

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
I. Einleitung	21
II. Gang der Untersuchung	29
III. Begriff des öffentlichen Unternehmens	31
III.1. Begriff des „Unternehmens“	31
III.1.1. Organisatorische Selbständigkeit	31
III.1.2. Wirtschaftliche Betätigung	32
a) Begriff der Wirtschaftlichkeit	32
b) Begriff des nicht-wirtschaftlichen Unternehmens	33
III.1.3. Heuristische Definition	35
III.2. Begriff der „Öffentlichkeit“	35
III.2.1. Vorgaben des Verfassungsrechts – die Innenperspektive	35
a) Unternehmer / Träger	35
b) Zweck	36
III.2.2. Vorgaben des EG-Rechts – Außenperspektive	36
III.2.3. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	37
III.2.4. Heuristische Definition	38
III.3. Begriff kommunaler Unternehmen – Rechtsform / Rechtsformenwahl und Rolle	38
III.3.1. Abgrenzung der Kommune zu ihren kommunalen Unternehmen	38
III.3.2. Spezifische Rechtsformen kommunaler Unternehmen	38
IV. Funktion öffentlicher Unternehmen	41
IV.1. Volkswirtschaftlicher Ursprung der Instrumentalthese	41
IV.2. Ein Raster staatlicher Handlungsformen	42
IV.3. Die Instrumentalthese in der gemeinschaftsrechtlichen Dogmatik	43
IV.4. Zwischenergebnis	46
V. Öffentliche Unternehmen in der verfassungsrechtlichen Diskussion	47
V.1. Die staatliche Gemeinwohlbindung	47
V.1.1. Die Grundaussage des GG	47
a) Begriff der Gemeinwohlbindung	47
b) Wirtschaftspolitische Neutralität / Art. 15 GG und Gemeinwohlbindung	47
V.1.2. Die Grundaussage der französischen Dogmatik des service public	48
V.2. Der öffentliche Zweck	49
V.2.1. Abstrakte Darstellung des Regelungsmechanismus	49
a) Begriff und Adressaten der Regelung	49
b) Unternehmerisches Sachziel und unternehmerisches Formalziel	50

c)	Unmittelbarkeit der Zweckbildung	52
d)	Der öffentliche Zweck im Verfassungsrecht - ein anderer als der öffentliche Zweck im Kommunalrecht?	53
e)	Staatliche Einnahmen und Erwerbswirtschaft nach dem GG	54
f)	Abgrenzung Erwerbswirtschaft / Wirtschaftlichkeit	58
g)	Reichweite der Zweckbindung	61
h)	Abgrenzung Subsidiaritätsprinzip / Zweckkriterium	63
V.2.2.	Vorläufige Schlussfolgerungen für das Kriterium der Zweckbindung	63
a)	Bewertung	63
b)	Zwischenergebnis	66
V.3.	Das Örtlichkeitsprinzip	66
V.3.1.	Begriff	66
a)	Verfassungsrechtlicher Ursprung der Regelung	66
b)	Die landesrechtliche Rechtslage	67
c)	Ökonomische Herleitung des Örtlichkeitsprinzips	68
V.3.2.	Inhalt und Ausprägung des Örtlichkeitsprinzips	69
a)	Ansätze zur Bestimmung des Örtlichkeitsprinzips	69
b)	Abgrenzung Örtlichkeitsprinzip / Zweckbindung	71
c)	Ansätze zur Überwindung des Örtlichkeitsprinzips aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG selbst	74
d)	Zwischenergebnis	78
V.4.	Die Subsidiaritätsklausel	81
V.4.1.	Abgrenzung Subsidiarität und Funktionssperre	81
V.4.2.	Traditionelles Verständnis der Subsidiaritätsklausel	82
a)	Subsidiarität als Tatbestandsmerkmal	82
b)	Verfassungsrechtliches Verständnis der Subsidiaritätsklausel	84
c)	Der Gedanke der Subsidiarität auf liberalisierten Märkten	90
V.5.	Berücksichtigung von Leistungsfähigkeit und Bedarf	91
V.6.	Zwischenergebnis	91
VI.	Öffentliche Unternehmen in der gemeinschaftsrechtlichen Diskussion	93
VI.1.	Wettbewerb als normative Vorgabe	93
VI.1.1.	Die offene Marktwirtschaft	94
VI.1.2.	Wettbewerb	95
a)	Wettbewerb als Rechtsbegriff	95
b)	Art. 16 EG als Gegenentwurf?	95
VI.1.3.	Der gemeinsame Markt und der Binnenmarkt	97
VI.1.4.	Bewertung der Art. 4, 98 S. 2 EG	98
VI.2.	Öffentliche Unternehmen und Grundfreiheiten:	99
VI.2.1.	Generelle Grundfreiheitsberechtigung öffentlicher Unternehmen?	99
a)	Funktionale Erwägungen	100

