

# Rechtsfragen der Rekommunalisierung

Wirtschaftsverfassung,  
Binnenmarkt, Freihandel

Stefan Mayr

 VERLAG  
 ÖSTERREICH

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
 <b>I. Einleitung .....</b>	 <b>1</b>
A. Problemaufriss .....	1
B. Untersuchungsgegenstand „Rekommunalisierung“ .....	5
1. Rekommunalisierung als aktuelles Phänomen .....	5
2. Rekommunalisierung als unstrukturierter Sammelbegriff .....	8
3. Systematisierung und Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes .....	12
C. Gang der Untersuchung .....	13
 <b>II. Rekommunalisierung und Wirtschaftsfreiheit der Gemeinden .....</b>	 <b>15</b>
A. Problemaufriss .....	15
B. Die Gemeinde als selbständiger Wirtschaftskörper .....	17
1. Rekommunalisierung als Teilaspekt der kommunalen Wirtschaftsfreiheit .....	17
a. Erfasste Rekommunalisierungsmaßnahmen .....	18
b. Zwischenfazit .....	20
2. Der Schrankenvorbehalt in Art 116 Abs 2 B-VG .....	20
a. Bindung an das Legalitätsprinzip? .....	20
b. Reichweite: „allgemeine“ Gesetze .....	22
3. Grenzen der Privatrechtsfähigkeit? .....	24
a. Aktuelle Kontroverse .....	24
b. Beschränkung der Privatautonomie und/oder der Privatrechtsfähigkeit? ...	25
C. Schranken der Wirtschaftsfreiheit .....	27
1. Verfassungsimmanente Schranken .....	28
a. Kriterien für den eigenen Wirkungsbereich? .....	28
b. Genehmigungsvorbehalte gem Art 119a Abs 8 B-VG .....	31
c. Effizienz .....	33
aa. Grundlagen .....	33
bb. Justiziabilität des Effizienzgebots? .....	36
cc. Effizienz als Genehmigungskriterium? .....	38
dd. Zwischenfazit .....	39
d. Fiskalgeltung der Grundrechte .....	40
aa. Gleichheitssatz – Anwendungsfälle .....	41
i. Kontrahierungszwang .....	41
ii. Subventionen .....	43
iii. Lauterkeitsrecht .....	45
iv. Vergaberecht .....	46
bb. Zwischenfazit .....	46
2. Einschränkende Vorgaben in den Gemeindeordnungen und Stadtrechten .....	47
a. Wirtschaftlichkeitskriterien, öffentliches Interesse und Bedarf .....	48
b. Beschränkungen der Wahl der Rechtsform .....	50

## X Inhaltsverzeichnis

	Seite
c. Subsidiaritätsklauseln .....	51
d. Genehmigungsvorbehalte .....	54
aa. Allgemeines .....	54
bb. Wirtschaftliche Unternehmungen .....	56
cc. Aufnahme von Darlehen .....	58
dd. Versagungsgründe .....	60
ee. Zwischenfazit .....	61
D. Zusammenfassende Würdigung .....	61
<b>III. Rekommunalisierung und Binnenmarkt .....</b>	<b>65</b>
A. Problemaufriss .....	65
B. Öffentliche Unternehmen und Dienstleistungsmonopole .....	66
1. Der Begriff des (öffentlichen) Unternehmens .....	66
a. Funktionaler Unternehmensbegriff .....	67
b. Einschränkungen .....	67
aa. Sozialversicherungsträger .....	67
bb. Hoheitliche Tätigkeiten .....	68
cc. Sonstige nichtwirtschaftliche Tätigkeiten? .....	70
c. Unternehmensträgerschaft .....	71
d. Zwischenfazit mit Blick auf Rekommunalisierungen .....	72
2. Der Begriff der ausschließlichen und besonderen Rechte .....	73
3. Gang der weiteren Untersuchung .....	75
C. Dienstleistungsmonopole und Wettbewerbsregeln .....	75
1. Vorbemerkung .....	75
2. Art 106 Abs 1 AEUV iVm Art 102 AEUV .....	76
a. Marktbeherrschende Stellung .....	77
aa. Grundlagen .....	77
bb. Regional beschränkte Bedeutung? .....	78
cc. Diffuse Marktbeherrschung? .....	79
b. Missbrauch der beherrschenden Stellung, Handelsbeeinträchtigung .....	80
3. Zwischenfazit .....	81
D. Dienstleistungsmonopole und Grundfreiheiten .....	82
1. Dienstleistungsfreiheit .....	82
a. Grundlagen .....	82
b. Relevanz der Dienstleistungsrichtlinie? .....	85
aa. Anwendungsbereich .....	85
bb. Weitere Ausnahmen von der (sekundärrechtlichen) Dienstleistungsfreiheit .....	87
cc. Zwischenfazit .....	87
2. Niederlassungsfreiheit .....	88
a. Grundlagen .....	88
b. Relevanz der Dienstleistungsrichtlinie? .....	90
E. Der Vorbehalt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art 106 Abs 2 AEUV .....	92
1. Primärrechtlicher Kontext .....	92
a. Art 14 AEUV .....	94

