

Studien zum öffentlichen Recht und
zur Verwaltungslehre

86

Thomas Dünchheim

Die Vereinbarkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts des Saarlandes mit dem Recht der Europäischen Union



Nomos

**Studien zum öffentlichen Recht
und zur Verwaltungslehre**

herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Stern
Universität zu Köln

Band 86

Prof. Dr. Thomas Dünchheim

Die Vereinbarkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts des Saarlandes mit dem Recht der Europäischen Union



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4986-7 (Print)

ISBN978-3-8452-9093-5 (ePDF)

Die Bände 1–79 sind beim Verlag Franz Vahlen, München, erschienen.

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Seit jeher liefert das kommunale Wirtschaftsrecht Zündstoff für massive rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Fehden, die allesamt in der Kernfrage münden, ob und inwieweit Kommunen am Markt wie Private agieren dürfen oder für sie das Prinzip der örtlichen Radizierung und der Grundsatz "Privat vor Staat" gelten. Bereits die nachkriegszeitliche Entwicklung kannte Phasen eines in einigen Branchen bis aufs Messer geführten Konkurrenzkampfes zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen, bei dem es beiden Seiten nicht nur um Marktanteile, sondern in erster Linie um die Durchsetzung ordnungspolitischer Grundpositionen zum Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft ging.¹

Im Saarland findet sich in den kommunalwirtschaftlichen Bestimmungen eine klassisch liberale Denkschule wieder: Kommunale Unternehmen dürfen nur im Rahmen kommunaler Verbandskompetenz agieren und Zielgemeinden außerhalb des eigenen Ortsgebietes sind vor Eingriffen in ihre Kompetenzen zu schützen; jegliche Aktivitäten außerhalb des Gemeindegebietes gelten als potentiell besonders risikobehaftet. Flankiert wird dieses Örtlichkeitsprinzip von dem Postulat "Privat vor Staat", das im Saarland in seiner Reinform als echtes Subsidiaritätsprinzip einfach-gesetzlich ausgestaltet ist.² Danach ist die wirtschaftliche Betätigung nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck "*nicht ebenso gut und wirtschaftlich*" durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann. Bestehende unternehmerische Betätigungen sind regelmäßig hierauf zu analysieren und ggf. zu privatisieren.³

Dieses Leitbild kommunaler Unternehmen gerät in ein kaum aufzulösendes Spannungsverhältnis mit der Lebenswirklichkeit des Wettbewerbs und der Europäisierung: Die Liberalisierung des Energiemarktes, die Energiewende und die Digitalisierung haben disruptive Umwälzungen zur Konsequenz, die Stadtwerke nicht nur im Bereich ihres sich ohnehin verändernden Aufgabenportfolios herausfordern, sondern auch in ihrer Kernsubstanz treffen und bislang scheinbar unverrückbare, tradierte Geschäfts-

1 Vgl. *Stern/Burmeister*; Die kommunalen Sparkassen, 1972, S. 21 ff. m. w. N.

2 § 108 Abs. 1 S. 1 Ziffer 3 KSVG und § 7 Mittelstandsförderungsgesetz.

3 § 108 Abs. 6 KSVG.

modelle in Frage stellen. Die regulatorischen Änderungen der letzten Jahre, insbesondere die umfassende Gesetzgebung des Bundes zur Energiewende, setzten die Stadtwerke insbesondere in den Bereichen der Energie- und Wärmeversorgung unter existentiellen Druck. Die völlige Neujustierung des Energiemarktes hat auch eine sehr deutliche Entörtlichung und Internationalisierung des Marktgeschehens zur Folge, wovon größere ebenso wie mittlere und kleinere Stadtwerke erfasst werden.

Die Bundesregierung hat dies bereits bei der im Jahre 1997 erfolgten Einführung des vollen Wettbewerbs in der Energiewirtschaft erkannt und zugesichert, "bei den Ländern für eine Lockerung der Beschränkungen für Kommunalunternehmen der Strom- und Gasversorgung nach Gemeindefirtschaftsrecht einzutreten und sich gegebenenfalls für eine entsprechende Entschließung des Deutschen Bundestages einzusetzen"⁴. Tatsächlich schnürt das enge regulatorische Korsett im Saarland den Stadtwerken jedoch die Luft ab, um auf die gewaltigen Umwälzungsprozesse, insbesondere die Digitalisierung und Energiewende, zu reagieren und gestattet ihnen lediglich einen Wettbewerb "in Fesseln"⁵.