b)	Das Argument aus Art. 86 Abs. 1 EG bzw. aus § 86 Abs. 2 S. 1, 1. Halbsatz EG	101
VI.2.2.	Grundfreiheitsberechtigung öffentlicher Unternehmen gegenüber dem eigenen Staat	102
a)	Inländerdiskriminierung und unternehmerische Selbstbeschränkung	102
b)	Bereichausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG	104
VI.3.	Die Grundfreiheiten im Einzelnen - Tatbestand	105
VI.3.1.	Die Warenverkehrsfreiheit	105
a)	Schutzbereich	105
b)	Beschränkung / Beeinträchtigung	106
VI.3.2.	Die Kapitalverkehrsfreiheit	107
a)	Schutzbereich	107
b)	Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit	107
c)	Beschränkung / Beeinträchtigung	110
VI.3.3.	Die Dienstleistungsfreiheit	111
VI.4.	Die Grundfreiheiten im Einzelnen – Rechtfertigung	112
VI.4.1.	Warenverkehrsfreiheit	112
a)	Anwendbarkeit des Artikel 29 EG	112
b)	Bewertung	116
c)	Rechtfertigung des Grundfreiheitsverstoßes	117
VI.4.2.	Kapitalverkehrsfreiheit	126
VI.5.	Rechtsfolge	127
VI.6.	Öffentliche Unternehmen und gemeinschaftsrechtlicher Gleichbehandlungssatz	129
VI.6.1.	Gleichbehandlung gem. Art. 6 Abs. 2 EUV	129
VI.6.2.	Gleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 1 BinnenmarktRL	130
VI.6.3.	Gleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 2 EG	130
VI.6.4.	Bewertung	131
VI.7.	Grundrechtsschutz der Kommunen aus EMRK	131
VII.	Reichweite und Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung	133
VII.1.	Gemeinwohl als Begriff	133
VII.2.	Anmerkungen zur Staatsaufgabenlehre	135
VII.2.1.	Kompetenz-Kompetenz der Gemeinden?	136
VII.2.2.	Bewertung	139
VII.3.	Die Energieversorgung als Staatsaufgabe	141
VII.3.1.	Staatsaufgaben – Aufgaben der Gesellschaft	141
VII.3.2.	Modalitäten der Staatsaufgaben	142
VIII.	Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	145
VIII.1.	Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Allzuständigkeit)	149
VIII.1.1.	Wirtschaftstätigkeit als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	149
a)	Herkömmliche Erfassung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit	149

b)	Einordnung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit bei Otting	150
VIII.1.2.	Energieversorgung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	151
a)	Die Trennung von Versorgung und Verteilung	151
b)	Bewertung	152
VIII.2.	Eigenverantwortlichkeit	154
VIII.2.1.	Die wirtschaftliche Betätigung als „Regelung eigener Angelegenheiten“	154
VIII.2.2.	Abgrenzung zu den Begriffen Kernbereich und Randbereich	156
VIII.3.	Zwischenergebnis	158
VIII.4.	Der öffentliche Zweck auf liberalisierten Märkten	159
VIII.4.1.	Kritik am Zweckbegriff	159
VIII.4.2.	Alternative Erklärungsansätze zum Zweckbegriff	161
a)	Daseinsvorsorge - ein öffentlicher Zweck	161
b)	Marktversagen als öffentlicher Zweck	164
c)	Die Einheitsthese	173
d)	Wegfall des Zweckkriteriums – der Ansatz von Schwintowski	177
e)	Bewertung	170
VIII.4.3.	Abgrenzung des Begriffs der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu dem Begriff des öffentlichen Zwecks	179
a)	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	180
b)	Verhinderungsmaßstab	183
c)	Quersubventionierung	183
d)	Art. 86 Abs. 2 EG in der Gemeinwohltheorie	186
e)	Die Almelo / Einfuhrmonopole-Rspr. des EuGH	189
f)	Art. 86 Abs. 2 EG als Fall des Marktversagens	191
VIII.5.	Zwischenergebnis	192
VIII.6.	Bedeutung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG in einer Wettbewerbsordnung	193
VIII.6.1.	Schutz der konkreten wirtschaftlichen Investition der Kommune	193
a)	Privatisierungsdruck	193
b)	Fehlender Privatisierungsdruck aufgrund geringer Wechselbereitschaft?	194
c)	Bewertung	195
VIII.6.2.	Verlust kommunaler Handlungsformen	196
a)	Verlust durch Marktoffnung	197
b)	Quersubventionierung und Querverbund als kommunale Handlungsformen	198
c)	Neues Steuerungsmodell als Argument	199
d)	Zwischenergebnis	200

