategischer Lenkung unterschieden.¹⁶⁴ Die exekutive Unternehmensführung ist dabei Aufgabe der Boards der Public Bodies bzw. der Chief Executives der Agencies, deren Ernennung durch die staatliche Verwaltungsspitze erfolgt.¹⁶⁵ Zu den Mitteln staatlicher Lenkung der Public Bodies zählen insbesondere die Festsetzung von auf die Qua-

¹⁵⁶ Vgl. Cabinet Office (Fn. 145) viii.

¹⁵⁷ S. Fn. 141.

¹⁵⁸ Die British Tourist Authority ist in erster Linie für die Förderung Großbritanniens als Tourismusdestination verantwortlich. Darüber hinaus erwirtschaftet sie selbst Einkünfte aus dem Fremdenverkehrssektor und bietet der Regierung und Dritten Beratung in Angelegenheiten des Fremdenverkehrswesens an. Vgl. Cabinet Office (Fn. 141) 44.
¹⁵⁹ Vgl Fn. 143.

¹⁶⁰ National und Tate Gallery etwa wurden durch den Museum and Galleries Act 1992 eingerichtet. Transport for London beruht auf dem Greater London Authority Act 1999.

¹⁶¹ Dies ist etwa bei den Research Councils (s. Fn. 144) der Fall. Dazu *Barker* in: ders. (Fn. 149) 3, 7.

¹⁶² Vom Cabinet Office veröffentlichte Leitlinien, die sich in erster Linie an die Executive Non-Departmental Public Bodies richten, gehen grundsätzlich davon aus, daß sich diese Einrichtungen aus einem Board und dessen Personal zusammensetzen. Vgl. Cabinet Office Guidance on Codes of Practice for Board Members of Public Bodies, January 1997; abrufbar unter www.official-documents.co.uk.

¹⁶³ Vgl. Osborne/Gaebler Reinventing Government, 1997.

¹⁶⁴ Durch diese organisatorische Trennung von Unternehmensführung und Kontrolle der Unternehmensführung – die einen zentralen Punkt des Morrison'schen Konzepts bildete – sollte eine effiziente Ablauforganisation erreicht werden. Näher dazu *Foster* (Fn. 134) 77.

¹⁶⁵ D.h. auf zentraler Ebene durch den jeweils zuständigen Minister und auf lokaler Ebene durch dasjenige Organ, das im jeweils einschlägigen Gesetz dazu ermächtigt wird. S. dazu *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 326. So werden die Mitglieder des Transport for London, einer auf lokaler Ebene eingerichteten Executive Body, durch den Mayor (Bürgermeister) von London ernannt. Dies ist im konkreten Fall in der für Transport for London festgelegten Standing Order No. 1, Decision Making Structure and Proceedings, 2000, Punkt 3 (abrufbar unter www.londontransport.co.uk) geregelt.

lität der Dienste und die Produktivität des Unternehmens bezogenen Leistungsindikatoren 166 sowie von den Boards auszuarbeitende und vom zuständigen Minister bzw. der zuständigen kommunalen Verwaltungsspitze zu genehmigende Unternehmenspläne. 167 Staatliche Steuerung der Executive Agencies erfolgt hingegen primär über die Festsetzung so genannter Framework Documents. 168 Staatliche Lenkung der Unternehmen nach dem "at arm's length" Prinzip bedeutet allerdings nicht, daß die rechtliche Kompetenz, auch in "day-to-day" Angelegenheiten in die Tätigkeit der Agencies oder der Public Bodies hinein zu intervenieren, beseitigt wäre. 169 Manche Gesetze wie der Greater London

¹⁶⁶ Diese Form der Kontrolle des öffentlichen Sektors erreichte mit der Veröffentlichung der sogenannten Citizen's Charter (1991, Cm. 1599 [zitiert nach *Ogus* (Fn. 154) 279]) ihren Höhepunkt.

¹⁶⁷ Vgl. Bradley/Ewing (Fn. 137) 341 und insb. für die Executive Non-Departmental Public Bodies Cabinet Office (Fn. 162) Punkt 9.

¹⁶⁸ In diesen Framework Documents werden durch den zuständigen Minister im Wesentlichen die Aufgaben der Executive Agencies definiert und wesentliche Leistungszielsetzungen, die die finanzielle Gebarung, die Effizienz und die Dienstleistungen an den Bürger betreffen, festgelegt. Vgl. Bradley/Ewing (Fn. 137) 306f.; De Smith/Brazier (Fn. 148) 208. Auf Grund der Vielfalt der Executive Agencies gibt es kein Modell eines solchen Framework Documents, jedoch werden in einer Guidance des Cabinet Office die wesentlichsten Elemente, die eine solches Dokument zu enthalten hat, aufgelistet. S. dazu Cabinet Office How to review agencies and non-departmental public bodies to improve the quality and effectiveness of public services, 2000, Part III, Fact Sheet 9.

¹⁶⁹ Für die Public Bodies s. Wade/Forsyth (Fn. 151) 162; für die Executive Agencies Woodhouse Ministerial Responsibility: Something Old, Something New, Public Law 1997, 262, 273. Diese Frage, ob und inwieweit durch die Delegierung exekutiver Unternehmensführung dem jeweils zuständigen Minister weiterhin das Recht zukommt, auch in exekutive Angelegenheiten der Public Bodies und Executive Agencies zu intervenieren, wenn es öffentliche oder parlamentarische Bedenken rechtfertigen, ist allerdings nicht unumstritten und hängt im wesentlichen zum einen mit der praktisch nicht erfaßbaren Unterscheidung von Policy und Operations und zum anderen mit der verfassungsrechtlich vorgegebenen Verantwortlichkeit des Ministers gegenüber dem Parlament zusammen. Die ministerielle Verantwortlichkeit ist ein zentrales, auf der sog. Legal Doctrine beruhendes Prinzip der britischen Verfassung und umfaßt sowohl eine politische als auch die rechtliche Verantwortlichkeit der Minister. Ausführlich dazu Bradley/Ewing (Fn. 137) 113 ff. Der Minister ist jedenfalls, auch wenn er gegenüber den Public Bodies und Agencies im Sinne des "at arm's length" - Konzepts nur eingeschränkte Steuerungsmöglichkeiten hat, jedenfalls indirekt generell für die Existenz, die Aktivitäten, die Geldmittel und die Zusammensetzung dieser Einrichtungen sowohl rechtlich als auch politisch verantwortlich. Ob und inwieweit dem Minister auch für die einzelnen Tätigkeiten der Public Bodies und Agencies eine Verantwortung zukommt, ist auf Grund der schwierigen Abgrenzung von "policy" - die grundsätzlich in den Zuständigkeits- und damit Verantwortungsbereich der Minister fallen - und "operations" für die grundsätzlich die Boards beziehungsweise die Chief Executives der Agencies

Authority Act 1999 ermächtigen auch ausdrücklich nicht nur zu "General", sondern auch zu "Specific Directions".¹⁷⁰ Ob und inwieweit davon Gebrauch gemacht wird, regelt das britische Recht kaum, sondern überläßt die Frage den praktischen Usancen.¹⁷¹

Was die materiell-rechtlichen Aufgabensetzungen anlangt, so sind diese für die Public Bodies in den jeweiligen Organisationsstatuten, insbesondere den gesetzlichen Grundlagen bzw. für die Executive Agencies in den einzelnen Frameworks geregelt. Zwar war ursprünglich für Public Coporations eine allgemeine Verpflichtung typisch, die Dienste an alle zu erbringen (Universalität), fair und nicht diskriminierend zu agieren und für bestimmte sozial schwache Gruppen der Bevölkerung eine besondere und im Allgemeinen nicht zu entlohnende Behandlung vorzusehen. Die weit gehende Privatisierung der Versorgungswirtschaft wird aber auch damit begründet, daß hinreichend konkretisierte rechtliche Standards fehlten.

verantwortlich sind – aber umstritten. Ausführlicher zu dieser Problematik Bradley/ Ewing (Fn. 137) 315 ff.; Woodhouse (Fn. 169) insb. 268 ff.

¹⁷⁰ Gemäß s 155 des Greater London Authority Act 1999 wird der Mayor (Bürgermeister) ermächtigt, guidances, general directions oder specific directions hinsichtlich der Art und Weise, wie die Public Body – Transport for London – ihre Funktionen auszuüben hat, zu erlassen.

¹⁷¹ Diese Tatsache ist insbesondere bezüglich der Nationalised Industries, die auch stets wechselnden politischen Entscheidungen, die auf keinen klaren gesetzlichen Grundlage beruhten, ausgesetzt waren, kritisiert worden. Dazu insb. *Foster* (Fn. 134) 89, 94; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 11.

Während die Aufgaben für die Executive Agencies relativ genau in den Framework Documents festgelegt werden, enthalten die gesetzlichen Grundlagen für die Executive Non-Departmental Public Bodies und die Public Corporations hinsichtlich der öffentlichen Aufgabenstellung nur sehr geringe und vage Auflagen. S. dazu *Mc Gowan* Reform der öffentlichen Versorgungsdienstleistungen in Großbritannien: Die Rolle der Regulierung und deren Auswirkungen auf den Sektor der öffentlichen Dienstleistungen in: Cox (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Spannungsverhältnis zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip, 1996, 105, 117; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 10.

¹⁷³ Vgl. Foster (Fn. 134) 78; Scott Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors, European Law Journal 2000, 310, 312: "Rolland's laws" continuity, equality and adaptability.

¹⁷⁴ Die damit einhergehende sowohl ineffiziente Führung als auch mangelhafte Kontrolle der Staatsbetriebe war sogar eines der wichtigsten Motive für die Initiierung des Privatisierungsprogramms. Dazu *Graham/Prosser* (Fn. 133); *Foster* (Fn. 134) 79 ff.

¹⁷⁵ Bislang waren die Grundpflichten des Post Office in sec. 59 des Telecommunications Act 1981 niedergelegt. Mit den durch den Postal Service Act 2000 (vgl. Fn. 137) eingeführten wettbewerblichen Strukturen auf den Postmärkten nimmt das Post Office ("Consignia") gem. sec. 4(b) Postal Services Act 2000 diese Verpflichtungen nunmehr als Universaldienstanbieter wahr.

bzw. in einer Vereinbarung zwischen BBC und Regierung¹⁷⁶ festgelegt.

Trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Konstruktion dürfte – mit Ausnahme der Executive Agencies¹⁷⁷ – grundsätzlich von einer Vollrechtsfähigkeit der einzelnen Organisationsformen auszugehen sein.¹⁷⁸ Dabei ist der Handlungsspielraum durchaus weit gezogen, auch Executive Non-Departmental Public Bodies dürfen etwa typischerweise Tochterunternehmen gründen.¹⁷⁹

Alle Public Bodies unterliegen der gerichtlichen Kontrolle, was grundsätzlich auch eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle zwischen öffentlichem und privatem Sektor einschließt. 180 Allerdings gehen die Gerichte von einer weitreichenden insbesondere ökonomischen Entscheidungsprärogative der jeweiligen Einrichtungen aus. 181 Die rechtliche

¹⁷⁶ Bei den Aufgaben der BBC handelt es sich um typischerweise dem öffentlichen Rundfunk zukommende Pflichten, wie die Bereitstellung eines umfassenden Angebots an Nachrichten und Informationssendungen, die Förderung der nationalen britischen Kultur und Unterhaltung, die Schaffung von Bildungsmöglichkeiten sowie die Intensivierung der Kommunikation zwischen Großbritannien und der Welt. Näher dazu Holznagel (Fn. 153) 68f.; Bradley/Ewing (Fn. 137) 579 f.

¹⁷⁷ Bei den Executive Agencies handelt es sich hingegen um semi-autonome Organisationsformen, denen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Vgl. *Drewry* in: Jowell/Oliver (Fn. 150) 165; *Wade/Forsyth* (Fn. 151) 48.

¹⁷⁸ In einem Urteil hinsichtlich des rechtlichen Status der Public Corporation heißt es: "In the eyes of the law the corporation is its own master and is answerable as fully as any other person or corporation" Vgl. Tamlin vs Hannaford [1950] 1 KB 18, 24 (Denning LJ). (zitiert nach Bradley/Ewing [Fn. 137] 333, Fn. 36). S. auch Foster (Fn. 134) 77 f. Dabei ist jedoch auch gleichzeitig davon auszugehen, daß die den jeweiligen Organisationsformen zugewiesenen Aufgaben und Funktionen ihr Handeln "dürfen" begrenzen. Dazu Wade/Forsyth (Fn. 151) 161 f. Für die Executive Non-Departmental Public Bodies s. Cabinet Office (Fn. 162) Punkt 32.

¹⁷⁹ Für die Tate und National Gallery etwa s. sec. 3 Museums and Galleries Act 1992, für Transport for London s. sec. 156/1 Greater London Authority Act 1999.

¹⁸⁰ Ausgehend von dem Grundsatz, daß jede Handlung der Verwaltung auf einem Gesetz beruhen muß (rule of law), werden Verwaltungshandlungen im Hinblick auf Gesetzwidrigkeit, Willkür und Verfahrensfehlern durch das Rechtsinstrument der Judicial Review einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Insofern unterliegen auch die Public Bodies, wenn sie etwa eine Vertragsverletzung begehen, ihre Befugnisse überschreiten, bestimmte Verfahrensvorschriften oder gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtungen nicht einhalten, generell der gerichtlichen Kontrolle. S. dazu Bradley/Ewing (Fn. 137) 345 f.; 768 ff.; ausführlicher zum Judicial Review und insbesondere dessen Weiterentwicklung Hammond Judicial review: the continuing interplay between law and policy, Public Law 1998, 34 ff.; Craig Competing Models of Judicial Review, Public Law 1999, 42 ff

¹⁸¹ Dies hängt im wesentlichen mit den sehr unzureichenden Definitionen der Befugnisse und Kompetenzen der Boards zusammen. Vgl. etwa *Charles Roberts ltd vs British*

Durchsetzbarkeit von rechtlich festgeschriebenen Leistungsstandards aus Sicht der Konsumenten dürfte einem jüngeren Trend zu Folge möglicherweise grundsätzlich Anerkennung finden, praktisch aber jedenfalls auf Extremfälle beschränkt bleiben. 182

- B. Der Staat als Nachfrager und Leistungsbesteller staatliche Leistungssicherung
- 1. Österreich
- a) Empirischer Befund

Die öffentliche Auftragsvergabe ist in Österreich ihrer Konzeption nach vom Bedarfsdeckungszweck geprägt. Demgegenüber haben sich "Konzessionsmodelle"¹⁸³ bislang kaum durchgesetzt. Die durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bewirkte Ausweitung des Vergaberechts auf Dienstleistungen hat es allerdings mit sich gebracht, daß das ursprünglich in Österreich stark auf die Bauwirtschaft konzentrierte Vergaberecht in immer stärkerem Ausmaß auch in den Dienst der Versorgungssicherung treten muß.

Railways Board [1964] 3 ALL ER 651(zitiert nach Bradley/Ewing [Fn. 137] 345, Fn. 97). In diesem Urteil, in dem ein privates Unternehmen, das Eisenbahnwaggons herstellt, auf Feststellung klagte, daß dem Railways Board keine Befugnis zukommt, Eisenbahntankwaggons herzustellen, hielt das Gericht fest, daß es sich nicht in die bona fide Entscheidungen des Boards, daß die Herstellung derartiger Waggons ein effizienter Weg sei, seine Geschäfte innerhalb der ihm gesetzlich vorgegebenen Verpflichtungen und Befugnisse auszuüben, einmischen sollte und verweigerte somit, die ökonomischen Auswirkungen dieser Geschäfte des Boards auf die privaten Marktteilnehmer zu untersuchen.

182 Die Gerichte waren bisher eher zurückhaltend, wenn es darum ging, Angelegenheiten der ökonomischen und sozialen Politik als justiziabel anzusehen und haben insb. hinsichtlich der Klageberechtigung Einzelner in solchen Fällen nur einen sehr vorsichtigen und teilweise widersprüchlichen Ansatz entwickelt. Seit der Entscheidung in der Sache Bromley London BC vs Greater London Council [1983] I AC 768 (zitiert nach Ogus [Fn. 154] 274, Fn. 59) ist allerdings eine Trendwende im Hinblick auf diese Fragen zu beobachten gewesen und man geht mittlerweile davon aus, daß diejenigen, die die Konsequenzen einer Ineffizienz eines öffentlichen Unternehmens zu tragen haben, nämlich die Steuerzahler und Konsumenten, nicht automatisch von einem Antrag auf gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen werden können. Sie müssen aber, um eine Klageberechtigung zu erhalten, ein ausreichendes Interesse am Klagebegehren und eine offenkundige Gesetzwidrigkeit der Handlungen der öffentlichen Unternehmen nachweisen. Vgl. insb. Ogus (Fn. 154) 275 f., 287.

¹⁸³ Vgl. die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABI 2000 C 121/02); Schlußanträge GA Fennelly vom 18.5.2000, Rs C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Rz. 19ff.; EuGH 7. 12.2000, Rs C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Rz. 58.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Die historischen Wurzeln des Vergaberechts in bloß innenbindenden, nicht außenwirksamen Normen¹⁸⁴ wirken nach wie vor in der Qualifikation des eigentlichen Vergabeverfahrens als ein dem öffentlichen Recht zuzurechnendes Verfahren der staatlichen Willensbildung¹⁸⁵ nach.¹⁸⁶ Demgegenüber ist das mit dem Zuschlag begründete Vertragsverhältnis immer schon zivilrechtlich¹⁸⁷ gesehen worden.¹⁸⁸ Die – angesichts der weitreichenden gemeinschaftsrechtlichen Determinierung föderalistisch nicht sinnvolle¹⁸⁹ und wegen der damit verbundenen Rechtsunsicher-

¹⁸⁴ Zur historischen Entwicklung des Vergaberechts in Österreich Wenger Das Recht der öffentlichen Aufträge, 1977, 19ff.; zum System der Rechtsgrundlagen für die Auftragsvergabe vor der gesetzlichen Regelung des Vergaberechts Aicher Schlußbericht des Forschungsprojekts "Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters" der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in: Korinek/Rill (Hrsg.), Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 195ff.; zu wirtschaftstheoretischen Aspekten des Vergaberechts Bös Öffentliche Aufträge in Österreich, 1968, 25ff.; zu (erwarteten) ökonomischen Effekten der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich Bauer/Marterbauer, Ende des Protektionismus, 1991.

¹⁸⁵ Korinek Vergaberecht in: Raschauer (Fn. 35) Rz. 702.

¹⁸⁶ Die Begründung, es handle sich um ein Verfahren staatlicher Willensbildung, ist allerdings angesichts außenwirksamer Rechte und Pflichten und der Einbindung privatrechtlich organisierter Auftraggeber nicht aufrecht zu erhalten. Die zivilrechtliche Rechtsprechung, die den einschlägigen gesetzlichen Regelungen des Vergabeverfahrens die Anordnung von Pflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis entnimmt (Nachweise der Rechtsprechung bei Wilhelm Bestbieters Sieg im Vergabestreit, 1999, 15 ff.), hat diese Begründung ohnedies immer schon beiseitegeschoben. Das bedeutet allerdings nicht, daß das Vergabeverfahren zwingend dem Zivilrecht zuzurechnen wäre. Eine differenzierte Interessenbetrachtung, die sowohl die Bieter schützende als auch die Effizienz sichernde Funktion des Vergaberechts (zu diesen Funktionen des Vergaberechts und des Vergaberechtsschutzes Holoubek Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV 1998, 592, 598f.) mit einbezieht, kann durchaus weiterhin eine Zuordnung zum öffentlichen Recht nahelegen (Rummel Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1, 5, spricht mit Betonung der zivilrechtlichen Aspekte von "Pflichten im vorvertraglichen Stadium, die man dem Privatrecht zuordnen kann, die aber auch stark von öffentlichen Interessen vorgeprägt sind.").

¹⁸⁷ S. nur Aicher Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG in: Korinek/Aicher, Vergabekontrollkommission, 1991, 19.

¹⁸⁸ Neben den zivilrechtlichen Auftragsvertrag treten in jüngster Zeit in der Praxis etwa im Bereich der Abfallentsorgung, motiviert durch deren Ausnahme von der Dienstleistungsrichtlinie, vereinzelt Bemühungen hervor, auf zivilrechtlichem Wege "Dienstleistungskonzessionen" zu begründen.

¹⁸⁹ Vgl. nur die Kritik bei Korinek Rechtsfragen der Anwendungsbereiche der Vergabegesetze in: Rill/Griller (Fn. 4) 6, 30 f.

heiten ökonomisch ineffiziente – kompetenzrechtliche Aufsplitterung¹⁹⁰ hat zu einem Bundesvergabegesetz¹⁹¹ und neun Landesvergabegesetzen geführt.¹⁹²

Inhaltlich ist das gesetzliche Vergaberecht zum einen durch eine, wegen des Fehlens gesetzlicher Vorgängerregelungen nicht durch Traditionen behinderte, detail- und formulierungsgetreue Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien geprägt; zum anderen ist es durch die Rezeption der einschlägigen ÖNORM A 2050¹⁹³, also eines Produkts der Selbstregulierung, gekennzeichnet. Die Verschmelzung dieser beiden Regelungskreise führt gelegentlich zu Friktionen und Brüchen, die darüber hinaus eine vereinzelt undifferenziert agierende Spruchpraxis der Vergabekontrollorgane¹⁹⁴ noch verstärkt.¹⁹⁵ Auch die Übernahme der oft stark "baulastigen" Regelungsmuster der ÖNORM A 2050 in das auch für Dienstleistungen geltende gesetzliche Regelungsregime führt in der Praxis zu Komplikationen.

¹⁹⁰ VfSlg. 15.286/1998; *Rill* Die kompetenzrechtlichen Grundlagen des Vergaberechts in: Rill/Griller (Fn. 4) 53 ff., mwN. der kontroversen Auffassungen in der Literatur.

¹⁹¹ Daß wegen der durch das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht vorgegebenen subjektiven Bieterrechte schon verfassungsrechtlich auf Grund des Legalitätsprinzips eine Umsetzung durch außenwirksames Gesetz geboten ist, stand in Österreich von Anfang an außer Streit, vgl. Korinek Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG in: Gutknecht/Korinek/Holoubek, Das Vergaberecht der EG – Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich, 1991, 55 ff.

¹⁹² Aus rechtsstaatlichen Gründen verfassungsrechtlich vorgezeichnet (*Thienel* Das Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG, WBI 1993, 373, 374f.; VfGH 30.11.2000, G 110, 111/99) hat das Bundesvergabegesetz bzw. haben einige Landesgesetzgeber das Vergabeverfahren auch unterhalb der gemeinschaftlichen Schwellenwerte gesetzlich geregelt, s. *Korinek* (Fn. 185) Rz. 719 bzw. 722.

¹⁹³ Zur Entwicklungsgeschichte der ÖNORM A 2050 bis zu ihrer Fassung vom 1.1. 1993 Korinek (Fn. 185) Rz. 704; nunmehr gilt auf Grund einer neuerlichen Überarbeitung, die eine verstärkte Annäherung der Regelungen der ÖNORM an diejenigen des BVergG und damit der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien gebracht hat, die Ausgabe vom 1.3. 2000 (Gölles Die neue ÖNORM A 2050 vom 1. März 2000, ecolex 2000, 1993). Das BVergG inkorporiert bzw. verweist allerdings nach wie vor auf die Fassung 1.1. 1993.

¹⁹⁴ Allgemeiner Überblick bei *Holoubek* Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, ecolex 1997, 200; *Fruhmann u.a*, BVergG-Kommentar², 1999.

¹⁹⁵ Näher *Holoubek* Grundfragen des Vergaberechtsschutzes in Österreich in: Rill/Griller (Fn. 4) 209, 218 ff.; weiters etwa BVA (= Bundesvergabeamt) vom 18.8.2000, N-40/00-20 u.a. (Ausscheidungsgrund des Mitwirkens an Vorarbeiten für eine Ausschreibung) oder BVA vom 15.9.2000, N-46/00-25 (amtswegiges Aufgreifen von Widerrufsgründen).

Die vom EuGH^{195a} vorgegebene Zuschlagsbekämpfung bewältigt das österreichische Vergaberecht mit der Trennung in verwaltungsrechtliche Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung als eigentlichem zivilrechtlichem Vertragsschluß, wobei die Praxis diese Lösung bis zu den einschlägigen Gesetzesänderungen¹⁹⁶ dogmatisch mittels einer als normativen Konfliktlösungsmechanismus eingesetzten gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation auch einer subjektiv-historisch eine Zuschlagsbekämpfung ausschließenden Rechtslage unterstellt(e).¹⁹⁷

Der Vergaberechtsschutz beruht in Österreich sowohl auf einem spezifisch verwaltungsbehördlichen Vergaberechtsschutz, ¹⁹⁸ den der VfGH auch unterhalb der Schwellenwerte für verfassungsrechtlich geboten erachtet, ¹⁹⁹ als auch auf einer entwickelten zivilgerichtlichen Rechtsprechung, die früher den fehlenden gesetzlichen Bieterschutz über Schadensausgleichs- und Schadensvermeidungsansprüche substituiert hat ²⁰⁰, und auch heute noch Lücken des Vergaberechtsschutzes auffängt ²⁰¹ und für die Bieter durchaus noch schutzverstärkend wirken kann. ²⁰² Daß die zivilgerichtliche Judikatur dabei nicht geneigt ist, der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit das Feld zu räumen, zeigt eine neuere

^{195a} EuGH Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a., Slg. 1999 I - 7671 ff.

¹⁹⁶ § 53a BVergG i.d.F. BGBl I 2000/125; § 47a Wiener Landesvergabegesetz (i.d.F. LGBl 1999/30).

¹⁹⁷ Näher Holoubek Zuschlagsbekämpfung im Vergaberecht, ecolex 2000, 10.

¹⁹⁸ Für die Vergabekontrolle sind in Österreich sowohl spezielle als auch allgemeine, jeweils verwaltungsgerichtsähnlich organisierte Verwaltungsbehörden zuständig. Der Rechtsschutz ist damit auch sehr kostengünstig organisiert. Für einen Überblick über den verwaltungsbehördlichen Vergaberechtsschutz s. *Korinek* (Fn. 185) Rz. 743 ff.

¹⁹⁹ Der VfGH geht davon aus, daß bloß gerichtsförmiger Bieterschutz vor Zuschlagserteilung (anderes gilt dieser Judikatur zu Folge für Schadenersatzansprüche nach Zuschlagserteilung) nicht in gleichem Maße effizient ist wie ein vergabespezifischer verwaltungsbehördlicher Rechtsschutz (s. VfSlg. 15.106/1998, 15.204/1998, 15.321/1998; VfGH 30.11.2000, G 110, 111/99), und begründet dies mit rechtsstaatlichen Argumenten. Zu dieser im Hinblick auf das Verhältnis von verwaltungsbehördlichem und gerichtlichem Rechtsschutz schwierig einzuordnenden Rechtsprechung Holoubek (Fn. 195) 225 ff.; sowie betont kritisch Raschauer Anlagenrecht und Nachbarschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506, 518 ff.

²⁰⁰ S. Aicher (Fn. 187) und oben in Fn. 186.

²⁰¹ Insbesondere unterhalb der Schwellenwerte, weil dort der vergaberechtsspezifische verwaltungsbehördliche Rechtsschutz auf Bundesebene grundsätzlich und auf Landesebene weitgehend (zu den Einzelheiten *Holoubek* [Fn. 195] 211) nicht gilt; dies schließt über die Erlassung einstweiliger Verfügungen auch Provisorialrechtsschutz mit ein, OGH 28.1. 1997, 4 Ob 2360/96d, = WBI 1997, 217.

²⁰² Dies gilt insbesondere für die präventive Wirkung der von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannten weitreichenden Schadenersatzansprüche; vgl auch OGH (Fn. 201): Selbstbindung eines öffentlichen Auftraggebers an die Ausschreibung.

Entscheidung, die Vergabegesetze als Schutzgesetze im wettbewerbsrechtlichen Sinn versteht und damit wettbewerbsrechtliche Konkurrentenklagen von Bietern im Vergabeverfahren zuläßt,²⁰³ was freilich eine zu Recht kritisierte²⁰⁴ Wandlung der Vergabegesetze von staatsgerichteten Schutzgesetzen zu horizontal wettbewerbsregulierenden Vorschriften mit sich bringt. Demgegenüber hat die Bundes-Vergabekontrollkommission die Trennung von Vergaberecht und Wettbewerbsrecht im Zusammenhang mit Fragen der Teilnahme öffentlicher Unternehmen an Vergabeverfahren aufrechterhalten und die Funktion der Wettbewerbsregulierung von innerstaatlichen Quersubventionen dem Wettbewerbsrecht überantwortet.²⁰⁵ Der Generalanwalt und der EuGH sind dieser Auffassung mittlerweile gefolgt.²⁰⁶

Insbesondere die Spruchpraxis der Vergabekontrollorgane²⁰⁷, aber auch die Judikatur der Zivilgerichte²⁰⁸ und des Verfassungsgerichtshofs²⁰⁹ haben bislang den Bieterschutz stark zu Lasten der inhaltlichen Steuerungskompetenz der Verwaltung betont. Insbesondere der Dienstleistungssektor ist von dieser Entwicklung besonders bedroht. Komplizierte, an Qualitätskriterien orientierte Auftragsvergaben drohen heute leicht am Dickicht der Vorschriften und an einer, die Komplexität dieser Vorschriften nur in einem mühevollen Lernprozeß bewältigenden Rechtskontrolle, zu scheitern.

²⁰³ OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v, = bbl 2000, 40; etwas modifizierend in der Folge OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00x, = WBl 2001, 141.

²⁰⁴ Casati Entscheidungsanmerkung, ecolex 2000, 297 f.

²⁰⁵ BVKK (= Bundes-Vergabekontrollkommission), Connex 6/1998, 38.

²⁰⁶ Schlußanträge Generalanwalt Leger vom 15.6.2000, Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rz. 94, und EuGH 7.12.2000, Rs. C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rz. 32 und 38, in einem vom BVA anhängig gemachten Vorabentscheidungsverfahren.
²⁰⁷ S. Fn. 194.

²⁰⁸ Die Zivilgerichte gewähren Schadenersatz (Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse, s. grundlegend OGH SZ. 67/182; näher *Rummel* [Fn. 186] 11 f.; zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben *Holoubek* [Fn. 186] 599 ff.), anerkennen aber auch Teilnahme- und Unterlassungsansprüche, s. OGH 29. 11. 1989, 1 Ob 663/89, = JBI 1990, 520; OGH 22. 11. 1994, 4 Ob 573/94, = ecolex 1995, 328; OGH (Fn. 201), näher dazu *Holoubek* [Fn. 186] 597 f.

²⁰⁹ Überblick bei Holoubek Vergaberechtsschutz im Spiegel der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, ÖZW 1998, 75; weiters VfSlg. 15.216/1998 (Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes als Anknüpfungspunkt für vergaberechtliche Konsequenzen), VfSlg. 15.507/1999 (Bekämpfbarkeit des Widerrufs), sowie die Rechtsprechung zum äußeren Anschein der Unabhängigkeit der Nachprüfungsinstanzen (VfSlg. 15.507/1999 und VfGH vom 1.12.1999, B 2835/96) und zum Gebot vergabespezifischen Rechtsschutzes auch unter den Schwellenwerten (VfGH 30.11.2000, G 110, 111 (99).

Grundsätzlich ist das österreichische Vergaberecht von strikter Wettbewerbsneutralität geprägt. Vergabefremde Zwecke finden sich nur eingeschränkt als praktisch kaum bedeutungsvolle Zielvorgaben²¹⁰ oder als Eignungskriterien zur Sicherung der Zuverlässigkeit nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.²¹¹

Abseits des eigentlichen Vergaberechts lassen sich die auf bundesgesetzlicher Ebene vorhandenen Privatisierungsvorschriften²¹² so verstehen, daß sie in Entsprechung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der im Beihilfenrecht entwickelten Privatisierungsgrundsätze der Kommission,²¹³ entweder eine Privatisierung über die Börse oder ein transparentes, faires und den Grundsatz der Gleichbehandlung sicherndes Vergabeverfahren vor Augen haben. Auch die gesetzlichen Regelungen der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen²¹⁴ übernehmen die klassischen Vergabegrundsätze.

Zu erwähnen sind schließlich die österreichischen Universaldienstkonzepte im Post- und Telekommunikationsbereich.²¹⁵ In beiden Fällen

²¹⁰ § 16 Abs. 7 BVergG zufolge ist im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtheit der Leistung sowie auf die Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis Bedacht zu nehmen.

²¹¹ § 16 Abs. 3 BVergG.

²¹² Bundesgesetz über die Veräußerung von Bundesvermögen (Privatisierungsgesetz [BGBl I 1997/97]); ÖIAG-Gesetz 2000 (BGBl I 2000/24; s. Fn. 51). Daneben sind die haushaltsverfassungsrechtlichen und bundeshaushaltsrechtlichen Vorschriften bezüglich der Verfügung über Bundesvermögen zu beachten, näher *Hengstschläger* Artikel 51 B-VG in: Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Rz. 71 ff. (1999). Auf Landesebene fehlen spezielle Privatisierungsgesetze, auch hier gibt es aber landesverfassungsrechtlich bzw. für die Gemeinden in den einzelnen Gemeindeordnungen landesgesetzlich festgeschriebene Vorschriften über die Veräußerung von Vermögen der Gebietskörperschaften (s. *Koja* Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer², 1988, 261 ff.).

²¹³ XXIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1993, 270. Hintergrund ist, daß Vermögensprivatisierungen den Charakter einer Beihilfe annehmen können, wenn der Verkaufserlös unangemessen niedrig ist. Den von ihr aufgestellten Grundsätzen für die Privatisierung öffentlicher Unternehmen zufolge geht die Kommission ohne weitere Prüfung davon aus, daß ein Privatisierungsvorgang keine Beihilfenelemente enthält, wenn das Unternehmen über die Börse privatisiert wird oder die Privatisierung über einen Ausschreibungswettbewerb erfolgt, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist, insb. nicht an die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten, und wenn in diesem Fall das Unternehmen an den Meistbietenden veräußert wird. S. näher Aicher Gemeinschaftsrecht und österreichisches Beihilfenrecht in: Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg.), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 2000, 217, 222f.

²¹⁴ S. *Holoubek/Lehofer/Damjanovic* Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2000, 39 ff.

²¹⁵ Für den Telekommunikationsbereich vgl. § 24 Abs. 1-31 TKG (BGBl I 1997/100 i.d.F. BGBl I 2000/26); für den Postbereich s. §§ 4, 5 Postgesetz (BGBl I 1998/18 i.d.F.

entsprechen die Universaldienstverpflichtungen im Wesentlichen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.²¹⁶ Der Universaldienst wird im Telekommunikationsbereich grundsätzlich in einem am Wettbewerbsprinzip orientierten Vergabeverfahren vergeben,²¹⁷ im Postbereich wird hingegen der weiterhin im reservierten Monopolbereich tätige Anbieter zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet.²¹⁸ Der Universal-

BGBl I 2000/26). Näher zum Universaldienstkonzept im Telekommunikationsbereich Hoenig/Kressbach/Jacob Das neue österreichische Telekommunikationsgesetz, K&R 1998, 187, 195; Holoubek/Damjanovic, Medienregulierung unter "Konvergenz"-Bedingungen, Medien und Recht, Beilage zu Heft 2/00, 8f.; Obermann/Zorn Zum Angebot von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse in deregulierten Infrastruktursektoren, ÖHW 2000, 35, 49; Zum Universaldienstkonzept im Postbereich s. Richter/Zorn Der Zugang der Bürger zu Infrastrukturleistungen, Forschungsberichte und Arbeitshefte 1998, 7ff.

²¹⁶ Zum Begriff und Umfang des Universaldienstes im Telekommunikationsbereich vgl. Art. 3-8 der RL 98/10/EG über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (ABI 1998 L 101/24), wonach Universaldienst als ein Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität, der allen Nutzern unabhängig von ihrem Standort und, gemessen an den landesspezifischen Bedingungen, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung steht, definiert wird. Dazu gehören die Bereitstellung von Netzanschlüssen und Zugang zu Telefondiensten, Vermittlungshilfe, Notruf- und Auskunftsdiensten, die Bereitstellung öffentlicher Telefonstellen sowie besondere Maßnahmen für behinderte Nutzer und Nutzer mit speziellen sozialen Bedürfnissen. Ausführlich dazu Haag/Gosling Universal Service in the European Union Telecommunications Sector in: Kublicek/Dutton/Williams (Hrsg.), The Social Shaping of Information Superhighways, 1997, 233 ff. Im Postbereich umfaßt der Universaldienst nach der Definition der Europäischen Kommission ganz allgemein die Abholung, den (Weiter-)Transport und die Zustellung von Briefsendungen und Postpaketen. Er muß zu tragbaren Kosten angeboten werden sowie bestimmte Mindeststandards aufweisen (vgl. Art. 3-6 der RL 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften der Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität [ABI 1997 L 15/14]). Näher dazu Gröner/Knorr Die Liberalisierung der Postdienste in der EU, EWS 1996, 225 ff. Diese Definitionen des Universaldienstes werden in den jeweiligen gesetzlichen Rahmenwerken im wesentlichen übernommen, dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technik wird gemäß § 4 Abs. 3 Postgesetz allerdings die Befugnis erteilt, die Dienstleistungen durch Verordnung näher zu konkretisieren sowie gemäß § 25 TKG die Verpflichtung auferlegt, die Qualitätskriterien näher zu bestimmen. Für letztere s. Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr, mit der Qualitätskriterien für den Universaldienst festgelegt werden (Universaldienstverordnung [BGBl II 1999/192]).

²¹⁷ Vgl. § 28 TKG. Derzeit hat aber nach der Übergangsbestimmung in § 125 Abs. 8 TKG noch das ehemalige Telekommunikationsmonopolunternehmen – die Telekom Austria AG – den Universaldienst zu erbringen. S. dazu *Holoubek/Lehofer/Damjanovic* (Fn. 214) 47.
²¹⁸ Dieser Konstruktion liegt die Annahme zugrunde, daß bei einer vollständigen Marktöffnung im Postwesen die Universaldienstleistung zusammenbräche. Insofern dürfen gemäß Art. 7 der Postrichtlinie (Fn. 216) bestimmte Dienste, soweit es zur Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist, dem Wettbewerb vorenthalten

dienst finanziert sich im Telekommunikationsbereich über einen durch die am Markt tätigen Unternehmen gespeisten Universaldienstfonds,²¹⁹ im Postbereich durch die Einnahmen aus den reservierten Postdiensten.²²⁰ Im öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr ist schließlich ein System der Bestellung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen vorgesehen, die in einem Vergabeverfahren vergeben und insoweit nicht als Beihilfe gewertet werden.²²¹

2. Frankreich

a) Empirischer Befund

Der Staat als Leistungsbesteller begegnet in Frankreich in zweifacher, von den historischen Wurzeln und der Grundstruktur her ganz unter-

werden. Die Einnahmen aus diesem reservierten Bereich sollen den Universaldienst finanzieren. Näher dazu Gröner/Knorr (Fn. 216) 226f.; Zorn Die Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im wettbewerbsorientierten Umfeld der Europäischen Union, 1999, 207f. So ist gemäß § 5 Abs. 1 Postgesetz der Universaldienst grundsätzlich von der Österreichischen Post AG zu erbringen. Über Antrag kann der Universaldienst allerdings in sachlichen oder räumlichen Bereichen auch an einen anderen Betreiber übertragen werden (vgl. § 5 Abs. 3 Postgesetz).

²¹⁹ Vgl. § 30 Abs. 1 TKG. Derzeit hat allerdings die Telekom Austria AG gemäß § 29 TKG, da sie beim öffentlichen Sprachtelefondienst über einen Marktanteil von mehr als 80% verfügt, die Universaldienstkosten selbst zu tragen. S. auch *Holoubek/Lehofer/Damjanovic* (Fn. 214) 47. Derzeit werden allerdings die Marktanteile durch die Regulierungsbehörde neuerlich erhoben.

²²⁰ So hat der reservierte Postdienst das dauerhafte Erbringen des bundesweiten Universaldienstes sicherzustellen. Vgl. § 6 Abs. 3 Postgesetz.

²²¹ S. Art. 1 Abs. 4 und 14 der VO 1191/69 des Rates über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, sowie in Umsetzung dieser Bestimmungen § 23 Kraftfahrliniengesetz (BGBl I 1999/203) und das Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 (BGBl I 1999/204). Dabei werden die Leistungen auf Grund eines Pflichtenheftes ausgeschrieben, das den Konzessionsinhaber (der, wenn er als Bestbieter hervorgeht, bei Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen einen Anspruch auf Konzessionserteilung hat - § 23 Abs. 4 KFLG) bindet, womit auch die Vorschreibung bestimmter Auflagen (z.B. über die Betriebs-, Beförderungsund Tarifpflicht, über die Betriebsführerübertragung, über Auftragsfahrten etc.) durch diese vertragliche Verpflichtung ersetzt wird (s. dazu näher AB 2047 BlgNR, 20. GP, 12). Zum System Wimmer/Kahl/Werner Die neue österreichische Gesetzgebung zum öffentlichen Personennahverkehr aus der Sicht des Europarechts, ÖGZ 2/2000, 4; Kahl Widersprüche zum gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbot bei der Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs in Österreich, ZVR 1999, 326. Zu Entwicklungstendenzen Kahl "Kontrollierter Wettbewerb" als Marktöffnungsinstrument der Kommission am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, WBI 2001, 49 ff.

schiedlicher Gestalt: bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im technischen Sinn, marchés publics²²², und bei der délégation de service public²²³. Historisch und typologisch lassen sich die beiden Regelungssysteme den Zielsetzungen der Bedarfsdeckung bzw. der Versorgungssicherung zuordnen. Beide haben lange Tradition, die Wurzeln der marchés publics im Bereich Bauaufträge gehen auf das Jahr 1799 zurück, die erste gesetzliche Regelung stammt aus dem Jahr 1833.²²⁴ Die Übertragung der Erbringung eines service public auf Private in der Rechtsfigur der Konzession hatte ihre erste Hochblüte im Frankreich des 19. Jahrhunderts.²²⁵ Auch dort, wo organisatorisch gesehen in der Folge staatliche Eigentätigkeit durch établissements publics oder sociétés d'économie mixte bestimmend wurde, blieb auf Grund des materiellen Verständnisses des service public das Konzessionsmodell²²⁶ die bestimmende Figur des Rechts der services publics.

Das Gemeinschaftsrecht ist nun dabei, diese gewachsene Systemtrennung gehörig durcheinander zu bringen: zum einen durch die Anwen-

²²² Das Vergaberecht ist in Frankreich im wesentlichen im Code des marchés publics geregelt; vgl. *Delacour* Les sources du droit des marchés publics et des délégations de service public, Petites Affiches 2 fevrier 2000 N° 23, 5: Der Code des marchés publics ist in seiner ursprünglichen Version durch das décret n° 64–729 du 17 juillet 1964 (J.O. du 21 juillet 1964) veröffentlicht worden, das verschiedene Rechtsvorschriften (réglementaires), die in diesem Bereich anwendbar sind, kodifizierte. Die verschiedenen Rechtsvorschriften hatten nach der Rechtsprechung immer einen reglementären Charakter (C.E., 23 mars 1934, Chambre syndicale des fabricants d'équipements militaires, Rec. 435), der sich auf die Dispositionen des article 12 de la loi de finances du 31 janvier 1833 stützte. S. dort (a.a.O., 5) auch zur verfassungsrechtlichen Fundierung. Gewisse Organisationsformen des öffentlichen Sektors können einem anderen Rahmen als dem Code des marchés publics unterworfen sein, dh. ergänzenden Rechtsvorschriften, s. genauer *Delacour* (a.a.O.) 6; vgl. auch *Haase* Internationale Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens, 1997, 70.

²²³ Delacour (Fn. 222) 7: Ursprünglich basierte die délégation de service public auf der Rechtsprechung. So z.B. die (berühmte) théorie de l'imprevision, die vom Conseil d'État in der Entscheidung Gaz de Bordeaux (C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux Rec. 125; R.D.P. 1916, p. 206 et 388, concl. Chardenet, note G. Jèze; G.A.J.A., n° 34, p. 176) formuliert wurde. Erst Ende der 80-iger Jahre wurden für bestimmte Bereiche der délégation Rechtsvorschriften erlassen (z.B. loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 relative á l'amelioration de la décentralisation). Eine vollständige Regelung führte man in Frankreich durch das loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, das "Loi Sapin" genannt wird, ein. Andere Rechtsvorschriften haben in der Folge die Bestimmungen über die délégations de service public ergänzt oder modifiziert. S. zu den dispositions réglementaires Delacour (Fn. 222) 9.

²²⁴ S. oben Fn. 222.

²²⁵ Chapus (Fn. 81) 609 ff.

²²⁶ Vgl. aber *Knemeyer* (Fn. 80) 23.

dung primärrechtlicher Diskriminierungsverbote auf die Delegation der services publics und zum zweiten durch die Ausdehnung des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts auf wesentliche Bereiche der délégation de service public, namentlich durch die Einbeziehung der Baukonzession in das Regime öffentlicher Auftragsvergabe.²²⁷ Dies hat mit zu einer deutlich detaillierteren Regelung des Verfahrens zur Delegation der services publics und, insbesondere auch im Verwaltungsrechtsschutz, zu einer gewissen, wenn auch keineswegs weitgehenden Angleichung der Regelungssysteme geführt. Bestimmte wettbewerbsrechtliche Prinzipien bzw. strafrechtliche Schutzvorschriften erfassen wegen der gleich gelagerten Schutzgüter bzw. Bedrohungssituationen heute auch beide Verfahrenssysteme gleichermaßen.²²⁸ Weil der Rat aber die Dienstleistungskonzession demgegenüber auf Druck gerade auch Frankreichs und entgegen dem Vorschlag der Kommission aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen hat,²²⁹ bleibt der Delegation von services publics industriels et commerciaux aber nach wie vor ein durchaus weiter Anwendungsbereich.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Wesentlicher Punkt bei der Delegation²³⁰ eines service public ist, daß einem Dritten – das kann ein Privater²³¹ oder eine staatliche²³² Einrichtung sein – die Erbringung der Leistungen des service public bei gleichzeitig fortbestehender Verwaltungsverantwortung übertragen wird. Auch bei der Delegation eines service public bleibt also der Staat weiterhin Verantwortungsträger ("maitrise")²³³, wie auf der anderen Seite der Konzessionär

²²⁷ Vgl. *Delacour* (Fn. 222) 14f.; zur Baukonzession s. Art. 1 Lit. d) der Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABI 1993 L 199/54 i.d.F. ABI 1997 L 328/1).

