

**Öffentliches Wirtschaftsrecht / Wirtschaftsverwaltungsrecht für Studierende der  
Wirtschaftswissenschaften**

**Vorlesungsbegleitendes Skript  
Sommersemester 2019**

**Gliederungsübersicht**

- § 1 Einführung und geschichtliche Entwicklung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts
- § 2 Europäische Wirtschaftsverfassung
- § 3 Nationale Wirtschaftsverfassung
- § 4 Organisation und Instrumente der Wirtschaftsverwaltung
- § 5 Öffentliches Wirtschaftsrecht
- § 6 Gewerberecht
- § 7 Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht (insbes. Handwerksrecht)

**Gesetzestexte:**

- Öffentliches Wirtschaftsrecht, z.B. Stober (Hrsg.), Wichtige Gesetze für Wirtschaftsverwaltung und die Öffentliche Wirtschaft, aktuelle Auflage

**Literaturempfehlung:**

- *Utz Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2014
- *Norbert Achterberg / Günter Püttner / Thomas Würtenberger (Hrsg.)*, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, 2. Aufl. 2000, Kapitel 1

**§ 1 Einführung und geschichtliche Entwicklung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts**

- A. Systematik des Wirtschaftsrechts
- I. Wirtschaftsrecht
  - Summe der Rechtsregeln, die für das Wirtschaften bedeutend sind
- 1. Privates Wirtschaftsrecht
  - Beachtung der Rechtsregeln ist den Marktteilnehmern selbst überlassen
- 2. Öffentliches Wirtschaftsrecht
  - alle Rechtssätze, die das Wirtschaften regulieren und die dem Staat oder anderen Trägern hoheitlicher Gewalt zugeordnet sind
- 3. Wirtschaftsstrafrecht
  - Ahndung von Verstößen gegen wirtschaftsrechtliche Normen mit Hilfe von Strafsanktionen
- II. Wirtschaftsverfassungsrecht
  - formelle und materielle Betrachtung möglich
  - formaler Begriff: Summe der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die wirtschaftlichen Aussagegehalt haben und so die Ordnung der Wirtschaft determinieren

### III. Wirtschaftsverwaltungsrecht

- Summe der einfachgesetzlichen Rechtsnormen, die staatliche Einheiten zur Einwirkung auf die Wirtschaft berechtigen, verpflichten oder organisieren
- Einteilung in Allgemeinen und Besonderen Teil möglich

### IV. Öffentliches Wettbewerbsrecht

- verhaltensrechtliche Grenzen wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 1 – 8.*

## B. Geschichtliche Entwicklung

### I. Bedeutung

- Aufschluß über entwicklungsgeschichtliche Tendenzen
- eng verbunden mit der Entwicklung ökonomischer Theorien und dem jeweiligen Staatsverständnis

### II. Antike

- interventionistische Maßnahmen zur Sicherung der Grundversorgung
- schon zahlreiche Ansätze zu einer staatlichen Wirtschaftslenkung

### III. Franken

- Übernahme der spätrömischen Wirtschaftsverfassung
- Ausbau des Marktwesens

### IV. Hoch- und Spätmittelalter

- Entwicklung der Geldwirtschaft
- Verbot der Zinsleihe
- frühe Erscheinungsformen einer räumlich orientierten Wirtschaftsverwaltung
- Ansätze zur Wirtschaftsförderung
- Entwicklung des Zunftwesens

### V. Neuzeit

- Merkantilismus
- Kameralismus

### VI. Liberalismus

- "klassische Nationalökonomie"
- praktische Umsetzung der Konzepte in Deutschland

### VII. Interventionismus

- Konzept der gesamtwirtschaftlichen Steuerung

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 8 – 16.*

## § 2 Europäische Wirtschaftsverfassung

### I. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftssysteme

- Wirtschaftssystem: eine in sich geschlossene Konzeption gesamtwirtschaftlicher Lenkung; Gegenstand der Volkswirtschaftslehre und -politik
- Wirtschaftsverfassung: Summe der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die wirtschaftlichen Aussagegehalt haben und so die Ordnung der Wirtschaft determinieren

