

Band 2 Kommunale Wirtschaft

Bearbeitet von
Prof. Dr. Thomas Mann, Prof. Dr. Dr. Günter Püttner

3., völlig neu bearbeitete Auflage 2011 2011. Buch. xxix, 706 S. Hardcover

ISBN 978 3 540 77526 3

Format (B x L): 15,5 x 23,5 cm

Gewicht: 1251 g

[Wirtschaft > Verwaltungspraxis > Kommunal- und Regionalverwaltung](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

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.

§ 39 Kommunalwirtschaftliche Aktivitäten als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Winfried Kluth

Schrifttum

O. M. Andresen, Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau versorgungspolitisch motivierter Marktinterventionen, 2005; M. Bullinger, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, JZ 2003, 597 ff.; M. Burgi, Das öffentliche Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 32 (1997), 261 ff.; ders., Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, VerwArch 93 (2002), 255 ff.; ders., Künftige Aufgaben der Kommunen im sozialen Bundesstaat, DVBl. 2007, 70 ff.; S. Broß, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, 874 ff.; T. v. Danwitz, Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 251 ff.; J. Essebie, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Art. 86 II EG, 2005; E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; J. Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001; T. Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005; C. Franzius, Die Europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, Der Staat (45) 2006, 547 ff.; ders., Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat (42) 2003, 489 ff.; J. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, 2000; R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002; W. Kahl, Freiheitsprinzip und Sozialprinzip in der Europäischen Union, in: H. Bauer/D. Czybulka/W. Kahl/A. Vosskuhle (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt, 2006, S. 75 ff.; J. A. Kämmerer, Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen“, NVwZ 2002, 1041 ff.; W. Kluth, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung öffentlicher Finanzinstitute angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2002/I, 2003, S. 111 ff.; ders., Zur Bedeutung des Art. 16 EGV für die Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch die Kommunen, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa, 2002, S. 68 ff.; M. Knauff, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, 2004; M. Krajewski, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, DÖV 2005, 665 ff.; A. Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009; C. Linder, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union. Primärrechtliche Grundzüge eines Rechts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, 2004; E.-J. Mestmäcker, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext. Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV, in: F. Ruland/B. Baron v. Maydell/H.-J. Papier (Hrsg.), FS für Hans F. Zacher, 1998, S. 635 ff.; J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001; R. Ruge, Das Grünbuch der

EG-Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge – Neue Konturen für einen alten Irrwisch?, ZRP 2003, 353 ff.; W. Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: J. I-sensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, S. 1049 ff.; R. Schmidt, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat (42) 2003, 225 ff.; H. Schweitzer, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, 2001; S. Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009; S. Storr, Der Staat als Unternehmer, 2001; H.-H. Trute, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 329 ff.; G. v. Unruh, Vorsorge für das Dasein, DÖV 2005, 779 ff.

Inhaltsübersicht

Rn.

A. Dienste von allgemeinem wirtschaftliche Interesse als gemeinschaftsrechtliche Kategorie zur Erfassung der Kommunalwirtschaft	1
I. Kommunalwirtschaft zwischen Staat und Markt	1
II. Der gemeinschaftsrechtliche Kontext der Kommunalwirtschaft	7
B. Rechtskategorien zur Erfassung und Verortung der Kommunalwirtschaft	10
I. Die Bereitstellung von Sach- und Dienstleistungen als Begriffskern der Kommunalwirtschaft	10
II. Abgrenzung von hoheitlicher Leistungsverwaltung	11
III. Zuordnung eines Unternehmens zu einer Kommune	14
C. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als genuin gemeinschaftsrechtliche Begriffskategorie	15
I. Die begrifflich-konzeptionelle Eigenständigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	15
II. Bezüge zu (französischem) service public und (deutscher) Daseinsvorsorge	16
III. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	18
1. Begriffsgenese	19
2. Begriffsverständnis	20
3. Definitiorische Klärung oder kasuistische Konturierung	21
IV. Terminologische und funktionale Unterschiede zwischen Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht	23
1. Funktionaler Regelungsansatz des Gemeinschaftsrechts	23
2. Die öffentliche Zweckbindung als Besonderheit des deutschen Kommunalwirtschaftsrechts	26
3. Das Verhältnis beider Regelungsebenen zueinander	28
D. Kommunalwirtschaft und EU-Wettbewerbsrecht	30
I. Anwendungsbereich	31
1. Funktionaler Unternehmensbegriff	31
2. Erfassung von Beteiligungen	32
3. Binnenmarktrelevanz	33
II. Ausnahmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	35
1. Überblick	36
2. Akt der Betrauung	38
3. Vorliegen einer besonderen Aufgabe	40
4. Sachliche Rechtfertigung von Sonderrechten	43
5. Beschränkte Reichweite der Sonderrechte	44

III. Einfluss des Beihilfen- und Vergaberechts auf die Kommunalwirtschaft.....	50
1. Geltung des Beihilfenrechts.....	51
2. Auswirkungen auf die organisatorische Gestaltungsfreiheit der Kommunen	53
E. Regelungsgehalt(e) und Funktionen des Art. 14 AEUV	54
I. Genese der Vorschrift.....	55
II. Verhältnis zu Art. 101 ff. AEUV	56
III. Eigenständiger Regelungsgehalt.....	57
1. Daseinsvorsorge als gemeinsamer Wert von Union und Mitgliedstaaten	59
2. Bedeutung für die Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts	60
3. Positive Schutzpflicht	64
IV. Aufgaben der Gemeinschaftsorgane und der Mitgliedstaaten.....	65
1. Befugnisse im Anwendungsbereich des Vertrages	65
2. Sicherung des Funktionierens der Dienste.....	67
3. Kooperations- und Rücksichtnahmepflichten	68
F. Der Gestaltungsspielraum der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Kommunalwirtschaft.....	69
I. Regelungszuständigkeit der Landesgesetzgeber	69
II. Konkretisierung der Zwecke der Kommunalwirtschaft	70
III. Konkretisierung der Instrumente der Kommunalwirtschaft.....	71
G. Unionskompetenz zur Konkretisierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	73
I. Rechtsgrundlage	73
II. Zulässige Regelungsgegenstände.....	74
III. Zuständigkeit und Verfahren	77
H. Ausblick: Gestaltungsspielräume der Kommunen im Bereich der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	78