²²⁸ Für beide Verfahren gleichermaßen gelten der article L 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel relatif au recours précontractuel, les principes de l'ordonnance du 1 décembre 1986 relative à la libre concurrence, l'article 432-14 du Code pénal relatif au délit de favoritisme und die articles 432-12 et 432-13 du Code pénal relatifs au délit de prise illégale d'intérêts, s. *Delacour* (Fn. 222) 9f.

²²⁹ S. dazu ausführlich Schlußanträge GA Fennelly (Fn. 183) Rz 21 ff.; *Ullrich* Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht, ZVgR 2000, 85, 92 ff.

²³⁰ S. zur délégation de service public *Mescheriakoff* (Fn. 111) 288 ff.; *Chapus* (Fn. 81) 598 ff. und 472 f.; *Delvolvé* (Fn. 80) 607 ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 291 ff.; *Delacour* (Fn. 222) 7 ff.; *Pielow* (Fn. 97) 158 ff.

²³¹ Mescheriakoff (Fn. 111) 296ff.; s. auch Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 612f.

²³² Mescheriakoff (Fn. 111) 288 und 294; so wird z.B. Produktion und Versorgung mit Strom und Gas grundsätzlich durch die Kommunen mittels Konzessionsvertrag an établissements publics vergeben, vgl. dazu *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 607 u. 611 ff.

²³³ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 472 und. 609.

weiterhin eine staatliche Aufgabe erfüllt und nicht in Ausübung eigener, etwa privatautonomer Freiheit handelt (Prinzip der Habilitation)²³⁴. Dabei sind folgende Grundprinzipien²³⁵ für einen solchen Konzessionsvertrag bestimmend: Weitreichende Spielräume bei der Wahl des Konzessionärs,²³⁶ weil die Übertragung der Erbringung eines service public auf einem Vertrauensverhältnis²³⁷ beruht; das Anpassungsprinzip des service public und die damit verbundene einseitige Abänderungsmöglichkeit²³⁸ des Konzessionsvertrags durch die staatliche Verwaltung als Ausdruck der fortbestehenden Verwaltungsverantwortung, wobei freilich diese Anpassungspflicht auch zugunsten des Konzessionärs wirken kann; und schließlich ist für das Vorliegen einer Konzession essentiell, daß der Konzessionär zumindest im wesentlichen Ausmaß durch die Gegenleistung, die er von den Nutzern des service public erhält, entlohnt wird.²³⁹

²³⁴ Pielow (Fn. 97) 159.; vgl. dazu auch Mescheriakoff (Fn. 111) 288ff. und 296ff.

²³⁵ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 600 und 608f.

²³⁶ Mescheriakoff (Fn. 111) 302 (Übersetzung M. H.): "... die Regel der l'intuitu personae wird selbst nach dem loi du 29 janvier 1993 als fundamental betrachtet. Es wird zu bemerken sein, daß, auch wenn ein komplexes Verfahren eingeführt worden ist, die delegierende juristische Person öffentlichen Rechts immer die Freiheit der Wahl ihres Delegationspartners bewahrt."; s. Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 608 und vgl. auch 600: Ist die Natur eines Vertrages unklar, so weist das Fehlen der freien Wahl des Vertragspartners darauf hin, daß es sich nicht um einen Konzessionsvertrag handeln könne. Es existieren aber Monopolsituationen wie die der EDF und GDF, die ein Monopol über fast das ganze Gebiet im Bereich der Versorgung mit Strom oder Gas haben. Diese établissements sind aber für fast alle collectivités publiques verpflichtende Konzessionäre; vgl. auch Delvolvé (Fn. 80) 617 (Übersetzung M. H.): "Das Prinzip der Freiheit der Wahl des Konzessionärs und viel genereller des délégataire ist unerschütterlich durch die Rechtsprechung etabliert worden." Beachte aber auch die dort dargestellten Ausnahmen; vgl. dazu auch Mescheriakoff (Fn. 111) 315.

²³⁷ Die Verwaltung kann sich den Partner frei aussuchen, ohne daß sie einem Vergabeverfahren (Code des marchés publics) unterworfen ist. Dies rechtfertigt sich durch das besondere Vertrauen, welches die Verwaltung in den Partner haben muß. Dies geht bis hin zur Beendigung des Vertrages, wenn der Partner nicht mehr vertrauenswürdig ist. S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 600.

²³⁸ S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 609: Die dispositions réglementaires des Konzessionsvertrages können von der konzedierenden Autorität geändert werden, wenn es der interêt général verlangt. In diesem Sinne obliegt es der Autorität, die Einhaltung des Konzessionsvertrages zu überwachen.

²³⁹ S. Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 608 und vgl. auch 600: Im Sinne der klassischen und strengen Konzeption ist essentielles Kriterium eine "Entlohnung" durch die Benutzer. Fehlt dieses Element, handelt es sich nicht um einen Konzessionsvertrag; vgl. Chapus (Fn. 81) 611: Die jüngere Entwicklung hat in diesem Zusammenhang klargestellt, daß ein gewisser finanzieller Ausgleich durch den Staat gleichwohl möglich ist, solange substantiell die Erträge des Konzessionärs aus den Nutzungsentgelten stammen und ihm insoweit ein Risiko verbleibt.

Der klassische Konzessionsvertrag besteht aus einem einseitigen²⁴⁰ Teil "reglementaire" und einem vertraglichen²⁴¹ Teil. Ersterer enthält jene Vorschriften, die auch die staatliche Verwaltung, würde sie den service public selbst erbringen, beachten müßte, also insbesondere die Modalitäten zwischen dem Konzessionär und den Nutzern der Dienste einschließlich Tarifregelungen. Diese "cahiers des charges"²⁴² unterliegen im Verhältnis zwischen Staat und Konzessionär dem Verwaltungsrechtsschutz ("recours pour excès de pouvoir").²⁴³ Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Konzessionär und den Nutzern sind allerdings bei den services publics industriels et commerciaux zivilrechtlicher Natur, und zwar nach der Rechtsprechung auch dann, wenn in den Vertragsverhältnissen so genannte clauses exorbitantes du droit commun vorkommen.²⁴⁴

Die Nutzer können allerdings gestützt auf die clauses réglementaires die Verwaltungsgerichte anrufen, um die Einhaltung der Verpflichtungen des staatlichen Konzessionsgebers einzumahnen. Der Rechtsstreit zielt hier wie allgemein der recours pour excès de pouvoir allerdings nicht primär auf die Durchsetzung der Nutzerrechte, sondern auf die Einhaltung der staatlichen Verpflichtungen aus dem service public.²⁴⁵ Auch Schadenersatzansprüche eines Dritten gegen den staatlichen Konzessionsgeber, weil er bestimmte Verpflichtungen für den Konzessionär nicht vorgesehen oder deren Einhaltung nicht durchgesetzt hat, sind anerkannt.²⁴⁶

²⁴⁰ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 472; vgl. auch Mescheriakoff (Fn. 111) 313 f.; Pielow (Fn. 97) 159 ff.

²⁴¹ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 472 (Übersetzung M. H.): "Mit Duguit (Traité de droit constitutionnel, t. 3, 3° éd., 128, p. 446) kann man sagen, daß es sich um Klauseln handelt, die keine Existenzberechtigung hätten, wenn der service durch die Verwaltung selbst gesichert oder das Werk in Regie erstellt würde." Der vertragliche Teil besteht aus den Bestimmungen, die die Dauer der Konzession und die Vorteile, insb. die finanziellen, betreffen und im Konsens festgelegt wurden; vgl. auch Mescheriakoff (Fn. 111) 313.

²⁴² Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 607 f.; Pielow (Fn. 97) 159 f.

²⁴³ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 609 und 473; dort auch zu den Ansprüchen Dritter und Schadenersatzansprüchen.

²⁴⁴ Braibant/Stirn (Fn. 91) 160 und 163 f.; Mescheriakoff (Fn. 111) 229 ff. (238 ff.).

²⁴⁵ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 473: So gab es einen recours pour excès de pouvoir gegen die Entscheidung des Konzessionsgebers, für den Konzessionsnehmer (Eisenbahn) die notwendigen Bauarbeiten vorzunehmen, um den Schienenstrang wieder herzustellen (CE 11 décembre 1968, Synd. de défense de la voie ferrée Bort-Eygurande).

²⁴⁶ Recours en dommages-intérêts eines Dritten gegen den Konzessionsgeber wegen des Schadens, der aus der Weigerung des Konzessionsgebers entstand, einen Konzessionär zu zwingen, verschiedene Arbeiten im Bereich der Wasserversorgung und der Elektrizität vorzunehmen (CE Sect. 7 septembre 1958, Soc. Eléctricité et eaux de Madagascar), s. Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 472 f.

Neben dem eigentlichen Konzessionsvertrag gibt es weitere Vertragsformen mit vergleichbarer Funktion, so die affermage, eine Art Pachtvertrag, wo der Pächter auch Entgelte an den Staat abliefern muß,²⁴⁷ oder den contrat de gérance, eine Art Geschäftsführungsvertrag.²⁴⁸

Das Verfahren der Delegation eines service public enthält in aller Regel einen Aufruf zum Wettbewerb, ein daran anschließendes Präqualifikationsverfahren sowie die Einladung an bestimmte Kandidaten, Angebote zu legen. Am Ende stehen aber Freiheit der Wahl des Vertragspartners und freie Vertragsverhandlungen. Verfahrensregelungen zielen also vor allem auf Transparenz, nicht aber auf einen Vergabewettbewerb im technischen Sinn.²⁴⁹

Das Verfahren der Delegation von services publics unterliegt der Rechtmäßigkeitskontrolle, die Nichtbeachtung der Publizitäts- und Wettbewerbsvorschriften ist Gegenstand eines vereinfachten Verfahrens vor dem Präsident des Tribunal Administratif, der in möglichst kurzer Frist das Verfahren aussetzen kann. Eine mißbräuchliche Ermessensausübung unterliegt der Aufhebung.²⁵⁰

In Frankreich wird der Unterschied zwischen dem service public-Konzept und dem auf Sicherung bestimmter Mindesterfordernisse ausgerichteten gemeinschaftsrechtlichen Konzept des Universaldienstes betont. Daher geht auch der nach wie vor durch die France Télécom erbrachte service public als telekommunikationsrechtlicher Universaldienst,²⁵¹ der über einen durch die am Markt tätigen Unternehmen

²⁴⁷ Sie finden vor allem in Kommunen z.B. im Bereich der Wasserversorgung, der städtischen Transportnetze und den Parcs de Stationnement Anwendung. S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 611.

²⁴⁸ S. zu den Vertragsformen *Delvolvé* (Fn. 80) 611 ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 599 und 607 ff.; vgl. zu den délégations unilaterales *Mescheriakoff* (Fn. 111) 315 ff., *Delacour* (Fn. 222) 8.

²⁴⁹ Mescheriakoff (Fn. 111) 309 ff.: Das Verfahren setzt sich aus zwei Phasen zusammen: Die erste Phase beginnt mit der Einhaltung der Publizität, indem es einen Aufruf zum Wettbewerb gibt. In der Folge erstellt die collectivité nach der Überprüfung der "garanties professionelles" der Kandidaten, ihrer Eignung die Kontinuität des service public und die Gleichheit der Benutzer zu wahren, eine Liste. Die zweite Phase beinhaltet die Zustellung eines Dokuments an jeden "candidat", welches Aufschluß über den zu erbringenden service und etwa die Bedingungen der "tarification" gibt. Die "propositions" werden frei verhandelt und die colléctivité hat die Freiheit der Wahl des Vertragspartners; vgl. auch Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 601 ff.

²⁵⁰ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 601 f.; s. auch die aus den lois vom 29. Jänner und 29. Dezember 1993 stammenden Artikel L 22 und L 23 TA-CCA.

²⁵¹ Vgl. dazu *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 549; Art L 35-1 (L. n° 96-659 du 26 juillet 1996); *Bricard et al.* Telecommunication Law in France in: Scherer (Hrsg.), Telecommunication Laws in Europe, 1998, 116ff. (125f.).

gespeisten Universaldienstfonds finanziert wird, über die gemeinschaftsrechtlichen Mindestanforderungen deutlich hinaus.

Wohl wegen seiner langen Tradition sperrt sich das eigentliche französische Vergaberecht einigermaßen gegen seine völlige Umformung durch das Gemeinschaftsrecht.²⁵² Sinnfälliger Ausdruck ist, daß der Code des marchés publics²⁵³ in vier Abschnitten das genuin innerstaatliche Vergabeverfahren,²⁵⁴ und in einem fünften abschließenden livre die Umsetzungsbestimmungen der EU-Vergaberichtlinien²⁵⁵ enthält.

²⁵² Delvolvé Vers l'unification du droit des "marchés publics"? in: FS Drago, L'unité du droit, 1996, 225 ff.; Delacour (Fn. 222) 11 ff.; Haase (Fn. 222) 71; vgl. auch Braconnier Le droit des marchés publics, 10 ans de jurisprudence 1988–1998, 38 ff.; Ax Les procédures de protection juridique en France, Europäisches Vergaberecht 1995, 227 ff.

²⁵³ Der Code ist auch unter der Seite http://www.finances.gouv.fr/reglementation/ CMP/code/ am Server des Ministère de l'économie des finances et de l'industrie abzurufen.

²⁵⁴ Im ersten Buch befinden sich allgemeine Bestimmungen (Livre I: Dispositions générales applicables aux marchés publics, Art. 1 bis 38-8 CMP). Hier finden sich Vorschriften grundsätzlicher Art über das öffentliche Auftragswesen, die zentrale Marktkommission, die beim Wirtschafts- und Finanzministerium eingerichtet ist, die öffentliche Bekanntgabe und über Untersuchungen und Koordination durch die Verwaltung. Das zweite Buch enthält die Vorschriften über die Vergabe durch den Staat und seine öffentlich-rechtlichen Einrichtungen anderer Art als kommerzieller und industrieller Natur (Livre II: Marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial, Art. 39 bis 249 CMP). Hier finden sich Bestimmungen über die Durchführung, Finanzierung, Kontrolle, Streitfälle und Informationen über die Vergabe. Aufträge im Namen der Gebietskörperschaften und ihrer juristischen Personen öffentlichen Rechts finden sich im dritten Buch (Livre III: Marchés passés au nom des colléctivités territoriales et de leurs établissements publics, Art. 250 bis 361-2 CMP). Im vierten Buch ist die Koordination der öffentlichen Aufträge im örtlichen Bereich geregelt (Livre IV: Coordination des commandes publiques sur le plan local, Art. 362 bis 377 CMP), insbesondere Einrichtungen von Kommissionen, welche die Koordination der Aufträge gewährleisten sollen und deren Vorgangsweise; vgl. http://www.finances.gouv.fr/ reglementation/CMP/code/, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie; Haase (Fn. 222) 71; Delacour (Fn. 222) 5; Bayer et al. (Hrsg.), Europäische Vergaberegeln im Bauwesen, Loseblatt, Stand: April 1994, Frankreich 4.1, 2; s. auch Nissou Das öffentliche Auftragswesen in Frankreich, Europäisches Vergaberecht 1995, 23 ff.

²⁵⁵ Das fünfte livre enthält Regelungen über die Maßnahmen der Publizität und des Wettbewerbs für die Vergabe von Aufträgen über Bauleistungen, Warenlieferungen und Dienstleistungen (Livre V: Mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains marchés de fournitures, de travaux et de services, Art. 378 bis 399 CMP). Dieser Teil umfaßt Bestimmungen, welche die EU-Vergaberichtlinien umsetzen. Er ist in generelle Bestimmungen und spezielle Vorschriften über die Sektoren der Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation gegliedert; vgl. http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/code/, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie; *Haase* (Fn. 222) 71; *Delacour* (Fn. 222) 5; *Bayer et al.* (Fn. 254) Frankreich 4.1, 2.

Das französische Recht ordnet öffentliche Aufträge grundsätzlich²⁵⁶ dem öffentlichen Recht zu. Seinen Ursprung hat diese Zuordnung im Mißtrauen der Regierung gegen Zivilgerichte, theoretische Grundlage ist die Theorie der Gewaltenteilung.²⁵⁷

Der Code des marchés publics gilt nur bis zu gewissen Schwellenwerten, darunter gibt es keine speziellen Verfahrensregelungen.²⁵⁸ Zielsetzungen des Vergabeverfahrens sind Transparenz, Gleichbehandlung, Formalisierung der Entscheidung des Auftraggebers und über den damit bewirkten Wettbewerb die Effizienzsicherung beim Einsatz öffentlicher Mittel.²⁵⁹

Auch der Code des marchés publics kennt cahiers de charges²⁶⁰, die auf die Art der Aufträge – Lieferungen, geistig schöpferische Leistungen, Bauleistungen und industrielle Leistungen²⁶¹ – bezogene administrative bzw. technische clauses festlegen.²⁶² Diese cahiers bestimmen als vereinheitlichte Vertragsbedingungen den am Ende eines Vergabeverfahrens stehenden Verwaltungsvertrag. Die cahiers de clauses administratives générales und die cahiers de clauses techniques générales, auf die sich jede vergebende staatliche Stelle berufen muß, werden zentral von einer Commission Centrale des Marchés zusammengestellt und per Dekret verbindlich gemacht.²⁶³

Der Vertrag²⁶⁴ kommt dabei nicht schon mit der Erteilung des Zuschlags, der selbständiger Bekämpfung unterliegt, zustande; der Zuschlag allein gewährt auch keinen Anspruch auf Abschluß des Vertrages.²⁶⁵ Für den Abschluß des Vertrages bedarf es noch der Unter-

²⁵⁶ Haase (Fn. 222) 71; Hübner/Constantinesco (Fn. 82) 88; vgl. dazu auch Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 518 ff.; Lütje (Fn. 98) 45 ff.

²⁵⁷ Lütje (Fn. 98) 11.

²⁵⁸ Chapus (Fn. 81) Bd. 1, 1140; Delacour (Fn. 222) 6; vgl. auch Nissou (Fn. 254) 66.

²⁵⁹ Delacour (Fn. 222) 6.

²⁶⁰ Delacour (Fn. 222) 7; Haase (Fn. 222) 70; Hübner/Constantinesco (Fn. 82) 88; vgl. Chapus (Fn. 81) 522; Lütje (Fn. 98) 65 ff., 72 ff.; Bayer et al. (Fn. 254) Frankreich 4.1, 5.

²⁶¹ S. näher unter http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/ccag/, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie.

²⁶² Man unterscheidet zwischen den generellen, den Cahiers des clauses administratives générales und Cahiers des clauses techniques générales, und den besonderen Dokumenten, den Cahiers des clauses administratives particulières und Cahiers des clauses techniques particulières, *Delacour* (Fn. 222) 6; http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/ccag/; *Haase* (Fn. 222) 70; vgl. dazu auch Art. 112 f. CMP.

²⁶³ S. Art. 4 CMP; nach Art. 113 CMP werden diese per décret genehmigt.

²⁶⁴ S. dazu Chapus (Fn. 81) 522 ff.

²⁶⁵ Vgl. dazu auch Ax Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1996, 461.

zeichnung des "acte d'engagement" durch den Auftraggeber²⁶⁶ und der Vorlage an zentralstaatliche Organe.²⁶⁷

Sowohl Streitigkeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens als auch solche aus dem Vertragsverhältnis unterliegen grundsätzlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle²⁶⁸. Dabei unterliegen Maßnahmen im Vergabeverfahren als sogenannte actes détachables²⁶⁹ dem recours pour excès de pouvoir²⁷⁰; für Mitbewerber ist das auch der einzige Weg, den Vertrag selbst anzugreifen und die Verwaltung zur Aufhebung desselben zu zwingen.²⁷¹ Ein eigenes Verfahren – recours de pleine jurisdiction²⁷² – ist für Schadenersatzbegehren vorgesehen. Der erfolgreiche Bieter, der bereits Vertragspartner des Auftraggebers ist, hat daneben die Möglichkeit, den Vertrag selbst vor dem juge du contrat anzugreifen. In diesem Fall ist verpflichtend ein Vorverfahren zwischen der Verwaltung und dem Vertragspartner vorgesehen.²⁷³ Im einzelnen bestehen zahlreiche Probleme, insbesondere ist das Verhältnis zwischen dem juge pour excès de pouvoir und dem juge du contrat insoferne problematisch, als selbst bei Aufhebung eines acte détachable durch den juge pour excès de pouvoir eine Kompetenz des juge du contrat verbleibt, die Frage der Auswirkungen der Verfahrenshandlung auf den Vertrag selbst zu beur-

²⁶⁶ Der acte d'engagement wird von der personne responsable du marché (Vertreter der juristischen Person öffentlichen Rechts, die Vertragspartei wird) unterzeichnet. Die Liste dieser Personen wird in jedem departement ministeriel durch einen arrêté des Ministers aufgestellt; s. Art. 44 al. 2 CMP.

²⁶⁷ Vgl. dazu auch Art. L 2131-1, 2131-12 CGCT für die Gemeinden bzw. 3131-1, 3131-6 CGCT für die Departements, jeweils iVm. Art. L 1411-9 CGCT.

²⁶⁸ Die einschlägigen Prozeßvorschriften enthalten spezielle Bestimmungen für den Rechtsschutz im Bereich öffentlicher Aufträge; vgl. dazu Ax (Fn. 252) 227 ff.; Delacour (Fn. 222) 13; s. auch Hübner/Constantinesco (Fn. 82) 86 ff.; Ax (Fn. 265) 447 ff.; Jouguelet Le contrôle du juge administratif et le droit communautaire, Petites Affiches 2 fevrier 2000 N° 23, 60 ff.

²⁶⁹ Vgl. Koch Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, 112 und 154f.

²⁷⁰ S. dazu auch Koch (Fn. 269) 104ff. (112).

²⁷¹ S. zur Klagslegitimation auch CE, 2 janvier 1935, Astay: Rec. CE, p. 5; CE, 11 novembre 1919, Calvet, Rec. CE, p. 621; S. zur heutigen Rechtsprechung: CE, 6 décembre 1995, req. 148964, Sté Jean-Claude Decaux, Dpt de l'Aveyron: Rec. CE, p. 45; CE 19 février 1996, req. n° 148794, Sté Aubettes: Rec. CE, p. 45 und 47.

²⁷² Vgl. auch Koch (Fn. 269) 112; Droit des marchés publics, 1999, Dossiers III 630, Rn 2.

²⁷³ Diese Verpflichtung findet ihre Grundlage in den verschiedenen Cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics; vgl. CCAG-travaux Art. 50 ff., CCAG-fournitures courrantes et services Art. 33 ff., CCAG-prestations intellectuelles Art 40.1 ff. und CCAG-marchés industriels Art. 40.1 ff.

teilen.²⁷⁴ Allerdings sieht die jüngere Rechtsprechung die Möglichkeit des juge pour excès de pouvoir vor, die Verwaltung zu verurteilen, sich an den Vertragsrichter zwecks Vertragsauflösung zu wenden.²⁷⁵

3. Großbritannien

a) Empirischer Befund

Mit der Umsetzung der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien mittels Regulations²⁷⁶ wurden im englischen Recht erstmals kodifizierte Rechtsvorschriften im öffentlichen Auftragswesen erlassen, die auch die zentrale staatliche Verwaltung, insbesondere die Ministerien, binden.²⁷⁷ Das innerstaatliche Vergaberecht kannte bis dahin auf zentraler Ebene nur Procurement Policy Guidelines²⁷⁸. Demgegenüber wurde die Auftragsvergabe auf lokaler Ebene dem Grundsatz nach seit dem Local Government Act 1972 gesetzlich dahingehend geregelt, daß die einzelnen Local Authorities auf dem Wettbewerbsprinzip basierende eigene Vergabeverfahrensregeln erlassen mußten.²⁷⁹ Eine Harmonisierung der Regelungssysteme erfolgte nicht, umgesetztes europäisches Vergaberecht steht grundsätzlich neben innerstaatlichen Vorschrif-

²⁷⁴ CE, 1 octobre 1993, Sté le Yacht-Club international de Bormes-les-Minosas, Req. n° 54660; *Letschert* Vergaberecht – Frankreich, unveröffentlichtes Vortragsmanuskript 2000. 28.

²⁷⁵ Vgl. CE, 7 octobre 1994: Rec. CE, p. 430. S. aber auch noch die Entscheidung des TA Versailles, 23. octobre 1997, Sté Plastic Omnium c/SICTOM Région Isle Adam; *Letschert* (Fn. 274).

²⁷⁶ Die Public Works Contracts Regulations 1991, Public Services Contracts Regulations 1993, Public Supply Contracts Regulations 1995 und die Utilities Contracts Regulations 1996 wurden vom Finanzminister als Delegated Legislation auf Grund sec. 2(2) European Communities Act 1972 erlassen.

²⁷⁷ Anfangs ging Großbritannien wie Deutschland den Weg bloß verwaltungsinterner Umsetzung der Richtlinien mittels Administrative Circulars. Vgl. Weatherill Enforcing the Public Procurment Rules in the United Kingdom in: Arrowsmith (Hrsg.), Remedies for enforcing the public procurement rules, 1993, 275 f.; Arrowsmith The law of public and utilities procurement, 1996, 63.

²⁷⁸ Vormals Consolidated Guidelines. Diese vom Finanzministerium erlassenen Guidelines erzeugen keine durchsetzbaren Rechte oder Verpflichtungen. S. etwa *Höfler* Haftung und Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers im englischen Recht: eine rechtsvergleichende Untersuchung des englischen öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung der europäischen Richtlinien zur Vereinheitlichung der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, 41.

²⁷⁹ Sec. 135(2) Local Government Act 1972 (dazu etwa Arrowsmith [Fn. 277] 266).

ten.²⁸⁰ So räumen die ebenfalls in den einzelnen Regulations umgesetzten Rechtsmittelrichtlinien²⁸¹ die von ihnen vorgesehenen Rechtsbehelfe speziell für den Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts und ausdrücklich "without prejudice to any other powers of the court"²⁸² ein.

Dabei ist das dem gemeinschaftlichen Vergaberecht zugrundeliegende Wettbewerbsprinzip auch der bestimmende Grundsatz der genuin englischen Regelungen.²⁸³ Die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge werden dabei vor allem durch den Deregulation and Contracting Out Act 1994²⁸⁴ ergänzt, der für die "make or buy"-Entscheidung, also die Entscheidung zwischen staatlicher Eigentätigkeit oder der Auslagerung einer bis dahin staatlichen Aufgabe auf Private mit anschließendem Leistungszukauf, in weitreichendem Ausmaß eine Effizienzprüfung orientiert am "value for money"-Konzept²⁸⁵ vorsieht

²⁸⁰ Für Arrowsmith hat sich zwar durch die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien die Position des Auftragnehmers verbessert (s. nur etwa die Zulässigkeit einer normalerweise gem. sec. 21(1)a Crown Proceedings Act 1947 gegen die Krone ausgeschlossenen Injunction im Anwendungsbereich der Regulations), sie bezweifelt jedoch, ob das neue System von Rechtsmitteln vor dem Hintergrund des bestehenden rechtlichen Systems in Großbritannien eine Zunahme der Klagebereitschaft bewirkt und somit effizient ist. [Arrowsmith (Fn. 277) 266 m.w.H.]. S. auch Medhurst EU Public Procurement Law, 1997, 8ff.

²⁸¹ Vgl. dazu auch Medhurst (Fn. 280) 25 f.

²⁸² Works Regulation 31(6)(b)(i), Supply Regulation 29(5)(b)(i), Services Regulation 32(5)(b)(i) und Utilities Regulation 35(5)(b)(i); s. dazu insb. *Arrowsmith* (Fn. 277) 905 f.

²⁸³ Vgl. neben sec. 135(2) Local Government Act 1972 auch Punkt 5 der Procurement Policy Guidelines, der eine Auftragsvergabe im Bereich des Versorgungs- und Beschaffungswesens vorsieht, sofern nicht überzeugende Gründe dagegen sprechen.

²⁸⁴ Der gleichermaßen für die Ministerien (sec. 69) als auch für die Local Authorities (sec.70) geltende Deregulation and Contracting Out Act 1994 ermöglicht – abgesehen von den in sec. 71 genannten Ausnahmen wie etwa der Ausübung der Jurisdiktionsgewalt oder dem Recht auf Hausdurchsuchung – das mittels Order erfolgende Contracting Out der meisten Public Functions und ist als Konsequenz der von der Regierung im Zweifelsfall gehandhabten Bevorzugung des Contracting Out zu sehen. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen nach adäquatem Rechtsschutz für den Einzelnen sind in der englischen Literatur und Rechtsprechung noch nicht hinlänglich geklärt [Arrowsmith (Fn. 277) 26f.]. Jedenfalls machten aber die Befugnisse nach dem Deregulation and Contracting Out Act die Schaffung eines eigenen Verfahrens innerhalb des Parlaments zum Schutz vor einem eventuellen Mißbrauch der Bestimmungen notwendig (Bradley/Ewing [Fn. 137] 722).

²⁸⁵ "Value for money" als Zielsetzung der Procurement Policy Guidelines, der Private Finance Initiative oder des Local Government Act 1999; s. dazu auch White Paper 1995: Setting New Standards: a Strategy for Government Procurement; *Arrowsmith* (Fn. 277) 4f.

und im Zweifel von einem Vorrang des Contracting Out ausgeht.²⁸⁶ In diesem Zusammenhang spielt auch die so genannte "Private Finance Initiative", die die Übertragung insbesondere von Versorgungsaufgaben auf Private zum Ziel hat, eine wesentliche Rolle.²⁸⁷ Bei mehreren Projekten wurde dabei festgestellt, daß derartige Contracting Out-Modelle gegenüber einfachem Leistungszukauf, also traditioneller Auftragsvergabe, wesentliche Kosteneinsparungen mit sich brachten.²⁸⁸ Anders als die Delegation der Services Publics in Frankreich wurde die Private Finance Initiative in Großbritannien von vorneherein als Teil des Public Procurement betrachtet²⁸⁹ und dem Wettbewerbsprinzip unterworfen.²⁹⁰ Anwendung findet diese Private Finance Initiative insbesondere auf Infrastrukturvorhaben mit hohem Finanzbedarf.²⁹¹ Dabei wird zwischen verschiedenen Modellen²⁹² unterschieden, die den staatlichen Beitrag entweder überhaupt auf Hilfestellung beim Planen und der Lizenzierung beschränken²⁹³ oder eine teilweise öffentliche Finanzierung

²⁸⁶ Arrowsmith (Fn. 277) 26f.

²⁸⁷ Die 1992 gegründete Private Finance Initiative als neue Methode des Procurement stellt für die britische Regierung eines der Hauptinstrumente zur Sicherung der Effizienz in Partnerschaften mit dem privaten Sektor dar. Vgl. dazu *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* Regulating Public Procurement, 2000, 396; *Medhurst* (Fn. 280) 67 f.

²⁸⁸ Verglichen mit der traditionellen Auftragsvergabe zeigt sich, daß die durchschnittliche Kostenersparnis für die ersten acht DBFO (design, build, finance and operate) Road Contracts 15% betrug, bei den Bridgend und Fazakerley Gefängnisprojekten wurden mehr als 10% während der Vertragsdauer eingespart und der Ersatz des National Insurance Recordingsystem brachte eine geschätzte 60% Ersparnis gegenüber einer ähnlichen Entwicklung im öffentlichen Sektor (Quelle: *Treasury Taskforce* Private Finance Partnerships for Prosperity. The Private Finance Initiative, 1997).

²⁸⁹ Wenngleich die im Rahmen der Private Finance Initiative laufenden Projekte nicht als traditionelle Beschaffungsmaßnahme zu sehen sind: "They are hybrids.", so Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr. (Fn. 287) 397. In internationaler Terminologie entsprechen die Private Finance Projects der Bezeichnung Konzession oder Lizenz. Zu den rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie Voraussetzungen der PFI s. McCrudden Regulation and Deregulation, 1999, 145 ff.; Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr. (Fn. 287) 402 ff.

²⁹⁰ Vgl. dazu u.a. Medhurst (Fn. 280) 67 f.

²⁹¹ Z.B. Projekte wie Ärmelkanaltunnel, Docklands Light Railways Extension, M40 u.ä. (einen vollständigen Überblick über PFI Projekte etwa des Department of the Environment, Transport and the Region in: DETR, Public/Private Partnerships and the Private Finance Initiative: Summary of DETR Public/Private Partnership Projects).

²⁹² Unterschieden wird zwischen "financially free standing projects", "joint ventures" sowie "services sold to the public sector" (ausführlich dazu *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* [Fn. 287] 396 ff.).

²⁹³ Beispiele für "financially free standing projects", bei denen der private Sektor die ihm entstehenden Kosten durch direkte Gebühreneinhebung beim Verbraucher ein-

insbesondere zur Sicherstellung eines größeren Spektrums von Sozialleistungen vorsehen.²⁹⁴

Auf lokaler Ebene wurde der Zwang zum Contracting Out seit dem Local Government Act 1988 durch das so genannte Compulsory Competitive Tendering²⁹⁵ verstärkt,²⁹⁶ demzufolge selbst dann, wenn staatliche Einrichtungen bestimmte Leistungen grundsätzlich selbst erbringen wollten, sie zuvor ein Vergabeverfahren durchführen mußten, an dem sich die "Inhouse Unit" beteiligen und als Bestbieter durchsetzen mußte.²⁹⁷ Auf Grund zahlreicher Kritik an diesem Modell²⁹⁸ hat der Local Government Act 1999²⁹⁹ dieses System durch das des so genannten "best value"³⁰⁰ ersetzt, das den Spielraum der Local Authorities und damit die Möglichkeit der Wahl staatlicher Eigenwahrnehmung vergrößert hat.³⁰¹

b) Rechtliche Ausgestaltung

Vergabeverträge unterliegen in England prinzipiell den privatrechtlichen Vertragsvorschriften,³⁰² Streitigkeiten fallen in die Zuständigkeit

holt, sind etwa die Second Severn Bridge oder das Dartford River Crossing (s. Arrow-smith/Linarelli/Don Wallace Jr. [Fn. 287] 397).

²⁹⁴ Beispiele für "joint ventures", die hinsichtlich des finanziellen Beitrags des öffentlichen Sektors einem "value for money" Test unterliegen, sind etwa Manchester's Metrolink oder City and Town Regeneration Schemes.

²⁹⁵ Vgl. Arrowsmith (Fn. 277) 622. In der Literatur wird häufig die Abkürzung CCT verwendet [s.u.a. Medhurst (Fn. 280) 69].

²⁹⁶ Zum Rahmenwerk des Compulsory Competitive Tendering (CCT) zählten im wesentlichen die Bestimmungen des Local Government Planning and Land Act 1980, Local Government Act 1988 und des Local Government Act 1992 [vgl. dazu etwa *Arrowsmith* (Fn. 277) 633 ff.].

²⁹⁷ Einen guten Überblick über CCT gibt *Medhurst* (Fn. 280) 69 ff.; ausführlich *Arrowsmith* (Fn. 277) 649 ff. und 705 ff.

²⁹⁸ Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, Schwierigkeiten einer Qualitätskontrolle, komplexe und unübersichtliche Vorschriften (vgl. dazu *Arrowsmith* [Fn. 277] 623, 635: "Frankenstein's monster style jumble of legislative provisions which are clumsily composed and difficult to understand"; *Vincent-Jones* The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services, Public Law 1999, 304, 315).

²⁹⁹ Gem. sec. 21 des Local Government Act 1999 traten die Vorschriften des CCT mit 2.1.2000 außer Kraft.

³⁰⁰ Näher dazu *Boyne* Process, performance and best value in local government in: Local government studies Vol. 25, 1999, 1ff.; *Walker/Davis* Perspectives on Contractual Relationships and the Move to Best Value in Local Authorities in: Local Government Studies Vol.25, 1999, 17 ff.

³⁰¹ Vgl. Vincent-Jones (Fn. 298) 322f.

³⁰² Arrowsmith (Fn. 277) 9; Höfler (Fn. 278) 56, der in diesem Zusammenhang von einer grundsätzlichen "Formfreiheit der Beschaffungsverträge" spricht. In der Praxis

der Gerichte.³⁰³ Ob und inwieweit Rechtsmittel³⁰⁴ für einen "Breach of Public Law" auch für vergaberechtliche Streitigkeiten zur Anwendung kommen sollen, ist in der Literatur umstritten, die Rechtsprechung ist tendenziell zurückhaltend.³⁰⁵ Es finden sich aber Ansätze in Richtung auch eines vorvertraglichen Bieterschutzes.³⁰⁶ Die innerstaatlichen Rechtsmittel treten neben die speziellen, die in Umsetzung der gemeinschaftlichen Rechtsmittelrichtlinien die Regulations geschaffen haben.³⁰⁷

gibt es so genannte "Model forms of contract" (s. die vom Finanzministerium herausgegebene CUP Guidance No. 23).

³⁰³ Vgl. dazu etwa *Arrowsmith* (Fn. 277) 9 unter Betonung dieses wesentlichen Unterschiedes zwischen dem englischen und französischen Vergaberecht. Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in England sind im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten keine eigenen Spruchkörper in der Form von tribunals anzutreffen [vgl. auch *Höfler* (Fn. 278) 203].

³⁰⁴ Neben den auch im Bereich des "breach of private law duties" anwendbaren nicht vermögensrechtlichen Rechtsmitteln der Injunction und der Declaration, gibt es für einen "breach of public law" noch die unter dem Sammelbegriff Prerogative Orders fallenden Rechtsmittel Certiorari, Mandamus und Prohibition, wobei jedoch zu beachten ist, daß, sofern es sich nicht um einen Anwendungsfall der Regulations handelt, diese wie auch die Injunction im allgemeinen nicht gegen die Krone erlassen werden dürfen [vgl. dazu und zu den möglichen Ausnahmen *Arrowsmith* (Fn. 277) 882, 906]. Diese Rechtsmittel fallen in die Zuständigkeit des High Court.

305 Insb. umstritten ist die Frage der Anwendbarkeit der Prinzipien der Judicial Review im Bereich des Vergaberechts, wobei sich die Diskussion in Lehre [vgl. etwa Arrowsmith (Fn. 277) 35 ff., die sich für eine Anwendbarkeit der Judicial Review ausspricht] und Rechtsprechung [s. etwa R v Enfield London Borough Council, ex p. Unwin [1989] C.O.D.466; R v Hibbit and Sanders, ex p. the Lord Chancellor's Department, weitere Nachweise bei Arrowsmith (Fn. 277) 35 ff.] v.a. um das Erfordernis eines Public Law Element in der Vergabeentscheidung dreht. Eine zaghafte Aufgabe der Zurückhaltung gegenüber der Anwendbarkeit der Judicial Review im Vergaberecht meint Weatherill bereits erkennen zu können [Weatherill (Fn. 277) 300].

306 Vgl. nur die Entscheidung im Fall Blackpool Aero Club v Blackpool Borough Council [1990] 1 W.L.R. 1195, in der der Court of Appeal einen "implied contract" anerkennt, der einen Anspruch des Bieters auf Berücksichtigung seines form- und fristgerecht abgegebenen Angebots enthält. S. aber auch die Nachfolgeentscheidung Fairclough Building Ltd v. Port Talbot Borough Council 62 B.L.R. 82; 33 Con.L.R.24, C.A., in der der Court of Appeal dem Schadenersatzbegehren der Klägerin auf Grund der Rechtmäßigkeit der Streichung aus der Bieterliste nicht statt gab [Beide Entscheidungen zitiert nach Arrowsmith (Fn. 277) 37 ff.]. Die sich stellenden Fragen nach der Natur des "implied contract" und seiner Anwendbarkeit auf sämtliche Vergabeverfahrensarten sind noch weithin ungeklärt [vgl. dazu Arrowsmith (Fn. 277) 37; Weatherill (Fn. 277) 290f.; Höfler (Fn. 278) 144].

³⁰⁷ Vgl. dazu Arrowsmith (Fn. 277) 903 f. Durch die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien in das englische Recht wurden die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen als neue Rechtsmittel in das englische Recht eingeführt.

Beide Rechtsbereiche spielen freilich insofern zusammen, als die Regulations keine Regeln für die Voraussetzungen und die Bemessung von Schadenersatzansprüchen enthalten.³⁰⁸ Schwierigkeiten bereitet die Zuschlagsbekämpfung, folgt doch grundsätzlich das englische Recht dem Modell, daß mit Zuschlag unmittelbar der Vertrag geschlossen und ein solcher von den Gerichten nicht wieder aufgehoben werden kann.³⁰⁹

Am Wettbewerbsprinzip orientierte Modelle von Vergabeverfahren finden sich darüber hinaus bei der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen³¹⁰ und im Verkehrssektor. Hier dürfen Local Authorities Transportdienste nur mehr nach einem Competitive Tendering-Verfahren subventionieren.³¹¹

Der Blick auf das englische Recht wäre freilich verkürzt, wollte man ihn hier abbrechen. Auch in Großbritannien gibt es, freilich gänzlich anders strukturiert, rechtliche Systeme abseits des Vergaberechts, die wie das französische Konzessionsmodell garantieren sollen, daß aus Gemeinwohlgründen bestimmte Leistungen vom Markt erbracht werden. Die materielle Privatisierung wesentlicher Versorgungsbereiche in Großbritannien hat nämlich nicht zu einem völligen Rückzug des Staates aus der Versorgungssicherung geführt: Das britische System der Versorgungssicherung ist das der unabhängigen Regulierungsbehörden.³¹²

³⁰⁸ Zu dieser Problematik ausführlich Arrowsmith (Fn. 277) 912 ff.; Weatherill (Fn. 277) 287 ff.

³⁰⁹ Prinzip des "concluded contracts may not be set aside" [s. Arrowsmith (Fn. 277) 910; Höfler (Fn. 278) 134]. Demnach wird allgemein vertreten, daß derzeit der Zuschlag selbst nicht bekämpft werden kann. Ein Ausweg wird zivilrechtlich gesehen, wenn der Bieter am vergaberechtswidrigen Abschluß mitwirkt bzw. davon Kenntnis hat. Zum Vergaberecht gibt es jedoch allgemein noch wenige Entscheidungen. Eine Anpassung in Folge des EuGH Urteils in der Rs Alcatel (EuGH Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a. Slg. 1999 I-7671 ff.) ist auch in der jüngsten nationalen Vergaberechtsnovelle nicht erfolgt. Ausführlich dazu Pachnou Direct and Indirect Effect of Directives and State Liability: Their Applicability in Relation to Procurement Remedies, Public Procurement Law Review 2000, 251 (insb. 253 ff.)

³¹⁰ Rechtsgrundlage für die Vergabe der Mobilfunkfrequenzen in Großbritannien ist der Wireless Telegraphy Act 1998. Danach wird in sec. 3 der Versteigerungsmodus für die Vergabe festgelegt. Die näheren Verfahrensvorschriften hat der Secretary of State durch sog "regulations" beziehungsweise auf ihrer Grundlage erlassener "notices" zu bestimmen.

³¹¹ In Großbritannien kam es mit dem Transport Act 1985 – mit Ausnahme von London (vgl. Fn. 143) – zu einer vollständigen Deregulierung des Verkehrssektors. Durch sec. 89 des Transport Act 1985 – durch welche die Subventionierung von Dienstleistungen im Verkehrssektor an ein Vergabeverfahren geknüpft wird – sollte eine klare Unterscheidung zwischen den kommerziellen und staatlich geförderten Dienstleistungen erfolgen. S. *Prosser* (Fn. 135) 203.

³¹² Im Zuge der Privatisierung der wesentlichen Versorgungsdienstleistungsunternehmen in Großbritannien (vgl. Fn. 136) ist ein komplexes regulatorisches System entwik-

Kennzeichnend ist dabei institutionell gesehen eine weitgehende rechtliche und persönliche Unabhängigkeit des Regulators, 313 der in einem komplexen Zusammenspiel zwischen staatlicher Aufsicht, gerichtlicher Verfahrenskontrolle und den allgemeinen Wettbewerbsbehörden, der Competition Commission und dem Office of Fair Trading, agiert. 314 Inhaltlich betreiben die Regulatoren eine aktive strukturverändernde Wettbewerbspolitik. 315 Die jeweiligen, sektorbezogenen gesetzlichen Grundlagen zeigen dabei, daß neben wirtschaftlichen Zielsetzungen auch Gemeinwohlzielen der Versorgungssicherung und des Verbraucherschutzes große Bedeutung zukommt. 316 Der weite Spielraum der Regulierungsbehörden führt allerdings dazu, daß jeweils herrschende wirtschafts- und sozialpolitische Konzeptionen die Tätigkeit der Regulatoren maßgeblich bestimmen. Insoweit ist für Großbritannien typisch, daß die Regulatoren zunächst stark das Prinzip freien und effektiven Wettbewerbs in den Vordergrund gestellt haben; 317 durch den Competition and

kelt worden, das für jeden Industriezweig einen unabhängigen Regulator vorsieht, der ohne viel Bürokratie und mit kleiner Belegschaft tätig werden sollte. Die regulatorischen Aufgaben werden dabei auf dem Telekommunikationsmarkt von OFTEL (Office of Telecommunications), im Energiewirtschaftssektor von OFGEM (The Office of Gas and Electricity Markets), im Bereich der Wasserversorgung von OFWAT (Office of Water Services) und für das Eisenbahnwesen von ORR (Office of the Rail Regulator) wahrgenommen. Zur Entwicklung des britischen Regulierungssystems *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 339f.; *Grenfell* Can Competition Law Supplant Utilities Regulation? in: Mc Crudden (Fn. 289) 221, 223 f.; *Majone*, The rise of statutory regulation in Europe in: ders., Regulating Europe 1996, 47, 48; *Prosser* Regulation, Markets, and Legitimacy in: Jowell/Oliver (Fn. 150) 237, 239 ff.

³¹³ Als solche stellen die Regulatoren verfassungsrechtlich gesehen sogenannte "body sui generis" dar, die auch als "non-ministerial government department" bezeichnet werden. Vgl. *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 339; ausführlich zur Unabhängigkeit der Regulatoren und insb. zur Kritik dieses stark personalisierten Systems *Foster* (Fn. 134) 267 ff.; *Prosser* (Fn. 135) 52 ff.

³¹⁴ Zum Zusammenwirken der Behörden s. *Graham* Regulating Public Utilities, 2000, 45 ff.; *Schmidt* Die Regulierung der privatisierten Telekommunikations- und Versorgungswirtschaft in Großbritannien, Rabels Zeitschr. f. ausl. u. int. Privatrecht 1994, 636, 643 f.

³¹⁵ So Wälde Die britische Energiewirtschaft nach der Privatisierung in: Tettinger, Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, 1995, 59, 75.

³¹⁶ Einen Überblick über die in den jeweiligen sektorbezogenen gesetzlichen Rahmenwerken vorgegebenen sozialen Verpflichtungen bieten *Prosser* (Fn. 135) 17 ff. und *Mc Gowan* in: Cox (Fn. 172) 119 f.