VIII.6.3. Kompensationsthese	201
a) Kompensation durch Tätigkeit im nicht-wirtschaftlichen Bereich	202
b) Kompensation durch Umbau zur „Gewährleistungskommune“	204
VIII.7. Festlegung der Zwecksetzung in kommunalen Wettbewerbsunternehmen	217
VIII.8. Abwehransprüche anderer Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG?	219
IX. Neubestimmung der Rolle öffentlicher Unternehmen nach deutschem Recht	223
IX.1. Grundrechtsdogmatik und öffentliche Unternehmen	223
IX.1.1. Die Grundrechtsbindung / Grundrechtsberechtigung	223
a) Formale Ansätze	224
b) Funktionale Ansätze	226
c) Zwischenergebnisse	231
IX.1.2. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Rechtsgrundlage	234
a) Erstmalige Schaffung bzw. Aufrechterhaltung kommunaler Wettbewerbsunternehmen	234
b) Rolle des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	236
IX.2. Grundrechtsverletzung zu Lasten privater Dritter? - Schutzbereich des Art. 12 GG	243
IX.2.1. Begriff des Eingriffs	244
a) Öffentliche Unternehmen und Verdrängungswettbewerb	245
b) Vorliegen eines Eingriffs	246
c) Intensität des Eingriffs / Berufsregelnde Tendenz	248
d) Bewertung	251
IX.2.2. Ausgreifen kommunaler Wettbewerbsunternehmen in neue Geschäftsfelder	252
X. Ökonomisch-funktionale Bedenken gegenüber öffentlichen Wettbewerbsunternehmen	253
X.1. Steuerung öffentlicher Unternehmen als Dilemma – Public Governance	253
X.2. Strukturelle Defizite	254
X.2.1. Das Principal-Agent Problem I – Möglichkeiten der Steuerung durch die Bürger	256
X.2.2. Die Lehre von der Bürgerbeteiligung	257
X.2.3. Das Principal-Agent Problem II - Das Problem politischer Einflussnahme	260
a) Die Rechtsformen im Einzelnen	261
b) Bewertung	269
X.2.4. Das Principal-Agent Problem III - Die Kontrolle von Vorstand und Aufsichtsrat	269
a) Kontrolle durch Bürgerbegehren / Bürgerentscheid	269
b) Kontrolle durch Schadensersatzansprüche	270

X.3.	Sonstige wirtschaftsrechtliche Einordnungsschwierigkeiten	287
X.3.1.	Rechtsformenwahlfreiheit der öffentlichen Hand	287
X.3.2.	Die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht	288
X.3.3.	Die Nachrangigkeit der AG	289
X.3.4.	Finanzierung öffentlicher Unternehmen als Problem	290
a)	Die Beihilfenpraxis der Kommission	290
b)	Die Ablehnung der Kapitalzufuhr zu Wettbewerbsunternehmen bei Jarass	292
X.3.5.	Haftungsdurchgriff?	293
a)	Öffentlich-rechtlicher Haftungsdurchgriff	293
b)	Haftungsdurchgriff aus Konzernvertrauen	295
X.3.6.	Gewinnausschüttung als Problem	296
a)	Bestimmung der Gewinnausschüttung	296
b)	Gewinnbestimmung durch die Hauptversammlung?	297
X.3.7.	Öffentliche Unternehmen und Konzernrecht	298
a)	Anwendbarkeit des Konzernrechts auf die unternehmenstragende Kommune	298
b)	Zulässigkeit eines Beherrschungsvertrags?	299
c)	Struktur der kommunalen Holding	300
d)	Konzessionsvertrag als Beherrschungsvertrag?	301
e)	Zwischenergebnis	301
XI.	Die Lehre von der demokratischen Steuerung öffentlicher Unternehmen	303
XI.1.	Art. 20 Abs. 2 GG	303
XI.2.	Bewertung	305
XII.	Zusammenfassung und Ergebnisse in Thesen	309
XII.1.	Zusammenfassung	309
XII.2.	Thesen	312
Annex 1		315
Annex 2		316
Annex 3		317
Literaturverzeichnis		319