

STUDIEN UND MATERIALIEN ZUM ÖFFENTLICHEN RECHT

Herausgegeben von Herbert Bethge

36

Daniel F. Kendziur

Neue Wege
für den Rechtsschutz Privater
gegen die Wirtschaftstätigkeit
der öffentlichen Hand



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

INHALTSVERZEICHNIS

KAPITEL 1	EINFÜHRUNG UND ERSTER PROBLEMAUFRISS	28
§ 1	Einführung	28
§ 2	Ziel der Untersuchung.....	30
§ 3	Verwaltung, Wirtschaft, Unternehmen - Zusammenhänge	31
§ 4	Begrifflichkeiten	33
I.	Definition des Unternehmensbegriffs.....	33
1.	Die betriebswirtschaftliche Definition	33
2.	Die juristische Definition.....	33
a)	Der objektive Aspekt.....	34
b)	Der subjektive Aspekt	34
3.	Zum Problem der Unternehmenseigenschaft öffentlicher Unternehmen, insbesondere solcher mit Monopolcharakter	34
II.	Zum Zusammenhang von Unternehmensbegriff und wirtschaftlicher Betätigung.....	36
III.	Zur Unterscheidung zwischen erwerbswirtschaftlich-fiskali- scher und schlicht-hoheitlicher Wirtschaftstätigkeit der öffentli- chen Hand	37
1.	Schlicht-hoheitliche Wirtschaftstätigkeit	37
2.	Erwerbswirtschaftlich-fiskalische Wirtschaftstätigkeit.....	38
IV.	Zum Begriff der Wirtschaft	39
V.	Zwischenergebnis	40
VI.	Zum Begriff „Wettbewerbsverhältnis“	41
VII.	Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und Eingrenzung des Untersuchungsganges	43
VIII.	Die wirtschaftspolitische Bedeutung eigenwirtschaftlicher Betä- tigung der öffentlichen Hand	44
IX.	„Verwaltungseigene Wirtschaftstätigkeit“	45
X.	Zum Begriff der „öffentlichen Hand“	46
§ 5	Die so genannte „Sportwettenproblematik“	47
I.	Zum Zusammenhang der „Sportwettenproblematik“ und der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand.....	47
II.	Gegenwärtiger Stand des Sportwetten- und Glücksspielrechts in Deutschland	48

1.	Zum Hintergrund der „Oddset“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	48
2.	Zum Inhalt und zur Tenorierung der „Oddset“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	49
3.	Zur Reichweite der „Oddset“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	52
4.	Erste Kritik an der „Oddset“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	53
III.	Sportwetten und Glücksspiele im rechtlichen Kontext	53
1.	Die Glücksspieldefinition des GlüStV	53
2.	Sportwettenmonopol des Staates als faktische Marktzugangssperre	54
3.	Andere Glücksspielformen und ihre Regelung durch den GlüStV	55
§ 6	Staatswirtschaftliche Rechtsformen.....	56
I.	Rechtsformen staatlicher Wirtschaftstätigkeit.....	56
II.	Verschiedene Erscheinungsformen des „Kommunalunternehmens“	57
III.	Rechtsformen im Lotterie- und Sportwettensektor	59
§ 7	Entwicklung und Bedeutung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand in Deutschland.....	60
I.	Die wirtschaftliche Betätigung des Staates in Deutschland	60
II.	Die wirtschaftliche Betätigung des Bundes.....	61
III.	Die Staatswirtschaft der Bundesländer.....	62
IV.	Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden	63
§ 8	Einführung in das Problem und Grundzüge der Grenzen der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand	66
I.	Einführung in das Problem	66
II.	Grenzen der Zulässigkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Wettbewerbsteilnahme	67
III.	Fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit dieser Grenzen.....	70
KAPITEL 2 DIE ÖFFENTLICHE HAND ALS UNTERNEHMER – ERSCHEINUNGSFORMEN UND GRUNDLAGEN DES ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMENSRECHTS.....		72
§ 9	Beispiele öffentlichen Unternehmertums	72

I.	Vom Autovermieter bis zum Zeitungsverleger – Gemeinden machen (fast) alles	72
II.	Länder als Glücksspielanbieter und Weinbauern	76
III.	Das Problem des „mitmarktenden“ Staates	77
IV.	Zwischenresümee	77
§ 10	Ökonomische Überlegungen zum Nutzen und den Auswirkungen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, insbesondere im Bereich des Glücksspiels und der Sportwetten	77
I.	Zur Marktstellung öffentlicher Unternehmen	78
II.	Zur ökonomischen Bedeutung des Glücksspielmarktes für den Staat	79
III.	Konsequenzen für die Marktstellung privater Konkurrenten	80
IV.	Zum ökonomischen Nutzen „innerstaatlicher“ Aufträge	80
§ 11	Zur Definition des öffentlichen Unternehmens im nationalen und Gemeinschaftsrecht	81
I.	Die nationale Sicht	81
1.	Trennung nach Organisations- und Handlungsform	81
2.	Die Bedeutung des Unternehmenszwecks	81
3.	Orientierung an Eigentums-, Besitz- und Beherrschungsverhältnissen	82
4.	Konsequenz: Gesonderte Behandlung öffentlicher Unternehmen	82
II.	Die gemeinschaftsrechtliche Sicht	83
§ 12	Zur Unterscheidung von wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung	84
§ 13	Exkurse	86
I.	Unbeschränkte Zulässigkeit des „untergeordneten Nebenbetriebs“?	86
II.	Der „Annexbetrieb“	87
§ 14	Besondere „Unternehmensformen“	88
I.	Die Sonderform der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen	88
1.	Definition und Beispiele	88
2.	Abgrenzung von Public Private Partnerships	90
3.	Exkurs: Problem der Grundrechtsträgerschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	91
II.	Der Begriff des „Staatsunternehmens“	93