Dabei erweisen sich das in den §§ 108 ff. KSVG angelegte Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzip als echter Wettbewerbsnachteil. Gerade in der Grenzregion des Saarlandes wirkt sich dies in besonderer Weise aus: Das erst mit dem Saarvertrag vom 27. Oktober 1956 mit Wirkung zum 1. Januar 1957 hinzugetretene zehnte Bundesland grenzt im Süden an die französische Region Grand Est, im Westen an das Großherzogtum Luxemburg – gemeinsam mit diesen Nachbarn und der Region Wallonien bildet das Saarland die Großregion Saar-Lor-Lux. Nicht nur historisch, sondern auch kulturell und sprachlich ist man mit den Nachbarn eng vernetzt: Die Saarbahn begrüßt ihre Gäste nicht nur am Grenzübergang in Deutsch und Französisch, am Gymnasium wird Französisch als Pflichtfremdsprache vorgeschrieben und die Landesregierung plant, Französisch zur zweiten Verkehrssprache zu erheben.⁶ Der enge wirtschaftliche Austausch mit den europäischen Nachbarn findet dort seine Wurzeln und ist schon immer stark ausgeprägt gewesen. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage nach der Europarechtmäßigkeit des saarländischen Örtlichkeits- und Sub-

4 BT-Drs. 13/7274, S. 32.

5 *Ehricke*, Die Vereinbarkeit des kommunalen Örtlichkeitsprinzips mit dem EG-Recht, 2009, S. V.

6 Vgl. Frankreich Strategie: Das Saarland soll zweisprachig werden, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21. Januar 2014.

sidiaritätsprinzips in besonderer Weise auf. Gerade die Existenz grenzüberschreitender Sachverhalte, die das Eingangstor zur europarechtlichen Überprüfbarkeit bilden, sind nicht zu leugnen.

Anknüpfend an die Entscheidung des BGH vom 14. August 2008 zur Kartell- und Europarechtswidrigkeit des Regionalprinzips des Deutschen Lotto- und Totoblocks⁷ (§§ 44 ff. GWB) gelangte die von der Bundesregierung eingesetzte Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten XX (2012/2013) vom 9. Juli 2014 zu dem Ergebnis, dass das mit dem kommunalrechtlichen Örtlichkeitsprinzip vergleichbare sparkassenrechtliche Regionalprinzip mit Europäischem Wettbewerbsrecht unvereinbar sei.⁸ Zwar sind die Welt der Sparkassen und die Welt der Stadtwerke in vielerlei Hinsicht grundlegend verschieden und wesensfremd. Dennoch ist es an der Zeit, die Aussagen der Monopolkommission und der hierzu überwiegend kritischen Literatur auch mit Blick auf das kommunalwirtschaftsrechtliche Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzip auszuwerten. Hinzu kommt, dass die im Schrifttum vielfach nachzulesende Position, die Grundfreiheiten des AEUV griffen bei kommunalen Unternehmen nicht ein, weil sie keine Schutzrichtung gegen den eigenen Träger zu entfalten vermögen, spätestens seit der Entscheidung des EuGH vom 22. Oktober 2013 in der Rechtssache "Niederlande gegen Essent" nicht mehr aufrechtzuerhalten ist. Es besteht daher dringender Anlass, die rechtliche Bindung von Stadtwerken an das Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzip neu zu vermessen und zu bewerten.

Ausgangspunkt für die hier vorgelegte Untersuchung ist ein von politischen Erwägungen unabhängiges Gutachten, das der Verfasser für den Verband kommunaler Unternehmen des Saarlandes im Oktober 2017 verfasst und seither fortgeschrieben hat. Ich danke Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. mult. Klaus Stern für die Aufnahme in seine Schriftenreihe "Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre". Meinem Mitarbeiter, Herrn Rechtsanwalt Dr. Sebastian Gräler, danke ich für den lebhaften Austausch und die wertvolle Zuarbeit.

Düsseldorf, im Februar 2018

Thomas Dünchheim

7 BGH, Beschl. v. 14. August 2008, KVR 54/07 – Lottoblock, WuW/E DE-R 2408, Rz. 91.

8 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2012), Rz. 1923 ff.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Kapitel 1: Einführung und Gegenstand der Untersuchung	17
I. Umwälzungen durch das mitgliedsstaatliche und nationale Energiewirtschaftsrecht	17
II. Kommunale Rolle in der Energiewende	19
III. Trend der Rekommunalisierung und Notwendigkeit der Leistungserbringung durch interkommunale Joint-Venture	21
IV. Überörtliche Betätigung als Marktkonsequenz	23
V. Örtlichkeitsprinzip und echte Subsidiarität als Wettbewerbsnachteil	25
VI. Rezeption im kommunalwirtschaftsrechtlichen Schrifttum	25
VII. Feststellungen der Monopolkommission zum sparkassenrechtlichen Regionalprinzip	26
VIII. Notwendigkeit der (Neu-)Bewertung der Rechtslage bei Stadtwerken	29
IX. Gegenstand der Untersuchung	32
Kapitel 2: Das kommunale Wirtschaftsrecht des Saarlandes	33
I. Die Sicherung kommunaler Wirtschaftstätigkeit durch Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 117 Abs. 2 und 3 SVerf	33
II. Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung (§ 108 ff. KSVG)	37
1. Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde	37
2. Schrankentrias (§ 108 Abs. 1 KSVG)	39
a) Öffentlicher Zweck (§ 108 Abs. 1 Nr. 1 KSVG)	40
b) Vereinbarkeit mit Leistungsfähigkeit und Bedarf (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 KSVG)	43
c) Verschärfte Subsidiaritätsklausel (§ 108 Abs. 1 Nr. 3 KSVG) und Mittelstandsförderungsgesetz	45

