

Beiträge zum Vergaberecht

Band 6

Vergabe an die Öffentliche Hand

**Rekommunalisierung im Vergaberecht zwischen
Daseinsvorsorge, Wettbewerb und dem Grundsatz
der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung**

Von

Nikolas Eisentraut



Duncker & Humblot · Berlin

NIKOLAS EISENTRAUT

Vergabe an die Öffentliche Hand

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 6

Vergabe an die Öffentliche Hand

Rekommunalisierung im Vergaberecht zwischen
Daseinsvorsorge, Wettbewerb und dem Grundsatz
der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung

Von

Nikolas Eisentraut



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2364-8724
ISBN 978-3-428-18463-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58463-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurden Schrifttum und Rechtsprechung auf den Stand Juni 2021 gebracht und Anmerkungen aus den Gutachten berücksichtigt. Auch die angegebenen Links wurden auf ihre Gültigkeit überprüft.

Ausgangspunkt der Arbeit war mein Interesse an den Rekommunalisierungsbestrebungen im Land Berlin, die bis heute politisch kontrovers diskutiert werden und rechtlich umkämpft sind. Die politischen Konfliktlinien anhand des positiven Rechts nachzuvollziehen, war ein intensives und lehrreiches Unterfangen.

Bedanken möchte ich mich zunächst bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Thorsten Siegel, der die Arbeit nicht nur betreut hat, sondern für den ich auch in den zurückliegenden sechs Jahren als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte. Die Tätigkeit war stets von wissenschaftlicher Freiheit geprägt und bot immer wieder Gelegenheit, sich auch außerhalb der Dissertation umfassend und vertieft mit vergaberechtlichen Fragestellungen auseinanderzusetzen.

Herrn Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die hilfreichen Anmerkungen. Den Gutachtern gebührt auch Dank für die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe.

Danken möchte ich weiterhin meinen Lehrstuhlkolleg*innen Jana Himstedt und Sebastian Hartwig für die freundschaftliche Zusammenarbeit und den immer anregenden Austausch nicht nur über promotionsrelevante Themen.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Familie, ohne deren Rückhalt die Arbeit nicht zustande gekommen wäre: Meinen Eltern Andrea Eisentraut und Frank Werner gebührt größter Dank für die Mühen des Korrekturlesens, hilfreiche Anmerkungen und unsere kleinen, aber feinen „Doktorandenkolloquien“ auf dem Campus der Freien Universität. Sie haben mit ihrer weltoffenen, kritischen und liebevollen Erziehung die Grundsteine dafür gelegt, dieses Buch vorlegen zu können.

Meinem Bruder Florian Werner Eisentraut danke ich dafür, dass er immer an meiner Seite steht.

Meiner Oma Irmgard Werner gebührt der Dank, immer an mich geglaubt zu haben.

Von ganzem Herzen danke ich meiner Lebensgefährtin Anne Klitscher, die mich durch alle Höhen und Tiefen dieses Projekts begleitet hat. Von der Themenfindung über das Exposé bis hin zum finalen Entwurf hat sie alles gelesen, mit ihrem ju-

ristischen Sachverstand gewürdigt und stand mir stets in allen Belangen zur Seite. Sie hat alle Belastungsspitzen abgefedert und die kleinen und großen Erfolge mit mir gefeiert.

Die Abschlussphase versüßt hat mir unsere gemeinsame Tochter Lilja, der ich für jede Ablenkung dankbar bin und dafür, viele Dinge ins rechte Licht gerückt zu haben.

Berlin, im Juni 2021

Nikolas Werner Eisentraut

Inhaltsübersicht

Einleitung	29
A. Problemstellung	30
B. Begriffliche Näherung und notwendige Abgrenzungen	31
C. Referenzbereiche	44
D. Methodik	51
E. Gang der Untersuchung	52

1. Teil

Die Entwicklung des Vergaberechts vom Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte zum Liberalisierungsinstrument in der Daseinsvorsorge	54
--	----

1. Kapitel

Das Vergaberecht als Rechtsrahmen fiskalischer Hilfsgeschäfte	55
--	----

A. Fiskalische Hilfsgeschäfte in der Staatsaufgabendogmatik	55
B. Verrechtlichung fiskalischer Hilfsgeschäfte im Haushaltsvergaberecht	59
C. Überlagerung durch das Kartellvergaberecht	61
D. Lückenschließung mittels des Primär- und Verfassungsvergaberechts	65
E. Völkervergaberecht	72
F. Ergebnisse	73

2. Kapitel

Die Ausdehnung des Vergaberechts in den Bereich der Primäraufgabenerfüllung in der Daseinsvorsorge	74
---	----

A. Der Begriff der Daseinsvorsorge	76
B. Liberalisierung der Daseinsvorsorge mittels des Vergaberechts	102
C. Bedeutung des Vergaberechts für die Privatisierung der Daseinsvorsorge	110
D. Bedeutung des Vergaberechts für die Rekommunalisierung der Daseinsvorsorge	126
E. Ergebnisse	169

2. Teil

Primär-, Verfassungs- und Völkervergaberecht als Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand	171
---	-----

3. Kapitel

Der primär- und verfassungsrechtliche Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand	171
--	-----

A. Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge durch das Primär- und Verfassungsvergaberecht	172
B. Das Primär- und Verfassungsvergaberecht als Grenze des einfach-rechtlichen Vergaberechts	207
C. Ergebnisse	223

4. Kapitel

Der völkerrechtliche Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand	224
---	-----

A. Das Agreement on Government Procurement	224
B. Weitere Abkommen	226
C. Ergebnisse	227

3. Teil

Zum Anwendungsbereich des einfach-rechtlichen Vergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge	228
---	-----

5. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Daseinsvorsorge durch das Kartellvergaberecht	228
---	-----

A. Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge	230
B. Reichweite der kartellvergaberechtlichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand in den Referenzbereichen	316
C. Ergebnisse	333

6. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf den Personennahverkehr im Sonderregime der VO (EG) 1370/2007	335
--	-----

A. Persönlicher Anwendungsbereich	336
B. Sachlicher Anwendungsbereich	337
C. Ergebnisse	344

7. Kapitel

**Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Strom- und Gasnetze
im Sonderregime des § 46 EnWG** 345

A. Persönlicher Anwendungsbereich	346
B. Sachlicher Anwendungsbereich	348
C. Ergebnisse	351

8. Kapitel

**Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Daseinsvorsorge
durch das Haushaltsvergaberecht** 352

A. Der Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts	353
B. Reichweite der haushaltsvergaberechtlichen Strukturierung des Zugriffs der Öffentlichen Hand in den Referenzbereichen	363
C. Ergebnisse	364

4. Teil

**Im Anwendungsbereich des Vergaberechts – Vergabeverfahren und
Rechtsschutz bei Vergaben an die Öffentliche Hand** 366

9. Kapitel

**Zur Zulässigkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen
Verfahrensgestaltung** 366

A. Von der Tatbestands- zur Rechtsfolgenlösung: Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG	367
B. Weitgehende Neutralität des Vergabeverfahrens im Kartellvergaberecht	375
C. Vergaben an die Öffentliche Hand nach der VO (EG) 1370/2007	384
D. Haushaltsvergaberecht	396
E. Primär- und Verfassungsvergaberecht	397
F. Völkervergaberecht	401
G. Ergebnisse	403

10. Kapitel

Die Vergabe an die Öffentliche Hand vor Gericht 405

A. Rechtsschutz im Kartellvergaberecht	406
B. Rechtsschutz nach der VO (EG) 1370/2007	412
C. Rechtsschutz bei Vergaben nach § 46 EnWG	413
D. Rechtsschutz im Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht	415
E. Rechtsschutz nach dem Völkervergaberecht	418
F. Ergebnisse	418

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	420
Literaturverzeichnis	430
Stichwortverzeichnis	459

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	29
A. Problemstellung	30
B. Begriffliche Näherung und notwendige Abgrenzungen	31
I. Der der Arbeit zugrunde liegende Begriff der Vergabe	31
1. Abgrenzung bloßer Verteilung	32
a) Nicht: Verteilung von Erlaubnissen	33
b) Nicht: Verteilung von Fördermitteln	34
c) Nicht: Verteilung als Regulierung privater Wirtschaftstätigkeit	36
2. Keine Ausdehnung über den Bereich staatlicher Beschaffung hinaus	36
3. Reduktion auf den Bereich primäraufgabenrelevanter Beschaffung	37
II. Der Begriff der Öffentlichen Hand als Auftrag- und Konzessionsnehmer	38
1. Der Begriff der Öffentlichen Hand	38
a) Grundstrukturen der Verwaltungsorganisation	38
b) Wirtschaftliche Tätigkeit mittels öffentlicher Unternehmen	40
2. Begriffliche Konkretisierung im Vergaberechtsverhältnis	42
a) Selbstvergaben	42
b) Kooperationsvergaben	43
c) Fremdvergaben an die Öffentliche Hand	43
C. Referenzbereiche	44
I. Energieversorgung	45
II. Öffentlicher Personennahverkehr	48
III. Abfallbeseitigung	49
IV. Wasserver- und Abwasserentsorgung	50
D. Methodik	51
E. Gang der Untersuchung	52

1. Teil

**Die Entwicklung des Vergaberechts vom Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte
zum Liberalisierungsinstrument in der Daseinsvorsorge** 54

1. Kapitel

Das Vergaberecht als Rechtsrahmen fiskalischer Hilfsgeschäfte 55

A. Fiskalische Hilfsgeschäfte in der Staatsaufgabendogmatik	55
B. Verrechtlichung fiskalischer Hilfsgeschäfte im Haushaltsvergaberecht	59
C. Überlagerung durch das Kartellvergaberecht	61
D. Lückenschließung mittels des Primär- und Verfassungsvergaberechts	65
I. Primärvergaberecht	65
1. Grundfreiheiten	66
2. Beihilfenrecht	66
3. Europäisches Kartellrecht (einschließlich des Kartellrechts des GWB)	67
4. Europäische Grundrechte	67
II. Verfassungsvergaberecht	68
1. Art. 3 Abs. 1 GG	69
2. Art. 12 Abs. 1 GG	70
3. Rechtsschutzgarantien	71
E. Völkervergaberecht	72
F. Ergebnisse	73

2. Kapitel

**Die Ausdehnung des Vergaberechts
in den Bereich der Primäraufgabenerfüllung
in der Daseinsvorsorge** 74

A. Der Begriff der Daseinsvorsorge	76
I. Ausgangspunkt des Begriffs der Daseinsvorsorge	76
II. Modernes Verständnis	77
1. Daseinsvorsorge zwischen Leistungs- und Gewährleistungsverwaltung	78
2. Daseinsvorsorge und kommunale Selbstverwaltung	80
III. Referenzbereiche	82
1. Abfallentsorgung	82
a) Abfallentsorgung zwischen Verursacherprinzip und Staatsaufgabe	82
b) Hochzonung der Aufgabe auf die Kreise und kreisfreien Städte	84
c) Erbringungsmodalitäten	84
aa) Eigenerfüllung	85
bb) Einbindung Dritter	85

cc) Kooperationsmodelle und Delegation	86
2. Öffentlicher Personennahverkehr	87
a) Straßen- und schienengebundener ÖPNV	87
b) ÖPNV zwischen Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit	88
c) Erbringungsmodalitäten	90
aa) Eigenerfüllung	90
bb) Einbindung Dritter	91
cc) Kooperationsmodelle	91
3. Energieversorgung (Strom, Gas und Fernwärme)	91
a) Energieversorgung zwischen kommunaler Aufgabe und Liberalisierung	91
b) Erfüllungsmodalitäten	94
aa) Energieerzeugung und Vertrieb	95
bb) Energieversorgungsnetze	95
4. Öffentliche Wasserversorgung	96
a) Wasserversorgung und kommunale Selbstverwaltung	97
b) Erbringungsmodalitäten	97
aa) Eigenerfüllung	98
bb) Einbindung Dritter	98
cc) Kooperationsmodelle	99
5. Abwasserbeseitigung	99
a) Gemeinden als Aufgabenträger/Abwasserbeseitigungspflichtige	99
b) Weitere Aufgabenträger	100
c) § 56 S. 2 WHG	101
d) Erbringungsmodalitäten	101
aa) Eigenerfüllung	101
bb) Einbindung Dritter (§ 56 S. 3 WHG)	102
cc) Kooperationsmodelle	102
B. Liberalisierung der Daseinsvorsorge mittels des Vergaberechts	102
I. Abfallentsorgung	106
II. Energieversorgung	106
III. ÖPNV	107
IV. Wasserver- und Abwasserentsorgung	109
C. Bedeutung des Vergaberechts für die Privatisierung der Daseinsvorsorge	110
I. Privatisierung und Daseinsvorsorge	111
II. Vergaberecht als Privatisierungsfolgenrecht	113
1. Formelle Privatisierung	114
2. Funktionale Privatisierung	116
a) Fiskalische Hilfgeschäfte/Outsourcing	118
b) Verwaltungshilfe, Öffentlich-private Partnerschaft und contracting out ...	118
3. Materielle Privatisierung	122

4. Vermögensprivatisierung	125
D. Bedeutung des Vergaberechts für die Rekommunalisierung der Daseinsvorsorge	126
I. Rekommunalisierung und Daseinsvorsorge	126
1. Historische Wurzeln	127
2. Aktuelle Situation	128
3. Gründe für Rekommunalisierung	131
II. Begriffliche Konkretisierung	134
1. Rekommunalisierung vs. Publizisierung	134
2. Rekommunalisierungsarten	135
a) Formelle Rekommunalisierung	136
b) Materielle Rekommunalisierung	136
c) Funktionale Rekommunalisierung	138
d) Vermögensrekommunalisierung	138
III. Handlungsalternativen bei der Rekommunalisierung	139
1. Rekommunalisierung bei formeller Privatisierung	139
a) Vermögensübertragung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwG)	140
b) Formwechsel (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG)	141
c) Verschmelzung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) und Spaltung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG)	141
d) Einzelrechtsnachfolge	142
2. Rekommunalisierung bei funktionaler Privatisierung	142
a) Beendigung der Privatisierung und Fortführung durch die Öffentliche Hand	142
b) Eintritt in den laufenden Vertrag	145
c) Umwandlungsrechtliche Besonderheiten bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	145
3. Rekommunalisierung bei materieller Privatisierung	145
IV. Der Rechtsrahmen von Rekommunalisierung	146
1. Die primär- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Rekommunalisierung	148
a) Trägerneutralität des primären Unionsrechts	148
b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Rekommunalisierung	148
aa) Öffentlicher Zweck als Grenze	149
bb) Verfassungsrechtlich ableitbare Subsidiarität öffentlicher Wirtschaftstätigkeit?	150
cc) Bereichsspezifische Grenzen von Rekommunalisierung	153
(1) Post und Telekommunikation	154
(2) Eisenbahn	154
(3) Energieversorgung	155
2. Pflicht zur Rekommunalisierung	155
3. Primär- und verfassungsrechtliche Maßstäbe für Rekommunalisierung	157
a) Primäres Unionsrecht als Maßstab für Rekommunalisierung	158

b) Grundgesetzliche Anforderungen an Rekommunalisierung	159
aa) Art. 12 Abs. 1 GG	159
bb) Art. 14 und 15 GG	160
cc) Art. 3 Abs. 1 GG	160
dd) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	161
ee) Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip	162
ff) Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	162
4. Einfach-rechtliche Maßstäbe für Rekommunalisierung	164
a) Fachrechtliche Regelungen	164
b) Haushaltsrecht	164
c) Rekommunalisierungsschranken aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht	164
aa) Wirtschaftliche Tätigkeit	165
bb) Öffentlicher Zweck	166
cc) Relationsklausel: Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	167
dd) Subsidiaritätsklausel	167
5. Vergaberechtliche Strukturierung von Rekommunalisierung	168
E. Ergebnisse	169

2. Teil

Primär-, Verfassungs- und Völkervergaberecht als Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand 171

3. Kapitel

Der primär- und verfassungsrechtliche Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand 171

A. Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge durch das Primär- und Verfassungsvergaberecht	172
I. Primärvergaberecht	173
1. Grundfreiheiten	173
a) Persönlicher Anwendungsbereich	174
b) Sachlicher Anwendungsbereich	174
c) Ausnahmen	176
aa) Art. 51 AEUV (i. V.m. Art. 62 AEUV)	176
bb) Europarechtlich zulässige Monopole	177
cc) Verkehrsdienstleistungen	177

dd) Der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung und die Grundfreiheiten	178
(1) Der Einfluss des Sekundärrechts auf die Auslegung des Primärrechts	178
(2) Primärrechtliche Wurzeln	179
(a) Relevanz der Grundfreiheiten im Falle von Eigenerledigung	180
(b) Bedeutung des Art. 106 Abs. 2 AEUV	181
(c) Nicht: Art. 345 AEUV	182
(d) Der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten	183
(3) Anforderungen an die Ausschreibungsfreiheit im Primärrecht	189
d) Zwischenergebnis	190
2. (EU-)Kartellrecht	191
a) Der öffentliche Auftraggeber als Unternehmen i. S. d. Kartellrechts	192
b) Grundsatz der Kartellrechtsfreiheit der Eigenerledigung: Das Konzernprivileg	194
3. Beihilfenrecht	196
a) Der Unternehmensbegriff im Beihilfenrecht	196
b) Das Erfordernis einer selektiven Begünstigung	198
II. Verfassungsvergaberecht	200
1. Art. 12 Abs. 1 GG	200
2. Art. 3 Abs. 1 GG	202
III. Referenzbereich Wasserkonzessionen	205
B. Das Primär- und Verfassungsvergaberecht als Grenze des einfach-rechtlichen Vergaberechts	207
I. Primär- und verfassungsrechtliche Grenzen einer Privilegierung der Öffentlichen Hand beim Aufgabenzugriff	208
1. Die Grenzfunktion der Grundfreiheiten	208
a) Privilegierung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit durch § 108 GWB und im Haushaltsvergaberecht	208
b) Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007	209
2. Die Grenzfunktion der deutschen Grundrechte	209
a) Inhouse-, Instate- und Remondis-Ausnahme im Haushaltsvergaberecht	210
b) Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007	210
II. Primär- und verfassungsrechtliche Grenzen einer wettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs durch das Vergaberecht	211
1. Relevanz der Frage nach Grenzen: Das neue Steuerungsmodell auf dem Vormarsch	211
2. Organisationsautonomie als absolute Grenze für unionsrechtlich begründete Ausschreibungspflichten	213

3. Verfassungsrechtliche Grenzen einer vergabewettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs	215
a) Schutz der Verwaltungsautonomie der Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	215
b) Eingriff durch obligatorische Ausschreibungspflichten	218
c) Rechtfertigung	219
aa) Kernbereichsschutz	220
bb) Randbereichsschutz	221
C. Ergebnisse	223

4. Kapitel

Der völkerrechtliche Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand	224
A. Das Agreement on Government Procurement	224
B. Weitere Abkommen	226
C. Ergebnisse	227

3. Teil

Zum Anwendungsbereich des einfach-rechtlichen Vergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge	228
---	-----

5. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Daseinsvorsorge durch das Kartellvergaberecht	228
A. Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge	230
I. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts: Zur Rolle der Öffentlichen Hand als Teilnehmer am Vergabeverfahren	230
1. Erfassung der Öffentlichen Hand als Wirtschaftsteilnehmer	233
a) Öffentliche Einrichtungen	235
b) Sonstige juristische Personen	236
c) Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit	237
2. Anbieten von Leistungen am Markt	238
3. Zwischenergebnis	239
II. Die Unterscheidung zwischen Aufträgen und Konzessionen	239
1. Der Auftragsbegriff	240
2. Der Konzessionsbegriff	241
a) Begriffsgeschichte	242

b) Heutiges Begriffsverständnis	244
aa) „Betrabung“ als konzessionsspezifisches Merkmal?	245
(1) Betrabung nur bei staatlichen Aufgaben?	245
(2) Anlehnung an das primärrechtliche Begriffsverständnis i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV?	246
bb) Abgrenzung vom Auftrag anhand des Übergangs des Betriebsrisikos	247
c) Bedeutung der Ausdehnung auf Dienstleistungskonzessionen	249
III. Das Erfordernis eines entgeltlichen Vertrags bei Auftrag und Konzession	250
1. Das Erfordernis selbstständiger Rechtssubjekte: Der Grundsatz der Aus- schreibungsfreiheit der Eigenerledigung im engeren Sinne	251
a) Ausgangspunkt: Rs. Teckal	251
b) Kodifikation in den Vergaberichtlinien	252
c) Keine Abkehr vom formal-rechtlichen zugunsten eines funktionalen Ver- ständnisses des Vertragsbegriffs	253
d) Geringe Bedeutung der Ausnahme aufgrund des praktischen Bedeutungs- verlusts der Eigenerledigung i. e. S.	254
2. Erfordernis einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegen- leistung (Beschaffungselement und Entgeltlichkeit)	256
a) Beschaffung einer Leistung des Auftrag-/Konzessionsnehmers	256
aa) Entgeltlichkeit und Beschaffung als zwei Seiten einer Medaille	257
bb) Reichweite des Beschaffungsbegriffs beim Auftrag	258
cc) Beschaffungselement bei der Konzession	261
dd) Beschaffung im Falle von Eröffnungskontrollen	263
ee) Beschaffung bei Organisationsmaßnahmen	264
(1) Gründung von Eigengesellschaften	264
(2) Gründung von öffentlich-rechtlichen Organisationen	264
(3) Umwandlung	265
ff) Beschaffung bei Veräußerungsgeschäften und beim Erwerb von Un- ternehmensanteilen	265
gg) Beschaffung bei der Übertragung von Zuständigkeiten	266
(1) Die Rs. Remondis: Vergaberechtliche Relevanz der Gründung eines Zweckverbands	267
(a) Vorgeschichte	267
(b) Sachverhalt	268
(c) Entscheidung	268
(2) Anwendbarkeit nach der Vergaberechtsreform 2014/2016	269
(3) Übertragbarkeit des Ausnahmetatbestands auf privat-rechtliche Organisationsformen	270
(4) Verhältnis zur Inhouse- und Instate-Ausnahme	270
(5) Relevanz der Unterscheidung von Delegation und Mandatierung	271

(6) Anwendungsbereich im Falle von Verwaltungskooperation	272
(a) Zweckverbände	272
(b) Zweckvereinbarungen	272
(c) Gemeinsame kommunale Anstalt	273
(7) Anwendbarkeit auf Aufgabenzuweisungen innerhalb eines Organisationssträgers	273
b) Keine Beschaffung „auf andere Weise“	274
aa) Willenseinigung als Anwendungsvoraussetzung	274
bb) Konkretisierung für Vergaben an die Öffentliche Hand	278
(1) Im Bereich der Verwaltungskooperation	278
(2) Im Bereich der Eigenerledigung	279
c) Auftrags- und Konzessionsgegenstände/Vertragsarten	280
d) Erfordernis der Entgeltlichkeit	281
3. Zwischenergebnis	282
IV. Bereichsausnahmen mit Relevanz für Vergaben an die Öffentliche Hand	283
1. Ausschreibungsfreiheit der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit	284
a) Ausschreibungsfreiheit der vertikalen Zusammenarbeit (Inhouse-Ausnahme), § 108 Abs. 1 bis 5 GWB	287
aa) Beschränkung auf juristische Personen?	287
bb) Keine direkte private Kapitalbeteiligung	287
cc) Das einfach-vertikale Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 1 GWB)	288
(1) Kontrollkriterium	290
(2) Wesentlichkeitskriterium	291
(3) Nachträgliche Änderungen	295
dd) Sonderkonstellationen: Ausnahmen im Falle von inversen, horizontalen und gemeinsam-vertikalen Inhouse-Geschäften	296
(1) Das inverse Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB)	296
(2) Das horizontale Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB)	297
(3) Das gemeinsam-vertikale Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 4, 5 GWB)	298
b) Ausschreibungsfreiheit der horizontalen Zusammenarbeit (Instate-Ausnahme), § 108 Abs. 6 GWB	299
aa) „Vertrag“ zwischen öffentlichen Auftraggebern i. S. d. § 99 Nr. 1–3 GWB	301
bb) Private Kapitalbeteiligung	302
cc) § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB: Kooperative Zweckverfolgung	302
dd) § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB: Öffentliches Interesse	305
ee) § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB: 20%-Schwelle	305
c) Zwischenergebnis	306
2. § 149 Nr. 9 GWB: Konzessionen im Bereich Wasser	306
3. § 149 Nr. 12 GWB: Konzessionen im Bereich des ÖPNV	307

4. § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB/§ 149 Nr. 6 GWB	307
a) Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags/einer Dienstleistungskonzession	309
b) Auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Leistungserbringung	309
5. Erreichen der Schwellenwerte	312
6. Bereichsausnahme für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?	312
V. Überlagerung durch lex specialis-Vorschriften (§ 46 EnWG und VO (EG) 1370/2007)	314
VI. Relevanz von Auftragsänderungen im Kartellvergaberecht	314
B. Reichweite der kartellvergaberechtlichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand in den Referenzbereichen	316
I. Abfallentsorgung	316
1. Eröffnung des Kartellvergaberechts im Bereich der Eigenerledigung	316
a) Beauftragung von Eigengesellschaften	316
b) Erbringung mittels öffentlich-rechtlicher Organisationsformen	317
2. Kooperationsmodelle	318
3. Fremdvergaben	318
II. Wasserver- und Abwasserentsorgung	318
1. Wasserkonzessionen als Dienstleistungskonzessionen	319
2. Eigenerledigung im engeren Sinne und vollständige Aufgabenübertragung	321
3. Eigenerledigung mittels rechtsfähiger Einheiten	321
a) Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 9 GWB	321
b) Wasseraufträge	321
4. Kooperationsmodelle	322
5. Fremdvergaben	322
III. Öffentlicher Personennahverkehr	322
1. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts bei Auftragsvergaben im straßen- gebundenen ÖPNV	323
a) Kartellvergaberechtliche Strukturierung der Eigenerledigung	325
b) Kartellvergaberechtliche Strukturierung von Kooperationsmodellen	327
c) Kartellvergaberechtliche Strukturierung der Fremderledigung	327
2. Kartellvergaberecht und Schienenpersonennahverkehr	327
IV. Energieversorgung	329
1. Gründung von Stadtwerken und Tätigkeit im Bereich Energieerzeugung und -lieferung	329
2. Strom- und Gasnetzkonzessionen nach § 46 EnWG	330
a) Qualifikation als Dienstleistungskonzession im Sinne des Kartellvergabe- rechts	330
b) Überlagerung durch § 46 EnWG	332
3. Wegenutzungsverträge für das Fernwärmenetz	332

C. Ergebnisse	333
---------------------	-----

6. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf den Personennahverkehr im Sonderregime der VO (EG) 1370/2007	335
--	------------

A. Persönlicher Anwendungsbereich	336
I. Zuständige Behörde	336
II. Betreiber eines öffentlichen Dienstes	337
B. Sachlicher Anwendungsbereich	337
I. Rechtsverbindlicher Akt	338
1. Übereinkunft	338
2. Entscheidung durch Gesetz oder Verwaltungsregelung für den Einzelfall ...	338
3. Ausdehnung in den Bereich der Eigenerledigung	338
II. Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	339
III. Gegenleistung	340
IV. Kein Dienstleistungsauftrag i. S. d. Kartellvergaberechts	341
1. Aufträge innerhalb der Bereichsausnahme des § 108 GWB	343
2. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte	343
3. Keine Baukonzession, Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007	344
4. „Aufträge“ im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne	344
5. Vollständiger Aufgabenübertrag i. S. d. Rs. Remondis	344
C. Ergebnisse	344

7. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Strom- und Gasnetze im Sonderregime des § 46 EnWG	345
---	------------

A. Persönlicher Anwendungsbereich	346
I. Die Öffentliche Hand als „Energieversorgungsunternehmen“	346
II. Ausschluss von Regiebetrieben	347
B. Sachlicher Anwendungsbereich	348
I. Erfassung von Eigenbetrieben: Ausdehnung in den Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne	348
II. Eigenerledigung im weiteren Sinne – Keine Anwendbarkeit des § 108 GWB	350
III. Interkommunale Kooperationen	351
IV. Fremdvergaben	351
C. Ergebnisse	351

8. Kapitel

**Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Daseinsvorsorge
durch das Haushaltsvergaberecht** 352

A. Der Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts	353
I. Persönlicher Anwendungsbereich	353
1. Auftraggeberbegriff	354
2. Vertragspartner	354
II. Sachlicher Anwendungsbereich	357
1. Vertragserfordernis	357
2. Vertragsgegenstand Liefer- oder Dienstleistung: Vom Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte zum Recht staatlicher Kooperation	358
3. Privilegierung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit im Haushaltsvergabe- recht	360
a) Generelle Übertragbarkeit der Inhouse-Ausnahme?	360
b) Generelle Übertragbarkeit der Instate-Ausnahme?	361
c) Anordnung der Geltung des § 108 GWB auch im Haushaltsvergaberecht	362
III. Geltungsbereich oberhalb der Schwellenwerte	362
B. Reichweite der haushaltsvergaberechtlichen Strukturierung des Zugriffs der Öffentli- chen Hand in den Referenzbereichen	363
I. Abfallentsorgung	363
II. Strom- und Gasnetzkonzessionen	364
III. ÖPNV	364
IV. Wasserver- und Abwasserentsorgung	364
C. Ergebnisse	364

4. Teil

**Im Anwendungsbereich des Vergaberechts – Vergabeverfahren und
Rechtsschutz bei Vergaben an die Öffentliche Hand** 366

9. Kapitel

**Zur Zulässigkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen
Verfahrensgestaltung** 366

A. Von der Tatbestands- zur Rechtsfolgenlösung: Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG	367
I. Ausrichtung auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG	369
II. Ergänzung um Kriterien zur Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtli- chen Gemeinschaft	370
1. Kommunale Eigentümerschaft am zukünftigen Netzbetreiber	371
2. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde und kommunaler Einfluss	371

3. Rechtsnachfolge	372
4. Kommunalfreundlichkeit	373
5. Lokale Präsenz, Bürgernähe und -akzeptanz	373
6. Bürgerbeteiligung	374
7. Regionale Wertschöpfung	374
III. Zwischenergebnis	374
B. Weitgehende Neutralität des Vergabeverfahrens im Kartellvergaberecht	375
I. Umfassende Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz	375
II. Ausnahmsweise Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung zugunsten der Öffentlichen Hand	377
1. Soziale und andere besondere Dienstleistungen	377
2. Keine Privilegierung im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb	378
3. Privilegierung durch die Möglichkeit strategischer Beschaffung?	378
a) Vorbehalt zugunsten von Unternehmen in staatlicher Hand	381
b) Örtlicher Bezug als Auswahlkriterium	381
c) Soziale Auswahlkriterien	381
III. Privatisierungsimpuls des Kartellvergaberechts?	382
IV. Zwischenergebnis	384
C. Vergaben an die Öffentliche Hand nach der VO (EG) 1370/2007	384
I. Privilegierung der Eigenerbringung und Direktvergabe	384
1. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007	385
a) Eigenerbringung	385
b) Vergabe an interne Betreiber	386
c) Voraussetzungen an die Ausschreibungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007	386
aa) Zuständige örtliche Behörde	386
bb) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle	388
(1) Zulässigkeit privater Kapitalbeteiligung	388
(2) Anwendbarkeit im Falle von Eigenerbringung?	389
(3) Kontrolle durch eine Gruppe von Behörden	389
cc) Beschränkung auf das Zuständigkeitsgebiet der zuständigen örtlichen Behörde	389
dd) Selbsterbringungsquote	390
ee) Keine Untersagung nach nationalem Recht	391
2. Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007	391
3. Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007	392
4. Sonderregelungen im Schienenpersonennahverkehr	392
5. Rechtsfolgen im Falle einer Direktvergabe	393
II. Vergabe im Wettbewerb	394
III. Zwischenergebnis	395

D. Haushaltsvergaberecht	396
E. Primär- und Verfassungsvergaberecht	397
I. Primärvergaberecht	398
II. Verfassungsvergaberecht	400
F. Völkervergaberecht	401
G. Ergebnisse	403

10. Kapitel

Die Vergabe an die Öffentliche Hand vor Gericht 405

A. Rechtsschutz im Kartellvergaberecht	406
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts	406
II. Die Öffentliche Hand als Verfahrensbeteiligte	407
III. Inhouse- und Instate-Vergaben und ihre Nachprüfbarkeit als De-facto-Vergaben	407
1. De-facto-Vergaben im weiteren Sinne	408
2. De-facto-Vergaben im engeren Sinne	408
IV. Berücksichtigung vergabefremder Vorschriften	410
B. Rechtsschutz nach der VO (EG) 1370/2007	412
C. Rechtsschutz bei Vergaben nach § 46 EnWG	413
D. Rechtsschutz im Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht	415
E. Rechtsschutz nach dem Völkervergaberecht	418
F. Ergebnisse	418

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick 420

Literaturverzeichnis	430
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	459
-----------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
Az.	Aktenzeichen
BerlBG	Berliner Betriebe-Gesetz
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKartA	Bundeskartellamt
bspw.	beispielsweise
BSR	Berliner Stadtreinigung Anstalt des öffentlichen Rechts
BVG	Berliner Verkehrsbetriebe Anstalt des öffentlichen Rechts
BWB	Berliner Wasserbetriebe Anstalt des öffentlichen Rechts
bzgl.	bezüglich
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Einl.	Einleitung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EUV	Vertrag über die Europäische Union
Fn.	Fußnote
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gem.	gemäß
GPA	Agreement on Government Procurement
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. e.	im Sinne eines/einer
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne

KrW-/AbfG Bln	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen in Berlin
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KVR	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe
Lit.	Literatur
lit.	litera (Buchstabe)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPP	Öffentlich-private Partnerschaft
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
RegG	Regionalisierungsgesetz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
sog.	sogenannte(n)
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
SVR	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO (EG) 1370/2007	Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates
VRL	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG
VvB	Verfassung von Berlin

Alle weiteren verwendeten Abkürzungen richten sich, soweit nicht gesondert vermerkt, nach *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018

Einleitung

„Zusammenhänge müssen nicht wirklich bestehen, aber ohne sie würde alles zerfallen.“¹

Die Öffentliche Hand tritt vermehrt selbst als Bieter in Vergabeverfahren auf.² Die damit zugleich für die Öffentliche Hand zum Ausdruck kommende Verpflichtung, nicht mehr nur als öffentlicher Auftraggeber, sondern auch als Bieter an das Vergaberecht gebunden und zur erfolgreichen Teilnahme am Wettbewerb um die Leistungserbringung verpflichtet zu sein, ist Symptom einer in den letzten Jahrzehnten voranschreitenden Ausdehnung des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs. Diente das Vergaberecht ursprünglich der Ökonomisierung von Verlagerungen staatlicher Eigenproduktion auf Formen der Beschaffung bei Privaten, hat es unter dem Vorzeichen einer weitergehenden Ökonomisierung des Binnenbereichs der Verwaltung diesen für den Wettbewerb mit Privaten – jedenfalls zum Teil – geöffnet.

Gegenstand des vergabewettbewerblichen Interesses der Öffentlichen Hand sind die Leistungen der Daseinsvorsorge. In diesen ehemals in Form öffentlicher Monopole organisierten Wirtschaftsbereichen, in denen im Zuge europäischer Liberalisierungsbemühungen Wettbewerbsregime etabliert wurden, kommt es nunmehr vermehrt zu Konkurrenz zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen um die Aufgabenerfüllung im Wege des Vergabewettbewerbs.³ Zuvorderst die unter der Ägide des § 46 EnWG durchzuführenden energierechtlichen Vergabeverfahren machen Vergabeentscheidungen zugunsten der Öffentlichen Hand erforderlich, will diese die Aufgabenerfüllung weiterhin in Eigenregie übernehmen. Aber auch in weiteren, begrifflich der Daseinsvorsorge zugeordneten Bereichen wird der Aufgabengriff der Öffentlichen Hand vergaberechtlich strukturiert.

Während die Entscheidung, „ob“ eine Leistung ausgeschrieben oder von der Verwaltung in Eigenregie erbracht wird, bisher als rechtlich nur marginal strukturiert und der politischen Disposition überantwortet angesehen wurde,⁴ erscheint das Vergaberecht unter diesem Blickwinkel immer mehr als Aspekt des Verwaltungs-

¹ Menasse, Die Hauptstadt, 2017, S. 15.

² Gurlit, VergabeR 2017, 221 (222); Antweiler, VergabeR 2001, 259; Meininger/Kayser, Vergaberecht – Relevanz für öffentliche Unternehmen, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Unternehmen der Öffentlichen Hand, S. 659.

³ Antweiler, VergabeR 2001, 259.

⁴ Explizit Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 65.

organisationsrechts, das wettbewerbliche Strukturen auch im binnenorganisatorischen Bereich der Verwaltung erzeugt.

A. Problemstellung

Diese neue Funktion des Vergaberechts wirft zwei Fragen auf. Zunächst stellt sich die Frage nach der genauen Reichweite der vergaberechtlichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand. So unbestritten die Bindung der Öffentlichen Hand an das Vergaberecht ist, wenn sich Verwaltungsträger um ihnen fremde Leistungen bewerben, so umstritten ist sie im Bereich des Zugriffs auf eigene Leistungen und bei Formen gemeinsamer Leistungserbringung im Wege der Verwaltungskooperation.

Die Ausdehnung des Vergaberechts in den Bereich der Staatsorganisation macht zudem auf einer grundlegenden Ebene die Frage nach „Sinn oder Unsinn von Inhouse-Vergaben (...) zunehmend zum Politikum“⁵. In der Gemengelage aus Wettbewerbsgläubigkeit und Liberalisierungseuphorie⁶ scheint sich womöglich ein Prozess der Verdrängung ehemals originär staatlicher Aufgabenwahrnehmung zugunsten eines nur noch staatlich moderierten Verteilungsverfahrens als Ausläufer des gewährleistungsstaatlichen Umbaus der Verwaltung Bahn zu brechen, der das Vergaberecht zum Zentrum des Marktplatzes für ehemalige Verwaltungsleistungen macht. Mit der wissenschaftlichen Aufarbeitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts einhergehend muss deshalb auch nach der primär- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Verwaltung als „Leitplanken“ des politischen Diskurses gefragt werden.

Das Phänomen der Rekommunalisierung als Gegenbewegung zum gewährleistungsstaatlichen Umbau der Verwaltung rückt die Frage nach der zulässigen Reichweite einer wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand in den Fokus des wissenschaftlichen Interesses und kontrastiert marktliberale Vorstellungen mit dem Grundsatz der Verwaltungsautonomie und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Als Kehrseite stellt sich aber zugleich die Frage nach der zulässigen Reichweite einer Privilegierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand.

⁵ *Fehling*, JZ 2016, 540 (546).

⁶ Begriff nach *Rennert*, NZBau 2019, 411 (417); zur Diagnose einer Deregulierungs- und Überdynamisierungskrise des Neoliberalismus *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen, S. 271 f.; von Privatisierungseuphorie spricht *Boehme-Neßler*, LKV 2013, 481 (481).

B. Begriffliche Näherung und notwendige Abgrenzungen

Die Untersuchung dieser Zusammenhänge macht es eingangs erforderlich, den Forschungsgegenstand begrifflich genau zu bezeichnen und gegenüber ähnlichen, aber nicht originär zum Forschungsgegenstand gehörenden Phänomenen abzugrenzen.

I. Der der Arbeit zugrunde liegende Begriff der Vergabe

Der Begriff der Vergabe im juristischen Sinne wird vom Vergaberecht bestimmt. Als Recht der Vergabe beschreibt es mit seinem Anwendungsbereich zugleich den Terminus der Vergabe im hier verwendeten Sinne. Der Begriff des Vergaberechts fasst dabei eine Vielzahl an Regelwerken zusammen.

Seinen Ausgangspunkt nimmt das Vergaberecht als Rechtsregime für staatliche Beschaffung am Markt von Waren und Dienstleistungen, die der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Dafür erfasste das Vergaberecht als Haushaltsvergaberecht zunächst allein Aufträge, verstanden als die vertragliche Deckung staatlicher Bedarfe bei Privaten⁷ zur Aufgabenerfüllung (sog. fiskalische Hilfsgeschäfte).

Mit der Funktionalisierung des Vergaberechts als Liberalisierungsregime durch das Unionsrecht setzte jedoch ein Prozess der Erweiterung ein. Einerseits wurde in diesem Prozess der Anwendungsbereich des Vergaberechts auf bestimmte private Auftraggeber ausgedehnt, andererseits wurde die Öffentliche Hand auf Seiten der Auftragnehmer in den Anwendungsbereich einbezogen. Diese Überformung durch das Kartellvergaberecht führte in sachlicher Hinsicht dazu, dass nicht mehr nur fiskalische Hilfsgeschäfte, sondern auch die Beschaffung von Verwaltungshelfern und damit von Primäraufgabenerfüllung selbst vom Anwendungsbereich erfasst wurde.

Teils lückenfüllend, teils überlagernd wurden darüber hinaus bereichsspezifische Vergaberechtsregime etabliert: Mit der VO (EG) 1370/2007⁸ wurde ein Sonderregime für Beschaffungen im Bereich der öffentlichen Personennahverkehrsdienste geschaffen. Mit § 46 EnWG existiert zudem ein spezielles Vergaberechtsregime für die Vergabe von Wegekonzessionen im Bereich der Strom- und Gasnetze.

⁷ Die Verwendung des Begriffs des „Privaten“ orientiert sich an der Definition von *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (231), wonach Privater jedes nicht-staatliche Subjekt in einer staatlichen Rechtsordnung ist, das zudem Grundrechtsträger ist; s. auch *Ackermann*, Verwaltungshilfe, S. 31 ff.

⁸ Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315/1.

In den verbleibenden „Lücken“ dieser Vergaberechtsregime fungieren insbesondere die Grundfreiheiten als primärvergaberechtliche Auffangordnung für staatliche Beschaffungen am Markt.⁹ Darüber hinaus wurde zuletzt intensiver diskutiert, ob dem Kartellrecht sowie dem Beihilfenrecht Auffangfunktionen zukommen können.¹⁰ Die europäischen Grundrechte der Grundrechtecharta spielen hingegen nur eine untergeordnete Rolle.¹¹ Diese Wertungen des europäischen Primärrechts für Beschaffungen der Öffentlichen Hand werden unter dem Begriff des Primärvergaberechts zusammengefasst.¹² Weiterhin kommt den nationalen Grundrechten eine lückenschließende Funktion bei der Strukturierung des staatlichen Einkaufsverhaltens zu. Diese werden unter dem Begriff des Verfassungsvergaberechts untersucht. Schließlich haben völkerrechtliche Abkommen Einfluss auf die Ausgestaltung der Vergaberechte der vertragsschließenden Parteien, die unter dem Terminus des Völkervergaberechts behandelt werden.

Auch wenn der Begriff der Vergabe zwischen den Regimen im Detail changieren mag, wird die Beschaffungsverwaltung so mittlerweile weitreichend vergaberechtlichen Strukturen unterworfen.

1. Abgrenzung bloßer Verteilung

Der Beschaffungsbezug bildet das bis heute alle genannte Vergaberechtsregime konstituierende Element.¹³ Das Merkmal verhindert eine Ausdehnung des Vergaberechts in vertikaler Richtung.¹⁴ Nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind deshalb bloße Verteilungen, indes sich das dem Vergaberecht zugrunde liegende Prinzip der Ausschreibung gleichsam als „Megatrend des öffentlichen Rechts“¹⁵ auch im Bereich bloßer Verteilungen zusehends etabliert. Die Ausdehnung vergaberechtlicher Wertungen über die Bereiche staatlicher Beschaffung in eine Vielzahl

⁹ Siegel, EWS 2008, 66; s. auch Burgi, Vergaberecht, § 3 Rn. 19 ff.; Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR Rn. 1 ff. (21 ff.).

¹⁰ Burgi, Vergaberecht, § 3 Rn. 29 ff., 33 ff.; Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR Rn. 32 f.

¹¹ Burgi, Vergaberecht, § 3 Rn. 37: „keine praktische Bedeutung“; Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR Rn. 31.

¹² Burgi, Vergaberecht, § 3 Rn. 19; den Begriff kritisch reflektierend Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR Rn. 19; von „primärrechtlichem Vergabeeuroparecht“ spricht Frenz, Vergaberecht EU und national, Kapitel 1, § 2.

¹³ Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 23; Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 1 ff.; Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 5; s. auch BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 Rn. 2 = BVerfGE 116, 135.

¹⁴ Burgi, NZBau 2009, 609 (610).

¹⁵ Knauff, NVwZ 2017, 1591.

an Regimen staatlicher Verteilung ist zuletzt verstärkt in den Fokus des wissenschaftlichen Interesses gerückt.¹⁶ Die Ausdehnung vergaberechtlicher Wertungen auch in diesen Bereichen unterstreicht zwar den Anspruch des Vergaberechts als „normatives rolemodel“.¹⁷ Burgi spricht insofern treffend von einer „Nutzung des Vergaberechts als Baukasten für den Gesetzgeber (...) in Verteilungssituationen außerhalb des Vergaberechts“¹⁸. Dem Vergaberecht kommt indes (bisher) keine Ebenen übergreifende Funktion im Falle von Verteilungskonflikten zu.¹⁹ Diese mäandrierenden Fortbildungen vergaberechtlicher Wertungen sind nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, sollen aber im Folgenden einer kurzen Abgrenzung zugeführt werden.

a) Nicht: Verteilung von Erlaubnissen

Nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist zunächst die sich zunehmend ebenfalls an vergaberechtlichen Grundsätzen ausrichtende Verteilung von Erlaubnissen.²⁰ Außerhalb staatlicher Beschaffung verpflichtet zunächst Art. 12 Abs. 1 RL 2006/123/EG²¹ zur Durchführung eines neutralen und transparenten Verfahrens, wenn die Zahl der für eine bestimmte Dienstleistungstätigkeit verfügbaren Genehmigungen aufgrund der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der verfügbaren technischen Kapazitäten begrenzt ist. Zudem hat der EuGH aus dem europäischen Primärrecht auch für die Erteilung von schlichten Genehmigungen ein europäisches Verteilungsregime abgeleitet.²² Das Regime staatlicher Eröffnungskontrollen wird so einem „Vergaberegime“ im weiteren Sinne unterworfen, das sich an sekundärvergaberechtliche Anforderungen annähert. Ob es sich hierbei um Ansätze eines

¹⁶ Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 167 ff.; Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 25 ff.

¹⁷ Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Einführung: Vergaberecht im Überblick, Rn. 10 spricht vom Vergaberecht als Grundlage für die Entwicklung eines „allgemeinen Teils eines Verwaltungsverfahrens“.

¹⁸ Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 29; von „Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts“ spricht Zinger, VergabeR 2020, 20 (20).

¹⁹ Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 167 ff.; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Einführung: Vergaberecht im Überblick, Rn. 10.

²⁰ Von „reinen“ Zulassungsverfahren spricht Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 4; zur Typologie administrativer Eröffnungskontrollen Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, S. 86 ff.

²¹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 326/36.

²² S. EuGH, Urt. v. 9.9.2010, Az.: C-64/08 Rn. 52 („Engelmann“) = ECLI:EU:C:2010:506 = EuZW 2010, 821; zu dieser Ausdehnung auch Burgi, NVwZ 2017, 257 (263) und Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 6 sowie näher Rn. 20 m. w. N.; zweifelnd an einer Ausdehnung in den Bereich nicht exklusiver Nutzungsrechte hingegen Körber/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 56 f.; zur Frage der Reichweite des Art. 12 RL 2006/123/EG in Hinblick auf umweltrechtliche Genehmigungen Durner, DVBl. 2020, 154 ff.

bereichsübergreifenden Regimes für staatliche Verteilung handelt, kann noch als offen bezeichnet werden.²³ Zudem darf nicht übersehen werden, dass der Verteilung von Erlaubnissen ein für das Vergaberecht im hier behandelten Sinne konstitutives Element fehlt: das der Beschaffung. Reiner Verteilung fehlt schon der für die vorliegende Thematik besonders relevante Staatsaufgabenbezug, da die Erteilung von Erlaubnissen nicht der Beschaffung zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dient. Begrifflich sollte mangels Beschaffungsbezug in diesem Bereich deshalb auch nicht von Vergabe, sondern von Verteilung gesprochen werden. Verkompliziert wird die Lage indes dadurch, dass die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten primärvergabe-rechtlichen Grundsätze auch auf staatliche Verteilungsverfahren Anwendung finden.²⁴

Ein von der Vergabe abzugrenzendes Phänomen bloßer Verteilung stellte etwa die Gewährung einer Baugenehmigung dar. Hierbei beschafft sich die Baugenehmigungsbehörde als gewährende Einheit in der Regel nicht das zu errichtende Gebäude. Die Baugenehmigungsbehörde nimmt mithin allein eine verteilende Rolle ein.

Im Einzelfall bedarf diese auf den ersten Blick leicht zugänglich wirkende Abgrenzung jedoch einer eingehenden Untersuchung, da sich auch hinter der Gewährung von Erlaubnissen mitunter ein Beschaffungsvorgang verstecken kann.²⁵ So kann der Erteilung der Baugenehmigung ein vergaberechtlich relevantes Beschaffungsverhältnis zugrunde liegen, etwa wenn die Öffentliche Hand mit der Gewährung der Baugenehmigung zugleich ein soziales Wohnungsbauprojekt verwirklichen würde.

b) Nicht: Verteilung von Fördermitteln

Eine weitere, vom Vergaberecht abzugrenzende Kategorie ist die staatliche Verteilung von Fördermitteln. Festgehalten werden kann zunächst, dass die Verteilung von Fördermitteln nicht von Beschaffung, sondern nur von Förderung gekennzeichnet ist. In diesen Fällen besteht kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Förderers an der Leistung des Geförderten und der Anwendungsbereich des Vergaberechts ist mangels Beschaffung nicht eröffnet.²⁶

²³ Strukturelemente eines solchen Verteilungsverfahrens arbeitet heraus Wollenschläger, Staatliche Verteilungsverfahren, S. 531 ff.

²⁴ Mohr, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, I, GWB, § 105 Rn. 4; zum Primärvergaberecht noch ausführlich Kapitel 3, S. 171 ff.

²⁵ S. noch näher Kapitel 5, S. 263 f.

²⁶ Für das Primärvergaberecht Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 7; für das Sekundärvergaberecht s. insofern ausdrücklich Erwägungsgrund 4 RL 2014/24/EU: „Des Weiteren gelten die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe in der Regel nicht für die bloße Finanzierung, insbesondere durch Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.“

Bis heute sind die „Grenzverläufe“ zwischen dem Regime des Vergaberechts und dem der staatlichen Wirtschaftsförderung dennoch keine klar skizzierten. Neben der Frage der Reichweite des Beschaffungsbegriffs²⁷ führen die Überschneidungen auf das europäische Beihilfenrecht zurück.

Einerseits kann nämlich die Gewährung einer Beihilfe die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich machen. So „benutzt“ das Beihilfenrecht das Vergaberecht als wettbewerbliches Verfahren, um eine Beihilfe im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als wettbewerbskonform zu rechtfertigen.²⁸ Hierbei handelt es sich um einen mangels Beschaffungsbezug vom Vergaberecht abzugrenzenden Vorgang.²⁹ Keinen vergaberechtlich relevanten Vorgang stellt daher bspw. die EEG-Förderung dar, auch wenn hierbei ein vergaberechtlich inspiriertes Verteilungsverfahren durchgeführt wird. Das Verteilungsverfahren im Falle der EEG-Förderung ist allein beihilfenrechtlich induziert,³⁰ die EEG-Förderung erfüllt aber nicht den Tatbestand von Auftrag und Konzession im vergaberechtlichen Sinne, weil sich die Öffentliche Hand durch die Förderung keine Energielieferungen beschafft.³¹ Die erfolgreiche Teilnahme kommunaler Kraftwerke um EEG-Förderungen mag daher einem Terminus der Vergabe an die Öffentliche Hand im weiteren Sinne zugeordnet werden können, im hier verstandenen Sinne ist sie jedoch mangels Beschaffungsbezugs aus der Betrachtung auszuklammern. Die reine Förderung von Unternehmen der Öffentlichen Hand ist daher nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Andererseits kann eine für eine Beschaffung gewährte staatliche Leistung an den Auftrag-/Konzessionsnehmer über den weiten Beihilfenbegriff jedoch auch als Begünstigung in den Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenrechts geraten.³² Aufgrund seiner Beschaffungsrelevanz ist das Beihilfenrecht in dieser Funktion Gegenstand der Ausführungen zum Primärvergaberecht.³³

²⁷ S. etwa *Grams*, VergabeR 2019, 473; dazu noch Kapitel 5, S. 256 ff.

²⁸ Grundlegend *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, Az.: C-280/00 („Altmark Trans“); *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 134 f.; *Burgi*, Vergaberecht, § 22 Rn. 4.

²⁹ Vom Vergaberecht als Vorfrage im Beihilfenrecht spricht *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 36, s. auch *ders.*, a. a. O. § 2 Rn. 18; beide Regime weisen aber wesentliche funktionale Ähnlichkeiten auf, vgl. *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 2 f.

³⁰ Vgl. *Knauff*, NVwZ 2017, 1591 (1593); es fand dementsprechend auch eine Notifizierung bei der Europäischen Kommission statt, vgl. dazu *Mohr*, RdE 2018, 1 (3 f.).

³¹ Zur Ähnlichkeit der Verteilungsregime aber *Bahmer/Loers*, GewArch 2017, 406 (407).

³² *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 89; *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 33; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 7.

³³ S. Kapitel 3, S. 196 ff.

c) Nicht: Verteilung als Regulierung privater Wirtschaftstätigkeit

Schließlich organisiert die Öffentliche Hand zugunsten eines funktionsfähigen Wettbewerbs auch in materiell privatisierten Bereichen Verteilungsverfahren zu regulatorischen Zwecken. Sie vergibt etwa im Telekommunikationssektor Frequenzen³⁴ und im Umweltenergierecht Emissionszertifikate.³⁵ Hierin liegt indes mangels Fortbestand der öffentlichen Aufgabe keine Beschaffung, vielmehr reguliert die Verwaltung mit einem Verteilungsverfahren private Wirtschaft in Knappheitssituationen.

2. Keine Ausdehnung über den Bereich staatlicher Beschaffung hinaus

Nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind weiterhin den „Kern“ des Vergaberechts verlassende Vorgänge privater Beschaffung, mögen sie auch Gegenstand vergaberechtlicher Strukturierung sein. Sie verlassen den Untersuchungsrahmen insofern, als sich die Arbeit gerade für die Öffentliche Hand in der Doppelrolle sowohl als Auftrag-/Konzessionsgeber als auch als Bieter und die ökonomische Strukturierung staatlicher, nicht privater Beschaffung interessiert.

Zu diesem abzugrenzenden Bereich zählen zunächst vom Kartellvergaberecht erfasste Beschaffungen echter privater Auftraggeber im Falle einer Qualifikation als Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB. In dieser Ausdehnung des Kartellvergaberechts entwickelt sich das Kartellvergaberecht von einem Recht der öffentlichen Aufträge zu einem „Recht der regulierten Vergabe“³⁶, das jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit ist.

Auch sektorenspezifisch ordnet der Gesetzgeber die Durchführung von Ausschreibungsverfahren durch private Marktteilnehmer an, so etwa gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern im EnWG.³⁷

Schließlich findet die Verpflichtung Privater zur Durchführung von Ausschreibungsverfahren im Kartellrecht Verbreitung. Das BKartA hat bspw. die Anbieter von Übertragungsrechten im Fußball unter Verweis auf § 1 GWB zu Ausschreibungs-

³⁴ S. Göddel/Geppert, in: Geppert/Schütz, TKG, § 61 Rn. 1 ff.; vgl. auch Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 418 ff. und Kupfer, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 134 ff.

³⁵ Zur Abgabe und Zuteilung der Zertifikate Kahl/Gärditz, Umweltrecht, § 6 Rn. 28 ff.; Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, Kapitel 9 Rn. 70 ff.; zur vierten Handelsperiode Stätsche, EnWZ 2018, 306 (314); zum Instrument der öffentlichen Versteigerung Gärditz, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 16 Rn. 1 ff.

³⁶ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 137.

³⁷ Dazu eingehend Knauff, NVwZ 2017, 1591 f.

verfahren gezwungen.³⁸ Beteiligt sich nun der öffentlich-rechtliche Rundfunk erfolgreich an solchen Ausschreibungen, liegt zwar ein Fall einer „Vergabe“ an die Öffentliche Hand im weiteren Sinne vor; er ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Auch im privatisierten Bereich der Wertstoffentsorgung hat das Kartellrecht Verteilungsverfahren etabliert. Mit der Verpackungsverordnung 1991 wurde das zweigliedrige System im Kreislaufwirtschaftsrecht etabliert. Während Abfälle zur Entsorgung weiterhin der Entsorgung durch die Öffentliche Hand zugewiesen sind, ist die Verwertung von Abfällen im sog. dualen System materiell privatisiert worden.³⁹ Die sich in der Folge bildenden privaten Monopole wurden auf Druck der Kartellbehörden einem Wettbewerb um den Markt geöffnet.⁴⁰ Auch hier kommt es zu „Vergaben“ an die Öffentliche Hand im weiteren Sinne: So ist die Berlin Recycling GmbH (eine Tochter der BSR) in einem von der privaten DSD GmbH durchgeführten Verteilungsverfahren mit der Sammlung von Altglas beauftragt worden. Auch diese „Vergaben“ sind jedoch mangels *staatlicher* Beschaffung nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

3. Reduktion auf den Bereich primäraufgabenrelevanter Beschaffung

Eine letzte Eingrenzung in sachlicher Hinsicht erfolgt über die Begrenzung des für die Arbeit relevanten Bereichs der Beschaffungen auf solche mit unmittelbarem Primäraufgabenbezug.⁴¹ Zwar mag der Terminus der Vergabe an die Öffentliche Hand auch solche Beschaffungen umfassen, die dem Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte zuzuordnen sind. Vergaben an die Öffentliche Hand spielen indes dort eine zentrale Rolle, wo die Öffentliche Hand zuvor privatisierte Primäraufgabenerfüllung wieder an sich ziehen will. Daher werden in der Arbeit auch nur diese Bereiche mit Primäraufgabenbezug referenziert.⁴²

Nicht vertieft wird dementsprechend auch das Regime der Sektorenvergaben (§§ 136 ff. GWB), weil dessen Anwendbarkeit bereits die Ausübung einer der Sektorentätigkeiten des § 102 GWB voraussetzt,⁴³ sich die Arbeit indes des konstitutiven Akts der Betrauung mit einer solchen annimmt.

³⁸ Pressemitteilung des *Bundeskartellamts* v. 11. 4. 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/11_04_2016_DFL%20Abschluss.html.

³⁹ Näher noch Kapitel 2, S. 82 ff.

⁴⁰ Zur Wettbewerbsöffnung s. die Zwischenbilanz des *Bundeskartellamts* „Sektoruntersuchung duale Systeme“, Dezember 2012; s. auch *Petterson*, *GewArch* 2016, 372 (375 f.).

⁴¹ Näher zum Begriff der Primäraufgabe Kapitel 1, S. 55 ff.

⁴² S. sogleich zu den Referenzbereichen S. 44 ff.

⁴³ Vgl. *Röwekamp/Kus/Portz/Prieß*, *GWB*, § 102 Rn. 2; *Sadoni*, in: Pünder/Schellenberg, *GWB*, § 102 Rn. 5; für die Vergabe von Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr *VK Südbayern*, *Beschl.* v. 15. 10. 2015, *Az.*: Z3-3-3194-1-36-05/15 = BeckRS 2016, 44456

II. Der Begriff der Öffentlichen Hand als Auftrag- und Konzessionsnehmer

Während die Rolle der Öffentlichen Hand als Auftraggeber schon immer Gegenstand vertiefter Forschung war,⁴⁴ nimmt die vorliegende Arbeit die Funktion der Öffentlichen Hand als potentieller Auftragnehmer in den Fokus.

1. Der Begriff der Öffentlichen Hand

Ausgegangen wird dafür von einem Begriff der Öffentlichen Hand, der die Gesamtheit des Staates und seiner Untergliederungen erfasst.⁴⁵ Nicht Gegenstand der vorliegenden Betrachtung sind daher Vergaben an private Wirtschaftsteilnehmer, selbst wenn sie mittels des Vergaberechts in die Aufgabenerfüllung der Öffentlichen Hand eingebunden werden.⁴⁶

a) Grundstrukturen der Verwaltungsorganisation

Zur Öffentlichen Hand zählen neben Bund und Ländern, denen Staatsqualität zukommt, auch ihre Untergliederungen unmittelbarer und mittelbarer Verwaltung, zuvorderst die Kommunen.⁴⁷

Die Verwaltungsorganisation von Bund und Ländern ist äußerst vielschichtig. Zur Erbringung ihrer Leistungen kann die Öffentliche Hand aus den möglichen Organisationsformen frei wählen, soweit nicht ausnahmsweise gesetzliche Vorgaben eine bestimmte Organisationsform vorschreiben.⁴⁸ Im Falle sog. unmittelbarer Verwaltung erbringt der Verwaltungsträger die Verwaltungstätigkeit mittels Organisati-

Rn. 158; zum sich ansonsten ergebenden Sektorenvergaberegime *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe – passim.

⁴⁴ S. zuletzt monographisch *Wessendorf*, Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht; s. auch *Dittmer*, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers; vgl. auch die umfassenden Literaturnachweise bei *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 99.

⁴⁵ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 17, Fn. 3; im Unionsrecht wird der Begriff der Öffentlichen Hand hingegen enger verstanden, begrenzt auf die Mitgliedstaaten und deren partikulare, innerstaatlich autonome Hoheitsträger, also in Deutschland Bund und Länder, *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV, Art. 101 Rn. 67.

⁴⁶ S. zur vergaberechtlichen Relevanz der funktionalen Privatisierung aber noch einführend Kapitel 2, S. 116.

⁴⁷ *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 126 und 142.

⁴⁸ Sog. Formwahlfreiheit der Verwaltung, s. *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 96 Rn. 67; *Wollenschläger*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 6 Rn. 20 nennt als Beispiel Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG (Pflicht zur Erbringung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen in privatwirtschaftlicher Form); *BVerwG*, Beschl. v. 2.5.2007, Az.: 6 B 10.07 Rn. 8 = BVerwGE 129, 9 (14f.) = ECLI:DE:BVerwG:2007:020507 B6B10.07.0; *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 452; zur Organisationshoheit der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG *Gaß/Popp*, Die Gemeinde als Unternehmer, S. 47.

enseinheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit, zuvorderst mittels Behörden.⁴⁹ Im Falle mittelbarer Verwaltung erfolgt hingegen eine Aufgabenwahrnehmung mittels rechtlich und organisatorisch verselbstständigter Einheiten.⁵⁰ Dazu zählen zunächst die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der rechtsfähigen Anstalten, Körperschaften sowie Stiftungen.⁵¹ Darüber hinaus können aber auch die privatrechtlichen Organisationsformen in den Begriff der mittelbaren Verwaltung einbezogen werden.⁵² Greift die Öffentliche Hand für die Aufgabenerfüllung auf privatrechtliche Organisationsformen zurück, hat sich dafür der Begriff der formellen Privatisierung etabliert.⁵³

Eine besondere Bedeutung kommt den Kommunen bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zu. Als rechtsfähige Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts zählen sie zwar zur mittelbaren Verwaltung der Bundesländer; ihnen kommt aufgrund von Art. 28 Abs. 2 GG aber ein besonderer Status im Verwaltungsorganisationsgefüge zu.⁵⁴ Zum Begriff der Kommune werden neben den Gemeinden auch die von Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG geschützten Gemeindeverbände gezählt, zu denen insbesondere die (Land-)Kreise zählen.⁵⁵

Einen Sonderstatus nimmt das Land Berlin ein. Berlin ist nach Art. 1 VvB sowohl Bundesland als auch Stadt. Als Stadt ist Berlin Träger des Rechts aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, nicht seine Bezirke.⁵⁶

Die Organisationsformen der Verwaltung weisen zudem über Formen der Eigenorganisation hinaus. Während gemeinsamen Organisationseinheiten von Bund und Ländern teilweise das Verbot der Mischverwaltung entgegensteht,⁵⁷ sind Kooperationen auf Länder- und Kommunalebene weitergehend zulässig. Insbesondere die Kommunen greifen zur Aufgabenerfüllung auf Formen interkommunaler Zu-

⁴⁹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 22 Rn. 1; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 126 und näher zum Aufbau der unmittelbaren Bundesverwaltung Rn. 127 ff. sowie zur unmittelbaren Landesverwaltung Rn. 131 ff.; zum Behördenbegriff Rn. 121 f.

⁵⁰ *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 126; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 1.

⁵¹ *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 139; näher, auch zum Beliehenen, Rn. 140 ff.

⁵² *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rn. 85; privatrechtliche Erbringungsformen indes nur „allenfalls sehr bedingt unter diesen traditionellen Begriff“ fassen wollend *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 62; nur für den Fall der Beleihung auch *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 139.

⁵³ Näher zur formellen Privatisierung Kapitel 2, S. 114 f.

⁵⁴ *Burgi*, Kommunalrecht, § 2 Rn. 3, 5.

⁵⁵ *Burgi*, Kommunalrecht, § 1 Rn. 5 und näher § 20.

⁵⁶ *Siegel/Waldhoff*, Öffentliches Recht in Berlin, Rn. 275; *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 14.

⁵⁷ S. zur Reichweite des Verbots *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 88 ff.; *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 Rn. 54; *Ronellenfitsch*, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 1 Rn. 54 f.

sammenarbeit zurück.⁵⁸ Die Formen interkommunaler Zusammenarbeit sind vielfältig. Bedeutung kommt insbesondere den sog. Zweckverbänden und gemeinsamen kommunalen Anstalten zu, darüber hinaus auch Zweckvereinbarungen.⁵⁹ Das Recht der Gemeinden zur Kooperation wird von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG geschützt (sog. Kooperationsfreiheit).⁶⁰

b) Wirtschaftliche Tätigkeit mittels öffentlicher Unternehmen

Einen besonderen Ausschnitt der Verwaltung stellen die sog. öffentlichen Unternehmen dar.⁶¹ Diese spielen in der vergaberechtlichen Praxis eine zentrale Rolle als Bieter in Vergabeverfahren.⁶² Die sich für öffentliche Unternehmen ergebenden vergaberechtlichen Bindungen werden deshalb auch als neuer Aspekt des Rechts öffentlicher Unternehmen erkannt.⁶³

Bisher gibt es keine letztgültige, einheitliche Definition des Begriffs öffentlicher Unternehmen.⁶⁴ Dies liegt auch daran, dass öffentliche Unternehmen auf verschiedenen Rechtsebenen eine Rolle spielen und damit auch mehrere Normgeber beschäftigen.⁶⁵ Zudem ist bis heute nicht abschließend geklärt, wann eine öffentliche Einheit eine sie als Unternehmen qualifizierende wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Einigkeit besteht jedenfalls darin, wann ein Unternehmen als öffentlich zu qualifizieren ist. Die kontextuell am nächsten liegende Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Unternehmens findet sich in § 185 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach Unternehmen der Öffentlichen Hand solche sind, die ganz oder teilweise im Eigentum der Öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Die Norm beansprucht ausweislich ihres Wortlauts jedoch keine Geltung für den vierten

⁵⁸ *Lange*, Kommunalrecht, Kapitel 19 Rn. 2 f.; *Schober*, VBIBW 2015, 97 (97); zu den Aufgabenfeldern eingehend *Schmidt*, Kommunale Kooperation, S. 18 ff.; zu hier nicht behandelten grenzüberschreitenden Kooperationen *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 8 ff.

⁵⁹ Näher *Lange*, Kommunalrecht, Kapitel 19 Rn. 25 ff.; *Schober*, VBIBW 2015, 97; *Schmidt*, Kommunale Kooperation, S. 21 ff.; s. zum Zweckverband auch *Oebbecke*, NVwZ 2010, 665 und zur gemeinsamen Anstalt *Holz/Kürten/Grabolle*, KommJur 2014, 281 (285).

⁶⁰ *Lange*, Kommunalrecht, Kapitel 19 Rn. 17; *Schober*, VBIBW 2015, 97 (98); in Hinblick auf grenzüberschreitende Kooperationen *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 75 f., 109 f.

⁶¹ Zum Zusammenhang zwischen öffentlichen Unternehmen und der Verwaltung *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 42 ff.; einen Überblick über die tatsächliche Wirtschaftsbeteiligung der Öffentlichen Hand gibt *ders.*, a. a. O. S. 11 ff.

⁶² *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (222); *Antweiler*, VergabeR 2001, 259.

⁶³ *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 106; *Gaß/Popp*, Die Gemeinde als Unternehmer, Kapitel 5; vgl. auch *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 16 Rn. 108 ff.; das Vergaberecht als Aspekt des Rechts gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit aufgreifend *Lange*, Kommunalrecht, Kapitel 14, Rn. 276 ff.; *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 53 f.

⁶⁴ *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 3; zu den Ansätzen *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 44 ff.

⁶⁵ *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 16 Rn. 4.

Teil des GWB und damit für das Kartellvergaberecht.⁶⁶ Für die Bestimmung der „Öffentlichkeit“ des Unternehmens wird daher regelmäßig auf die Definition des öffentlichen Unternehmens in der Transparenzrichtlinie⁶⁷ zurückgegriffen, die von der Kommission aufgrund des Art. 106 Abs. 3 AEUV zur Sicherstellung der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen erlassen wurde.⁶⁸ Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a Transparenzrichtlinie wird als öffentliches Unternehmen jedes Unternehmen angesehen, auf das die Öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Die Qualifikation als öffentliches Unternehmen setzt demnach eine gewisse Verselbstständigung gegenüber ihrem Verwaltungsträger voraus.⁶⁹ Nicht erforderlich ist indes, dass das Unternehmen Teil der mittelbaren Verwaltung ist. Den öffentlichen Unternehmen zugerechnet werden können daher auch die rechtlich unselbstständigen Organisationsformen des Regie- und Eigenbetriebs.⁷⁰ Die Öffentliche Hand betätigt sich in der Regel jedoch in verselbstständigten Organisationsformen wirtschaftlich, nicht mittels der unmittelbaren Verwaltung.⁷¹ Erfasst werden alle Formen der Verselbstständigung, von rechtsfähigen öffentlichen Anstalten bis hin zu Eigengesellschaften.⁷² Öffentliche Unternehmen sind daher regelmäßig gegenüber der Trägerverwaltung tatsächlich und organisatorisch verselbstständigte Einheiten, deren Inhaber oder Träger die Öffentliche Hand ist.⁷³

Nicht dem Begriff der Öffentlichen Hand zugerechnet werden im Folgenden hingegen Beteiligungsgesellschaften, also privatrechtliche Gesellschaften, an denen die Trägerverwaltung nicht 100 % der Anteile hält. Diese werden zwar im Falle der Beherrschung durch die Öffentliche Hand ebenfalls den öffentlichen Unternehmen zugerechnet,⁷⁴ nicht jedoch dem der Arbeit zugrunde liegenden Begriff der Öffentlichen Hand.

⁶⁶ S. zum Unternehmensbegriff im Kartellvergaberecht eingehend noch Kapitel 5, S. 238.

⁶⁷ RL 2006/111/EG der Kommission vom 16. 11. 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L/318/17.

⁶⁸ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 111.

⁶⁹ Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 4.

⁷⁰ Wollenschläger, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 5; Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 28; Fabry, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der Öffentlichen Hand, Teil 1 Rn. 6 f., die auch Ämter und nichtrechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalten einbezieht; a.A. aber Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 5.

⁷¹ Für die Kommunalebene Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 214; Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 4.

⁷² Übersicht bei Fabry, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der Öffentlichen Hand, Teil 1 Rn. 8.

⁷³ Fabry, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der Öffentlichen Hand, Teil 1 Rn. 1 f.

⁷⁴ Dazu Fabry, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der Öffentlichen Hand, Teil 1 Rn. 8; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 49.

Wesentliche Bedeutung für die Wirtschaftsbetätigung der Öffentlichen Hand kommt der kommunalen Ebene zu. Die kommunale wirtschaftliche Betätigung entwickelte sich zunächst außerhalb fiskalischer Eigenzwecke, um von privater Hand nicht zur Verfügung gestellte Güter und Dienstleistungen den Gemeinwohnern zur Verfügung zu stellen.⁷⁵ Ausgehend von der Abfall- und Abwasserentsorgung entwickelte sich ein breiter Bestand an als wirtschaftlich qualifizierten Tätigkeiten auf kommunaler Ebene.⁷⁶ Die Kommunen werden so u. a. in den Bereichen Energie- (Elektrizität, Gas, Fernwärme) und Wasserversorgung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung sowie dem Nahverkehr tätig.⁷⁷

2. Begriffliche Konkretisierung im Vergaberechtsverhältnis

In Abhängigkeit vom Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer lässt sich das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand begrifflich kategorisieren in Selbstvergaben, Kooperationsvergaben und Fremdvergaben an die Öffentliche Hand.

a) Selbstvergaben

Der Begriff der Selbstvergabe kennzeichnet den Bereich der Vergabe an organisatorisch dem Auftraggeber zurechenbare Einheiten. Der noch engere Begriff der Inhouse-Vergaben umfasst hingegen nur den Ausschnitt des Bereichs der Selbstvergaben, der vom (kartell-)vergaberechtlichen Wettbewerbsregime ausgenommen ist.⁷⁸ Selbstvergaben werden überall dort praktisch relevant, wo im Zuge der wettbewerblichen Strukturierung von Verwaltung auch der Bereich der Eigenerledigung vergaberechtlich strukturiert wurde oder zumindest eine rechtliche Verselbstständigung von dem Auftraggeber zurechenbaren Einheiten stattgefunden hat. Die mit der rechtlichen Verselbstständigung erforderlich werdende „Indienstnahme“ der durchführenden Einheit kann sich als Beschaffung im Sinne des Vergaberechts darstellen. Die überwiegende Organisation der kommunalen Daseinsvorsorge in rechtlich verselbstständigten Einheiten – 335 Eigenbetrieben stehen 19 Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts, 48 Aktiengesellschaften und 474 Ge-

⁷⁵ Zur Entwicklung *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 212 f.

⁷⁶ *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 212.

⁷⁷ *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 52 ff.; weitere Beispiele bei *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 451.

⁷⁸ Ursprünglich bezeichnete der Begriff des Inhouse-Geschäfts nur Geschäfte innerhalb derselben Verwaltungseinheit und wurde sodann in den Bereich der Personenverschiedenheit ausgedehnt; heute wird der Begriff in Rspr. und Lit. überwiegend nur für den Bereich der Ausnahmen im Falle von Personenverschiedenheit verwendet und so auch in dieser Arbeit benutzt, vgl. dazu *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 106.

sellschaften mit beschränkter Haftung gegenüber⁷⁹ – macht die Relevanz einer vertieften Untersuchung des Phänomens der Selbstvergaben deutlich.

b) Kooperationsvergaben

Weiterhin kommt es zu Vergaben zugunsten von Einheiten, die einer Kooperation von Auftraggebern zuzuordnen sind und die im Folgenden als Kooperationsvergaben begrifflich erfasst werden sollen. Kooperationsvergaben sind Teil des Phänomens der öffentlich-öffentlichen Partnerschaften, also Zusammenschlüssen insbesondere kommunaler Aufgabenträger, die sich im Zuge der Ökonomisierung kommunaler Daseinsvorsorge durch eine gemeinsame Aufgabenerledigung die Erzielung von Synergieeffekten erhoffen.⁸⁰ Als Unterbegriff der Kooperationsvergaben soll der Begriff der sogenannten Instate-Vergaben fungieren, der nach hier zugrunde gelegtem Begriffsverständnis wiederum nur den vom vergaberechtlichen Wettbewerbsregime ausgenommenen Ausschnitt des Bereichs der Kooperationsvergaben umschreibt.⁸¹

c) Fremdvergaben an die Öffentliche Hand

Von einer Fremdvergabe an die Öffentliche Hand soll im Folgenden die Rede sein, wenn eine Vergabe an Einheiten der Öffentlichen Hand erfolgt, die dem Auftraggeber nicht zurechenbar sind und die auch nicht mit ihm kooperieren. So treten öffentliche Unternehmen im Vergabewettbewerb in Konkurrenz zu privaten Unternehmen in Bereichen außerhalb der eigenen organisatorischen Strukturen.⁸² Aus der Praxis anzuführen sind etwa kommunale Vergabeentscheidungen im Bereich des ÖPNV zugunsten der Deutsche Bahn AG, aber auch zugunsten kommunaler Unternehmen, die den Radius ihres Leistungsangebots über die Grenzen der Kommune hinaus ausgedehnt haben.⁸³

⁷⁹ Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 30 f.

⁸⁰ Ziekow/Siegel, VerwArch 96 (2005), 119.

⁸¹ Regelmäßig wird der Begriff des Instate-Geschäfts mit der Ausnahmebestimmung des § 108 Abs. 6 GWB verknüpft, s. etwa Ziekow, NZBau 2015, 258 (258); Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 61; zur Parallele zum inhouse-Geschäft auch schon Ziekow/Siegel, VerwArch 96 (2005), 119 (126); ein weitergehendes Begriffsverständnis legt demgegenüber zugrunde Siegel, NZBau 2018, 507 (507).

⁸² Vgl. Antweiler, Vergaberecht 2001, 259.

⁸³ S. zur Abfallentsorgung bspw. OLG Celle, Beschl. v. 12.2.2001, Az.: 13 Verg 1/01 = VergabeR 2001, 207 sowie OLG Naumburg, Beschl. v. 3.11.2005, Az.: 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, 58; zu dem überörtliche energiewirtschaftliche Betätigung in NRW ermöglichenden „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts“ Burgi, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 29 f.; zum Örtlichkeitsprinzip s. noch Kapitel 2, S. 163.

C. Referenzbereiche

Die Öffentliche Hand tritt insbesondere in den Bereichen öffentlicher Daseinsvorsorge in einer Doppelrolle als Auftraggeber und als Bieter bzw. Auftragnehmer in Erscheinung. Der kommunale Anspruch zur Eigenerfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben trifft hier vermehrt auf die mit der vergaberechtlichen Strukturierung forcierte Liberalisierung der sog. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand ist daher eng mit dem der Rekommunalisierung verknüpft, die ihre praktische Relevanz in hohem Maße ebenfalls im Bereich kommunaler Daseinsvorsorge entfaltet. Rekommunalisierung ist zum Schlagwort für die Rückkehr zu Formen der Leistungserbringung durch die Öffentliche Hand und zu einem Synonym für über die Kommunen hinausweisende (Rück-)Verlagerungen der Aufgabenwahrnehmung von der Privatwirtschaft auf die Öffentliche Hand geworden.⁸⁴

Das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand weist aber über Rekommunalisierung hinaus, weil das Vergaberecht weder auf Verlagerungsbewegungen weg von privater Aufgabenerfüllung (Rekommunalisierung), noch hin zu privater Aufgabenerfüllung (Privatisierung) beschränkt ist.

Gegenstand des kommunalen Aufgabenzugriffs sind zuvorderst die klassischen Bereiche der kommunalen Ver- und Entsorgungsleistungen wie die Energie- und Wasserversorgung, die Versorgung mit öffentlichem Nahverkehr, die Abfall- und Abwasserentsorgung und die ihnen zugrunde liegende Infrastruktur,⁸⁵ zu der insbesondere die Errichtung und der Betrieb der Netze für die Versorgung mit Gas, Strom, Wasser und Fernwärme zählen. Das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand soll deshalb an diesen Referenzgebieten entfaltet werden.

Die Illustration verwaltungsrechtlicher Fragestellungen⁸⁶ anhand von Referenzgebieten verfolgt dabei keinen Selbstzweck.⁸⁷ Sie ermöglichen es einerseits, die vergaberechtliche Relevanz des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge praktisch zu illustrieren und stellen abstraktionsfähiges Fallmaterial zur Verfügung.⁸⁸ Andererseits ermöglicht die Auswahl der Referenzgebiete es, auf die ganze Bandbreite vergaberechtlich relevanter Vorschriften einzugehen, um übergreifende Strukturelemente von Vergaben an die Öffentliche Hand herauszuarbeiten. So werden die Bereiche ÖPNV und Energie von vergaberechtlichen Sonderregimen geprägt, während die Abfall- und Abwasserentsorgung dem allgemeinen Kartell-

⁸⁴ Näher zum Begriff Kapitel 2, S. 134.

⁸⁵ *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273.

⁸⁶ Zur Einordnung des Vergabeverfahrens als Verwaltungsverfahren *Ziekow/Siegel*, ZfBR 2004, 30; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, Einl. GWB Rn. 35; zur Zwitterstellung des Vergaberechts zwischen öffentlichem und privatem Recht *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht.

⁸⁷ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 47.

⁸⁸ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Erstes Kapitel, Rn. 12 f.; *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 47.

vergaberecht unterworfen ist. Schließlich bietet die Wasserversorgung als Referenzgebiet die Möglichkeit, auch die primär-, verfassungs- und haushaltsrechtlichen Bezüge des Vergaberechts zu entfalten.

I. Energieversorgung

Das Phänomen einer vergaberechtlichen Strukturierung des kommunalen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge lässt sich zuvorderst im Bereich der Energieversorgung erkennen. Hier spielt das Vergaberechtsregime des § 46 EnWG eine zentrale Rolle bei der Organisation der Infrastruktur für die Strom- und Gasversorgung. Aber auch der Zugriff auf die Fernwärmenetze ist zuletzt in die Diskussion um seine vergabewettbewerbliche Strukturierung geraten.

Bis zum Jahr 2016 ist ein Großteil der Konzessionsverträge für die Verteilnetze in den Bereichen Strom und Gas ausgelaufen.⁸⁹ Dies war Ausgangspunkt für eine Vielzahl an Rekommunalisierungsbemühungen der Kommunen.⁹⁰ Aufgrund der nach § 46 EnWG erforderlich gewordenen Durchführung eines Vergabeverfahrens setzte der Rekommunalisierungswunsch jedoch zunächst die erfolgreiche Wettbewerbsteilnahme kommunaler Unternehmen an den Vergabeverfahren voraus.

In Berlin lief der bestehende Konzessionsvertrag für das Gasversorgungsnetz zwischen dem Land Berlin und der GASAG sowie der NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH & Co. KG zum 31.12.13 aus.⁹¹ Der zwischen dem Land Berlin und dem Betreiber des Berliner Stromnetzes, der Stromnetz Berlin GmbH (ein Tochterunternehmen der Vattenfall AG), geschlossene Konzessionsvertrag für das Stromnetz lief am 31.12.14 aus.⁹²

Im Rahmen der deshalb durchgeführten Konzessionsvergabeverfahren strebte die Bürgerinitiative „Berliner Energietisch“ die Rekommunalisierung des Berliner Strom- und Gasnetzes an. Dafür wurde ein Gesetz für die Gründung einer stadt-eigenen Netzgesellschaft eingebracht, was nach Scheitern im Abgeordnetenhaus schließlich auch durch Volksentscheid keine ausreichende Mehrheit fand.⁹³ Als Reaktion auf das Engagement des Berliner Bürgertischs gründete der Berliner Senat die landeseigene Netzgesellschaft „BerlinEnergie“, die an den Vergabeverfahren teilnahm. BerlinEnergie wurde als Landesbetrieb, einem rechtlich unselbstständigen

⁸⁹ Im Jahr 2011 liefen rund 950, im Jahr 2012 1200 Konzessionsverträge aus, *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 23.

⁹⁰ *Dünke*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 98; *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 23.

⁹¹ Vgl. den ersten Verfahrensbrief Gas, S. 4, abrufbar unter <http://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/downloads/artikel.7370.php#1>.

⁹² Vgl. den ersten Verfahrensbrief Strom, S. 4, abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/downloads/artikel.7376.php>.

⁹³ Anders in Hamburg, dazu <http://unser-netz-hamburg.de/>.

gen, von der Verwaltung nur abgesonderten Teil, im März 2012 gegründet und verfolgt den Zweck, die Rekommunalisierung der Berliner Energieinfrastruktur voranzubringen. Weiterhin an den Vergabeverfahren beteiligt war die Genossenschaft „BürgerEnergie“, die eine Kooperation mit dem Land Berlin anstrebte sowie Vattenfall mit dem Tochterunternehmen „Stromnetz“.

Als Gewinner der Gasnetzvergabe ging bereits im Juni 2014 das Berlin-eigene Unternehmen „Berlin Energie“ hervor. Die Konzessionsvergabe des Berliner Gasnetzes wurde jedoch mit Urteil vom 9.12.2014 vom Landgericht Berlin auf eine Klage der GASAG hin untersagt.⁹⁴ Insbesondere organisatorische Mängel bei der Gründung der „Berlin Energie“ führten zu Zweifeln an der Bieterfähigkeit, da kein Eigenbetrieb gegründet worden war, sondern „Berlin Energie“ als unselbständiger Teil der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt an dem Verfahren teilnahm.

In der Folge des Urteils wurde Mitte 2015 zur Unterstützung der Arbeit des Landesbetriebs der Eigenbetrieb „Berlin Energie“ errichtet, wobei laut Vorlage zur Beschlussfassung damit die Möglichkeit geschaffen werden sollte, im Bedarfsfalle den Landesbetrieb auf den Eigenbetrieb teilweise oder vollständig zu überführen.⁹⁵ Darüber hinaus wurden als Tochter des Eigenbetriebs mehrere GmbH gegründet, die die Berlin Energie im operativen Geschäft unterstützen sollen. Der BGH sprach dem Landesbetrieb „Berlin Energie“ schließlich die Bieterfähigkeit als Eigenbetrieb im Oktober 2016 zu.⁹⁶

Gegen das die Vergabe untersagende Urteil des LG Berlin wurde sowohl vom Land Berlin als auch von der GASAG Berufung eingelegt, die mit Urteil des Kammergerichts v. 4.4.2019 zurückwiesen wurden.⁹⁷ In seinem Urteil machte sich das KG die Rechtsauffassung des BGH zu eigen, wonach auch der Landesbetrieb bieterfähig sei.⁹⁸ Verfahrensfehlerhaft sei indes die anfänglich des Vergabeverfahrens fehlende organisatorische Trennung zwischen der verfahrensleitenden Stelle und dem auf Bieterseite teilnehmenden Teil der Verwaltung einerseits⁹⁹ und Fehler in der Gewichtung der Auswahlkriterien andererseits gewesen,¹⁰⁰ weshalb die Vergabe an „Berlin Energie“ weiterhin untersagt blieb. Eine Revision vor dem BGH wurde nicht zugelassen, die Nichtzulassungsbeschwerde hatte jedoch Erfolg, sodass mit Urteil v. 9.3.2021 eine letztgültige Klärung durch den BGH erfolgen konnte.¹⁰¹ In seinem

⁹⁴ *LG Berlin*, Urte. v. 9.12.2014, Az.: 16 O 224/14 Kart.; dazu *Correll*, DVBl. 2016, 338.

⁹⁵ Abgeordnetenhaus-Drs. 17/2278 v. 18.5.2015.

⁹⁶ Nicht jedoch die Parteifähigkeit, s. *BGH*, Beschl. v. 18.10.2016, Az.: KZB 46/15 Rn. 32 f. = ECLI:DE:BGH:2016:181016BKZB46.15.0 = NZBau 2017, 236; näher dazu noch Kapitel 10, S. 413 f.

⁹⁷ *KG*, Urte. v. 4.4.2019, Az.: 2 U 5/15 Kart; dazu *Hofmann*, jurisPR-VergR 8/2019 Anm. 3.

⁹⁸ *KG*, Urte. v. 4.4.2019, Az.: 2 U 5/15 Kart (juris Rn. 65).

⁹⁹ *KG*, Urte. v. 4.4.2019, Az.: 2 U 5/15 Kart (juris Rn. 67).

¹⁰⁰ *KG*, Urte. v. 4.4.2019, Az.: 2 U 5/15 Kart (juris Rn. 75 ff. und Rn. 84 ff.).

¹⁰¹ *BGH*, Urte. v. 9.3.2021, Az.: KZR 55/19.

Urteil kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass das Verfahren allein mit einem Vertragsabschluss mit der GASAG abgeschlossen werden darf. Erstmals wurde damit ein Zuschlagsanspruch, nicht nur ein Anspruch auf Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens anerkannt. Die GASAG habe das einzige annahmefähige Angebot in dem Vergabeverfahren vorgelegt, während das Angebot des Landesbetriebs nach den Vergabebedingungen auszuschließen war, weil der Landesbetrieb seine finanzielle Leistungsfähigkeit innerhalb der gesetzten Frist nicht in einer den Vergabebedingungen genügenden Weise dargelegt habe. Eine Korrektur dieses Fehlers sei nicht mehr möglich, da ein Neubeginn des Konzessionsverfahrens auch aufgrund des schwerwiegenden Verstoßes gegen das Trennungsgebot im konkreten Fall nicht zulässig sei.¹⁰²

Die Stromnetzvergabe erfolgte, auch aufgrund der Auseinandersetzung um die Gasnetzkonzession, erst im März 2019, ebenfalls an das landeseigene Unternehmen „Berlin Energie“. Auch dieses Vergabeverfahren war streitbefangen. Ein Eilantrag der Stromnetz Berlin GmbH gegen die der Stromnetzvergabe zugrunde liegenden Auswahlkriterien wurde vom Landgericht Berlin im November 2017 zwar zunächst abgelehnt.¹⁰³ Auch die Berufung wurde mit Urteil des Kammergerichts im Oktober 2018 zurückgewiesen.¹⁰⁴ Daraufhin erteilte die Vergabestelle des Landes Berlin der „Berlin Energie“ im März 2019 den Zuschlag für die Stromnetzkonzession.¹⁰⁵ Gegen den Zuschlag hat Vattenfall jedoch neuerlich vor dem Berliner Landgericht eine einstweilige Verfügung beantragt, über die im November 2019 entschieden wurde. Darin untersagt das Landgericht Berlin die Vergabe an den landeseigenen Betrieb „Berlin Energie“ vorerst, weil das Konzept von „Berlin Energie“ nicht ausreichend fundiert gewesen und der unterlegenen Bieterin nicht ausreichend Akteneinsicht gewährt worden sei.¹⁰⁶ Das Urteil wurde vom KG zuletzt bestätigt.¹⁰⁷ Dennoch hat

¹⁰² Auch das Bundeskartellamt hat ein Prüfverfahren eröffnet, das jedoch bis zur abschließenden Entscheidung des BGH ausgesetzt wurde, s. den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2015/16, BT-Drs. 18/12760, S. 114; keine Klärung konnte der Beschluss des BVerfG bzgl. der Kommunalverfassungsbeschwerde der Gemeinde „Titisee-Neustadt“ in einem ähnlich gelagerten Fall bringen. Die Kommunalverfassungsbeschwerde der Gemeinde, mit der sie die Verpflichtung durch das Bundeskartellamt zu einer Neuausführung des Vergabeverfahrens nach Selbstkonzessionierung als Verletzung des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung rügte, wurde mangels tauglichem Beschwerdegegenstand nicht zur Entscheidung angenommen, s. *BVerfG*, Beschluss v. 22. 8. 2016, Az.: 2 BvR 2953/14 = ECLI:DE: BVerfG:2016:rk20160822.2bvr295314.

