

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ein Studienbuch

von

Dr. Jan Ziekow

o. Professor an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

4., neu bearbeitete Auflage, 2016

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XVII
§ 1. Zur Studienrelevanz des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	1
1. Abschnitt. Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft	7
§ 2. Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft ..	7
I. Die Bedeutung historischer Entwicklungslinien	7
II. Vom Spätmittelalter bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts	7
1. Wirtschaft und Obrigkeit im Spätmittelalter	7
2. Die Wirtschaftspolitik der Territorialstaaten	8
III. Von der Einführung der Gewerbefreiheit in Preußen bis zum Ende des Nationalsozialismus	9
1. Die ersten beiden Drittel des 19. Jahrhunderts	9
2. Norddeutscher Bund und Deutsches Reich	10
§ 3. Die Ordnung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	12
I. Begriff und Gegenstände des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	12
II. Öffentliches und privates Wirtschaftsrecht	14
III. Wirtschaftssystem und Wirtschaftspolitik	15
IV. Wirtschaftsverfassungsrecht	15
1. Die sog. Wirtschaftsverfassung	15
2. Zuständigkeitsverteilung	16
3. Grundrechtsschutz wirtschaftlicher Tätigkeit	18
a) Berufsfreiheit	18
b) Eigentumsgewährleistung	24
c) Weitere Grundrechte	27
V. Europäisches Wirtschaftsrecht	28
1. Grundlagen	28
2. Grundfreiheiten	30
a) Verbot und Rechtfertigung von unmittelbaren Diskriminierungen	31
b) Verbot und Rechtfertigung von mittelbaren Diskriminierungen und sonstigen Beschränkungen	32
c) Die einzelnen Grundfreiheiten	36
aa) Freiheit des Warenverkehrs	36
bb) Arbeitnehmerfreizügigkeit	40
cc) Niederlassungsrecht	40
dd) Dienstleistungsfreiheit	44
ee) Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs	49
§ 4. Organisation der Wirtschaftsverwaltung	51
I. Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung	51
II. Staatliche Wirtschaftsverwaltung	52

III. Selbstverwaltung der Wirtschaft	54
1. Erscheinungsformen und Aufgaben	55
2. Organisation	58
3. Pflichtmitgliedschaft	58
4. Rechtsschutz bei Aufgabenüberschreitungen	60
IV. Beteiligung Privater an der Wirtschaftsverwaltung	62
1. Beleihung	63
2. Verwaltungshelfer und Erfüllungsgehilfen der Behörde	63
3. Weitere Formen	64

2. Abschnitt. Staatliche Einflussnahmen auf wirtschaftliches Handeln 65

§ 5. Einwirkungsformen und -instrumente	65
I. Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung	65
II. Wirtschaftsaufsicht	66
III. Instrumente der Einzeleinwirkung	67
1. Rechtsförmliches Handeln	68
a) Anzeige- und Genehmigungspflicht	68
b) Begleitende Überwachung	69
c) Anordnungen und Untersagungen	71
d) Vertragliches Handeln	72
2. Informales Handeln	72
3. Überwachungsbezogene Pflichten von Unternehmen	73
 § 6. Subventions- und Beihilfenrecht	74
I. Begriff, Ziele und Formen von Subventionen und Beihilfen	75
1. Verwendete Begrifflichkeiten	75
2. Das Subventionsverhältnis	76
II. Zulässigkeit der Subventionsgewährung	79
1. Nationales Recht	79
2. Die Zulässigkeit von Beihilfen nach Europarecht	81
a) Der Begriff der Beihilfe	81
aa) Staatliche Maßnahme oder Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel	82
bb) Gewährung eines Vorteils an den Begünstigten	84
cc) Selektivität der Maßnahme	88
dd) Wettbewerbsverfälschung	89
ee) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	90
b) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt	91
aa) Legalbeihilfen	92
bb) Ermessensbeihilfen	92
c) Verfahren	94
3. Anspruch auf Subventionsgewährung	96
III. Öffentlich-rechtliche oder privatechtliche Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses	97
1. Unterscheidung nach Subventionstypen	97
a) Verschönungssubventionen	97

