

# Die Besteuerung der öffentlichen Hand

Verwaltungs- und Steuerrecht der öffentlichen Unternehmen und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Bearbeitet von

Prof. Dr. Jürgen Hidién, Andreas Jürgens, Uwe Baldauf, Thorsten Boos, Jochen Bürstinghaus, Steffen Döring, Dr. Andreas Erdbrügger, Horst Eversberg, Dr. Christian Gastl, Dr. Reiner Gay, Carsten Höink, PD Dr. David Hummel, Dr. Ralf Kohlhepp, Martin Kronawitter, Prof. Dr. Thomas Küffner, Bernd Leippe, Dr. Bastian Liegmann, Dr. Stefan Johannes Lock, Dr. Mathias Lorenz, Manfred Materne, Norbert Meier, Matthias Menebröcker, Andreas Meyer, Ralf Meyer, Christian Möser, Thomas Müller-Marques-Berger, Christoph Münz, Prof. Dr. Gregor Nöcker, Henning Overkamp, Claus-Peter Pithan, Dr. Rainer Rausch, Dr. Michael Rust, Prof. Dr. Joachim Schiffers, Simone Schlewitz, Nora Schmidt-Keßeler, Jan-Volkert Schmitz, Martin Schmitz, Dr. Peter Storg, Dr. Martin Strahl, Christian Trost, Franz Vochsen, Dr. Christina Weidmann, Eike Christian Westermann, Werner Widmann

1. Auflage 2017. Buch. LVIII, 2642 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69941 2

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Steuern > Körperschaftsteuer, Umwandlungssteuerrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

gen. Unter (ertrag-)steuerrechtlichen Gesichtspunkten kann die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisations- und Rechtsform günstig sein, ggf. mit gleichzeitiger Möglichkeit des Vorsteuerabzugs bei umsatzsteuerpflichtiger Betätigung. Rechtsformunabhängig steht die jeweilige staatliche Aufgabenerfüllung im Vordergrund. Moderne Rechts- und Organisationsformen setzen auf Zusammenarbeit und Kooperation der öffentlichen Hände untereinander (zB Zweckverband, Verwaltungspartnerschaften) oder mit Privaten (sog. PPP), um Effizienz und Effektivität der Aufgabenwahrnehmung zu verbessern. Staatsrechtlich zeigt sich ein Legitimitätsvorsprung der öffentlich-rechtlichen Unternehmenswirtschaft.

Die öffentlich-rechtlichen **Handlungsformen** (Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag, schlichte Verwaltungsrealakte, Verwaltungsvorschriften) sind nur der öffentlich-rechtlich tätigen Verwaltung vorbehalten. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung in Form des Verwaltungsprivatrechts, der fiskalischen Hilfs- und Bedarfsgeschäfte und der erwerbswirtschaftlichen Betätigung kann sich nur auf zivilrechtliche Handlungsformen stützen. Die privatrechtlichen Organisationsformen sind generell „kooperationsfreundlicher“ als die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, die grundsätzlich lediglich die Zusammenarbeit verschiedener JPöR zulassen, die Beteiligung Privater aber grundsätzlich ausschließen. Umgekehrt können sich JPöR allerdings an Privaten beteiligen. Insgesamt hat die Bedeutung von Kooperationen generell praktisch zugenommen. **438**

## 8. Fazit

Der kursorische Blick auf das Organisationsrecht hat gezeigt, dass die öffentlichen Hände eine Vielzahl von Rechts-, Organisations- und Handlungsformen für die hoheitliche und wirtschaftliche Aufgabenerfüllung auswählen, nutzen und ausgestalten dürfen. Insoweit steht den öffentlichen Händen nicht nur ein weites Aufgriffs- und Zugriffsermessen hinsichtlich des „Ob“ einer Wirtschaftsinitiative zu, sondern auch ein weitgehendes Organisationsermessen hinsichtlich des „Wie“ einer Wirtschaftsinitiative. Dieses Ergebnis entspricht der prinzipiellen Offenheit der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung. Andererseits können sich aus den einfachen Gesetzen und der Verfassung selbst auch Grenzen dieses Aufgriffs- und Organisationsermessens ergeben. Dies betrifft besonders die kommunalen Unternehmen und den finanziellen Schutz ihrer kommunalen Eigner vor rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken. Das Staatsrecht öffnet sich auch neuen Formen der Kooperation zwischen öffentlicher Hand und Privaten, insbes. privaten Unternehmen (sog. PPP-Projekte). Ein allgemeines Verwaltungskooperationsrecht besteht allerdings noch nicht. Auch besteht bisher keine eigene Rechts- und Organisationsform gerade für öffentliche Unternehmen. **439**