## II. Begriff und Gestalt der Wirtschaftsverfassung

- hier: formaler Begriff der Wirtschaftsverfassung
- BVerfG: "wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes"
- Einfluß der Wiedervereinigung: Art. 1 Abs. 3 des Staatsvertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik
- Supranationale Einbindung Deutschlands: Art. 4 Abs. 1 EGV

*Beispielsfall:* Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 erweitert die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Vergleich zum BetrVG von 1952, indem nach § 7 der Aufsichtsrat paritätisch von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern besetzt wird und der Aufsichtsratsvorsitzende mit Zweidrittelmehrheit (und damit von "beiden Seiten") gewählt werden muß. Die klagenden Arbeitgeber tragen vor, diese Regelung verstoße gegen die als Wirtschaftsverfassung im Grundgesetz verankerte soziale Marktwirtschaft.

S. BVerfGE 50, 290 (336 ff.).

*Zur Einarbeitung und Wiederholung:* Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 16 – 21.

## III. Vorgaben des Primären Gemeinschaftsrechts

- Einfluß des Gemeinschaftsrechts

### 1. Allgemeines

- EUV und AEUV als "Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft"
- Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 119 Abs. 1 AEUV)

### 2. Gemeinsamer Markt / Binnenmarkt

- im Zentrum: die Grundfreiheiten, Art. 28 ff. AEUV

*Zur Einarbeitung und Wiederholung:* Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 21 – 25.

### 3. Grundfreiheiten

- Art. 28 ff. AEUV
- objektives Recht, das den Mitgliedstaaten gegenüber der EG und untereinander bestimmte Maßnahmen untersagt
- gewähren den Unionsbürgern auch subjektive Rechte, sind aber keine EU-Grundrechte
- unmittelbare Drittwirkung anerkannt

*Beispielsfall:*

- 1) Die Unternehmensgruppe R beantragte bei der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein die Genehmigung für die Einfuhr des französischen Likörs "Cassis de Dijon". Dieses Getränk mit einem Alkoholgehalt von maximal 20% ist in Frankreich frei erhältlich. Gemäß § 100 Abs. 3 Branntweinmonopolgesetz dürfen jedoch Branntweine nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie einen Mindestweingeistgehalt von 32% haben. Die Bundesmonopolverwaltung lehnte daraufhin den Antrag ab.
- 2) Nach dem deutschen Reinheitsgebot dürfen außer Malz, Hopfen, Hefe und Wasser keine weiteren Zusatzstoffe zur Herstellung von Bier verwendet werden. Getränke aus anderen Mitgliedstaaten, die nicht nach diesem Reinheitsgebot gebraut werden, durften nach § 10 BStG nicht unter der Bezeichnung "Bier" vertrieben werden.

*Zur Einarbeitung und Wiederholung:* Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 24 – 57.

#### 4. EU-Grundrechte

- zunächst kein geschriebener Grundrechtskatalog, sondern vom EuGH richterrechtlich entwickelt
- Fixierung der Quellen in Art. 6 Abs. 3 EUV
- 7.12.2000: feierliche Proklamation der Charta der Grundrechte der EU
- Charta ist seit dem Vertrag von Lissabon den Verträgen rechtlich gleichrangig, Art. 6 Abs. 1 EUV.

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 66 – 75.*

*Beispielsfall:* EuGH, Rs. 44/79, U. v. 13.12.1979, Slg. 1979, 3727 ff. ("Hauer")

Die Verordnung 1162/76 über Maßnahmen zur Anpassung des Weinbaupotentials an die Marktbedürfnisse untersagte für einen längeren Zeitraum die Neuanpflanzung von Weinreben. Die deutsche Winzerin Liselotte Hauer aus Bad Dürkheim wurde dementsprechend eine beantragte Genehmigung zur Anpflanzung von Weinreben auf ihrem Grundstück verweigert. Unter Berufung auf eine Grundrechtsverletzung erhob sie Verpflichtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht. Dieses hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der VO 1162/76 mit Grundrechten und legte dem EuGH Fragen zur Reichweite und Anwendbarkeit der Verordnung vor.