III. Sind alternative Einflussnahmemöglichkeiten des Staates zur Lenkung eines einzelnen Unternehmens Sonderformen des öffentlichen Unternehmens?	95
1. Übersicht.....	95
a) Subventionsvergabe.....	95
b) Konzessionsverträge.....	96
c) Fazit: Keine Sonderform des öffentlichen Unternehmens.....	96
2. Sonderfall „verlorene Zuschüsse“ – doch ein Fall staatlicher Unternehmensbeteiligung?	97
 KAPITEL 3 DASEINSVORSORGE UND ÖFFENTLICHER ZWECK BEI DER ANWENDUNG DES WETTBEWERBSRECHTS AUF DIE ÖFFENTLICHE HAND: BESONDERHEITEN DES STAATES BEI DER WETTBEWERBSTEILNAHME	
§ 15 Daseinsvorsorge und öffentlicher Zweck	98
I. Die Daseinsvorsorge.....	98
1. Endgültige Begriffsklärung nicht möglich	98
2. Daseinsvorsorge als Teil der öffentlichen Verwaltung	99
3. Maßgeblichkeit anderer Kriterien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand.....	100
4. Glücksspiel als Moment der Daseinsvorsorge?.....	101
II. Der Begriff des öffentlichen Zwecks in diesem Kontext.....	102
§ 16 Daseinsvorsorge als wettbewerbsrechtlich relevante Handlung	105
I. Daseinsvorsorge als Wettbewerbshandlung	105
II. Es bleibt dabei: Ausschluss rein hoheitlicher Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich des UWG.....	108
III. Zwischenergebnis	109
§ 17 Erster Überblick: Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf öffentliche Unternehmen	110
I. Wettbewerbsverhältnis auf dem Boden der Gleichordnung.....	110
II. Im Besonderen: Wettbewerbsregeln gelten für die öffentliche Hand auch im Bereich der Daseinsvorsorge	112
§ 18 Problematische Konstellationen	114

I.	Staatliche Bezuschussung öffentlicher Unternehmen als wettbewerbsverzerrendes Element staatlicher Wettbewerbsteilnahme.....	114
II.	Mögliche Quersubventionierung kommunaler Unternehmen.....	115
§ 19	Exkurs: Bedeutung des Art. 28 Abs. 2 GG für das Verhältnis zur Privatwirtschaft.....	117
I.	Art. 28 Abs. 2 GG als Ausdruck eines staatsorganisationsrechtlichen Prinzips.....	117
II.	Art. 28 Abs. 2 GG als Betätigungsgrenze?.....	118
III.	Zwischenresümee.....	118
§ 20	Zu möglichen Nachteilen der öffentlichen Hand im Wettbewerb.....	119
I.	Behauptete Wettbewerbsnachteile öffentlicher Unternehmen.....	119
II.	Zwischenresümee.....	120
III.	Erst recht kein „Verdrängungswettbewerb“ durch die Privatwirtschaft	121
KAPITEL 4 DIE AKTUELLE RECHTSLAGE AUS ÖFFENTLICH-RECHTLICHER UND WETTBEWERBSRECHTLICHER SICHT		122
§ 21	Rechtsgrundlagen staatlicher Wirtschaftstätigkeit	122
I.	Einführung und Übersicht.....	122
II.	Keine Wahrnehmung staatlicher Zuständigkeiten extra constitutionem	122
III.	Mögliche Anknüpfungspunkte für eine kompetenzielle Legitimation	123
1.	Regelungen aus dem Grundgesetz.....	123
2.	Regelungen aus dem Haushaltsrecht	124
3.	Regelungen aus dem Auftrags- und Vergaberecht.....	125
4.	Weiteres Vorgehen	125
IV.	Die rechtliche Beurteilung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit unter der Weimarer Reichsverfassung.....	125
V.	Zum Erfordernis einer Rechtsgrundlage.....	126
1.	Zum Verhältnis von Eingriffs- und Leistungsverwaltung im Zusammenhang mit der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand.....	126
2.	Vorbehalt des Gesetzes gilt auch für das öffentliche Wirtschaften	126