¹⁰³ *LG Berlin*, Beschl. v. 14. 11. 2017, Az.: 16 O 160/17 Kart.

¹⁰⁴ *KG*, Urt. v. 25. 10. 2018, Az.: 2 U 18/18 EnWG = ECLI:DE:KG:2018:1025. 2U18.18.ENWG.00.

¹⁰⁵ Pressemitteilung der Senatskanzlei v. 5. 3. 2019, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2019/pressemitteilung.789940.php>.

¹⁰⁶ Pressemitteilung des LG Berlin zum Urt. v. 7. 11. 2019, Az.: 16 O 259/19 Kart, abrufbar unter <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2019/pressemitteilung.862919.php>.

sich Vattenfall im Oktober 2020 bereiterklärt, dem Land Berlin das Stromnetz zu verkaufen.¹⁰⁸ Am 27. 4. 2021 hat der Berliner Senat den Rückkauf für 2,14 Mrd. Euro beschlossen,¹⁰⁹ das Abgeordnetenhaus hat der Vorlage in der 81. Plenarsitzung am 17. 6. 2021 zugestimmt.¹¹⁰

Der Versuch des Landes Berlin, das Fernwärmenetz in Öffentliche Hand zu überführen, scheiterte hingegen am Verwaltungsgericht Berlin.¹¹¹ Mit Auslaufen des zwischen dem Land Berlin und der Vattenfall Europe Wärme AG geschlossenen Konzessionsvertrags über die Fernwärmeversorgung im Land Berlin beehrte das Land Berlin die Übereignung des Fernwärmeversorgungsnetzes, um dieses neuerlich auszuschreiben. Das VG stellte jedoch fest, dass dem Land Berlin kein Anspruch auf Übereignung des Fernwärmeversorgungsnetzes gegen den Betreiber Vattenfall zustehe, weil es sich bei der im Wege eines einfachen Wegerechts eingeräumten Konzession um keine Dienstleistungskonzession im Sinne des Kartellvergaberechts handele.¹¹²

II. Öffentlicher Personennahverkehr

Auch der öffentliche Aufgabenzugriff auf die Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs unterliegt vergaberechtlichen Bindungen, die zentral über die VO 1370/2007 (EG) gesteuert werden.¹¹³ Anders als im Regelungsregime des § 46 EnWG ermöglicht die VO im Bereich der Selbstvergaben ausschreibungsfreie Direktvergaben. So schloss der Berliner Senat ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens am 27. 11. 2007 einen bis 31. August 2020 gültigen Verkehrsvertrag mit den Berliner Verkehrsbetrieben (BVG), einer landeseigenen rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts,¹¹⁴ der die BVG mit der Erbringung von Verkehrsleistungen beauftragte.¹¹⁵ Im Jahr 2020 wurde ein neuer Verkehrsvertrag

¹⁰⁷ Pressemitteilung des KG Berlin zum Ur. v. 24. 9. 2020, Az.: 2 U 93/19 .EnWG, abrufbar unter <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2020/pressemitteilung.996357.php>.

¹⁰⁸ Pressemitteilung des Presse und Informationsamts des Landes Berlin v. 23. 10. 2020, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskz/aktuelles/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.1008322.php>.

¹⁰⁹ Pressemitteilung vom 27. 4. 2021, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskz/aktuelles/pressemitteilungen/2021/pressemitteilung.1079401.php>.

¹¹⁰ Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/3690.

¹¹¹ *VG Berlin*, Ur. v. 30. 6. 2017, Az.: 4 K 16.15.

¹¹² Zum Urteil *Hofmann*, jurisPR-VergR 11/2017, Anm. 4.

¹¹³ Näher noch zum „Regelungsgeflecht“ bei ÖPNV-Vergaben Kapitel 5, S. 322 ff.; Begriff nach *Burgi*, Vergaberecht, § 23 Rn. 16.

¹¹⁴ § 1 Abs. 1 Nr. 2 BerlBG.

¹¹⁵ Dazu *Runge/Werner*, IR 2009, 268; s. auch die Pressemitteilung des Berliner Senats v. 27. 11. 2007, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskz/aktuelles/pressemitteilungen/2007/pressemitteilung.51430.php>.

mit der BVG bis zum Jahr 2035 geschlossen. Auch dieser wurde im Wege der Direktvergabe nach der VO (EG) 1370/2007 vergeben.¹¹⁶

Aber auch vollständig dem Vergaberecht geöffnete Fremdvergaben an die Öffentliche Hand spielen im Bereich des ÖPNV eine Rolle. Dies liegt daran, dass sich mit der Deutsche Bahn AG ein nur formell privatisiertes Unternehmen deutschlandweit im Bereich des Personennahverkehrs engagiert. Im Eigentum des Bundes stehend erfüllt die Deutsche Bahn jedoch regelmäßig nicht die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Vergaberecht, sodass sie mit privaten Anbietern um die Erbringung von Nahverkehrsleistungen im Wege des Vergabewettbewerbs konkurrieren muss. In Berlin war Gegenstand eines solchen Vergabewettbewerbs zuletzt ein Teil der Berliner S-Bahn Ringstrecke. Das Vergabeverfahren stockte zunächst mangels Bewerber, sodass kurzzeitig eine Vergabe an das landeseigene Unternehmen BVG in Betracht gezogen wurde. Von einer Kommunalisierung des S-Bahn-Verkehrs wurde jedoch wieder Abstand genommen. Nunmehr ist die S-Bahn Berlin GmbH als Tochter der Deutsche Bahn AG erfolgreich aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen.¹¹⁷ Auch aus dem vom Verkehrsverbund Berlin-Brandenburg (VBB) für die Länder Berlin, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern durchgeführten wettbewerblichen Vergabeverfahren für den Schienenpersonennahverkehr im Elbe-Spree-Netz ging – neben der Ostdeutschen Eisenbahngesellschaft (ODEG) – die Deutsche Bahn mit ihrer Tochter DB Regio erfolgreich hervor.¹¹⁸

III. Abfallbeseitigung

Einen Kristallisationspunkt des Ringens um die Reichweite der vergaberechtlichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs bildet auch die Abfallbeseitigung. Der Einkauf von Abfallbeseitigungsleistungen zuvorderst durch die Kommunen ist dem Kartell- und Haushaltsvergaberecht unterworfen worden. Gegenüber dem Rechtsregime des § 46 EnWG und der VO (EG) 1370/2007 wird der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand darin zwar weniger intensiv strukturiert. Indes erfolgt er nicht vollständig im „vergaberechtsfreien Raum“.

Näherer Untersuchung bedarf etwa der zwischen dem Land Berlin und den als rechtfähige Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten Berliner Stadtreinigungsbetrieben (BSR)¹¹⁹ am 30. 11. 2015 geschlossene Unternehmensvertrag, in dem

¹¹⁶ Pressemitteilung des Senats von Berlin v. 7. 7. 2020, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.957313.php>.

¹¹⁷ Pressemitteilung des Berliner Senats v. 8. 12. 2015, abrufbar unter <http://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2015/pressemitteilung.419050.php> (zuletzt abgerufen am 27. 10. 2016).

¹¹⁸ Pressemitteilung des VBB v. 25. 1. 2019, abrufbar unter https://www.vbb.de/fileadmin/user_upload/VBB/Dokumente/Presse/presseinfo-netz-elbe-spree.pdf.

¹¹⁹ S. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BlnBetrG.

u. a. der Fortbestand der gesetzlichen Aufgaben der BSR und der Organisationsform als Anstalt des öffentlichen Rechts vereinbart wurde.¹²⁰

Im Bereich der Abfallentsorgung kommt es zudem häufig zu Formen kommunaler Kooperation, die mehrfach die Frage kartellvergaberechtlicher Ausschreibungspflichten aufgeworfen haben. Zentrale Bedeutung kam dabei der Rs. Remondis zu, in der der EuGH Gelegenheit hatte, das Verhältnis von Verwaltungsorganisation und (Kartell-)Vergaberecht näher zu konkretisieren.¹²¹

Schließlich kennt das Abfallrecht auch Fremdvergaben an die Öffentliche Hand. Streitgegenständlich geworden ist eine solche in einem Verfahren vor dem OLG Koblenz.¹²² Darin vergab ein Landkreis, der gem. § 3 Abs. 1 Landes-KrWG allein zuständiger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger war, ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens einen Teil seiner Entsorgungspflichten an eine kreisangehörige Stadt. Da jedoch weder die Inhouse-Voraussetzungen, noch ein Instate-Geschäft vorlag, hätten die Leistungen nur nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens an die kreisangehörige Stadt vergeben werden dürfen.

IV. Wasserver- und Abwasserentsorgung

Schließlich ist auch die Wasserver- und Abwasserentsorgung in den Anwendungsbereich des Vergaberechts geraten. Der Einkauf von Abwasserentsorgungsleistungen ist – ähnlich der Abfallentsorgung – regulär dem Kartellvergaberecht unterworfen. Eine Einbeziehung auch der Wasserversorgung in das Kartellvergaberecht scheiterte zwar zunächst nach heftigen politischen Kontroversen, die auch weitreichenden Widerhall in der Öffentlichkeit fanden.¹²³ In Reaktion darauf wurde mit § 149 Nr. 9 lit. a GWB für den Einkauf von Wasserversorgungsleistungen im Wege der Konzessionierung eine Bereichsausnahme geschaffen, die jedoch nach Art. 53 UAbs. 3 KVR einem Revisionsmechanismus unterliegt.¹²⁴ Zudem bedeutet dies nicht, dass sich die Wasserversorgung im vergaberechtsfreien Raum bewegt: Dem Haushalts-, Primär- und Verfassungsvergaberecht kommt insoweit eine Aufgangsfunktion zu.¹²⁵ Für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand stellt sich also auch in diesem Bereich die Frage nach der vergaberechtlichen Strukturierung.

¹²⁰ Abschluss eines Unternehmensvertrags zwischen dem Land Berlin und den Berliner Stadtreinigungsbetrieben – Anstalt des öffentlichen Rechts, Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/ 2510 v. 19. 10. 2015.

¹²¹ Eingehend zur Entscheidung Kapitel 5, S. 267 ff.

¹²² *OLG Koblenz*, Beschl. v. 14. 3. 2018, Az.: Verg 4/17 = VergabeR 2018, 301.

¹²³ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 16.

¹²⁴ Zur Drucklegung lag der ursprünglich für den 18. 4. 2019 angekündigte Prüfbericht der Kommission noch nicht vor.

¹²⁵ S. noch näher Kapitel 3, S. 205 ff. sowie Kapitel 8, S. 364.

Rekommunalisierungsbemühungen gab es insbesondere in Potsdam und in Berlin.¹²⁶ In Berlin wird die Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung durch die Berliner Wasserbetriebe (BWB), wie die BSR eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts,¹²⁷ wahrgenommen. Mit Zustimmung des Abgeordnetenhauses vom 7.11.13 und Unterzeichnung des Kaufvertrags zwischen der Stadt Berlin und Veolia erfolgte am 2.12.13 der vollständige Rückkauf der zuvor teilprivatisierten Anteile an den Berliner Wasserbetrieben.¹²⁸ Damit ist das Land Berlin wieder 100 % Eigentümerin der BWB. Der Rekommunalisierung vorangegangen war ein in einem erfolgreichen Bürgerentscheid mündender Streit um die Teilprivatisierung des Berliner Wassers. RWE und Veolia wurden 1999 nach einem Bieterwettbewerb im Rahmen einer Public Private Partnership an den BWB beteiligt.¹²⁹ Ein in diesem Zuge eingeleitetes vergabe- und beihilfenrechtliches Prüfverfahren wurde seitens der Europäischen Kommission jedoch wieder eingestellt.¹³⁰ Im Zuge der Rekommunalisierung wurde zwischen dem Senat und den BWB auch ein Wegenutzungsvertrag abgeschlossen,¹³¹ was die Frage aufwirft, inwieweit der Actus contrarius der Rekommunalisierung vergaberechtlich hätte strukturiert werden müssen.

D. Methodik

Die Arbeit ist rechtsdogmatisch angelegt. Ihr primäres Ziel ist sowohl die Auslegung und Anwendung der für die Fragestellung relevanten Normkomplexe anhand des anerkannten Regelkanons als auch deren Interpretation zum Zwecke der Systembildung.¹³²

¹²⁶ Zur Rekommunalisierung der Potsdamer Wasserversorgung *Friedländer*, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen, S. 37 f. und *Bauer*, in: ders./Szewczyk/Popowska/Meier/Fuchs, Publizisierung öffentlicher Aufgaben, S. 18 f.

¹²⁷ S. § 1 Abs. 1 Nr. 3 BlnBertG.

¹²⁸ <http://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/nachrichten/artikel.30112.php>.

¹²⁹ Den Prozess der Teilprivatisierung der BWB zeichnet nach *Hüesker*, Kommunale Daseinsvorsorge in der Wasserwirtschaft, S. 110 ff.; zur Frage der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts bei der privatisierenden Veräußerung von Gesellschaftsanteilen *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 169 ff.; *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, S. 53 f.

¹³⁰ EU-Kommission stellt Beihilfeverfahren gegen Berliner Wasserbetriebe ein, lto.de v. 29.9.2014, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/luther-eu-kommision-stellt-beihilfeverfahren-gegen-berliner-wasserbetriebe-ein/>; s. auch <http://www.tagesspiegel.de/berlin/erste-eu-bilanz-zum-berliner-wasser/4427320.html>.

¹³¹ Pressemitteilung des Berliner Senats v. 8.9.2015, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2015/pressemitteilung.362160.php>.

¹³² Zum Begriff und der Kritik daran *Windthorst*, Der verwaltungsrechtliche einstweilige Rechtsschutz, S. 378 ff.; *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (4 f.); näher zur (Verwaltungs-)Rechtsdogmatik und ihren Funktionen *Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, S. 65 ff.; zur juristischen Methode *Kahl*, a. a. O., S. 137 ff.

Sie ist aber zugleich anschlussfähig an den interdisziplinären Diskurs, weil die Offenlegung der dogmatischen Strukturen auch die Frage nach ihren Entstehungsbedingungen im politischen Diskurs provoziert.¹³³ Weiterhin ist die Ausrichtung des Vergaberechts auf wettbewerbliche Strukturen eng mit ökonomischen Annahmen verknüpft.¹³⁴ Dabei befruchtet die politisch-ökonomische Kontroverse auch die Debatte um die „richtige“ Auslegung von Rechtsnormen. Insofern ist das nötige Maß an Methodenehrlichkeit von Nöten, wenn Übertritte in außerjuristische Bereiche die Auslegung beeinflussen.¹³⁵

E. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Der erste Teil führt an den Untersuchungsgegenstand heran, indem die Entwicklung des Vergaberechts vom Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte zum Liberalisierungsinstrument in der Daseinsvorsorge aufgezeigt wird.

Der zweite und dritte Teil der Arbeit wendet sich sodann dem Anwendungsbereich der referenzierten Vergaberechte für Fälle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge zu. Der zweite Teil nimmt sich dafür der rahmenden Regime des Primär-, Verfassungs- und Völkervergaberechts an. Der dritte Teil der Untersuchung ist den einfach-rechtlichen Vergaberegimen gewidmet.

Der vierte Teil befasst sodann mit dem Vergabeverfahren und dem Rechtsschutz im Falle einer vergaberechtlichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs.

Im ersten und zweiten Kapitel erfolgt zunächst ein Überblick über die Entwicklung des Vergaberechts vom Regime fiskalischer Hilfsgeschäfte hin zum Liberalisierungsregime, das einen Wettbewerb um die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge zwischen Privaten und öffentlicher Hand eröffnet. Diese Konzeption des Vergaberechts – nämlich als Instrument eines gewährleistenden Staates – gerät in Konflikt mit der Wahrnehmung einer wieder entdeckten Erfüllungsverantwortung der Öffentlichen Hand. Die zuletzt deutlicher werdende Kritik an der Privatisierung der Daseinsvorsorge zugeordneter Bereiche führte zu einer Zunahme von Rekommunalisierungen. Dabei wird der Gedanke der Verantwortung des Staates

¹³³ Zur politikwissenschaftlichen Analyse politischer Prozesse als Aspekt der Rechtspolitik *Potacs*, Rechtstheorie, S. 21 ff.

¹³⁴ Von der vergaberechtlichen Regelungsidee als Schnittmenge juristischer und ökonomischer Logik spricht *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 13 f.; zur Integration ökonomischer Annahmen in die Rechtsdogmatik *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 2 passim, zum Vergaberecht Rn. 89 ff.; einen Überblick über die ökonomischen Theorien des Rechts gibt *Horst*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, S. 301 ff.

¹³⁵ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (22 f.); zum Verschränkungsbefund zwischen Dogmatik und außerrechtlichen Kriterien und der deshalb zu fordernden „Rollen-transparenz“ auch *Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, S. 112 sowie S. 118.

wieder stärker auf die demokratische Legitimation der Daseinsvorsorgeaufgaben ausgerichtet und eine Reaktivierung staatlicher Erfüllungsverantwortung verlangt. Die Erosion staatlicher Erfüllungsverantwortung im liberalisierten transnationalen Kontext konfliktiert jedoch dort mit dem Topos der besonderen staatlichen Gemeinwohlverpflichtung für die Daseinsvorsorge, wo die Öffentliche Hand Aufgabenerfüllung wieder an sich ziehen will. Die vom Vergaberecht ausgehenden Bindungen stehen mit der Rückverlagerung staatlicher Aufgabenwahrnehmung in einer Spannungslage, die die Öffentliche Hand dazu zwingt, immer häufiger selbst die Position des Bieters und Auftragnehmers einzunehmen.

Die Kapitel 3–8 zeigen dafür den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Regime im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs im Einzelnen auf. Ausgehend von den rahmenden Wertungen des Primär- und Verfassungsvergaberechts (Kapitel 3) und des Völkervergaberechts (Kapitel 4) wird die Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs durch das Kartellvergaberecht (Kapitel 5), durch die VO (EG) 1370/2007 im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (Kapitel 6), durch das EnWG im Falle des Zugriffs der Öffentlichen Hand auf die Strom- und Gasversorgungsnetze (Kapitel 7) und durch das Haushaltsvergaberecht (Kapitel 8) aufgezeigt. Kapitel 3 nimmt sich zudem der skizzierten Spannungslage zwischen wettbewerblicher Strukturierung und öffentlichem Aufgabenzugriff unter primär- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten an und klärt, wie weitreichend öffentliche Daseinsvorsorge einer vergabewettbewerblichen Strukturierung zugänglich ist.

In Kapitel 9 werden sodann die vergaberechtlichen Verfahrensanforderungen im Falle einer vergabewettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs näher untersucht. Dabei stellt sich insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit einer „rekommunalisierungsfreundlichen Verfahrensgestaltung“.

In Kapitel 10 werden abschließend die Besonderheiten der vergaberechtlichen Rechtsschutzsysteme bei Vergaben an die Öffentliche Hand aufgezeigt.

Der abschließende Abschnitt des Buches fasst die Ergebnisse der Arbeit zusammen und wagt einen Ausblick.

1. Teil

Die Entwicklung des Vergaberechts vom Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte zum Liberalisierungsinstrument in der Daseinsvorsorge

Gegenstand des Vergaberechts ist die juristische Strukturierung des Einkaufsverhaltens der Öffentlichen Hand.¹ Erste Rechtsregeln für den Einkauf der Öffentlichen Hand lassen sich mit der „auctio licitatio“ bereits im römischen Reich nachweisen.² Während im Mittelalter Hoflieferantentum, Zünfte und Systeme der Leistungserbringung in Eigenregie vorherrschten, kam es Mitte des 19. Jahrhunderts zu einem starken Auftrieb für das staatliche Beschaffungswesen aufgrund des kommunalen Aufgabenzuwachses und durch die Gewährung von Gewerbefreiheit.³ Die Ursprünge des modernen Vergaberechts gehen auf im Zuge dieser Markttöffnung entstandene Forderungen privater Marktteilnehmer nach einer Rationalisierung der öffentlichen Beschaffungstätigkeit zurück.⁴

Bis heute deckt die Öffentliche Hand weite Teile ihres Bedarfs an Bauleistungen, Gütern und Dienstleistungen für die Aufgabenerfüllung am Markt.⁵ Das moderne Vergaberecht hat sich dieses Einkaufsverhaltens der Öffentlichen Hand zunächst aus haushaltsrechtlichen, unter dem Einfluss des europäischen Unionsrechts dann aus wettbewerbsrechtlichen Aspekten angenommen. Während sich das moderne Vergaberecht in seinen Ursprüngen als ein Rechtsregime fiskalischer Hilfsgeschäfte

¹ Vgl. nur *Burgi*, Vergaberecht, § 1 Rn. 1; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, Einl. GWB Rn. 1; *Pünder*, in: *Pünder/Schellenberg*, Einführung: Vergaberecht im Überblick, Rn. 1; *Fuchs*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 15 Rn. 1.

² *Pünder*, in: *Pünder/Schellenberg*, Einführung: Vergaberecht im Überblick, Rn. 2; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 1; im römischen Reich wurden zuvorderst öffentliche Bedarfe im Bereich des Bauwesens am Markt gedeckt, *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, 2004, S. 40; *Maas*, in: *Festschrift Thode*, S. 373 f.

³ *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, S. 95; *Maas*, in: *Festschrift Thode*, S. 379; zur vorhergehenden Entwicklung seit dem 16. Jahrhundert *Maas*, in: *Festschrift Thode*, S. 374 ff.

⁴ *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 106; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 1; *Maas*, in: *Festschrift Thode*, S. 381 f.

⁵ Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Vergaberechts *Pünder*, in: *Pünder/Schellenberg*, Einführung: Vergaberecht im Überblick, Rn. 1; s. auch *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 51 ff.; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 10.

verstand, hat es sich unter dem Einfluss des europäischen Unionsrechts in den Bereich der Primäraufgabenerfüllung ausgedehnt. So erscheint das Vergaberecht heute auch als Privatisierungsfolgenrecht, wenn nicht mehr nur die Hilfsmittel zur Aufgabenerfüllung, sondern die Einbindung Privater in die Aufgabenerfüllung selbst vergaberechtlich strukturiert wird. Mit dem aktuell zu beobachtenden „Trend zur Rekommunalisierung“ stellt sich weitergehend die Frage, ob das Vergaberecht als Liberalisierungsregime auch die Rückkehr der Öffentlichen Hand zu Formen der Leistungserbringung in Eigenregie Bindungen unterwirft.

1. Kapitel

Das Vergaberecht als Rechtsrahmen fiskalischer Hilfsgeschäfte

In seinen Ursprüngen formulierte das moderne Vergaberecht verfahrensrechtliche Anforderungen allein für den Abschluss sog. fiskalischer Hilfsgeschäfte.⁶ Auch in seiner unionsrechtlichen Überformung stellt sich das Vergaberecht bis heute in weitem Umfang als das Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte dar. Dreher qualifiziert staatliche Beschaffung am Markt dementsprechend auch heute noch als fiskalisches Handeln, das keinen unmittelbaren Bezug zur Aufgabenerfüllung aufweise und deshalb nicht als Teil des Verwaltungsprivatrechts angesehen werden könne.⁷ Auch Maurer/Waldhoff differenzieren zwischen fiskalischen Hilfsgeschäften als Bereich klassischer Bedarfsdeckungsverwaltung, denen sie das Vergaberecht zuordnen, und dem Bereich des Verwaltungsprivatrechts.⁸ Burgi sieht den „Basiszweck jeglicher Beschaffungstätigkeit“ in der „Ermöglichung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben“⁹. Dabei stelle der „dienende“ Charakter der Beschaffung ein wesentliches Charakteristikum dar.¹⁰

A. Fiskalische Hilfsgeschäfte in der Staatsaufgabendogmatik

Fiskalische Hilfsgeschäfte bilden eine Teilmenge der Verwaltungsaufgabe der öffentlichen Bedarfsverwaltung. Innerhalb der Verwaltungsaufgabe der Bedarfsverwaltung bezeichnet der Begriff der fiskalischen Hilfsgeschäfte den Bereich

⁶ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 235; Forstthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 7.

⁷ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 140.

⁸ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 20 ff. einerseits und Rn. 25 ff. andererseits.

⁹ Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 31.

¹⁰ Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 31; s. auch Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer, § 54 Rn. 39.

staatlicher Bedarfsverwaltung durch Beschaffungen *am Markt*, wie etwa den Kauf von Büromaterial, Sachgütern für Verteidigungsaufgaben und die Beschaffung von Hilfsmitteln.¹¹ Fiskalische Hilfsgeschäfte sind entsprechend der Charakteristik der Bedarfsverwaltung der Erledigung von sog. primären Staatsaufgaben vorgeschaltet und dienen der Beschaffung der für die Aufgabenerfüllung benötigten Mittel am Markt.¹² Charakteristikum ist also eine untergeordnete, dienende Beziehung zu einer eigentlichen Verwaltungsaufgabe.¹³ Dabei kommt es häufig zu einer synonymen Verwendung des Begriffs der Bedarfsverwaltung und des fiskalischen Hilfsgeschäfts, was jedoch die Sicht auf die Vielgestaltigkeit staatlicher Bedarfsdeckung verdeckt.¹⁴ Fiskalische Hilfsgeschäfte sind Primäraufgaben vorgeschaltete Bedarfsdeckungsgeschäfte am Markt und sind von der ebenfalls der Bedarfsverwaltung zugeordneten Eigenproduktion und der zwangsweisen Beschaffung abzugrenzen.¹⁵ Im Verhältnis zu den anderen Kategorien staatlicher Bedarfsdeckung kann die Beschaffung mittels Nachfrage am Markt als die typische Form staatlicher Bedarfsdeckung qualifiziert werden.¹⁶ Bereits Kunert erkannte einen Trend zur grundsätzlichen und regelmäßigen Entscheidung zugunsten der Beschaffung am Markt.¹⁷

Die Bedarfsverwaltung wird den Staats- respektive den Verwaltungsaufgaben zugeordnet. Die Staatsaufgaben wiederum bilden einen Ausschnitt der sog. öffentlichen Aufgaben.¹⁸ Öffentliche Aufgaben sind solche, die sich durch ein besonderes öffentliches Interesse an ihrer Erfüllung auszeichnen und grenzen sich insofern von Bereichen rein privatnütziger Tätigkeit ab. Mit dem Begriff der öffentlichen Aufgabe ist jedoch nichts über die Aufgabenträgerschaft durch Private oder den Staat ausgesagt.¹⁹ Erst im Zugriff durch den Staat wird eine öffentliche Aufgabe zur Staatsaufgabe. Alle anderen öffentlichen Aufgaben sind privater Aufgabenträger-

¹¹ *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 23; grundlegend *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 64 ff.; so auch *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 20; Beispiele nach *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 112.

¹² *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Art. 83 Rn. 105.

¹³ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 20f.

¹⁴ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 63.

¹⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 23; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 64 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 20; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 22; *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 62; *Wittek*, In-House-Geschäft und EG-Vergaberecht, S. 43; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 24 f.

¹⁶ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 64; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 23: „(...) für die Bundesrepublik kann durchaus von einer grundsätzlichen oder doch regelmäßigen Entscheidung für die rechtsgeschäftliche Beschaffung am Markt gesprochen werden“.

¹⁷ *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 23.

¹⁸ *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 411; *Ackermann*, Verwaltungshilfe, S. 27; kritisch *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 108.

¹⁹ Anders aber *Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 316, der im Begriff der öffentlichen Aufgaben „schlechthin alle Legitimationsgründe von Staatstätigkeit“ sieht.

schaft zugeordnet, jedoch in einem besonderen, über die Privatnützigkeit hinausgehenden Pflichtenkanon.²⁰ Der Begriff der Staatsaufgabe, nicht jedoch der öffentlichen Aufgabe, ist somit Ausfluss der verfassungsrechtlichen Trennung zwischen Staat und Gesellschaft.²¹

Zur Bestimmung des als Staatsaufgaben zu qualifizierenden Bereichs der öffentlichen Aufgaben ist der formale Staatsaufgabenbegriff zugrunde zu legen, wonach die Wahrnehmung einer Aufgabe durch den Staat sie zu einer staatlichen macht.²² Eine Staatsaufgabe entsteht also dadurch, dass der Staat sie wahrzunehmen beschließt.²³ Man spricht von der sog. Bestimmungskompetenz des Staates (auch: Kompetenz-Kompetenz oder Allzuständigkeit). Die Bestimmungskompetenz des Staates ist jedoch einerseits nur „virtuell“, sie reicht also nur soweit, wie der Staat die Aufgabe auch tatsächlich wahrnimmt („Omnipotenz heißt nicht Omnipräsenz“²⁴). Berührt der Staat eine Aufgabe nur, etwa mittels Lenkung, Überwachung oder Förderung der Aufgabe, wird sie nur in diesem Umfang zur Staatsaufgabe; nimmt er eine Aufgabe parallel zu Privaten, etwa in einem liberalisierten Markt wahr, so beschränkt sich die Staatsaufgabe auf den Bereich der Aufgabenwahrnehmung durch die Öffentliche Hand.²⁵

Die Kompetenz-Kompetenz oder Allzuständigkeit besteht andererseits zudem nur innerhalb der Kompetenzordnung der Verfassung.²⁶ Staatliche Aufgabe ist nach gängiger Definition somit jede „öffentliche Aufgabe, mit der sich der Staat in rechtlicher Form befasst und von Verfassungen wegen befassen darf oder muss“.²⁷ Insofern handelt es sich beim modernen Staatsaufgabenbegriff um eine Integration materieller, auf die Deduktion von Aufgaben aus Verfassungsbestimmungen angelegter Ansätze in ein im Ausgangspunkt formales Verständnis von Staatsaufgaben.²⁸ Der Ausschluss Privater von einer Staatsaufgabe kann danach nicht allein unter

²⁰ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 45; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 137.

²¹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 45; zu dieser Trennung *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (235); *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 139 ff.; *Kahl*, JURA 2002, 721.

²² *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 47; *Ackermann*, Verwaltungshilfe, S. 29; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 18; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 137.

²³ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 51.

²⁴ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 51; s. auch *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 315.

²⁵ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 63.

²⁶ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 50; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 20; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 105.

²⁷ *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 412; *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (228); in diesem Sinne auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 61; *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 199.

²⁸ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 50 f.

Berufung auf die Allzuständigkeit gerechtfertigt werden; auch ein Verwaltungsmonopol muss sich an Grundrechten messen lassen.²⁹

Innerhalb der Staatsaufgaben ist die Bedarfsverwaltung den Verwaltungsaufgaben zuzuordnen.³⁰ Verwaltungsaufgaben sind Staatsaufgaben, „die der Verwaltung durch Rechtssatz übertragen oder von ihr in rechtlich zulässiger Weise wahrgenommen werden“³¹. Dabei kommt der Bedarfsverwaltung eine besondere, weil dienende Rolle in der Dogmatik der Staatsaufgaben zu.³² Die Besonderheit der Verwaltungsaufgabe der staatlichen Bedarfsdeckung liegt in ihrer Bezüglichkeit zu einer primären Verwaltungsaufgabe. Der Bedarfsverwaltung zugrunde liegt eine Trennung zwischen materieller Verwaltungsaufgabe (auch: Primäraufgabe³³) und der Verwaltungsaufgabe der Deckung des für die Primäraufgabenerfüllung erforderlichen Bedarfs.³⁴ Wallerath spricht vom „funktionalen Aspekt“, wonach die Bedarfsdeckung erst die Wahrnehmung von Primäraufgaben ermögliche.³⁵ Teilweise wird auch vom Fehlen des „Unmittelbarkeitskriteriums“ gesprochen.³⁶ Denn erst in ihrer Bezüglichkeit zu einer primären Verwaltungsaufgabe dient die Beschaffung einem öffentlichen Interesse. Der Kauf von Schreibwaren etwa dient anders als die damit erfüllte Verwaltungsaufgabe nicht unmittelbar dem öffentlichen Interesse. Die Primäraufgabe des Angebots eines öffentlichen Personennahverkehrs erfordert die vorgelagerte Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen wie den Kauf von Bussen, die Errichtung von Bushaltestellen und schließlich die Wartung und Reinigung der Busse. In ihrer Bezüglichkeit wird die Aufgabe der Bedarfsverwaltung aber selbst zur Verwaltungsaufgabe und erlangt so selbst Staats- bzw. Verwaltungsaufgabencharakter.³⁷

²⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 51.

³⁰ *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (222); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 21, § 3 Rn. 21; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 63.

³¹ *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (250); s. auch *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (222 f.): „verfassungs- und einfachgesetzlich begründete und begrenzte staatliche Handlungskompetenzen, und zwar in Abgrenzung der Exekutive innerhalb staatlicher Gewaltengliederung und in Abgrenzung und im Gegensatz zu privaten Handlungsbefugnissen auf der Grundlage grundrechtlich geschützter menschlicher Freiheit“.

³² *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 45; a. a. O. auch zu den erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten, die in der vorliegenden Betrachtung weiter keine Rolle spielen.

³³ Begriff nach *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 63; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 60 spricht von „finalen“ Staatsaufgaben in Abgrenzung zu „instrumentalen“ Staatsaufgaben.

³⁴ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 21.

³⁵ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 63.

³⁶ Kritisch *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 95 ff.

³⁷ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 21; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 46.

B. Verrechtlichung fiskalischer Hilfsgeschäfte im Haushaltsvergaberecht

Die Verrechtlichung fiskalischer Hilfsgeschäfte geht auf die Forderung Privater nach einer Rationalisierung staatlicher Beschaffungstätigkeit in der Mitte des 19. Jahrhunderts zurück.³⁸ Erste umfassende Kodifizierungsbestrebungen hatten zunächst die Vergabe von Bauleistungen zum Gegenstand.³⁹ Das Scheitern des Reichssubmissionsgesetzes 1914 führte zu einer Abkehr von der Idee einer umfassenden vergaberechtlichen Kodifizierung und verlagerte die Entwicklung vergaberechtlicher Regelungen auf Formen privater Regelbildung, die über Anwendungsbefehle in den Haushaltsrechten Eingang in die Rechtsordnung fanden.⁴⁰ Die Ursprünge des modernen Vergaberechts liegen damit im Haushaltsrecht. Bereits in der Reichshaushaltsordnung von 1922 fand sich neben dem Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der Haushaltsmittel (§ 26 Abs. 1 RHO) mit § 46 RHO eine Regelung, die die öffentliche Ausschreibung von Verträgen über Lieferungen und Leistungen vorsah.⁴¹ Mit dem HGrG wurde 1969 die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Verträgen über Lieferungen und Leistungen im bundesdeutschen Haushaltsrecht verankert.⁴² So entstand ein Haushaltsvergaberecht, das die Vergabe zum Haushaltsinstrument funktionalisierte.⁴³

Bis heute fußt das deutsche Vergaberecht unterhalb der europäischen Schwellenwerte im Haushaltsrecht.⁴⁴ Als Haushaltsrecht kommt dem Motiv der Ressourcenschonung zentrale Bedeutung zu.⁴⁵ Gesetzliche Grundlage bildet das Haushaltsrecht der jeweils vergebenden Körperschaft.⁴⁶ Ausgangspunkt des modernen Haushaltsvergaberechts ist der Grundsatz sparsamer und wirtschaftlicher Verwen-

³⁸ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 106; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 1.

³⁹ Zu früheren Regelungsansätzen ab der Mitte des 16. Jahrhunderts *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, 2004, S. 48 ff.

⁴⁰ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 106 f.; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 1 f.

⁴¹ *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, S. 170.

⁴² § 30 des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz) v. 19. 8. 1969, BGBl. I, S. 1273.

⁴³ *Burgi*, NZBau 2009, 609 (612); zum fiskalischen Zweck *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 31; als Ursprung vergaberechtlicher Regelungen qualifizierend ebenfalls *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 80.

⁴⁴ *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 2; s. aber schon zu damaligen Ansätzen, das Wettbewerbsrecht zu aktivieren *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, S. 27 ff.

⁴⁵ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 15; *Burgi*, Vergaberecht, § 25 Rn. 7; auch im europäischen Vergaberecht dient das Vergabeverfahren neben dem nunmehr zentralen Motiv der Öffnung der staatlichen Beschaffungsmärkte auch der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel, *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 279; *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 11.

⁴⁶ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Einl. GWB, Rn. 27.

dung öffentlicher Mittel, §§ 6 Abs. 1 HGrG, 7 Abs. 1 BHO, konkretisiert in § 30 HGrG, auf dem die zentrale Norm des § 55 BHO beruht.⁴⁷ Anders als im ausdifferenzierten Kartellvergaberecht stellt allein § 55 BHO als zentrale Norm im Unterschwellenbereich den einfachgesetzlichen Maßstab für die Vergaben des Bundes auf.⁴⁸ Für Verträge über Lieferungen und Leistungen der Länder gilt jeweils die entsprechende Norm der Landeshaushaltsordnungen, wobei sich Sonderregelungen in den jeweiligen Landesvergabegesetzen finden.⁴⁹ Die Gemeinden werden über entsprechende Vorschriften in den GemHVO oder über die Vergabegesetze der Länder an das Haushaltsvergaberecht gebunden.⁵⁰

Bis heute besteht im Haushaltsvergaberecht das System privater Regelbildung teilweise fort.⁵¹ So hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen am 31. 1. 2019 die Neufassung der Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (1. Abschnitt VOB/A 2019, sog. Basisparagrafen) beschlossen, die sodann am 19. 2. 2019 im Bundesanzeiger veröffentlicht wurde.⁵² Der für Dienst- und Lieferleistungen geltende 1. Abschnitt der VOL/A ist hingegen weitgehend durch die UVgO abgelöst worden.⁵³ Sowohl bei der UVgO als auch bei der VOB/A 2019 handelt es sich um Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung.⁵⁴ § 55 BHO und die entsprechenden Landesvorschriften konkretisierende Verwaltungsvorschriften verweisen auf die Ordnungen.⁵⁵ Auch für die Gemeinden finden die Ordnungen über Verweise in den haushaltsrechtlichen Vorschriften Anwendung.⁵⁶

⁴⁷ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 1 f.; zu Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG als verfassungsrechtlicher Verankerung des materiellen Wirtschaftlichkeitsprinzips *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 13.

⁴⁸ Vgl. *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 1.

⁴⁹ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 1 (8 f.); näher *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 18.

⁵⁰ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (8); *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 19.

⁵¹ Zu den Verdingungsausschüssen *Burgi*, Vergaberecht, § 4 Rn. 25.

⁵² BANz AT 19. 2. 2019 B2, S. 1–69, dazu *Janssen*, NZBau 2019, 147 (147).

⁵³ Indes sind noch nicht flächendeckend Anwendungsbefehle ergangen, sodass teilweise noch der 1. Abschnitt der VOL/A fortgilt, s. *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Einl. GWB, Rn. 29.

⁵⁴ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Einl. GWB, Rn. 31; zur UVgO *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Einl. UVgO, Rn. 3.

⁵⁵ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 20.

⁵⁶ Im Einzelnen *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB Einl., Rn. 32.

C. Überlagerung durch das Kartellvergaberecht

Ab den 1970er Jahren rückte die marktliche Beschaffung der Mitgliedstaaten in den Fokus des europäischen Binnenmarktpjekts.⁵⁷ Die nationalen Beschaffungsmärkte stellten sich als wirtschaftlich bedeutende Monopole heraus, die sich jedoch nicht ohne weiteres auch europäischer Konkurrenz öffneten.⁵⁸ Mittels Richtlinien wurde das heute als Kartellvergaberecht im GWB kodifizierte Vergaberechtsregime auf den Zweck der Liberalisierung der mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte ausgerichtet.

Seit 1961 von der Kommission verfolgte erste Programme konkretisierten sich in Richtlinien im Baubereich mit der Bauliberalisierungs-⁵⁹ und Baukoordinierungsrichtlinie⁶⁰ aus dem Jahr 1971 und der Bekanntmachungsrichtlinie⁶¹ für den Baubereich aus dem Jahr 1972.⁶² 1977 folgte mit der Lieferkoordinierungsrichtlinie⁶³ dann die Erfassung von Lieferleistungen vom europäischen Vergaberecht. Das Vergaberecht war zunächst also auf Bau-, dann auf Bau- und Lieferleistungen beschränkt, was sich auch im WTO-Vergaberecht dieser Zeit spiegelte.⁶⁴

In den 1990er Jahren folgten dann weitreichende Erweiterungen: Beruhend auf dem Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985⁶⁵ wurde neben der Neufassung der Bau-⁶⁶, der Lieferkoordinierungsrichtlinie⁶⁷ und

⁵⁷ Von einer Schlüsselrolle des Vergaberechts innerhalb des Binnenmarktpjekts spricht *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 3.

⁵⁸ Vgl. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 97, Rn. 7.

⁵⁹ Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, ABl. L 185/1.

⁶⁰ Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 195/5.

⁶¹ Richtlinie 72/277/EWG des Rates vom 26. Juli 1972 über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen von öffentlichen Bauaufträgen und Konzessionen für öffentliche Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 176/12.

⁶² *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, S. 210 ff.

⁶³ RL 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977 L 13, 1.

⁶⁴ Indes folgte das WTO-Vergaberecht eher dem europäischen Modell als andersherum, vgl. *Weiß*, NZBau 2016, 198 (200).

⁶⁵ Dok. KOM (85) 310 endg.

⁶⁶ Neufassung durch Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 199/54.

⁶⁷ Neufassung durch die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. L 199/1.

dem Erlass einer Rechtsmittelrichtlinie⁶⁸ mit der Sektorenkoordinierungsrichtlinie⁶⁹ die zuvor vom Anwendungsbereich ausgenommenen Sektorenbereiche Wasser, Energie, Verkehr sowie Telekommunikation dem europäischen Vergaberecht unterworfen.⁷⁰ Mit dem Erlass der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie wurden zudem auch erstmals Dienstleistungsaufträge vom Kartellvergaberecht erfasst.⁷¹ In Entsprechung bezog dann auch das WTO-Vergaberechtsabkommen GPA von 1994⁷² Dienstleistungen in den Anwendungsbereich mit ein.⁷³

Eine erste Umsetzung der neuen Richtlinienvorgaben in Deutschland erfolgte zwar noch im Rahmen des Haushaltsrechts (sog. haushaltsrechtliche Lösung); auf Druck der Europäischen Kommission und des EuGH schwenkte Deutschland jedoch 1998 mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)⁷⁴ auf die sog. kartellrechtliche Lösung ein, mit der sich ein Paradigmenwechsel vom verwaltungsinternen Haushaltsrecht zum bieterschützenden Kartellvergaberecht vollzog.⁷⁵ Seitdem ist das Vergaberecht zweigeteilt. Ab dem Erreichen bestimmter Schwellenwerte (§ 106

⁶⁸ RL 89/655/EWG des Rates v. 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395/33, geändert durch RL 92/50/EWG des Rates v. 18. 6. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209/1.

⁶⁹ Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 199/84 sowie die Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76/14.

⁷⁰ *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427/428; *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, S. 214; die Bereiche Telekommunikation und Post wurden aufgrund der erreichten Liberalisierung zum 31. Januar 2006 aus dem Anwendungsbereich herausgenommen, vgl. dazu *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 5. Aufl., § 98 Rn. 172.

⁷¹ RL 92/50/EWG des Rates v. 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209/1; dazu *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, S. 214.

⁷² Mit dem plurilateralen Abkommen über das Beschaffungswesen der Öffentlichen Hand (Government Procurement Agreement, GPA) von 1994, das am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist und in den RL 97/52/EG und 98/4/EG Umsetzung fand, wurde die Öffnung und Liberalisierung der nationalen Beschaffungsmärkte gegenüber Drittstaaten weiter voran gebracht, vgl. *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 12.

⁷³ Zu diesem Nachvollzug des Unionsrechts durch das Völkerrecht *Weiß*, NZBau 2016, 198 (201); vgl. auch *Fehling*, JZ 2016, 540 (541).

⁷⁴ Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 26. 8. 1998, BGBl. I S. 2512; dazu *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427 ff.; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 113.

⁷⁵ Zu dieser Entwicklung des Vergaberechts unter dem Aspekt des Rechtsschutzes *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 97 Rn. 5 ff.; s. grundlegend *EuGH*, Urt. v. 11. 8. 1995, Az.: C-433/93.

GWB) greift das nunmehr im Wettbewerbsrecht umgesetzte Kartellvergaberecht (sog. wettbewerbsrechtliche Lösung). Die mit dem VgRÄG eingeführte Effektivierung des Rechtsschutzsystems führte zu einer grundlegenden Bedeutungszunahme des Vergaberechts im Oberschwellenbereich.⁷⁶

Mit der Sektorenkoordinierungsrichtlinie⁷⁷ und der Vergabekoordinierungsrichtlinie⁷⁸ aus dem Jahr 2004 erfolgte eine Zusammenfassung, Präzisierung und Fortentwicklung der Regelungsregime im Bereich Sektoren sowie für Bau, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. 2007 folgte eine Überarbeitung der Rechtsmittellinien.⁷⁹ National erfolgten mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz im Jahr 2005 Anpassungen des Vergaberechts, um hemmende Rechtsregeln für öffentlich-private Partnerschaften zu beseitigen.⁸⁰ Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009 erfolgte eine zweite große Reform, die insbesondere Klarstellungen brachte, die Sanktionierung von de-facto-Vergaben einführt und mit der SektVO zuvor in der VOB/A und VOL/A geregelte Bereiche der Sektorenvergabe in eine eigenständige Verordnung verlagerte.⁸¹ Auch wenn in dieser Zeit keine wesentlichen Änderungen am sachlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts vorgenommen wurden, dehnte sich dieser weiter aus. Das innovative Element des europäischen Vergaberechts liegt wesentlich im dynamischen Verständnis seines Anwendungsbereichs durch den EuGH begründet. Aufgrund dessen funktionaler Auslegung wuchs der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts mit der Zeit bedeutsam an.⁸²

2014 wurde dann wieder der europäische Gesetzgeber tätig und in Umsetzung der neuen Richtlinienvorgaben⁸³ erging 2016 in Deutschland das Vergaberechtsmoder-

⁷⁶ Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427 (427 f.).

⁷⁷ RL 2004/17/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134/1.

⁷⁸ RL 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134/114.

⁷⁹ RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 12. 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335/31.

⁸⁰ BT-Drs. 15/5668 v. 14. 06. 2005, S. 2; dazu auch Müller/Brauser-Jung, NVwZ 2007, 884.

⁸¹ BGBl. 2009 I S. 790; s. dazu nur *Rechten/Junker*, NZBau 2009, 490.

⁸² In diesem Sinne auch *Burgi*, NZBau 2009, 609 (610).

⁸³ RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1; RL 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates v. vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94/65; RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94/243; zum Hintergrund *Bartelt*, Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts, S. 83 ff.

nisierungsgesetz, das die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB grundlegend reformierte.⁸⁴

Das Vergaberecht wurde im Laufe dieser Entwicklung im Sinne des europäischen Binnenmarktpjekts zum Liberalisierungsinstrument umgestaltet.⁸⁵ Liberalisierung bezeichnet die Öffnung bisher zumeist aufgrund staatlicher Monopole oder Vorrechte geschlossener oder beschränkter Märkte zugunsten freier Marktkräfte.⁸⁶ Der sich bei Beschaffungen der Öffentlichen Hand ergebende Markt stellt ein solches geschlossenes Monopol dar. Die Unmöglichkeit kompetitiver Privatisierung der staatlichen Beschaffung macht eine Öffnung zugunsten freier Marktkräfte nur über öffentliche, allen Marktteilnehmern offenstehende Ausschreibungsverfahren möglich.

Eine potentielle Öffnung dieser Beschaffungsmärkte mittels Ausschreibungsverfahren vollzog zunächst das Haushaltsvergaberecht, nicht jedoch im Sinne einer Liberalisierung der staatlichen Beschaffungsmärkte, sondern zur haushaltsrechtlichen Rationalisierung staatlicher Beschaffung. Bieterrechte fanden kaum Beachtung, effektiver Wettbewerb entstand nur sehr eingeschränkt.⁸⁷ Erst die europarechtliche Regulierung forcierte die Öffnung der staatlichen Beschaffungsmärkte zugunsten einer wettbewerblichen Strukturierung der Beschaffung. Das europäische Vergaberecht stellt sich damit nicht nur als Rahmen staatlicher Beschaffung am Markt, sondern zugleich als Motor der Schaffung eines europäischen Beschaffungsbinnenmarkts dar.⁸⁸ Dreher sieht erst in der europarechtlichen Überformung des nationalen Haushaltsvergaberechts eine wirkliche Verrechtlichung des Vergabewesens.⁸⁹ Obwohl das Vergaberecht im europäischen Primärrecht nur am Rande in Art. 179 Abs. 2 AEUV Erwähnung findet, führte die sekundärrechtliche Überformung zur Herausbildung des Vergaberechts als eigenständigem Rechtsgebiet.⁹⁰ Erst die mit der Verrechtlichung einhergehende Effektivierung des Rechtsschutzes führte zur Herausbildung eines Vergaberechts, dessen Anwendungsbereich sich immer stärker konturiert und durch die Auslegung des EuGH dynamisiert. Burgi spricht von einer Ausdehnung des Vergaberechts auf „horizontaler Ebene“ als dem „potentiell

⁸⁴ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), vom 17. Februar 2016, BGBl. I S. 203.

⁸⁵ Näher noch Kapitel 2, S. 102 ff.; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 2, 138; das Vergaberecht als Referenzmodell für Liberalisierungsregime anführend *Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 311; s. auch *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 2 f., 18.

⁸⁶ *Kämmerer*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 23.

⁸⁷ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 97 Rn. 6.

⁸⁸ *Burgi*, NZBau 2009 (612); *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 6.

⁸⁹ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 129; s. zu dieser Entwicklung auch *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 2 f. und *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 14.

⁹⁰ *Gundel*, BayVBl. 2017, 437 (437).

erfassten Gesamtbereich der Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch Verwaltungseinheiten im weitesten Sinne“⁹¹.

D. Lückenschließung mittels des Primär- und Verfassungsvergaberechts

Trotz dieser Ausdehnung hat das Kartellvergaberecht bisher nicht sämtliches Beschaffungsverhalten der Öffentlichen Hand inkorporiert. In den Lücken des Haushalts- und Kartellvergaberechts hat die Rechtsprechung deshalb Rechtsregeln für die staatliche Beschaffungstätigkeit aus dem sog. Primärvergaberecht sowie aus dem Verfassungsvergaberecht abgeleitet. Darüber hinaus fungieren Primär- und Verfassungsvergaberecht auch als Auslegungsmaßstab für eine primärrechts- und verfassungskonforme Auslegung des einfach-rechtlichen Vergaberechts.⁹²

I. Primärvergaberecht

Als Primärvergaberecht⁹³ werden die aus dem europäischen Primärrecht abzuleitenden Grundsätze für das staatliche Beschaffungsverhalten bezeichnet. Zwar finden sich in den EU-Verträgen keine expliziten vergaberechtlichen Vorschriften. Der EuGH hat jedoch ausgehend von der Rs. Telaustria⁹⁴ aus den Grundfreiheiten Grundsätze für das staatliche Beschaffungswesen hergeleitet.⁹⁵ Daneben können auch das Beihilfenrecht, das Wettbewerbsrecht sowie die Unionsgrundrechte auf das staatliche Beschaffungswesen einwirken.⁹⁶

Dem Primärvergaberecht kommt überall dort Bedeutung zu, wo eine sekundärvergaberechtliche Harmonisierung nicht stattgefunden hat.⁹⁷ Seine lückenfüllende Funktion erfüllt es deshalb einerseits unterhalb der Schwellenwerte, andererseits dort, wo Bereichsausnahmen den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts verschließen.⁹⁸ Für die der Untersuchung zugrunde gelegten Referenzbereiche

⁹¹ *Burgi*, NZBau 2009, 609 (610).

⁹² Für die Grundfreiheiten *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21.

⁹³ Begriff verwendet bei *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, 731 (731); von „primärrechtlichem Vergabeeuroparecht“ spricht *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 28; „Vergabeprimärrecht“ bei *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 9.

⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 7. 12. 2000, Az.: C-324/98, Rn. 62 = ECLI:EU:C:2000:669.

⁹⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21; *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 27.

⁹⁶ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 28; *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, 731 sehen das Beihilfenrecht zwar als Prüfungsmaßstab an, ordnen es aber nicht dem Primärvergaberecht zu, sondern halten es für ein danebenstehendes Regime.

⁹⁷ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 32.

⁹⁸ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 33.

entfaltet das Primärvergaberecht danach insbesondere im Bereich der Wasserversorgung seinen Anwendungsbereich.

Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts hat das Primärvergaberecht hingegen an Bedeutung verloren, kommt dort aber noch als „Auslegungs-, Umsetzungs- und Anwendungsvorgabe“ für das Sekundärvergaberecht in Betracht sowie als dessen äußerste Grenze.⁹⁹ Das Primärvergaberecht wird insofern als „Auffangnetz“¹⁰⁰ oder auch „Vergaberecht light“¹⁰¹ qualifiziert.

1. Grundfreiheiten

Den Grundfreiheiten kommt als primärvergaberechtlicher Maßstab zentrale Bedeutung zu. Sie werden als „wichtigste primärrechtliche Rechtsgrundlage des Vergaberechts“¹⁰² qualifiziert. Neben der Funktion als Auslegungsleitlinie für das Sekundärvergaberecht (sog. primärrechtskonforme Auslegung) hat der EuGH die Grundfreiheiten außerhalb des sekundärrechtlich geregelten Kartellvergaberechts als vergaberechtliche Auffangordnung entfaltet.¹⁰³ Im Bereich des Haushaltsvergaberechts spielen die Grundfreiheiten indes nur eine untergeordnete Rolle, da die grundfreiheitlichen Wertungen weitgehend durch speziellere Regeln verdrängt werden.¹⁰⁴ Bedeutung entfalten die Grundsätze daher insbesondere in den Regelungslücken des einfach-rechtlichen Vergaberechts.¹⁰⁵

2. Beihilfenrecht

Diskutiert wird, inwieweit dem EU-Beihilfenrecht die Funktion eines primärvergaberechtlichen Regimes zukommen kann. Denn die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Art. 107 ff. AEUV im Falle von öffentlichen Beschaffungen ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn der Beschaffung ein Vergabeverfahren vorge-

⁹⁹ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 30 f.; *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21; siehe zu dieser Funktion noch näher Kapitel 3, S. 207 ff.

¹⁰⁰ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 36.

¹⁰¹ *Burgi*, NVwZ 2007, 737 (742); kritisch zu dieser Begriffsbildung *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 36.

¹⁰² *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21.

¹⁰³ *EuGH*, Urt. v. 7. 12. 2000, Az.: C-324/98, Rn. 62 = ECLI:EU:C:2000:669; *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 6.

¹⁰⁴ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (6 f.).

¹⁰⁵ S. eingehend zu den Grundfreiheiten Kapitel 3, S. 173 ff.

schaltet ist, da die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens regelmäßig das Vorliegen einer Begünstigung ausschließt.¹⁰⁶

Ein Anwendungsbereich für eine beihilfenrechtlich induzierte Ausschreibungspflicht staatlicher Beschaffung kann jedoch dann bestehen, wenn für die Beschaffung keine speziell vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten vorgesehen sind. Insofern kommt auch dem Beihilfenrecht eine Auffangfunktion zu.¹⁰⁷

3. Europäisches Kartellrecht (einschließlich des Kartellrechts des GWB)

Schließlich wird auch das europäische Kartellrecht als primärvergaberechtlicher Maßstab qualifiziert.¹⁰⁸ Das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) treten nämlich neben die vergaberechtlichen Vorschriften.¹⁰⁹

Gleiches gilt für das Kartellrecht des GWB. Dafür erklärt § 156 Abs. 3 GWB ausdrücklich „die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Verstößen insbesondere gegen die §§ 19 und 20“ für unberührt.¹¹⁰

Das Kartellrecht kann dabei im Grundsatz sowohl als Prüfungsmaßstab für Verhalten der Auftraggeber-Seite als auch der Bieter-Seite in Betracht kommen.¹¹¹

4. Europäische Grundrechte

Schließlich können die europäischen Grundrechte der GRCh, die über Art. 6 Abs. 1 EUV den Verträgen gleichgeordnet ist, als primärrechtlicher Maßstab qualifiziert werden.¹¹² Für das Vergaberecht können neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 GRCh insbesondere die Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh), die

¹⁰⁶ Zur überwiegenden Auffassung in der Literatur *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Kapitel 1, § 1 Rn. 121; *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 35; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR Rn. 32.

¹⁰⁷ Zum Beihilfenrecht als Maßstab für Vergaben an die Öffentliche Hand s. Kapitel 3, S. 196 ff.

¹⁰⁸ Dies im Grundsatz bejahend *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 29; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 33; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 21; spezifisch für Konzessionen *Siegel*, NZBau 2019, 353 (355).

¹⁰⁹ *Burgi*, Vergaberecht, 3 Rn. 29.

¹¹⁰ *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 29; zum Verhältnis des europäischen zum nationalen Kartellrecht s. *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Vorbemerkung zu den Artikeln 101 bis 105 Rn. 159.

¹¹¹ *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 30, 32; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 74 ff. einerseits und Rn. 81 andererseits; zur hier interessierenden Bindung der öffentlichen Auftraggeber ausführlich Kapitel 3, S. 191 ff.

¹¹² *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 37; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 20.

unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 GRCh maßstabsbildend wirken.¹¹³ Dies gilt sowohl für das Kartellvergaberecht als von den Mitgliedstaaten durchgeführtes Unionsrecht als auch für unmittelbares Unionsrecht wie die VO (EG) 1370/2007 (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh). Als Maßstab für das Haushaltsvergaberecht sowie das Vergaberechtsregime des § 46 EnWG kämen die europäischen Grundrechte indes nur dann in Betracht, wenn man bereits die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten für die Anwendbarkeit der GRCh ausreichen ließe.¹¹⁴

In der Praxis harren die europäischen Grundrechte indes noch ihrer vergaberechtlichen Konturierung: Durch die weitreichende Anwendung der Grundfreiheiten als maßstabsbildende Normen im Primärvergaberecht durch den EuGH wird die geringe praktische Bedeutung der europäischen Grundrechte weiterhin aufrechterhalten.¹¹⁵ Anders als für die Grundfreiheiten ist es für die europäischen Grundrechte zudem zweifelhaft, ob sie auch als die Öffentliche Hand berechtigende Gewährleistungen entfaltet werden können.¹¹⁶ Sie spielen in der Untersuchung daher keine weitere Rolle.

II. Verfassungsvergaberecht

Auch dem GG lassen sich Wertungen entnehmen, die das öffentliche Beschaffungsverhalten strukturieren. Diese aus der Verfassung abzuleitenden Grundsätze für Beschaffungen der Öffentlichen Hand können als Verfassungsvergaberecht bezeichnet werden.

Die früher vertretene Auffassung, wonach fiskalische Hilfsgeschäfte keine grundrechtsgebundene Ausübung öffentlicher Gewalt seien, ist in Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG abzulehnen. Die Grundrechtsbindung der Öffentlichen Hand ist umfassend.¹¹⁷ Öffentliche Auftraggeber sind daher bei der Vergabe als öffentliche Gewalt i. S. d. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden.

¹¹³ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 31; zu den Gewährleistungen der EMRK *Ahner*, Nachfragetätigkeit, S. 305 ff.

¹¹⁴ Zur Kontroverse zwischen EuGH und BVerfG *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 51 Rn. 44 f.; s. auch *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 104 ff.

¹¹⁵ Von „keiner praktischen Bedeutung“ spricht *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 37; s. auch *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 31; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 107; anders aber *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 62, der von „bedeutsamen Vorgaben“ spricht.

¹¹⁶ *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 14 Rn. 57; ablehnend auch zuletzt *BVerfG*, Beschl. v. 18.8.2020, Az.: 1 BvQ 82/20 Rn. 27 ff. = ECLI:DE:BVerfG:2020:qk20200818.1bvq008220.

¹¹⁷ Heute ganz h. M., s. *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 97 Rn. 18; *Puhl*, VVDStRL (60) 2001, 477; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32 ff.; *Siegel*, DÖV 2007, 237 (239);

Indes spielen die Grundrechte für das Beschaffungsverhalten der Öffentlichen Hand in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Ihre Wirkung beschränkt sich auf die nicht unionsrechtlich voll determinierten Bereiche des Vergaberechts.¹¹⁸ Bedeutung kommt ihnen daher im Wesentlichen nur im Unterschwellenbereich zu.¹¹⁹ Aber auch hier wirken sie nur lückenfüllend, wo die einfach-rechtliche Kodifikation des Haushaltsvergaberechts unvollständig ist oder der verfassungskonformen Auslegung bedarf. Zudem müssen die grundrechtlichen Anforderungen – in Parallele zu den Grundfreiheiten – aus sich heraus entwickelt und dürfen nicht etwa der einfach-rechtlichen Ausgestaltung nachempfunden werden.¹²⁰ Im Ergebnis bleibt das Verfassungsvergaberecht in der Regelungsdichte und -strenge hinter dem Oberschwellenvergaberecht zurück. Das Verfassungsvergaberecht bewirkt insoweit nur die Einhaltung von bestimmten Mindestanforderungen.¹²¹ Auch hier ließe sich daher von einem „Vergaberecht light“ sprechen.

Soweit die Öffentliche Hand als Bieter in Vergabeverfahren auftritt, kann sie aus den grundrechtlichen Gewährleistungen mangels Grundrechtsberechtigung zudem selbst keine subjektiven Rechte ableiten.¹²² Die Normen spielen jedoch eine noch zu vertiefende Rolle in Hinblick auf ihre Grenzfunktion gegenüber eines Wettbewerbsausschlusses Privater.¹²³

1. Art. 3 Abs. 1 GG

Zentrale Bedeutung als verfassungsvergaberechtlicher Maßstab kommt zunächst Art. 3 Abs. 1 GG zu.¹²⁴ Das BVerfG hat Art. 3 Abs. 1 GG als im Unterschwellen-

offenlassend noch *BVerfG*, Beschl. v. 13. 6. 2006, Az.: 1 BvR 1160/03 = *BVerfGE* 116, 135, 151 (Rn. 59), s. nunmehr aber *BVerfG*, Urt. v. 22. 2. 2011, Az.: 1 BvR 699/06 („Fraport“) = *BVerfGE* 128, 226 Rn. 47 und *BVerfG*, Beschl. v. 19. 7. 2016, Az.: 2 BvR 470/08 (Rn. 30) = *NJW* 2016, 3153 = *NVwZ* 2016, 1553 (1555); zur früher vertretenen Ansicht s. *Forsthoff*, *Der Staat als Auftraggeber*, S. 10 ff.

¹¹⁸ Im unionsrechtlich determinierten Vergaberecht treten die Grundrechte des Grundgesetzes hinter denen der GRCh zurück, wobei das BVerfG in Abkehr von der sog. „Solange-Rechtsprechung“ auch die Prüfungskompetenz der dann anwendbaren unionalen Grundrechte für sich in Anspruch nimmt, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 6. 11. 2019, Az.: 1 BvR 276/17, Rn. 50 („Recht auf Vergessen II“); dort, wo mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume verbleiben, treten die Unionsgrundrechte neben die nationalen Grundrechte, wobei widerleglich vermutet wird, dass die Grundrechte des Grundgesetzes Prüfungsvorrang genießen, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 6. 11. 2019, Az.: 1 BvR 16/13, Rn. 55, 60 („Recht auf Vergessen I“); näher zu dieser neuen Rechtsprechungslinie des BVerfG *Kühling*, *NJW* 2020, 275; *Hoffmann*, *NVwZ* 2020, 33.

¹¹⁹ *Siegel*, *NZBau* 2019, 353 (354).

¹²⁰ S. zum Verhältnis von Sekundär- zum Primärvergaberecht Kapitel 3, S. 178 f.

¹²¹ *Siegel*, *NZBau* 2019, 535 (534).

¹²² S. nur *BVerfG*, Beschl. v. 18. 8. 2020, Az.: 1 BvQ 82/20 Rn. 8 ff. = *ECLI:DE:BVerfG:2020:qk20200818.1bvq008220*; *Cronauge*, *Kommunale Unternehmen*, Rn. 121.

¹²³ S. noch Kapitel 3, S. 200 ff.

¹²⁴ *Fuchs*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 15 Rn. 85 spricht von „grundrechtlicher Fundamentalnorn“; *Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, S. 203.

bereich subjektive Rechte gewährende Bestimmung entfaltet.¹²⁵ Dem allgemeinen Gleichheitssatz kommt insoweit die Funktion zu, eine Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten, was sich sowohl auf die Zuschlagserteilung als auch auf die Verfahrensgestaltung auswirkt.¹²⁶ Zudem bewirkt Art. 3 Abs. 1 GG eine Selbstbindung der Verwaltung bei der Anwendung der Vergabeordnungen.¹²⁷

Insofern verlangt Art. 3 Abs. 1 GG im Grundsatz eine öffentliche Ausschreibung, damit alle potentiellen Bieter von dem zu vergebenden Auftrag Kenntnis erlangen können,¹²⁸ wobei im Einzelfall Ausnahmen von diesem Erfordernis gerechtfertigt sein können.¹²⁹ Darüber hinaus strukturiert Art. 3 Abs. 1 GG das Vergabeverfahren jedoch nur in Grundzügen.¹³⁰ Vergabeverfahren und Zuschlagskriterien dürfen nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht willkürlich gestaltet sein,¹³¹ wobei sich im hier interessierenden Kontext damit die Frage nach der Zulässigkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen Verfahrensgestaltung stellt.¹³²

Weiterhin diskutiert wird, ob Art. 3 Abs. 1 GG auf die Eröffnung von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich dränge. Damit konnotiert ist die Frage, ob im Unterschwellenbereich eine Vorabinformationspflicht der unterlegenen Bieter besteht. Dies wurde vom BVerfG abgelehnt, indes reißt die Kritik an der Rspr. bis heute nicht ab.¹³³

2. Art. 12 Abs. 1 GG

Weitere Bedeutung wird Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Dimension als Wettbewerbsfreiheit¹³⁴ zugemessen, auch wenn der freiheitsrechtlichen Bedeutung staatlicher Aufträge bisher wenig Beachtung in Rechtsprechung und Literatur attestiert wird.¹³⁵ Der Auffassung, man könne jede staatliche Auftragsvergabe als Einwirkung

¹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 = BVerfGE 116, 135.

¹²⁶ Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 29 f.

¹²⁷ Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (478 und 480); Pünder, VergabeR 2016, 693 (696).

¹²⁸ Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (479); Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 30.

¹²⁹ Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 30.

¹³⁰ Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 30.

¹³¹ Siegel, NZBau 2019, 353 (354).

¹³² Dazu noch Kapitel 9, S. 400 ff.

¹³³ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 = BVerfGE 116, 135; zur Kritik s. etwa Pünder, VergabeR 2016, 693; näher noch Kapitel 10, S. 415 ff.

¹³⁴ Bis heute ist die Verortung der Wettbewerbsfreiheit zwischen Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG nicht letztgültig geklärt, vgl. näher *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 116; für Art. 12 Abs. 1 GG *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Band 1, GG, Art. 12 Rn. 76.

¹³⁵ Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (481).

auf den Wettbewerb auffassen, weil durch die Vergabeentscheidung immer auch die unterlegenen Bieter im Wettbewerb schlechter gestellt würden,¹³⁶ hat das BVerfG eine Absage erteilt: So sei der Schutzbereich der Berufsfreiheit durch die Vergabe eines öffentlichen Auftrags schon nicht berührt.¹³⁷ Art. 12 Abs. 1 GG schütze nur die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen, nicht jedoch den Erfolg im Wettbewerb und die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.¹³⁸ Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Bieter also nicht vor der Möglichkeit, im Vergabewettbewerb zu unterliegen. Nur soweit die Teilhabe am (an sich eröffneten) Wettbewerb gänzlich ausgeschlossen wird, kann sich somit ein Anwendungsbereich für Art. 12 Abs. 1 GG ergeben.¹³⁹

Ungleichbehandlungen im Wettbewerb sind hingegen dem Art. 3 Abs. 1 GG näher und daher dort zu verhandeln. Teilweise wird auch eine Fusion der grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG befürwortet.¹⁴⁰ Im Ergebnis gewährte Art. 12 Abs. 1 GG dabei aber auch nicht mehr als dies Art. 3 Abs. 1 GG zu tun vermag.¹⁴¹

3. Rechtsschutzgarantien

Schließlich wird auch den Rechtsschutzgarantien des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs vergaberechtliche Relevanz beigemessen.¹⁴² Während das BVerfG im Marktauftritt der Öffentlichen Hand als Nachfrager keine spezifisch hoheitliche Gewaltausübung i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG erkennt,¹⁴³ wird von Teilen der Literatur ein Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG für sachnäher befunden, weil hierin die Grundrechtsbindung der Öffentlichen Hand auch im Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte zum Ausdruck komme.¹⁴⁴ Dies kann indes

¹³⁶ Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (482).

¹³⁷ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 = BVerfGE 116, 135 (151) (Rn. 59); in der Literatur ist die Reichweite des Art. 12 Abs. 1 GG für Vergabeentscheidungen der Öffentlichen Hand umstritten, s. m. w. N. Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 87; Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 229 ff.; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 238 ff.; Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 198 ff.; Kämmerer, in: von Münch/Kunig, Band 1, GG, Art. 12 Rn. 104.

¹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 = BVerfGE 116, 135 (151) (Rn. 60).

¹³⁹ Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (481); zur davon zu unterscheidenden Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG auch auf eine Wettbewerbseröffnung drängt, wenn eine Leistung verwaltungsintern erbracht werden soll und private Wettbewerber deshalb von vornherein nicht beteiligt werden, s. Kapitel 3, S. 200 ff.

¹⁴⁰ Siegel, NZBau 2019, 353; Burgi, NVwZ 2017, 257 (263); s. m. w. N. auch Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 88.

¹⁴¹ Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (484).

¹⁴² Siegel, NZBau 2019, 353 (354 f.).

¹⁴³ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 Rn. 52 = BVerfGE 116, 135; sich anschließend Siegel, NZBau 2019, 353 (355).

¹⁴⁴ Pünder, VergabeR 2016, 693 (695 f.).

dahinstehen, da beide Garantien einen übereinstimmenden Schutzgehalt aufweisen.¹⁴⁵

E. Völkervergaberecht

Schließlich wird der Einkauf der Öffentlichen Hand durch das Völkervergaberecht¹⁴⁶ beeinflusst. Die zentrale Rechtsgrundlage auf völkerrechtlicher Ebene bildet das „Agreement on Government Procurement“ (GPA).¹⁴⁷ Das General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) und das General Agreement on Trade in Services (GATS) nehmen das öffentliche Beschaffungswesen hingegen aus ihrem Anwendungsbereich aus.¹⁴⁸

Das GPA ist nach Reformen in neuer Fassung am 6.4.2014 in Kraft getreten und bindet insbesondere die EU und ihre Mitgliedstaaten.¹⁴⁹ Art. 216 Abs. 2 AEUV stellt dafür klar, dass die von der Union geschlossenen Übereinkünfte die Organe der Union und die Mitgliedstaaten binden.¹⁵⁰ Das GPA steht als völkerrechtliches Abkommen unter dem Primär-, jedoch über dem Sekundärrecht.¹⁵¹ Dadurch bindet das GPA die EU und ihre Mitgliedstaaten auf verschiedenen Wegen: Zunächst wurden die sich aus dem GPA ergebenden Verpflichtungen von der EU in den Vergaberichtlinien umgesetzt. Weiterhin sind die EU-Richtlinien im Einklang mit dem GPA völkerrechtskonform auszulegen.¹⁵² Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften des GPA wird hingegen weitgehend abgelehnt.¹⁵³

¹⁴⁵ Pünder, VergabeR 2016, 693 (696); zur Bedeutung den grundgesetzlichen Bestimmungen für den Rechtsschutz im Falle von Vergaben an die Öffentliche Hand s. noch Kapitel 10, S. 415 ff.

¹⁴⁶ Begriff nach Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 206.

¹⁴⁷ Daneben bestehen verschiedene bilaterale Beschaffungsabkommen zwischen der EU und Drittstaaten, näher dazu Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 4; zum EWR-Abkommen Frenz, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 222 f.; s. auch Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 13 f.; zur historischen Entwicklung Weiss, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 5 ff.

¹⁴⁸ Bungenberg, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 129; Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 1; Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 211 f.

¹⁴⁹ Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 1; zur Entstehungsgeschichte Frenz, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 224 f.; zu den weiteren Vertragsparteien Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 213.

¹⁵⁰ Eine Mitgliedschaft Deutschlands ist daher nicht erforderlich und auch nicht erfolgt, vgl. Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 3.

¹⁵¹ Frenz, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 218.

¹⁵² Frenz, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 219; Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 3; Weiß, NZBau 2016, 198 (200).

¹⁵³ Allgemein zur unmittelbaren Anwendbarkeit Frenz, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 220 und zum GPA a. a. O. Rn. 230 ff.; s. auch Weiß, NZBau 2016, 198 (199).

Das GPA dient der Marköffnung der Beschaffungsmärkte der unterzeichnenden Staaten und zielt auf die Herstellung von Wettbewerb ab.¹⁵⁴ Das GPA enthält dafür verschiedene vergaberechtliche Regelungen, die einen globalen Mindeststandard bilden sollen, über den das europäische Vergaberecht jedoch hinausgeht.¹⁵⁵ Dabei zeigen sich sogar umgekehrt weitreichende Einflussnahmen des europäischen Vergaberechts auf die Inhalte des GPA.¹⁵⁶ In der europäischen Vergabepaxis kommt dem GPA daher nur eine geringe Bedeutung zu. Dies liegt auch darin begründet, dass der Zugang Drittstaatsangehöriger zu den europäischen Beschaffungsmärkten weitreichend geöffnet wurde.¹⁵⁷ Das GPA spielt jedoch im Falle einer diskriminierenden Verwehrung des Marktzutritts zu Drittstaaten eine Rolle.¹⁵⁸

F. Ergebnisse

In seinen Ursprüngen formulierte das moderne Vergaberecht verfahrensrechtliche Anforderungen allein für den Abschluss fiskalischer Hilfsgeschäfte. Auch in seiner unionsrechtlichen Überformung stellt sich das Vergaberecht bis heute in weitem Umfang als das Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte dar. Mit dem Haushaltsrecht setzte die Verrechtlichung fiskalischer Hilfsgeschäfte der öffentlichen Hand ein. Mit der Überlagerung durch das europäische Kartellvergaberecht wurden die mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte sodann für den Binnenmarkt geöffnet. Die Harmonisierung führte zugleich zu einer Effektivierung des Rechtsschutzes und zur Herausbildung eines Vergaberechts, dessen Anwendungsbereich sich immer stärker konturiert und durch die Auslegung des EuGH dynamisiert.

Trotz dieser Ausdehnung hat das Kartellvergaberecht bisher nicht sämtliches Beschaffungsverhalten der Öffentlichen Hand inkorporiert. In den Lücken des Haushalts- und Kartellvergaberechts hat die Rechtsprechung deshalb Rechtsregeln für die staatliche Beschaffungstätigkeit aus dem sog. Primärvergaberecht sowie aus dem Verfassungsvergaberecht abgeleitet. Überwölbt und beeinflusst wird das Vergaberecht der fiskalischen Hilfsgeschäfte von Wertungen des Völkervergaberechts, zuvorderst des GPA.

¹⁵⁴ *Burgi*, Vergaberecht, § 5 Rn. 2.

¹⁵⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 5 Rn. 2.

¹⁵⁶ *Weiß*, NZBau 2016, 198 (200).

¹⁵⁷ Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 52; abweichend von § 97 Abs.2 GWB erlaubt jedoch § 55 SektVO eine nachteilige Behandlung von drittstaatsangehörigen Bietern, vgl. *Wegener/Pünder*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 103 Rn. 14.

¹⁵⁸ *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 52; in diesem Zusammenhang spielt der zur Zeit auf Eis liegende Vorschlag für eine „Verordnung über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt (...)“, KOM (2012) 124 endg., eine Rolle, der es den Mitgliedstaaten ermöglichen würde, den Anwendungsbereich des Sekundärvergaberechts gegenüber Drittstaaten zu beschränken, um Zugänge zu den Beschaffungsmärkten des Drittstaates durchzusetzen.

2. Kapitel

Die Ausdehnung des Vergaberechts in den Bereich der Primäraufgabenerfüllung in der Daseinsvorsorge

Auch wenn das Vergaberecht seine Wurzeln im Bereich fiskalischer Hilfsgeschäfte hat, kommt ihm heute eine weit über diese ursprüngliche Funktion einer rechtlichen Strukturierung der Beschaffung von Verwaltungsmitteln bei privaten Wirtschaftsteilnehmern hinausgehende Rolle zu. Maurer/Waldhoff kennzeichnen den Begriff des fiskalischen Hilfsgeschäfts aufgrund der faktischen Ausdehnung der marktlichen Beschaffung der Öffentlichen Hand deshalb auch als nicht mehr uneingeschränkt passend.¹⁵⁹ Das Vergaberecht erfasst nicht mehr nur die Beschaffung der für die Eigenerfüllung erforderlichen Mittel, sondern reguliert auch die Beschaffung der Erfüllung durch Dritte.¹⁶⁰ Es geht also um eine Verschiebung des Beschaffungsgegenstands in Bereiche der Verwaltungsaufgabenwahrnehmung selbst, die über den Begriff des fiskalischen Hilfsgeschäfts hinausführt und die veränderte Funktion des Vergaberechts unmittelbar als Rechtsregime staatlicher Primäraufgabenerfüllung aufzeigt. Das Vergaberecht strukturiert heute auch Aspekte der Organisation der Erfüllung von Primäraufgaben.¹⁶¹ Das klassische Verständnis der Vergabe als Hilfsgeschäft zur staatlichen Aufgabenerfüllung muss daher um ein neues, verwaltungsorganisationsrechtliches Verständnis ergänzt werden.¹⁶²

Ausgehend von Entwicklungen in den USA und Großbritannien hat sich der gewährleistungsstaatliche Einsatz des Vergabeinstruments auch in Deutschland etabliert. Während in den 1970er Jahren Schwerpunkt der Vergabe noch der Bereich fiskalischer Hilfsgeschäfte war, sieht Wallerath in der Auftragsvergabe bereits das Potential der „Auslagerung von Verwaltungsaufgaben auf private Unternehmen“¹⁶³. Konkreter wird Pietzcker, der in Übertragung des US-amerikanischen Modells der „new partnership“¹⁶⁴ erste Ansätze der Auslagerung staatlicher Tätigkeit mittels des Vergabeinstruments auch für die deutsche Verwaltung aufzeigt.¹⁶⁵ In den USA hatte sich der Beschaffungsvertrag Ende der 1970er Jahre bereits vom „Hilfsmittel der Vorbereitung staatlichen Handelns zu einem wesentlichen Instrument des ‚government‘ entwickelt“; unter dem Schlagwort des „contracting out“ vollzieht sich danach

¹⁵⁹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 21; zu diesem Neuverständnis m. w. N. auch Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 15.

¹⁶⁰ Vgl. Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 31.

¹⁶¹ Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 4, 45.

¹⁶² Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 45; Burgi, NVwZ 2001, 601 (604); Wollenschläger, EuR-Beih. 3/2015, 69.

¹⁶³ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 72.

¹⁶⁴ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 185 ff.

¹⁶⁵ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 339 ff.

eine Auslagerung staatlicher Aufgaben auf Vertragspartner.¹⁶⁶ Pietzcker weist auf die besondere Qualität dieser Vergaben gegenüber rein fiskalischen Hilfgeschäften hin, weil sie staatstheoretisch grundlegende Fragen der Einbettung von Aufgabenerfüllung in demokratische und rechtsstaatliche Entscheidungszusammenhänge aufwirft.¹⁶⁷ Die bloß informale Verschiebung von Verantwortung durch Einsatz des Vergabeinstruments stelle die dogmatische Erfassung vor besondere Herausforderungen.¹⁶⁸

In Großbritannien wurde die wettbewerblich strukturierte Einbindung Privater in die Erfüllung von Primäraufgaben mittels des „deregulation and contracting-out Act“ von 1994 verwirklicht, durch den eine weitreichende Übertragung von Verwaltungstätigkeiten auf Private erfolgen sollte.¹⁶⁹ Dies fügt sich in das in Großbritannien verfolgte Daseinsvorsorgekonzept der „services of general interest“ ein, wonach diese Dienstleistungen marktmäßig und im Wettbewerb erbracht werden, wobei sich der Staat auf Regulierung beschränkt.¹⁷⁰ Dienstleistungen werden danach umfassend ausgeschrieben, was zu einem Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Leistungserbringern führt.¹⁷¹

Kennzeichen dieser Ausdehnung ist also nicht nur die vergaberechtlich strukturierte Einbindung Privater in die Primäraufgabenerfüllung, sondern zugleich eine Ökonomisierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs selbst. Während die Eigenerfüllung von Verwaltungsaufgaben zunächst noch als eigenständige Kategorie staatlicher Beschaffung behandelt wurde, hat sich das Vergaberecht auch in diesen Bereich ausgedehnt.¹⁷²

Die Ideen der „new partnership“ sind über das europäische Kartellvergaberecht und dieses flankierende sektorspezifische Vergaberegime auch in die deutsche Rechtsordnung vorgedrungen. Die Verknüpfung von Vergabegegenstand und Primäraufgabe konkretisiert sich dabei im schwerpunktmäßigen Anwendungsbereich gewährleistungsstaatlicher Mechanismen: dem Bereich der Daseinsvorsorge.¹⁷³

¹⁶⁶ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 189, 201.

¹⁶⁷ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 339 f., für die US-amerikanische Rechtsentwicklung S. 222 ff.

¹⁶⁸ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 340.

¹⁶⁹ Cassese, Die Privatisierungen: Rückschritt oder Neuorganisation des Staats?, in: Nettesheim/Schiera, Der integrierte Staat, 31 (32).

¹⁷⁰ Waiz, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 42.

¹⁷¹ Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 39.

¹⁷² Vgl. Börner, Rekommunalisierung durch vergaberechtliche In-House-Geschäfte, S. 7 f.

¹⁷³ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 59 ff.

A. Der Begriff der Daseinsvorsorge

Bis heute wird um die Konturen des Begriffs der Daseinsvorsorge zwischen Normativität und Deskription, zwischen privater und öffentlicher Aufgabenwahrnehmungsverantwortung gerungen.

I. Ausgangspunkt des Begriffs der Daseinsvorsorge

Überwiegend auf kommunaler Ebene (so insbesondere in den hier referenzierten Bereichen der Wasserver- und Abwasserentsorgung, der Energieversorgung, dem Öffentlichen Personennahverkehr und der Abfallentsorgung), aber auch auf staatlicher Ebene (Eisenbahnen, Post und Telekommunikation) übernahmen öffentliche Einheiten ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Wege der Eigenwahrnehmung Aufgaben der Versorgung der Bürger mit Leistungen, die für eine normale Lebensführung unabdingbar waren.¹⁷⁴ Mit Forsthoff setzte in den 1930er Jahren die juristische Erfassung dieser besonderen Bereiche der Leistungsverwaltung unter dem Begriff der Daseinsvorsorge ein.¹⁷⁵ Forsthoff qualifizierte die Daseinsvorsorge als die besondere Verantwortung des Staates, die zur Daseinsermöglichung erforderlichen Güter zugänglich zu machen.¹⁷⁶ Mit dem Begriff der Daseinsvorsorge war unmittelbar auch eine Verpflichtung und Legitimation der Öffentlichen Hand konnotiert, die Daseinsvorsorge war also exklusiv der staatlichen Erfüllung vorbehalten und stellte den Legitimationsgrund für die eigenwirtschaftliche Betätigung der Öffentlichen Hand dar.¹⁷⁷ Mittels ausschließlicher Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen durch den Staat sollte verhindert werden, dass durch die Einbeziehung Privater Wettbewerb in Bereichen der Daseinsvorsorge eröffnet würde.¹⁷⁸ Die Da-

¹⁷⁴ Henneke, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 17 ff.; zur historischen Entwicklung a. a. O., S. 19 ff.

¹⁷⁵ Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 6; Forsthoffs Schrift aus dem Jahr 1938 weist eine deutliche Nähe zum totalitären Führerstaat auf, s. a. a. O., S. 9 f. und zuvor schon Forsthoff, Der totale Staat, 1933, was der Rezeption des Begriffs indes keinen Abbruch getan hat, vgl. Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 97; der Begriff wird daher allgemein auch unter dem Grundgesetz für anschlussfähig erachtet, s. nur Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 16 sowie die Einleitung zum Neudruck des 1. Kapitels der Schrift aus 1938 in Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 9; s. aus der umfassenden Rezeption nur Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 15 ff.; Keller/Hellstern, NZBau 2018, 323 (324); zu den theoretischen Wurzeln des Daseinsvorsorgebegriffs s. Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 22 ff.; Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 22; Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 355 ff.

¹⁷⁶ Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 6 f.; ders., Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, S. 6 f.; Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 23.

¹⁷⁷ Henneke, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 22.

¹⁷⁸ Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 23 f.

seinsvorsorge wurde also als nicht mit wettbewerblicher Strukturierung kompatibel angesehen; ihr wurde vielmehr hoheitlicher Charakter zugemessen.¹⁷⁹

II. Modernes Verständnis

Der Begriff der Daseinsvorsorge spielt bis heute eine gewichtige Rolle. Er findet sowohl in der Gesetzgebung,¹⁸⁰ Rechtsprechung¹⁸¹ als auch der Literatur Verwendung. In kritischer Auseinandersetzung mit den Prämissen ForsthoFFs¹⁸² unterlag er jedoch einer umfassenden begrifflichen Neubestimmung. Bis heute ist er Gegenstand von Kontroversen um seine Qualität und Reichweite.

Während ein Teil der Literatur den Begriff gänzlich aufgeben will,¹⁸³ wird er überwiegend als „rechtstatsächlicher Sammelbegriff“¹⁸⁴ für spezielle in öffentlicher Verantwortung verbliebene Aufgaben der Verwaltung für anschlussfähig erachtet.¹⁸⁵ Da sich dem Begriff selbst jedoch keine Rechtsfolgen entnehmen ließen, bedürften die erfassten Aufgaben zunächst einer Deduktion aus verfassungs- und einfachrechtlichen Bestimmungen.¹⁸⁶ Von anderer Seite wird dem Begriff hingegen die Qualität eines Rechtsbegriffs zugeschrieben.¹⁸⁷ Schneiderhan leitet dafür aus dem Begriff der Daseinsvorsorge selbst die Verpflichtung zur staatlichen bzw. kommunalen Gewährleistung der Leistungserbringung sowie deren quantitative und qua-

¹⁷⁹ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 60 f.; Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 385.

¹⁸⁰ S. § 1 Abs. 1 RegG sowie § 50 Abs. 1 WHG; auch die Gemeindeordnungen einiger Länder rekurren auf den Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge, so § 102 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Baden-Württemberg i. d. F. v. 24. 7. 2000 (GBl. S. 582, ber. 698), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 17. 6. 2020 (GBl. S. 403); Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 Gemeindeordnung Freistaat Bayern i. d. F. der Bek. v. 22. 8. 1998 (GVBl. S. 797), zuletzt geändert durch § 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. 12. 2019 (GVBl. S. 737); § 71 Abs. 1 Nr. 4 Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung i. d. F. der Bek. v. 14. 4. 1998 (GVBl. S. 73), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 11. 6. 2020 (GVBl. S. 277, 278).

¹⁸¹ S. nur *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 28. 3. 2012, Az.: Verg 37/11 = ZfBR 2012, 618 (620); *VGH Mannheim*, Beschl. v. 29. 11. 2012, Az.: 1 S 1258/12 = KommJur 2013, 137; *BVerwG*, Urtr. v. 20. 1. 2005, Az.: 3 C 31/03 = NVwZ 2005, 958.

¹⁸² Zu diesen näher Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 99 f.

¹⁸³ Franzius, ZG 2010, 66 (72); in diese Richtung auch Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 111.

¹⁸⁴ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 34 Rn. 56.

¹⁸⁵ Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 100 f.

¹⁸⁶ Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 101 f.