³¹⁷ Man reduzierte anfänglich die regulatorischen Aufgaben auf das einzige Ziel der Effizienzmaximierung bei Vorliegen von natürlichen Monopolen. Die Regulatoren sahen ihre Aufgabe in erster Linie darin, Surrogate für die unzureichenden Marktkräfte einzuführen, den Wettbewerb zu fördern und damit auch dem Verbraucherschutz zu dienen. Zu diesem ökonomischen Ansatz Littlechild, Regulation of British Telecommu-

Service Utilities Act 1992 wurden in Reaktion darauf für den Telekommunikations-, Gas-, Elektrizitäts- und Wassersektor die Bestimmungen hinsichtlich der Regulierung der Qualität der Dienste maßgeblich erweitert.³¹⁸ Grundsatz im britischen Modell bleibt aber, daß soziale Verpflichtungen grundsätzlich sekundäre, also den ökonomischen Verpflichtungen nachrangige Zielsetzungen der Regulierung darstellen.³¹⁹

Die konkrete Inpflichtnahme der einzelnen Versorgungsunternehmen erfolgt dabei, wobei hier nur auf einem sehr abstrakten Niveau ein gemeinsamer Nenner aus im einzelnen sehr komplexen und stark differierenden Regelungssystemen zu ziehen ist,³²⁰ in einem Zusammenspiel zwi-

nications' Profitability, Department of Trade and Industry, 1984. Dabei diente den Regulatoren insb. ein demokratisches Argument – daß soziale Erwägungen der Regulierung in der Regel eine politische Angelegenheit darstellen und insofern der Regierung mit ihrem demokratischen Mandat überantwortet werden sollten – zur Rechtfertigung, soziale Erwägungen bei der Regulierung weitgehend zu ignorieren. Ausführlich zu diesem Argument Foster (Fn. 134) 291 ff.; s. auch Prosser (Fn. 135) 6 ff.; ders. Theorising Utility Regulation, The Modern Law Review 1999, 196, 199.

³¹⁸ Der Service and Utilities Act 1992 überträgt den Regulatoren im wesentlichen weitergehende Kompetenzen im Hinblick auf die Festsetzung von Dienstleistungsstandards und die Veröffentlichung von Leistungsstandards der regulierten Unternehmen und bewirkt eine Stärkung der Regulatoren hinsichtlich der Überwachung der Normen, der Verbesserung von Beschwerdeverfahren und der Erleichterung des Informationszugangs. Vgl. *Graham* (Fn. 314) 27 ff.; *Prosser*, in: Jowell/Oliver (Fn. 312) 255 f.; *Mc Gowan* in: Cox (Fn. 172) 119; *McHarg* The Competition and Service Utilities Act 1992: Utility Regulation and the Charter, Public Law 1992, 385 ff.

319 Vgl. Graham (Fn. 314) 27 ff. Wenn die Regulierungsziele zueinander in Konflikt stehen, gehen die primären den sekundären Verpflichtungen grundsätzlich vor. Diese regulatorische Struktur wird insb. dahingehend kritisiert, daß sie die Unternehmen zu Lasten der Verbraucher bevorzuge. Nach Reformvorschlägen der Regierung, die die Regulierung der Wasser-, Gas-, Elektrizitäts- und Telekommunikationsindustrie betreffen, sollen die primären Verpflichtungen künftig darin bestehen, daß die Regulatoren ihre Aufgaben und Funktionen auf die Art und Weise, wie sie am besten den Konsumenten dienen, erfüllen. Vgl. Department of Trade and Industry A Fair Deal For Consumers: Modernising the Framework for Utility Regulation, Cm 3898, 1998, Punkt 3.3-9; Department of Trade and Industry A Fair Deal For Consumers: The Response to Consultation, 1998, Punkt 16. S. auch Prosser (Fn. 317) 200. Für die Gas- und Elektrizitätsmärkte sind diese Reformvorschläge mit dem Utilities Act 2000 in der Zwischenzeit umgesetzt worden. In Abänderung des Gas Act 1986 und des Electricity Act 1989 sehen sec. 9 im Hinblick auf die Gasmärkte und sec. 13 im Hinblick auf die Elektrizitätsmärkte nunmehr als primäre Verpflichtung der Regulierungsbehörde (OFGEM) vor, den Schutz der Verbraucherinteressen zu gewährleisten.

320 Für einen Überblick über die Regulierungssysteme der jeweiligen Versorgungsbereiche s. Clarke Privatisation and Competition Policy. International Business Lawyer, December 1998, 508 ff.; Schmidt (Fn. 314); eine ausführliche Behandlung der einzelnen Regulierungssysteme findet sich bei Prosser (Fn. 135) insb. 58 ff.

schen dem Regulator, dem Minister und der Competition Commission, einer prinzipiell begutachtenden Behörde, deren Gutachten allerdings vom Minister oder vom Regulator initiiert werden und dann wiederum als Legitimationsgrundlage für weitergehende Eingriffe des Regulators herangezogen werden können.³²¹ Der Regulator agiert eigenständig in der Öffentlichkeit und besitzt wesentliche Rechte, die er teilweise in eigener Verantwortung, teilweise unter Nachprüfung durch den Minister, teilweise im verantwortungsteilenden Zusammenspiel mit diesem wahrnimmt.³²²

Entscheidungen des Regulators kann das betroffene Unternehmen zwar grundsätzlich im Rahmen der Judicial Review bei Gericht bekämpfen; wegen der Unabhängigkeit und des Sachverstands der Regulatoren beschränken die Gerichte aber ihren Kontrollmaßstab auf die Einhaltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen bzw. materiell auf eine ultra vires Prüfung, die dem Regulator weitgehende Ermessensspielräume beläßt.³²³

Die Verpflichtungen der einzelnen Unternehmen werden grundsätzlich in den Lizenzbedingungen näher konkretisiert, die erstmals durch den Minister hoheitlich festgelegt werden.³²⁴ In der Praxis werden die

³²¹ Ausführlicher zu diesem komplexen Zusammenspiel Foster (Fn. 134) 271 f.; Prosser (Fn. 135) 48 ff.; Prosser (Fn. 317) 200 f.

³²² Das regulatorische System baut auf dem Prinzip der "at arm's length" Beziehung zwischen Regulator und Minister auf. Danach sollen die Regulatoren innerhalb des Rahmens, den die Minister – in erster Linie durch die Bestimmung der Lizenzbedingungen – festlegen, tätig werden. Die Aufgaben der Minister und der Regulatoren sind jedoch nicht eindeutig voneinander abzugrenzen, insb. weil den Regulatoren die Kompetenz zukommt, jene Lizenzbedingungen, die durch den Minister festgelegt wurden, abzuändern. Ausführlicher zum Verhältnis Regulator und Minister Prosser (Fn. 135) 47f.; Department of Trade and Industry (Fn. 319) Punkt 2.2.–2.4.

³²³ Vgl. Foster (Fn. 134) 281 ff.; Ogus (Fn. 154) 116f. Für einen Vergleich zum amerikanischen System Prosser (Fn. 135) 280. Jüngere Entscheidungen zeigen jedoch, daß die Gerichte nun auch beginnen, die Ermessensentscheidungen der Regulatoren bis zu einem gewissen Grad zu überprüfen: vgl. etwa Mercury Communications Ltd. v Director General of Telecommunications [1996] 1 ALL ER 575 (HL) (zitiert nach Prosser [Fn. 135] 54, Fn. 67); R v Director General of Electricity Supply, ex p ScottishPower plc, Lexis, 3 February 1997 (CA) (zitiert nach Mc Harg A Duty to be Consistent? R v Director General of Electricity Supply, ex p ScottishPower plc, The Modern Law Review, 1998, 93, Fn. 2).

³²⁴ Vgl. sec. 7(1) Telecommunications Act 1984; sec. 6(1)-(2) Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 30 Utilities Act 2000); sec. 6(1) Water Industry Act 1991; sec. 6(1) Railways Act 1993. In der Regel haben die Minister vor Vergabe der Lizenzen den Regulator zu konsultieren, können aber auch die Lizenzvergabe an den Regulator delegieren. Im Fall der Gasregulierung wurden die Lizenzen gemäß sec. 7 Gas Act 1986 ebenfalls erstmals durch den Minister vergeben. Mit der insb. durch den Gas Act 1995 erfolgten weitergehenden Liberalisierung des Marktes wurde ein neues komplexes

Bedingungen weitgehend mit den einzelnen Unternehmen ausgehandelt.³²⁵ Die Überwachung der Einhaltung der Bedingungen ist Aufgabe des Regulators, der die Bedingungen auch abändern kann; grundsätzlich zwar nur in Abstimmung mit den regulierten Unternehmen, im Ernstfall aber nach Durchführung eines mehrstufigen Verfahrens und Einschaltung der Competition Commission auch einseitig.³²⁶ Die Regulierungspraxis arbeitet freilich vor allem mit Guidelines³²⁷ sowie einer Vielzahl von informellen Interventionen des Regulators, der über die Preiskontrolle einschließlich einer Preisfestsetzungsbefugnis ein entscheidendes Druckmittel über die Unternehmen in der Hand hält.³²⁸

Die Lizenzbedingungen setzen die die Verwaltung gesetzlich treffenden Aufgaben und Verantwortlichkeiten durch Vorschriften über Qualität und Umfang der von den Unternehmen zu erbringenden Leistungen³²⁹ einschließlich genauer Preisregelungen³³⁰ um, sie enthalten

Lizenzierungssystem eingeführt und die Aufgabe der Lizenzvergabe an den Regulator übertragen. (vgl. sec. 5-6 Gas Act 1995, durch welche sec. 7 Gas Act 1986 ersetzt und eine neue sec. 7A eingeführt wurde.) Näher dazu *Prosser* (Fn. 135) 105 f.

³²⁵ Vgl. Prosser (Fn. 135) 47 f.; ders. (Fn. 317) 200 f.

³²⁶ Näher zu den Voraussetzungen der Abänderung der Lizenzbedingungen Foster (Fn. 134) 278 ff.; Grenfell in: Mc Crudden (Fn. 312) 223; Prosser (Fn. 135) 48 f. Die Beziehungen zwischen dem Regulator und dem regulierten Unternehmen sind allerdings weitgehend vertraglicher Natur, weil es die regulierten Unternehmen im Regelfall vorziehen, bestimmte Maßnahmen "freiwillig" zu akzeptieren, um die Möglichkeit noch intensiverer Eingriffe zu unterbinden. Ausführlich dazu Prosser (Fn. 317) 200 ff.; Mc Harg (Fn. 323) 93; insb. für den Energiewirtschaftssektor Wälde in: Tettinger (Fn. 315) 74.

³²⁷ So wurden etwa von OFWAT Guidelines im Hinblick auf die Abschaltung der Wasseranschlüsse (vgl. OFWAT, Guidelines on Debt and Disconnection [1992]) oder hinsichtlich der besonderen Behandlung bestimmter sozial schwacher Personengruppen veröffentlicht. Zu letzteren s. *Prosser* (Fn. 135) 139.

³²⁸ Wenn die regulierten Unternehmen etwa die vereinbarten Qualitätstandards oder andere Verpflichtungen nicht erbringen, können die Regulatoren diese Umstände bei der nächsten Preiskontrolle miteinbeziehen. Vgl. Department of Trade and Industry (Fn. 319) Punkt 3.38. Im Fall von British Gas hat der Regulator insb. mit seinem Eingriffsrecht, das Unternehmen aufzuspalten, gedroht. Vgl. Wälde in: Tettinger (Fn. 315) 74.

³²⁹ Da die Ausgestaltung der Lizenzbedingungen individuell erfolgt und insb. zwischen den jeweiligen Versorgungsbereichen große Unterschiede bestehen, ist es schwierig, hierüber allgemeine Aussagen zu treffen. In der Regel werden in den Lizenzbedingungen bestimmte Minimumstandards festgelegt und die privatisierten Versorgungsbetreiber verpflichtet, jede angemessene Nachfrage zu fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erbringen. Vgl. Grenfell in: Mc Crudden (Fn. 312) 233; Schmidt (Fn. 314) 646.

³³⁰ Die Preiskontrolle erfolgt durch die so genannte RPI-X (Retail Price Index) Formel. Mittels dieser Formel wird erstmals durch den Minister für ein Bündel von Diensten eine maximale Preissteigerung festgelegt, die periodisch in etwa vier bis fünf Jah-

darüber hinaus vielfach auch soziale³³¹, umweltpolitische³³² oder sonstige³³³ Verpflichtungen. Im Eisenbahnbereich kennt das britische Recht in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben³³⁴ auch das System der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen in "Franchise Agreements". Diese werden ebenfalls in einem Wettbewerbsverfahren vergeben.³³⁵

Demgegenüber kennt das britische Recht der Versorgungswirtschaft – sieht man vom Telekommunikationssektor ab³³⁶ – keine Universaldienstmodelle im engeren Sinn. Gemeinwohlverpflichtungen werden durch gleichmäßige Auferlegung der Verpflichtungen an alle privatisierten Versorgungsunternehmen erfüllt.³³⁷

ren durch den Regulator überprüft und angepaßt werden soll. Durch die Tarifaufsicht soll in erster Linie der Mißbrauch von Marktmacht verhindert und damit auch Verbraucherschutz sichergestellt werden. Zur Preisregulierung *Graham* (Fn. 314) 151 ff.; *Ogus* (Fn. 154) 309 ff.; *Foster* (Fn. 134) 205 ff.

³³¹ So werden die Versorgungsbetreiber in den Lizenzen etwa regelmäßig verpflichtet, für besondere Personengruppen (ältere oder behinderte Menschen) die Dienstleistungen zu besonderen Bedingungen anzubieten. Vgl. *Grenfell* in: Mc Crudden (Fn. 312) 233.

³³² Diese Verpflichtungen spielen insbesondere im Bereich der Energiewirtschaft und der Wasserversorgung eine Rolle (vgl. sec. 3(3) Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 13 Utilities Act 2000); sec. 2(4) Water Industry Act 1991).

³³³ Z.B. Forschungsverpflichtungen, vgl. sec. 3(3)(c) Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 13 Utilities Act 2000). S. auch Wälde in: Tettinger (Fn. 315) 85.

³³⁴ Verordnung 1191/69 (s. Fn. 221).

³³⁵ Die Vergabe derartiger "franchise agreements" erfolgt gemäß sec. 23 Railways Act 1993 durch den Director of Passenger Rail Franchising, der gemäß sec. 1(1)(b) Railways Act 1993 durch den Minister ernannt wird und gemäß sec. 5(1) Railways Act 1993 an die Weisungen des Ministers gebunden ist. Die Vorschriften hinsichtlich der Vergabe der "franchise agreements" (sec. 26 Railways Act 1993) räumen dem Franchising Director einen relativ weiten Spielraum ein. S. *Prosser* (Fn. 135) 196f.; Allgemein zu "public franchises" *Ogus* (Fn. 154) 318ff.

³³⁶ Im Telekommunikationsbereich wurden von OFTEL Konsultationen hinsichtlich der Errichtung eines Universaldienstfonds durchgeführt (Vgl. OFTEL, Universal Telecommunications Services, 1997, abrufbar unter www.oftel.gov.uk). Im Hinblick auf die geringen Nettokosten für die Erbringung eines Universaldienstes hat man jedoch von einem derartigen Finanzierungsmechanismus, nach welchem alle Telekommunikationsbetreiber einen gewissen Beitrag für die Universaldienstkosten zu leisten gehabt hätten, abgesehen. Insofern sind derzeit nur BT und Kingston gemäß den ihnen auferlegten Lizenzbedingungen verpflichtet, einen Universaldienst zu erbringen und für die Kosten aufzukommen. Vgl. Bratby/Strivens Telecommunication Law in the United Kingdom in: Scherer, Telecommunication Laws (Fn. 251) 317, 332; Graham (Fn. 314) 103 ff.; Mitteilung der Kommission v. 11.11. 1999, Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, KOM (1999) 537.

³³⁷ Für die Gasversorgungsunternehmen s. Department of Trade and Industry/OFGAS Standard Conditions of Gas Suppliers' Licences as modified to March 1997, Condi-

III. Konzepte staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Schwerpunktverlagerungen bei den Zielsetzungen

Der Überblick über die staatliche Wirtschaftstätigkeit in den gewählten Referenzrechtsordnungen zeigt zunächst, daß sich die Schwerpunkte staatlicher Wirtschaftstätigkeit deutlich hin zu Aufgaben der Versorgungssicherung und der Bedarfsdeckung verlagert haben. Die staatliche Erwerbswirtschaft ist, einem allgemeinen Trend zur Privatisierung folgend, auf dem Rückzug. Die historisch als Begründung für das Engagement des Staates in wichtigen Industrie- und Finanzdienstleistungsunternehmen im Vordergrund stehenden Argumente – Sicherung nationalen Eigentums, Beschäftigungspolitik, Kontrolle volkswirtschaftlicher Schlüsselbranchen etc. – haben ihre Überzeugungskraft offenbar weitgehend verloren. 338 Das auf Wettbewerb ausgerichtete Gemeinschaftsrecht kann sich hier ungeschützt entfalten und trägt wesentlich zur Beschleunigung dieses Prozesses bei.

Unterschiedliche Konzepte sind demgegenüber festzustellen, wenn staatliche Wirtschaftstätigkeit primär mit der Zielsetzung der Versorgungssicherung oder der Bedarfsdeckung begründet wird. Im letztgenannten Bereich ist dabei der durch das Gemeinschaftsrecht vollzogene Wandel des öffentlichen Beschaffungswesens von einem sozial- und wirtschaftspolitischen zu einem nur an wirtschaftlichen Effizienzkriterien orientierten Bedarfsdeckungsinstrument weitgehend akzeptiert. Der Ausfall der Auftragsvergabe als sozial- und wirtschaftspolitisches Instrument wiegt allerdings dann besonders schwer, wenn, wie in Österreich, andere Modelle der staatlich verantworteten Versorgungssicherung durch Private fehlen, wie sie das französische Recht im Konzessionsmodell des service public oder das englische Recht im Modell staatlicher Marktregulierung entwickelt haben.

Bei der staatlichen Versorgungssicherung zeigen sich wesentliche Unterschiede in der Aufgabenkonzeption. Die Auffassungen differieren sowohl darüber, welche Leistungen für den Einzelnen als so elementar anzusehen sind, daß deren Erbringung nach gemeinwohlorientierten

tion 2 (1). Für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen s. sec. 16 Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 44 Utilities Act 2000); für die Wasserversorgungsunternehmen s. sec. 37(1) Water Industry Act 1991. Im Eisenbahnwesen werden Gemeinwohlverpflichtungen über "franchising agreements" erbracht. S. *Grenfell* in: Mc Crudden (Fn. 312) 233.

³³⁸ Der Staat ist weder ein schlechter noch ein guter Unternehmer, sondern er ist grundsätzlich kein Unternehmer, weil er auf Grund seiner Aufgaben und den daraus folgenden spezifischen Handlungsrationalitäten zu viele und zu divergierende Interessen berücksichtigen muß.

Grundsätzen staatlicherseits zu garantieren ist, als auch darüber, welche konkreten Verantwortlichkeiten aus der Garantenstellung des Staates folgen.

Das positive Verfassungsrecht erweist sich dabei regelmäßig als weitgehend flexibel gegenüber Veränderungen in der Konzeption, womit demokratiepolitisch diese Grundfrage weitgehend der tagespolitischen Festlegung durch den einfachen Gesetzgeber überantwortet ist. Für das den konkreten verwaltungsrechtlichen Ausgestaltungen zugrundeliegende System dürfte wesentlicher sein, wie auf Grund der geschichtlichen Entwicklung und der vorherrschenden "Staatskonzeption" das Verhältnis des Einzelnen zum Staat gesehen wird. So beherrscht das französische Konzept des service public nach wie vor eine positive Einstellung zum Staat als Leistungserbringer, was bis in die weitgehend obiektiv-rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes hineinwirkt. Demgegenüber stehen in Österreich bei grundsätzlich gleicher Ausgangslage weitgehender Leistungserwartungen an den Staat Lehre und Rechtsprechung stark unter dem Leitmotiv, den Einzelnen vor Fehlverhalten des Staates zu schützen. Es mag sein, daß hier unterschwellig die historischen Belastungen des Begriffs der "Daseinsvorsorge"339 die weitere Ausgestaltung der Leistungsverwaltung insbesondere durch Lehre und Rechtsprechung geprägt haben.

B. Zielneutralität und Multifunktionalität der Mittel

Auf der Ebene der Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit zeigt sich deutlich, daß von einer einfachen Zuordnung bestimmter Mittel zu bestimmten Zielsetzungen nicht die Rede sein kann. Grundsätzlich werden die Instrumente "öffentliches Unternehmen" und "staatliche Auftragsvergabe" jeweils, freilich je nach staatlicher Aufgabenkonzeption in unterschiedlichem Ausmaß, für alle drei hier unterschiedenen Zielsetzungen eingesetzt. Sie wechseln damit je nach konkreter Ausgestaltung auch ihre Konzeption. So können öffentliche Unternehmen in der Versorgungssicherung auf die Sicherung von Gemeinwohlzielen ebenso ausgerichtet sein wie als Organisationsprivatisierungen bei der staatlichen Bedarfsdeckung auf die Ertragsmaximierung öffentlicher Mittel. Staatliche Leistungsbestellung kann als Übertragung eines service public oder als Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen stark auf

³³⁹ Zu den Wurzeln und zur Geschichte dieses von Forsthoff geprägten Begriffs s. Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 94f.; Korinek/Holoubek (Fn. 39) 46 ff. jeweils mwN.

nicht wirtschaftliche Zielsetzungen, als klassische Auftragsvergabe oder als Vergabeverfahren zur Vermögensprivatisierung auf wirtschaftliche Effizienzoptimierung ausgerichtet sein.

Dementsprechend haben die einzelnen Rechtsordnungen insbesondere das Instrument staatlicher Leistungsbestellung rechtlich ausdifferenziert. Der Bogen spannt sich von der den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien vor Augen stehenden, an Effizienz- und Wettbewerbskriterien orientierten Auftragsvergabe im technischen Sinn über das die Sicherung von Gemeinwohlzielen in den Vordergrund rückende "Konzessionsmodell" hin zu primär hoheitlichen Formen staatlicher Leistungssicherstellung durch Regulierung.

Der oft konstatierte Konzeptionswechsel von staatlicher Eigenerfüllung zur Gewährleistung von Gemeinwohlleistungen durch staatliche Leistungsvergabe an Private oder staatliche Marktregulierung findet allerdings bislang nur in wenigen Sektoren tatsächlich in allen untersuchten Rechtsordnungen statt. Der Telekommunikationssektor dürfte insoweit eher ein Einzelfall sein. Insofern könnten die technischen Umwälzungen im Telekommunikationssektor zwar den Erfolg der Liberalisierung dieses Bereichs bewirkt haben, gleichzeitig aber nahelegen, daß das Modell der Telekommunikationsliberalisierung für andere Märkte, wo Umwälzungen so nicht stattfinden, nur von bedingter Tauglichkeit ist.

In anderen Infrastrukturbereichen divergieren denn oft auch rechtliche Konstruktion und tatsächliches Bild erheblich, wie etwa die Energieversorgung in Frankreich oder die Trinkwasserversorgung in Großbritannien zeigen. Trotz rechtlicher Liberalisierung und Privatisierung haben sich in den genannten Sektoren weitgehend monopolartige Strukturen erhalten. Auch dort, wo Systemwechsel nicht konsequent durchgehalten werden, also etwa gemeinwirtschaftliche Leistungen zwar nicht mehr vom Staat selbst erbracht sondern wettbewerbsorientierten Unternehmen auferlegt und abgegolten, diese Leistungen aber nicht in einem Wettbewerbsverfahren vergeben werden, bleibt bei vordergründigem Systemwechsel in der rechtlichen Konstruktion die ursprüngliche Konzeption der Erfüllung durch Monopolunternehmen weitgehend bestehen.

C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht - wechselseitige Einflüsse

Gemeinschaftsrecht und nationales Recht stehen bei der staatlichen Wirtschaftstätigkeit, das belegt die Rechtsvergleichung eindrucksvoll, mittlerweile unter starken wechselseitigen Einflüssen. Wo das Gemeinschaftsrecht Rahmenbedingungen setzt, innerhalb derer den Mitglied-

staaten auch ein Systemwettbewerb eröffnet wird, haben erfolgreiche nationale Systeme durchaus gute Aussichten, auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wieder rezipiert zu werden. Die Verankerung der "Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" in Art. 16 EGV und in Art. 36 der Europäischen Grundrechtscharta ist das augenfälligste Beispiel.340 Die Verschiedenartigkeit mitgliedstaatlicher Vorstellungen darüber, welche Bereiche in welchem Ausmaß staatlicher Versorgungssicherung unterliegen sollen, zeigt dabei, daß der für eine gemeinschaftsweite inhaltliche Festlegung solcher Bereiche notwendige Grundkonsens noch in einiger Ferne sein dürfte. Denn wo das Gemeinschaftsrecht selbst Systemvorgaben entwickelt, wie insbesondere im Vergaberecht mit dem Wettbewerbsprinzip und der weitgehenden Ausschaltung sozial- und wirtschaftspolitischer Zielsetzungen, setzt sich das Gemeinschaftsrecht auch effektiv nur dann durch, wenn und insoweit das Svstem Überzeugungskraft aufweist.341 Differenziert es zu wenig und erfaßt damit Bereiche, auf die seine Rationalität nicht mehr zutrifft, bekommt die Widerstandskraft abweichender nationaler Regelungssysteme Überzeugungs- und damit Durchsetzungskraft.

Eine wesentliche Stärke des Gemeinschaftsrechts ist es, staatliche Wirtschaftstätigkeit "ganzheitlich" zu betrachten, was auf mitgliedstaatlicher Ebene zu einer verstärkten Klarstellung der jeweiligen Zielsetzungen und damit zu Transparenz zwingt. So zieht in aller Regel die Betrauung von öffentlichen Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und damit die Inanspruchnahme der "Versorgungsschutzklausel" des Art. 86 Abs. 2 EGV die Qualifikation dieses Unternehmens als öffentlicher Auftraggeber nach sich, wenn auf Grund besonderer Rechte des Unternehmens Aufgaben "nicht gewerblicher Art" erfüllt oder schlicht weil Sektorentätigkeiten erbracht werden, auch wenn am Markt daneben private Unternehmen tätig werden. 342 Strukturell vergleichbar greifen Vergaberecht und Beihilfenrecht

³⁴⁰ Protokoll Nr. 32 zum EGV betreffend den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wäre ein weiteres Beispiel.

³⁴¹ Das Vergaberecht ist im übrigen ein Musterbeispiel dafür, daß ein erfolgreicher Systemwechsel seiner Abstützung im Organisations- und Verfahrensrecht bedarf. Die Rechtsanwendung ist dabei in Transformationsrechtsordnungen gefährdet, die "neue" Zielsetzung zu verabsolutieren und gleichwohl weiter vorhandene, im Einzelfall auch gegenläufige Zielsetzungen bei dem dann notwendigen Abwägungsprozeß zu gering zu gewichten.

³⁴² Daher hat der EuGH zu Recht entschieden, daß der Begriff der "im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art", wie er in den Vergaberichtlinien verwendet wird, Aufgaben nicht ausschließt, die (auch) von Privatunternehmen erfüllt

bei Verträgen zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen³⁴³ oder wettbewerbsorientierte Vergabeverfahren und Beihilfenrecht bei Vermögensprivatisierungen³⁴⁴ ineinander. Entscheidet sich der Staat, Eigenbedarf selbst zu decken, so kann er dies nach der herrschende Auffassung zur "Inhouse-Vergabe"³⁴⁵ auch organisatorisch ausgegliedert

werden oder erfüllt werden könnten, EuGH Rs. C-360/96, Gemeente Arnhem, Slg. 1998 I-6821 ff., Rz. 38 ff.

³⁴³ Etwa im Zusammenhang mit Verkehrsdiensten im Sinne von Art. 14 der VO 1191/69 (s. dazu oben in Fn. 221).

³⁴⁴ Dazu oben in Fn. 213. Zu Reaktionen der Kommission auf die Praxis von Staaten, sich an Unternehmen eine "Goldene Aktie" zu behalten, *Urlesberger* Europarecht: Das neueste auf einen Blick, WBI 2000, 454, 454f.

³⁴⁵ Die Europäische Kommission geht davon aus, daß in concreto eine Dienstleistung unter anderem dann nicht nach den Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG auszuschreiben ist, "wenn die Leistung von einer Einrichtung durchgeführt wird, die zu 100% im Eigentum des Auftraggebers ist und von diesem vollständig kontrolliert wird, und sie darüber hinaus diese Leistung ausschließlich für den Auftraggeber erbringt. In diesem letztgenannten Fall ist die Richtlinie iedoch anwendbar, sobald die Einrichtung nicht mehr vollständig vom Auftraggeber kontrolliert wird oder nicht mehr vollständig in dessen Eigentum steht bzw. wenn die Einrichtung Leistungen auch an Dritte erbringt." S. die Mitteilung der Kommission vom 11.3.1998, Kom. (1998) 143 endg., Seite 11/ Fn. 10. Der EuGH hat - freilich in einem obiter dictum - eine etwas großzügigere Sichtweise angedeutet, wenn er ausführt, daß es für das Vorliegen eines in concreto öffentlichen Lieferauftrages zwar grundsätzlich genügt, daß der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person abgeschlossen wurde, sodann aber anfügt: "Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben." (EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98, Teckal, Rz. 50); s. weiters die Schlußanträge GA Lapergola, Rs. C-360/96 Gemeente Arnhem, Slg. 1998, I-6840, Rz. 34ff. und - noch deutlicher - Schlußanträge GA Alber, Rs. C-108/98, RI.SAN, Slg. 1999 I-5219ff., Rz. 52ff.; näher Potacs Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne der Vergaberichtlinien: Unterliegt der Akt der Ausgliederung dem Vergaberecht?, in: Rill/Griller (Fn. 4) 33, 46ff.; Potacs Ausgliederungen und Finanzdienstleistungen in: ders. (Hrsg.), Beiträge zum Kärntner Vergaberecht, 2000, 79, 83 ff.; Holoubek Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen von Ausgliederungen und Privatisierungen, ÖGZ 12/2000, 22, 26ff.; Faber Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen – in-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, DVBl 2001, 248ff. Entscheidend ist dabei, ob die Begründung der "In house-Ausnahme" in einer funktionellen Betrachtung des Auftraggeber-Begriffs ("wie über seine eigenen Dienststellen") und damit in der Abgrenzung von staatlicher Eigenleistung und Leistungserbringung am und durch den Markt gesehen wird (dazu insb. Holoubek a.a.O. 26f.) oder in einer funktionellen Betrachtung des Auftrags-(Vertrags-)Begriffs (der zwei voneinander unabhängige Vertragspartner voraussetzt), womit die Abgrenzung eher organisatorisch zwischen dem Staat im funktionellen Sinn und privaten Unternehmen verläuft. Der EuGH läßt sich bislang in beide Richtungen deuten.

tun, solange sich das ausgegliederte Unternehmen nicht in den allgemeinen Wettbewerb begibt. Tut es das, dann muß der Staat die Wettbewerbsneutralität wahren und seine Leistungsbeziehungen zum ausgegliederten Rechtsträger dem Vergaberecht unterwerfen.

Insgesamt enthalten die gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit vor allem Anforderungen an die Transparenz der in den Mitgliedstaaten eingesetzten Mittel, während in vielen Bereichen den Mitgliedstaaten die Zuständigkeit zur Festlegung von Zielsetzung und Ausmaß staatlicher Wirtschaftstätigkeit verbleibt. Wesentlich für ein reibungsloses Ineinandergreifen von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht ist damit eine ausdifferenzierte Dogmatik der Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Diese muß zum einen die entsprechende Transparenz herstellen, zum anderen muß sie aber auch den unterschiedlichen Konzeptionen staatlicher Wirtschaftstätigkeit adäquat Rechnung tragen.

IV. Bauelemente einer europäischen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Verantwortung und Markt als Schlüsselbegriffe

Eine zentrale Funktion einer solchen europarechtlichen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit liegt damit in einer ersten Stufe darin, möglichst klare Festschreibungen und Zuordnungen zu ermöglichen, welche Verantwortung³⁴⁶ jeweils der Staat für einen bestimmten Sach-

³⁴⁶ Als abstrakt dogmatischer Begriff (Winkler Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht in: FS Antoniolli, 1979, 3, 16ff.) eines europäischen allgemeinen Verwaltungsrechts ist der Begriff der "Verantwortung" geeignet zu beschreiben, wie und in welchem Ausmaß der Staat mit seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im hier zugrundegelegten weiten Sinn bestimmte Aufgaben übernimmt. In vergleichbarem Sinn wird der Begriff in der deutschen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Diskussion, wenn auch in unterschiedlichen Begrifflichkeiten, wohl zumeist verwendet, s. nur Schmidt-Aßmann (Fn. 2) 154ff.; Trute Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 167, 198: "Der heuristische Begriff der staatlichen Verantwortung zielt im vorliegenden Zusammenhang darauf, die Verantwortungsverteilung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren in bestimmten Aufgabenfeldern zu umschreiben." Vgl. auch Hoffmann-Riem Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit in: FS Vogel, 2000, 47 ff. Kritisch zur Leistungsfähigkeit des Begriffs der Verantwortung Schmidt Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv 2000, 149, 157 f.; Röhl Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, Die Verwaltung 2000, Beiheft 2, 33.

bereich übernimmt und welche Aufgabe demzufolge dem Markt zukommen soll. Nach der Intensität der Verantwortung³⁴⁷ des Staates und der daraus resultierenden Funktion des Marktes bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit differenzierend lassen sich drei Modelle unterscheiden:

Zum ersten staatliche Erfüllungsverantwortung, bei der der Staat die Leistungserbringung zu verantworten hat, sie damit aber – Verantwortung und Ingerenz bedingen einander – auch umfassend gestalten kann. Dem Markt kommt hier Instrumentalfunktion zu. Das Risiko eines möglichen Marktversagens³⁴⁸ trägt der Staat. Besteht eine derartige Erfüllungsverantwortung des Staates, müssen Gemeinwohlziele höher zu gewichten sein als ökonomische Effizienzüberlegungen. Die staatliche Ingerenz reicht hier bis in die Leistungserbringung hinein. In Anlehnung an das französische Recht könnte man das als "service public"-Modell bezeichnen.

Zum zweiten kann der Staat Gewährleistungsverantwortung dahingehend übernehmen, daß bestimmte Leistungen in bestimmter Qualität vom Markt erbracht werden, der damit Leistungsfunktion übernimmt. Dieses Konzept geht von einer durch das Prinzip der Wettbewerbsneutralität geprägten Beziehung des Staates zum Markt aus. Die staatliche Tätigkeit kann zwar grundsätzlich sowohl Gemeinwohlziele als auch ökonomische Effizienzziele verwirklichen, es müssen aber die ökonomischen Effizienzziele den Gemeinwohlzielen zumindest gleichwertig sein. Das Risiko des Marktversagens trägt in diesem Modell letztlich der Einzelne, weil staatliche Regulierung nicht alle Störungen und Defizite ausschließen kann und der Staat das Marktrisiko akzeptiert. Dieses Modell könnte in Anlehnung an britische Tradition als "Regulierungsmodell" bezeichnet werden.

Die dritte Möglichkeit ist schließlich die, daß dem Staat bloß Finanzverantwortung verbleibt, er also bei seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit öffentlichen Mitteln nur Ertragsmaximierung zum Ziel hat. Dann übernimmt der Markt die Regulierungsfunktion, weil sich auch der Staat den Marktbedingungen unterwirft. Dieses Modell könnte man als "share holder-value"-Modell bezeichnen.

³⁴⁷ Die Begriffsbildung erfolgt im folgenden angesichts einer gewissen Inflation von Verantwortungsbegriffen (neben den Nachweisen oben in Fn. 346 zuletzt etwa Schuppert Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung 2000, Beiheft 2, 103, 114ff.) eigenständig, womit auch bei Übereinstimmung im Wortlaut inhaltliche Unterschiede zu anderen Verwendungen der selben Begriffe möglich und zu beachten sind.

³⁴⁸ Hier in einem weiten Sinne von Störungen einer ordnungsgemäßen und jeweils zieladäquaten Leistungserbringung und nicht im engeren ökonomischen Sinn grundsätzlich fehlender Bedingungen für das Funktionieren eines Marktes gemeint.

B. Modellangepaßte Dogmatik der Mittel

Diese Modelle bedürfen in einer zweiten Stufe einer funktionsadäquaten Ausgestaltung der Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit.³⁴⁹ Daher bedingt etwa die weitgehende staatliche Ingerenz des "service public Modells" eine weitgehende Trennung zwischen öffentlichem und privatem Sektor. Daraus folgen dann Begrenzungen für den "gemischten Wettbewerb" und weitreichende Quersubventionsverbote ebenso wie eine strikte Beachtung eines "Spezialitätsgrundsatzes". Es fehlt an einer überzeugenden Begründung dafür, daß ein auf seinem "Heimatmarkt" service public-Funktion erfüllendes Unternehmen auf anderen, räumlich oder sachlich verschiedenen Märkten wettbewerbsorientiert ohne entsprechenden Auftrag tätig wird. Sollen öffentliche Unternehmen auch als "global players" agieren können, ³⁵⁰ muß der Staat ein anderes, etwa das Regulierungsmodell wählen. In diesem hat insbesondere das sekundäre Gemeinschaftsrecht³⁵¹ bereits entsprechende

³⁴⁹ Die vorstehend vorgeschlagene Modellbildung spiegelt, weil sie nach der Intensität staatlicher Verantwortung für die konkret in Rede stehende Aufgabenerfüllung differenziert, somit auch jeweils eine unterschiedliche Intensität in der staatlichen Wahrnehmung von Allgemeininteressen wieder. Die hier unterschiedenen Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit – staatliche Eigentätigkeit und staatliche Leistungsbestellung und Leistungssicherung jeweils in einem weiten Sinn – verhalten sich demgegenüber zu den hier unterschiedenen Modellen zunächst neutral. Es hängt von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Mittels ab, ob die damit unternommene Durchsetzung öffentlicher Interessen dem Modell der Erfüllungs-, der Gewährleistungs- oder der Finanzverantwortung folgt.

³⁵⁰ S. allgemein zu dieser Problematik Hellermann Der Staat als Akteur auf ausländischen Märkten – Verfassungsrechtliche und staatstheoretische Aspekte der auswärtigen Aktivität öffentlicher Unternehmen in: FS Böckenförde, 1995, 277 ff.

³⁵¹ Derartige Regelungen sind im Zusammenhang mit der Öffnung des Telekommunikations-, Post-, Eisenbahn- und Strommarktes erlassen worden. So ordnet für den Telekommunikationsbereich Art. 5a der RL 90/387/EWG i.d.F. RL 97/51/EG (ABI 1997 L 295/23) an, daß die Mitgliedstaaten zur Wahrung der Regulierungsaufgaben von den Telekommunikationsorganisationen rechtlich getrennte und funktionell unabhängige Behörden einzurichten haben. Diese strikte Trennung von Aufsichtsfunktionen und Betriebsfunktionen ist für den Postsektor in Art. 22 der RL 97/67/EG (ABI 1997 L 15/14) und für den Strommarkt in Art. 20 Abs. 3 EBRL 96/92/EG (ABI 1996 L 27/20) vorgeschrieben. Für den Eisenbahnbereich sieht nunmehr der Gemeinsame Standpunkt 41/2000 im Hinblick auf den Erlaß einer RL zur Änderung der RL 91/440/EWG (ABI 2000 C 288/1) vor, daß bestimmte Funktionen, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zu den Infrastrukturen ausschlaggebend sind, an Stellen oder Unternehmen zu übertragen sind, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Ausführlich zu diesen Vorgaben im Telekommunikationsbereich s. Holoubek Liberalisierung und Regulierung im Telekommunikationsbereich in: FS 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien, 1998, 307, 315 ff.; für den Strommarkt s. Aichlreiter Ist der

Regeln für die Trennung von staatlicher "Spieler"- und "Schiedsrichter"-Funktion entwickelt.

Das am Wettbewerbsprinzip orientierte klassische, insbesondere das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht etwa ist im "service public-Modell" ein Fremdkörper. Vergabeverfahren müssen sich hier auf die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz beschränken, aber die Wahlfreiheit des Staates im übrigen unangetastet lassen. Demgegenüber sind im "Regulierungsmodell" wegen der strikten Wettbewerbsneutralität der staatlichen Ingerenz staatliche Leistungsbestellungen oder Universaldienstverpflichtungen nach dem Wettbewerbsprinzip und dort unter weitergehender Bindung des Staates zu vergeben.

Im einzelnen wären sowohl materielle, als auch organisations- und verfahrensrechtliche Prinzipien sowie Rechtsschutzstandards zu entwickeln, die für die nähere Konkretisierung in speziellen Verwaltungsrechtsbereichen als Bauelemente dienen können. Für die Bestandteile dieser Dogmatik bieten sowohl die Gemeinschaftsrechtsordnung als auch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einen reichen Fundus, auf den zurückgegriffen werden kann. So bieten sich etwa die Grundprinzipien des service public³⁵² der Kontinuität, Gleichbehandlung und Anpassung als gemeinschaftliche Grundprinzipien an, wenn dem Staat Erfüllungsverantwortung zugeschrieben ist. Daran läßt sich dann bei der Anwendung von Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV anknüpfen.

C. Funktion der Modellbildung

Die Rationalitätsgewinne eines derartigen "Modelldenkens" liegen darin, daß auf allgemein verwaltungsrechtlicher Ebene Modelle für unterschiedliche Systeme bereitstehen, auf die bei der konkreten Ausgestaltung einzelner Verwaltungsrechtsbereiche zurückgegriffen werden kann. Je nach materieller Kompetenzgrundlage und politischer Entscheidung kann die Festlegung für ein Modell auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene getroffen oder den Mitgliedstaaten überlassen werden. Das damit notwendige Abstraktionsniveau dieser allgemeinen Modelldogmatik müßte auch in der Lage sein, hinreichende Flexibilität zu gewährleisten, um Raum zu lassen für eine, den jeweiligen aufgabenspezifischen Besonderheiten Rechnung tragende, konkretisierende Be-

Wirtschaftsminister ein unabhängiger Kontrollor des Strommarktes?, WBI 2000, 156; Potacs Netzzugang und Netzzugangsverweigerung in: Pauger (Hrsg.), Ein Jahr ElWOG – Rück- und Ausblick auf die Liberalisierung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft, 2000, 101 ff.

³⁵² S. oben bei Fn. 111 ff.

reichsdogmatik. Die Modelle sollten so auch genügend offen und damit "lernfähig" sein, um auf Veränderungen systemimmanent reagieren zu können.

Ein entscheidender Vorteil in der Ausbildung derartiger Modelle auf der europäischen Ebene liegt darin, daß mit der Wahl eines bestimmten Modells auch Klarheit über die grundlegende Systementscheidung hergestellt wird. Die Festlegung staatlicher Aufgaben und der für ihre Erfüllung bestehenden staatlichen Verantwortung sollte als politische Entscheidung transparent gemacht werden. Diese sollte weder durch fehlende adäquate Instrumente für die Übernahme weitergehender staatlicher Verantwortung in eine ungewollte Rücknahme von Gemeinwohlsicherungen gezwungen werden, noch sollte es möglich sein, einen wie immer begründeten Wechsel in der staatlichen Aufgaben- und damit Verantwortungskonzeption hinter diffusen rechtlichen Konstruktionen zu verstecken. Es macht einen Unterschied, ob das Rundfunkrecht zur Sicherung von demokratie- und kulturpolitischen Zielsetzungen öffentlich-rechtlichen Rundfunk notwendig verbunden mit gewissen Sonderstellungen und damit staatliche³⁵³ Erfüllungsverantwortung vorsieht, oder, ob bestimmte demokratie- oder kulturpolitisch gewünschte Leistungen in einem Universaldienst am Markt vergeben, und damit staatliche Gewährleistungsverantwortung begründet wird. Mit diesem Modellwechsel ist nicht nur ein Instrumentenwechsel sondern eben auch ein Systemwechsel im Verantwortungsbereich und damit, aus der Sicht des Einzelnen, in der Frage der Risikoübernahme verbunden. Verantwortung wird in aller Regel erst im Konflikt- oder Schadensfall schlagend. Mag der Unterschied zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung vielleicht in vielen alltäglichen Situationen nicht spürbar sein, verwischt werden sollte er nicht.

³⁵³ Daß die Wahrnehmung der staatlichen Verantwortung in diesen Fällen zwingend staatsfern ausgestaltet sein muß, ändert an der Grundkonzeption nichts.

Leitsätze des 3. Berichterstatters über:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

- I. Gegenstand, Methode und Zielsetzung der Untersuchung
- I. Das Thema bezieht sich auf die beiden wesentlichen Marktaggregate Angebot und Nachfrage. Es geht um die Tätigkeit des Staates (im funktionellen Sinn) am Markt, bei der er marktfähige Güter oder Leistungen, also solche, die zumindest potentiell auch von Privaten erbracht werden (können), selbst oder über Dritte anbietet oder nachfragt.
- Ansatzpunkte für die funktionelle Rechtsvergleichung sind die Ziele Versorgungssicherung, Bedarfsdeckung und Erwerbswirtschaft – und die Mittel – der Staat erbringt die Leistungen selbst ("öffentliche Unternehmen" in einem weiten Sinn) oder er sichert sich die Erbringung derartiger Leistungen durch Verpflichtung eines Dritten ("Auftragsvergabe" in einem weiten Sinn) – staatlicher Wirtschaftstätigkeit.
- 3. Ziel der Rechtsvergleichung ist es zum ersten, bestehende strukturelle Unterschiede in den untersuchten Mitgliedstaaten aufzuzeigen. Zum zweiten sollen dadurch Problemfelder deutlich gemacht werden, für die drittens Ansatzpunkte entwickelt werden, wie das Gemeinschaftsrecht reagieren und dabei Ergebnisse einer wertenden Rechtsvergleichung rezipieren könnte.
- II. Ziele und Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit im Rechtsvergleich
 - A. Der Staat als Unternehmer staatliche Leistungserbringung
 - a) Österreich
- 4. Öffentliche Unternehmen dominieren einen weitgezogenen Sektor der Versorgungssicherung. Stark im Wachsen ist auf Grund eines Trends zur Organisationsprivatisierung die Zahl der öffentlichen Unternehmen zur staatlichen Bedarfsdeckung. Demgegenüber verliert die Erwerbswirtschaft als Ziel öffentlicher Unternehmenstätigkeit auf Grund umfangreicher Privatisierungen zusehends an Bedeutung.