	Seite
b. Protokoll Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon .....	95
c. Art 36 GRC .....	96
d. Fazit .....	97
2. Zur Anwendbarkeit des Art 106 Abs 2 AEUV .....	97
a. Grundlagen .....	97
b. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse .....	98
aa. Reichweite.....	98
bb. Relative Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten.....	100
c. Besondere Aufgaben .....	102
d. Betrauung.....	103
aa. Anforderungen an den Betrauungsakt.....	103
bb. Fragen der Betrauung im Rekommunalisierungskontext.....	104
e. Verhinderung der Aufgabenerfüllung .....	106
f. Art 106 Abs 2 2. Satz AEUV .....	108
3. Fazit mit Blick auf Rekommunalisierungen.....	108
F. Beihilfenrechtlicher Rahmen .....	110
1. Ausgangspunkt: Das Beihilfeverbot in Art 107 Abs 1 AEUV .....	111
a. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten .....	112
b. Begünstigung .....	115
2. Die Eckpunkte der Altmark-Judikatur .....	117
3. Zur weiteren Entwicklung in der Judikatur.....	121
4. Das sekundärrechtliche Beihilferegime für DAWI.....	126
a. De-minimis-Verordnung für DAWI.....	127
b. Freistellungsbeschluss .....	128
c. EU-Rahmen .....	130
5. Fazit.....	132
G. Vergaberechtlicher Rahmen.....	135
1. Ausgangspunkt: Der Anwendungsbereich des Vergaberechts im Überblick....	136
a. Persönlicher Anwendungsbereich .....	136
b. Sachlicher Anwendungsbereich .....	139
2. Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen.....	140
a. Bisherige Rechtslage .....	140
b. Abgrenzung .....	141
c. Rahmenbedingungen für Dienstleistungsaufträge .....	145
d. Rahmenbedingungen für Dienstleistungskonzessionen .....	147
aa. Hintergrund .....	147
bb. Eckpunkte der RL 2014/23/EU.....	148
i. Persönlicher Anwendungsbereich: (Öffentliche) Auftraggeber....	148
ii. Sachlicher Anwendungsbereich: Schwellenwerte und Berechnung .....	149
iii. Ausschlüsse im Überblick .....	150
iv. Verfahrensrechtliche Vorgaben im Überblick .....	153
3. Inhouse-Vergabe.....	156
a. Grundlagen .....	156
b. Die Entwicklung in der Judikatur des EuGH.....	158
aa. Ausgangspunkt.....	158
bb. Kontrollkriterium.....	159