#### 5. EU-Wettbewerbsregeln

##### a) Vorschriften für Unternehmen, Art. 101 ff. AEUV

- Durch Beseitigung der staatlichen Handelshemmnisse im AEUV werden den privaten Unternehmen zusätzliche Handlungsmöglichkeiten eröffnet, die über Art. 101 ff. AEUV zusätzlich abgesichert werden.
- Zweck: Schutz gegen neuerliche staatliche Beschränkungen
- Art. 101 Abs. 1 AEUV: Kartellverbot (vgl. § 1 GWB)
- Art. 102 Abs. 1 AEUV: Mißbrauchsverbot (vgl. § 19 GWB)
- funktionaler Unternehmensbegriff: jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art ihrer Finanzierung
- Art. 101 AEUV untersagt auch den Mitgliedstaaten alle Maßnahmen (auch z.B. Gesetze und Verordnungen), die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.
- Erstreckung der Wettbewerbsregeln auch auf öffentliche Unternehmen, Art. 106 AEUV
- Def. "öffentliches Unternehmen" i.S.d. Transparenzrichtlinie: jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann

*Beispielsfall:* Kraft gesetzlicher Regelung war der Bundesanstalt für Arbeit das Monopol der Vermittlung von Führungskräften vorbehalten.

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 75 – 85.*

##### b) Staatliche Beihilfen, Art. 107 ff. AEUV

- Art. 107 Abs. 1 AEUV: grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen
- Einschnitt in die selbständige Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten
- Ziel der Regelungen: Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen

## aa) Voraussetzungen

- Beihilfegriff ist weit zu verstehen: alle Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat
- staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen
- Adressaten: nur bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige
- Verfälschung des Wettbewerbs
- Eignung zur Beeinträchtigung des Handels

## bb) Ausnahmetatbestände

- Art. 107 Abs. 2 AEUV: unwiderlegliche Regelvermutungen
- Art. 107 Abs. 3 AEUV: Ermessensentscheidung der Kommission

## cc) Beihilfenkontrollverfahren

- Notifizierungspflicht, Art. 108 Abs. 3 AEUV
- Kontrolle bestehender und neuer Beihilfen
- Sekundärrechtliche Grundlage nunmehr vorhanden in Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates (Beihilfenkontrollverfahren-Verordnung, abgedruckt bei *Schliesky*, Textsammlung Öffentliches Wirtschaftsrecht, Gl.-Nr. 13).

## dd) Rückforderung von Beihilfen

- Problematik des Ineinandergreifens von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsrecht
- Modifizierung des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts durch die Wertungen des Gemeinschaftsrechts

## ee) Weitere Rechtsfolgen

- Nichtigkeit von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen (Subventions-)Verträgen

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 85 – 97.*

*Beispielfall:* Rücknahme einer gemeinschaftsrechtswidrigen Subventionsbewilligung

Die mittelständische K-GmbH, die ihren Firmensitz in Rendsburg hat, produziert und vertreibt synthetische Teppichgarne. Im Frühjahr 1992 beantragte sie bei dem Bundesministerium für Wirtschaft eine Bescheinigung nach § 2 InvZulG, um in den Genuß einer Wirtschaftsbeihilfe für Investitionsvorhaben zu kommen, das im wesentlichen der Produktionsverbesserung von Polypropylengarnen dienen sollte. Auf Grundlage dieser Bescheinigungen wurde der K-GmbH im Februar 1993 durch Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft eine Subvention bewilligt, die diese sofort in neue Maschinen investierte. Da die Bundesrepublik Deutschland die Europäische Kommission von diesen Maßnahmen nicht unterrichtet hatte, leitete diese ein Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 Satz 1 EGV ein. Sie erließ zum Abschluß des Verfahrens im Juli 1995 eine an die Bundesrepublik gerichtete Entscheidung, in der sie feststellte, daß die gewährte Beihilfe wegen Verstoßes gegen Art. 87, 88 EGV rechtswidrig und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei; sie müsse daher vom Beihilfeempfänger zurückgezahlt werden. Gegen diese Entscheidung erhob die K-GmbH Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 Abs. 4 EGV, die vom Gericht erster Instanz und schließlich vom Europäischen Gerichtshof im August 1997 abgewiesen wurde. Nachdem das Bundesministerium für Wirtschaft wiederholt die Kommission auf entgegenstehendes deutsches Recht hingewiesen hatte, nahm es schließlich im Oktober 1998 mit Bescheid die erteilten Bescheinigungen zurück und verlangte von der K-GmbH Rückzahlung.