5. Die Bereiche der Versorgungssicherung und der Bedarfsdeckung bieten auf verwaltungsrechtlicher Ebene durch Eigentumsvorbehalte, sondergesellschaftsrechtliche Einflußnahmemöglichkeiten und zahlreiche Qualitätssicherungs-, Preisgestaltungs- und Gleichbehandlungsvorschriften das Bild einer stark ausgeprägten staatlichen Ingerenz und Verantwortung. Verfassungsrechtliche Leitlinien dafür fehlen allerdings weitgehend. Bei Unternehmen der Erwerbswirtschaft sind demgegenüber kaum besondere, vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichende Steuerungsmechanismen normiert.

b) Frankreich

- 6. Mehrere Privatisierungswellen haben die Bedeutung staatlicher Erwerbswirtschaft deutlich reduziert. Der weite Sektor der Versorgungssicherung ist aber weiterhin fest in staatlicher Hand.
- 7. Staatliche Unternehmenstätigkeit ist sowohl öffentlich-rechtlich in établissements publics industriels et commerciaux als auch privatrechtlich, insbesondere in sociétés d'économie mixte (gemischt wirtschaftliche Kapitalgesellschaften) und sociétés privées à capital public (Kapitalgesellschaften als staatliche Alleingesellschaften, allenfalls unter Beteiligung der Belegschaft) organisiert. Sie alle werden als entreprises publiques zusammengefaßt. Die organisationsrechtliche Unterscheidung wird maßgeblich durch den materiellen Begriff des service public industriel et commercial überlagert.
- 8. Die Steuerung der entreprises publiques erfolgt in Frankreich in starkem Ausmaß über interne Mechanismen (Organbestellungs- und Entsendungsrechte). Weitreichende Außsichtsbefugnisse ergänzen ein System nachhaltiger Verflechtung zwischen staatlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft. Erfüllen entreprises publiques einen service public industriel et commercial, unterliegen sie den Grundprinzipien des service public (Kontinuitäts-, Gleichbehandlungs- und Anpassungsprinzip). Alle entreprises publiques unterliegen dem Grundsatz der Spezialität.

c) Großbritannien

- 9. Großbritannien steht für eine weitgehende Privatisierung der öffentlichen Wirtschaft und eine Reduktion des Staates auf seine "Kernkompetenz" der Marktregulierung. Staatliche Erwerbswirtschaft gibt es nicht mehr, die Versorgungswirtschaft in den Infrastrukturbereichen ist privatisiert. Geblieben sind öffentlich-rechtliche Organisationsformen, die Aufgaben der Versorgungssicherung sowie der Bedarfsdeckung übernehmen.
- 10. Staatliche Aufsicht und Kontrolle folgen den Zielsetzungen des "New Public Management" und unterscheiden nach dem "at arm's length"-Prinzip zwischen exekutiver Unternehmensführung ("management") und langfristiger strategischer Lenkung ("policy").

B. Der Staat als Nachfrager und Leistungsbesteller – staatliche Leistungssicherung

a) Österreich

- 11. Das Vergaberecht ist seiner Konzeption nach vom Bedarfsdeckungszweck geprägt. "Vergabemodelle" finden sich auch im Zusammenhang mit Privatisierungen, bei der Vergabe von Mobilfunkkonzessionen und bei der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen.
- 12. Das Vergabeverfahren wird öffentlich-rechtlich, das mit dem Zuschlag begründete Vertragsverhältnis zivilrechtlich eingeordnet. Aus kompetenzrechtlichen Gründen ist das Vergaberecht ohne föderalistischen Sinn und ökonomisch unzweckmäßig in ein Bundes- und neun Landesvergabegesetze zersplittert.
- 13. Das österreichische Vergaberecht ist von strikter Wettbewerbsneutralität und einer detailgetreuen Übernahme der EU-Richtlinien geprägt. Der Vergaberechtsschutz einschließlich Zuschlagsbekämpfung ist für die Bieter kostengünstig grundsätzlich vor unabhängigen Verwaltungsbehörden organisiert. Dazu tritt ergänzend und verstärkend die Zuständigkeit der Zivilgerichte, die weitgehende Schadenersatzansprüche und schadenersatzvermeidende Unterlassungsansprüche anerkennen. Spruchpraxis und Judikatur haben bislang den Bieterschutz zu Lasten der inhaltlichen Steuerungskompetenz der Auftraggeber betont.

b) Frankreich

- 14. Grundsätzlich ist zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge ("marchés publics") und der "délégation de service public" zu unterscheiden. Diese ursprünglich nach den Zielen Bedarfsdeckung und Versorgungssicherung unterschiedenen Systeme mußten unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts etwas angeglichen werden.
- 15. Bei der délégation de service public wird einem (privaten oder staatlichen) Dritten die Erbringung der Leistungen des service public bei
 gleichzeitig fortbestehender Verwaltungsverantwortung übertragen.
 Der Staat bleibt weiterhin Verantwortungsträger ("maitrise"), der Konzessionär erfüllt eine staatliche Aufgabe und handelt nicht in privatautonomer Freiheit ("habilitation"). Bestimmend für den Konzessionsvertrag sind weitreichende Spielräume bei der Wahl des Konzessionärs,
 die (einseitige) Abänderungsmöglichkeit des Konzessionsvertrags
 durch die staatliche Verwaltung und der Modus der Entlohnung des
 Konzessionärs durch Entgelte der Nutzer. Das Verfahren der délégation
 de service public zielt auf Transparenz, nicht aber auf einen Vergabewettbewerb im technischen Sinn.

16. Zielsetzung des Code des marchés publics ist demgegenüber der an wirtschaftlichen Effizienzkriterien ausgerichtete Vergabewettbewerb. Dabei steht genuin innerstaatliches Vergabeverfahrensrecht neben eigenen Umsetzungsbestimmungen der EU-Vergaberichtlinien. Das französische Recht ordnet öffentliche Aufträge grundsätzlich dem öffentlichen Recht zu. Der Zuschlag ist selbständig bekämpfbar. Sowohl Streitigkeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens als auch solche aus dem Vertragsverhältnis unterliegen grundsätzlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

c) Großbritannien

- 17. Das EU-Vergaberecht ist mittels Regulations eigenständig umgesetzt, daneben gibt es gesetzliches und in "Procurement Policy Guidelines" geregeltes innerstaatliches Vergaberecht. Beide basieren auf dem Wettbewerbsprinzip. Das Vergaberecht ergänzen die Vorschriften des "Deregulation and Contracting Out Act 1994", der die Auslagerung staatlicher Aufgaben auf Private mit anschließendem Leistungszukauf fördert. Mittel der Übertragung ist oft die "Private Finance Initiative", die innerstaatlich als Teil des Public Procurement betrachtet und dem Wettbewerbsprinzip unterworfen wird. Vergabeverträge unterliegen den privatrechtlichen Vertragsvorschriften, Streitigkeiten fallen in die Zuständigkeit der Gerichte. Schwierigkeiten bereitet dem englischen Recht die Zuschlagsbekämpfung.
- 18. Abseits von Vertragsmodellen soll in Großbritannien das System unabhängiger Regulierungsbehörden Versorgungssicherung gewährleisten. Die konkrete Inpflichtnahme der einzelnen Versorgungsunternehmen erfolgt dabei über Lizenzbedingungen, die in der Praxis weitgehend ausgehandelt die Verwaltung gesetzlich treffenden Verantwortlichkeiten durch Vorschriften über Qualität und Umfang der von den Unternehmen zu erbringenden Leistungen umsetzen.

III. Konzepte staatlicher Wirtschaftstätigkeit

- A. Schwerpunktverlagerungen bei den Zielsetzungen
- 19. Der Rechtsvergleich zeigt, daß sich die Schwerpunkte staatlicher Wirtschaftstätigkeit deutlich hin zu Aufgaben der Versorgungssicherung und der Bedarfsdeckung verlagert haben. Die reine staatliche Erwerbswirtschaft ist auf dem Rückzug.
- 20. Der durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebene Wandel des öffentlichen Beschaffungswesens von einem sozial- und wirtschaftspolitischen

zu einem an Effizienzkriterien orientierten Bedarfsdeckungsinstrument ist weitgehend akzeptiert. Probleme entstehen dadurch dann, wenn, wie in Österreich, andere Modelle staatlich verantworteter Versorgungssicherung durch Private fehlen, wie sie das französische Recht im Konzessionsmodell des service public und das englische Recht im Modell staatlicher Marktregulierung entwickelt haben.

21. Bei der Versorgungssicherung zeigen sich wesentliche Unterschiede in der Konzeption staatlicher Aufgaben. Das positive Verfassungsrecht erweist sich dabei regelmäßig als flexibel gegenüber Veränderungen. Für die konkrete verwaltungsrechtliche Ausgestaltung dürfte wesentlicher sein, wie auf Grund der geschichtlichen Entwicklung und der vorherschenden "Staatskonzeption" das Verhältnis des Einzelnen zum Staat gesehen wird.

B. Zielneutralität und Multifunktionalität der Mittel

- 22. Die Instrumente "öffentliches Unternehmen" und "staatliche Auftragsvergabe" (in einem weiten Sinn) werden in unterschiedlichem Ausmaß für alle Zielsetzungen eingesetzt. Sie wechseln damit je nach konkreter Ausgestaltung auch ihre Konzeption.
- 23. Frankreich und Großbritannien haben insbesondere die staatliche Leistungsbestellung rechtlich stark ausdifferenziert: vom an Effizienz-kriterien orientierten Wettbewerbsmodell der Auftragsvergabe im technischen Sinn über die Sicherung von Gemeinwohlzielen im Konzessionsmodell zu staatlicher Leistungssicherstellung durch Regulierung. Der häufig genannte Konzeptionswechsel von staatlicher Eigenerfüllung zur Gewährleistung von Gemeinwohlleistungen durch staatliche Leistungsvergabe an Private oder staatliche Marktregulierung findet tatsächlich bislang allerdings nur in wenigen Sektoren in allen hier untersuchten Rechtsordnungen statt. Der Telekommunikationssektor dürfte insoweit eher ein Einzelfall sein.
 - C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht wechselseitige Einflüsse
- 24. Wo das Gemeinschaftsrecht Rahmenbedingungen setzt, innerhalb derer Raum für einen Systemwettbewerb der Mitgliedstaaten bleibt, haben erfolgreiche nationale Systeme gute Aussichten, auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene rezipiert zu werden (zB Art 16 EGV). Entwickelt das Gemeinschaftsrecht selbst Systemvorgaben, setzt es sich auch effektiv dann durch, wenn und insoweit das System Überzeugungskraft aufweist. Differenziert es zu wenig und erfaßt damit Bereiche, auf die seine

- Rationalität nicht mehr zutrifft, bekommt die Widerstandskraft abweichender nationaler Regelungssysteme Überzeugungs- und damit Durchsetzungskraft.
- 25. Eine wesentliche Stärke des Gemeinschaftsrechts ist es, staatliche Wirtschaftstätigkeit "ganzheitlich" zu betrachten, wie das Ineinandergreifen von Vergaberecht, Beihilfenrecht und Recht der öffentlichen Unternehmen zeigt.

IV. Bauelemente einer europäischen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Verantwortung und Markt als Schlüsselbegriffe

- 26. Auf einer ersten Stufe ist es Aufgabe einer europarechtlichen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit, klare Festschreibungen und Zuordnungen zu ermöglichen, welche Verantwortung jeweils der Staat für einen bestimmten Sachbereich übernimmt und welche Aufgabe demzufolge dem Markt zukommen soll. Nach der Intensität der Verantwortung des Staates und der daraus resultierenden Funktion des Marktes bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit differenzierend lassen sich drei Modelle unterscheiden:
- 27. Erfüllungsverantwortung: Der Staat verantwortet die Leistungserbringung, kann sie damit aber Verantwortung und Ingerenz bedingen einander auch umfassend gestalten. Dem Markt kommt hier Instrumentalfunktion zu. Das Risiko eines möglichen Marktversagens trägt der Staat. ("service public-Modell")
- 28. Gewährleistungsverantwortung: Der Staat verantwortet, daß bestimmte Leistungen vom Markt erbracht werden, der damit Leistungsfunktion übernimmt. Die Beziehung des Staates zum Markt ist durch das Prinzip der Wettbewerbsneutralität geprägt. Das Risiko des Marktversagens trägt letztlich der Einzelne. ("Regulierungsmodell")
- 29. Finanzverantwortung: Der Staat verantwortet nur die Ertragsmaximierung der öffentlichen Mittel. Der Markt übernimmt die Regulierungsfunktion. ("share holder value-Modell")

B. Modellangepaßte Dogmatik der Mittel

30. Diese Modelle bedürfen in einer zweiten Stufe einer funktionsadäquaten Ausgestaltung der Mittel. Die weitgehende staatliche Ingerenz des "service public Modells" bedingt etwa eine weitgehende Trennung zwischen öffentlichem und privatem Sektor; das am Wettbewerbs-

prinzip orientierte klassische Vergaberecht ist hier ein Fremdkörper. Demgegenüber sind im "Regulierungsmodell" – wegen der strikten Wettbewerbsneutralität der staatlichen Ingerenz – staatliche Leistungsbestellungen oder Universaldienstverpflichtungen nach dem Wettbewerbsprinzip und damit unter weitergehender Bindung des Staates zu vergeben.

31. Im Einzelnen sind materielle, organisations- und verfahrensrechtliche Prinzipien sowie Rechtsschutzstandards zu entwickeln. Für die Bestandteile dieser Dogmatik bieten sowohl die Gemeinschaftsrechtsordnung als auch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einen reichen Fundus.

C. Funktion der Modellbildung

32. Die Rationalitätsgewinne eines derartigen "Modelldenkens" liegen darin, daß auf allgemein verwaltungsrechtlicher Ebene Modelle für unterschiedliche Systeme bereitstehen, auf die bei der konkreten Ausgestaltung einzelner Verwaltungsrechtsbereiche zurückgegriffen werden kann. Je nach materieller Kompetenzgrundlage und politischer Entscheidung kann die Festlegung für ein Modell auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene erfolgen oder den Mitgliedstaaten überlassen werden. Ein entscheidender Vorteil in der Ausbildung derartiger Modelle auf europäischer Ebene liegt darin, daß mit der Wahl eines bestimmten Modells auch Klarheit über die Systementscheidung hergestellt wird. Die Festlegung der Aufgaben staatlicher Wirtschaftstätigkeit und der für ihre Erfüllung bestehenden staatlichen Verantwortung sollte als politische Entscheidung transparent gemacht werden.

4. Aussprache und Schlußworte

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

Vorsitzender (Ipsen): Meine sehr verehrten Damen, meine Herren, ich eröffne die Diskussion unseres zweiten Beratungstages. Angesichts der hervorragenden drei Referate, die wir am Vormittag gehört haben, verbietet es sich für mich, Ergänzungen, Zusammenfassungen, Hinzufügungen aus der Sicht des Diskussionsleiters vorzunehmen. Ich möchte mich allerdings nicht vollständig einer Eingangsbemerkung enthalten, sondern drei Punkte zum Diskussionsverlauf voranschicken. Zum einen möchte ich auf das Problem der "Ungleichzeitigkeit" hinweisen. Dies ist ein Phänomen, das auch in Kreisen der Staatsrechtslehrer beobachtet wird und in einer eigenartigen Differenz zwischen der inneren Uhr und der äußeren Uhr besteht. Offenbar geht die innere Uhr häufig nach und es ist die Aufgabe des Diskussionsleiters, Sie immer wieder an die äußere Uhr zu erinneren. Wir haben etwa 30 Wortmeldungen und wollen die Diskussion um 17.30 Uhr abschließen, um den drei Referenten die Gelegenheit zu Schlußworten zu geben. Wir haben bewußt auf Zwischenworte verzichtet, um dem Diskussionsverlauf keine Unterbrechung zu bereiten. Das bedeutet, wir haben etwa 180 Minuten Zeit; geteilt durch 30 Wortmeldungen macht dies 6 Minuten pro Wortmeldung. Ich bin bereit, aber auch entschlossen, das zu exekutieren und zwar mit den bekannten Mitteln des Verwaltungszwangs. Wenn 5 Minuten vorüber sind, werde ich als erstes dieses rote Licht anschalten: das ist die Androhung. Nach 6 Minuten werde ich mit meinem Stift gegen das Mikrofon klopfen - das ist die Festsetzung und nach 7 Minuten müssen Sie dann mit der Anwendung des Zwangs rechnen. Ich hoffe allerdings, daß es soweit nicht kommen wird. Ein dritter Punkt, der gestern sogar im Laufe der Diskussion problematisiert worden ist, ist die Reihenfolge. Wir haben heute viel aus dem Kommunalrecht gehört, dort gibt es ja das Prioritätsprinzip oder Windhundprinzip. Ich neige mehr zum Prioritätsprinzip, weil ich die verehrten Kolleginnen und Kollegen als "Windhunde" anzusprechen mich nicht trauen würde. Das Prioritätsprinzip verbietet sich schon deshalb von selbst, weil - als ich vorhin hier saß - eine solche Fülle gleichzeitiger Wortmeldungen erfolgte, daß man eine Reihenfolge nicht würde herstellen können. Das Anciennitätsprinzip ist ja ebenfalls bekannt; wir haben es aber – glaube ich – nach mehreren Jahrzehnten seiner Stabilität mittlerweile überwunden, so daß das von Herrn Rauschning vorgeschlagene Losverfahren übrigbliebe. Auch dieses Verfahren wäre heute ungünstig, und zwar allein deshalb, weil wir thematische Blöcke haben, die sich so deutlich voneinander unterscheiden, daß das Los dann gewissermaßen quer zu der sachlichen Gliederung verliefe. Ich habe mich deshalb entschlossen, das "Sachlichkeitsprinzip" obwalten zu lassen. Das bedeutet, daß wir in zwei mehr oder weniger voneinander zu trennenden Blöcken zunächst über die Grundfragen und insbesondere die Unternehmertätigkeit des Staates sprechen, die vor allen Dingen Herr Löwer und rechtsvergleichend Herr Holoubek behandelt haben, um uns in einer zweiten Phase – dem zweiten Teil der Diskussion – der Vergabeproblematik zu widmen. Wenn Sie mit diesem Vorgehen einverstanden sind, darf ich sogleich Herrn Püttner das Wort zu einer historischen Bemerkung erteilen.

Püttner: Herr Vorsitzender, vielen Dank, daß ich ietzt sprechen darf. denn ich muß leider nachher den Saal verlassen. Nachdem ich nun über 30 Jahre der Vereinigung angehöre, darf ich auch einmal den Anfang machen. Sie haben ja schon vorweggenommen den Dank für die ausgezeichneten Referate, dem kann ich mich eigentlich nur anschließen, und hinzufügen möchte ich, daß natürlich der Dank auch an den Vorstand geht, daß er dieses spezielle Thema, wie ich meine ungemein wichtige Thema, zum Gegenstand gewählt hat und auch die Referenten so ausgewählt hat, daß wir wirklich ausgezeichnet instruiert worden sind über das, was sich auf diesem Felde tut. Also insofern Dank. Aber nicht nur Dank, sondern auch Anregung. Vielleicht kann dieser Tag sämtliche Lehrbuchautoren des Staatsrechts, die wir in unserem Kreise haben, anregen, diese Thematik mit in ihre Ausführungen aufzunehmen. Leider ist das nicht immer der Fall, sondern diese Thematik - der Staat als Wirtschaftssubjekt - bleibt manchmal ganz am Rande und man konzentriert sich auf die Frage, was denn Verfassung sei und was nicht. Ich meine, der heutige Tag hat gezeigt, daß wir andere Akzente zu setzen haben als bisher.

Die übliche historische Bemerkung könnte in dem Hinweis bestehen, daß der Vorgänger unseres modernen Staates, der Fürst, sich natürlich keinen Bindungen unterworfen fühlte, wenn er als Wirtschaftssubjekt auftrat, und auch der Staat des frühen 19. Jahrhunderts dachte eigentlich noch nicht so recht daran, daß es Bindungen geben könnte bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand; es ging eher um die Frage der Zweckmäßigkeit solchen Tuns. Aber ich bin mit Herrn Löwer einig, daß der Staat jedenfalls heute kein Privater ist, daß er Bindungen

unterliegt, ob mehr aus Grundrechten oder mehr aus dem Rechtsstaatsgedanken heraus, das mag dahinstehen. Was die Entwicklung der öffentlichen Unternehmen angeht, die ja zu dieser Wirtschaftstätigkeit gehören, so scheint es so zu sein, daß mit steigendem Wohlstand die Notwendigkeit öffentlicher Unternehmen abnimmt. Das heißt also: Der öffentliche Zweck mag in unterentwickelten Volkswirtschaften häufig gebieten, daß man öffentliche Unternehmen zum Wohle aller betreibt; bei gestiegenem Wohlstand schwindet offenbar diese Notwendigkeit. Ich weiß nicht, ob man das immer und überall belegen kann, aber mir scheint eine Tendenz in diese Richtung zu gehen. Im übrigen würde ich Herrn Löwer (das war ja nicht immer so) zu 95% zustimmen. Ich glaube, er hat richtig herausgestellt, daß der Staat eben nicht ein Privater ist und anderen Lebensbedingungen unterliegt.

Was allerdings den aktuellen Streit Banken gegen Sparkassen angeht. würde ich ergänzen wollen, daß sich ja die Großbanken interessanterweise im Augenblick aus dem Kleinkunden- und dem Mittelstandsgeschäft zurückgezogen haben, so daß die Sparkassen plötzlich ohne ihr Zutun wieder in eine wichtigere Rolle gelangt sind, als sie sie vorher eingenommen haben. Was aber zu ergänzen wäre, Herr Löwer, ist die Frage, wie wir mit den sogenannten nichtwirtschaftlichen Einrichtungen und Unternehmen umgehen sollen. Sie hatten den noch nicht abgeschlossenen Streit um die Altautoverwertung in Wuppertal erwähnt. Die diesbezügliche kommunale Aktivität ist vom OLG Düsseldorf als nichtwirtschaftliche Betätigung eingestuft worden mit der Folge, daß die Schranken wirtschaftlicher Betätigung nicht greifen. Ich kann mir vorstellen, daß hier noch viel Zündstoff liegt. Wenn wir in Deutschland bejspielsweise mit EG-Vorgaben nicht zufrieden sind, stehen wir uns am besten, wenn wir die betroffenen Aktivitäten in den nichtwirtschaftlichen Bereich einordnen können, den die EG nicht berühren darf. Aber wo die Grenze verläuft zwischen wirtschaftlich und nicht-wirtschaftlich, das müßte noch neu überdacht werden.

Herr Puhl, ich muß sagen, Sie haben ausgezeichnet die Vergabekriterien, auch die vergabefremden Kriterien herausgestellt und uns gezeigt, was gehen kann und was nicht gehen kann. Mir scheint am wesentlichsten zu sein, daß jedenfalls Kriterien – auch vergabefremde Kriterien –, wenn sie denn angewendet werden sollen, vorher klar herausgestellt werden müssen. Was es nicht mehr geben darf nach dem neue Vergaberecht ist, daß man erst nichts sagt und dann, wenn man seinen Freund in Bedrängnis sieht, Kriterien erfindet, die nur dieser erfüllen kann. Das darf nicht mehr sein, sondern es müssen die Kriterien vorher festgelegt sein, und nach denen muß man dann auch verfahren. Allerdings werden Verwaltungen immer wieder versucht sein, befreun-

dete Unternehmen z.B. aus der Region bei der Vergabe zu bevorzugen und sich an der Vergabeordnung vorbeizudrücken. Werden mehrere Vergabekriterien angewendet, bleibt deren Gewichtung ungewiß, und so gewinnt die Verwaltung, vor allem auch bei Anwendung des Ästhetik-Kriteriums, doch wieder Entscheidungsspielraum, um die ungeliebten (fremden) Bieter nicht zum Zuge kommen zu lassen. Man muß es leider so hart sagen.

Eine offene Frage ist für mich, wie es eigentlich aussieht mit ausgegliederten Betrieben (Hilfsbetrieben oder sonstigen eigenen Betrieben). Darf man sie bevorzugen, darf man an sie freihändig Aufträge vergeben oder muß man auch hier ausschreiben? Herr Holoubek. Sie hatten glaube ich gesagt, ausgegliederte Unternehmen unterlägen dem Marktprinzip, daß also ausgeschrieben werden muß. Aber ich habe den Eindruck, daß selbst die Kommission bisher noch eher dazu neigt, eine Art Konzernprivileg anzuerkennen, daß man also im eigenen Bereich freihändig vergeben kann. Das müßte auch noch einmal näher geprüft werden. Was ich nicht mitbekommen habe, ist die Frage, was denn nun aus den schönen Verdingungskartellen unter dem neuen Recht eigentlich wird. Wird es sie weiter geben, werden die Unternehmen auch unter neuen Vorzeichen das öffentliche Ausschreibungswesen unterlaufen oder werden sie es jetzt schwieriger haben? Ich weiß nicht, ob Sie da, Herr Puhl, schon über einen Eindruck verfügen. Dann hat mich das Referat von Herrn Holoubek angeregt darüber nachzudenken, wie es denn eigentlich mit den Bindungen anderer europäischer Staaten, z.B. Frankreichs, an deren Wirtschaftsbestimmungen steht. Innerhalb Deutschlands fällt es leicht, die Verletzung von Gemeindeordnungsbestimmungen zugleich als Vorstoß gegen das UWG zu werten wie im Fall Gelsengrün. Ob wir aber auch gegenüber französischen Städten, z.B. Lyongrün oder Bordeauxgrün, das durchsetzen könnten, das wage ich zu bezweifeln. Selbst wenn wir eine Regel auffinden würden im französischen Recht, die besagen würde (Herr Autexier, Sie können uns ja darüber belehren), daß es dort auch solche Schranken gibt, wäre doch die Frage, ob das hier bei uns richterlich beurteilt werden könnte. Man sieht also, so meine ich, daß gerade die guten Referate immer wieder weitere Fragen provozieren, und ich glaube, wir sind mit unserer Debatte noch nicht am Ende, sondern eher am Anfang.

Böckenförde: Meine Damen und Herren, dem Dank für die aus nach meiner Sicht ausgezeichneten Referate möchte ich mich anschließen. Ich stehe ja diesem Gebiet nicht besonders nahe und habe viel gelernt; insbesondere hat mich auch die produktive Rechtsvergleichung, die Herr Holoubek uns hier vorgeführt hat, sehr beeindruckt. Ich möchte mich auf zwei Bemerkungen beschränken. Eine Bemerkung zu Herrn Löwer und eine Bemerkung zu Herrn Puhl.

Herr Löwer, mir leuchtet Ihre These 1 nicht ein. Sie haben sie sehr apodiktisch formuliert. Ihre Aussage gilt für die wirtschaftliche Betätigung der Staaten in welcher organisatorischen Gestalt auch immer, eine Betätigung des Erwerbszwecks nur um des Gewinnes willen ist verfassungsrechtlich unzulässig. Wieso eigentlich? Warum ist die Erzielung von Einnahmen, um die allgemeinen Bedürfnisse der Staatstätigkeit und die Staatsaufgaben zu erfüllen, kein öffentlicher Zweck? Und aus welcher Bestimmung des Grundgesetzes soll sich das herleiten, daß der Staat nicht erwerbswirtschaftlich tätig sein darf, um dadurch Mittel zu gewinnen für seine Aufgaben. Mir leuchtet ein, daß es da Begrenzungen gibt. daß der Staat nicht sich eine beherrschende Stellung verschaffen darf. daß er dadurch nicht das Marktgeschehen überformen darf, aber als Teilnehmer, der auch der Konkurrenz untersteht und der natürlich nicht Herrschaftsmittel einsetzen darf, um sich in der Konkurrenz Vorteile zu verschaffen, warum soll das dem Staat verwehrt sein und aus welcher Verfassungsbestimmung ergibt sich das? Ich habe also nach Ihrer These zur Kenntnis nehmen müssen, daß ich mich an der Perpetuierung einer Verfassungswidrigkeit beteilige, wenn ich in Freiburg Rothaus-Bier trinke, was für mich eines der besten Biere ist, die in Freiburg ausgeschenkt werden. Das ist eine staatliche Privatbrauerei. Im Hintergrund Ihrer Aussage steht ja vielleicht die These vom Prinzip des Steuerstaates. Aber ich meine, daß Frau Sacksofsky in ihrer Habilitationsschrift hinreichend deutlich nachgewiesen hat, daß die These vom Steuerstaat kein Verfassungsprinzip ist, sondern eine Beschreibung dessen, daß der Staat heute sich die Mittel zur Erledigung seiner Aufgabe vorwiegend durch Auferlegung von Steuern verschafft. Aber das führt nicht dazu, das andere für unzulässig zu halten.

Zu Herrn Puhl: Ich habe Bedenken gegen Ihre Ausdehnung des Art. 12 Abs. 1 GG. Ihre These ist ja – These 19 und 20 – jede staatliche Auftragsvergabe enthält grundsätzlich einen Grundrechtseingriff gegenüber den nicht berücksichtigten Konkurrenten. Wieso kommt es auf einmal zu einer solchen Ausdehnung des Gewährleistungsinhalts von Art. 12 Abs. 1? Der Art. 12 will als Freiheitsrecht den Zugang zum Beruf, freien Zugang zum Beruf gewährleisten. Dann kann die Berufsausübung geregelt werden, aber sie kann selbstredend nur so geregelt werden, daß der Beruf auch angemessen ausgeübt werden kann und nicht erdrosselt wird. Aber wieso soll jetzt jede Vergabeentscheidung, die ja gar nichts damit zu tun hat, daß dieser Beruf ausgeübt werden kann, ein Eingriff in, den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 sein? Das ist eine solche Ausdehnung, deren inneren Grund ich nicht einzusehen vermag.

Sie hat dann die Folge, daß alles auch dem Gesetzesvorbehalt untersteht. Was schutzwürdig ist bei der Vergabe, ist ja durch Art. 3 GG, nämlich den Gleichheitssatz, daß eine gleiche Chance, gleiche Zugangsbedingungen gegeben sein müssen, hinreichend gewährleistet. Im Hintergrund steht hier das, was wir allgemein machen. In unserer Grundrechtsdogmatik unterscheiden wir nur Schutzbereich und Eingriff. Und dann wird der Schutzbereich so weit gefaßt, daß, wenn da Freiheit steht, eigentlich alles zulässig ist und dann ist das, was Freiheit in diesem umfassenden Sinn vielleicht begrenzt schon ein Eingriff. Ich meine - und ich hoffe, das auch irgendwann mal darlegen zu können - man muß dreigliedrig vorgehen. Das erste ist der Sach- und Lebensbereich, den ein Grundrecht betrifft. Dazu gehört bei Art. 12 auch und gerade die gewerbliche Betätigung. Dann kommt die Frage, was ist der Gewährleistungsinhalt. Der Gewährleistungsinhalt ist nicht stets universale Freiheit, sondern ist ein spezifischer, und hier, bei Art. 12 ist es der freie Zugang, und die notwendigen Regelungen für die Ausübung in der Weise, daß dadurch die Ausübung nicht über nachbezogenen Regelungen hinaus unangemessen eingeschränkt oder gar erdrosselt wird. Dann ist ein Eingriff eben nur dann gegeben, wenn in einen dieser Gewährleistungsinhalte eingegriffen wird. Erst dann kommt die Frage, gesetzliche Schranken usw. Vielen Dank.

Häberle: Herr Vorsitzender, zu Ihrer Rubrik I drei kleine Bemerkungen. Zunächst zu Herrn Löwer, er hat unsere Wissenschaft bereichert durch die zweimal gebrauchte Metapher vom "androgynen Staat". Diese Rezeption ist eine Innovation. Könnte er uns vielleicht mit den Mitteln der Kunstwissenschaft, nicht mit denen der Jurisprudenz, erklären, wie dies zu verstehen ist. Denn ich kenne das Androgyne vor allem aus der Museumslandschaft Roms: etwa den Thermen des Caracalla. Das sage ich vorwiegend heiter. Jetzt zwei seriöse Fragen: Zum einen zum Begriff "Gemeinwohl", mit dem beide Erstreferenten operiert haben (Herr Löwer z.B. II Ziff. 4). Wo kommt das Gemeinwohl, ein Schlüsselbegriff, im Verfassungsstaat her? Es sind einerseits prozedurale bzw. kompetenzmäßige, zugleich andererseits materiellrechtliche, in der Verfassung normierte Direktiven. Sodann zur Problematik des Marktes, des "unbekannten Wesens", das Herr Holoubek eindrucksvoll zu strukturieren suchte, auf der Folie der neuesten Entwicklungen. Es gibt einschlägige frühe Literatur zu Markt und Marktwirtschaft von Herrn Rupp, jüngst schrieb Herr Ossenbühl in der Festschrift für Quaritsch über Verfassungsstaat und Markt, ich rang vor einigen Jahren um eine Verfassungstheorie des Marktes. Ist der Markt naturwüchsig? Er ist jedenfalls durchgängig nur instrumental zu verstehen - Herr Holoubek spricht dies nur für seine erste Kategorie aus (Ziff. 27). Der Markt bedarf stets der Begrenzung. Herr Leisner schrieb kürzlich vom marktoffenen Verfassungsstaat. M.E. zeigt sich eine Brücke zwischen Markt und Wettbewerb einerseits und dem Gemeinwohl andererseits. Wir sollten die Stunde nutzen, daß wir beim Markt auch die Relation zum Gemeinwohl herstellen. Das Gemeinwohl ist nicht nur auf der Seite des Staates, sondern mittelbar auch auf der Seite des Marktes zu sehen. Vielen Dank.

Masing: Meine Damen und Herren, von einer konkreten Frage zu einem generellen Problem: Im Verwaltungsrecht ist seit mittlerweile einiger Zeit erkannt, daß es viele indirekte Steuerungsmittel gibt, mit denen man nicht zuletzt auch versucht, über das Verhalten von Nachfrage und Angebot auf Produktionsprozesse einzuwirken. Insbesondere gilt das etwa für das Umweltaudit, mit dem man bewußt versucht, auf eine umweltfreundliche Produktion einzuwirken und ein umweltgerechtes Management zu schaffen, indem Unternehmen mit der Einbindung in das Umweltaudit werben und damit Vorteile auf dem Markt erzielen können. Es sollen also bewußt produktionsbezogene Kriterien in den Prozeß von Angebot und Nachfrage eingeschleust werden. Soll jetzt der Rückgriff auf diese Kriterien gerade dem Staat verschlossen bleiben? Mir leuchtet das schon vom Grundsatz her nicht ein - und schon gar nicht vom Ansatzpunkt der Argumentation. Vielleicht ließe sich eine solche Restriktion rechtfertigen, wenn man das Kriterium für Vergabeentscheidungen auf die reine Wirtschaftlichkeit des Produkts beschränken wollte und könnte. Wenn man aber davon ausgeht, daß die Grundlage in den Grundrechten steckt, dann fragt sich, wie sich aus Art. 12 GG das Recht ableiten läßt, ein Produkt zum selben Preis zu verkaufen, wie ein anderes, unabhängig davon, auf welche Weise es produziert ist. Folgt aus Art. 12 GG ein Anspruch gegenüber dem Staat, seine Produkte unabhängig von den Produktionsbedingungen abzunehmen? Dies ist weder vom Gleichheitssatz her plausibel, der hier das näherliegende als Kriterium sein dürfte, noch gar von Art. 12 GG aus. Und damit komme ich zu der Gesamtperspektive. Mir scheinen in diesem Ansatz die Grundrechte deutlich überfordert. Das gilt insbesondere für den Grundansatz, der aus der Garantie der Wirtschaftsfreiheit herleitet, daß jede Mitwirkung des Staates an Wirtschaftsprozessen von vornherein in qualifizierter Weise rechtfertigungsbedürftig sei. Natürlich ist Staatshandeln immer am gemeinen Wohl auszurichten. Im übrigen ist es aber nur insoweit begrenzt, als sich dies aus den speziellen Gewährleistungen ergibt. Und hier muß man mit den Grundrechten aber doch etwas genauer umgehen und deren spezifischen Schutzbereich herausarbeiten. Je nach Grundrecht mögen sich hierbei in bestimmten Zusammenhängen auch objektiv-rechtliche Ordnungsprinzipien aus den Grundrechten begründen lassen. Solche scheinen mir aber jedenfalls aus Art. 12 GG, der doch gerade keine Wirtschaftsordnung vorgeben sollte, in dieser Weise nicht herleitbar zu sein. Danke.

Rauschning: Vorweg lassen Sie mich eine große Begeisterung und Lob für die Vortragenden ausdrücken. Weiterhin muß ich mich allerdings wieder allgemein verwahren gegen die Denunzierung, den Amtswaltern, die staatliche Mittel ausgeben, fehle einfach ein adäquater Anreiz, mit den ihnen anvertrauten Mitteln sparsam umzugehen. Wir alle sind solche Leute, und ich kann nur sagen, daß dann, wenn wir versuchen, mit unseren Haushaltsmitteln unseren Amtsauftrag zu erfüllen, wir deutlich in der Pflicht stehen, und wir beziehen diesen Anreiz nicht erst aus der neuen Form der Budgetierung.

Allgemein betrachtet haben wir es mit Wirtschaftssubjekten zu tun oder eben mit dem Staat als Wirtschaftssubjekt; auch er tritt auf als Nachfragender oder als Wirtschaftender, und es geht um die Motivierung innerhalb des Entscheidungsvorgangs. Während wir als Privatperson nach Gefallen entscheiden dürfen oder nach Stimmung, dürfen wir im Amt nur amtlich motivieren; selbstverständlich ist unsere erste Motivierung dann zu suchen in den Grundsätzen des Staates, also auch in den Grundrechten. Aber gilt das überall? Wir müssen hier vielleicht unterscheiden nach Kategorien, über die hier schon gesprochen worden ist. Denken wir zunächst an den Bereich der Mittelerwirtschaftung. Ist die Domänenverwaltung, die ja früher eine Art der Beschaffung von Staatseinnahmen im preußischen Staat war, wirklich im einzelnen nach Grundrechten zuführen? Soll die Figur des öffentlichrechtlich bestimmten Verwaltungsprivatrechts nicht eher jene Situation erfassen, in der Staatsaufgaben im Kleid des Privaten erfüllt werden?

Ein zweiter Gesichtspunkt ist, daß wir Steuerungsmechanismen brauchen dort, wo Haushaltsmittel in privatrechtlicher Form ausgegeben werden. Als typisches Beispiel sei hier die GTZ genannt, die doch ein großes Unternehmen mit dem Zweck darstellt, die Gelder des Ministeriums für Entwicklungshilfe zu verteilen. Selbstverständlich muß sich die GTZ an Grundrechte und die öffentlichrechtlichen Vorschriften allgemein halten. Wenn die öffentliche Hand aber wirklich in Form einer Aktiengesellschaft wirtschaftend tätig wird, dann unterliegt sie in der Situation des Marktes und auch des Aktienrechts anderen Steuerungsinstrumenten. Wir denken an das Beispiel der Hamburger Elektrizitätswerke, die vom Mehrheitsaktionär oder vom Aufsichtsrat angewiesen wurden, aus der Nutzung der Kernkraft auszusteigen. Der

Vorstand entgegnete demgegenüber, daß er nach Aktienrecht allein für das Unternehmen verantwortlich sei und daß der Aufsichtsrat keine Weisungen hinsichtlich einer Strategie geben könne, die zu einem wirtschaftlichen Schaden des Unternehmens führe.

Wenn wir wirklich Wirtschaftsunternehmen des Staates haben, die so im Markt stehen, daß ein mögliches Defizit nicht, wie bei der EXPO, abgedeckt wird aus irgendwelchen im Haushalt stehenden oder nicht im Haushalt stehenden Mitteln, dann liegen eigene Steuerungsinstrumente für die Motivation und die Begründung der einzelnen Handlung und Entscheidung vor. Wir müssen uns die Frage stellen, ob es hier wirklich notwendig ist, die Entscheidungen solcher Unternehmen an Grundrechte zu binden. Ich darf Ihnen hier einen ausländischen Beispielsfall bringen; immer wenn wir an Grundrechte denken, müßten wir international gesehen auch die Menschenrechte oder den EG-Grundrechtekatalog für anwendbar halten. Ich bin nun seit Jahren in Bosnien-Herzegovina zur Durchsetzung von Menschenrechten tätig. Dort liegt immer noch fast die gesamte Wirtschaft in den Händen des Staates. Sollen wirklich alle wirtschaftlichen Transaktionen in diesem Staat zunächst unter dem Maßstab der Menschenrechte betrachtet werden?

Ehlers: Vielen Dank. Meine Damen und Herren, ich möchte ebenfalls zu dem Vortrag von Herrn Löwer Stellung nehmen. Es wird Sie nicht überraschen, Herr Löwer, daß ich Ihnen weitgehend zustimme. Erlauben Sie mir dennoch, drei Fragen zu stellen. Die erste Frage betrifft die These III.2.b. In ihr ist die Rede davon, daß gesamtstaatliche Marktliberalisierungsentscheidungen nicht in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie eingreifen. Das will mir nicht einleuchten. Ich stimme mit Ihnen darüber überein, daß Art. 28 Abs. 2 GG nicht berührt wird, wenn ein kommunales Monopol durch Zulassung privater Wirtschaftsbetätigung aufgegeben wird. Anders stellt sich meines Erachtens dagegen die Lage dar, wenn der Staat den Kommunen ein Handeln ver- oder gebietet, das der Selbstverwaltungsgarantie unterfällt. Der Umstand, daß die staatliche Vorgabe der Privatwirtschaft zugute kommen soll, ändert nichts an dem Eingriffscharakter der staatlichen Maßnahme. Demgemäß bedarf die staatliche Maßnahme in einem solchen Falle der Rechtfertigung. Es kann nicht bereits der Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG verneint werden. Mein zweiter Punkt bezieht sich auf Ihre Aussage, daß staatliche - und damit auch kommunale - Wirtschaftsbetätigung Intervention ist. Ich möchte dem ausdrücklich zustimmen. Allerdings haben Sie daraus den Schluß gezogen, daß diese Intervention auch einen Eingriff in die Grundrechte der privaten Marktteilnehmer darstellt. Es kann sich aber nicht um einen klassischen,

sondern nur um einen sogenannten mittelbaren Grundrechtseingriff handeln. Die Rechtsprechung hat im Falle einer mittelbaren Nachteilszufügung eine außerordentlich hohe Eingriffsschwelle angenommen. Wenn Sie dies kritisieren, pflichte ich Ihnen bei. Allerdings geht es meines Erachtens zu weit, jegliche Teilnahme der Kommunen am Wirtschaftsleben als Grundrechtseingriff zu qualifizieren. Herr Puhl ist im Grunde noch einen Schritt weiter gegangen, indem er gesagt hat, daß jeder staatliche Auftrag in Grundrechte eingreift, wenn ein Bieter nicht berücksichtigt wird. Herr Masing hat dazu schon Kritisches gesagt. Die Auffassung von Herrn Puhl scheint mir von der Voraussetzung auszugehen, daß jeder Bieter einen Anspruch gegen den Staat auf Vertragsabschluß hat. Dies ließe sich aber wohl nur begründen, wenn man die Grundrechte in Leistungsgrundrechte umpolt, um dann, wenn die Leistung nicht erbracht wird oder nicht erbracht werden kann, einen Eingriff anzunehmen. Das scheint mir nicht angängig zu sein. Die dritte Nachfrage, die ich habe, betrifft das Gebot einer öffentlichen Zwecksetzung. Ich meine, daß Sie, Herr Löwer, sehr zu Recht die konstitutive Bedeutung der öffentlichen Zwecksetzung für die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand herausgestellt haben. Ich würde Ihnen auch darin zustimmen, daß sich das Erfordernis der öffentlichen Zwecksetzung aus der Verfassung ableiten läßt. Damit ist jedenfalls grundsätzlich eine rein erwerbswirtschaftlich motivierte Kommunalwirtschaft ausgeschlossen. Die Frage, die ich nun stellen möchte, geht dahin, ob man nicht noch weiter gehen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Sasbach-Entscheidung davon gesprochen, daß ein Gemeindeunternehmen unmittelbar durch seine Leistung dem Wohl der Gemeindeeinwohner dienen muß. Das ist mehr als der bloße Ausschluß einer reinen Erwerbswirtschaft. Zum Beispiel kann die Wettbewerbsfunktion kein legitimierender Grund für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung mehr sein. Es scheint mir allerdings so zu sein, daß das Bundesverfassungsgericht das Unmittelbarkeitserfordernis aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht und nicht aus der Verfassung abgeleitet hat. Mich würde interessieren, ob Sie die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auch verfassungsrechtlich für zwingend halten. Noch eine letzte Frage an Herrn Puhl. Die großen privaten Wirtschaftsunternehmen sind teilweise dazu übergegangen, ihre Aufträge im Wege der Internetversteigerung zu vergeben. Dadurch sollen enorme Sparpotentiale erzielt werden können. Sind Sie der Meinung, daß auch die staatliche Auftragsvergabe so gestaltet werden dürfte und gestaltet werden sollte?

Badura: Verehrte Kollegen! Die Referate haben eindrucksvoll den Rückzug des Staates in Europa aus seiner Rolle als Wirtschaftssubjekt und sogar, zu einem erheblichen Teil, aus seiner Rolle als Leistungsträger beschrieben. Die Frage die sich daran allerdings anschließt, ist, ob das auch unmittelbar Konsequenzen für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Tätigkeit des Staates im Wirtschaftsleben haben muß. Herr Löwer hat zu Beginn - und das ist ja schon mehrfach kritisiert worden -, eine etwas abstrakte Gegenüberstellung vorgenommen. indem er vom "Kompetenzprinzip" und vom "Freiheitsprinzip" gesprochen und aus diesen Prinzipien Rechtsfolgen abgeleitet hat. Das scheint mir unzulässig zu sein, abgesehen davon, daß auch diese Prinzipien vielleicht nicht ganz richtig sind. Wenn Löwer sagt, daß eine Tätigkeit der öffentlichen Hand aus reinem Erwerbsinteresse - es ist in Ihren Thesen sogar kursiv gedruckt - verfassungswidrig sei, ist das in meinen Augen eine rein akademische Frage; denn so etwas gibt es praktisch gar nicht. Wenn der Staat sich überhaupt am Wirtschaftsleben beteiligt, auch wenn er das nicht als Leistungsträger tut, wird er normalerweise ein öffentliches Interesse geltend machen können, das für diese Tätigkeit eine Rolle spielt, selbst wenn es das Hofbräuhaus in München ist. Das bedeutet also, wie ich meine, daß Sie eine künstliche Konfrontation vornehmen. Sie haben dann allerdings, gewissermaßen im schnellen Lauf des Sprechens, aus der Teilnahme aus reinem Erwerbsinteresse allgemein die Teilnahme als Wirtschaftssubjekt gemacht. Aber das ist doch gar nicht identisch. Es sind sicher gleitende Übergänge vorhanden zwischen Wirtschaftstätigkeit und Leistungsverwaltung usw., so daß diese scharfe Konfrontation, aus der Sie dann auch die jeweils bei weitem übertriebene Folgerung abgeleitet haben, daß das alles Eingriffe sind, wenn der Staat in Konkurrenz zu Privaten auftritt - ähnlich in dieser Hinsicht auch die Vorstellungen von Herrn Puhl – verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

Sie haben auch kommunale und staatliche Tätigkeit gleichgesetzt, obwohl das nicht gleich ist. Zwar verlangt das Gesetz von den Kommunen, daß sie einen öffentlichen Zweck vorbringen müssen, wenn sie wirtschaftlich handeln. Dagegen steht in den Haushaltsordnungen nur drin, daß ein öffentliches Interesse bestehen muß, wenn der Staat wirtschaftlich tätig wird. Dort steht das Wort "öffentliches Interesse", nicht "öffentlicher Zweck", und das ist auch ganz richtig so. Der Staat ist mit der Gemeinde hier nicht gleichzusetzen. Er hat ein umfassendes Handlungspotential, soweit ihn nicht die Verfassung oder die Gesetze binden. Man muß also meiner Meinung nach unterscheiden zwischen den Grenzen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit und den Grenzen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit; und die zweiten sind enger gezogen.