## XII Inhaltsverzeichnis

	Seite
cc. Wesentlichkeitskriterium.....	162
c. Kodifikation in den Vergaberichtlinien 2014 .....	163
aa. Überblick .....	163
bb. „Klassische“ Inhouse-Vergabe.....	164
i. Kontrollkriterium .....	164
ii. Wesentlichkeitskriterium .....	165
iii. Beteiligung Privater.....	166
cc. „Inverse“ und „horizontale“ Inhouse-Vergabe .....	168
4. Interkommunale Kooperation .....	169
a. Die Entwicklung in der Judikatur des EuGH.....	169
aa. Institutionalisierte Zusammenarbeit.....	169
bb. Nicht-institutionalisierte Zusammenarbeit .....	170
b. Kodifikation in den Vergaberichtlinien .....	173
aa. Überblick .....	173
bb. Institutionalisierte Zusammenarbeit.....	174
i. Kontrollkriterium .....	174
ii. Wesentlichkeitskriterium .....	176
cc. Nicht-institutionalisierte Zusammenarbeit .....	176
i. Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern.....	177
ii. Öffentliche Dienstleistung, Erreichung gemeinsamer Ziele .....	177
iii. Asymmetrische Kooperation?.....	179
iv. Beschränkung der Leistungserbringung auf dem offenen Markt .....	180
5. Fazit.....	180
H. Zusammenfassende Würdigung.....	181
<b>IV. Rekommunalisierung und Freihandel .....</b>	<b>185</b>
A. Problemaufriss.....	185
1. Konnex zur Rekommunalisierungsthematik.....	185
2. Aktueller Stand.....	187
3. Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge.....	189
a. Vorbemerkung .....	189
b. Die Allgemeine Auslegungsregel des Art 31 WVK .....	190
c. Weitere Auslegungsregeln.....	193
d. Auslegung im Bereich des Investitionsschutzes.....	194
B. CETA als Freihandelsabkommen einer neuen Generation .....	196
1. Vorbemerkung.....	196
2. Rechtliche Qualität und Wirkungen .....	197
a. Ausgangspunkt.....	197
b. Völkerrechtliche Bindung.....	199
c. Zur Wirkung des CETA in der Unionsrechtsordnung .....	200
d. Zur Wirkung des CETA in der nationalen Rechtsordnung.....	204
C. Die Regelungsarchitektur des CETA .....	207
1. Positivistische, Negativliste oder Hybrid.....	209
2. Struktur der Liberalisierungsverpflichtungen in CETA .....	212
3. Standstill und Ratchet .....	213
a. Rechtliche Grundlagen und Funktionsweise .....	214
b. Relevanz für Rekommunalisierungen?.....	216

	Seite
D. Liberalisierungsverpflichtungen .....	217
1. Marktzugang .....	217
a. Rechtliche Grundlagen .....	217
b. Quantitative Marktzugangsbeschränkungen .....	219
aa. Quoten, Monopole und ausschließliche Anbieter .....	219
bb. Weitere Marktzugangsbeschränkungen .....	223
c. Nicht-quantitative Beschränkungen .....	225
2. Leistungsanforderungen .....	227
3. Inländerbehandlung .....	230
4. Meistbegünstigung .....	231
5. Höheres Management und Leitungs- und Kontrollorgane .....	236
6. Zwischenfazit mit Blick auf Rekommunalisierungen .....	237
E. Ausnahmen und Vorbehalte am Beispiel der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung .....	239
1. Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs des CETA .....	240
a. Wasser in seinem natürlichen Vorkommen .....	240
b. In Ausübung hoheitlicher Gewalt durchgeführte Tätigkeiten .....	241
aa. Vorbemerkung .....	241
bb. Erbringung zu kommerziellen Zwecken .....	243
cc. Durchführung im Wettbewerb .....	245
dd. Hoheitliche Gewalt als weiteres Kriterium? .....	247
ee. Relevanz für Rekommunalisierungen .....	248
2. Vorbehalte der EU und Österreichs .....	249
a. Vorbemerkung .....	249
b. Die Public-utilities-Klausel .....	251
aa. Reichweite .....	251
i. Öffentliche Monopole und ausschließliche Rechte .....	253
ii. Der Begriff der „Dienstleistungen der Daseinsvorsorge“ bzw. „public utilities“ .....	254
bb. Exkurs: Mangelnde GATS-Konformität und konsolidierte GATS-Verpflichtungsliste .....	255
cc. Relevanz für Rekommunalisierungen .....	258
c. Entnahme, Aufbereitung und Verteilung von Wasser .....	258
3. Allgemeine Ausnahmen – Die Rechtfertigungstatbestände in Art 28.3 .....	261
4. Fazit .....	265
F. Investitionsschutz und Investor-Staat Streitbeilegung .....	266
1. Reichweite: Der Begriff der „Investition“ in CETA .....	269
2. Materielle Investitionsschutzstandards und Right to regulate .....	274
a. Fair and equitable treatment .....	274
aa. Kontext .....	274
bb. Der FET-Standard in CETA .....	277
i. Grundlagen .....	277
ii. Kein Kriterium: Stabilität der Rechtsordnung .....	279
iii. Weitgehende Unbestimmtheit trotz einschränkender Zusätze .....	281
iv. Berücksichtigung legitimer Erwartungen? .....	284
v. Verstöße gegen innerstaatliches Recht .....	287
cc. Zwischenfazit .....	289

