

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung und Gang der Untersuchung	29
§ 1 Institutionalisierte Partnerschaften der öffentlichen Hand	41
A. Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	42
B. Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischt-öffentliche Unternehmen	67
C. Praxisbeispiele	69
§ 2 IÖPP und Vergaberecht	81
A. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts	81
B. Anwendung auf IÖPP	85
C. Zwischenergebnis	110
§ 3 Grundlagen des Beihilferechts und beihilferechtliches Prüfprogramm	113
A. Das Verbot staatlicher Beihilfen gemäß Art. 107 ff. AEUV	113
B. Verhältnis zwischen Beihilfe- und Vergaberecht	115
C. Beihilferechtliches Prüfprogramm in Bezug auf institutionalisierte Partnerschaften der öffentlichen Hand	117
§ 4 Die Gründung gemischt-wirtschaftlicher und gemischt-öffentlicher Unternehmen auf Beihilfetatbestandsebene	121
A. Grundsätzliche Erfüllung des Beihilfetatbestandes	122
B. Das Merkmal der Begünstigung	132

Inhaltsübersicht

C. Schutz des Käufers vor beihilferechtlichen Rückforderungsansprüchen?	171
D. Zwischenergebnis und Ausblick	176
§ 5 Die Betrauung von Unternehmen mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf Beihilfetatbestandsebene	179
A. Gewährung von Beihilfen durch den Abschluss von Liefer-, Werk- und Dienstleistungsverträgen	179
B. Gewährung von Beihilfen durch die hoheitliche Verleihung staatlicher Rechte	184
C. Zwischenergebnis und Ausblick	236
§ 6 Direktiven für die EU-beihilferechtskonforme Ausgestaltung von institutionalisierten Partnerschaften der öffentlichen Hand	241
A. Institutionalisierte Partnerschaften im Anwendungsbereich des Vergaberechts	243
B. Institutionalisierte Partnerschaften außerhalb des Vergaberechts	280
C. Fazit: Beihilferechtliches Ex-ante-Gesamtbetrachtungsgebot (Regulierung durch Beihilferecht)	282
D. Handlungsempfehlungen de lege lata et ferenda	285
§ 7 Gemischt-wirtschaftliche und gemischt-öffentliche Unternehmen der öffentlichen Hand als Adressaten des Beihilfeverbots	291
A. Staatliche Herkunft der eingesetzten Mittel	292
B. Staatliche Zurechenbarkeit	293
C. Konsequenzen für Maßnahmen gemischt-wirtschaftlicher und gemischt-öffentlicher Unternehmen	309
§ 8 Zusammenfassung der Arbeit in Thesen	313
Literaturverzeichnis	325

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung und Gang der Untersuchung	29
§ 1 Institutionalisierte Partnerschaften der öffentlichen Hand	41
A. Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	42
I. Einordnung in den Privatisierungskontext	42
II. Die vorgelagerte Ebene der Unternehmensgründung	44
1. Primär- und verfassungsrechtlicher Rahmen	44
2. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen auf kommunaler Ebene	46
a) Kommunaler Unternehmensbegriff	46
b) Privatrechtsform	47
c) Private Beteiligung	48
aa) Gründungs- und Beteiligungsformen	49
bb) Beteiligungsverhältnisse	49
3. Kommunal- und haushaltsrechtliche Vorgaben	50
a) Haushaltsgrundsätze	50
b) Kommunalrechtliche Vorgaben für die Beteiligung der öffentlichen Hand an privatrechtlichen Unternehmen	51
III. Die nachgelagerte Ebene der Erfüllung öffentlicher Aufgaben	54
1. Öffentliche Aufgaben	54
2. Vertragliche Modelle für die Beteiligung Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben	57
a) Betriebsführungsmodell in der Variante des Kooperationsmodells	58
b) Konzessionsmodell	59

Inhaltsverzeichnis

3. Staatliche Erlaubnis- und Genehmigungsvorbehalte für die Erteilung ausschließlicher, besonderer und nicht-limitierter Rechte	60
a) Ausschließliche Rechte	61
b) Besondere Rechte	64
c) Nicht-limitierte Rechte	66
B. Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischt-öffentliche Unternehmen	67
C. Praxisbeispiele	69
I. Erstes Praxisbeispiel: Abfallentsorgung	69
1. Regulierungsrahmen	69
2. Institutionalisiertes Abfallbewirtschaftungs- und Entsorgungsmodell	71
II. Zweites Praxisbeispiel: Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	71
1. Regulierungsrahmen	71
2. Institutionalisiertes Betriebsführungsmodell	72
III. Drittes Anwendungsbeispiel: Online-Casinospiel	74
1. Regulierungsrahmen	74
2. Das Erfordernis einer maßgeblichen Beteiligung der Spielbankgemeinden	75
3. Wahl der Gesellschaftsform	76
4. Beteiligung weiterer Gesellschafter	78
5. Erteilung der Online-Casinoerlaubnis	78
§ 2 IÖPP und Vergaberecht	81
A. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts	81
B. Anwendung auf IÖPP	85
I. Gründungsebene	86
1. Neugründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens mit anschließender Auftrags- bzw. Konzessionsvergabe	87
2. Anteilsveräußerung nach Auftrags- bzw. Konzessionsvergabe	92
a) Umgehungsgeschäfte	93
b) Beschaffungsbezug in anderen Konstellationen	96