Daran möchte ich noch eine Frage anknüpfen. Sie haben, Herr Löwer, ganz am Ende Ihres Vortrages auch die europarechtliche Seite

behandelt. Damit ist wahrscheinlich die europarechtliche Seite auch im Hinblick auf die Kommunen gemeint. Meine Frage ist: Wenn die Gesetzgebung der Länder im kommunalen Wirtschaftsrecht jetzt noch weiter gehen würde und den Gemeinden beispielsweise einen größeren Spielraum bei der Wirtschaftstätigkeit – Sie haben hier einen Punkt kritisiert, die Telekommunikation in Nordrhein-Westfalen –, würde der Landesgesetzgeber vielleicht nicht nur auf verfassungsrechtliche Grenzen stoßen, sondern auch auf europarechtliche Grenzen? Oder verläuft die Grenze der staatlichen Gesetzgebung, hier der Landesgesetzgebung aus verfassungsrechtlichen Gründen an derselben Stelle wie die Grenze, die das Europarecht geben würde. Es könnte ja sein, daß das Europarecht dem Landesgesetzgeber engere Bindungen auferlegt als das Verfassungsrecht in Deutschland.

Schmidt-Jortzig: Ich möchte zwei allgemeine Bemerkungen machen und zwar, das sehen Sie mir hoffentlich nach, im festen Blick auf das Spannungsverhältnis zwischen dem realen Walten der wirtschaftlichen Mächte - ich will es einmal so diffus lassen - und dem tapferen, aber natürlich auftragsgemäßen Anspruch des Rechts, hier eine normative Ordnung zu schaffen und diese nachher auch durchzusetzen. Nirgendwo anders ist ja diese Spannungslage so deutlich und so stark und unmittelbar zu spüren wie auf dem Feld der sich globalisierenden Wirtschaft. Deswegen vielleicht auch, Herr Püttner, wollen sich normalerweise die Staatsrechtslehrer nicht so gern damit befassen, weil sie merken, daß sie im Griff von Mächten sind, die sie nicht so steuern können, wie sie es gewohnt sind. Dies vorausgeschickt möchte ich heftig Ihnen, lieber Herr Löwer, zur Seite treten, wenn Sie herausstellen, daß es für den öffentlichen Zweck, ich meine öffentliches Interesse auf Staatsebene, allemal auf eine eindeutige Definition der Ziele ankommen muß und sei es nur aus Rechtfertigungsgründen. Und man muß deshalb der gesamten real existierenden Innenwirtschaftspolitik ins Stammbuch schreiben, sich Ihren Leitsatz IV und Ihre Ausführungen dazu ganz genau in ihre Agenda aufzunehmen. Die Deutsche Bahn wird mit Sicherheit nicht auf einen unternehmerisch grünen Zweig kommen, und die deutschen Mobilbürger werden auch nie zufrieden sein mit dem Verkehrsangebot im öffentlichen Bereich, wenn nicht wirklich deutlich wird, daß die Deutsche Bahn nicht nur wirtschaftliche und also Profiterwartungen zu erfüllen hat, sondern auch den sogar im Grundgesetz festgeschriebenen Infrastrukturauftrag erfüllen muß, und das bedeutet dann eben auch, daß die Politik den unausgetragenen Zielkonflikt zwischen Haushaltsentlastung pp. und Leistungserwartung verbindlich zu klären hat und, wie Sie es geschrieben haben, bereit sein muß, gegebenenfalls Ausgleichszahlungen für unrentable, aber geforderte Zweckverfolgung zu leisten. Zweite allgemeine Bemerkung an Ihre Adresse, Herr Puhl. Ich habe Ihnen ja heute morgen schon, möglicherweise zu viele - ich weiß es nicht - jedenfalls nach wie vor entschieden aufrechterhaltene Komplimente gemacht für Ihre eindrucksvolle Präsentation des Gebäudes von Auftragsvergabe und Auftragserteilungsrecht. Aber ich glaube doch, daß wir bei diesem System eines nicht aus den Augen verlieren dürfen, und darauf sollen meine Bemerkungen eben nun hinweisen, daß hier der rechtlichen Steuerungsfähigkeit nämlich aus der Natur der Sache Grenzen gesetzt sind. Wenn man mitbekommen hat, wie etwa in dem auch von Ihnen ja kurz angetippten Problemfeld "Vergaberechtsänderungsgesetz 98", wie stark man dort Pressionsversuche, unverhohlene, aus dem internationalen Bereich unternahm, wie stark eine Androhung von Blockade und Boykott deutscher Unternehmen auf anderen Wirtschaftsfeldern erfolgte und wie stark und fast schon unverschämt Koppelungen auch mit ganz normalen außenpolitischen Zielsetzungen etwa vorgenommen wurden, dann weiß man, daß hier die Mächte des globalen Wirtschaftshandelns in großer Gravitationskraft dazu neigen, sich dem rechtlichen Zugriff zu entziehen. Und also werden wir auf dem von Ihnen vorgeführten Feld immer ein gewisses, ich will nicht sagen Windhundrennen, aber jedenfalls ein Wettrennen erleben. Das Recht muß sich bemühen, und dazu sind ja unsere Erörterungen heute hoffentlich auch nütze, seinen Steuerungszugriff zu erhöhen und durchzusetzen, aber die Wirtschaft wird mit Sicherheit sich auch weiterhin Mechanismen und Wege suchen, um dem wieder zu entkommen. Also den Eindruck zu erwecken, wir seien möglicherweise an einem Zwischenziel angekommen, wäre falsch, und deswegen bin ich Ihnen dankbar, daß Sie am Schluß deutlich gesagt haben, es sei noch dieses und jenes offen, und ich will hinzufügen, es wird auch weiter offen bleiben. Es ist wirklich ein Handicaprennen, was die Jurisprudenz dort führt. Danke schön.

Tettinger: Ich möchte mich zum Bereich der Kommunalwirtschaft äußern und darf im Ansatz Zustimmung zu dem signalisieren, was Sie, Herr Löwer, gesagt haben. Ihnen gebührt vor allen Dingen großer Dank dafür, daß Sie die kommunalpolitischen Diskussionen, die ja landauf, landab geführt werden, auf die verfassungsrechtliche Basis und den verfassungsrechtlichen Kern zurücklenken. Das hilft sehr viel weiter, denn die Diskussion bewegt sich bislang in anderen Bahnen; sie geht ja eher dahin: Kann man nicht unseren kommunalen Unternehmen, die jetzt unter schwierigen Rahmenbedingungen am Markt tätig sind, ein bißchen Erleichterung durch Stärkung ihrer Gestaltungsspielräume ver-

schaffen? Kann man nicht da oder dort bei den gesetzlichen Schranken die Anforderungen ein wenig herunterhieven? Auf der anderen Seite stehen aber insbesondere die Handwerker mit ihrer Forderung, der Status-quo müsse bleiben oder an einzelnen Stellen müßten die Anforderungen an kommunales Wirtschaften angehoben werden. In der Tat, es geht zunächst um eine Verfassungsrechtsfrage: man muß für die jeweiligen Wirtschaftssektoren bereichsspezifisch den Art. 28 II GG auf verwertbare Vorgaben hin abklopfen. Insoweit also Zustimmung in materieller Hinsicht, aber auch, was die Frage der örtlichen Grenzen angeht. Sie haben zu Recht die sog. Verbandskompetenz ins Spiel gebracht; ich würde Sie allerdings bitten, noch einige Erläuterungen anzufügen. Hier wird man wohl sehr sorgfältig differenzieren müssen. Beim öffentlichen Personennahverkehr etwa ist klar, daß er nicht an der Stadtgrenze aufhören kann und soll. Aber wenn wir uns überlegen, was große Städte nach den Vorgaben des Landesplanungsrechts (Stichwort: zentralörtliche Gliederung) alles an Versorgungsfunktionen für ihr Umland mitübernehmen müssen, da würde mich interessieren, was Sie von den Erörterungen der Wirtschaftsministerkonferenz halten, wo man von "örtlich radiziert" spricht. Ich persönlich halte es gar nicht für schlecht, sondern für sehr wohl angebracht, daß die örtliche Versorgung der Bürger im Vordergrund kommunaler Aktivitäten stehen muß, aber daß andere durchaus mitversorgt werden können. Auf diese Art und Weise können Sie jedenfalls den sog. kommunalen Kannibalismus - das ist ja das, was im Interesse der Sicherung der Selbstverwaltungsidee ausdrücklich abgeblockt werden muß - verhindern. Kommunen sind sehr wohl befugt, miteinander zu kooperieren, aber auf Nachbargelände zu "wildern", leichterhand auch in andere Länder zu expandieren oder gar ins Ausland zu gehen, da muß man in der Tat fragen, ob das als kommunale Agenda verfassungsrechtlich zulässig ist; hier hätte ich auch dann noch gewisse Zweifel, wenn dies mit entsprechendem "Persilschein" der Kommunalaufsicht geschieht.

Zum zweiten verfassungsrechtlichen Themenkomplex, der von Ihnen angesprochen worden ist, der Berufsfreiheit, würde ich Ihnen und Herrn Puhl gleichfalls zustimmen. Art. 12 entfaltet seinen Schutz gegenüber gesetzlichen Einwirkungen mit berufsregelnder Tendenz. Hier wird man genauer unterscheiden und stärker spezifizieren müssen, aber von der potentiell weitreichenden Wirkung auch staatlicher und kommunaler Entscheidungen zum Angebot von Gütern und Dienstleistungen auf die Berufsausübung Privater wird man ausgehen müssen. Sie haben, Herr Löwer, auf ein Stichwort rekurriert, das Reiner Schmidt – so meine ich – im Ansatz sehr prägnant herausgearbeitet hat, nämlich "Eingriff durch Konkurrenz". Sie haben es noch verstärkt in Richtung auf "Eingriff

durch Intervention". Man wird genau darauf achten müssen, worin sich jeweils die Wirkung auf eine Berufstätigkeit manifestiert, die sich ja möglicherweise speziell auf einen kommunalen Bereich konzentriert; diese Wirkungszusammenhänge bilden – so meine ich – auch für den Rechtsschutz einen sehr wichtigen Anhaltspunkt. Sie haben, Herr Löwer, desweiteren noch darauf hingewiesen – da bin ich nicht ganz mit Ihnen einer Meinung –, daß hier § 1 UWG einen adäquaten Schutz eröffnet. Dies hat dann allerdings zur Folge, daß man von Land zu Land zu unterschiedlichen Konsequenzen kommt. Es kann ja sein, daß ein Bundesland seine kommunalrechtlichen Anforderungen sehr locker formuliert, ein anderes sehr rigide und daß dann auf dem Wege über § 1 UWG sozusagen parzelliert ein Wettbewerb in den einzelnen Ländern mit jeweils unterschiedlichem Regelwerk stattfindet. Das wird sicher nicht die letztendliche Lösung sein können. Bereits daher erscheint eine klare, übergreifende Lösung über Art. 12 GG sicher als vorzugswürdig.

Kurz noch zu einem dritten Punkt. Sie, Herr Holoubek, haben in Ihrem Referat dankenswerterweise auch das Stichwort In-house-Geschäft erwähnt. Ich hätte gerne von den beiden anderen Referenten noch einige Erläuterungen dazu, denn dabei finden sich ja die Kommune oder der Staat sozusagen in einer doppelten Rolle. Auf der einen Seite etwa die Kommune als Auftraggeber und auf der anderen Seite das kommunale Unternehmen oder das gemischtwirtschaftliche Unternehmen als Auftragnehmer. Hier besteht gewiß aller Anlaß, nach Wirkungen der verfassungsrechtlichen Basis zu fragen: Inwieweit bestehen da kommunale Organisationsfreiheiten und wo wird der eigentliche Zweck des Vergaberechts, transparenten Wettbewerb zu erzeugen, wirklich relevant? Sie, Herr Holoubek, haben die Position vertreten, daß grundsätzlich Ausschreibungspflicht besteht. Hier braucht man sicherlich noch Präzisierungen.

Zu einem letzten Punkt, bei dem – Herr Badura hat schon darauf hingewiesen – die Grenzlinie einerseits im nationalen Verfassungsrecht, auf der anderen Seite im Europarecht nicht so ganz kongruent verläuft. Man wird heute noch nicht mit Sicherheit voraussagen können – das haben Sie ja auch betont, Herr Löwer –, was denn die Wirkungen dieses 16 EG(V) sein werden. Gewiß ist die Lösung naheliegend, daß es bei den grundsätzlichen Wertungen des Art. 86 EG(V) bleibt. Insoweit kann ja auch auf eine entsprechende Erklärung im Amsterdamer Vertragswerk verwiesen werden, die das bekräftigt; aber Art. 16 EG(V) steht immerhin im ersten Abschnitt, und da ist im deutschen Text die Rede von einem besonderen "Stellenwert". Über diese veränderte Ausgangslage hinwegzugehen, dürfte gar nicht so einfach sein. Man hat den Eindruck, daß die deutsche Seite bei entsprechenden Verhandlungen recht schnell

mit Protokollnotizen und Erklärungen zufrieden war, während andere den Text des Vertrages selbst zur Verstärkung bestimmter Rechtspositionen anreichern. Und Sie, Herr Holoubek, haben völlig zu Recht darauf hingewiesen, daß dies inzwischen eine Fortsetzung gefunden hat, denn im Rahmen der Europäischen Grundreche-Charta ist es ja gelungen, den Zugang zu diesen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nochmals besonders hervorzuheben, und zwar in Art. 36. Es ist dann aber nicht mehr nur der vorerwähnte Art. 16, in dem die betreffenden Grundpositionen sich wiederfinden und umgesetzt sind. Ich erinnere an die gestrige Diskussion. Hier wird auch die Europäische Grundrechte-Charta möglicherweise die Akzente noch etwas weiter verschieben.

Wieland: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wenn man die beiden ersten Referate heute morgen gehört hat, ist man versucht, den Referenten nicht nur für die Qualität ihres Referats zu danken, sondern auch dafür, daß sie gleichsam eine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für nachwachsende Staatsrechtslehrer eingeleitet haben. Es ist schließlich auch standespolitisch nicht uninteressant, wenn man den Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts, der manchmal durch Privatisierung und Deregulierung etwas bedroht erscheint, in einem kühnen Bogen wieder ausdehnt und sagt, in Wirklichkeit geht es überall dort, wo der Staat sich wirtschaftlich betätigt, um ein Handeln im Bereich der Grundrechte. Und es ist unsere Aufgabe als Staatsrechtslehrer, insoweit Ordnung zu schaffen und dem Staat seine Grenzen aufzuzeigen.

Meine Skepsis gegenüber dieser These möchte ich hier nicht grundsätzlich wiederholen. Herr Badura und Herr Böckenförde haben das Wesentliche schon gesagt. Wenn man die These vertreten will, daß der Staat überall dort, wo er wirtschaftlich handelt, gleichzeitig in Grundrechte – insbesondere Art. 12 GG – eingreift, muß man nach meiner Auffassung noch mehr grundrechtsdogmatische Arbeit leisten. Nur zu sagen, eine Intervention in den Markt oder eine Ingerenz in den Markt ist ein Grundrechtseingriff, reicht als dogmatische Grundlage nicht aus. Der Markt selbst ist kein Grundrechtssubjekt. Vielmehr gelten auf dem Markt die Marktgesetze. Wenn die öffentliche Hand sich am Marktgeschehen beteiligt, handelt es sich nicht um Gesetzesvollzug. Man mag wirtschaftspolitisch der Auffassung sein, es sei sinnvoll, daß der Staat sich aus dem Marktgeschehen zurückziehe. Aber bevor man dies Postulat aus der Verfassung ableiten kann, sind größere dogmatische Anstrengungen erforderlich, als sie bisher unternommen wurden.

Vor allem Herrn Holoubeks Ausführungen, die uns sehr schön gezeigt haben, welche verschiedenen Modelle es in Europa gibt und was man sich alles vorstellen kann, geben Anlaß zum Nachdenken, ob wir mit einer Steigerung unserer Anstrengungen aus den Grundrechten einen viel engeren Rahmen für wirtschaftliches Handeln des Staates herauslesen sollten, als es das EG-Recht gegenwärtig tut. Beide Referenten haben darauf hingewiesen, daß sie an manchen Punkten mit ihren Forderungen über das EG-Recht hinausgehen.

Letztlich stellt sich für mich auch die Frage nach dem Staatsverständnis. Wenn man einen Totalvorbehalt, den man in den letzten 40 Jahren immer wieder diskutiert hat und der - wie ich finde - mit guten Gründen abgelehnt worden ist, wenn man einen solchen Totalvorbehalt verfolgt, wird der Staat in der Setzung seiner Zwecke sehr stark begrenzt. Herr Löwer hat klar gesagt, er sieht den Staat als Agentur für schlechte Risiken - vielleicht mit Ausnahme der Sparkassen, die in seinem juristischen Herzen offenbar einen bevorzugten Platz haben. Mir ist allerdings unklar, wo denn etwa bei kommunalen Unternehmen der Unterschied zwischen der Telekommunikation und den Sparkassen liegen soll. Warum ist das arme Mütterchen auf dem Land auf die Sparkasse angewiesen, aber nicht auf Möglichkeiten der Telekommunikation? Müßte es sich nicht konsequenterweise auch ein Handy zulegen, um damit Bankgeschäfte abzuwickeln, so daß auch Sparkassen verzichtbar erscheinen? Warum sollen nur die schlechten Risiken beim Staat landen. für die Sparkasse aber eine Ausnahme gemacht werden? Das hätte ich gern noch erläutert bekommen.

Insgesamt sollte man, bevor man diesen Weg geht, noch einmal darüber nachdenken, ob es wirklich sinnvoll ist, den Prozeß der Verrechtlichung über eine pauschale Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 2 GG und Art. 12 GG voranzutreiben. Schlagen wir damit nicht in Europa einen Sonderweg ein, der gerade, wenn man wirtschaftlich denkt wie Herr *Tettinger*, möglicherweise negative Folgen für den Standort Deutschland haben kann? Unser Denken ist sehr stark rechtsstaatlich geprägt. Das liegt sicherlich in unserer Geschichte und Tradition begründet. Man kann sich den Markt aber auch als einen Ort vorstellen, wo alle gleiche Chancen haben müssen, wo aber auch der Staat unter gleichen Chancen auftreten darf und wo es eigentlich erwünscht ist, daß er als weiterer Teilnehmer den Wettbewerb stärkt. Vielen Dank.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte drei kleine verwaltungswissenschaftliche Bemerkungen machen, und zwar zu dem letzten Satz von Herrn Löwer, der da lautete: "Die Wirklichkeit sieht wohl anders aus." An diesem Satz scheint mir etwas dran zu sein, und ich möchte dies auch ganz kurz begründen. Die erste Bemerkung ist ein verwaltungswissenschaftlicher Befund. Herr Löwer, sie

haben vollkommen recht, daß nach geltendem Recht die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand eines öffentlichen Zwecks bedarf. Dann müßte man den öffentlichen Zweck in die normativen Vorgaben hineinschreiben, also in die Satzung, das Errichtungsgesetz oder was immer. Aber verwaltungswissenschaftlich ist es fast eine Binsenweisheit, daß eine solche normative Vorgabe eine Direktionskraft entfaltet, die gegen Null tendiert. Wenn sie also bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in die normativen Vorgaben hineinschreiben würden, die Bank solle gemeinwohlverträgliche Bankgeschäfte tätigen, dann ist dies keine präzise Handlungsanweisung, da wir aus vielen Beispielen wissen, daß das tatsächliche Organisationsverhalten von Organisationen weniger durch die normativen Vorgaben als durch ihr Selbstverständnis gesteuert wird. Und fragen sie einmal einen Sparkassenvorsitzenden, ob er sich eher als Verwaltungsmann fühlt oder als Banker. Ich wette, daß sie die Antwort bekommen werden, er sei Banker, d.h. er orientiert sich an den Usancen des Bankgewerbes und dies - aus seiner Perspektive natürlich vollkommen zu Recht. Nun könnte man sagen, daß dies nur ein verwaltungswissenschaftlicher Befund sei, der für die rechtliche Bewertung folgenlos bleibe. Aber auch verwaltungswissenschaftliche Befunde gewinnen dadurch rechtliche Qualität, wenn sie darauf hinauslaufen, daß die normative Steuerungsschiene letztendlich versagt: Denn dann muß man nach alternativen Steuerungsmechanismen Ausschau halten, z.B. nach der Steuerungsschiene Personal, indem man die richtigen Leute an der richtigen Stelle plaziert oder die Steuerungsebene Organisation durch Fruchtbarmachung von Organisation als Steuerungsressource.

Zweiter Punkt: Was macht man eigentlich, wenn sich die Verwaltungswirklichkeit nicht an der Reinheit der Bauprinzipien orientiert, die sie so eindrucksvoll vorgeführt haben. Was macht man z.B., wenn ein Public-Private-Mix entsteht und damit die Modellreinheit ebenfalls einem Vermischungsprozeß unterliegt. Um nur ein Beispiel zu geben: Die Berliner Landesbank ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie wird beherrscht durch die Berliner Bankgesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag. Die Bankgesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, so daß wir zwei Akteure aus verschiedenen rechtlichen Sphären haben. Der eine Akteur stammt aus der Welt des Gemeinwohls, der andere Akteur stammt aus der Welt des Wettbewerbs. Wat nu, sagt der Hamburger. Wie ist nun diese Kollision von Prinzipien aufzulösen, wie wären beide Wertungsgesichtspunkte miteinander auszubalancieren und zu versöhnen? Man wird hier so vorgehen müssen, daß man nicht das eine Prinzip durch das andere aus dem Felde schlägt, sondern nach problemspezifischen Steuerungsinstrumenten Ausschau hält und dabei die Phantasie bemüht, um ein problemadäquates Steuerungsmix zu entwikkeln. Mit der dritten Bemerkung, die meinem Beitrag eine gewisse grundsätzliche Wucht verleihen soll, möchte ich die Frage aufwerfen, ob denn der Wettbewerbsgedanke im öffentlichen Sektor eigentlich gar nichts zu suchen hat. Denken sie doch einmal an die Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns. Diese ist durch das Haushaltsrecht rechtlich vorgeschrieben. Wirtschaftlich handeln kann man aber nur, wenn man kostenbewußt ist. Kostenbewußt wird man, wenn man dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Also würde ich in Anlehnung an Herrn Häberle sagen, daß man den Wettbewerb sehr wohl als eine Gemeinwohlstrategie betrachten kann und es leuchtet mir daher auch nicht ein. Gemeinwohl und Wettbewerb als etwas Gegensätzliches, sich einander Ausschließendes zu definieren. Vielmehr muß es darum gehen - und dieser Gedanke ist mir besonders wichtig - den Nutzen und die Dynamik des Wettbewerbs gemeinwohlkompatibel zu organisieren. Und das kann man eben nicht durch eine dichotomische Entgegensetzung zweier Weltprinzipien, sondern man muß versuchen, diesen Effekt durch eine Kombination von verschiedenen Steuerungsschienen zu erreichen. Vielen Dank.

Koch: Meine Damen und Herren, Herr Löwer hat heute ein Konzept entwickelt, demzufolge der Staat und die Kommunen über weite Strekken allein Sachwalter der "schlechten Risiken" sind oder sein sollen. Die Realität ist aber insofern eine andere, als der Gesetzgeber beispielsweise in Nordrhein-Westfalen erkennbar dazu neigt, in Übereinstimmung mit den Kommunen und ihren Unternehmen gleiche Marktzugangs-, und Wettbewerbschancen der öffentlichen Hand im Verhältnis zu den privaten Anbietern und damit eine Art "Marktchancengleichheit" für öffentliche Unternehmen zu postulieren. Wenn der Gesetzgeber die kommunalrechtlichen Schwellen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand absenkt, dann drängt sich aber die Frage auf, in welchem Maße dies möglich ist und wo spätestens die grundrechtlichen Schranken zu ziehen sind, die einem solchen Absenken der Zugangsschwellen entgegenstehen. Und da scheint mir die namentlich in der Rechtsprechung vielfach anzutreffende These, es gäbe keinen Schutz vor Konkurrenz und deshalb auch keinen Schutz vor staatlicher Konkurrenz, dann doch etwas zu kurz zu greifen, weil übersehen wird, daß zwar der private Wettbewerber eines Marktteilnehmers selbstverständlich nicht grundrechtsgebunden ist, dies aber für den Staat nicht gilt: Erachtet man den Staat als immer dann grundrechtsgebunden, wenn er eine öffentliche Funktion wahrnimmt, dann kann man die Grundrechtsrelevanz einer wirtschaftlichen Betätigung und damit auch den Eingriff in Rechte anderer letztlich nur noch dann in Abrede stellen, wenn man daran anknüpft, daß dem privaten Wettbewerber die Möglichkeit, seine Leistung anzubieten, nicht genommen wird. Es wird letztlich nicht ein Verhalten des Wettbewerbers beeinflußt, sondern das Ergebnis dieses Verhaltens, weil der Erfolg einer wirtschaftlichen Betätigung leidet. Allerdings ist in der Rechtsprechung beispielsweise zu den staatlichen Warnungen und Empfehlungen grundsätzlich anerkannt, daß auch eine solche "Erfolgsbeeinträchtigung" an Grundrechten des dadurch Betroffenen zu messen sein kann. Es ist nicht einzusehen, warum etwas anderes gelten soll, wenn der Staat nicht durch Erklärungen auf eine Nachfrage einwirkt, sondern dadurch, daß er selbst eine Leistung konkurrierend anbietet. So gesehen scheint mir nicht zweifelhaft zu sein, daß eine grundrechtliche Dimension des Vorgangs besteht, mit der weiteren Folge, daß jedenfalls aus diesem Grunde eine wirtschaftliche Betätigung allein zur Einnahmeerzielung unzulässig sein muß. Andernfalls würde dem Betroffenen willkürlich ein "Sonderopfer" dafür auferlegt, daß der Staat in einer bestimmten Situation Einnahmen erzielen möchte. Zugleich liegt dann auch die weitere Konsequenz auf der Hand, daß Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes bzw. die Gewährleistungen kommunaler Selbstverwaltung in den Landesverfassungen hier nicht zugunsten der Kommunen eingreifen können, weil dies zur Folge hätte, daß ein grundrechtsgebundenes Rechtssubjekt einem Grundrechtsträger eine eigene Rechtsstellung entgegenhalten könnte und dieser Konflikt in einer Abwägung aufgelöst werden müßte. Hieran knüpft dann aber eine Frage an, die sich im Anschluß an Herrn Ehlers vielleicht dahin zuspitzen läßt, ob damit eine Geltendmachung der Selbstverwaltungsgarantie auch in der "Staatsrichtung" ausgeschlossen ist. Zwar wird die Kommune die Selbstverwaltungsgarantie nicht dem Bürger entgegenhalten können. Ob man aber mit Herrn Löwer den weiteren Schluß ziehen kann, daß auch kein staatlicher Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie vorliegen soll, wenn bestimmte Arten oder Formen der wirtschaftlichen Betätigung eingeschränkt werden, scheint mir nicht so sicher zu sein. Hier stellt sich die Frage, welchen Anwendungsbereich Art. 28 Abs. 2 GG dann eigentlich noch haben soll oder ob die Vorschrift nicht völlig entleert wird. Danke.

Pielow: Ich kann unmittelbar an Herrn Koch anknüpfen und möchte ebenfalls die Notwendigkeit unterstreichen, wirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand mehr als bisher auch einer Überprüfung anhand der Grundrechte zu unterziehen. Diesbezüglich sei noch einmal der Bogen zur gestrigen Diskussion geschlagen: Gestern ist wiederholt von

den Komplementärbeziehungen zwischen der europäischen und den nationalen Verfassungsordnungen gesprochen worden. Insofern ist vielleicht noch ein weiterer Hinweis darauf von Interesse, wie in Frankreich - trotz aller "etatistischen" Tendenzen des französischen Rechts mit "öffentlichen" Wirtschaftstätigkeiten speziell auf der örtlichen Ebene umgegangen wird: Nach ständiger und traditionsreicher Rechtsprechung des Conseil d'Etat unterliegen kommunale Wirtschaftsagenden nicht nur einer - streng am Subsidiaritätsgedanken ausgerichteten - Kontrolle anhand der Handels- und Gewerbefreiheit. Unter dem Eindruck des europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts wird zudem seit Jahren-lebhaft darüber gestritten, ob die services publics à caractère industriel et commercial nicht auch generell an wettbewerbsrechtlichen Anforderungen zu messen sind. Praktisch ausgewirkt hat sich dies frühzeitig bei der Vergabe von services publics an private Konzessionäre. Diesbezügliche Entscheidungen werden seit neuestem (ganz unabhängig von den Vorgaben des europäischen Sekundärrechts) sogar von den Verwaltungsgerichten bzw. vom Conseil d'Etat auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des nationalen Kartellrechts überprüft. Meines Erachtens sollten, nimmt man den Gedanken der Komplementarität ernst, auch bei uns verstärkt Überlegungen in diese Richtung angestellt werden - im Sinne einer primärrechtskonformen Gestaltung des Wirtschaftsverwaltungsrechts und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

Vielleicht noch zwei Bemerkungen zur Terminologie: Mit gewisser innerer Genugtuung habe ich festgestellt, daß weder in den Referaten noch in den bisherigen Diskussionsbeiträgen das Stichwort Daseinsvorsorge fiel. Möglicherweise läßt dies darauf schließen, daß der Begriff doch zunehmend relativiert wird. Nach meinem Dafürhalten gibt es dafür gute Gründe, denn schließlich ist der Topos zu sehr belegt mit der Assoziation "Daseinsvorsorge = staatliche Verwaltung". Im kommunalrechtlichen resp. kommunalpolitischen Schrifttum wird zudem immer mal wieder pauschal behauptet: Daseinsvorsorge gehöre zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung und sei damit (insbesondere hinsichtlich möglicher Aufgabenprivatisierungen) unantastbar. Ich glaube, von derartigen Mythen sollten wir uns angesichts grundlegend gewandelter Rahmenbedingungen (Stichwort: "kooperative" Aufgabenabschichtung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren) trennen und das läßt ja auch die Begriffswahl des heutigen Tages deutlich spüren.

Meine zweite begriffliche Anmerkung betrifft den Terminus der "wirtschaftlichen Betätigung": Einige Kommunalverfassungen unterscheiden weiterhin zwischen "wirtschaftlichen" und "nicht wirtschaftlichen" Aktivitäten (die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung -§ 107 Abs. 1 und 2 GO NW - ist schon genannt worden). Auch hier ist Vorsicht geboten: Schließlich erinnert diese Differenzierung an die alte Trennung zwischen den Hoheitstätigkeiten des Staates und seinem Handeln als "Privatperson" im Sinne früherer Fiskustheorien - mit der Folge, daß man insbesondere die Grundrechtsbindung des Staates auf das eigentliche Verwaltungshandeln beschränkt sehen könnte. Derartige Schlüsse sind, auch insofern ist heute ein breiter Konsens sichtbar geworden, unter der Geltung des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 3 GG) fehl am Platz. Auch könnte man, wenn von "nicht wirtschaftlichen" Betätigungen die Rede ist, fälschlicherweise dazu neigen, diese Tätigkeiten vom Erfordernis des für wirtschaftliches Handeln explizit vorgeschriebenen "öffentlichen Zwecks" zu befreien. Der baverische Kommunalgesetzgeber hat hieraus schon die Konsequenzen gezogen und die frühere Trennung zwischen "wirtschaftlichen" und "nicht wirtschaftlichen" Betätigungen ganz abgeschafft.

Eine letzte Anmerkung sei mir noch gestattet - und zwar den Bogen zurückschlagend zur gemeinschaftsrechtlichen Diskussion: Die Artikel 16 und 86 Abs. 2 des EG-Vertrages sind genannt worden. Ich bin überzeugt, daß auf der europäischen Ebene in nächster Zeit hier "die Musik spielen" wird: Die genannten Vorschriften enthalten äußerst klausulierte und dementsprechend schwierig zu handhabende Ansätze für Durchbrechungen der europäischen Binnenmarktordnung zugunsten "allgemeiner wirtschaftlicher" Interessen in den Mitgliedstaaten. Das Hauptproblem besteht aber in den tiefgreifenden strukturellen Inkongruenzen der nationalen Wirtschaftsrechtsordnungen, wie sie auch Herr Holoubek angesprochen hat: Auf der einen Seite ausgeprägte staatswirtschaftliche Strukturen wie beim französischen service public, andererseits "liberale" angelegte Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechtsordnungen, kurz (wir sind in Leipzig): Toccata hier, Fuge dort. So gesehen fragt es sich doch, ob der enormen Spannungslage zwischen den Imperativen des Binnenmarkts und den Beharrungskräften und Sonderinteressen in den Mitgliedstaaten (Versorgungsmonopole in Frankreich; öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in Deutschland) auf Dauer allein mit Hilfe der Artikel 16 und 86 Abs. 2 EGV beizukommen ist. Geht es darum, Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden, führt meines Erachtens kein Weg daran vorbei, unter Beachtung von Gemeinsamkeiten und grundlegenden Unterschieden in den nationalen Rechtsordnungen detailliertere, mithin verläßlichere Kriterien und Standards für staatliche Regelungsvorbehalte in bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu benennen. Parallel zur sicher wichtigen Europäischen

Grundrechte-Charta würde ich also dringend dafür plädieren, endlich auch über die Schaffung einer dezidierten europäischen Kompetenzordnung nachzudenken. Diese hätte insbesondere Aussagen über mögliche Durchbrechungen des allgemeinen Wettbewerbsregimes im Bereich der Versorgungswirtschaft zu treffen.

Gallwas: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, meine Sympathie für faktische Beeinträchtigungen von Grundrechten ist ja bekannt. Gleichwohl habe ich niemals einen Zweifel daran gelassen, daß der schnelle Weg von der Feststellung einer faktischen Beeinträchtigung in die herkömmliche Eingriffsdogmatik höchst problematisch ist. Wenn man es mit einer solchen Beeinträchtigung zu tun hat, muß man vielmehr jeweils vorab überlegen, was die Grundrechte an speziellem Abwehrmechanismen bereithalten. Nicht jede faktische Beeinträchtigung ist also einem Eingriff gleichzuachten, nicht jede steht zumal unter den eingriffsbezogenen Grundrechtsvorbehalten. Dies als Bemerkung vorab.

Ich habe nun eine Frage an Herr Löwer, und zwar: Rechtsgrundlage für die Privatautonomie der Gemeinden ist meines Wissens § 89 BGB. Der Gesetzgeber hat hier die Gemeinden mit Privatautonomie ausgestattet, obwohl sie keine Privaten sind. Unter diesem Aspekt erscheint mir die These unter III.2 c) etwas problematisch. Warum sollte nämlich die Gemeinde von ihrer privatrechtlich begründeten und insoweit räumlich unbegrenzten Privatautonomie nicht auch ienseits der Gemeindegrenzen Gebrauch machen? Und wenn ich vielleicht noch um eine weitere Aufklärung bitten dürfte: In Punkt II.5. sprechen Sie am Schluß von einem Gebot zur Benennung des Zweckes bei jeder Förderung des Gemeinwohls. Ist da tatsächlich "Benennung" gemeint oder würde es auch ausreichen, wenn sich der Zweck erkennen und als solcher rechtfertigen läßt. Ein Benennungsgebot könnte immerhin zum Mißverständnis einer rein formalen Pflicht führen, mit der Folge, daß schon der Formverstoß das gemeindliche Unternehmen rechtswidrig machen würde.

Herrn Puhl möchte ich besonders danken, weil er das von ihm als Dickicht angesprochene Vergaberecht nicht noch mit Unterholz und Gestrüpp wissenschaftlicher Verrätselung versehen, sondern dieses Rechtsgebiet mit einem großen klarsichtigen Wurf verdeutlicht hat. Dazu nur zwei Anmerkungen: Die eine betrifft die vorschnelle Entscheidung für einen Freiheitseingriff. Mir scheint insoweit der Weg über Art. 3 GG näher zu liegen. Denn die faktischen Beeinträchtigungen privater Unternehmen durch Ausübung staatlicher Vergabemacht sind noch etwas schwächer als die durch den Wettbewerb der öffentlichen

Hand. Ich meine daher, hier wäre eine zusätzliche Differenzierung angebracht. Dann habe ich noch eine Frage zur kompetenziellen Seite, nämlich zu C.II.2. a) aa): könnte es nicht sein, daß durch die Regelung in § 97 GWB sozusagen ein vergaberechtlicher Vorbehalt für das Bundesrecht gemacht wird, so daß die Länder partiell auch Bundesgesetze ergänzen dürfen, z.B. durch ein landesgesetzliches Erfordernis einer Tariftreueerklärung entgegen dem Kodifikationsprinzip des bundesrechtlichen Arbeitsrechts.

Ronellenfitsch: Meine Damen und Herren! Das ist fast ein Spontanbeitrag zum Beitrag von Herrn Pielow, aber ich möchte trotzdem meine Zeit möglichst einhalten. Als vorwiegend mit dem Verwaltungsrecht beschäftigter Öffentlichrechtlicher ist man immer froh über Nachhilfeunterricht auf den "Staatsrechts"-lehrertagungen. Man hofft, zumindest neue Schlagworte für die praktische Arbeit im Verwaltungsrecht abzustauben. Umgekehrt möchte ich die primär staatsrechtlich orientierten Kollegen auf einige verwaltungsrechtliche Niederungen hinweisen. Was mir bei den beiden ersten Referaten besonders gefallen hat, waren die Bekenntnisse zum Freiheitsprinzip. Allerdings geht es mir nicht um die Freiheit der Wettbewerber, sondern um die Freiheit von uns allen. Wir alle haben eine Freiheitsposition. Diese Freiheitsposition wird uns gewährleistet durch Leistungen, die der Staat erbringt. Als Grundstückseigentümer bin ich praktisch obdachlos - obdachlos im eigenen Haus -, wenn mir Versorgungsleistungen vorenthalten werden. Als Hochschullehrer kann ich meinen Beruf nicht ausüben, wenn der Staat nicht die Verkehrsinfrastruktur zur Verfügung stellt, auf der ich zum Arbeitsplatz gelangen kann. Damit sind wir bei der Daseinsvorsorge. Die Daseinsvorsorge ist kein Mythos, sondern kennzeichnet die allgemeine Freiheitsposition. Es geht um zusätzliche Leistungen. Mit der Daseinsvorsorge steht und fällt das Freiheitsprinzip. Ohne Daseinsvorsorge laufen die Freiheitsrechte leer. Wer das als Mythos betrachtet, hat Forsthoff nie begriffen, aber das ist ja eine allgemeine Beobachtung beim Werk Forsthoffs. "Daseinsvorsorge" ist ein Rechtsbegriff, nicht nur ein soziologischer Befund. Das kann man am öffentlichen Personennahverkehr, den alle Referenten gestreift haben, darstellen. Bis zum 1.1.1996 haben die ÖPNV-Gesetze der Länder den öffentlichen Personennahverkehr zur Daseinsvorsorge der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften gemacht. Die Aufgabe kann auf verschiedene Weise erfüllt werden: Durch eigene Leistungen des Staates oder durch Vergabe nach dem Bestellerprinzip. In § 8 Abs. 4 PBefG werden eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Leistungen unterschieden, aber beileibe nicht so, wie das Herr Löwer vorgetragen hat. Die eigenwirtschaftliche Leistung

beruht auf eigener Initiative: iemand stellt von sich aus einen Antrag auf Genehmigung zur Personenbeförderung. Die gemeinwirtschaftliche Leistung ist gegeben, wenn sich niemand findet, der diese Aufgabe übernimmt. Dann muß sie auferlegt, aufgegeben oder vertraglich vereinbart werden. In letzterem Fall findet Wettbewerb statt. Dies aber nicht um des hehren Wettbewerbsprinzips willen, sondern nur um den billigsten Wettbewerber zu finden. Ein Ausschreibungsverfahren wird durchgeführt, um die geringsten Kosten zu verursachen, nicht um Wettbewerb in Reinkultur durchzuführen. Hier hat sich der deutsche ÖPNV bewährt, europäisch geduldet durch die VO 1191/69. Nunmehr aber stellt sich die Frage, ob das verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist. Ist es zulässig, wenn ein kommunaler Aufgabenträger bei eigenwirtschaftlichen Verkehren seine eigenen Unternehmen mit der Personenbeförderung betraut, Eigenproduktion betreibt? Schließlich handelt es sich immer noch um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Wenn ich Herrn Löwer richtig verstanden habe, gibt es ein Wahlrecht bei der optimalen Erfüllung der Daseinsvorsorgeaufgabe, nicht einen Zwang, Daseinsvorsorgeaufgaben an private Dritte zu vergeben. Also kann der Staat sich eigenwirtschaftlich betätigen, ohne daß dies eine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung wäre. Der ÖPNV ist ein subventionierter Gewerbezweig, den der Staat zum Teil übernommen hat. Fraglich ist jedoch, ob wir europarechtlich gezwungen sind, hier den freien Wettbewerb zu eröffnen. Vielleicht ist Ihnen bekannt, daß am 13.9. diesen Jahres ein Verordnungsvorschlag der Kommission endgültig verabschiedet worden ist, wonach der gesamte öffentliche Personennahverkehr dem freien Wettbewerb geöffnet werden soll. Das treibt die Gemeinden um. Die gehen nämlich ins Ausland, akquirieren Personenbeförderungsunternehmen, besorgen sich billige Arbeitskräfte in den Beitrittsländern die Verordnung soll auf die Beitrittsländer erstreckt werden -, bringen sie in Containerdörfern in der Bundesrepublik unter und führen dann hier den billigsten Personenbeförderungsverkehr durch. Ist das mit unserem Daseinsvorsorgeauftrag zu vereinbaren oder nicht? Ich bin sicher, das ist nicht der Fall. Gemeinschaftsrechtlich könnte man die deutschen Verhältnisse unter Berufung auf Art. 73 EG abfedern. Auch danach ist der ÖPNV eine Daseinsvorsorgeleistung. Deswegen warne ich davor, von einem Mythos zu sprechen. Wir müssen die Daseinsvorsorge verrechtlichen und sollten sie verrechtlichen, um bewährte Strukturen zu erhalten. Trotz aller Faszination, die das Wettbewerbsprinzip ausübt, kann Wettbewerb nicht in Reinkultur vorkommen. Wettbewerb ist bei der Daseinsvorsorge nicht Ziel, sondern Instrument. So verhält es sich mit dem Gemeinwohl, Herr Häberle, der Wettbewerb dient dem Gemeinwohl, mehr nicht. Vielen Dank.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen, Herr Löwer hat wieder einmal der Fiskusdoktrin den Abschied gegeben, aber man staunt, sie wird auch immer wieder verteidigt, auch von Herrn Böckenförde, und deswegen werden wir uns noch lange damit beschäftigen. Ich denke, daß das Privatheitsprinzip, das Sie so klar herausgestellt haben, Herr Löwer, nicht nur durch die genannten Grundrechte geschützt ist, sondern auch europarechtlich durch die Grundfreiheiten: denn das Gemeinschaftsrecht verfaßt einen Binnenmarkt und der Binnenmarkt kann nur ein privatheitlicher Markt sein wie überhaupt ein Markt durch seine Privatheitlichkeit gekennzeichnet ist. Unternehmen haben das Charakteristikum, privat oder privatheitlich zu sein. Der Staat aber ist kein Unternehmer und seine wirtschaftliche Betätigung, die ja in gewissen Grenzen richtig ist, ist eine besondere Verwaltung. Das haben wir auch von Herrn Löwer gelernt. Wir müssen für die wirtschaftliche Betätigung des Staates ein besonderes Verwaltungsrecht entwickeln. Bisher wurde wegen der Fiskusdoktrin das Privatrecht herangezogen. Die privatrechtlichen Vorschriften, die weitgehend neutral gegenüber der Dichotomie von Staatlichkeit und Privatheit sind, sind der Sache nach besonderes Verwaltungsrecht, meinetwegen auch das Prinzip der wettbewerblichen Lauterkeit. Mir liegt es allerdings näher, insofern Prinzipien spezifisch verwaltungsrechtlicher Art zu entwickeln, wie das aus der Verfassung hergeleitete Sachlichkeitsprinzip, aber auch das Verhältnismäßigkeits- und das Vertrauensschutzprinzip. Dies führt materiell zu ganz ähnlichen Regelungen, wie das offene Lauterkeitsrecht. Aber ein Recht als Unternehmer zu agieren, hat der Staat auf gar keinen Fall. Der Wettbewerb des Staates ist Ingerenz. Die Gewinnmaxime steht dem Staat schon deswegen nicht zu, weil sie der Gesetzlichkeit nicht fähig ist. Herr Böckenförde, wie sollte die Gewinnmaxime eigentlich in Tatbestände gefaßt werden. Wenn der Staat sich dem Wettbewerb aussetzt, besteht auch die Verlustgefahr. Ich weiß nicht, wie gerechtfertigt werden soll, daß der Vollzug des Gesetzes Verlust bringt und darum eingestellt wird. Die Kosten der Verwaltung sind durch Steuern zu finanzieren. Ein ganz wesentliches Problem unserer Thematik ist das Europarecht. Herr Löwer hat das angesprochen und hat dafür plädiert, daß öffentlichen Unternehmen europarechtlich weiterhin als wettbewerbsrechtliche Unternehmen behandelt werden sollten, weil sonst die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Agenda staatlich zu bewältigen, mißbrauchen könnten, um sich dem Wettbewerb und dem Wettbewerbsrecht zu entziehen. Dem soll ja Art. 86 EGV entgegensteuern. Die Bemühung ist gerechtfertigt, nur es gelingt nicht. Wir haben uns dabei, ich sage das ein wenig provokativ, der Willkür des Europäischen Gerichtshofs ausgesetzt. Ich habe lange Zeit erwartet, daß der Europäische Gerichtshof die Sozialversicherungen, die ja durchaus im Wettbewerb mit privaten Versicherungen stehen, als wirtschaftlich einstufen werde, weil sie die Kriterien des Unternehmensbegriffs des Gerichtshofs erfüllen. Jetzt aber hat der Gerichtshof sich und das soziale Versicherungssystem gerettet. Das Prinzip der Solidarität sei maßgeblich. Also sind die Sozialversicherungen keine Unternehmen, jedenfalls findet das Wettbewerbsrecht keine Anwendung, zum Glück, Aber Art. 86 EGV ist allzu weit und unbestimmt. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung steht einer Regelung wie dem Art. 86 EGV entgegen. Wir müßten vielleicht den Mut haben, eben klang es an, auf Grund des Art. 86 Abs. 3 EGV oder auf Grund eines besonderen Vertrages der Gemeinschaft die Befugnis zu übertragen, durch Richtlinien zu regeln, was privatheitlich bewältigt werden darf und was dem Staat vorbehalten sein soll, wie z.B. das Sozialversicherungsrecht. So steht das jetzt auch in dem Entwurf der Grundrechtecharta. Was von der Sache her nicht wettbewerblich bewältigt werden kann, das ist eine, wenn man so will, natürliche Staatsaufgabe, wie es früher der öffentlich-rechtliche Rundfunk war. Solche Angelegenheiten bedürfen der staatlichen Betätigung. Die Grenzen sind im Einzelnen zu ziehen. Die Dichotomie von Staatlichkeit und Privatheitlichkeit bleibt; denn das Private ist durch das Recht zur freien Willkür gekennzeichnet. Der Wettbewerb dient dem Gemeinwohl. Es ist eine Gemeinwohlveranstaltung, aber eine Veranstaltung des Staates, weil das Effizienzprinzip der Wirtschaft der Wettbewerb ist. Weil der Wettbewerb untrennbar mit dem Staat verbunden ist, ist der Staat nicht schon ein geeigneter Wettbewerber. Er hat eine andere Aufgabe, weil ihm eins nicht zusteht: das Recht zur freien Willkür, ganz im Gegenteil, wir lernen vom Bundesverfassungsgericht, das wichtigste Prinzip ist das Willkürverbot. Darum ist der Staat schlechterdings kein geeigneter Wettbewerber. Darf ich noch eine Bemerkung machen: Es gibt in der Praxis nicht nur die sogenannte privatheitliche Tätigkeit des Staates, in der der institutionelle Staat funktional privatheitlich agiert, es gibt auch den umgekehrten Fall, daß die institutionell Privaten, also die Unternehmer, funktional in den staatlichen Bereich einbezogen werden. Wir kennen alle den beliehenen Unternehmer, der der Sache nach mit dem Konzessionsaspekt auch in Ihrem Vortrag, Herr Löwer, angeklungen ist. Ist dieses Institut noch tragfähig? Der Private bleibt privat. Wenn er durch Gesetze mit Aufgaben betraut wird, ist das eine Regulierung seiner Tätigkeit, aber er verliert seine Privatheitlichkeit nicht; er wird durch nichts staatlich. Ich halte es für ein Mißverständnis, daß der Private in bestimmten Aufgabenbereichen nur agieren könne, wenn ihm Hoheitsgewalt delegiert sei. Nein, jeder, wir hatten es gestern gesagt, hat Gewalt,

es geht um die Legalität des Handelns, also wir sollten, Herr Löwer, auch noch die Verabschiedung des Instituts des beliehenen Unternehmers nachreichen, das uns auch nicht grade zum Recht führt. Danke.