A. Dienste von allgemeinem wirtschaftliche Interesse als gemeinschaftsrechtliche Kategorie zur Erfassung der Kommunalwirtschaft

I. Kommunalwirtschaft zwischen Staat und Markt

Die industrielle Revolution des 18. Jahrhunderts hat mit dem Kapitalismus und der Kapitalismuskritik auch einen Grundlagenstreit über die Rolle(n) des Staates in der und in Bezug auf die Wirtschaft ausgelöst.¹ Reine und gemäßigte marktwirtschaftliche Modelle standen und stehen dabei reinen und gemäßigten staatswirtschaftlichen Modellen gegenüber.² Die großen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind aus diesem Blickwinkel auch heute noch Beispiele für unterschiedliche Gestaltungsmodelle. So spielen Staatsunternehmen etwa in Frankreich bis in die

¹ Prägnante Übersicht zu den Wirtschaftsmodellen bei *Messner*, Das Naturrecht, 7. Aufl. 1984, S. 981 ff. Siehe auch *Schmidt*, in: FS Stober, 2008, S. 19 ff.

² Übersicht zu den Modellen bei *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl. 2008, § 4.

Gegenwart eine weitaus größere Rolle als dies in Deutschland und Großbritannien der Fall ist.³

- 2 Auf der kommunalen, insbesondere der gemeindlichen Ebene stand die Beantwortung der Frage, in welchen Bereichen eine wirtschaftliche bzw. unternehmerische Betätigung der Kommunen angezeigt ist, seit Beginn dieser Entwicklung unter anderen Vorzeichen. Einerseits stand bei der unternehmerischen Betätigung der Kommunen die Befriedigung spezifisch örtlicher Bedürfnisse im Vordergrund, die unter den (unscharfen) Begriff der Daseinsvorsorge⁴ subsumiert werden. Andererseits gehört es zur **Tradition der Kommunalwirtschaft**, dass über Art und Umfang einer wirtschaftlichen Betätigung vor Ort *politisch*, d.h. nach außerrechtlichen Zweckmäßigkeitskriterien entschieden wird und daher je nach *politischer* Mehrheit unterschiedliche Strategien verfolgt wurden und werden.⁵ Deshalb sind vereinzelt auch (rein) erwerbswirtschaftliche Aktivitäten zu verzeichnen. Die Kommunalwirtschaft ist deshalb in ihren Erscheinungs- und Gestaltungsformen trotz einiger Konstanten⁶ äußerst facettenreich.⁷
- 3 Aus einer juristischen Perspektive stellt sich der Rechtsrahmen der Kommunalwirtschaft als ein nahezu unerschöpfliches Exerzierfeld grundlegender Fragestellungen dar, bei denen es um die Bewältigung von Spannungsverhältnissen bzw. um die Suche nach einem Gleichgewicht und Ausgleich geht. Durch die Einbettung der Kommunalwirtschaft in einen **gemeinschaftsrechtlichen Kontext** ist dies in den letzten Jahren u.a. durch einzelne Judikate des EuGH⁸ noch einmal verdeutlicht worden. Exemplarisch können insoweit folgende Themenfelder hervorgehoben werden:
 - Wettbewerb *versus* Solidarität;
 - autonome Marktstrukturen *versus* (orts-) politische Gestaltung;
 - mitgliedstaatliche / örtlich-kommunale Gestaltungsfreiheit *versus* gemeinschaftsrechtliche Kontrolle;
 - Freiheitsprinzip *versus* Sozialprinzip.⁹

³ Zu Einzelheiten *Toninelli*, The rise and fall of state-owned enterprise in the western world, 2000. Zur „Staatswirtschaft“ in Deutschland siehe *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 11 ff.

⁴ Zu seiner Prägung durch *Ernst Forsthoff* (Die Verwaltung als Leistungsträger) und seiner weiteren Entwicklung siehe nur *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 11 ff.

⁵ Das gilt, bezogen auf die Landesebene, auch für den Rechtsrahmen der Kommunalwirtschaft. So führten Regierungsbeteiligungen der FDP in den letzten Jahrzehnten regelmäßig zu einer „Verschärfung“ der Zulässigkeitsregelungen zugunsten privater Unternehmen. Siehe dazu die *Franz* (Fn. 4), S. 215 ff.; *Schink*, NVwZ 2002, 130 ff.

⁶ Das gilt vor allem für Pflichtaufgaben wie Wasser- und Abwasserversorgung.

⁷ Siehe näher *Franz* (Fn. 4), S. 27 ff.

⁸ EuGH, Rs. C-280/00, Slg. I-2003, 7747 – Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg; EuGH, Rs. C-26/03, Slg. I-2005, 26 – Stadt Halle. Siehe auch *Franz* (Fn. 4), S. 149 ff.

⁹ Dazu *Kahl*, in: FS Schmidt, 2006, S. 75 ff.