¹⁸⁷ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 39 f.; s. auch Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band IV, § 98 Rn. 49 f.; weitere Nachweise bei Grünwald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 154.

litative Anforderungen ab.¹⁸⁸ Damit wird jedoch verdeckt, dass sich die Pflicht des Staates und der Kommunen, eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit den für ein zeitgemäßes Leben erforderlichen Gütern und Leistungen zu gewährleisten, nur rechtswirksam aus dem Zusammenspiel aus Verfassung und einfach-rechtlichem Rahmen abgeleitet werden kann.¹⁸⁹ Der für bestimmte Aufgaben typischerweise geltende Pflichtenkanon kann sodann die Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge als Sammelbegriff rechtfertigen.¹⁹⁰ Erst die Sammlung spezifischer Rechtsfolgen unter dem Begriff der Daseinsvorsorge ermöglicht also eine Typisierung, die es erlaubt, durch die Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge eine Aufgabe dem zuvor anhand von Einzelaufgaben abgeleiteten spezifischen Pflichtenkanon zuzuweisen. Dadurch entsteht eine Wechselwirkung, die es dem Gesetzgeber ermöglicht, über den Begriff der Daseinsvorsorge eine Verwaltungsaufgabe in einen besonderen Pflichtenkanon zu stellen und in gewisser Weise Rechtsfolgen an den Begriff zu knüpfen.

1. Daseinsvorsorge zwischen Leistungs- und Gewährleistungsverwaltung

Der Begriff der Daseinsvorsorge ist als Oberbegriff für einen Teilbereich der Leistungsverwaltung anschlussfähig. Den Aufgabenbereich der Leistungsverwaltung kennzeichnen staatliche Aufgabenwahrnehmungen in den Bereichen der Unterstützung einzelner und der Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen, die der Gewährleistung der Lebensbedingungen der Bürger dienen.¹⁹¹ Während die Unterstützung Einzelner in individuellen sozialen Notlagen dem Bereich der staatlichen Sozialleistungen zugerechnet wird,¹⁹² werden der Daseinsvorsorge die von der Verwaltung bereitgestellten Leistungen zugeordnet, die der Gewährleistung der Lebensbedingungen der Bürger dienen.¹⁹³ Die mit der Industrialisierung einhergehende Auflösung traditioneller Lebens- und Sicherungsformen hat eine staatliche Verantwortung für die „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“¹⁹⁴ begründet, die im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verfassungs-

¹⁸⁸ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 39; zur Herleitung der Anforderungen an die Versorgung *ders.*, S. 37 ff.

¹⁸⁹ Auf die ansonsten bestehende Gefahr eines Zirkelschlusses weist hin *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 156.

¹⁹⁰ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 40 Fn. 108.

¹⁹¹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 16; zu den weiteren Kategorien a. a. O., § 1 Rn. 14 ff.

¹⁹² *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 34.

¹⁹³ Vgl. *Dörr*, VVDStRL 73 (2014), S. 344; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 21; Überbegriff für beide Aspekte stellt die Wohlfahrtspflege dar, s. *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 96 Rn. 1.

¹⁹⁴ *BVerfG*, Urt. v. 30.6.2009, Az.: 2 BvE 2/08 u. a. Rn. 257 = BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267 (2275).

rechtliche Anerkennung gefunden hat.¹⁹⁵ Im Sozialstaatsprinzip „wird der Versorgungsgedanke positiviert, d.h. der Auftrag, die Deckung der Grundbedürfnisse der Bürger sicherzustellen, die diese allein nicht zu decken in der Lage sind.“¹⁹⁶ Die Diskussion darum, welche Leistungen in diesem besonderen Pflichtenzusammenhang stehen, ist bis heute zwar nicht abgeschlossen.¹⁹⁷ Mittlerweile hat sich aber jedenfalls ein Kern an typischerweise der Daseinsvorsorge zugerechneten Bereichen herauskristallisiert,¹⁹⁸ zu denen auch die vorliegend als Referenzbereiche entfalteten Materien zählen. Dabei weist der Terminus der Daseinsvorsorge eine besondere Nähe zur Infrastruktur auf. Ihre Gewährleistung wird als wichtigstes Anwendungsfeld von Daseinsvorsorge qualifiziert.¹⁹⁹

Die vom Sozialstaatsprinzip erfassten Leistungen stehen in einem besonderen Verpflichtungszusammenhang. Indes lassen sich aus dem Sozialstaatsprinzip keine konkreten Vorgaben für die Art und Weise der Erfüllung ableiten.²⁰⁰ Die Aufgabenzuweisung an die Öffentliche Hand verpflichtet diese nicht dazu, auch die Leistungserbringung selbst vorzunehmen.²⁰¹ Die überwiegende Auffassung spricht der Daseinsvorsorge dementsprechend heute die Qualität eines Staatsvorbehalts ab.²⁰² Im Zuge der Erforschung gewährleistungsstaatlicher Reformpotentiale der Verwaltung wurde herausgearbeitet, dass mit der Daseinsvorsorge-typischen Aufgabenverpflichtung keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Leistungserstellung in Eigenregie einhergeht.²⁰³ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive steht die ausschließliche Wahrnehmung einer Staatsaufgabe durch die Öffentliche Hand der Möglichkeit einer Mitwirkung Privater auch auf der Primärebene der Erfüllung der Aufgabe nicht entgegen.²⁰⁴ Den öffentlichen Aufgabenträgern verfassungsrechtlich geboten ist allein die Gewährleistung der Leistungserbringung in den Daseinsvor-

¹⁹⁵ Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 20 Rn. 206, 211; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 21.

¹⁹⁶ Stepanek, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen, 171; s. auch Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 482 ff.

¹⁹⁷ Von einer Abhängigkeit vom Zeitgeist sprechen Keller/Hellstern, NZBau 2018, 323 (324).

¹⁹⁸ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 40.

¹⁹⁹ Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 165; zur Abgrenzung Mattert/Valentukeviciute/Waßmuth, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 24; s. auch Dörr, VVDStRL 73 (2014), S. 335.

²⁰⁰ Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 20 Rn. 211.1.

²⁰¹ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 36 f.; Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 93; dementsprechend changiert die Leistungserbringung auch zwischen Formen der Eigenleistung und der Gewährleistung, s. Knauff, GewArch Beil. WiVerw Nr. 2/2011, 80 (89 f.).

²⁰² Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 37 m. w. N.

²⁰³ Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 96 Rn. 29; Dörr, VVDStRL 73 (2014), S. 333.

²⁰⁴ Voßkuhle, VVDStRL 62 (2002), 266 (275); Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 51; Hengstschläger, VVDStRL 54 (1995), 165 (174).

sorgebereichen, die sich zwar ultima ratio auch auf die Leistungserbringung durch die Öffentliche Hand konkretisieren,²⁰⁵ sich aber im Falle ausreichender Marktbedienung durch die Privatwirtschaft auf Gewährleistungsstrukturen zurückziehen kann.²⁰⁶ Auch Aufgaben, die von der Öffentlichen Hand nicht mehr selbst erfüllt werden, aber deren Erfüllung von ihr zu gewährleisten ist,²⁰⁷ können daher dem Begriff der Daseinsvorsorge zugeordnet werden.²⁰⁸

2. Daseinsvorsorge und kommunale Selbstverwaltung

Der Begriff der Daseinsvorsorge ist eng mit der kommunalen Selbstverwaltung verknüpft. Teilweise wird der Begriff der Daseinsvorsorge normativ gänzlich in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verortet.²⁰⁹ Dies trifft insofern zu, als die Gemeinden typischerweise mit den der Daseinsvorsorge zugeordneten Aufgaben befasst sind.²¹⁰ Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG weist den Gemeinden das Recht zu, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft werden alle „Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben“,²¹¹ erfasst. Dazu zählen zuvorderst die sogleich noch näher als Referenzbereiche entfalteten Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, der Energieversorgung, des Öffentlichen Personennahverkehrs sowie der Abfallsorgung.²¹²

Darüber hinaus kann dem Begriff der Daseinsvorsorge aber auch im Bereich der staatlichen Aufgaben Bedeutung zugemessen werden.²¹³ Denn auch auf staatlicher

²⁰⁵ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 144.

²⁰⁶ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 37; Dörr, VVDStRL 73 (2014), S. 341.

²⁰⁷ Zum Begriff der Gewährleistungsverwaltung Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 18.

²⁰⁸ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 34.

²⁰⁹ Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 101, spricht davon, dass der Begriff der Daseinsvorsorge normativ auf Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG stützen lasse.

²¹⁰ Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 1 f.; eingehend zur geschichtlichen Entwicklung der kommunalen Daseinsvorsorge seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts a. a. O., S. 16 ff.; Knauff, GewArch Beil. WiVerw Nr. 2/2011, 80 (80 f.); Matter/Valentukeviciute/Waßmuth, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 19.

²¹¹ BVerfG, Beschl. v. 18. 7. 2001, Az.: 2 BvR 1176/99 Rn. 4 („Rastede“) = BVerfGE 79, 127; Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 39.

²¹² Burgi, Kommunalrecht, § 6 Rn. 19; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 2; zu den weiteren Aufgabenfeldern Burgi, Kommunalrecht, § 6 Rn. 19.

²¹³ Anders Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 101, der den Begriff der Daseinsvorsorge normativ allein auf die Garantie kommunaler Selbstverwaltung stützen will.

Ebene finden sich Aufgabenzuweisungen, die den Anforderungen an die Qualifikation als Daseinsvorsorge genügen. Dies gilt zunächst für das Land Berlin, das als Stadtstaat einerseits Staat, andererseits aber auch Einheitsgemeinde und damit Berechtigter des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist.²¹⁴ Eine Unterteilung in staatliche und gemeindliche Aufgaben scheidet in Berlin aus (Art. 3 Abs. 2 VvB, § 1 AZG Bln).²¹⁵ Berlin nimmt mithin gemeindliche Daseinsvorsorgeaufgaben zugleich als staatliche wahr.

Auf Bundesebene findet sich darüber hinaus die Verpflichtung des Bundes, außerhalb des Schienenpersonennahverkehrs das Wohl der Allgemeinheit in Bezug auf die Eisenbahninfrastruktur sowie die Verkehrsangebote zu gewährleisten, Art. 87e Abs. 4 GG. Art. 87f Abs. 1 GG verpflichtet den Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Während die Leistungserbringung privatisiert wurde, bleibt mithin eine staatliche Gewährleistungsverantwortung bestehen, die als bundesstaatliche Aufgabe der Daseinsvorsorge qualifiziert werden kann.²¹⁶

Zweifelhaft ist, ob die mit dem Begriff der Daseinsvorsorge konnotierte besondere Pflicht zur Sicherstellung der Aufgabenerfüllung ebenfalls in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verortet werden kann. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kommt primär eine abwehrechtliche Funktion zu. Die den Kommunen danach zugewiesenen Aufgaben werden i. S. e. staatsorganisatorischen Prinzips gegenüber staatlichen Eingriffen abgesichert.²¹⁷ Ihr Entzug wird gar als Verletzung des Wesensgehalts des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG qualifiziert.²¹⁸ Aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kann jedoch keine Verpflichtung der Gemeinden zur Erfüllung bestimmter Aufgaben abgeleitet werden.²¹⁹ Die daseinsvorsorgetypische (Gewähr-)Leistungspflicht folgt vielmehr aus der staatlichen Inpflichtnahme der Gemeinden durch einfach-gesetzliche oder landesverfassungsrechtliche Regelungen²²⁰ oder unmittelbar durch die Verfassung.²²¹ Die Auferlegung kommunaler Pflichtaufgaben ist daher vielmehr als Eingriff in Art. 28 Abs. 2 S. 1

²¹⁴ *Siegel/Waldhoff*, Öffentliches Recht in Berlin, § 1 Rn. 275; *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 14; *Remmert*, LKV 2004, 341; *BVerwG*, Urt. v. 10. 10. 2012, Az.: 9 A 10.11 Rn. 11 = NVwZ 2013, 662; für eine vollständige Überlagerung der Rechtsposition durch die Stellung als Bundesland hingegen *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 15 sowie *Schmidt*, Kommunalrecht, Rn. 210; offenlassend *VG Berlin*, Urt. v. 30. 6. 2017, Az.: 4 K 16.15 juris-Rn. 113 = ECLI:DE:VGBE:2017:0630.VG4K16.15.00; zu den Besonderheiten der weiteren Stadtstaaten Hamburg und Bremen *Burgi*, Kommunalrecht, § 1 Rn. 2 f.

²¹⁵ *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 108.

²¹⁶ Wie hier *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 35.

²¹⁷ *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen, S. 15.

²¹⁸ *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 215.

²¹⁹ Dazu grundlegend *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen, S. 87 ff.

²²⁰ Dazu näher *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen, S. 140 ff.

²²¹ Dazu näher *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen, S. 165 ff.

GG zu qualifizieren. Sie findet ihre Rechtfertigung jedoch im Sozialstaatsprinzip, das durch die Grundrechte ergänzt und konkretisiert wird.²²²

III. Referenzbereiche

Der Terminus der Daseinsvorsorge konkretisiert sich als „rechtstatsächlicher Sammelbegriff“ anhand einzelner Aufgabenfelder, von denen die Aufgaben der Abfallbeseitigung, der Wasserver- und Abwasserentsorgung, der Energieversorgung sowie des ÖPNV in ihrer öffentlich-rechtlichen Strukturierung näher entfaltet werden sollen.

1. Abfallentsorgung

Der Abfallentsorgung kommt für das Interesse der Bürger an sauberen, sicheren und bewohnbaren Siedlungen und dem Schutz der Umwelt wesentliche Bedeutung zu.²²³ Bis 1996 war die Aufgabe der Abfallentsorgung dafür in öffentlicher Hand monopolisiert und wurde von kommunalen Unternehmen wahrgenommen.²²⁴ Seit den 1990er Jahren ist die Abfallentsorgung jedoch mehrfach Gegenstand gesetzgeberischer Maßnahmen gewesen, die den Aufgabenbestand der Gemeinden wesentlich modifiziert haben. In der Praxis existieren heute private und kommunale Unternehmen nebeneinander.²²⁵ Das Rechtsregime der Abfallentsorgung ergibt sich wesentlich aus GG und Kommunalverfassungen, dem KrWG des Bundes und den Landesabfallgesetzen.

a) Abfallentsorgung zwischen Verursacherprinzip und Staatsaufgabe

Die Abfallentsorgung wird bis heute klassischerweise dem von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Aufgabenbestand der Gemeinden zugerechnet und zugleich als Aufgabe der Daseinsvorsorge qualifiziert.²²⁶ Die kommunalen Monopole wurden jedoch zugunsten eines zweigliedrigen Systems aufgelöst. Das Abfallgesetz von

²²² *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen, S. 171.

²²³ *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 11 Rn. 1.

²²⁴ *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 11 Rn. 67; zur Entwicklung der Abfallentsorgung seit dem 19. Jahrhundert *Wolf*, ZUR 2017, 579; zur Entwicklung zur Aufgabe der Gemeinden auch *BVerfG*, Beschluß v. 23. 11. 1988, Az.: 2 BvR 1619, 1628/83 = BVerfGE 79, 127 (Rastede); zur damals schon möglichen Einbindung Privater in die Abfallentsorgung *Winkelmann*, UPR 1991, 169 (170 ff.).

²²⁵ *Friedländer*, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen: Konzept – Entwicklungstendenzen – Perspektive, Arbeitspapier, Universität Leipzig, Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management, Nr. 45, S. 40.

²²⁶ *Keller/Hellstern*, NZBau 2018, 323 (324); den örtlichen Charakter und darüber hinaus die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung nach dem KrWG anzweifelnd *Engels*, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 51.

1996 leitete einen Wandel hin zu vorrangig privatwirtschaftlicher Aufgabenwahrnehmung in den Bereichen Industrie- und Gewerbeabfälle durch eine Verlagerung der Entsorgungsverantwortung auf die privaten Erzeuger und Besitzer ein.²²⁷ An der Abkehr vom ehemaligen Staatsmonopol hält der Gesetzgeber bis heute fest.²²⁸ Die Entsorgungspflicht für Abfall wird im Grundsatz den Abfallerzeugern und -besitzern auferlegt (§ 7 Abs. 2, 15 Abs. 1 KrWG).²²⁹ Das Gesetz folgt damit in seiner Grundkonzeption dem Verursacherprinzip als Gegenstück zum Gemeinlastprinzip.²³⁰ Der Gesetzgeber hat hiermit eine teilweise Privatisierung der Abfallentsorgung erreicht.²³¹

Der Grundsatz der Eigenentsorgung wird jedoch im Sinne eines „Zwei-Säulen-Modells“ zugunsten der Öffentlichen Hand mehrfach durchbrochen.²³² § 17 Abs. 1 KrWG normiert dafür unter spezifischen Voraussetzungen Überlassungspflichten an die sog. öffentlichen Entsorgungsträger. Öffentliche Entsorgungsträger sind die nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (§ 17 Abs. 1 S. 1 KrWG). Die Verpflichtung liegt in der organisatorischen Gestaltungshoheit der Länder, wobei Flächenländer zuvorderst Landkreise und kreisfreie Städte verpflichtet haben.²³³ In Berlin ist hingegen das Land Berlin selbst nach § 2 Abs. 1 des KrW-/AbfG Bln²³⁴ öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger.

Mit der Überlassung geht die Aufgabe der Entsorgung auf die Öffentliche Hand über (§ 20 Abs. 1 S. 1 KrWG). § 17 KrWG stellt sich damit als „Weiche“²³⁵ zwischen privater und staatlicher Aufgabe dar. Dieses vom Gesetzgeber eingeräumte Recht zur Monopolisierung der Entsorgungsaufgabe bei den öffentlichen Entsorgungsträgern

²²⁷ *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 11 Rn. 67; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 5; *Friedländer*, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen: Konzept – Entwicklungstendenzen – Perspektive, Arbeitspapier, Universität Leipzig, Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management, Nr. 45, S. 40; *Friederiszick/Reinhold/Demuth*, NZKart 2016, 246 (247); *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 17 Rn. 7 ff.

²²⁸ *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 5; s. zur alten Rechtslage *Kunig*, in: *Kunig/Schwermer/Versteyl*, Abfallgesetz, § 3 Rn. 1 ff.

²²⁹ *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 11 Rn. 67; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 15 Rn. 9.

²³⁰ *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 3; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 2 Rn. 15.

²³¹ *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 11 Rn. 67; zur Zulässigkeit in Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG *Kahl*, DVBl. 1995, 1327 (1332); zur Frage einer unionsrechtlichen Pflicht zu einer weitergehenden Liberalisierung *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 17 Rn. 21 ff.

²³² *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 11 Rn. 67; zur Privatisierungskonzeption auch *Kahl*, DVBl. 1995, 1327 (1328 f.).

²³³ *Giesberts*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, KrWG, § 17 Rn. 2; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 26.

²³⁴ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen in Berlin (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz Berlin – KrW-/AbfG Bln) vom 21. Juli 1999, GVBl. 1999, 413.

²³⁵ *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 1 spricht von „Weichenstellung“.

kann als „heteronom normative Kommunalisierung“ qualifiziert werden.²³⁶ Die Abfallentsorgung wird unter den Voraussetzungen des § 17 KrWG zur von der Öffentlichen Hand zu erfüllenden Aufgabe der Daseinsvorsorge.²³⁷

Entsprechende Bedeutung ist den Voraussetzungen für eine Überlassungspflicht zuzumessen. Sie entscheiden darüber, ob den öffentlichen Entsorgungsträgern ein Aufgabenzugriff zusteht oder die Aufgabe im Sinne materieller Privatisierung der Privatwirtschaft überantwortet ist.²³⁸

b) Hochzonung der Aufgabe auf die Kreise und kreisfreien Städte

Neben der teilweisen Privatisierung der Abfallentsorgung im Zuge der Einführung des Verursacherprinzips erfolgte zudem eine Hochzonung des kommunalen Aufgabenbestands auf die Kreise und kreisfreien Städte. Die Hochzonung steht in einer Spannungslage zu Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, die aber vom BVerfG als verfassungsgemäß angesehen wurde.²³⁹ Ein vollständiger Entzug von Entsorgungsaufgaben aus dem kommunalen Bereich wird hingegen für unzulässig erachtet.²⁴⁰

c) Erbringungsmodalitäten

Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger greifen zur Erfüllung ihrer Pflichten (§ 20 KrWG) auf verschiedene Erbringungsmodalitäten zurück.

²³⁶ Klement, Die Verw 48 (2015), 55 (59).

²³⁷ So Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 3.

²³⁸ Bis heute ist die Reichweite der Überlassungspflichten gegenüber gewerblichen Sammlungen dementsprechend umstritten; immer wieder spielt etwa die Untersagung der gewerblichen Sammlung von Altkleidern eine Rolle in der Rechtsprechung, vgl. zuletzt *VGH München*, Beschl. v. 15. 6. 2020, Az.: 12 B 17.1792; *VGH München*, Beschl. v. 11. 1. 2018, Az.: 20 ZB 17.1916 = NVwZ-RR 2018, 386; *OVG Lüneburg*, Urt. v. 15. 2. 2018, Az.: 7 LB 71/17 = ZUR 2018, 434; s. zum „Kampf um den Abfall“ aus der Literatur Bühs, LKV 2018, 49 (50); s. auch Frenz, DÖV 2017, 943; zur Frage der Klagebefugnis der öffentlich-rechtlichen Abfallentsorger Bühs, LKV 2018, 549.

²³⁹ *BVerfG*, Beschluß v. 23. 11. 1988, Az.: 2 BvR 1619, 1628/83 („Rastede“) = BVerfGE 79, 127; die Thematik der Hochzonung von Aufgaben auf höhere Verwaltungsebenen spielt immer wieder eine Rolle; zuletzt sprach sich das BVerfG für einen Vorrang der kommunalen Kooperation vor einer Hochzonung aus, s. *BVerfG*, Urt. v. 21. 11. 2017, Az.: 2 BvR 2177/16 Rn. 86 = KommJur 2018, 11; s. zur Hochzonung auch Ziekow, VerwArch 110 (2019), 68 (77 ff.).

²⁴⁰ Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 26; zu den hohen Anforderungen Ziekow, VerwArch 110 (2019), 68 (80 ff.).

aa) Eigenerfüllung

Ihnen steht es zunächst offen, ihren Entsorgungspflichten selbst nachzukommen (Eigenerledigung i. e. S.).²⁴¹ In Berlin wäre das bspw. der Fall, wenn das Land Berlin als zuständiger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger (§ 5 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG Bln) mit seinem eigenen Behördenapparat oder mittels eines Regie- oder Eigenbetriebs der Aufgabe nachkommen würde.

bb) Einbindung Dritter

Indes greift das Land Berlin für die Aufgabenerfüllung auf die BSR zurück, § 5 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG Bln. Bei der BSR handelt es sich um eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, § 1 Abs. 1 Nr. 1 BerlBG.

Dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ist es nämlich gestattet, unter den Voraussetzungen des § 22 KrWG Dritte mit der Erfüllung der eigenen Pflichten zu beauftragen. § 22 S. 1 KrWG stellt das Recht zur Beauftragung Dritter durch die mit der Verwertung und Beseitigung Verpflichteten nur deklaratorisch fest,²⁴² denn das Recht der kommunalen Entsorgungsträger, sich Dritter zu bedienen, folgt bereits aus ihrer von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Organisationshoheit.²⁴³

Der Rückgriff auf eigenständige Rechtssubjekte wie privatisierte Eigengesellschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts kann als Hauptform kommunaler Eigenerbringung qualifiziert werden.²⁴⁴ Umstritten ist im Rahmen des § 22 KrWG jedoch, ob auch rechtsfähige Personen des öffentlichen Rechts vom Begriff des „Dritten“ erfasst sind. Die überwiegende Ansicht lässt rechtsfähige Personen des öffentlichen Rechts aufgrund des weiten Wortlaut des § 22 KrWG als „Dritte“ zu.²⁴⁵ In Betracht kommen neben Anstalten insbesondere Körperschaften des öffentlichen Rechts. Entsprechend hat das Land Berlin nach § 5 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG Bln die als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten BSR in die Aufgabenerfüllung eingebunden.

²⁴¹ Zur Praxisrelevanz kommunaler Eigenerbringung in der Abfallwirtschaft *Portz*, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 146 f.

²⁴² Bereits § 3 Abs. 2 S. 2 AbfG (1986) stellte ausdrücklich die Möglichkeit der Aufgabenverantwortlichen fest, sich zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter zu bedienen („Sie können sich zur Erfüllung dieser Pflicht Dritter bedienen.“); bereits davor fand sich im Abfallbeseitigungsgesetz v. 7.6.1972 (BGBl. I S. 873) eine entsprechende Formulierung; dazu *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, Einführung in das neue Abfallrecht, Rn. 6.

²⁴³ *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 22 Rn. 6.

²⁴⁴ *Portz*, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 147.

²⁴⁵ *Dippel*, in: Giesberts/Rheinhardt, KrWG, § 22 Rn. 2 m. w. N. zur a. A.: *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 22 Rn. 12; *Dieckmann*, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 22 Rn. 14.

Eine Einschränkung des Rechts zur Einbindung Dritter formuliert § 22 S. 2 KrWG. Danach muss die Erfüllungsverantwortung des öffentlichen Entsorgungsträgers von der Beauftragung bis zur endgültigen und ordnungsgemäßen Entsorgung bestehen bleiben. Der Dritte muss bei der Erfüllung der Entsorgungsaufgabe also i. S. e. Verwaltungshelfers tätig werden.²⁴⁶ Bereits für die Vorgängervorschrift § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG leitete das BVerwG eine entsprechende Pflicht ab.²⁴⁷ Eine materielle Privatisierung der Entsorgungsaufgabe durch Übertrag auf Dritte ist folglich ausgeschlossen.²⁴⁸ Fraglich ist mit Abschaffung des § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG (1994) deshalb geworden, ob im Abfallrecht noch das Modell einer Betrauung Dritter mit einer Dienstleistungskonzession in Betracht kommt. Aufgrund seiner teilweisen Qualifikation als Instrument materieller Privatisierung wird das Dienstleistungskonzessionsmodell außerhalb ausdrücklicher gesetzgeberischer Ermächtigung mitunter für unzulässig erachtet.²⁴⁹ Indes handelt es sich bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen richtigerweise um einen Fall funktionaler Privatisierung, sodass auch eine Konzessionierung nach Fachrecht weiterhin als zulässig bewertet werden muss.²⁵⁰

cc) Kooperationsmodelle und Delegation

Daneben eröffnen die Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit den Aufgabenträgern auch die Möglichkeit, zur Erfüllung der Aufgaben zu kooperieren.²⁵¹ Für das Land Berlin erlaubt § 10 KrW-/AbfG Bln die Beteiligung an einem Zweckverband oder überregionalen Gesellschaften des Privatrechts. Dabei ist es den Aufgabenträgern im Rahmen dieser Vorschriften unbenommen, ihre Aufgabe vollständig auf einen dritten Verwaltungsträger zu delegieren. § 22 S. 2 KrWG ist hierauf nicht anwendbar.²⁵²

²⁴⁶ *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, KrWG, § 22 Rn. 8; *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 22 Rn. 8.

²⁴⁷ *BVerwG*, Urt. v. 28.6.2007, Az.: 7 C 5.07 Rn. 16 ff. = ECLI:DE:BVerwG:2007:280607U7C5.07.0.

²⁴⁸ 1994 kam deshalb mit § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG (1994) die Möglichkeit zur gänzlichen Pflichtenübertragung auf Dritte hinzu, die mittlerweile jedoch wieder abgeschafft wurde.

²⁴⁹ So *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 22 Rn. 3; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 19.10.2011, Az.: VII-Verg. 51/11; kritisch zur Rspr. *Teufel*, KommJur 2012, 87 (92).

²⁵⁰ S. zu dieser Frage noch in diesem Kapitel, S. 120 f.

²⁵¹ Diesen Formen kommt in der kommunalen Abfallbeseitigung ebenfalls hohe praktische Relevanz zu, s. *Portz*, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 147.

²⁵² In diesem Sinne *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 22 Rn. 13.

2. Öffentlicher Personennahverkehr

Der Begriff des öffentlichen Personennahverkehrs umfasst die Grundversorgung der Bevölkerung im Nahverkehrsbereich auf Straße, Schiene und Wasser.²⁵³ Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) wird in § 2 RegG²⁵⁴ definiert als die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.²⁵⁵

Insofern ist der Personennah- vom Personenfernverkehr abzugrenzen (zu letzterem s. § 42a PBefG).²⁵⁶ Zugleich erfasst der Begriff des ÖPNV im Grundsatz nur Linien- (§ 42 PBefG), nicht aber Gelegenheitsverkehr (§ 46 PBefG).²⁵⁷

a) Straßen- und schienengebundener ÖPNV

Eine Binnendifferenzierung erlaubt die Unterscheidung zwischen straßen- und schienengebundenem ÖPNV.²⁵⁸ Während ersterer Gegenstand des PBefG ist, ist der schienengebundene ÖPNV (SPNV) Gegenstand des AEG.²⁵⁹ Beachtet werden muss jedoch, dass das PBefG mit Straßenbahnen auch schienengebundenen Verkehr erfasst (§ 1 Abs. 1 PBefG). Denn Straßenbahnen weisen auch einen Bezug zur Straße auf, weil sie nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 PBefG den Verkehrsraum öffentlicher Straßen benutzen. Der Begriff der Straßenbahn wird nach § 4 Abs. 2 PBefG aber auch auf Hoch- und U-Bahnen erweitert, zu denen auch Stadtbahnen zählen, soweit sie ausschließlich oder überwiegend dem Orts- oder Nachbarschaftsbereich dienen

²⁵³ *Saager*, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 143; zur Begriffsbestimmung eingehend *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 295 ff.

²⁵⁴ S. auch § 8 Abs. 2 PBefG, dazu *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 9 sowie § 2 Abs. 12 AEG.

²⁵⁵ Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Begriffs des Personennahverkehrs *Oebbecke*, NVwZ 2017, 1084.

²⁵⁶ *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 7; zur Abgrenzung näher *Oebbecke*, NVwZ 2017, 1084 (1084); zur Abgrenzungsproblematik auch *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 13.

²⁵⁷ *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 7, a. a. O. Rn. 8 zur Erfassung von Taxiverkehr nach § 2a PBefG.

²⁵⁸ Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 23 Rn. 17 f.; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, S. 115.

²⁵⁹ Schienenpersonennahverkehr ist nach § 2 Abs. 12 AEG ein Verkehrsdienst, dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken. Das AEG erfasst aber nur Eisenbahnen i. S. d. § 2 Abs. 1 AEG. Es gilt hingegen nicht für andere Schienenbahnen wie Magnetschwebbahnen, Straßenbahnen und die nach ihrer Bau- oder Betriebsweise ähnlichen Bahnen, Bergbahnen und sonstige Bahnen besonderer Bauart, § 1 Abs. 2 S. 2 AEG. Der Verkehr mit Straßenbahnen, Hochbahnen, U-Bahnen oder ähnlichen Bahnen unterfällt daher allein dem PBefG.

und also nicht als Regionalverkehr zu qualifizieren sind.²⁶⁰ Nicht vom PBefG erfasst sind mithin nur die Eisenbahnen i. S. d. § 1 Abs. 2 AEG.

b) ÖPNV zwischen Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit

Die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im Nahverkehr wird vom Gesetzgeber als Aufgabe der Daseinsvorsorge qualifiziert (§ 1 Abs. 1 RegG),²⁶¹ s. auch § 2 Abs. 1 S. 1 ÖPNV-Gesetz Bln²⁶². Die Schaffung und Unterhaltung örtlicher Verkehrseinrichtungen wird dabei dem kommunalen Wirkungskreis zugerechnet.²⁶³ Die kommunale Verantwortung für den ÖPNV wird einerseits im Sozialstaatsprinzip verortet,²⁶⁴ andererseits als kommunale Kernaufgabe in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG garantiert.²⁶⁵

Die Ausgestaltung als kommunale Aufgabe variiert in den Ländern. Während teilweise eine Ausgestaltung als kommunale Pflichtaufgabe erfolgt ist,²⁶⁶ wird die Pflichtaufgabe in anderen Ländern auf die Aufstellung des Nahverkehrsplans beschränkt, teils wird auch der gesamte ÖPNV als freiwillige Aufgabe qualifiziert.²⁶⁷

Anders als im allgemeinen Personenbeförderungsrecht, in dem sich staatliche Aufgabenwahrnehmung auf gefahrenabwehrrechtliche Kontrolle reduziert, kommt der Öffentlichen Hand im Bereich des ÖPNV eine gesteigerte Gemeinwohlverantwortung bei der Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen zu. Die ursprünglich rein gewerberechtliche Funktion des Personenbeförderungsrechts, wie sie bis heute noch im Genehmigungsregime des § 2 PBefG Ausdruck findet, wird daher überlagert und ergänzt von einem Regime staatlicher Verkehrsgestaltung im ÖPNV.²⁶⁸

²⁶⁰ Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 4 Rn. 1.

²⁶¹ Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz – RegG) v. 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378).

²⁶² Gesetz über die Aufgaben und die Weiterentwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs im Land Berlin (ÖPNV-Gesetz) v. 27. Juni 1995 (GVBl. 1995, 390).

²⁶³ Hellermann, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 41.3.

²⁶⁴ Musil, Sozialstaatliche Strukturen der EU-Mitgliedstaaten unter Liberalisierungsdruck, S. 21 (25); Henneke, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 19; Rißner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 96 Rn. 34.

²⁶⁵ Waiz, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 42.

²⁶⁶ Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8 Rn. 13.

²⁶⁷ Übersicht bei Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8 Rn. 13.

²⁶⁸ Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8 Rn. 1, 10, der in Rn. 3 auch von einem „System staatlich-regionaler, sektoraler Wirtschaftslenkung“ spricht. Auch das AEG zeichnet sich durch eine ordnungsrechtliche Struktur aus. So bedarf die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen einer Unternehmensgenehmigung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AEG. Da bei Erfüllung aller Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, s. Hermes, in: Ehlers/Feh-

Die für die Sicherstellung der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV zuständigen Behörden werden durch Landesrecht bestimmt, § 1 Abs. 2 RegG. Die Länder haben hierfür Nahverkehrsgesetze erlassen. Die danach benannten Behörden sind zunächst für die Aufstellung der Nahverkehrspläne zuständig; zugleich sind sie im Genehmigungsverfahren für eigenwirtschaftliche Verkehre eingebunden und nehmen schließlich die Funktion der zuständigen Behörde i. S. d. VO (EG) 1370/2007 wahr.²⁶⁹ Die Länder haben für den straßengebundenen ÖPNV überwiegend Landkreise und kreisfreie Städte (aber teilweise auch Städte, Gemeinden und Bezirksregierungen) als Aufgabenträger festgelegt.²⁷⁰ Im Bereich des SPNV wird die Aufgabe von den Ländern, Verkehrsverbünden oder Zweckverbänden nach den jeweiligen Nahverkehrsgesetzen wahrgenommen.²⁷¹

Ihre Aufgabe nehmen die Aufgabenträger zunächst mittels des Nahverkehrsplans wahr.²⁷² Die Erbringung konkreter Verkehrsdienstleistungen wird sodann den Verkehrsdienstleistungsunternehmen nach § 3 PBefG „überlassen“. ²⁷³ Möchte ein Unternehmen Nahverkehrsdienstleistungen erbringen, braucht es nach § 2 PBefG dafür eine Genehmigung. Mit ihrem Genehmigungsantrag konkretisieren die Verkehrsdienstleistungsunternehmen zugleich den Nahverkehrsplan.²⁷⁴

Dem Recht des straßengebundenen ÖPNV liegt somit ein erster Aufgabenzugriff sog. „eigenwirtschaftlicher Verkehre“ zugrunde.²⁷⁵ Nach dem Grundsatz des Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Erbringung (§ 8 Abs. 4 S. 1 PBefG) sollen ÖPNV-Leistungen vorrangig von Anbietern erbracht werden, die – vereinfachend gesprochen – ihre Dienste kostendeckend anbieten können und daher nicht auf die Gewährung von Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen i. S. d. VO (EG) 1370/2007 angewiesen sind. Die genaue Ermittlung der Eigenwirtschaftlichkeit richtet sich nach § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG.²⁷⁶

ling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 86) liegt insoweit eine zum PBefG vergleichbare Regelungsstruktur vor.

²⁶⁹ *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 12.

²⁷⁰ *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 13; *Schneiderhan*, *Daseinsvorsorge und Vergaberecht*, S. 171; *Saager*, *Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, S. 143.

²⁷¹ *Hermes*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Band 1, § 26 Rn. 89.

²⁷² Vgl. § 8 Abs. 3 S. 2 PBefG; für den SPNV: *Hermes*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Band 1, § 26 Rn. 89; für das Land Berlin: § 29 MobG Bln; der Nahverkehrsplan für Berlin ist abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/uvk/verkehr/verkehrsplanung/oeffentlicher-personennahverkehr/nahverkehrsplan/#nvp>.

²⁷³ So im Grundsatz *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 11.

²⁷⁴ *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 11.

²⁷⁵ *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (865); *Knauff*, NVwZ 2020, 1171 (1174); *ders.*, *Gewährleistungsstaat*, S. 426 f.; zum SPNV *Hermes*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Band 1, § 26 Rn. 90.

²⁷⁶ *Kritisch Walz*, *Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht*, S. 114, wonach die Vorschrift dazu führe, dass auch massiv öffentlich geförderte

Da der ÖPNV in weiten Bereichen jedoch „chronisch defizitär und daher auf finanzielle Unterstützung der Öffentlichen Hand angewiesen“²⁷⁷ ist, können eine Vielzahl von Verkehrsleistungen nur unter Gewährung staatlicher Ausgleichsleistungen erbracht werden.²⁷⁸

In diesem Fall greift das sog. Bestellerprinzip, wonach der Aufgabenträger mittels sog. Verkehrsverträge Dritte mit der Erbringung von Verkehrsleistungen unter Zahlung von Ausgleichsleistungen beauftragt.²⁷⁹ Hierbei ist der Aufgabenträger aber nicht zum Rückgriff auf private Wettbewerber verpflichtet. Dies erhellt, warum kommunale Verkehrsunternehmen einen Marktanteil von 75 % am ÖPNV halten.²⁸⁰

Aufgabenträger in Berlin ist nach § 27 Abs. 1 S. 1 MobG Bln das Land Berlin für den gesamten ÖPNV.²⁸¹ Dabei kann sich Berlin Dritter bedienen (§ 27 Abs. 3 MobG Bln). Für die Durchführung des Gesetzes wird die für Verkehr zuständige Senatsverwaltung benannt, § 27 Abs. 1 S. 2 MobG Bln, die zugleich die Funktion der zuständigen Behörde i.S.d. VO (EG) 1370/2007 wahrnimmt (§ 27 Abs. 2 MobG Bln). Nach § 29 stellt der Aufgabenträger einen Nahverkehrsplan auf und schließt nach § 30 MobG Bln Verkehrsverträge, wenn erforderliche finanzielle Leistungen i.S. gemeinwirtschaftlicher Verkehre ausgeglichen werden.

c) Erbringungsmodalitäten

Sind die Kommunen nicht aufgrund des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre an die Erbringung durch einen Dritten gebunden, stehen ihnen verschiedene Möglichkeiten zur Erbringung der im Nahverkehrsplan vorgesehenen Leistungen zur Verfügung.

aa) Eigenerfüllung

Zunächst können sie die Aufgabenwahrnehmung im Wege der Eigenerfüllung an sich ziehen, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 VO (EG) 1370/2007.

Verkehre als eigenwirtschaftlich qualifiziert würden, was zu einer Verdrängung des Ausschreibungsverfahrens für gemeinwirtschaftliche Verkehre führe.

²⁷⁷ Knauff, DVBl. 2014, 692.

²⁷⁸ Dies gilt auch für den SPNV, s. *Hermes*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 88; für einen Einkauf gemeinwirtschaftlicher Leistungen nach § 15 AEG auch im Personenfernverkehr aufgrund der „systematischen Ausdünnung“ durch die DB Fernverkehr AG *Hermes*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 87.

²⁷⁹ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, Vorbemerkungen Rn. 44; *Hermes*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 90; näher zum Verhältnis von eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsbedienung *Sang*, jurisPR-VergR 4/2017 Anm. 2.

²⁸⁰ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 302.

²⁸¹ In Berlin wurde das ÖPNV-Gesetz zuletzt durch das Berlin Mobilitätsgesetz v. 5. 7. 2018 abgelöst (GVBl. 2018, 464); s. zum Abschnitt ÖPNV *Seifert/Dromgool*, LKV 2019, 10 (12).

bb) Einbindung Dritter

Zudem ist die Einbindung Dritter möglich. Die Kommunen können dafür auf die ganze Bandbreite der zur Verfügung stehenden rechtlich selbstständigen Organisationsformen zurückgreifen und darüber hinaus auch Private in die Aufgabenerfüllung einbinden. Neben der Leistungserbringung durch kommunale Unternehmen spielen daher auch private Verkehrsunternehmen bei der Erbringung von Leistungen im ÖPNV eine Rolle.²⁸² Das Land Berlin hat mit der BVG als rechtsfähiger Anstalt des öffentlichen Rechts einen Verkehrsvertrag über die Erbringung von ÖPNV-Leistungen in Berlin geschlossen. Zudem hat es mit der S-Bahn Berlin GmbH als Tochter der Deutschen Bahn AG Verkehrsverträge abgeschlossen.²⁸³

cc) Kooperationsmodelle

Schließlich spielen im ÖPNV auch Modelle der Kooperation eine Rolle. Die Nahverkehrsgesetze der Länder geben hierfür das Ziel einer Zusammenarbeit der Aufgabenträger und von Verkehrskooperationen vor. Daneben besteht auch die Möglichkeit zu kommunaler Kooperation nach den Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit.

3. Energieversorgung (Strom, Gas und Fernwärme)

Der Begriff der Energieversorgung beschreibt die typischerweise leitungsgebundene Versorgung mit Strom, Gas und Fernwärme.²⁸⁴

a) Energieversorgung zwischen kommunaler Aufgabe und Liberalisierung

Die örtliche Energieversorgung wird traditionell als Aufgabe des gemeindlichen Wirkungskreises anerkannt. Die Kommunen sind danach befugt zur – auch wirtschaftlichen – Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Energieversorgung.²⁸⁵ Dies gilt aufgrund des kommunalen Zuschnitts und ihrer Belegenheit im Gemeindegebiet erst recht für die örtlichen Netze zur Energieverteilung.²⁸⁶ Dies wird zwar teilweise in

²⁸² Knauff, NVwZ 2020, 1171 (1171).

²⁸³ S. dazu auch schon die Einleitung, S. 48 ff.

²⁸⁴ Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 45.

²⁸⁵ BVerwG, Urt. v. 18.5.1995, Az.: 7 C 58/94 (Rn. 13 ff. juris) = BVerwGE 98, 273; Hellermann, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 41.3; Mehde, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93: Energieversorgung einschließlich Energieerzeugung und Abschluss von Konzessionsverträgen; Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 104.

²⁸⁶ Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 104; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Ener-

Abrede gestellt, weil die Aufgabe auf die europäische Ebene „hochgezont“ und damit dem kommunalen Wirkungskreis entzogen worden sei.²⁸⁷ Indes ist an der tradierten Auffassung festzuhalten. Dafür spricht schon die territoriale Verortung der Verteilernetze im Gemeindegebiet. Hinzu tritt, dass das europäische Unionsrecht selbst gar keine Auswirkungen auf die nationalstaatliche Aufgabenzuweisung haben darf, Art. 345 AEUV.

Energieversorgung wird zudem als Daseinsvorsorgeaufgabe qualifiziert.²⁸⁸ Die besondere Bedeutung der Energieversorgung für Individuum und Wirtschaft begründet eine besondere öffentliche Verantwortung für deren flächendeckende Bereitstellung,²⁸⁹ die sich zuvorderst in den leitungsgebundenen Bereichen Gas und Strom ausdrückt.²⁹⁰ Neben diesen Bereichen der Energiewirtschaft i. e. S.,²⁹¹ die auch Gegenstand des EnWG sind, zählt zur Energieversorgung zudem die Versorgung mit Fernwärme. Sie unterliegt einem eigenständigen Rechtsregime, wird aber auch zur Daseinsvorsorgeaufgabe der Energieversorgung gezählt.²⁹²

Mit der Qualifikation als Daseinsvorsorgeaufgabe ist noch nichts über die Erfüllungsmodalitäten gesagt.²⁹³ Die Öffentliche Hand trifft zunächst nur eine verfassungsrechtlich verbürgte Gewährleistungs- bzw. Infrastrukturverantwortung, die aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und den grundrechtlichen Schutzpflichten hergeleitet wird.²⁹⁴ Diese „Rahmenverantwortung“ trifft keine Aussage über die Erfüllungspflichten der jeweils in Rede stehenden Energiever-

giewirtschaft, § 9 Rn. 80; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 276 ff.

²⁸⁷ *Klement*, Die Verw 48 (2015), 55 (67 ff.); *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 150 ff., insb. S. 177 f.; *Huber*, in: *Kment*, EnWG, § 46 Rn. 65; einen vertieften Überblick über die Auseinandersetzung gibt *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 265 ff., der selbst zwischen Energieverteilung und -Erzeugung einerseits und der Nutzung des kommunalen Wegerechts andererseits differenzieren will, a. a. O., S. 271 ff.

²⁸⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 20. 3. 1984, Az.: 1 BvL 28/82, Rn. 37 juris; *BVerfG*, Urt. v. 18. 5. 1995, Az.: 7 C 58/94 (Rn. 14 juris); *Keller/Hellstern*, NZBau 2018, 323 (324); *Sodan*, LKV 2013, 433 (439); *Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Band 1, § 23 Rn. 45, 55; *Diünke*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 48; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 54; *Koppe*, (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes, S. 9.

²⁸⁹ *Knauff*, EnWZ 2015, 51 (52); *Altenschmidt*, NVwZ 2015, 559 (561).

²⁹⁰ Vgl. *Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Band 1, § 23 Rn. 1.

²⁹¹ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 3.

²⁹² *Diünke*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 45.

²⁹³ *Knauff*, EnWZ 2015, 51 (52).

²⁹⁴ *Pielow*, in: *Krautscheid*, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 145 f.; zur Infrastrukturverantwortung eingehend *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 334 ff.

sorgungsleistung.²⁹⁵ Dies gilt auch für den Netzbetrieb: Anders als im Falle der Eisenbahnen des Bundes nach Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG ist der Netzbetrieb nicht dem Eigentum der Öffentlichen Hand vorbehalten.²⁹⁶

Die Wahrnehmung der Energieversorgung beruhte auch in tatsächlicher Hinsicht nie ausschließlich auf staatlichen Verwaltungsmonopolen, sondern auf historisch gewachsenen Monopolstrukturen aus örtlichen, regionalen und Verbundversorgern, die zunächst sowohl von privaten, gemischt-wirtschaftlichen und öffentlichen (kommunalen) Unternehmen betrieben wurden und Erzeugung, Verteilung und Vertrieb umfassten.²⁹⁷ Ausprägung als Verwaltungsmonopol fand die Energieversorgung aber im Bereich der kommunalen Energieversorgung, in der es früh zur Munizipalisierung der Energiewirtschaft zugunsten kommunaler Stadt- und Gemeindewerke kam, die neben dem Netzbetrieb auch die Energieerzeugung und -belieferung übernahmen.²⁹⁸ Bis heute wird die örtliche Energieversorgung als Teil der örtlich gebundenen Daseinsvorsorge der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zugeordnet.²⁹⁹ Gleichzeitig werden die Kommunen im Sinne kommunaler Daseinsvorsorge auf die funktionierende Allgemeinversorgung mit Energie verpflichtet.³⁰⁰ Die Befassungskompetenz der Kommunen besteht jedoch weder exklusiv, noch im rechtsfreien Raum.³⁰¹

Der Umbau des Staates ab den 1980er Jahren führte zunächst zu formellen und dann auch zu materiellen Privatisierungen von Netzen und Stadtwerken.³⁰² Diese Entwicklung ging einher mit Liberalisierungsbemühungen der EU,³⁰³ die auf eine Umstrukturierung des EnWG zu einem Wettbewerbsregime unter einer „träger- und

²⁹⁵ Pielow, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 146.

²⁹⁶ Pielow, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 146.

²⁹⁷ Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 23 Rn. 41 f., 46; Ortlieb, EWeRK 2016, 198 (199); Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 142.

²⁹⁸ Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 23 Rn. 40; Knauff, EnWZ 2015, 51; Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 47.

²⁹⁹ Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, § 46 Rn. 32; Knauff, EnWZ 2015, 51 (53); Pielow, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 147; Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 103 f.; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9 Rn. 80; zur Geschichte der Gas- und Stromversorgung Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 46 f.

³⁰⁰ Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 23 Rn. 55.

³⁰¹ Knauff, EnWZ 2015, 51 (53 f.); insofern von gemeindlicher Gewährleistungsverantwortung spricht Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9 Rn. 81.

³⁰² Knauff, EnWZ 2015, 51.

³⁰³ Knauff, EnWZ 2015, 51 (52); s. zum Einfluss auch Burgi, in: Kment, Energiewirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, S. 4.

organisationsneutralen Agenda“ hinwirkte, wie sie sich heute im EnWG wiederfindet.³⁰⁴ Die mit dem europäischen Energiebinnenmarktpjekt forcierte Liberalisierung der Energieversorgung führte zur Auflösung der historisch gewachsenen Monopolstrukturen.³⁰⁵ Dies gelang durch die Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen (§ 6 Abs. 1 S. 1 EnWG) durch Trennung von Energieerzeugung, Vertrieb und Netzbetrieb.³⁰⁶ Die Trennung erlaubt Wettbewerb auf Basis eines neutralen, diskriminierungsfrei betriebenen (§ 20 Abs. 1 S. 1 EnWG) und dafür streng regulierten Netzes in den Bereichen Erzeugung und Vertrieb.³⁰⁷ Kommunale Energieversorgungsunternehmen wurden so von exklusiven Gebietsversorgern zu Wettbewerbern.³⁰⁸ Die als natürliche Monopole der Gemeinden verbleibenden Orts- und Stadtnetze wurden zudem Ausschreibungspflichten nach § 46 EnWG unterworfen, um auch eine wettbewerbliche Strukturierung der kommunalen Energieverteilungsnetze zu ermöglichen. Indes hat nie eine materielle Privatisierung in dem Sinne stattgefunden, dass eine gänzliche Verdrängung kommunaler Leistungserbringung erfolgt wäre.

b) Erfüllungsmodalitäten

Während sich die Fernwärmeversorgung nach allgemein-rechtlichen Grundlagen richtet, haben die Sektoren Strom und Gas eine spezifische Regulierung der Erfüllungsmodalitäten erfahren.³⁰⁹ Nach § 2 Abs. 1 EnWG sind nunmehr die „Energieversorgungsunternehmen“ zur Versorgung mit Strom und Gas verpflichtet. Der Begriff der Versorgung umfasst dabei in einem weiten Sinne sowohl die Erzeugung oder Gewinnung von Energie zur Belieferung von Kunden als auch den Vertrieb von Energie an Kunden und den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes (§ 3 Nr. 36 EnWG). Energieversorgungsunternehmen sind nach § 3 Nr. 18 EnWG natürliche oder juristische Personen, die entweder Energie an andere liefern oder ein Energieversorgungsnetz betreiben bzw. an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen. Neben privaten Unternehmen engagieren sich auch die

³⁰⁴ Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 23 Rn 46.

³⁰⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 1; Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 23 Rn. 28 ff.; zur Entwicklung des europäischen Energiebinnenmarktes auch Ortlieb, EWeRK 2016, 198 (200 ff.).

³⁰⁶ Vgl. Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 6.

³⁰⁷ Sodan, LKV 2013, 433 (434).

³⁰⁸ Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 23 Rn. 56; Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 219; verfassungsrechtliche Bedenken am mit der Reform einhergehenden Entzug des Rechts der Gemeinden zur Bestimmung des Grundversorgers meldet an Dümke, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, S. 125 ff.

³⁰⁹ Zur Struktur des deutschen Energierechts Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 30 f.

Kommunen weiterhin auf den drei Ebenen der Energieerzeugung, des Energievertriebs sowie beim Betrieb der Energieversorgungsnetze.³¹⁰

aa) Energieerzeugung und Vertrieb

Energieerzeugung und Vertrieb sind ordnungsrechtlich dem Wettbewerb geöffnet worden. Für die Erzeugung von Energie greift hauptsächlich das Anlagenzulassungsrecht des BImSchG (s. auch § 3 Nr. 15 EnWG).³¹¹ Für den Vertrieb statuiert § 5 EnWG eine Anzeigepflicht.³¹² Die Gemeinden engagieren sich auf der Ebene der Energieerzeugung bspw. mittels kommunaler Windparkprojekte.³¹³ Der Vertrieb von Energie wird von kommunalen Stadtwerken wahrgenommen. In Berlin wurden dafür bspw. die Berliner Stadtwerke GmbH gegründet.³¹⁴

bb) Energieversorgungsnetze

Die Netzebene in den Bereichen Strom und Gas ist mit dem EnWG einem umfassenden regulierungsrechtlichen Regime unterworfen worden. Die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes steht dafür nach § 4 Abs. 1 S. 1 EnWG unter einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.³¹⁵ Zudem werden die Netzbetreiber in einen engmaschigen Regulierungskanon einbezogen.³¹⁶

Unterschieden wird zwischen sog. Übertragungs- und Verteilernetzen.³¹⁷ Die Übertragungsnetzbetreiber sind im Bereich der Höchstspannungsnetze tätig, die sich zu einem Verbundnetz zusammengeschlossen haben. Sie werden vollständig von privaten Wirtschaftsteilnehmern betrieben, wobei in Umsetzung des europäischen Energiebinnenmarktpjekts zeitweise die Verstaatlichung der Übertragungsnetze diskutiert wurde.³¹⁸

³¹⁰ Zur wirtschaftlichen Struktur näher *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 21 ff. (Elektrizität), S. 26 f. (Gas) und S. 28 (Fernwärme).

³¹¹ Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 11.

³¹² Näher dazu *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 2. Kapitel Rn. 21.

³¹³ *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1 Rn. 45c.

³¹⁴ Gründung beschlossen durch das Abgeordnetenhaus Berlin am 24. 10. 2013 (Drs. 17/1248 und 17/0704).

³¹⁵ *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, Kapitel 2 Rn. 6; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 9.

³¹⁶ Näher *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, Kapitel 2 Rn. 28 ff.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 14 ff.

³¹⁷ § 3 Nr. 3, 4 (Strom) und Nr. 6, 7 (Gas) EnWG.

³¹⁸ Gutachten über die freiwillige Übertragung der Energieübertragungsnetze, die Errichtung einer bundesweiten Netzgesellschaft und die regulatorischen Rahmenbedingungen von Hogan & Hartson LLP, Berlin, Mai 2009, abrufbar unter https://www.bmu.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/gutachten_energieuebertragungsnetze_bf.pdf.

Verteilernetzbetreiber nehmen die Aufgabe der Verteilung von Energie wahr. Verteilung von Energie meint nach § 3 Nr. 37 EnWG den Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze oder den Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, jedoch nicht die Belieferung der Kunden selbst.

Auf unterster Ebene liegen die örtlichen Verteilernetze, § 3 Nr. 29c EnWG. Auf der Ebene der örtlichen Verteilernetze werden die Kommunen selbst aktiv. Sie treten in Konkurrenz zu privaten Wettbewerbern um die nach § 46 EnWG zu vergebenden Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören (sog. Wegekonzessionen).³¹⁹ Den Betrieb des Energieversorgungsnetzes nehmen die Gemeinden also entweder im Wege der Eigenerledigung vor oder sie binden Dritte in die Aufgabenwahrnehmung ein.³²⁰ Neben der Gemeinde zuzuordnenden Rechtsträgern und privaten Partnern können hierzu auch Modelle horizontaler Kooperation gezählt werden, bei denen die Gemeinde mit anderen Gemeinden kooperiert.³²¹

Die Fernwärmeversorgung ist demgegenüber von dezentralen und insularen Strukturen geprägt und wird überwiegend von kommunalen Unternehmen erbracht.³²²

4. Öffentliche Wasserversorgung

Die Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung umfasst die der Allgemeinheit dienende Weiterleitung und Belieferung von Verbrauchern mit Wasser, aber auch dessen Sammeln, Fördern, Reinigen, Aufbereiten und Bereitstellen.³²³ Die Struktur der öffentlichen Wasserversorgung beruht zentral auf dem GG, dem WHG des Bundes, den Landeswassergesetzen und den Gemeindeordnungen.³²⁴ Mit dem WHG wird eine vom BVerfG gebilligte öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung für das Gut Wasser aufgestellt, das privatrechtliche Nutzungsinteressen stark reglementiert.³²⁵ Die Wasserversorgung wird in Deutschland von mehr als 6000 Wasserversorgungsunternehmen sichergestellt, denen im jeweils versorgten Gebiet die Stellung eines natürlichen Monopolisten zukommt.³²⁶ Anders als im Bereich des § 46

³¹⁹ Zur historischen Entwicklung des § 46 EnWG *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers, S. 12 ff.

³²⁰ *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 453 ff.

³²¹ *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 460 ff.; *Weiß*, ER 2015, 96 (98).

³²² *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 28.

³²³ *Gößl*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 50 Rn. 8 f.

³²⁴ *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 54.

³²⁵ *S. BVerfG*, Beschl. v. 15. 7. 1981, Az.: 1 BvL 77/78 = BVerfGE 58, 300.

³²⁶ *Scholl*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 2: *GWB*, 6. Aufl., § 31 Rn. 10 f.

EnWG wurde im Wassersektor bisher keine Trennung von Netz und Betrieb realisiert, auch wenn das Thema einer weitergehenden Privatisierung und Liberalisierung der Wasserversorgung immer wieder Gegenstand von Erörterung ist.³²⁷

a) Wasserversorgung und kommunale Selbstverwaltung

Die Wasserversorgung wird als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft qualifiziert und dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG unterstellt.³²⁸ Träger der öffentlichen Wasserversorgung (§ 50 Abs. 3 S. 1 WHG) sind die Kommunen.³²⁹ Zugleich weisen die Kommunalverfassungen und die Landeswassergesetze den Kommunen die Aufgabenwahrnehmung überwiegend³³⁰ als kommunale Pflichtaufgabe zu.³³¹ Die Wasserversorgung wird damit in einer für die Daseinsvorsorge typischen Pflichtenstruktur erbracht. Die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung wird vom Gesetzgeber zugleich ausdrücklich als Leistung der Daseinsvorsorge qualifiziert, § 50 Abs. 1 WHG. Die Feststellung wird als bundesgesetzliche Bestätigung der kommunalen Aufgabenverpflichtung und dementsprechend als politische Entscheidung gegen eine materielle Privatisierbarkeit der Wasserversorgung verstanden.³³²

b) Erbringungsmodalitäten

Für die Wahrnehmung der Aufgaben der Wasserversorgung stehen den Kommunen alle Organisationsformen im Rahmen ihrer Organisationshoheit offen.³³³ Dazu gehört einerseits die Wahl zwischen Eigen- und Fremdversorgung, andererseits die Wahl zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisation.³³⁴ Indes können sich die Gemeinden der Pflicht nicht durch Übertragung auf Dritte entle-

³²⁷ Zu entsprechenden Modellen *Fischer/Zwetkow*, NVwZ 2003, 281 (287 ff.); s. auch *Frenz*, ZHR 166 (2002), 307 (308 ff.) und *Kahl*, GewArch 2007, 441; kritisch *Sander*, in: Festschrift Glaser, S. 117 ff.

³²⁸ *Gößl*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 50 Rn. 16; *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, WHG, § 50 Rn. 9 f.; *Lauruschkus*, in: *Fabry/Augsten*, Teil 10 Rn. 63; *Hellermann*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 28 Rn. 41.3; *Brüning*, in: *Kment*, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 103 f.; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 50 Rn. 11.

³²⁹ *Lauruschkus*, in: *Fabry/Augsten*, Teil 10 Rn. 48; *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, WHG, § 50 Rn. 15.

³³⁰ Als freiwillige Aufgabe ist die Wasserversorgung allein in Baden-Württemberg qualifiziert worden; *Gößl*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 50 Rn. 17.

³³¹ *Gößl*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 50 Rn. 17; *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, WHG, § 50 Rn. 10.

³³² *Gößl*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG § 50 Rn. 20.

³³³ *Lauruschkus*, in: *Fabry/Augsten*, Teil 10 Rn. 64; *Keller*, in: *Krautscheid*, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 180; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 50 Rn. 14.

³³⁴ *Lauruschkus*, in: *Fabry/Augsten*, Teil 10 Rn. 64; *Keller*, in: *Krautscheid*, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 180.

digen, sondern sind zur Aufrechterhaltung der Gewährleistungsverantwortung verpflichtet.³³⁵ Die besondere Qualität als kommunale Pflichtaufgabe stellt sich also als Grenze materieller Privatisierung dar.³³⁶

Die Trinkwasserversorgung wird dabei in der Praxis sowohl von Unternehmen der Öffentlichen Hand in Privatrechtsform ($\frac{1}{3}$), als auch in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen wie rechtsfähigen Anstalten oder Zweckverbänden erbracht ($\frac{2}{3}$); an weniger als 4 % der Wasserversorgungsbetriebe ist die Öffentliche Hand nicht beteiligt.³³⁷

aa) Eigenerfüllung

Für die Wahrnehmung ihrer Aufgabe greifen die Kommunen in 1 % der Fälle auf Regie- und in 9 % auf kommunale Eigenbetriebe zurück.³³⁸

bb) Einbindung Dritter

Weit überwiegend wird für die Erfüllung auf Formen der Einbindung rechtlich verselbstständiger Einheiten in die Aufgabenerfüllung zurückgegriffen.³³⁹ Anders als im Bereich der Abwasserentsorgung gibt es zwar keine Norm, die ausdrücklich die Einbindung Dritter in die kommunale Aufgabe der Wasserversorgung gestattet. Als allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsatz ist auch im Bereich der Wasserversorgung die Einbindung Dritter als Verwaltungshelfer indes möglich.³⁴⁰

Zentrale Bedeutung für die Erbringung der Wasserversorgung kommt dabei sog. Konzessionsverträgen zwischen der Gemeinde und (öffentlichen oder privaten) Wasserversorgungsunternehmen zu, mit denen die Gemeinde diesen die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich gestattet (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB).³⁴¹

³³⁵ Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 50 Rn. 17.

³³⁶ Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, 281 (283 f.) auch zum gelockerten Maßstab im Falle einer Ausgestaltung als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe.

³³⁷ Scholl, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 6. Aufl., § 31 Rn. 9.

³³⁸ Scholl, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 6. Aufl., § 31 Rn. 9.

³³⁹ Vgl. Brüning, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 100; zu den Organisationsformen *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 50 Rn. 16.

³⁴⁰ Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, 281 (283); auf die aus Art. 28 Abs. 2 GG folgende Organisationshoheit der Gemeinden stellt ab Brüning, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 104 f.; die Zulässigkeit der Einbindung Privater im Wege funktionaler Privatisierung aufgrund der Einordnung der Wasserversorgung als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe durch die Landeswassergesetze jedoch bezweifelnd *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 50 Rn. 15.

³⁴¹ S. Säcker/Mohr/Wolf, S. 190.

Das Land Berlin hat dafür mit den Berliner Wasserbetrieben (BWB) eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 BerlBG) gegründet, die insbesondere die Aufgabe der Wasserversorgung und der Ableitung und Reinigung des in Berlin anfallenden Abwassers wahrnimmt (§ 3 Abs. 5 Nr. 1, 2 BerlBG). Zudem hat das Land Berlin mit den BWB einen Vertrag zur Benutzung der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Versorgungsleitungen der Berliner Wasserbetriebe geschlossen.³⁴²

cc) Kooperationsmodelle

Den Gemeinden ist es zudem möglich, für die Wasserversorgung auf Formen der kommunalen Zusammenarbeit zurückzugreifen.³⁴³

5. Abwasserbeseitigung

Die Aufgabe der Abwasserbeseitigung umfasst nach § 54 Abs. 2 S. 1 WHG das Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser sowie das Entwässern von Klärschlamm in Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung. Sie dient dazu, Gewässerverunreinigungen vorzubeugen.³⁴⁴ Das für die Abwasserbeseitigung relevante Rechtsregime ergibt sich aus GG, Kommunalverfassungen, dem WHG sowie den Wassergesetzen der Länder.

a) Gemeinden als Aufgabenträger/Abwasserbeseitigungspflichtige

Die Aufgabe der Abwasserbeseitigung (§ 54 Abs. 2 S. 1 WHG) wird nach § 56 S. 1 WHG den Abwasserbeseitigungspflichtigen zugewiesen. Wer Abwasserbeseitigungspflichtiger ist, überlässt das Bundesrecht nach § 56 S. 1 WHG den Ländern, bestimmt aber, dass es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts handeln muss. Der Bundesgesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass es sich bei der Abwasserbeseitigung um eine öffentliche Aufgabe handelt.³⁴⁵ Gegenüber der Vorgängerregelung des § 18a Abs. 2 S. 1 WHG a.F. erfolgt damit eine Weitung, da neben Körperschaften nunmehr auch alle anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Aufgabenträger in Betracht kommen.³⁴⁶ Zugleich handelt es sich um ein Verbot materieller Privatisierung. Eine Einbindung Privater kommt nur

³⁴² Pressemitteilung des Senats v. 8. 9. 2015, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2015/pressemitteilung.362160.php>.

³⁴³ Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 50 Rn. 18; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 50 Rn. 16; Schmidt, Kommunale Kooperation, S. 19.

³⁴⁴ Ganske, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, § 56 Rn. 1.

³⁴⁵ Ganske, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, § 56 Rn. 10.

³⁴⁶ Schulz, in: Giesberts/Reinhardt, WHG § 56 Rn. 5.

als Verwaltungshelfer nach § 56 S. 3 WHG in Betracht.³⁴⁷ Die ehemals nach § 18a Abs. 2a WHG a.F.³⁴⁸ (6. WHG-Novelle 1996) bestehende Möglichkeit zur befristeten und widerruflichen Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht auf Dritte wurde mittlerweile wieder abgeschafft.³⁴⁹

Die Länder haben in ihren Landeswassergesetzen überwiegend die Gemeinden als Abwasserbeseitigungspflichtige bestimmt.³⁵⁰ Die Abwasserbeseitigung wird als gemeindliche Aufgabe qualifiziert.³⁵¹ Sie wird den Gemeinden durch die Landesgesetzgeber dabei als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe zugewiesen.³⁵² Auch die Abwasserbeseitigung wird damit in einer für die Daseinsvorsorge typischen Pflichtenstruktur erbracht.³⁵³

b) Weitere Aufgabenträger

Neben der gemeindlichen Aufgabenträgerschaft besteht aufgrund des erweiterten Wortlauts des § 56 S. 1 WHG nunmehr auch die Möglichkeit einer unmittelbaren Übertragung der Aufgabenträgerschaft durch den Landesgesetzgeber auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts.

In Betracht kommen dafür zunächst Anstalten des öffentlichen Rechts.³⁵⁴ In Berlin ist die Abwasserbeseitigungspflicht etwa unmittelbar durch Gesetz den BWB

³⁴⁷ *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 16.

³⁴⁸ Die Vorschrift lautete: „Die Länder können regeln, unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ihre Abwasserbeseitigungspflicht auf einen Dritten ganz oder teilweise befristet und widerruflich übertragen kann.“; von der Ermächtigung wurde indes kein Gebrauch gemacht, *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 17 f.

³⁴⁹ *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 17 weist darauf hin, dass die Neuregelung nur die materielle Privatisierung ausschließt, während die Möglichkeit zur Übertragung auf Einheiten des öffentlichen Rechts nach § 56 S. 1 WHG fortbesteht.

³⁵⁰ *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 15; die Zuweisungsnormen finden sich bei *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, § 56 Rn. 12; eine direkte Bestimmung durch Bundesrecht würde an Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG scheitern, vgl. *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 56 Rn. 4; teilweise ist die Abwasserbeseitigung auch Landkreisen, Abwasserverbänden und Land und Bund zugewiesen, näher dazu *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, § 56 Rn. 15 ff.

³⁵¹ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 111; in diese Richtung auch *BVerfG*, Beschl. v. 18.5.2004, Az.: 2 BvR 2374/99 Rn. 72: „Umkreis der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises“, s. auch Rn. 138 = BVerfGE 110, 370; zweifelnd jedoch *Engels*, in: Sachs, GG, Art. 28, Rn. 51.

³⁵² *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 16; *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 111; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 50 Rn. 7.

³⁵³ Als Daseinsvorsorge qualifizierend *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 111.

³⁵⁴ *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 56 Rn. 5 f.

zugewiesen worden, § 29e Abs. 1 S. 2 BWG³⁵⁵, § 3 Abs. 5 Nr. 2 Berliner Betriebs-gesetz.³⁵⁶

Schließlich spielen auf Grundlage des WVG (Gesetz über Wasser- und Bodenverbände) oder auf sondergesetzlicher Grundlage errichtete Wasserverbände eine zunehmende Rolle bei der Abwasserbeseitigung.³⁵⁷ In Nordrhein-Westfalen bspw. bestehen nach § 53 LWG NRW den Gemeinden entzogene Abwasserbeseitigungspflichtigen von Abwasserverbänden. Diese „Hochzonung“ der Aufgabe wird vom VerfGH NRW für mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar angesehen.³⁵⁸ Daneben besteht mit § 52 Abs. 2 LWG NRW die Möglichkeit der Gemeinden, die Abwasserbeseitigung auf sondergesetzliche Wasserverbände zu übertragen.³⁵⁹

c) § 56 S. 2 WHG

Die Aufgabe der Abwasserbeseitigung kann nach § 56 S. 2 WHG unter von den Ländern aufzustellenden Voraussetzungen auch anderen als den Abwasserbeseitigungspflichtigen auferlegt werden. In der Praxis erfolgt insbesondere eine Inpflichtnahme der Abwassererzeuger selbst.³⁶⁰

d) Erbringungsmodalitäten

Soweit die Kommunen als Abwasserbeseitigungsverpflichtete bestimmt wurden, stehen ihnen zur Leistungserbringung alle Organisationsformen im Rahmen ihrer Organisationshoheit offen.

aa) Eigenerfüllung

Während in der Abwasserbeseitigung zunächst die Organisationsform der Re-giebetriebe vorherrschte, nehmen die Gemeinden mittlerweile die Aufgabe im Wesentlichen mittels Eigenbetrieben wahr.³⁶¹

³⁵⁵ „Den Berliner Wasserbetrieben (BWB) obliegt die Abwasserbeseitigungspflicht im Sinne von § 18a Abs. 2 Satz 1 des Wasserhaushaltsgesetzes. Sie nehmen diese Aufgabe mit Ausschließlichkeitswirkung im Wege des Anschluss- und Benutzungszwangs nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen wahr.“

³⁵⁶ Eine Spannungslage zu Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG entsteht indes in Berlin als Einheits-gemeinde nicht.

³⁵⁷ *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG § 56 Rn. 7.

³⁵⁸ *VerfGH NRW*, Urt. v. 17. 12. 1990, Az.: VerfGH 2/90 = NVwZ 1991, 467; insgesamt für verfassungsmäßig erachtet von *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG § 56 Rn. 7.

³⁵⁹ Eingehend *Burgi*, ZfW 2017, 169 (170 ff.).

³⁶⁰ Vgl. *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG § 56 Rn. 10, Rn. 10a ff. zu den einzelnen Tatbeständen.

³⁶¹ *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 9.

bb) Einbindung Dritter (§ 56 S. 3 WHG)

Die Abwasserbeseitigungspflichten können sich zudem nach § 56 S. 3 WHG zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen.³⁶² Als allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsatz kommt der Regelung indes nur deklaratorische Wirkung zu.³⁶³ Der Dritte ist als Erfüllungsgehilfe und Verwaltungshelfer zu qualifizieren.³⁶⁴

In den letzten Jahren hat sich das Organisationsspektrum auf dieser Grundlage diversifiziert. Neben Eigenbetrieben bedienen sich die Gemeinden vermehrt auch rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts sowie privatrechtlicher Organisationsformen.³⁶⁵ Auch für § 56 S. 3 WHG ist zwar umstritten, ob „Dritte“ i. S. d. Norm auch rechtsfähige Personen des öffentlichen Rechts sein können; indes kann hier nichts anderes als das bereits zur Abfallbeseitigung Ausgeführte gelten.³⁶⁶ Gleiches gilt in Hinblick auf die Zulässigkeit von Konzessionsmodellen bei der Einbindung Dritter.³⁶⁷

cc) Kooperationsmodelle

Den Gemeinen ist es zudem möglich, im Rahmen der Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit auf Formen der kommunalen Zusammenarbeit zurückzugreifen.³⁶⁸

B. Liberalisierung der Daseinsvorsorge mittels des Vergaberechts

Die vorstehend umrissenen Daseinsvorsorgebereiche wurden für den Vergabewettbewerb geöffnet. Der Öffnung zugrunde liegt die sich im Laufe der Zeit durchsetzende Auffassung, dass das ursprünglich angenommene Dogma von der

³⁶² § 18a Abs. 2 S. 2 WHG a.F.

³⁶³ *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 56 Rn. 16.

³⁶⁴ *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 56 Rn. 22.

³⁶⁵ *Lauruschkus*, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 10.

³⁶⁶ S. schon in diesem Kapitel, S. 85 f.; so auch *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 56 Rn. 20; aus der Abschaffung des § 18a Abs. 2a WHG a.F. wird teilweise abgeleitet, dass Konzessionsmodelle nunmehr als unzulässig zu bewerten sind, vgl. zur Rechtslage in Brandenburg *Heller*, EWeRK 2016, 210; auch dies ist jedoch abzulehnen, da es sich bei der Konzessionierung um keinen Fall einer materiellen Privatisierung handelt, s. dazu noch näher in diesem Kapitel, S. 120 f.

³⁶⁷ Umfassend zu dieser Frage für die Abwasserkonzession *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 51 ff.; s. dazu auch bereits in diesem Kapitel, S. 85 f.

³⁶⁸ Zu den möglichen Formen interkommunaler Kooperationen in der Abwasserwirtschaft *Teuber*, KommJur 2008, 444 (445 f.).

Unvereinbarkeit von Wettbewerb und Daseinsvorsorge überholt ist.³⁶⁹ Dem ökonomischen Vorverständnis einer Vereinbarkeit von Wettbewerb und Daseinsvorsorge entsprechend wurden weite Teile der Daseinsvorsorgemärkte dem Wettbewerb geöffnet. Zentrale Bedeutung kommt hierbei dem Unionsrecht zu, aber auch im deutschen Recht wurde die Liberalisierung der Daseinsvorsorge bereichsspezifisch forciert.³⁷⁰

Die zuvor in Deutschland von öffentlichen Unternehmen und staatlichen Monopolen beherrschten Daseinsvorsorgemärkte wurden ab den 1980er und 1990er Jahren Gegenstand von Liberalisierungsbemühungen durch die Europäische Kommission.³⁷¹ Über den Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“ hat die mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge einen spezifisch unionsrechtlichen „Überbau“ erhalten und ist in das Binnenmarktregime einbezogen worden.³⁷² Nach anfänglicher Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge³⁷³ hat sich im Unionsrecht der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse etabliert. Darunter werden alle marktbezogenen und nichtmarktbezogenen Dienstleistungen verstanden, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und deshalb von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden.³⁷⁴ Er umfasst damit weite Bereiche der in Deutschland der Daseinsvorsorge zugeordneten Aufgaben.³⁷⁵ Entsprechend des modernen Verständnisses der Daseinsvorsorge ist der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trägerneutral ausgestaltet. Für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse finden sich spezifische Regelungen im Primärrecht (s. Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie Art. 14 AEUV). Unter den Voraussetzungen des

³⁶⁹ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 61; *Franzius*, ZG 2010, 66 (72); *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band IV, § 98 Rn. 51; *Theobald/Kühling/Held*, in: Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, Geleitwort.

³⁷⁰ *Krajewski*, Leistungen der Daseinsvorsorge im Gemeinschaftsrecht, in: Wagner/Wedl, S. 434; zum Aufstieg des apertistischen Liberalismus seit den 1980er Jahren aus soziologischer Perspektive *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen, S. 261 ff.

³⁷¹ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 62; *Dohms*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 35 Rn. 439; *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 547.

³⁷² Eingehend zu den unionsrechtlichen Determinanten kommunaler Daseinsvorsorge *Jensen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 108 ff.

³⁷³ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 41; *Jensen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 101.

³⁷⁴ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 Rn. 36.

³⁷⁵ *Keller/Hellstern*, NZBau 2018, 323; von Parallelität zum Begriff der Daseinsvorsorge spricht *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 43; mit der Begriffsschöpfung konnte ein einheitlicher Begriff für in den Mitgliedstaaten divergierende Konzepte öffentlicher Dienstleistungen geschaffen werden, *Krajewski*, in: Wagner/Wedl, S. 435.

Art. 106 Abs. 2 AEUV öffnet das Unionsrecht so die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dem europäischen Wettbewerbsrecht.³⁷⁶

Der Daseinsvorsorge zuzurechnende Aufgabenbereiche sind dabei einerseits Gegenstand sekundärrechtlich forcierter Sektorenliberalisierung in den großen Infrastrukturbereichen Post, Telekommunikation, Verkehr und Energie geworden. Aufgrund der Binnenmarktrelevanz dieser Sektoren forcierte die Kommission eine umfassende Liberalisierung dieser Bereiche zugunsten eines regulierten Wettbewerbs.³⁷⁷ Auf Grundlage des Art. 106 Abs. 3 AEUV erließ sie dafür mehrere Richtlinien, die die ausschließlichen Rechte der staatlichen Monopolbetreiber im Telekommunikationssektor beenden sollten.³⁷⁸ Gleichzeitig erfolgte eine sektorspezifische Regulierung auf Grundlage des Art. 114 AEUV. Die Bereiche Post, Strom und Gas und Eisenbahn wurden hingegen ausschließlich auf Grundlage des Art. 114 AEUV liberalisiert.³⁷⁹ Auch hier leistete die Kommission durch die Ausarbeitung von Vorschlägen für Richtlinien und Verordnungen grundlegende Vorarbeiten.³⁸⁰

Andererseits erzeugen die horizontal wirkenden Rechtsregime der Grundfreiheiten, des Wettbewerbs- (Kartell- und Beihilfenrecht) und Kartellvergaberechts Liberalisierungsimpulse, die sich auch in den nicht sektoral liberalisierten Daseinsvorsorgebereichen, zuvorderst der Wasserver- und Abwasserentsorgung und der Abfallentsorgung,³⁸¹ auswirken. Dafür verpflichten die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten einerseits, ihre staatlichen Handelsmonopole diskriminierungsfrei umzuformen (Art. 37 AEUV); andererseits machen sie Dienstleistungsmonopole als Beschränkungen der Niederlassungs- (Art. 49 AEUV) oder Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) rechtfertigungsbedürftig.³⁸² Über das Beihilfenrecht gerieten zudem staatliche Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter Liberalisierungsdruck.³⁸³ Die Finanzierungsmöglichkeiten öffentlicher Unternehmen drohten so in erheblichem Maße beschnitten zu

³⁷⁶ Weiß, EuR 2013, 669 (676) sieht das Verhältnis zum Wettbewerbsrecht als Leitfrage des Begriffs der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an; Jensen, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 156 ff.

³⁷⁷ Waiz, in: Krautscheid, Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 44.

³⁷⁸ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 126.

³⁷⁹ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 153.

³⁸⁰ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 157.

³⁸¹ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 157; für den Bereich der Entsorgung von nicht für den menschlichen Verzehr bestimmten tierischen Nebenprodukten siehe aber die VO (EG) Nr. 1069/2009 v. 21. Oktober 2009, ABl. L 300/1.

³⁸² Wollenschläger, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 46.

³⁸³ So erfolgt die Finanzierung von Daseinsvorsorgeleistungen bei auf dem Markt nicht kostendeckend zu betreibenden Dienstleistungen durch Ausgleichszahlungen der Öffentlichen Hand, vgl. Krajewski, in: Wagner/Wedl, S. 444.

werden.³⁸⁴ Ausgehend von den im Urteil des EuGH in der Rs. Altmark-Trans³⁸⁵ aufgestellten Kriterien hat sich nunmehr eine diffizile Dogmatik zur Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herausgebildet.³⁸⁶ Das Beihilfenrecht führte so zu einer Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Sparkassenwesen und hat wesentlich zur Liberalisierung des ÖPNV beigetragen.³⁸⁷ Das vierte Altmark Trans-Kriterium hat zugleich zu einem Bedeutungsgewinn des Vergaberechts im Beihilfenrecht geführt, weil der danach erforderliche Nachweis über ein Ausschreibungsverfahren weitaus leichter zu führen ist.³⁸⁸ Weiterhin werden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dem Kartellrecht der Art. 101 f. AEUV unterworfen.³⁸⁹

Das Kartellvergaberecht schließlich verlangt marktliche Ausschreibungsverfahren für alle von ihm erfassten Beschaffungsvorgänge und dringt, soweit keine spezifischen Bereichsausnahmen normiert wurden, querschnittsartig in die als Daseinsvorsorge qualifizierten Bereiche ein. Ihm kommt damit eine zentrale Bedeutung für die „Durchsetzung marktorientierter Strukturen in der Daseinsvorsorge“³⁹⁰ zu.

Die Bedeutung des vergaberechtlichen Mechanismus der marktlichen Ausschreibung für die Liberalisierung der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorgemärkte reicht aber über das Kartellvergaberecht hinaus. Die Eröffnung von Wettbewerb in Bereichen staatlicher Daseinsvorsorge mittels vergaberechtlicher Instrumente wird zwar als junges Phänomen qualifiziert.³⁹¹ Vergaberechtliche Ausschreibungspflichten spielen mittlerweile jedoch sowohl in den sektoral liberalisierten Bereichen als auch als horizontal wirkendes Liberalisierungsinstrument eine zentrale Rolle.³⁹² Gerade im eng mit der Daseinsvorsorge verknüpften Bereich der Infrastruktur erlaubt das vergaberechtliche Instrumentarium eine weitergehende wettbewerbliche Strukturierung. Die unionsrechtlich forcierte Liberalisierung der netzgebundenen Infrastrukturen forderte zwar zunächst nur eine Trennung von Dienstleistung und

³⁸⁴ *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 49.

³⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, Az.: C-280/00 = ECLI:EU:C:2003:415.

³⁸⁶ Zur Entwicklung *Krajewski*, in: Wagner/Wedl, S. 444 ff.; *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 50 f.; zur Entwicklung des Beihilfenrechts im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Einzelnen auch *Waiz*, in: Krautscheid, Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 50 ff. sowie 56 ff.

³⁸⁷ *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 220 f.

³⁸⁸ *Krajewski*, in: Wagner/Wedl, S. 446.

³⁸⁹ *Waiz*, in: Krautscheid, Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 45; von einer Bindung an sämtliche Normen der Verträge sowie das gesamte, die Verträge konkretisierende sekundäre Europarecht spricht *Jung*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV, Art. 106 Rn. 21.

³⁹⁰ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 50 Rn. 25; s. auch Kapitel 1, S. 64 f.

³⁹¹ Grundlegend *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, insb. S. 81 ff.; erste Ansätze bei *Broß*, NZBau 2004, 465; zuletzt auch *Lau*, in: Festschrift Marx, S. 379.

³⁹² *Krajewski*, in: Wagner/Wedl, S. 446.

Netz, um Wettbewerb auf den Dienstleistungsmärkten zu ermöglichen. Der Ausschreibungsmechanismus ermöglicht es darüber hinaus jedoch, Wettbewerb um und auf den als natürliche Monopole verbleibenden Netzen zu realisieren,³⁹³ was zu einer Bedeutungszunahme des Vergaberechts im Bereich der Daseinsvorsorge führte.³⁹⁴ Zugleich steht das Vergaberecht als Wettbewerbsregime in einer besonderen Spannungslage zur Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge, soweit der Wettbewerbsgrundsatz und das mit den Leistungen der Daseinsvorsorge verfolgte öffentliche Interesse in Konflikt geraten.³⁹⁵

I. Abfallentsorgung

Die kartellvergaberechtliche Strukturierung der Einbindung Dritter in die Abfallbeseitigung setzte mit Art. 8 RL 92/50/EWG i. V.m. Anhang I A Nr. 16 ein.³⁹⁶ Um die Jahrtausendwende herum und damit im Zuge der Umstellung des deutschen Kartellvergaberechts auf die wettbewerbliche Lösung nehmen die Diskussionen um die genaue Reichweite der Strukturierung zu.³⁹⁷ Entsorgungsverträge werden seither regelmäßig als Dienstleistungsaufträge oder als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert.³⁹⁸ Unterhalb der Schwellenwerte wirkt das Haushaltsvergaberecht und, soweit ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, auch das Primärvergaberecht lückenfüllend.³⁹⁹

II. Energieversorgung

Im Bereich der Energiewirtschaft begannen Liberalisierungsbemühungen mit der RL 96/92/EG, die die Geschlossenheit der Versorgungsgebiete beseitigte und zur Aufhebung der deutschen Gebietsmonopole und damit zu Konkurrenz führte.⁴⁰⁰ Die Marktöffnung vollzog sich sodann in mehreren Schritten über einen Zeitraum von

³⁹³ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 78.

³⁹⁴ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 76, 78; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (315); *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (604).

³⁹⁵ *Keller/Hellstern*, NZBau 2018, 323; *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 81 ff.

³⁹⁶ Zur vor-kartellvergaberechtlichen Zeit s. *Winkelmann*, UPR 1991, 169 (170); s. auch *Kunig*, in: Kunig/Schwermer/Versteyl, Abfallgesetz, § 3 Rn. 32 f.

³⁹⁷ S. etwa *Tomerius*, NVwZ 2000, 727; *Bell/Rehak*, LKV 2001, 185.

³⁹⁸ *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, KrWG, § 22 Rn. 23.

³⁹⁹ *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, KrWG, § 22 Rn. 24; s. auch schon *Tomerius*, NVwZ 2000, 727 (728 f.).

⁴⁰⁰ *Weiß*, AöR 128 (2003), 91 (126 f.); zur Entwicklung *Pielow*, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 37 ff.; s. auch *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 48 f.

ca. 10 Jahren.⁴⁰¹ Kommunale Energieanbieter wurden zur Öffnung ihrer Gebietsmonopole gezwungen; private Wettbewerber erhielten Zugang zu den kommunalen Netzen, was zu Wettbewerbsdruck gegenüber den kommunalen Anbietern führte.⁴⁰² Eine Liberalisierung des Betriebs der Energieversorgungsnetze selbst wurde jedoch nicht bereichsspezifisch durch Unionsrecht forciert. Mit § 46 Abs. 2 EnWG entschied sich aber der deutsche Gesetzgeber für ein System des Wettbewerbs um das Netz.⁴⁰³ Dem Zugriff auf dafür erforderliche Strom- und Gasnetzkonzessionen ist dafür ein spezifisches Vergaberechtsregime nach § 46 Abs. 2–5 EnWG vorge-schaltet worden. Während zunächst noch davon ausgegangen wurde, dass den Gemeinden eine Systementscheidung zwischen Eigenerledigung und wettbewerblicher Ausschreibung zustehe,⁴⁰⁴ hat sich in der Rspr.⁴⁰⁵ und zuletzt bestätigt durch den Gesetzgeber⁴⁰⁶ die Auffassung durchgesetzt, das Vergabeverfahren nach § 46 EnWG erlaube kein Inhouse-Privileg,⁴⁰⁷ sodass der Öffentlichen Hand nunmehr der origi-näre Zugriff auf die Energieverteilungsnetze zugunsten des Wettbewerbs entzogen wurde. Die ebenfalls eröffneten horizontalen Liberalisierungsregime des Kartell- und Primärvergaberechts werden im Anwendungsbereich des § 46 EnWG hingegen verdrängt.⁴⁰⁸

III. ÖPNV

Der deutsche ÖPNV wurde in den Nachkriegsjahren wesentlich durch markt-bestimmende öffentliche Unternehmen erbracht.⁴⁰⁹ Ursprünglich lag dem Bereich des Personennahverkehrs das Ordnungsmodell eines weitgehend wettbewerbsfreien Sonderregimes zu Grunde. Erst ausgehend von auf Einwirkungen des damaligen EG-Rechts zurückzuführenden Reformen im Eisenbahnrecht⁴¹⁰ wurde auch der ÖPNV zunehmend auf wettbewerbliche Grundlagen umgestellt.⁴¹¹

⁴⁰¹ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 158 f.; dazu auch Krajewski, in: Wagner/Wedl, S. 443 f.

⁴⁰² Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 219.

⁴⁰³ Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, § 46 Rn. 4; Graßmann/Bläß, in: Elspas/ Graßmann/Rasbach, EnWG, § 46 Rn. 4; davon abzugrenzen ist die Vergabe einfacher Wege-nutzungsverträge nach § 46 Abs. 1 EnWG, die sonstige, nicht zum Energieversorgungsnetz zählende Verkehrswege betrifft, vgl. Huber, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 3.

⁴⁰⁴ So Theobald/Wolkenhauer, DÖV 2016, 724 (731).

⁴⁰⁵ Grundlegend BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 65/12, Rn. 35 ff.

⁴⁰⁶ BR-Drs. 73/16, S. 1 f.

⁴⁰⁷ Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 13.

⁴⁰⁸ Zum Konkurrenzverhältnis und zur Qualifikation der qualifizierten Wegenutzungs-verträge als Dienstleistungskonzessionen noch näher Kapitel 5, S. 330 ff.

⁴⁰⁹ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 347; s. auch ders., S. 320 ff. umfassend zur his-torischen Entwicklung des ÖPNV.

⁴¹⁰ Der gesamte Schienenpersonenverkehr war in Deutschland zunächst durch staatsmo-nopolistische Strukturen geprägt; die im Schienenpersonenverkehr aufgrund der schienenge-

Gegenstand der Liberalisierung war dabei zunächst der straßengebundene ÖPNV. Ausgehend von Impulsen im Beihilfenrecht⁴¹² erfolgte eine erste Öffnung des ÖPNV für Ausschreibungsverfahren mittels der VO (EWG) 1191/69⁴¹³, auf die die Einführung des Bestellerprinzips zurückgeht.⁴¹⁴ Die VO wurde 2009 von der VO (EG) 1370/2007⁴¹⁵ abgelöst, die nunmehr die zentrale Rechtsgrundlage⁴¹⁶ im Sondervergaberecht des ÖPNV darstellt und für gemeinwirtschaftliche Verkehre ein spezifisches Vergaberechtsregime formuliert.