Meyer: Im Hinblick auf den grundrechtlichen Ausgriff von Herrn Löwer schließe ich mich der Kritik an, die bei Böckenförde angefangen und bei Gallwas vorläufig geendet hat. Ich will mich mehr auf die kompetenziellen Ausführungen von Herrn Löwer stützen, also auf die Thesen unter II. Ich glaube, da ist einiges schlicht falsch. Sie sagen zum Beispiel in Ziffer 1, eine Betätigung des Staates nur um des Gewinns willen sei verfassungsrechtlich unzulässig. Wenn Sie Recht hätten, müßten wir eine ganze Abteilung der staatlichen Verwaltung schließen. Die staatliche Schuldenverwaltung tut nichts anderes, als Verluste zu minimieren, d.h. Gewinn zu maximieren. Es ist ihre eigentliche Aufgabe, sonst hat sie überhaupt keine Aufgabe, und das soll sie auch ordentlich machen. Dann sagen Sie in Ziffer 3 beim ersten Spiegelstrich, daß die Zweckbindung der Steuermittel es verbiete, sie als Finanzanlage zu benutzen. Auch das ist evident falsch. Erstens haben wir gelernt und ich lehre das auch immer noch, daß die Steuer sich gerade dadurch auszeichnet, daß von Verfassungs wegen keine Zweckbindung besteht. Und zum zweiten ist der Staat um der Wirtschaftlichkeit willen sogar verpflichtet, Steuereinnahmen anzulegen, wenn er sie nämlich nicht sofort ausgeben kann. Ich verstehe also nicht, wie man eine solche Behauptung aufstellen kann. Dann sprechen Sie, was ich überhaupt nicht verstehe, vom Finanzmonopol als einer "Erwerbswirtschaftsquelle". Unabhängig davon kommt in diesem Punkt wie im letzten Spiegelstrich zu Ziffer 3 bei der Finanzverfassung auf einmal der Gedanke auf, die Regelungen seien von einer besonderen Exklusivität. Die angebliche Grundentscheidung der Finanzverfassung für den "Abgabenstaat" ist verfassungsrechtliche Lyrik, sonst nichts. Wir haben nicht nur den "Abgabenstaat", wir haben z.B. auch den "Anleihenstaat". Der staatliche Sektor hat immer noch glaube ich - über 2 Billionen DM an Schulden. Es ist also ein ganz merkwürdiger Staatsbegriff, der nun hier auf einmal verfassungsrechtliche Wirkung haben soll. Wichtiger noch ist, daß die Art. 105-107 GG, auf die Sie hier allein anspielen, völlig überflüssig wären, wenn wir keinen Bundesstaat hätten. Es gäbe überhaupt keine Regeln. Wir haben auch keine verfassungsrechtlichen Regeln über die Sonderabgaben oder über die Beiträge und die Gebühren. Und kein Mensch kümmert es, daß diese Lasten gleichwohl durch einfaches Gesetz auferlegt werden können. Wieso kann man dann aus einem System, das nur aus bundesstaatlichen Gründen überhaupt existiert, so weitreichende Exklusivitätsansprüche herleiten? Das scheint mir methodisch sehr abwegig zu sein. In Ziffer 4 sprechen Sie von "der" Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft; ich habe in meinem Staatsrechtslehrerleben diese Grenzlinie noch nie gesehen und bin hoch interessiert zu erfahren, wo sie denn ist. Wenn die Verschiebung auf einmal zur Verfassungswidrigkeit führt, dann muß die Grenzlinie eine ziemlich sichere Angelegenheit sein. Ich glaube aber, Sie werden in Schwierigkeiten kommen, wenn Sie sie definieren müßten. Zu Ziffer 5 will ich nicht auf das von Herrn Bökkenförde Gesagte zurückkommen, aber in allen Kommentierungen der deutschen Gemeindeordnung von 1935 steht eben der Satz, daß der Status quo natürlich vorbehalten bleibt, ganz gleichgültig, ob ein öffentliches Interesse, Herr Badura, worauf Sie zu Recht hingewiesen haben, oder ein öffentlicher Zweck vorhanden ist. Ist das nun alles verfassungswidrig, und zwar seit 1949?

Ich habe noch eine Frage; habe ich noch eine Minute? Herr Puhl, in Ziffer 16 wird das strittige Problem behandelt, ob die öffentliche Hand, wenn sie mehrheitlich an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen beteiligt ist, den Grundrechtsbindungen unterliegt. Ich glaube, das ist zwingend. Wäre das nicht der Fall, dann wären die Umgehungsmöglichkeiten sehr einfach, indem man nämlich eine zu 100 % in Staatshand befindliche AG mit 10% privatisiert und sie damit aus den öffentlichen Bindungen herausfiele. Es kommt, glaube ich, ausschließlich darauf an, ob der dominierende Einfluß bei der öffentlichen Hand liegt. Das theoretische Problem besteht darin, was Sie mit der Grundrechtsstellung, also mit Art. 14 GG, der privaten Minderheitsaktionäre, machen. Man muß dem Privaten, glaube ich, in diesem Falle entgegenhalten, Du weißt, daß Du Dich in ein Unternehmen begibst, das mehrheitlich von der öffentlichen Hand, die ihre eigenen Bindungen hat, beherrscht wird und deswegen kannst Du Art. 14 GG in dieser Hinsicht nicht aktivieren. Vielen Dank.

Schulze-Fielitz: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Wie eigentlich nicht anders zu erwarten, haben wir sehr schöne Referate wie immer gehört, aber ich möchte doch nicht unterlassen zu sagen, daß mich ein Referat besonders begeistert hat, das von Herrn Holoubek. Ich möchte dazu mit der Überlegung, warum das so ist, eine methodische Anmerkung machen. Ich war deswegen beeindruckt – auch unter der Fragestellung, was bewegt einen Vorstand, dieses Thema zu wählen –, daß hier zunächst mal auf rechtsvergleichender Basis versucht worden ist, die empirische Veränderung von Staatlichkeit in den verschiedenen Ländern der europäischen Gemeinschaft aufzunehmen, diese Veränderung dann auf einen theoretischen Begriff zu bringen und daran dogmatische Modelle, theoretische Folgerungen anzuschließen, die sich auf

unterschiedliche Sachbereiche (die sich hinter Begriffen wie Erfüllungsverantwortung und Gewährleistungsverantwortung verstecken) beziehen, um uns so einen Schlüssel zu geben, wie wir denn die weitere Entwicklung analysieren und dogmatisch abarbeiten können. Das ist beste Jurisprudenz - sie nimmt theoretisch reale Entwicklungen auf. Und insofern habe ich mich, wenn ich mir als methodisches Gegenmodell das Referat von Herrn Löwer angucke, ein paar Mal gefragt, ich frage das auch jetzt gern Herrn Löwer. Angenommen. Sie hätten vor 20 Jahren dasselbe Thema in dieser Form bearbeiten müssen, wären nicht die gleichen Thesen, die Sie hier vertreten haben, auch damals in dieser "zeitlosen" Form vertretbar gewesen, nur daß die Beispiele sich geändert hätten? Mit anderen Worten: Wenn sich hinter unserem Thema fundamentale Veränderungen des staatlichen Handelns verbergen. dann würde ich vermuten, daß wir nur adäguat diskutieren können, wenn wir zunächst fragen, warum das so ist. Warum marschieren denn die Gemeinden und lagern aus nach Indien und weiten ihre Handlungsfelder aus? Sind das "wildgewordene" Kommunalpolitiker, oder gibt es vielleicht Sachgründe, die in der Marktlogik liegen, Gründe, die in einer veränderten Funktionsweise staatlichen Handelns am Markt liegen? Und wenn wir das aufnehmen, dann meine ich: So richtig es grundsätzlich ist, mit dogmatischen Kategorien wie Freiheit und Kompetenz als Ausgangskategorien zu arbeiten, die Probleme beginnen doch beim Kleinarbeiten. Welche öffentlichen Zwecke rechtfertigen das Handeln am Markt eigentlich? Das ist die "Leerformel", die Herr Häberle schon angesprochen hat, der Gemeinwohlbezug: Müssen wir nicht auf einer mittleren Ebene argumentieren und dann fragen, wo sind welche Formen der rechtlichen Einbindung staatlicher Kompetenzausübung im wirtschaftlichen Bereich nötig und wo nicht? Denn wir dürfen nicht wegdiskutieren, daß es bestimmte elementare soziale Gemeinwohlaufgaben gibt, die wir nicht der wirtschaftlichen Selbstentwicklung überlassen können. Und noch ein letztes Wort der Zustimmung zu Ihnen, Herr Löwer, damit das nicht zu kritisch klingt: Dieser Gedanke der Funktionsadäquanz von Recht, der kommt sehr schön in Ihrer These IV 2 in etwas anderem Zusammenhang vor: Das ist die Kritik am, wie Bryde es genannt hat, "Legitimationskettenfetischismus". Das ist genau ein Beleg dafür, daß wir nur, wenn wir uns auf die Sachstrukturen des Verwaltungsrechts einlassen, von diesen her auch die Dogmatikbildung auf der abstrakten Ebene angemessen erfassen können - und nicht umgekehrt! Schönen Dank!

Hellermann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, nach dem Beitrag von Herrn Schulze-Fielitz tut es mir beinahe leid, jetzt doch ein

paar Worte sagen zu wollen und zu müssen zu der "Großthese", daß nämlich Wettbewerb von Verfassungs wegen Wettbewerb Privater und staatliche Wirtschaftsteilnahme Intervention sei, so wie auch der staatliche Regulierungseingriff staatliche Intervention ist. Diese These hat Herr Löwer formuliert und zum eigentlichen Ausgangspunkt aller seiner weiteren Ausführungen gemacht. Herr Puhl hat zugestimmt, und in der heutigen Diskussion wie auch im Schrifttum findet diese These ia durchaus verbreitete Zustimmung. Ich teile, um das vorweg zu bekennen, diese These nicht, sondern hege Skepsis, was sie angeht. Schon historisch bin ich skeptisch deshalb, weil die Deutsche Gemeindeordnung, die bis heute Orientierungspunkt ist für die Beurteilung der Zulässigkeit kommunaler wie auch staatlicher Wirtschaftsteilnahme, die wirtschaftliche Betätigung zwar beschränkt hat, aber doch auch als eine von der spezifisch hoheitlichen Verwaltungstätigkeit unterschiedene wirtschaftliche Betätigung anerkannt und in ihren Grenzen zugelassen hat. Und ich sehe auch aktuell im Verfassungsrecht nicht - da stimme ich vorhergehenden Äußerungen zu -, wo die Verfassung den Zugang des Staates zu diesem Bereich des wirtschaftlichen Wettbewerbs beschränkte. Die Gleichsetzung von staatlicher Wirtschaftsteilnahme und staatlichem regulierendem Eingriff scheint mir insofern zu allgemein gesprochen und schon insofern nicht plausibel, als sie in dieser Vereinheitlichung ganz übergeht, daß es sich bei der spezifisch hoheitlichen Betätigung und der Wirtschaftsteilnahme auch des Staates um Betätigung in zwei Bereichen handelt, die ganz unterschiedlichen Funktionsbedingungen unterliegen und für die ganz unterschiedliche, ausdifferenzierte rechtliche Regelungen bestehen. An diese allgemeinen Bemerkungen möchte ich zwei konkretere Bemerkungen anschließen. Die eine hätte sich ausführlicher beziehen sollen auf die Herleitung dieser zentralen These, vor allem ihre grundrechtliche Herleitung. Insoweit möchte ich mich jetzt zunächst darauf beschränken, mich der schon gelegentlich etwa von Herrn Böckenförde - geäußerten Kritik an der These II. 5. von Herrn Löwer anzuschließen, und eine Selbstverständlichkeit vielleicht nur noch einmal hervorheben. Sie haben, Herr Löwer, sich auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts bezogen, wonach die Grundrechte nicht das Eigentum der Gemeinden schützen und entsprechend auch nicht deren wirtschaftliche Betätigung schützen könnten. Ich möchte noch einmal - um einem Fehlschluß, der naheliegen könnte, vorzubeugen - sagen, daß daraus jedenfalls nicht das grundrechtliche Verbot von staatlicher und kommunaler Eigentumsinnehabung und Wirtschaftsbetätigung gefolgert werden kann; das wäre ein unzulässiger Schluß von den Grenzen des Schutzes hin zu einem Verbot aus den Grundrechten. Eine zweite kurze Bemerkung: Sie haben gesagt, worin ich Ihnen ganz zustimmen möchte, daß das deutsche Wettbewerbsrecht und das europäische Wettbewerbsrecht sich darin einig sind, von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgehend auf den Akteur nicht zu achten, solange er die Wettbewerbsregeln beachtet. Sie haben gleichwohl im Rahmen des § 1 UWG den Rückgriff auf die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften für zulässig gehalten, weil sie den Wettbewerb als Institution schützen. Das erscheint mir nicht plausibel, wo doch diese Vorschriften allein den Marktzutritt, nicht aber das Wettbewerbsverhalten der Kommunen regeln. Vielen Dank.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr Hellermann. Meine Damen und Herren, ich darf zwischendurch von einem Rekord berichten. Die Vereinigung hat durch die großartige Disziplin der Diskutanten innerhalb von 90 Minuten 18 Diskussionsbeiträge abgearbeitet. In diesen 18 Diskussionsbeiträgen ist überwiegend auf das Referat von Herrn Löwer Bezug genommen worden und die kritischen Äußerungen hielten sich mit den zustimmenden jedenfalls die Waage, wenn nicht sogar die kritischen Äußerungen überwogen haben. Ich möchte deshalb etwas unplanmäßig, weil wir jetzt am Ende des ersten Diskussionsteils sind, in dem der Vortrag von Herrn Löwer und der entsprechende Teil des Vortrags von Herrn Holoubek den Schwerpunkt bilden, Herrn Löwer gerne Gelegenheit zu einer Replik insbesondere auf die kritischen Äußerungen geben. Herr Löwer wird sich ebenfalls der Disziplin unterwerfen und hat dafür 10 Minuten Zeit.

Löwer: Herr Vorsitzender, vielen Dank, ich danke insbesondere den Kritikern für die Einwände, wobei sich allerdings aufdrängt, daß ein Teil der Einwände auch der Tatsache geschuldet ist, daß das gesprochene Wort flüchtig ist und nicht alles von dem, was ich zur Begründung ausgeführt habe, sich jetzt in den Fragen in jeder Hinsicht wiederfindet.

Der wichtigste Einwand ist sicher der, daß die Grundthese falsch ist, der Staat dürfe sich nicht am Markt erwerbswirtschaftlich betätigen. Der zweite Grundeinwand, der mehrfach geäußert worden ist, ist der, daß die Realität doch ganz anders aussieht. Zu beiden Thesen der Versuch einer Antwort: Herr Böckenförde, ich bedauere, daß Sie sagen, ich hätte die Grundthese nicht zu begründen versucht. Zu begründen versucht habe ich es wohl, ob man dem folgt, das ist eine andere Frage. Ich habe aus den Prinzipien der Freiheit und der kompetenzerfüllten Staatlichkeit argumentiert und habe gesagt, dem Staat steht nur die kompetenzerfüllte Aufgabenerledigung zu und sonst nichts und dem Einzelnen steht die Freiheit zu Gebote. Und weil es da keine Brücke gibt, ist der

Staat nach unserem heutigen grundrechtlich geformten Bild von Freiheit und Kompetenz prinzipiell ohne Marktzutrittschance. Wenn wir das erst heute erkennen, dann liegt das natürlich unter anderem daran, daß die historischen faktischen und verfassungsrechtlichen Verhältnisse ganz anders gewesen sind. Herr Püttner, ich hätte nicht geglaubt, 95% Zustimmung oder Übereinstimmung mit Ihnen erzielen zu können. Sie haben auf einige historische Daten hingewiesen. Sie wären zu ergänzen und zu erläutern. Preußen hat noch um 1900 35 % seiner Nettostaatseinnahmen aus dem Eisenbahnbetrieb bezogen und die Bismarcksche Plusmacherei war ein wunderbares Instrument, die Budgethoheit der Volksvertretung kleinzuhalten. Daß wir von diesem Prinzip wegkommen wollten in sehr langsamen - Sie würden sagen, Herr Mever, gelegentlich auch mäandrierenden Prozessen - das ist gar keine Frage. Schon aus Gründen des Budgetrechts ist es ungut, wenn der Staat wesentliche erwerbswirtschaftliche Einkünfte hat, weil darauf die Volksvertretung sehr viel weniger Einfluß nehmen kann, als auf die Steuerfinanzierung. Es ist auch kein Wunder, meine Damen und Herren, daß wir uns heute mit Fragen der Marktliberalisierung beschäftigen, denn die Staatsinitiative war früher völlig unstreitig unverzichtbar, um diesen ganzen hohen Sockel der Infrastruktur, von dem wir heute reden und leben, aufzubauen. Ohne diese Staatsinitiative hätte es eine flächendekkende gleichpreisige Stromversorgung in Ostpreußen eben nicht gegeben. Man sieht aber auch, wenn dieses Stadium der Volldeckung erreicht ist, dann kann man über die Frage der Marktteilnahme des Staates natürlich in historischen Prozessen neu nachdenken. Und das ist wohl das, wo wir hingeraten sind, weshalb wir eben auch die Fragen heute schärfer formulieren können, als wir sie früher hätten formulieren können. Wir hätten die Fragen früher genauso stellen können, wir hätten nur sehr viel mehr Marktteilnahme gerechtfertigt, als wir es vielleicht heute zu tun bereit sind. Diese Sax/Wagner-Kontroverse von der ich gesprochen habe, meine Damen und Herren, über die Frage, verstaatlichen wir die Eisenbahn oder tun wir das nicht, war hochinstruktiv: da waren alle Argumente, über die wir heute reden, schon präsent. 1838 stand im Preußischen Eisenbahngesetz von Hansemann, daß es Unbundling geben sollte. Der Staat sollte Eigentümer des Schienennetzes sein, und es sollte dafür Unternehmen als Benutzer geben. Nichts ist neu, alles in der Diskussion schon einmal gedacht worden und alles schon mal durchgespielt worden. Also, Herr Böckenförde, ich halte es für eine an sich aus unserem System heraus zwingende Folgerung, dem Staat stehe nur kompetenzerfüllte Aufgabenerfüllung zu Gebote und sonst nichts. "Rothausbrauerei", ob es die noch gibt, ist mir doch völlig egal. Worum es mir geht, ist ein Prinzip.

Und damit komme ich zu dem, Herr Schuppert, was Sie gesagt haben. Ich habe natürlich lange überlegt, gehst Du zur Staatsrechtslehrertagung und trägst eine Lebenslüge vor. Denn das ist ein Stück weit eine Lebenslüge, was die praktische Realisationschance einer solchen These betrifft. Lebenslügen haben aber insgesamt eine unerhörte daseinsstabilisierende Kraft, die meisten kommen ohne sie überhaupt nicht aus. Vielleicht ist das sogar ein Stück Verwaltungswissenschaft, Herr Schuppert, ich weiß es nicht genau. Aber es ist jedenfalls Alltagswissen, daß dem so ist. Und da habe ich überlegt, wo kommt eigentlich diese Stabilisierungswirkung her. Nur wenn ich die Lebenslüge aufrechterhalte. habe ich eine Schranke gegenüber bestimmten, sonst sich notwendigerweise weiter ausbreitenden Fehlverhaltensweisen. Und insofern sind auch Prinzipien, die wir nicht durchhalten können, von rechtlich substanzieller Bedeutung. Und von daher, Herr Schuppert, sind wir beide, was dann die Steuerungsprobleme betrifft, überhaupt gar nicht weit auseinander. Auch das wird in flüchtigen Worten nicht so sehr deutlich. Sie sagen, ich brauche z.B. Kontrolle als Lösung. Wenn Sie Kontrolle wollen, dann müssen Sie auch Kontrollmaßstäbe haben, dann müssen Sie sie formulieren. Und von daher hatte ich jetzt mal angedacht, daß dieses Anstaltsmodell, das wir im baverischen Kommunalrecht haben. das wir in Berlin mit dem Eigenbetriebsgesetz haben, daß das ein sehr vernünftiges Modell ist, weil das manche Steuerungsprobleme. die wir mit der Aktiengesellschaft haben, wenn wir z.B. einen Rest von demokratischer Legitimation aufrechterhalten wollen und müssen, in diesem Modell lösen können. Also das gesuchte Verwaltungsgesellschaftsrecht, das ist in dieser Anstaltskonstruktion ein Stück weit vorhanden.

Herr Meyer zu Ihren Einwendungen: Daß ich, wenn ich Schulden habe, dem ökonomischen Prinzip verpflichtet bin, das ist doch nicht mein Thema. Ich habe überhaupt nichts gegen das ökonomische Prinzip, wenn der Marktzutritt in Ordnung ist. Daß also die Schuldenverwaltung ökonomisch vorzugehen hat, ist doch selbstverständlich, daß Schuldenminimierung durch ökonomisches Verhalten der Bundesschuldenverwaltung normal ist, ist doch klar. Daß Steuergelder mit Gemeinwohlbindung eingeliefert werden, ist nicht zu verwechseln mit der Zweckbindung von Steuergeldern. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit beanstandet, weil damit Steuergeld verwendet werden für Zwecke, die illegitim sind. Und das ist doch der Steuer inhärent; steht sie dem Staat nicht als Monopolygeld zu, ich gebe sie ihm zur unmittelbaren Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken. Zu dem Argument Finanzmonopol: Art. 12 erlaubt nicht die Ausdehnung über den historischen Bestand. Aber neue Finanzmonopole ließen sich nicht mehr einrichten, das ist jedenfalls ganz herrschende Überzeugung der Staatsrechtslehre und das ist so ein Fall von Erwerbswirtschaftlichkeit. Wo Sie dogmatisch im Ansatz Recht haben, ist der Hinweis auf das Steuerstaatsargument. Und trotzdem, wenn man die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Thema liest, dann wird da ja auch die Budgethoheit geschützt, die eben nicht durch außerbudgetäre Einnahmen gestört werden soll; das ist für diese UMTS-Geschichten überhaupt erst ein richtiges Problem. Diese Aussagen des Bundesverfassungsgerichts lösen sich ein Stück weit von dem bundesstaatlichen finanzverfassungsrechtlichen Zusammenhang, ansonsten gebe ich Ihnen zu, daß es dogmatisch richtig ist, darauf zu verweisen, ohne Bundesstaat kein Art. 105 ff. Das ist eine Schwäche der Steuerstaatsthese, gar keine Frage. Was die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft betrifft, beruht das wieder auf einem Mißverständnis, wenn Sie sagen, "ich habe sie noch nie gesehen". Ich doch auch nicht, Herr Meyer, nur ich weiß, daß sie im Gesetz steht, weil das Gesetz bestimmt, welche Aufgaben der Staat an sich ziehen darf, und welche er nicht an sich zieht. Also diese Grenzlinie wird natürlich durch praktische Politik gesetzt, indem der Gesetzgeber Aufgaben erlaubter Weise an sich zieht oder nicht. Ich habe das nicht gemeint in einer substantiellen vorfindlichen Unterscheidung beider Systeme, wo doch schließlich der Staat nur eine Organisation der Gesellschaft für sie ist. Ob der Staat Aufgaben an sich ziehen darf, ergibt sich aus der Analyse der Verfassung. Und diese Grenzlinie im Gesetz verlange ich, mehr nicht.

Aus der Fülle der weiteren Beiträge: Herr Häberle, Gemeinwohl, natürlich wird vor allen Dingen prozedural verwirklicht. Natürlich kenne ich es nicht, bevor der politische Prozeß entschieden hat. Ich bin auch ein Feind jeder Hypostatisierung des Marktes, der Markt ist nicht irgendein Selbstzweck. Ich habe laut und deutlich gesagt, der Markt entsteht ausschließlich durch Freiheit, er entsteht auch dadurch, daß sich Menschen am Markt bewegen, die sich gänzlich unökonomisch verhalten im Verhältnis zum Markt. Ich kaufe nicht bei Aldi, das ist unökonomisch, aber ich kaufe aus Prinzip nicht dort, weil ich helfen will, fußläufige Versorgung von Lebensmittelversorgung aufrechtzuerhalten. Also leiste ich meinen ganz bescheidenen Beitrag durch unökonomisches Verhalten zum Markt. Insofern gibt es auch für die Gemeinden keine irgendwie vorgefaßten Grenzen, was sie tun können und was sie nicht tun können. Dieser vielbeschworene Satz, sie kann aber doch nicht Brötchen verkaufen: Natürlich darf sie Brötchen verkaufen. Im Rheinland gibt es die Gemeinde Bruchhausen, das ist eine Inselgemeinde irgendwo am Berg mit 2000 Einwohnern. Dort gibt es kein Lebensmittelgeschäft, da haben die Bürger eine Genossenschaft gegründet, um ein Lebensmittelgeschäft zu haben. Wenn sie das nicht gemacht hätten, hätte die Gemeinde halt so etwas gemacht. Es gibt keine vorfindlichen Grenzen dessen, was eine Gemeinschaft für sich selbst eventuell tun muß. Herr Ronellenfitsch, Sie tun gedanklich so, als wollte ich durch Liberalisierung den ÖPNV vertreiben. Das ist doch nicht mein Thema. Mein Thema ist nur, wer ihn so anbieten will, wie er jetzt angeboten wird, der muß dafür argumentieren können. Und man kann dafür gut argumentieren und ich glaube, daß Sie in allem, was Sie gesagt haben, Recht haben. Es widerspricht nur nicht meinen Grundthesen, daß es rechtfertigungsbedürftig ist, wenn es um ein Gut geht, das überhaupt am Markt von Privaten angeboten werden würde, wo ich mit Ihnen große Zweifel habe. Andererseits ist eben unübersehbar, es gibt grenzüberschreitende Versuche des Angebots von ÖPNV-Netzen, und dann müssen wir uns diesen aus europarechtlichen Gründen natürlich stellen. Aber ich will den Staat nicht überall vertreiben, nur weil ich ein Prinzip aufgestellt habe, das Sie erstaunt, sondern es geht um Rechtfertigung, um mehr nicht. Nur so entsteht ökonomische Rationalität und ökonomische Rationalität kann sich dann auch in Gewinn niederschlagen Die Sache wird nur schwierig, Herr Schuppert, wenn die Juristen unter der Zirkuskuppel ratlos spielen bei ihren Konstruktionen, daß zum Schluß überhaupt keiner mehr durchgucken kann, wie denn eigentlich so ein Unternehmen funktionieren soll. Diese Berliner Bankgeschichte ist so konstruiert, daß man schon ein mehrsemestriges Gesellschaftsrechtstudium hinter sich haben muß, um überhaupt die Struktur noch erkennen zu können, Verwischung von Verantwortung durch Verkomplizierung von Strukturen, das ist natürlich auch eine üble Geschichte, aber "zweckrational" ist sie aus der Sicht der Akteure natürlich gleichwohl.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr Löwer, für die präzise Einhaltung des Zeitbudgets. Der Beifall erspart mir jedes weitere Lob.

Breuer: Ich bin durch die Referate angeregt worden, drei Fragen zu stellen, die sich damit beschäftigten, nach welchen Rechtsgrundlagen und nach welchen Maximen das Vergaberecht in Zukunft gestaltet werden sollte. Erste Frage: Ist das Vergaberecht eigentlich noch eine Materie des öffentlichen Rechts, oder ist sie zu einer Materie des privaten Wirtschaftsrechts geworden? Mir scheint das nicht nur eine theoretische Frage zu sein, sondern auch eine inhaltliche Frage. Traditionell sind wir es in Deutschland gewohnt, vom Verwaltungsprivatrecht zu sprechen, und dieses Konzept hat in meinen Augen immer einen gewissen Charme gehabt, weil die öffentlich-rechtliche Bindung dem Rahmen nach feststand, und zwar so, wie sie sich aus den Grundrech-

ten und dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, aber im übrigen doch dem Staat und anderen Trägern der öffentlichen Gewalt eine gewisse Freiheit gegeben war. Gemeinwohlbelange verschiedener Art zu verfolgen. Heute scheint dies nicht mehr so zu sein, nachdem im deutschen Recht das Vergaberecht zu einer Materie des GWB geworden ist und offensichtlich auch europarechtlich die Weichen anders gestellt worden sind. Was mich dabei aber doch sehr skeptisch stimmt, ist, daß wir nun zu einem gespaltenen Rechtsregime kommen, wie Herr Puhl es vorgetragen hat. Dies überzeugt mich schon deshalb im Ergebnis nicht, weil nach dem GWB und - so schien es mir - vielleicht auch nach europarechtlichen Vorgaben eine strikte Beschränkung der zulässigen Zwecke und damit auch der Legitimation stattfinden soll. Nur noch das Wettbewerbsprinzip soll walten, andere öffentliche Zwecke, regionalpolitische, sozialpolitische, umweltpolitische, strukturpolitische sollen keine Rolle mehr spielen. Das scheint mir sehr rigide zu sein, und hier muß man sich fragen, ob das wirklich sinnvoll und aus europarechtlichen Gründen notwendig ist. Herr Holoubek hat meines Erachtens in einer sehr erhellenden Weise darauf hingewiesen, daß andere Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft ganz andere Modelle verfolgen, beim französischen Modell des service public angefangen bis zum britischen Modell. Hier sollten wir meines Erachtens darüber nachdenken, ob die Verengung der richtige Weg ist, zumal beim Vergaberecht, das nicht unter die europarechtlichen Schwellenwerte fällt und nicht dem GWB unterliegt, doch wieder eine größere Fülle öffentlicher Zwecke berücksichtigt werden kann, von den regionalpolitischen über die sozialpolitischen bis zu den umweltpolitischen Gesichtspunkten. Dies so nebeneinander stehen zu lassen, erscheint mir alles andere als überzeugend, hier scheint mir das deutsche Recht innerlich gespalten zu sein. Insofern wäre mir sehr daran gelegen, eine klärende Antwort zu bekommen. Was sind die Gründe für die deutsche Lösung, ist die deutsche Lösung so gespalten, wie sie nun einmal vor uns steht, überzeugend? Die zweite Frage bezieht sich auf den Rechtsschutz. Unser gespaltenes System, Herr Puhl, haben Sie bis in den Rechtsschutz hinein fortgeführt. Soweit das Vergaberecht dem GWB unterliegt, führt es letztlich zum Rechtsschutz durch Zivilgerichte, nämlich durch die Oberlandesgerichte, und wir merken schon, wie problematisch diese Zuordnung ist. Nun haben Sie für das übrige Vergaberecht den Verwaltungsrechtsweg postuliert. Darüber kann man meines Erachtens unterschiedlich denken, da es doch nach wie vor um den Abschluß privatrechtlicher Verträge geht und lediglich in der herkömmlichen Weise das Verwaltungsprivatrecht als Rahmen dabei zu berücksichtigen ist. Rechtswegspaltungen sind immer außerordentlich problematisch, sie haben mich noch nie überzeugt, wenn sie vermeidbar sind. Hier sollte man meines Erachtens über die Rechtswegspaltung noch einmal kritisch nachdenken. Sie kann meines Erachtens nicht das letzte Wort sein. Als dritten Punkt möchte ich eine Bemerkung aufgreifen, die Herr Löwer gemacht hat, aber ich bin ohnehin seit einigen Wochen höchst verunsichert. In unserem deutschen Regulierungssystem ist auf dem Telekommunikationssektor so etwas wie ein juristisches Kuckucksei eingeführt worden, ich meine die öffentliche Versteigerung nach ökonomischen Prinzipien. Hier werden Lizenzen vergeben in einem Versteigerungsverfahren mit dem Erfolg, daß der Staat möglichst viel Gewinn in Gestalt von Versteigerungserlösen daraus bezieht. Lizenzvergaben und Lizenzabgaben sind im öffentlichen Recht ein ganz schwieriges Thema. Der Deutsche Juristentag hat sich in der vergangenen Woche mit dem Steuer- und Abgabenrecht beschäftigt und war, wenn ich es richtig verstanden habe, bemüht, etwas mehr rechtsstaatliche Disziplin in das Steuer- und Abgabenrecht zurückzuholen. Wenn also Lizenzen gegen öffentliche Abgaben vergeben würden, dann würden wir das an den bekannten steuer- und abgabenrechtlichen Maßstäben messen müssen, und wir kämen zurück zur strikten Begrenzung. Diese Begrenzungen sind in der Finanzverfassung und in der ganzen rechtsstaatlichen Tradition unseres Abgabenrechts begründet. Mir will es bis heute nicht einleuchten, daß alle diese Bindungen des Finanzverfassungs- und des Abgabenrechts aufgegeben sein sollten, wenn man nur das Verfahren ändert und eine öffentliche Versteigerung gegen die Erzielung eines Erlöses einführt. Dieses Modell ist uns von den Ökonomen beschert worden. Ich habe das ganze bisher immer als sehr interessantes Modell verstanden, aber nicht geahnt, daß aus der Spieltheorie der Ökonomen ein juristisches Kuckucksei der eben beschriebenen Art entstehen könnte. Mir wäre sehr daran gelegen, wenn im Kreise der Staatsrechtslehrer über dieses Kuckucksei und seine Bewertung weitergehende Begründungen nachgeschoben werden könnten.

Schmid: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich habe zwei einfache Fragen an Herrn Puhl, die die vergabefremden Kriterien betreffen, insbesondere hier die Thesen 30 grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt und 31 materielle Grundrechtsfragen. Zunächst zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt. Meine Frage möchte ich überschreiben mit "Wenn schon, denn schon". Sie formulieren: "Die Berücksichtigung sekundärer Beschaffungsziele stellt als vertragsvermittelte Subvention in aller Regel einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der nicht berücksichtigten Wettbewerber dar und steht unter Gesetzesvorbehalt." Würden Sie mir zustimmen, daß man konsequent

weiterformulieren könnte: "Der Ausschluß sekundärer Beschaffungsziele und die Beschränkung auf primäre Beschaffungsziele stellt als vertragsvermittelte Subvention in aller Regel einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der nicht berücksichtigten Wettbewerber dar und steht unter Gesetzesvorbehalt." Eine Unterscheidung zwischen sog. primären und sekundären Beschaffungszielen entnehme ich jedenfalls der Verfassung nicht. Ich sehe keine bestimmte Wirtschaftsverfassung und insbesondere keine Wirtschaftsordnung, die den Leistungswettbewerb auf die Berücksichtigung produktbezogener Eigenschaften beschränkt oder zum Ausschluß von produktions- oder produzentenbezogener Kriterien zwingt. Auch in der Praxis stellt sich, das kann ich nur beiläufig erwähnen und ist Ihnen sicher bekannt, diese Frage. Beispiel ist das Angebot von Fortbildungskursen für die öffentliche Verwaltung durch Angehörige von Scientology und natürlich deren Ausschluß in Schwarzen Listen. Es handelt sich hier also sehr wohl um eine Berücksichtigung sekundärer Beschaffungsziele. Zur zweiten Frage, die ich überschreiben möchte mit dem Motto: "Lieber goldene Zügel, als eiserne Kandaren". Und es befaßt sich mit Ihrer These 31 und dem Verhältnis von Lenkung und Gleichheitsgrundsatz. Herr Masing hat das mich bewegende Beispiel, nämlich das Umweltaudit, schon vorweggenommen. Bekanntermaßen gibt es beim Umweltschutz, auf den Herr Breuer, der Vorredner, bezug genommen hat, einen Mindeststandard. Dieser Mindeststandard ist gewährleistet durch die Schutzpflichten für Leib und Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG. Darüber hinaus gibt es eine breite Zone, in der man den Schutz der Lebensgrundlagen optimieren kann. Und hier bietet die Handlungsformenlehre jene Optionen an, die auf Freiwilligkeit und Kooperation beruhen. Ein Beispiel ist die erwähnte Zertifizierung nach dem Umweltauditgesetz. Würden Sie hier wirklich Ihre Regel Nr. 31 anwenden wollen und eine Berücksichtigung des Umweltaudits beim Bieter als Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes werten? Widerspricht nicht Art. 20 a GG, der die möglichst breite Umsetzung des Umweltaudits fordert, einer so weiten Anwendung von Art. 3 GG? Mir schien Ihre Formulierung darauf hinzudeuten, daß solange der Staat nicht eine Menge von Nachfragemärkten dominiert, er gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen droht, weil eben nicht alle umweltauditzerfizierten Unternehmen erfaßt werden, nicht positiv berücksichtigt werden können und deswegen der Gleichheit nicht Rechnung getragen werden kann. Falls ich das mißverstanden habe, bitte ich um Aufklärung und bedanke mich für Ihr Verständnis.

Schmidt-Jortzig: Selbstverständlich, Herr Breuer. Sie haben mich zu einem Zwischenruf herausgefordert, weil Ihre Verwunderung über die

Vorgänge bei dem UMTS-Lizenzenverkauf auch bei mir vorhanden ist. Ich will indessen darauf hinweisen, daß meines Erachtens der Unwille und das Unverständnis ein bißchen verschoben werden müssen. Im Telekommunikationsgesetz, dem TKG, ist ausdrücklich vorgesehen, daß anstelle einer rationalen Entscheidung über die Vergabe auch ein Versteigerungsverfahren angewendet werden darf, u.zw. dann, wenn man mit dem rationalen Entscheidungsverfahren die Ziele, die dort ausdrücklich definiert sind, nicht erreichen kann. Da sind als Ziele etwa eine flächendeckende Kommunikationsversorgung, ordentliche Preise oder ein funktiononierender Wettbewerb genannt. Ich habe auch an ganz anderer Stelle dieser Geschichte noch kritische Gedanken, aber meine hiesigen Bedenken liegen vor allem darin, daß überhaupt nicht klar ist, ob jene Vergabeziele nicht mit dem ganz normalen rationalen Entscheidungsverfahren viel besser zu erreichen gewesen wären. Andere Staaten haben das in Europa ja auch vorgemacht, dann aber natürlich auf so traumhafte Einnahmen wie hierzulande verzichten müssen, und deswegen kann man meines Erachtens wohl deutlich sehen, daß die Verlockung des großen Geldes, das Staatsunternehmen Telekom hat die Erlöse ja auch noch einmal um 30 Milliarden nach oben getrieben, daß also die Verlockung des großen Geldes in der Tat die Rechtstreue manchmal korrumpiert.

Sachs: Vielen Dank, ich möchte zu Herrn Puhls Thesen, zunächst zum Gleichheitssatz, einige kurze Bemerkungen machen. Einmal These 17 und 18: Wenn denn die Grundrechte wirklich für die Vergabe gelten, wo ich die herrschende Meinung nicht ganz so deutlich sehe, wie Sie das formuliert haben, dann bin ich mit Ihnen völlig einverstanden, daß der Gleichheitssatz hier in der Tat das wahrscheinlich wichtigste Grundrecht ist und anwendbar ist. Ich hätte nur noch unterstrichen, daß er in der Tat dann auch alleine in der Lage ist, die von Ihnen angesprochenen Grundrechte als subjektive Rechte zu erzeugen; das ist mir wichtig, aber ich sehe, da sind wir einer Meinung. Bei These 31 allerdings, die gerade angesprochen wurde, habe ich doch erhebliche Zweifel. Ich will kurz doch noch mal vorlesen, es ist ein bißchen kompliziert formuliert: Der Gleichheitssatz verwehrt es dem Staat, von jedem Unternehmen erwünschtes Verhalten nicht auch von ihnen allen durch allgemeinverbindliche Rechtssätze einzuverlangen. Also: Man darf nicht nur von dem im Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen Dinge verlangen, die man nicht auch allen anderen nichtbeteiligten Unternehmen abverlangt. Allein wenn das geschieht, also in jedem Vergabeverfahren, haben wir immer Gleichheitsverstöße, sobald vergabefremde Kriterien verwendet werden. So formal läßt sich, glaube ich, ein Gleichheitsver-

stoß nicht begründen. Denn den Staat, den Sie hier ansprechen, als Einheit, als Monolith, den gibt es ja nicht. Wir haben den Bund, wir haben Länder, wir haben Gemeinden, und die alle müssen ia bekanntlich nur jeweils für ihren eigenen Bereich den Gleichheitssatz einhalten und gleichheitlich verfahren; und wo eben nur Vergabekompetenzen bestehen - etwa bei den Gemeinden fehlen Gesetzgebungskompetenzen vollkommen -, da können doch nur die Unternehmen gleichbehandelt werden, die eben dort antreten, die für die Vergabe in Betracht kommen. Für andere können schon mangels Kompetenz entsprechende allgemeine gesetzliche Regelungen ia gar nicht getroffen werden. Also kann das so wohl nicht funktionieren. Wir müssen wohl die Gleichheitsprüfung nur auf die jeweils beteiligten Unternehmen im weitesten Sinne beziehen, und dann muß die Gleichheitsprüfung wohl doch eine materielle sein, d.h. es wird dann darauf ankommen, ob vergabefremde Kriterien als sachgerecht eingestuft werden können oder nicht. Und das wird wohl nicht stets angenommen werden können, so daß wahrscheinlich die Lösung des Problems doch eher bei den Kompetenzen der beteiligten Akteure des Staates, der staatlichen Sphäre liegt. Dann zu den Thesen 19 ff.: Da würde ich selbstverständlich den Bedenken gegen die Ausweitung des Grundrechtseingriffs zustimmen; wenn schon die Vergabe an einen anderen Mitbewerber einen Grundrechtseingriff darstellt, dann sind auch die weitestmöglichen Grenzen des Begriffs einer Grundrechtsbeeinträchtigung wohl überschritten, anders bei der staatlichen Wettbewerbsteilnahme. Aber hier geht das, meine ich, doch zu weit, das würde ja ein Grundrecht auf Auftragserteilung voraussetzen, und das sehe ich in Art. 12 dann doch nicht. Ansonsten vielleicht noch ein Hinweis zu den in den Thesen nicht ausdrücklich erwähnten Bedenken hinsichtlich des Begriffselements der berufsregelnden Tendenz des Eingriffs beim Berufsfreiheitsgrundrecht. Ich meine, das kann man sinnvoll dahin verstehen, daß damit sichergestellt sein soll, daß allgemeingültige Regelungen, also allgemeine Gesetze ohne spezifischen Bezug zum Beruf, daß die von Art. 12 nicht erfaßt sein sollen: damit wäre auch zugleich die Reichweite des Art. 12 etwas präzisiert. Das Ganze geht umgekehrt auf der Tatbestandsseite dadurch, daß man das Kriterium der nicht verbotenen Tätigkeit für den Berufsbegriff dementsprechend versteht. Ein etwas drastisches Beispiel außerhalb unserer Sphäre heute sind die Tötungsverbote der §§ 211, 212 StGB: Die haben keine berufsregelnde Tendenz, daher greift der Art. 12 auch für den Berufskiller nicht ein. Das läßt sich genauso dadurch begründen, daß er eben eine allgemein verbotene Tätigkeit ausüben will, die deshalb keinen Beruf darstellt. Danach, nach diesem Ausflug ins Strafrecht, noch ganz kurz zu These 11. Ich habe auch Zweifel, ob sich wirklich der Verordnungsrang der Verdingungsordnungen, den Sie postulieren, so halten läßt, einmal von den Voraussetzungen her – wie steht es mit der Ermächtigung, der Delegation, Subdelegation? – und andererseits von den Konsequenzen her – wer kann denn dann in welcher Weise solche Verdingungsordnungen noch einmal ändern? Vielleicht, falls Sie Zeit haben, können Sie das klarstellen. Vielen Dank.