Diese Gegensatzpaare umschreiben das Spannungsverhältnis auf verschiedenen Ebenen, nämlich der Ebene des Ordnungsprinzips, der Entscheidungsform und der Kompetenzebene. Es geht demnach sowohl um Sach- als auch um Kompetenzfragen, d.h. darum, welches die bessere *inhaltliche* Antwort für ein konkretes Versorgungsproblem mit Gütern und Dienstleistungen darstellt und *wer* zur (Letzt-) Entscheidung¹⁰ in dieser Frage berufen ist.¹¹

Während das deutsche Verfassungsrecht vor allem in der **Kompetenzfrage** traditionell den Kommunen eine große Gestaltungsfreiheit einräumt, weil die Entscheidung über die Ausgestaltung der Kommunalwirtschaft als Teil des Selbstverwaltungsrechts eingestuft wird,¹² nimmt das Unionsrecht – so jedenfalls eine verbreitete Wahrnehmung – darauf weniger oder kaum Rücksicht.¹³ Das hat seinen Grund darin, dass das Unionsrecht auf innermitgliedstaatliche Kompetenzstrukturen grundsätzlich keine Rücksicht nimmt und alle (mitglied-)staatlichen Aktivitäten den gleichen Anforderungen unterwirft.

Diese zweifelsohne zutreffenden Feststellungen bedeuten indes nicht, dass das **Unionsrecht** der Kommunalwirtschaft (ebenso wie anderen staatlichen Unternehmen¹⁴) weder verständnis- noch konzeptionslos gegenübersteht. In der Rechtsfigur der Dienstleistungen (so der Wortlaut in Art. 106 Abs. 2 AEUV) bzw. Dienste (so der Wortlaut in Art. 14 AEUV) von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verfügt das Primärrecht seit der Ursprungsfassung des EWGV (1958) über ein Modell, das Raum für den Ausgleich von Wettbewerb und Solidarität bzw. Markt- und Politiksteuerung von unternehmerischen Leistungen lässt. Dieses Grundmodell wurde durch den Vertrag von Amsterdam (Einfügung von Art. 16 EGV, nunmehr Art. 14 AEUV) und den Vertrag von Lissabon (Aufnahme der Formulierung „soziale Marktwirtschaft“ in Art. 3 Abs. 3 EUV und Erweiterung des Regelungsgehalts von Art. 14 AEUV) weiterentwickelt. Es gilt deshalb zu zeigen, dass damit auch die Kommunalwirtschaft erfasst wird und herauszuarbeiten, welche inhaltlichen Vorgaben für deren Ausgestaltung damit verbunden sind.

¹⁰ Dies schließt auch den Aspekt der gerichtlichen Kontrolle ein.

¹¹ Ähnliche Differenzierung bei *Krajewski*, DÖV 2005, 665 (670).

¹² *Tettinger*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HKWP, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 11 Rn. 14. Zur Sonderfrage der wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeinde- oder Kreisgebiets *Eisenblätter*, Die extraterritoriale Kommunalwirtschaft, 2007.

¹³ Zu den unions- und gemeinschaftsrechtlichen Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung eingehend *Ruffert*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HKWP, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 38.

¹⁴ Zu ihnen eingehend *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1995; *Storr* (Fn. 3); *Holoubek*, Der Staats als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 513 (518 ff.).

II. Der gemeinschaftsrechtliche Kontext der Kommunalwirtschaft

7 In Wissenschaft und Praxis wurde das Recht der Kommunalwirtschaft lange Zeit ohne intensive Einbeziehung des Gemeinschaftsrechts bearbeitet.¹⁵ Vereinzelt in den achtziger und immer intensiver am Ende der neunziger Jahren wurde die gemeinschaftsrechtliche Dimension der Kommunalwirtschaft im Zusammenhang mit der Durchsetzung von wettbewerbs-, vergabe- und beihilferechtlichen Vorgaben verstärkt wahrgenommen und diskutiert.¹⁶ An die Stelle der nie zutreffenden Einschätzung, die Gestaltungsfreiheit der kommunalen Selbstverwaltung werde durch das Gemeinschaftsrecht nicht tangiert, trat dabei zunächst die Befürchtung, das Gemeinschaftsrecht entziehe einer sinnvollen Gestaltung der kommunalen Daseinsvorsorge die Grundlage.¹⁷ Auch aus diesem Grunde sollte durch die Einfügung von Art. 16 EGV (aufgegangen in Art. 14 AEUV) durch den Amsterdamer Vertrag¹⁸ verdeutlicht werden, dass die **Leistungen der Daseinsvorsorge ein Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells** sind.¹⁹ Durch den Vertrag von Lissabon wurde der Text der Norm ergänzt²⁰ und die Rechtsetzungsbezugnis der Union für die „Grundsätze und Bedingungen“ der Dienste präzisiert.²¹ Dieses grundsätzlich positive Bekenntnis entbindet indes nicht von der Aufgabe, die einzelnen normativen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die Kommunalwirtschaft in ihrem Zusammenspiel zu ermitteln. Dabei kann zwischen folgenden normativen Kontexten unterschieden werden:

- Die Bestimmung der Reichweite der Einbeziehung der Kommunalwirtschaft in den Anwendungsbereich des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts der Art. 101 ff. und Art. 107 f. AEUV (ex Art. 81 ff. und 87 f. EGV).

¹⁵ Siehe exemplarisch *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997.

¹⁶ Siehe nur *Cox* (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000; *Schwarze* (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001; *Henneke* (Hrsg.), Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa, 2002.

