

Öffentliches Wirtschaftsrecht

von

Dr. Winfried Kluth

o. Professor an der Universität Halle-Wittenberg

2019



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII

1. Teil. Grundlagen

§ 1. Gegenstand und systematische Einordnung des öffentlichen Wirtschaftsrechts	1
I. Öffentliches Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht	1
II. Interne Systematik des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	2
1. Allgemeiner Teil des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	2
2. Kernmaterien des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	5
III. Öffentliches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsprivatrecht ...	11
IV. Bezüge zu weiteren Rechtsmaterien	11
1. Raumordnungs-, Bau- und Fachplanungsrecht	11
2. Gesundheitsrecht	12
3. Arbeitsrecht	13
4. Sicherheitsrecht	13
5. Steuerrecht	13
6. Wirtschaftsstrafrecht	14
V. Beziehungen zu anderen wirtschaftsbezogenen Wissenssachgebieten	14
1. Volkswirtschaftslehre und Institutionenökonomik	14
2. Betriebswirtschaftslehre	17
3. Organisationssoziologie	17
§ 2. Grundbegriffe des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	17
I. Wirtschaft, Wirtschaftssubjekte und Wirtschaftsgüter	17
II. Markt und Marktwirtschaft	19
1. Allgemeine Begrifflichkeit	19
2. Inkurs: Die wirtschaftstheoretischen Grundlagen der Marktwirtschaft	20
III. Wettbewerb	28
IV. Wirtschaftsverfassung und Marktordnung	30
V. Wirtschaftsaufsicht und -überwachung	30
VI. Wirtschaftslenkung	32
VII. Reglementierung	33
VIII. Regulierung	34

§ 3. Territorialitätsbezug des öffentlichen Wirtschaftsrechts	36
I. Die Bedeutung des Territorialitätsprinzips für das öffentliche Wirtschaftsrecht	36
II. Ausgangspunkt: Das Staatsgebiet als Wirtschafts(rechts)gebiet	37
III. Entwicklungsstufen der Entterritorialisierung	39
2. Teil. Rechtsquellen, Rechtsebenen, Zuständigkeitsordnung und Handlungsinstrumente im Öffentlichen Wirtschaftsrecht	
§ 4. Die Rechtsquellen und Rechtsebenen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	41
I. Bundes- und Landesrecht	41
II. Recht der Europäischen Union	41
III. Völkerrecht	42
IV. Private Normsetzung	42
V. Das Mehrebenensystem im Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	43
§ 5. Instrumente des Wirtschaftsverwaltungsrechts	43
I. Überblick und Systematik	43
II. Exekutive Normsetzung	44
III. Wirtschaftsverwaltungsakte	44
IV. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verträge	44
V. Informelles und informationelles Verwaltungshandeln	45
3. Teil. Marktrahmenrecht	
§ 6. Allgemeine Vorgaben für das Wirtschaftssystem: Wirtschaftsverfassungsrecht	46
I. Begriff und Funktion der Wirtschaftsverfassung	46
II. Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland	47
III. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union	48
IV. Die Suche nach einer Weltwirtschaftsverfassung	50
§ 7. Die Relevanz allgemeiner Rechtsprinzipien für das Öffentliche Wirtschaftsrecht	51
I. Grundrechte	52
1. Allgemeine Lehren	52
2. Berufsfreiheit – Art. 12 Abs. 1 GG	58
3. Eigentumsgewährleistung	72
4. Wettbewerbsfreiheit	81
5. Unverletzlichkeit der Wohnung	82
6. Datenschutzgrundrecht	82
II. EU-Grundrechtecharta	85