3.	Legislatorische Verpflichtungen als Konsequenz der hier vertretenen Auffassung.....	128
4.	Demokratische Legitimation als Argument pro Rechtsgrundlagenerfordernis.....	128
VI.	Zum Zusammenhang von Eingriffsschwelle und Eingriffsintensität mit dem Erfordernis einer Rechtsgrundlage	129
VII.	Exkurs: Kompetenzverteilung und Ermessensbindung.....	129
VIII.	Besonderheiten bei Unternehmen des Bundes	130
IX.	Besonderheiten bei Unternehmen der Länder	131
X.	Zwischenresümee.....	132
XI.	Besonderheiten bei kommunalen öffentlichen Unternehmen: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen landesrechtlichen Regelungen in den Gemeindeordnungen zur Wirtschaftstätigkeit der Kommunen	133
	1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund.....	133
	2. Gemeindeordnungsrechtliche Regelungen.....	134
§ 22	Das Problem im Detail: Rechtswegfragen und Rechtsschutzlücken.....	135
I.	Übersicht und historische Entwicklung zur Rechtswegfrage im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand	135
II.	Wechselvolle Geschichte und aktuelle Sicht der Gerichte.....	136
	1. Früherer Vorrang des Verwaltungsrechtsweges.....	136
	2. Keine Prüfung wettbewerbsrechtlicher Fragen im Verwaltungsrechtsweg - Bestätigung durch das Bundesverwaltungsgericht.....	137
	3. Wende durch die Entscheidung „Studentenversicherung“ des Großen Senats für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs....	137
	4. Dennoch: Nur vorübergehende Schließung der Rechtsschutzlücke	138
	5. Neuer Rückschritt durch die Entscheidung „Elektroarbeiten“.	140
	6. Perpetuierung des Problems durch die UWG-Reform 2004....	142
III.	Kritik aus dem Schrifttum und Notwendigkeit des Umdenkens....	142
IV.	Frühere Aufteilung der Rechtswegzuständigkeit nach Maßgabe der begehrten Rechtsfolge keine Alternative.....	144
V.	Zusammenfassung des Kernproblems der aktuellen Rechtslage: Faktische Rechtsschutzlücke	145

VI. Das Beispiel für die vorliegende Arbeit: Die widersprüchliche Rechtsprechung zum Glücksspiel- und Sportwettenrecht	146
KAPITEL 5 ERARBEITUNG VON LÖSUNGSVORSCHLÄGEN	148
§ 23 Vorweg: Kein grundsätzliches Verbot der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand.....	148
I. Die Aussagen des Grundgesetzes und des Reichsgerichts	148
II. Erneut: allgemeine Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der öf- fentlichen Hand.....	150
§ 24 Aber: Vorrang der Privatheit im Deutschland des Grundgesetzes	150
I. Privatheit als Leitbild der deutschen Wirtschaftsordnung	150
II. Parallelität mit europäischem Gemeinschaftsrecht?.....	152
III. Marktzutritt der öffentlichen Hand und Wettbewerbsbelebung.....	154
§ 25 Zur deutschen Wirtschaftsverfassung und zu ihrem Nutzen für die hiesigen Zwecke.....	155
I. Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	155
II. Ausstrahlungswirkung des EG-Vertrages	156
III. Subsidiaritätsprinzip als generelle Beschränkung staatlicher Wirtschaftstätigkeit.....	157
§ 26 Keine wettbewerbliche Gleichberechtigung von Staat und Privaten	158
I. Grundsätzliche Unterschiede zwischen Staat und Privaten.....	158
II. Bindung der öffentlichen Hand an die Gemeinwohlverträglich- keit ihres Handelns	160
III. Keine extrawettbewerblichen Marktregeln für die öffentliche Hand.....	162
§ 27 Grundsatzfrage: Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg?.....	162
I. Grundsätzliche Überlegungen zur Rechtswegfrage bei einem Vorgehen gegen die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand ...	162
1. Vorbemerkungen	162
2. Argumente zum Vorrang des Verwaltungsrechtsweges	164
a) Grundsätzlich-dogmatische Diskussion	164
b) Allgemeine Vorteile eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zur Durchsetzung der behandelten Ansprü- che.....	166
aa) Inquisitionsmaxime	166
bb) Keine formelle Beweislast des Klägers.....	167
cc) Kritik und Bewertung der behaupteten Vorteile	167

