

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ein Studienbuch

von

Dr. Jan Ziekow

o. Professor an der Deutschen Universität
für Verwaltungswissenschaften Speyer

3., neu bearbeitete Auflage

Verlag C. H. Beck München 2013



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XVII
--	------

§ 1. Zur Studienrelevanz des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	1
--	----------

1. Abschnitt. Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft

§ 2. Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft ..	8
---	----------

I. Die Bedeutung historischer Entwicklungslinien	8
II. Vom Spätmittelalter bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts	8
1. Wirtschaft und Obrigkeit im Spätmittelalter	8
2. Die Wirtschaftspolitik der Territorialstaaten	9
III. Von der Einführung der Gewerbefreiheit in Preußen bis zum Ende des Nationalsozialismus	10
1. Die ersten beiden Drittel des 19. Jahrhunderts	10
2. Norddeutscher Bund und Deutsches Reich	12

§ 3. Die Ordnung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	13
--	-----------

I. Begriff und Gegenstände des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	13
II. Öffentliches und privates Wirtschaftsrecht	15
III. Wirtschaftssystem und Wirtschaftspolitik	16
IV. Wirtschaftsverfassungsrecht	16
1. Die sog. Wirtschaftsverfassung	16
2. Zuständigkeitsverteilung	17
3. Grundrechtsschutz wirtschaftlicher Tätigkeit	19
a) Berufsfreiheit	19
b) Eigentumsgewährleistung	25
c) Weitere Grundrechte	28
V. Europäisches Wirtschaftsrecht	29
1. Grundlagen	29
2. Grundfreiheiten	31
a) Verbot und Rechtfertigung von unmittelbaren Diskriminie- rungen	33
b) Verbot und Rechtfertigung von mittelbaren Diskriminierungen und sonstigen Beschränkungen	33
c) Die einzelnen Grundfreiheiten	37
aa) Freiheit des Warenverkehrs	37
bb) Arbeitnehmerfreizügigkeit	41
cc) Niederlassungsrecht	41
dd) Dienstleistungsfreiheit	45
ee) Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs	50

§ 4. Organisation der Wirtschaftsverwaltung	52
--	-----------

I. Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung	53
II. Staatliche Wirtschaftsverwaltung	54

III. Selbstverwaltung der Wirtschaft	56
1. Erscheinungsformen und Aufgaben	56
2. Organisation	59
3. Pflichtmitgliedschaft	60
4. Rechtsschutz bei Aufgabenüberschreitungen	62
IV. Beteiligung Privater an der Wirtschaftsverwaltung	64
1. Beleihung	65
2. Verwaltungshelfer und Erfüllungsgehilfen der Behörde	65
3. Weitere Formen	66
 2. Abschnitt. Staatliche Einflussnahmen auf wirtschaftliches Handeln	
§ 5. Einwirkungsformen und -instrumente	67
I. Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung	67
II. Wirtschaftsaufsicht	68
III. Instrumente der Einzeleinwirkung	69
1. Rechtsförmliches Handeln	70
a) Anzeige- und Genehmigungspflicht	70
b) Begleitende Überwachung	72
c) Anordnungen und Untersagungen	73
d) Vertragliches Handeln	74
2. Informales Handeln	74
3. Überwachungsbezogene Pflichten von Unternehmen	75
 § 6. Subventions- und Beihilfenrecht	76
I. Begriff, Ziele und Formen von Subventionen und Beihilfen	78
1. Verwendete Begrifflichkeiten	78
2. Das Subventionsverhältnis	79
II. Zulässigkeit der Subventionsgewährung	81
1. Nationales Recht	81
2. Die Zulässigkeit von Beihilfen nach Europarecht	83
a) Der Begriff der Beihilfe	84
aa) Staatliche Maßnahme oder Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel	85
bb) Gewährung eines Vorteils an den Begünstigten	86
cc) Selektivität der Maßnahme	90
dd) Wettbewerbsverfälschung	91
ee) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	92
b) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt	93
aa) Legalbeihilfen	94
bb) Ermessensbeihilfen	94
c) Verfahren	96
3. Anspruch auf Subventionsgewährung	98
III. Öffentlich-rechtliche oder privatechtliche Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses	99
1. Unterscheidung nach Subventionstypen	99
a) Verschonungssubventionen	99