¹⁷ So das klassische Bedrohungsszenario; siehe etwa *Knemeyer*, BayVBl. 2000, 449 ff., der u.a. davon spricht, dass die Europäische Union die Kommunen wie „wehrlose Verwalter“ behandle. Siehe auch *Blanke*, DVBl. 1993, 819 ff.; *Faber*, DVBl. 1991, 1126 ff.

¹⁸ Ergänzt durch die Protokollerklärung Nr. 13.

¹⁹ Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge“, ABl. Nr. C 17/4.

²⁰ Die erste Ergänzung in Art. 14 AEUV (ex Art. 16 EGV) bezieht sich auf die „Grundsätze und Bedingungen“, die „insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art“ betreffen sollen.

²¹ Dazu heißt es in Satz 2: „Diese Grundsätze und Bedingungen werden vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.“

- Die Qualifikation kommunalwirtschaftlicher Aktivitäten als öffentliche Unternehmen und die Bedeutung des Art. 345 AEUV (ex Art. 295 EGV - Garantie der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen) in diesem Zusammenhang.
- Die genaue Bestimmung der durch Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex Art. 86 Abs. 2 EGV) eröffneten Handlungs- und Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten und die Zuständigkeit zu deren Anwendung und Überwachung.
- Die Konkretisierung der Schutz- und Handlungspflichten der Gemeinschaftsorgane sowie der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Grund des Art. 14 AEUV (ex Art. 16 EGV).

Die Anwendung dieser normativen Vorgaben führt nach Ansicht der EU-Kommission zu **drei Prinzipien**, die das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zur Kommunalwirtschaft bzw. den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse prägen:

- Die **Neutralität** des Gemeinschaftsrechts **im Hinblick auf öffentliches oder privates Eigentum** an Unternehmen.²²
- Die **Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten** bei der Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge, die (nur) einer Kontrolle auf offenkundige Bewertungsfehler unterworfen ist.²³
- Die Wahrung der **Verhältnismäßigkeit**, die sicherstellt, dass Einschränkungen des Wettbewerbs und Begrenzungen der Freiheiten im Binnenmarkt nicht über das zur wirksamen Erfüllung der Aufgabe notwendige Maß hinausgehen.²⁴

Die Kommunalwirtschaft ist damit strukturell umfassend in einen gemeinschaftsrechtlichen Kontext eingebunden, der ihr heutiges Erscheinungsbild prägt, den Kommunen aber noch ausreichende Gestaltungsspielräume belässt. Insbesondere führen diese Vorgaben nicht zu einem gemeinschaftsweit einheitlichen Erscheinungsbild der staatlichen und kommunalen wirtschaftlichen Betätigungen, weshalb in **Art. 36 Grundrechte-Charta**, der sich auf den Zugang zu entsprechenden Leistungen bezieht, auf die jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen verwiesen wird.²⁵ Die wirtschaftliche Betätigung von Staat und Kommunen bzw. die Bereitstellung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch sie ist vielmehr weiterhin durch die historischen und politischen Besonderheiten

²² Dazu *Ruffert*, in: Henneke (Hrsg.), *Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa*, 2002, S. 10 ff.

²³ Dazu auch EuGH Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 55 f.; *Pielow*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 36 Rn. 17.

²⁴ Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 29.9.2000, ABl. C 17/4; *Franz* (Fn. 4), S. 163 f.; *Storr* (Fn. 3), S. 325 ff. Siehe auch EuGH Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 94, 101 f. Vertiefend zu den einzelnen Maßgaben später im Text.

²⁵ Dazu näher *Pielow* (Fn. 23), Art. 36 Rn. 26 ff. auch mit dem zutreffenden Hinweis, dass dieser Zugang nicht in den Verfassungen der Mitgliedstaaten geregelt ist und Art. 36 Grundrechte-Charta insoweit auch nicht auf einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung beruht.

der einzelnen Mitgliedstaaten geprägt. Die Vergemeinschaftung der Rechtsmaterie stellt deshalb auch die spezifische Tradition der deutschen Kommunalwirtschaft nicht grundsätzlich²⁶ in Frage, verändert aber in einigen bedeutsamen Punkten den zu beachtenden rechtlichen Rahmen.

B. Rechtskategorien zur Erfassung und Verortung der Kommunalwirtschaft

I. Die Bereitstellung von Sach- und Dienstleistungen als Begriffskern der Kommunalwirtschaft

- 10** Für die rechtliche Würdigung ist es angesichts der Vielgestaltigkeit der Kommunalwirtschaft unerlässlich, den formalen Kern aller erfassten Betätigungen in der Bereitstellung von Sach- und / oder Dienstleistungen einschließlich der dafür erforderlichen Infrastrukturen zu erblicken.²⁷ Weitere Merkmale wie die Gewinn- bzw. Überschusserzielung und das Vorliegen von Wettbewerb sind sekundäre Kennzeichen, d.h. sie müssen nicht vorliegen, um von einer (kommunalen) wirtschaftlichen Betätigung zu sprechen.²⁸ Dies gilt für die kommunalrechtliche und die gemeinschaftsrechtliche Würdigung gleichermaßen.