3.	Argumente zum Vorrang des Zivilrechtsweges	168
a)	Grundsätzlich-dogmatische Diskussion	168
b)	Besonderheiten des Wettbewerbs- und Kartellprozesses.	168
4.	Sachgerecht: Einzelfallentscheidung kraft Sachzusammenhangs und Prozessökonomie.....	171
a)	Rechtsweg kraft Sachzusammenhangs.....	172
b)	Geltendmachung verschiedener Ansprüche	173
5.	Doppelqualifizierung hoheitlicher Maßnahmen mit wettbewerbl. Wirkung jedenfalls nicht die einzige Antwort auf die Rechtswegfrage.....	174
II.	Zum Verhältnis von Anspruchskonkurrenzen und Rechtswegfragen: Doppelspurigkeit des Rechtsschutzes bei einheitlichem Wettbewerbsstreit und Wahlrecht des Klägers.....	177
1.	Unterscheidung von Anspruchskonkurrenz und Rechtswegfrage	177
2.	Konsequenzen.....	178
3.	Keine durchgreifenden Bedenken gegen einen doppelspurigen Rechtsschutz	179
III.	Diskussion um die Rechtswegfrage missachtet das Interesse der Praxis	180
§ 28	Einführung zu Abwehr- und Unterlassungsansprüchen	181
§ 29	Verwaltungsrechtliche Abwehr- und Unterlassungsansprüche	183
I.	Die Klagebefugnis als entscheidendes Moment im Verwaltungsrechtsweg.....	183
1.	Zur Drittschutzproblematik	184
2.	Die „Intention des Subsidiaritätsprinzips“ als eigenes subjektives öffentliches Recht der privaten Wirtschaft?	186
3.	„Subsidiaritätsprinzip des Grundgesetzes“ und Übermaßverbot als eigene subjektive öffentliche Rechte der privaten Wirtschaft?.....	187
4.	Subsidiaritäts- als originäre Privatschutzklausel?	188
5.	§ 67 DGO und dessen „drittschützende Vorbildwirkung“	189
6.	Zur Möglichkeit einer drittschützenden Wirkung der Subsidiaritätsklauseln im Einzelnen.....	191
a)	Restriktive Auslegung durch die Rechtsprechung	191

b)	Parallelen zum Problemkreis „Grundrechtseingriff durch Konkurrenz“	192
c)	Drittschutz nicht nur bei zweifelsfrei feststellbarem Willen des Landesgesetzgebers.....	193
d)	Abschließende Stellungnahme nicht möglich	194
7.	Die Schutzzweck-Diskussion in Schrifttum und Rechtsprechung im Widerstreit mit der Rechtswegwahl der Verletzten .	194
8.	Bedeutung und Wirkung so genannter Markterkundungsverfahren und Branchendialoge	196
9.	Einfluss der Grundrechte auf eine Entscheidung pro oder contra Drittschutz.....	197
10.	Regelungspflicht auf Grund grundrechtlicher Schutzpflichten.....	198
11.	Weitere Aspekte, aus denen eine drittschützende Wirkung hergeleitet werden kann.....	200
12.	Zwischenergebnis	201
II.	Zur Begründetheit verwaltungsrechtlicher Ansprüche.....	202
1.	Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch	202
a)	Wegen Grundrechtsverletzung hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 GG	203
aa)	Vorbemerkungen.....	203
bb)	Zum Problem des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts gegenüber einem unmittelbaren Rückgriff auf Grundrechte des Betroffenen.....	207
cc)	Bedeutung, Beeinträchtigung und Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG – Schutz vor öffentlicher Konkurrenz, nicht nur vor atypischem Konkurrenzverhalten	209
(1)	Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 GG für private Konkurrenten.....	209
(2)	Beeinträchtigung und Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG.....	209
(3)	Konsequenzen für die privaten Anbieter von Glücksspielen, insbesondere von Sportwetten.	210
(4)	Art. 12 Abs. 1 GG als Schutzrecht gegen staatliche Konkurrenz.....	212

(5) Ungleiche nicht gleich behandeln	215
(6) Zwischenresümee	217
dd) Zum Problem der erforderlichen Eingriffsintensität sowie zum Überschreiten einer Eingriffsschwelle	217
ee) Notwendigkeit eines umfassenderen grundrechtlichen Schutzverständnisses	220
(1) Maßstab der Wesentlichkeit	220
(2) Rolle des modernen grundrechtlichen Eingriffsbegriffs	221
(3) Erweiternde Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	223
(4) Grundrechtliche Verpflichtung zum Abbau staatlicher Monopole	224
(5) Strengere Vorgaben des Gemeinschaftsrechts	224
b) Wegen Grundrechtsverletzung hinsichtlich Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	225
c) Bedeutung, Beeinträchtigung und Verletzung einer „Wettbewerbsfreiheit“	226
d) Keine Geltung der Grundrechte oder der Gewerbefreiheit für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand (keine Grundrechtsberechtigung der öffentlichen Hand)	227
2. Andere öffentlich-rechtlich begründete Unterlassungs- und Abwehransprüche	230
3. Zwischenergebnis	230
III. Kann das Wettbewerbsrecht entsprechend oder nach seinen Grundsätzen auch im öffentlichen Recht zur Auslegung und/oder Begründung verwaltungsrechtlicher Ansprüche zur Anwendung kommen?	231
1. Geltung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Rechtsgrundsätze des Zivilrechts im öffentlichen Recht	231
a) Das Verbot sittenwidrigen Handelns	231
b) Auswirkungen der UWG-Reform von 2004	232
c) Kritische Würdigung	233
2. Forderung zur Schaffung eines einheitlichen öffentlichen Wettbewerbsrechts	233

