

Jürgen Backhaus

## **Öffentliche Unternehmen**

Zum Wirtschaftsrecht,  
den Funktionen  
und Rechtsformen  
öffentlicher Unternehmen

Mit einem Anhang  
von Jürgen Backhaus  
und Richard E. Wagner:  
Finanzpolitik in der Demokratie

2., durchgesehene und  
erweiterte Auflage 1980

**HAAG** +  
**HERCHEN**

Verlag · Frankfurt/Main 1



## INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Vorbemerkung zur zweiten Auflage	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII

## TEIL A

## EINLEITUNG - ANSATZ UND KONZEPTION DER UNTERSUCHUNG

I Fragestellung	
1.    Ökonomischer Diskussionshintergrund.	1
2.    Privatrechtliche Sicht	2
3.    Typische Erscheinungen und Regelungsformen	9
II Konzeption der Abhandlung	11

## TEIL B

## DIE ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMEN ALS GEGENSTAND DER WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

I Der Begriff der öffentlichen Unternehmung in der Wirtschaftswissenschaft	14
II Ziele öffentlicher Unternehmen	25
1.    Wirtschaftspolitische Ziele	25
2.    Fiskalische Zwecke	31
3.    Staatspolitische Zwecke	35
4.    Erfolgskriterien	36
III Die öffentliche Wirtschaft in der Marktwirtschaft	36
1.    Die Ordnung der Wirtschaft	36
2.    Die Gemeinwirtschaft	42
3.    Sondervorteile und Sondernachteile öffentlicher Unternehmen	45
4.    Die Kontrolle der öffentlichen Unternehmen	49

## TEIL C

## DER WIRTSCHAFTENDE STAAT

Vorbemerkung	55
I Historischer Rückblick	58
1.    Vom Mittelalter bis zum 1. Weltkrieg	58
2.    Sozialisierungen und staatliche Indienstnahme der Wirtschaft	68

	Seite
3. Öffentliche Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland	74
II Der Begriff des öffentlichen Unternehmens in der Gesetzgebung	77
1. Der Unternehmensbegriff im Aktienrecht	77
2. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens im Kartellrecht	81
3. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens im EWG-Vertrag	83
4. Wirtschaftliche Unternehmen im Gemeinde-recht	87
5. Das Unternehmen im Steuerrecht	88
6. Das öffentliche Unternehmen im Haushalts-recht	89
7. Die öffentlichen Unternehmen im Stabili-tätsgesetz	90
III Der Begriff der öffentlichen Unternehmen in der Rechtslehre	91
Vorbemerkung	91
1. Die Definition der Zeitschrift für öffent-liche und gemeinwirtschaftliche Unter-nehmen	96
2. Püttner's Abgrenzungsversuch	97
3. Daseinsvorsorge	104
4. Wenger's Ansatz zu einer rechtswissen-schaftlichen Theorie der öffentlichen Unternehmung	107
Résumé	121
 TEIL D	
DIE ZULÄSSIGKEIT ÖFFENTLICHER WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT	122
Vorbemerkung	122
1. Begriff des fiskalischen Staatshandelns	124
2. Verstoß gegen eine durch das Grundgesetz verwirklichte Wirtschaftsverfassung	128
3. Die Zulässigkeit fiskalischer Staatstätigkeit im Lichte einzelner GG-Bestimmungen	133
3.1 Die Fiskalgeltung der Grundrechte	134

3.2	Berufung des Fiskus auf die Grundrechte	137
3.3	Der fiskalische Zweck als öffentlicher Zweck	140
3.4	Wettbewerbsfreiheit als Konkurrenzschutz	143
3.5	Das Subsidiaritätsprinzip	146
3.6	Fiskalische Tätigkeit und Eigentumsordnung nach dem Grundgesetz	148
3.7	Positive Hinweise des Verfassungsrechts	151
4.	Fiskalisches Handeln unter dem Gesetzesvorbehalt	152
II	Die Eigentumsordnung des EWG-Vertrages	154
III	Die Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen nach dem Haushaltsrecht	159
1.	Die Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit nach § 65 Bundeshaushaltsordnung	160
2.	Die Zulässigkeit nach den Gemeindeordnungen	161
	Synopse der Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO (1935)	165
IV	Einzelprobleme im Gemeindefirtschaftsrecht	167
 TEIL E		
DIE ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMEN ALS INSTRUMENT DER GESTALTENDEN VERWALTUNG		178
I	Die öffentlichen Unternehmen als Gegenstand des Wirtschaftsrechts	178
1.	Wirtschaftsrecht - rechtswissenschaftliche Perspektive oder rechtswissenschaftliche Disziplin?	178
2.	Öffentliche Unternehmen im Wirtschaftsrecht	191
II	Die Beherrschung der öffentlichen Unternehmen durch das Muttergemeinwesen	199
1.	Die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Beherrschung ihrer Wirtschaftsunternehmen	199
2.	Die Pflicht der öffentlichen Hand zur Haftungsbeschränkung	205
3.	Typische Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland: Überblick und Überleitung	208