Auch die Liberalisierung des Schienenpersonenverkehrs geht wesentlich auf diese Europäischen Impulse zurück.⁴¹⁷ Beginnend mit der VO (EWG) 1191/69, die

bundenen Infrastruktur bestehenden natürlichen Monopole verhinderten so die Entwicklung wettbewerblicher Strukturen (*Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 2). Im Bereich Eisenbahnen forcierte die Kommission seit den 1990er Jahren deshalb eine Liberalisierung des europäischen Eisenbahninnenmarktes. Mit der RL 91/440/EWG (Richtlinie des Rates v. 29. Juli 1992 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. L 237/25) wurde einerseits die wirtschaftliche Strukturierung staatlicher Monopolunternehmen mittels Auslagerung der unternehmerischen Funktionen in vom Staat unabhängige Organisationseinheiten und andererseits die Trennung von Netz und Betrieb und die Öffnung der Schienennetze für Konkurrenten eingeleitet (*Weiß*, AöR 128 (2003), 91 (124 f.)). Die Umsetzung erfolgte in Deutschland mit der Bahnreform (s. dazu *Hermes*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 37; *Ronellenfisch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band IV, § 98 Rn. 22). Die Bundesrepublik nahm indes keine vollständige organisatorische Trennung von Netz und Betrieb vor; beide sind im Rahmen der DB Holding noch miteinander verbunden (*Hermes*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 81 ff., auch zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken). Die Öffnung der Schienennetze für Konkurrenten vollzog sich dann schrittweise: Eine vollständige Öffnung des Marktes für grenzüberschreitenden Personenschienenverkehr erfolgte am 1.1.2010, für Schienengüterverkehr bereits am 1.1.2006 (*Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 160 f.). Während der innerstaatliche Güterverkehr bereits zum 1.1.2007 liberalisiert wurde, wird im Bereich des nationalen Personenschienenverkehrs erst im Zuge des 2013 von der Kommission vorgelegten 4. Eisenbahn-Pakets eine Öffnung für den Wettbewerb forciert (*Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 161, 163; zum 4. Eisenbahnpaket *Staebe*, EuZW 2018, 146; zum Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich v. 29.8.2016 *Ludwigs*, NVwZ 2016, 1665).

⁴¹¹ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 348; *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb, S. 111 ff.

⁴¹² Näher *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 357 ff.

⁴¹³ Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.6.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. L 156, S. 1; dazu näher *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Einl. Rn. 12 ff.

⁴¹⁴ Zur Rechtslage nach der VO (EWG) 1191/69 näher *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 175.

⁴¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315/1.

⁴¹⁶ „Ausgangspunkt“ nach *Burgi*, Vergaberecht, § 23 Rn. 16.

⁴¹⁷ *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 3.

sodann im Zuge des dritten Eisenbahnpakets von der aktuell zentralen VO (EG) 1370/2007 abgelöst wurde, aber nur im grenzüberschreitenden Bereich eine weitergehende Marktöffnung forcierte, erfolgt nunmehr mit dem vierten Eisenbahnpaket auch eine langsame Öffnung der inländischen Schienenpersonenverkehrsdienste für den Wettbewerb. Mit der sog. PSO-Verordnung⁴¹⁸ erfolgten Änderungen der VO (EG) 1370/2007, die weitergehenden Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste bringen soll.⁴¹⁹ Während die Verordnung (EG) 1370/2007 zunächst nur Geltung für den vom PBefG erfassten Personennahverkehr beanspruchte, ist die Pflicht zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge mit Wirkung zum 3. 12. 2019 auch auf den Bereich der öffentlichen Schienenpersonenverkehrsdienste ausgeweitet worden (Art. 8 Abs. 2 S. 1 lit. ii VO (EG) 1370/2007).⁴²⁰

IV. Wasserver- und Abwasserentsorgung

Die Wasserversorgung wird im Vergleich zu den anderen Referenzbereichen heute noch am weitreichendsten durch kommunale Gebietsmonopole gekennzeichnet. Wurden die Stadtwerke ursprünglich in staatsmonopolistischer Struktur geführt,⁴²¹ so führen Finanznot und die voranschreitende Ökonomisierung der Kommunen⁴²² jedoch auch im Bereich der Wasserversorgung zu politischen Liberalisierungs- und Privatisierungsbestrebungen.⁴²³ Anders als im Strom- und Gassektor ist zwar von einer sektoralen Liberalisierung zugunsten von Modernisierung Abstand genommen worden.⁴²⁴ Indes gehen von den horizontalen Liberalisierungsregimen weiterhin Liberalisierungsimpulse aus.⁴²⁵ Die Wasserversorgung ist

⁴¹⁸ Das vierte Eisenbahnpaket umfasst insgesamt drei Verordnungen und drei Richtlinien, von denen insbesondere der VO (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. L 354/22 im vorliegenden Kontext besondere Bedeutung zukommt. Vgl. ansonsten https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en; s. zum Vierten Eisenbahnpaket auch Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Einl. Rn. 31 ff.

⁴¹⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. 4. 2016, IP/16/1382.

⁴²⁰ Zu der den Änderungen zugrunde liegenden VO (EU) 2016/2338 näher Knauff, N&R 2018, 26.

⁴²¹ Friedländer, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen: Konzept – Entwicklungstendenzen – Perspektive, Arbeitspapier, Universität Leipzig, Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management, Nr. 45, S. 33.

⁴²² Zu diesen Faktoren Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 6.

⁴²³ Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 54; Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 50 Rn. 14; Panetta, Daseinsvorsorge zwischen Beihilfe- und Vergaberecht, S. 161 ff.

⁴²⁴ Lauruschkus, in: Fabry/Augsten, Teil 10 Rn. 54; Keller, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 183.

⁴²⁵ Vgl. Keller, in: Krautscheid, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 185 f.

zudem regelmäßig Gegenstand von wettbewerblichen Betrachtungen der EU-Kommission, so im Bericht zu Leistungen der Daseinsvorsorge für den Europäischen Rat in Laeken,⁴²⁶ dem Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse⁴²⁷ und dem folgenden Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse^{428, 429}. Anders als im Bereich der Energieversorgung, der Abfallentsorgung und des ÖPNV war die Wasserversorgung bis zuletzt keinen sekundärrechtlichen Liberalisierungsbestimmungen unterworfen.⁴³⁰ Mit der Reform des Kartellvergaberechts sollte sich dies ändern, indem die für die Wasserversorgung zentralen Konzessionsverträge als Dienstleistungskonzessionen in das horizontale Kartellvergaberecht einbezogen werden sollten. Indes führte in einer europäischen Bürgerbewegung mündendes zivilgesellschaftliches Engagement gegen die Pläne der Kommission dazu, dass die Wasserversorgung – jedenfalls vorläufig – mittels einer Bereichsausnahme aus dem Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts ausgenommen wurde (§ 149 Nr. 9 GWB).⁴³¹ Dennoch erfolgt die Beschaffung von Wasserversorgungsleistungen nicht im wettbewerbsfreien Raum. So werden das Kartellrecht sowie das Haushalts- und Primärvergaberecht herangezogen, um eine vergabewettbewerbliche „Grundstrukturierung“ abzuleiten.⁴³²

Die Abwasserentsorgung wurde davon abweichend und vergleichbar der Abfallentsorgung über § 56 S. 3 WHG hingegen dem kartellvergaberechtlichen Wettbewerb geöffnet.⁴³³ Auch hier kommt der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB jedoch Bedeutung zu.⁴³⁴

C. Bedeutung des Vergaberechts für die Privatisierung der Daseinsvorsorge

Die Ausdehnung des Vergaberechts in die Bereiche der Einbindung Dritter in die Primäraufgabenerfüllung führt dazu, dass die Entscheidung über die Organisation der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistungen in den Anwendungsbereich des

⁴²⁶ KOM (2001) 598 endg.

⁴²⁷ Grünbuch der Kommission vom 21. Mai 2003 zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endg. – Amtsblatt C 76 vom 25.3.2004.

⁴²⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg.

⁴²⁹ Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 50 Rn. 15.

⁴³⁰ Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 54; näher Panetta, Daseinsvorsorge zwischen Beihilfe- und Vergaberecht, S. 182 ff.

⁴³¹ Näher zur Bereichsausnahme Kapitel 5, S. 306 f.

⁴³² Noch näher dazu Kapitel 3, S. 205 ff.

⁴³³ S. ausführlich Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 57 ff.

⁴³⁴ S. noch Kapitel 5, S. 306 f.

Vergaberechts gerät. Dies gilt zunächst für den Fall, dass sich die Öffentliche Hand dazu entschließt, Leistungen der Daseinsvorsorge durch private Wirtschaftsteilnehmer erbringen zu lassen. Im Zuge von sich seit den 1980er Jahren wandelnden ordnungspolitischen Grundannahmen konnte das Vergaberecht seine Bedeutung als Rechtsregime für Privatisierungsprozesse entfalten.⁴³⁵

I. Privatisierung und Daseinsvorsorge

Mit der Liberalisierung der Daseinsvorsorgemärkte einher gingen weiterreichende Vorstellungen einer Ökonomisierung des Staates.⁴³⁶ Die der Öffentlichen Hand zur Verfügung stehenden Mittel befanden sich in den letzten Jahrzehnten in einem stetigen Rückgang; die daraus resultierenden Sparzwänge führten zu einem Verwaltungsreformprozess unter ökonomischen Vorzeichen.⁴³⁷ Die unter dem Schlagwort des New Public Management⁴³⁸ firmierende Ökonomisierung der Verwaltung forciert Ressourcenschonung mittels wettbewerblicher Strukturierung der Verwaltung.⁴³⁹ Während der Bereich staatlicher Verwaltung selbst jedoch nur begrenzt für eine wettbewerbliche Strukturierung offen steht, können mittels Aufgabenreduktion leichter Kostenlasten reduziert werden.⁴⁴⁰ Als Fortentwicklung dieser seit den 1970/80er Jahren forcierten Umgestaltung des öffentlichen Sektors im Geiste neoliberaler Wirtschaftsvorstellungen setzten sich Ideen gewährleistungsstaatlicher Ausrichtung von Staatlichkeit durch.⁴⁴¹ In Abkehr eines völligen Rückbaus von Staatlichkeit zugunsten Privater kennzeichnet die gewährleistungsstaatliche Ausrichtung staatlicher Leistungsverwaltung Formen der Verantwortungsteilung durch deren Einbindung in staatliche Aufgabenwahrnehmung. Vormalis staatliche Eigenerfüllung im Bereich der Leistungsverwaltung reduziert sich im Zuge der Neuausrichtung der Verwaltung auf Formen der staatlichen Gewährleistung einer

⁴³⁵ Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 6.

⁴³⁶ Terminus nach Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 32.

⁴³⁷ Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 26; zur Entwicklung der öffentlichen Haushalte und den Auswirkungen Mattern/Valentuckeviciute/Waßmuth, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 81 ff.

⁴³⁸ Zum Begriff Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 38 ff.; s. auch Reh-binder, in: Festschrift Brohm, S. 727 ff.

⁴³⁹ Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 1; Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 305 ff.; zur Verwaltungsreform in Berlin Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 327 ff.

⁴⁴⁰ Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 407; zu den Möglichkeiten von Wettbewerb innerhalb der staatlichen Verwaltung a. a. O., passim; zur Geschichte der Privatisierung nach 1945 Mattern/Valentuckeviciute/Waßmuth, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 39 ff.

⁴⁴¹ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 61 f.; in diese Richtung auch Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 31.

von Privaten vorgenommenen Aufgabenerfüllung.⁴⁴² Während die Öffentliche Hand also die Leistungserbringung gewährleistet (Gewährleistungsverantwortung), wird die Verantwortung für die tatsächliche Erfüllung der Leistung auf private Wirtschaftsteilnehmer übertragen (Erfüllungsverantwortung).⁴⁴³ Gewährleistungsverantwortung meint aber nicht bloße Aufsicht und Rahmensetzung, sondern geht darüber hinaus im Sinne einer „Gewährleistung der zielgerichteten Leistungserbringung“⁴⁴⁴. Der Topos der Gewährleistungsverwaltung kennzeichnet danach eine auf „Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung“⁴⁴⁵ reduzierte staatliche Steuerung. Mit Franzius lässt sich auch vom Regelungsmodell in Abgrenzung zum Staatsmodell und einem reinen Marktmodell sprechen.⁴⁴⁶ Das ökonomische Leitbild des Staates wurde und wird bis heute noch wesentlich durch das Konzept des Gewährleistungsstaats geprägt.

Wesentliches Strukturmerkmal der gewährleistungsstaatlichen Ausrichtung der Leistungsverwaltung sind die mit dem Begriff der Privatisierung erfassten Formen der Verlagerung von Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung auf Private.⁴⁴⁷ Indem sich der Staat zugunsten wettbewerblicher Leistungserbringung auf die Gewährleistung der Dienstleistung zurückzieht, übernehmen Private mit der Aufgabenerfüllung zumindest einen Teil der staatlichen Aufgabe.

Mitgliedstaatliche Privatisierungsentscheidungen sind Gegenstand eines komplexen Wechselverhältnisses aus Unions- und nationalem Recht. Zweifelsohne bedingte die unionsrechtlich forcierte Liberalisierung der Sektoren Post, Telekommunikation, Eisenbahn und Energie die Privatisierungen in diesen Bereichen.⁴⁴⁸ Privatisierung ist danach „nicht ausschließlich Konsequenz politischer Willensbildung, sondern wird durch die wirtschaftspolitischen Zielsetzungen des Unionsrechts veranlasst“.⁴⁴⁹ Während das Primärrecht weitgehend wirtschaftspolitisch neutral

⁴⁴² *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 18; *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 553; unterhalb der Schwelle einer Erfüllungsbeteiligung Privater werden zudem Modelle einer bloß privaten Finanzierung öffentlicher Infrastrukturen diskutiert, s. *Kneuper/v. Kaler*, NVwZ 2017, 195.

⁴⁴³ Im Einzelnen zu den Verantwortungsstufen *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 74 ff.; *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 555 f.

⁴⁴⁴ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 76.

⁴⁴⁵ *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (285).

⁴⁴⁶ *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 25.

⁴⁴⁷ Verlagerungsbewegungen auf Private treten auch in der Rechtsdurchsetzung, dazu *Schröder*, Die Verw 50 (2017), 309, sowie außerhalb der Verwaltung in den Bereichen Judikative und Legislative auf, dazu *Meßerschmidt*, Der Staat 51 (2012), 387.

⁴⁴⁸ *Henneke*, in: *Krautscheid*, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 32; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 9 f.; zu den nationalen Einflüssen auf Privatisierung *Hellermann*, a. a. O., S. 50 ff.; zum Einfluss der Ebenen des nationalen und des Unions- und Völkerrechts auch *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 29 ff.

⁴⁴⁹ *Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 310.

ausgestaltet ist, folgt der Impuls für Privatisierungen überwiegend aus dem sekundären Unionsrecht.⁴⁵⁰ Neben den großen Privatisierungen der Infrastrukturbereiche auf Bundesebene weisen die Kommunen das größte „Privatisierungspotential“ auf, könnten doch eine Vielzahl insbesondere kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen potentiell auch von Privaten erbracht werden, etwa im Bereich des Nahverkehrs sowie der Energie- und Wasserversorgung, der Abwasser- und Abfallentsorgung.⁴⁵¹ Auch kommunale Privatisierungsprozesse sind dabei immer in Hinblick auf ihre Ambivalenz zwischen Privatisierungssubjekt und Privatisierungsobjekt zu betrachten: Einerseits unterliegen Privatisierungsprozesse europäischen und für die kommunale Ebene auch nationalstaatlichen Einflüssen, darüber hinaus ist aber auch die Akteursstellung des privatisierenden Rechtsträgers zu berücksichtigen.⁴⁵²

II. Vergaberecht als Privatisierungsfolgenrecht

Das Vergaberecht hat sich als „Scharnier“ zwischen Privatisierungsentscheidung und Privatisierungsverfahren etabliert.⁴⁵³ Dementsprechend ist es in der Literatur als „Privatisierungsfolgenrecht“ entfaltet worden.⁴⁵⁴ Dort, wo das Vergaberecht auf einen Privatisierungsvorgang anwendbar ist, „übersetzt“ es die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Anforderungen an die Privatisierung in das Vergabeverfahren.⁴⁵⁵ Das Vergaberecht dient so der Wahrnehmung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung.⁴⁵⁶

Eine rechtliche Begriffsdefinition von Privatisierung ist nicht möglich.⁴⁵⁷ Mangels Legaldefinition oder Ableitbarkeit aus gesetzlichen Begriffsverwendungen wird in der Literatur deshalb auf eine einheitliche Definition verzichtet, stattdessen aber auf eine Kategoriebildung zurückgegriffen.⁴⁵⁸ Privatisierung kennzeichnet nach gängi-

⁴⁵⁰ *Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 311; zu primärrechtlichen Implikationen *Weiß*, AöR 128 (2003), S. 91 (95 ff.).

⁴⁵¹ *Hellermann*, in: Oldiges, S. 19; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 5 f.

⁴⁵² Vgl. *Hellermann*, in: Oldiges, S. 21.

⁴⁵³ S. nur aus der umfassenden Auseinandersetzung mit diesem Thema *Behr*, VergabeR 2009, 136; *Hüser*, Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben – passim; *Schimanek*, NZBau 2005, 304; *Werner*, LKV 2004, 294; *Jasper*, Privatisierung und EG-Vergaberecht – passim; *Mehlitz*, Ausschreibungspflichten bei formellen und funktionellen Privatisierungen – passim und die umfangreichen Literaturnachweise bei *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103, Literatur Nr. 2.

⁴⁵⁴ Grundlegend *Burgi*, NVwZ 2001, 601.

⁴⁵⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 25.

⁴⁵⁶ *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 5.

⁴⁵⁷ *Kämmerer*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 2.

⁴⁵⁸ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 1; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 409 f.; *Kämmerer*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 4; entgegen dieser gängigen Kategorisierung entwirft *Kämmerer* eine übergreifende Privatisierungsdefi-

ger Diktion einen Verlagerungsprozess von Verantwortung, der in den Kategorien der formellen, funktionalen und materiellen Privatisierung abgebildet werden kann. Ausgangspunkt jeder Privatisierung ist zunächst eine in staatlicher Hand liegende Aufgabe. Eine Sonderkategorie bildet mangels unmittelbaren Bezugs zu einer Staatsaufgabe die Vermögensprivatisierung. Anhand dieser Kategorisierung kann auch die vergaberechtliche Strukturierung aufgezeigt werden.

1. Formelle Privatisierung

Als schwächste Form gewährleistungsstaatlicher Ausrichtung kann die formelle Privatisierung angesehen werden. Formelle Privatisierung erfolgt durch eine Reorganisation des Staates als Privatrechtssubjekt (daher auch „Organisationsprivatisierung“) ohne Beteiligung „echter“ Privater.⁴⁵⁹ Die Aufgabenverantwortung bleibt bei der Öffentlichen Hand. Es greift der „Vorbehalt einer Trägerschaft von Verwaltungsaufgaben zugunsten öffentlich-rechtlicher Organisationsformen“.⁴⁶⁰ Die Aufgabenträgerschaft geht also nicht auf die formell privatisierte Einheit über. Eine Verlagerung findet nur insoweit statt, als die privatrechtliche Gesellschaft – auch Eigengesellschaft genannt – aus der Exekutive ausgelagert und privatwirtschaftlichen Logiken unterworfen wird.⁴⁶¹ Zugleich kann die formelle Privatisierung weitere Privatisierungsschritte vorbereiten.⁴⁶² Formelle Privatisierung soll einen „Zukauf gesellschaftsrechtlicher Handlungsrationalität“⁴⁶³ bewirken und zu effizienterer Aufgabenerfüllung führen.⁴⁶⁴ Zudem führen im Zuge von Liberalisierungen verloren gegangene Monopolstellungen zur Angewiesenheit kommunaler Unternehmen auf wettbewerbsfähige Strukturen.⁴⁶⁵ Obwohl keine Verlagerung auf „materiell“ Private

nition. Danach beschreibt er Privatisierung als „Prozess, der mit der voluntativen Überantwortung von Rechtsmacht durch den Staat bzw. die Öffentliche Hand auf Privatrechtssubjekte verbunden ist“ (a. a. O., Rn. 9). Der mit der Definition verfolgte Ansatz, das „Spektrum der als Privatisierung wahrgenommenen Phänomene“ aufnehmen zu können, scheitert jedoch an der Vergabe. Danach soll weder die Auftrags- noch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen als Privatisierung zu verstehen sein. Ausnahmsweise könne die Dienstleistungskonzession als Privatisierungsvorgang beschrieben werden, wenn mit ihr eine Beleihung des Privaten einhergehe (a. a. O., Rn. 28). Ein in dieser Weise eng verstandener Privatisierungsbegriff verfehlt jedoch die mit der Vergabe einhergehenden Verantwortungsverlagerungen auf Private.

⁴⁵⁹ Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band IV, § 96 Rn. 43; weiter Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 76, der alle Vorgänge, „an deren Ende die Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch Private steht“, vom Begriff der Organisationsprivatisierung erfassen will.

⁴⁶⁰ Schliesky/Schulz/Kuhlmann, VerwArch 108 (2017), 216 (220, 224).

⁴⁶¹ Kämmerer, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 8.

⁴⁶² Kämmerer, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 8.

⁴⁶³ Burgi, NVwZ 2001, 601 (602).

⁴⁶⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 4.

⁴⁶⁵ Hellermann, in: Oldiges, S. 20, 30.

erfolgt, wird jedenfalls private Handlungsrationalität zum Credo öffentlicher Aufgabenerfüllung.

Neben der Bundesbahn⁴⁶⁶ waren in der Vergangenheit insbesondere kommunale Unternehmen der Daseinsvorsorge Gegenstand formeller Privatisierungen. Gründe für solche Organisationsentscheidungen sind oftmals komplex und hängen von einer Vielzahl von Faktoren ab. So kann die Größe kommunaler Eigenbetriebe Grund für formelle Privatisierungen sein.⁴⁶⁷ Auch in Berlin gab es Pläne zu formellen Privatisierungen der kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge, insbesondere aufgrund der enormen Größe der nach dem Mauerfall aus dem ehemaligen Ostteil der Stadt in die kommunalen Unternehmen aus dem Westteil zu integrierenden Unternehmen der Daseinsvorsorge.⁴⁶⁸ Indes beschränkte sich die formelle Privatisierung auf die zuvor als Eigenbetrieb organisierten Berliner Gaswerke (GASAG) im Jahr 1992 unter Fusion mit der Berliner Erdgas AG aus dem Ostteil der Stadt.⁴⁶⁹ Die weiteren kommunalen Eigenbetriebe der Wasserver- und Abwasserentsorgung sowie der Abfallentsorgung und des ÖPNV wurden hingegen in einer Art Berliner Sonderweg in Abweichung vom damals üblichen Dualismus aus Eigenbetrieb und Eigengesellschaft in die Organisationsform der rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts überführt, von der man sich besondere Vorteile versprach.⁴⁷⁰

Im Falle formeller Privatisierung gründet ein staatlicher oder kommunaler Träger eine Eigengesellschaft (juristische Person des Privatrechts).⁴⁷¹ Im Abschluss des Gesellschaftsvertrags selbst liegt zwar kein Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag bzw. eine Konzession.⁴⁷² Es liegt vielmehr ein rein interner Organisationsvorgang vor, der keinen Beschaffungsbezug aufweist und daher nicht den Tatbestand des § 103 Abs. 1/105 Abs. 1 GWB erfüllt.⁴⁷³ Gründet ein staatlicher oder kommunaler Träger eine Eigengesellschaft, ist dies vergaberechtlich also zunächst irrelevant. Auf die Gründung kann aber eine Beschaffung folgen, wenn die privatrechtliche Einheit nach ihrer Gründung mit Aufgaben des öffentlichen Trägers betraut wird.⁴⁷⁴ Der

⁴⁶⁶ Dazu *Weiß*, AöR 128 (2003), 91 (124 f.).

⁴⁶⁷ *Mann*, ZöGU 1996, 53 (55).

⁴⁶⁸ *Mann*, ZöGU 1996, 53 (55).

⁴⁶⁹ *Mann*, ZöGU 1996, 53 (55); in drei Etappen erfolgte dann 1994, 1995 und 1998 die schrittweise materielle Privatisierung der GASAG durch Aktienverkauf (Vermögensprivatisierung).

⁴⁷⁰ *Mann*, ZöGU 1996, 53 (55 f.).

⁴⁷¹ Mangels Verantwortungsverlagerung auf „echte“ Private sollte der Vorgang der Beauftragung/Konzessionierung von Eigengesellschaften nicht der (unechten) funktionalen Privatisierung zugeordnet, sondern als Aspekt formeller Privatisierung thematisiert werden; anders indes *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29, der hierbei von unechter funktionaler Privatisierung spricht.

⁴⁷² *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (605).

⁴⁷³ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 27; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 61; *Jasper*, Privatisierung und EG-Vergaberecht, S. 167; *Mehlitz*, Ausschreibungspflichten, S. 29.

⁴⁷⁴ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 27; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 98 ff.; *Jasper*, Privatisierung und EG-Vergaberecht, S. 167 f.; *Mehlitz*, Ausschreibungspflichten, S. 30 ff.

Vorgang unterfällt dann dem Kartellvergaberecht.⁴⁷⁵ Diese Ausweitung des Kartellvergaberechts auf den Bereich kommunaler Organisationsentscheidungen war anfänglich durchaus umstritten. Unter Berufung auf die Organisationshoheit der Gemeinde nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sollte eine Überprüfung der Rechtsformenwahl bei der Organisation kommunaler Aufgaben ausgeschlossen sein. Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Organisationszusammenhangs könne schon von keiner Beschaffung ausgegangen werden; auch bestehe kein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhältnis innerhalb des „Konzerns Stadt“, solange keine Beherrschungsverträge bestünden.⁴⁷⁶ Indes ist in diesem Fall jedenfalls in formaler Hinsicht das Vorliegen eines Beschaffungsbezugs nicht zu verleugnen. Dementsprechend werden formelle Privatisierungen heute im Grundsatz als dem Kartellvergaberecht unterworfen angesehen. Den Besonderheiten kommunaler Organisationsautonomie ist daher in anderer Weise Rechnung zu tragen. So können formelle Privatisierungen nur dann vom kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich ausgenommen sein, wenn die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB vorliegen.⁴⁷⁷

2. Funktionale Privatisierung

Zentrale Bedeutung kommt dem Vergaberecht im Bereich funktionaler Privatisierung zu. Der Begriff der funktionalen Privatisierung als Zwischenform von formeller und materieller Privatisierung⁴⁷⁸ umfasst eine große Bandbreite von Verantwortungsverlagerungen, die sich in Abgrenzung zur formellen Privatisierung auf „echte“ Private vollziehen, in Abgrenzung zur materiellen Privatisierung jedoch nicht zu einem „Abreißen“ der Aufgabenverantwortungszurechnung zur Öffentlichen Hand führen. Es handelt sich also um Staatsaufgaben, „die Private als Staatsaufgaben wahrnehmen, Staatsaufgaben, die der Staat *durch* Private wahrnimmt bzw. sie *für* ihn“⁴⁷⁹. Ziekow definiert funktionale Privatisierung im weitesten Sinne als „die Einbeziehung eines zumindest partiell von der Öffentlichen Hand unabhängigen Privaten in die Erledigung öffentlicher Aufgaben bei fortbestehender, dem Gebot demokratischer Legitimation Rechnung tragender staatlicher Gewährleistungsverantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung“⁴⁸⁰. Charakteristikum bildet im Gegensatz zur materiellen Privatisierung die fortbestehende staatliche Aufgabenverantwortung, die sich jedoch auf die Gewährleistung der Erfüllung bestimmter Aufgaben reduziert.⁴⁸¹ Eine Zurechnung der Aufgabenverantwortung zur

⁴⁷⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 61; *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (308).

⁴⁷⁶ Kritisch gegenüber einem generellen Ausschluss, weil auf eine Auslegung der Tatbestandsmerkmale abstellend *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (604); zum Streitstand *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 119 ff.

⁴⁷⁷ S. dazu im Einzelnen Kapitel 5, S. 284 ff.

⁴⁷⁸ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 83.

⁴⁷⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 68.

⁴⁸⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5.

⁴⁸¹ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 134.

Öffentlichen Hand erfordert einen Unternehmensgegenstand des Privaten, der zugleich Gegenstand der staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist.⁴⁸² Der Beitrag des Privaten ist dabei meist durchführender Natur.⁴⁸³ Funktionale Privatisierung bedeutet also keine Aufgabenspaltung in die Teilaufgabe der Erfüllung und die der Gewährleistung insofern, als sich die staatliche Aufgabe auf die Gewährleistung reduzierte, während die Erfüllung im Sinne materieller Privatisierung vollständig auf den Privaten überginge. Vielmehr besteht die einheitliche Aufgabe fort, während nur Beiträge zur eigentlich weiterhin der Öffentlichen Hand obliegenden Aufgabenerfüllung verlagert werden. Funktionale Privatisierung stellt sich mithin als eigenständige Kategorie von Privatisierung dar.⁴⁸⁴

Der funktionalen Privatisierung kommt im Gewährleistungsstaat eine Schlüsselrolle zu.⁴⁸⁵ Die sich bei funktionaler Privatisierung vollziehende Verlagerung der Aufgabenerfüllung auf Private unter Beibehaltung staatlicher Daseinsvorsorgeverantwortung bildet den „Prototypen“ des Gewährleistungsstaats.⁴⁸⁶ Als im Bereich kommunaler Pflichtaufgaben gegenüber der materiellen Privatisierung zulässige Form der Privatisierung prägt die funktionale Privatisierung die Liberalisierung klassischer Daseinsvorsorge auch in der Rechtswirklichkeit.⁴⁸⁷

Die Möglichkeit funktionaler Privatisierung wird im Gesetz mehrfach ausdrücklich vorgesehen, etwa in § 22 S. 1 KrWG oder § 56 S. 3 WHG.⁴⁸⁸ Als allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsatz bedarf die Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben indes keiner ausdrücklichen Ermächtigung, soweit mit der funktionalen Privatisierung keine Beleihung einhergeht.⁴⁸⁹ Die Normen gestatten keine materielle Privatisierung, sondern die Beteiligung von Privaten an der Verwaltungsaufgabe unter Beibehaltung staatlicher Aufgabenträgerschaft.⁴⁹⁰ § 22 S. 1 KrWG spricht insofern von der Beauftragung Dritter mit den Beseitigungsverpflichteten obliegenden Pflichten. § 56 S. 3 WHG formuliert, dass sich die Aufgabenträger zur Erfüllung *ihrer* Pflichten Dritter bedienen können.

Unter den Begriff der funktionalen Privatisierung fallen verschiedene Formen der Beteiligung Privater an der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Neben Vorgängen des

⁴⁸² *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 69.

⁴⁸³ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29.

⁴⁸⁴ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 81 f.

⁴⁸⁵ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 83.

⁴⁸⁶ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 79.

⁴⁸⁷ *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 80 m. w. N.; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, § 10 Rn. 30.

⁴⁸⁸ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5.

⁴⁸⁹ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 134; *Schulz*, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 56 Rn. 16; *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (458).

⁴⁹⁰ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5.

Outsourcings werden insbesondere Fälle der Verwaltungshilfe erfasst, die sich im Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaften konkretisieren.⁴⁹¹

a) *Fiskalische Hilfsgeschäfte/Outsourcing*

Als Form funktionaler Privatisierung kann zunächst der Übergang von der Eigenproduktion zu Fremdbezug gelten,⁴⁹² etwa indem eine Gemeinde die Aufgabe der Gebäudereinigung an ein privates Unternehmen überträgt und für diesen Zweck kein eigenes Personal mehr vorhält. Dieser auch als „Outsourcing“⁴⁹³ qualifizierte Bereich zeichnet sich durch die Verlagerung schlichter Annexaufgaben, also bloß vorbereitender, begleitender Hilfstätigkeiten auf Private aus, die nur „aus Anlass der Erledigung öffentlicher Aufgaben“⁴⁹⁴ anfallen und oben bereits als fiskalische Hilfsgeschäfte qualifiziert wurden. Deren vergaberechtliche Strukturierung folgt den oben bereits aufgezeigten Maßstäben.⁴⁹⁵

b) *Verwaltungshilfe, Öffentlich-private Partnerschaft und contracting out*

Als „Grundform“ der primäraufgabenbezüglichen funktionalen Privatisierung wird die Verwaltungshilfe angesehen, bei der Private Teilbeiträge zu einer Staatsaufgabe eines immer noch zuständigen öffentlichen Aufgabenträgers erbringen.⁴⁹⁶ Die Verwaltungsaufgabe spaltet sich bei Beteiligung des Privaten also nicht auf wie im Falle materieller Privatisierung, sondern die Beiträge des Privaten erfolgen in funktionalem Bezug zur beim Aufgabenträger verbleibenden Aufgabe und gestuft, je nach der vom Privaten übernommenen Verantwortung für die Aufgabe.⁴⁹⁷ Die Teilbeiträge können durchführenden, aber auch vorbereitenden Charakters sein.⁴⁹⁸

⁴⁹¹ Auch die Beleihung wird als Form funktionaler Privatisierung qualifiziert, s. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5; *Dreher*, NZBau 2002, 245 (247); offenlassend jedoch *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 31; für einen Fall der Organisationsprivatisierung noch *ders.*, Funktionale Privatisierung, S. 79; „hybrides Konstrukt“ nach *Kämmerer*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 24; die Beleihung ist im Folgenden jedoch nicht Gegenstand weiterer Untersuchungen; s. zur vergaberechtlichen Strukturierung *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 31 ff.

⁴⁹² 9. Hauptgutachten der Monopolkommission von 1992, BT-Drs. 12/3031, S. 23.

⁴⁹³ Begriff nach *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 44 f.

⁴⁹⁴ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5, 23.

⁴⁹⁵ S. Kapitel 1, S. 55 ff.; ob der Bereich des Outsourcings vom Begriff der funktionalen Privatisierung erfasst werden sollte, ist umstritten; ablehnend *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 149; wie hier indes *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 92; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5, 23; so auch schon *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 339 f.

⁴⁹⁶ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 100; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 134; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5; *Ackermann*, Verwaltungshilfe, S. 73 f.; weitergehendes Begriffsverständnis bei *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (255 f.).

⁴⁹⁷ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 100; nicht ganz deutlich indes *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, § 10 Rn. 31, wenn dort davon die Rede ist, dass der Verwal-

Einige Formen der Verwaltungshilfe werden mittels des Begriffs der öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP) kategorisiert. ÖPP zeichnen sich durch einen substantiellen Beitrag des Privaten zur Erfüllung der Primäraufgabe aus.⁴⁹⁹ Unter dem Begriff hat sich ein Strauß verschiedener Kooperationsmodelle herausgebildet.⁵⁰⁰ Hier von Interesse sind die dem Begriff des „contracting out“ zugeordneten Modelle der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Primäraufgaben. Der Begriff des „contracting out“ kennzeichnet in Abgrenzung zum „Outsourcing“ die vertragliche Beteiligung eines Privaten an der Erfüllung einer Primäraufgabe.⁵⁰¹ Dem contracting out kommt im Gewährleistungsstaat eine zentrale Bedeutung zu, es wird gar als „Shooting-Star“ innerhalb des ‚Megatrends von Ausgliederung und Privatisierung‘ gefeiert.⁵⁰²

Differenziert werden kann zwischen institutionalisierten und projektbezogenen öffentlich-privaten Partnerschaften.

Institutionalisierte ÖPP, auch als Beteiligungsmodell bezeichnet, zeichnen sich durch eine institutionelle Verselbstständigung der Zusammenarbeit in gesellschaftsrechtlichen Formen (sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmen) aus. Dafür gründet die Öffentliche Hand zusammen mit einem Privaten eine regelmäßig mehrheitlich in öffentlicher Hand liegende Betreibergesellschaft.⁵⁰³

Die projektbezogene ÖPP zeichnet sich hingegen mangels organisatorischer Verfestigung durch eine „langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ aus, „wobei die erforderlichen Ressourcen (z. B. Knowhow, Betriebsmittel, Kapital) von den Partnern in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden“.⁵⁰⁴ Zentrale Modelle sind das Auftrags- oder auch Submissions- und das Konzessionsmodell.⁵⁰⁵

tungshelfer nicht mehr Teil der Staatsaufgabe sei, was eher auf eine Qualifikation als fiskalisches Hilfsgeschäft hindeutet.

⁴⁹⁸ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 101.

⁴⁹⁹ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 6; *Ackermann*, Verwaltungshilfe, S. 80 f.

⁵⁰⁰ Übersicht bei *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 6 f.

⁵⁰¹ *Schuppert*, Privatisierung und Regulierung – Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, in: *Nettesheim/Schiera*, Der integrierte Staat, 41; s. auch *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 80 ff.; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 44; *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 160; anders *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 5 f., der zwischen contracting out und Outsourcing einerseits und Public Private Partnership andererseits unterscheidet.

⁵⁰² *Schuppert*, Privatisierung und Regulierung – Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, in: *Nettesheim/Schiera*, Der integrierte Staat, 1999, 41; dazu auch *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (278).

⁵⁰³ *Bonk/Neumann/Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 54 Rn. 79; begrifflich auch Gesellschaftsmodell genannt, vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 7.

⁵⁰⁴ *Burgi*, in: *Ehlers/Pünder*, § 10 Rn. 33.

Das Submissionsmodell zeichnet sich dadurch aus, dass ein privater Anbieter gegen Entgelt eines Hoheitsträgers eine Leistung erbringt, die unmittelbar den Bürgern zugutekommt, während sich der Hoheitsträger etwa durch einen Gebührenanspruch gegenüber den Bürgern refinanziert.⁵⁰⁶

Das Konzessionsmodell charakterisiert hingegen, dass der private Betreiber direkt an den Nutzer gegen Entgelt leistet.⁵⁰⁷ Die Konzessionierung stellt sich damit als besondere Form des contracting out dar, weil der Konzessionsnehmer unmittelbar gegenüber den Nutzern auftritt. Dem Konzessionsmodell wird beim gewährleistungsstaatlichen Umbau der Leistungsverwaltung eine besondere Bedeutung zugemessen. Der „kompetenhafte Aufstieg“⁵⁰⁸ des Instruments der Konzession ist noch jüngerer Natur. Beginnend mit der Daseinsvorsorge fand das Konzessionsmodell in immer mehr Bereichen staatlicher Aufgabenwahrnehmung Einzug.⁵⁰⁹ Konzessionsmodelle haben sich dabei insbesondere in größeren Städten durchgesetzt.⁵¹⁰ Über die klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge hinaus finden sie sich mittlerweile bei der Organisation von Rettungsdiensten, der Parkplatzbewirtschaftung, der Vergabe von Märkten, aber auch der Stadtmöblierung und der Essensversorgung in Schulen.⁵¹¹ Nettesheim sieht in der Konzession ein Modell, „mit dem sich alle marktwerten staatlichen Leistungen privatisieren lassen“, etwa auch Bildungsdienstleistungen oder Leistungen im Gesundheitsbereich.⁵¹² Ruhland verortet die Konzession deshalb auch als modernes Instrument der gewährleistungsstaatlichen Organisation von Daseinsvorsorge.⁵¹³

Beim Konzessionsmodell gehen Finanzierungs- und Aufgabenverantwortung für einen festgelegten Zeitraum auf den Dritten über. Das Konzessionsmodell erlaubt eine Verantwortungsübertragung zugunsten Privater, die noch über die bei der Auftragsvergabe übergehende Erfüllungsverantwortung hinausgeht. Die Öffentliche Hand trifft für die Laufzeit der Konzession keinerlei Aufgabenverantwortlichkeit mehr, weil mit ihr die Finanzierungsverantwortung und damit das finanzielle Risiko auf den Konzessionsnehmer übergeht; Verwaltungsressourcen werden somit vollständig geschont.⁵¹⁴ Umstritten ist deshalb, ob das Konzessionsmodell noch als Form funktionaler Privatisierung angesehen werden könne oder schon als materielle Pri-

⁵⁰⁵ *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (278); *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 135.

⁵⁰⁶ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 135; der Begriff findet häufig im Kontext der Erbringung von Rettungsdienstleistungen Verwendung, vgl. *Amelung/Janson*, NZBau 2016, 23 (25).

⁵⁰⁷ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 135.

⁵⁰⁸ *Nettesheim*, EWS 2007, 145 (146).

⁵⁰⁹ Vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 5. Aufl., § 99 Rn. 207.

⁵¹⁰ *Fenzel/Pencereci*, LKV 2012, 549.

⁵¹¹ Bsp. nach *Nettesheim*, EWS 2007, 145 (146).

⁵¹² *Nettesheim*, EWS 2007, 145 (147).

⁵¹³ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 100.

⁵¹⁴ *Nettesheim*, EWS 2007, 145 (146).

vatisierung auf Zeit qualifiziert werden müsse.⁵¹⁵ Nach teilweise vertretener Ansicht sind direkte Leistungsbeziehungen zwischen dem Konzessionsnehmer und dem Leistungsempfänger nicht mehr als Verwaltungshelferdienste zu qualifizieren.⁵¹⁶ Burgi erkennt in bewusster Abweichung zur noch in seiner Habilitation vertretenen Auffassung in der Konzession keinen Fall der Verwaltungshilfe mehr.⁵¹⁷ Die Verwaltung binde keinen Helfer in eine von ihr erfüllte Aufgabe ein, sondern übertrage die Aufgabe im Ganzen auf den Privaten.⁵¹⁸ Gegen eine Qualifikation als materielle Privatisierung spricht jedoch, dass der Aufgabenübertrag bei Konzessionsmodellen nur zeitlich befristet und widerruflich erfolgt und die Entscheidung über das „Ob“ der Leistungserbringung bei der Öffentlichen Hand verbleibt.⁵¹⁹ Insofern handelt es sich durchaus um eine funktionale Privatisierung, der jedoch eine besondere Qualität zukommt. Der Private wird in die Wahrnehmung der verfassungsrechtlichen Gewährleistungsverantwortung für die Daseinsvorsorge eingebunden.⁵²⁰ Während die Öffentliche Hand bei Auftragsmodellen die Finanzierungsverantwortung trägt, tritt mit dem Konzessionsmodell ein Instrument marktlicher Beschaffung in Erscheinung, mit dem auch die Finanzierungsverantwortung auf den Konzessionsnehmer verlagert werden kann. Marktliche Beschaffung mittels Konzessionen setzt demnach eine besondere Eigenschaft des Vergabegegenstands voraus: einen Marktwert, der einen Übergang auch des Marktrisikos auf den Konzessionsnehmer erlaubt.⁵²¹ Da wesentliches Merkmal der Konzession jedoch nur die befristete und widerrufliche Aufgabenübertragung ist, an deren Ende die Aufgabe wieder dem Staat zufällt, sollte nicht von materieller Privatisierung gesprochen werden. Die Konzession sortiert sich in der Dogmatik staatlicher Aufgabenerfüllung vielmehr i.S. funktionaler Privatisierung zwischen die Eigenerbringung und die vollständige, materielle Überantwortung einer Aufgabe an Private ein.⁵²² Diese Zwitterstellung der Konzession erlaubt es der Öffentlichen Hand, Aufgaben zeitweilig an private Wirtschaftsteilnehmer zu übertragen, ohne ihren originären staatlichen Erfüllungsanspruch zu verlieren.

⁵¹⁵ Für funktionale Privatisierung *Säcker/Mohr/Wolf*, S. 31 f.; eine eigene Kategorie zwischen materieller und funktionaler Privatisierung nimmt an *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 114 f.; a. A. *Kämmerer*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 28, der im Vorgang der Vergabe generell keine ausreichende Rechtsmachtverlagerung sieht, solange mit der Vergabe keine Beleihung einhergehe.

⁵¹⁶ Mit Nachweisen zu dieser Ansicht *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 82 f.

⁵¹⁷ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 Fn. 7 unter Hinweis auf die a. A. in *ders.*, Funktionale Privatisierung, S. 147 f.; s. auch schon *Burgi*, NVwZ 2001, 601.

⁵¹⁸ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (950).

⁵¹⁹ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (951); s. auch *Burgi*, Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, S. 30; s. aber *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (604), der das Konzessionsmodell in der Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung der Aufgabenprivatisierung zurechnet.

⁵²⁰ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 107.

⁵²¹ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 107.

⁵²² *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 114 f.

Die funktionale Privatisierung wird weitreichend in das Vergaberechtsregime einbezogen.⁵²³ Dies gilt zunächst für institutionalisierte ÖPP, die sich durch die Gründung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen auszeichnen.⁵²⁴ Zwar ist der Gründungsakt selbst vergaberechtlich irrelevant.⁵²⁵ Die „Suche nach privaten Mitgesellschaftern“ selbst zielt auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, nicht aber auf die Beauftragung/Konzessionierung von Privaten ab.⁵²⁶ Die anschließende Beteiligung des Unternehmens an der Aufgabenerfüllung macht jedoch bereits die Auswahl des zu beteiligenden Privaten vergabepflichtig.⁵²⁷

Entsprechendes gilt aber auch für projektbezogene ÖPP, bei denen eine Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und Privaten auf vertraglicher Grundlage erfolgt.⁵²⁸ Hierzu zählen zunächst Submissionsmodelle, bei denen der Auftragnehmer nicht mehr nur eine mittelbar auf eine Primäraufgabe bezogene Leistung erbringt, sondern selbst einen Teil der Primäraufgabe übernimmt. Geht etwa mit der Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports selbst ein Teil der staatlichen Aufgabe auf den Auftragnehmer über, ändert das nichts an der Qualifikation als Auftrag.⁵²⁹ Der Auftragnehmer wird zum Verwaltungshelfer, wenn er mit einer Dienstleistung mit unmittelbarem Bezug zu einer Primäraufgabe der Verwaltung beauftragt wird.⁵³⁰ Mit der KVR werden nunmehr zudem auch Konzessionsmodelle weitreichend dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterworfen.⁵³¹

3. Materielle Privatisierung

Der gewährleistungsstaatliche Umbau findet seinen stärksten Ausdruck in der materiellen Privatisierung. Als materielle oder auch Aufgaben-Privatisierung wird der vollständige Rückzug der Öffentlichen Hand aus einer zuvor erfüllten Aufgabe verstanden.⁵³² Die Staatsaufgabe wird privaten Wettbewerbern auf dem Markt

⁵²³ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29 f.; s. spezifisch zu Betriebsführungs- und Betreiberverträgen im Bereich der Abwasserentsorgung *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 58; zum vormals geführten Streit noch *Behr*, VergabeR 2009, 136 (138 ff.); *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 212 ff.

⁵²⁴ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 30.

⁵²⁵ S. zuvor die Ausführungen zur formellen Privatisierung sowie *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 27.

⁵²⁶ So *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (605).

⁵²⁷ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29.

⁵²⁸ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 30.

⁵²⁹ *BGH*, Beschl. v. 1. 12. 2008, Az.: X ZB 31/08 Rn. 16 = BGHZ 179, 84.

⁵³⁰ *Burgi*, DVBl. 2003, 949.

⁵³¹ Näher noch Kapitel 5, S. 241 ff.; zur alten Rechtslage *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 111 Fn. 568.

⁵³² *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 129; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 9; *Ackermann*, Verwaltungshilfe, S. 43 f.

überlassen.⁵³³ Der damit einhergehende Verlust der Staatlichkeit der Aufgabe führt zwar nicht begriffsnotwendig zu einer Aufgabenverantwortlichkeit des Privaten, da Aufgabenverantwortlichkeit und Grundrechtsträgerschaft zumindest in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen.⁵³⁴ Die Einräumung neuer „Freiheitsräume im Gewährleistungsstaat“⁵³⁵ bei gleichzeitiger Gewährleistungsverantwortung der Öffentlichen Hand kann aber eine Regulierung erfordern, die Private zur Leistungserfüllung auch entgegen marktwirtschaftlicher Logiken verpflichtet, um Marktversagen in Bereichen gesellschaftlich erforderlicher Leistungen auszugleichen.⁵³⁶ Die materielle Privatisierung begleitende Regulierung führt zu eben dieser Aufgabenverantwortungsverpflichtung Privater.⁵³⁷ Die Öffentliche Hand nimmt dabei ihre Regulierungs-/Auffang- oder auch Gewährleistungsverantwortung wahr, die sich aus der Rückbindung der Aufgabe an das öffentliche Interesse ergeben kann. Der Rückzug des Staates aus der Aufgabenverantwortung kann also von einer Regulierung flankiert werden, mit der die Öffentliche Hand ihre aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG auch nach der materiellen Privatisierung fließende Gewährleistungsverantwortung wahrnimmt.⁵³⁸

Diese weiterbestehende staatliche Gewährleistungsverantwortung macht eine Qualifikation als materielle Privatisierung auf den ersten Blick zweifelhaft, denn eine solche soll nach teilweise vertretener Ansicht gerade voraussetzen, dass kein „Verantwortungsrest“ bei der Öffentlichen Hand verbleibt.⁵³⁹ Indes schließt materielle Privatisierung eine Gewährleistungsverantwortung nicht aus. Anders als im Falle funktionaler Privatisierung gibt die Öffentliche Hand bei materieller Privatisierung nur die Erfüllungsverantwortung gänzlich auf. Sie versteht die Erfüllung einer Aufgabe also nicht mehr als ihre Angelegenheit, ist aber aus verfassungsrechtlichen Gründen weiterhin verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Aufgabe dann von einem Dritten ordnungsgemäß erfüllt wird.

Ausprägung dieser gewährleistungsstaatlichen Neuausrichtung mittels Regulierung ist das Universaldienstmodell, das zuvorderst im Telekommunikationsrecht umgesetzt wurde. Als „normative Versorgungsgarantie“⁵⁴⁰ gewährleistet der Staat in Fällen von Marktversagen die Leistungserbringung Privater mittels Pflichtenauferlegung. Der Staat zieht sich vollständig aus der Leistungserbringung zurück und behält sich keine Rückkehroptionen vor; der Verantwortungszusammenhang reißt, die privaten Telekommunikationsanbieter werden also nicht in Wahrnehmung einer

⁵³³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 9.

⁵³⁴ Kritisch deshalb Kämmerer, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 13 Rn. 8.

⁵³⁵ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 84.

⁵³⁶ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 84; zum Marktversagen Kupfer, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 43 ff.

⁵³⁷ In diesem Sinne auch Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 9.

⁵³⁸ Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87e Rn. 189.

⁵³⁹ Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 79.

⁵⁴⁰ Franzius, ZG 2010, 66.

weiter bestehenden Staatsaufgabe zur Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen tätig. An dessen Stelle tritt die Staatsaufgabe der Gewährleistung, die sich im Instrument der Regulierung ausdrückt: Private können im Falle von Marktversagen zur Leistungserbringung verpflichtet werden. Die Finanzierungsverantwortung trägt zunächst die Öffentliche Hand, die sich über eine – verfassungsrechtlich jedoch bezweifelte – Universaldienstabgabe refinanziert.⁵⁴¹ Im Falle eines Ausgleichs wird der Universaldienstverpflichtete im Wege eines Ausschreibungswettbewerbs ermittelt (§ 81 Abs. 3 TKG).

Neben den Bereichen der Telekommunikation und Post werden mitunter auch die im Zuge der gewährleistungsstaatlichen Ausrichtung der Daseinsvorsorge liberalisierten Bereiche der Bahn sowie der Strom- und Gasversorgung als materielle Privatisierungen qualifiziert.⁵⁴² Indes ist fraglich, ob diese Annahme für den gesamten Bereich der Energieversorgung aufrecht erhalten werden kann. Obwohl es sich bei der Energieversorgung um einen dem Postwesen und dem Telekommunikationssektor vergleichbaren Infrastrukturbereich handelt,⁵⁴³ findet sich keine verfassungsrechtliche Privatisierungsbestimmung. Während für die Bereiche Post und Telekommunikation die Reduktion staatlicher Verantwortung auf die Gewährleistung dieser Dienste nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird, wird um die Einordnung der Energieversorgung zwischen materieller und funktionaler Privatisierung und damit zwischen Staats- und öffentlicher Aufgabe bis heute intensiv gestritten.⁵⁴⁴ Kristallisationspunkt dieser Auseinandersetzung ist der Streit um die Vergabepflichtigkeit von Gas- und Stromnetzkonzessionen. Während einerseits unter Hinweis auf die Erfüllungsverantwortung der Kommunen ein besonderes Vorrecht kommunaler Leistungserbringer statuiert wird, wird andererseits unter Hinweis auf die Reduktion kommunaler Verantwortung im Bereich der Energieversorgung auf eine Gewährleistungsverantwortung das Recht der Kommunen zur Leistungserbringung in Frage gestellt. Der Streit entzündet sich an der Frage, ob die Kommunen zur Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Energieversorgung überhaupt noch legitimiert sind. Dagegen wird vorgebracht, dass die Aufgabe der Energieversorgung auf die europäische Ebene „hochgezont“ worden sei, sodass Art. 28 Abs. 2 GG nicht mehr als Legitimationsgrundlage für ein kommunalwirtschaftliches Engagement taue.⁵⁴⁵ Damit einher ginge ein Aufgabenverlust der

⁵⁴¹ *Franzius*, ZG 2010, 66 (68, 70); zur Finanzierungsverantwortung im Modell der Verantwortungsstufen *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 76.

⁵⁴² *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 9; bloß von vollständiger Marktöffnung sprechen *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil, Rn. 89; zur besonderen Stellung der Deutschen Bahn *Burgi*, NVwZ 2018, 601 (606) sowie *Gersdorf*, DÖV 2018, S. 789 (791 ff.); von bloß formeller Privatisierung spricht *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 96 Rn. 44.

⁵⁴³ *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 119.

⁵⁴⁴ Eingehend *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 59 ff.

⁵⁴⁵ *Klement*, Die Verw 48 (2015), 55 (67 ff.); für die Energieverteilung *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 140 ff., insb. S. 176 ff.; als nicht abschließend geklärt qualifiziert die Frage *Engels*, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 51.

Kommunen i. S. e. materiellen Privatisierung. Zugleich würde der Vergabewettbewerb nach § 46 EnWG nicht mehr der Beschaffung der Kommune dienen – es handelte sich nur noch um ein den Kommunen gesetzlich aufgegebenes Verteilungsverfahren im hier nicht behandelten Sinne.⁵⁴⁶

Indes ist es dem Unionsrecht verwehrt, eine Aufgabe mit materiell privatisierender Wirkung zu modifizieren. Die Wirkung des Unionsrechts muss sich mithin in einer liberalisierenden Wirkung erschöpfen, um nicht in Konflikt mit Art. 345 AEUV zu geraten. Darüber hinaus lässt sich dem Unionsrecht keine Bestimmung entnehmen, die einer Beteiligung von Kommunen an der europäisch strukturierten Energieversorgung entgegenstehe. Insofern kann die These von der „Hochzonung“ der Energieversorgungsaufgabe nicht die Diskrepanz zur unionrechtlichen Neutralität gegenüber mitgliedstaatlicher Wirtschaftstätigkeit erklären. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich daher bei der Energieversorgung weiterhin um eine kommunale Aufgabe, die im Zuge europäischer Liberalisierung für Konkurrenz privater Wirtschaftsteilnehmer geöffnet wurde. Eine materielle Privatisierung hat jedoch nicht stattgefunden.

Materielle Privatisierungen unterfallen nicht dem vergaberechtlichen Anwendungsbereich, weil bei ihnen nichts beschafft wird.⁵⁴⁷ Bei materieller Privatisierung wird die Aufgabe gänzlich aufgegeben, sodass eine Beschaffung für die nicht mehr vorhandene Aufgabe nicht mehr in Frage kommt.⁵⁴⁸ Zu einem für das Vergaberecht konstitutiven Vertragsschluss kommt es nicht, auch wenn sich ein Privater sodann Aspekten des ehemals staatlichen Tätigkeitsbereichs annimmt.⁵⁴⁹ Entsprechend wurden materielle Privatisierungen nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG a.F. mangels Beschaffung als nicht vom Auftragsbegriff erfasst angesehen.⁵⁵⁰ Gleiches galt für § 18a Abs. 2a WHG a.F.

4. Vermögensprivatisierung

Als Kategorie taucht schließlich auch die Vermögensprivatisierung auf. Hierunter fällt die Übertragung von Vermögen der Öffentlichen Hand auf Private.⁵⁵¹ Die

⁵⁴⁶ Dieser Auffassung ist wohl *Klement*, Die Verw 48 (2015), 55 (74): „Äußerlich werden die Konzessionen für den Netzbetrieb nach der Liberalisierung zwar genauso von den Kommunen vergeben wie zuvor. Die rechtliche Ratio des Vorgangs aber ist eine andere. Während es früher darum ging, einen für schädlich gehaltenen Wettbewerb zu verhindern, entscheiden die Kommunen heute im Dienste eines gesetzlich definierten Gemeinwohlinteresses über den Sieger des gewünschten Wettbewerbs ‚um‘ das Netz.“

⁵⁴⁷ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 26 f.; *Behr*, VergabeR 2009, 136 (137); *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 347 ff.; *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (305 f.).

⁵⁴⁸ Zur Frage, ob für die Bestimmung auf die in der Rs. Remondis aufgestellten Voraussetzungen zurückgegriffen werden kann, s. noch Kapitel 5, S. 270.

⁵⁴⁹ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 26.

⁵⁵⁰ *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, KrWG, § 22 Rn. 61 f.

⁵⁵¹ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 133.

Vermögensprivatisierung bildet mangels unmittelbaren Bezugs zu einer Staatsaufgabe eine Sonderkategorie und lässt sich regelmäßig den vorstehend aufgezeigten Kategorien der formellen, funktionalen und materiellen Privatisierung zuordnen.⁵⁵²

Auch die Vermögensprivatisierung unterfällt im Grundsatz nicht dem Vergaberecht, weil die bloße Veräußerung nicht als Beschaffung qualifiziert werden kann.⁵⁵³ Indes kann mit dem Verkauf zugleich eine Beschaffung einhergehen. Beauftragt eine Gemeinde etwa im Rahmen der vergaberechtsfreien Inhouse-Ausnahme eine kommunale Eigengesellschaft und veräußert sodann Anteile an einen nicht Inhouse-fähigen echten Privaten, ist dieser Vorgang ausschreibungspflichtig. Funktional steht der Anteilsverkauf der unmittelbaren Gründung und Beauftragung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens gleich.⁵⁵⁴ Gleiches gilt für den vollständigen Verkauf an einen echten Privaten.

D. Bedeutung des Vergaberechts für die Rekommunalisierung der Daseinsvorsorge

Während die Dimension des Vergaberechts als Privatisierungsfolgenrecht Gegenstand umfassender Forschungsbemühungen ist, ist der Frage, inwieweit das Vergaberecht als Liberalisierungsregime auch für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand selbst spezifische Bindungswirkungen entfaltet, bisher nur in bereichsspezifischen Kontexten nachgegangen worden. Sie ist mit dem zuletzt aufgetretenen „Trend zur Rekommunalisierung“ verstärkt in den Fokus des wissenschaftlichen Interesses gerückt. Dabei hat die Diskussion um § 46 EnWG deutlich gemacht, dass das Vergaberecht nicht nur die Verlagerung von Aufgabenverantwortung auf Private wettbewerblich strukturiert, sondern als Liberalisierungsregime auch für den Aufgabenzugriff durch die Öffentliche Hand an Bedeutung gewinnt.⁵⁵⁵

I. Rekommunalisierung und Daseinsvorsorge

Das Modell des Gewährleistungsstaats ist in die Krise geraten.⁵⁵⁶ Diese Krise zeigt sich in einer Rückkehr der Öffentlichen Hand zur Leistungsverwaltung in der Da-

⁵⁵² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 2 Fn. 162; den fehlenden Aufgabenbezug adressiert auch Ackermann, Verwaltungshilfe, S. 46 f.

⁵⁵³ Burgi, Vergaberecht, § 10 Rn. 3.

⁵⁵⁴ Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 28; eingehend Hüser, Ausschreibungspflichten, S. 227 ff., a. a. O., S. 349 ff. auch zu Investorenauswahlverfahren und „Sale-and-lease-back“-Geschäften.

⁵⁵⁵ Ausführlich zum Anwendungsbereich des § 46 EnWG Kapitel 7, S. 345 ff.

⁵⁵⁶ Knauff, DÖV 2009, 581 ff.; s. zum ähnlichen Befund einer Krise des „apertistischen Liberalismus“ aus soziologischer Sicht Reckwitz, Das Ende der Illusionen, S. 268 ff.

seinsvorsorge.⁵⁵⁷ Die Leitbilder der Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung im Sinne eines Rückzugs des Staates zugunsten einer Stärkung der Marktkräfte werden seit Mitte der 2000er Jahre von einem Trend zur Rückkehr zur Leistungserbringung zuvorderst durch kommunale Unternehmen konterkariert.⁵⁵⁸

Der Rückzug der Öffentlichen Hand aus der Aufgabenwahrnehmung unter dem Stichwort der Gewährleistungsverantwortung sieht sich insbesondere auf kommunaler Ebene vermehrter Kritik ausgesetzt. Gemein sind der Debatte die kritische Auseinandersetzung mit Ökonomisierung und Privatisierung und die Suche nach partizipativen Organisationsstrukturen für die Daseinsvorsorge. Vielerorts kehren die Kommunen wieder zu Formen der Aufgabenwahrnehmung durch die Öffentliche Hand zurück.

1. Historische Wurzeln

Bei Rekommunalisierung handelt es sich um kein neues Phänomen. Eine erste „Pendelbewegung“ hin zu kommunaler Leistungserbringung fand bereits vor rund 150 Jahren statt.⁵⁵⁹ Kommunale Versorgungsstrukturen nehmen ihren Ausgangspunkt im angehenden 19. Jahrhundert, als sich in Reaktion auf soziale und ökonomische Herausforderungen der Industrialisierung und Urbanisierung Müllabfuhr und Krankenhäuser, aber auch Theater und Museen als kommunale Einrichtungen herauszubilden begannen.⁵⁶⁰ Der Kern moderner kommunaler Wirtschaft geht auf diese ersten „Kommunalisierungswellen“ ab den 1850er Jahren zurück. So erfolgte zwischen 1850 und 1920 die Kommunalisierung einer Vielzahl von zuvor in privater Hand entstandener Elektrizitäts- und Gaswerke sowie der Straßenbahnen; in der Wasserver- und Abwasserentsorgung erfolgte eine Überführung überwiegend staatlicher und genossenschaftlicher Eigentumsverhältnisse auf die Kommunen.⁵⁶¹

Mit der Forderung nach einer Rückkehr des Leistungsstaates sind Ideen des in der Weimarer Republik verbreiteten „Munizipalsozialismus“ zurückgekehrt.⁵⁶² Bereits 1900 formulierte Schmoller: „Die Ursache, daß die Gemeinde auf den erstgenannten Gebieten (Gas, Wasser, Elektrizität) vordringt, ist einfach; sie bedient alle gerechter; sie sucht nicht Wucher- und Monopolgewinne zu machen; sie arbeitet durch

⁵⁵⁷ *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1111); *Sonder*, LKV 2013, 202 (202); Vorläufer war womöglich die sich schon 2002 abzeichnende Repolitisierung der Staatswirtschaft, s. dazu *Burgi*, in: Festschrift Brohm, S. 35 ff.

⁵⁵⁸ *Mundt*, EWeRK 2016, 149; *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225.

⁵⁵⁹ *Röber*, VM 2009, 225.

⁵⁶⁰ *Ambrosius*, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, Vol. 40 (1), S. 35 (36 f.).

⁵⁶¹ *Ambrosius*, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, Vol. 40 (1), S. 35 (36 f.); zur Kommunalisierung im ÖPNV näher *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 333 f.

⁵⁶² Vgl. *Knauff*, EnWZ 2015, 51 sowie *Kühl*, in: Kühl (Hrsg.), Der Munizipalsozialismus in Europa, S. 19.

centralisierten Großbetrieb billiger als eine Anzahl konkurrierender Werke; (...).“⁵⁶³ Die dem Munizipalsozialismus zugrunde liegende sozialistische Programmatik fand in der deutschen Praxis, die eher von kommunalem Sozialliberalismus als Vorbote moderner Wohlfahrtstaatlichkeit geprägt war, dann in den Weimarer Zwischenkriegsjahren verstärkt Beachtung.⁵⁶⁴ Im Bereich Strom und Gas zur Einbindung Privater übliche Konzessionsverträge erwiesen sich in der Praxis aufgrund von Rechtsstreitigkeiten mit zusätzlichem Verwaltungsaufwand behaftet.⁵⁶⁵ Zugleich erschienen die Organisationsformen kommunaler Eigen- und Regiebetriebe als Garanten, neben Produktivität und Rentabilität auch gemeinwirtschaftliche Ziele wie die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung zu verfolgen.⁵⁶⁶ Als europäisches Phänomen kennzeichnet den Munizipalsozialismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts die in den wachsenden Städten bestehende Notwendigkeit der Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen.⁵⁶⁷

Während nach dem 2. Weltkrieg zunächst noch die Vorstellung vorherrschte, der öffentliche Sektor könne infrastrukturelle und soziale Leistungen am besten bereitstellen, setzten sich ab den 1970er Jahren jedoch neoliberale Ideen eines weitreichenden Vorrangs privater Wirtschaftstätigkeit durch.⁵⁶⁸

2. Aktuelle Situation

Erst seit den 2000er Jahren spielt Rekommunalisierung wieder dort eine Rolle, wo die Jahre zuvor noch Privatisierungsfragen die Agenda bestimmten, zuvorderst also in den Bereichen infrastruktureller Grundversorgung.⁵⁶⁹

Dieser neuerliche Rekommunalisierungstrend setzt in einer Zeit ein, in der der gewährleistungsstaatliche Umbau der Verwaltung noch gar nicht vollständig vollzogen wurde. Weiterhin ist und bleibt die Öffentliche Hand in einer Vielzahl an Wirtschaftsbereichen tätig. Während auf Bundes- und Landesebene das wirtschaftliche Engagement rückläufig ist,⁵⁷⁰ nehmen viele Kommunen weiterhin die Aufgabe der Versorgung ihrer Einwohner mit Strom, Gas, Wärme, Wasserversor-

⁵⁶³ *Schmoller*, Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, Leipzig 1900, S. 320, zitiert nach *Ambrosius*, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, Vol. 40 (1), S. 35 (40).

⁵⁶⁴ *Kühl*, in: Kühl (Hrsg.), Der Munizipalsozialismus in Europa, S. 20.

⁵⁶⁵ *Ambrosius*, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, Vol. 40 (1), S. 35 (40) sowie S. 48 zur institutionenökonomischen Annahme, bilaterale Monopole begründende Verträge beförderten ein der Effizienz abträgliches opportunistisches Verhalten, sodass Eigenproduktion gegenüber Fremdbezug als vorteilhafter erscheine.

⁵⁶⁶ *Ambrosius*, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, Vol. 40 (1), S. 35 (40).

⁵⁶⁷ *Kühl*, in: Kühl (Hrsg.), Der Munizipalsozialismus in Europa, S. 20 f.

⁵⁶⁸ *Wollmann*, in: Matecki/Schulten, S. 37; s. zur Entwicklung vom sozial-korporatistischen Paradigma zum apertistischen Liberalismus auch *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen, S. 252 ff.

⁵⁶⁹ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (454); zur Bedeutungszunahme öffentlicher Infrastrukturbereitstellung auch *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen, S. 296 f.

⁵⁷⁰ Übersicht bei *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 12 ff.

gung und Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung und mit Nahverkehr eigenständig wahr.⁵⁷¹ Aber auch für diese Bereiche wirkt sich das Phänomen der Rekommunalisierung aus, indem Strukturen kommunaler Leistungserbringung neuerlich bestätigt und gestärkt werden.

Auch empirisch lässt sich der neuerliche Trend zu kommunaler Leistungserbringung nachweisen.⁵⁷² Während eine erste Rekommunalisierungswelle zwischen 2003 und 2009 zunächst insbesondere die westdeutschen Länder erfasste, ziehen seit 2009 auch ostdeutsche Länder nach.⁵⁷³ Auch die von öffentlichen Unternehmen generierten Umsätze belegen die anhaltende Bedeutung der Staatswirtschaft. Im Jahr 2014 setzten kommunale Unternehmen insgesamt rund 314 Milliarden Euro um, was dem Niveau des Bundeshaushalts nahekommt.⁵⁷⁴ Auf die kommunalen Ver- und Entsorgungsunternehmen entfielen im Jahr 2018 Umsatzerlöse in Höhe von rund 118 Milliarden Euro.⁵⁷⁵

In der Praxis zentrales und entsprechend auch in der Literatur viel diskutiertes Symptom der „Rückkehr des Staatlichen“ sind die neuerlichen Rekommunalisierungsbestrebungen der Gemeinden nach Auslaufen der Netzkonzessionen in den Bereichen Strom und Gas.⁵⁷⁶ Eine Vielzahl der meist auf 20 Jahre geschlossenen Konzessionsverträge sind im Zeitraum zwischen 2011 und 2016 ausgelaufen und mussten bzw. müssen in der Folge neu vergeben werden.⁵⁷⁷ Rekommunalisierung versteht sich hier überwiegend als Vergabe der Netzkonzession an Einheiten, die dem Konzessionsgeber zurechenbar sind. Zwischen 2005 und 2014 hat es 200 Konzessionsübernahmen durch kommunale Unternehmen gegeben.⁵⁷⁸

Rekommunalisierung im Energiesektor zeichnet sich darüber hinaus aber auch durch kommunales Engagement auf den Stufen der Energieerzeugung und des Energievertriebs aus. Im selben Zeitraum kam es zu über 120 Stadtwerkeneuagrün-

⁵⁷¹ Ehlers, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 29 f.

⁵⁷² Dazu etwa *Friederiszick/Reinhold/Demuth*, NZKart 2016, 246; von einer empirisch dünnen Lage spricht indes *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (226), der auf den Einfluss von Sondereffekten wie besonders populäre Rekommunalisierungen auf den Eindruck eines Trends hinweist.

⁵⁷³ *Friederiszick/Reinhold/Demuth*, NZKart 2016, 246 (248 f.).

⁵⁷⁴ Pressemitteilung „Bündnis fairer Wettbewerb“ vom 12.9.2017, abrufbar unter <https://www.bitmi.de/appell-des-mittelstandes-zur-bundestagswahl/>.

⁵⁷⁵ Verband kommunaler Unternehmen e.V., Zahlen, Daten, Fakten – Kommunale Versorgungsunternehmen in Zahlen, 2020, abrufbar unter https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Publikationen/2020/VKU_ZDF_2020_WEB_DE_DS.pdf.

⁵⁷⁶ *Burgi*, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 35; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 23; *Dietl*, DÖV 2018, 407; *Koppe*, (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes, S. 1 ff.; *Marnich*, EnWZ 2015, 62.

⁵⁷⁷ 950 im Jahr 2011, 1200 im Jahr 2012, vgl. *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 23; *Kment*, in: ders., Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 75 spricht von insgesamt 20.000 Wegenutzungsverträgen.

⁵⁷⁸ *Mundt*, EWeRK 2016, 149 (149).

dungen.⁵⁷⁹ Mit der Änderung des Berliner Betriebegesetzes (BerlBG) am 24.10.2013 wurde auch in Berlin der Grundstein für die Gründung der Berliner Stadtwerke GmbH gelegt, die nunmehr als rechtlich selbstständige Tochtergesellschaft der Berliner Wasserbetriebe für die Produktion von erneuerbaren Energien und dessen Vertrieb am Berliner Markt zuständig ist.⁵⁸⁰ Mit Änderung des BerlBG ist der Aufgabenkreis der Berliner Stadtwerke GmbH zuletzt stark erweitert und auch der Handel mit Strom ermöglicht worden.⁵⁸¹

Die Pendelbewegung hin zur Öffentlichen Hand wird neben dem Energiesektor auch im Bereich der Abfallentsorgung erkennbar. Der Trend zur Einbindung Privater kehrt sich zugunsten einer Übertragung von Entsorgungsaufgaben auf kommunale Stadtwerke um.⁵⁸² Weitergehend richteten sich Rekommunalisierungsforderungen im Zuge der Einführung eines Wertstoffgesetzes auf die Rückführung der den Kommunen vollständig zugunsten des Wettbewerbs entzogenen Aufgabe der Verpackungsentsorgung.⁵⁸³ Selbst eine Rückkehr zu Modellen der Ausschreibungsverwaltung wird jedoch vonseiten der Wettbewerbshüter als Gefahr für den Wettbewerbsdruck und die Effizienz des Systems angesehen,⁵⁸⁴ obwohl auch die privaten Aufgabenträger zur Durchführung von Vergabeverfahren verpflichtet wurden (s. § 23 Verpackungsgesetz).

Auch im als Referenzbereich betrachteten Personennahverkehr spielt kommunale Leistungserbringung eine tragende Rolle. Ausschreibungsfreie Direktvergaben sind regelmäßiger Gegenstand von Vergabenachprüfungsverfahren.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ *Mundt*, EWeRK 2016, 149; *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (454); zum kommunalen Engagement im Bereich erneuerbare Energien *Sonder*, LKV 2013, 202 (205).

⁵⁸⁰ Art. II des Gesetzes zur Änderung der LHO und des BerlBG vom 3.11.2013, GVBl. S. 578, ber. S. 645.

⁵⁸¹ Zweites Gesetz zur Änderung des Berliner Betriebe-Gesetzes v. 17.3.2017, GVBl. S. 246; s. auch die Gesetzesbegründung, Drs. 18/0116 v. 26.1.2017, S. 3.

⁵⁸² *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (226); *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (454); *Röber*, VM 2009, 225 (231).

⁵⁸³ Die Reform führte unter Verzicht auf eine Rekommunalisierung zum Erlass des Verpackungsgesetzes v. 5.7.2017 (BGBl. I S. 2234), s. dazu *Webersinn*, UPR 2018, 96; zum Prozess auch *Mundt*, EWeRK 2016, 149 (152); zuvor sprachen sich verschiedene Landesinitiativen für eine Übertragung der Wertstofffassung auf die Kommunen aus, s. etwa das „Kompromissmodell“ der für Kreislaufwirtschaft zuständigen Ressorts der Länder Baden-Württemberg, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen vom 11. März 2015, abrufbar unter https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/3_Umwelt/Abfall-_und_Kreislaufwirtschaft/L%C3%A4nder-Kompromissmodell_Wertstoffgesetz.pdf.

⁵⁸⁴ *Mundt*, EWeRK 2016, 149 (152).

⁵⁸⁵ S. nur aus jüngster Zeit *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 27.4.2020, Az.: Verg 27/19 = ECLI:DE:OLGD:2020:0427.VERG27.19.00; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 19.2.2019, Az.: Verg 26/17 = ECLI:DE:OLGD:2020:0219.VERG26.17.00; von „Verstaatlichungsbestrebungen“ spricht *Antweiler*, VergabeR 2018, 211 (211 f.).

Schließlich lassen sich auch im Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung Rekommunalisierungsbestrebungen ausmachen, prominent vertreten von den Städten Potsdam und Berlin.⁵⁸⁶

3. Gründe für Rekommunalisierung

Rekommunalisierung hat sich zu einem zentralen Thema der Kommunalpolitik entwickelt,⁵⁸⁷ das auch in anderen Ländern Europas an Bedeutung gewinnt.⁵⁸⁸ Als Faktoren für Rekommunalisierungsentscheidungen lassen sich als kritisch empfundene Entwicklungen bei der Konzentration des Wettbewerbs⁵⁸⁹, der Arbeitsmarktsituation und des Steueraufkommens⁵⁹⁰ ausmachen.⁵⁹¹

Gleichzeitig wird von einer „Rekommunalisierungsspirale“ gesprochen, bei der erfolgreiche Rekommunalisierungen einen Ansteckungseffekt für andere Kommunen haben.⁵⁹²

⁵⁸⁶ S. bereits die Einleitung, S. 50 sowie *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (226); *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (454); *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 50 Rn. 14.

⁵⁸⁷ *Bauer*, DÖV 2012, 329 (330); noch abwartend *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 24; neben den hier behandelten Bereichen engagieren sich kommunale Unternehmen zunehmend neben Privaten im Bereich des Breitbandausbaus, vgl. *Wimmer*, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 137; *Mundt*, EWeRK 2016, 149. Auch im sozialen Wohnungsbau sind Rekommunalisierungsphänomene zu beobachten, vgl. *Kronisch*, NVwZ 2019, 1471. Berlin macht etwa von Vorkaufsrechten Gebrauch und erweitert so den kommunalen Wohnungsbestand, s. zur Zulässigkeit im Kontext von Erhaltungssatzungen *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 22. 10. 2019, Az.: OVG 10 B 9.18 = ECLI: DE:OVGBEBB:2019:1022.OVG10B9.18.00; zur Debatte um die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen in Berlin s. noch die Nachweise in diesem Kapitel, S. 160.

⁵⁸⁸ Zu Rekommunalisierungstendenzen im polnischen kommunalen Sektor, insbesondere zur Energiewirtschaft *Lisson*, in: *Bauer/Szewczyk/Popowska/Meier/Fuks*, passim; Situation in Großbritannien, Frankreich und Italien *Wollmann*, in: *Matecki/Schulten*, passim; in Großbritannien, dem „Mutterland“ des new public management, forderte etwa die britische Labour-Partei zuletzt weitreichende Rekommunalisierungen, vgl. *Jungclaussen*, in: DIE ZEIT Nr. 10 v. 1. März 2018, S. 32; rund 60 % von 140 in einer Umfrage in England, Schottland und Wales befragten local authorities zeigten sich offen für eine (Rück-)Übernahme von zuvor ausgelagerten Aufgaben in eigene Trägerschaft, vgl. *Wollmann*, in: *Matecki/Schulten*, S. 37. Gerade funktional privatisierte Bereiche werden wieder in kommunale Hand übernommen, indem bestehende Vertragsbeziehungen mit Privaten beendet werden. Dies gilt weitreichend in Frankreich, wo Kommunen die zuvor mittels Konzessionen Privaten übertragene Wasserversorgung, aber auch die Abfallentsorgung wieder in eigene Hand nehmen, vgl. *Wollmann*, in: *Matecki/Schulten*, S. 37.

⁵⁸⁹ Aus kartellrechtlicher Sicht kann das Engagement kommunaler Unternehmen zu einer Belebung des Wettbewerbs führen, *Mundt*, EWeRK 2016, 149 (150).

⁵⁹⁰ Die Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen belaufen sich auf 10 % des Bruttoinlandsprodukts, *Mundt*, EWeRK 2016, 149.

⁵⁹¹ *Friederiszick/Reinhold/Demuth*, NZKart 2016, 246 (249 f.).

⁵⁹² *Friederiszick/Reinhold/Demuth*, NZKart 2016, 246.

Auch Misserfolge bei durchgeführten Privatisierungen haben eine Trendumkehr herbeigeführt. Preiserhöhungen und private Gewinnabschöpfung sowie Qualitätsverschlechterungen haben kommunale Erwartungen an Privatisierung enttäuscht.⁵⁹³

Weiterhin macht ein gewachsenes Selbstvertrauen der kommunalen Vertreter Rekommunalisierung zu einem gangbaren Szenario. Während in den 1990er Jahren kommunale Leistungserbringung im öffentlichen Diskurs als ineffizient und teuer gebrandmarkt wurde, hat sich auch mit Hilfe des Neuen Steuerungsmodells ein Umdenken eingestellt, das die Leistungen kommunaler Einrichtungen wieder stärker würdigt.⁵⁹⁴ Unter dem Motto „Modernisieren statt Privatisieren“⁵⁹⁵ adaptieren öffentliche Unternehmen Steuerungsstrukturen Privater und werden so effektiver und effizienter.

Zugleich reagieren die Kommunen auf ein bürgerschaftliches Interesse. In der Bürgerschaft ist der Terminus der Rekommunalisierung wieder positiv besetzt,⁵⁹⁶ öffentlichen Unternehmen wird in Bezug auf Kriterien wie „Zuverlässigkeit“, „Sicherheit“, „Nachhaltigkeit“, „Gemeinwohlorientierung“ und „Förderung der Region“ gegenüber privaten Unternehmen deutlich mehr Vertrauen entgegen gebracht.⁵⁹⁷ In mehreren Plebisziten brachten Gemeindeeinwohner ihr Interesse an kommunaler Leistungserbringung zum Ausdruck. In Münster etwa stimmten 2002 65,4 % der Abstimmenden dafür, dass die Stadt alleinige Gesellschafterin der Stadtwerke Münster GmbH bleiben solle; in Hamburg sprach sich 2004 eine Mehrheit von 76,8 % dafür aus, dass das Land weiterhin die Mehrheit am Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK) halten soll; 2006 sprachen sich 70,5 % der Freiburger Wähler für den Erhalt des städtischen Wohnungsbesitzes aus; 2008 votierten 87,4 % der Wähler in Leipzig gegen eine Teilprivatisierung der Leipziger Stadtwerke.⁵⁹⁸ In Berlin wurde der Gesetzentwurf über die Offenlegung der Teilprivatisierungsverträge bei den Berliner Wasserbetrieben durch Volksentscheid angenommen, in dessen Folge die Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe erfolgte. Gerade im Zuge der Erfahrungen der Finanzkrise wird der Staat als die an das Gemeinwohl gebundene Instanz wahrgenommen, während die Privatwirtschaft als Bereich eigennützigen Gewinnstrebens identifiziert wird. Pointiert wird vertreten, dass sich die an das Gemeinwohl gebundene Verwaltung nur begrenzt ökonomisieren lasse, weil sie nicht in der „unsichtbaren Hand des Marktes“, sondern in der „sichtbaren Hand des Rechtsstaats“ liege.⁵⁹⁹ Die in der Diskussion um die Gewährleistungsverantwortung aufgeworfenen Fragen nach der Sicherung „grundrechtlicher, organisations- und

⁵⁹³ Röber, VM 2009, 225 (231); Boehme-Neßler, LKV 2013, 481 (482); Mattert/Valentukiviciute/Waßmuth, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 47, 59 f.

⁵⁹⁴ Röber, VM 2009, 225 (232).

⁵⁹⁵ Röber, VM 2009, 225 (233).

⁵⁹⁶ Mundt, EWeRK 2016, 149.

⁵⁹⁷ Röber, VM 2009, 225 (229).

⁵⁹⁸ Röber, VM 2009, 225 (231).

⁵⁹⁹ Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 307.

verfahrensbezogener verfassungs- und einfachgesetzlicher Vorgaben“ trotz „Überantwortung immer umfangreicherer Teilbereiche der Gemeinwohlverwirklichung an Private“ stellen sich im Falle von Rekommunalisierung schon deshalb nicht, weil mit der Rekommunalisierung wieder die klassischen Bindungen staatlicher Gewalt greifen.⁶⁰⁰ Die Wirtschafts- und Finanzkrise wird insofern als Auslöser einer „Renaissance des starken Staates“ gedeutet.⁶⁰¹ Insofern knüpft das Phänomen der Rekommunalisierung zwar an die gewährleistungsstaatliche Debatte um effektive staatliche Rückholoptionen im Falle gesellschaftlicher Schlechterfüllung an,⁶⁰² weist jedoch darüber hinaus, wenn mit dem Topos der Rekommunalisierung ein Bruch mit gewährleistungsstaatlichen Denkmustern vollzogen wird.⁶⁰³ Während die Privatwirtschaft Entscheidungen am „Shareholder Value“ ausrichtet, bieten öffentliche Unternehmen die Möglichkeit einer Ausrichtung am „citizen value“, also am Interesse der Bürgerinnen und Bürger.⁶⁰⁴ Diese Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen wurde im Zuge europäischer Liberalisierung jedoch zugunsten ökonomischer Faktoren in den Hintergrund gedrängt⁶⁰⁵ und wird in der Rekommunalisierungsdebatte neu akzentuiert.

In der deutschen Tradition kommunalen Wirtschaftens spielte schließlich von Anfang an das fiskalische Moment eine entscheidende Bedeutung, das nichts mit municipalsozialistischer Strukturierung der Kommunalwirtschaft gemein hatte.⁶⁰⁶ Auch heute wird dem neuerlichen Trend zur Rekommunalisierung (auch) ein fiskalischer Ursprung attestiert.⁶⁰⁷

⁶⁰⁰ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (231); kritisch aber auch gegenüber Eigenbetrieben und Anstalten *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (471).

⁶⁰¹ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453; s. zu diesem Gedanken aus soziologischer Perspektive *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen, S. 285 ff.

⁶⁰² Diesen „Grundbaustein eines Gewährleistungsverwaltungsrechts“ (Begriff nach *Vofkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (268)) ausformulierend *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 30 f.

⁶⁰³ *Bauer*, in: ders./Szewczyk/Popowska/Meier/Fuchs, Publizisierung öffentlicher Aufgaben, S. 31.

⁶⁰⁴ *Röber*, VM 2009, 225 (233).

⁶⁰⁵ *Röber*, VM 2009, 225 (233).

⁶⁰⁶ *Kühl*, in: Kühl (Hrsg.), Der Municipalsozialismus in Europa, S. 16, 20.

⁶⁰⁷ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 f.; *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 23; im Bereich Wasserversorgung spricht hierfür auch der mit der 8. GWB-Novelle eingeführte § 185 Abs. 1 S. 2 GWB, der die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht für öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ausschließt; indes ist die Regelung Gegenstand fortwährenden Streits, s. *Scholl*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 6. Aufl., § 31 Rn. 18 ff.; *Wollenschläger*, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 100 ff.

II. Begriffliche Konkretisierung

Die hohe praktische Relevanz im Bereich kommunaler Daseinsvorsorge⁶⁰⁸ hat den Begriff der Rekommunalisierung zum Schlagwort für die Rückkehr zu Formen der Leistungserbringung durch die Öffentliche Hand werden lassen. Er ist zugleich zu einem Synonym für über die Kommunen hinausweisende (Rück-)Verlagerungen der Aufgabenwahrnehmung von der Privatwirtschaft auf die Öffentliche Hand geworden.⁶⁰⁹ Rekommunalisierung erfasst als Schlagwort mithin auch Vorgänge der Reverstaatlichung auf Bundes- und Landesebene und ist damit zum Gegenbegriff von Privatisierung geworden. Er umfasst im hier verstandenen Sinne zugleich den Vorgang der Kommunalisierung, bei dem ein erstmaliger Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand erfolgt.

1. Rekommunalisierung vs. Publizisierung

Bauer hat den Versuch einer konsistenteren Begriffsprägung unternommen, um die Phänomene der Rückkehr des Staates in der Krise des Gewährleistungsstaats vollständig erfassen zu können. Mit dem Begriff der Publizisierung erfasst werden sollten nach Bauer alle „gemeinwohlorientierten Modernisierungen des Gemeinwesens durch Umverteilungsprozesse ‚hin zum Öffentlichen‘“, die sich sowohl auf kommunaler und Landesebene als auch auf Bundesebene nachweisen lassen.⁶¹⁰ Mit dem weiteren Begriff der Publizisierung lassen sich so besser Phänomene der Rückverlagerung von Aufgabenverantwortung in Stadtstaaten wie Berlin erfassen. Rekommunalisierung ist hier ein Phänomen auf Landesebene, wenn sich das Land Berlin bspw. mit der landeseigenen Berlin Energie um die Strom- und Gaskonzessionen bewirbt. Indes ist das Land Berlin zugleich Einheitsgemeinde und Träger des Grundrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG.⁶¹¹ Der Begriff der Rekommunalisierung ist mithin nicht vollständig verfehlt. Dem Staatscharakter der Bundesländer entsprechend ließe sich aber auch von (Re)Verstaatlichung sprechen. Der Begriff der Publizisierung kann zudem weichere Formen der Förderung öffentlicher Tätigkeit erfassen, wie landesrechtliche Modifikationen des Kommunalwirtschaftsrechts, wonach Subsidiaritätsklauseln abgeschwächt und kommunale Wirtschaftstätigkeit gefördert wird.⁶¹²

⁶⁰⁸ Kleve/Gayger, NVwZ 2018, 273.

⁶⁰⁹ von Hoff, Vergaberecht 2013, 395; von Reverstaatlichung als Überbegriff sprechen Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB, § 103 Rn. 59; ausführlich zu den Definitionsansätzen von Rekommunalisierung Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 47 ff.

⁶¹⁰ Bauer, JZ 2014, 1017 (1021).

⁶¹¹ Siegel/Waldhoff, Öffentliches Recht in Berlin, Rn. 275; Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 14.

⁶¹² Dazu Bauer, JZ 2014, 1017 (1019); vgl. auch Burgi, NdsVBl. 2012, 225 (229) und sogleich noch in diesem Kapitel, S. 164 ff.; in Berlin gab es noch nie eine „starke“ Subsidiarität;

Auch kann der Begriff der Publizisierung auf Bundesebene beobachtbare Phänomene des Rückzugs aus Privatisierungsentscheidungen erfassen und trägt damit zu einer Weitung des Untersuchungsgegenstandes bei, wenn etwa Phänomene der finanzkrisenbedingten Rettungs-Verstaatlichung von Banken und die Abkehr von Konzepten öffentlich-privater Partnerschaft zugunsten einer Rückkehr zur Eigenproduktion etwa in Bereichen der Bundeswehr einbezogen werden.⁶¹³ Vom Begriff der Publizisierung nicht erfasst wird indes das ebenfalls vom Begriff der Rekommunalisierung erfassbare Verhältnis einer Aufgabenverschiebung auf vertikaler Ebene zwischen Bund, Land und Kommunen.⁶¹⁴ Die Aufgabenverteilung auf dieser vertikalen Ebene kann auch das Verhältnis der Kommunen zur Privatwirtschaft beeinflussen, etwa wenn der Bund mittels einer Vergabepflicht nach § 46 EnWG den Kommunen i. S. e. „Entkommunalisierung“ ihren ehemals originären Aufgabenzugriff zugunsten eines Wettbewerbs mit Privaten entzieht.⁶¹⁵

In der Arbeit wird der Begriff der Rekommunalisierung verwendet. Dafür spricht vordergründig, dass es sich beim Begriff der Rekommunalisierung um den in der Fachliteratur als Schlagwort für (Rück)Verlagerungen auf die Öffentliche Hand und Gegenbegriff zur Privatisierung etablierten Terminus handelt, aber auch, weil Gegenstand der Untersuchung die mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verknüpften Gegenstände der Daseinsvorsorge sind.