IV. Zwischenergebnis zu den verwaltungsrechtlichen Ansprüchen.....	234
§ 30 Zivilrechtliche Abwehr- und Unterlassungsansprüche.....	235
I. Zur Begründetheit zivilrechtlicher Ansprüche	235
1. Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 11 UWG am Beispiel der Vorschriften der Gemeindeordnungen zur kommunalen Wirtschaftstätigkeit....	235
a) Unproblematische Anwendbarkeit des UWG als Marktverhaltensrecht auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.....	235
aa) Übersicht.....	235
bb) Wettbewerbsrecht knüpft allein an reale Marktfunktion und deren Normadressatenschaft an.....	236
cc) Grundsätzlich wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand	237
dd) Zusammenfassung und Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit des UWG als Marktverhaltensrecht auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand	237
b) Anforderungen an einen Gesetzesverstoß im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG (sowie zu den Änderungen hinsichtlich der früher erforderlichen Sittenwidrigkeit)	239
aa) § 4 Nr. 11 UWG: Marktverhaltens- vs. Marktzutrittsregelungen	239
(1) Der Streit um die Überprüfung außerwettbewerbsrechtlicher Normen	239
(a) Extrempositionen	239
(b) Frühere Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen	240
(c) Auswirkungen der „Elektroarbeiten“-Entscheidung auf Formulierung und Auslegung des § 4 Nr. 11 UWG	240
(d) Teilversagen der Schutzmechanismen bei Marktzutritt unter Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen	241

(2) Zur Bedeutung einer grundrechtlichen De- terminierung wettbewerbsrechtlicher An- sprüche	242
(3) Zwischenergebnis.....	243
(4) Abgrenzungsgrundsatz der „Ob- und Wie- Formel“ (Zweistufentheorie).....	243
(5) Wechselwirkung zwischen Kompetenzord- nung und Wettbewerbsrecht.....	245
(6) Widersprüchlichkeit der Entscheidung „Elektroarbeiten“	246
(a) Unvereinbarkeit mit der „Sterbegeld- versicherung“-Entscheidung.....	246
(b) Ignorierung erkannter Rechtsschutzlü- cken	247
(7) Marktzutritt und Marktverhalten öffentlicher Unternehmen können nicht getrennt bewertet werden	248
(a) Trennung vom Grundsatz her verfehlt.....	248
(b) Scharfe Trennung gar nicht möglich.....	248
(c) Wettbewerbsrecht erfordert Gesamtbe- trachtung.....	249
(8) Bundesgerichtshof hat „Gelsengrün“ bestä- tigt.....	250
(9) Keine Beschränkung der Beurteilungskom- petenz des Bundesgerichtshofs in seinem Augenoptiker-Urteil	251
bb) Sittenwidrigkeit im Sinne von § 1 UWG a. F.	251
c) Petitum wohl nur durch Gesetzesänderung erreichbar.....	252
d) Zwischenergebnis zu einem auf § 4 Nr. 11 UWG ge- stützten Anspruch wegen Zuwiderhandlung gegen Marktzutrittsregelungen	253
2. Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG wegen Versto- ßes gegen § 3 UWG.....	254
a) Entwicklung der neuen Fallgruppe „grundrechtlich de- terminierte Abwehr- und Leistungsansprüche“	255

aa)	Integration in die Fallgruppe „Wettbewerb der öffentlichen Hand“	255
bb)	Kann ein Grundrechtsverstoß überhaupt unlauter im Sinne des Wettbewerbsrechts sein?	257
cc)	Vermeidung landesrechtlich unterschiedlicher Ergebnisse	258
dd)	„Vorfeldschutz“	258
ee)	Fazit	258
b)	Zwischenergebnis zu einem auf § 3 UWG gestützten Anspruch	259
3.	Ansprüche auf Grundlage des § 97 GWB	259
a)	Grundzüge der Voraussetzungen der Anwendbarkeit des GWB auf die öffentliche Hand	260
b)	Grundzüge des Vergabeverfahrens für öffentliche Aufträge	261
c)	Allgemein zur kartellrechtlichen Kontrolle des Handelns der öffentlichen Hand und ihrer Unternehmen	263
aa)	Ausgangslage	264
bb)	Abschließender Charakter des GWB	265
cc)	Hohe Hürden des EG-Kartellrechts für staatliche Monopole	266
dd)	Differenzierung kartellrechtlicher Missbrauchstatbestände und kartellrechtlichen Vergaberechtschutzes	266
ee)	Kartellrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen öffentliche Konkurrenzwirtschaft	266
d)	Sanktionierung rechtswidrigen Marktzutritts der öffentlichen Hand mittels Vergaberechtsschutzes	267
aa)	Prinzip der wettbewerblichen Vergabe	269
(1)	§ 8 Nr. 6 VOB/A bzw. § 7 Nr. 6 VOL/A	271
(2)	§ 2 Nr. 3 VOL/A bzw. § 2 Nr. 1 S. 1 VOB/A ..	271
(3)	Wettbewerbsgleichheit der Bieter als wesentlicher Grundsatz des Vergabeverfahrens	272
bb)	Keine Beschränkung auf das kommunale Wirtschaftsrecht	273

