Staatliche Unternehmen und Privatwirtschaft im Wettbewerb

Heike Schweitzer

Thesen

- Subsidiaritätsprinzip zu Lasten öff. Unternehmen u.U. wünschenswert; praktische Wirksamkeit zweifelhaft. Gute Alternative: Unionsrechtliche Neutralität ggü. Eigentumsverhältnissen, verbunden mit strenger Kontrolle von Marktzutrittshindernissen und Verbot aller staatlichen Maßnahmen, die die Chancengleichheit im Wettbewerb beeinträchtigen.

- Grds. identischer Unternehmensbegriff in GWB/AEUV. Aber Unternehmensbegriff wird in D immer noch staatsfreundlich ausgelegt. Nur wesensgemäß mit Hoheitsbefugnissen verbundene Tätigkeiten sind nicht-wirtschaftlich! Öffentlich-rechtl. Nutzungsverhältnis reicht nicht aus!

- Neuere Rspr. zu Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV begrüßenswert: Klare Auslegung als GefährdungsTB; Überprüfung staatl. Maßnahme auf negative Strukturwirkungen im Wettbewerb. Relativiert Instrumentalfunktion von öff. Unternehmen im Wettbewerb.

- Allerdings: Keine unionsrechtliche Pflicht zur Ausschreibung von grds. gerechtfertigten Ausschließlichkeitsrechten / den MS verbleibt Möglichkeiten zur Eigenerbringung durch die öff. Hand. Aber: Ansatzpunkte für eine Weiterentwicklung der Rspr. existieren.

    - BGH geht auf der Grundlage von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 46 EnWG in Rspr. zur Vergabe von Wegekonzessionen für Energienetze wg. klarer Entscheidung des Gesetzgebers für Ausschreibungswettbewerb bereits über Unionsrecht hinaus.

- Der neue § 130 Abs. 1 S. 2 GWB hat keine nachvollziehbare Grundlage und bleibt bei paralleler Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV ohne Wirkung. Im Übrigen: Ziel der Angleichung der öff.-rechtl. Kontrollmaßstäbe an kartellrechtl. Kontrolle

- Dt. Gesetzgeber sollte erwägen, eine Parallelvorschrift zu Art. 106 Abs. 2 AEUV ins GWB einzuführen.