2. Rekommunalisierungsarten

Entsprechend der Definitionsproblematik bei Privatisierungen kann auch die (Rück)Verlagerung von Aufgaben in den öffentlichen Raum begrifflich am effektivsten mittels einer Einordnung in Kategorien erfolgen. Ein solches Unterfangen wirft bei der Typisierung und Systematisierung vergleichbare Probleme auf: Neben Überschneidungen und Kombinationen sind Optionen von Teil- und Vollrekommunalisierung ebenso in der Betrachtung zu berücksichtigen.⁶¹⁶ So kann sich der Verwaltungsträger sowohl in Konkurrenz zu Privaten (Teilrekommunalisierung), als auch auf Grundlage eines gesetzlichen Monopols (Vollrekommunalisierung) (wieder) einer Aufgabe annehmen.⁶¹⁷

zu den Versuchen, die kommunalwirtschaftliche Schrankentrias auch in Berlin aus Art. 12 GG abzuleiten *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 514 ff.

⁶¹³ *Bauer*, JZ 2014, 1017 (1020).

⁶¹⁴ Dazu eingehend *Burgi*, Die Verwaltung 42 (2009), 155.

⁶¹⁵ Für eine „ganz andere Thematik“ hält diese Fragen hingegen *Burgi*, NdsVbl. 2012, 225; zur Kommunalisierung i. S. e. „Herunterzonung“ von Staatsaufgaben auf die Kommunalebene *Henkel*, Die Kommunalisierung von Staatsaufgaben – passim sowie *Ziekow*, VerwArch 110 (2019), 68 (84 ff.), a. a. O., S. 77 ff. auch zur Hochzonung.

⁶¹⁶ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (459).

⁶¹⁷ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (459).

Es bietet sich an, die etablierten Kategorien formeller, materieller und funktionaler Privatisierung auf Rückverlagerungserscheinungen zu übertragen. Innerhalb der Kategorien kann zudem zwischen dem Gegenstand und dem Ergebnis der Rekommunalisierung unterschieden werden.⁶¹⁸

a) Formelle Rekommunalisierung

Die Rückführung ehemals formell privatisierter Einheiten in öffentlich-rechtliche Organisationsformen wird als formelle (oder auch organisationsformbezogene) Rekommunalisierung bezeichnet.⁶¹⁹ Gegenstand formeller Rekommunalisierung kann nur eine bisher von der Öffentlichen Hand in formell privatisierter Form (GmbH, AG) wahrgenommene Aufgabe sein. Wurde die von der privatisierten Einheit wahrgenommene Aufgabe zuvor schon einmal in öffentlich-rechtlichen Strukturen erbracht, ist von Rekommunalisierung die Rede, während die erstmalige Verlagerung in öffentlich-rechtliche Strukturen als formelle Kommunalisierung bezeichnet werden kann.

b) Materielle Rekommunalisierung

Bei der materiellen Rekommunalisierung (auch: „Aufgabenrekommunalisierung“) werden Aufgaben (wieder) durch die Öffentliche Hand wahrgenommen, die zuvor von echten Privaten wahrgenommen wurden.⁶²⁰

Dazu zählt zunächst die vollständige (Rück-)Übertragung einer zuvor von Privaten erfüllten Aufgabe.⁶²¹ Entsprechend der materiellen Privatisierung kommt es bei materieller Rekommunalisierung dabei zu einem Erlöschen privater „Aufgabenzuständigkeit“;⁶²² die Öffentliche Hand zieht die Aufgabe also wieder an sich und wird *statt* der Privaten tätig. Sie kann in der Folge Private im Sinne funktionaler Privatisierung an der Aufgabenerfüllung beteiligen. Es findet eine (neuerliche) Monopolisierung in öffentlicher Hand statt.

Zur materiellen Rekommunalisierung zählen weiterhin Bereiche, in denen die Öffentliche Hand in liberalisierten Bereichen wieder Erfüllungsverantwortung

⁶¹⁸ Ausdrücklich nur für die aufgabenbezogene Rekommunalisierung *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228).

⁶¹⁹ *von Hoff*, VergabeR 2013, 395 (396); *Burgi*, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 23 f.; *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273; *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 9.

⁶²⁰ *von Hoff*, VergabeR 2013, 395; auf den zivilrechtlichen Eigentümerwechsel abstellend *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273.

⁶²¹ *Burgi*, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 25; *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 10.

⁶²² Zur Konstruktion privater Aufgabenträgerschaft s. schon in diesem Kapitel, S. 122 f.

neben Privaten wahrnimmt. Dabei kommt es, entsprechend des formellen Staatsaufgabenbegriffs, zu einem isolierten Aufleben der Staatsaufgabe im konkret wahrgenommenen Bereich.⁶²³ Hierzu zählt etwa das kommunale Engagement im Telekommunikationssektor, aber auch durch Gründung von Stadtwerken, die Energie erzeugen und handeln.

Weiterhin soll nach teilweise vertretener Ansicht auch die Rückübertragung eines von einem Privaten vorgenommenen Teilbeitrags i.S. funktionaler Privatisierung auf die Öffentliche Hand zur materiellen Rekommunalisierung zählen.⁶²⁴ Dagegen spricht jedoch, dass es entsprechend funktionaler Privatisierung auch bei der Rückübertragung auf die Öffentliche Hand zu keinem Wechsel der Aufgabenzuständigkeit kommt; die Aufgabe ist der Öffentlichen Hand von vornherein zugeordnet. Materiell ändert sich mithin nichts, nur die Funktionen des Zuordnungssubjekts ändern sich. Demnach ist die Rückkehr von funktionaler Privatisierung zu öffentlicher Erfüllungsverantwortung besser dem Bereich funktionaler Rekommunalisierung zuzuordnen.⁶²⁵

Einen Unterschied gegenüber formeller Rekommunalisierung gibt es nur insoweit, als eine Verlagerung weg von echten Privaten stattfindet. Gegenüber funktionaler Rekommunalisierung ist materielle Rekommunalisierung durch eine genaue Untersuchung der Aufgabenträgerschaft abzugrenzen, da sie einen Wechsel der Aufgabenträgerschaft voraussetzt.

Die Aufgabenträgerschaft kann dabei sowohl bei der Kommune oder eines Kommunalunternehmens, als auch auf der horizontalen Ebene einer interkommunalen Zusammenarbeit liegen.⁶²⁶ Materielle Rekommunalisierung erfasst also nicht nur Aufgabenverlagerungen auf öffentliche Einheiten. Auch (Rück-)Verlagerungen auf private Einheiten im Eigentum der Öffentlichen Hand (GmbH, AG) werden erfasst.⁶²⁷ Insofern kann es zeitgleich mit materieller Rekommunalisierung zu formeller Privatisierung kommen. In Berlin kommt auch das Bundesland als Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aufgabenträger in Betracht. Vorstellbar sind auch Kooperationen in vertikaler Ebene zwischen Bund, Ländern und Kommunen. So befindet sich die Flughafengesellschaft Flughafen Berlin Brandenburg GmbH als vertikal gemischtöffentliches Unternehmen im Eigentum sowohl der Länder Brandenburg und Berlin als auch der Bundesrepublik Deutschland.⁶²⁸

⁶²³ Zum Staatsaufgabenbegriff näher bereits Kapitel 1, S. 55 ff.

⁶²⁴ *Burgi*, in: Ipsen, *Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen*, S. 25; *Wolfers/Volland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 8: *Umwandlungsrecht*, § 77 Rn. 10.

⁶²⁵ In diesem Sinne auch *Kleve/Gayger*, *NVwZ* 2018, 273.

⁶²⁶ *Burgi*, in: Ipsen, *Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen*, S. 26.

⁶²⁷ *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), 453 (460).

⁶²⁸ Die Beteiligungsstruktur ist abrufbar unter <https://www.berlin-airport.de/de/unternehmen/ueber-uns/unternehmensorganisation/beteiligungsstruktur/index.php>.

c) Funktionale Rekommunalisierung

Der Begriff der funktionalen Rekommunalisierung umfasst zwei voneinander zu unterscheidende Phänomene. Er bezeichnet nach hier vertretener Auffassung zuvorderst die Rückgängigmachung funktionaler Privatisierung.⁶²⁹ Ein von einem echten Privaten vorgenommener Teilbeitrag zu einer staatlichen Aufgabe wird also in öffentliche Verantwortung überführt. Die Erfüllungsverantwortung bleibt in diesem Fall von Anfang an bei der Öffentlichen Hand, nur die Erfüllung selbst wird von echten Privaten zurück in den öffentlichen Raum verlagert, sodass kein Fall einer materiellen Rekommunalisierung vorliegt. In dieser Variante handelt es sich daher stets um *Rekommunalisierung*. Dazu zählt die Rückführung Privaten überantworteter Müllentsorgungsleistungen i. S. d. § 22 S. 1 KrWG, die Übernahme des Strom- und Gasversorgungsnetzes nach § 46 EnWG sowie der Wasserver- und Abwasserentsorgung sowie des ÖPNV von Privaten durch die Öffentliche Hand.

Als funktionale Rekommunalisierung können zudem alle Fälle erfasst werden, in denen sich die Öffentliche Hand an privater Leistungserbringung beteiligt. Hierunter können auch öffentlich-private Partnerschaften fallen, die als „Zwitterwesen“ sowohl funktionaler Privatisierung als auch funktionaler Rekommunalisierung zugeordnet werden können.⁶³⁰ Eine pauschale Gleichsetzung funktionaler Privatisierung und funktionaler Rekommunalisierung verbietet sich indes.⁶³¹ Nach der oben aufgezeigten Aufgabendogmatik⁶³² ist vielmehr im Einzelfall zu untersuchen, ob Gegenstand der Beteiligung eine Aufgabe der Öffentlichen Hand oder eines Privaten ist.⁶³³ Ist die Aufgabe der Öffentlichen Hand zugeordnet und bindet sie Private in die Erfüllung ein, kann nicht von funktionaler Rekommunalisierung gesprochen werden. Ein Beispiel für die Einbindung der Öffentlichen Hand in materiell privatisierte Aufgabenerfüllung bietet etwa die (materiell privatisierte) Sammlung von Wertmüll, bei der private „Aufgabenträger“ auch die BSR in die Sammlung einbinden.

d) Vermögensrekommunalisierung

Auch Fälle einer Vermögensrekommunalisierung können identifiziert werden. Hierbei handelt es sich um die Begründung von Eigentum der Öffentlichen Hand bzw. dessen Rückführung, soweit Vermögenswerte zuvor von Privaten gehalten

⁶²⁹ Kleve/Gayger, NVwZ 2018, 273.

⁶³⁰ von Hoff, VergabeR 2013, 395 (396).

⁶³¹ So aber aus rein tatsächlichen Erwägungen von Hoff, VergabeR 2013, 395 (396).

⁶³² S. Kapitel 1, S. 55 ff.

⁶³³ So auch Burgi, der von „reiner privater Aufgabenträgerschaft“ spricht, in: Ipsen, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 24; davon ist dann entgegen Burgi aber auch die Qualifikation der Erhöhung des kommunalen Anteils an einer PPP abhängig zu machen; auch der Begriff „privater Aufgabenträgerschaft“ ist mit Vorsicht zu genießen, sind Private doch nicht als Träger von Aufgaben zu qualifizieren, vgl. schon die Ausführungen zur materiellen Privatisierung in diesem Kapitel, S. 122 f.

wurden.⁶³⁴ Wie im Falle der Vermögensprivatisierung lässt sich auch die Vermögensrekommunalisierung aber jeweils einer der drei vorstehenden Rekommunalisierungsarten zuordnen, sodass ihr keine eigenständige Bedeutung zukommt und sie daher nur als Annex aufzugreifen ist.

III. Handlungsalternativen bei der Rekommunalisierung

Um eine gezielte Bewertung der vergaberechtlichen Relevanz von Rekommunalisierung vorzunehmen, bedarf es zunächst einer genauen Betrachtung der Handlungsalternativen zur Rekommunalisierung. Aufgabenrückholung lässt sich aufgrund der Vielgestaltigkeit des Zusammenwirkens privater und staatlicher Akteure nämlich nicht anhand einer spezifischen Handlungsform kategorisieren.⁶³⁵ Vielmehr sind in Abhängigkeit von der Art der Privatisierung mehrere Handlungsalternativen zur Aufgabenrückholung in Betracht zu ziehen.

1. Rekommunalisierung bei formeller Privatisierung

Im Bereich der formellen Privatisierung erfolgt Rückholung im Wesentlichen durch Neugründung mit anschließender Überführung oder durch Überführung auf bereits bestehende öffentlich-rechtliche Rechtsträger auf Grundlage des Umwandlungsrechts.⁶³⁶ In Frage kommt aber auch die Auflösung des privatrechtlichen Rechtsträgers mit anschließender Neugründung in öffentlich-rechtlicher Rechtsform.⁶³⁷ Formelle Rekommunalisierung kann sich also im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Vermögensübertragung) sowie im Wege der Singularsukzession (Liquidationsverfahren) vollziehen.⁶³⁸

Die Rückführung privater Organisationseinheiten in öffentlich-rechtliche Organisationsformen ist eng mit der von Wollenschläger aufgeworfenen Frage nach der Erforderlichkeit eines Verwaltungsumwandlungsrechts verknüpft.⁶³⁹ In Frage

⁶³⁴ von Hoff, VergabeR 2013, 395 (396); Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 11.

⁶³⁵ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 148.

⁶³⁶ Brining, VerwArch 100 (2009), 453 (459f.); Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 150 ff.

⁶³⁷ Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 86.

⁶³⁸ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 150.

⁶³⁹ S. Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 29; zur Relevanz des Umwandlungsrechts für Rekommunalisierung eingehend Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 13 ff.; umwandlungsrechtliche Fragen können sich auch im umgekehrten Fall einer privatisierenden Umwandlung stellen, s. dazu Werner, VBIBW 2019, 397 und Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8:

kommen die Rückführung von Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaften des Privatrechts in Regie- oder Eigenbetriebe, aber auch in juristische Personen des öffentlichen Rechts. Neben einer Rückführung in die aufgabentragende Körperschaft selbst, die mit der Überführung auf von ihr rechtlich nicht zu unterscheidende Eigen- und Regiebetriebe vergleichbar ist, kommen als Rekommunalisierungsobjekte weitere Körperschaften, Anstalten oder auch Stiftungen in Betracht, wobei der Anstalt die weitaus größte Bedeutung im Rekommunalisierungskontext zukommt.⁶⁴⁰ Zur Bedeutungszunahme insbesondere der Anstalt des öffentlichen Rechts trägt auch der Gesetzgeber bei, weil Formwechsel zugunsten Anstalten des öffentlichen Rechts ausdrücklich gesetzlich zugelassen werden.⁶⁴¹

Nach § 1 Abs. 2 UmwG besteht ein Numerus clausus der Umwandlungsarten. Andere als im UmwG vorgesehene Umwandlungen sind nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen sind.⁶⁴² Es ist dem Gesetzgeber also grundsätzlich anheimgestellt, auf Grundlage gesetzlicher Regelung Umwandlungen außerhalb des UmwG herbeizuführen.⁶⁴³

a) Vermögensübertragung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwG)

Für eine Rekommunalisierung kommt insbesondere die Vermögensübertragung nach den §§ 174 ff. UmwG in Betracht.⁶⁴⁴ Nach § 175 Nr. 1 UmwG sind Vermögensübertragungen von einer Kapitalgesellschaft auf den Bund, ein Land, eine Gebietskörperschaft oder einen Zusammenschluss von Gebietskörperschaften zugelassen. Im Falle einer Vollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) überträgt ein Rechtsträger sein gesamtes Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, wobei er dabei erlischt.⁶⁴⁵ Dafür wird ein Übertragungsvertrag geschlossen. Indes ermöglicht die Vermögensübertragung keine Rekommunalisierung auf rechtlich

Umwandlungsrecht, § 76 und spielen auch im Bereich organisatorischer Wechsel zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern eine Rolle, s. *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 75.

⁶⁴⁰ Dementsprechend verengend auf Kommunalunternehmen die Betrachtung bei *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 150.

⁶⁴¹ *Burgi*, in: *Ipsen*, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 23 f.

⁶⁴² *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 74 Rn. 2.

⁶⁴³ *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 74 Rn. 7.

⁶⁴⁴ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 151; näher *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 15 ff.

⁶⁴⁵ Zu den weiteren Voraussetzungen *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 151 Fn. 822.

selbstständige Einheiten wie eine Anstalt, sodass dies nur durch zwei gesonderte Übertragungsvorgänge realisiert werden kann.⁶⁴⁶

b) Formwechsel (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG)

Eine Umwandlung einer juristischen Person des Privatrechts in eine juristische Person des öffentlichen Rechts (insb.: Anstalt/Körperschaft) im Wege des umwandlungsrechtlichen Formwechsels ist nach § 191 UmwG zwar zunächst nicht möglich. Dessen Abs. 1 Nr. 6 UmwG bezieht Anstalten des öffentlichen Rechts und Körperschaften nur als formwechselnde Rechtsträger ein, nicht aber als Rechtsträger neuer Rechtsform. Nach § 1 Abs. 2 UmwG sind andere als im UmwG vorgesehene Umwandlungen jedoch zulässig, wenn sie ausdrücklich durch Bundesgesetz oder Landesgesetz vorgesehen sind. Nach § 141 Abs. 1 S. 4 NKomVG (Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz) ist eine Umwandlung von Unternehmen und Einrichtungen in privater Rechtsform in kommunale Anstalten möglich. Die Vorschriften des UmwG über den Formwechsel gelten dafür entsprechend (§ 141 Abs. 1 S. 5 NKomVG).⁶⁴⁷

*c) Verschmelzung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG)
und Spaltung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG)*

Bei der Verschmelzung erfolgt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Nr. 1 UmwG die Aufnahme von einem Rechtsträger (sog. übertragender Rechtsträger) durch den übernehmenden Rechtsträger durch eine Vermögensübertragung, wobei eine Gesamtrechtsnachfolge und eine Auflösung ohne Abwicklung eintritt. Indes fehlt es für die Verschmelzung in öffentlich-rechtlich organisierten Konstellationen erneut an einem verschmelzungsfähigen Rechtsträger, da öffentlich-rechtliche Organisationsformen in § 3 UmwG nicht vorgesehen sind. Möglich wäre mithin allein eine Verschmelzung von zwei privatrechtlichen Gesellschaften der Öffentlichen Hand oder einer privatrechtlichen Gesellschaft der Öffentlichen Hand mit einer echten privatrechtlichen Gesellschaft.⁶⁴⁸ Ansonsten wäre eine Verschmelzung nur außerhalb des UmwG auf Grundlage spezialgesetzlicher Regelung möglich.⁶⁴⁹ Gleiches gilt für Fälle der (re)kommunalisierenden Spaltung.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 24 f.

⁶⁴⁷ Entsprechende Vorschriften finden sich in Art. 89 Abs. 2 BayGO und § 94 Abs. 1 S. 2, 3 BbgKVerf; s. dazu Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 70 ff.

⁶⁴⁸ So etwa bei *OLG Düsseldorf*, Vorlagebeschl. v. 3. 5. 2017, Az.: VII-Verg 51/16 = NZBau 2017, 759, wo eine Kreisverkehrs-GmbH mit einer anderen GmbH verschmolzen wurde.

⁶⁴⁹ Dazu Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 79 ff.

⁶⁵⁰ Wolfers/Voland, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 83 f.

d) Einzelrechtsnachfolge

Außerhalb des Umwandlungsrechts steht für Rekommunalisierungen schließlich der Weg der Einzelrechtsnachfolge offen. Dabei überträgt die Gesellschaft entweder im Auflösungsverfahren oder bereits zuvor das Gesellschaftsvermögen auf die gesondert zu gründende Anstalt/Körperschaft und beschließt sodann ihre Auflösung.⁶⁵¹

2. Rekommunalisierung bei funktionaler Privatisierung

Funktionale Rekommunalisierung zeichnet sich durch die Umkehrung funktionaler Privatisierung aus.

a) Beendigung der Privatisierung und Fortführung durch die Öffentliche Hand

Dies wird regelmäßig zunächst erforderlich machen, dass die funktionale Privatisierung beendet wird, um sodann eine Einheit der Öffentlichen Hand mit der Aufgabenwahrnehmung zu betrauen. Für die Beendigung funktionaler Privatisierung kann die Lehre vom *Actus contrarius* fruchtbar gemacht werden, wonach „die Rechtsform des Initiierungsaktes diejenige des Rückholaktes“ determiniert.⁶⁵²

Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung staatlicher Aufgaben mittels Verwaltungsakts verweist demnach auf die §§ 48 f. VwVfG.⁶⁵³

Erfolgt die Einbindung auf vertraglicher Basis, können dem Verwaltungsträger gesetzliche und auch vertragliche Kündigungsrechte zustehen, soweit diese vereinbart wurden.⁶⁵⁴ Für vergaberechtlich begründete Verträge wurden dafür in § 133 GWB die Möglichkeiten geregelt, wann öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag⁶⁵⁵ schon während der Vertragslaufzeit kündigen können. Dabei ergänzen die Tatbestände die ansonsten bestehenden Möglichkeiten, auf vertraglich vereinbarte

⁶⁵¹ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 152 f. auch zur Alternative zur umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung; *Wolfers/Voland*, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 85 f.

⁶⁵² *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 148.

⁶⁵³ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 149; die dort ebenfalls angeführte Ersatzvornahme im Wege der Verwaltungsvollstreckung stellt hingegen nur ein vorübergehendes Mittel bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung dar, das nicht dem Bereich „echter“ Rekommunalisierung zuzuordnen ist.

⁶⁵⁴ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 149; *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), 453 (460) spricht nur allgemein von „Beendigung“ der Beteiligung Privater auf vertraglicher Grundlage.

⁶⁵⁵ Die Norm findet über § 142 GWB auch auf von Sektorenauftraggebern vergebene Aufträge und über § 154 Nr. 4 GWB auf Konzessionen Anwendung, zu letzteren *Siegel*, *NVwZ* 2016, 1672 (1677).

Kündigungsrechte oder weitere gesetzlich bestehende Kündigungsrechte (bspw. nach §§ 313, 314 BGB) zurückzugreifen.⁶⁵⁶

Der Vertrag kann weiterhin befristet sein und daher mit Fristablauf enden, wie es insbesondere im Falle der Rekommunalisierungen nach § 46 EnWG der Fall ist. Dafür bestimmt § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG, dass Wegekonzessionsverträge höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden dürfen. Auch für ÖPNV-Vergaben nach der VO (EG) 1370/2007 findet sich in Art. 4 Abs. 2 eine Verkehrsträger-abhängige Begrenzung der Laufzeit. Im Falle von Wasserkonzessionsverträgen fehlt hingegen eine gesetzliche Regelung bzgl. der Vertragslaufzeit.⁶⁵⁷ Auch im GWB finden sich keine ausdrücklichen Bestimmungen für die Vertragslaufzeit von Aufträgen.⁶⁵⁸ Dementsprechend wird auch der Abschluss öffentlicher Aufträge mit unbestimmter Dauer im Grundsatz für zulässig erachtet.⁶⁵⁹ Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kann sich jedoch die Notwendigkeit einer Beschränkung der Vertragslaufzeit ergeben, die sodann die Amortisierung von Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals berücksichtigen muss und daher nicht statisch bestimmt werden kann.⁶⁶⁰ Für Konzessionen ergibt sich zudem ausdrücklich das Erfordernis der Laufzeitbegrenzung, § 3 Abs. 1 S. 1 KonzVgV, Art. 18 Abs. 1 KVR.⁶⁶¹

In Fällen funktionaler Privatisierung in Form institutioneller öffentlich-privater Partnerschaften greifen bei Vertragsende bzw. dessen Kündigung häufig sog. „Call-Optionen“, die regelmäßig in den der Partnerschaft zugrunde liegenden Betreiberverträgen geregelt werden. Diese führen zu einem Rückfall der von den Privaten gehaltenen Anteile an die Öffentliche Hand.⁶⁶² Insoweit kann als Call-Option etwa

⁶⁵⁶ Jaeger, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 133 Rn. 2.

⁶⁵⁷ Byok/Dierkes, RdE 2011, 394 (394).

⁶⁵⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 26; auch aus dem Begriff der Betrauung kann keine Laufzeitbegrenzung abgeleitet werden, vgl. Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 33.

⁶⁵⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 26.

⁶⁶⁰ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 29; Siegel, ZfBR 2006, 554 (555); auf den Wettbewerbsgrundsatz stellt ab Hüttinger, in: Burgi/Dreher, GWB, § 103 Rn. 102; spezifisch für den Bereich Wasser Herten-Koch, EWeRK 2013, 248 (249 f.); Byok/Dierkes, RdE 2011, 394 (394 f.).

⁶⁶¹ Eingehend Mohr, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 87 ff.; Siegel, NVwZ 2016, 1672 (1676).

⁶⁶² Dies wurde etwa im Falle des deutschen Mautsystems relevant. Nach Ausschreibung des Betreibervertrags erhielt die Toll Collect GmbH als Betreibergesellschaft mit den Eigentümern Deutsche Telekom, Daimler Financial Services und Cofiroute den Zuschlag und wurde sodann als Verwaltungshelfer nach § 4 Abs. 3 BFStrMG eingesetzt sowie beliehen. Mit Ende der Verträge wurde die Toll Collect GmbH wieder durch den Bund übernommen; Grundlage bildeten hierfür die im Betreibervertrag vereinbarten Call Optionen. Sodann wurde der Betreibervertrag neuerlich ausgeschrieben, wobei der neue Betreiber die GmbH übernehmen soll.

das Recht des Auftraggebers vereinbart worden sein, alle von dem Privaten gehaltene Anteile i. S. e. Kaufoption zu erwerben.⁶⁶³

Im Infrastruktur-Bereich kann für eine erfolgreiche Rekommunalisierung zudem ein Übertrag der für den Netzbetrieb erforderlichen Verteilungsanlagen erforderlich sein. Der Anspruch auf Übereignung ist für Strom- und Gasnetze in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG normiert worden und folgt, soweit vereinbart, zudem aus entsprechenden Endschaftsklauseln in den Konzessionsverträgen.⁶⁶⁴ Letzte spielen mangels gesetzlicher Regelung auch eine zentrale Rolle in der Wasserwirtschaft.⁶⁶⁵ Ergibt sich aus den Endschaftsklauseln hingegen kein Übereignungsanspruch, ist zweifelhaft, ob überhaupt ein Rückübertragungsanspruch geltend gemacht werden kann.⁶⁶⁶ Das Anlagen-Eigentum steht dann i. S. e. Ausschließlichkeitsrechts einer Rekommunalisierung entgegen.⁶⁶⁷

Ein vergleichbarer Fall auf Berliner Landesebene liegt mit der Rekommunalisierung der Berliner Charité Facility Management GmbH (CFM) vor. Diese wurde im Jahr 2005 zunächst als 100-prozentige Tochter der Charité Universitätsmedizin Berlin gegründet (Lagebericht der CFM im Geschäftsjahr 2007 (S. 2), abrufbar unter <https://www.parlament-berlin.de/adoss/16/haupt/vorgang/h16-0780.B-v.pdf>). Unternehmensgegenstand der CFM sind alle nicht-medizinischen Dienstleistungen in allen Campi der Charité (bspw. Gebäudereinigung und Essensversorgung). 49 % der GmbH wurden sodann an ein Konsortium privater Dienstleister verkauft. Im Anschluss an die Auswahl des Konsortiums wurde zwischen der Charité, der CFM und dem Bieterkonsortium bzgl. der Leistungserbringung der CFM gegenüber der Charité Leistungsverträge geschlossen. Da die CFM im Zuge der funktionalen Privatisierung mit der Erbringung nicht-medizinischer Dienstleistungen zugunsten der Charité beauftragt werden sollte und weil aufgrund der Beteiligung Privater das Inhouse-Privileg ausschied, wurde eine Ausschreibung der 49%-Anteile an der CFM erforderlich. Die Beauftragung der CFM mit den entsprechenden Dienstleistungen wurde von der CFM entsprechend als bedeutendster Dienstleistungsauftrag im Gesundheitswesen qualifiziert (Lagebericht der CFM im Geschäftsjahr 2007 (S. 2)). Nunmehr hat der Aufsichtsrat der Charité beschlossen, die CFM wieder auf eine 100-prozentige Tochter der Charité zum 1. 1. 2019 zu überführen (Pressemitteilung der Senatskanzlei v. 12. 7. 2017, abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2017/pressemitteilung.611576.php>). Dafür wurden die Anteile nach Beendigung der Kooperationsverträge zurückgekauft (s. zum Prozess im Einzelnen <https://www.parlament-berlin.de/adosservice/18/Haupt/vorgang/h18-0978.A-v.pdf>).

⁶⁶³ Zur kartellvergaberechtlichen Bewertung s. näher Kapitel 5, S. 265 f.

⁶⁶⁴ *Byok/Dierkes*, RdE 2011, 394 (395); auch zur Verfassungsmäßigkeit des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG und zur angemessenen Vergütung für die Übereignung *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 32 ff.

⁶⁶⁵ *Byok/Dierkes*, RdE 2011, 394 (395).

⁶⁶⁶ Einen Übereignungsanspruch von Fernwärmeanlagen aus der Endschaftsbestimmung im Konzessionsvertrag zwischen dem Land Berlin und der Vattenfall Europe Wärme AG sowie aus sonstigen Bestimmungen wurde abgelehnt vom *VG Berlin*, Urt. v. 30. 6. 2017, Az.: 4 K 16.15 Rn. 61 ff. = ECLI:DE:VGBE:2017:0630.VG4K16.15.00; a. A. *Riedel/Albrecht*, EWeRK 2016, 190 (197 f.), die eine analoge Anwendung der §§ 552 Abs. 1, 997 Abs. 2 BGB befürworten.

⁶⁶⁷ *Herten-Koch*, EWeRK 2013, 248 (251); *Schröder*, NVwZ 2017, 504 (507); a. A. *Faasch/Gewehr*, Versorgungswirtschaft 2019, 265 (266), die sich – ohne nähere Begründung der rechtlichen Umsetzbarkeit – für eine Pachtlösung aussprechen.

b) Eintritt in den laufenden Vertrag

In Betracht kommt schließlich, dass die Öffentliche Hand in den laufenden Vertrag eintritt und die Pflichten des privaten Auftragnehmers übernimmt. Erfolgen kann dies rechtstechnisch durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.⁶⁶⁸

c) Umwandlungsrechtliche Besonderheiten bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen

Soll eine öffentlich-private Partnerschaft formell im Wege der Umwandlung in eine öffentlich-rechtliche Form (re)kommunalisiert werden, so bedarf der Übertragungsvertrag der Zustimmung aller Anteilseigner, §§ 176, 13 Abs. 1 S. 1 UmwG.⁶⁶⁹ Insofern besteht ein Abhängigkeitsverhältnis von nichtstaatlichen Kräften, das eine Rekommunalisierung in Frage stellen könnte. Während durch einen Rückgriff auf die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht, die eine Modifikation der gesellschaftsrechtlichen Wertungen zugunsten der Verwaltung vornehmen will, nur eine zweifelhafte Dispensierung umwandlungsrechtlicher Vorgaben erreicht werden könnte, schlägt Wollenschläger mit dem Umweg über das Liquidationsverfahren eine Alternative vor, die auch im Aktienrecht durch eine extensive Auslegung des § 262 Abs. 2 AktG gangbar erscheint.⁶⁷⁰

3. Rekommunalisierung bei materieller Privatisierung

Im Falle materieller Privatisierung ist eine Rekommunalisierung zuvorderst im Sinne einer Marktteilnahme der Öffentlichen Hand auf dem ansonsten privatisierten Markt denkbar. Rekommunalisierung in diesen Bereichen besteht daher typischerweise in der Gründung eigener Unternehmen, die sodann auf dem Markt neben Privaten tätig werden. Diese Form der Rekommunalisierung kann als faktische qualifiziert werden, weil der faktische Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung zunimmt, etwa durch Erfolg kommunaler Unternehmen im Wettbewerb, in rechtlicher Hinsicht aber keine Aufgabenverlagerung eintritt.⁶⁷¹ Möglich ist dafür auch der (Rück-)Kauf von Anteilen von privaten Unternehmen.⁶⁷² Berlin will beispielsweise in großem Stil ehemals privatisierte Wohnungsbestände in Öffentliche Hand

⁶⁶⁸ Allgemein zur Vertragsübernahme *Herresthal*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BGB, § 311 Rn. 149.

⁶⁶⁹ Zu diesem Problem auch *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 153 f.

⁶⁷⁰ Im Einzelnen *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 153 ff.

⁶⁷¹ *Klement*, Die Verw 48 (2015), 55 (58).

⁶⁷² Dies als Hauptanwendungsfall materieller Rekommunalisierung qualifizierend *Klewe/Gayger*, NVwZ 2018, 273; Beispiele bei *Theobald*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 34.

zurückführen. Zwar kommt auch eine zwangsweise Rekommunalisierung materiell privatisierter Bereiche in Betracht, etwa mittels einer Enteignung Privater nach Art. 14 GG⁶⁷³ oder gar der Sozialisierung nach Art. 15 GG.⁶⁷⁴ Dabei begegnen beide Formen der zwangsweisen Verdrängung Privater indes verfassungsrechtlichen Vorbehalten.⁶⁷⁵ Vertraglichen Lösungen wird daher in Zukunft eine wesentlich größere Bedeutung zukommen. Soweit eine Übertragung von Vermögen von Kapitalgesellschaften auf die Öffentliche Hand in Rede steht, sind zudem die soeben zur Rekommunalisierung bei formeller Privatisierung entfalteten umwandlungsrechtlichen Grundsätze von Relevanz.⁶⁷⁶

IV. Der Rechtsrahmen von Rekommunalisierung

Die Legitimität und rechtlichen Voraussetzungen von (Re-)Kommunalisierung sind zuletzt intensiv diskutiert worden.⁶⁷⁷ Der Zugriff der Öffentlichen Hand auf die Leistungserbringung wird insbesondere von der Privatwirtschaft kritisch begleitet. Kritik löst die Auftragsverlagerung von mittelständischen Unternehmen zu öffentlichen Betrieben aus, weil letztere von Steuervergünstigungen profitierten und sich aufgrund von Inhouse-Ausnahmen und interkommunaler Zusammenarbeit keinem fairen Wettbewerb stellen müssten.⁶⁷⁸ In der Literatur wird auf die Gefahr hingewiesen, dass Rekommunalisierung mit Selbstbegünstigung einhergehen könne, weil die Kommune sowohl die Rekommunalisierungsentscheidung treffe, als auch selbst oder in Form eigener Unternehmen sodann als Akteur auftrete und dabei den Eigeninteressen Vorrang vor den Interessen von Bürgern, Verbrauchern und privaten Wettbewerbern eingeräumt werden könnten.⁶⁷⁹ Insofern stellt sich die Frage, welcher rechtliche Rahmen dem „starken Staat“ Grenzen setzt, etwa wie die Rückbindung

⁶⁷³ Diesen Ausnahmefall nennen auch *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273.

⁶⁷⁴ Im Land Berlin wurde aufgrund eines Volksbegehrens intensiv über die Rekommunalisierung von Wohnungsbeständen mittels Sozialisierung von Grund und Boden diskutiert, s. dazu *Drohse*, Kritische Justiz 2020, 30; *Röhner*, Kritische Justiz 2020, 16; *Kloepfer*, NJW 2019, 1656; *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78; *Sodan/Ferlemann*, LKV 2019, 193.

⁶⁷⁵ Für die Enteignung: Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages v. 25.4.2016, Az.: WD 3–3000–131/16, S. 5; für die Sozialisierung s. die Literaturangaben in der Fußnote zuvor.

⁶⁷⁶ S. auch *Wolfers/Voland*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 14.

⁶⁷⁷ S. nur *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453; *Bauer*, DÖV 2012, 329; *Bauer/Büchner/Hajasch*, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge; *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110; *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, 701; *Guckelberger*, VerwArch 104 (2014), 161; *Schmidt*, DÖV 2014, 357.

⁶⁷⁸ Pressemitteilung „Bündnis fairer Wettbewerb“ vom 12.9.2017, abrufbar unter <https://www.bitmi.de/appeal-des-mittelstandes-zur-bundestagswahl/>.

⁶⁷⁹ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (226 f.); zum Konfliktpotential aufgrund mehrerer Rollen der Öffentlichen Hand in der leitungsgebundenen Elektrizitätswirtschaft *Grünwald*, Die (Re) Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 26.

kommunaler Unternehmen an das Gemeinwohlinteresse⁶⁸⁰ und die demokratische Legitimation gesichert werden können.⁶⁸¹

Unterschieden werden kann dabei zwischen der Frage nach der Zulässigkeit von Rekommunalisierung und der Frage nach den rechtlichen Maßstäben.

Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Rekommunalisierungen zu stellen, heißt auf der Ebene des „Ob“ von Rekommunalisierung anzusetzen und rechtliche Wertungen aufzudecken, die staatlicher Aufgabenträgerschaft womöglich entgegenstehen. Die Ebene des „Ob“ betrifft also die Frage, ob rechtliche Verbote der Leistungserbringung durch die Öffentliche Hand entgegenstehen.⁶⁸² Sie verläuft damit im Wesentlichen parallel zur Debatte um die Statthaftigkeit staatlicher und kommunaler Wirtschaftsbetätigung.⁶⁸³

Von den rechtlichen Grenzen zu unterscheiden sind rechtliche Maßstäbe, die nicht das „Ob“ einer Rekommunalisierung in Frage stellen, sondern bei der Rekommunalisierungsentscheidung zu berücksichtigende Anforderungen formulieren und deshalb auf der Ebene des „Wie“ der Rekommunalisierung anzusiedeln sind.⁶⁸⁴ Hierzu zählt neben dem in dieser Arbeit noch vertieft in seiner Dimension als Rückholrecht zu entfaltenden Vergaberecht insbesondere das kommunale Wirtschaftsrecht und der haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsatz.⁶⁸⁵

Die Aufarbeitung der rechtlichen Parameter von Rekommunalisierung zeigt, dass Rekommunalisierung rechtlich zwar als zulässig bewertet werden muss (Ebene des „Ob“); die danach grundsätzlich freie Rekommunalisierungsentscheidung ist aber an spezifische Voraussetzungen gebunden (Ebene des „Wie“).

⁶⁸⁰ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (226 f.).

⁶⁸¹ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (231 f.); im Einzelnen *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (471 f.).

⁶⁸² *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228).

⁶⁸³ Dazu *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 22 ff.

⁶⁸⁴ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228).

⁶⁸⁵ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228); diese Zuordnung zu Grenzen und Maßstäben von Rekommunalisierung überzeugt jedoch nur, wenn man den Grenzen nur ausdrückliche Verbote zuordnet. Denn in der Tat verbietet weder die kommunale Schrankentrias, das Vergaberecht noch das Wirtschaftlichkeitsgebot Rekommunalisierung per se, sondern lässt sie nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Damit sind sie aber zugleich Grenze jeder Rekommunalisierungsentscheidung, die die Voraussetzungen nicht erfüllt; für solche Rekommunalisierungsentscheidungen werden Schrankentrias, Vergaberecht und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz also zu mittelbaren Verbotsnormen. Ihnen kann sogar ein Privatisierungsimpuls zu Eigen sein, wonach ihre Anwendbarkeit typischerweise zu rekommunalisierungsfeindlichen Ergebnissen gelangt.

1. Die primär- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Rekommunalisierung

Die Frage nach der Zulässigkeit von Rekommunalisierung führt auf die „Urfrage“ der wirtschaftspolitischen Orientierung des europäischen Primärrechts sowie des Grundgesetzes zurück. Seit je her wird darum gerungen, ob den Gründungstexten eine justiziable Entscheidung für oder wider ein bestimmtes Wirtschaftssystem entnommen werden könne. Allen Versuchen, das europäische Primärrecht oder das Grundgesetz i. S. e. Vorentscheidung zugunsten eines grundsätzlichen Vorrangs privater Leistungserbringung zu deuten, wurden jedoch Absagen erteilt.

a) Trägerneutralität des primären Unionsrechts

Was die Verteilung der Aufgaben zwischen Staat und Privatwirtschaft angeht, wird dem Unionsrecht heute überwiegend Trägerneutralität zugeschrieben.⁶⁸⁶ Die Existenz öffentlicher Unternehmen wird in Art. 106 Abs. 1 AEUV ausdrücklich anerkannt. Das Unionsrecht steht wirtschaftlicher Aktivität der Öffentlichen Hand mithin nicht im Wege (Frage des „Ob“), verlangt aber eine Gleichbehandlung zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV) (Frage des „Wie“). Auch aus den die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse grundlegend konzipierenden Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV lässt sich keine Präferenz des Unionsrechts zugunsten einer gewährleistungsstaatlichen Strukturierung dieser Bereiche ableiten. Hier legt das Unionsrecht eine trägerneutrale Konzeption zugrunde, die weder zugunsten öffentlicher noch privater Unternehmen ausgelegt werden kann.⁶⁸⁷ Auch die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten muss nach Art. 345 AEUV unberührt bleiben.⁶⁸⁸ Eine der Rekommunalisierung entgegenstehende Privatisierungspolitik wäre der Europäischen Union mithin untersagt.⁶⁸⁹

b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Rekommunalisierung

Ob der Verfassung auf der Ebene des „Ob“ von Rekommunalisierung Schranken entnommen werden können, führt auf den bis heute währenden Richtungsstreit um die Zulässigkeit staatlicher und kommunaler Wirtschaftstätigkeit zurück. Mit dem Streit konnotiert ist zugleich die noch grundlegendere Frage des Verhältnisses von Politik und Recht: „Da die Verfassung kein explizites Bekenntnis zum Subsidiaritätsprinzip als Regulativ im Verhältnis Staat – Gesellschaft enthält, ist seit jeher streitig, ob es überhaupt einen Verfassungsrechtssatz dieses Inhalts gibt, oder ob es

⁶⁸⁶ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (227 f.); *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 23; *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 217; *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 118 f.

⁶⁸⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 37 Rn. 17.

⁶⁸⁸ Darauf verweist auch *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 218 f.

⁶⁸⁹ *Ehlers*, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 30.

sich lediglich um einen von vielen rechts- und staatsphilosophischen Denkansätzen in der wissenschaftlichen und politischen Diskussion handelt.“⁶⁹⁰

Staatliche und insbesondere kommunale Wirtschaftstätigkeit bewegt sich jedenfalls im politischen Raum oftmals zwischen ordnungspolitischen Extrempositionen, wobei sich Kommunen und öffentliche Betriebe einerseits und privatwirtschaftliche Akteure andererseits „unversöhnlich“ gegenüberstehen.⁶⁹¹ Politisch lassen sich im Wesentlichen drei Strömungen kennzeichnen: Während die Privatwirtschaft zugunsten einer Subsidiarität öffentlicher Wirtschaftstätigkeit argumentiert, fordern Kommunalunternehmen eine weitreichende Gleichbehandlung, wenn nicht sogar Privilegierung gegenüber privaten Wettbewerbern ein; die Position von Bund und Ländern kann als uneinheitlich qualifiziert werden, tendiert aber jedenfalls bei den Ländern zugunsten einer Rückbindung kommunaler Wirtschaftstätigkeit an das Kriterium des öffentlichen Zwecks.⁶⁹²

aa) Öffentlicher Zweck als Grenze

Als Modus der Erfüllung von Staatsaufgaben muss auch kommunale und staatliche Wirtschaftstätigkeit dem Gemeinwohl dienen.⁶⁹³ Der verfassungsrechtlichen Rückbindung an Gemeinwohlzwecke kommt jedoch in der Praxis keine wesentlich beschränkende Funktion zu, da eine Vielzahl an Gründen (etwa die Sicherung von Arbeitsplätzen oder die Wirtschaftsförderung) wirtschaftliche Aktivitäten der Öffentlichen Hand legitimieren können.⁶⁹⁴ Allein eine erwerbswirtschaftliche Betätigung, mit der die Öffentliche Hand ausschließlich die Erzielung von Gewinnen anstrebt, wäre danach unzulässig.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 230.

⁶⁹¹ *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1 Rn. 2.

⁶⁹² *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1 Rn. 3.

⁶⁹³ *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 24.

⁶⁹⁴ *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 24.

⁶⁹⁵ *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 24; anders aber *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 78, der hierin nur keinen hinreichend gewichtigen Zweck zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen sehen will; m. w. N. zur a. A. *Burgi*, in: Kment, Energiewirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, S. 16; eine Sonderrolle kommt zudem den Sektoren Post und Telekommunikation sowie der Eisenbahn zu, da Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG sowie Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG ausdrücklich die privatwirtschaftliche Erbringung der Leistungen anordnen. Hier legitimiert die Verfassung eine primär erwerbswirtschaftliche Betätigung der Öffentlichen Hand, vgl. zur Deutschen Bahn *Burgi*, NVwZ 2018, 601 (606).

bb) Verfassungsrechtlich ableitbare Subsidiarität
öffentlicher Wirtschaftstätigkeit?

Darüber hinaus wird diskutiert, ob der Verfassung eine Entscheidung für ein wirtschaftspolitisches System zu entnehmen oder ob sie vielmehr von wirtschaftspolitischer Neutralität gekennzeichnet ist.

Teilweise wird eine Entscheidung der Verfassung zugunsten einer sozialen Marktwirtschaft hergeleitet; diese kennzeichne ein den Bereich politischer Entscheidung für oder gegen wirtschaftliche Tätigkeit der Öffentlichen Hand vordstrukturierender Vorrang privater Wirtschaftsgestaltung (sog. Subsidiaritätsprinzip).⁶⁹⁶ Staatlicher Aufgabenzugriff rechtfertige sich danach nur, wenn damit dem öffentlichen Interesse besser genügt werde als durch Private.⁶⁹⁷ Der Vorrang privater Wirtschaftsgestaltung versteht sich damit nicht als Verbot öffentlicher Wirtschaftstätigkeit. So könne kommunalwirtschaftliche Tätigkeit bspw. im Bereich kommunaler Daseinsvorsorge durchaus erforderlich sein.⁶⁹⁸ Der Ansatz eines Vorrangs privater Wirtschaftsgestaltung steht damit ganz im Zeichen einer verfassungsrechtlichen Ableitung gewährleistungsstaatlicher Strukturen. Sodan versteht den Grundsatz des Vorrangs privater Lebensgestaltung entsprechend auch als „rechtlichen Beitrag zu dem politisch weithin akzeptierten Postulat“ eines schlanken Staates.⁶⁹⁹ Auch Forsthoff ist mitunter so verstanden worden, dass eine staatliche Daseinsvorsorgekompetenz erst bei Marktversagen bestehe.⁷⁰⁰ In dieser Tradition scheint sich auch die Untersuchung Wollenschlägers zu verstehen, der in der staatlichen Aufgabenrückholung rechtlich geschützte Positionen der privaten Aufgabenträger verkürzt und deshalb eine Rückholung von Aufgabenerfüllung erst ultima ratio im Falle gesellschaftlicher Schlechterfüllung legitimiert sieht.⁷⁰¹ Auch Grünewalds umfassende Untersuchung der Rekommunalisierung in der Energieverteilung stellt ein verfassungsrechtlich hergeleitetes Subsidiaritätsprinzip an den Anfang der Ausführungen; erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates bleibe danach allein auf Ausnahmen reduziert.⁷⁰² Wallerath differenziert im vergaberechtlichen Kontext zwischen „staatspezifischen Leistungen“, denen hoheitsrechtlicher Charakter zukomme und die deshalb typischerweise von der Öffentlichen Hand

⁶⁹⁶ Sodan, in: Ziekow, *Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft*, S. 54; zu den Ursprüngen auch *Burgi*, *Funktionale Privatisierung*, S. 232 ff.; grundlegend *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht – passim.

⁶⁹⁷ Sodan, in: Ziekow, *Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft*, S. 54; keinen zeitlichen Vorsprung will daraus aber ableiten *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 298.

⁶⁹⁸ Sodan, in: Ziekow, *Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft*, S. 63.

⁶⁹⁹ Sodan, in: Ziekow, *Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft*, S. 63.

⁷⁰⁰ Kritisch *Krausnick*, *Das Hochschulwesen im Gewährleistungsstaat*, S. 12.

⁷⁰¹ *Wollenschläger*, *Effektive staatliche Rückholoptionen*, S. 44, 143 f.

⁷⁰² *Grünewald*, *Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung*, S. 30 f.

selbst erbracht würden und solchen, die als „gemeinschaftswichtige“, aber nicht hoheitliche Leistungen zwar von der Öffentlichen Hand garantiert, aber nicht selbst erbracht werden müssten.⁷⁰³ Aufgrund der marktwirtschaftlichen Ausrichtung des Grundgesetzes bestehe eine Vorrangstellung des „kooperierenden Auftraggebers“ vor dem „konkurrierenden Produzenten“.⁷⁰⁴ Wallerath sieht das Verhältnis zwischen Eigenproduktion und marktlicher Beschaffung jedoch nicht in einem Verhältnis „Entweder-Oder“, vielmehr komme es zu einer Mischung bzw. Stufung aus marktlicher Beschaffung und Eigenproduktion.⁷⁰⁵

Von der wohl überwiegenden Auffassung in Literatur und auch in der Rspr. des BVerfG wird dem GG hingegen wirtschaftspolitische Neutralität zugeschrieben.⁷⁰⁶ Danach ist dem GG selbst weder eine Entscheidung zugunsten einer marktwirtschaftlichen, noch staatswirtschaftlichen Wirtschaftsordnung zu entnehmen. Dementsprechend wird auch kein genereller Vorrang privater Wirtschaftstätigkeit anerkannt.⁷⁰⁷ Staatliche und kommunale Wirtschaftsteilnahme sind nach dieser Auffassung im Grundsatz genauso zulässig, wie eine Wirtschaftsteilnahme privater Unternehmen. Dieser Auffassung schließt sich die Bearbeitung an. Weder aus dem Rechtsstaatsprinzip,⁷⁰⁸ noch aus den Grundrechten⁷⁰⁹ lässt sich eine Subsidiarität staatlicher Wirtschaftstätigkeit ableiten. Letzteren kommt aufgrund ihrer individualschützenden Funktion keine die wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers generell beschränkte objektiv-rechtliche Funktion zu.⁷¹⁰ Zudem ist ihr Anwendungsbereich im Falle wirtschaftlicher Betätigung der Öffentlichen Hand beschränkt.⁷¹¹

Bei den bereichsspezifischen Normierungen des Subsidiaritätsprinzips handelt es sich schon um keinen allgemeingültigen Verfassungsgrundsatz.⁷¹² Auch das europäische Subsidiaritätsprinzip kann nicht schutzverstärkend über Art. 23 GG herangezogen werden. Die Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG verweist auf eine Verhältnisbestimmung zwischen Unions- und mitgliedstaat-

⁷⁰³ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 114.

⁷⁰⁴ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 114.

⁷⁰⁵ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 114 f.

⁷⁰⁶ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 20. 7. 1954, Az.: 1 BvR 459/52 u. a. = BVerfGE 4, 7 (17 f.); befürwortend Ehlers, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 37; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 161 f.; Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 231 sieht den Streit indes als noch nicht vom BVerfG entschieden an.

⁷⁰⁷ Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 476 ff.

⁷⁰⁸ So aber Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 29.

⁷⁰⁹ M. w. N. Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 231 f.; a. A. jedoch Wollenschläger, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 79, der die Subsidiarität als Aspekt der Erforderlichkeit im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung verortet.

⁷¹⁰ Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 165.

⁷¹¹ S. dazu noch in diesem Kapitel, S. 159.

⁷¹² Britz, NVwZ 2001, 380 (381); Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 433 ff.; a. A. Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 29.

lichem Recht und weist keinen Bezugspunkt zum hier gegenständlichen Subsidiaritätsprinzip als Verhältnisbestimmung zwischen privater und öffentlicher Aufgabenwahrnehmung auf.⁷¹³ Auch das europäische Primärrecht zwingt das GG nicht etwa in Richtung eines spezifischen Wirtschaftssystems, weil es ausreichende Spielräume für die wirtschaftspolitische Neutralität der deutschen Verfassung lässt.⁷¹⁴

Auch aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG lässt sich keine generelle Subsidiarität ableiten. Im Falle kommunal-wirtschaftlichen Engagements garantiert Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vielmehr die kommunale Teilnahme am Wirtschaftsleben als Ausprägung des Rechts auf Selbstverwaltung.⁷¹⁵ Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kommt daher als Privatisierungsnicht jedoch als Rekommunalisierungsgrenze in Betracht.⁷¹⁶

Schließlich lassen sich aus den haushaltsverfassungsrechtlichen Bestimmungen und dem darin enthaltenen Wirtschaftlichkeitsprinzip keine Subsidiarität öffentlicher Wirtschaftstätigkeit ableiten. Die nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip gebotene Zweck-Mittel-Relation, wonach staatliche Zwecke möglichst kostengünstig zu erreichen sind, weist schon nicht ausschließlich in Richtung Privatisierung, sondern kann genauso staatliche Aufgabenwahrnehmung legitimieren.⁷¹⁷ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip erscheint daher weniger als Schranke, denn als Maßstab von Rekommunalisierung und ist daher dort zu vertiefen.⁷¹⁸ Es kann aber keine generelle Subsidiarität des staatlichen Aufgabenzugriffs begründen.

Dem Aufgabenzugriff selbst steht die Verfassung mithin nicht im Wege. In dieser Auffassung spiegelt sich der formale Ansatz bei der Bestimmung von Staatsaufgaben, wonach alles zur Staatsaufgabe wird, wessen sich der Staat annimmt.⁷¹⁹ Wirtschaft vollzieht sich aber in den Grenzen der Verfassung. Extremen wie einer Zentralverwaltungswirtschaft stünden die Wirtschaftsgrundrechte, einer reinen Marktwirtschaft das Sozialstaatsprinzip entgegen.⁷²⁰ Daraus sollte jedoch keine Vorentscheidung der Verfassung für oder gegen ein bestimmtes Wirtschaftssystem abgeleitet werden, um den politischen Diskurs und die demokratische Entscheidung über das richtige Maß an öffentlicher Wirtschaftsteilnahme nicht verfassungs-

⁷¹³ *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 435; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 164.

⁷¹⁴ Eingehend *Jungbluth*, EuR 2010, 471 (473 ff.).

⁷¹⁵ *Ehlers*, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 37 f.

⁷¹⁶ Dazu *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 295.

⁷¹⁷ *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 238; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 159 f.; dementsprechend finden sich Subsidiaritätsanordnungen auch nur bereichsspezifisch im Haushaltsrecht realisiert, s. insbesondere den auf Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsformen begrenzten § 65 BHO; dazu *von Lewinski/Burbat*, BHO, § 65 Rn. 3 f.

⁷¹⁸ S. dazu sogleich in diesem Kapitel, S. 161 f.; beides prüfend *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 238 einerseits, S. 276 f. andererseits.

⁷¹⁹ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228).

⁷²⁰ *Ehlers*, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 37.

rechtlich zu determinieren.⁷²¹ Vielmehr sind im Einzelfall die sich aus den einschlägigen Verfassungswertungen ergebenden Schranken staatlicher Wirtschaftstätigkeit zu untersuchen. Im Falle wirtschaftspolitischer Neutralität kann auch keine Wertentscheidung zugunsten eines Vorrangs privater Wirtschaftsgestaltung abgeleitet werden.⁷²² Gleiches gilt im Gegenzug aber auch für einen etwaigen Vorrang staatlicher Wirtschaftsgestaltung.

cc) Bereichsspezifische Grenzen von Rekommunalisierung

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive stellt sich jedoch die Frage der Zulässigkeit von Rekommunalisierung (und damit auch von Vergaben an die Öffentliche Hand) in Bereichen, in denen sich der verfassungsändernde Gesetzgeber zugunsten von materieller Privatisierung im Rahmen von gewährleistungsstaatlichen Modellen für eine Abkehr von der Erfüllungsverantwortung entschieden hat. Fraglich ist dann, ob aus der Entscheidung für eine materielle Privatisierung eine Pflicht abgeleitet werden kann, auf Aufgabenerfüllung in diesen Bereichen zu verzichten. In Rede steht ein mit der materiellen Privatisierung einhergehender Verlust des originären Zugriffs auf die Aufgabenerfüllung. Abgeschwächt könnte aus besagten Verfassungsbestimmungen jedenfalls ein Subsidiaritätsgedanke abzuleiten sein, wonach ein staatlicher Aufgabenzugriff zunächst gesellschaftliche Schlechterfüllung voraussetzte. In Rede stehen hier die unionsrechtlich liberalisierten Infrastrukturbereiche Eisenbahn, Telekommunikation, Postwesen sowie Energie. Während die Infrastrukturbereitstellung bisher als ausschließliche Wahrnehmungszuständigkeit des Staates qualifiziert wurde, wird in diesen Bereichen nunmehr einer Reduktion auf eine bloße Gewährleistungs- und Regulierungsverantwortung das Wort geredet, wonach etwa der Eigenbetrieb von Stromnetzen im Sinne einer Wahrnehmung von Erfüllungsverantwortung normativ nicht mehr geboten sei.⁷²³

Dazu im Kontrast steht der rechtstatsächliche Befund. Zwar hat sich der Bund aus der Leistungserbringung in den Bereichen Telekommunikation und Post zugunsten eines Universaldienstmodells gänzlich zurückgezogen und beschränkt sich unter Wahrnehmung seiner Gewährleistungsverantwortung aus Art. 87 f Abs. 1 GG auf die Regulierung dieser Bereiche. Die Kommunen nehmen im Bereich des Breitbandausbaus indes bis heute Aufgaben der Telekommunikationsversorgung eigenständig wahr.⁷²⁴ Gleiches gilt für den Bereich der Energie- und Gasversorgung, wo Kommunen und in Stadtstaaten auch die Bundesländer neben Energieversorgungsnetzen auch eigene Stadtwerke betreiben. Die Deutsche Bahn AG ist bis heute in staatlicher Hand verblieben, sodass der Staat auch hier bis heute Aufgaben wahrnimmt, die über

⁷²¹ Diesen Aspekt betont *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 166 f.

⁷²² *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1 Rn. 20, 26.

⁷²³ S. bereits in diesem Kapitel, S. 122 f.; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 32.

⁷²⁴ *Wimmer*, in: Ipsen (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, S. 137 ff.

die nach Art. 87e Abs. 4 GG bestehende Gewährleistungsverantwortung hinausgehen.

In diesen Bereichen stellt sich auch die Grundsatzfrage nach der Zulässigkeit von Vergaben an der Öffentlichen Hand zurechenbare Einheiten noch drängender. Weil die Erfüllungsverantwortung aufgegeben wurde, scheint eine Rückkehr zu Modellen staatlicher Aufgabenerfüllung versperrt. Indes lässt sich auch in den materiell privatisierten Bereichen eine Tendenz zur „Rückkehr des Staates“ erkennen.⁷²⁵ Kommunen übernehmen die Aufgabe des Netzausbaus und des Betriebs kommunaler WLAN-Netze, sodass Möstl treffend fragt: „Liegt hierin nicht ein Stück Rückverstaatlichung des in Art. 87 f privatisierten Telekommunikationswesens?“⁷²⁶

(1) Post und Telekommunikation

Im Bereich Postwesen und Telekommunikation wirft Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG die Frage auf, ob eine Rückverstaatlichung der aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen verfassungsrechtlich noch zulässig wäre.⁷²⁷ Vergaberechtlich betrachtet stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit kommunalen Engagements im Netzausbau durch Beauftragung kommunaler Telekommunikationsgesellschaften. Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG wird jedenfalls als Rückholverbot in öffentlich-rechtliche Strukturen verstanden.⁷²⁸ Dies stünde einer Enteignung der privaten Anteilseigner zugunsten einer privatrechtlichen Gesellschaft in öffentlicher Hand zwar nicht entgegen, wäre aber unter den engen Voraussetzungen des Art. 14 GG und den unionsrechtlichen Liberalisierungsvorgaben praktisch kaum vorstellbar.⁷²⁹ Insofern versperrt auch das Unionsrecht als Liberalisierungsregime eine Rückkehr in staatliche Monopolstrukturen. Es steht aber parallelen Daseinsvorsorgestrukturen nicht im Wege, wenn die Öffentliche Hand mit eigenen privaten Organisationseinheiten Telekommunikationsleistungen im Wettbewerb erbringt.⁷³⁰

(2) Eisenbahn

Im Bereich der Eisenbahnen wirft Art. 87e GG die Frage nach einem materiellen Privatisierungsgebot auf. Vergaberechtlich gewendet stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Vergabe an die in öffentlicher Hand verbliebene Deutsche Bahn AG. Nach wohl h. M. wird Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG als Kompetenzzuweisung an den Bund verstanden, Bahnunternehmen in Privatrechtsform zu führen.⁷³¹ Die Norm gibt insofern eine Organisationsprivatisierung vor, ihr lässt sich jedoch keine Verpflichtung

⁷²⁵ Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rn. 4.

⁷²⁶ Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rn. 5.

⁷²⁷ Die Frage nur aufwerfend *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (227).

⁷²⁸ So *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 58.

⁷²⁹ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 58.

⁷³⁰ Vgl. *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 60 f.

⁷³¹ *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 87e Rn. 10.

zu einer Aufgabenprivatisierung entnehmen.⁷³² Sie steht mithin auch einer Wirtschaftsteilnahme der Deutschen Bahn AG nicht im Wege.

(3) *Energieversorgung*

Auch im Bereich der Energieversorgung wird einer materiellen Privatisierung das Wort geredet. Insofern fragt sich auch hier, ob eine materielle Privatisierung Konzessionsvergaben an kommunale Netzbetreiber nach § 46 EnWG entgegenstehen könnte. Für den Bereich der Strom- und Gasversorgung hat die gewährleistungsstaatliche Ausrichtung nur einfach-rechtlichen Rang erreicht. Grünewald schließt daraus, die Energieversorgung würde von der Verfassung „explizit keiner staatlichen Verantwortung“ zugewiesen und könne deshalb nicht als „staatsnahe Tätigkeit“ angesehen werden.⁷³³ Anders als im Telekommunikations- oder Postsektor habe es zudem nie ein staatliches Netzmonopol gegeben.⁷³⁴ Spätestens mit der Liberalisierung des Strom- und Gassektors durch die europäische Union sei die Wahrnehmungszuständigkeit im Bereich der Infrastrukturbereitstellung auf eine Gewährleistungs- und Regulierungsverantwortung reduziert worden.⁷³⁵ Grünewald leitet daraus einen grundsätzlichen Vorrang privater Leistungserbringung ab. Ein Eingreifen der Öffentlichen Hand im Wege der Eigenerfüllung sei nicht mehr „geboten“. ⁷³⁶

Indes wird die Energieversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge weiterhin den staatlichen Aufgaben zugerechnet. Die Vergleichbarkeit der Bereiche zeigt, dass anders als in den Bereichen Post und Telekommunikation keine entsprechend weitreichende gewährleistungsstaatliche Ausrichtung der Energieversorgung erfolgt ist. Insofern hat anders, als in der Literatur teilweise behauptet, keine „materielle“ Privatisierung der Aufgabenerfüllung im Bereich der Strom- und Gasversorgung stattgefunden, wie dies im Telekommunikationssektor geschehen sein mag.⁷³⁷ Selbst wenn dies der Fall wäre, zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass hieraus nicht notwendig eine Subsidiarität einer öffentlichen Wirtschaftsteilnahme folgt. Auch in materiell privatisierten Bereichen steht es der Öffentlichen Hand offen, selbst wirtschaftlich aktiv zu werden, soweit sie damit einen öffentlichen Zweck verfolgt.

2. Pflicht zur Rekommunalisierung

Rekommunalisierung ist nicht nur zulässig, sondern kann sich unter besonderen Voraussetzungen zu einer Pflicht verdichten. Eine an das Vergaberecht gebundene

⁷³² Remmert, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 87e Rn. 11.

⁷³³ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 119.

⁷³⁴ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 25.

⁷³⁵ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 32.

⁷³⁶ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 26 ff., insb. S. 32.

⁷³⁷ Dazu bereits in diesem Kapitel, S. 122 f.

Rekommunalisierungspflicht könnte entsprechend als Pflicht zur Vergabe an die Öffentliche Hand qualifiziert werden.

Wollenschläger leitet aus dem Gehalt der aus der Verfassung ableitbaren Gewährleistungspflichten ultima ratio auch eine Handlungspflicht zur Rückholung einer Aufgabe ab.⁷³⁸ Es ergebe sich eine gesteigerte Garantenstellung in den Bereichen Organisationsprivatisierung und funktionale Privatisierung aus den staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben des Demokratie- und Effektivitätsprinzips, des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG und in abgeschwächter Form im Falle materieller Privatisierung aus grundrechtlichen Erwägungen.⁷³⁹ Diese Garantenstellung könne sich auch zu einer „Handlungspflicht des Gewährleistens durch Zurückholen“⁷⁴⁰ verdichten. Aufgrund der nicht hinreichend bestimmten verfassungsrechtlichen Vorgaben handle es sich hierbei aber um eine Abwägungsentscheidung, die von verschiedenen Faktoren abhängt: So käme es auf den Grad und die Intensität des gesellschaftlichen Versagens, die Gemeinwohlrelevanz der Tätigkeit, die drohenden Gefahren sowie die Konfliktbewältigungsadäquanz anderer Instrumente des Gewährleistungsverwaltungsrechts an.⁷⁴¹

Nur am Rande behandelt Wollenschläger die für die vorliegende Thematik besonders relevante Frage einer Pflicht zu staatlicher Aufgabenwahrnehmung aus dem Sozialstaatsprinzip.⁷⁴² Den Staat trifft nämlich eine aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete Pflicht, das Vorhandensein von für den Bürger lebensnotwendigen Gütern wie etwa eine medizinische Grundversorgung, Elektrizität und Wasser, sicherzustellen.⁷⁴³ Die „richtungsweisende Kraft“ des Verfassungsprinzips beschränkt sich jedoch auf diese elementaren Güter.⁷⁴⁴ Zudem soll sich der Gehalt des Sozialstaatsprinzips auf das „Was“ beschränken und keine Aussagen zum „Wie“ enthalten.⁷⁴⁵ Von der Sicherstellungspflicht lässt sich mithin nicht auf eine Erfüllungspflicht schließen. Eine Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung sei nur dann aus dem Sozialstaatsprinzip ableitbar, wenn erstens die Versorgung mit elementaren Gütern betroffen ist, zweitens ein nationaler Notstand vorliege und drittens private Lösungsalternativen nicht verfügbar seien.⁷⁴⁶ Gegen eine starre Pflicht zu staatlicher

⁷³⁸ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 144; s. auch Dörr, VVDStRL 73 (2014), S. 353.

⁷³⁹ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 64 ff.

⁷⁴⁰ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 141.

⁷⁴¹ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 144 f.

⁷⁴² Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 93 f.

⁷⁴³ Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band IV, § 96 Rn. 34; Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 93 Fn. 446.

⁷⁴⁴ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 93 Fn. 446.

⁷⁴⁵ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 93.

⁷⁴⁶ Vgl. Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 93 Fn. 448; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band IV, § 96 Rn. 35 spricht von „anderenfalls unerträglichen Zuständen“.

Aufgabenwahrnehmung spricht zudem, dass das Sozialstaatsprinzip einem Finanzierungsvorbehalt unterliegt.⁷⁴⁷

Auch aus dem europäischen Unionsrecht lässt sich eine solche Handlungspflicht nicht ableiten. Die insofern in spezifischem Zusammenhang mit staatlicher Aufgabenwahrnehmung im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse stehenden Normen des Art. 14 AEUV und 106 Abs. 2 AEUV sind trägerneutral ausgestaltet und lassen sich weder zugunsten privater, noch zugunsten staatlicher Aufgabenträgerschaft interpretieren und formulieren mithin auch keine Rückholverpflichtung in staatliche Aufgabenträgerschaft.⁷⁴⁸

3. Primär- und verfassungsrechtliche Maßstäbe für Rekommunalisierung

Die Verfassung errichtet also weder starre Rekommunalisierungs- noch Privatisierungsschranken, sondern überantwortet die Entscheidung dem politischen Meinungskampf.⁷⁴⁹ Rekommunalisierung stellt sich danach als „Auswahlentscheidung über die angemessene Organisationsform“⁷⁵⁰ von (kommunaler) Verwaltung dar.

Auch wenn das Recht Rekommunalisierung nicht per se verbietet, so formuliert es doch Maßstäbe, anhand derer sich eine Rekommunalisierungsentscheidung messen lassen muss. Die Entscheidung für eine Leistungserbringung in Eigenregie erfolgt mithin nicht im rechtsfreien Raum,⁷⁵¹ sondern in den Grenzen pflichtgemäßer Ermessensausübung.⁷⁵² Der dabei bestehende Gestaltungsspielraum muss „zweckentsprechend, d.h. sachaufgabenbezogen, und unter Einhaltung etwaiger verfassungs- und einfachrechtlicher Vorgaben“ ausgefüllt werden.⁷⁵³ Insofern ergibt sich eine weitgehende Parallelität zwischen den Maßstäben von Privatisierung und Rekommunalisierung, was auf die gemeinsamen staatsorganisationsrechtlichen Grundlagen verweist.⁷⁵⁴ Das Verwaltungsorganisationsrecht erscheint danach als Steuerungsressource, weil die dort formulierten rechtlichen Anforderungen an die Organisation die Gemeinwohlverwirklichung sicherstellen.⁷⁵⁵

„Rückverstaatlichungshürden“⁷⁵⁶ ergeben sich dabei einerseits aus dem Unionsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten, Art. 106 Abs. 2 AEUV, dem Beihil-

⁷⁴⁷ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 94.

⁷⁴⁸ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 101 f.

⁷⁴⁹ Für die funktionale Privatisierung Bilanz ziehend *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 246.

⁷⁵⁰ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (460).

⁷⁵¹ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (463).

⁷⁵² *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (460).

⁷⁵³ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (460).

⁷⁵⁴ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (461).

⁷⁵⁵ *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (462 f.).

⁷⁵⁶ Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 59.

fenrecht, dem Kartellrecht und den das Primärrecht konkretisierenden sekundärrechtlichen Liberalisierungsvorschriften. Andererseits formulieren im nationalen Recht das kommunale Wirtschaftsrecht mit der sog. Schrankentrias, das Wirtschaftlichkeitsgebot und die Grundrechte rechtliche Maßstäbe an Rekommunalisierung.⁷⁵⁷ Als weiterer – und in seiner Dimension in den folgenden Kapiteln zu erschließender – Maßstab tritt zudem das Vergaberecht hinzu.

a) Primäres Unionsrecht als Maßstab für Rekommunalisierung

Während das Unionsrecht die Ebene des „Ob“, also die Entscheidung für oder wider Privatisierung und Rekommunalisierung unberührt lässt, entfaltet es seinen Anwendungsbereich auf der Ebene des „Wie“ umso weitreichender.

Als Maßstab für Rekommunalisierung kommen dafür zunächst die Grundfreiheiten in Betracht. Dafür kann zunächst die Monopolisierung einer Aufgabe an den Grundfreiheiten gemessen werden.⁷⁵⁸ Auf einer zweiten Ebene stellen die Grundfreiheiten Anforderungen an die Öffnung staatlicher Monopole.⁷⁵⁹

Erfolgt Rekommunalisierung unter Einbeziehung eines öffentlichen Unternehmens, bindet Art. 106 Abs. 1 AEUV die Mitgliedstaaten an die Wettbewerbsbestimmungen der Verträge. Ein Dispens vom Wettbewerbsrecht ist nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich.

Weiterhin kann das Beihilfenrecht als Maßstab für Rekommunalisierung entfaltet werden.⁷⁶⁰ So stellt das Beihilfenrecht im Verhältnis Kommune – kommunales Unternehmen ein wirksames Instrument zur Kontrolle von Wettbewerbsverzerrungen auf.⁷⁶¹ Es stellt sich etwa die Frage nach der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit der Gewährträgerhaftung für kommunale Unternehmen.⁷⁶²

Als weiterer primärrechtlicher Maßstab kann zudem das EU-Kartellrecht herangezogen werden, soweit mit der Rekommunalisierung der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung einhergeht (Art. 102 AEUV).⁷⁶³

⁷⁵⁷ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228).

⁷⁵⁸ *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 46; *Hertwig*, EuR 2011, 745 (753) bzgl. des Glücksspielmonopols.

⁷⁵⁹ *Hertwig*, EuR 2011, 745 (745 f.).

⁷⁶⁰ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228); näher *Wolfers/Voland*, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 42 ff.; allgemein als Maßstab für öffentliche Unternehmen *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 49 ff.

⁷⁶¹ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (228 Fn. 34).

⁷⁶² *Sodan*, LKV 2013, 433 (440); *Wolfers/Voland*, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 44.

⁷⁶³ *Brining*, VerwArch 100 (2009), 453 (461); näher *Wolfers/Voland*, in: Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, § 77 Rn. 49 ff.; allgemein als Maßstab für öffentliche Unternehmen *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 47 f.

b) Grundgesetzliche Anforderungen an Rekommunalisierung

Aus den Grundrechten lässt sich weder ein Verbot, noch ein Subsidiaritätsgebot staatlicher Wirtschaftstätigkeit ableiten. Die Grundrechte fungieren aber als Maßstab öffentlicher Wirtschaftstätigkeit und damit auch von Rekommunalisierung.

aa) Art. 12 Abs. 1 GG

Zentrale Bedeutung als verfassungsrechtlicher Maßstab für Rekommunalisierung kommt der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu.⁷⁶⁴ Art. 12 Abs. 1 GG schützt jedoch nicht per se vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Sie steht also materieller Rekommunalisierung nicht entgegen, bei der die Öffentliche Hand sich neben Privaten auf einem liberalisierten Markt betätigt. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nur davor, wenn private wirtschaftliche Betätigung durch staatliche Wirtschaftsteilnahme unzumutbar eingeschränkt, unmöglich gemacht oder gar monopolisiert wird.⁷⁶⁵ Dies gilt zuvorderst für die staatliche Vereinnahmung bislang von Privaten wahrgenommener Tätigkeiten.⁷⁶⁶ Jede Form staatlicher Monopolisierung muss den Anforderungen an eine objektive Zulassungsschranke genügen.⁷⁶⁷ Insofern ist materielle Rekommunalisierung, bei der die Öffentliche Hand Aufgabenerfüllung (wieder) in ihrer Hand monopolisiert, an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Dabei ist dem Gesetzgeber jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum bzgl. der Erforderlichkeit des Monopols zuzugestehen.⁷⁶⁸

Funktionale Rekommunalisierung setzt hingegen auf bereits bestehenden Monopolstrukturen auf, denn die vergebene Leistung ist bereits in öffentlicher Hand monopolisiert. Es wird jedoch kein privater Verwaltungshelfer in die Erbringung einbezogen wie im Falle funktionaler Privatisierung, sondern die Öffentliche Hand selbst. Die Monopolisierung geht also nicht mit der Rekommunalisierung einher,

⁷⁶⁴ *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1113).

⁷⁶⁵ *BVerwG*, Beschl. v. 21.3.1995, Az.: IB 211/94 = NJW 1995, 2938; indes reißt die Kritik an diesem Verständnis des Art. 12 Abs. 1 GG nicht ab; zur a.A. s. *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 12 Rn. 66 m. w. N.: aufgrund der Insolvenzversicherung der Öffentlichen Hand bedürfe es für Konkurrenz durch die Öffentliche Hand stets einer gesetzlichen Regelung; s. zur a. A. auch *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (444 f.); *Hertwig*, NZBau 2008, 355 (355); *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 160 ff.; differenzierend anhand der Eingriffsstärke *Wollenschläger*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 6 Rn. 64 ff., der auch eine Übertragung der in BVerfGE 116, 135 (266 f.) angedachten Grundsätze auf das Angebotsverhalten öffentlicher Unternehmen andenkst, aber letztlich ablehnt, s. a. a. O., Rn. 66 f.; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 511 ff.

⁷⁶⁶ *Mann*, in: *Sachs*, GG, Art. 12 Rn. 61.

⁷⁶⁷ *Mann*, in: *Sachs*, Art. 12 Rn. 61; *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 12, Rn. 131, Rn. 133 ausdrücklich auch für Verwaltungsmonopole; s. auch *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 500 ff.

⁷⁶⁸ *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 12, Rn. 133; zur Vereinbarkeit des ehemaligen Abfallmonopols des § 3 Abs. 2 AbfG mit Art. 12 Abs. 1 GG *Winkelmann*, UPR 1991, 169 (169 f.).

sondern ihr voraus. Die der Monopolisierung folgende Entscheidung zwischen funktionaler Privatisierung und Eigenerbringung wird im Falle zulässiger Monopole als nicht von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst angesehen. Vielmehr handelt es sich bei der Einbindung Privater als Verwaltungshelfer um eine „konstitutive Veranlassung“, die keine grundrechtlichen Freiheiten wiederherstellt.⁷⁶⁹ In anderen Worten: Mit der zulässigen Monopolisierung ist der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG erschöpft. Die anschließende Disposition der Öffentlichen Hand über den Modus der Leistungserbringung eröffnet den Schutzbereich nicht erneut.

In Fällen formeller Rekommunalisierung fehlt es schon an der Grundrechtsberechtigung der beteiligten Rechtsträger, sodass Art. 12 Abs. 1 GG hier keine Anwendung findet.

bb) Art. 14 und 15 GG

Als weiterer Maßstab für Rekommunalisierung fungiert Art. 14 GG, wenn mit der Rekommunalisierung Eingriffe in das Eigentum einhergehen. Enteignungen kommen aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wohl nur ultima ratio zu Zwecken der Rekommunalisierung in Betracht, weil grundsätzlich das mildere Mittel der eigenständigen Wirtschaftsteilnahme der Öffentlichen Hand und der Verschärfung des regulatorischen Rahmens offensteht.⁷⁷⁰

Einen weiteren Maßstab für Rekommunalisierung bildet Art. 15 GG, sofern der Gesetzgeber Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel sozialisieren will. An entsprechende Vorhaben sind hohe verfassungsrechtliche Hürden geknüpft, sodass der Norm in der Rechtspraxis nur ein geringer Anwendungsbereich zugemessen werden kann.⁷⁷¹

cc) Art. 3 Abs. 1 GG

Als grundrechtlicher Maßstab für Rekommunalisierung spielt schließlich der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG eine Rolle, soweit der öffentliche Aufgabenzugriff in vergleichsgruppenspezifischer Weise mit der Wirtschaftsteilnahme Privater in Konflikt gerät. Steuerliche und insolvenzrechtliche Begünstigungen öffentlicher Wirtschaftsteilnehmer sind etwa anhand dieses Maßstabs zu beurteilen.⁷⁷²

⁷⁶⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252.

⁷⁷⁰ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages: „Rekommunalisierung und Enteignung“, Az.: WD 3–3000–131/16, S 5 f.

⁷⁷¹ S. zur (Re)Kommunalisierung von Wohnungsbeständen mittels Sozialisierung von Grund und Boden in Berlin *Drohse*, Kritische Justiz 2020, 30; *Röhner*, Kritische Justiz 2020, 16; *Kloepfer*, NJW 2019, 1656; *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78; *Sodan/Ferlemann*, LKV 2019, 193.

⁷⁷² S. zur Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts als Problem der Gleichheit im Recht *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 387 ff. und zum Steuerrecht *ders.*,

dd) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Ein weiterer Maßstab für Rekommunalisierung ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Verfassungsrechtlich verbürgt wird das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip in Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG.⁷⁷³ Über den unmittelbaren Wortlaut hinaus wird dafür in einem Erst-Recht-Schluss von der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Kontrolle auf die verfassungsrechtliche Verbürgung auch des der Kontrolle zugrunde liegenden Verhaltensmaßstabs geschlossen.⁷⁷⁴

Neben den Landesverfassungen findet das Wirtschaftlichkeitsgebot zudem einfach-rechtlich Niederschlag in § 7 Abs. 1 S. 1 BHO sowie in den entsprechenden §§ 7 LHO der Bundesländer und in den Kommunalordnungen für die kommunale Ebene. Während § 7 BHO in die Prüfung auch die Möglichkeit von Aufgabenprivatisierungen einbezieht, reicht das verfassungsrechtlich abgeleitete Wirtschaftlichkeitsprinzip nur bis zur Grenze staatlicher Aufgaben.⁷⁷⁵ Insofern strukturiert der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz die Entscheidung zwischen Rekommunalisierung und funktionaler Privatisierung.⁷⁷⁶ Als Maßstab greift er insbesondere unterhalb der Schrankentrias, wenn keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt oder das Subsidiaritätsprinzip nicht greift.⁷⁷⁷ Wie stark der Grundsatz indes die Entscheidung tatsächlich beeinflussen kann, wird in Frage gezogen. So fehlt es dem Grundsatz an normativer Bestimmtheit und auch an der Möglichkeit seiner gerichtlichen Durchsetzung.⁷⁷⁸

a. a. O., S. 371 ff.; zum Verstoß des Gewerbesteuerprivilegs für Rettungsdienste und Krankentransporte gegen Art. 3 Abs. 1 GG *BFH*, Beschl. v. 18. 9. 2007, Az.: I R 30/06 = DStR 2008, 290; darüber hinaus spielt die Vereinbarkeit steuerrechtlicher Privilegien mit dem Unionsrecht eine entscheidende Rolle, s. dazu *Ismer/Meßerschmidt*, BayVBl. 2018, 400 (404 f.); *Ismer/Baur-Rückert*, MwStR 2016, 740 und zuletzt *BFH*, Beschl. v. 29. 1. 2020, Az.: I R 4/20 (I R 18/19); zur Ausweitung der Umsatzsteuerpflicht im Bereich juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch § 2b UStG und den Auswirkungen auf die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit *Schulz*, VergabeR 2018, 264.

⁷⁷³ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 143; hinzu tritt eine Gesamtschau weiterer Verfassungsbestimmungen wie etwa das Übermaßverbot, *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 240; zu Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG als verfassungsrechtlicher Verankerung des materiellen Wirtschaftlichkeitsprinzips auch *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 13; s. auch *Gröpl*, BHO, § 7 Rn. 15; weitere Herleitungsansätze bei *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 114 Rn. 14.1; kritisch hingegen *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 114 Rn. 111; offenlassend *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, Band 2, GG, Art. 114 Rn. 8.

⁷⁷⁴ *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 240.

⁷⁷⁵ *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 240 Fn. 63 sowie S. 242 f.

⁷⁷⁶ *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (229).

⁷⁷⁷ *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (229).

⁷⁷⁸ *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (229 f.); *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, Band 2, GG, Art. 114 Rn. 8.

ee) Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip

Weiterhin werden einzelnen Staatsstrukturprinzipien Bedeutung als Maßstab für Rekommunalisierung zugemessen. So müssen rekommunalisierte Einheiten den Anforderungen der rechtsstaatlichen Verantwortungsklarheit und der funktionsgerechten Organisationsstruktur genügen.⁷⁷⁹ In Hinblick auf das Demokratieprinzip muss Rekommunalisierung zudem dem Gebot demokratischer Kontrolle genügen, was eine Sicherstellung der „Verwirklichung des politischen Willens“ durch eine Aufsicht bei öffentlichen Einrichtungen und gesellschafts- und vertragsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten bei privatrechtsförmigen Unternehmen erfordert.⁷⁸⁰

ff) Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

Spezifisch für Kommunen ergeben sich weitere Anforderungen an Rekommunalisierungsbestrebungen aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.

Die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden wird sowohl in organisatorischer als auch materiell-rechtlicher Hinsicht Beschränkungen unterworfen, deren Zulässigkeit und Reichweite immer wieder Gegenstand von Kontroversen ist.⁷⁸¹ In den Kontroversen spiegeln sich auch die entgegengesetzten wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundannahmen zwischen wirtschaftspolitischer Neutralität und Subsidiaritätsgedanken.

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist sowohl Legitimationsgrundlage, als auch Schranke wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden.⁷⁸² Die Norm begrenzt kommunale Wirtschaftstätigkeit in kompetenzieller Hinsicht auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.⁷⁸³ Diese Begrenzung lässt sich in zwei Dimensionen entfalten.

In sachlicher Hinsicht fordert Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG eine Rückbindung der wirtschaftlichen Tätigkeit an die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe.⁷⁸⁴ In Betracht kommen dafür insbesondere Tätigkeiten in den mit dem Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge gekennzeichneten Bereichen kommunaler Aufgabenerfüllung, auch wenn es sich nicht zwingend um Aufgaben der Daseinsvorsorge handeln muss.⁷⁸⁵ Nicht mehr von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG erfasst sind allein erwerbswirtschaftliche, also auf Gewinnerzielung ausgerichtete Tätigkeiten, die ent-

⁷⁷⁹ Brining, VerwArch 100 (2009), 453 (463 f.).

⁷⁸⁰ Brining, VerwArch 100 (2009), 453 (463 f.); s. hierzu auch Katz, NVwZ 2018, 1091.

⁷⁸¹ Hellermann, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 48.6.

⁷⁸² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 39, 41; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 155 f.

⁷⁸³ Brining, VerwArch 100 (2009), 453 (461); stärkste Grenze nach Burgi, NdsVBl. 2015, 225 (229).

⁷⁸⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 41.

⁷⁸⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 41.

weder gar keinen Gemeinwohlzweck verfolgen oder nur mittelbar einen solchen Zweck fördern.⁷⁸⁶

Umstritten ist, ob Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die wirtschaftliche Betätigung auch in örtlicher Hinsicht im Falle eines Tätigwerdens außerhalb des Gemeindegebiets⁷⁸⁷ (sog. extraterritoriale kommunale Wirtschaftstätigkeit) begrenzt.⁷⁸⁸ Überzeugend ist dabei weder die Position, nach der Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sämtlichen Tätigkeiten außerhalb des Gemeindegebiets entgegen stehe, noch die Position, nach der Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG jegliche Gemeindegrenzen überschreitende Tätigkeiten zulasse.⁷⁸⁹ Der Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist aufgrund seiner Bezüglichkeit zu den in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnden Bedürfnissen und Interessen vielmehr zwar als örtlich radiziert anzusehen; zugleich lässt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG aber Ausstrahlungswirkungen dieser örtlich wahrgenommenen Aufgaben auf benachbarte Gebietskörperschaften zu, sodass es allein darauf ankommen kann, ob „die Wertschöpfung der kommunalen Leistungen auf dem Gemeindegebiet erfolgt bzw. auf die Gemeindebevölkerung und ihr Zusammenleben bezogen ist oder nicht.“⁷⁹⁰ Zugleich – gewissermaßen von außen – wird die extraterritoriale wirtschaftliche Betätigung über das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinden begrenzt, in das die wirtschaftlich tätige Gemeinde nicht ungerechtfertigt eingreifen darf.⁷⁹¹ Unberührt davon bleibt das Recht der Gemeinden zu überörtlicher Kooperation.⁷⁹²

Die Kommunalverfassungen enthalten nur teilweise Regelungen zur extraterritorialen kommunalwirtschaftlichen Betätigung.⁷⁹³ Dem Landesgesetzgeber wird dabei das Recht zur einfachgesetzlichen Zulassung extraterritorialer kommunalwirtschaftlicher Betätigung zugestanden, die sich dann jedoch außerhalb des Gewährleistungsbereichs des Art. 28 Abs. 2 GG bewegt.⁷⁹⁴ Für Länder ohne Regelung stellt sich die Frage ihrer Zulässigkeit allein auf verfassungsrechtlicher Ebene.

⁷⁸⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 41.

⁷⁸⁷ Ggf. sogar im Ausland, dazu Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 215.

⁷⁸⁸ Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 215; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 55.

⁷⁸⁹ Vgl. m. w. N. zu den vertretenen Positionen Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 55; Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 215 f.

⁷⁹⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 57; in diese Richtung auch Heintzen, NVwZ 2000, 743 (744); Brüning, NVwZ 2015, 689 (693 f.); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 212 f.; für eine nicht zu enge Auslegung sprechen auch grundfreiheitliche Wertungen, s. dazu Krausnick, VerwArch 102 (2011), 359 (361 ff.).

⁷⁹¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 58; so selbst auch Aust, Globale Stadt, S. 217.

⁷⁹² Heintzen, NVwZ 2000, 743 (745).

⁷⁹³ S. im Einzelnen dazu Lange, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 93.

⁷⁹⁴ Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 216; Brüning, NVwZ 2015, 689 (694); Heintzen, NVwZ 2000, 743 (744).