Bei der staatlichen Aufgabenerfüllung kann sich die JPöR grundsätzlich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsformen bedienen wählen. Dies entspricht dem vorherrschenden **Grundsatz der Formenwahl** der Exekutive. Wählt eine JPöR eine **privatrechtliche Rechtsform** wie zB eine Eigengesellschaft oder Beteiligungsgesellschaft, so ist das Handeln privatrechtlich zu beurteilen und nach den für diese Rechtsform geltenden Vorschriften **440**

zu besteuern. Dies ist für die Steuerbarkeit nach dem KStG (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) von Bedeutung. In der Regel liegen hier daher steuerbare Tatbestände nach dem KStG und dem UStG vor. Aus der privatrechtlichen Form folgt regelmäßig ein unternehmerisches, wirtschaftliches Handeln im Gegensatz zum hoheitlichen Handeln. Dies gilt jedenfalls zwingend im Mehrwertsteuerrecht in seiner Auslegung durch den EuGH,<sup>448</sup> der ein eher formales Verständnis der „öffentlichen Gewalt“ zugrunde legt. Demgegenüber fragt ein materielles Verständnis der „öffentlichen Gewalt“, das Teile der nationalen Rechtsprechung zugrunde legen, nach Wesen und Zweck der Tätigkeit.<sup>449</sup> Hier indiziert die privatrechtliche Form allenfalls den Gewerbebetrieb.

441 Für die verwaltungs- und auch steuerrechtliche Dogmatik besonders der **Privatisierung** von staatlichen Aufgaben ist von Bedeutung, ob die JPöR eine Aufgabe weiterhin erfüllt und erfüllen muss oder ob sie sich der Aufgabe bzw. ihrer Erfüllung (nahezu ganz) entledigt und sie dem weitgehenden Belieben eines Privaten überträgt. Hieraus ergibt sich die Unterscheidung zwischen formeller (unechter) und materieller (echter) Privatisierung. Im kommunalen Bereich zeigen sich derzeit Tendenzen der Rekommunalisierung vormalig privatisierter kommunaler wirtschaftlicher Aufgaben.

442 Wählt die JPöR eine **öffentlich-rechtliche Rechtsform** wie etwa die Kommunen mit ihren Eigenbetrieben oder Regiebetrieben respektive der AöR (Kommunalunternehmen), so ist die steuerrechtliche Einordnung einer Tätigkeit abhängig davon, ob ein hoheitliches oder ein privatwirtschaftliches Handeln gegeben ist, da die öffentlich-rechtliche Rechtsform privatrechtliches und privatwirtschaftliches Handeln nicht per se ausschließt. Ist die Tätigkeit dem wirtschaftlichen Bereich zuzuordnen, liegen idR steuerbare Tatbestände vor. §§ 1 Abs. 1 Nr. 6, 4 KStG besteuern hier JPöR nur, sofern sie BgA unterhalten. Ist die Tätigkeit dem hoheitlichen Bereich oder der bloßen Vermögensverwaltung zuzuordnen, liegen idR keine steuerbaren Tatbestände vor. Auch insoweit entscheidet sich die Zuordnungs- und Zurechnungsfrage danach, ob die „öffentliche Gewalt“ eher formell oder materiell verstanden wird.

443 Dem aktuellen nationalen Steuerrecht und auch dem europäischen Mehrwertsteuerrecht liegt insoweit die grundsätzliche Dichotomie zwischen **Hoheitsbetrieben und Wirtschaftsbetrieben** zugrunde. Allerdings kann sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht ein Überschneidungsbereich bestehen: die Ausübung öffentlicher Gewalt bzw. hoheitlicher Befugnisse schließt nicht zwingend und a priori eine wirtschaftliche Betätigung und damit eine Steuerbarkeit aus. Maßgebendes, aber vages Kriterium ist sowohl in § 4 KStG als auch in § 2 Abs. 3 UStG aF iVm Art. 13 MwStSystRL die Wettbewerbsrelevanz der Betätigung der JPöR. Die staatliche **Vermögensverwaltung** nimmt staats- und steuerrechtlich de lege lata eine noch nicht abschließend geklärte Zwischenstellung ein und ist wegen verminderter Wettbewerbsrelevanz allenfalls beschränkt körperschaftsteuerpflichtig und nur begrenzt umsatzsteuerpflichtig.

