

# Inhaltsübersicht

|  | Seite      |
|--|------------|
| Vorwort.....   | V          |
| Inhaltsverzeichnis.....  | IX         |
| Abkürzungsverzeichnis.....   | XVII       |
| <b>I. Einleitung .....</b>   | <b>1</b>   |
| A. Problemaufriss.....   | 1          |
| B. Untersuchungsgegenstand „Rekommunalisierung“ .....  | 5          |
| 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         |
| C. Schranken der Wirtschaftsfreiheit.....  | 27         |
| D. Zusammenfassende Würdigung.....   | 61         |
| <b>III. Rekommunalisierung und Binnenmarkt .....</b>   | <b>65</b>  |
| A. Problemaufriss.....   | 65         |
| B. Öffentliche Unternehmen und Dienstleistungsmonopole.....  | 66         |
| C. Dienstleistungsmonopole und Wettbewerbsregeln .....   | 75         |
| D. Dienstleistungsmonopole und Grundfreiheiten.....  | 82         |
| E. Der Vorbehalt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art 106 Abs 2 AEUV ..... | 92         |
| F. Beihilfenrechtlicher Rahmen .....   | 110        |
| G. Vergaberechtlicher Rahmen.....  | 135        |
| H. Zusammenfassende Würdigung.....   | 181        |
| <b>IV. Rekommunalisierung und Freihandel .....</b>   | <b>185</b> |
| A. Problemaufriss .....  | 185        |
| B. CETA als Freihandelsabkommen einer neuen Generation .....   | 196        |
| C. Die Regelungsarchitektur des CETA.....  | 207        |
| D. Liberalisierungsverpflichtungen.....  | 217        |
| E. Ausnahmen und Vorbehalte am Beispiel der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung .....                    | 239        |
| F. Investitionsschutz und Investor-Staat Streitbeilegung.....  | 266        |
| G. Weitere Regelungsbereiche mit Relevanz für Rekommunalisierungen?.....                                     | 328        |
| H. Zusammenfassende Würdigung.....   | 355        |
| <b>V. Conclusio .....</b>  | <b>359</b> |
| Literaturverzeichnis.....  | 371        |
| Stichwortverzeichnis .....   | 395        |

# Inhaltsverzeichnis

|   | Seite     |
|---|-----------|
| Vorwort.....  | V         |
| Inhaltsübersicht.....   | VII       |
| Abkürzungsverzeichnis.....  | XVII      |
| <br>  |           |
| <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        |
| <br>  |           |
| <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        |

|   | 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)<br>Dienstleistungsfreiheit .....                            | 87        |
| cc. Zwischenfazit .....   | 87        |
| 2. Niederlassungsfreiheit .....   | 88        |
| a. Grundlagen .....   | 88        |
| b. Relevanz der Dienstleistungsrichtlinie? .....  | 90        |
| E. Der Vorbehalt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem<br>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   |

|   | 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<br>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. Positivliste, 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<br>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“<br>bzw. „public utilities“ .....  | 254   |
| bb. Exkurs: Mangelnde GATS-Konformität und<br>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<br>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<br>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<br>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<br>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<br>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     |
| <br>V. Conclusio .....   | <br>359 |
| <br>Literaturverzeichnis .....                                       | <br>371 |
| Stichwortverzeichnis .....   | 395     |