b) Zahlungssubventionen	97
aa) Auszahlung durch staatliche Stelle	97
bb) Auszahlung im Bankenverfahren	98
c) Realsubventionen	99
d) Darlehenssubventionen	99
e) Gewährleistungssubventionen	100
2. Differenzierung nach Regimeentscheidungen	101
a) Ausschließlich öffentlich-rechtliche Ausgestaltung	101
b) Ausschließlich privatrechtliche Ausgestaltung	102
c) Kombiniert öffentlich-rechtliche/privatrechtliche Ausgestaltung	102
IV. Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses	103
1. Die Rückabwicklung nach nationalem Recht	103
a) Beseitigung der Grundlage der Subventionsgewährung	104
aa) Subventionsentscheidung durch Verwaltungsakt	104
bb) Subventionsentscheidung durch Vertrag	107
b) Rückforderung der gewährten Subvention	107
aa) Rückforderung in einstufigen Subventionsverhältnissen	107
bb) Rückforderung in zweistufigen Subventionsverhältnissen	109
2. Besonderheiten bei der Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen	109
a) Der Rückforderungsbeschluss der Kommission	111
b) Rückforderung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat	112
aa) Rücknahme von rechtswidrigen Beihilfebescheiden	113
bb) Rückabwicklung bei vertraglich gewährten Beihilfen ...	115
cc) Die Bedeutung von Schwierigkeiten bei der Rückforderung	115
V. Rechtsschutz	116
1. Rechtsschutz des von einer Subvention oder Beihilfe begünstigten Unternehmens	117
a) Streitigkeiten bei der Durchführung des Subventionsverhältnisses	117
b) Rechtsschutz gegen die Rückabwicklung	117
aa) Grundsätze	117
bb) Beihilfenrechtliche Besonderheiten	118
2. Rechtsschutz eines am Erhalt einer Subvention bzw. Beihilfe interessierten Unternehmens	119
3. Rechtsschutz bei Förderung eines konkurrierenden Unternehmens	120
a) Negative Konkurrentenklage	120
b) Konkurrentenrechtsschutz im Beihilfenrecht	120

3. Abschnitt. Der Staat im Markt 126

§ 7. Öffentliches Unternehmens- und Wettbewerbsrecht 126

I. Formen staatlicher Wettbewerbsteilnahme	126
1. Zum Begriff „Öffentliche Unternehmen“	126

a)	Unionsrechtliches Begriffsverständnis	126
b)	Begriffsverständnis im deutschen Recht	128
2.	Organisationsformen öffentlicher Unternehmen	129
a)	Öffentlich-rechtliche Organisationsformen	129
aa)	Eigenbetrieb	129
bb)	Rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts	130
cc)	Zweckverband	130
b)	Privatrechtliche Organisationsformen	131
aa)	GmbH und AG	131
bb)	Sonstige	132
II.	Regelungsrahmen	132
1.	Unionsrechtliche Vorgaben	132
a)	Grundfreiheiten	132
b)	Wettbewerbsregeln für öffentliche Unternehmen (Art. 106 AEUV)	133
aa)	Allgemeine Wettbewerbsregel (Art. 106 I AEUV)	133
bb)	Ausnahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 106 II AEUV)	134
2.	Verfassungsrecht	136
a)	Grundsätzliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates?	136
b)	Insbesondere: Bedeutung der Grundrechte	137
3.	Haushaltsrecht	138
4.	Wettbewerbsrecht	139
III.	Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden	140
1.	Art. 28 II GG als Legitimationsgrundlage wirtschaftlicher Betätigung	140
2.	Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in sachlicher Hinsicht	141
a)	Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Allgemeinen	141
aa)	Zum Begriff „wirtschaftliche Betätigung“	141
bb)	Schrankentrias	142
cc)	Genehmigungs- und Anzeigepflichten	143
b)	Zulässigkeit der Führung von Unternehmen in Privatrechtsform	144
3.	Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in räumlicher Hinsicht	145
IV.	Rechtsschutzfragen	146
1.	Rechtsprechung vor 2002: Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen Marktzutritt der öffentlichen Hand	147
a)	Verwaltungsgerichte: Kein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch	147
b)	Zivilgerichte: Konkurrentenschutz über § 3 UWG	147
2.	Rechtsprechung ab 2002: Öffentlich-rechtliche statt wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche	148
a)	BGH: Verstoß gegen Schrankentrias kein unlauterer Wettbewerb	148
b)	Folge: Verwaltungsgerichtlicher Konkurrentenschutz	148