<sup>448</sup> EuGH v. 17.10.1989, C-231/87, Comune di Carpaneto Piacentino, Slg. 1989, 3233 Rn. 12 ff. zur Vorgängerregelung des Art. 13 MwStSystRL.

<sup>449</sup> BFH v. 21.11.1967, I 274/64, BStBl II 1986, 218 zu § 4 KStG.

## **D. Europarechtliche Vorgaben für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand**

### **I. Einleitung**

Der folgende Abschnitt stellt die europarechtlichen Grundlagen der staatswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand dar. Diese gehen den steuerrechtlichen Grundlagen der staatswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand voraus, prägen und (mit-)bestimmen diese grosso modo. Insbesondere interessieren ihre Zulässigkeit (das „Ob“) sowie modale Vorgaben (das „Wie“) des primären und sekundären Unionsrechts für die staatliche Wirtschaftsinitiative, besonders für öffentliche Unternehmen. Im Zentrum stehen hier wettbewerbsrechtliche Vorgaben des primären und sekundären Unionsrechts zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, die die (Existenz-)Berechtigung des in allen Mitgliedsstaaten überlieferten und zT mächtigen „staatswirtschaftlichen Sektors“ nicht grundsätzlich antasten. Später folgen die einschlägigen europarechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Besteuerung der öffentlichen Hand.<sup>450</sup> Die Ausführungen müssen sich im Hinblick auf den Schwerpunkt des Themas der Besteuerung auf einen Überblick beschränken. Das wettbewerbsrechtliche sog. Beihilfeverbot hat allerdings bereits steuerrechtliche Fernwirkungen.

### **II. Grundlagen**

#### **1. Vorrang des Unionsrechts**

Das Europarecht, das gegenüber dem nationalen Recht (Anwendungs-) Vorrang einfordert, überlagert das Staats- und Steuerrecht der (erwerbs-) wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hände nicht generell, sondern nur punktuell und modal.<sup>451</sup> Hinsichtlich des hier zunächst interessierenden Verfassungs- und Verwaltungsrechts respektiert das Europarecht grundsätzlich das gewachsene nationale Verwaltungsrecht der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hände der Mitgliedstaaten und ihre unterschiedlichen Wirtschaftstraditionen. Dies gilt für das primäre wie für das sekundäre Unionsrecht, insbesondere für die Zulässigkeit der öffentlichen Wirtschaftsinitiative (das „Ob“). Dagegen interessiert sich das Unionsrecht grundsätzlich nicht für die Organisation und die Untergliederungen der Mitgliedstaaten.<sup>452</sup>

#### **2. Bindungsreichweite des Unionsrechts**

Hinsichtlich der Ausgestaltung der öffentlichen Wirtschaftsinitiative (das Wie) gilt freilich der allgemeine Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten ihre Zu-

<sup>450</sup> Vgl. unten § 2 D.

<sup>451</sup> Zum Folgenden *Kapp/Meßner* in: *Fabry/Augsten*, S. 141 ff.; *Stober* in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht II*, 7. Aufl. 2010, § 92 Rn. 54 ff., § 94 Rn. 7 ff.; *Ronellenfisch/Stein* in: *Hoppe/Uechtritz/Reck*, § 3 Rn. 14 ff.; *Ehlers* in: *Wurzel/Schraml/Becker*, S. 12 ff.

<sup>452</sup> *Ehlers* in: *Wurzel/Schraml/Becker*, S. 13.