III. Europäische Menschenrechtskonvention	89
IV. EU-Grundfreiheiten	90
1. Allgemeine Lehren	91
2. Niederlassungsfreiheit	107
3. Dienstleistungsfreiheit	114
4. Liberalisierung im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch Sekundärrecht, insbeson- dere Berufsamerkennungsrichtlinie und Dienstleistungs- richtlinie	119
5. Weitere Grundfreiheiten	131
V. Rechtsstaatsprinzip	135
1. Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns	136
2. Vorhersehbarkeit und Vertrauensschutz	145
3. Bestimmtheitsgrundsatz	148
4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	150
VI. Sozialstaatsprinzip	150
1. Rechtliche Struktur als Staatszielbestimmung	150
2. Sachliche Relevanz für das Öffentliche Wirtschaftsrecht	152
VII. Umweltstaatsprinzip	153
VIII. Subsidiaritätsprinzip	155
1. Regelungsgehalt auf staatlicher und unionsrechtlicher Ebene	155
2. Konkretisierung für Einzelbereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	157
§ 8. Wirtschaftspolitik	158
I. Gegenstand und Abgrenzung der Wirtschaftspolitik	158
II. Zuständigkeiten im Bereich der Wirtschafts- und Wäh- rungspolitik	159
§ 9. Die Organisation der Wirtschaftsverwaltungsbehörden	161
I. Die staatliche Wirtschaftsverwaltung in Bund und Ländern	161
1. Unmittelbare Bundesverwaltung	161
2. Berufskammern auf Bundesebene	162
II. Behörden der Wirtschaftsverwaltung auf Landesebene	162
1. Unmittelbare Landesverwaltung	162
2. Kommunalverwaltungen	163
III. Die funktionale Selbstverwaltung der Wirtschaft durch Kammern	164
1. Begriff der (funktionalen) Selbstverwaltung	164
2. Erscheinungsformen der Selbstverwaltung im öffentli- chen Wirtschaftsrecht im Überblick	166
3. Aufgabentypologie der Kammern	169
4. Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen und Rah- menbedingungen der Kammerorganisation	172
IV. Wirtschaftsverwaltungsbehörden der Europäischen Union ..	186

1. Unionsbehörden und Agenturen	186
2. Vertikale Kooperation	187
3. Horizontale Kooperation	187
V. Einbeziehung Privater in die Wirtschaftsverwaltung	188
1. Beleihung Privater	188
2. Inpflichtnahme Privater	190
3. Private Wirtschaftsverbände	192

4. Teil. Der Staat als Akteur des Wirtschaftslebens

§ 10. Allgemeine Wirtschaftslenkung	194
I. Begriff und Erscheinungsformen der Wirtschaftslenkung ...	194
II. Ziele, Methoden und Instrumente der Wirtschaftslenkung ..	195
1. Ziele der Wirtschaftslenkung	195
2. Ebenen der Wirtschaftslenkung	196
3. Instrumente der Wirtschaftslenkung	196
§ 11. Subventions- und Beihilfenrecht	197
I. Begriffsklärungen und Rechtsgrundlagen des Subventionsrechts	197
1. Subvention, Beihilfe, Zuschuss	197
2. Rechtsgrundlagen des Subventionsrechts	198
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen	198
1. Vorbehalt des Gesetzes	199
2. Zuständigkeit zur Regelung und Vergabe von Subventionen	199
3. Anspruch auf Subventionsgewährung	200
4. Änderung und Aufhebung von Subventionsregelungen ..	200
III. Der unionsrechtliche Rahmen: das EU-Beihilfenrecht	201
1. Begriff der Beihilfe	201
2. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt	204
3. Beihilfeverfahrensrecht	205
IV. Das Subventionsrechtsverhältnis	207
1. Einstufige Ausgestaltung des Subventionsrechtsverhältnisses	207
2. Zweistufige Ausgestaltung des Subventionsrechtsverhältnisses	208
3. Die Subventionskontrolle	208
V. Rückforderung und Rückabwicklung von Subventionen	209
1. Rückforderung und Rückabwicklung nach deutschem Recht	209
2. Rückforderung und Rückabwicklung nach europäischem Recht	210

§ 12. Vergaberecht	212
I. Begriff, Rechtsgrundlagen und Entwicklung des Vergaberechts	212
II. Allgemeine Strukturen und Grundsätze des Vergaberechts	214
1. Anwendungsbereich des Vergaberechts	214
2. Grundsätze der Vergabe, § 97 Abs. 1, 2 GWB	218
3. Auswahlkriterien	220
4. Verfahrensarten	223
5. Vergabeentscheidung und Auftragserteilung	223
6. Fehlerfolgen	223
7. Kündigung öffentlicher Aufträge	224
III. Einzelheiten des gesetzlichen Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte	225
1. Auftraggeberbegriff des § 99 GWB	225
2. Offenes und nicht-offenes Verfahren	228
3. Weitere Verfahrensarten	230
4. Rechtsschutzfragen	231
IV. Einzelheiten des haushaltsrechtlichen Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte	233
1. Vergabe nach den Vergabe- und Vertragsordnungen	233
2. Vergabe nach der UVgO	235
§ 13. Das Recht der öffentlichen Unternehmen und Beteiligungen	237
I. Begriffsklärungen und tatsächlicher Befund	237
1. Begriffsklärungen	237
2. Erscheinungsformen und tatsächliche Bedeutung öffentlicher Unternehmen und Beteiligungen	239
II. Rechtsformen öffentlicher Unternehmen und Beteiligungen	239
1. Öffentlich-rechtliche Organisationsrechtsformen	239
2. Privatrechtliche Organisationsrechtsformen	240
3. Beteiligungsformen	241
4. Statusfragen öffentlicher Unternehmen	241
III. Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen und Beteiligungen ..	242
1. Bindung an die Verbandskompetenz	242
2. Unterscheidung von wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Betätigung	243
3. Anforderungen der Schrankentrias	243
4. Einfachgesetzliche zivilrechtliche Schranken	247
5. Rechtsschutz gegen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand	248
6. Gewinnerzielung durch öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge	249
7. Die Fälle der Randnutzung	250
IV. Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen und Beteiligungen	251