§ 8. Privatisierungsrecht	151
I. Begriff und Formen der Privatisierung	151
1. Zum Begriff „Privatisierung“	151
2. Formen der Privatisierung	152
a) Formelle Privatisierung	152
b) Funktionale Privatisierung	153
aa) Begriff	153
bb) Insbesondere: Public Private Partnership (PPP)	153
c) Materielle Privatisierung	155
II. Rechtliche Rahmenbedingungen für Privatisierungen	156
1. Staatliche Kernaufgaben und Eingriffsverwaltung	156
2. Leistungsverwaltung	157
a) Verfassungsrechtliche Bindungen	157
b) Einfachgesetzliche Bindungen	160
3. Annexaufgaben	160
§ 9. Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge	161
I. Begriff und Zielrichtung	161
II. Anwendbares Recht	162
1. Für alle Beschaffungsvorgänge geltendes Recht	163
2. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte	165
a) Europäisches Vergaberecht	165
b) Nationales Vergaberecht	166
c) Wesentliche Weichenstellungen	167
aa) Abgrenzung öffentlicher Auftrag/Konzession	167
bb) Abgrenzung Bauauftrag/Liefer- oder Dienstleistungsauftrag	168
3. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte	168
III. Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts	169
1. Der Begriff des öffentlichen Auftrags	169
2. Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts	173
a) Systematik der öffentlich-öffentlichen Kooperationen	173
b) Das Inhouse-Geschäft	174
aa) Wesen	174
bb) Voraussetzungen	175
c) Die sog. Instate-Geschäfte	177
3. Public Private Partnership und Vergaberecht	179
IV. Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts	180
1. Von der institutionellen zur funktionellen Betrachtungsweise	180
2. Der Auftraggeberbegriff ab Erreichen der Schwellenwerte	180
a) Institutionelle Auftraggeber	180
b) Funktionale Auftraggeber	181
aa) Juristische Person	181
bb) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben	181
cc) Nichtgewerblicher Art	182
dd) Besonderer Gründungszweck	183
ee) Besondere Staatsnähe	184

3. Der Auftraggeberbegriff unterhalb der Schwellenwerte	184
4. Der funktionale Unternehmensbegriff	185
V. Grundsätze des Vergaberechts	185
1. Rechtsgrundlagen und Bedeutung im Vergaberecht	185
2. Allgemeine Strukturprinzipien (§ 97 I und II GWB)	185
a) Wettbewerbsprinzip	185
b) Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot	186
3. Förderung des Mittelstands	186
4. Die Auswahl von Angeboten	186
a) Bieterbezogene Auswahlkriterien (§§ 122 ff. GWB)	187
b) Angebotsbezogene Auswahlkriterien: Wirtschaftlichstes Angebot (§ 127 GWB)	187
c) Ausführungsbedingungen (§§ 128 f. 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	191
c) Bestimmung der richtigen Verfahrensart im Einzelfall	191
2. Überblick über den Verfahrensablauf	192
a) Offenes Verfahren/Öffentliche Ausschreibung	192
aa) Publizitätsphase	193
bb) Angebotsphase	194
cc) Prüfungs- und Wertungsphase	194
dd) Zuschlagsphase	195
b) Nichtoffenes Verfahren/Beschränkte Ausschreibung	196
c) Verhandlungsverfahren/Freihändige Vergabe	196
VII. Fehlerfolgen	196
1. Die Regelung der §§ 134, 135 I Nr. 1 GWB	197
2. Die Unwirksamkeit von „De-facto-Vergaben“ nach § 135 I Nr. 2 GWB	197
3. Kündigung nach § 133 I Nr. 3 GWB und sonstige Fehlerfolgen	197
VIII. Rechtsschutz	198
1. Rechtsschutz ab Erreichen der Schwellenwerte	198
a) Primärrechtsschutz: Das Nachprüfungsverfahren	198
aa) Zulässigkeit	199
bb) Verfahren und Entscheidung	200
cc) Rechtsmittel	201
b) Sekundärrechtsschutz	201
2. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	201