### § 1 447, 448

#### 1. Teil. Staats- und europarechtliche Grundlagen

ständigkeiten in Übereinstimmung mit dem EU-Recht ausüben müssen. Im Rahmen des primären Unionsrechts und auf der Grundlage des sekundären Unionsrechts hat die EU allerdings zur Verwirklichung des Wettbewerbsprinzips (Art. 3 Abs. 3 EUV) wirtschaftsrechtliche (De-)Regulierungsbefugnisse, die auch die nationalen öffentlichen Hände betreffen. Sowohl die Regulierung, aber mehr noch die Deregulierung kann die nationalen Gestaltungs- und Handlungsspielräume der öffentlichen Hände erheblich begrenzen<sup>453</sup> (Bsp.: Landesbanken). Aus dieser Sicht kann das Unionsrecht wirtschaftliche Initiativen schützen *und* beschränken. Dementsprechend ergeben sich zumindest Reflexwirkungen zugunsten der privaten Konkurrenz. Dagegen sind die europarechtlichen Vorgaben für die Besteuerung namentlich im Mehrwertsteuerrecht strikter und überlagern sogar, wie sich aus Art. 13 MwStSystRL ergibt, den Hoheitsvorbehalt der öffentlichen Hand.

447 Das europäische Recht bindet die Mitgliedstaaten und ihre Verwaltungseinheiten, unabhängig von der staatsinternen Organisation im Rahmen des Bundesstaates und der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung. Es bindet daher grundsätzlich auch öffentliche und kommunale Unternehmen. Die Bindungen gelten dem Gesetzgeber, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Sie gelten mithin nicht nur für das Verwaltungsrecht, sondern auch für das Steuerrecht der öffentlichen Unternehmen. Dies gilt auch für das direkte Steuerrecht, ungeachtet der Tatsache, dass die Steuerautonomie hier nahezu vollständig noch bei den Mitgliedstaaten liegt. Diese müssen ihre Zuständigkeiten nach allgemeiner Doktrin unionsrechtskonform ausüben. Dies betrifft besonders das europäische Wettbewerbsrecht. Speziell Steuergesetzgebung und Steuervollzug in Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen können daher ebenfalls besonders in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine europarechtswidrige Diskriminierung der privaten Wettbewerber darstellen.

### III. Primäres Unionsrecht

#### 1. Allgemeine Vorgaben

##### a) Grundsatz

448 Das europäische Primärrecht (EU-Grundrechte-Charta, EUV, AEUV) enthält keine konkreten und expliziten Vorgaben zugunsten oder zulasten der staatswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hände (das „Ob“). Vielmehr ist das Europarecht grundsätzlich durch „Neutralität und Gestaltungsfreiheit“<sup>454</sup> gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hände gekennzeichnet, sichert aber im Modus des „Wie“ der Betätigung optimale Wettbewerbsbedingungen aller Wirtschaftsakteure. Insbesondere verpflichtet das EU-Recht die öffentliche Hand nicht auf die Verfolgung öffentlicher Gemeinwohlzwecke und enthält auch keine wirtschaftliche **Subsidiaritätsklausel** zugunsten der Privatwirtschaft, wie sie teilweise den kommunalrecht-

<sup>453</sup> Ronellenfitsch/Stein in: Hoppe/Uechtritz/Reck, § 3 Rn. 14.

<sup>454</sup> Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 20.9.2000, KOMM (2000) 580 endg.

lichen Grundregelungen für die Errichtung kommunaler Unternehmen zugrunde liegt. Mit Blick auf die Nähe der Grundfreiheiten und des objektiv- und subjektivrechtlichen Unionsrechts zur sozialen Marktwirtschaft und zur Finalität des Binnenmarkts (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV) ist die Staatswirtschaft allerdings nicht der Regelfall der europäischen Wirtschaftsverfassung und kann im Einzelfall rechtfertigungsbedürftig sein. Andererseits respektiert das europäische Primärrecht die unterschiedlichen Verfassungstraditionen und ordnungspolitischen Leitbilder der Mitgliedstaaten gerade im Hinblick auf die Staatswirtschaft.