1. Anforderungen an den Gründungs- und Beteiligungsakt	251
2. Anforderung an die Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen und Beteiligungen	251
3. Anforderungen an die Aufgabe von öffentlichen Unternehmen und Beteiligungen	252
§ 14. Öffentliches Wettbewerbsrecht	252
I. Begriffsklärungen und Rechtsgrundlagen	253
II. Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen	255
1. Grundrechtseingriff durch Konkurrenz	255
2. Vorgaben des Art. 106 AEUV	255
3. Bedeutung des Art. 14 AEUV	258
5. Teil. Gewerberecht	
§ 15. Allgemeines Gewerberecht	260
I. Rechtsgrundlagen	260
II. Begriff des Gewerbes	262
1. Definition	262
2. Gewerbsmäßigkeit	263
3. Gewerbs(un)fähigkeit	265
4. Gewerbetreibender	267
III. Die einzelnen Gewerbearten	267
1. Grundsätze des stehenden Gewerbes	268
2. Überwachungspflichtige Anlagen	271
3. Personalerlaubnisse	274
4. Überwachungsbedürftige Gewerbe nach § 38 GewO	290
5. Gewerbeuntersagung	291
6. Reisegewerbe	298
7. Recht der Messen, Ausstellungen und Märkte	301
IV. Das Gaststättenrecht als besonderes Gewerberecht	309
1. Entwicklung der Rechtsgrundlagen	309
2. Erlaubnispflichten	311
3. Rücknahme und Widerruf der Gaststättenerlaubnis	317
§ 16. Handwerksrecht	318
I. Rechtsgrundlagen und Grundsatzfragen	318
1. Rechtsgrundlagen und Rechtsentwicklung	318
2. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	320
II. Handwerksbegriff	321
1. Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit	321
2. Betriebsformen	322
3. Ausbildung, Berufsbild und Berufsrecht im Handwerk ..	325
III. Das zulassungspflichtige Handwerk	326
1. Die Eintragung in die Handwerksrolle	326
2. Meisterprüfung und Ausnahmetatbestände	327

3. Erweiterungen des Betätigungsfeldes durch § 5 HwO ...	329
4. Handwerkskarte und weitere Anzeigepflichten	330
5. Stellvertretung und Fortführung	331
IV. Zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Ge- werbe	331
1. Begriffsbestimmung	331
2. Anwendung der Handwerksordnung	332
V. Wirtschaftsüberwachung im Handwerksrecht	333
1. Handwerksrechtliche Untersagung und Schließung	333
2. Gewerberechtliche Untersagung	334
§ 17. Ladenöffnungsrecht	334
I. Rechtsgrundlagen	334
II. Länderregelungen im Überblick	335
1. Allgemeine Ladenöffnungszeiten	335
2. Ladenöffnung im Ausnahmefall	336
3. Schutz der Arbeitnehmer	338
III. Ausgewählte Einzelfragen	339
1. Antragsrechte von Verkaufsstelleninhabern	339
2. Rechte der Religionsgemeinschaften	339
3. Antragsrechte von Gewerkschaften, Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbänden, Kammern	340
6. Teil. Regulierungsverwaltungsrecht	
§ 18. Grundlagen des Regulierungsverwaltungsrechts	341
I. Entwicklung und Begriff des Regulierungsverwaltungs- rechts	342
1. Begriff der Regulierung	342
2. Historische Entwicklung	342
3. Anlass der Regulierung	343
4. Ziele und Funktionen von Regulierung	344
II. Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen	345
1. Unionsrechtliche Rahmenbedingungen	345
2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	345
III. Regulierungsbehörden und Regulierungsverfahren	345
1. Regulierungsbehörden	345
2. Instrumente des Regulierungsverwaltungsrechts	348
§ 19. Telekommunikationsrecht	349
I. Grundlagen	349
1. Rechtsgrundlagen	349
2. Begriff der Telekommunikation	350
3. Besonderheiten des Telekommunikationssektors	350
4. Ziele der Regulierung	351
II. Marktstrukturregulierung	352
1. Eröffnungskontrolle	352