4. Abschnitt. Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts mit primär ordnungsrechtlicher Zielsetzung 204

§ 10. Gewerberecht	204
I. Zielsetzung und Anwendungsbereich der Gewerbeordnung	205
II. Begriff des Gewerbes	205

1. Funktion	206
2. Gewerbsmäßigkeit	206
a) Erlaubte und nicht sozial unwertige Tätigkeit	206
b) Gewinnerzielungsabsicht	207
c) Betätigung auf Dauer	208
d) Selbständigkeit	209
3. Gewerbsfähigkeit	209
a) Urproduktion	209
b) Freie Berufe	210
c) Verwaltung eigenen Vermögens	211
III. Für die einzelnen Gewerbearten geltende Anforderungen	212
1. Grundsatz der Gewerbefreiheit	213
2. Stehendes Gewerbe	214
a) Anzeigepflicht	214
b) Besondere Genehmigungsbedürftigkeit	216
aa) Wirkung und Aufhebung der Genehmigung	216
bb) Gewerbeüberwachung und Folgen fehlender Genehmigung	217
c) Untersagung wegen Unzuverlässigkeit	219
aa) Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit	219
bb) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des § 35 GewO	223
cc) Maßnahmen bei Unzuverlässigkeit	225
dd) Rechtsschutzfragen	227
3. Reisegewerbe	228
4. Marktgewerbe	230
a) Veranstaltungstypen	231
b) Beteiligte des Marktrechtsverhältnisses	232
c) Festsetzung der Veranstaltung	233
d) Wirkungen der Festsetzung	234
aa) Teilnahmeanspruch	235
bb) Auswahlkriterien bei Teilnahmebeschränkungen	236
e) Veranstaltung als kommunale Einrichtung	238
§ 11. Handwerksrecht	241
I. Regelungsgrundsätze	241
1. Zielsetzung	241
2. Verfassungsrechtliche Fragen	242
a) Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG	242
b) Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG	243
3. Unionsrechtliche Vorgaben	244
II. Der Begriff des Handwerks	245
1. Selbständiger Betrieb eines stehenden Gewerbes	246
2. Handwerksfähigkeit	246
3. Handwerksmäßigkeit	247
4. Betriebsformen	248
5. Zulassungsfreie und handwerksähnliche Gewerbe	250

III. Voraussetzungen der Ausübung eines zulassungspflichtigen	
Handwerks	251
1. Eintragung in die Handwerksrolle	251
a) Meisterprüfung	252
b) Ausnahmegewilligung nach § 8 HandwO	252
c) Eintragung in Fällen mit Unionsrechtsbezug	253
d) Ausübungsberechtigung	254
2. Eintragungsunabhängige Ausübung von Tätigkeiten	254
IV. Eintragung, Löschung, Überwachung und Untersagung	254
1. Eintragung und Löschung in der Handwerksrolle	254
a) Eintragung	254
b) Löschung	255
2. Überwachung und Untersagung	256
a) Überwachung	256
b) Untersagung	257
V. Berufsbildung im Handwerk	258
VI. Organisation des Handwerks	258
 § 12. Gaststättenrecht	 260
I. Struktur und Regelungsziele des Gaststättenrechts	260
II. Begriff des Gaststättengewerbes	262
1. Gewerbebetrieb	262
2. Zulässiger Bewirtungstyp	263
3. Zugänglichkeit	263
III. Gaststättenerlaubnis	264
1. Erlaubnispflicht	264
2. Voraussetzungen der Erlaubniserteilung	265
a) Persönliche Versagungsgründe	265
b) Sachliche Versagungsgründe	267
aa) Innerbetriebliche Gestaltung	267
bb) Widerspruch zu öffentlichem Interesse	268
c) Rechtsschutz	270
3. Inhalt der Erlaubnis	272
4. Auflagen	272
5. Rücknahme und Widerruf	273
IV. Betriebsbezogene Regelungen	274
1. Überwachung durch die Behörden	274
2. Sperrzeitregelungen	275
 5. Abschnitt. Regulierung von Infrastrukturen	 278
 § 13. Grundgedanken und Strukturen eines Regulierungsrechts	 278
I. Die Diskussion um ein Regulierungsrecht	278
II. Zum Begriff der Regulierung	279
III. Der Regulierungsgedanke im Kontext gewährleistungsstaatlichen Denkens	280
IV. Strukturen einer Regulierungsverwaltung	282