Dagegen enthält das EU-Recht wesentliche modale Rahmenbedingungen für die gesamte wirtschaftliche Betätigung auch des Staates. Zu diesen ineinandergreifenden, wettbewerbsrelevanten Regelungen gehören besonders das Vergaberecht, das Beihilferecht, das Kartellrecht und das Recht öffentlicher Unternehmen, die sich am Primat der Wettbewerbsfähigkeit orientieren.<sup>455</sup> In bestimmten Fällen lässt sich dem Primärrecht sogar eine positive Wertentscheidung zugunsten einer wirtschaftlichen Betätigung staatlicher Einrichtungen entnehmen, wie etwa bei staatlichen (aber auch privaten) Hochschulen gem. Art. 179 Abs. 2 AEUV. 449

#### b) Wirtschaftsverfassung und öffentliche Unternehmen

Die Frage, ob der Union, namentlich dem primären Unionsrecht, eine bestimmte Wirtschaftsverfassung zugrunde liegt, die ggf. der öffentlichen Hand öffentliche Unternehmen untersagt, stellt sich in ähnlicher Weise wie unter dem Grundgesetz. Auch hier ergibt sich mit Blick auf das Primärrecht das *Leitbild* einer offenen europäischen Wirtschaftsordnung, die ausdrücklich das Ziel einer **offenen wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft** verfolgt (Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 119, 120 AEUV). Eingriffe in den Markt bedürfen auch nach dem unionsrechtlichen Verfassungsverständnis einer besonderen Legitimation durch kollidierendes anderes Primärrecht.<sup>456</sup> Der „Grundsatz“ ist mehr als ein bloßer Programmsatz, bedarf aber primär- und sekundärrechtlicher Konkretisierung. Insbesondere das Wettbewerbsrecht erlaubt regulierende staatliche Eingriffe zu seiner Absicherung im Sinne einer marktkonformen Intervention. Für die hier interessierenden Fragen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und ihrer Besteuerung erlaubt der Grundsatz keine direkten Ableitungen und Schlussfolgerungen. 450

Das Unionsrecht bekennt sich zwar zum „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft“, lässt die überlieferte Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten aber unberührt (Art. 345 AEUV). Diese sind insoweit autonom. Insbesondere dürfen die Mitgliedstaaten danach ihren „öffentlichen Sektor“, der in den einzelnen Staaten eine unterschiedliche Tradition und Bedeutung hat, grundsätzlich selbstständig regeln. Das betrifft im rechtlichen Grundsatz auch die Privatisierungs- und Verstaatlichungspolitik.<sup>457</sup> 451

<sup>455</sup> Zu diesem „ganzheitlichen“ Wettbewerbsansatz *Holoubek*, VVDStRL 60 (2001), 575, 588.

<sup>456</sup> *Ronellenfisch/Stein* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, S. 37; *Stober* in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 92 Rn. 54.

<sup>457</sup> *Ehlers* in: Wurzel/Schraml/Becker, S. 14.

- 452 Hierzu hat der EuGH<sup>458</sup> im Jahre 2013 in einem niederländischen Fall entschieden, dass es europarechtlich zulässig ist, wenn die EU-Mitgliedstaaten privaten Investoren gesetzlich verbieten, Kapital an staatlichen Elektrizitäts- und Gasverteilernetzbetreibern zu erwerben und zu halten. Dieses absolute Privatisierungsverbot ist insbesondere durch Art. 345 AEUV geschützt. Gleichwohl fällt es auch in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV, auf den sich die klagenden Energieunternehmen berufen hatten. Allerdings ist die Beschränkung der Grundfreiheit nach Ansicht des EuGH gerechtfertigt: Die Ziele, die der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers bezüglich der Eigentumsordnung zugrunde liegen, sind zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Dies gilt etwa für das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs, den Verbraucherschutz und die Sicherheit der Energieversorgung. Dies gilt nicht für „rein wirtschaftliche Motive“.
- 453 Dieser europarechtliche Befund eines möglichen Vorrangs gemeinwohlgebundener Unternehmen folgt auch aus Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV. Die Regelungen setzten die Existenz öffentlicher Unternehmen voraus und treffen sogar eine ausdrückliche Grundentscheidung für die (Ko-)Existenz, aber auch Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen im Unionsrechts. Auch das Sekundärrecht lässt das „Ob“ der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hände unberührt. Insbesondere das europäische Wettbewerbs- und Beihilferecht (vgl. Art. 106 AEUV) ist insoweit ordnungspolitisch neutral. Insbesondere sind den Mitgliedstaaten Diskriminierungen und Wettbewerbsbenachteiligungen öffentlicher und gemeinwohlgebundener Unternehmen untersagt. Insoweit unterscheidet sich das deutsche Gemeindefirtschaftsrecht vom Unionsrecht, da ersteres zum Schutz der Kommunen und der kommunalen Selbstverwaltung an die kommunale Wirtschaftsinitiative erhöhte Anforderungen stellt als an die Gründung von Unternehmen durch Private.