b) Zahlungssubventionen	99
aa) Auszahlung durch staatliche Stelle	99
bb) Auszahlung im Bankenverfahren	100
c) Realsubventionen	101
d) Darlehenssubventionen	101
e) Gewährleistungssubventionen	102
2. Differenzierung nach Regimeentscheidungen	103
a) Ausschließlich öffentlich-rechtliche Ausgestaltung	103
b) Ausschließlich privatrechtliche Ausgestaltung	103
c) Kombiniert öffentlich-rechtliche/privatrechtliche Ausgestaltung ..	104
IV. Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses	105
1. Die Rückabwicklung nach nationalem Recht	105
a) Beseitigung der Grundlage der Subventionsgewährung	106
aa) Subventionsentscheidung durch Verwaltungsakt	106
bb) Subventionsentscheidung durch Vertrag	109
b) Rückforderung der gewährten Subvention	109
aa) Rückforderung in einstufigen Subventionsverhältnissen	109
bb) Rückforderung in zweistufigen Subventionsverhältnissen	111
2. Besonderheiten bei der Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen	111
a) Der Rückforderungsbeschluss der Kommission	113
b) Rückforderung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat	114
aa) Rücknahme von rechtswidrigen Beihilfebescheiden	115
bb) Rückabwicklung bei vertraglich gewährten Beihilfen	117
cc) Die Bedeutung von Schwierigkeiten bei der Rückforderung ..	117
V. Rechtsschutz	118
1. Rechtsschutz des von einer Subvention oder Beihilfe begünstigten Unternehmens	119
a) Streitigkeiten bei der Durchführung des Subventionsverhältnisses	119
b) Rechtsschutz gegen die Rückabwicklung	120
aa) Grundsätze	120
bb) Beihilfenrechtliche Besonderheiten	120
2. Rechtsschutz eines am Erhalt einer Subvention bzw. Beihilfe interes- sierten Unternehmens	121
3. Rechtsschutz bei Förderung eines konkurrierenden Unternehmens ..	122
a) Negative Konkurrentenklage	122
b) Konkurrentenrechtsschutz im Beihilfenrecht	122

3. Abschnitt. Der Staat im Markt

§ 7. Öffentliches Unternehmens- und Wettbewerbsrecht	128
I. Formen staatlicher Wettbewerbsteilnahme	128
1. Zum Begriff „Öffentliche Unternehmen“	128
a) Unionsrechtliches Begriffsverständnis	128
b) Begriffsverständnis im deutschen Recht	130
2. Organisationsformen öffentlicher Unternehmen	131
a) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen	131
aa) Eigenbetrieb	131

bb) Rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts	132
cc) Zweckverband	132
b) Privatrechtliche Organisationsformen	133
aa) GmbH und AG	133
bb) Sonstige	134
II. Regelungsrahmen	134
1. Unionsrechtliche Vorgaben	134
a) Grundfreiheiten	134
b) Wettbewerbsregeln für öffentliche Unternehmen (Art. 106 AEUV)	135
aa) Allgemeine Wettbewerbsregel (Art. 106 I AEUV)	135
bb) Ausnahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 106 II AEUV)	136
2. Verfassungsrecht	138
a) Grundsätzliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates?	138
b) Insbesondere: Bedeutung der Grundrechte	139
3. Haushaltsrecht	140
4. Wettbewerbsrecht	141
III. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden	142
1. Art. 28 II GG als Legitimationsgrundlage wirtschaftlicher Betätigung	142
2. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in sachlicher Hinsicht	143
a) Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Allgemeinen	144
aa) Zum Begriff „wirtschaftliche Betätigung“	144
bb) Schrankentrias	145
cc) Genehmigungs- und Anzeigepflichten	146
b) Zulässigkeit der Führung von Unternehmen in Privatrechtsform ..	147
3. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in räumlicher Hinsicht	148
IV. Rechtsschutzfragen	149
1. Rechtsprechung vor 2002: Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen Marktzutritt der öffentlichen Hand	150
a) Verwaltungsgerichte: Kein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch	150
b) Zivilgerichte: Konkurrentenschutz über § 3 UWG	150
2. Rechtsprechung ab 2002: Öffentlich-rechtliche statt wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche	151
a) BGH: Verstoß gegen Schrankentrias kein unlauterer Wettbewerb	151
b) Folge: Verwaltungsgerichtlicher Konkurrentenschutz	151
§ 8. Privatisierungsrecht	154
I. Begriff und Formen der Privatisierung	154
1. Zum Begriff „Privatisierung“	154
2. Formen der Privatisierung	155
a) Formelle Privatisierung	155
b) Funktionale Privatisierung	156
aa) Begriff	156
bb) Insbesondere: Public Private Partnership (PPP)	157
c) Materielle Privatisierung	158