Diese Entscheidung möchte die K-GmbH nun angreifen und erhebt Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht. Sie macht dabei geltend, daß sie auf die Rechtmäßigkeit der Subventionen vertraut habe

und ihr der Konkurs drohe, wenn sie die Gelder nun zurückzahlen müsse. Als mittelständisches Unternehmen, das über keine eigene Rechtsabteilung verfüge, wäre sie nie auf den Gedanken gekommen, daß die vom Bundesministerium für Wirtschaft gewährten Subventionen etwas mit dem Beihilferecht der EG zu tun haben könnten. In jedem Fall aber sei die ganze Angelegenheit schon lange verfristet. Schließlich verstoße die Rückforderung der Subvention gegen verfassungsrechtliche Grundsätze.

Überprüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage; dabei ist davon auszugehen, daß die Vorschriften des InvZulG beachtet wurden.

#### 6. Währungsunion

- Grundlage: Art. 101 ff. EGV
- aktueller Stand: Dritte Stufe
- Vollendung durch Einführung des Euro als Zahlungsmittel
- maßgebend für Teilnahme: Konvergenzkriterien
- verfassungsrechtliche Grundlage: Art. 23, 88 S. 2 GG

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 57 – 65.*

BVerfG, B. v. 31.3.1998, E 97, 350 ff. (Teilnahme Deutschlands an der Währungsunion)

### § 3 Nationale Wirtschaftsverfassung

#### 1. Grundrechte

##### a) Art. 12 GG

- „Zentralnorm des Berufsverfassungsrechts“; einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit
- Wettbewerbsfreiheit vom Schutzbereich umfaßt
- Besonderheit bei der Rechtfertigung von Eingriffen: Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit durch „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG

##### b) Art. 14 GG

- wesentliche Grundentscheidung für Wirtschaftsverfassung: Privateigentum an Produktionsmitteln
- nicht geschützt: Vermögen als solches
- Problemfälle: Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb; Eigentumsschutz von Subventionen
- Systematik der möglichen Eingriffe: Enteignungen (Art. 14 III GG), Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 I 2 GG) oder sonstige Eigentumsbeeinträchtigungen
- aktuell: Eigentumsgarantie und privatnützige Großvorhaben mit mittelbarem Allgemeinwohlbezug, s. BVerfG, NVwZ 2003, 197 ff.

##### c) Weitere Grundrechte

- Art. 9 GG: Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit
- Art. 2 I GG: „allgemeine Wirtschaftsfreiheit“

#### 2. Art. 15 GG

#### 3. Rechtsstaatsprinzip

#### 4. Sozialstaatsprinzip

#### 5. „Umweltschutzprinzip“, Art. 20a GG

6. Subsidiaritätsprinzip
7. Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht, Art. 109 Abs. 2 GG
8. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit
9. Art. 70 ff. GG
10. Art. 30, 83 ff. GG
11. Art. 88 GG
12. Art. 28 Abs. 2 GG
13. Art. 130 ff. GG

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 97 – 131.*

## **§ 4 Organisation und Instrumente der Wirtschaftsverwaltung**

### **A. Organisation**

#### **I. Staatliche Träger der Wirtschaftsverwaltung**

##### **1. Legislative**

- rechtliche Vorgaben für die Wirtschaftssubjekte und den Vollzug durch die Träger der Wirtschaftsverwaltung
- nur begrenzter Spielraum für die Länder angesichts weitreichender Gesetzgebungskompetenzen des Bundes in den Art. 70 ff. GG und eines sehr extensiven Gebrauchs von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