II. Abgrenzung von hoheitlicher Leistungsverwaltung

- 11** Die Normen des deutschen bzw. europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts kommen auf die kommunale Bereitstellung von Sach- oder Dienstleistungen nur unter der ausschließenden Bedingung zur Anwendung, dass es sich **nicht um eine hoheitliche Tätigkeit** handelt. Das folgt für das deutsche Recht aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Normen, für das Gemeinschaftsrecht aus der Bereichsausnahme der Art. 51, 62 AEUV, deren Wertungen auf Art. 106 AEUV zu übertragen sind.²⁹
- 12** Die Abgrenzung erweist sich im Einzelfall aber als überaus schwierig, da weder die Tätigkeit als solche noch die Verwendung öffentlich-rechtlicher Organisations- und Handlungsformen für sich betrachtet ausreichen, um eine eindeutige Zuordnung vorzunehmen. Der EuGH stellt in seiner bisherigen Rechtsprechung,

²⁶ Anders verhält es sich dort, wo eine Dienstleistung durch EU-Richtlinien harmonisiert ist, wie das z.B. im Bereich der Elektrizität der Fall ist.

²⁷ Kluth (Fn. 15), S. 3 ff.

²⁸ Inzwischen ist in den Gemeindeordnungen auch die gesetzgeberische Stilblüte der nicht-wirtschaftlichen wirtschaftlichen Betätigung ausgemerzt worden, die letztlich nur dazu diente, für bestimmte Formen der wirtschaftlichen Betätigungen weniger strenge Anforderungen zu stellen.

²⁹ Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 101 f.; Weiß, EuR 2003, 165 (169).

die nur zum Teil direkt kommunale Unternehmen betraf, darauf ab, dass hoheitliche Befugnisse ausgeübt und allgemeine Belange des Staates verfolgt werden.³⁰

Die Bildung abstrakter Kategorien ist in diesem Bereich wenig sinnvoll, da es einen erheblichen **Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten** gibt und diese in bestimmten Grenzen darüber entscheiden können, ob eine Dienstleistungen dem hoheitlichen Bereich zugeordnet wird oder als wirtschaftliche Leistung erbracht wird. Soweit die Leistungen gegen Entgelt erbracht werden, besteht aber auch im Falle einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung eine Vermutung für eine wirtschaftliche Dienstleistung, jedenfalls dann, wenn die Leistung auch durch Private bereitgestellt wird bzw. werden kann.

13

III. Zuordnung eines Unternehmens zu einer Kommune

Für die Zuordnung eines Unternehmens zu einer Kommune bzw. zu mehreren Kommunen (etwa im Falle einer Sparkasse, die durch einen kommunalen Zweckverband getragen wird³¹) ist bei einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform (Eigenbetrieb, Anstalt des öffentlichen Rechts) die Zuordnung der Leitungsgewalt bzw. bei einer privatrechtlichen Organisationsform der Umfang der Beteiligung als maßgebliches Kriterium zugrunde zu legen.³² Bei rechtlich selbständigen gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen kommt eine Qualifikation als kommunales Unternehmen nur bei einer Mehrheitsbeteiligung in Frage.³³ In den übrigen Fällen handelt es sich um die Beteiligung an einem privaten Unternehmen.

14

C. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als genuin gemeinschaftsrechtliche Begriffskategorie

I. Die begrifflich-konzeptionelle Eigenständigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

In der Verwendung des Begriffs „Dienste/Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ kommt die bewusste Entscheidung für eine sowohl begriffliche als auch konzeptionelle Eigenständigkeit im Verhältnis zu den in den verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und Verwaltungstraditionen verankerten Modellen zum Ausdruck.³⁴ Indes erschöpfte sich der positive Gehalt dieser Eigenständigkeit lange Zeit bis in die jüngste Gegenwart hinein in dieser

15

³⁰ Zu Einzelheiten EuGH Rs. C-42/92, Slg. 1993, I-4047, Rn. 9 f. - Thijssen; *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 45 Rn. 4 f.

³¹ Dazu *Staats*, Fusionen bei Sparkassen und Landesbanken, 2006.

³² *Kluth* (Fn. 15), S. 13 ff.

³³ *Kluth* (Fn. 15), S. 21 ff.

³⁴ *Pielow* (Fn. 23), Art. 36 Rn. 4.

Abgrenzung selbst, ohne dass der Begriff ausbuchstabiert und die Funktionen konkretisiert wurden. Erst in der Zeit **nach dem Amsterdamer Vertrag** kam es zu verstärkten **Bemühungen um Konkretisierungen**, die aber bis heute nur wenige Konturen aufweisen.³⁵ Es ist deshalb weiterhin unerlässlich, sich die beiden zentralen Orientierungspunkte des Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vor Augen zu führen: den französischen *service public* und die deutsche Daseinsvorsorge.

II. Bezüge zu (französischem) *service public* und (deutscher) Daseinsvorsorge

- 16 In den romanischen Ländern, insbesondere in Frankreich, erfasst der Begriff „**service public**“ die Sonderstellungen sowohl öffentlicher als auch privater Unternehmen, die sich infolge der Betrauung mit der Erbringung von Dienstleistungen im gemeinwirtschaftlichen Interesse durch eine verstärkte Bindung an das öffentliche Interesse auszeichnen.³⁶ Als funktionaler Begriff umfasst der *service public* das Ziel von Verwaltungshandeln und schließt dabei auch Qualitätsstandards und den gleichen Zugang für alle Bürger in seine Konzeption mit ein; hinzu kommt, dass der *service public* sowohl durch Verwaltungsträger und öffentliche Unternehmen als auch durch private Unternehmen erbracht werden kann. Das Konzept ist also nicht auf staatliches Handeln beschränkt. Enger – und nicht als Synonym für das gesamte staatliche Handeln – verstanden umfasst er jedenfalls die Staatstätigkeiten, die nach deutscher Terminologie vom Oberbegriff der Leistungsverwaltung erfasst werden.³⁷ Aus deutscher Perspektive ist dieses Konzept am ehesten vergleichbar mit der Daseinsvorsorge.
- 17 Das auf Überlegungen von *Ernst Forsthoff* zurückgehende deutsche Konzept der **Daseinsvorsorge**³⁸ umfasst die Erbringung von Leistungen, auf die der in der modernen Welt lebende Mensch angewiesen ist.³⁹ Leistungen der Daseinsvorsorge sind gemeinwohlorientierte Leistungen wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur, an deren Erbringung die Allgemeinheit und der Staat ein besonderes Inte-

³⁵ Zu Einzelheiten *Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009, S. 329 ff.