2. Verteilung knapper Güter	352
3. Marktregulierungsverfahren	353
III. Marktverhaltensregulierung	356
1. Netzzugang	356
2. Entgeltregulierung	358
IV. Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen	361
V. Besondere Missbrauchsaufsicht	362
VI. Universaldienstleistungen	362
§ 20. Energierecht	363
I. Grundlagen	364
1. Rechtsgrundlagen	364
2. Geschäftsfelder im Energiesektor	365
3. Zweck und Regulierungsziele	366
II. Regulierung des Marktzutritts	367
III. Regulierung des Netzbetriebs	367
1. Netzanschluss und Netzzugang	367
2. Entgeltregulierung	368
3. Ausnahmen	370
IV. Entflechtung	370
1. Vorgaben für alle Netzbetreiber	371
2. Vorgaben für Verteilernetzbetreiber	371
3. Vorgaben für Transportnetzbetreiber	372
V. Missbrauchsaufsicht	374
VI. Energielieferung an Letztverbraucher	374
§ 21. Eisenbahnrecht	375
I. Grundlagen	375
1. Rechtsgrundlagen	376
2. Begriff	377
3. Regulierungsziele	378
II. Gewährleistung eines funktionsfähigen Schienennetzes	378
1. Verfassungsrechtliche Gewährleistungsverantwortung	378
2. Neu- und Ausbauvorhaben	379
3. Erhaltung des Bestandsnetzes	380
III. Regulierung des Marktzutritts	381
IV. Regulierung des Netzbetriebes	382
1. Zusammenschluss und Netzzugang	382
2. Entgeltregulierung	383
V. Entflechtung	384
VI. Verbraucherschutz im Eisenbahnwesen	385
 7. Teil. Das Recht der reglementierten freien Berufe	
§ 22. Grundkonzeption des freien Berufs	386
I. Begriff und Erscheinungsformen	386

II. Der reglementierte freie Beruf im deutschen und europäischen Recht	389
1. Zuordnung der Gesetzgebungskompetenzen für das Recht der freien Berufe	389
2. Verkammerung der freien Berufe	390
III. Die Einordnung des Berufsrechts und der Berufsordnungen	390
1. Historische Entwicklung des Berufsrechts	390
2. Von der Standesordnung zur delegierten staatlichen Rechtsetzung	391
§ 23. Berufszugangsregelungen und Marktverhaltensrecht der freien Berufe	393
I. Berufszugangsregelungen	393
1. Zulassungsanforderungen nach deutschem Recht	393
2. Anforderungen nach Unionsrecht: die EU-Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG	394
3. Regelungen für Drittstaatsangehörige	394
II. Marktzugang in Fällen vorübergehender Dienstleistungserbringung im Binnenmarkt	395
III. Marktverhaltensrecht der reglementierten freien Berufe	398
1. Bedeutung und Entwicklungslinien der Rechtspraxis	398
2. Organisationsbezogene Anforderungen	399
3. Werberecht	411
4. Gesetzliche Preisregulierung	412
§ 24. Berufsaufsicht und Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe	412
I. Die Berufsaufsicht über die freien Berufe	412
II. Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe	413
 8. Teil. Rechtsschutz im Öffentlichen Wirtschaftsrecht	
§ 25. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz	416
I. Grundlagen	416
II. Klagen gegen Aufsichtsmaßnahmen	417
III. Klagen auf Zulassung	421
IV. Konkurrentenklagen	423
1. Konkurrentengleichstellungsklage	423
2. Konkurrentenabwehrklage	424
3. Konkurrentenverdrängungsklage	427
V. Rechtsschutz in Bezug auf Regulierungsentscheidungen	432
1. Abdrängende Sonderzuweisung in § 75 EnWG	432
2. Gerichtliche Kontrolldichte	434
3. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren	435

§ 26. Rechtsschutz im Vergaberecht	437
I. Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte	438
II. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	439
§ 27. Europa- und internationalrechtlicher Rechtsschutz	440
I. Europarechtlicher Rechtsschutz	440
1. Allgemeines	440
2. Rechtsschutz vor den Unionsgerichten im Beihilfen- recht	441
II. Internationalrechtlicher Rechtsschutz	445
§ 28. Die Fallbearbeitung im Wirtschaftsverwaltungsrecht	446
I. Einführung	446
II. Aufbauhinweise für die Lösung ausgewählter Fallkonstellationen	448
1. Klagen gegen Aufsichtsmaßnahmen	448
2. Rechtsschutz gegen die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde	453
3. Rechtsschutz bei Klagen auf Zulassung	455
Sachverzeichnis	457