##### **2. Exekutive**

###### **a) Bundesregierung**

- Festlegung der Leitlinien der Wirtschaftspolitik; im "Zentrum der Wirtschaftspolitik" über das Initiativrecht zur Gesetzgebung (Art. 76 Abs. 1 GG)

###### **b) Bundeseigene Verwaltung, Art. 86 ff. GG**

###### **c) Landesverwaltung**

###### **d) Unmittelbare Verwaltung der EG / EU**

###### **e) Öffentliche Unternehmen**

##### **3. Rechtsprechung**

##### **4. Beratungsgremien**

#### **II. Selbstverwaltung der Wirtschaft**

##### **1. Kammern**

- funktionale Selbstverwaltung
- Errichtung als Körperschaft des Öffentlichen Rechts (Personalkörperschaft); der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen
- Zweck: Auslagerung von Verwaltungsaufgaben
- anhand der öffentlich-rechtlichen Organisationsform und der öffentlich-rechtlichen Aufgabenzuweisung von Wirtschaftsverbänden abzugrenzen
- kennzeichnend: Zwangsmitgliedschaft
- vielfältige Aufgaben, die u.U. im Rahmen einer Interessenabwägung im Einzelfall zum Ausgleich zu bringen sind

- Mitglieder haben Rechtsanspruch auf Einhaltung des Aufgabenkreises aus Art. 2 Abs. 1 GG

*Beispielfall: Pflichtzugehörigkeit zur IHK*

Die Klägerin, eine GmbH, betätigt sich als Versicherungsmaklerin. Mit Beitragsbescheid vom 16.2.1996 wurde sie zu einem Kammerbeitrag für das Jahr 1993 von 250,- DM und für das Jahr 1996 vorläufig zu einem Beitrag von 400,- DM veranlagt. Mit Bescheid vom 6.2.1997 veranlagte die IHK die Klägerin zu Beiträgen für 1994 und 1995 in Höhe von 400 DM bzw. 430, 10 DM und vorläufig für 1997 zu einem Beitrag von 430, 10 DM. Nach erfolglosem Widerspruch erhob die Klägerin Klage gegen die Bescheide und führte aus, die Zwangsmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer sei verfassungswidrig. Sie habe keinen Nutzen von der Mitgliedschaft, außerdem fehle es ihr an der erforderlichen Leistungsfähigkeit angesichts ihrer Verluste.

*Beispielfall: Organisation von Gemeinschaftsständen auf internationalen Messen durch IHK*

Eine IHK organisierte Gemeinschaftsstände auf internationalen Messen (insbesondere in Osteuropa). Ein Mitglied dieser IHK, das diesen Service ebenfalls anbietet, verklagte die IHK auf Unterlassung.

2. Innungen

- Handwerksinnungen: Nachfahren der mittelalterlichen Gilden, Zünfte, Innungen usw.
- Körperschaften des Öffentlichen Rechts, § 53 Satz 1 HandwO

3. Verbände

- Zusammenschlüsse von Unternehmen in privatrechtlichen Formen zwecks gemeinsamer Interessenverfolgung
- keine Träger von Wirtschaftsverwaltungsaufgaben

III. Einschaltung Privater

1. Beliehene

- Übertragung von hoheitlichen Befugnissen auf natürliche oder juristische Personen des Privatrechts durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes
- Ausübung funktioneller Verwaltungstätigkeit im Rahmen der mittelbaren Staatsverwaltung

2. Verwaltungshelfer

- unselbständige Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Verwaltungsaufgaben im Auftrag und nach Weisung der Behörde
- kann nicht selbständig öffentlich-rechtliche Hoheitsbefugnisse ausüben

3. Indienstnahme

- Einbeziehung in die staatliche Aufgabenerfüllung durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes
- aber: keine Ausübung hoheitlicher Funktionen

4. Beauftragte

- innerbetriebliche Wahrnehmung bestimmter staatlicher Interessen oder Überwachungsaufgaben
- keine Ausübung hoheitlicher Funktionen; rein privatrechtliche Stellung