II. Rechtliche Rahmenbedingungen für Privatisierungen	159
1. Staatliche Kernaufgaben und Eingriffsverwaltung	159
2. Leistungsverwaltung	160
a) Verfassungsrechtliche Bindungen	160
b) Einfachgesetzliche Bindungen	163
3. Annexaufgaben	163
§ 9. Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge	164
I. Begriff und Zielrichtung	164
II. Rechtsquellen	165
1. Europäisches Vergaberecht	165
2. Nationales Vergaberecht	166
a) Rechtslage ab Erreichen der Schwellenwerte	166
b) Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte	168
III. Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts	169
1. Der Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 99 GWB	169
2. Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts	171
a) Dienstleistungskonzessionen	172
b) Die sog. In-House-Geschäfte	173
aa) Wesen	173
bb) Voraussetzungen	174
c) Die sog. Instate-Geschäfte	177
3. Public Private Partnership und Vergaberecht	179
4. Übersicht sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte	180
IV. Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts	180
1. Von der institutionellen zur funktionellen Betrachtungsweise	180
2. Der Auftraggeberbegriff ab Erreichen der Schwellenwerte	181
a) Institutionelle Auftraggeber	181
b) Funktionale Auftraggeber	181
aa) Juristische Person	182
bb) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben	182
cc) Nichtgewerblicher Art	183
dd) Besonderer Gründungszweck	184
ee) Besondere Staatsnähe	184
3. Der Auftraggeberbegriff unterhalb der Schwellenwerte	185
4. Der funktionale Unternehmensbegriff	185
V. Grundsätze des Vergaberechts	186
1. Rechtsgrundlagen und Bedeutung im Vergaberecht	186
2. Allgemeine Strukturprinzipien (§ 97 I und II GWB)	186
a) Wettbewerbsprinzip	186
b) Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot	186
3. Bieterbezogene Auswahlkriterien (§ 97 III und IV GWB)	187
a) Eignungskriterien	187
b) Förderung des Mittelstands und ihre Grenzen	187
4. Angebotsbezogene Auswahlkriterien: Das Wirtschaftlichkeitsprinzip (§ 97 V GWB)	188
5. Die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Gesichtspunkte	189