1. Behördenorganisation	282
2. Instrumente und Verfahren	283
§ 14. Telekommunikation	285
I. Regelungsgegenstand und Rechtsquellen	286
1. Zum Begriff „Telekommunikation“	286
a) Telekommunikation als technischer Vorgang der Signalübermittlung	286
b) Abgrenzung zu den übermittelten Inhalten	286
2. Wesentliche Rechtsquellen des Telekommunikationsrechts	287
II. Meldepflichten, Frequenzvergabe und Nummernverwaltung	288
1. Meldepflichten der Netzbetreiber und Diensteanbieter	288
2. Frequenzvergabe und Nummernverwaltung durch die BNetzA	289
III. Regulierung der Telekommunikationsmärkte	290
1. Übersicht über die Verpflichtungen des Regulierungsrechts	290
2. Allgemeine Verfahrensvorschriften zur Marktregulierung	291
a) Übersicht über das Regulierungsverfahren	291
b) Marktdefinition	293
aa) Entscheidungskriterien	293
bb) Verfahrensbeteiligungen	294
c) Marktanalyse	295
aa) Entscheidungskriterien	295
bb) Verfahrensbeteiligungen	296
d) Regulierungsverfügung	296
3. Regulierung des Zugangs zu Infrastruktur und Dienstleistungen	297
a) Gesetzliche Angebotspflicht aller Netzbetreiber	297
b) Marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen	298
c) Marktmachtabhängige Zugangsverpflichtungen	298
aa) Regulierungsverfügungen gemäß § 21 TKG	298
bb) Begleitende Verpflichtungen gem. §§ 19, 20, 23, 24 TKG	299
d) Anordnung des Zugangs bei unterbliebener Zugangsvereinbarung	300
4. Regulierung der Entgelte für Zugang und Dienstleistungen	301
5. Besondere Missbrauchsaufsicht	303
IV. Garantie der Universaldienstleistungen	303
§ 15. Energiewirtschaft	305
I. Regelungsgegenstand und Rechtsquellen	306
1. Energiewirtschaft im weiteren Sinne	306
2. Energiewirtschaft im engeren Sinne (Elektrizitäts- und Gaswirtschaft)	306
3. Wesentliche Rechtsquellen der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft	307
II. Zulassung von Energieversorgern und Energieanlagen	308
1. Zulassung von Energieversorgungsunternehmen	308
a) Aufnahme des Netzbetriebs	308
b) Anzeige der Energiebelieferung von Haushaltskunden	309
2. Zulassung von Energieanlagen	309

III. Regulierung des Betriebs von Energieversorgungsnetzen	310
1. Netzanschluss	310
2. Netzzugang	311
a) Anspruch auf Netzzugang	311
b) Entgelte für den Netzzugang	312
c) Sonderbestimmungen des EEG und KWKG	313
3. Missbrauchsaufsicht und Sanktionen	313
IV. Versorgung der Letztverbraucher	315
1. Grundversorgungspflicht	315
2. Wegenutzung für Leitungsbetrieb	315
Sachverzeichnis	317