cc)	Keine Kollision mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen „Elektroarbeiten“	273
dd)	Keine Kollision mit den Grundsätzen zur verwaltungsgerichtlichen Klagebefugnis.....	274
ee)	Nachteile und Bewertung einer Sanktionierung rechtswidrigen Marktzutritts der öffentlichen Hand	275
	(1) Beschränkter Anwendungsbereich des Vergaberechtsschutzes	275
	(2) Beschränkungen innerhalb des Anwendungsbereichs	275
ff)	Veränderungen im Unterschwellenbereich	276
	(1) Grundlagen des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes.....	276
	(2) Bedeutung einer Stärkung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich	277
	(3) Zur Rechtswegproblematik im Unterschwellenbereich	278
	(a) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vergaberecht.....	278
	(b) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Rechtsweg bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Unterschwellenbereich	279
gg)	Zum Rechtsweg oberhalb der Schwellenwerte	281
e)	Zusammenfassung zum kartellrechtlichen Lösungsansatz und Bewertung gegenüber dem lauterkeitsrechtlichen Ansatz, auch vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Regelungen.....	282
4.	Zwischenergebnis zu UWG und GWB	283
5.	Abwehranspruch in Form des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB.....	283
6.	Unbehelligkeit von § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB	285

7.	Abwehranspruch wegen Verstoßes gegen § 65 BHO im Fall der Wirtschaftstätigkeit des Bundes	285
II.	Zwischenergebnis zu den zivilrechtlichen Ansprüchen	286
§ 31	Gesamtergebnis zu verwaltungs- und zivilrechtlichen Abwehr- und Unterlassungsansprüchen sowie zur Bedeutung des § 17 Abs. 2 S. 1 GVG für die Rechtspraxis.....	288
I.	Anerkennung von Drittschutz bzgl. der gesetzlichen Regelungen zur wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand.....	288
II.	Herabsetzung der Eingriffsschwelle bei Grundrechtseingriffen	289
III.	Anerkennung der Gemeindeordnungsvorschriften und vergleichbarer Regelungen zur Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand als marktverhaltensregelnd und zumindest grundrechtsgeprägt	289
IV.	Entwicklung der neuen Fallgruppe „grundrechtlich determinierte Abwehransprüche“ zu § 3 UWG direkt.....	290
V.	Anwendung der Grundsätze des Vergaberechtsschutzes auf Abwehr- und Unterlassungsbegehren privater Konkurrenten gegen die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand.....	292
VI.	Bedeutung des § 17 Abs. 2 S. 1 GVG für die Durchsetzung dieser Ansprüche	292
1.	§ 17 Abs. 2 S. 1 GVG erweitert die gerichtliche Entscheidungskompetenz für jeden Rechtsweg	293
2.	§ 17 Abs. 2 S. 1 GVG entscheidet jedoch nicht die Rechtswegfrage	294
3.	Fazit: Zuerst Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges	295
§ 32	Ausgleichsansprüche vermögenswerter Art	296
I.	Begriff und Fallgestaltungen	296
II.	Wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche.....	296
1.	Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 9 S. 1 UWG i. V. m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG oder aus § 9 S. 1 UWG i. V. m. § 3 UWG.....	296
2.	Rechtsfolgen	297
III.	Sekundärrechtsschutz im Vergaberecht.....	297
1.	§ 126 GWB oberhalb der Schwellenwerte	297
2.	Allgemeine Rechtsschutzordnung unterhalb der Schwellenwerte.....	298

3. Beschränkter praktischer Anwendungsbereich	298
IV. Anspruch aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG wegen unlauteren Wettbewerbshandelns der öffentlichen Hand.....	299
1. Vorüberlegung und Abgrenzung	299
2. Besondere Voraussetzungen.....	299
3. Keine Ausdehnung auf den Bereich des Wettbewerbsrechts...	300
V. Folgenbeseitigungsanspruch und sonstiges Staatshaftungsrecht als Kompensation für scheiternde oder nicht in Betracht kommende Abwehr- und Unterlassungsansprüche	301
1. Fehlende Einschlägigkeit des auf Restitution beschränkten Folgenbeseitigungsanspruchs	302
2. Ansprüche wegen Eingriffs des Staates in Rechtspositionen des Art. 14 GG.....	302
a) Entschädigungspflichtige Enteignung.....	302
b) Enteignungsgleicher Eingriff.....	303
c) Enteignender Eingriff.....	303
VI. Anspruch für private Glücksspielanbieter und –vermittler aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG wegen judikativen Unrechts.....	304
1. Kein judikatives Unrecht der Fachgerichte	304
2. Judikatives Unrecht des Bundesverfassungsgerichts?	305
VII. Rechtswegfragen bei der Durchsetzung von Ausgleichsansprüchen	306
1. Kein Wahlrecht hinsichtlich des Rechtsweges.....	306
2. Prozessökonomische Einsparigkeit.....	307
KAPITEL 6 PROBLEME BEIM EINSTWEILIGEN RECHTSSCHUTZ....	308
§ 33 Eilrechtsschutz im Verwaltungs- und Wettbewerbsrecht.....	308
I. Vorbemerkungen	308
II. Antrag nach § 80 Abs. 5 oder § 123 VwGO?.....	309
1. Allgemeine Abgrenzung.....	309
2. Der Spezialfall öffentlicher Konkurrenzwirtschaft im glücksspielrechtlichen Kontext.....	309
III. Verfassungsbeschwerde und einstweiliger Rechtsschutz im glücksspielrechtlichen Kontext sowie zum Problem der Vorlagepflicht gemäß Art. 234 EG in Verfahren des Eilrechtsschutzes. .	310
1. Verfassungsbeschwerde und einstweiliger Rechtsschutz im glücksspielrechtlichen Kontext.....	310