Götz: Herr Holoubek, Sie haben konstatiert, daß die Vergabe als sozial- und wirtschaftspolitisches Instrument ausfällt. Das ist eine Feststellung von so großer Tragweite, daß man darüber schwerlich zur Tagesordnung übergehen kann. Ich sehe mich daher veranlaßt zu fragen, ob es legitim und rechtlich zwingend ist, daß der Staat derart weitgehend politisch entmachtet wird und daß man sich alles Heil im unionsweiten oder globalen Wettbewerb erhofft. Das europäische Gemeinschaftsrecht verfolgt in dieser Frage eine sehr eindeutige und, wie ich meine, einfache Zielsetzung. Sie lautet: die Vergabemärkte müssen unionsweit geöffnet werden. Jegliche Vergabe muß so erfolgen, daß dabei eine Diskriminierung von Anbietern aus den anderen Mitgliedstaaten unterbleibt. Diese Vorgabe hat ihren juristischen Sitz in den Grundfreiheiten. Das Diskriminierungsverbot ist der Kern des europäischen Vergaberechts, ist, wie ich meine, sein A und O, und es entmachtet in der Tat die öffentlichen Auftraggeber ein gutes Stück, indem sie nämlich nun nicht mehr in irgendeiner Weise lokalen oder im Vergabestaat ansässigen Unternehmen eine Vorzugsbehandlung geben können. Aber das Diskriminierungsverbot verbietet nicht die soziale, wirtschaftsstrukturelle und regionalpolitische Steuerung. Ich erinnere an das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Sache Du Pont zum italienischen Gesetz über die Förderung des Mezzogiorno. Dieses Gesetz sicherte den im Mezzogiorno ansässigen Unternehmen einen bestimmten Anteil am Vergabevolumen. Das war zwar eine unzulässige Diskriminierung, aber nur insoweit, als Unternehmungen in den anderen unterentwickelten Gebieten der Europäischen Gemeinschaft nicht die gleiche Vorzugsbehandlung erfuhren. Die Italiener haben, nachdem sie darüber vom EuGH belehrt worden sind, in der Tat dann auch ihr Gesetz so geändert, daß also etwa auch ein deutsches Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet hätte die Vorzugsbehandlung nach dem italienischen Gesetz bekommen müssen. Die regionalpolitische und strukturpolitische Vorzugsbehandlung ist nicht gemeinschaftsrechtswidrig. Meines Erachtens gilt dies ebenso etwa für eine Mittelstandsförderung durch die Bevorzugung mittelständischer Unternehmen. Ich möchte mich nicht zu allen Zwecken, die mit dem Etikett der vergabefremden Kriterien erfaßt werden, äußern und nicht verallgemeinern. Ich bin mir auch des Problems bewußt, daß die gegenwärtigen Vergaberichtlinien zu einer Verschärfung des Problems geführt haben könnten, indem sie nur noch vom leistungsfähigsten Unternehmen, vom wirtschaftlichsten Angebot sprechen. Es ist die Frage, ob sie deswegen so auszulegen sind, daß sie insofern abschließend sind, daß sie nicht mehr, wie ich es eben dargelegt habe und wie ich es vom Diskriminierungsverbot aus begründet habe, etwa eine Regionalförderung zuließen. Das ist eine offene Frage. Herr Puhl hat sich damit im einzelnen befaßt. Ich gehe mit meinem Beitrag hier nicht auf Einzelheiten der Vergaberichtlinien ein, aber ich möchte ganz entschieden dafür plädieren, und zwar auf der Linie des von Ihnen erwähnten Beentjes-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, daß wir den Weg nicht frei machen für eine weitere Entmachtung der staatlichen und sonstigen öffentlichen Auftraggeber, sondern ihnen wobei ich glaube, auch an den Beitrag von Herrn Breuer anzuknüpfen die Verfolgung öffentlicher Zwecke in diskriminierungsfreier Ausübung offenlassen. Zur Begründung greife ich auf zwei Elemente zurück. Das erste ist, wie ausgeführt, das Diskriminierungsverbot; zweitens die Kohärenz der Politiken der Gemeinschaft. Die Gemeinschaft verfolgt Politiken, die die Förderung der unterentwickelten Regionen und die die Förderung der KMU betreffen. Weitere Politiken können herangezogen werden. Konform mit diesen Politiken sollte das Vergaberecht ausgelegt und ausgeübt werden.

Zuleeg: Herr Puhl, Sie haben weitgehend meine Zustimmung, mit einer Ausnahme. Sie schreiben im Leitsatz 10, die neuen Mechanismen des Rechtsschutzes erlauben eine hinreichend rasche und wirksame Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße. Ich bezweifle das. Es ist ja im deutschen Recht festgelegt, daß dann, wenn der Zuschlag erteilt worden ist, die anderen Bewerber keine Möglichkeit mehr haben, ihr Recht durchzusetzen. Sie haben aber doch subjektive Rechte. Sie werden mit dem Vertrauensschutz abgespeist. Sie haben ia mit Recht gesagt, das ist ein Brosamen, der Ihnen hingeworfen wird. Das ist nicht die Teilnahme am Verfahren. Der Ausschluß, haben Sie gesagt, wird kompensiert durch die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes. Ich meine nicht, daß der einstweilige Rechtsschutz den vollen Rechtsschutz gewährt. Es kann doch sein, daß in dem einstweiligen Verfahren das eine oder andere Merkmal nicht berücksichtigt wird. Das heißt also, es wird die Möglichkeit nicht erreicht, endgültig festzustellen, ob Recht oder Unrecht getan worden ist. Man könnte allerdings überlegen, ob nicht die Nichtigkeit eintritt. Aber wenn man eine privatrechtliche Konstruktion vorzieht, dann ist nur § 134 oder 138 BGB da, die beide keinen vollen Schutz gewähren. Auch im öffentlichen Recht, wenn die Vergabe ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist, sind die Nichtigkeitsgründe aufgezählt und es gibt sicher noch Möglichkeiten, den Zuschlag dann aufrechtzuerhalten und damit keinen richtigen Rechtsschutz zu gewähren. Im Gebiet unterhalb des Schwellenwerts, da haben wir nun eigentlich überhaupt keine Rechte, wie Sie selbst zugestehen. Sie haben jetzt vorgeschlagen, wir sollten auf die Grundrechte zurückgreifen. Ich möchte da die Bemerkung einfügen, daß es schon erstaunlich ist, eine solche Debatte führen zu müssen. Es wird nämlich der Europäischen Gemeinschaft immer und immer wieder vorgeworfen, die Grundrechte nicht einzuhalten, und wir haben in Deutschland für einen großen Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Regelung, die keine subjektiven Rechte zuläßt. Es sind hier Einwände gegen die Anwendbarkeit des Art. 12 GG und des Gleichheitssatzes geäußert worden. Warum sollte man nicht nach dem Vorbild des Europäischen Gemeinschaftsrechts ein einfaches Recht genügen lassen? Ich schlage vor, ein einfaches Recht auf ein faires Verfahren einzuführen und anzuwenden.

Sommermann: Ich kann an das anschließen, was Herr Zuleeg gerade ausgeführt hat. Herr Puhl hat hinsichtlich der Entwicklung des Vergaberechts ja die Metapher von dem Strom gebraucht, der eher träge dahinfließe. Immerhin schien es Stromschnellen und damit eine Beschleunigung zu geben, als man vom Regime des Haushaltsrechts in das des Wettbewerbsrechts wechselte. Doch blieb auch hier ein wesentlicher Teil der Grundstruktur unverändert, in dem meines Erachtens der Kern des Problems liegt: Das Vergaberecht ist weiterhin und das klang bereits in anderen Beiträgen an - sehr stark von der Vorstellung des Staates als Fiskus, somit sehr zivilistisch geprägt. Der Vertrag mit dem Bieter kommt unmittelbar durch den Zuschlag zustande. Eine vorgängige, eigenständig anfechtbare Verwaltungsentscheidung gibt es nicht. Dies wirft die bekannten Rechtsschutzprobleme auf. Es fragt sich, ob hier nicht ein dogmatisches Modell eine Lösung bieten könnte, welches einerseits zwar nicht mehr als modern empfunden wird, andererseits aber unter Rechtsschutzgesichtspunkten vorzugswürdig erscheint. Die Rechtsprechung mußte ja, um dem Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz gerecht zu werden, eine Rechtspflicht der Behörde konstruieren, die unberücksichtigten Bieter rechtzeitig vor dem Zuschlag zu informieren, damit überhaupt erst ein Primärrechtsschutz ermöglicht wird. Zu dieser Hilfskonstruktion müßte man nicht greifen, wenn man von vornherein ein gestrecktes zweistufiges Verfahren vorsähe: die Verwaltungsentscheidung zunächst und sodann den Vertragsschluß. Dabei befände man sich zudem in Übereinstimmung mit der Rechtstradition anderer europäischer Staaten, insbesondere Frankreichs. Dort führt die Theorie des acte détachable zu einer zweistufigen Konstruktion, wonach die Entscheidung über den Zuschlag eigenständig anfechtbar ist. Allerdings kommt es in Frankreich nicht zu einer Aufspaltung des Rechtsweges, da auch der Vertrag wegen einer vom deutschen Recht unterschiedenen Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht als Verwaltungsvertrag angesehen wird. Das Problem der Aufspaltung des Rechtsweges läßt sich allerdings auch in Deutschland lösen, wenn der Gesetzgeber es will.

Gurlit: Vielen Dank. Ich kann mich gleich an den Beitrag meines Vorredners anschließen. Auch mir geht es um die Folgerungen für die Zukunft des Vergaberechts, die sich aus seiner materiellen Publifizierung ergeben. Nach dem gegenwärtigen Regime haben wir ein öffentlichrechtliches Vergabeverfahren, das richterlich um ein öffentlich-rechtliches Informationsverfahren ergänzt wurde und durch eine zivilrechtliche Zuschlagserteilung abgeschlossen wird. Es stellt sich in der Tat die Frage, wie man die öffentlich-rechtliche Überlagerung des ursprünglich zivilrechtlichen Vergabeverfahrens konstruktiv bewältigt: Zur Wahl stehen die Anwendung der Zweistufentheorie oder die vollständige Überleitung ins öffentliche Recht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag. Fast noch wichtiger scheint mir aber die Frage, wie man mit den Folgewirkungen bereits der materiellen Publifizierung umgeht. Eine bedeutsame ist die Auswirkung auf das Amtshaftungsrecht. Bereits auf dem gegenwärtigen Stand - ein öffentlich-rechtliches Vergabeverfahren, ergänzt um ein öffentlich-rechtliches Informationsverfahren - läßt sich meines Erachtens der Ausschluß des Vergaberechts aus dem Amtshaftungsrecht nicht mehr rechtfertigen. Gestatten Sie mir zum zweiten eine kurze Anmerkung zu den formellen wie materiellen Anforderungen an die bevorzugende Auftragsvergabe. Hier kann ich an den Beitrag von Frau Schmid anknüpfen, die ja zutreffend § 97 Abs. 4 GWB zum Ausgangspunkt genommen hat. Der dort enthaltene einfachrechtliche Gesetzesvorbehalt für die Normierung bevorzugender Vergabekriterien sagt nichts aus über die Geltung des Gesetzesvorbehalts von Verfassungs wegen. Ich meine, daß auch für die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte des Gemeinschaftsrechts der Gesetzesvorbehalt zu beachten ist, nämlich in Gestalt der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte. Dies betrifft These 15 und These 30 des Referenten. Desweiteren meine ich, daß oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte nicht nur die Freiheitsrechte des nicht berücksichtigten Bieters auf dem Spiel stehen, sondern unter Umständen auch diejenigen des erfolgreichen Bieters. Dies gilt, wenn die Auftragsvergabe um Vorbedingungen angereichert wird, die sonst nicht zu erfüllen wären. Hier drängt sich als Parallele der begünstigende Verwaltungsakt mit belastenden Nebenbestimmungen auf. Gestatten Sie mir abschließend einige wenige Worte zu den materiellen Spielräumen einer bevorzugenden Auftragsvergabe, die ja maßgeblich durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt werden. Ich habe mittlerweile bestimmt ein Dutzend Mal das Beentjes-Urteil gelesen, und die Ermittlung seiner genauen Aussagen erscheint mir immer noch als Kaffeesatzleserei. Wenn man nun unterstellt, daß nach den Richtlinien und nach Auffassung des EuGH ein sekundärrechtlicher Spielraum besteht für weitere Auftragskriterien, so kommt in der Tat das Primärrecht ins Spiel. Ich meine aber, daß das Primärrecht nicht nur weiteren Auftragskriterien entgegenstehen kann, sondern unter Umständen auch eine bevorzugende Auftragsvergabe rechtfertigt oder gar positiv ein Argument für sie ist. Dies gilt für Ziele einer bevorzugenden Auftragsvergabe, die auch Ziele des EG-Vertrages sind. Denkt man an das ökologische Beschaffungswesen, so wäre auf die umweltrechtliche Querschnittsklausel zu verweisen, die ja mittlerweile in Artikel 6 des Vertrages einen ganz herausragenden Stellenwert gefunden hat. Man könnte aber auch an die vergaberechtliche Bevorzugung von Unternehmen denken, die einen Frauenförderplan besitzen. Dieses Bevorzugungskriterium könnte angeschlossen werden an Artikel 3 Abs. 2 des EG-Vertrages, der auch die Gleichstellungspolitik zu einem primärrechtlichen Ziel macht. Vielen Dank.

Engel: Wenn man spät spricht, ist manches schon gesagt, was man sagen wollte. Dafür wachsen einem unter Umständen andere Gegenstände zu. So ist es mir im Laufe dieser Aussprache ergangen.

Mein erster Punkt ist mir aber erhalten geblieben. Er richtet sich an Herrn Holoubek. Die Aufgabe des funktionellen Rechtsvergleichers ist zu erkennen, daß Äpfel und Birnen etwas gemeinsam haben, daß sie nämlich Obst sind. Dafür bezahlt der Rechtsvergleicher aber einen Preis: er kann den Unterschied zwischen Äpfeln und Birnen nicht mehr sehen. Mir scheint, diese Gefahr hat sich im Referat von Herrn Holoubek realisiert. Er hat ja eine Brücke geschlagen, die vom öffentlichen Angebot über die öffentliche Nachfrage bis zur Gewährleistungsverantwortung und zum rechtlichen Rahmen deregulierter Märkte nach englischem Modell reicht. Der Preis für die Wahl dieses Abstraktionsniveaus ist hoch. Dann verschwinden nämlich gerade die Konflikte aus dem Blick, die den Kern des Rechts der öffentlichen Angebote und der öffentlichen Nachfrage ausmachen: der Zugang zur öffentlichen Nachfrage bzw. die Wettbewerbsverzerrungen aus öffentlichem Angebot. Plastisch gesagt: das Recht der öffentlichen Marktteilnahme ist zweck-

blind, das Recht der öffentlichen Marktlenkung definiert sich dagegen gerade aus dem jeweils verfolgten Zweck.

Der Nachweis dieser These ist beim Recht der öffentlichen Nachfrage einfach zu führen. Wenn dieses Rechtsgebiet nicht zweckblind wäre, wäre die Frage nach vergabefremden Zwecken nämlich gar keine eigene Rechtsfrage. Öffentliche Aufträge wären überhaupt nur als subventionsrechtliche Frage sichtbar. Beim Recht des öffentlichen Angebots ist die Begründung scheinbar schwieriger. Denn Herr Löwer hat uns ja als erste Voraussetzung für Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand genannt, daß sie einer öffentlichen Aufgabe dient. Aber dem Recht des öffentlichen Angebots genügt eben irgendeine öffentliche Aufgabe. Auch dieses Rechtsgebiet ist also zweckblind. Der Unterschied wird deutlich, wenn man ihm die staatliche Gewährleistungsverantwortung gegenüberstellt, die Herr Holoubek in eine geistige Linie stellen wollte. Gewährleistungsverantwortung für einen beliebigen, auf andere Weise bestimmten Zweck macht keinen Sinn. Sie muß sich vielmehr immer zweckbezogen gerade auf eine rechtlich vorab konkret bestimmte öffentliche Aufgabe beziehen.

Nun zu zwei grundrechtsdogmatischen Fragen, die mir im Laufe der Diskussion zugewachsen sind. Lassen Sie mich einleitend einen Eindruck formulieren, den ich beim Zuhören gewonnen habe: ein Gespenst geht um, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn die Versuche, staatliches Handeln nicht für einen Grundrechtseingriff zu halten, können doch nur diesen Zweck haben: das Handeln soll vor dem Zugriff des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bewahrt werden. Doch warum? Um unterschiedliche Ergebnisse wird es nur ganz ausnahmsweise gehen. Die praktische Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist fast immer viel bescheidener: er verteilt Rechtfertigungslasten und zwingt den Staat zu größerer intellektueller Redlichkeit. Warum soll das schlimm sein?

Schließlich eine ganz kurze Anmerkung zu Herrn Breuer. Ich glaube, die Versteigerung der UMTS-Lizenzen ist ein hochspannendes Thema, aber es gehört nicht hierher. Denn wenn der Staat solche Lizenzen versteigert, ist das keine unternehmerische Tätigkeit. Er produziert dabei nicht Güter, die er am Markt absetzt. Vielmehr ist die Versteigerung ein Mechanismus zur Ursprungsallokation von Verfügungsrechten. Ob die Versteigerung normativ angemessen ist, müssen wir deshalb im Vergleich zu anderen Institutionen für die Ursprungsallokation von Verfügungsrechten entscheiden, etwa dem Prioritätsprinzip oder Grandfathering. Ein nicht leicht zu bewältigendes normatives Problem liegt aber an anderer Stelle. Auktionen übertragen spieltheoretische Modelle in praktische Rechtspolitik. Dabei prallen zwei sehr unterschiedliche Ra-

tionalitätsverständnisse aufeinander. Auktionen radikalisieren das Rationalmodell, beruhen also auf der Vorstellung einer konsequenten Maximierung des vorab definierten eigenen Nutzens. Das ist denkbar weit von Weisheit und Gerechtigkeit als Grundmaximen der Rechtsanwendung entfernt. Oder kürzer: Auktionen sind konstitutiv abwägungsunfähig. Das ist für die Rechtsordnung nicht leicht zu ertragen.

Vorsitzender: Schön Dank, Herr Engel. Herr Brenner, Sie haben das Wort. Eine spontane Meldung von Herrn Lege. Herr Brenner, Sie gestatten, wenn die Bemerkung zwei Minuten nicht übersteigt.

Lege: Ein Satz nur: Ich verstehe nicht, warum die Subsumtion unter einen Grundrechtstatbestand unredlich sein soll, wenn sie zu einem negativen Ergebnis führt.

Vorsitzender: Schönen Dank, das war außerordentlich spontan und knapp. Herr Brenner bitte.

Brenner: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen. Gestatten Sie mir bitte, daß ich einige Punkte zu dem – wie ich fand – sehr schönen und sehr instruktiven Referat von Herrn Puhl anmerke. Herr Puhl, Sie haben, wie ich wohlwollend bemerkt habe, die Funktion der Bändigung des Staates betont - wie übrigens auch Herr Löwer. Es ist in der Tat zutreffend, daß dem Vergaberecht eine den Staat bändigende Funktion zukommt, und Sie haben auch klargestellt - eine Aussage übrigens, die im Zusammenhang mit dem Vergaberecht nicht stets selbstverständlich ist -, daß das Vergaberecht zu einem ganz wesentlichen Teil auch freiheitssicherndes Recht ist, weil es eben in verschiedener Hinsicht für Durchsichtigkeit, Transparenz und – durch den weitreichenden Ausschluß vergabefremder Kriterien - für Gerechtigkeit sorgt. Ich stimme zunächst Ihrer Kritik an der Aufteilung und Spaltung des Vergaberegimes zwischen solchen öffentlichen Aufträgen, die oberhalb der sog. Schwellenwerte liegen, und solchen, die diese Schwelle nicht erreichen, zu. Insbesondere denke ich, daß es vielfach nicht mehr nachvollziehbar ist - übrigens auch in der und für die Praxis nicht -, daß nur ab Erreichen der Schwellenwerte das Vergabeverfahren zu beachten und einzuhalten ist, während unterhalb der Schwellenwerte andere Maßstäbe gelten. Ich stimme Ihnen auch zu, daß subjektive Anbieterkriterien tunlichst und weitgehend ausgeschlossen werden sollten - das ist Ihre These 27. Daher ist es - auch wenn dies auf den ersten Blick doch schwer zu vermitteln ist - nicht so leicht, Scientology vom Vergabeverfahren auszuschließen. Ich denke, daß wir uns insoweit einig sind, und zwar in der Weise, daß Scientologen bzw. scientologisch angehauchte oder durchgesetzte Unternehmen im Vergabeverfahren zunächst berücksichtigt werden müssen, auch wenn dies auf den ersten Blick vielleicht provokativ klingen mag. Auch insoweit muß ja der Maßstab für die Vergabe das wirtschaftlich günstigste Angebot sein. Ob es da aber gleichwohl eine Grenze geben mag, würde ich von Ihnen nochmals gerne und näher erfahren, da Sie an dieser Stelle doch etwas unklar waren. Die Frage lautet also, ob nicht möglicherweise bei sicherheitsrelevanten Unternehmen, bei Kasernen oder sonstigen Einrichtungen der Bundeswehr oder etwa auch beim Bau des neuen Bundeskanzleramtes in Berlin doch eine Grenze gezogen werden muß, und zwar in der Weise, daß bei solchen öffentlichen Aufträgen Scientologen oder vielleicht auch andere "problematische" Unternehmen und Unternehmer von der Vergabe ausgeschlossen werden müßten. Gestatten Sie mir aber bitte noch drei weitere Fragen, die vielleicht auch deutlich machen düften, wie schwierig in der Praxis das Vergaberecht zu handhaben ist. Erste Frage und erstes Problem: Wie können wir wirksam sicherstellen, daß Vergabevorschriften nicht umgangen werden? Ein ganz einfaches Beispiel - ich berichte da aus Thüringen - ist etwa, daß eine GmbH oder eine AG ein Universitätsgebäude errichtet, und dieses Universitätsgebäude wird nach seiner Fertigstellung von dem betreffenden Bundesland langfristig angemietet oder gar gekauft, um der Universität dauerhaft zur Verfügung gestellt zu werden. Der praktische Vorteil dieser Konstellation liegt darin, daß das Universitätsgebäude sehr schnell gebaut werden kann, weil Vergabevorschriften von der GmbH bzw. der AG nicht beachtet werden müssen. Gleichzeitig läuft aber natürlich das Vergaberecht in die Leere, wenn der Staat hinterher einfach dieses unter Umgehung der Vergabevorschriften errichtete Gebäude kauft oder anmietet. Frage also: Wie kann eine solche Umgehung der Vergabevorschriften durch solche Praktiken wirksam verhindert werden? Die zweite Frage und das zweite Problem betrifft die Sektorenrichtlinie, auf die Sie in Ihrem Vortrag nicht eingegangen sind, weshalb ich insoweit nochmals nachhaken wollte. Die Sektorenrichtlinie gilt ja nur für bestimmte Sektoren, umschließt aber auch private Unternehmen bzw. mittlerweile privatisierte Unternehmen; so fallen etwa auch Bahn und Post unter die Richtlinie. Nach meiner Auffassung sprengt diese Ausuferung, diese Ausweitung des Vergaberechts auch auf Private das System des Vergaberechts, sprengt damit auch den Regelungsanspruch, der dem Vergaberecht eigentlich zukommen soll. Daher die Frage an Sie, Herr Puhl: Wie sehen und bewerten Sie diese durch das Vergaberecht nunmehr vorgenommene Gleichbehandlung des Staates auf der einen und von Privaten, wie Post und Bahn, auf der anderen Seite?

Dritte kurze Frage und drittes Problem schließlich mit der Bitte um Aufklärung, da Sie hierauf in Ihren Ausführungen nicht näher eingegangen sind. Wie sieht es eigentlich mit der Zulässigkeit einer Auftragssperre aus, einer Problematik also, die, wenn ich mich recht entsinne, vor einigen Jahren im Freistaat Bayern Furore gemacht hat? Kann pauschal ein bestimmter Unternehmer oder können pauschal bestimmte Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden? Welche Rechtfertigungsgründe, so eine solche Auftragssperre denn zulässig sein sollte, wären nach Ihrer Auffassung hier ins Feld zu führen? War wären mit anderen Worten also die Kriterien, nach denen eine solche Auftragssperre verfassungsrechtlich, aber auch einfachgesetzlich zulässig wären? Vielen Dank.

Hermes: Meine Bemerkung bezieht sich auf die möglichen Rückwirkungen, die sich von Seiten des Vergaberechts auf den ersten Schwerpunkt des Themas, also den Staat als Unternehmer, ergeben. Ausgangspunkt ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg zum Flughafenprojekt Berlin-Schönefeld, die Herr Puhl ganz am Ende, wohl aus Zeitgründen nur noch ganz knapp, erwähnen konnte. Diese Entscheidung sei jedem zur Lektüre empfohlen. Dort kann man nämlich zu den Anforderungen an ein Verwaltungsverfahren, zu seiner Grundstruktur und seinen Grundprinzipien, zur staatlichen Neutralität und Befangenheitsfragen wirklich grundlegende Ausführungen lesen, die einen als Vertreter des öffentlichen Rechts nachdenklich machen. Die Grundstruktur des Problems der Vergabeentscheidung, wenn man es von allen Einzelheiten befreit, war im Fall Berlin-Schönefeld ganz einfach. Die Auftraggeberseite war teilidentisch mit der Seite, die zum Schluß den Zuschlag bekommen hat, weil dieselben Personen sowohl an der Vergabeentscheidung als auch an dem erfolgreichen Konsortium beteiligt waren. Man könnte geneigt sein, dies als vergaberechtliche Spezialität und vielleicht als einen besonders groben Fehler abzutun. Meines Erachtens zeigt dieser Fall aber grundsätzlichere Probleme. Denn öffentliche Unternehmen bewerben sich nicht nur um Aufträge staatlicher Stellen, sie benötigen auch Baugenehmigungen, telekommunikationsrechtliche Lizenzen und andere hoheitliche Zulassungen. Öffentliche Unternehmen sind also auf staatliche Entscheidungen angewiesen, die nach den Grundsätzen der Neutralität, der Unbefangenheit, des Gleichheitsprinzips etc. gefällt werden müssen. Daraus scheint mir ein prinzipielles Problem zu resultieren: in dem Moment nämlich, in dem der Staat als Unternehmer tätig wird, sind wir mit einer Situation konfrontiert, in der Kontrolleur und und Kontrollierter identisch sind. Die Regeln, die das geltende Verwaltungsverfahrensrecht zur Bewältigung dieses Problems zur Verfügung stellt - die Befangenheitsvorschrift also -, zielen auf einzelne Personen und scheinen mir keine adäquate Antwort auf das institutionelle Problem der Interessenverslechtung zu sein. Wir haben es mit einer strukturellen Befangenheit, mit einem Strukturproblem zu tun, wenn ein öffentliches Unternehmen zum Beispiel eine baurechtliche Ausnahmegenehmigung beantragt und erhält, und zwar von einer Körperschaft, die gleichzeitig Haupt- oder Alleingesellschafter des Unternehmens ist. Dann drängt sich regelmäßig der Verdacht auf, daß der Staat in seiner Rolle als Hoheitsträger seine privatrechtlich-unternehmerisch agierenden Töchter nicht gleichbehandelt. Wenn dies zu dem Zwischenergebnis führt, daß die Rolle des Staates als Unternehmer den Staat als Hoheitsträger in ein prinzipielles und kaum lösbares Legitimationsproblem bringt und wir auf der anderen Seite - anknüpfend an die Bemerkung von Herrn Schuppert - erkennen müssen, daß die Innensteuerung der öffentlichen Unternehmen im Hinblick auf ihre öffentlichen Zwecke nur sehr schlecht und aus bestimmten Autonomiegesetzmäßigkeiten selten wirklich orientiert an dem öffentlichen Zweck funktioniert, dann komme ich im Ergebnis dazu, daß die Skepsis von Herrn Löwer grundsätzliche Zustimmung verdient. Dies vor allem deshalb, weil die unternehmerische Betätigung des Staates ihn in seiner Rolle als Hoheitsträger prinzipiell unter "Verdacht" stellt und weil der Staat die öffentlichen Zwecke, die hinter der unternehmerischen Betätigung stehen, als regulierender Staat besser erfüllen kann. Das Problem der Position von Herrn Löwer liegt dann in der Frage, ob das hier angedeutete strukturelle Neutralitätsdefizit tatsächlich zu weitreichenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen für den zulässigen Umfang unternehmerischer Betätigung des Staates führt oder ob dieser nicht eher Gegenstand politischer Klugheitsregeln ist, über die die unmittelbare demokratisch legitimierten Organe zu befinden haben.

Siekmann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte noch einmal auf das Referat von Herrn Löwer zurückkommen. Ich stimme ihm in allen wesentlichen Punkten ausdrücklich zu, insbesondere insoweit, als eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand verfassungswidrig ist. Herr Löwer hat das in seiner Zwischenstellungnahme noch einmal überzeugend begründet. Es gibt aber noch weitere Argumente, vor allem aus dem Haushaltsrecht und dem Haushaltsverfassungsrecht. Nicht zuletzt ist aber auch an die Kontrollprobleme zu denken, auf die auch bereits hingewiesen worden ist. Die Ausübung demokratischer Kontrolle in öffentlichen Unternehmen, wenn man sie ernst nehmen würde, hätte erhebliche Schwierigkeiten zur Folge, namentlich konzernrechtlicher Art. Der Referent schlägt an

dieser Stelle funktionsgerechte Organisationsstrukturen vor. Ich bin mir indes nicht ganz sicher, ob das wirklich weiterhelfen würde. Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung wäre möglicherweise eine intensivere Kontrolle durch die Rechnungshöfe. Es ist nämlich durchaus nicht so, daß Haushaltsrecht ohne weiteres anwendbar ist, nicht einmal für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, wie das Herr Puhl gesagt hat. Es finden sich häufig am Ende der Landeshaushaltsordnungen Bestimmungen, die das ausschließen. Das geht so weit, daß Klauseln anzutreffen sind, die ausdrücklich bestimmte öffentliche Unternehmen von der Prüfung durch Rechnungshöfe ausnehmen. Zum Beispiel darf die Landesbank Hessen-Thüringen, Anstalt des öffentlichen Rechts, nicht durch die zuständigen Landesrechnunghöfe geprüft werden.

Nun zur Aufspaltung des Themas: Die in den Vorträgen vorgenommene Arbeitsteilung zwischen Herrn Löwer und Herrn Puhl hat sicher ihre Berechtigung. Sie verstellt aber den Blick dafür, daß es sich um ein ganzheitliches Problem handelt: die Teilnahme des Staates am marktwirtschaftlichen Geschehen. Deswegen meine ich, ist es unbedingt angebracht, Vergaberecht, Beihilferecht und Recht der öffentlichen Unternehmen als eine Einheit zu betrachten. Das Europarecht verfährt ebenso, wie Herr Holoubek mit dankenswerter Deutlichkeit dargelegt hat. Das sollte aber auch für das innerstaatliche Recht gelten. Ob beispielsweise die Vergabe eines öffentlichen Auftrags vorliegt, läßt sich nicht isoliert beurteilen. Die Einordnung als Erfüllung eines Auftrags oder als Subvention hängt häufig von den Zufälligkeiten der jeweiligen Organisation ab. Sie kann sich als Folge von frei getroffenen Organisationsentscheidungen ergeben, beispielsweise über die Zusammenfassung von gewinnträchtigen mit nicht-profitablen Aktivitäten in einem Unternehmen. Deshalb wird aus europarechtlicher Sicht plötzlich die Eigenkapitalrentabilität eines Unternehmens zum entscheidenden Abgrenzungskriterium von der versteckten Subventionierung durch den Träger. Als Beispiel mag die WestLB dienen. Sie hat in ihrem letzten Jahresbericht an hervorragender Stelle eine Eigenkapitalrentabilität von 12,5 % angeführt, eine Angabe, die sie früher nicht für erforderlich gehalten hat. Hinter diesem Wandel dürfte die Angst vor dem Europarecht stehen. Die angegebene Zahl stimmt übrigens nicht. Nach den gängigen Kriterien, wie sie zur Abgrenzung der Eigenkapitalrentabilität von der Bundesbank angesetzt werden, käme man nur auf 9,9%. Warum wird sie schöngerechnet? Weil andernfalls eine versteckte Subventionierung angenommen werden könnte.

Abschließend noch eine Bemerkung zum Vergaberecht. Im Hinblick auf die getroffene Neuregelung habe ich grundsätzliche kompetenzrechtliche Bedenken. Es ist die Frage gestellt worden, ob es sich um öf-

fentliches Recht oder um Privatrecht handelt. Vergaberecht ist aber überwiegend öffentliches Recht. Warum steht es dann aber nicht mehr im Haushaltsgrundsätzegesetz? Die Antwort ist einfach. Es gehört nicht dahin, weil die Kompetenzgrundlage für dieses Gesetz, Art. 109 Abs. 3 GG nicht soweit reicht. Deswegen ist man auf das GWB verfallen. Aber schon der Gesetzesbegründung der Bundesregierung ist zu entnehmen. wie unsicher man dabei war. Man konnte nämlich keine geeignete Kompetenznorm im Katalog des Art. 74 GG finden und hat ein Sammelsurium von verschiedenen Nummern aus der Vorschrift angeführt. Das ist ein untrügliches Zeichen dafür, daß es auch nicht in das Wettbewerbsrecht gehört. Vergaberecht ist - wie bereits gesagt - in weiten Bereichen genuin öffentliches Recht und der Bundesgesetzgeber hat nicht die Kompetenz, für Gemeinden und Länder solche Fragen zu regeln. Ein weiteres Kompetenzproblem hängt mit den sogenannten vergabefremden Kriterien zusammen. Wenn beispielsweise ein Studentenwerk. Anstalt des öffentlichen Rechts, einen Auftrag nicht mehr nur nach ökonomischen Kriterien vergibt, sondern etwa nur noch "fair gehandelten Kaffee" zum dreifachen Preis einkauft und diese Kosten aufgrund seiner Monopolstellung weiterwälzt, stellt sich eindringlich die Frage nach den Kompetenzen. Ist es wirklich noch von der Kompetenz der jeweiligen Einrichtung gedeckt, wenn im Gewande des Vergaberechts Frauenförderung, Entwicklungshilfepolitik oder allgemeine Sozialpolitik betrieben wird? Ich meine, es handelt sich, wie eben schon ansatzweise von Herrn Engel ausgeführt, um versteckte Subventionierungen am Haushalt und am Haushaltsgesetzgeber vorbei, um Subventionierungen, die in keinem Subventionsbericht erscheinen und auch in statistischen Aufstellungen nie den entsprechenden Sachgebieten, wie beispielsweise den Sozialleistungen zugerechnet werden. Sie gehen unter in den Bruttosalden separierter Einrichtungen. Das ist verfassungsrechtlich überaus bedenklich; nicht so sehr unter grundrechtlichen Aspekten, wie unter haushalts- und kompetenzrechtlichen. Wie im Abgabenrecht müßte deshalb die Frage gestellt werden, ob bei der Verfolgung von Sachzielen durch das Vergaberecht nicht auch die Kompetenz zur Erfüllung dieser Ziele vorliegen muß.

Bogs: Ich darf zunächst sagen, daß ich nicht zu den spannungsvollen, interessanten Fragen der Vergabewettbewerbsrevolution etwas erörtere. Ich möchte noch mal auf die doch sehr fruchtbaren rechtsvergleichenden Gedanken von Kollegen *Holoubek* etwas näher eingehen. Das betrifft vor allen Dingen seine Leitsätze 8, 15 und 21.

Ich möchte meinen, daß vielleicht hier eine kleine rechtsempirische Ergänzung, Anmerkung aus der Sicht des Sozialrechts zu machen ist.

Mein Thema ist einfach gekennzeichnet, es geht im Grunde um die Kernfrage, gibt nicht auch sozusagen die allgemeine Entwicklung Anlaß, das Sozialversicherungsmonopol, also die Grundsicherungsmonopolträgerschaft des Staates als Sozialversicherungsunternehmer in Frage zu stellen. Dazu waren mir die service public-Figuration und die Gedanken dazu von Ihnen, Herr Holoubek, außerordentlich interessant. Ich möchte anregen, daß man sehr scharf beobachten sollte, ob nicht auch in meinem Sozialstaats-Sektor sozusagen eine private Durchführungsverantwortung, eine Konzession zur von Staats wegen regulierten Durchführung der Grundsicherungsaufgabe etwa für Alterssicherung im Trend ist, also in Zukunft mehr und mehr sich durchsetzt. Wir haben zwar hier noch in Deutschland ein klares Monopol, das kann sich aber ändern. Es wurde also für mich in Ihren Erörterungen klar, daß wir auch als Sozialverwaltungsrechtler genau abwägen müssen, wie hier die Konzessionierungsverhältnisse im einzelnen dann einmal laufen könnten und sollten. Die Auflagen bei der Freigabe zur privaten Durchführung von Alterssicherung könnte man sich sehr vielgestaltig vorstellen. Daß das alles nicht nur reine Zukunftsmusik ist, sieht man daran, daß wichtige Weltländer, in Südamerika vor allen Dingen, auf Weltbankdruck schon zur Privatisierung der sozialen Grundsicherung im Alter übergegangen sind. Wir haben in Deutschland bisher nur einen kleinen Ansatz dazu. Sie wissen alle, daß die Pflegeversicherung dual konstruiert ist, auch dort hat die Privatversicherung viele Auflagen bekommen, Kontrahierungszwang, soziale Tarifierung, ohne Rücksicht auf genetische oder sonstige Risiken, und natürlich auch eine Staatsgarantie hängt drin. Man muß abwarten, fünf oder zehn Jahre, ob dieser erste Versuch einer Privatisierung der Durchführungsverantwortung unter oberster Staatsaufsicht gelingt oder nicht gelingt. Ich bin da gar nicht so skeptisch. Ich meine, daß die angesprochenen Trendfragen nicht so theoretisch sind, sogar für Deutschland allgemein nicht, weil wir ja vielleicht auch in unserer für 2001 anstehenden deutschen Reform in der ersten Grundsicherungssäule bei der Alterssicherung schon ein Element des privaten Kapitalstocksparens irgendwie hereinbekommen in den nächsten Jahren, vielleicht auch schon in den nächsten Monaten. Auch dort wird Ihre Figuration verwaltungsrechtlicher Feingliederung der service public-Lage im Bereich der sozialstaatlichen Aufgaben sehr fruchtbar werden.

Meine ganzen Gedanken, das zum Schluß, sind nicht geprägt von Unkenntnis über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; ich weiß, daß er zwar die private Arbeitsvermittlung schön liberalisiert hat, also aus dem Monopol der Arbeitslosenversicherung herausgenommen hat, aber doch im Bereich der Versicherungsträger die Staats-

monopole recht kräftig verteidigt mit etwas wackeliger Argumentation. Herr Kollege Schachtschneider hat darauf schon in seinem eurosozialrechtlichen Einwand hingewiesen. Ich bin trotzdem der Meinung, es wird auch im Bereich der Versicherungsdurchführung, Staatsversicherungsdurchführung als Teil der Daseinsvorsorge die europäische Privatisierungsdiskussion in den nächsten Jahren, mindestens Jahrzehnten noch viel spannender werden, und ich darf Ihre allgemeinen Analysen des Formenreichtums als wohl wirklich wegweisend hervorheben.

Vielen Dank!

Hohmann: Ich habe zwei Fragen an Thomas Puhl. Die erste betrifft These 19 und einen Aspekt, den z.T. schon Herr Böckenförde angesprochen hat. In der These, daß in jeder staatlichen Auftragsvergabe ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gesehen werden könnte, kann viel Musik stecken - vorausgesetzt man differenziert sie genügend. In der Literatur gibt es, worauf Herr Koch hingewiesen hat, die Tendenz, bei Art. 12 GG ganz entscheidend auf die berufsbezogenen Wirkungen abzustellen -Stichworte: Warnhinweise, Subventionen etc. Meine Frage geht dahin, ob These 19 so verstanden werden kann, daß solche intensiven Berufswirkungen allein bei solchen Marktsegmenten angenommen werden, die ganz intensiv von der öffentlichen Auftragsvergabe dominiert werden und bei denen die Anzahl der privaten Abnehmer begrenzt ist. Ich denke hier an einen Bereich, den Herr Hermes implizit mit angedeutet hat, nämlich Dienstleistungen für Luftverkehr und Flugsicherung. Da könnte es so sein, daß wir eine Dominierung von weit über 50% durch die öffentliche Auftragsvergabe haben. Wenn man sich weiter vorstellt, daß dann höchstens ein oder zwei private Abnehmer als Alternative in Betracht kommen, sind die intensiven Berufswirkungen durch die Entscheidung über die öffentliche Auftragsvergabe etwas plausibler. Die zweite Frage zielt auf die in den Thesen 26 und 27 vorgenommene Differenzierung zwischen produkt- und produktionsbezogenen Kriterien: Woher kommt diese Unterscheidung? Wenn ich mich recht erinnere, ist diese Differenzierung zum ersten Mal im GATT/WTO-Recht bei Art. I und Art. III GATT vorgenommen worden. (Auch das Keck-Urteil des EuGH hat möglicherweise an diese GATT-Unterscheidung angeknüpft). Ist diese WTO-Differenzierung somit auf das deutsche Vergaberecht übertragen worden? Geschah dies durch Rechtsprechung? Nebenbei läßt sich dann auch die These von Herrn Löwer, daß sich in den letzten 20 Jahren wenig geändert hat, widerlegen. Im Europarecht und im GATT/WTO-Recht gibt es zu viele Änderungen - bezüglich des Gemeinschaftsrechts ist dies durch den Diskussionsbeitrag von Herrn Götz sehr deutlich gesagt worden; das GATT/WTO-Recht sollte noch in die Analyse einbezogen werden. Der Umstand, daß wir gerade in der WTO eine aktuelle Debatte darüber haben, inwieweit handelsfremde Aspekte (Umweltschutz, Menschenrechte etc.) berücksichtigt werden dürfen, zeigt eine Parallele zum Vergaberecht. Danke.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr Homann. Meine Damen und Herren, wir sind am Ende der Rednerliste angelangt. Wir haben 31 Wortmeldungen gehabt, die wir, wie ich jetzt mit Stolz feststellen darf, innerhalb von 170 Minuten abgearbeitet haben, dank Ihrer großartigen Disziplin. Wir haben genügend Zeit, um den Referenten Gelegenheit zu einem ausführlichen Schlußwort zu geben und werden den Usancen der Vereinigung folgend mit dem Referenten beginnen, der zuletzt das Referat gehalten hat. Herr Holoubek, ich darf Ihnen das Wort erteilen.

Holoubek: Ich möchte mich zunächst für die vielen Anregungen bedanken, die ich in der Diskussion bekommen habe. Gleichzeitig darf ich Sie um Verständnis bitten, auch für meine Schlußbemerkungen den "usual disclaimer" in Anspruch nehmen zu dürfen, demzufolge ich angesichts der zeitlichen Restriktionen nicht auf alle Diskussionsbemerkungen, die direkt oder indirekt meine Ausführungen betroffen haben, eingehen kann.

Ein zentraler Punkt der Aussprache war die Frage der so genannten "Inhouse-Vergabe" und damit die vergaberechtliche Bewältigung von Ausgliederungskonstellationen. Es wurde hier um Differenzierungen gebeten. Betrachten wir die Frage aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts: Ausgangspunkt des europäischen Vergaberechts ist in diesem Zusammenhang, daß immer dann, wenn - im funktionellen Sinn entsprechend der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH - der Staat mit einem von ihm verschiedenen Rechtsträger in eine entgeltliche Leistungsbeziehung tritt, bei der der Staat der Nachfrager ist, diese Leistungsbeziehung grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, sofern die sonstigen Voraussetzungen – es muß sich um eine erfaßte Liefer-, Bau- oder Dienstleistung handeln - gegeben sind. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, die freilich - sieht man von ausschließlichen Dienstleistungen im Sinne des Art 6 der Dienstleistungsrichtlinie ab - nicht explizit geregelt sind, sondern im Interpretationsweg abgeleitet werden müssen. Sowohl der EuGH wie Schlußanträge von Generalanwälten als auch die Kommission in Stellungnahmen haben solche Ausnahmen angenommen. Der erste Schritt ist dabei noch relativ einfach: Die Leistungsbeziehungen zwischen ausgliedernder Trägergebietskörperschaft und einem ausgegliederten Rechtsträger bei reinen Organisationsprivatisierungen fallen, so EuGH, Kommission

und Schlußanträge übereinstimmend, nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien. Wenn also der im ausschließlichen Eigentum der ausgliedernden Trägergebietskörperschaft stehende ausgegliederte Rechtsträger Leistungen ausschließlich für die ausgliedernde Trägergebietskörperschaft erbringt, dann fällt nach ganz herrschender Auffassung diese Leistungsbeziehung auf Grund einer teleologischen Reduktion ihres Anwendungsbereichs nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien. Kompliziert wird es, wenn dieser ausgegliederte Rechtsträger in der Folge - Variante 1 - am Markt, das heißt auch für andere Private tätig wird und sich damit in den Wettbewerb begibt, oder - Variante 2 - wenn an diesem ausgegliederten Rechtsträger Private beteiligt sind oder sich an diesem im Nachhinein beteiligen. Auf diese Konstellationen habe ich mit meiner kurzen Bemerkung im Vortrag abgezielt. Für diese Fälle steht die Kommission, und ich meine zu Recht, auf einem relativ strikten Standpunkt, demzufolge, wenn der Staat insoweit seine Wettbewerbsneutralität aufgibt, es also funktionell betrachtet um keine rein "staatsinternen" Leistungsbeziehungen mehr geht, sondern um Leistungsbeziehungen mit Marktteilnehmern, das Vergaberecht zur Anwendung kommt. Insoweit ist eine "Inhouse-Vergabe" zwar unter den genannten Voraussetzungen möglich, "Konzernprivilegien" des Staates sind aber deutliche Grenzen für den Fall gesetzt, daß private Beteiligungen oder Leistungsbeziehungen zu Privaten vorhanden sind. An einem praktischen Beispiel erläutert: Wenn sich in einem Land Gemeindeverbände zu einer GmbH zusammenschließen. um die Abfallentsorgung gemeinsam zu regeln, gleichzeitig das Land an einem gemischt-wirtschaftlichen Energieversorgungsunternehmen beteiligt ist, das wiederum über eine Tochtergesellschaft eine Abfallentsorgungsanlage betreibt, dann ist ein Entsorgungsvertrag zwischen der GmbH und der Gesellschaft, die die Abfallentsorgungsanlage betreibt, eine Leistungsbeziehung, die unter das Vergaberecht fällt und nicht als "Inhouse-Vergabe" ausgenommen ist. Ich meine, daß das Gemeinschaftsrecht hier sehr sinnvoll sozusagen "ganzheitlich" öffentliches Unternehmensrecht und Vergaberecht gemeinsam betrachtet, um zu verhindern, daß der Staat seine Unternehmen, die im Wettbewerb tätig werden, unsachlich bevorzugt.