³⁶ Zu Rechtsqualität und Entwicklung des *service public* ausführlich *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 111 ff.; siehe auch *Burgi*, EuR 1997, 261 (263); *Mestmäcker*, in: Ruland (Hrsg.), FS für H. F. Zacher, 1998, S. 635 ff.; *Püttner*, in: H. Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, 2000, S. 45 (50 ff.); *Celestine/Felsner*, RIW 1997, 105 ff.

³⁷ *Pielow* (Fn. 36), S. 146.

³⁸ Dazu eingehend *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2007, § 96 Rn. 3 ff.

³⁹ Vgl. *Püttner* (Fn. 36), S. 45 (49) unter Verweis auf *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 12.

resse haben.⁴⁰ Die Formulierung „Daseinsvorsorge“ wird heute als Rechtsbegriff verstanden⁴¹, da sie in die Gesetzessprache einging und ihr in vielen Gerichtsentscheidungen Bedeutung zukam.

III. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Die Dienste bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beziehen sich ausschließlich auf marktbezogene Aktivitäten und stellen somit eine Untergruppe der Daseinsvorsorge dar. Im **Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse** zum Vertrag von Lissabon wird in Art. 2 als „Gegenbegriff“ erstmalig offiziell der Ausdruck Dienste von allgemeinem Interesse verwendet und klargestellt, dass diese nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. 18

1. Begriffsgenese

In den ersten Jahrzehnten seiner Rechtsprechung entwickelte der Europäische Gerichtshof kaum konkrete Definitionskriterien betreffend den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Erst beginnend mit dem **Urteil Corbeau**⁴² setzte er sich detaillierter mit den einzelnen Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex Art. 86 Abs. 2 EGV) auseinander. Dabei fällt selbst in der folgenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf, dass sich dieser seit dem Urteil im Fall *Corbeau* zwar umfassender mit dem Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse befasste. Der Gerichtshof verwies allerdings gleichwohl auch häufig lediglich pauschal auf die Unbestreitbarkeit der Zuordnung von Tätigkeiten zu diesem Tatbestandsmerkmal. 19

2. Begriffsverständnis

Der Begriff „Dienste“ erstreckt sich auf wirtschaftliche Leistungen im weitesten Sinne. Er ist folglich nicht auf Dienstleistungen im Sinne von Art. 57 AEUV beschränkt. Erforderlich ist das Vorliegen einer konkret dem Gemeinwohl dienenden wirtschaftlichen Aktivität, die ohne Rücksicht auf Sonderfälle und die Wirtschaft- 20

⁴⁰ Dohms, in: Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 41; Pielow (Fn. 36), S. 18 f. Vgl. zu Gemeinwohlsicherung und Gewährleistungsstaat auch Trute, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 329 (344).

⁴¹ Vgl. Ronellenfitsch, DVBl. 2008, 201. Kritisch Knauff, Der Gewährleistungsstaat, 2004, S. 52.

⁴² EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 – Corbeau. Vgl. im Hinblick auf die Elektrizitätsversorgung EuGH, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 – Almelo; Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 – Kommission/Niederlande.

lichkeit eines jeden einzelnen Vorgangs erbracht wird.⁴³ Es **obliegt dem einzelnen Mitgliedstaat** festzulegen, welche konkreten Tätigkeiten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind und somit von der Privilegierung der Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV erfasst werden. Diese Entscheidung kann von den Gemeinschaftsorganen lediglich auf ihre offenkundige Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

3. Definitorische Klärung oder kasuistische Konturierung

- 21 Im Laufe seiner anfänglich recht spärlich, später zunehmend umfangreichen Kasuistik gelang dem Europäischen Gerichtshof, den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu konturieren. Im Anschluss an seine erste Entscheidung zum Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse aus dem Jahre 1971⁴⁴ entschied er beispielsweise im **Fall Porto di Genova**⁴⁵, dass das gesetzliche Monopol für die Be-, Ent- und Umladung, Lagerung sowie den Umschlag von Waren oder anderen Gütern im Hafen keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstelle. Der Gerichtshof begründete dies damit, dass an Hafenarbeiten kein allgemeines wirtschaftliches Interesse bestünde, dass sich von demjenigen an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheide.
- 22 Überdies entschied der Gerichtshof, dass die **Arbeitsvermittlung**⁴⁶ eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist. Gleiches gelte für die Bedienung von kommerziell nicht rentablen, jedoch aus Gründen des Allgemeininteresses erforderlichen **Verkehrslinien**⁴⁷. Dagegen wurde das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse abgelehnt für eine deutsche **Verwertungsgesellschaft**, die Urheber- und verwandte Schutzrechte von Künstlern, Bild- und Tonträgerherstellern wahrnahm.⁴⁸ Ebenfalls als keinen Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtete der Gerichtshof den **Verkauf von Telekommunikationsendgeräten**.⁴⁹ Detaillierter mit den einzelnen Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV setzte sich der Gerichtshof erst beginnend mit dem Urteil *Corbeau*⁵⁰ auseinander.