3. Sonstige Anforderungen	48
a) Marktanalyse (§ 108 Abs. 5 KSVG)	48
b) Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform (§§ 110 ff. KSVG)	49
c) Anzeigepflichten und Befreiung (§ 118 KSVG)	50
4. Besitzstandsklausel	50
III. Grundlagen und Reichweite des Örtlichkeitsprinzips des KSVG	51
1. Gesetzliche Grundlage des Örtlichkeitsprinzips im KSVG	51
2. Reichweite und Wirkweise des Örtlichkeitsprinzips	53
3. Anwendung der Vorgaben des Örtlichkeitsprinzips in der gerichtlichen Praxis	57
a) Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte zu gebietsübergreifenden Projekten zur Erzeugung Erneuerbarer Energien	57
b) Offener Disput von OLG Düsseldorf und OVG NRW zur Einwirkung von Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzip auf Vergabeverfahren	58
4. Das Prinzip des gemeindefreundlichen Verhaltens und die Wahrung der "berechtigten Interessen" der Zielgemeinde	60
IV. Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Tätigkeit im Ausland	64
1. Verfassungsrechtliche Determinierung?	65
2. Zulassung der Auslandsbetätigung durch § 108 Abs. 4 KSVG	68
V. Zusammenfassung	70
VI. Exkurs: Vereinbarkeit des Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzips des § 108 KSVG mit Bundesverfassungsrecht	71
Kapitel 3: Vereinbarkeit des Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzips mit den Grundfreiheiten des Binnenmarkts der Europäischen Union	76
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten	76
1. Kommunale Unternehmen als Träger der Grundfreiheiten	76
a) Grundfreiheitsberechtigung	77

b) Keine Konfusion zwischen Grundfreiheitsberechtigung und -verpflichtung öffentlicher Unternehmen	80
c) Kein Ausschluss aufgrund des Prinzips der eigentumspolitischen Neutralität, Art. 345 AEUV	81
d) Unionsrechtlich verbürgtes Marktaustrittsrecht gegenüber dem eigenen Mitgliedsstaat	87
aa) Ablehnung eines Marktaustrittsrechts in Teilen des Schrifttums	87
bb) Analyse der Rechtsprechung des EuGH	89
cc) Fazit	95
e) Zwischenergebnis	95
2. Staatliche Maßnahme eines Verpflichteten	96
3. Grenzüberschreitender Sachverhalt	96
4. Zwischenergebnis	97
II. Beschränkung der einzelnen Grundfreiheiten	97
1. Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV)	98
2. Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV)	102
3. Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)	105
4. Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV)	107
5. Nichtvorliegen von Bereichsausnahmen	109
6. Zwischenergebnis	109
III. Keine Rechtfertigung der Beschränkungen	109
1. Öffentliche Sicherheit und Ordnung (Art. 36, 52, 62, 65 AEUV)	110
2. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	111
a) Schutz der Gemeinden vor finanziellen Risiken als Allgemeinwohlgrund	111
b) Schutz der Privatwirtschaft als Allgemeinwohlgrund	113
c) Fazit	114
3. Bestandteil des Identitätsschutzes (Art. 4 Abs. 2 EUV)	114
4. Zwischenergebnis	117
IV. Schranken-Schranken	118
1. Verhältnismäßigkeit	118
2. Gemeinschaftsgrundrechte als Schranken-Schranke	123
3. Zwischenergebnis	126