c) Würdigung	99
3. Zwischenergebnis	102
II. Beauftragungsebene	102
1. Regel und Ausnahme der Ausschreibungspflicht	103
2. Neuausschreibung bei Auftragnehmerwechsel	106
III. Gesellschaftsebene	109
C. Zwischenergebnis	110
 § 3 Grundlagen des Beihilferechts und beihilferechtliches Prüfprogramm	113
A. Das Verbot staatlicher Beihilfen gemäß Art. 107 ff. AEUV	113
B. Verhältnis zwischen Beihilfe- und Vergaberecht	115
C. Beihilferechtliches Prüfprogramm in Bezug auf institutionalisierte Partnerschaften der öffentlichen Hand	117
 § 4 Die Gründung gemischt-wirtschaftlicher und gemischt-öffentlicher Unternehmen auf Beihilfetatbestandsebene	121
A. Grundsätzliche Erfüllung des Beihilfetatbestandes	122
I. Begünstigungsadressat: Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige	122
1. EU-wettbewerbsrechtlicher Unternehmensbegriff	122
2. Öffentliche Unternehmen	123
3. Holdinggesellschaften	126
II. Finanzierung aus staatlichen Mitteln	127
III. Wettbewerbsverfälschung und zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung	131
IV. Zwischenergebnis	132
B. Das Merkmal der Begünstigung	132
I. Der Maßstab des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	133
II. Anwendung des MEOT in Verkaufssituationen (Private Vendor Test)	135
III. Konkretisierungen in Bezug auf die Privatisierung staatseigener Unternehmen	137
1. Privatisierungsgrundsätze der Kommission	138
2. Ergänzende Anwendung der Grundstücksmitteilung	139

Inhaltsverzeichnis

3. Zäsur durch den Fall Bank Burgenland	140
4. Unionsrechtlicher Privatisierungsrahmen	142
IV. Anwendung auf Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand	144
V. Koordinaten für die EU-beihilferechtskonforme Ausgestaltung von gesellschaftsrechtlichen Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand	146
1. Ausschreibungsverfahren	147
a) Beihilferechtliche Verfahrensanforderungen	147
b) Auslegung im Lichte des Vergaberechts	148
c) Verfahrensschritte	150
aa) Bekanntmachung	151
bb) Prüfung der Interessenbekundungen und diskriminierungsfreie Auswahl der Verhandlungspartner	153
cc) Möglichkeit zur angemessenen Bewertung der Vermögenswerte und Aufnahme der Verhandlungen mit den ausgewählten Bewerbern	155
dd) Veräußerung an den Meistbietenden	156
2. Freihändiger Verkauf	158
a) Beispiele aus der Kommissionspraxis	158
b) Würdigung	160
3. Objektives Wertgutachten	161
a) Anforderungen an den unabhängigen Sachverständigen	162
b) Bewertungsmaßstäbe des Wertgutachtens	163
aa) EU-beihilferechtliche Anforderungen an (Unternehmens-)Bewertungsmethoden	163
bb) Anwendung betriebswirtschaftlicher Bewertungsstandards	164
(1) Einzelbewertungsverfahren	165
(2) Gesamtbewertungsverfahren	165
c) Fehlerquellen in der Unternehmensbewertung	168
d) Ex-post-Überprüfung durch die Kommission	169
C. Schutz des Käufers vor beihilferechtlichen Rückforderungsansprüchen?	171
D. Zwischenergebnis und Ausblick	176

§ 5 Die Betrauung von Unternehmen mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf Beihilfetatbestandsebene	179
A. Gewährung von Beihilfen durch den Abschluss von Liefer-, Werk- und Dienstleistungsverträgen	179
B. Gewährung von Beihilfen durch die hoheitliche Verleihung staatlicher Rechte	184
I. Begünstigungsadressat: Unternehmen	185
II. Begünstigung	186
1. Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils	186
2. Marktübliche Gegenleistung	187
a) Unanwendbarkeit des MEOT	188
b) Rechtsprechung der Unionsgerichte zu staatlich gewährten Rechten im Bereich öffentlicher Infrastrukturen und Ressourcen	191
aa) Rechtssache Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission	191
bb) Rechtssache Eventech	193
cc) Rechtssache Niederlande/Kommission	194
dd) Würdigung	195
c) Relevanz besonderer Zuteilungsregeln für den beihilferechtlichen Begünstigungstatbestand	196
aa) Unanwendbarkeit des Beihilferechts?	196
(1) Kein Fall des Spezialitätsgrundsatzes	196
(2) Keine vorrangige sekundärrechtliche Harmonisierung	197
(3) Kein Ausschluss der Beihilfekontrolle aus Kohärenzgründen	201
(4) Zwischenergebnis	203
bb) Berücksichtigung im Rahmen der Beihilfekontrolle	204
d) Maßstab der normalen Marktbedingungen bei hoheitlicher Rechtevergabe	205
e) Methodik zur Herstellung der Marktkonformität bei hoheitlicher Rechtevergabe	208
III. Finanzierung aus staatlichen Mitteln	211
IV. Selektivität	213
V. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	216