4. Einfach-rechtliche Maßstäbe für Rekommunalisierung

Maßstäbe für Rekommunalisierung ergeben sich darüber hinaus aus dem einfachen Recht.

a) Fachrechtliche Regelungen

Anforderungen an Rekommunalisierung können sich zunächst aus dem jeweiligen Fachrecht ergeben. So kann eine Überlassungspflicht an öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Bereich der Abfallentsorgung nur unter den in § 17 KrWG genannten Voraussetzungen begründet werden. Eine materielle Rekommunalisierung auch der Wertstoffsammlung wäre mithin unzulässig.

b) Haushaltsrecht

Einen einfach-rechtlichen Maßstab bilden auch die Haushaltsrechte von Bund, Ländern und Kommunen.⁷⁹⁵ Anders als für die Gründung oder die Beteiligung an Unternehmen in den Rechtsformen des Privatrechts (§ 65 Abs. 1 BHO/LHO) enthalten die Haushaltsrechte jedoch keine spezifischen Regelungen für öffentlich-rechtliche Organisationsformen. Insofern greift nur § 7 Abs. 1 S. 2 BHO als Ausprägung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach § 7 Abs. 1 S. 1 BHO, wonach eine Prüfung daraufhin erfolgen muss, „inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.“ Daraus wird auch für die Rekommunalisierung die Pflicht abgeleitet, die Entscheidung mit der Alternative der Privatisierung abzuwägen und zu beurteilen, ob es sich bei der Eigenerstellung um die wirtschaftlichere Alternative handelt.⁷⁹⁶

c) Rekommunalisierungsschranken aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht

Teilweise in Ausgestaltung der Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, teilweise darüberhinausgehend enthalten auch die Kommunalverfassungen bzw. Gemeindeordnungen der Länder Begrenzungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit.

Mit der sog. Schrankentrias findet sich eine in den Kommunalverfassungsgesetzen/Gemeindeordnungen einfach-gesetzlich angeordnete Rekommunalisierungsschranke. Kommunale Wirtschaftstätigkeit ist danach grundsätzlich nur dann zulässig, wenn ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, Leistungsfähigkeit der Ge-

⁷⁹⁵ Brüning, VerwArch 100 (2009), 453 (461).

⁷⁹⁶ Brüning, VerwArch 100 (2009), 453 (468 f.); näher zu den für die Ermittlung relevanten Kriterien a. a. O., S. 470.

meinde vorliegt (Relationsklausel) und Private die Leistung nicht besser erbringen können (Subsidiaritätsklausel).⁷⁹⁷

aa) Wirtschaftliche Tätigkeit

Die kommunale Schrankentrias greift nur für wirtschaftliche Tätigkeiten. Nach den Vorstellungen des Gemeindegewirtschaftsrechts verfolgen die öffentlichen Anbieter von Daseinsvorsorgeleistungen jedoch bis heute keine wirtschaftliche Tätigkeit. Insofern verschließt sich das Gemeindegewirtschaftsrecht den unionsrechtlichen Entwicklungen.⁷⁹⁸ Zwar liegt dem Gemeindegewirtschaftsrecht bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer Betätigung das sog. Popitz-Kriterium zugrunde, wonach wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde solche Einrichtungen sind, „die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können“⁷⁹⁹. Insofern ähnelt das Kriterium dem Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts, sodass eine Erfassung von Daseinsvorsorgeleistungen durchaus in Betracht kommt.⁸⁰⁰ Es finden sich jedoch gesetzliche Ausschlüsse im Gemeindegewirtschaftsrecht für sog. Hoheitsbetriebe.⁸⁰¹ Danach erfüllen öffentliche Unternehmen keine wirtschaftliche Tätigkeit, wenn es 1. eine gesetzliche Verpflichtung zur Leistungserbringung im Falle kommunaler Pflichtaufgaben gibt,⁸⁰² 2. Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrgenommen werden⁸⁰³ oder 3. sich die Aufgaben des kommunalen Unternehmens auf die Deckung des Eigenbedarfs in Form sog. Hilfsbetriebe beschränkt⁸⁰⁴. Nach kommunalrechtlichem Verständnis handelt es sich bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen also um keine Tätigkeit, die auf einem Markt angeboten wird. Einer Rekommunalisierung in diesem Bereich steht also die Schrankentrias schon aus diesem Grunde nicht entgegen.

⁷⁹⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 44 ff.

⁷⁹⁸ Scholz, in: Festschrift für Hopt, S. 2922.

⁷⁹⁹ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 14.

⁸⁰⁰ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 24; Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 213; Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 1; m. w. N. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 385.

⁸⁰¹ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 32; vgl. auch Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, § 1 Rn. 4; dabei variieren die Regelungen je nach Gemeindeordnung stark, Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 39.

⁸⁰² Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 28 und 39.

⁸⁰³ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 29 f. und 40 ff.; indes ist bei der Bestimmung der so geschützten Bereiche nicht immer eine klare Abgrenzung erkennbar; von „Ergebnissen, die nur aus der Tradition zu erklären sind“ spricht Brünig, NVwZ 2015, 689 (690).

⁸⁰⁴ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 31 und 57.

bb) Öffentlicher Zweck

Nach den Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der Länder erfordert die kommunalwirtschaftliche Betätigung weiterhin die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks. Erforderlich ist dafür, dass mit der Tätigkeit Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Darunter fallen alle über rein fiskalische Interessen hinausgehenden Belange wie die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder auch die Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse.⁸⁰⁵ Auch die Versorgung der kommunalen Bevölkerung mit Strom, Gas, Wasser, Nahverkehr und Abfallentsorgung kann hierunter gefasst werden.⁸⁰⁶ Allein rein erwerbswirtschaftliche, also auf Gewinnerzielung gerichtete Interessen stellen keinen legitimen öffentlichen Zweck dar.⁸⁰⁷ Zulässig ist aber „die annexweise Wahrnehmung sonst brachliegenden Wirtschaftspotentials“⁸⁰⁸.

Insofern entspricht das Erfordernis dem verfassungsrechtlichen Erfordernis einer öffentlichen Zweckbindung und genießt damit Verfassungsrang.⁸⁰⁹ Ein Verzicht auf das Erfordernis im Kommunalrecht wäre mithin unzulässig.⁸¹⁰ Insbesondere in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung unterstellen einzelne Gemeindeordnungen jedoch das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks, so in § 107a GO NRW, § 68 Abs. 2 S. 3 KV M-V, § 94a Abs. 5 SächsGemO, § 128 Abs. 2 KVG LSA und § 101a Abs. 1 GO SH.⁸¹¹ Zweifelhaft könnte daher sein, ob diese Regelungen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig sind. Dies ist dann zu bejahen, wenn nur das Begründungserfordernis aufgehoben wird, tatsächlich aber ein öffentlicher Zweck vorliegt.⁸¹² Dann handelt es sich um keine Fiktion, sondern um eine Vermutungsregelung.⁸¹³ So liegt es in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung. Die Feststellung legitimiert sich aufgrund der „unbestreitbaren Gemeinwohlrelevanz der Energieversorgung“⁸¹⁴. Im Bereich der Energieversorgung verfolgen die Kommunen zwar auch fiskalische Interessen; zugleich nehmen die

⁸⁰⁵ Ehlers, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 39.

⁸⁰⁶ Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 118.

⁸⁰⁷ Dietl, DÖV 2018, 407 (408); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 207 f.; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 120 f.

⁸⁰⁸ Ehlers, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 39.

⁸⁰⁹ Ehlers, in: Scherzberg/Can/Dogan, S. 39; Brüning, NVwZ 2015, 689 (690 f.).

⁸¹⁰ Dietl, DÖV 2018, 407 (409); so auch Brüning, NVwZ 2015, 689 (691).

⁸¹¹ Zu den Lockerungen *Burgi*, in: Kment, Energiewirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, S. 11. Der öffentliche Zweck wird in Sachsen-Anhalt (§ 128 Abs. 2 KVG LSA) zusätzlich zu den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung auch bei wirtschaftlicher Betätigung in den Bereichen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, der Abfallentsorgung, der Wohnungswirtschaft und dem öffentlichen Verkehr vermutet.

⁸¹² So Dietl, DÖV 2018, 407 (409).

⁸¹³ Von Fiktion spricht indes Dietl, DÖV 2018, 407 (409); terminologisch genauer daher *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (229).

⁸¹⁴ *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (229).

Kommunen mit der Energieversorgung aber eine originär kommunale Aufgabe der Daseinsvorsorge wahr, sodass regelmäßig ein öffentlicher Zweck vorliegt.⁸¹⁵

cc) Relationsklausel: Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit
und zum voraussichtlichen Bedarf

Nach der sog. Relationsklausel muss die Wirtschaftstätigkeit in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen. Ihr wird nur geringe Begrenzungskraft attestiert.⁸¹⁶

dd) Subsidiaritätsklausel

Mit der Subsidiaritätsklausel wird schließlich überprüft, ob einer Leistungserbringung durch Private Vorrang zu geben ist. Die Klausel soll eine sachlich nicht gerechtfertigte Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit zuungunsten der Steuerzahler, aber auch der Privatwirtschaft verhindern.⁸¹⁷ Die Subsidiaritätsklausel betrifft damit unmittelbar die eingangs aufgeworfene Spannungslage zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Leistungserbringung. Entsprechend umstritten sind ihr genauer Prüfungsmaßstab und sachlicher Anwendungsbereich.

Der Maßstab der Prüfung divergiert je nachdem, ob die Gemeindeordnungen eine einfache oder verschärfte Subsidiaritätsklausel vorsehen. Nach der einfachen Subsidiaritätsklausel erfordert kommunale Wirtschaftstätigkeit, dass der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen Privaten erfüllt werden kann. Für eine kommunale Tätigkeit genügt mithin schon, dass Leistungsparität zwischen kommunalem und privatem Anbieter besteht.⁸¹⁸ Sie wird daher auch als Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes qualifiziert.⁸¹⁹ Nach der verschärften (auch: echten) Subsidiaritätsklausel erfordert kommunale Wirtschaftstätigkeit hingegen, dass der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann.⁸²⁰ Die Gemeinde muss die Leistung folglich besser erbringen können; Leistungsparität reicht nicht.

Die Vereinbarkeit verschärfter, echter Subsidiaritätsklauseln mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist nicht unbestritten.⁸²¹ Auch sehen mehrere Gemeindeordnungen Be-

⁸¹⁵ So *Dietl*, DÖV 2018, 407 (409) und *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (229).

⁸¹⁶ *Brüning*, NVwZ 2015, 689 (692).

⁸¹⁷ *Dietl*, DÖV 2018, 407 (410).

⁸¹⁸ *Dietl*, DÖV 2018, 407 (410); s. zu den Normen im Einzelnen die Aufzählung bei *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 108.

⁸¹⁹ *Dietl*, DÖV 2018, 407 (410).

⁸²⁰ S. zu den Normen im Einzelnen die Aufzählung bei *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 109.

⁸²¹ *Kritisch Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 48.6; s. auch näher *ders.*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 217 ff.

reichsausnahmen vor, die von der Subsidiaritätsklausel dispensieren: Brandenburg hat mit dem Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge⁸²² die Kommunalverfassung zulasten des Subsidiaritätsprinzips geändert, indem „durch zu begründenden Ratsbeschluss der öffentliche Zweck einer wirtschaftlichen Betätigung angenommen werden kann und dadurch die Subsidiaritätsklausel nicht zu beachten ist.“⁸²³ § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO und § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW nehmen den gesamten Bereich der Daseinsvorsorge von der Subsidiaritätsklausel aus. Bereichsspezifisch werden zudem Ausnahmen insbesondere im Bereich der Energieversorgung durch die Kommunalordnungen zugelassen.⁸²⁴ Darüber hinaus wird in Niedersachsen (§ 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NKomVG) und Nordrhein-Westfalen (§ 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW) auch in den Bereichen ÖPNV sowie dem Betrieb von Telekommunikationsnetzen und Telefondienstleistungen bereichsspezifisch auf die Subsidiaritätsklausel verzichtet.⁸²⁵ Diese Gestaltungen sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil es gerade kein verfassungsrechtlich ableitbares Subsidiaritätsprinzip gibt.⁸²⁶

5. Vergaberechtliche Strukturierung von Rekommunalisierung

Die Bedeutung des Vergaberechts für die Rekommunalisierung wird mitunter für klein erachtet,⁸²⁷ teilweise wird Rekommunalisierung gar für vergaberechtsfrei angesehen.⁸²⁸ Indes stellt der Terminus der Rekommunalisierung keine Blankettfreistellung vom Vergaberecht dar. Die Rückholung ist ebenso wie die Privatisierung daraufhin zu untersuchen, ob mit ihr ein vergabepflichtiger Auftrag bzw. eine vergabepflichtige Konzession vergeben wird.⁸²⁹ Insofern erfährt Rekommunalisierung keine „vergaberechtliche Sonderbehandlung“⁸³⁰. Als Organisationsakt ist Rekommunalisierung zwar zunächst einmal vergaberechtsfrei. Die damit einhergehende Rückverlagerung von Aufgabenwahrnehmung kann sich indes als vergaberechtlich

⁸²² Gesetz v. 9.1.2012, GVBl. 2012, 1.

⁸²³ Dazu *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (228).

⁸²⁴ S. im Einzelnen *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 113.

⁸²⁵ *Burgi*, NdsVBl. 2015, 225 (228).

⁸²⁶ *Brüning*, NVwZ 2015, 689 (693) und bereits in diesem Kapitel, S. 150 ff.

⁸²⁷ *Burgi*, NdsVBl. 2012, 255 (230) spricht davon, dass „weite Teile der Rekommunalisierung (...) außerhalb des Vergaberechts“ erfolgen.

⁸²⁸ *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, *GWB*, § 108 Rn. 1; *Wegener/Pünder*, in: *Pünder/Schellenberg*, *GWB*, § 103 Rn. 32; das Vergaberecht als Komplementär zu den Erscheinungsformen staatlicher Eigenleistung behandelt *Fuchs*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 15 Rn. 6; vgl. auch *Frenz*, *Vergaberecht EU und National*, Rn. 370.

⁸²⁹ *Frenz*, *Vergaberecht EU und National*, Rn. 371; *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 (230); s. auch *Ziekow/Siegel*, *VerwArch* 96 (2005), 119 (127).

⁸³⁰ *Säcker/Wolf*, in: *Säcker*, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: *Vergaberecht I*, *GWB*, § 108 Rn. 91.

relevante Beschaffung darstellen.⁸³¹ Ein genauer Blick auf das Kartellvergaberecht zeigt etwa, dass der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand zwar immer dann vergaberechtlich privilegiert wird, wenn eine Rekommunalisierung in der Weise erfolgt, dass eine Aufgabe wieder gänzlich ohne Inanspruchnahme Dritter erfolgt.⁸³² Indes kann dabei schnell aus dem Auge verloren werden, dass verwaltungsträger-interne Organisationsformen aus strukturellen Gründen rückläufig sind.⁸³³ Auch unterfällt nicht jede Rekommunalisierung der Inhouse- und Instate-Ausnahme, insbesondere im Falle von Fremdvergaben an die Öffentliche Hand.⁸³⁴ Das Vergaberegime des § 46 EnWG schließlich gibt die tatbestandliche Privilegierung von Inhouse- und Instate-Vergaben gänzlich auf, sodass es angezeigt scheint, die vergaberechtliche Relevanz von Rekommunalisierung einer umfassenden rechtswissenschaftlichen Untersuchung zuzuführen. Dafür werden die Tatbestände des öffentlichen Zugriffs auf Aufgaben der Daseinsvorsorge in den folgenden Kapiteln auf ihre vergaberechtliche Relevanz untersucht.

E. Ergebnisse

Die vorstehenden Ausführungen haben die Entwicklung des Vergaberechts von einem Rechtsregime fiskalischer Hilfsgeschäfte zu einem Liberalisierungsinstrument in der Daseinsvorsorge aufgezeigt. Ausgehend von haushaltsrechtlichen Vorschriften für die staatliche Bedarfsdeckung am Markt entstand im Zuge des europäischen Binnenmarktpjekts ein wettbewerblich geprägtes Vergaberegime. Komplettiert wird die rechtliche Strukturierung marktlicher Beschaffung der Öffentlichen Hand durch die Wertungen des Haushaltsvergaberechts, des europäischen Primärvergaberechts, des Verfassungsvergaberechts sowie des Völkervergaberechts.

Im Zuge der Ausdifferenzierung dieser vergaberechtlichen Anwendungsbereiche haben sie sich über die wettbewerbliche Strukturierung fiskalischer Hilfsgeschäfte in den Bereich der Primäraufgabenerfüllung in der Daseinsvorsorge ausgedehnt. Als rechtstatsächlicher Sammelbegriff umfasst das Schlagwort der Daseinsvorsorge insbesondere die in der Arbeit referenzierten Bereiche der kommunalen Abfallentsorgung, Energieversorgung, der Bereitstellung von Leistungen im ÖPNV sowie der Wasserver- und Abwasserentsorgung. Die Öffnung dieser Sektoren für vergaberechtliche Ausschreibungspflichten hat es ermöglicht, ehemals in öffentlicher Hand monopolisierte Leistungen wettbewerblichen Strukturen zuzuführen. Neben dem Kartellvergaberecht spielte dabei auch die bereichsspezifische Liberalisierung

⁸³¹ Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 95; Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB, § 103 Rn. 61 sprechen von einer „eingekapselten Beschaffung“.

⁸³² Reider, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 24.

⁸³³ S. dazu noch Kapitel 5, S. 254 f.

⁸³⁴ S. etwa *OLG Naumburg*, Beschl. v. 3. 11. 2005, Az.: 1 Verg 9/05 = NZBau 2006, 58.

einzelner Sektoren eine tragende Rolle, so im ÖPNV mit der VO (EG) 1370/2007 und in der Energieversorgung mit § 46 EnWG.

Vergaberechtlich strukturiert wird dabei zunächst der Vorgang der Privatisierung. Das Vergaberecht wird heute insofern als Privatisierungsfolgenrecht entfaltet. Wesentliche Bedeutung kommt dem Vergaberecht bei der Einbindung Privater in die öffentliche Aufgabenerfüllung im Wege funktionaler Privatisierung zu. Darüber hinaus entfaltet das Vergaberecht aber auch Bindungen für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand selbst, zunächst im Wege der formellen Privatisierung, die nur unter besonderen Voraussetzungen von vergabewettbewerblichen Bindungen freigestellt wird.

Mit dem zuletzt intensiv diskutierten „Trend“ zur Rekommunalisierung stellt sich jedoch die Frage einer vergaberechtlichen Bindung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge noch weitergehend. Im Sinne einer „Renaissance des starken Staates“ kennzeichnet der Begriff der Rekommunalisierung die Rückkehr zu Formen der Leistungserbringung durch die Öffentliche Hand. Während die Frage nach dem „Ob“ einer Rekommunalisierung in Hinblick auf die Trägerneutralität des europäischen Primärrechts und die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes als offen bezeichnet werden muss, entfaltet sich für das „Wie“ der Rekommunalisierung ein differenzierter Rechtsrahmen aus unions-, verfassungs- und einfach-rechtlichen Wertungen. Inwieweit auch die aufgezeigten Vergaberegime den öffentlichen Aufgabenzugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge strukturieren, ist Gegenstand der nun folgenden Kapitel.

2. Teil

Primär-, Verfassungs- und Völkervergaberecht als Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand

Der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge wird nicht nur durch das im 3. Teil der Arbeit näher untersuchte einfache Recht vergaberechtlich strukturiert. Auch dem primären Unionsrecht, dem deutschen Verfassungsrecht und dem Völkerrecht lassen sich vergaberechtstypische Wertungen entnehmen, die unter den Schlagworten Primärvergaberecht, Verfassungsvergaberecht und Völkervergaberecht firmieren und in Hinblick auf die Relevanz für den öffentlichen Aufgabenzugriff näherer Untersuchung bedürfen.

3. Kapitel

Der primär- und verfassungsrechtliche Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand

Dem Primär- und Verfassungsvergaberecht kommen verschiedene Funktionen zu. Zunächst schließen sie dort Lücken, wo eine einfach-rechtliche Strukturierung des öffentlichen Beschaffungsverhaltens nicht erfolgt ist.¹ Das Primärvergaberecht wird insofern als „Auffangnetz“² oder auch „Vergaberecht light“³ qualifiziert. Das Verfassungsvergaberecht wurde in dieser Hinsicht hingegen bisher kaum entfaltet.

Weiterhin dienen sie innerhalb des Anwendungsbereichs des einfachen Rechts als Auslegungsmaßstab (sog. primärrechts- und verfassungskonforme Auslegung).⁴

¹ Für das Primärrecht: *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21; *Kühling/Huerkamp*, in: Säger, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 36.

² *Kühling/Huerkamp*, in: Säger, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 36.

³ *Burgi*, NVwZ 2007, 737 (742); kritisch zu dieser Begriffsbildung *Kühling/Huerkamp*, in: Säger, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 36.

⁴ *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 21; *Kühling/Huerkamp*, in: Säger, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 35; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 12; s. einschränkend *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 169, der dem Unionssekundärrecht aufgrund der Ausgestal-

In seiner Grenzfunktion kann das Primärrecht schließlich die Unwirksamkeit eines gegen primärrechtliche Wertungen verstoßenden Sekundärrechtsakts herbeiführen.⁵ Gleiches gilt für verfassungswidrige Gesetze.⁶ Näherer Untersuchung bedarf die Grenzfunktion des Primär- und Verfassungsrechts für einfach-rechtliche Möglichkeiten, die Öffentliche Hand beim Aufgabenzugriff auf Daseinsvorsorgeleistungen zu privilegieren. Sodann ist die Grenzfunktion in Hinblick auf eine überbordende wettbewerbliche Strukturierung des Aufgabenzugriffs zu untersuchen.

A. Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge durch das Primär- und Verfassungsvergaberecht

Außerhalb des Anwendungsbereichs des einfach-rechtlichen Vergaberechts⁷ erfolgt öffentliche Beschaffung nicht im vergaberechtsfreien Raum, sondern wird von primär- und verfassungsrechtlichen Vorgaben strukturiert. Indes ist dies weit weniger der Fall als in den einfach-rechtlichen Bereichen des Vergaberechts. Zudem beruhen die Geltung beanspruchenden Grundsätze auf Richterrecht und unterliegen damit einer besonderen Dynamik. So beruht das europäische Primärvergaberecht im Wesentlichen auf Rechtsprechung des EuGH. Dabei misst der EuGH den primärvergaberechtlichen Wertungen subjektiv-rechtliche Qualität zu. Über die Gewährung von Bieterrechten erfolgt so eine primärrechtlich veranlasste Öffnung der mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte.⁸ Das deutsche Verfassungsvergaberecht ist auf Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten zurückzuführen, bietet Konkurrenten aber keine dem Primärvergaberecht vergleichbaren Rechtsschutzmöglichkeiten.

Ob diese Rechtsregime auch für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge Regelungswirkungen entfalten, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

tungsbefugnis des Sekundärrechtsgebers eine gewisse Sperrwirkung gegenüber den Grundfreiheiten zumisst.

⁵ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 35; *Siegel*, EWS 2008, 66 (66 f.); *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 31.

⁶ Zum Vorrang der Verfassung s. nur *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (12); zur Rolle des BVerfG bei der Sicherung *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (103 f.).

⁷ Zu diesem Anwendungsbereich eingehend der 3. Teil der Arbeit, S. 228 ff.

⁸ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 18.

I. Primärvergaberecht

Das Primärvergaberecht wurde vom EuGH im Wesentlichen in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entwickelt. Ergänzend der Betrachtung bedürfen das Beihilfenrecht sowie das zuletzt verstärkt in den Fokus des vergabewirtschaftlichen Interesses gerückte europäische Wettbewerbsrecht.

Ob vom Sekundärvergaberecht ausgenommene Bereiche überhaupt Gegenstand primärrechtlicher Wertungen sein können, ist nicht unbestritten geblieben. Während planwidrige Regelungslücken einer Auffüllung zugänglich sind, beruhen Bereichsausnahmen nämlich auf dem bewussten Entschluss des europäischen Gesetzgebers.⁹ Teilweise wurde daher bezweifelt, dass dem EuGH noch die Kompetenz zustehe, in diesen bewussten Lücken regelnd einzugreifen.¹⁰ Der Vorrang des Primärrechts spricht jedoch gegen die Möglichkeit, dessen Anwendungsbereich mittels Sekundärrechtsakten zu beschränken.¹¹ Entsprechend hat sich die Debatte weg von einem vollständigen Ausschluss primärvergaberechtlicher Wertungen hin zu der Frage verlagert, wie weitreichend das Primärvergaberecht in die ausgenommenen Bereiche hineinwirken dürfe.¹² Nur, wenn dem Primärvergaberecht gegenüber dem Sekundärvergaberecht ein weiterreichender Anwendungsbereich zukommt, ist auf diese Frage nochmals einzugehen.

1. Grundfreiheiten

Zentrale Bedeutung im Primärvergaberecht kommt den Grundfreiheiten zu. So hat der EuGH aus den Grundfreiheiten für Beschaffungen der Öffentlichen Hand einen konkreten Rechtsrahmen abgeleitet.¹³ Dieser Rechtsrahmen beansprucht Geltung sowohl für Auftrags- wie für Konzessionsvergaben.¹⁴

⁹ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 39.

¹⁰ Eine analoge Anwendung der sekundärvergaberechtlichen Ausnahmen im Primärrecht befürwortet etwa *Heiß*, *VerwArch* 103 (2012), 421 (454 f.).

¹¹ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 101.

¹² *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 39.

¹³ *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 41; dieser reicht sogar über den Bereich der Beschaffung hinaus, vgl. *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 6.

¹⁴ Für Konzessionen *Siegel*, *NZBau* 2019, 353 (354).

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Grundfreiheiten binden zuvorderst die Mitgliedstaaten.¹⁵ Erfasst werden sämtliche Stellen der Mitgliedstaaten und die sie untergliedernden Körperschaften.¹⁶ Dazu zählt auch die mittelbare Staatsverwaltung.¹⁷ Die Bindung wird über Art. 106 AEUV zudem auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden, erstreckt.¹⁸ Im Ergebnis wird daher eine Identität von Auftraggeberbegriff in den Vergaberichtlinien und im Primärvergaberecht angenommen.¹⁹

Auch auf Unternehmensseite gleicht der Anwendungsbereich dem des Kartellvergaberechts, sodass auch Einheiten der Öffentlichen Hand befugt sind, sich auf die Grundfreiheiten zu berufen.²⁰ Zudem erfolgt im vergaberechtlichen Kontext über den typischen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten hinaus eine Ausdehnung auch auf inländische Bieter und Interessenten.²¹

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Mitgliedstaatliche Beschaffungen berühren typischerweise die Schutzbereiche der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit.²² Zentrale Bedeutung kommt im Bereich des Vergaberechts der Dienstleistungsfreiheit zu, da Gegenstand von Vergaben häufig die Nachfrage von Diensten i.S.v. selbstständigen, entgeltlichen Leistungen ist.²³ Sollte es um die Lieferung von Waren gehen, wäre indes die Warenverkehrsfreiheit berührt.²⁴ Auch die Niederlassungsfreiheit entfaltet für den mitgliedstaatlichen Einkauf Bindungswirkungen.²⁵

¹⁵ Um die für die vorliegende Untersuchung nicht zu vertiefende Frage einer Bindung auch der Europäischen Union selbst an die Grundfreiheiten herrscht hingegen Streit, vgl. *Ehlers*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 13 f. sowie insb. Rn. 53; ablehnend *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV, Art. 36 Rn. 109 f.

¹⁶ *Kühling/Huerkamp*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 56.

¹⁷ *Kühling/Huerkamp*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 56 m. w. N. aus der Lit.

¹⁸ *Bungenberg*, in: *Müller-Graff*, § 16 Rn. 25.

¹⁹ *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 27; von „weitgehender Parallelität“ spricht *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 177.

²⁰ *S. Ehlers*, in: *ders.*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 46; *Krausnick*, *VerwArch* 102 (2011), 359 (363 f.); *Bungenberg*, in: *Müller-Graff*, § 16 Rn. 42; *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 263, 300 f.

²¹ *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 178; *Gabriel/Voll*, *NZBau* 2014, 155 (156 ff.).

²² *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 22 f.

²³ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 9 ff. und 39.

²⁴ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 15.

²⁵ *Frenz*, Vergaberecht EU und National, Rn. 13 f.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot tritt hingegen gegenüber den Grundfreiheiten als subsidiär zurück.²⁶

Die Grundfreiheiten werden im Falle staatlicher Beschaffung jedoch nicht in ihrer klassischen Funktion als Prüfstein für mitgliedstaatliche Marktregulierung zur Anwendung gebracht; vielmehr geht es um die Marktteilnahme der Öffentlichen Hand i. S. e. Einkaufs bei am Markt tätigen Bietern.²⁷ Auch diese Form der Marktteilnahme lässt sich indes unproblematisch vom weiten Wortlaut der Grundfreiheiten erfassen.²⁸ Die Legitimation einer Bindung des staatlichen Einkaufs an die Marktfreiheiten fließt dabei aus dem besonderen Status der am Markt teilnehmenden Öffentlichen Hand. Die ihr zukommenden und sie gegenüber privater Marktteilnahme privilegierenden Vorrechte machen eine Kontrolle zugunsten des Binnenmarktziels des Art. 26 Abs. 1 AEUV erforderlich.²⁹

Dabei spielt es für das Primärvergaberecht keine Rolle, in welcher Form die Beschaffung erfolgt. Anders als im Kartellvergaberecht hat der EuGH anerkannt, dass das Primärvergaberecht auch dann Anwendung findet, wenn die Beschaffung nicht vertraglich erfolgt.³⁰ Eine Bindung staatlicher Beschaffung an die Grundfreiheiten erfolgt jedoch nur, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.³¹ Ausschließlich für den europäischen Binnenmarkt relevante Beschaffungen werden danach an die primärvergaberechtlichen Grundsätze gebunden.³² Dem Binnenmarktbezug kommt dabei zentrale Bedeutung für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Primärvergaberechts zu. Während das Überschreiten der kartellvergaberechtlichen Schwellenwerte das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts indiziert, muss im darunter liegenden Bereich eine genaue Prüfung des Merkmals durch die mitgliedstaatlichen Vergabegerichte erfolgen.³³ Ein vollständiger Ausschluss primärvergaberechtlicher Wertungen im Unterschwellenbereich wird hingegen überwiegend abgelehnt.³⁴ Erforderlich für eine Anwendung grundfreiheitlicher Wertungen im Unterschwellenbereich ist seit der Rs. An Post der Beweis eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses, was den Nachweis eines tatsächlichen Interesses eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen

²⁶ Frenz, Vergaberecht EU und National, Rn. 21 und 67.

²⁷ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 13.

²⁸ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 13.

²⁹ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 14 f.

³⁰ EuGH, Urt. v. 13. 10. 2005, Az.: C-458/03 Rn. 60 („Parking Brixen“) = NZBau 2005, 64.

³¹ Burgi, Vergaberecht, § 3 Rn. 24 spricht von „grenzüberschreitender Wirkung“.

³² Siegel, VerwArch 107 (2016), 3 (5).

³³ Burgi, Vergaberecht, § 3 Rn. 24; zur Entwicklung in der Rspr. Siegel, VerwArch 107 (2016), 3 (5 f.).

³⁴ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 42 m. w. N. zur a. A.

Unternehmens an dem Beschaffungsvorgang erfordert, wobei als objektive Kriterien das Volumen der Beschaffung und der Leistungsort herangezogen werden können.³⁵ Weiterhin können auch technische Merkmale des Auftrags eine Rolle spielen.³⁶ Den mitgliedstaatlichen Gerichten kommt bei der Beurteilung ein Spielraum zu.³⁷ Dabei sollte dem Kriterium auch die Bedeutung zugemessen werden, die es hat: Das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs ist auch Ausgestaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung der Europäischen Union (Art. 5 Abs. 1, 2 EUV). Das Erfordernis i. S. e. Bagatellklausel auszulegen und nationales Recht stets im Lichte der Grundfreiheiten auszulegen,³⁸ stünde zu dieser tragenden Säule des Unionsrechts im krassen Widerspruch. Vielmehr bedarf es einer detaillierten Auseinandersetzung mit dieser Frage im Einzelfall.³⁹

Beeinträchtigt werden die Grundfreiheiten zunächst, wenn ein Fall einer Ungleichbehandlung vorliegt.⁴⁰ Insofern bedürfen sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit einer Rechtfertigung.⁴¹ Darüber hinaus hat der EuGH die Grundfreiheiten zudem als Beschränkungsverbote entfaltet, die bereits dann eine Rechtfertigung erforderlich machen, wenn an sich unterschiedslos wirkende Maßnahmen den Marktzugang beeinträchtigen können.⁴²

c) Ausnahmen

Nicht jede öffentliche Beschaffung mit grenzüberschreitendem Bezug wird von den Grundfreiheiten erfasst. Auch das Primärrecht kennt Bereichsausnahmen, die zu einer Unanwendbarkeit der primärrechtlichen Wertungen führen.

aa) Art. 51 AEUV (i. V. m. Art. 62 AEUV)

Keine Bedeutung im vorliegenden Kontext kommt der Bereichsausnahme aus Art. 51 AEUV (i. V. m. Art. 62 AEUV) zu. Art. 51 AEUV schließt die Anwendung

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 13.11.2007, Az.: C-507/03 („An Post“) = ECLI:EU:C:2007:676; dazu auch *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 3 (6); *Burgi*, *Vergaberecht*, § 3 Rn. 24; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: *Vergaberecht I*, Einl. *VergabeR*, Rn. 43 f.

³⁶ *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 3 (6).

³⁷ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: *Vergaberecht I*, Einl. *VergabeR*, Rn. 49.

³⁸ So *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: *GWB*, Einl. Rn. 174; m. w. N. *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: *Vergaberecht I*, Einl. *VergabeR*, Rn. 49.

³⁹ *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 1 (6); *Burgi*, *Vergaberecht*, § 3 Rn. 24.

⁴⁰ *Huerkamp*, *Gleichbehandlung und Transparenz*, S. 16 f.; *Ehlers*, in: ders., *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 7 Rn. 24.

⁴¹ *Ehlers*, in: ders., *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 7 Rn. 28 f.

⁴² *Ehlers*, in: ders., *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 7 Rn. 30.

der Niederlassungsfreiheit, über Art. 62 AEUV auch der Dienstleistungsfreiheit auf die Ausübung öffentlicher Gewalt aus.⁴³ Der Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt wird jedoch sehr eng ausgelegt. Erforderlich ist die Anwendung von Zwangsbefugnissen; umfasst ist damit nur der Kernbereich des staatlichen Gewaltmonopols.⁴⁴ Es muss sich um eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“⁴⁵ handeln.⁴⁶ Daher kommt es nicht darauf an, welche Qualität der Aufgabe selbst zukommt, sodass auch gesetzliche Pflichtaufgaben nicht die Qualifikation als Ausübung hoheitlicher Gewalt begründen.⁴⁷

Öffentliche Beschaffung wird regelmäßig keine solch spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt betreffen, sondern dieser vorgelagert sein.⁴⁸ Die in dieser Arbeit näher betrachtete Beschaffung von Daseinsvorsorgeleistungen ist daher im Grundsatz nicht nach Art. 51 AEUV vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen.

bb) Europarechtlich zulässige Monopole

Weiterhin ausgenommen von den grundfreiheitlichen Wertungen sind von unionsrechtlich zulässigen Monopolen erbrachte Dienstleistungen.⁴⁹ Der Ausnahmetatbestand weist damit Parallelen zu § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB auf.⁵⁰ Voraussetzung ist jedoch auch hier die unions- und damit auch grundfreiheitskonforme Betrauung mit dem Monopol.

cc) Verkehrsdienstleistungen

Eine besondere Bereichsausnahme ergibt sich für den Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs. Art. 56 AEUV nämlich schließt die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf Verkehrsdienstleistungen aus. Insofern stellt sich die Frage, ob dennoch ein primärvergaberechtliches Regime aus den anderen Grund-

⁴³ Korte, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 51 Rn. 2.

⁴⁴ Kühling, in: Streinz, AEUV, Art. 106 Rn. 8; Korte, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 51 Rn. 3 und näher Rn. 7 ff.; Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 51 Rn. 7.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 21. 6. 1997, Az.: 2/74 („Reyners“); EuGH, Urt. v. 29. 11. 2007, Az.: C-393/05, Rn. 36 = ECLI:EU:C:2007:722.

⁴⁶ Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 51 Rn. 9.

⁴⁷ Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 51 Rn. 8 f.

⁴⁸ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 51; für den Fall einer unterlassenen Ausschreibung von Krankentransportdienstleistungen Korte, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 51 Rn. 12.

⁴⁹ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 52.

⁵⁰ S. dazu Kapitel 5, S. 307 ff.

freiheitsbestimmungen abgeleitet werden kann oder ob eine Sperrwirkung eintritt.⁵¹ Diese Frage würde hier jedoch nur relevant, wenn das spezifische Sekundärrecht der VO (EG) 1370/2007 Lücken lässt, die es primärrechtlich aufzufüllen gälte. Das Sekundärrecht sieht im hier interessierenden Bereich des öffentlichen Aufgabendzugriffs auf Leistungen des Öffentlichen Nahverkehrs indes keine Bereichsausnahme vor.⁵² Eine Lücke muss daher nicht geschlossen werden.

dd) Der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung und die Grundfreiheiten

In Parallele zum Kartellvergaberecht wird auch für das Primärvergaberecht die Geltung des Grundsatzes der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung anerkannt.⁵³

(1) Der Einfluss des Sekundärrechts auf die Auslegung des Primärrechts

Der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung wurde zunächst in der Rspr. des EuGH in der Rs. Teckal mittels Auslegung des sekundärvergaberechtlichen Auftragsbegriffs hergeleitet.⁵⁴ Während die Eigenerledigung durch Eigen- und Regiebetriebe (Eigenerledigung im engeren Sinne) schon den Auftragsbegriff mangels Vertragsschlusses nicht erfüllten, wurde der Auftragsbegriff im Falle von Eigenerledigung im weiteren Sinne teleologisch reduziert (sog. Inhouse-Ausnahme): Die vertragliche Einbindung von vom Auftraggeber kontrollierten Einheiten, die ihre Aufgabe im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen, berührt aufgrund ihrer Vergleichbarkeit zur Eigenerledigung im engeren Sinne schon nicht den Telos des Kartellvergaberichts, den Zugang zu staatlichen Beschaffungsmärkten zu eröffnen.

In der Rs. Parking Brixen hat der EuGH auch die Anwendbarkeit der aus den Grundfreiheiten abgeleiteten primärvergaberechtlichen Grundsätze auf damals nicht vom Sekundärvergaberecht erfasste Dienstleistungskonzessionen unter Berufung auf die Rs. Teckal abgelehnt, soweit die Inhouse-Voraussetzungen erfüllt waren.⁵⁵ Seine Rspr. übertrug der EuGH sodann auch auf weitere nicht vom Kartellverga-

⁵¹ Offenlassend *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 53.

⁵² S. zum weiten Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 eingehend Kapitel 6, S. 335 ff.

⁵³ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2005, Az.: C-458/03 Rn. 61 f. („Parking Brixen“) = ECLI:EU:C:2005:605; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 54.

⁵⁴ S. zur sekundärvergaberechtlichen Dimension noch näher Kapitel 5, S. 251 f.

⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2005, Az.: C-458/03 Rn. 61 f. („Parking Brixen“) = ECLI:EU:C:2005:605.

berechtigt erfasste Bereiche wie grundfreiheitlich strukturierte Vergaben im Unterschwellenbereich.⁵⁶

Auch der für das Sekundärvergaberecht entwickelte Grundsatz der Instate-Ausnahme⁵⁷ wurde auf das Primärvergaberecht übertragen.⁵⁸

(2) *Primärrechtliche Wurzeln*

Bei der Rspr. des EuGH handelt sich um eine Art „reversed fertilization“, bei der die Auslegung des Sekundärrechts Auswirkungen auf die Auslegung des Primärrechts hat.⁵⁹ Nimmt man das normhierarchische Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht ernst, muss der dogmatische Grund für die Übertragung der Inhouse- und Instate-Ausnahme in das Primärvergaberecht jedoch selbst im Primärrecht liegen. Inhouse- und Instate-Ausnahme müssen also eine primärrechtliche Dimension aufweisen. Die dogmatische Herleitung dieser Ausnahme bleibt der EuGH indes bis heute schuldig.⁶⁰ Offensichtlich hält er die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten primärvergaberechtlichen Grundsätze auf Fälle der Eigenerledigung und der Verwaltungskooperation in bestimmten Grenzen für nicht anwendbar.

Nach Sinn und Zweck der Ausnahme soll es der Öffentlichen Hand primärrechtlich offen stehen, am Markt teilzunehmen oder den Bedarf mit eigenen Mitteln zu decken.⁶¹ Anders gesprochen: Das „Ob“ der staatlichen Marktteilnahme soll primärrechtlich unbeeinflusst sein, während sich das „Wie“ sodann nach primärrechtlichen Wertungen zu richten hat. Wo indes die Scheidelinie zwischen dem wettbewerblich privilegierten Bereich der Eigenerledigung und der Marktteilnahme liegt und wie sich die Unterscheidung dogmatisch herleiten lässt, ist damit noch nicht beantwortet. Aus welcher primärrechtlichen Wertung ein solcher den Grundfreiheiten vorgelagerter Bereich staatlicher Eigenerledigung fließt, ist bisher nicht letztgültig geklärt. Auch in der Literatur werden dazu verschiedene Ansätze vertreten.

⁵⁶ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 6.

⁵⁷ S. zur sekundärvergaberechtlichen Dimension noch eingehend Kapitel 5, S. 299 ff.

⁵⁸ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 54.

⁵⁹ Kritisch aufgrund des Verstoßes gegen das normhierarchische Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 37.

⁶⁰ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 9; *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 163.

⁶¹ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 12 und Rn. 106.

(a) Relevanz der Grundfreiheiten im Falle von Eigenerledigung

Nach Ziekow soll es im Bereich der Eigenerledigung schon an einem Eingriff in die Grundfreiheiten fehlen. Der die Grundfreiheiten prägende Gleichbehandlungsgrundsatz „als Basis des europäischen Vergaberechts“ sei nicht berührt, „wenn eine öffentliche Stelle die Erledigung ihrer Aufgaben durch eigene Mittel organisiert“⁶². Es handele sich um keine Wettbewerbsbeeinträchtigung, wenn durch Eigenerfüllung der Verwaltung kein Wettbewerb zu Privaten eröffnet werde; eine Schlechterstellung gegenüber anderen privaten Wettbewerbern komme solange nicht in Frage, wie die öffentliche Stelle nicht selbst als Wirtschaftsteilnehmer wie ein Privater am Markt teilnehme.⁶³ Auch Frenz sieht bei Leistungsbeziehungen innerhalb eines Verwaltungsträgers keine Nachfrage am Markt erzeugt.⁶⁴ Die Inhouse-Kriterien stellen danach einen pauschalierten Test dar, unter welchen Voraussetzungen von einem nicht vom Gleichbehandlungsgebot erfassten Vergleichsmaßstab auszugehen ist.⁶⁵

Diese Lesart überzeugt jedoch nur für den Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne. Nach der Inhouse-Rspr. des EuGH kommt es in diesem Bereich gar nicht auf den marktlichen Organisationsgrad der internen Verwaltungseinheiten an. Dem Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne ist nämlich deshalb keine marktliche Relevanz zuzumessen, weil die Leistung den binnenorganisatorischen Zusammenhang gar nicht verlässt. Eine Beschränkung des Marktzugangs liegt mangels Markteröffnung im Falle einer Eigenerledigung im engeren Sinne schon nicht vor.⁶⁶ Die Grundfreiheiten zwingen also nicht zu einer Externalisierung der Leistungserbringung.⁶⁷

In Hinblick auf die Eigenerledigung im weiteren Sinne ist indes zu bezweifeln, ob eine Ungleichbehandlung im Falle des Vorliegens der Inhouse- und Instate-Voraussetzungen tatsächlich von vorne herein ausgeschlossen ist. Denn mit der Herausgabe der Leistung aus dem verwaltungsinternen Binnenbereich an rechtlich vom Auftraggeber zu unterscheidende Einheiten wird der Markt insofern eröffnet, als nunmehr auch ein Privater im Grundsatz auf die Leistungserbringung zugreifen könnte.⁶⁸ Dafür kommt es nicht darauf an, wie geringfügig der Marktanteil der

⁶² Ziekow, NZBau 2015, 258; vgl. auch Ziekow, in: Ziekow/Völlink, § 108 Rn. 3.

⁶³ Ziekow, NZBau 2015, 258 (258 f.).

⁶⁴ So Frenz, Vergaberecht EU und National, Kapitel 2 Rn. 363.

⁶⁵ Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 163 ff.

⁶⁶ So auch Hardraht, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 165; anders jedoch Wolf, VergabeR 2011, 27 (31 ff.), der auch dem Bereich der Erledigung im engeren Sinne wettbewerbliche Relevanz zuschreibt, jedoch verkennt, dass Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht auf eine Ausschreibung drängt, sondern Regie- und Eigenbetrieb nur an die Wettbewerbsregeln des AEUV bindet.

⁶⁷ Sie dürften eine solche Zwangswirkung auch nicht entfalten, s. dazu noch in diesem Kapitel, S. 213 ff.

⁶⁸ Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung für Fälle der Direktvergabe bejaht daher auch an sich Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 115 f. sowie S. 162; von einem „Grenzbereich“ spricht Gerlach, VerwArch 112 (2021), 64 (66).

rechtsfähigen Einheit der Öffentlichen Hand sein mag. Der EuGH hat sich in seiner Rechtsprechung dementsprechend auch nie auf eine konkrete Wesentlichkeitsschwelle eingelassen,⁶⁹ was darauf hindeutet, dass er die Grenze nicht statisch, sondern im Einzelfall beurteilen möchte. Eine die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ausschließende Typisierung fehlt also. In ihrer Funktion als Beschränkungsverbote kommt es für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zudem nicht darauf an, ob eine Vergleichbarkeit zwischen den Bietern vorliegt.⁷⁰ Dementsprechend hat der EuGH nunmehr in der Rs. Stadt Kaunas die Grundfreiheiten auch im Anwendungsbereich der Bereichsausnahme des Art. 12 VRL für anwendbar erachtet.⁷¹ In Hinblick auf Eigenerledigungs-Konstellationen im weiteren Sinne rechtfertigt dies die Annahme, dass diese nicht schon tatbestandlich aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszuschließen sind, sondern vielmehr einer Rechtfertigung des an sich vorliegenden grundfreiheitlichen Eingriffs bedürfen.⁷²

(b) Bedeutung des Art. 106 Abs. 2 AEUV

Nach teilweise vertretener Ansicht fließt die Legitimation für einen vom Wettbewerb ausgenommenen Bereich staatlicher Eigenerledigung aus Art. 106 Abs. 2 AEUV (i. V. m. Art. 14 AEUV, Protokoll Nr. 26 zum AEUV sowie Art. 36 GRCh).⁷³ Dieser Auffassung liegt die Annahme zugrunde, dass ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Grundfreiheiten im Falle von Eigenerledigung vorliege.⁷⁴

Bei Art. 106 Abs. 2 AEUV handelt es sich um eine Norm, deren Anwendungsbereich für das Vergaberecht bisher noch nicht überzeugend entfaltet wurde. Während der EuGH im vergaberechtlichen Kontext – soweit ersichtlich – auf diese

⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 11. 5. 2006, Az.: C-340/04 Rn. 55 ff. („Carbotermo“) = NZBau 2006, 452; s. auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, *GWB*, § 108 Rn. 28.

⁷⁰ Dies fordert aber *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 119; zu dieser Dimension der Grundfreiheiten *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 122 f.

⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 3. 10. 2019, Az.: C-285/18 Rn. 61 ff.

⁷² Ebenfalls einen Eingriff bejahend, jedoch ohne Problematisierung der hier zugrunde liegenden Frage *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 92 f., der zunächst die Möglichkeit einer Rechtfertigung verneint, sodann aber auf Art. 5 EUV rekurriert, s. a. a. O., S. 147 ff.; s. auch *Wittek*, Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht, S. 198; die Einordnung in der grundfreiheitlichen Dogmatik zwischen gar nicht beschränkenden und gerechtfertigten Maßnahmen kann als nicht abschließend geklärt angesehen werden, s. *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 13, der unter Zugrundelegung eines weiten Beschränkungsbegriffs ebenfalls die Rechtfertigungsebene als Ort der erforderlichen Abgrenzung ansieht, a. a. O., S. 19 f., und der Frage der Vergleichbarkeit keine eigenständige Bedeutung im Rahmen der grundfreiheitlichen Prüfung beimessen will, a. a. O., S. 84 f.

⁷³ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 10; *Frenz*, *DVB*, 2017, 740.

⁷⁴ So *Säcker/Wolf*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, *GWB*, § 108 Rn. 9; zur Funktion des Art. 106 Abs. 2 AEUV als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der grundfreiheitlichen Dogmatik *Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *AEUV*, Art. 106 Rn. 62 mit einer Vielzahl an Nachweisen aus der Rspr. des EuGH; als Bereichsausnahme qualifizierend dagegen wohl *Ehlers*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 81 f.

Bestimmung überhaupt nicht rekurriert, wurden im vergaberechtlichen Schrifttum vereinzelt Ansätze unternommen, Art. 106 Abs. 2 AEUV fruchtbar zu machen.⁷⁵

Fraglich ist aber schon die Anwendbarkeit der Norm im vergaberechtlichen Kontext.⁷⁶ Erforderlich wäre dafür zunächst, dass sich der öffentliche Auftrag- oder Konzessionsgeber als „Unternehmen“ i. S. d. Norm qualifizieren ließe.⁷⁷ Zweifelhaft ist zudem, ob die Norm die Anwendbarkeit des Primärvergaberechts überhaupt suspendieren könnte. Denn eine vollständige Ausnahme ist schon nicht erforderlich, um etwaige im Bereich der Daseinsvorsorge auftretende, vergaberechtlich induzierte Hemmnisse einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung zu beseitigen.⁷⁸ Den aufgrund eines Ausschreibungsverfahrens drohenden Problemen bei der Versorgungssicherheit, die eine zentrale Gewährleistungsdimension der Daseinsvorsorge darstellt, kann auch mit Modifikationen im Vergabeverfahren begegnet werden.⁷⁹

Die Herleitung des Grundsatzes der Eigenerledigung aus dieser Norm sieht sich zudem dem Einwand ausgesetzt, dass der EuGH den Grundsatz nicht allein auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anwendet, sondern die Ausnahme auf den gesamten Bereich öffentlicher Beschaffung erstreckt, also auch auf fiskalische Hilfsgeschäfte. Insofern hat Art. 106 Abs. 2 AEUV einen aufgabenspezifischen Ansatz, während die Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung einen organisationsspezifischen Ansatz verfolgt.⁸⁰ Der Ausnahme muss mithin ein weiterreichender Grundsatz des Primärrechts zugrunde liegen.

(c) Nicht: Art. 345 AEUV

Auch aus Art. 345 AEUV lässt sich kein Schutz vor einer Erfassung des intraorganisatorischen Bereichs vom Vergaberecht herleiten. Art. 345 AEUV schützt nur die „wirtschaftspolitisch motivierte Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft. Die Mitgliedstaaten sollen das Recht behalten, ihren wirtschafts-, finanz- und ordnungspolitischen Vorstellungen entsprechend über den Umfang der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit zu entscheiden; sie bleiben dabei aber an die Vorschriften der Verträge gebunden.“⁸¹ Art. 345 AEUV schützt zwar mithin das kompetenzielle Recht, Aufträge staatlicher Trägerschaft zuzuweisen (Ebene des „Ob“). Die Öffentliche Hand ist dabei jedoch weiter an die Verträge und also auch an

⁷⁵ S. dazu Kapitel 5, S. 312 ff.

⁷⁶ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 102, die auf den Vorrang der Inhouse-Rspr. des EuGH verweisen; a. A. *Heiß*, *VerwArch* 112 (2012), 421 (454).

⁷⁷ Dazu noch in diesem Kapitel, S. 192 ff.

⁷⁸ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 102; kritisch auch *Heiß*, *VerwArch* 103 (2012), 421 (454).

⁷⁹ *Schneiderhan*, *Daseinsvorsorge und Vergaberecht*, S. 104 f.

⁸⁰ *Hardraht*, *In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht*, S. 142.

⁸¹ *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV, Art. 345 Rn. 10.

die Grundfreiheiten gebunden.⁸² Art. 345 AEUV selbst lässt sich also keine Aussage darüber entnehmen, ob eine Privilegierung der Öffentlichen Hand durch den Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung mit den Grundfreiheiten vereinbar ist. Damit scheidet Art. 345 AEUV auch als Konkretisierung der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsebene aus.⁸³

(d) Der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten

Um den Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung (im weiteren Sinne) auf ein tragfähiges dogmatisches Fundament zu stellen, kommt nach hier vertretener Auffassung als maßstabbildende Wertung des Primärrechts daher nur der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten in Betracht.⁸⁴

Ausgehend von der Rspr. des EuGH hat sich der Terminus der Verwaltungsautonomie zu einem „Widerlager“ und „Gegenpol“ der voranschreitenden Europäisierung der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechte etabliert.⁸⁵ Dabei kann die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten primärrechtlich in Art. 291 Abs. 1 AEUV verortet werden, wobei Inhalt und Reichweite des Schutzes bis heute nicht letztgültig geklärt sind.⁸⁶ Während der Grundsatz in der Ausprägung als Verfahrensautonomie bereits Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung war,⁸⁷ stellt sich für das Primärvergaberecht die Frage der Reichweite des Grundsatzes in der Ausprägung als mitgliedstaatliche Organisationsautonomie. Die Frage nach den Einflussgrenzen der Europäischen Union auf die Staatsorganisation der Mitgliedstaaten stellt sich gerade im vergaberechtlichen Kontext immer dringender, dennoch wird in der Literatur ein Mangel an Erörterung festgestellt.⁸⁸

Der EuGH hat bereits früh jedenfalls die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie anerkannt und mit den Erfordernissen der Effektivität und Äquivalenz zugleich deren

⁸² *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 345 Rn. 10.

⁸³ So auch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 345 Rn. 12: „Weil Art. 345 allein den Zuständigkeitskonflikt betrifft (...), taugt er insbesondere nicht als normative Konkretisierung der ‚zwingenden Erfordernisse‘ (...) im Rahmen der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten.“; s. auch *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 145 f.

⁸⁴ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 11 sieht den Grundsatz nur als Grundlage horizontaler Kooperationen an.

⁸⁵ Begriffe nach *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417; zum integrationstheoretischen Hintergrund der Norm *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 291 Rn. 9; die „Autonomie von Verwaltungen in Mehrebenen-Rechtsordnungen“ adressiert auch *Möllers*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 511.

⁸⁶ Zu den Lesarten des Art. 291 AEUV *Stelkens*, EuR 2012, 511; s. auch *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 62 ff.

⁸⁷ Zuletzt *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417; auf diese Dimension rekurriert auch *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 12; umfassend *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union – passim.

⁸⁸ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 80.

unionsrechtliche Grenzen aufgezeigt.⁸⁹ Bei dem vom EuGH anerkannten Grundsatz der Verfahrensautonomie handelt es sich um eine unionsrechtliche Rechtsfigur, die entsprechend unionsrechtlich ausgelegt werden muss.⁹⁰ Die von der Verfahrensautonomie erfassten Gegenstände sind dabei nicht auf das Verwaltungsverfahren im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts beschränkt, sondern greifen auf weitere Gegenstände des Verwaltungsrechts aus, so insbesondere auch auf die Verwaltungsorganisation.⁹¹ Für diesen „Gestaltungsspielraum nationaler Gesetzgeber in unionsrechtlich nicht vollständig geregelten Bereichen“⁹² findet in der Literatur daher zunehmend der Begriff der Verwaltungsautonomie als Oberbegriff Verwendung.⁹³

Er spielt überall dort eine Rolle, wo die Mitgliedstaaten mit ihren eigenen Verwaltungen Unionsrecht vollziehen; dazu zählt zuvorderst der Bereich des indirekten Unionsvollzugs, aber auch der Bereich der europäischen Verwaltungsverbünde.⁹⁴ Art. 291 Abs. 1 AEUV spricht insoweit von „Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union“. Als „verbindlicher Rechtsakt der Union“ erfasst werden können auch die Grundfreiheiten, da die Mitgliedstaaten zu ihrer Beachtung verpflichtet sind.

Bis heute ist jedoch die Reichweite des von dem Grundsatz der Verwaltungsautonomie vermittelten Schutzes umstritten. Dem Grundsatz wird von der wohl überwiegenden Auffassung jedenfalls die Qualität als abwägungsfähige Grundentscheidung zugemessen.⁹⁵ Noch weitergehend wird diskutiert, ob die Kodifikation in Art. 291 Abs. 1 AEUV sogar die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten zu einer absoluten Grenze unionsrechtlicher Rechtssetzung aufgewertet hat.⁹⁶

Für die Qualität des Grundsatzes der Verwaltungsautonomie als normativem Grundsatz sprechen gewichtige Gründe: So fehlt der EU die Kompetenzgrundlage zur Regelung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts; zudem wurde das Prinzip in Art. 291 Abs. 1 AEUV ausdrücklich in das Primärrecht aufgenommen.⁹⁷

⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 21.9.1983, Az.: 205/82.

⁹⁰ *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417.

⁹¹ *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417; *Jensen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 126.

⁹² *Kröger*, in: ders./Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, S. 14.

⁹³ *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1418) erachtet den Begriff der Verfahrensautonomie hingegen für präziser, weil er der EuGH-Judikatur und dem Sprachgebrauch in den anderen Mitgliedstaaten entspreche und das Prozessrecht präziser erfasse.

⁹⁴ Näher *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1418).

⁹⁵ *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1420); ablehnend jedoch *Hardraht*, In-House-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 193; kritisch auch *Stelkens*, EuR 2012, 511 (527 ff.) m. w. N. zu den vertretenen Ansichten.

⁹⁶ Zu dieser Frage noch näher in diesem Kapitel, S. 213 ff.

⁹⁷ *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1419); zur Verwaltungsorganisation als originär mitgliedstaatliche Zuständigkeit *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers, § 7 Rn. 32; *ders.*, NZBau 2005, 208 (210); *Jensen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsord-

Fraglich ist, inwieweit auch die in Art. 5 Abs. 1 EUV anerkannten Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität für einen rechtserheblichen Schutz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisation sprechen.⁹⁸ So ist vertreten worden, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung könne schon aufgrund der Unionskompetenz für das Vergaberecht, das Subsidiaritätsprinzip aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Union für das Vergaberecht im hier interessierenden Bereich keine Geltung beanspruchen.⁹⁹ Dem ist zwar zuzugeben, dass die Europäische Union als kompetent zur Regelung vergaberechtlicher Zusammenhänge anzusehen ist¹⁰⁰ und auch der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten – wie soeben gezeigt – als eröffnet angesehen werden kann. Gleichwohl fehlt der Union die Kompetenz zur Regelung der internen Staatsorganisation der Mitgliedstaaten, sodass Eingriffe in die mitgliedstaatliche Organisationsautonomie durchaus am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV zu messen sind.¹⁰¹ Es stellt sich dann jedoch die Frage, inwieweit das Prinzip auch den EuGH im Rahmen seiner Rechtsfortbildung beschränkt. Insofern wird dem Prinzip die Funktion als Grenze kompetenzieller Übergriffe nur dann zugestanden, wenn sich die Rspr. als willkürlich herausstellt.¹⁰² Die Effet-utile-Auslegung des EuGH wird hingegen mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vereinbar angesehen.¹⁰³ Das Prinzip schützt daher nur einen engen Bereich der mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisation absolut vor Eingriffen des EuGH, während ansonsten Grundfreiheiten, der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV und Effektivitäts- und Äquivalenzerwägungen Übergriffe in die mitgliedstaatliche Organisationsautonomie durchaus rechtfertigen können.¹⁰⁴ Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung stärkt jedoch die Funktion der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten als abwägungserheblicher Belang.¹⁰⁵

nungen, S. 126; in diese Richtung auch *Wittek*, Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht, S. 82.

⁹⁸ So für das Subsidiaritätsprinzip *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1419); ebenso *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV, Art. 291 Rn. 2; vgl. auch *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 23 Rn. 102; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV, Art. 5 Rn. 19 f.; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 74 f., 108 und *Heintzen*, JZ 1991, 317 (321); spezifisch im vergaberechtlichen Kontext führt Art. 5 Abs. 3 EUV an *Frenz*, gemeindehaushalt 2016, 261 (264); vgl. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV, Art. 5 Rn. 6 ff.

⁹⁹ *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 148 ff. einerseits und S. 150 ff. andererseits.

¹⁰⁰ *S. Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 19; *Bungenberg*, in: *Müller-Graff*, § 16 Rn. 11.

¹⁰¹ *Schnettger*, Das Achtungsgebot nationaler Identität im Verbund, S. 312.

¹⁰² *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV, Art. 5 Rn. 23.

¹⁰³ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV, Art. 5 Rn. 17.

¹⁰⁴ *Jensen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 126 f., der insofern auch den Begriff der Organisationsautonomie kritisch sieht.

¹⁰⁵ Allgemein zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als in der grundfreiheitlichen Prüfung abwägungserheblicher Belang *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 295 ff.

In Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip ist zwar die Qualifikation als *ausschließliche* Unionskompetenz zu bezweifeln, weil das Vergaberecht nicht allein in den Wettbewerbsregeln des Primärrechts fußt und Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV damit – jedenfalls nicht vollständig – einschlägig ist.¹⁰⁶ Die VRL wurde neben den Grundfreiheiten auf Art. 114 AEUV und damit auf die geteilte Binnenmarktkompetenz des Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV gestützt. Auch das Primärvergaberecht fließt zuvorderst aus den Grundfreiheiten und nicht aus dem primären Wettbewerbsrecht. Jedoch wird die Rechtsprechungstätigkeit des EuGH nicht als an das Subsidiaritätsprinzip gebunden angesehen.¹⁰⁷ Das vom EuGH aus dem Primärrecht abgeleitete Vergaberechtsregime ist insofern nicht an das Subsidiaritätsprinzip zurückgebunden. Eingriffe in die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten durch den EuGH sind demnach nicht vom Subsidiaritätsprinzip geschützt.

Schließlich könnte sich auch Art. 4 Abs. 2 EUV schutzverstärkend zugunsten der mitgliedstaatlichen Verwaltungsautonomie auswirken. Der Vorschrift nach achtet die Union die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt (sog. Verfassungsidentität). Darüber hinaus achtet sie die grundlegenden Funktionen des Staates.¹⁰⁸ Als von Art. 4 Abs. 2 EUV erfasst angesehen wird auch der Verwaltungsaufbau als „historisch gewachsener Teil des Staates“¹⁰⁹ sowie die mitgliedstaatlichen Organisationsentscheidungen.¹¹⁰

Mit Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV findet zudem auch der Schutz regionaler und lokaler Selbstverwaltung erstmals Ausdruck im Primärrecht.¹¹¹ Die genaue Reichweite des Schutzgehalts des Art. 4 Abs. 2 S. 1 AEUV in dieser Hinsicht ist jedoch umstritten.

Nach einer Ansicht soll die nationale Identität nur den Kern des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts umfassen.¹¹² Für das deutsche Verfassungsrecht bedeutete das eine Gleichsetzung des Schutzgehalts der Ewigkeitsklausel aus Art. 79 Abs. 3 GG mit Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV, die sich über das Demokratie-, Rechtsstaats- und

¹⁰⁶ Diese Frage wird in der einschlägigen Kommentarliteratur bisher nicht behandelt, s. nur *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 3 Rn. 11 ff.; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 3 Rn. 6 ff.

¹⁰⁷ *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV, Art. 5 Rn. 32; insofern auch die Relevanz für eine Begrenzung der grundfreiheitlichen Wertungen ablehnend *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 11 Fn. 21 m. w. N.

¹⁰⁸ Das Verhältnis der Sätze zueinander ist umstritten, s. *Schnettger*, Das Achtungsgebot nationaler Identität im Verbund, S. 159 f.

¹⁰⁹ So *Kröger*, in: ders./Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, S. 15.

¹¹⁰ In Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 EUV nach *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 11, ebenfalls unter Bezugnahme auf die Strukturen horizontaler Kooperation.

¹¹¹ Zur alten Rechtslage noch *Kohout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Kooperation, S. 279.

¹¹² Vgl. *Kröger*, in: ders./Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, S. 15.

Bundesstaatsprinzip zwar auch auf die Verwaltungsorganisation erstreckte.¹¹³ Es wird jedoch bezweifelt, ob Art. 4 Abs. 2 EUV auch für die Ebene kommunaler Organisationsentscheidungen Geltung beansprucht. Aufgrund des Wortlauts des Art. 4 Abs. 2 EUV, der davon spricht, dass die regionale und lokale Selbstverwaltung nur „als Teil der nationalen Identität“ geschützt wird, wird gefolgert, dass der Schutz der Bestimmung nur so weit reiche, wie dies in der nationalen Verfassungsordnung vorgesehen ist. Da Art. 28 Abs. 2 GG jedoch nicht von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst angesehen wird, wird ein Schutz der Organisationsautonomie in der kommunalen Daseinsvorsorge durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV in Zweifel gezogen.¹¹⁴

Der EuGH misst der Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV indes eine über Art. 79 Abs. 3 GG hinausgehende Reichweite für kommunale Organisationsentscheidungen zu.¹¹⁵ Die Identitätsklausel wurde dafür vom EuGH im vergaberechtlichen Kontext in der Rs. Remondis entfaltet.¹¹⁶ Danach unterfallen auch Organisationsentscheidungen auf kommunaler Ebene der Identitätsklausel. Insofern scheint der EuGH in der Rs. Remondis ein allein unionsautonomes Verständnis zugrunde zu legen, wonach die Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten umfassend und daher auch auf kommunaler Ebene geschützt wird.¹¹⁷

Die Organisationsautonomie wurde aufgrund der Rspr. des EuGH in der Rs. Remondis im Wesentlichen in Hinblick auf Kompetenzverlagerungen und damit im

¹¹³ Kröger, in: ders./Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, S. 15; diese Schutzbereichsbegrenzung bejaht nunmehr auch *BVerfG*, Beschl. v. 15.12.2015, Az.: 2 BvR 2735/14 Rn. 43; zur Entwicklung *Calliess*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 24 Abs. 1 Rn. 209.

¹¹⁴ *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 19; *Schnettger*, Das Achtungsgebot nationaler Identität im Verbund, S. 191 f.; s. auch schon *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 129; zur Diskussion um die Erfassung der kommunalen Selbstverwaltung *Aust*, Recht der globalen Stadt, S. 201 f.; einen Schutz verwaltungsrechtlicher Strukturen von Art. 4 Abs. 2 EUV generell ablehnend *Stelkens*, EuR 2012, 511 (535).

¹¹⁵ Zur Definitionsmacht des EuGH *Haratsch*, EuR 2016, 131 (138 f.); eine unionsautonome Auslegung befürwortend *Polzin*, Verfassungsidentität, S. 194.

¹¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15 („Remondis“) = ECLI:EU:C:2016:985 = NVwZ 2017, 373 = EuZW 2017, 144 = VergabeR 2017, 137; s. dazu näher Kapitel 5, S. 267 ff.; unter ausdrücklichem Rekurs auf Art. 4 Abs. 2 EUV an das Urteil in der Rs. Remondis anknüpfend *EuGH*, Urt. v. 18.6.2020, Az.: C-328/19 Rn. 46 = ECLI:EU:C:2020:483 = NZBau 2020, 528.

¹¹⁷ Sich anschließend *Frenz*, DÖV 2017, 943 (948); alle Maßnahmen der internen Organisation nach *Burgi*, ZfW 2017, 169 (181); *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 84; in diese Richtung womöglich auch *Streinz*, in: ders., EUV, Art. 4 Rn. 16; anders *Schnettger*, Das Achtungsgebot nationaler Identität im Verbund, S. 191, die insofern auf den Schutz des Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV verweist, wie er auch in den Schlussanträgen in der Rs. Remondis von Generalanwalt Mengozzi entfaltet wurde, s. Schlussanträge v. 30.06.2016, Rs. C-51/15 Rn. 39 = EU:C:2016:504; anders auch *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 63, die den primärrechtlichen Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Bereich horizontaler Kooperation in Art. 14 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 26 verorten.

Bereich horizontaler Kooperation entfaltet.¹¹⁸ Es besteht jedoch kein Grund, den Grundsatz nicht auch für den Bereich vertikaler öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit zu entfalten, weil es auch hierbei um Organisationsentscheidungen der Öffentlichen Hand geht.¹¹⁹ Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV stellt insoweit für die Frage nach der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten einen abwägungserheblichen Belang dar.¹²⁰

Der Grundsatz der Verwaltungsautonomie ist folglich normativ durchsetzbar und beim Zugriff der Grundfreiheiten auf Bereiche mitgliedstaatlicher Verwaltungsorganisation zu berücksichtigen. Die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten stellt einen abwägungserheblichen Belang im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung der Grundfreiheiten dar, die einer überbordenden wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand entgegengehalten werden kann.

Im Rahmen der insofern erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist als Gegenspieler des Wettbewerbsprinzips und des Binnenmarktziels die mitgliedstaatliche Organisationsautonomie in Stellung zu bringen.¹²¹ Dabei ist nicht zu bezweifeln, dass eine wettbewerbliche Strukturierung des Binnenbereichs der Verwaltung für das Binnenmarktziel geeignet wäre.¹²² Eine wettbewerbliche Strukturierung ist jedoch dann nicht angemessen, wenn der Auftraggeber statt auf von den Grundfreiheiten nicht erfasste Formen der Eigenerledigung im engeren Sinne auf weitreichend vergleichbare Organisationsformen der Eigenerledigung im weiteren Sinne zurückgreift. Dieser Zusammenhang rechtfertigt eine Ausdehnung der In-house- und Instate-Ausnahme in den Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne, soweit eine ausreichende Vergleichbarkeit zur Eigenerledigung im engeren Sinne besteht.

¹¹⁸ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 11; *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, § 6 Rn. 56; zur Remondis-Rspr. noch näher Kapitel 5, S. 267 ff.

¹¹⁹ In diese Richtung auch *Schnettger*, Das Achtungsgebot nationaler Identität im Verbund, S. 80 ff.; *Gerlach*, VerwArch 112 (2021), 64 (67 f.).

¹²⁰ *Aust*, Recht der globalen Stadt, S. 203; *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, EUV, Art. 4 Rn. 19; *Haratsch*, EuR 2016, 131 (140 f.); kritisch zur Abwägbarkeit *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 284 ff.

¹²¹ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 4 EUV entfaltet als eigenständige Grundlage für das In-house-Privileg ohne Bezug zu den Grundfreiheiten *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 158 ff.; die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Abgrenzung zwischen mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie und unionsrechtlicher wettbewerblicher Strukturierung betont auch *Müller*, Wettbewerb und Unionsverfassung, S. 513; s. auch *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 77 ff., der den Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie im Verhältnismäßigkeitsprinzip verortet; zur Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehend *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 21, 211 ff.; *Jarass*, NVwZ 2018, 1665 (1667 f.).

¹²² So aber *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 188.

(3) Anforderungen an die Ausschreibungsfreiheit im Primärrecht

In der Rspr. des EuGH zum primärvergaberechtsfreien Bereich des Zugriffs der Öffentlichen Hand findet sich eben dieses Abwägungsergebnis zwischen grundfreiheitlich indizierter marktlicher Strukturierung einerseits und primärrechtlich geschützter Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten andererseits konkretisiert.

Danach als ausschreibungsfrei anerkannt wird zunächst auch im grundfreiheitlichen Primärvergaberecht der Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne, also die Betrauung von in den Verwaltungsträger eingegliederten Einheiten. Auch die vollständige Aufgabenübertragung i. S. d. Remondis-Rspr.¹²³ wird primärvergaberechtlich nicht strukturiert, weil sie den Schutz des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV genießt. Zudem werden Konstellationen der Eigenerledigung im weiteren Sinne, bei der rechtlich unabhängige, aber dem Verwaltungsträger zugeordnete Einheiten beauftragt oder konzessioniert werden, vom Primärvergaberecht befreit. Damit die primärvergaberechtliche Inhouse-Ausnahme eingreift, muss dafür die beschaffende öffentliche Stelle über den Auftrag- bzw. Konzessionsnehmer eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen. Zudem muss der Auftrag- bzw. Konzessionsnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichten.¹²⁴ Die dafür vom EuGH aufgestellten Anforderungen haben weitgehend Niederschlag in der Regelung des Art. 12 VRL gefunden, sodass für die spezifischen Anforderungen an das Kontrollkriterium hierauf verwiesen werden kann.¹²⁵ Abweichend von der sekundärrechtlichen Regelung hat der EuGH jedoch bisher auf eine prozentuale Festlegung beim Wesentlichkeitskriterium verzichtet.¹²⁶ Insofern fragt sich, ob es im Einzelfall zu einer primärvergaberechtlichen Korrektur der 80-%-Schwelle kommen wird, falls die sekundärvergaberechtlich zulässigen 20 % Fremddumsatz gegenüber privaten Wettbewerbern erhebliche Marktanteile begründen.¹²⁷ In gleicher Weise könnte es zu einer primärvergaberechtlichen Korrektur in Fällen kommen, in denen eine bisher nach der Rspr. des EuGH nicht zulässige, nunmehr aber nach dem Kartellvergaberecht unter besonderen Voraussetzungen zulässige Beteiligung Privater vorliegt.¹²⁸

¹²³ Zur Remondis-Rspr. noch näher Kapitel 5, S. 267 ff.

¹²⁴ Für Dienstleistungskonzessionen: *EuGH*, Ur. v. 13.10.2005, Az.: C-458/03 Rn. 62 („Parking Brixen“) = ECLI:EU:C:2005:605.

¹²⁵ S. Kapitel 5, S. 290; zu diesem Ergebnis kommt auch *Dabringhausen*, VergabeR 2014, 512 (514).

¹²⁶ *EuGH*, Ur. v. 11.5.2006, Az.: C-340/04 Rn. 55 ff. („Carbotermo“) = ECLI:EU:C:2005:167 = NZBau 2006, 452; s. auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 28.

¹²⁷ Dafür *Säcker/Wolf*, in: *Säcker*, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 31.

¹²⁸ Zu dieser Abweichung *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 40.

Auch die vom EuGH aufgestellten Instate-Voraussetzungen¹²⁹ wurden mit Art. 12 VRL und § 108 Abs. 6 GWB nicht eins-zu-eins kodifiziert.¹³⁰ So ergibt sich insbesondere eine Abweichung in Hinblick auf die zulässige Marktbeteiligung der öffentlichen Auftraggeber, der der EuGH ablehnend gegenüberstand.

Die Kartellvergaberechtsreform 2014 wirft insofern die grundlegendere Frage auf, wie sich die Kodifikation der Inhouse- und Instate-Ausnahme auf die Auslegung des Primärvergaberechts auswirken wird. In Betracht kommt eine gespaltene Auslegung, wonach der EuGH im Primärvergaberecht weiter auf die in der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen abstellt. Dafür wird vorgebracht, dass der europäische Gesetzgeber keine gegenüber dem Primärrecht engere und abschließende Regelung herbeiführen wollte, sodass den primärvergaberechtlichen Grundsätzen eine lückenschließende Funktion zugemessen werden müsse.¹³¹ Dafür spricht auch das normhierarchische Verhältnis zwischen Primär- und Sekundär(vergabe)-recht.¹³²

Möglich erscheint indes ebenfalls die Annahme, dass der EuGH auch bei der Auslegung des Primärvergaberechts dem europäischen Gesetzgeber folgen und die teilweise abweichenden Voraussetzungen der Art. 17 KVR, Art. 12 VRL und des Art. 28 SRL auch im Primärvergaberecht heranziehen wird.¹³³ Dafür spricht, dass der EuGH sich damit nicht in Widerspruch zur vom Europäischen Parlament legitimierten Abwägung zwischen mitgliedstaatlicher Verwaltungsautonomie und dem Binnenmarktziel stellen müsste¹³⁴ und zudem wesentlich zur Konsolidierung des europäischen Vergaberechts beitragen könnte.

d) Zwischenergebnis

Für das aus den Grundfreiheiten abgeleitete Primärvergaberecht ergibt sich ein weitgehender Gleichlauf zum Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Eine

¹²⁹ Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 54.

¹³⁰ S. dazu noch Kapitel 5, S. 299 ff.

¹³¹ So Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 7.

¹³² Allgemein dazu Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 288 Rn. 226; der EuGH selbst hat bisher allein deutlich gemacht, dass das Primärvergaberecht im Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 VRL weiterhin Anwendung findet, vgl. *EuGH*, Urt. v. 3. 10. 2019, Az.: C-285/18 Rn. 61 = NZBau 2020, 173, dazu Gerlach, NZBau 2020, 426.

¹³³ Für wünschenswert erachtet von Kühling/Huerkamp, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 54; ebenso Dabringhausen, VergabeR 2014, 512 (518); offenlassend Egger, in: Steinicke/Vesterdorf, Part I, Art. 12 Rn. 37.

¹³⁴ Dieses Recht des europäischen Gesetzgebers zur verbindlichen Konkretisierung des Primärrechts referenzieren Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 12; die Frage ist in ähnlicher Weise bereits im Beihilfenrecht Gegenstand eingehender Erörterung, s. dazu Cremer, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 2 ff.

primärvergaberechtliche Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge erfolgt nur im Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne, wenn die Inhouse- und Instate-Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Der Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne wird auch im grundfreiheitlichen Primärvergaberecht umfassend geschützt. Gleiches gilt für Verwaltungskooperationen im Rahmen der Instate-Voraussetzungen sowie für Kompetenzübertragungen im Sinne der Remondis-Rspr.

2. (EU-)Kartellrecht

Fraglich ist weiterhin, in welcher Reichweite das (EU-)Kartellrecht¹³⁵ den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand strukturiert. Zwar wird dem Kartellrecht generell nur eine schwache Bindung für das Vergabeprimärrecht attestiert, was insbesondere auf die Dominanz der Grundfreiheiten zurückgeführt wird.¹³⁶ Indes stellt sich gerade im hier interessierenden Bereich des öffentlichen Aufgabenzugriffs die Frage nach der Anwendbarkeit des Kartellrechts unter anderen Vorzeichen, da die Grundfreiheiten, wie gezeigt, in weiten Bereichen des öffentlichen Aufgabenzugriffs suspendiert sind. Kann das Kartellrecht hier eine Marköffnung erzwingen, wie es im Bereich des § 46 EnWG der Fall ist?

Dies ist jedenfalls für Rekommunalisierungen in den Bereichen Fernwärme und Wasserwirtschaft bereits angedacht worden.¹³⁷ Denn als Auftraggeber nimmt die Öffentliche Hand in diesen Sektoren oftmals eine marktbeherrschende Stellung ein. Darüber hinaus sind dem Kartellrecht Ausschreibungspflichten für öffentliche Einheiten nicht gänzlich unbekannt, wie die sog. „Schilderpräger-Rechtsprechung“ des BGH und zuletzt die Rechtsprechung zu § 46 EnWG zeigt.¹³⁸ Zu klären ist jedoch, ob die Öffentliche Hand in ihrer Position als Auftraggeber überhaupt als „Unternehmen“ in Betracht kommt und wenn ja, ob die Vergabe an der Öffentlichen Hand zurechenbare Einheiten ohne wettbewerbliche Ausschreibung als marktmissbräuchlich angesehen werden kann. Es zeigt sich, dass auch im allgemeinen Kartellrecht mit dem Konzernprivileg ein Ausnahmetatbestand entfaltet werden kann, der die im grundfreiheitlichen Vergaberecht anerkannten Grundsätze der Inhouse- und Instate-Ausnahme abbildet.

¹³⁵ Zur Funktion des (EU-)Kartellrechts als primärvergaberechtlicher Maßstab bereits Kapitel 1, S. 67.

¹³⁶ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 33.

¹³⁷ In diese Richtung *Büdenbender*, DVBl. 2017, 1556 (1557); für die Fernwärme untersuchend *Körber/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 75 ff.; zur Relevanz des Kartellrechts für die Bereiche Wasserwirtschaft und Fernwärmeversorgung, aber nicht unter dem Aspekt von Ausschreibungspflichten, *Mundt*, EWeRK 2016, 149 (151 f.).

¹³⁸ *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 187; einen Überblick zur Schilderpräger-Rechtsprechung geben *Körber/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 76 ff.; zu § 46 EnWG eingehend Kapitel 7, S. 345 ff.

a) *Der öffentliche Auftraggeber als Unternehmen i. S. d. Kartellrechts*

Die Anwendbarkeit des Kartellrechts setzt zunächst voraus, dass es sich beim Auftraggeber um ein „Unternehmen“ i. S. d. Kartellrechts handelt. Darunter wird „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“¹³⁹ gefasst. Wirtschaftlich ist eine Tätigkeit, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt angeboten werden.¹⁴⁰ Zur Abgrenzung gegenüber nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten soll mittels eines hypothetischen Wettbewerbstests untersucht werden, ob die jeweilige Tätigkeit zumindest grundsätzlich auch von einem privaten Anbieter zum Zweck der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte.¹⁴¹ Ob mit der Tätigkeit soziale Ziele verfolgt werden, ist unerheblich.¹⁴² Der Unternehmensbegriff wird zudem allein funktional bestimmt; auf Rechts-, Organisations- oder Finanzierungsformen kommt es nicht an.¹⁴³ Der nach Art. 106 Abs. 1 AEUV auch öffentliche Unternehmen erfassende Unternehmensbegriff ist zudem relativ, erfasst also auch Einheiten, die zugleich wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben.¹⁴⁴

Abzugrenzen vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff sind rein nachfragende Tätigkeiten, da der bloße Einkauf von Leistungen durch die Öffentliche Hand auf dem Markt nicht als wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. Art. 101 ff. AEUV qualifiziert wird.¹⁴⁵ Im Grundsatz liegt dem europäischen Kartellrecht danach das Konzept zugrunde, erst auf dem eröffneten Markt zu gelten, während sich das (Kartell-) Vergaberecht um die Frage der Markteröffnung kümmert.¹⁴⁶ Ob dieses Exklusivi-

¹³⁹ *EuGH*, Urt. v. 17.2.1993, Az.: C-159/91, Rn. 17; *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 30.

¹⁴⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: Europäisches Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 2, 7; *Ahner*, Nachfragetätigkeit, S. 71 f.

¹⁴¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 9.

¹⁴² *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 7.

¹⁴³ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 1.

¹⁴⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 1.

¹⁴⁵ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 33; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 8; kritisch *Ahner*, Nachfragetätigkeit, S. 73 ff. Im nationalen Kartellrecht war hingegen weitgehend anerkannt, dass die Nachfrage der Öffentlichen Hand auch als wirtschaftlich qualifiziert werden könne, *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 33; s. auch *Ahner*, Nachfragetätigkeit, S. 148 f.; vgl. auch konkret für das Vergaberecht *Johannes*, LKV 2000, 235 (236).

¹⁴⁶ *Mundt*, EWeRK 2016, 149; *Hertwig*, EuR 2011, 745 (755).

tätsverhältnis von Kartellrecht und Vergaberecht indes aufrecht erhalten werden kann, wird immer weitgehender bezweifelt.¹⁴⁷

Dies gilt zunächst in Hinblick auf die Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 Abs. 2–5 EnWG. Dass es sich bei der Vergabe auch um die Nachfrage nach Netzinfrastrukturleistungen handelt, schadet nach der Rechtsprechung des BGH nicht, weil die Gemeinden zugleich ihre Wegerechte wirtschaftlich verwerten und damit auch ein Angebot von Wegenutzungsrechten vorliegt.¹⁴⁸ Auch das allgemeine deutsche Kartellrecht hat die Nachfrageseite von Anfang an weitgehend in seinen Anwendungsbereich einbezogen.¹⁴⁹

Auch auf europäischer Ebene zeichnet sich eine, wenn auch begrenzte Ausdehnung des allgemeinen Kartellrechts in den Bereich der Beschaffungsverwaltung ab. In der Rs. Fenin stellte das EuG fest, dass auch die staatliche Beschaffungstätigkeit jedenfalls dann als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert werden könne, soweit die Verwendung des beschafften Gutes wirtschaftlichen Zwecken diene.¹⁵⁰ Insofern bedarf es bei der Qualifikation eines Auftraggebers als Unternehmen i. S. d. Kartellrechts einer Untersuchung, für welche Verwaltungsaufgabe etwas beschafft wird.¹⁵¹ Beschaffungen für die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe wirtschaftlicher Natur sind danach an das Kartellrecht gebunden; Beschaffungen für die Erfüllung nichtwirtschaftlicher Verwaltungsaufgaben unterfallen hingegen nicht dem Kartellrecht.¹⁵² In den Referenzbereichen ergibt sich hiernach eine weitgehende Qualifikation der Öffentlichen Hand als Unternehmen, weil sowohl bei der Nachfrage nach Abfallentsorgungs-, Wasserver- und Abwasserentsorgungsleistungen, bei der Nachfrage nach Leistungen des ÖPNV als auch von Strom- und Gasnetzleistungen die Beschaffung auf ein nachfolgendes Angebot von Leistungen abzielt.

¹⁴⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 37/ Art. 106 AEUV, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 34; als zentrale Frage der Abgrenzung der beiden Regime qualifizierend auch *Ahner*, Nachfragetätigkeit, S. 29 f.

¹⁴⁸ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 21 („Stromnetz Berkenthin“); s. auch *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 21 („Stromnetz Heiligenhafen“); *KG*, Urt. v. 6.10.2014, Az.: 2 W 4/14 Kart Rn. 9; s. auch *Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 12 ff.

¹⁴⁹ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 6. Aufl., § 1 Rn. 20; ohne nähere Begründung von einer Bindung ausgehend *Kling*, NZBau 2018, 715 (715).

¹⁵⁰ *EuG*, Urt. v. 4.3.2003, Az.: T-319/99 = ECLI:EU:T:2003:50, bestätigt durch *EuGH*, Urt. v. 11.7.2006, Az.: C-205/03 P = ECLI:EU:C:2006:453; sich dem EuG in der Rs. FENIN anschließend *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 402; dazu im Einzelnen *Kühling*, in: Streinz, AEUV, Art. 106 Rn. 13; a. A. *Bultmann*, NVwZ 2015, 944 (946) und *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2: GWB, 6. Aufl., § 1 Rn. 20 ff., der in der Rspr. eine Verkürzung des nationalen Wettbewerbsschutzes sieht.

¹⁵¹ Auf diese Akzessorietät weist hin *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 31.

¹⁵² *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 31 nennt als Beispiel wirtschaftlicher Verwaltungsaufgaben auch die Abfallentsorgung.

*b) Grundsatz der Kartellrechtsfreiheit der Eigenerledigung:
Das Konzernprivileg*

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff setzt weiterhin das Angebot von Leistungen „auf dem Markt“ voraus. Im Falle der Eigenerledigung im engeren Sinne fehlt es auch im Kartellrecht jedoch schon an einem marktlichen Angebot, weil die Leistung gänzlich „im Hause“ ein und desselben Unternehmens bleibt.¹⁵³

Auch für Fälle der Eigenerledigung im weiteren Sinne findet im Kartellrecht das sog. Konzernprivileg Anerkennung, wonach diskriminierende Vereinbarungen zwischen Unternehmen kartellrechtlich zulässig sein können, wenn diese eine wirtschaftliche Einheit darstellen.¹⁵⁴ Mit § 36 Abs. 2 GWB ist der Verbundgedanke im GWB positiviert worden.¹⁵⁵ Das kartellrechtliche Konzernprivileg weist einen engen Zusammenhang zu den Privilegien öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB auf, weil auch das Konzernprivileg darauf abzielt, den wettbewerbsirrelevanten Bereich marktlichen Verhaltens zu bestimmen.¹⁵⁶

Die methodische Begründung und genaue Reichweite des Konzernprivilegs wird jedoch als klärungsbedürftig angesehen.¹⁵⁷ So wird in Teilen des Schrifttums bereits die Anwendbarkeit des Kartellrechts in Konzernstrukturen verneint, wenn es innerhalb dieser Strukturen an wirtschaftlicher Unabhängigkeit fehle, weil es dann zu keinen Wettbewerbsbeschränkungen *zwischen* Unternehmen komme; dafür müsse i. S. e. Kontrollkriteriums die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Konzernunternehmen beurteilt werden.¹⁵⁸

Nach anderer Ansicht reiche hingegen schon die rechtliche Selbstständigkeit der zum Konzern gehörenden Unternehmen; möglicherweise bestehende Weisungs-

¹⁵³ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 30; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Fusionskontrolle, § 36 GWB, Rn. 693.

¹⁵⁴ Ostendorf/Grün, WuW 2008, 950; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 35; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Fusionskontrolle, § 36 GWB, Rn. 693.

¹⁵⁵ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Fusionskontrolle, § 36 GWB, Rn. 693.

¹⁵⁶ Es fußt jedoch anders als der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung nicht in der Organisationsautonomie der mitgliedstaatlichen Verwaltungen, sondern im kartellrechtlichen Selbstständigkeitspostulat, s. Thomas, ZWeR 2005, 236 (239); das Konzernprivileg findet sich in vergabespezifischer Ausprägung für Sektorenauftraggeber in § 138 GWB realisiert, weil privaten Sektorenauftraggebern ein Rückgriff auf § 108 GWB verwehrt ist, s. Lausen, in: Burgi/Dreher, GWB, § 138 Rn. 2; auf dessen besondere Nähe zur Inhouse-Ausnahme weist hin Drömann, NZBau 2015, 202 (203); s. auch Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 74 und Egger, in: Steinicke/Vesterdorf, Part I, Art. 12 Rn. 1.

¹⁵⁷ Thomas, ZWeR 2005, 236 (240); Huttenlauch, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, AEUV, Art. 102 Rn. 26.