V.	Ergebnis zur Vereinbarkeit des Örtlichkeits- und Subsidiaritätsprinzips mit den Grundfreiheiten	126
Kapitel 4: Vereinbarkeit des Örtlichkeitsprinzips mit Europäischem Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV)		127
I.	Anwendbarkeit des Verbots wettbewerbswidriger Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV)	127
1.	Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 106 Abs. 1 AEUV	128
a)	Öffentliche Unternehmen	128
b)	Maßnahme	129
2.	Art. 106 Abs. 1 AEUV als Verbot der Schlechterstellung öffentlicher Unternehmen?	130
3.	Zwischenergebnis	133
II.	Verstoß des Örtlichkeitsprinzips gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m Art. 101 Abs. 1 lit. c) AEUV	133
1.	Das Örtlichkeitsprinzip als fiktive Vereinbarung im Rahmen von Art. 106, 101 Abs. 1 lit. c) AEUV	134
2.	Das Örtlichkeitsprinzip als Marktaufteilung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 lit. c) AEUV	138
3.	Kein Konzernprivileg im Verhältnis kommunaler Unternehmen zum Staat	139
4.	Das Örtlichkeitsprinzip als potentielle, spürbare Handelsbeschränkung	141
5.	Keine teleologische Reduktion von Art. 101 AEUV wegen Immanenz	144
6.	Keine Freistellung gem. § 101 Abs. 3 GWB	146
III.	Keine Rechtfertigung des Verstoßes durch Gemeinwohlinteresse	149
1.	Keine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	149
a)	Der Begriff des Dienstleistungsunternehmens	149
b)	Das Erfordernis einer "Betrugung"	150
c)	Keine tatsächliche oder rechtliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung bei Aufhebung des gesetzlichen Örtlichkeitsprinzips	151
2.	Keine Rechtfertigung nach Art. 14 AEUV	154
IV.	Rechtsfolge des Verstoßes	154

V. Ergebnis	155
Kapitel 5: Vereinbarkeit des Örtlichkeitsprinzips mit Europäischem Sekundärrecht	156
Kapitel 6: Rechtsfolgen und Rechtsschutzmöglichkeiten	157
I. Vertragsverletzungsverfahren durch die Europäische Kommission	157
II. Überprüfung im Rahmen eines nationalen Verfahrens und Vorlage zum EuGH	159
III. Rechtsfolgen einer Feststellung der Europarechtswidrigkeit	160
IV. Kommunalverfassungsbeschwerde	161
Kapitel 7: Zusammenfassung der rechtlichen Würdigung	162
Literaturverzeichnis	165

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung anderer Ansicht
a. E.	am Ende
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
EGL	Ergänzungslieferung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon
ff.	(und) die folgenden
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GO NRW	Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
GO RP	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz
lit.	littera
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
LV	Landesverfassung
MsbG	Messstellenbetriebsgesetz
NRW	Nordrhein-Westfalen
o. ä.	oder ähnlich
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht

Abkürzungsverzeichnis

RhPf.	Rheinland-Pfalz
S.	Satz Seite
sog.	sogenannt
SVerf	Saarländische Verfassung
u. a.	und andere unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VKU	Verband kommunaler Unternehmen e.V.
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Kapitel 1: Einführung und Gegenstand der Untersuchung

Kommunale Unternehmen haben als Marktteilnehmer eine ganz erhebliche Wirtschaftskraft. Allein im Saarland erwirtschaften sie zusammen einen Umsatz von rund 885 Mio. €. Die kommunalwirtschaftliche Tätigkeit sichert dort rund 3.000 Arbeitsplätze, eine vergleichbar große Zahl stammt indirekt aus Auftragsvergaben an das regionale Handwerk und Gewerbe. Aus der europarechtlich indizierten, grenzüberschreitenden Marktöffnung eröffnen sich gerade im Saarland für alle unternehmerischen Tätigkeitsfelder vielfältige Handlungsmöglichkeiten, etwa in den nahe gelegenen EU-Mitgliedsstaaten Frankreich, Belgien oder Luxemburg, mit denen man traditionell eng vernetzt ist und gemeinsame historische Wurzeln teilt. Gleichzeitig hat sich hierdurch in den vergangenen Jahren der Wettbewerbsdruck ganz erheblich erhöht. Dies gilt in besonderem Maße für den Bereich der Energieversorgung, bei dem nationale und internationale private Unternehmen in den Markt drängen. Gerade dort sind Stadtwerke mit den radikalen Umwälzungen im Energiemarkt konfrontiert, aber in das enge Korsett des kommunalrechtlichen Rechtsregimes gezwängt, das markterforderliche Bewegung und Dynamik vielfach verhindert.

I. Umwälzungen durch das mitgliedsstaatliche und nationale Energiewirtschaftsrecht

Spätestens mit der Umsetzung verschiedener EU-Richtlinien⁹ durch das Energiewirtschaftsgesetz ("*EnWG*") vom 7. Juli 2005 befindet sich der Energiemarkt in einem grundlegenden, nie dagewesenen Umwälzungspro-

9 Das EnWG dient der Umsetzung der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (ABl. EU Nr. L 176, S. 37), der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften über den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG (ABl. EU Nr. L 176, S. 57), der Richtlinie 2004/67/EG des Rates vom 26. April 2004 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung (ABl. EU Nr. L 127, S. 92) und der Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über