	Seite
b. Enteignung.....	290
aa. Grundlagen .....	290
bb. Abgrenzung: Direkte und indirekte Enteignung .....	291
cc. Kriterien für das Vorliegen indirekter Enteignungen .....	292
dd. Maßnahmen zum Schutz berechtigter Gemeinwohlziele.....	295
c. Das sogenannte „Right to Regulate“ .....	297
aa. Grundlagen, formales und materielles Verständnis.....	297
bb. Die „Bekräftigung“ des Right to regulate in CETA.....	300
cc. Beeinträchtigung von Investoreninteressen .....	301
dd. Klarstellungen im Subventionsbereich.....	302
ee. Kündigung von Dienstleistungskonzessionen? .....	305
ff. Entschädigungspflicht und Reichweite.....	306
d. Fazit: Relevanz für Rekommunalisierungen.....	307
3. Der ICS-Mechanismus im Überblick.....	309
a. Ausgangslage .....	309
b. Das Gericht.....	311
aa. Vorab zur Begrifflichkeit .....	311
bb. Aufbau und Mitglieder des Gerichts im Allgemeinen.....	311
cc. Zusammensetzung im Einzelfall.....	312
dd. Unabhängigkeit.....	314
c. Die Rechtsbehelfsinstanz.....	315
aa. Appellate Tribunal – Berufungsgericht oder Rechtsbehelfsinstanz? .....	315
bb. Umfassende Rechtskontrolle .....	316
cc. Institutionelle und verfahrensrechtliche Ausgestaltung.....	317
d. Zwischenfazit .....	318
4. Fazit.....	321
5. Exkurs: Bestimmung des respondent und Aufteilung der finanziellen Verantwortung .....	323
a. Grundlagen im CETA.....	323
b. VO (EU) 912/2014 .....	325
G. Weitere Regelungsbereiche mit Relevanz für Rekommunalisierungen?.....	328
1. Subventionen .....	328
2. Wettbewerbspolitik .....	329
3. Staatsunternehmen, Monopolinhaber und Unternehmen mit besonderen Rechten oder Vorrechten.....	330
a. Grundlagen .....	330
b. Zentrale Regelungsinhalte .....	331
aa. Grundsatz der Nichtdiskriminierung .....	332
bb. Handeln „aus kommerziellen Erwägungen heraus“ .....	332
i. Grundsatz .....	332
ii. Spannungsverhältnis mit Blick auf Rekommunalisierungen .....	333
iii. Ausnahmen .....	333
c. Relevanz für Rekommunalisierungen .....	335
4. Öffentliche Beschaffungen .....	336
a. Grundlagen .....	336
b. Die Grundprinzipien im Überblick.....	338
aa. Nichtdiskriminierung.....	338
bb. Transparenz und prozedurale Fairness .....	340

	Seite
c. Der Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels .....	341
aa. Regelungsstruktur .....	341
bb. Persönlicher und wertmäßiger Anwendungsbereich .....	341
i. Anhang 19-1 .....	342
ii. Anhang 19-2 .....	343
iii. Anhang 19-3 .....	344
iv. Persönlicher Anwendungsbereich und Rekommunalisierungen .....	345
cc. Sachlicher Anwendungsbereich .....	346
i. Überblick .....	346
ii. Anhang 19-5: Erfasste Dienstleistungen .....	347
iii. Dienstleistungskonzessionen .....	348
dd. Zwischenfazit .....	350
d. Inhouse-Vergaben und interkommunale Kooperationen .....	351
aa. „Interne Beschaffungen“ .....	351
bb. Bereitstellung unter erfassten Einheiten .....	352
cc. Zwischenfazit .....	353
e. Fazit .....	353
H. Zusammenfassende Würdigung .....	355
 V. Conclusio .....	 359
 Literaturverzeichnis .....	 371
Stichwortverzeichnis .....	395