¹⁵⁸ M. w. N. zu dieser Ansicht Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 35; offenlassend Thomas, ZWeR 2005, 236 (240 ff.); für das deutsche Kartellrecht ist eine tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht nicht mehr erforderlich, s. Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Fusionskontrolle, § 36 GWB, Rn. 695.

rechte seien als Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsverzerrung zu behandeln.¹⁵⁹ Im Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne soll die Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung danach weitgehend suspendiert sein: Für konzerninterne wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen greift das Konzernprivileg, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Koordination zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften erfolgt oder Tochtergesellschaften verhaltenslenkend koordiniert werden.¹⁶⁰ Erforderlich dafür ist, dass die beherrschende Gesellschaft Weisungen erteilt oder jedenfalls die Möglichkeit dazu hat.¹⁶¹ Im Falle des Fehlens eindeutiger Weisungsrechte ist das Bestehen einer Kontrolle aufgrund von Kapitalbeteiligung und personellen Verpflichtungen zu beurteilen.¹⁶²

Im Falle von Gleichordnung innerhalb eines Konzerns ist die Suspendierung des Kartellrechts hingegen umstritten.¹⁶³ Bisher nicht abschließend geklärt ist zudem die Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen, bei denen mehrere Mutterunternehmen einen beherrschenden Einfluss auf ein Gemeinschaftsunternehmen ausüben. Ungeklärt ist insbesondere die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs auf Vereinbarungen zwischen den Mutterunternehmen.¹⁶⁴ Aufgrund der Parallele zur Instate-Ausnahme ist die kartellrechtliche Bewertung entsprechender Vereinbarungen jedoch von besonderem Interesse. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es vorliegend um die kartellrechtliche Bewertung von als Unternehmen qualifizierten öffentlichen Auftraggebern geht, die insoweit im besonders geschützten Raum der Verwaltungsorganisation agieren. Art. 291 Abs. 1 AEUV drängt nach hier vertretener Auffassung daher auch im europäischen Kartellrecht auf eine dem grundfreiheitlichen Vergaberecht weitgehend parallele Anerkennung von Inhouse- und Instate-Ausnahme. Insofern sind auch Vereinbarungen zwischen Mutterunternehmen dem Konzernprivileg zu unterwerfen, jedenfalls soweit sie die für die Instate-Ausnahme aufgestellten Kriterien erfüllen.

Auch im Kartellrecht finden sich danach dem grundfreiheitlich abgeleiteten Primärvergaberecht entsprechende Wertungen in Hinblick auf den Zugriff der Öff-

¹⁵⁹ So *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 36; s. zu dieser Ansicht auch *Thomas*, ZWeR 2005, 236 (241 f.), der in diesem Falle von einer teleologischen Reduktion des Kartellrechts ausgeht.

¹⁶⁰ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 111.

¹⁶¹ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 111 f.

¹⁶² *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 113; s. zum erforderlichen Grad der Einschränkung der wettbewerblichen Autonomie auch *Thomas*, ZWeR 2005, 236 (242 ff.).

¹⁶³ Eingehend zum Meinungsstand *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Fusionskontrolle, § 36 GWB, Rn. 751 ff.; ablehnend *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: EU-Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 Rn. 114.

¹⁶⁴ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Fusionskontrolle, § 36 GWB, Rn. 695; s. auch eingehend *ders.*, ZWeR 2005, 236 (248 ff.).

fentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge. Eine „Lückenfüllung“ durch das (EU-)Kartellrecht im hier interessierenden Kontext scheidet mithin aus.¹⁶⁵

3. Beihilfenrecht

Schließlich wird das Beihilfenrecht als primärvergaberechtlicher Maßstab herangezogen, wenn eine Beschaffung zugleich als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung eines Unternehmens qualifiziert werden kann, weil das Entgelt marktunüblich erhöht ist, der Markt dadurch verfälscht und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.¹⁶⁶ Die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens schließt jedoch regelmäßig das Vorliegen einer Begünstigung aus. Dies bedeutet jedoch nicht, dass deshalb ein vollständiges Exklusivitätsverhältnis zwischen Auftrags-, Konzessions- und Beihilfenbegriff behauptet werden kann. Für eine Anwendung des Beihilfenrechts kann es jedoch nicht reichen, dass der Auftraggeber den Einkauf verteuernde politische Zwecke sozialer oder ökologischer Natur verfolgt, da diese Zwecke als zulässige Konkretisierung des Beschaffungsgegenstands nicht als Begünstigung qualifiziert werden können.¹⁶⁷ Ein Anwendungsbereich für eine beihilfenrechtlich induzierte Ausschreibungspflicht staatlicher Beschaffung kann jedoch etwa dann bestehen, wenn für die Beschaffung keine speziell vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten vorgesehen sind. Dem Beihilfenrecht kommt also eine Auffangfunktion in grundfreiheitlich und sekundärvergaberechtlich privilegierten Bereichen zu. Insofern ist angedacht worden, ob das Beihilfenrecht zu einem „Leerlaufen“ der sekundärvergaberechtlichen Privilegien der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit führen könne.¹⁶⁸

a) Der Unternehmensbegriff im Beihilfenrecht

Während es im Kartellrecht darauf ankommt, dass der öffentliche Auftraggeber als Unternehmen zu qualifizieren ist, ist es im Beihilfenrecht erforderlich, dass die die Beihilfe erhaltende Einheit als Unternehmen qualifiziert werden kann.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Zu ansonsten bestehenden Auffangfunktionen des Kartellrechts *Kling*, NZBau 2018, 715.

¹⁶⁶ *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, 731 (733 f.); *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 33.

¹⁶⁷ S. nunmehr § 97 Abs. 3 GWB; *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 34 Fn. 63.

¹⁶⁸ Diese Frage werfen auf *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 12; diese Konsequenz zieht *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 133: „Der Entfall der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht führt zur beihilferechtlichen Ausschreibungspflicht.“

¹⁶⁹ Ansonsten greift bzgl. des beihilfenrechtlichen Unternehmensbegriffs jedoch das ebenfalls bei Art. 101, 102 AEUV Geltung beanspruchende funktionale Verständnis, *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 3: Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 11.

Wer die Beihilfe gewährt, ist unerheblich, solange der Mittelzufluss als staatlich qualifiziert werden kann.¹⁷⁰ Als beihilfengewährende Stellen kommen daher Bund, Länder, Kommunen, aber auch öffentliche oder private Einrichtungen in Betracht, die zur Durchführung der Beihilfengewährung errichtet oder benannt wurden.¹⁷¹

Auch im Beihilfenrecht lässt sich eine der Entwicklung im Kartellvergaberecht ähnliche Verlagerungsbewegung auf öffentliche Unternehmen feststellen. Ausgangspunkt ist hier der nationale Subventionsbegriff, der zunächst ebenfalls öffentlich-rechtliche Organisationsformen als Subventionsempfänger ausnahm.¹⁷² Mit der beihilfenrechtlichen Überlagerung des nationalen Subventionsrechts setzte jedoch eine Verrechtlichung auch dieses Rechtsbereichs ein. Der dem Beihilfenrecht zugrunde liegende Unternehmensbegriff führte zu einer Erfassung auch öffentlicher Unternehmen im weitesten Sinne. Danach sind nicht nur privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen, sondern auch staatliche Organisationsverbünde wie interkommunale Zweckverbände, Eigenbetriebe oder Gemeinden erfasst.¹⁷³ Wie im Kartellrecht und bei den Grundfreiheiten ausgenommen sind allein hoheitliche Tätigkeiten; ob eine Tätigkeit nach Kommunalrecht als nicht-wirtschaftlich qualifiziert wird, ist ohne Belang.¹⁷⁴

Fraglich ist auch im Beihilfenrecht, wie mit Quersubventionierungen innerhalb eines „Konzerns“ oder sogar innerhalb eines einzelnen öffentlichen Unternehmens umzugehen ist.¹⁷⁵ Damit stellt sich auch im Beihilfenrecht die Frage nach einem Inhouse-Privileg für verwaltungsinterne Finanzzuweisungen.

Finanzzuweisungen innerhalb einer staatlichen Unternehmensgruppe sollen nach der Rspr. des EuGH dem Beihilfenbegriff unterfallen können.¹⁷⁶ Auch im Falle von Quersubventionierungen zwischen rechtlich nicht selbstständigen Teilen ein und desselben öffentlichen Unternehmens wird die Einschlägigkeit des funktionalen Unternehmensbegriffs für möglich gehalten, da die von dem öffentlichen Unternehmen verwalteten Mittel als staatlich angesehen werden können; Voraussetzung sei jedoch die Selektivität der Mittelzuweisung.¹⁷⁷

Die beihilfenrechtliche Kontrolle dehnt sich insofern stärker in den Bereich der Eigenerledigung aus, als dies im Kartellrecht und Kartellvergaberecht der Fall ist,

¹⁷⁰ Zum Erfordernis der staatlichen Herkunft der Mittel *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 30f.

¹⁷¹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 29; zur Bindung der Kommunen *Petzold*, in: Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht, S. 23.

¹⁷² Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rn. 8; § 264 Abs. 7 S. 2 StGB bezieht öffentliche Unternehmen ausdrücklich in den Anwendungsbereich mit ein.

¹⁷³ *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 (275).

¹⁷⁴ *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 (275).

¹⁷⁵ *Kliemann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 107 Rn. 34.

¹⁷⁶ *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 (278); *Kliemann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 107 Rn. 34.

¹⁷⁷ *Kliemann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 107 Rn. 34.

weil auch Subventionsverhältnisse innerhalb des staatlichen Organisationszusammenhangs vom Beihilfenbegriff erfasst werden können.

b) Das Erfordernis einer selektiven Begünstigung

Nach hier vertretener Auffassung kann das Beihilfenrecht jedoch nur dort Anwendung finden, wo das Vergaberecht selbst kein wettbewerbliches Verfahren für eine marktliche Beschaffung vorsieht, weil ansonsten die Anwendung des Vergaberechts die Möglichkeit einer Begünstigung von vornherein ausschließt.¹⁷⁸ Eine Begünstigung liegt nämlich allein im Falle eines selektiven wirtschaftlichen Vorteils vor, dem keine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht.¹⁷⁹ Das Vorliegen einer marktgerechten Gegenleistung wird jedoch im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens indiziert.¹⁸⁰

Ein Anwendungsbereich verleiht damit da, wo mangels Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens eine Begünstigung nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, also insbesondere in den hier interessierenden Bereichen der Eigenerledigung i. e. S. der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (§ 108 GWB), im Bereich der Remondis-Ausnahme sowie im Falle von Direktvergaben nach der VO (EG) 1370/2007. Hier gerät die Privilegierung der Öffentlichen Hand tatsächlich in Konflikt mit dem europäischen Beihilfenrecht.¹⁸¹

Ob dem Beihilfenrecht in diesen Bereichen jedoch eine „Impulsfunktion“ für die Herausbildung eines Primärvergabeverfahrens beigemessen werden kann, muss in Frage gestellt werden.¹⁸² Denn das Beihilfenrecht verlangt nicht die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zum Nachweis eines marktüblichen Entgelts, sondern lässt hierfür auch ein Gutachten ausreichen.¹⁸³ Dem Beihilfenrecht lassen sich also keine notwendigen Vorgaben für

¹⁷⁸ Diese Ausschlusswirkung für das Kartellvergaberecht nimmt an *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 33, 35; *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 (277); in diese Richtung auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 26; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 89; *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 32; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 196.

¹⁷⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 39; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 10; *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 202.

¹⁸⁰ *Fuchs*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 15 Rn. 12; vorsichtiger *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 204.

¹⁸¹ So auch *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 12; *Säcker/Wolf*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 11; *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 32; s. auch *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, S. 207 ff.

¹⁸² *Kühling/Huerkamp*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 32.

¹⁸³ *Kühling/Huerkamp*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 32; *Cremer*, in: *Calliess/*

die Verfahrensgestaltung entnehmen.¹⁸⁴ Zwar besteht in der Praxis womöglich eine Sogwirkung zugunsten der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, da die gutachterliche Ermittlung des Wettbewerbspreises als durchaus schwierig und mit Unsicherheiten behaftet qualifiziert werden kann.¹⁸⁵ Gerade in Bereichen, die unter Rückgriff auf die Inhouse-Privilegien rekommunalisiert werden, wird jedoch regelmäßig zum rechtssicheren Ausschluss einer begünstigenden Wirkung eine Überprüfung des Konzessions- bzw. Dienstleistungsvertrags auf gutachterlichem Wege erfolgen.¹⁸⁶

Soweit dies jedoch nicht möglich ist, bleibt nur der Weg über ein Ausschreibungsverfahren, um das Vorliegen einer Begünstigung auszuschließen. Nur insofern kann dem Beihilfenrecht also eine Impulsfunktion zugunsten einer vergabewettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge zukommen.

Führt die Öffentliche Hand in diesen Fällen dennoch kein wettbewerbliches Vergabeverfahren durch und nimmt damit das Vorliegen einer Begünstigung in Kauf, ist die Beihilfengewährung jedoch nicht per se unvereinbar mit dem Binnenmarkt. Im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hat sich eine differenzierte und auf die Rspr. des EuGH in der Rs. Altmark Trans zurückzuführende Dogmatik zur Zulässigkeit der Subventionierung entsprechender Wirtschaftsbereiche herausgebildet.¹⁸⁷ Auch im Falle unionskonformer öffentlicher Monopole findet das Beihilfenrecht keine Anwendung.¹⁸⁸

Darüber hinaus stellt sich auch für das Beihilfenrecht die Frage, ob nicht ein Grundsatz der Beihilfenrechtsfreiheit der Eigenerledigung Anerkennung finden müsste. Insofern streitet nach hier vertretener Auffassung Art. 291 Abs. 1 AEUV

Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 14; dies verkennt *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 128.

¹⁸⁴ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 32.

¹⁸⁵ *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, 731 (734); *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 14 weist darauf hin, dass die Vergabe auch nach der Auffassung der Kommission die „beste Möglichkeit“ darstelle, vgl. den 29. Wettbewerbsbericht der Kommission, 1999, SEK(2000) 720 endg., Ziff. 235; in diese Richtung auch *Petzold*, in: Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht, S. 26.

¹⁸⁶ *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 (277).

¹⁸⁷ S. dazu grundlegend *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, Az.: C-280/00 („Altmark Trans“) = ECLI:EU:C:2003:415; s. auch näher *Kleve/Gayger*, NVwZ 2018, 273 (275); *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 3: Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 127 ff.; spezifisch für lokale Infrastrukturförderungen *Bonhage/Dieterich*, EuZW 2018, 716 (717 ff.).

¹⁸⁸ *Petzold*, in: Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht, S. 29 f.; s. auch *Bonhage/Dieterich*, EuZW 2018, 716 (718) und *Danker*, DVBl. 2017, 340.

i. V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV für eine entsprechend reduzierte Anwendbarkeit auch des Beihilfenrechts im Binnenbereich der Verwaltung.¹⁸⁹

II. Verfassungsvergaberecht

Wie gezeigt, strukturieren Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG das Beschaffungsverhalten der Öffentlichen Hand.¹⁹⁰ Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob sie auch einen Vergabewettbewerb erzwingen, wenn die Öffentliche Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge zugreift.

1. Art. 12 Abs. 1 GG

Eine solche marktöffnende Funktion wird zunächst in Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG abgelehnt, da dieser weder einen Anspruch auf Beleihung, auf Einbeziehung in die Bedarfsdeckung i. S. fiskalischer Hilfsgeschäfte noch auf funktionale Privatisierung gewähren soll.¹⁹¹ Es handelt sich in diesen Bereichen vielmehr um eine „konstitutive Veranlassung“¹⁹², die mit keinem subjektiven Recht korreliert. Nur präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt eröffnen einen Anspruch auf Eröffnung des Zugangs nach Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁹³ Demgegenüber eröffnen die Tatbestände funktionaler Privatisierung der Behörde einen Ermessensspielraum über die Einbindung Dritter; damit werden also gerade keine grundrechtlichen Freiheiten wiederhergestellt.¹⁹⁴ Gleiches gilt für Beleihungstatbestände und bei der Bedarfsdeckung. Die privaten Konkurrenten erleiden durch die unterlassene Marktöffnung also so lange keine Freiheitseinbuße, bis die staatliche Veranlassung eine bisher nicht geöffnete Tätigkeit dem Wettbewerb öffnet.¹⁹⁵

¹⁸⁹ I. E. ebenso *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, *GWB*, § 108 Rn. 12, die jedoch auf das Recht des europäischen Gesetzgebers abstellen, das Primärrecht durch Sekundärrecht in dieser Hinsicht zu konkretisieren; der Mangel an Abstimmung der Regime führt aktuell noch zu differierenden Ergebnissen, s. *Gyulai-Schmidt*, *VerwArch* 109 (2018), 242 (259).

¹⁹⁰ S. dazu schon Kapitel 1, S. 68 ff.

¹⁹¹ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 114 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 210; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 346.

¹⁹² Begriff nach *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252.

¹⁹³ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252.

¹⁹⁴ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252.

¹⁹⁵ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 273; *Nettesheim*, *NVwZ* 2009, 1449 (1453) verneint insofern den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG.

Und auch die Vergabeentscheidung selbst führt zu keiner Freiheitseinbuße.¹⁹⁶ Denn Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt keinen Anspruch auf Erfolg im Vergabewettbewerb.¹⁹⁷

An Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden kann allein die vorhergehende Monopolisierung der Tätigkeiten in öffentlicher Hand.¹⁹⁸ Damit stellt sich die Frage, ob bereits mit der Monopolisierung die verfassungsrechtliche Pflicht einhergehen kann, Privaten einen Anspruch auf Verwaltungshilfe einzuräumen.¹⁹⁹ Dies wurde vom BVerwG jedenfalls unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in Erwägung gezogen, wenn eine Monopolisierung bisher tätige Unternehmen aus einem Sektor verdrängt.²⁰⁰ Ein verfassungswidriges Monopol zwingt jedoch nicht zur Einbindung Privater in die staatliche Aufgabenerfüllung oder überhaupt zur Privatisierung der Aufgabe, sondern nur zur Zulassung Privater neben oder anstatt staatlicher Leistungserbringung.²⁰¹

Anderes könnte jedoch gelten, wenn private Wirtschaftsteilnehmer im Wege der Liberalisierung bereits auf einem Markt zugelassen wurden und dieser damit geöffnet wurde. In diesem Fall stellt sich der exklusive Zugriff der Öffentlichen Hand auf die Aufgabenerfüllung im Wege der Selbstvergabe womöglich als neuerliche Monopolisierung dar. Praktisch relevant ist dieser Fall im ÖPNV geworden, weil diesem mit dem Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehrsbedienung im Grundsatz ein liberalisiertes Regime zugrunde liegt. Hier könnte sich eine Direktvergabe an die Öffentliche Hand als neuerliche Monopolisierung oder jedenfalls als eine damit vergleichbare Konstellation darstellen, die dann an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden müsste.²⁰² Indes wird überwiegend auch im Falle der Direktvergabe ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG abgelehnt, weil eine Monopolisierung voraussetze, dass der private Dritte gänzlich, also auch außerhalb des

¹⁹⁶ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 273.

¹⁹⁷ *Antweiler*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: *GWB*, § 97 Abs. 4 Rn. 31; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 273.

¹⁹⁸ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252; *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (869); vgl. auch *Bungenberg/Schelhaas*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: *GWB*, § 131 Rn. 46; kritisch indes *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Band 1: Art. 12, Rn. 64.

¹⁹⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252 f.

²⁰⁰ *BVerwG*, Urt. v. 27.5.1981, Az.: VII C 34.77 (juris Rn. 13) = *BVerwGE* 62, 224 (229); *BVerwG*, Urt. v. 26.10.1995, Az.: 3 C 10/94 = *NJW* 1996, 1608 (1610); dazu *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 253.

²⁰¹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 227 f.

²⁰² Dies bejaht *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (868 ff.), der sodann auch die Möglichkeit einer Rechtfertigung des privilegierten Zugriffs der Öffentlichen Hand ablehnt (a. a. O., S. 870 f.); ebenso *Bungenberg/Schelhaas*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: *GWB*, § 131 Rn. 47; in diese Richtung auch *Nettesheim*, NVwZ 2009, 1449 (1453); diesen Prämissen folgend stritte Art. 12 Abs. 1 GG im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs im Bereich des ÖPNV zugunsten der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, so auch *Pünder*, in: ders., Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 59, anders jedoch sodann S. 61.

Zuständigkeitsbereichs der Behörde, von der Erbringung von ÖPNV-Leistungen ausgeschlossen wird.²⁰³

Gleiches gilt im Falle des § 46 EnWG. Auch hier wurde der Zugriff auf die Strom- und Gasnetze liberalisiert, sodass sich der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand im Falle einer Qualifikation als Monopolisierung an Art. 12 Abs. 1 GG messen lassen muss. Indes erfolgt mit dem öffentlichen Zugriff auf eine Strom- oder Gasnetz-konzession kein vollständiger Ausschluss von der Möglichkeit, überhaupt entsprechende Netzleistungen zu erbringen.

Auch für den Bereich der Abfallentsorgung wurde diskutiert, ob mit Normierung des Prinzips der Verursacherverantwortung eine Privatisierung der Abfallentsorgung dergestalt stattgefunden habe, dass Privaten nunmehr der Erstzugriff auf die Abfallentsorgung eingeräumt worden sei; daraus folgend sollte sich ein Anspruch auf Einbindung Dritter nach § 22 KrWG ergeben.²⁰⁴ Diese Auffassung hat sich berechtigterweise nicht durchgesetzt, weil die weiterhin nach § 17 KrWG bestehenden Überlassungspflichten eine zulässige Monopolisierung der Abfallentsorgung in öffentlicher Hand darstellen, sodass die anschließende Einbindung Dritter als „konstitutive Veranlassung“ gerade keinen aus Art. 12 Abs. 1 GG fließenden Anspruch begründen kann.²⁰⁵

Auch im Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung bestehen bis heute staatliche Monopole, die für verfassungsrechtlich zulässig erachtet werden.²⁰⁶ Auch in diesen Bereichen kann Art. 12 Abs. 1 GG daher nicht maßstabsbildend herangezogen werden.²⁰⁷

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Während Art. 12 Abs. 1 GG die maßstabsbildende Funktion für das Verfassungsvergaberecht weitgehend abgesprochen wird, wird Art. 3 Abs. 1 GG regelmäßig weitreichende Bedeutung zugemessen, weil dessen Anwendbarkeit keiner Verkürzung eines Freiheitsrechts bedarf.²⁰⁸ Art. 3 Abs. 1 GG schützt die „gerechte Verteilung der erstrebten Handlungsaufträge“²⁰⁹. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet

²⁰³ *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 46 f.; *Polster*, NZBau 2010, 662 (666); *Pünder*, in: ders., Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 58 f.; VK *Südbayern*, Beschl. v. 15. 10. 2015, Az.: Z3-3-3194-1-36-05/15 = BeckRS 2016, 44456 Rn. 211.

²⁰⁴ So *Kahl*, DVBl. 1995, 1327 (1330).

²⁰⁵ Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 252; *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 17 Rn. 41 ff.

²⁰⁶ S. im Einzelnen Kapitel 2, S. 82 ff. und S. 96 ff.

²⁰⁷ Für den Bereich der Abfallentsorgung *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 114 Fn. 587.

²⁰⁸ *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 115.

²⁰⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 273.

Auftraggeber dafür primär, bei der Auswahl der am Auftrag Interessierten sachgerechte Kriterien zugrunde zu legen.²¹⁰ Um diesen Anspruch auf Gleichbehandlung im Ergebnis durchzusetzen, drängt Art. 3 Abs. 1 GG zugleich auch auf eine Gleichbehandlung im Verfahren.²¹¹ Dafür wird die Information aller potentiellen Bieter über den zu vergebenden Auftrag durch eine adäquate Bekanntmachung für erforderlich erachtet, auch wenn im Einzelfall Ausnahmen von diesem Erfordernis gerechtfertigt sind.²¹²

Die maßstabbildende Funktion setzt damit zu einem Zeitpunkt an, in dem sich der Auftraggeber bereits zugunsten einer marktlichen Beschaffung im Vergabewettbewerb entschieden hat. Für den vorliegenden Kontext von Interesse ist es jedoch, wie weitreichend Art. 3 Abs. 1 GG auch in den Bereich vor Wettbewerbseröffnung hinein wirkt. Ab welchem Zeitpunkt lässt sich von einer an Art. 3 Abs. 1 GG zu messenden Verteilungsentscheidung sprechen, wenn die Öffentliche Hand selbst auf Aufgaben zugreift? Für erforderlich erachtet wird eine gleichheitswidrige Beeinträchtigung in der Rechtssphäre des Privaten, um den allgemeinen Gleichheitssatz zu aktivieren.²¹³ Zweifelhaft ist jedoch bereits, ob es sich im Falle des originären Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand im Wege der Eigenerledigung überhaupt um einen mit der Auftragsvergabe an Private vergleichbaren Sachverhalt handelt. Insofern ist in Hinblick auf die Eigenschaften der zu vergleichenden Gegenstände zu beurteilen, ob diese als gleich gelten können.²¹⁴ Dies wird für den Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne abgelehnt werden können, weil es hier schon an einer Beschaffung bei einem Dritten fehlt. Eine gleichheitswidrige Bevorteilung scheidet mithin aus, wenn die Aufgabe den binnenorganisatorischen Bereich des Aufgabenträgers gar nicht verlässt.

Schwieriger ist dies im Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne zu beurteilen, wo jedenfalls eine Beschaffung bei einem Dritten vorliegt, der jedoch nicht der privaten, sondern der staatlichen Sphäre zuzurechnen ist. Anders als im Falle der Grundfreiheiten reicht für Art. 3 Abs. 1 GG nicht bereits eine Beeinträchtigung des Marktzutritts.²¹⁵ Erforderlich für dessen Anwendbarkeit ist es vielmehr, dass die Beschaffung bei der Einheit der Öffentlichen Hand der bei einem Privaten vergleichbar ist. Dies wird immer nur dann zu bejahen sein, wenn die Einheit der Öffentlichen Hand in einer privaten Wirtschaftsteilnehmern vergleichbaren Weise am Markt tätig ist. In Anlehnung an die zur Inhouse-Ausnahme entwickelten Kriterien könnte daher in verfassungsrechtlicher Hinsicht immer dann die Einschlägigkeit des

²¹⁰ Pünder, VerwArch 95 (2004), 38 (42 f.).

²¹¹ Pünder, VerwArch 95 (2004), 38 (50).

²¹² Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 39; Pünder, VerwArch 95 (2004), 38 (50); Puhl, VVDStRL 60 (2001), 455 (479); Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 30.

²¹³ Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 35.

²¹⁴ Kischel, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 15.

²¹⁵ S. zu den grundfreiheitlichen Wertungen bereits in diesem Kapitel, S. 178 ff.

Art. 3 Abs. 1 GG verneint werden, wenn die Einheit der Öffentlichen Hand in einem zur Eigenerledigung im engeren Sinne vergleichbaren Verhältnis zu ihrem Rechtsträger steht. Erforderlich wäre mithin das Bestehen einer Kontrolle wie über eigene Dienststellen und die Verrichtung der Tätigkeit im Wesentlichen für den Rechtsträger.

Auch im Bereich der Verwaltungskooperation käme Art. 3 Abs. 1 GG dann kein Anwendungsbereich zu, soweit die Verwaltungskooperation keine privaten Wirtschaftsteilnehmern vergleichbare Marktteilnahme darstellt. Dies wird zunächst im Falle der aufgabenbefreienden Delegation zu bejahen sein, weil es sich hierbei um keinen Fall der Marktteilnahme, sondern der verwaltungsinternen Organisation der Aufgabenträgerschaft handelt. Im Falle der Mandatierung könnten die Voraussetzungen der Instate-Ausnahme herangezogen werden, um den Bereich tauglicher Vergleichsgruppen näher zu spezifizieren.

Eine gesonderte Betrachtung bedarf in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG der bereits liberalisierte Bereich des ÖPNV. Aufgrund der Liberalisierung setzt Art. 3 Abs. 1 GG hier bereits früher an und beansprucht auch schon Geltung im Bereich der Eigenerledigung.²¹⁶ Auch im Rahmen des § 46 EnWG wird eine vollständige Bindung der Gemeinden an Art. 3 Abs. 1 GG befürwortet, wonach auch der Aufgabenzugriff im Inhouse-Bereich an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen sei.²¹⁷ Aufgrund der vollständigen Liberalisierung des Marktes stellt sich der Aufgabenzugriff hier in Gänze als gleichheitsrelevanter Vorgang dar.

Indes bedeutet dies keine Pflicht zur Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, wie es für § 46 EnWG angenommen wird. Der Ausschluss eines solchen Verfahrens durch die Direktvergabemöglichkeit im ÖPNV wird in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG deshalb für gerechtfertigt erachtet, weil sie nicht generell der Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens entgegensteht, sondern trotz Direktvergabeabsicht konkurrierende Bewerbungen auch im Falle der Direktvergabe zulässt, über die sodann gleichheitsgerecht entschieden werden kann.²¹⁸

Ob darüber hinaus auch ein vollständiger Ausschluss konkurrierender Bewerbungen mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar wäre, führt auf die Frage hinaus, ob ein legitimes Interesse der Öffentlichen Hand an einem gegenüber privaten Wettbewerbern privilegierten Zugriff begründet werden kann, das die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag. Die Frage, ob das GG einen dem europäischen Primärrecht vergleichbaren Schutz der Verwaltungsorganisation gegenüber Privaten kennt, ist bisher – soweit ersichtlich – nicht erörtert worden. Für die kommunale Ebene in Betracht gezogen werden könnten dafür womöglich die Wertungen des Art. 28

²¹⁶ Für den ÖPNV *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 48.

²¹⁷ So *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (343); *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 333.

²¹⁸ *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 48.

Abs. 2 GG.²¹⁹ Deren Heranziehbarkeit im grundrechtlichen Kontext ist jedoch fraglich. Konsens besteht insofern, als Art. 28 Abs. 2 GG nicht als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Freiheitsgrundrechte herangezogen werden darf.²²⁰ Damit ist noch nicht gesagt, ob eine Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG als legitimer Zweck im Rahmen der Verhältnismäßigkeitserwägungen ausscheidet.²²¹ Art. 3 Abs. 1 GG liegt als Gleichheitsgrundrecht zudem eine eigenständige Dogmatik zugrunde, auf die die freiheitsgrundrechtliche Schrankensystematik und der Gesetzesvorbehalt nicht anwendbar sind.²²² Es wird jedoch weitergehend angenommen, Art. 28 Abs. 2 GG entfalte aufgrund seines staatsorganisationsrechtlichen Charakters generell keine *unmittelbaren* Wirkungen im Verhältnis Bürger – Gemeinden.²²³ Danach kann der über Art. 28 Abs. 2 GG vermittelte Schutz der kommunalen Organisationsautonomie nicht als abwägungsfähiger Belang in die Rechtfertigungsprüfung einfließen.

Als abwägungsfähige Belange können im Einzelfall jedoch die Sicherstellung der hinreichenden Leistungsfähigkeit öffentlicher Unternehmen sowie der Erhalt des Bestands und der Funktionsfähigkeit öffentlicher Unternehmen herangezogen werden.²²⁴ Darüber hinaus spielt auch die im Daseinsvorsorgekontext relevante Pflicht zur Gewährleistung ausreichender Versorgung einen nicht zu vernachlässigenden Legitimationsgrund öffentlicher Leistungserbringung. Schließlich wird das öffentliche Interesse an einer effizienten Verwaltung als abwägungsfähiger Belang qualifiziert.²²⁵ Die Rechtfertigung eines vollständigen Ausschlusses privater Bewerbungen muss insofern in Anlehnung an die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Monopolisierung erfolgen.

III. Referenzbereich Wasserkonzessionen

Die primär- und verfassungsvergaberechtliche Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs lässt sich am Referenzbereich der Wasserversorgung zeigen, da

²¹⁹ Näher noch zum Schutz der kommunalen Organisationsautonomie sogleich in diesem Kapitel, S. 215 ff.

²²⁰ *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 12; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 140.

²²¹ Insofern zu pauschal *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (871).

²²² *Hufen*, Staatsrecht II, § 39 Rn. 14.

²²³ So *Engels*, Kommunale Selbstverwaltung, S. 402; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 689 ff.; s. auch m. w. N., jedoch abweichend *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 138 f.; davon zu unterscheiden sind sehr wohl an Art. 28 Abs. 2 GG zu messende mittelbare Wirkungen, wenn der Bund zulasten der Gemeinden und zugunsten privater Wirtschaftsteilnehmer Aufgaben verlagert, vgl. *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 692; s. dazu auch noch in diesem Kapitel, S. 215 ff.

²²⁴ *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 184 f.; daran für den ÖPNV indes zweifelnd *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (870).

²²⁵ *Wollenschläger*, Staatliche Verteilungsverfahren, S. 40.

die Vergabe von Wasserkonzessionen vom Kartellvergaberecht ausgenommen worden ist²²⁶ und das Haushaltsvergaberecht im engeren Sinne die Vergabe von Konzessionen nur lückenhaft strukturiert.²²⁷

Aufgrund der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB ist umstritten, ob für die Vergabe von Wasserkonzessionen primärvergaberechtliche Wertungen überhaupt noch herangezogen werden dürfen. Dies wird in der Literatur teilweise abgelehnt.²²⁸ Der Streit führt auf die grundlegende Frage des Verhältnisses des vom europäischen Gesetzgeber kodifizierten Sekundärvergaberechts zum Primärvergaberecht hinaus. So könnte die „autoritative Legitimität des institutionellen Gesetzgebungsprozesses“ zugunsten einer Ausnahme der Vergabe von Wasserkonzessionen auch aus dem Primärvergaberecht sprechen; indes spricht eine normenhierarchische Deutung zugunsten eines Vorrangs primärvergaberechtlicher vor sekundärvergaberechtlichen Wertungen, sodass das Primärvergaberecht auch in sekundärrechtlich ausgenommenen Bereichen weiterhin Anwendung finden kann.²²⁹ Die Grundfreiheiten werden dementsprechend als primärvergaberechtliches Verteilungsregime für Wasserkonzessionen entfaltet, soweit deren Vergabe ein grenzüberschreitender Bezug zugemessen werden kann.²³⁰

Der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Wasserkonzessionen erfolgt danach im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne sowie im Falle des Vorliegens der Inhouse-, Instate- und Remondis-Voraussetzungen außerhalb primärvergaberechtlicher Strukturierung, weil hier der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung einer Heranziehung der Grundfreiheiten im Wege steht.²³¹ Soweit die Ausnahmevoraussetzungen aber überschritten werden, richtet sich sowohl die Selbst- als auch Kooperationsvergabe nach primärvergaberechtlichen Grundsätzen; gleiches gilt im Falle einer Fremdvergabe an die Öffentliche Hand.²³² Dabei spielen die Grundfreiheiten die tragende Rolle bei der Strukturierung der Vergabe von Wasserkonzessionen.

Die Bedeutung des allgemeinen Kartellrechts für die Vergabe von Wasserkonzessionen ist hingegen bisher nur in Ansätzen entfaltet worden.²³³ Zu berücksichtigen

²²⁶ S. näher Kapitel 5, S. 318 ff.

²²⁷ S. näher Kapitel 8, S. 364; auch § 46 EnWG findet keine Anwendung auf Wasserkonzessionsvergaben, *Huber*, in: *Kment*, EnWG, § 46 Rn. 12.

²²⁸ So *Jacob/Schmidt*, RdE 2016, 114 (120).

²²⁹ *Kühling/Huerkamp*, in: *Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 16; so auch *Gankse*, in: *Landmann/Rohmer*, WHG, § 56 Rn. 82.

²³⁰ *Schröder*, NVwZ 2017, 504; *Heller*, EWeRK 2016, 210; *Sudbrock*, KommJur 2014, 41; *Herten-Koch*, EWeRK 2013, 248; *Brining*, in: *Kment*, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 109.

²³¹ S. bereits in diesem Kapitel, S. 178 ff.

²³² S. zu den Verfahrensanforderungen noch Kapitel 9, S. 398 ff.

²³³ S. *Heller*, EWeRK 2016, 210 (212 f.) und nunmehr *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 21.3.2018, Az.: VI – 2 U (Kart) 6/16 = ECLI:DE:OLGD:2018:0321.VI8211.2U.KART6.1.00 sowie *OLG*

ist zunächst, dass der Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen nach § 31 GWB privilegiert wird, weil das Kartellverbot des § 1 GWB keine Anwendung findet. Indes findet die Missbrauchskontrolle, der auch in den Verfahren um § 46 EnWG zentrale Bedeutung zukam, weiterhin Anwendung, § 31b Abs. 6 GWB. Ein § 31 GWB entsprechendes Privileg für die Wasserwirtschaft im europäischen Kartellrecht findet sich darüber hinaus nicht.²³⁴ Insofern ergibt sich für die marktbeherrschenden Auftraggeber auch aus § 19 GWB und Art. 102 AEUV die Pflicht, Wasserkonzessionen in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu vergeben.²³⁵ Ob sich hieraus indes ein gegenüber den primärvergaberechtlichen Wertungen abweichender Maßstab ergibt, ist zweifelhaft. Insbesondere findet auch im Kartellrecht mit dem Konzernprivileg eine Ausnahme Anerkennung, die einen privilegierten Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand im Inhouse- und Instate-Bereich legitimiert. Eine besondere gesetzgeberische Anordnung wie in § 46 EnWG, die einen Rückgriff auf das Konzernprivileg sperren würde, findet sich im Wasserbereich gerade nicht.²³⁶

Art. 3 Abs. 1 GG wurde bisher nicht als Maßstab für die Ausschreibungspflichtigkeit von Wasserkonzessionen entfaltet. Wie gezeigt, entfaltet die Norm jedoch ebenfalls Bindungswirkungen im Falle des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand, soweit die zugreifende Einheit privaten Wirtschaftsteilnehmern vergleichbar ist. Ein gegenüber den primärvergaberechtlichen Wertungen abweichender Bereich ausschreibungsfreier Eigenerledigung ergibt sich hieraus jedoch nicht.²³⁷

B. Das Primär- und Verfassungsvergaberecht als Grenze des einfach-rechtlichen Vergaberechts

Primär- und Verfassungsvergaberecht dienen innerhalb des Anwendungsbereichs des einfachen Vergaberechts auch als dessen Grenze: Sie begrenzen die einfach-rechtlichen Möglichkeiten, die Öffentliche Hand beim Aufgabenzugriff auf Daseinsvorsorgeleistungen zu privilegieren und setzen zugleich einer überbordenden wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs Grenzen.

Düsseldorf, Urt. v. 13.6.2018, Az.: VI-2 U 7/16 [Kart] 90 O 57/16 LG Köln = ECLI:DE:OLGD:2018:0613.VI2U7.16KART90O57.00 und daran anknüpfend *Faasch/Gewehr*, Versorgungswirtschaft 2019, 265; *Gesterkamp*, VergabeR 2020, 705.

²³⁴ *Heller*, EWeRK 2016, 210 (212).

²³⁵ *Heller*, EWeRK 2016, 210 (212); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 21.3.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16 Rn. 69 f.

²³⁶ Dies deutet auch an *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 21.3.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16 Rn. 71; anders aber *Gesterkamp*, VergabeR 2020, 705 (710 f.), der das Konzernprivileg für nicht anwendbar erachtet; s. auch *Heller*, EWeRK 2016, 210 (213), der die Grundsätze zu § 46 EnWG scheinbar für übertragbar erachtet; undeutlich *Faasch/Gewehr*, Versorgungswirtschaft 2019, 265 (266), die die Voraussetzungen für eine Inhouse-Ausnahme für typischerweise nicht erfüllt erachten.

²³⁷ Zu den aus Art. 3 Abs. 1 GG fließenden verfahrensrechtlichen Anforderungen s. noch Kapitel 9, S. 400 ff.

I. Primär- und verfassungsrechtliche Grenzen einer Privilegierung der Öffentlichen Hand beim Aufgabenzugriff

Die Öffentliche Hand wird beim Aufgabenzugriff auf Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Kartellvergaberecht durch § 108 GWB, im Haushaltsvergaberecht durch die Anerkennung der Inhouse- und Instate-Ausnahme und in der VO (EG) 1370/2007 durch die Möglichkeiten einer Direktvergabe privilegiert. Die Privilegierungen scheinen damit in eine Spannungslage zum Primär- und Verfassungsvergaberecht zu geraten, weil diese der Frage der Aufgabenerfüllung durch private Wirtschaftsteilnehmer oder durch die Öffentliche Hand im Grundsatz neutral gegenüberstehen.²³⁸

1. Die Grenzfunktion der Grundfreiheiten

Als Prüfungsmaßstab kommen zunächst die das Primärvergaberecht wesentlich konstituierenden Grundfreiheiten in Betracht.

a) Privilegierung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit durch § 108 GWB und im Haushaltsvergaberecht

So stellt sich zunächst die Frage nach der Vereinbarkeit des § 108 GWB mit dem europäischen Primär(vergabe)recht.²³⁹ Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass auch ein Fall einer für die Eröffnung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten erforderlicher grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Die nahezu 1:1 erfolgte Umsetzung des Art. 17 RL 2014/23/EU, des Art. 12 RL 2014/24/EU und des Art. 28 RL 2014/25/EU in § 108 GWB rückt deshalb dessen primärrechtliche Grundlagen in den Fokus des wissenschaftlichen Interesses. Denn das Sekundärvergaberecht ist primärrechtskonform ausulegen; das Primärvergaberecht dient als „Auslegungs-, Umsetzungs- und Anwendungsvorgabe“ sowie als äußerste Grenze des Sekundärrechts.²⁴⁰ Insofern kann sekundärrechtlich nichts erlaubt sein, was primärrechtlich verboten ist.

Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf vom Unionsgesetzgeber geschaffenes Recht wird indes teilweise bezweifelt. Die Frage führt auf das Grundverständnis von der Funktion der Grundfreiheiten zurück. Nach einer Ansicht in der Literatur handelt es sich bei den Grundfreiheiten um allein die Mitgliedstaaten bindende transnationale Freiheitsrechte, nicht jedoch um auch die Union bindende grundrechtsgleiche Gewährleistungen. Die Grundfreiheiten seien beschränkt auf die

²³⁸ S. zur Neutralität schon Kapitel 2, S. 148 ff.

²³⁹ Die Frage ausdrücklich aufwerfend *Frenz*, DVBl. 2017, 740; auf die Spannungslage ebenfalls hinweisend *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 9.

²⁴⁰ *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 30 f.

Funktion von Kollisionsnormen im Falle doppelter Regelungszuständigkeit, die bei unionsrechtlicher Harmonisierung nicht vorliegen könne.²⁴¹ Nach überwiegender und auch vom EuGH vertretener Ansicht ist hingegen auch Unionsrecht an den Grundfreiheiten zu messen.²⁴²

Ein Verstoß des § 108 GWB gegen die Grundfreiheiten scheidet jedoch aus. Wie bereits dargelegt, werden Inhouse- und Instate-Ausnahme auch im Primärvergaberecht anerkannt und können aus dem Grundsatz der Verwaltungsautonomie hergeleitet werden.²⁴³

Die Grundfreiheiten kommen weiterhin als Prüfungsmaßstab für das haushaltsvergaberechtliche Inhouse- und Instate-Privileg in Betracht, soweit ein grenzüberschreitender Sachverhalt bejaht werden kann. Auch hier liegt jedoch kein Verstoß gegen die Grundfreiheiten vor, soweit sich die haushaltsrechtliche Privilegierung im Rahmen der vom EuGH aufgestellten Inhouse- und Instate-Voraussetzungen bewegt.²⁴⁴

b) Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007

Auch die Direktvergabemöglichkeit des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 könnte an den Grundfreiheiten zu messen sein. Indes ist schon fraglich, ob die VO überhaupt an den Grundfreiheiten gemessen werden kann, weil Art. 56 AEUV jedenfalls die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Verkehrsdienstleistungen sperrt.

Soweit sich aus den weiteren grundfreiheitlichen Bestimmungen dennoch primärvergaberechtliche Wertungen für die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 gewinnen lassen,²⁴⁵ liegt ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten fern. Wie gezeigt, akzeptieren die Grundfreiheiten einen ausschreibungsfreien Bereich der Eigenerledigung.

2. Die Grenzfunktion der deutschen Grundrechte

Als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen weiterhin die deutschen Grundrechte. Da das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB in Umsetzung der Vergaberechtsrichtlinien erlassen wurde und die hier gegenständliche Norm des § 108 GWB

²⁴¹ Calliess, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, S. 359 ff.; s. auch Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV, Art. 36, Rn. 109 f.

²⁴² S. nur *EuGH*, Urt. v. 12. 7. 2005, Az.: C-171/04 Rn. 47 = ECLI:EU:C:2005:449; Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 53.

²⁴³ S. näher in diesem Kapitel, S. 183 ff.

²⁴⁴ S. zu dieser primärrechtskonformen Auslegung des Inhouse- und Instate-Privilegs im Haushaltsvergaberecht auch Kapitel 8, S. 360 ff.

²⁴⁵ In diese Richtung *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 53.

vollständig auf Richtlinienrecht beruht, findet entsprechend der Solange-Rspr. des BVerfG eine Kontrolle anhand deutscher Grundrechte jedoch nicht mehr statt.²⁴⁶

Maßstab können sie damit nur für die Anwendungsbereichsprivilegien des Haushaltsvergaberechts sein. Einer mittelbaren Überprüfung anhand nationalen Verfassungsrechts steht auch Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 offen, weil sich die Norm zugunsten strengerer nationaler Vorschriften öffnet und eine Verfassungswidrigkeit von Direktvergaben im ÖPNV damit ein Abweichen von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 verlangen würde.²⁴⁷

a) Inhouse-, Instate- und Remondis-Ausnahme im Haushaltsvergaberecht

Wie bereits gezeigt,²⁴⁸ erkennt aber auch das Verfassungsvergaberecht einen Bereich ausschreibungsfreier Eigenerledigung an. In diesem Bereich wurden die im Verfassungsvergaberecht relevanten Grundrechte für nicht einschlägig befunden. Schon mangels Eingriffscharakters der Eigenerledigung lässt sich aus den Grundrechten daher kein Anspruch auf Ausschreibung ableiten.

b) Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007

Anderes könnte sich jedoch für die Direktvergabemöglichkeit des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 ergeben, wenn sich aus Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG die verfassungsrechtliche Pflicht herleiten ließe, auf die Direktvergabemöglichkeit zu verzichten. Art. 12 Abs. 1 GG wird jedoch auch im Bereich des ÖPNV mangels Monopolisierung im Falle einer Direktvergabe für nicht einschlägig befunden.²⁴⁹ Soweit Art. 3 Abs. 1 GG auf eine Gleichbehandlung drängt,²⁵⁰ sollte dem dadurch genügt werden können, dass im Falle einer Direktvergabe weitere Angebote nicht per se ausgeschlossen, sondern im Falle der Einreichung von Angeboten eine Auswahlentscheidung getroffen wird.²⁵¹

²⁴⁶ S. grundlegend *BVerfG*, Beschl. v. 29.5.1974, Az.: BvL 52/71 = BVerfGE 37, 271 (Solange I); Beschl. v. 22.10.1986, Az.: 2 BvR 197/83 = BVerfGE 73, 339 (Solange II); nunmehr behält sich das BVerfG jedoch vor, unionsrechtlich vollvereinheitlichtes Recht selbst am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen, s. *BVerfG*, Beschl. v. 6.11.2019, Az.: 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

²⁴⁷ *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (868).

²⁴⁸ S. in diesem Kapitel, S. 200 ff.

²⁴⁹ S. dazu bereits in diesem Kapitel, S. 200 f.

²⁵⁰ S. dazu bereits in diesem Kapitel, S. 202 f.

²⁵¹ *Bungenberg/Schelhaas*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: *GWB*, § 131 Rn. 48; für Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 *Polster*, NZBau 2010, 662 (666); *Pünder*, in: *ders.*, *Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs*, S. 61.

II. Primär- und verfassungsrechtliche Grenzen einer wettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs durch das Vergaberecht

Die eingangs²⁵² aufgeworfene Frage nach „Sinn oder Unsinn von Inhouse-Vergaben“ muss zudem nach den primär- und verfassungsrechtlichen Grenzen der wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Verwaltung als „Leitplanken“ des politischen Diskurses fragen. Die Frage nach den Grenzen einer wettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge durch das Vergaberecht geht dabei über die Frage nach der Rechtfertigung von Ausnahmen vom vergaberechtlichen Regime hinaus. Sie fragt nicht nur nach der Zulässigkeit von Ausnahmen, sondern nach einer primär- oder verfassungsrechtlich begründbaren Pflicht zu solchen Ausnahmen, über die sich der Gesetzgeber – wenn überhaupt – nur unter besonderen Voraussetzungen hinwegsetzen darf. Die Frage nach solchen Einflussgrenzen der EU auf die Staatsorganisation der Mitgliedstaaten wird zu einem immer zentraleren Thema, das nach Auffassung Kirchhofs jedoch bisher nicht hinreichend erörtert wird.²⁵³

Fraglich ist jedoch, ob es überhaupt so etwas wie einen „integrationsfesten Kern“ der staatlichen Organisation gibt.²⁵⁴ Der Schutzgehalt der dafür in Betracht kommenden Bestimmungen wird überwiegend jedenfalls für das kommunale Selbstverwaltungsrecht als gering erachtet.²⁵⁵

1. Relevanz der Frage nach Grenzen: Das neue Steuerungsmodell auf dem Vormarsch

Im Kartellvergaberecht hält der EuGH zwar bisher am Definitionselement zweier voneinander verschiedener Rechtssubjekte fest.²⁵⁶ Inwieweit dieser Bereich als ausschreibungsfreier Kern unantastbar ist, wird jedoch zunehmend in Frage gestellt.

So wird die Wertung des Art. 106 Abs. 2 AEUV als Maßstab für den ausschreibungsfreien Bereich der Eigenerledigung effektiviert, um eine Beschränkung der Ausnahme auf Bereiche der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herbeizuführen.²⁵⁷ Die Erfassung auch des Kernbereichs der Eigenerledigung vom Vergaberecht ist zudem bereichsspezifisch bereits realisiert. So unterwirft § 46 EnWG in der Auslegung durch den BGH auch Eigenbetriebe dem Erfordernis einer

²⁵² S. die Einleitung, S. 30.

²⁵³ Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 80.

²⁵⁴ Kritisch Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 211, wonach es im Wesen einer supranationalen Einrichtung begründet liege, „dass die staatliche Organisation insgesamt von europäischen Einflüssen durchzogen wird“.

²⁵⁵ Aust, Das Recht der globalen Stadt, S. 211.

²⁵⁶ S. dazu noch eingehend Kapitel 5, S. 253 ff.

²⁵⁷ So Frenz, DVBl. 2017, 740.

Teilnahme am Vergabewettbewerb.²⁵⁸ Aber auch im Bereich des ÖPNV weicht die Definition des vom Auftragsbegriff erfassten Bereichs vom allgemeinen kartellvergaberechtlichen Verständnis ab. Nach Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007 werden nicht nur Verträge, sondern allgemein „rechtsverbindliche Akte“ erfasst. Als rechtsverbindlicher Akt gilt ausdrücklich auch jede Entscheidung der zuständigen Behörde, „die Bedingungen enthält, unter denen die zuständige Behörde diese *Dienstleistungen selbst erbringt* oder einen *internen Betreiber* mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut.“²⁵⁹

Auch für das Kartellvergaberecht steht die Forderung im Raum, vom Erfordernis selbstständiger Rechtssubjekte zugunsten einer Erfassung auch des innerbehördlichen Bereichs abzurücken.²⁶⁰ Bisher wird dem Erfordernis selbstständiger Rechtssubjekte zwar noch formal-rechtliche Qualität zugemessen.²⁶¹ Mittels einer institutionenökonomischen Deutung der Leistungsbeziehungen innerhalb der Verwaltung (Prinzipal-Agenten-Theorie) ließe sich indes eine Entwicklung hin zur Ausschreibungsverwaltung forcieren, bei der Verwaltungsleistungen nur noch als Produkte verstanden würden, die mittels Ausschreibungen dem freien Wettbewerb zugeführt werden können.²⁶² Mit dem neuen Steuerungsmodell könnten dafür mit dem Begriff des „Kontrakts“ erfasste Leistungsbeziehungen zwischen Organisationseinheiten innerhalb eines Verwaltungsträgers vom funktionalen Vertragsbegriff erfasst werden.²⁶³ So ließe sich auch der Binnenbereich der Verwaltung mittels des Kartell- und Haushaltsvergaberechts ökonomisieren. Insofern könnte das Vergaberecht zum „Türöffner“ für Wettbewerb innerhalb der Verwaltungsorganisation mutieren.

Eine solchermaßen forcierte Ausdehnung in den Bereich der Eigenerledigung käme zunächst durch das Unionsrecht (bzw. mittels Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH) in Betracht. Andererseits könnte der deutsche Gesetzgeber in Entsprechung zu § 46 EnWG auch für das Kartellvergaberecht oder für das Haushaltsvergaberecht die Ausschreibungspflicht in den Bereich der Eigenerledigung

²⁵⁸ S. dazu noch näher Kapitel 7, S. 348 ff.; eine Ausschreibungspflicht ist für die Abfallentsorgung ebenfalls zumindest bereits angedacht worden, s. *Beckmann/Wittmann*, AbfallR 2011, 55 (57 ff.).

²⁵⁹ S. dazu noch näher Kapitel 6, S. 338 ff.

²⁶⁰ *Säcker/Wolf*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 18 ff.; *Wolf*, VergabeR 2011, 27 (30 ff.); ablehnend gegenüber einer solchen vertikalen Erweiterung des kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereichs hingegen *Burgi*, NZBau 2009, 609 (611); s. dazu noch Kapitel 5, S. 253.

²⁶¹ *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 107.

²⁶² Als Kern der Entwicklung zur Ausschreibungsverwaltung macht diese Denkansätze aus *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (954); zur Prinzipal-Agenten-Theorie in der neuen Institutionenökonomik *Bohne*, Verwaltungswissenschaft, S. 105 f.

²⁶³ An Vertragsbeziehungen im Rechtssinne festhaltend *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 108; zum Kontraktmanagement im Rahmen des New Public Managements *Bohne*, Verwaltungswissenschaft, S. 114 f.

ausdehnen. Indes begegnet eine solche Ausdehnung sowohl primärrechtlichen, als auch verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Organisationsautonomie als absolute Grenze für unionsrechtlich begründete Ausschreibungspflichten

Bereits gezeigt wurde, dass das primäre Unionsrecht nicht auf eine Öffnung des Binnenbereichs der Verwaltung drängt. Die Grundfreiheiten und auch das weitere vergaberechtsrelevante Primärrecht akzeptieren einen ausschreibungsfreien Bereich der Eigenerledigung.²⁶⁴ Fraglich ist jedoch, ob die den mit der Ausschreibungsfreiheit einhergehenden Eingriff in die Grundfreiheiten rechtfertigende Organisationsautonomie zugleich die Funktion einer „absoluten Grenze“ einer Ökonomisierung der Binnenbeziehung von Verwaltungseinheiten darstellt.²⁶⁵

Die Frage, ob eine solche „Integrationsfestigkeit“ der mitgliedstaatlichen Organisationsautonomie existiert, kann als offen qualifiziert werden. In der Literatur finden sich durchaus Stimmen, die die Verwaltungsorganisation als unantastbaren „Identitätsfaktor der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“²⁶⁶ qualifizieren.

In dieser Dimension ist der Grundsatz zudem vom EuGH erstmals in der Rs. Remondis angedacht worden.²⁶⁷ Gegenstand des Verfahrens war die Frage, wann Aufgabenübertragungen zwischen kommunalen Verwaltungsträgern Ausschreibungspflichten nach Kartellvergaberecht unterliegen. Für reine Organisationsakte verneinte der EuGH die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auch unter Verweis auf die Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten und Art. 4 Abs. 2 EUV. So heißt es dazu in Rn. 40 des Urteils: „Ferner ist (...) daran zu erinnern, dass die Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaates unter dem Schutz von Art. 4 II EUV steht, nach dem die Union verpflichtet ist, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der lokalen und regionalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Ob die Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts in der Rs. Remondis zwingend aus Art. 4 Abs. 2 EUV folgt, ließ der EuGH zwar zunächst noch offen, da er bereits die Tatbestandsmerkmale des Auftragsbegriffs für nicht einschlägig erachtete. In einer an das Urteil anknüpfenden Entscheidung

²⁶⁴ S. in diesem Kapitel, S. 183 ff.

²⁶⁵ Kritisch *Kröger*, in: ders./Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, S. 14; ein „formalistisches öffentlich-rechtliches Staatsprivileg“ lehnt ebenfalls ab *Wolf*, VergabeR 2011, 27 (29).

²⁶⁶ von *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 127; in diese Richtung wohl auch *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 80: „Jede Einwirkung auf die Organisationsgewalt der Mitgliedstaaten würde hingegen grundsätzlich auf verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Integrität des deutschen Mitgliedstaates über Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG stoßen.“

²⁶⁷ *EuGH*, Ur. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15 Rn. 40 = ECLI:EU:C:2016:985; näher dazu noch Kapitel 5, S. 267 ff.

entfaltete der EuGH Art. 4 Abs. 2 EUV jedoch dann ausdrücklich als Grundlage der Ausschreibungsfreiheit von Kompetenzübertragungen.²⁶⁸

Art. 4 Abs. 2 EUV soll vor der „Gefahr des Verlusts nationalstaatlicher Individualität und fortbestehender Staatlichkeit angesichts des stetigen Kompetenzzuwachses einer ‚immer engeren Union‘“ schützen.²⁶⁹ Insofern kann die Norm nach hier vertretener Ansicht nur einen engen Bereich der mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisation absolut vor wettbewerblicher Strukturierung schützen, wenn ansonsten Kernelemente der Staatlichkeit verloren gingen.²⁷⁰ Dazu zählen einerseits die öffentliche Aufgabenerfüllung betreffende Kompetenzübertragungen i. S. d. Rs. Remondis, die daher einer vergabewettbewerblichen Strukturierung nicht zugänglich sind.²⁷¹ Andererseits kann hierzu auch der Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne gezählt werden, bei dem eine Verwaltungsleistung allein innerhalb eines Verwaltungsträgers erbracht wird. Auch dieser Bereich sollte vom Kernbereichsschutz des Art. 4 Abs. 2 EUV erfasst werden, da hier die Frage des originären Aufgabenzugriffs durch die Öffentliche Hand und damit die Organisation der mitgliedstaatlichen Aufgabenwahrnehmung in ihrem Kern betroffen ist.²⁷²

Im Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne und im Falle von Verwaltungskooperation folgt aus der Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten hingegen nur das Erfordernis, diese im Rahmen einer Abwägung mit dem Binnenmarktziel zu berücksichtigen.²⁷³

Dieses Ergebnis deckt sich mit den Wertungen des aus Art. 5 Abs. 1 EUV abzuleitenden Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.²⁷⁴ Auch dieses Prinzip kann gegenüber dem EuGH nur in einem absoluten Kernbereich eine absolute Schutzwirkung entfalten und steht insofern einer wettbewerblichen Strukturierung des originären Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne entgegen.

²⁶⁸ *EuGH*, Urt. v. 18. 6. 2020, Az.: C-328/19 Rn. 46, 48 = ECLI:EU:C:2020:483 = NZBau 2020, 528.

²⁶⁹ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV, Art. 4 Rn. 11.

²⁷⁰ Näher zum absolut geschützten Kernbereich *Haratsch*, *EuR* 2016, 131 (141).

²⁷¹ So auch *Frenz*, *GewArch* 2017, 97 (97).

²⁷² In diese Richtung wohl auch *Frenz*, *DÖV* 2017, 943 (948); *Wittek*, *Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht*, S. 88; *Korte*, *Die Verw* 51 (2018), 187 (217 f.).

²⁷³ Undeutlich *Frenz*, *DÖV* 2017, 943 (949), der davon spricht, dass Inhouse-Vergaben und kommunale Kooperationen von Art. 4 Abs. 2 EUV „abgedeckt“ seien; s. zu dieser Abwägunfunktion bereits in diesem Kapitel, S. 183 ff.

²⁷⁴ S. dazu schon in diesem Kapitel, S. 183.

3. Verfassungsrechtliche Grenzen einer vergabewettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs

Auch aus dem Verfassungsrecht könnten sich Grenzen für eine vergabewettbewerbliche Strukturierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs ergeben. Der grundrechtlich begründete Raum ausschreibungsfreier Eigenerledigung beansprucht jedoch nur gegenüber Privaten Geltung, sodass sich die Frage stellt, ob auch gegenüber anderen Staatsgewalten ein Grundsatz ausschreibungsfreier Eigenerledigung hergeleitet werden kann. Bund, Länder und Kommunen können sich als Teile des Staatsaufbaus nicht selbst auf die Grundrechte berufen.²⁷⁵ Ein gegenüber anderen staatlichen Organisationseinheiten geschützter Bereich ausschreibungsfreier Eigenerledigung könnte mithin allein aus Normen des Staatsorganisationsrechts herleitbar sein. In der Diskussion um die obligatorische Ausschreibungsverpflichtung von Wegekonzessionen nach § 46 EnWG wurde dementsprechend die Frage virulent, ob ein originärer, durch Eigenerledigung gekennzeichneter und außerhalb des Vergaberechts stehender Zugriff der Gemeinden auf die Strom- und Gasnetzkonzessionen aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ableitbar sei.²⁷⁶

a) Schutz der Verwaltungsautonomie der Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

Gegenüber den Gemeinden folgt das Recht auf Verwaltungsautonomie aus dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Ob sich aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG jedoch ein absolut geschützter Bereich der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung ableiten lässt, ist bisher nur im Kontext des § 46 EnWG vertieft diskutiert worden. Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit obligatorischer Ausschreibungspflichten ist bisher vom BVerfG nicht entschieden worden. In einer Art obiter dictum verlautete das BVerfG zu § 46 EnWG jedoch, dass die Fachgerichte aufgerufen seien, „der Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zur Wirksamkeit zu verhelfen.“²⁷⁷ Insofern stellt sich die Frage, ob Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG dem Regelungskonzept des Bundesgesetzgebers in § 46 EnWG sowie darüber hinaus generell kommunalen Ausschreibungspflichten ohne Zugriffsprivileg entgegensteht.

Bezweifelt worden ist in diesem Zusammenhang, ob Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG überhaupt gegenüber gesetzgeberischen Maßnahmen, die eine Aufgabenverlagerung von den Kommunen auf die Privatwirtschaft bewirken, in Stellung gebracht werden

²⁷⁵ Für die Kommunen *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1 Rn. 30.

²⁷⁶ Zur staatsorganisationsrechtlichen Qualität der Norm s. nur *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 4.

²⁷⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 22.8.2016, Az.: 2 BvR 2953/14 Rn. 23 = NZBau 2016, 703.

könne.²⁷⁸ Dies überzeugt indes nicht, weil der Gesetzgeber die gegenwärtige Rechtsstellung der Kommunen mit der Regelung sehr wohl verschlechtert.²⁷⁹

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG schützt in der vom BVerfG und der wohl h. M. zugrunde gelegten institutionellen Interpretation drei Gewährleistungsgehalte: Neben der Rechtsinstitutionsgarantie (also der Garantie, dass die Institution Gemeinde als selbstständige Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht in ihrem Bestand berührt werden darf) und der subjektiven Rechtsstellungsgarantie, die für den vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung haben, entfaltet sich der Gewährleistungsgehalt auch in der sog. Aufgabengarantie und der damit verknüpften Garantie der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung.²⁸⁰

Von der Aufgabengarantie umfasst werden alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft können alle „Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindevohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen“ qualifiziert werden.²⁸¹ Dazu können auch Aufgaben zählen, die nur partiell von Gemeinden, ansonsten aber überörtlich wahrgenommen werden.²⁸²

Die Qualifikation der vorliegend interessierenden Bereiche als Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft bewegt sich im Spannungsfeld von verwaltender und rein privatwirtschaftlicher Tätigkeit.²⁸³ Auch in wirtschaftlicher Weise wahrgenommene Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft unterfallen dabei dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Als reine Ausgestaltung kommunaler Aufgabenwahrnehmung ist die Qualifikation als wirtschaftliche Betätigung von der Qualifikation als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft jedoch zu trennen.²⁸⁴ An dieser Stelle kommt es danach nur darauf an, dass eine Aufgabe dem Aufgabenkreis der örtlichen Gemeinschaft zugewiesen wird. Von den Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft abzugrenzen sind jedoch bereits an dieser Stelle Tätigkeiten, die keinen Bezug zu öffentlicher Aufgabenwahrnehmung aufweisen und rein privatwirtschaftlich keinerlei

²⁷⁸ *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (104 ff.), wobei die Frage als verfassungsrechtlich noch offen qualifiziert wird; so auch *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (436).

²⁷⁹ So auch *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 11; die insofern vergleichbare Verschärfung der Subsidiaritätsklauseln ebenfalls als Eingriff qualifizierend *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 94.

²⁸⁰ *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 39 ff.; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 39; *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 20.

²⁸¹ *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 42.

²⁸² *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 43.

²⁸³ *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 403.

²⁸⁴ *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 12; wirtschaftliche Tätigkeit als eigenständige kommunale Aufgabe qualifizierend aber *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil I Rn. 27.

Gemeinwohlzwecke verfolgen, sondern sich durch isoliertes Gewinnstreben auszeichnen.²⁸⁵

Weite Bereiche kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit bewegen sich in mit dem Schlagwort der Daseinsvorsorge qualifizierten Bereichen, für die ein solcher Gemeinwohlbezug nachweisbar ist.²⁸⁶ So wird zu den verfassungsrechtlich geschützten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die kommunale Energieversorgung gezählt, wozu auch die Energieerzeugung für den örtlichen Bedarf und der Abschluss von Konzessionsverträgen zählen.²⁸⁷ Auch die Versorgung mit Öffentlichem Personennahverkehr wird zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gezählt. Schließlich wird auch die Abfallentsorgung sowie die Wasserver- und Abwasserentsorgung hierunter gefasst.²⁸⁸

Geschützt wird zudem auch die eigenverantwortliche Regelung aller mit dem Aufgabenzugriff zusammenhängender Fragen. Diese Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung kann auch als „modales Gewährleistungselement“ qualifiziert werden, weil es die Art und Weise kommunaler Aufgabenwahrnehmung betrifft.²⁸⁹ Im gemeindlichen Aufgabenkreis umfasst die Eigenverantwortlichkeit die „Freiheit von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Gemeindeverwaltung einschließlich der Entscheidungen über die Aufstellung des Gemeindehaushalts und die Auswahl und Verwendung des Personals“²⁹⁰. Zur Garantie der Eigenverantwortlichkeit wird nach überwiegender Ansicht also auch die Organisationshoheit der Gemeinde gerechnet.²⁹¹ Hierzu zählt einerseits die Entscheidung über die Privatisierung örtlicher Daseinsvorsorge.²⁹² Selbstverständlich zählt hierzu andererseits aber auch die Entscheidung über die Aufgabenerfüllung durch mittelbare oder unmittelbare Verwaltungseinheiten sowie durch öffentlich- oder privatrechtliche Rechtsformen.²⁹³ Zur Organisationshoheit zählt weiterhin die kommunale Kooperationshoheit; geschützt

²⁸⁵ M. w. N. *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 403, 413.

²⁸⁶ Kritisch gegenüber dem pauschal behaupteten Zusammenhang von wirtschaftlicher Tätigkeit und Daseinsvorsorge *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 29 Abs. 2 Rn. 92.

²⁸⁷ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.

²⁸⁸ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.

²⁸⁹ Begriff nach *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 44; *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil I Rn. 28 spricht vom „Wie“ der Erledigung kommunaler Aufgaben.

²⁹⁰ Wortlaut nach *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 42.

²⁹¹ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 65; *Ernst*, in: von Münch/Kunig, Band 1, GG, Art. 28 Rn. 125; kritisch m. w. N. *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 383.

²⁹² *Kahl*, GewArch 2007, 441.

²⁹³ Ausdrücklich die Rekommunalisierung hierunter fassend *Ernst*, in: von Münch/Kunig, Band 1, GG, Art. 28 Rn. 128; s. auch *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 65.

ist also auch die gemeinsame Wahrnehmung von Aufgaben durch Gemeinden und Gemeindeverbände.²⁹⁴

Unter dem Gesichtspunkt der Organisationshoheit ist auch das Recht auf Eigenverpflichtung kommunaler Aufgaben von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG geschützt. Es geht um das Recht der Kommune, über die Organisation der Aufgabenerledigung frei zu entscheiden.

Der Eigenverantwortlichkeit zugerechnet wird auch die Entscheidung zu eigenwirtschaftlicher Betätigung; die wirtschaftliche Betätigung ist danach selbst nicht als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zu qualifizieren, sondern als organisatorischer Modus der kommunalen Aufgabenwahrnehmung.²⁹⁵

Das Recht zur eigenverantwortlichen Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasst zudem nicht nur den gemeindlichen Aufgabenkreis, sondern auch die Wahrnehmung von den Gemeinden nur übertragenen Aufgaben, wobei der Grad an Eigenverantwortlichkeit je nach gemeindlichem Aufgabenbereich variiert.²⁹⁶

b) Eingriff durch obligatorische Ausschreibungspflichten

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sichert den Kommunen das Recht auf eigenverantwortliche Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft jedoch nur im Rahmen eines Gesetzesvorbehalts zu.²⁹⁷ Gesetzliche Ausschreibungspflichten stellen sich als solche Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts dar.²⁹⁸

Fraglich ist dabei, welcher Schutzbereichsdimension die Beschränkung zuzuordnen ist. Vordergründig in Frage kommt ein Eingriff in die Organisationshoheit, denn Ausschreibungspflichten betreffen jedenfalls das „Wie“ der Aufgabenerfüllung, wenn dem Aufgabenzugriff ein verbindliches Ausschreibungsverfahren vorgelagert wird. So qualifiziert Burgi die sich aus der Anwendungsbereichseröffnung des Vergaberechts ergebenden allgemeinen Ausschreibungspflichten als Eingriffe in die Eigenverantwortlichkeit, weil nicht der kommunale Aufgabenzugriff selbst,

²⁹⁴ Sowohl im eigenen als auch im übertragenen Wirkungskreis *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 384; *Ernst*, in: von Münch/Kunig, Band 1, GG, Art. 28 Rn. 129.

²⁹⁵ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 41.5; m. w. N., jedoch selbst a. A. *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 404 f.

²⁹⁶ Zu den jeweiligen Maßstäben *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 42, 42.1.

²⁹⁷ *Aust*, Das Recht der globalen Stadt, S. 114.

²⁹⁸ Für die Ausschreibungspflicht (bzw. das Verbot der Inhouse-Vergabe) nach § 46 EnWG *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (287); zweifelnd, jedoch im anders gelagerten Fall von kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflichten im Bereich kommunaler Kooperation *Siegel*, VergabeR 2006, 621 (623) sowie *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), 119 (136) und *dies.*, VergabeR 2005, 145 (150 f.); für Ausschreibungspflichten im Bereich formeller Privatisierung *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 120 f.

sondern nur „die unumschränkte kommunale Entscheidungsmacht über das Wann und Wie sowie über den Modus und die Kosten der Leistungserbringung“ endete.²⁹⁹

Im Falle von obligatorischen Ausschreibungspflichten wie nach § 46 Abs. 2–5 EnWG droht jedoch über die Freiheit zur Entscheidung über das „Wann“ und „Wie“ auch der originäre kommunale Aufgabenzugriff verloren zu gehen. Insofern könnte die Pflicht zur Ausschreibung einen gänzlichen Aufgabenentzug bewirken, wenn es sich aufgrund der Ausschreibungspflicht um keine kommunale, sondern fortan um eine dem Markt überantwortete Aufgabe handelt, auf die die Kommune nur noch im Falle einer erfolgreichen Bewerbung um die Leistungserbringung zugreifen darf.³⁰⁰ Insofern wäre der Eingriff unter dem Aspekt des Aufgabenentzugs zugunsten der Privatwirtschaft zu verhandeln.³⁰¹

Indes stellt sich die obligatorische Ausschreibungspflicht nicht in der Weise als vollständiger Aufgabenentzug dar, weil es den Kommunen unbenommen bleibt, sich erfolgreich um die Erbringung der Leistung zu bewerben.³⁰² Zudem geht die Aufgabezuweisung selbst durch die obligatorische Ausschreibungspflicht nicht verloren, sondern nur das Recht auf einen originären Aufgabenzugriff. Mangels vollständigem Aufgabenentzug ist daher „nur“ die Organisationshoheit der Gemeinden betroffen, wobei sie aufgrund der weitreichenden Auswirkungen der obligatorischen Ausschreibungspflicht für den Aufgabenzugriff der Gemeinden in der Tendenz an Fälle des Aufgabenentzugs und damit einem Eingriff in den Aufgabenbestand der Kommune heranreicht. Dieser Umstand muss sich sogleich auf Rechtfertigungsebene niederschlagen.

c) Rechtfertigung

Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie müssen einerseits kompetenziell zulässig sein, andererseits muss der Zugriff der Kern- und Randbereichsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts genügen.³⁰³

So ist in kompetenzieller Hinsicht dem Bund aufgrund der Organisationshoheit der Länder ein Zugriff auf die Kommunen nur ausnahmsweise gestattet.³⁰⁴ Indes stellt die Verfassung insofern nur erhöhte Anforderungen an die bundesrechtliche Übertragung von Aufgaben auf die Kommunen, nicht hingegen an deren Entzug.³⁰⁵

²⁹⁹ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (954 f.).

³⁰⁰ So für die Ausschreibungspflicht nach § 46 EnWG *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (287), die zudem einen Eingriff in die Planungshoheit bejahen.

³⁰¹ Zu diesem Schutzgehalt *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 28.

³⁰² So wohl auch *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (956); für obligatorische Ausschreibungspflichten in der Abfallentsorgung *Beckmann/Wittmann*, AbfallR 2011, 55 (61).

³⁰³ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 45, 47; zur Kern- und Randbereichsdogmatik *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 44 ff.

³⁰⁴ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 45.

³⁰⁵ S. zu den Beschränkungen *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 45.1.

aa) Kernbereichsschutz

Aus der objektiven Rechtsinstitutionsgarantie folgt zudem der Schutz eines Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltung, welcher als „Wesensgehalt“ dem Einfluss des Gesetzgebers vollständig entzogen ist.³⁰⁶

Beim Kernbereichsschutz ist wiederum zu differenzieren zwischen dem Schutz des gemeindlichen Aufgabenkreises (Aufgabengarantie) und dem Schutz der Eigenverantwortlichkeit bei der Wahrnehmung einer Aufgabe (modales Gewährleistungselement).³⁰⁷

Bei der Bestimmung des Kernbereichs der Aufgabengarantie ist nicht an historische Aufgabenbestände anzuknüpfen; es gibt auch keinen konkreten vom Kernbereich geschützten Aufgabenbestand.³⁰⁸ Geschützt ist vielmehr das „Aufgabenerfindungsrecht“³⁰⁹, dort wo Aufgaben nicht durch Gesetz anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind.³¹⁰ Der Kernbereich ist verletzt, wenn dieser Aufgabenzugriff faktisch beseitigt wird.³¹¹ Den Kommunen muss die Möglichkeit erhalten bleiben, „sich grundsätzlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne einen weiteren Übertragungsakt annehmen zu können“³¹².

Die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung unterfällt nur dann dem Kernbereich, wenn sonst „eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen erstickt würde“.³¹³ Dazu zählt, dass den Gemeinden „hinreichender organisatorischer Spielraum bei der Wahrnehmung der je einzelnen Aufgabenbereiche offengehalten“ bleibt.³¹⁴

Fraglich ist, ob obligatorische Ausschreibungspflichten mit diesen Anforderungen an die Kernbereichsdogmatik in Konflikt geraten. Dagegen spricht, dass die identitätsbestimmenden Merkmale nicht betroffen sind, da die Gemeinden weiterhin an Ausschreibungen teilnehmen können und auch zur Steuerung im Rahmen der Ausschreibung befugt sind.³¹⁵ Zudem wird auch die Schrankentrias im öffentlichen

³⁰⁶ *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 45.

³⁰⁷ *BVerfG*, Urt. v. 21.11.2017, Az.: 2 BvR 2177/16 Rn. 88 = *KommJur* 2018, 11.

³⁰⁸ *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 116.

³⁰⁹ Begriff nach *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 116.

³¹⁰ *Hellermann*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 28 Rn. 47.

³¹¹ *Hellermann*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 28 Rn. 47.

³¹² *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 116.

³¹³ *BVerfG*, Urt. v. 21.11.2017, Az.: 2 BvR 2177/16 Rn. 88 = *KommJur* 2018, 11; *Hellermann*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 28 Rn. 47; *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 66.

³¹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 26.10.1994, Az.: 2 BvR 445/91 Rn. 38 = *BVerfGE* 91, 228 (241); s. auch *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 66.

³¹⁵ *Kühling/Seiler*, *EnWZ* 2017, 99 (105); vgl. auch *Wolters/Frey*, *KommJur* 2017, 285 (289).

Wettbewerbsrecht nicht als Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung qualifiziert.³¹⁶

Eine Kernbereichsverletzung wird nur dann für möglich gehalten, wenn es zu einem „vollständigen, d.h. alle Aufgabenbereiche erfassenden Wandel von der Leistungs- zur Ausschreibungsverwaltung“ käme, während einzelne bereichsspezifische Ausschreibungspflichten noch nicht ausreichen sollen.³¹⁷

Auch der BGH sieht bei § 46 EnWG den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung als nicht berührt an, weil der Kernbereichsschutz sich nur generell auf die Möglichkeit wirtschaftlicher Betätigung, nicht aber auf spezifische Ausprägungen beziehe.³¹⁸

bb) Randbereichsschutz

Handelt es sich um keinen Eingriff in den Kernbereich, so müssen Eingriffe in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG jedenfalls den Rechtfertigungsanforderungen an die Randbereichsdogmatik genügen.³¹⁹ Danach sind Eingriffe insbesondere nur dann zulässig, wenn sie den auch im staatsorganisatorischen Raum Bedeutung zuzumessenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.³²⁰

Auch hier setzt sich die Differenzierung zwischen den Aufgabenkreis einerseits, die Organisationshoheit andererseits beeinträchtigenden Regelungen fort. Im Falle der Beeinträchtigung der Organisationshoheit wird der Rechtfertigungsmaßstab zwar gelockert und Gründe der Verwaltungsvereinfachung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit für ausreichend befunden; indes erhöhen sich die Rechtfertigungsanforderungen, umso weitreichender sich die organisatorischen Vorgaben auf den sachlichen Aufgabenbestand auswirken.³²¹ Dies hat besondere Bedeutung für obligatorische Ausschreibungspflichten, da sie nicht nur den originären Aufgabenzugriff der Gemeinde verhindern, sondern darüber hinaus auch zu einem „Aufgabenverlust“ im Falle des Unterliegens im Bieterwettbewerb führen können.

Während allgemeine (also aufgabenübergreifende) anlassunabhängige Ausschreibungspflichten als Eingriff in die Eigenverantwortlichkeitsgarantie wohl nicht

³¹⁶ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 94; *Engels*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, S. 420.

³¹⁷ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (956); in diese Richtung auch für obligatorische Ausschreibungspflichten in der Abfallentsorgung *Beckmann/Wittmann*, AbfallR 2011, 55 (60).

³¹⁸ *BGH*, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 41 = NZBau 2014, 304; s. auch *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 40.

³¹⁹ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 48.

³²⁰ Ausdrücklich *BVerfG*, Urt. v. 21. 11. 2017, Az.: 2 BvR 2177/16 Rn. 80 = KommJur 2018, 11; *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (287); näher *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 48.1.

³²¹ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 28 Rn. 48; *Beckmann/Wittmann*, AbfallR 2011, 55 (65).

gerechtfertigt werden könnten, weil die Schaffung von Wettbewerb allein für eine solch intensive und weitverbreitete Beschränkung zu unspezifisch ist,³²² hält Burgi bereichsspezifische obligatorische Ausschreibungspflichten dann für zu rechtfertigen, wenn „konkrete Umstände aus der Natur der betroffenen Aufgabe oder aus dem Gebiet der jeweils betroffenen Kommune hinzutreten würden“, wozu er eine kaum mehr begründbare Monopolstellung oder das vollständige Versagen eines kommunalen Leistungsträgers rechnet.³²³ Bereichsspezifische obligatorische Ausschreibungspflichten müssten aber gleiche Wettbewerbsbedingungen garantieren und bisherige Privilegien und fortbestehende Sonderlasten öffentlicher Unternehmen berücksichtigen.³²⁴

Weitergehend hält der BGH die Ausschreibungspflicht bereits im Interesse des Wettbewerbs und der Verbesserung der Versorgungsbedingungen für gerechtfertigt, zumal sich die Beschränkung auf eine Teilnahmepflicht am Wettbewerb beschränke.³²⁵

Die Ausschreibungspflicht nach § 46 EnWG verfolgt den legitimen Zweck einer Verhinderung von Ewigkeitsrechten und der Sicherstellung von Versorgungssicherheit und Verbraucherfreundlichkeit.³²⁶ Eine Ausschreibungspflicht ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen, da Wettbewerb erzeugt wird, der Verbraucherfreundlichkeit erhöhen kann.³²⁷ Die Möglichkeit einer Berücksichtigung von Fremdgeboten im Rahmen einer Inhouse-Vergabemöglichkeit würde sich zwar als milderes Mittel darstellen, wäre aber jedenfalls nicht gleich intensiv.³²⁸ Ob eine Ausschreibungspflicht indes angemessen ist, wird teilweise bezweifelt, weil die Kommunen die Gewährleistungsverantwortung für die Versorgungssicherheit der Gemeindewohner tragen.³²⁹ Andererseits wird den Kommunen das Recht zur Rekommunalisierung der Strom- und Gasnetze nicht vollständig entzogen, sondern nur unter die Voraussetzung einer erfolgreichen Teilnahme im Vergabewettbewerb gestellt. Zudem sind die Kommunen im Rahmen des Vergabeverfahrens nach § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG zur Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berechtigt. Dies spricht für eine noch angemessene Ausgestaltung, die das Recht auf

³²² *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (946 f.).

³²³ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (957).

³²⁴ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (957).

³²⁵ *BGH*, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 42 = *BGH NZBau* 2014, 304; kritisch in Hinblick auf das Wettbewerbsziel als rechtfertigende Erwägung *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 306 f.

³²⁶ *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (289); zu möglichen legitimen Zwecken im Falle einer obligatorischen Ausschreibungspflicht bei der Abfallentsorgung *Beckmann/Wittmann*, AbfallR 2011, 55 (61 ff.).

³²⁷ So auch *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (289).

³²⁸ So auch *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (289).

³²⁹ *Wolters/Frey*, KommJur 2017, 285 (290).

kommunale Selbstverwaltung nicht über Gebühr beeinträchtigt.³³⁰ Erforderlich ist aber im Falle von Ausschreibungspflichten, dass die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Vergabeverfahren ausreichend Berücksichtigung finden.³³¹

C. Ergebnisse

Das Primär- und Verfassungsvergaberecht kann einerseits in seiner Funktion als eigenständiges Vergaberechtsregime entfaltet werden. Zentrale Bedeutung kommt hierbei den europäischen Grundfreiheiten zu, die das mitgliedstaatliche Beschaffungswesen in grenzüberschreitenden Sachverhalten überall dort strukturieren, wo die sekundärrechtliche Harmonisierung Lücken aufweist. Indes findet auch das Primärvergaberecht keine umfassende Anwendung auf den Zugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge. Ebenso wie im Kartellvergaberecht hat der EuGH Privilegien für Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit anerkannt, deren dogmatische Herleitung jedoch noch ungeklärt ist. Während teilweise der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten schon nicht für eröffnet erachtet wird, plädiert die Arbeit für eine Effektivierung des in Art. 291 AEUV anerkannten Grundsatzes der Verwaltungsautonomie als Abwägungsmaßstab in der grundrechtlichen Rechtfertigungsprüfung.

Neben den Grundfreiheiten spielen das Kartell- und Beihilfenrecht als primärvergaberechtliche Wertungen nur eine untergeordnete Rolle, auch wenn sich hier Tendenzen einer weitergehenden Öffnung für verwaltungsinterne Aufgabenzuweisungen abzeichnen. Während der Anwendbarkeit des Kartellrechts in den vorliegend relevanten Bereichen das Konzernprivileg entgegensteht, fehlt es dem Beihilfenrecht an der verbindlichen Verpflichtung zu einer vergabewettbewerblichen Strukturierung.

In Hinblick auf das Verfassungsvergaberecht kommt nur Art. 3 Abs. 1 GG als vergabewettbewerblicher Maßstab für den öffentlichen Zugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge in Betracht, während Art. 12 Abs. 1 GG keine vergabewettbewerbliche Öffnung intendiert. Auch Art. 3 Abs. 1 GG ist jedoch dann nicht berührt, wenn die Auftragsvergabe an privaten Wettbewerbern nicht vergleichbare Einheiten der Öffentlichen Hand erfolgt. Insofern ergibt sich auch für das Verfassungsvergaberecht eine weitgehende Parallelität zu den für die Grundfreiheiten herausgearbeiteten Privilegierungen.

Das Primär- und Verfassungsvergaberecht kann andererseits als Grenze des einfach-rechtlichen Vergaberechts entfaltet werden. Indes stehen Primär- und Ver-

³³⁰ So i.E. auch *Kühling/Seiler*, EnWG 2017, 99 (105); auch ohne eine solche Berücksichtigungsklausel im Vergabeverfahren für verhältnismäßig erachten obligatorische Ausschreibungspflichten in der Abfallentsorgung *Beckmann/Wittmann*, AbfallR 2011, 55 (66).

³³¹ So auch *Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 80 f.; s. aber zum Status quo noch Kapitel 9, S. 367 ff.

fassungsvergaberecht den im einfachen Vergaberecht gewährten Privilegierungen beim öffentlichen Aufgabenzugriff nicht entgegen, sondern fundieren diese vielmehr. Primär- und Verfassungsvergaberecht können jedoch in umgekehrter Richtung einer weitergehenden wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand Grenzen setzen. Dies ist zunächst in Hinblick auf das Primärvergaberecht im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne der Fall, weil diese als Kernbereich mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie von Art. 4 Abs. 2 EUV vor einer vergabewettbewerblichen Strukturierung geschützt wird. Darüber hinaus ist die Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten als abwägungserheblicher Belang im Falle einer weitergehenden wettbewerblichen Strukturierung auch in Bereichen der Eigenerledigung im weiteren Sinne und im Falle von Verwaltungskoperation stets zu berücksichtigen.

Das Verfassungsrecht setzt dem Gesetzgeber mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zudem Grenzen bei der Formulierung obligatorischer Ausschreibungspflichten. Bereichsspezifische Eingriffe in das Recht auf kommunale Selbstverwaltung durch entsprechende Pflichten können nur dadurch gerechtfertigt werden, dass die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im anschließenden Vergabeverfahren ausreichend gewährleistet wird. Obligatorischen Ausschreibungspflichten gänzlich entgegen stünde Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG dann, wenn diese flächendeckend realisiert würden.

4. Kapitel

Der völkerrechtliche Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand

Den 2. Teil abschließend soll ein Blick auf den völkerrechtlichen Rahmen von Vergaben an die Öffentliche Hand geworfen werden.

A. Das Agreement on Government Procurement

Das GPA³³² bindet neben Regierungs- und Bundesbehörden auch regionale und lokale Stellen als Auftraggeber.³³³ Als Sektorenauftraggeber werden Auftraggeber in den Bereichen Wasser- und Energieversorgung sowie Verkehrswesen (ohne Eisenbahnsektor) erfasst.³³⁴ Dabei folgt das GPA dem sog. Listenprinzip, wonach die

³³² S. bereits einführend Kapitel 1, S. 72.

³³³ *Frenz*, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 226; *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 106 f.

³³⁴ *Frenz*, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 226.

erfassten Beschaffungsstellen in den Anlagen 1 bis 3 des Anhangs I zum GPA aufgeführt werden.³³⁵

In Hinblick auf die auftragnehmende Seite spricht das GPA 2012 allgemein von „Bietern“, die in Art. I lit. t GPA 2012 definiert werden als Personen oder Personengruppen, die Waren oder Leistungen anbieten oder anbieten können. Mangels spezifischerer Regelungen entfaltet das GPA demnach keine Auswirkungen auf die ohnehin große Reichweite der Vergaberechte der Vertragsparteien für die Frage, ob die Öffentliche Hand selbst als Bieter im Vergabeverfahren auftreten darf.

In sachlicher Hinsicht erfasst das GPA im Grundsatz Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge ab Erreichen bestimmter Schwellenwerte.³³⁶ Auch hier greift indes das Listenprinzip: Während für Waren eine Negativliste geführt wird, in der vom GPA ausgenommene Waren aufgeführt werden müssen (Anlage 4), gelten für den Bereich der Dienstleistungen und Bauleistungen Positivlisten, aus denen sich ergibt, auf welche Leistungen das GPA anwendbar ist (Anlagen 5 und 6).³³⁷

Ob das GPA auch auf Konzessionen Anwendung findet, ist umstritten.³³⁸ Der Streit ist in Hinblick auf die nunmehr sekundärrechtliche Ausgestaltung eines Konzessionsvergaberegimes und des ebenfalls zuvor anerkannten Primärvergaberegimes für Konzessionsvergaben jedoch nicht von Bedeutung.³³⁹

Verschiedene Beschaffungsvorgänge sind vom Anwendungsbereich des GPA ausgenommen.³⁴⁰ Insbesondere findet sich eine § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB ähnelnde Ausnahmegesetz im Falle von Ausschließlichkeitsrechten.³⁴¹ Zudem finden sich in der Anlage 7 Ausnahmen für die Sektoren Trinkwasser, Verkehr und Energie, jedoch nur soweit eine diesbezügliche Beschaffung nicht von den in Anlage 3 genannten Stellen erfolgt.³⁴²

Dem Kartellvergaberecht entsprechend setzt auch das GPA eine vertragliche Vereinbarung voraus, Art. II:2 und 3 GPA. Inwieweit hierdurch Formen öffentlich-

³³⁵ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 214; Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 8.