⁴³ *Kallmayer/Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 16 EGV Rn. 8; *Jung*, ebda., Art. 86 Rn. 37.

⁴⁴ EuGH, Rs. 10/71, Slg. 1971, 723 – Hafen van Mervet.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-179/90, Slg. 1991, 5889 (5931) – Porto di Genova.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, 1979 (2017) – Höfner und Elser/Macrotron.

⁴⁷ EuGH, Rs. 66/86, Slg. 1989, 803 (853) – Ahmed Saeed. Vgl. zu den Leistungen externer Bestattungsdienste auch Schlussanträge GA *Da Cruz Villaca* v. 11.2.1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2489 (2499) – Corinne Bodson.

⁴⁸ EuGH, Rs. 7/82, Slg. 1983, 483 (504) – GVL.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-202/88, Slg. 1991, I-1223 (1263) – Frankreich/Kommission.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 – Corbeau. Vgl. im Hinblick auf die Elektrizitätsversorgung EuGH, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 – Almelo; Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 – Kommission/Niederlande. Zum Monopol für Festmacherdienste

IV. Terminologische und funktionale Unterschiede zwischen Unionsrecht und deutschem Recht

1. Funktionaler Regelungsansatz des Unionsrechts

Das Recht der Europäischen Union thematisiert die wirtschaftliche Betätigung des Staates ausdrücklich vor allem in **Art. 106 Abs. 1 AEUV**, ohne dabei irgendwelche Vorgaben zum Zweck oder Bereich der wirtschaftlichen Betätigung zu machen. Verlangt wird lediglich, dass den öffentlichen Unternehmen keine Sonderrechte eingeräumt werden, die den Wettbewerb behindern. Will ein Mitgliedstaat öffentlichen (aber auch privaten Unternehmen) Sonderrechte wie z.B. Steuererleichterungen oder sonstige Vergünstigungen gewähren oder gar ein (lokales oder allgemeines) Monopol zuweisen, so ist dies nur nach den besonderen Rechtfertigungsvoraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV zulässig.

Art. 106 AEUV, der auf die sich infolge staatlicher unternehmerischer Betätigung ergebende Gefährdung des Wettbewerbs im Binnenmarkt eingeht, liegen drei Zielsetzungen⁵¹ zugrunde. Die Norm konkretisiert den **Grundsatz der Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen**.⁵² Überdies verhindert sie eine mittelbare mitgliedstaatliche Vertragsverletzung kraft bestimmenden Einflusses auf Unternehmen. Schließlich statuiert sie in Absatz 2 eine begrenzte Ausnahme vom Geltungsbereich europäischen Wettbewerbsrechts für öffentliche oder private Unternehmen.⁵³ Dabei verdeutlichen insbesondere die ersten beiden Zielsetzungen den das Unionsrecht prägenden funktionalen Regelungsansatz. Entscheidend ist die größtmögliche Verwirklichung der in Art. 3 Abs. 3 EUV verankerten Ziele der Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik innerhalb des Binnenmarktes.⁵⁴ Diesbezüglich wäre beispielsweise eine streng formal auf die Rechtsform eines Unternehmens abstellende oder sonstige, Raum zu Umgehungen des Unionsrechts bietende Betrachtungsweise schädlich.

Diese Regelungstechnik verdeutlicht, dass der (öffentliche) Zweck einer staatlichen wirtschaftlichen Betätigung für das Unionsrecht nur dann und insoweit Bedeutung erlangt, als den Unternehmen Privilegien gegenüber sonstigen Marktteilnehmern eingeräumt werden.⁵⁵ Nur in diesem Fall wird auch eine Zweckbindung

EuGH, Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949 – Corsica Ferries France. Vgl. überdies auch EuGH, verb. Rs. C-34/01 und 38/01, Slg. 2003, I-14243 – Enirisorse. Zur Abfallentsorgung EuGH, Rs. C-203/96, Slg. 1998, I-4075 (4132) – Dusseldorp.

⁵¹ Vgl. Jung (Fn. 43), Art. 86 Rn. 3; Pernice/Wernicke, in: Garbitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 86 Rn. 5 ff.

⁵² Pernice/Wernicke (Fn. 51), Art. 86 Rn. 5; Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, 6. Aufl. 2003, Art. 86 Rn. 4; v. Vormizeele, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 86 Rn. 4.

⁵³ Jung (Fn. 43), Art. 86 Rn. 34; Pernice/Wernicke (Fn. 51), Art. 86 Rn. 31; Hochbaum/Klotz (Fn. 52), Art. 86 Rn. 27; v. Vormizeele (Fn. 52), Art. 86 Rn. 50 f.

⁵⁴ Jung (Fn. 43), Art. 86 Rn. 34.

⁵⁵ Man spricht auch von „Unternehmen mit Sonderaufgaben“, Pernice/Wernicke (Fn. 51), Art. 86 Rn. 31.

23

24

25

durchgesetzt: es muss sich um **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** handeln. Nur für solche Betätigungen sind Privilegien zulässig und nach Art. 106 Abs. 2 AEUV zu rechtfertigen.