VI. Das Vergabeverfahren	191
1. Verfahrensarten	191
a) Verfahrensarten ab Erreichen der Schwellenwerte	191
b) Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte	192
c) Bestimmung der richtigen Verfahrensart im Einzelfall	192
2. Überblick über den Verfahrensablauf	193
a) Offenes Verfahren/Öffentliche Ausschreibung	193
aa) Publizitätsphase	194
bb) Angebotsphase	195
cc) Prüfungs- und Wertungsphase	195
dd) Zuschlagsphase	196
b) Nichtoffenes Verfahren/Beschränkte Ausschreibung	197
c) Verhandlungsverfahren/Freihändige Vergabe	197
VII. Fehlerfolgen	197
1. Die Regelung der §§ 101a, 101b I Nr. 1 GWB	198
2. Die Unwirksamkeit von „De-facto-Vergaben“ nach § 101b I Nr. 2 GWB	198
3. Sonstige Fehlerfolgen	199
VIII. Rechtsschutz	199
1. Rechtsschutz ab Erreichen der Schwellenwerte	199
a) Primärrechtsschutz: Das Nachprüfungsverfahren	199
aa) Zulässigkeit	200
bb) Verfahren und Entscheidung	201
cc) Rechtsmittel	202
b) Sekundärrechtsschutz	202
2. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	202
 4. Abschnitt. Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts mit primär ordnungsrechtlicher Zielsetzung	
§ 10. Gewerberecht	205
I. Zielsetzung und Anwendungsbereich der Gewerbeordnung	206
II. Begriff des Gewerbes	206
1. Funktion	207
2. Gewerbsmäßigkeit	207
a) Erlaubte und nicht sozial unwertige Tätigkeit	207
b) Gewinnerzielungsabsicht	208
c) Betätigung auf Dauer	209
d) Selbständigkeit	210
3. Gewerbsfähigkeit	211
a) Urproduktion	211
b) Freie Berufe	211
c) Verwaltung eigenen Vermögens	213
III. Für die einzelnen Gewerbearten geltende Anforderungen	213
1. Grundsatz der Gewerbefreiheit	214
2. Stehendes Gewerbe	215
a) Anzeigepflicht	216
b) Besondere Genehmigungsbedürftigkeit	217

aa) Wirkung und Aufhebung der Genehmigung	218
bb) Gewerbeüberwachung und Folgen fehlender Genehmigung ..	218
c) Untersagung wegen Unzuverlässigkeit	220
aa) Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit	220
bb) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des § 35 GewO	224
cc) Maßnahmen bei Unzuverlässigkeit	227
dd) Rechtsschutzfragen	228
3. Reisegewerbe	229
4. Marktgewerbe	232
a) Veranstaltungstypen	233
b) Beteiligte des Marktrechtsverhältnisses	234
c) Festsetzung der Veranstaltung	235
d) Wirkungen der Festsetzung	236
aa) Teilnahmeanspruch	237
bb) Auswahlkriterien bei Teilnahmebeschränkungen	238
e) Veranstaltung als kommunale Einrichtung	240
§ 11. Handwerksrecht	243
I. Regelungsgrundsätze	243
1. Zielsetzung	243
2. Verfassungsrechtliche Fragen	244
a) Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG	244
b) Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG	245
3. Unionsrechtliche Vorgaben	246
II. Der Begriff des Handwerks	247
1. Selbständiger Betrieb eines stehenden Gewerbes	248
2. Handwerksfähigkeit	248
3. Handwerksmäßigkeit	249
4. Betriebsformen	251
5. Zulassungsfreie und handwerksähnliche Gewerbe	252
III. Voraussetzungen der Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks ..	253
1. Eintragung in die Handwerksrolle	253
a) Meisterprüfung	254
b) Ausnahmegewilligung nach § 8 HandwO	254
c) Eintragung in Fällen mit Unionsrechtsbezug	256
d) Ausübungsberechtigung	256
2. Eintragungsunabhängige Ausübung von Tätigkeiten	256
IV. Eintragung, Löschung, Überwachung und Untersagung	257
1. Eintragung und Löschung in der Handwerksrolle	257
a) Eintragung	257
b) Löschung	257
2. Überwachung und Untersagung	258
a) Überwachung	258
b) Untersagung	259
V. Berufsbildung im Handwerk	260
VI. Organisation des Handwerks	261