	Seite
III Rechtsformen öffentlicher Unternehmen	211
1. Die öffentliche Anstalt	211
2. Sondervermögen des Bundes	216
2.1 Die Bundespost	217
2.2 Die Deutsche Bundesbahn	224
3. Die Aktiengesellschaft	225
3.1 Die Stellung des Vorstandes in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	230
3.2 Die Stellung des Aufsichtsrats in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	234
3.3 Die Anwendung des Konzernrechts auf öffentliche Unternehmen	235
4. Die GmbH als öffentliches Unternehmen	245
5. Die Stiftung	253
5.1 Die Stiftung als Rechtsform	257
5.1.1 Allgemeine Bedeutung der Stiftung als Rechtsform	257
5.1.2 Stiftungen des öffentlichen und des privaten Rechts	259
5.1.3 Die Stiftung als Wirtschaftsunternehmen	262
5.2 Die Zulässigkeit der Überführung öffentlicher Unternehmen in die Rechtsform der Stiftung	265
5.2.1 Die Zulässigkeit nach Bundeshaushaltsrecht	266
5.2.2 Die Zulässigkeit der Stiftung als Rechtsform für öffentliche Unternehmen nach dem Gemeindehaushaltsrecht	267
5.3 Die Zweckmäßigkeit der Stiftung als Rechtsform für öffentliche Unternehmen	268
5.3.1 Die Stiftung als Rechtsform für sozialisierte Unternehmen	270
5.3.2 Die dauerhafte Ausgliederung der Verfolgung öffentlicher Zwecke aus dem Bereich der Verwaltung	272
5.3.3 Die politische Kontrolle der Stiftung	275
IV Die haushaltsrechtliche Kontrolle der öffentlichen Unternehmen	277
Vorbemerkung	277
1. Der Bundesrechnungshof	279
2. Richtigkeitskontrolle durch den Bundesrechnungshof	283

	Seite
3. Die haushaltsrechtliche Prüfung öffentlicher Unternehmen in der Rechtsform des öffentlichen Rechts	288
4. Die haushaltsrechtliche Prüfung bei öffentlichen Unternehmen des privaten Rechts	292
V Die öffentlichen Unternehmen als Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik	297

## TEIL F

ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN ALS GEGENSTAND DES WETTBEWERBSRECHTS	311
Vorbemerkung	311
I Unlauterer Wettbewerb öffentlicher Unternehmen	319
II Die öffentlichen Unternehmen unter dem Kartellrecht	336
1. Die rechtssystematische Stellung des GWB	336
2. Der Unternehmensbegriff des GWB im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand mit öffentlichen Unternehmen (Reprise)	343
3. Der Anwendungsbereich des GWB - Interpretationsprinzipien für die Abgrenzung der Ausnahmeregelungen	351
4. Marktbeherrschung durch öffentliche Unternehmen	355
5. Fusionskontrolle öffentlicher Unternehmen?	358
III Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft	361
1. Regelungsabsicht des Art. 90 EWG-Vertrag	362
2. Der Unternehmensbegriff nach Art. 90 EWG-Vertrag (Reprise)	366
3. Der Begriff der "Maßnahme" im Sinne von Art. 90 I des EWG-Vertrages	371
4. Ausnahmen nach Art. 90 II	374
4.1 Dienstleistungen	375
4.2 Allgemeines wirtschaftliches Interesse	377
4.3 "Betrauen"	378
5. Art. 90 EWG-Vertrag: Unmittelbar geltendes Recht oder politische Übereinkunft?	380

TEIL 6	Seite
ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN IM RECHTSVERGLEICH	383
I Einleitung: Methode der Rechtsvergleichung	383
1. Rechtsvergleichendes Vorgehen	384
2. Ergebnisse der Rechtsvergleichung	387
3. Öffentliche Unternehmen im Rechtsvergleich: Skizze	389
II Die öffentlichen Unternehmen im französischen System indikativer Planung	392
1. Planverfahren	394
2. Das Planpotential: Der Bereich der öffentlichen Wirtschaft und die Kontrolle durch den Staat	398
3. Die Einbeziehung der öffentlichen Unternehmen in das System der Planifikation	400
III Wirtschaftslenkung durch Teilnahme: Öffentliche Unternehmen in Italien	405
1. Konstruktion und Rechtsformen	408
2. Öffentliche Kontrollen	411
2.1 Kontrolle durch den Minister für Staatsbeteiligungen und den Ausschuß für Wirtschaftsprogrammierung	411
2.2 Kontrolle durch den Rechnungshof	414
3. Schranken der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit	416
3.1 Verfassungsrecht	416
3.2 Wettbewerbsrecht	417
IV Eigene Rechtsformen für öffentliche Unternehmen: Die Britische "Public Corporation"	419
Vorbemerkung	419
1. Konzept, Konstruktion und Kompetenz	422
2. Politische Direktive	426
3. Kontrolle	428
3.1 Kontrolle durch das Parlament	428
3.2 Haushaltsrechtliche Kontrolle	428
3.3 Kontrolle durch beratende Gremien	429
3.4 Rechtsstaatliche Verantwortlichkeit	429
V Budgetrechtliche Kontrolle öffentlicher Unternehmen in den Vereinigten Staaten von Amerika	431
Vorbemerkung	431

	Seite
1. "Audit" als Rechtsaufsicht	437
2. Exemption und Anpassung	440
Zusammenfassung in Leitsätzen	445
Anhang	457
Literaturverzeichnis	485
§§-Verzeichnis	515
Index	519