2. Problem der Vorlagepflicht gemäß Art. 234 EG in Verfahren des Eilrechtsschutzes	311
IV. Einstweilige Verfügung und Abmahnung im Wettbewerbsrecht...	312
1. Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch: Vermutung und Glaubhaftmachung.....	312
2. Rechtswegfragen.....	313
3. Wettbewerbsrechtliche Abmahnung	314
V. Schadensersatzrisiko bei ungerechtfertigtem Eilrechtsschutz.....	315
1. Der Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO	315
2. Der Schadensersatzanspruch aus § 123 Abs. 3 VwGO, § 945 ZPO.....	315
3. Offene Fragen im Vergabeverfahren.....	315
KAPITEL 7 EUROPARECHTLICHE ASPEKTE.....	317
§ 34 Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand als internationales Phänomen.....	317
I. Das Recht der Daseinsvorsorge als parallele Betrachtungsmaterie	317
1. Europäisierung des Rechts der Daseinsvorsorge.....	317
2. Bedeutung des Vertrages von Lissabon	318
II. Zur Wirtschaftstätigkeit der „europäischen öffentlichen Hand“	319
1. Zum Begriff der „europäischen öffentlichen Hand“	319
2. Gesetzliche Grundlagen.....	320
3. Offene Fragen und eine vorläufige Antwort	320
III. Rechtsprinzipien bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, insbesondere aus wettbewerbsrechtlicher Sicht	321
1. Weltweite Kollisionsrechtsgrundsätze	321
2. Gemeinschaftsrechtliche Kollisionsrechtsgrundsätze	321
3. Bedeutung des materiellen Gemeinschaftswettbewerbsrechts.	322
4. Internationales Verfahrensrecht.....	322
§ 35 Glücksspiel- und sportwettenrechtliche Sachverhalte im Kontext gemeinschaftsrechtlicher Regelungen	323
I. Die „Sportwettenproblematik“ hinsichtlich ihrer europarechtlichen Bezüge.....	323
1. Gemeinschaftsrechtliche Bedeutung und gemeinschaftsrechtliche Konsequenzen der „Oddset“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	323

a)	Der deutsche Sportwettenmarkt als nach wie vor faktisches Wirtschaftsmonopol des Staates	323
b)	Grundlegende gemeinschaftsrechtliche Bedenken.....	323
aa)	Verkenntung der Reichweite des Schutzbereiches europäischer Grundfreiheiten	324
bb)	Aktuelle Rechtsprechungsbeispiele.....	325
c)	Wende in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs...	326
aa)	Die Entscheidung „ODDSET“ des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2008	326
bb)	Folgerungen aus der Entscheidung „ODDSET“ des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2008.....	327
d)	Zur Kausalität des beschränkten bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs und den gemeinschaftsrechtlichen Defiziten nachfolgender fachgerichtlicher Entscheidungen.....	328
2.	Die „Placanica“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Spiegel von (nachfolgenden) Vorabentscheidungsbeschlüssen deutscher Gerichte gemäß Art. 234 EG	329
a)	Vorlagebeschluss des VG Köln vom 21.09.2006	330
b)	Vorlagebeschluss des VG Gießen vom 07.05.2007	330
c)	Vorlagebeschluss des VG Stuttgart vom 24.07.2007.....	330
aa)	Inhalt der Entscheidung.....	330
bb)	Folgerungen aus der Entscheidung	331
d)	Vorlagebeschluss des VG Schleswig vom 30.01.2008	332
e)	Zur Bedeutung der Vorabentscheidungsbeschlüsse	333
3.	Rechtsprechungswirrwarr statt Rechtsklarheit nach den Entscheidungen „Oddset“ und „Placanica“ – Einige Beispiele.....	333
a)	Zeitliche Systematisierung der Rechtsprechung	334
b)	Probleme hinsichtlich des relevanten Zeitpunktes bei Untersagungsverfügungen.....	334
c)	Widersprechende fachgerichtliche Entscheidungen.....	335
aa)	Unabsehbare wirtschaftliche Folgen konträrer Judikate am Beispiel von VGH Kassel und VGH Mannheim.....	336
bb)	Stellungnahmen der Europäischen Kommission übergegangen	337