2. Die öffentliche Zweckbindung als Besonderheit des deutschen Kommunalwirtschaftsrechts

- 26 Das deutsche öffentliche Recht hingegen nähert sich der wirtschaftlichen Betätigung des Staates auf einem traditionell liberal-rechtsstaatlichen Weg. Es fragt nach dem öffentlichen Zweck oder öffentlichen Interesse, das eine staatliche Betätigung im Bereich der Wirtschaft rechtfertigt. Dahinter verbirgt sich eine dichotome Sichtweise von Staat und Gesellschaft, bei der die Wirtschaft grundsätzlich der Gesellschaft – und damit privaten Akteuren – zugeschrieben wird, während der Staat in diesen Bereich nur eintreten darf, wenn dies aus als öffentliche Interessen qualifizierbaren Gründen erforderlich erscheint.⁵⁶ Dieser Theorieansatz konkretisierte sich im schillernden **Konzept der Daseinsvorsorge**. Eine bereichsgenaue Konturierung der Daseinsvorsorge ist dabei jedoch bis heute nicht gelungen. Gerade die Privatisierungswellen der letzten Jahre zeigten, dass selbst letzte Reservate staatlicher Zuständigkeiten (wie etwa die Sicherheitsverwaltung) auch einer (zumindest teilweisen) Privatisierung zugänglich sind.⁵⁷
- 27 Besonders intensiv schlug sich dieser deutsche Regelungsansatz im **kommunalen Wirtschaftsrecht** nieder. Dabei findet sich zur Rechtfertigung – abgesehen von spezialgesetzlich geregelten Betätigungsbereichen wie dem Sparkassenwesen – häufig nur der pauschale Hinweis auf den mit der Betätigung verfolgten „öffentlichen Zweck“. So heißt es etwa in § 116 GO LSA: „Die Gemeinde darf sich ... wirtschaftlich betätigen, wenn 1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt, ...“. Dieser öffentliche Zweck ist durch eine Berücksichtigung anderweitiger Aufgabenzuweisungen der Gemeindeordnung zu konkretisieren. An erster Stelle ist dabei auf den kommunalen Versorgungsauftrag für die Einwohner mit kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Leistungen zu verweisen, der sich u.a. in § 2 Abs. 1 Satz 2 GO LSA findet: „[Die Gemeinde] ... stellt in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen bereit.“ Die unternehmerische Betätigung hat gegenüber diesem Auftrag eine instrumentelle Bedeutung (→ § 41, Rn. 28 ff.).

3. Das Verhältnis beider Regelungsebenen zueinander

- 28 Die divergente Regelungsstruktur des Unionsrechts und des deutschen öffentlichen Rechts werfen die Frage nach ihrem Verhältnis zueinander auf. Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass zwischen beiden Konzeptionen eine Wechselwirkung

⁵⁶ Kluth (Fn. 15), S. 23 ff.

⁵⁷ Zur Entwicklung im Sicherheitsrecht siehe Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit, 2002, S. 313 ff.

besteht. Das Unionsrecht hebt die Perspektive des deutschen öffentlichen Rechts nicht auf, sondern ergänzt und konkretisiert sie.⁵⁸ Dabei hilft ihr der Grundsatz vom Anwendungsvorrang⁵⁹. Danach können die Mitgliedstaaten frei darüber entscheiden, in welchen Bereichen sie eine Betätigung öffentlicher Unternehmen zulassen.⁶⁰ Folglich sind sie auch frei, öffentliche Zwecke zu bestimmen, die eine kommunalwirtschaftliche Betätigung ermöglichen bzw. legitimieren. Beschränkend greift das Unionsrecht aber ein, sobald diesen Unternehmen Sonderrechte verliehen oder finanzielle Unterstützungen (Beihilfen) gewährt werden sollen. In diesen Fällen sind die Mitgliedstaaten an das **Rechtfertigungserfordernis des Art. 106 Abs. 2 AEUV** sowie das Beihilfenrecht gebunden.

Das deutsche Recht ist damit *enger* bei der Bestimmung der Betätigungsfelder dafür aber *weiter* bei der Bestimmung der Betätigungsmodalitäten. Das Europarecht ist weiter bei den Betätigungsfeldern aber *enger* bei den Betätigungsmodalitäten. Wegen seines Vorrangs addieren sich in der Praxis der Kommunalwirtschaft nur die beiden Beschränkungen, so dass es aus der Sicht des deutschen Gesetzgebers und der Kommunen zu einer Beschneidung ihrer bisherigen Gestaltungsfreiheit kommt.

29

D. Kommunalwirtschaft und EU-Wettbewerbsrecht

Art. 106 AEUV konkretisiert die sich bereits aus Art. 3 Abs. 3, 4 Abs. 3 EUV, 101, 102 AEUV ergebenden mitgliedstaatlichen Pflichten. Statuiert werden **Bewirkungs- und Unterlassungspflichten der Staaten**, ohne die wegen der möglichen massiven staatlichen Einflussnahme auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, Wettbewerbsbehinderungen unschwer möglich wären. Konkret formuliert Art. 106 Abs. 1 AEUV die strikte Geltung des Primärrechts, insbesondere der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, auch für öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden.

30

I. Anwendungsbereich

1. Funktionaler Unternehmensbegriff

Nach dem allgemeinen Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts, der auch Art. 101, 102 AEUV zugrunde liegt, kommt es **entscheidend** auf

31

⁵⁸ Siehe dazu auch Kluth, in: Haug/Rosenfeld (Hrsg.), Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau?, 2009, S. 45 (46 ff.).

⁵⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1964, 1251 ff. – Costa/ENEL; Slg. 1970, 1125 ff. – Internationale Handelsgesellschaft; Slg. 1978, 629 ff. – Simmenthal II; BVerfGE 37, 271 ff. – Solange I; BVerfGE 73, 339 ff. – Solange II; BVerfGE 81, 155 ff. – Maastricht.

⁶⁰ So auch Pernice/Wernicke (Fn. 51), Art. 86 Rn. 38.