Inhaltsverzeichnis

VI. Wettbewerbsverfälschung	216
1. Begriff des rechtlichen Monopols	218
2. Errichtung des Monopols im Einklang mit dem Unionsrecht	221
a) Rechtsprechung des EuGH zu den mitgliedstaatlichen Glücksspielmonopolen	222
b) Unionsrechtliche Anforderungen an Dienstleistungsmonopole	225
3. Ausschluss des Wettbewerbs um den Markt	228
4. Keine Konkurrenz mit anderen Dienstleistungen	233
5. Ausschluss von Quersubventionen	234
C. Zwischenergebnis und Ausblick	236
 § 6 Direktiven für die EU-beihilferechtskonforme Ausgestaltung von institutionalisierten Partnerschaften der öffentlichen Hand	241
 A. Institutionalisierte Partnerschaften im Anwendungsbereich des Vergaberechts	243
I. Fehlende Bindungswirkung der IÖPP-Mitteilung	243
II. Vergaberechtliche Bestimmungsfreiheit hinsichtlich einer getrennten oder gemeinsamen Vergabe	243
III. Beihilferechtlich induzierte Ermessenslenkung in Richtung eines einheitlichen Ausschreibungsverfahrens	250
IV. Ausgestaltung eines integralen Vergabeverfahrens im Schnittbereich von Beihilfe- und Vergaberecht	252
1. Vergaberechtliche Anforderungen an ein integrales Vergabeverfahren	253
a) Verfahrenswahl	253
b) Bekanntmachung der Eignungs- und Zuschlagskriterien	255
c) Besondere Transparenzerfordernisse	257
2. Beihilferechtliche Anforderungen an ein integrales Vergabeverfahren	258
a) Der Maßstab der Marktüblichkeit	258
b) Anforderungen an die Verfahrenswahl	259

c) Bedingungsfreiheit des Vergabeverfahrens	261
aa) Der Begriff der Bedingungsfreiheit	263
(1) Erster Auslegungsansatz: Bedingungsfreiheit im Sinne eines Diskriminierungsverbots	264
(2) Zweiter Auslegungsansatz: Bedingungsfreiheit im spezifisch beihilferechtlichen Sinne	265
(3) Stellungnahme	267
bb) Transaktionsspezifische Konkretisierung des Begriffs der Bedingungsfreiheit	269
(1) Unternehmensprivatisierung	269
(2) Unternehmensverkauf im Rahmen übertragender Sanierung nach Insolvenz	271
(3) Unternehmensbeteiligungen zur Begründung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen im Hinblick auf die Erteilung öffentlicher Aufträge oder Konzessionen	274
cc) Schlussfolgerungen	275
3. Verfahrenskonzeption	278
B. Institutionalisierte Partnerschaften außerhalb des Vergaberechts	280
I. Einheitliches Ausschreibungsverfahren	280
II. Qualifiziertes Wertgutachten	281
C. Fazit: Beihilferechtliches Ex-ante-Gesamtbetrachtungsgebot (Regulierung durch Beihilferecht)	282
D. Handlungsempfehlungen de lege lata et ferenda	285
I. Handlungsempfehlung de lege lata (an die Gemeinden)	285
II. Handlungsempfehlungen de lege ferenda (an den Gesetzgeber und die Kommission)	286
1. Auf Sekundärrechtsebene	286
2. Auf Tertiärrechtsebene	288
§ 7 Gemischt-wirtschaftliche und gemischt-öffentliche Unternehmen der öffentlichen Hand als Adressaten des Beihilfeverbots	291
A. Staatliche Herkunft der eingesetzten Mittel	292

Inhaltsverzeichnis

B. Staatliche Zurechenbarkeit	293
I. Rechtsprechungsanforderungen an den Nachweis der staatlichen Zurechenbarkeit	294
II. Maßnahmen öffentlicher Unternehmen	297
1. Rechtssache SACE und Sace BT/Kommission	297
2. Rechtssache Comune di Milano/Kommission	299
3. Rechtssache Commerz Nederland	300
4. Schlussfolgerung: De-facto-Vermutung der staatlichen Zurechenbarkeit	302
III. Maßnahmen privater Unternehmen	303
1. Fallbeispiel: Intervention eines privatrechtlich organisierten Bankenkonsortiums	303
2. Hier: keine staatliche Zurechenbarkeit wegen bankenrechtlicher Besonderheiten	304
3. Schlussfolgerungen	309
C. Konsequenzen für Maßnahmen gemischt-wirtschaftlicher und gemischt-öffentlicher Unternehmen	309
§ 8 Zusammenfassung der Arbeit in Thesen	313
Literaturverzeichnis	325