cc)	Rechtstatsächliche Folgen widersprechender fachgerichtlicher Entscheidungen	338
4.	Weder Grundfreiheiten vorübergehend außer Kraft noch Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts durch Wei- tergeltensanordnung suspendiert	339
a)	Rechtslage nach Ablauf der bundesverfassungsgericht- lich gewährten Übergangsfrist.....	339
aa)	Theorie des OVG Münster zur vorübergehenden Außerkraftsetzung der Grundfreiheiten	339
bb)	Kritik an der Suspendierung des Anwendungsvor- rangs des Gemeinschaftsrechts.....	340
b)	Kein Rückschluss vom bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab auf die Gemeinschaftsrechtskonfor- mität der Interims-Rechtslage möglich	342
5.	Verhältnismäßigkeitsprüfung durch nationale Gerichte ist auch an den gemeinschaftsrechtlich definierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.....	342
II.	Einbeziehung europarechtlicher Fragen in die Entschei- dungspraxis des Bundesverfassungsgerichts erforderlich.....	343
1.	Ausklammerung europarechtlicher Fragen durch das Bundesverfassungsgericht problematisch	343
2.	Keine Heilung gemeinschaftsrechtlicher Defizite durch Weitergeltensanordnung.....	344
3.	Dogmatische Umsetzung einer Lösung.....	345
a)	Art. 10 EG verpflichtet auch das Bundesverfassungsge- richt zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschafts- rechts.....	345
b)	Bundesverfassungsgericht zur Erweiterung seines Prü- fungsmaßstabs nicht nur berechtigt, sondern auch ver- pflichtet.....	346
c)	Integration der Prüfung der Gemeinschaftsrechtskon- formität im Rahmen der so genannten Schranken- Schranken der nationalen Wirtschaftsgrundrechte.....	347
4.	Vorlagepflicht an den EuGH	348

5. Bindung auch des Bundesverfassungsgerichts an den gemeinschaftsrechtlich definierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	348
III. Ausgleich für private Glücksspielanbieter und –vermittler unter dem Gesichtspunkt des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.....	349
1. Ausgangsüberlegungen.....	349
2. Allgemeine Grundlagen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.....	350
a) Rechtsgrundlage und Schadensfolgen.....	350
b) Anforderungen an die verletzte Rechtsnorm, den Verstoß und die Kausalität	351
c) Rechtswegfragen	352
3. Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch auch wegen judikativen Unrechts	352
a) „Oddset“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als judikatives Unrecht in diesem Sinne?.....	352
b) Spätere letztinstanzliche Entscheidungen als judikatives Unrecht in diesem Sinne?.....	353
4. Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wegen administrativen Unrechts	354
a) Besonderheiten im Fall des administrativen Unrechts gegen private Glücksspielanbieter.....	354
aa) Offenkundigkeit des Gemeinschaftsrechtsverstosses.....	354
bb) Kein Ausschluss wegen des Vorrangs primären Rechtsschutzes.....	355
cc) Haftende Körperschaften.....	355
dd) Schäden der privaten Anbieter und Vermittler	355
b) Zum Stand der Rechtsprechung zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch wegen administrativen Unrechts gegen private Glücksspielanbieter	356
§ 36 Monopol oder Liberalisierung? Entscheidung allein auf der Grundlage nationalen Rechts nicht möglich	358
I. Monopol als besonders intensive Form der Wettbewerbseinschränkung.....	358

1. Staatsmonopol weder geeignet noch zwingend erforderlich zur Erreichung der angestrebten Ziele.....	359
a) Geeignetheit des Monopols	359
b) Notwendigkeit des Monopols.....	361
c) Bedeutung für die Beurteilung des GlüStV.....	363
2. Alternativen zum Staatsmonopol, auch unter ökonomischen und volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten	364
a) Regelung einer dualen Glücksspielordnung über GewO und UWG.....	364
b) Ökonomische und volkswirtschaftliche Vorteile einer dualen Glücksspielordnung	366
c) Zwischenergebnis	367
II. Zur Europarechts-Konformität des GlüStV	367
1. Stand der Entwicklungen und Ratifizierung durch die Bundesländer	367
2. Problem der Anwendbarkeit des EG-Vertrages auf Glücksspiele	369
3. Einzelne problematische Bestimmungen des GlüStV	369
a) § 4 Abs. 4 GlüStV	370
b) § 5 GlüStV	370
4. Insbesondere: Die Prolongierung des Staatsmonopols	372
a) Staatsangebote als Spiegel der Wünsche der Bevölkerung?	373
b) Liberalere Ansichten im europäischen Ausland.....	373
c) Die Sichtweise der Europäischen Kommission	374
d) Höchstrichterliche deutsche Fachrechtsprechung zum Staatsmonopol	375
5. Ergebnis und Bewertung	375
KAPITEL 8 ZUSAMMENFASSUNG	377
VERZEICHNIS BESONDERER ABKÜRZUNGEN	387
LITERATURVERZEICHNIS	388