### c) Kommunale Selbstverwaltung

- 454 Soweit die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, hier der Kommunen, überhaupt in den Schutzbereich und Kern der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 GG fällt,<sup>459</sup> ist dieser nationale Rechtsbestand ohnehin nicht europafest.<sup>460</sup> Insbesondere gehört die kommunale Selbstverwaltung wohl kaum zum Identitätskern der Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG. Vielmehr hat die EU die Befugnis, auch zahlreiche Bereiche der Kommunalwirtschaft mit zu regeln und nimmt diese Zuständigkeiten auch in Anspruch.
- 455 Gleichwohl muss die Union nach der Generalklausel des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV die nationale Identität der Mitgliedstaaten achten. Dazu gehören ausdrücklich auch Formen der regionalen und lokalen Selbstverwaltung, die in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gewachsen und geschützt ist. Dies hat die EU institutionell im Ausschuss der Regionen anerkannt (Art. 300 Abs. 3 AEUV). Diese primärrechtlichen allgemeinen Vorgaben sind zugleich im

<sup>458</sup> EuGH v. 22.10.2013, C-105/12.

<sup>459</sup> Oben Rn. 61.

<sup>460</sup> Näher *Ronellenfitsch/Stein* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, S. 35.

Licht der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung aus dem Jahr 1985 auszulegen und zu konkretisieren.<sup>461</sup> Denn alle 28 Mitgliedstaaten haben die Charta ratifiziert und als Standard und Teil des europäischen, gemeinschaftlichen Besitzstandes anerkannt. Sie spielen konkret eine Rolle bei der Ausübung der den Kommunen auch verfassungsrechtlich gewährleisteten kommunalen Organisationshoheit. Art. 10 Nr. 1 der Charta lautet: „Die kommunalen Gebietskörperschaften sind bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten berechtigt, zusammenzuarbeiten und im Rahmen der Gesetze Verbände zu bilden, um Aufgaben von gemeinsamem Interesse durchzuführen.“ Hieraus können sich – bisher nicht in der Rechtsprechung aktualisierte – Schutzpflichten zugunsten der **interkommunalen Zusammenarbeit** der Kommunen ergeben.

Allerdings haben Union *und* Mitgliedstaaten die Aufgabe, die sog. **Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** rechtlich zu gestalten und zu gewährleisten, wozu auch Einrichtungen und Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge gehören. Hierzu hat Art. 106 AEUV bestimmte Unternehmen wettbewerbsrechtlich privilegiert. Die wettbewerbsrechtliche Sonderregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV (früher: Art. 86 Abs. 2 EUV) schützt auf dem Hintergrund des Art. 14 AEUV zwar auch private Unternehmen, die Gemeinwohlaufgaben erfüllen. Ihre Entstehung verdankt sie aber einem wirtschafts- und sozialpolitischen Modell der europäischen Daseinsvorsorgepolitik, das in Deutschland besonders den kommunalen Unternehmen zugutekommen soll.<sup>462</sup>

## 2. Grundfreiheiten und Unionsgrundrechte

### a) Rechtsverpflichtung öffentlicher Unternehmen

Die europäischen binnenmarktfinalen Grundfreiheiten verpflichten die Mitgliedstaaten und ihre Verwaltungseinheiten. Hierzu gehören auch Eigen- gesellschaften und gemischt-öffentliche Unternehmen der öffentlichen Hand sowie gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, sofern bei letzteren jedenfalls ein beherrschender Einfluss der öffentlichen Hand, etwa qua Anteilmehrheit, besteht.<sup>463</sup> Grundsätzlich sind die öffentlichen Unternehmen auch an die Unionsgrundrechte gebunden. Ähnliche Bindungen ergeben sich, wie erwähnt, an die deutschen Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Nicht abschließend geklärt sind verfassungs- und europarechtliche Statusfragen gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, die maßgeblich von Privaten beherrscht werden.