Ein zweiter wesentlicher Punkt in der Diskussion war im Zusammenhang mit der Erörterung vergabefremder Zwecke im Vergaberecht die Frage, wieweit die Aussage stimmt, daß das Vergaberecht kein wirtschaftspolitisches oder sozialpolitisches Instrument des Staates mehr ist. Insbesondere Herr Götz hat diese Frage angesprochen. Ihre Beantwortung muß meines Erachtens an den Zielsetzungen und an der Struktur des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts ansetzen. Hier stimmt

es natürlich, daß, insbesondere aus den Grundfreiheiten abgeleitet. das Vergaberecht zunächst einmal darauf gerichtet ist, Diskriminierungen hintanzuhalten, also einen Vergabebinnenmarkt zu eröffnen. Das Sekundärrecht hat aber, und das ist erklärtermaßen seine zweite und aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts zumindest gleichwertige Zielsetzung, auch die Effizienzsicherung beim Einsatz öffentlicher Mittel zur Aufgabe. Hinter den Bemühungen um ein einheitliches Vergaberecht im Binnenmarkt stehen die gewaltigen Einsparungspotentiale für die öffentlichen Haushalte, die beginnend mit dem Cecchini-Report der Kommission und dem Gemeinschaftsgesetzgeber immer wieder versprochen worden sind, mit einem solchen Binnenmarkt für öffentliche Aufträge verbunden sein sollen. Ich sage ganz bewußt, verbunden sein sollen, weil es bis heute nicht wirklich gelungen ist, ökonomisch tatsächlich zu belegen, ob bzw inwieweit diese Einsparungseffekte tatsächlich entstanden sind, insbesondere, das ist allerdings jetzt eine Nebenbemerkung, wenn man die hohen Transaktionskosten miteinrechnet, die das komplexe rechtliche Vergabeverfahren hier mitbewirkt hat. Wie dem auch sei, das gemeinschaftliche Vergaberecht hält an dieser Zielsetzung, daß ein rein an Beschaffungskriterien orientiertes und diesbezüglich effizienzoptimierendes Vergabeverfahren bei einer generellen, makroökonomischen Betrachtung große Einsparungspotentiale für die öffentlichen Haushalte mit sich bringen wird, fest. Diese Zielsetzung ist, so glaube ich, ein wesentlicher Schlüssel zum Verständnis des europäischen Vergaberechts und auch der Rechtsprechung des EuGH.

Viele konkrete dogmatische Argumentationsmuster im Vergaberecht sind darauf zurückzuführen: Denken Sie etwa an die Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind Eignungskriterien solche, die primär auf den Bieter abzielen, während Zuschlagskriterien streng angebotsbezogen ausgestaltet sein müssen. Nun läßt auch nach der Rechtsprechung des EuGH das gemeinschaftliche Vergaberecht bei der Festlegung von Eignungskriterien die Berücksichtigung etwa von umweltpolitischen Zwecken, also Zwecken, die in der Diskussion des heutigen Nachmittages sehr oft als vergabefremde Zwecke bezeichnet worden sind, durchaus zu. Man muß hier aber zwischen der Festlegung des Eignungsstandards im Sinne eines Mindeststandards und den Eignungsnachweisen, also der Frage, wie denn ein Bewerber oder Bieter nachweist, daß er diese Mindeststandards erfüllt, unterscheiden. Daher darf der öffentliche Auftraggeber beim Nachweis der Einhaltung bestimmter Umweltstandards zwar etwa die deutsche Umweltauditzertifizierung als sozusagen Orientierungsgröße festlegen, muß aber natürlich im Interesse der Nichtdiskriminierung gleichwertige Verfahren zulassen. Haben die Bieter einmal die Hürde dieses Mindeststandards übersprungen, dann soll es nach dem Vergaberecht nur mehr auf angebotsbezogene Kriterien, also darauf ankommen, ob sich Anforderungen an die Lieferung oder Leistung in einem mikroökonomischen Sinn auf die Effizienz des Beschaffungsvorgangs für den konkreten öffentlichen Auftraggeber auswirken. Daher lassen sich hier umweltbezogene Kriterien über die Leistungsbeschreibung sehr wohl einbringen, nicht aber Anforderungen an das Produktionsverfahren, die sich auf das Produkt und dessen Nutzen für den Auftraggeber nicht unmittelbar auswirken sondern, etwa als Verminderung der Schadstoffbelastung der Luft, nur in einem gesamtwirtschaftlichen Kontext von Bedeutung sind. Das heißt jetzt nicht, daß derartige Zielsetzungen, in der Diskussion wurden die Politiken der Gemeinschaft zu Recht angesprochen, gemeinschaftsrechtlich nicht verfolgt werden können. Nur stellt hiefür das EG-Recht grundsätzlich andere Instrumente, insbesondere die Beihilfe zur Verfügung. Das Gemeinschaftsrecht will damit aus gutem Grund die Transparenz beim Einsatz von öffentlichen Mitteln sichern, weil man genau weiß, daß bei einer Auftragsvergabe, die stark andere Zielsetzungen als den Beschaffungsvorgang selbst verfolgt, in Wahrheit die Orientierung, welche Kosten für den, jetzt unter Anführungszeichen, "vergabefremden Zweck" eingesetzt werden und welche ökonomisch für die nachgefragte Leistung zu veranschlagen sind, stark verschwimmt. Und das führt, das wissen wir aus der Praxis, zu Problemen im Hinblick auf die Sicherung und die Kontrolle eines effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel. Daß diese "Instrumententrennung" aus der Sicht der Europäischen Gemeinschaft natürlich den angenehmen Effekt hat, daß über ihre Beihilfenaufsicht die Kommission auch die Steuerung der Zielsetzungen ein gutes Stück weit in der Hand hält, ist ebenso klar.

Im Zusammenhang mit der die Aussprache beherrschenden Grundrechtsdiskussion frage ich mich, ob es nicht weiterführend wäre, zu differenzieren. Jedenfalls gehen wir in Österreich in diese Richtung. Dabei ist es, Herr Ronellenfitsch hat das betont, wichtig, bei der Grundrechtsfrage nicht nur den Staat, das öffentliche Unternehmen und allenfalls die privaten Konkurrenten im Blick zu haben, sondern insbesondere auch den Einzelnen. Es geht doch sehr oft um die Frage, wieweit ist der Einzelne auf bestimmte Leistungen angewiesen. Auch zwischen dem Einzelnen und dem Staat gibt es eine Grundrechtsbeziehung, die hier eine wichtige Rolle spielt. Zur Frage der Grundrechtsbindung bei der öffentlichen Auftragsvergabe gibt es in Österreich, ich habe darauf kurz hingewiesen, eine ganz gesicherte Rechtsprechung der Höchstgerichte, derzufolge der Gleichheitsgrundsatz den öffentlichen Auftraggeber bindet. Das muß allerdings nicht notwendigerweise zu einem Anspruch auf

Zuschlagserteilung führen. Über anerkannte zivilrechtliche Argumentationsfiguren wie insbesondere vorvertragliche Sorgfaltspflichten bzw Schadenersatzansprüche aus Schutzgesetzverletzung haben die Zivilgerichte der dahinterstehenden Grundrechtsbindung zum Durchbruch verholfen. So nimmt die Rechtsprechung etwa an, daß ein Vergabeverfahren vorwirkend Sorgfaltspflichten begründet, die, verhält sich der Auftraggeber etwa diskriminierend, auch präventiv schadensvermeidend Unterlassungsansprüche auslösen können. Die Zivilgerichte gehen hier wegen der besonderen, der grundrechtlichen Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes unterliegenden Rechtsbeziehung auch über die Anforderungen im allgemeinen Zivilrecht hinaus. Insofern kommen letztlich grundrechtlich begründete Ansprüche über ihre einfachgesetzliche Ausgestaltung, wenn sie also bei der Rechtsanwendung sozusagen einfachgesetzlich heruntergebrochen werden, zum Tragen, ohne daß direkt das Grundrecht als Anspruchsgrundlage herhalten muß. Hierfür ist etwa auch § 1 UWG in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung der österreichischen Gerichte ein gutes Beispiel. Das französische Beispiel habe ich ja in meinem Vortrag genannt. Die österreichischen Gerichte betrachten heute ganz zwanglos jedenfalls einmal den nicht hoheitlichen handelnden Staat als an das Wettbewerbsrecht gebunden, und zwar auch dann, wenn er gar nicht selbst wettbewerblich tätig wird, aber fremden Wettbewerb fördert. Es gibt aber auch, ich kann das jetzt hier nicht im Einzelnen darlegen, Tendenzen, unter gewissen Umständen auch hoheitliche Regelungen für wettbewerbsrechtlich relevant zu erachten, wie das Herr Hermes in der Diskussion angesprochen hat. Wenn etwa der Staat durch hoheitliche Regelungen seine öffentlichen Unternehmen, man denke an Baugenehmigungen, unsachlich bevorzugt, dann könnte das doch zu einer wettbewerbsrechtlichen Frage werden.

Ich schaue auf die Uhr und schnell auf meinen Zettel. Herr Engel, es ist natürlich klar, der Rechtsvergleich hat immer das Problem, die Kriterien und die Vergleichsmaßstäbe festsetzen zu müssen. In diesem Zusammenhang kommt es natürlich auch auf die Abstraktionsstufe an: Äpfel, Birnen, Obst, hier ließe sich natürlich auch noch die Kategorie Nahrungsmittel oben draufsetzen. Und wir wissen, ich nenne nur Paul Feyerabend, daß Abstraktion zu einer Reduktion von Komplexität führt, womit Differenzierungen verloren gehen können. Nur zwei Punkte: Ich habe Gewährleistungsverantwortung nicht mit Regulierung gleichgesetzt. Ich habe Regulierung bewußt nur in zwei Punkten ins Spiel gebracht. Einmal, weil ich sie im englischen Beispiel für wichtig halte, weil man sonst das englische System nicht versteht. Dieses löst einfach sehr viel über dieses Modell, das anderswo über Konzessions- oder über

Vergabemodelle gelöst wird. Zweiter Punkt: Regulierung und Regulierung ist nicht das selbe; wir sind uns sicher einig, daß es zunächst darauf ankäme, den Regulierungsbegriff abzugrenzen. Insofern muß Regulierung in einem weiten Regulierungsbegriff nicht immer wettbewerbsneutral sein, sondern kann auch auf Umverteilungsziele ausgerichtet sein. Wir müßten wohl in einer ausführlichen Diskussion klären, inwieweit das sinnvollerweise mit ihren Unterscheidungen "zweckblind" und "zweckbezogen" auf den Punkt gebracht werden kann. Bei einem weiten Regulierungsbegriff, der freilich dennoch nicht konturlos ist und sich gegenüber sonstigen staatlichen ordnenden oder lenkenden Interventionen abgrenzen läßt, hat Regulierung unter Umständen sehr wohl zweckbezogene Effekte, wie eben auch auf der anderen Seite eine klassische Auftragsvergabe zweckbezogene Effekte hat. Denken Sie etwa an das Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs. Wie ich hier gemeinwirtschaftliche Leistungen in den Markt hineinbringe, ob ich sie einfach zur Verfügung stelle, ob ich sie sichere, indem ich subventioniere, ob ich sie in einem öffentlichen Vergabeverfahren vergebe und sie damit gerade nicht als Beihilfe gewertet werden, das macht glaube ich den Unterschied, und je nach dem läßt sich der Vorgang dann auch den einzelnen von mir entwickelten Modellen zuordnen.

Kurz noch zur Frage von Herrn Brenner. Zu Ihrem Beispiel der Universität und der GmbH ist mir nur eingefallen, wir in Österreich und wohl auch das Gemeinschaftsrecht würden davon ausgehen, daß Sie hier eine Baukonzession beschrieben haben und damit etwas, das die Baukoordinierungsrichtlinie ohnedies vergaberechtlich einfängt. Wenn die Sachverhaltslage klar ist, das heißt wenn die Beziehungen vertraglich wirklich so gelegen sind, wie Sie sie geschildert haben, dann hätte ich kein Problem, diesen Vorgang als Baukonzession zu werten und ihn damit dem Vergaberecht zu unterstellen.

Gestatten Sie mir zuletzt nochmals meinen herzlichen Dank für Kritik und Anregungen und auch für die wohlwollende Aufnahme meiner Überlegungen. Das hängt wohl damit zusammen, daß es der Rechtsvergleicher in einer Hinsicht in einem Vortrag immer einfach hat: Er hat so viel an Material, Fragen und Problemen, daß er immer nur eine Auswahl bringen kann. Insoweit hat auch hier die berühmte Tante Jolesch eine wichtige Einsicht parat: Sie hat einmal auf die Frage, was denn ihr Geheimnis sei, daß ihr berühmtes Krautfleisch allen so gut schmeckt, gesagt: Es war immer etwas zu wenig. Vielleicht ist das mit der Rechtsvergleichung auch so. Herzlichen Dank!

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Holoubek. Als nächstem darf ich Herrn Puhl das Wort erteilen.

Puhl: Auch ich möchte an den Anfang den Dank stellen: In erster Linie nicht, wie Herr Löwer, für die Kritik, sondern für die lobenden Worte, denn davon kann ich nicht genug kriegen; sodann danke ich natürlich auch für die Kritik, von ihr lerne ich am meisten; und schließlich danke ich Herrn Holoubek, weil er viele Fragen beantwortet hat, auf die ich jetzt nicht mehr näher eingehen muß: In-house-Geschäfte, vergabefremde Ziele und Europarecht – komplizierte Dinge.

Ich möchte mich auf wenige Punkte konzentrieren. Was im Vordergrund vieler Beiträge stand, waren Fragen nach der Grundrechtsbindung bei der Auftragsvergabe. Die erste Grundfrage dabei ist, ob der Staat bei der Auftragsvergabe überhaupt an Grundrechte gebunden ist. Das will ich nur noch einmal kurz thematisieren. Art. 1 III GG sagt m. E. klar: alle staatliche Tätigkeit, egal auf welchem Feld, in welcher Rechtsform usw., ist grundrechtsgebunden. Ob damit auch eine Aktiengesellschaft als Eigengesellschaft oder bei staatlicher Mehrheitsbeteiligung unmittelbar grundrechtsverpflichtet ist oder nicht - darüber mag man streiten. Ich glaube aber, Herr Meyer, dies spielt, auch wenn man das verneint, keine große Rolle. Denn dann muß der Staat über seine Stimmenmehrheit eben darauf achten, daß die von ihm dominierte AG sich grundrechtskonform verhält (Stichwort: Einwirkungspflicht) - im Ergebnis macht das keinen zu großen Unterschied. - Die zweite Frage ist dann die nach dem einschlägigen Grundrecht. Hier scheint mir nach der Diskussion Einigkeit darüber zu bestehen, daß die Auftragsvergabe an Art. 3 I GG gebunden ist. Auch habe ich keinen Widerspruch zur These von dessen verfahrensrechtlicher Bedeutung verspürt - die ja Grundlage für die zentrale Aussage ist, daß die Ausschreibungsregeln von Verfassungs wegen grundsätzlich (auch unterhalb der Schwellenwerte) subjektive Rechte der Bieter begründen. Man könnte deshalb die Frage, ob daneben auch die Freiheitsrechte, insbesondere Art. 12 GG tangiert sind, fast auf sich beruhen lassen; denn jedenfalls was den Rechtsschutz betrifft, ergeben sich aus den Freiheitsrechten im wesentlichen die gleichen Konsequenzen wie aus dem Gleichheitssatz, und auch materiell verlangt Art. 3 I GG recht verstanden eine ähnliche Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Rechtfertigung von Differenzierungen etwa bei der Ausschreibung wie Art. 12 GG. -Bevor ich aber näher auf die Freiheitsrechte eingehe, möchte ich auf ein Sonderproblem des Gleichheitssatzes eingehen, das Herr Sachs im Zusammenhang mit der Verfolgung von Sekundärzwecken der Auftragsvergabe angesprochen hat. Es ist richtig, Herr Sachs, daß der Gleichheitssatz immer nur das Verhalten der Amtswalter eines Verwaltungsträgers bindet, nicht aber verbandsübergreifend das Verhalten mehrerer Verwaltungsträger. Deshalb ist es kein Gleichheitsproblem,

wenn einzelne Kommunen oder Länder (anders als andere oder als der Bund dies vorschreibt) Tariftreueerklärungen ihrer Auftragnehmer verlangen; hierin liegt dann allein ein bundesstaatliches, ein Kompetenzproblem, weil der Bund die Frage der Tarifbindung wohl abschließend geregelt hat. Ein Gleichheitsproblem stellt sich jedoch dann, wenn nun der Bund im Rahmen seiner Kompetenzen etwa das an sich rechtfertigungsfähige Ziel "Frauenbeschäftigung" in der Weise verfolgt, daß er bestimmte Beschäftigungsquoten nicht gesetzlich allen Unternehmern vorschreibt, sondern sie (nur) von öffentlichen Auftragnehmern verlangt - mit der Folge, daß Betriebe, die im Bau- oder Rüstungssektor tätig sind, wo der Staat zufällig als Nachfrager stark ist und auf seinen Bedingungen beharren kann, auf eine bestimmte Frauenpolitik verpflichtet werden, die anderer Branchen dagegen nicht. Eine solche Indienstnahme lediglich einzelner Wirtschaftszweige halte ich aus der Gleichheitsperspektive für bedenklich. Meine These ist, daß eine an sich gerechtfertigte (frauen-, umwelt-, arbeitsmarktpolitisch usw. motivierte) Staatsingerenz grundsätzlich flächendeckend durch allgemeines Gesetz alle Betriebe gleich treffen muß und nicht auf der Grundlage einer zufälligen Marktstruktur über den goldenen Zügel der Auftragsvergabe nur einzelne herausgreifen kann.

Nun zu der offenbar weniger konsensfähigen Frage, wieweit neben Art. 3 GG die Freiheitsrechte durch das Beschaffungswesen tangiert sind. - Berührt ist, wie vorhin ausgeführt, m.E. in aller Regel die Wettbewerbsfreiheit gem. Art. 12 I GG. Daneben kommen aber im Grunde alle Freiheitsrechte in Betracht: Wenn ein Scientologe wegen seiner Religionszugehörigkeit von der Auftragsvergabe ausgeschlossen wird, dann ist Art. 4 I GG einschlägig; wenn die Bundesregierung Anzeigen allein in einem parteitreuen Blatt schaltet, dann ist dies eine Subvention dieses Blattes und tangiert die Pressefreiheit der Konkurrenz; wenn Auftragnehmern eine Tariftreueerklärung abverlangt wird, dann ist deren negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG berührt (denn sie werden staatlich gedrängt, Tarifverträge einzuhalten, an die sie sich nicht gebunden haben, wegen Art. 9 III GG auch nicht binden müssen und die lediglich ortsüblich sind - womit versteckt diejenigen ausgebremst werden, deren einziger Wettbewerbsvorteil in ihrem billigen Arbeitsangebot liegt, weil sie eben nicht Berliner Tariflöhne zahlen; darin liegt dann natürlich auch ein europarechtliches Problem).

Das Hauptfrage in diesem Zusammenhang ist jedoch offenbar, ob in Staatseinkäufen auch tatsächlich ein "Eingriff" in diese Grundrechte liegt. Lassen Sie mich mit einem Vergleich beginnen: Wenn der Bundespräsident oder das Bundesverfassungsgericht ein Hirtenwort zur nächsten Bundestagswahl mit einer Wahlempfehlung herausgibt, dann liegt

darin m.E. ein Eingriff in Art. 5 I GG, weil es die Wirkung des Wortes der Konkurrenz beschneidet und den Meinungsmarkt verzerrt. Bischöfe als Teil der Gesellschaft dürfen so etwas, der Bundespräsident als Staatsorgan darf es nicht. Weshalb sollte dies auf dem Meinungs-, nicht aber auf dem Wirtschaftsmarkt gelten? Wenn der Staat wirtschaftlich tätig wird wie ein Privater, so ist er noch immer kein Privater. Er bleibt grundrechtsgebunden, nur weil er der Staat ist. Was der freiheitsverpflichtete Staat tut, ist prinzipiell und kategorisch etwas anderes, als das, was der freiheitsberechtigte Bürger tut. Deswegen stimme ich auch ganz der These von Herrn Löwer zu, nach der staatliche Marktteilnahme, ob als anbietender Unternehmer oder als Nachfrager, grundrechtlich relevante Ingerenz ist. Sie beeinträchtigt den freien Wettbewerb der privaten, originären Marktteilnehmer. Denn wer den staatlichen Zuschlag bekommt, macht Gewinn (oder vermindert Verlust, was dasselbe ist, wie zu Recht gesagt wurde), und dadurch wird seine Wettbewerbsposition im Markt gegenüber der Konkurrenz gestärkt. Darin liegt eine staatliche Marktingerenz. - In den Fällen, in denen beim Zuschlag auch noch "vergabefremde" Sekundärzwecke verfolgt werden – nicht der billigste, sondern der frauenfreundlichst produzierte Panzer wird gekauft tritt ein zumindest subventionsähnlicher Lenkungseffekt ein: Herr Maffei muß Frauen einstellen, um den Auftrag zu erhalten. Das ist als Eingriff in unternehmerische Dispositionsfreiheiten, europarechtlich als Beihilfe rechtfertigungsbedürftig (und überdies stellt sich die schon erörterte Gleichheitsfrage, ob nicht nur Herr Maffei, sondern alle Arbeitgeber auch in anderen Branchen zur Beschäftigung von Frauen angehalten werden müßten. Schließlich liegt in der verdeckten Subvention bei der Verfolgung von Sekundärzwecken, wie Herr Siekmann zu Recht angesprochen hat, auch ein Problem der Haushaltsklarheit.). - Nun wird mir der Sache nach entgegengehalten, mein weites Verständnis vom Grundrechtseingriff sei zu verpimpelt, zu wehleidig, dehne den Grundrechtsschutz über Gebühr aus. Ich meine, solche Bedenken bräuchten uns nicht zu ängstigen. Denn die Diagnose des Grundrechtseingriffs bedeutet ja, wie Herr Engel richtig sagt, nicht Verfassungswidrigkeit der Maßnahme, sondern führt im Regelfall nur zu drei Konsequenzen - nämlich dem Bestehen eines Gesetzesvorbehaltes, materiell zur Rechtfertigungsbedürftigkeit des Eingriffs, und prozessual zur Überprüfungsmöglichkeit dieser Voraussetzungen auf Antrag des beschwerten Marktteilnehmers. Was dabei - erstens - den Gesetzesvorbehalt betrifft, so kann man sich hier m.E. in weitem Umfang mit den bestehenden Generalklauseln behelfen. Soweit es allein um die staatliche Güternachfrage am Markt geht, reicht im Regelfall die Bestimmung der Haushaltsordnungen über den Grundsatz öffentlicher Ausschrei-

bung öffentlicher Einkäufe als zumindest implizite Ermächtigung aus. Für schwerwiegendere Eingriffe - wie für die Verfolgung von Sekundärzwecken oder die von Herrn Brenner angesprochenen Fälle der Auftragssperre - ist dagegen eine speziellere gesetzliche Ermächtigung erforderlich und angemessen. Ich denke, dieser Gesetzesvorbehalt wirft keine praktisch unüberwindbaren Probleme auf. Gleiches gilt auch zweitens - für die Frage nach der materiellen Rechtfertigung staatlicher Bedarfsdeckungsgeschäfte, an der, liegen ihnen allein Kriterien der Wirtschaftlichkeit zugrunde, nicht zu zweifeln ist. Werden dabei zugleich Lenkungszwecke, etwa soziale oder ökologische, verfolgt, so ist doch auch dies rechtfertigungsfähig - Herr Engel sagt mit Recht, der Staat müsse sich diese Rechtfertigung und ihre Überprüfung am Verhältnismäßigkeitsprinzip nur in der Öffentlichkeit zutrauen. Im übrigen muß er sie dann auch – drittens – vor Gericht verteidigen, und zwar, als Eingriff in subjektive Rechte, auf Antrag übergangener Wettbewerber. Hierin, im Rechtsschutz, scheint für die Praxis der Einkäufe unter den Schwellenwerten das Hauptproblem gesehen zu werden. Nur frage ich: Zur Einhaltung der formellen und materiellen Ausschreibungsregeln sind die Vergabestellen auch in diesen Fällen kraft Rechtsstaatsprinzips ohnehin gehalten. Ist es da eine rechtsstaatlich befriedigende Lösung zu sagen, diese Bindung besteht, aber bei Rechtsbruch kann sie nicht eingeklagt werden? Warum diese Scheu vor dem subjektiven Recht? - Ich meine, der Einkaufsstaat könne es in aller Ruhe darauf ankommen lassen, daß solche Klagen nicht in der Zulässigkeits-, sondern in der Begründetheitsstation verloren gehen (nicht weil die Klagebefugnis fehlt. sondern weil die Vergabe rechtmäßig war) - oder daß die Klage eben Erfolg hat! Das kann man ertragen.

Nun noch zu einigen speziellen Fragestellungen zunächst dem Stichwort "berufsregelnde Tendenz" als Eingriffsvoraussetzung bei Art. 12 I GG. Von dieser Erfindung halte ich nicht viel. Für mich kann ein und dieselbe Maßnahme bei einem Adressaten in Art. 12 GG, beim anderen in Art. 2 I GG eingreifen. Wenn der Gesetzgeber ein Gurtpflicht anordnet, dann ist bei mir Art. 2 I betroffen, beim UPS-Fahrer, der seine Pakete ausfährt und alle zwei Meter den Gurt an- und ablegen muß, Art. 12 I GG. Daraus folgt ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab, und weil die gleiche Maßnahme den UPS-Berufsfahrer härter trifft als mich, den Amateur, muß ihm vielleicht aus Zumutbarkeitsgründen eine Ausnahme zugute kommen, die für mich, der ich 10 km am Stück fahre, nicht vorsehen werden muß. Eine grundrechtsspezifische "Tendenz" wird auch bei anderen Grundrechten nicht für die Annahme eines Eingriffs verlangt, maßgeblich ist die schutzbereichsspezifische "Auswirkung." Aber ich weiß, da bin ich in einer Minderheitsposition,

habe wenigstens aber Herrn Breuer ganz auf meiner Seite, soweit ich weiß, und das stärkt mir schon mal sehr den Rücken.

Zu den Bedenken von Herrn Masing und Frau Schmid: Herr Masing hat sicher Recht, wenn er meint, Art. 12 I GG gebe keinen Anspruch darauf, Produkte unanhängig vom Verfahren ihrer Herstellung, auf den Markt bringen zu dürfen. Staatliche Anforderungen sind insoweit jedoch – Beschaffungsmaßnahmen sind Grundrechtseingriffe – erst einmal grundrechtlichen Rechtfertigungserfordernissen unterworfen, die ja aber keine unüberwindbaren Hindernisse aufstellen.

Herr Gallwas, zur Frage nach der Bundes- oder Landeszuständigkeit gem. § 97 IV GWB: Danach können durch Bundes- oder Landesgesetz andere oder weitere Anforderungen als die zuvor normierten Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für die Auswahl der Bieter gestellt werden. Die Frage ist, ob dies eine Generalabsolution auch für den Landesgesetzgeber ist, mit solchen Kriterien selbst Gebiete zu reglementieren, die ansonsten dem Bund vorbehalten sind. Kann ein Land über die Auftragsvergabe im Arbeitsrecht, im Sozialrecht, Umweltrecht, ja in der Außenpolitik gegenüber dem Bund eigenständige Ziele verfolgen? Meiner Meinung nach: nein. Weshalb? Der Bundesgerichtshof hat das in seiner Tariftreueentscheidung sehr knapp abgehandelt, m.E. spricht für dieses Ergebnis aber entscheidend die Entstehungsgeschichte der Norm: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hatte noch vorgesehen, daß nur ein Bundesgesetz Dispens erteilen dürfte von den allgemeinen Eignungskriterien. Als dann der Bundesrat schrie, wir wollen, daß auch die Länder das können und zwar wie bisher auch durch Verwaltungsvorschrift, da hat man sich aufeinander zu bewegt und am Ende gesagt, na gut, dann sollen dies auch die Länder, regeln können, aber eben nur durch Gesetz. Im gesamten Gesetzgebungsverfahren ist dabei jedoch nie eine so weitreichende Konsequenz angesprochen worden, daß der Bund damit den Ländern völlig neu eine Hypergesetzgebungskompetenz einräumen wollte, um durch Maßnahmen auf dem Gebiet des Beschaffungswesens alle übrigen Bundeskompetenzen in Anspruch nehmen und Bundespolitik auf allen Feldern konterkarieren zu können. Das wäre so ähnlich, als wollte man im Kasseler Verpackungsteuerfall sagen, die Kommunen haben die Gesetzgebungskompetenz zur Erhebung örtlicher Verbrauchsteuern aus Art. 105 IIa GG, delegiert von den Ländern, und dürften damit über eine Verpackungssteuer entgegen den Vorgaben des Bundesrechts auch die Abfallproduktion in diesem Bereich beschränken bis zur Erdrosselung. Das wäre mit der Bundestreue nicht zu vereinbaren.

Der Begriff der Erdrosselung erinnert mich noch an Einwendungen von Herrn Böckenförde in einem ganz anderen Punkt, denen ich entgegnen möchte: Ein "Eingriff" in Art. 12 I GG – durch Besteuerung oder Marktteilnahme des Staates – ist m. E. nicht erst anzunehmen, wenn einem Bürger seine Berufstätigkeit unmöglich gemacht, er "erdrosselt" wird (dann liegt schon eine Grundrechtsverletzung nahe). Sondern es reicht aus, daß dem Betroffenen eine Berufstätigkeit spürbar erschwert wird – alles andere ist erst eine Frage der Rechtfertigung der staatlichen Ingerenz. Und die durch den Grundrechtseingriff ausgelöste Konsequenz des Gesetzesvorbehaltes ist im Vergabewesen auch deshalb tragbar, weil die Eingriffsfolgen der Auftragsvergabe – insbesondere bei der Verfolgung von Sekundärzwecken – für den Gesetzgeber ja vorhersehbar, sogar beabsichtigt sind.

Zum Thema Rechtsschutz sind noch einige Fragen offengeblieben. Herr Breuer wirft die Grundfrage auf, ob Vergaberecht überhaupt öffentliches Recht ist. Da kann man ganz unterschiedliche Ansätze wählen, und unsere europäischen Nachbarn, Herr Holoubek hat davon berichtet, haben uns das vorgemacht. Die Franzosen ordnen das ganze Beschaffungswesen öffentlichrechtlich ein, andere zivilrechtlich (und zwar jeweils nicht nur den Vertrag über den Leistungsaustausch, sondern auch das Verfahren zum Abschluß dieser Verträge). Daß in Deutschland das GWB die Vergaberechtsstreitigkeiten den Oberlandesgerichten zuweist, weist hier keine Richtung, denn es gibt viele öffentlichrechtliche Materien, über die - traditionell oder weil es praktisch ist - die Zivilgerichte entscheiden. Auch daß über den Schwellenwerten materiell das GWB einschlägig ist, Hilft nicht weiter, denn es gibt viele zivilrechtliche Gesetze, die auch öffentlichrechtliche Normen enthalten. gerade ja auch das GWB mit seinen Regelungen über die Kartellbehörden, die Mißbrauchsaufsicht usw. Im übrigen kann man für die Einordnung der Vergaberegeln sicher unterschiedlicher Auffassung sein. Ich meine, folgendes sei konsequent: Zum öffentlichen Recht gehören jedenfalls die Regelungen über das Verfahren bis zum Zuschlag - zumindest für die rein staatlichen Auftraggeber (wobei ich unter staatlichen Vergabestellen auch die privatrechtlich organisierten in ausschließlich staatlicher Trägerschaft meine), denn hier geht es um staatliches Sonderrecht. Lediglich für private Sektorenauftraggeber liegt das möglicherweise anders, soweit sie nicht als Beliehene zu qualifizieren sind. An der unerfreulichen Rechtsfolge des gespaltenen Rechtswegs bin nicht ich schuld, sondern der Gesetzgeber, der die - öffentlichrechtlichen - Streitigkeiten oberhalb der Schwellenwerte den Oberlandesgerichten zugewiesen hat. (Der Grund dafür liegt übrigens darin, daß sie erfahrungsgemäß oft schneller entscheiden als die Zivilgerichte; das kennen wir etwa aus dem Baunachbarrecht. Und im Kartellrecht haben die OLG-Senate schon immer rasche Entscheidungen geliefert, so daß man ihnen auch jetzt das Vergaberecht - unter Abstützung durch ein paar Beschleunigungs- und Fristvorschriften - zugewiesen hat). - Die zweite Frage im Bereich des Rechtsschutzes ist sodann die nach der Klagebefugnis, die nach meiner Auffassung jedenfalls aus Art. 3 I GG. aber zusätzlich auch aus Art. 12 I GG oder anderen Freiheitsrechten abzuleiten ist. In Anknüpfung an die gestrigen Thesen von Frau Lübbe-Wolff möchte ich noch hinzusetzen: Bereichsspezifisch für das Vergabewesen sollte man in der Tat über die Möglichkeit einer Verbandsklage nachdenken. Denn unterlegene Bieter vergraulen sich durch einen Prozeß den potentiellen Kunden ihres nächsten Geschäfts. Hier könnte man einer Rechtsschutzlücke dadurch abhelfen, daß etwa den Handwerks- und Industrie- und Handelskammern eine Klagemöglichkeit eingeräumt wird, die sie u.U. auf einen diskreten Hinweis benachteiligter Wettbewerber wahrnehmen können. - Schließlich noch ein kurzes Wort zur Frage, ob der Vergaberechtsschutz nach dem GWB wirklich schnell und wirksam genug ist, Herr Zuleeg: In der Tat, nach Zuschlagserteilung ist jedenfalls Primärrechtsschutz nicht mehr zu erreichen. dann bleibt in der Regel nur noch ein magerer Schadensersatzanspruch. Wenn man aber mit dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Euro-Münzplättchen II - wo auch die Grundrechtsbindung der öffentlichen Auftragvergabe so schön festgehalten ist) aus Art. 19 IV GG folgert, daß - ähnlich wie im Beamtenrecht - der übergangene Bieter vor Zuschlagserteilung über die Entscheidung und ihre Gründe zu informieren ist, dann hat der Betroffene Zeit und Gelegenheit genug, jedenfalls einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. In der neuen Vergabeverordnung ist eine solche Vorabinformation, 14 Tage vor Zuschlag, ausdrücklich geregelt, und auch die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung (nämlich Nichtigkeit des Zuschlags nach § 134 BGB). Das scheint mir effektiv genug zu sein, hat freilich den Schönheitsfehler, daß die Vergabeverordnung ja erst ab den Schwellenwerten Anwendung findet. Diese Regelung ist m.E. ja aber auch schon unmittelbar Ausfluß des Gebotes effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG, gilt also der Sache nach auch unter den Schwellenwerten.

Meine Zeit ist um, ich schließe.

Vorsitzender: Schönen Dank auch Ihnen, Herr Puhl, und als letzter hat Herr Löwer das Wort.

Löwer: Herr Vorsitzender, vielen Dank. Da ich ja schon Gelegenheit hatte, zu erwidern, werde ich mich wesentlich kürzer fassen. Ich schulde allerdings einigen gezielten Fragen noch eine Antwort und eine Schlußbemerkung. Herr Ehlers. Sie hatten noch gefragt ganz gezielt, ob

658

meine These III 2 b nicht zu weit ginge. Die Befürchtung hatte ich beim Nachdenken natürlich auch. Was ich sagen will, ist, daß die gesamtstaatliche Entscheidung für irgendetwas die gesamtstaatliche Entscheidung, für etwas keine Vorsorge mehr zu treffen, sich nicht daran orientiert, daß Gemeinden trotzdem gerne eine solche Vorsorge treffen würden, weil die Frage der Grenzlinie, was tut der Staat, was tut er nicht, doch wohl in der Entscheidungsbefugnis des Gesamtstaates steht. Sie hatten weiter wegen dieser mittelbaren Grundrechtseingriffe durch Interventionen gewisse Bedenken. Auch Herr Koch, meine ich, hat sie schon sehr überzeugend angesprochen. Herr Puhl hat ähnliches gesagt, wir haben uns auch sonst daran gewöhnt, relativ wenig deutlich konturierte Eingriffe trotzdem als solche zu behandeln und ich meine auch, dies sei in der Tat nicht schlimm. Das einzige, was ich voraussetzen muß, ist, daß der Kläger am Markt befindlicher Konkurrent ist, will man nicht einfachrechtlich sowas wie eine Verbandsklage zulassen. Was öffentlicher Zweck und Unmittelbarkeit betrifft, glaube ich auch mit Ihnen, daß die Sasbach-Entscheidung völlig überinterpretiert wird. Es geht dort um eine Beschreibung des kommunalwirtschaftlichen Funktionszusammenhangs und nicht um eine Aussage des Gerichts zu dem, was sein soll oder kraft Verfassungsrechts ist. Herr Badura hatte die Gegenüberstellung von Freiheit und Kompetenz zu abstrakt gefunden. Sie mag abstrakt sein, viel schlimmer ist, sie ist substantiell und weil sie substantiell ist, kann ich über sie auch nicht mit einer Erwägung, das verschleife sich ja alles, das fließe, hinweggehen. Wenn es substantiell ist, dann mag es schwierig sein, Grenzen zu ziehen, aber im Substantiellen sind wir nicht frei. Im übrigen wäre Herrn Badura entgegenzuhalten, wir haben den neuen Bundesländern kraft Anordnung in Art. 1 des Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunionsvertrags den Vorrang der Privatwirtschaftlichkeit, einschließlich der Leitsätze A II.1, wo die soziale Marktwirtschaft sogar noch definiert war, normativ vorgegeben. Herr Tettinger, Herr Wieland und Herr Hellermann haben neben den substantiellen Einwänden auch Bedenken aus § 1 UWG geltend gemacht. Ja das ist schwierig mit § 1 UWG; aber warum sollen wir unser Problem anders behandeln als die Marktteilnahme des Steuerberaters ohne Zulassung. Der ist auch nach § 1 UWG wegen Vorsprung durch Rechtsbruch zu verurteilen. Dann gilt dieser Gedanke jedenfalls konsistent auch für die illegitime Marktteilnahme der öffentlichen Hand. Also der Konsistenz des Modells läßt sich nicht widersprechen. Daß das Ergebnis uns unliebsam ist, liegt auf der Hand, müssen wir uns doch von den Zivilrichtern sagen lassen, wo die vernünftigen Grenzen für die Marktteilnahme der öffentlichen Hand liegen. Aber das liegt wiederum daran, daß wir uns bislang der Problemstellung verweigern,

soweit die Verwaltungsgerichte betroffen sind. Daß meine These III 2 c problematisch ist, weiß ich, aber ich kann mit den Beteiligungen noch viel schlechter umgehen, als mit den 100 % Töchtern, und deshalb sage ich, bei der Beteiligung kann ich nur tun, was ich in der Beteiligung tun muß, also die öffentlichen Bindungen, so gut es geht, verwirklichen. Wenn ich aber nichts durchsetzen kann, muß ich diese Beteiligung aufgeben. Sie hatten dann noch zu Recht auf meine problematische Formulierung Benennbarkeit, Erkennbarkeit des öffentlichen Zwecks. Rechtswidrigkeit gar wegen Nichtbenennung verwiesen. Ich meine mit Benennung, daß es einen vernünftigen öffentlichen Zweck geben muß und daß dieser normativ verankert sein muß. Herr Hermes, über die Frage Klugheitsregel oder Verfassungsgebot läßt sich natürlich trefflich streiten. Herr Gersdorf ist in seiner Habilitationsschrift aus noch ganz anderer Sicht zu einem verwandten Ergebnis wie ich gekommen: was nicht vernünftig steuerbar ist, darf ich gar nicht tun. Das liegt auch so etwas auf der Linie von Herrn Siekmann.

Damit komme ich zu meiner letzten Bemerkung und zwar zu einem nicht geleisteten Diskussionsbeitrag, der aber hätte gehalten werden können und nur vielleicht nicht gehalten worden ist, weil er längst schriftlich vorliegt. Herr Engel hätte uns darlegen können, daß nach dem gesamten deutschen finanzwissenschaftlichen Sachverstand, von der Monopolkommission über den Kronberger Kreis, über die Sachverständigenräte bei Finanz- und Wirtschaftsminister, über die Gutachten, die der Bund der Steuerzahler eingeholt hat, die Option für die Eigenwirtschaft ökonomischer Unsinn ist, daß es ökonomisch nachteilig ist, so zu verfahren. Aber an der Stelle meine ich, bleibt der Unterschied von Verfassungsrecht und Volkswirtschaftslehre erhalten. Ob das alles stimmt, was die Burschen uns an Optionen auftischen, daß es also wirklich diesen Vorrang der privatwirtschaftlichen Erledigung, der regulierten privatwirtschaftlichen Erledigung, vor staatlicher, eigenwirtschaftlicher Erledigung gibt, ist ungewiß. Daß dieser Vorrang rechtlich begründet sein soll, dem habe ich mich widersetzt. Aber dafür meine ich, müßten wir vom Staat fordern können, daß er für das, was er dann in dieser problematischen Zone tut, erstens eine Zweckrechtfertigung gibt, daß zweitens ordentlich kontrolliert wird, ob diese Zweckrechtfertigung auch eingehalten wird und daß er sich drittens ständig aufgabenkritisch verhält und darüber nachdenkt, ob es noch vernünftig ist, sich in dieser Grenzzone so zu verhalten, wie er sich verhält. Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren, mir bleibt zum Schluß nur ein Wort des Dankes. Des Dankes an Sie, die Sie ausgehalten haben bis zu dieser vorgerückten Stunde. Ein Wort des Dankes insbesondere an die drei Referenten, die auch während der letzten Runde eine solche Disziplin gezeigt, uns gleichwohl in hohem Maße bereichert haben. Schönen Dank also an alle. Ich darf den Vorsitz jetzt wieder an unseren verehrten Vorsitzenden, Herrn Kollegen *Frowein*, übergeben.

Vorsitzender (Frowein): Meine sehr verehrten Damen und Herren, es entspricht einer alten Tradition der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, daß am Freitag nachmittag die Besetzung des Auditoriums ein wenig kleiner ist als sonst und es soll sogar gelegentlich so gewesen sein, daß dadurch Diskussionen ein bißchen langweilig geworden sind. Wir sollten überall weitererzählen, wie gegenteilig die heutige Erfahrung war und wie deutlich nicht nur Diskussion, sondern ganz besonders auch Schlußworte der Referenten trotz einer etwas geringeren Beteiligung, die aber doch noch recht gut ist, äußerst anregend waren. Auch mir bleibt zu danken einer Referentin und acht Referenten während dieser drei Tage, auch Diskussionsrednern und ich möchte ganz ausdrücklich sagen, daß die gnädige Aufnahme einer deutlich schärferen Praxis des Vorstandes bei der Führung der Diskussion, wie mir scheint und wie ich hoffe, Ihnen allen scheint, ein wirklich guter Neuanfang für die Vereinigung ist. Dieser Vorstand ist entschlossen, das in Würzburg genauso zu tun und er hofft ganz außerordentlich, daß das zur Praxis der Vereinigung werden möge.

Dann geht aber der größte Dank an Herrn Oldiges und sein Team, für das was hier in Leipzig geleistet worden ist. Ich glaube, das größte Lob, das man in diesem Zusammenhang formulieren kann, ist, daß ja niemand eigentlich etwas gemerkt hat von Organisation. Das lief alles so geräuschlos und so entspannt, daß man nur sagen kann: es war eine von der Organisation her ganz großartig vorbereitete Tagung. Ich bitte Herrn Oldiges, diesen Dank an alle Mitarbeiter, die sichtbaren und die unsichtbaren, sehr herzlich weiterzugeben.

Ein letztes Mal kann ich mir nicht verkneifen, aus der Tagung der Vereinigung vor 75 Jahren hier in Leipzig zu zitieren, wo, wie ich Ihnen vorgestern schon sagte, im zweiten Themenkreis über die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts diskutiert wurde und die Entwicklung der Kommunalisierung privater Betriebe nach dem Ersten Weltkrieg von Fritz Stier-Somlo und Hans Helfritz erörtert worden ist. Ich zitiere Stier-Somlo mit einer kurzen Passage: "Das letzte betrifft die Kommunalisierung, d.h. die aufgrund gesetzlicher Ermächtigung erfolgende Überführung privatwirtschaftlicher gewerblicher Unternehmen in die Gemeindewirtschaft. Hierzu und zu ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, d.h. zur Untersagung der Errichtung oder Fortführung privatwirtschaftlicher Unternehmungen zum Zwecke des ausschließ-

lichen Betriebes eines Wirtschaftszweiges durch die Stadt werden die Städte als befugt erachtet und es wird nur bestimmt, sie müssen den Betrieb so führen, daß das öffentliche Bedürfnis befriedigt wird. Ich halte die Kommunalisierung für rechtlich zulässig, soweit sie lokale Selbstverwaltungsangelegenheit bleibt. Dagegen die Vorschrift über ausschließliche Gewerbeberechtigungen für ungültig, weil sie sowohl §§ 1, 7 der Gewerbeordnung als auch Art. 151 ff. der RVerf. widerspricht."

Ich wollte ihn deutlich machen, daß hier in Leipzig über die heute erörterten Probleme, freilich in einem ganz anderen historischen Zusammenhang und natürlich aufgrund einer ganz anderen Sacherfahrung, unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg intensiv gesprochen worden ist. Ich danke Ihnen allen noch einmal sehr herzlich.

Doehring: Meine Damen und Herren, darf ich noch einen kleinen Moment als Alterspräsident in Erscheinung treten. Ich möchte dem Vorstand danken, wie er diese Tagung gestaltet hat. Herrn Oldiges wurde schon gebührend gedankt. Der Vorstand hat sich sehr bewährt. Die Wiederwahl war also gerechtfertigt, wie ich es schon vorausgesagt habe. Man kann ja erst hinterher wissen, was uns erwartet. Also haben wir noch viel Gutes vom Vorstand zu erwarten, und ich freue mich darauf. Der wissenschaftliche Ertrag der Tagung war ausgezeichnet, und ich würde sagen, es war wie ein gutes Menü, ein Leipziger Allerlei, das man gut genießen konnte. Sehr schön, daß die Frage des Nationalsozialismus so aufschlußreich über die Bühne gegangen ist. Es haben sich keine Neonazis hier gemeldet, und wenn solche da gewesen sein sollten. hätte ich gemeint, sie sollten das Gesicht zeigen, damit wir unsere Zivilcourage dann richtig bemerkbar machen können. Aber das war nicht nötig, und so ist alles in großer Zufriedenheit und mit Gemütlichkeit zu Ende gegangen. Ich denke, ich spreche in unser aller Namen, wenn ich nochmals dem Vorstand unseren Dank ausspreche.