5. Mischformen

- gemischtwirtschaftliche Unternehmen



- aktueller Sammelbegriff: public private partnership

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 149 – 169.*

### **B. Instrumentarium des Wirtschaftsverwaltungsrechts**

- I. Rechtsförmliche Handlungsmittel
  1. (Wirtschafts-)Verwaltungsakte
  2. Zusicherungen und Zusagen
  3. Verträge
  - 4.
- II. Informales Handlungsinstrumentarium
  1. Warnungen
  2. Empfehlungen
  3. Selbstverpflichtungen
  4. Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 168 – 174.*

## **§ 5 Öffentliches Wettbewerbsrecht**

### **A. Einführung**

- veränderte Sichtweise
- maßgebend: Betroffenenperspektive
- gemeinsame Kategorie zur Erfassung staatlicher Wirtschaftsbeeinflussung
- Def.: all diejenigen Verhaltensweisen, die eine Ingerenz des Staates selbst, eines unterstaatlichen Verwaltungsträgers oder eines sonstigen Trägers hoheitlicher Gewalt darstellen, was an der möglichen Rechtsbetroffenheit abzulesen ist

### **B. System des Öffentlichen Wettbewerbsrechts**

- I. Bestandsaufnahme
  - unterschiedliche Rechtswege
  - unterschiedliche inhaltliche Maßstäbe
  - dogmatische Unklarheiten, z.B.: Anwendbarkeit der Grundrechte?
  - ergebnisorientiertes Vorgehen der Kläger und der Gerichte
- II. Zweck
  - verlässliche Grenzziehung für wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit
  - hinreichender Rechtsschutz der privaten Wirtschaftsteilnehmer bei gleichzeitiger Sicherstellung der Erfüllung legitimer staatlicher Aufgaben
- III. Befugnisse zu wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit
  - einfachgesetzliche Vorschriften, z.B. § 101 ff. GO SH, § 8 ProdSG, § 69 I 3, IV ArzneimittelG
  - punktuelle Aussagen des Grundgesetzes
- IV. Grenzen wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit

1. Grundrechte
  - vor allem: Wettbewerbsfreiheit, Art. 12 I 1 GG
  - Voraussetzungen: Berücksichtigung der Ergebnisse der neueren Grundrechtsdogmatik
2. § 1 UWG
  - Anwendbarkeit
  - Tatbestandsvoraussetzungen
  - Sittenwidrigkeit als wettbewerbsspezifische Form der Rechtswidrigkeit
3. GWB
4. Gemeindefirtschaftsrecht
5. Haushaltsrecht

*Beispielfall:* Der Landkreis L nimmt die Aufgabe der Kfz-Zulassung i.S.d. § 68 StVZO wahr.

- a) In Räumen des gleichen Hauses betreibt L auch eine Schilderprägestelle, bei der die Autofahrer ihre neuen Kennzeichen anfertigen lassen können.
- b) Besagte Räume vermietet L an ein privates Schilderprägeunternehmen.

Die Firma F, ein bundesweit tätiges Schilderprägeunternehmen, begehrt Unterlassung der in a) und b) genannten Tätigkeiten.

*Lösung:* BGH, NJW 1974, 1333 ff. ; OLG München WRP 1997, 218 ff.; OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 ff.; OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 ff.

### **C. Öffentliches Auftragswesen / Vergaberecht**

#### **I. Bedeutung**

- Wandel vom Haushaltsrecht zum Öffentlichen Wettbewerbsrecht
- Europarechtlicher Veränderungsdruck
- Inhouse-Problematik; Vergaberecht contra Verwaltungsorganisationsrecht

#### **II. Das nationale Vergaberecht**

1. Allgemeine Grundsätze
2. Begriff des Auftraggebers, § 98 GWB
3. Öffentliche Aufträge, § 99 GWB
4. Arten der Vergabe, § 101 GWB
5. Nachprüfungsverfahren, §§ 102 ff. GWB
6. Maßstäbe unterhalb der Schwellenwerte