§ 12. Gaststättenrecht	262
I. Struktur und Regelungsziele des Gaststättenrechts	263
II. Begriff des Gaststättengewerbes	264
1. Gewerbebetrieb	264
2. Zulässiger Bewirtungstyp	265
3. Zugänglichkeit	266
III. Gaststättenerlaubnis	267
1. Erlaubnispflicht	267
2. Voraussetzungen der Erlaubniserteilung	268
a) Persönliche Versagungsgründe	268
b) Sachliche Versagungsgründe	270
aa) Innerbetriebliche Gestaltung	270
bb) Widerspruch zu öffentlichem Interesse	270
c) Rechtsschutz	273
3. Inhalt der Erlaubnis	274
4. Auflagen	275
5. Rücknahme und Widerruf	276
IV. Betriebsbezogene Regelungen	277
1. Überwachung durch die Behörden	277
2. Sperrzeitregelungen	277
 5. Abschnitt. Regulierung von Infrastrukturen	
 § 13. Grundgedanken und Strukturen eines Regulierungsrechts	280
I. Die Diskussion um ein Regulierungsrecht	280
II. Zum Begriff der Regulierung	281
III. Der Regulierungsgedanke im Kontext gewährleistungsstaatlichen Denkens	282
IV. Strukturen einer Regulierungsverwaltung	284
1. Behördenorganisation	284
2. Instrumente und Verfahren	286
 § 14. Telekommunikation	287
I. Regelungsgegenstand und Rechtsquellen	288
1. Zum Begriff „Telekommunikation“	288
a) Telekommunikation als technischer Vorgang der Signalübermittlung	288
b) Abgrenzung zu den übermittelten Inhalten	289
2. Wesentliche Rechtsquellen des Telekommunikationsrechts	289
II. Meldepflichten, Frequenzvergabe und Nummernverwaltung	290
1. Meldepflichten der Netzbetreiber und Diensteanbieter	290
2. Frequenzvergabe und Nummernverwaltung durch die BNetzA	292
III. Regulierung der Telekommunikationsmärkte	292
1. Übersicht über die Verpflichtungen des Regulierungsrechts	293
2. Allgemeine Verfahrensvorschriften zur Marktregulierung	294
a) Übersicht über das Regulierungsverfahren	294
b) Marktdefinition	295
aa) Entscheidungskriterien	295

bb) Verfahrensbeteiligungen	296
c) Marktanalyse	297
aa) Entscheidungskriterien	297
bb) Verfahrensbeteiligungen	298
d) Regulierungsverfügung	299
3. Regulierung des Zugangs zu Infrastruktur und Dienstleistungen	300
a) Gesetzliche Angebotspflicht aller Netzbetreiber	300
b) Marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen	300
c) Marktmachtabhängige Zugangsverpflichtungen	301
aa) Regulierungsverfügungen gemäß § 21 TKG	301
bb) Begleitende Verpflichtungen gem. §§ 19, 20, 23, 24 TKG ...	302
d) Anordnung des Zugangs bei unterbliebener Zugangsvereinbarung	302
4. Regulierung der Entgelte für Zugang und Dienstleistungen	303
5. Besondere Missbrauchsaufsicht	305
IV. Garantie der Universaldienstleistungen	306
§ 15. Energiewirtschaft	308
I. Regelungsgegenstand und Rechtsquellen	308
1. Energiewirtschaft im weiteren Sinne	308
2. Energiewirtschaft im engeren Sinne (Elektrizitäts- und Gaswirtschaft)	309
3. Wesentliche Rechtsquellen der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft	310
II. Zulassung von Energieversorgern und Energieanlagen	311
1. Zulassung von Energieversorgungsunternehmen	311
a) Aufnahme des Netzbetriebs	311
b) Anzeige der Energiebelieferung von Haushaltskunden	311
2. Zulassung von Energieanlagen	311
III. Regulierung des Betriebs von Energieversorgungsnetzen	313
1. Netzanschluss	313
2. Netzzugang	314
a) Anspruch auf Netzzugang	314
b) Entgelte für den Netzzugang	314
c) Sonderbestimmungen des EEG und KWKG	315
3. Missbrauchsaufsicht und Sanktionen	316
IV. Versorgung der Letztverbraucher	318
1. Grundversorgungspflicht	318
2. Wegenutzung für Leitungsbetrieb	318
Sachverzeichnis	321