*Beispiel:* Die Stadtwerke M GmbH (100% im Besitz der Stadt M) weigert sich, ihr Leitungsnetz ausländischen privaten Konkurrenten aus der EU zur Verfügung zu stellen. Dies kann eine unzulässige Diskriminierung darstellen.

<sup>461</sup> *Englisch*, UR 2013, 575 mit Bezug auf den europarechtlichen Schutz der interkommunalen Zusammenarbeit. Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, EuGH v. 4.6.2008, C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 85.

<sup>462</sup> Näher unten Rn. 484 ff.

<sup>463</sup> EuGH v. 12.12.1990, C-302/88, Hennen/H Olie, Slg. 1990, I-4625 Rn. 16; *Ehlers* in: Wurzel/Schraml/Becker, S. 15.



**b) Rechtsberechtigung öffentlicher Unternehmen**

- 459 Von der Rechtsbindung ist die Berechtigung zu unterscheiden. Zu den unternehmensbezogenen Grundfreiheiten gehören die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 AEUV), die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) und das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV). Objektivrechtlich und primärrechtlich ist zudem die Wettbewerbsfreiheit als zentrales Merkmal des Binnenmarktes (Art. 26 AEUV, Art. 3 Abs. 3 EUV) geschützt.<sup>464</sup>
- 460 Aus den Grundfreiheiten namentlich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 54, 62 AEUV) folgt hier, dass auch öffentliche Unternehmen grundsätzlich durch die Grundfreiheiten nicht nur gebunden, sondern auch geschützt sind.<sup>465</sup> Auch hier werden ein erwerbsbezogenes, grenzüberschreitendes Verhalten des Unternehmens und ein Diskriminierungsstatbestand vorausgesetzt. Die Unionsgrundrechte stehen den öffentlichen Unternehmen als Verwaltungseinheiten dagegen grundsätzlich nicht zu.<sup>466</sup>
- 461 *Beispiel:* Der Stadtwerke GmbH M (51% im Besitz der Stadt) wird der Zugang zum niederländischen Energiemarkt verweigert. Die GmbH kann sich grundsätzlich nicht auf die Unionsgrundrechte berufen.
- 462 Unstritten ist, ob öffentliche Unternehmen *darüber hinaus* ein allgemeines europäisches Grundfreiheitsrecht auf Gleichbehandlung mit den privaten Unternehmen auch und gerade gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat zusteht.<sup>467</sup> Dieses Recht würde sich besonders gegen die gemeindefinanzierten Einschränkungen für kommunale Unternehmen richten.

**3. Europäisches Wettbewerbsprinzip und Wettbewerbsrecht**

**a) Begriff des Unternehmens**

- 463 Das primäre europäische Wettbewerbsrecht setzt zunächst in Art. 101, 106, 107 AEUV ein „Unternehmen“ voraus. Der **wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff** wird extensiv und funktional verstanden.<sup>468</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>469</sup> umfasst der Begriff eine jede selbstständige, wirtschaftlich tätige Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Wirtschaftlich ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (Anbieterfunktion). Hierzu gehören grundsätzlich auch öffentliche Unternehmen.

<sup>464</sup> Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. 3, S. 527.

<sup>465</sup> Ehlers in: Wurzel/Schraml/Becker, S. 15 f.; näher Naumann/Schmitz, NWVBl 6/2011.

<sup>466</sup> Stober in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 92 Rn. 67 mwN.

<sup>467</sup> Zu Recht ablehnend Ehlers in: Wurzel/Schraml/Becker, S. 15.

<sup>468</sup> Bungenberg in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, S. 110.

<sup>469</sup> EuGH v. 10.1.2006, C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Slg. 2006, I-289 Rn. 107 ff. mwN.; EuGH v. 19.2.2002, C-309/99, Wouters, Slg. 2002 I-1577 Rn. 45 ff.; EuGH v. 18.6.1998, C-35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851 Rn. 36; EuGH v. 11.12.1997, C-55/96, Job Centre, Slg. 1997 I-7119 Rn. 21; EuGH v. 16.11.1995, C-244/94, Fédération Française, Slg. 1995, I-4013 Rn. 14; EuGH v. 23.4.1991, C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; EuGH v. 16.6.1987, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599 Rn. 7.