### **D. Rechtsschutzprobleme**

- fragwürdige Prämissen der Zivilgerichte (Trennung zwischen Leistungs- und Wettbewerbsverhältnis; "Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen")
- Bedeutung der Untersagung von Staatshandeln wird verkannt
- Art. 19 IV GG verlangt effektiven Rechtsschutz; Verwaltungsrechtsweg daher verfassungsrechtlich geboten
- Verwaltungsrechtsweg auch allein dogmatisch zutreffend: Herleitung mit Hilfe der neueren Sonderrechtstheorie

*Beispielsfall:* Eine öffentlich-rechtliche Krankenkasse hat eine Selbstabgabestelle für Blutzucker-Teststreifen eingerichtet. Ein Apotheker, der um seinen Umsatz aufgrund des Verkaufs dieser Teststreifen fürchtet, möchte gegen diese Tätigkeit auf Unterlassung klagen. Welcher Rechtsweg ist einschlägig?

*Lösung:* OLG Zweibrücken, NJW 1999, 875 f.

*Zur Einarbeitung und Wiederholung:* Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 175 – 221.

## § 6 Gewerberecht

### I. Grundlagen und Funktion des Gewerberechts

#### 1. Geschichte und Bedeutung

- Preußisches Gewerbesteueredikt 1810; Gewerbepolizeigesetz 1811
- Preußische Gewerbeordnung 1845; Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund 1869
- Gewerbeordnung 1900
- zunehmende Ausgliederung von Spezialmaterien

#### 2. Funktion und Einordnung

- Zweck: Gefahrenabwehr; Wirtschaftsüberwachung
- sonstiges Recht der Gefahrenabwehr bleibt daneben anwendbar
- sachlicher Anwendungsbereich: § 6 GewO leistet nur negative Ausgrenzung

*Beispielsfall:* Vorläufige Spielhallenschließung (OVG Koblenz, GewArch. 1999, 30 = DVBl. 1999, 338)

#### 3. Zuständigkeiten

- Verteilung auf verschiedene Behörden
- Vollzug vorwiegend durch Landesbehörden, § 155 Abs. 2 GewO i.V.m. Landesrecht
- SH: Landesverordnung zur Bestimmung der zuständigen Behörden nach der Gewerbeordnung (GewO-ZustVO) vom 19.1.1988, GVOBl. SH S. 27
- klausurwichtige Zuständigkeiten für Vollzug der §§ 15 Abs. 2, 35 Abs. 1 GewO: grundsätzlich Kreisordnungsbehörden (Landrat / Oberbürgermeister)
- Modellversuch im Rahmen der Funktionalreform: Übertragung von Zuständigkeiten auf Ämter
- Abgrenzung zu den Gewerbeaufsichtsbehörden i.S.d. § 139b GewO; Ersetzung der Gewerbeaufsichtsämter in SH durch Staatliche Umweltämter

*Zur Einarbeitung und Wiederholung:* Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 222 – 227.

### II. Der Gewerbebegriff

- entscheidet über Anwendbarkeit der GewO
- Gewerbe i.S.d. GewO: jede nicht sozial unwertige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbständige Tätigkeit, die fortgesetzt und nicht nur gelegentlich ausgeübt wird, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung eigenen Vermögens
- Einteilung des Gewerbebegriffs anhand der dargestellten Merkmale in "Gewerbsmäßigkeit" und "Gewerbsfähigkeit"

*Beispielsfall zur Urproduktion:* Hofladen (VG Schleswig, SchlHAnz. 1998, 296)

B betreibt auf seinem Biolandhof einen Hofladen, in dem er landwirtschaftliche Erzeugnisse verkauft. Neben der eigenen Produktion bietet er auch zugekaufte Produkte an, die aber weniger als 30% des Gesamtumsatzes ausmachen. Handelt es sich bei diesem Verkauf landwirtschaftlicher Erzeugnisse um eine gewerbliche Tätigkeit?  
*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 227 – 234.*

### III. Instrumentarium des Gewerberechts

#### 1. Grundsatz der Gewerbefreiheit

- § 1 Abs. 1 GewO
- Verhältnis zu Art. 12 Abs. 1 GG
- grundsätzlich: Genehmigungsfreiheit einer Gewerbeausübung; Gefährlichkeit der gewerblichen Betätigung bestimmt aber die Überwachungsintensität und führt u.U. zur Genehmigungsbedürftigkeit
- Informationserlangung der Behörden insbes. durch Anzeigepflicht (§ 14 GewO) und Auskunfts- und Nachschaurechte (§ 29 GewO)
- Behördliche Nachschaurechte und Art. 13 GG
- Festlegung überwachungsbedürftiger Gewerbe in § 38 GewO

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 234 – 236.*

#### 2. Anzeigepflicht, § 14 GewO

- nur für stehendes Gewerbe
- Zweck: Der zuständigen Behörde soll die Überwachung der Gewerbeausübung ermöglicht werden, § 14 Abs. 1 Satz 3 GewO.
- Anzeige ersetzt keinen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis

*Beispielsfall: Dienstleistungen einer Religionsgemeinschaft (OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 408 ff.; BVerwG, GewArch. 1995, 152 ff.; BVerwG, GewArch. 1998, 416)*

Die Religionsgemeinschaft S, die sich selbst als Kirche bezeichnet, bietet ihren Mitgliedern gegen Entgelt Waren und Dienstleistungen (z.B. Kurse, Auditing) an. Der Aufforderung der zuständigen Behörde, eine Anzeige nach § 14 GewO abzugeben, kam die S nicht nach. Die zuständige Behörde erteilte der S durch Verfügung das Gebot, ihr "stehendes Gewerbe hinsichtlich des Verkaufs von Kursen, Seminaren, Büchern und Lernprogrammen innerhalb von zwei Wochen nach Unanfechtbarkeit dieser Verfügung ... anzuzeigen".

*Zur Einarbeitung und Wiederholung: Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 236 – 239.*

#### 3. Untersagung wegen Unzuverlässigkeit, § 35 GewO

- notwendiges Korrelat der Gewerbefreiheit: zwingende Untersagung der Ausübung eines Gewerbes bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden
- nur für stehendes Gewerbe
- Unzuverlässig ist derjenige Gewerbetreibende, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt.
- "Unzuverlässigkeit" ist ein wertausfüllungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriff, der nach h.M. gerichtlich voll überprüfbar ist.
- maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt: letzte Verwaltungsentscheidung (arg. e § 35 Abs. 6 GewO)
- Beurteilung von Tatsachen und Wertung als "unzuverlässig" aufgrund einer Prognoseentscheidung
- Fallgruppen: Begehung von (bestimmten) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten; Nichterfüllung steuerrechtlicher Verpflichtungen; Nichterfüllung sozialversicherungsrechtlicher Verpflichtungen;

wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit; mangelnde Eignung für das ausgeübte Gewerbe; sonstige für die Unzuverlässigkeit bedeutsame Tatsachen

- kein Verschulden erforderlich; kein Strafcharakter, sondern Maßnahme der Gefahrenabwehr
- Rechtsfolge: gebundene Entscheidung
- weitere Möglichkeit der Gewerbeuntersagung: § 51 GewO; beachte zwingende Schadensersatzfolge gem. § 51 Satz 2 GewO

*Beispielsfall:* Gewerbeuntersagung bei Handel mit Rauschgiftutensilien? (VGH München, NVwZ-RR 1998, 233)

A ist iranischer Staatsangehöriger, der seit ca. 1984 in Deutschland lebt und bislang nicht negativ aufgefallen ist. Seit 1.8.1995 betreibt er ausweislich seiner Gewerbebeantragung das Gewerbe "Export, Import, Groß- und Einzelhandel, orientalische Waren - Silber, Textilien, Wasserpfeifen, Teppiche, Geschenkartikel". Im Rahmen dieses Gewerbes besteht sein Warenangebot zu ca. 80% aus Gegenständen, die erfahrungsgemäß im Zusammenhang mit dem Konsum von Betäubungsmitteln stehen. Ist A unzuverlässig?

*Weiterer Beispielsfall:* Bereithalten eines Dunkelraums für einvernehmliche sexuelle Handlungen (VG Stuttgart, GewArch. 1998, 291 ff.)

*Zur Einarbeitung und Wiederholung:* Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 184 – 192.