³³⁶ Frenz, Vergaberecht EU und national, § 3 Rn. 226; zu den Schwellenwerten a.a.O., Rn. 227; s. auch Bungenberg, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 134 und Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 214.

³³⁷ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 214; umfassend zur Frage einer Erfassung des Personenverkehrs vom GPA Pünder, EuR 2007, 564 (584 ff.); zur Ausnahme für Verteidigungsgüter Gaedtkke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 108.

³³⁸ Weiß, NZBau 2016, 198 (203); befürwortend Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 105 f.

³³⁹ Zur vormaligen Rechtslage Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 246.

³⁴⁰ Weiß, in: Krajewski, Services of General Interest Beyond the Single Market, S. 49 (65 f.).

³⁴¹ Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 21.

³⁴² Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 21.

öffentlicher Zusammenarbeit indes aus dem Anwendungsbereich des GPA auszuscheiden sind, lässt das GPA offen.³⁴³ Es überlässt es vielmehr der Definitionsmacht der Mitgliedstaaten, Inhouse-Vergaben und vergleichbare Konstellationen aus dem Anwendungsbereich des GPA auszuschließen.³⁴⁴ Davon hat die EU im Einklang mit dem Sekundärvergaberecht Gebrauch gemacht.³⁴⁵ Ob dies umgekehrt bedeutet, dass ohne einen entsprechenden Akt Vergaben an die Öffentliche Hand weiterreichend den Vergabeanforderungen des GPA unterfallen, kann aber auch auf völkerrechtlicher Ebene bezweifelt werden, weil eine solche Regelung die auch völkerrechtlich geschützte Organisationshoheit der Vertragsstaaten in Frage stellen würde.³⁴⁶

B. Weitere Abkommen

Neben dem GPA spielen auch weitere bilaterale Abkommen eine Rolle. So erfolgte durch Island, Norwegen und Lichtenstein eine Übernahme des europäischen Vergaberechtsregimes auf Grundlage des EWR-Abkommens.³⁴⁷ Die Aushandlung des TTIP-Abkommens zwischen der EU und den USA stockt hingegen zur Zeit.³⁴⁸ Inwieweit dieses Abkommen Auswirkungen auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand haben wird, ist daher bisher nicht abschließend zu beurteilen.³⁴⁹

Zwischen der EU und Kanada wurde zudem mit dem CETA-Abkommen ein Freihandelsvertrag geschlossen, der ebenfalls Regelungen zur Öffnung der jeweiligen Beschaffungsmärkte enthält.³⁵⁰ Dessen Art. 19.2 legt dafür fest, dass die vergaberechtlichen Regelungen des Abkommens erst ab Erreichen bestimmter

³⁴³ Weiß, NZBau 2016, 198 (204).

³⁴⁴ Weiß, NZBau 2016, 198 (204).

³⁴⁵ S. die Anmerkungen 4 und 5 in Anlage 3 der EU zum GPA; Weiß, in: Krajewski, Services of General Interest Beyond the Single Market, S. 49 (74).

³⁴⁶ Weiß, NZBau 2016, 198 (204); ders., in: Krajewski, Services of General Interest Beyond the Single Market, S. 49 (74); die Organisationshoheit wird als Bestandteil der territorialen Souveränität betrachtet, vgl. Herdegen, Völkerrecht, § 23 Rn. 1 und § 28 Rn. 5.

³⁴⁷ Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 4.

³⁴⁸ Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 4; eine Liste mit weiteren bilateralen Abkommen findet sich bei Bungenberg, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 136 ff.

³⁴⁹ Zu möglichen Entwicklungen Krajewski, ZögU 2015, 21 (42); s. auch das Gemeinsame Positionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und den kommunalen Spitzenverbänden Deutscher Städtetag, Deutscher Landkreistag, Deutscher Städte- und Gemeindebund sowie dem Verband kommunaler Unternehmen zur Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft v. 11. 6. 2015, Punkt 2, wonach Möglichkeiten für Inhouse-Vergaben und die interkommunale Zusammenarbeit sowie insbesondere auch die Bereichsausnahmen für Rettungsdienste und für die Trinkwasserversorgung sowie Abwasserbeseitigung oder -behandlung durch TTIP nicht in Frage gestellt werden dürfen, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/positionspapier-bmwi-kommunale-spitzenverbaende-ttp.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

³⁵⁰ S. Kapitel Neunzehn des CETA-Abkommens v. 26. 2. 2016; allgemein zum CETA Hübner, in: Handbook of International Trade Agreements, S. 209 ff.

Schwellenwerte und nur im Falle vertraglicher Beschaffung mittels Auftrags oder Baukonzession greifen. Dienstleistungskonzessionen werden nicht erfasst.³⁵¹ Auch die Wasserversorgung ist aus dem Anwendungsbereich ausgeklammert worden (Anhang 19.5). Darüber hinaus enthält Anhang 19.7 Nr. 1 lit. e CETA eine Ausnahme für Inhouse-Vergaben. Für die Sektoren Wasser, Strom, Gas und Fernwärme und ÖPNV normiert Anhang 19.3 Anmerkung Nr. 6 zudem eine Instate-Ausnahme. Insgesamt betont das Abkommen, sicherlich auch aufgrund des breiten bürgerschaftlichen Interesses an den Verhandlungen, dass öffentliche Dienstleistungen durch das Abkommen keinen Privatisierungspflichten unterworfen werden und auch der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand unberührt bleiben wird.³⁵² Insofern dürfte das Abkommen keine weitergehenden Auswirkungen auf die vergabewettbewerbliche Strukturierung des Zugriffs der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge haben als das GPA.

C. Ergebnisse

Das GPA als für das Völkervergaberecht zentrale Rechtsgrundlage sieht selbst keine Privilegien für den öffentlichen Zugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge vor. Indes stellt das Abkommen den Mitgliedstaaten anheim, entsprechende Privilegien zu beanspruchen. Der Einfluss des GPA selbst auf die vergabewettbewerbliche Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge ist dementsprechend gering. Auch das bilaterale CETA-Abkommen wird sich nicht erweiternd auf den Anwendungsbereich der einfach-rechtlichen Vergaberechtsregime auswirken.

³⁵¹ S. die Antwort der Europäischen Kommission auf eine Parlamentarische Anfrage v. 14. 8. 2019, E-003634/2018(ASW).

³⁵² S. Ziff. 4 des Gemeinsamen Auslegungsinstruments zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten v. 14. 1. 2017, ABl. L 11/3.

3. Teil

Zum Anwendungsbereich des einfach-rechtlichen Vergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge

Der Frage, ob der Zugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge durch das einfach-rechtliche Vergaberecht strukturiert wird, nimmt sich der 3. Teil der Arbeit an. Untersucht werden die spezifischen Anwendungsbereiche des Kartellvergaberechts, der VO (EG) 1370/2007, des Konzessionsvergaberegimes des § 46 EnWG und des Haushaltsvergaberechts.

5. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Daseinsvorsorge durch das Kartellvergaberecht

Dem Kartellvergaberecht kommt bei der Liberalisierung der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorgemärkte eine wesentliche Rolle zu.¹ Als Gradmesser für den Aufgabenzugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge strukturiert das Kartellvergaberecht auch den Aufgabenzugriff öffentlicher Unternehmen, indem an die Stelle freihändiger Betrauung transparente Vergabeverfahren treten.²

Dabei ist die Auswahl der zu betrauenden Unternehmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV jedoch nicht pauschal Ausschreibungspflichten unterworfen. Vielmehr ist im Einzelfall zu untersuchen, ob die geplante Betrauung den Voraussetzungen für eine Ausschreibungspflicht unterfällt.³ Das Kartellvergaberecht schreibt nämlich nur für öffentliche Aufträge und Konzessionen die Vergabe im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vor, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Sowohl der Auftrags- als auch

¹ Zur Bedeutung des Vergaberechts für die Dienste von allgemeinem Interesse vgl. die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg., Ziffer 4.3; s. auch *Knauff*, EuZW 2003, 453 (454).

² Vgl. *Wollenschläger*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, § 6 Rn. 53.

³ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1: Europäisches Kartellrecht, Art. 37/Art. 106, Abschnitt D (Art. 106 Abs. 2) Rn. 70.

Konzessionsbegriff erfordern dafür einen entgeltlichen Vertragsschluss zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmen.

Welche Reichweite dem Kartellvergaberecht dabei genau zukommt, unterliegt einem dynamischen, wesentlich von der Rechtsprechung des EuGH geprägten Auslegungsprozess. Dass sich etwa auch die Öffentliche Hand im Vergabewettbewerb um den Aufgabenzugriff bemühen muss und insofern als Unternehmen im kartellvergaberechtlichen Sinne qualifiziert werden kann, musste erst vom EuGH positiv festgestellt werden.⁴ Zudem hat der EuGH öffentlich-rechtliche Vertragskonstruktionen in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts einbezogen.⁵ Auch der pauschalen Ausschreibungsfreiheit von Modellen der Einbindung Dritter in die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben mittels Beleihungskonstruktionen und mittels zwangsweiser Beschaffung durch Verwaltungsakt wurde in Hinblick auf die funktionale Auslegung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts eine Absage erteilt, weil diesen Modellen ebenfalls ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang zugrunde liegen kann und diese daher nicht als „Exitstrategie“ missbraucht werden dürfen.⁶

Dort, wo der EuGH an Grenzen stieß, erweiterte der europäische Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Dem vormaligen „Siegeszug“ des Dienstleistungskonzessionsmodells in der Daseinsvorsorge aufgrund der bis 2014 noch bestehenden Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts wurde mit der Vergaberechtsreform 2014/2016 eine Absage erteilt.⁷

Auch nachdem nunmehr Dienstleistungskonzessionsvergaben vom Kartellvergaberecht erfasst sind, hält der Widerstand gegen eine Erfassung von Daseinsvorsorgeleistungen vom Kartellvergaberecht jedoch an. Dem zugrunde liegt die Spannungslage zwischen Wettbewerb und öffentlicher Daseinsvorsorge. Mit der wettbewerblichen Strukturierung der Betrauung mit Daseinsvorsorgeleistungen durch das Kartellvergaberecht werden etablierte öffentliche Organisationsstrukturen

⁴ S. sogleich noch näher in diesem Kapitel, S. 230 ff.

⁵ Grundlegend *EuGH*, Ur. v. 12. 7. 2001, Az.: C-399/98 = ECLI:EU:C:2001:401; *EuGH*, Ur. v. 29. 4. 2010, Az.: C-160/08, Rn. 90 = ECLI:EU:C:2010:230; s. auch *Burgi*, NZBau 2002, 57; zunächst ging sogar der deutsche Gesetzgeber von einer Limitierung des kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereichs auf privatrechtliche Verträge aus, vgl. die amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes v. 3. 12. 1997, BT-Drs. 13/9340, S. 15; zum Streit um die Erfassung s. auch *Schulte*, NZBau 2000, 272 und *Althaus*, NZBau 2000, 277.

⁶ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 20 f.; *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 2.

⁷ Art. 17 RL 2004/18/EG enthält einen ausdrücklichen Ausschluss für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen; für den Bereich der Abfallentsorgung schreibt deshalb *Teufel*, KommJur 2012, 87: „Inzwischen breitet sich die Erkenntnis aus, dass die Abfallsammlung als Aufgabe der Daseinsvorsorge nicht zwingend als Beschaffungsmaßnahme in den Markt gestellt werden muss, sondern dass die Aufgabenerfüllung durch private Dritte auch über eine Dienstleistungskonzession gewährleistet werden kann.“; eine entsprechende Annahme für die Abwasserentsorgung findet sich bei *Kühne*, LKV 2006, 489 (489).

in Frage gestellt.⁸ Anders als in rein kommerziellen Bereichen besteht aufgrund der Qualifikation der Leistungen als solche der Daseinsvorsorge ein besonderer Verwaltungszweck in der „spezifisch gemeinwohlorientierten Erbringung von Leistungen für die Bürger“⁹, deren wettbewerbliche Strukturierung mitunter kritisch gesehen wird.

Im neuen Kartellvergaberecht hat diese Spannungslage in mehrerlei Hinsicht Ausdruck gefunden. Neben verfahrensrechtlichen Privilegierungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen sind Bereichsausnahmen eingefügt worden, die bestimmte Daseinsvorsorgebereiche vom Kartellvergaberecht suspendieren. Zugleich wird auch der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand besonderen Privilegien unterworfen. Vergaben an die Öffentliche Hand werden unter den Voraussetzungen des § 108 GWB als „öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“ von der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts befreit.

A. Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge

Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist eröffnet, wenn ein Auftraggeber an ein Unternehmen einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession i. S. d. GWB vergibt, die Schwellenwerte erreicht wurden und keine Bereichsausnahme greift.¹⁰ Zudem dürfen die Vorschriften nicht von lex specialis Regimen verdrängt werden.

I. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts: Zur Rolle der Öffentlichen Hand als Teilnehmer am Vergabeverfahren

Die Öffentliche Hand wird in weitem Umfang beim Einkauf von Leistungen der Daseinsvorsorge als Auftraggeber an das Kartellvergaberecht gebunden. Insofern ist sie regelmäßig Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung.¹¹

⁸ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 95 ff.

⁹ *Hellermann*, in: *Oldiges*, S. 19.

¹⁰ *Saager*, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 93; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 320 ff.

¹¹ S. zuletzt monographisch *Wessendorf*, Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht – passim; s. auch *Dittmer*, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers – passim; vgl. auch die umfassenden Literaturnachweise bei *Ziekow*, in: *Ziekow/Völkl*, GWB, § 99.

In ihrer Rolle als Teilnehmer am Vergabeverfahren wurde sie hingegen bisher stiefmütterlich behandelt. Während der Begriff des Auftraggebers in der Terminologie des § 99 GWB als Oberbegriff sowohl für Auftrag-, Konzessions- als auch Sektorenauftraggeber verwendet wird, hat der Begriff des Auftragnehmers keine gleichsam zentrale Verwendung gefunden.¹² Das deutsche Kartellvergaberecht verwendet für die „Gegenseite“ vielmehr den Begriff des Unternehmens. Vordergründig fügt sich das Kartellvergaberecht damit in die Terminologie des (europäischen) Wettbewerbsrechts ein, das sowohl im Kartell- als auch im Beihilfenrecht von „Unternehmen“ spricht.¹³ Das Begriffsverständnis entwickelte sich auch weitgehend parallel. Ebenso wie das Beihilfen- und Wettbewerbsrechts hat das Kartellvergaberecht in der Auslegung durch den EuGH auch öffentliche Einheiten in den Unternehmensbegriff einbezogen.¹⁴ Die unionsrechtliche Neuausrichtung des Unternehmensbegriffs führte dadurch zu einer Ausdehnung in den ehemals als Eigenproduktion ausgenommenen Bereich staatlicher Bedarfsdeckung. Öffentliche Unternehmen, die Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen, werden heute als wirtschaftliche Tätigkeiten mit Bezug zu Verwaltungsaufgaben der Leistungsverwaltung ausübende Einheiten angesehen.¹⁵ Entsprechend wird der über das Kartellvergaberecht eröffnete Wettbewerb um die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistungen auch für öffentliche Unternehmen eröffnet. Insofern erscheint das Vergaberecht ganz als Liberalisierungsordnung. Es eröffnet ein neutrales wettbewerbliches Verfahren ohne Rücksicht auf die Verfassung des potentiellen Auftragnehmers um die Aufgabenerfüllung. Damit gerät jedoch auch das Kartellvergaberecht in eine Spannungslage mit der nationalstaatlichen Vorstellung einer besonderen Privilegierung öffentlicher Unternehmen bei der Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben.¹⁶ Insofern scheint die auch im Beihilfen- und Kartellrecht regelmäßig eine Rolle spielende Frage nach der Reichweite der Bindung der Öffentlichen Hand vom Unternehmensbegriff zwischen Gemeinwohlverpflichtung und Wirtschaftsteilnahme auch im Kartellvergaberecht aufgeworfen.

Während das Kartellvergaberecht im deutschen Recht jedoch klar dem Wettbewerbsrecht zugeordnet wird, fehlt eine solche Verortung des Kartellvergaberichts in den Art. 101 ff. AEUV. Dies führte dazu, dass sich das europäische

¹² Der Begriff des Auftragnehmers selbst findet in der VRL zwar Verwendung, aber keine Definition. Nur der Begriff des Konzessionsnehmers wird in Art. 5 Nr. 5 KVR konkretisiert auf Wirtschaftsteilnehmer, die bereits eine Konzession erhalten haben. Der Begriff des Auftragnehmers wird daher entsprechend verstanden werden können, also solche Wirtschaftsteilnehmer umfassen, die bereits einen Auftrag erhalten haben.

¹³ Zur insoweit einheitlichen Auslegung der Vorschriften des GWB *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. GWB, Rn. 174 ff., insb. 176; zu den vielfältigen Definitionsansätzen außerhalb des Kartellrechts *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 99.

¹⁴ *Siegel*, DVBl. 2008, 1486 (1487).

¹⁵ *Britz*, NVwZ 2001, 380 (381); *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 1.

¹⁶ *Siegel*, DVBl. 2008, 1486 (1487); „Traditionelle nationale Sichtweise“ nach *Schweitzer*, ZHR 181 (2017), 119 (121).

Vergaberecht unabhängig von Wertungen des europäischen Wettbewerbsrechts entwickelt hat. Trotz augenscheinlicher Parallelen lehnt die Europäische Kommission die Übertragung der Wertungen des Vergaberechts auf das Beihilfenrecht genauso ab,¹⁷ wie Art. 106 Abs. 2 AEUV keine Rolle im Kartellvergaberecht spielen soll.¹⁸ Dementsprechend wurde auch zunächst unterschieden zwischen Beschaffung einerseits und Wettbewerbsteilnahme andererseits. Eine Bindung öffentlicher Beschaffungen an das (europäische) Wettbewerbsrecht wird erst zuletzt intensiver diskutiert, weil der Auftraggeber als Käufer in den Verdacht geraten ist, selbst marktlich tätig zu sein.¹⁹

Ein näherer Blick zeigt, dass dem Kartellvergaberecht ein dieser Unterscheidung entsprechender, eigenständiger Definitionsansatz des Unternehmensbegriffs zugrunde liegt, der in entscheidenden Punkten vom (europäischen) Wettbewerbsrecht abweicht. In den europäischen Vergaberichtlinien wird nämlich nicht etwa der Begriff des Unternehmens verwendet; es ist vielmehr von „Wirtschaftsteilnehmern“ die Rede.

Zwar findet sich in Art. 1 lit. a der Lieferkoordinierungsrichtlinie (1976) noch eine Konkretisierung potentieller Auftragnehmer auf den Unternehmensbegriff. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004) weicht aber bereits von dieser Begrifflichkeit zugunsten des Überbegriffs „Wirtschaftsteilnehmer“ ab, der sowohl Unternehmer als auch Lieferanten und Dienstleistungserbringer umfasst (Art. 1 Abs. 8). Während der Begriff ursprünglich ausdrücklich nur der Vereinfachung des Textes dienen sollte²⁰ und die Verwendung der Begriffe „Unternehmer“, „Lieferant“ und „Dienstleistungserbringer“ unter einem einheitlichen Begriff zusammenfasste, ist der Begriff des Wirtschaftsteilnehmers mit der VRL nunmehr zum zentralen Begriff für die Bestimmung der personellen Reichweite des Kartellvergaberechts auf Seiten des Auftragnehmers geworden. Trotz dieser Bedeutung wurde dem Begriff des Wirtschaftsteilnehmers in der Literatur bisher kaum Aufmerksamkeit zu teil.²¹

Der Unternehmensbegriff der §§ 97 ff. GWB muss daher unionsrechtskonform in Hinblick auf den Bedeutungsgehalt des Begriffs des Wirtschaftsteilnehmers ausgelegt werden. Ein automatischer Gleichlauf in der Auslegung der Begriffe des

¹⁷ DAWI-Leitfaden der Kommission v. 29.4.2013, SWD (2013) 53 final/2, S. 42 f. (Frage 44).

¹⁸ S. dazu noch näher in diesem Kapitel, S. 312 f.

¹⁹ Näher zum Kartell- und Beihilfenrecht als vergaberechtliche Maßstäbe s. Kapitel 3, S. 191 f. sowie 196 f.

²⁰ So stellt der *EuGH*, Urt. v. 23. 12. 2009, Az.: C-305/08 Rn. 28 („CoNISMA“) = ECLI:EU:C:2009:807 noch den Mangel an einer Definition des Begriffs des Wirtschaftsteilnehmers fest.

²¹ *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 1; s. aber *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 101, wobei 2005 dem Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ noch ausschließlich eine vereinfachende Bedeutung zukam; die Differenzen thematisiert auch *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, S. 85 ff.

kartellrechtlichen und des kartellvergaberechtlichen Unternehmensbegriffs kann daher nicht einfach angenommen werden.²²

Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL ist „Wirtschaftsteilnehmer“ jede natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet.

Nach Erwägungsgrund 14 VRL fallen hierunter im weitesten Sinne alle Personen und/oder Einrichtungen, die die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Markt anbieten, ungeachtet der Rechtsform, die sie für sich gewählt haben.²³

Die Definition gliedert sich damit in zwei Elemente: Zum einen muss es sich um eine in der Norm beschriebene Einheit handeln, die zum anderen auf dem Markt bestimmte in der Norm genannte Leistungen anbietet.

1. Erfassung der Öffentlichen Hand als Wirtschaftsteilnehmer

Als Einheit erfasst wird jede „natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen“. Erwägungsgrund 14 VRL stellt darüber hinausgehend klar, dass der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ weit auszulegen ist und Unternehmen, Zweigniederlassungen, Tochterunternehmen, Personengesellschaften, Genossenschaften, haftungsbeschränkte Gesellschaften, Universitäten, ob öffentlich oder privat, sowie andere Einrichtungen, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt, unter den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ fallen, unabhängig davon, ob sie in jeder Beziehung als „juristische Personen“ gelten oder nicht. Damit ist das heute beim kartellrechtlichen Unternehmensbegriff herrschende funktionale Verständnis auch für den Begriff des Wirtschaftsteilnehmers klargestellt, wonach es nicht in formeller/institutioneller Hinsicht auf die selbstständige Rechtspersönlichkeit ankommt.²⁴ Entspre-

²² So aber *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkungen vor § 97 ff. GWB Rn. 174 ff.; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 102.

²³ Erwägungsgrund 14 VRL.

²⁴ *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 100; a. A. aber *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 2, der zwar eine funktionelle Sichtweise befürwortet, aber dennoch eine eigene Rechtspersönlichkeit verlangt, damit ein das Vergaberecht konstituierender Vertragsschluss möglich ist; hierbei handelt es sich jedoch um eine gesondert zu betrachtende Ebene, s. zum Vertragserfordernis noch in diesem Kapitel S. 250 ff.; zum institutionellen Unternehmensbegriff *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Vorbemerkung zu den Artikeln 101 bis 105, Rn. 42.

chend der Erweiterung des Auftraggeberbegriffs um funktionale Aspekte liegt auch dem Begriff des Wirtschaftsteilnehmers ein funktionelles Verständnis zugrunde.²⁵

Der Begriff des Wirtschaftsteilnehmers entspricht in dieser Hinsicht noch dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff. Auch im Kartellrecht kommt es nicht auf die Rechtsform, sondern auf die konkrete Tätigkeit an. Als Unternehmen angesehen wird dort „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.²⁶

Vom Wirtschaftsteilnehmerbegriff werden damit zunächst alle Akteure der Privatwirtschaft unproblematisch erfasst.²⁷ Der Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts wird zudem ausdrücklich auch auf öffentliche Unternehmen ausgedehnt, § 185 Abs. 1 S. 1 GWB (früher: § 130 GWB). § 185 Abs. 1 S. 1 GWB folgt damit Art. 106 Abs. 1 AEUV, der ausdrücklich anordnet, dass auch in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen getroffen oder beibehalten werden dürfen. § 185 Abs. 1 S. 1 GWB ordnet jedoch nur die Anwendbarkeit der Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des GWB an, also nicht des Kartellvergaberechts auch auf Unternehmen der Öffentlichen Hand.

Für das Kartellvergaberecht stellt sich damit die Frage nach der Erfassung der Öffentlichen Hand vom Begriff des Wirtschaftsteilnehmers gesondert. Für den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts war zunächst streitig, ob die Öffentliche Hand überhaupt als Wirtschaftsteilnehmer in Betracht komme oder vom Vergabewettbewerb auszuschließen sei. Befürchtet wurde ein Missbrauch hoheitlicher Vorteile, etwa der teilweisen Insolvenzunfähigkeit öffentlicher Unternehmen, besonderer staatlicher Zuwendungen oder der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung gegenüber Unternehmen der Privatwirtschaft.²⁸ Dieser auf den ersten Blick als Benachteiligung der Öffentlichen Hand erscheinende Ausschluss hätte jedoch eine pauschale Ausnahme der Öffentlichen Hand aus dem Kartellvergaberechtsregime mit der Möglichkeit zur freihändigen Vergabe entsprechender Verträge bedeutet und daher vielmehr zu einer weitreichenden Privilegierung der Öffentlichen Hand geführt.²⁹ Auch dient das Vergaberecht nicht der Schaffung identischer Ausgangsbedingungen.³⁰ Zudem spricht der nicht wie § 185 Abs. 1 S. 1 GWB im Anwendungsbereich verengte Art. 106 Abs. 1 AEUV für eine Erfassung

²⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9, Rn. 52.

²⁶ Erstmals *EuGH*, Urt. v. 23.4.1991, Az.: C-41/90 („Höfner und Elser“), seit dem ständige Rspr.; zur Entwicklungsgeschichte *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Vorbemerkung zu den Artikeln 101 bis 105, Rn. 42 ff.

²⁷ *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 3.

²⁸ *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 3; *Siebert*, VergabeR 2016, 220 (221); *Hertwig*, NZBau 2008, 355 (357, 359 f.).

²⁹ So auch *EuGH*, Urt. v. 23.12.2009, Az.: C-305/08 („CoNISMa“) Rn. 43 = ECLI:EU:C:2009:807.

³⁰ *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 3.

auch der Öffentlichen Hand vom Begriff des Wirtschaftsteilnehmers in primärrechtskonformer Auslegung der Vergaberichtlinien. Der EuGH hat sich daher ausdrücklich gegen einen Ausschluss öffentlicher Unternehmen aus dem Bieterwettbewerb entschieden.³¹ Auch im Falle der öffentlichen Finanzierung von Einheiten der Öffentlichen Hand sind diese nicht von vornherein vom Vergabewettbewerb ausgeschlossen. Vielmehr ist in diesen Fällen gem. § 60 VgV zu beurteilen, ob es sich um ein ungewöhnlich niedriges Angebot handelt, das den Ausschluss des Angebots rechtfertigt.³² Dies macht insbesondere die beihilfenrechtliche Beurteilung der öffentlichen Finanzierung erforderlich.³³

a) Öffentliche Einrichtungen

Auch Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL stellt nunmehr ausdrücklich die Eigenschaft öffentlicher Einrichtungen als Wirtschaftsteilnehmer fest. Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 VRL sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts definiert als „Einrichtungen mit sämtlichen der folgenden Merkmale:

- a) Sie wurden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- b) sie besitzen Rechtspersönlichkeit und
- c) sie werden überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder unterstehen hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht dieser Gebietskörperschaften oder Einrichtungen, oder sie haben ein Verwaltungs-, Leitungs- beziehungsweise Aufsichtsorgan, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind“.

Öffentliche Einrichtungen sind danach alle als funktionale Auftraggeber erfassten Einheiten (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Nr. 4 VRL/§ 99 Nr. 2 GWB). Damit wurde die Rspr. des EuGH zu öffentlichen Einrichtungen kodifiziert, die sich ausgehend von der Rs. ARGE Gewässerschutz im Jahr 2000 mit der Erfassung auch öffentlich-rechtlicher Organisationsformen auseinandersetzte. Hier wies der EuGH erstmals auch auf die Erfassung öffentlicher Einrichtungen von den Vergaberichtlinien hin und wies den Einwand wettbewerbsverzerrender Vorteile zurück.³⁴ In der Rs. CoNISMa entschied der EuGH dann unter Hinweis auf den öffentliche Einrichtungen ausdrücklich erwähnenden Wortlaut des Art. 1 Abs. 8 Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004): Weil „eines der Ziele der Gemeinschaftsvorschriften im

³¹ *EuGH*, Urt. v. 23.12.2009, Az.: C-305/08 Rn. 34 f. („CoNISMa“) = ECLI:EU:C:2009:807; zustimmend *Siegel*, *EuZW* 2015, 188 (188); *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, § 6 Rn. 54.

³² *EuGH*, Urt. v. 18.12.2014, Az.: C-568/13 Rn. 51 = ECLI:EU:C:2014:2466 = *EuZW* 2015, 186; zustimmend *Siegel*, *EuZW* 2015, 188 (189).

³³ *Lausen*, in: Burgi/Dreher, VgV, § 60 Rn. 32.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 7.12.2000, Az.: C-94/99 („ARGE Gewässerschutz“); dazu *Antweiler*, *VergabR* 2001, 259 und *Burgi*, *Vergaberecht*, § 9 Rn. 3.

Bereich des öffentlichen Auftragswesens die Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb³⁵ sei, seien auch öffentliche Einrichtungen in umfassender Weise erfasst, unabhängig davon, ob sie Gewinnerzielung anstreben oder unternehmerisch strukturiert oder ständig auf dem Markt tätig seien.³⁶ Auch wenn der Wirtschaftsteilnehmer selbst öffentlicher Auftraggeber sei und deshalb im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfülle, komme er als Wirtschaftsteilnehmer in Betracht.³⁷ Der kartellvergaberechtliche Begriff entspricht insofern ebenfalls dem relativen Unternehmensbegriff des Art. 106 Abs. 1 AEUV, wonach Einrichtungen gleichzeitig sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben können.³⁸

b) Sonstige juristische Personen

Über die öffentlichen Einrichtungen hinaus werden nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL als Wirtschaftsteilnehmer auch weitere *juristische Personen* erfasst. In Betracht gezogen werden könnte insofern, ob die ausdrückliche Nennung öffentlicher Einrichtungen im Umkehrschluss eine Ausnahme für sonstige öffentlich-rechtliche Organisationsformen rechtfertigt und sich der Anwendungsbereich daher allein auf juristische Personen des Privatrechts beschränkt.

Indes handelt es sich bei öffentlichen Einheiten, die nicht dem funktionalen Auftraggeberbegriff unterfallen, gerade um solche, die, selbst wenn sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, jedenfalls gewerblich handeln und deshalb schon dem Telos nach vom Kartellvergaberecht erfasst sein müssen.

Die Definition des Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL erfasst also sämtliche juristische Personen, unabhängig von ihrer Qualifikation als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich. Erfasst werden mithin sowohl im Eigentum der Öffentlichen Hand stehende juristische Personen des Privatrechts (AG, GmbH), als auch solche des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten). Die ausdrückliche Nennung öffentlicher Einrichtungen ist als Inkorporation der Rspr. des EuGH in den Willen des europäischen Gesetzgebers zu verstehen und soll nur klarstellen, dass über öffentliche Einheiten, die gewerblich am Markt teilnehmen, auch funktionale Auftraggeber vom Wirtschaftsteilnehmerbegriff erfasst werden können.

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 23. 12. 2009, Az.: C-305/08 („CoNISMa“) Rn. 37 = ECLI:EU:C:2009:807.

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 23. 12. 2009, Az.: C-305/08 („CoNISMa“) Rn. 30 = ECLI:EU:C:2009:807.

³⁷ *EuGH*, Urt. v. 23. 12. 2009, Az.: C-305/08 („CoNISMa“) Rn. 38 = ECLI:EU:C:2009:807; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9, Rn. 52. Im Anschluss an die Entscheidung in der Rs. CoNISMa hat der EuGH entschieden, dass als „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ auch öffentliche Stellen zu verstehen sind, soweit sie berechtigt sind, auf einem Markt Leistungen gegen Entgelt anzubieten, s. *EuGH*, Urt. v. 6. 10. 2015, Az.: C-203/14 („Distrikts Maresme“) = ECLI:EU:C:2015:664 = ZfBR 2016, 179 (181) = VergabeR 2016, 214; dazu auch *Neun/Otting*, EuZW 2016, 486 (491 f.).

³⁸ Dazu *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1: Europäisches Kartellrecht, Art. 37/Art. 106, Abschnitt C (Art. 106 Abs. 1) Rn. 1.

c) Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit

Fraglich bleibt die Reichweite des Kartellvergaberechts gegenüber Einheiten der Öffentlichen Hand ohne eigene Rechtspersönlichkeit.³⁹ Zwar werden diese weder als öffentliche Einrichtung noch als eigenständige juristische Person erfasst und unterfallen damit nicht unmittelbar der Begriffsbestimmung des Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL. Erwägungsgrund 14 legt jedoch nahe, dass auch Regie- oder Eigenbetriebe als Einheit i. S. d. Wirtschaftsteilnehmerbegriffs erfasst werden, kommt es doch danach auf ihre Qualifikation als juristische Person nicht notwendig an. Ohne eigene Rechtspersönlichkeit fehlt jedoch die Möglichkeit, einen Vertrag mit dem Auftraggeber zu schließen.⁴⁰ Regie- und Eigenbetriebe oder Abteilungen einer Behörde können daher nur mittelbar über die sie beherrschende Körperschaft Verträge schließen.⁴¹ In dieser mittelbaren Funktion können sie aber durchaus als Wirtschaftsteilnehmer am Vergabewettbewerb teilnehmen, sodass auch kommunale Eigenbetriebe als Wirtschaftsteilnehmer qualifiziert werden können.⁴²

Dabei schadet es nicht, wenn der Wirtschaftsteilnehmer zugleich als Auftraggeber qualifiziert werden kann.⁴³ Ob ein solcher Vertragsschluss indes auch innerhalb der jeweiligen Organisationseinheit denkbar ist, ist keine Frage der Qualifikation einer Einheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit als Wirtschaftsteilnehmer, sondern eine solche nach dem Vorliegen eines Vertrags und deshalb an anderer Stelle zu vertiefen.⁴⁴

Das funktionale Verständnis führt damit zu einer vollständigen Unabhängigkeit von Zuordnungen der Einheit zum öffentlichen oder privaten Recht oder der zugrunde liegenden Organisationsform der Verwaltung.⁴⁵ Als Wirtschaftsteilnehmer können danach sowohl Gebiets- als auch öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungs-körperschaften erfasst sein, weiterhin öffentliche Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie solche ohne Rechtspersönlichkeit, also auch Regie- und Eigenbetriebe.

³⁹ Offenlassend *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 103 f.

⁴⁰ *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 2.

⁴¹ Für eine unmittelbare Erfassung vom Unternehmensbegriff im Beihilfenrecht *Kliemann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 107 Rn. 33.

⁴² *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, § 103 Rn. 8.

⁴³ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 66.

⁴⁴ S. näher sogleich in diesem Kapitel, S. 251 ff.; anders aber *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 8, der im Unternehmensbegriff zugleich das Erfordernis einer formalen Unterscheidbarkeit zwischen Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer verbürgt wissen will. In der referenzierten Entscheidung ARGE Gewässerschutz (*EuGH*, Urt. v. 7. 12. 2000, Az.: C-94/99 = ECLI:EU:C:2000:677 = NVwZ 2001, 785 (Rn. 40)) bezog sich der EuGH indes in dieser Sache auf die Entscheidung in der Rs. Teckal (*EuGH*, Urt. v. 18. 11. 1999, Az.: C-107/98 = ECLI:EU:C:1999:562 = EuZW 2000, 246 (Rn. 49)), in der es um das Vertragserfordernis ging.

⁴⁵ *Knauff*, EuZW 2015, 908 (911).

2. Anbieten von Leistungen am Markt

Das umfassende funktionale Verständnis des Begriffs des Wirtschaftsteilnehmers macht die Charakterisierung der Tätigkeit zum entscheidenden Element.⁴⁶ Die Öffentliche Hand ist nur dann als Wirtschaftsteilnehmer anzusehen, wenn sie die Erbringung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen *am Markt anbietet* (Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL).

Auch bzgl. des Tatbestandsmerkmals des Anbietens von Leistungen am Markt scheint sich auf den ersten Blick ein weitgehender Gleichlauf zwischen kartellrechtlichem Unternehmens- und kartellvergaberechtlichem Wirtschaftsteilnehmerbegriff zu ergeben. Die Tätigkeit eines Unternehmens ist nach der Rspr. des EuGH nämlich dann wirtschaftlich, wenn sie auf den Austausch von Leistungen und Gütern am Markt gerichtet ist, unabhängig von einer etwa bestehenden Gewinnerzielungsabsicht.⁴⁷ Nach der Rspr. des EuGH meint Austausch ebenfalls wie beim Begriff des Wirtschaftsteilnehmers nur das Angebot von Leistungen.⁴⁸ Damit kann die bereits zum Unternehmensbegriff entwickelte Dogmatik zwar im Grundsatz auf den Begriff des Wirtschaftsteilnehmers übertragen werden.

Indes bedarf es im Kartellvergaberecht eines anderen Ansatzes beim Verständnis des Marktes: Im Vergaberecht kann es nicht per se darauf ankommen, dass Leistungen am Markt angeboten werden, weil sonst Unternehmen, die nur an einem konkreten Vergabeverfahren teilnehmen, als Wirtschaftsteilnehmer ausschieden.⁴⁹ Betätigung am Markt meint im Kartellvergaberecht danach nur den „Wettbewerb um die Aufträge des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers“⁵⁰. Der konkrete Markt, nach dem sich die Eigenschaft als Wirtschaftsteilnehmer bestimmt, wird also durch den sachlichen Anwendungsbereich bestimmt. Wesentlich kommt es auf die Qualifikation als Auftrag bzw. Konzession an; sobald es sich um einen Auftrag/eine Konzession handelt, ist jeder oben benannten Einheit die Möglichkeit einer Teilnahme am Vergabeverfahren eröffnet. Insofern führt das funktionale Verständnis vom Begriff des Wirtschaftsteilnehmers im Kartellvergaberecht zu dessen Bedeutungsverlust. Dieser Bedeutungsverlust spiegelt sich auch in der Rspr. des EuGH wider, die dem persönlichen Anwendungsbereich auf Seiten des Auftragnehmers nur im Rahmen des ersten Definitionselements eine Rolle zumisst, sich zur Frage der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers jedoch nicht einlässt, sondern hierfür auf den sachlichen Anwendungsbereich abstellt.⁵¹ Hüser spricht davon,

⁴⁶ Knauff, EuZW 2015, 908 (911); für den Unternehmensbegriff Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 400.

⁴⁷ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 24; Burgi, Kommunalrecht, § 17 Rn. 3.

⁴⁸ S. zum Kartellrecht näher Kapitel 3, S. 191 ff.

⁴⁹ Hüser, Ausschreibungspflichten, S. 104.

⁵⁰ Hüser, Ausschreibungspflichten, S. 104.

⁵¹ Zuletzt wurde die Frage, ob ein wirtschaftlicher Vorgang vorliegt, vom EuGH in der Rs. Remondis im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „entgeltlicher Vertrag“ aufgeworfen, EuGH,

dass das Marktkriterium bis an den Rand der Bedeutungslosigkeit verkümmert sei.⁵² Dies trifft auf das Marktkriterium als Element des Begriffs des Wirtschaftsteilnehmers zwar zu; es lebt jedoch im Auftrags-/Konzessionsbegriff erneut auf. Anders als im allgemeinen Kartellrecht kommt daher nicht dem Begriff des öffentlichen Unternehmens die Aufgabe der Abgrenzung von wirtschaftlicher Betätigung und eigentlicher Verwaltungstätigkeit zu.⁵³ Vielmehr ist der Abgrenzung eines wettbewerbsfreien Raums im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs beim Auftrags- und Konzessionsbegriff nachzuspüren.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Der Begriff des Wirtschaftsteilnehmers ist funktional zu verstehen und in diesem Sinne erdenklich weit. Der Begriff erlaubt dementsprechend keine Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nicht-wirtschaftlichem Bereich. Diese Abgrenzung ist anders als beim Begriff des Unternehmens im allgemeinen Wettbewerbsrecht dem sachlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts vorbehalten. Auch die Antwort auf die Frage nach der vergabewettbewerblichen Strukturierung des binnenorganisatorischen Bereichs der Öffentlichen Hand ist im Auftrags-/Konzessionsbegriff zu suchen.

II. Die Unterscheidung zwischen Aufträgen und Konzessionen

Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts erstreckte sich bisher auf Aufträge und Baukonzessionen. Mit der am 17. April 2014 in Kraft getretenen KVR und dem in Umsetzung ergangenen 4. Teil des GWB sind nunmehr auch Dienstleistungskonzessionen in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts einbezogen worden. Damit findet eine zunächst über das Primärvergaberecht forcierte Ausdehnung des Vergaberechts vorerst ihren Abschluss, indes die genaue Reichweite des neuen Kartellvergaberechtsregimes für Dienstleistungskonzessionen noch mit einer Vielzahl von Unsicherheiten behaftet ist.

Urt. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15 = ECLI:EU:C:2016:985 = NVwZ 2017, 373, Rn. 44; so auch *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 102.

⁵² *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 105; s. auch *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, S. 218; dies erhellt auch, warum etwa die Erbringung von Leistungen der Kindertagesbetreuung in den Anwendungsbereich des Vergaberechts gerät, s. etwa *Hermann/Grimm*, LKV 2019, 433 (436 ff.).

⁵³ *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 100, erkennt im Unternehmensbegriff des § 99 Abs. 1 GWB a. F. einen anderen Regelungsgegenstand.

1. Der Auftragsbegriff

Bisher schon vom Kartellvergaberecht erfasst waren öffentliche Aufträge. Nach Art. 2 Abs. 1 VRL ist ein öffentlicher Auftrag ein zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossener, schriftlicher entgeltlicher Vertrag über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.⁵⁴

§ 103 Abs. 1 GWB definiert demgegenüber öffentliche Aufträge als entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Identität besteht insofern in Hinblick auf das Erfordernis eines entgeltlichen Vertragsschlusses und bezüglich der Auftragsgegenstände (Bauleistungen, Warenlieferungen und Dienstleistungen).

Es lassen sich jedoch auch Abweichungen feststellen: So entfällt im deutschen Kartellvergaberecht das Erfordernis der Schriftform. Insofern wird in der Literatur teilweise vertreten, dass dieses in unionsrechtskonformer Auslegung in die nationale Definition hineinzulesen sei.⁵⁵ Indes handelt es sich um eine gegenüber dem Unionsrecht weitergehende Fassung des Auftragsbegriffs, die dem Unionsrecht nicht entgegensteht. Sie ist insofern als überschießende Regelung zulässig.⁵⁶ Aufgrund der regelmäßig schriftlich geschlossenen Verträge wird dem Streitstand in der Vergabep Praxis keine Rolle zugemessen.⁵⁷

Demgegenüber wird das Erfordernis einer Beschaffung in der Definition des GWB ausdrücklich festgestellt, während der Auftragsbegriff der Richtlinie den Begriff nicht benutzt. Indes ergibt sich gegenüber dem Unionsrecht insofern keine Abweichung. Erwägungsgrund 4 und Art. 1 Abs. 2 VRL stellen ausdrücklich klar, dass die Auftragsvergabe i. S. d. Richtlinie nur den „Erwerb“ von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen erfasst. In einem weiteren Sinne werden darunter die „Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen“ verstanden (Erwägungsgrund 4 VRL). Insofern decken sich die Anforderungen nach Unionsrecht und nationalem Umsetzungsrecht in Hinblick auf das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs.⁵⁸

⁵⁴ Übereinstimmend auch Art. 2 Nr. 1 RL 2014/25/EU.

⁵⁵ Für den Konzessionsbegriff *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 36.

⁵⁶ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 37.

⁵⁷ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 15.

⁵⁸ Näher noch in diesem Kapitel, S. 256 ff.; vgl. auch *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 24.

Schließlich spricht die Richtlinie von „Wirtschaftsteilnehmern“, während § 103 GWB von „Unternehmen“ spricht; eine Differenz, auf die bereits eingegangen wurde.⁵⁹

2. Der Konzessionsbegriff

Über Aufträge hinaus erfasst das Kartellvergaberecht auch Konzessionen. Darunter fallen einerseits Baukonzessionen, andererseits Dienstleistungskonzessionen. Während Baukonzessionen auch bisher schon vom Kartellvergaberecht erfasst waren, hat die Reform 2014 zu einer Aufnahme auch der Dienstleistungskonzession ins Kartellvergaberecht geführt.⁶⁰

Als „Baukonzession“ werden nach Art. 5 Nr. 1 lit. a KVR entgeltliche, schriftlich geschlossene Verträge erfasst, mit denen ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

„Dienstleistungskonzessionen“ sind nunmehr nach Art. 5 Nr. 1 lit. b KVR definiert als entgeltliche, schriftlich geschlossene Verträge, mit denen ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Sowohl bei der Bau- als auch Dienstleistungskonzession muss zudem das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks beziehungsweise für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergehen (Art. 5 Nr. 1 UAbs. 2 KVR).

Eine weitgehend identische Umsetzung haben die Begriffe in § 105 GWB gefunden. In Parallele zum Auftragsbegriff fehlt in der nationalen Definition jedoch wiederum das Schriftlichkeitserfordernis, was sich abermals als zulässige Erweiterung des nationalen Anwendungsbereichs des GWB darstellt.⁶¹

⁵⁹ Dazu bereits in diesem Kapitel, S. 230 ff.

⁶⁰ *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 2, spricht indes von einer „Reintegration der Konzession“ in Gänze.

⁶¹ S. dazu soeben in diesem Kapitel, S. 240.

a) Begriffsgeschichte

Mit der kartellvergaberechtlichen Definition findet die Debatte um Inhalt und Reichweite des Konzessionsbegriffs jedenfalls im vergaberechtlichen Kontext vorerst ein Ende. Bisher wurde der Begriff der Konzession in unterschiedlichen Kontexten verwendet und von sich teils widersprechenden nationalen und unionsrechtlichen Vorverständnissen geprägt.⁶²

Der im nationalen Kontext von Otto Mayer geprägte und dem französischen Institut des „service public“ entlehnte Begriff⁶³ der Konzession sollte ursprünglich einen Verwaltungsakt beschreiben, mit dem die rechtliche Macht der öffentlichen Verwaltung zur Ausübung hoheitlicher Wirtschaftstätigkeit an Private verliehen wird.⁶⁴ Die Konzession wird deshalb auch als besonderes Instrument der Wirtschaftsaufsicht und -lenkung verstanden.⁶⁵ Sie deckt sich damit begrifflich auf den ersten Blick mit der „einfachen“ gewerberechtlichen Erlaubnis. In der Tat taucht der Konzessionsbegriff in eben dieser allgemeinen Verwendung im wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Zusammenhang auf und versteht sich dann als Synonym für einfache Erlaubnisse.⁶⁶ Nach einer engeren Auffassung soll sich der Begriff der Konzession jedoch materiell von der gewerberechtlichen Erlaubnis unterscheiden, weil im Falle einer Konzession kein grundrechtlich begründeter Anspruch auf Ausübung der Tätigkeit bestehe.⁶⁷ Hoheitliche Wirtschaftstätigkeit meine also das besondere Vorrecht i. S. e. Monopols der Öffentlichen Hand zur Aufgabenerfüllung, das nur ausnahmsweise als Konzession auf einen Dritten übertragen wird. Insofern charakterisiert Martini die Konzession als eine „wirtschaftsrechtliche Spielart eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt“.⁶⁸

Seit den 1970er Jahren hat sich zunehmend ein vergaberechtlicher Konzessionsbegriff durchgesetzt, der nunmehr mit § 105 GWB erstmals auch im nationalen Recht positiv-rechtlich definiert wurde. Bereits bei Pietzcker angelegt ist die Entwicklung des Vergabeinstruments vom klassischen Austausch von Geld gegen Leistung zur Konzessionsvergabe, auch wenn eine Benennung noch fehlt. So

⁶² Zu den vielen Verwendungen des Begriffs *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 23.

⁶³ Näher *Rossi/Pfahl*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 3 f.

⁶⁴ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Zweiter Band, S. 243; *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, S. 17; *Rossi/Pfahl*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 4 f.

⁶⁵ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 26; den Begriff in diesem Kontext ablehnend *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 458 ff.

⁶⁶ S. etwa die Begriffsverwendung in § 15 Abs. 2 S. 1 GewO; für ein solch weites Verständnis *Rossi/Pfahl*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 5 f.

⁶⁷ Weitere Kriterien bei *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 27.

⁶⁸ *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, S. 38 ff.; kritisch *Rossi/Pfahl*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 7.

kennzeichnet Pietzcker 1978 die „untypische Gestaltung der ‚Entlohnung‘“⁶⁹ bei der Risikoverlagerung in Erschließungsverträgen. Zu dieser Zeit taucht der Begriff der (Bau-)Konzession im Unionsrecht bereits als besondere Spielart der Finanzierung öffentlicher Aufträge auf. Zunächst findet sich der Konzessionsbegriff in der Baukoordinierungsrichtlinie von 1971 (RL 71/305/EWG), jedoch unter Ausschluss des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs. In Art. 3 hieß es: „Schließt ein öffentlicher Auftraggeber einen Vertrag ab, der von den in Artikel 1 Buchstabe a genannten Verträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistungen für die zu erbringenden Arbeiten entweder ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauvorhabens oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht, so wird diese Richtlinie auf diesen sogenannten Konzessionsvertrag nicht angewandt.“ Erst 1993 werden Baukonzessionen dann mit der Baukoordinierungsrichtlinie in den Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts einbezogen.⁷⁰ Während für diese besondere Spielart der Bauaufträge fortan der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet ist, sind Dienstleistungskonzessionen bis zuletzt vom Anwendungsbereich des europäischen Sekundärvergaberechts nach Art. 17 der Vergabekoordinierungsrichtlinie⁷¹ ausgeschlossen gewesen. Dennoch wurden Dienstleistungskonzessionen in Anlehnung an die Definition der Baukonzessionen in Art. 1 Abs. 4 der Vergabekoordinierungsrichtlinie bereits als Verträge definiert, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Auch bemühte sich die Kommission seit den 1990er Jahren – zunächst jedoch erfolglos – um eine Integration der Dienstleistungskonzession in das Kartellvergaberecht.⁷² In der Folge hat die Kommission in einer Mitteilung die Kriterien zur Abgrenzung zum Auftrag näher definiert und ausgeführt, dass die Konzession sich dadurch auszeichne, dass das wirtschaftliche Risiko der Refinanzierung bei den Endnutzern vom Unternehmen getragen werde.⁷³ Besondere Brisanz kam dem Passus zu, wonach Dienstleistungskonzessionen „üblicherweise Tätigkeiten zum Inhalt [haben], die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die

⁶⁹ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 342 f.

⁷⁰ Art. 1 lit. c Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 199/54.

⁷¹ Vergabekoordinierungsrichtlinie, RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. März 2004, ABl. L 134/114.

⁷² Mohr, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 24 f.

⁷³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121/2 f. Ziff. 2.2; dazu auch Mohr, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 25.

Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können“⁷⁴. Damit war der besondere Zusammenhang zwischen Dienstleistungskonzessionen und Verwaltungsaufgaben beschrieben, da die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Übertragung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unter Wahrung staatlicher Gewährleistungsverantwortung an Private ermöglicht, die sodann über den Auftrag hinausgehend die Aufgabe sowohl eigenverantwortlich als auch unter Tragung des wirtschaftlichen Risikos erfüllen.⁷⁵

Auch der EuGH bekam Gelegenheit, sich mit dem Begriff der Dienstleistungskonzession zu beschäftigen. Er trug so zur Festigung des vergaberechtlichen Konzessionsbegriffs bei.⁷⁶ Mangels Anwendbarkeit sekundärvergaberechtlicher Normen entfaltete der EuGH die Grundfreiheiten als „Auffangordnung“⁷⁷ bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, um Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung und Rechtsschutz auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu gewährleisten.⁷⁸

b) Heutiges Begriffsverständnis

§ 105 Abs. 1 GWB stellt nunmehr klar, dass es sich auch bei Konzessionen um entgeltliche Verträge zwischen Konzessionsgebern und Unternehmen handelt. Insofern ergibt sich ein Gleichlauf zwischen Auftrags- und Konzessionsbegriff. In Abweichung betraut der Konzessionsgeber das Unternehmen mit dem Vertrag sodann jedoch entweder mit der Erbringung von Bauleistungen oder der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen, wobei das Unternehmen als Entgelt das Recht zur Verwertung der Dienstleistung/dem Recht zur Nutzung des Bauwerks erhält, ggf. zuzüglich einer Zahlung. Schließlich geht bei der Konzession in Abgrenzung zum Auftrag das Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer über (§ 105 Abs. 2 GWB).

⁷⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121/2 f. Ziff. 2.2.

⁷⁵ *Rossi/Pfahl*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 12.

⁷⁶ S. etwa *EuGH*, Urt. v. 7. 12. 2000, Az.: C-324/98 = ECLI:EU:C:2000:669; Urt. v. 25. 3. 2010, Az.: C-451/08 = ECLI:EU:C:2010:168; zur Begriffsbestimmung durch den EuGH *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 32 ff.

⁷⁷ Begriff nach *Siegel*, EWS 2008, 66 (66).

⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 7. 12. 2000, Az.: C-324/98 = ECLI:EU:C:2000:669; Urt. v. 21. 7. 2005, Az.: C-231/03 = ECLI:EU:C:2005:487; Urt. v. 13. 10. 2005, Az.: C-458/03 = ECLI:EU:C:2005:605; Urt. v. 13. 4. 2010, Az.: C-91/08 = ECLI:EU:C:2010:182; s. zur Rezeption in der Literatur *Burgi*, NZBau 2005, 610; *Nettesheim*, EWS 2007, 145 (151); *Prieß/Marx/Hölzl*, NVwZ 2011, 65 (67 f.); *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (754); *Sudbrock*, KommJur 2014, 42 (42); *Siegel*, Vergaberecht 2015, 265 ff. (265 f.); dazu auch *Rossi/Pfahl*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 11 f.; *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 28.

aa) „Betrabung“ als konzessionsspezifisches Merkmal?

Anders als beim Auftrag spricht § 105 Abs. 1 GWB nicht von Beschaffung einer Dienst- oder Bauleistung, sondern davon, dass das Unternehmen mit diesen Leistungen „betraut“ werde. Der Inhalt des Begriffs „Betrabung“ ist bisher nicht letztgültig geklärt und von Rechtsunsicherheit gekennzeichnet.⁷⁹ Im Kartellvergaberecht hat der Begriff gleich mehrfach Eingang gefunden. Er findet sich auch in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB wieder, wonach die Inhouse-Ausnahme eine „Betrabung“ mit Aufgaben durch den Auftraggeber voraussetzt.⁸⁰ § 97 Abs. 4 S. 4 GWB spricht zudem von Betrabung mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe. In der KVR taucht der Begriff der Betrabung in Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 auf, wonach der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten sich auch darin auswirkt, dass die nationalen, regionalen und lokalen Körperschaften wählen können, ob sie Wirtschaftsteilnehmer mit Aufgaben von öffentlichem Interesse betrauen.

(1) Betrabung nur bei staatlichen Aufgaben?

Teilweise wird aus diesem Zusammenhang gefolgert, es müsse sich beim Konzessionsgegenstand um eine spezifisch dem Verantwortungsbereich der Öffentlichen Hand zugewiesene Aufgabe handeln. Diemon-Wies erblickt im Akt des Betrauens dementsprechend einen Vorgang, bei dem „der öffentliche Auftraggeber eine ihm obliegende Aufgabe auf einen Dritten überträgt, damit dieser die Aufgabe für den öffentlichen Auftraggeber erledigt“⁸¹. Insofern könnte mit dem Terminus der Betrabung eine Limitierung auf Tätigkeiten einhergehen, „die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können.“⁸² Während die Kommission diese Voraussetzung in der zitierten Mitteilung nur „üblicherweise“ bei Dienstleistungskonzessionen als erfüllt ansieht, hält das Kammergericht diese Voraussetzung für den Begriff der Dienstleistungskonzession für konstitutiv.⁸³

Indes ist die Betrabung als besondere Handlungsformkategorie unabhängig von dem Betrauungsgegenstand zu betrachten. Entsprechend der Mitteilung der Kommission wird der mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession einhergehende Betrauungsakt häufig entweder eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder einer sonstige staatliche Primäraufgabe zum Gegenstand haben;

⁷⁹ Knauff/Badenhausen, NZBau 2014, 395 (396).

⁸⁰ Auch in der englischen Sprachfassung findet sich sowohl in Art. 106 Abs. 2 AEUV als auch in der KVR der Begriff des „entrustment“.

⁸¹ Diemon-Wies, VergabeR 2016, 162 (163).

⁸² Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121/2, Ziff. 2.2.

⁸³ KG, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart, Rn. 13 f.

er muss es aber nicht.⁸⁴ Auch in der KVR findet sich keinerlei diesbezügliche Einschränkung des Begriffs der Betrauung.⁸⁵ § 97 Abs. 4 S. 4 GWB zeigt gerade, dass für Betrauungen mit öffentlichen Aufgaben zwar besondere Anforderungen zu stellen sind; andere Betrauungen sind damit aber nicht ausgeschlossen. Die Richtlinie formuliert auch nicht den Anspruch, für 28 mitgliedstaatliche Rechtsordnungen eine verbindliche Bestimmung des staatlichen Verantwortungsbereichs vorzunehmen und nach nationalem Recht nicht als in staatlicher Trägerschaft verstandene Aufgaben vom Anwendungsbereich auszunehmen.⁸⁶

Mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur ist das Erfordernis der Betrauung daher dahingehend zu verstehen, dass damit „nur“ das Erfordernis einer entgeltlichen Beschaffung zum Ausdruck gebracht und keine Abweichung gegenüber dem Auftragsbegriffs bezweckt wird.⁸⁷ Für den untersuchten Kontext ist die Eingrenzung aber insofern zielführend, als mit dem einengenden Verständnis der hier maßgebliche Untersuchungsgegenstand konkretisiert werden kann, nämlich auf solche Dienstleistungskonzessionen, die nach nationalem Aufgabenverständnis Privatisierungsrelevanz besitzen.

(2) *Anlehnung an das primärrechtliche Begriffsverständnis*
i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV?

Der Begriff der Betrauung findet zudem im europäischen Wettbewerbsrecht in Art. 106 Abs. 2 AEUV Verwendung und wurde für das Beihilfenrecht vom EuGH in der Altmark-Trans-Rspr. des EuGH konkretisiert.⁸⁸ Insofern findet sich auch der Ansatz, den Begriff in Anlehnung an den primärrechtlichen Begriffsgehalt zu verstehen.⁸⁹

Nach der Altmark-Trans-Rspr. ist der Begriff der Betrauung für die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bereits für die Bestimmung des Begriffs der Beihilfe relevant.⁹⁰ Dafür ist der Begriff von der Kommission mehrfach präzisiert worden, wobei sowohl im Altmark- als auch

⁸⁴ In diesem Sinne auch *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 72, und *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 105 Rn. 11.

⁸⁵ *Classen*, VergabeR 2016, 13 (15); *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (756); *Krönke*, NVwZ 2016, 568 (575).

⁸⁶ *Nettesheim*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 54 (63 f.).

⁸⁷ *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 71 und Rn. 76; *Krönke*, NVwZ 2016, 568 (575); *Siegel*, NVwZ 2016, 1672 (1673); *Wollenschläger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB 4. Teil, § 105 Rn. 37.

⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 24. 7. 2003, Az.: C-280/00 („Altmark Trans“) = ECLI:EU:C:2003:415 = EuZW 2003, 496; s. auch *Burgi*, EuZW 2017, 90 (91).

⁸⁹ So *Nettesheim*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 54 (61); in diese Richtung auch *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 105 Rn. 11.

⁹⁰ *Burgi*, EuZW 2017, 90 (91).

Freistellungskontext ein Gleichlauf der begrifflichen Grundsätze auszumachen ist.⁹¹ Eine Betrauung setzt danach eine genaue Definition von Gegenstand und Dauer der Verpflichtungen, von Unternehmen und betroffenem Gebiet sowie der Art besonderer Rechte sowie der gewährten Kompensation voraus.⁹² Wesentliches Element der Betrauung ist die obligatorische Verpflichtung des betrauten Wirtschaftsteilnehmers mit der Dienstleistungserbringung.⁹³ Die Verpflichtung muss mittels eines Hoheitsakts festgesetzt werden. Ob hierunter auch Verträge i. S. d. Vergaberechts fallen, ist jedoch nicht letztgültig geklärt.⁹⁴ Jedenfalls Verwaltungsakte, Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsverträge sollen als Hoheitsakt in Betracht kommen.⁹⁵ Burgi spricht sich im beihilfenrechtlichen Kontext zudem dafür aus, auch privatrechtliche Verträge als Betrauungsinstrument i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV zu erfassen; insofern sei das Unionsrecht unabhängig von den mitgliedstaatlichen Handlungskategorien weit zu verstehen.⁹⁶

Eine Anlehnung des kartellvergaberechtlichen Begriffs der Betrauung an das Verständnis in Art. 106 Abs. 2 AEUV scheint daher im Grundsatz möglich. Zweifelhaft ist jedoch, ob die hohen Anforderungen an den Betrauungsakt i. S. d. § 106 Abs. 2 GWB nicht dem funktional-weiten Verständnis des Kartellvergaberechts entgegenstünden.⁹⁷ Insofern sollte für die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts bereits die Vereinbarung von Hauptleistungspflichten genügen, um den Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts nicht über Gebühr einzuengen.⁹⁸ Auch eine Anlehnung an das Begriffsverständnis des Art. 106 Abs. 2 AEUV kommt mithin nicht in Betracht.

bb) Abgrenzung vom Auftrag anhand des Übergangs des Betriebsrisikos

Auftrags- und Konzessionsbegriff erfordern jeweils den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags. Insofern wird der früher vertretenen Auffassung vom Gesetzgeber eine Absage erteilt, wonach sich Auftrag und Konzession anhand des Kriteriums der Entgeltlichkeit voneinander unterscheiden.⁹⁹

⁹¹ Im Einzelnen *Burgi*, EuZW 2017, 90 (91).

⁹² *Korte*, DVBl. 2017, 730 (734); *Losch*, VergabeR 2016, 541 (545).

⁹³ *Burgi*, EuZW 2017, 90 (92).

⁹⁴ Dies ablehnend *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 74.

⁹⁵ *Korte*, DVBl. 2017, 730 (734); s. auch *Burgi*, EuZW 2017, 90 (93 f.); insofern zu eng *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 74, der Verträge als generell nicht vom Betrauungsbegriff des Art. 106 Abs. 2 AEUV umfasst ansieht.

⁹⁶ *Burgi*, EuZW 2017, 90 (94).

⁹⁷ In diesem Sinne *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 74.

⁹⁸ So auch *Wollenschläger*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 105 Rn. 37.

⁹⁹ Zum Entgeltlichkeitserfordernis noch näher in diesem Kapitel, S. 281.

Um eine klare Abgrenzung zwischen Konzessionen und Aufträgen zu ermöglichen, hat der EuGH bereits 2005 in der Rs. *Parking Brixen*¹⁰⁰ das nunmehr in § 105 Abs. 2 GWB kodifizierte zentrale Abgrenzungsmerkmal der Übernahme des Betriebsrisikos durch den Konzessionsnehmer für die Verwertung der Dienstleistung eingeführt.¹⁰¹ Das Betriebsrisiko kann sowohl ein Nachfrage- als auch Angebotsrisiko sein (§ 105 Abs. 2 S. 3 GWB). Nach § 105 Abs. 2 S. 2 GWB wird das Betriebsrisiko übernommen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistung wieder erwirtschaftet werden können und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potentielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Darin findet sich die Rspr. des EuGH wieder, wonach die Übertagung eines nur geringen Teils des Risikos nicht genügt.¹⁰² Vielmehr muss der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt sein; die Risiken müssen über die dem Vertrag typischerweise innewohnenden hinausgehen.¹⁰³

Diskutiert wurde deshalb, ob auch von der Übernahme des Betriebsrisikos im Falle von „öffentlich-rechtlich determinierten Dienstleistungen“¹⁰⁴ gesprochen werden könne. Dazu zählen insbesondere Anschluss- und Benutzungszwänge, weil sie zu einer erheblichen Reduktion der wirtschaftlichen Risiken führen. Bereits in der Rs. *Eurawasser* stellte der EuGH die Vereinbarkeit von Anschluss- und Benutzungszwängen mit dem Erfordernis des Risikoübergangs fest; es müsse den Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse möglich sein, ohne die Schaffung künstlicher, zusätzlicher Risiken auf das Instrument der Dienstleistungskonzession zurückzugreifen.¹⁰⁵ Das Argument des EuGH zielt mithin auf die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten ab.¹⁰⁶ Danach genügt auch die Übertragung eines nur geringen Risikos im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die Annahme

¹⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 13. 10. 2005, Az.: C-458/03 („*Parking Brixen*“) = ECLI:EU:C:2005:605; *Mestwerdt/Stanko*, *VergabeR* 2017, 348 (350), sehen das Tatbestandsmerkmal bereits in früheren Urteilen des EuGH angelegt.

¹⁰¹ So auch *Bartelt*, *Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts*, S. 118 f.; *Mohr*, in: *Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: *Vergaberecht I*, GWB, § 105 Rn. 82.

¹⁰² *EuGH*, Urt. v. 11. 6. 2009, Az.: C-300/07 („*Hans & Christophorus Oymanns*“) = ECLI:EU:C:2009:358; dazu auch *Mestwerdt/Stanko*, *VergabeR* 2017, 348 (350); ob auch die Übertragung des vollständigen Risikos genügt, wenn es nur minimal ist, diskutieren *Mestwerdt/Stanko*, *VergabeR* 2017, 348.

¹⁰³ *EuGH*, Urt. v. 10. 3. 2011, Az.: C-247/09 („*Rettungsdienst Stadler*“) = ECLI:EU:C:2010:698; dazu auch *Mestwerdt/Stanko*, *VergabeR* 2017, 348 (351 f.).

¹⁰⁴ *Mestwerdt/Stanko*, *VergabeR* 2017, 348 (351).

¹⁰⁵ *EuGH*, Urt. v. 10. 9. 2009, Az.: C-206/08 („*Eurawasser*“) = ECLI:EU:C:2009:540.

¹⁰⁶ So *Mestwerdt/Stanko*, *VergabeR* 2017, 348 (351).

einer Dienstleistungskonzession, jedenfalls soweit keine Garantie übernommen wird.¹⁰⁷

Diese Ausnahme in der Rspr. des EuGH wurde so in § 105 Abs. 2 S. 2 GWB nicht aufgenommen. Fraglich ist deshalb, ob Anschluss- und Benutzungszwänge immer noch einen Übergang des Betriebsrisikos rechtfertigen können. Dafür spricht, dass Art. 2 KVR erstmals ausdrücklich die Verwaltungsautonomie der Behörden als vorgelagertes Prinzip kodifiziert.¹⁰⁸ Eine Auslegung, wonach mit der Gewährung von Anschluss- und Benutzungszwängen einhergehende Konzessionen dem weitaus früher greifenden Auftragsvergaberecht zugeordnet werden müssten, wäre entsprechend der Rspr. des EuGH in der Rs. Eurawasser mit diesem Grundsatz nicht vereinbar.¹⁰⁹

c) Bedeutung der Ausdehnung auf Dienstleistungskonzessionen

Der Ausdehnung des Kartellvergaberechts auf Dienstleistungskonzessionen kommt eine besondere Bedeutung zu. Fest steht schon jetzt, dass sich das Kartellvergaberecht nunmehr noch stärker als zuvor in Bereiche der Staatsorganisation auswirken wird. Denn dem Dienstleistungskonzessionsmodell kam schon vor Erfassung vom Kartellvergaberecht die Funktion als spezifisches Privatisierungsinstrument zu,¹¹⁰ das nun einer weitergehenden Liberalisierung unterworfen wird.

Über den Begriff der Dienstleistungskonzession dringt das europäische Vergaberecht in ein breites Spektrum nationaler Verwaltungsbereiche ein. Mit der Erfassung von Dienstleistungskonzessionen vom Kartellvergaberecht geht insbesondere eine Ausweitung des kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereichs in mitgliedstaatliche Bereiche der Daseinsvorsorge einher. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erfolgt überwiegend in Bereichen der Daseinsvorsorge, gerade auch in den als Referenzbereiche ausgewählten Sektoren.¹¹¹ Das Konzessionsmodell findet in der Versorgungswirtschaft weite Verbreitung.¹¹²

¹⁰⁷ *Mestwerdt/Stanko*, VergabeR 2017, 348 (356); *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 19.10.2011, Az.: VII-Verg 51/11 Rn. 35 = ECLI:DE:OLGD:2011:1019.VII.VERG51.11.00: Beitreibungsrisiko; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 105 Rn. 32: Schwankungen in der Menge der Abnahme durch die Endabnehmer; zur Relevanz des Preisrisikos *Siegel*, in: *Becker*, Herausforderungen und Veränderungen im Öffentlichen Sektor IV, S. 120 f.

¹⁰⁸ *Mestwerdt/Stanko*, VergabeR 2017, 348 (353).

¹⁰⁹ Ebenfalls weiterhin die Möglichkeit der Übernahme des Betriebsrisikos bei Anschluss- und Benutzungszwängen annehmend *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 105 Rn. 32.

¹¹⁰ S. bereits Kapitel 2, S. 120 f.

¹¹¹ Die Erfassung der Dienstleistungskonzession vom Kartellvergaberecht entfaltet auch über die klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge hinaus weitreichende Bedeutung, wenn nunmehr Nebenbetriebe an Bundesautobahnen, die Bestellung von Schornsteinfegern, die gewerberechtliche Festsetzung von Märkten und die Gewährung von Glücksspielkonzessionen in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts geraten; weitreichend *Müller*, NVwZ 2016, 266; weitere Beispiele bei *Braun*, EuZW 2012, 451 (451); zur Vergabe von Glücksspielkonzessionen zuletzt einerseits *OLG Hamburg*, Beschl. v. 1.11.2017, Az.: 1 Verg 2/17 =

Darüber hinaus und bisher wenig beachtet entfaltet der Begriff der Dienstleistungskonzession aber auch Bedeutung für die Organisation der Leistungserfüllung durch die Öffentliche Hand selbst. Dies gilt zunächst für Fälle formeller Privatisierung, aber auch für den Bereich öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, soweit die Finanzierungsmodelle von rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts und Zweckverbänden eine Nutzerfinanzierung oder von Körperschaften eine solche durch ihre Mitglieder vorsehen.¹¹³

III. Das Erfordernis eines entgeltlichen Vertrags bei Auftrag und Konzession

Auftrags- und Konzessionsbegriff setzen den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags zwischen den als Auftraggeber und „Unternehmen“ zu qualifizierenden Einheiten voraus, §§ 103 Abs. 1 sowie 105 Abs. 1 GWB. Aufgrund des dem Vertragsschluss vorgelagerten Vergabeverfahrens knüpft das Merkmal bereits an der Zweckrichtung des Handelns an.¹¹⁴ Die damit aufgeworfene Frage nach der dem Kartellvergaberecht zugrunde liegenden Art des Rechtsverhältnisses kann als „Kern des Begriffs des öffentlichen Auftrags“ sowie der Konzession qualifiziert werden.¹¹⁵ Nur soweit der öffentliche Aufgabenzugriff als „vertragliche Beschaffung“ qualifiziert werden kann, kann er Gegenstand des Kartellvergaberechts sein. Nicht relevant ist es, ob es sich dabei um einen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt.¹¹⁶ Mit dem Erfordernis eines entgeltlichen Vertrags wird der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts jedoch auf Rechtsverhältnisse zwischen selbstständigen Rechtssubjekten festgelegt. Weiterhin dient das Vertragserfordernis der Kennzeichnung des Erfordernisses einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung: Für das vom Auftraggeber gewährte Entgelt beschafft sich dieser eine Leistung des Auftrag- bzw. Konzessionsnehmers.

NZBau 2018, 122, kritisch dazu *Siegel*, jurisPR-VergR 3/2018 Anm. 4 und andererseits *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 23. 1. 2019, Az.: Verg 22/18, befürwortend *Siegel*, jurisPR-VergR 6/2019 Anm. 2; eine Aufzählung der in der Rspr. als Dienstleistungskonzession qualifizierten Bereiche findet sich bei *Mohr*, in: Säger, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 53 f.

¹¹² *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (459).

¹¹³ S. zur Entgeltlichkeit noch in diesem Kapitel, S. 281 f.; näher zu den Finanzierungsmöglichkeiten von Anstalten des öffentlichen Rechts *Holz/Kürten/Grabolle*, KommJur 2014, 281 (284), von Zweckverbänden *Schmidt*, KommJur 2010, 401.

¹¹⁴ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 12.

¹¹⁵ Für den Auftragsbegriff *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 12.

¹¹⁶ *Mohr*, in: Säger, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 32.

1. Das Erfordernis selbstständiger Rechtssubjekte: Der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im engeren Sinne

Zunächst erfordert das Tatbestandsmerkmal eines Vertragsschlusses eine Vereinbarung zwischen selbstständigen Rechtssubjekten. Nach der Rspr. des EuGH fehlt es an der sog. „Externalität der Auftragsvergabe“¹¹⁷, wenn es sich bei Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer um dieselbe Zurechnungseinheit handelt. Ein Vertragsschluss zwischen dem Rechtsträger und seinem Eigen- oder Regiebetrieb soll zudem auch nach zivilrechtlichen Grundsätzen schon gar nicht möglich sein.¹¹⁸ Innerbehördliche Organisationsakte erfüllen mithin weder den Auftrags- noch den Konzessionsbegriff.¹¹⁹

Für diesen außerhalb des Kartellvergaberechts stehenden Bereich staatlicher Organisationsautonomie kann der Terminus der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im engeren Sinne Verwendung finden.¹²⁰ Wettbewerbliche Strukturierung erfolgt nur bis zu dieser Grenze.

a) Ausgangspunkt: Rs. Teckal

Die Abgrenzung zwischen dem vergaberechtlich determinierten Bereich staatlicher Beschaffung und dem Bereich staatlicher Eigenerledigung setzte mit dem Urteil des EuGH in der Rs. Teckal ein. Darin erhob der EuGH das Vertragserfordernis zum zentralen Abgrenzungskriterium zwischen dem Bereich öffentlicher Eigenleistung und marktlicher Beschaffung.¹²¹ Dabei wird dem Vertragserfordernis in Rechtsprechung und Literatur überwiegend eine formal-rechtliche Qualität zugemessen, wonach für einen Vertragsschluss die Willenseinigung voneinander verschiedener Rechtssubjekte konstitutiv ist.¹²² Danach werden alle Konstellationen von vornherein vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgeschlossen, in denen es am Erfordernis zweier voneinander rechtlich unterscheidbarer Rechtsträger

¹¹⁷ So noch *Wegener*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, GWB, § 99, Rn. 10 ff.; s. nunmehr ohne Rekurs auf diese Begrifflichkeit *Wegener/Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 103 Rn. 17.

¹¹⁸ *Theobald*, in: Theobald/Kühling, EnWG, § 46 Rn. 151.

¹¹⁹ So die ganz überwiegende Auffassung, s. m.w.N. *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 2; *Schleissing*, Möglichkeiten und Grenzen vergaberechtlicher In-House-Geschäfte, S. 52.

¹²⁰ Von einem Inhouse-Geschäft im engeren Sinne spricht *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, § 6 Rn. 9.

¹²¹ *EuGH*, Urt. v. 18. 11. 1999, Az.: C-107/98 („Teckal“) = ECLI:EU:C:1999:562.

¹²² *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 107; ausdrücklich auch *EuGH*, Urt. v. 18. 11. 1999, Az.: C-107/98 (Teckal), Rn. 49 und 51 = ECLI:EU:C:1999:562; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 5; in diese Richtung auch zunächst *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 2, s. dagegen aber sogleich in diesem Kapitel, S. 253.

fehlt. Das Tatbestandsmerkmal „Vertrag“ setzt sich mithin aus den Elementen „Willenseinigung“¹²³ und „voneinander verschiedener Rechtssubjekte“ zusammen. Als rein innerbehördlicher Organisationsakt wird mangels Vertragsschlusses deshalb auch die Beauftragung kommunaler Eigen- und Regiebetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit angesehen.¹²⁴ Rekommunalisierungen, die sich durch eine Rückkehr zur Aufgabenwahrnehmung unmittelbar durch eine Kommune oder einen kommunalen Eigenbetrieb auszeichnen, können daher mangels Externalität nicht dem Kartellvergaberecht unterfallen.¹²⁵ In der Rs. Stadt Halle stellte der EuGH insoweit fest: „Eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, hat die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren *eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln* zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. In einem solchen Fall kann von einem entgeltlichen Vertrag *mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet*, nicht die Rede sein. Die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind daher nicht anwendbar.“¹²⁶ Die Aufgabenübertragung innerhalb eines Rechtsträgers kann danach als kartellvergaberechtsfreier Kernbereich staatlicher Eigenleistung qualifiziert werden.¹²⁷

b) Kodifikation in den Vergaberichtlinien

Den Vergaberichtlinien lag schon bisher eine Unterscheidung zwischen einem Bereich marktlicher Beschaffung, der einer vergaberechtlichen Strukturierung offensteht und einem Bereich der Eigenerledigung zugrunde, der einer wettbewerblichen Strukturierung verschlossen ist.¹²⁸ Die Ausdifferenzierung dieser Grenze erfolgt zwischen Wettbewerbsdogma und mitgliedstaatlicher Autonomie und hat mit der Vergaberechtsreform 2016 neuerlich Niederschlag im Sekundärrecht gefunden. So weist Erwägungsgrund 5 VRL darauf hin, „dass die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten.“ Art. 1 Abs. 4 S. 2 VRL schließt die

¹²³ Zum Begriff der Willenseinigung sogleich noch näher in diesem Kapitel, S. 274 ff.

¹²⁴ *Burgi*, NZBau 2005, 208 (209); *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 108; *Lange*, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 292 f.; a. A. aber *Säcker/Wolf*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 18.

¹²⁵ *Burgi*, NZBau 2005, 208 (209); nicht erfasst ist danach eine Rückverlagerung von ehemals funktional privatisierten Abfallentsorgungsleistungen auf einen Eigenbetrieb eines Kreises, der für die Abfallentsorgung zuständig ist, vgl. *OLG Koblenz*, Beschluss v. 14. 3. 2018, Az.: Verg 4/17 = VergabeR 2018, 301 (304 f.).

¹²⁶ *EuGH*, Urt. v. 11. I. 2005, Az.: C-26/03, Rn. 48 = ECLI:EU:C:2005:5.

¹²⁷ *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 108.

¹²⁸ *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 109.

Entscheidung der Mitgliedstaaten über „Ob“, „Wie“ und Umfang der Eigenerbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom Anwendungsbereich aus. Art. 1 Abs. 6 VRL nimmt als „Angelegenheit der internen Organisation“ alle Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus.

Im 4. Teil des GWB hat der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im engeren Sinne hingegen keinen Eingang gefunden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass mangels Vertragsschlusses schon der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts in diesen Fällen nicht eröffnet ist, sodass nur eine Regelung der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im weiteren Sinne, die an sich dem Auftrags- und Konzessionsbegriff unterfällt, ausdrücklich in § 108 GWB erfolgte.¹²⁹

c) Keine Abkehr vom formal-rechtlichen zugunsten eines funktionalen Verständnisses des Vertragsbegriffs

Das streng formal-rechtliche Erfordernis zweier voneinander zu unterscheidender Rechtssubjekte ist nicht unbestritten geblieben. I. S. e. wettbewerbsfunktionalen Betrachtung müssten nach Auffassung von Säcker/Wolf auch „Vereinbarungen“ zwischen öffentlichen Auftraggebern und diesen zugehörigen Eigen- und Regiebetrieben vom Vertragsbegriff erfasst werden, auch wenn diesen nicht die Qualität eines Vertrages im formal-rechtlichen Sinne zukomme.¹³⁰ Insofern sei im funktionalen Sinne zu untersuchen, ob der Regie- oder Eigenbetrieb erwerbswirtschaftliche Dienstleistungen in Konkurrenz zu Privaten am Markt anbiete, da dann auch durch die Dienstleistung des Regie- bzw. Eigenbetriebs die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung drohe.¹³¹ Der Konflikt zwischen dem ebenfalls als ausschreibungsfrei geschützten Bereich der Eigenerledigung sei auf Grundlage des § 108 GWB aufzulösen, weil bei der „Beauftragung“ von Regie- und Eigenbetrieben regelmäßig die Voraussetzungen der Inhouse-Ausnahme vorlägen.¹³²

Eine solche Ausdehnung des Kartellvergaberechts in den Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne begegnet jedoch grundlegenden primärrechtlichen

¹²⁹ Zu § 108 GWB noch ausführlich in diesem Kapitel, S. 284 ff.

¹³⁰ Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 21, die insofern ausdrücklich auf das noch weiterreichend realisierte Modell in § 46 EnWG verweisen; eine Ausdehnung ebenfalls befürwortend Wolf, VergabeR 2011, 27 (31 ff.).

¹³¹ Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 19.

¹³² Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 20; s. auch Wolf, VergabeR 2011, 27 (39 f.).

Bedenken, auf die bereits vertieft eingegangen wurde.¹³³ Der Schutz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten durch Art. 291 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 2 EUV steht einem funktionalen Verständnis des europäischen Sekundärvergaberechts im Wege.

Insofern bliebe nur eine die Richtlinienvorgaben überschießende nationalstaatliche Auslegung des Vertragsbegriffs. Indes trägt auch die von Säcker/Wolf bemühte Parallele zu § 46 EnWG nicht,¹³⁴ weil es sich bei § 46 EnWG um eine sektorenspezifische Regelung handelt, deren Wertungen nicht einfach auf das allgemeine Kartellvergaberecht übertragen werden können. Zudem begegnet auch die erweiterte Auslegung des § 46 EnWG verfassungsrechtlichen Bedenken.¹³⁵ Eine Abkehr vom formal-rechtlichen Vertragsbegriff ist mithin aufgrund der Wertungen des primären Unionsrechts und des Grundgesetzes verwehrt.¹³⁶

*d) Geringe Bedeutung der Ausnahme
aufgrund des praktischen Bedeutungsverlusts der Eigenerledigung i. e. S.*

Auch wenn der Bereich der intrapersonalen Verwaltungsorganisation mit der h. M. vom Kartellvergaberecht freigestellt wird, ändert dieser Befund jedoch nichts am Bedeutungsgewinn des Kartellvergaberechts im Bereich der Eigenerledigung. Diese Entwicklung fußt in einem Bedeutungsverlust der für eine Eigenerledigung i. e. S. in Betracht kommenden Organisationsformen.

Im Grundsatz gibt es zwar keinen Vorrang bestimmter Organisationsformen. Sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Organisationsformen stehen sich gleichberechtigt gegenüber.¹³⁷ Die Kommunen sind nach Art. 28 Abs. 2 GG in der Wahl der Rechtsform ihrer öffentlichen Einrichtungen und Unternehmen frei.¹³⁸ Die Wahl der tauglichen Organisationsform hängt dabei von einer Vielzahl von Aspekten ab, die im Einzelfall konkretisiert werden müssen.¹³⁹

¹³³ Ausführlich dazu Kapitel 3, S. 213 ff.; der von Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 21, beschworene Konflikt mit dem Primärvergaberecht überzeugt nicht, da das Primärvergaberecht den Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung ebenso anerkennt, s. näher Kapitel 3, S. 178 ff.

¹³⁴ S. Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 21.

¹³⁵ Auch hierzu bereits näher Kapitel 3, S. 215 ff.

¹³⁶ Als mit der Entscheidung des Gesetzgebers unvereinbar bezeichnet diese Auffassung Gerlach, VerwArch 112 (2021), 64 (70 Fn. 41).

¹³⁷ Altmeyden, NJW 2003, 2561; aber: In den Gemeindeordnungen finden sich vereinzelt Vorrangstellungen geregelt, die jedoch keinen Bezug zum Verhältnis zwischen Aufgabenwahrnehmung mittels rechtlich unselbstständiger und rechtsfähiger Einheiten aufweisen, Katz, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 113.

¹³⁸ Altmeyden, NJW 2003, 2561.

¹³⁹ Kriterien detailliert erläutert bei Katz, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 113 ff.

Während kommunale Unternehmen ursprünglich überwiegend in der öffentlich-rechtlichen Form des Regie- und Eigenbetriebs geführt wurden, hat sich im Zuge des gewährleistungsstaatlichen Reformprozesses auch im Bereich kommunaler Wirtschaft jedoch ein Trend zugunsten rechtsfähiger Organisationsformen, zuvorderst der privatrechtlichen Form der kommunalen GmbH durchgesetzt.¹⁴⁰

Der Regiebetrieb hat sich als Organisationsform nur in als nicht-wirtschaftlich qualifizierten Bereichen erhalten, wie bei Schulen, Schwimmbädern, Theatern, Bibliotheken, Kindergärten, Friedhöfen und Museen.¹⁴¹

Auch der gegenüber dem Regiebetrieb organisatorisch stärker verselbstständigte Eigenbetrieb befindet sich auf dem Rückzug. Eine wesentliche Schwäche des Eigenbetriebs wird darin gesehen, dass mangels Rechtspersönlichkeit der kommunale Träger nicht nur unmittelbar berechtigt, sondern auch verpflichtet und damit haftbar gemacht wird.¹⁴²

Gegenüber der GmbH können sich Regie- und Eigenbetrieb deshalb strukturell nicht mehr behaupten und befinden sich dementsprechend auf einem fortschreitenden Rückzug.¹⁴³ Als wesentlicher Faktor für den Bedeutungsgewinn der AG und GmbH als Organisationsformen wird zunächst die Haftungsbeschränkung angeführt.¹⁴⁴ Weiterhin bietet das private Gesellschaftsrecht ein flexibles Rechtsregime, das auch vom öffentlichen Dienstrecht befreit.¹⁴⁵ Auch hat die fehlende Einbindung der GmbH in die gemeindliche Organisation und damit in den Gemeindehaushalt positive Auswirkungen auf die Möglichkeiten zur Kreditbeschaffung.¹⁴⁶ Schließlich ist eine Beteiligung Privater an Regie- und Eigenbetrieben nicht möglich.¹⁴⁷

Aufgrund der mit den privatrechtlichen Organisationsformen ebenfalls einhergehenden Nachteile¹⁴⁸ konnten sich daneben auch verselbstständigte Organisationsformen des öffentlichen Rechts für öffentliche Unternehmen etablieren, so insbesondere die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts.¹⁴⁹ Darüber hinaus spielen

¹⁴⁰ *Altmeyden*, NJW 2003, 2561.

¹⁴¹ Beispiele nach *Altmeyden*, NJW 2003, 2561.

¹⁴² *Altmeyden*, NJW 2003, 2561 (2561).

¹⁴³ *Altmeyden*, NJW 2003, 2561 (2562).

¹⁴⁴ *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 20.

¹⁴⁵ *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 21; *Altmeyden*, NJW 2003, 2561 (2562).

¹⁴⁶ *Altmeyden*, NJW 2003, 2561 (2562).

¹⁴⁷ *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 21.

¹⁴⁸ So wird etwa die Entfernung von der Zwecksetzung zugunsten von Gewinnmaximierung angeführt, aber auch der Verlust an staatlichem Einfluss und der Ausfall steuerlicher Privilegien, vgl. *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 6 Rn. 22.

¹⁴⁹ Zur Entstehung *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 46 f.

Formen der Verwaltungskooperation eine zentrale Bedeutung für die Bereitstellung von Daseinsvorsorgeleistungen.¹⁵⁰

Es bleibt abzuwarten, ob die fortschreitende Ökonomisierung der externen Leistungsbeziehungen zu einer Rückbesinnung auf Formen der Eigenerledigung im engeren Sinne und einer „Renaissance“ der Regie- und Eigenbetriebe führen wird. In Anbetracht der Versuche, auch diesen Binnenbereich vergaberechtlichen Strukturen zu unterstellen, ist die weitere Untersuchung des kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereichs für den öffentlichen Aufgabenzugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge von größter Bedeutung.

2. Erfordernis einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung (Beschaffungselement und Entgeltlichkeit)

Ist die erste Voraussetzung zweier rechtsfähiger Einheiten erfüllt, muss das Rechtsverhältnis zwischen diesen zudem synallagmatisch verknüpft sein, um den kartellvergaberechtlichen Vertragsbegriff zu erfüllen. Für das vom Auftraggeber gewährte Entgelt muss sich dieser dafür eine Leistung des Auftrag- bzw. Konzessionsnehmers beschaffen.¹⁵¹

Erforderlich ist dafür zunächst, dass sich der Auftraggeber etwas beschafft. Reinen Organisationsmaßnahmen, Veräußerungsgeschäften und der vollständigen Aufgabenübertragung auf einen anderen Rechtsträger fehlt es an einem solchen Beschaffungselement. Die Beschaffung muss weiter vertraglichen Charakter haben, sodass Beschaffungen mittels Verwaltungsakt und Rechtsnorm nicht erfasst sind. Der Auftraggeber muss als Gegenleistung sodann ein Entgelt leisten, wobei im Falle von Konzessionen das Entgelt in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. zur Verwertung der Dienstleistung, ggf. zuzüglich einer Zahlung, liegt und damit das Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer übergeht.

a) Beschaffung einer Leistung des Auftrag-/Konzessionsnehmers

Das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftrag- bzw. Konzessionsnehmer muss nach ganz überwiegender Ansicht dadurch gekennzeichnet sein, dass sich der Auftraggeber eine Leistung des Auftragnehmers beschafft.¹⁵²

¹⁵⁰ Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 159.

¹⁵¹ Frenz, Vergaberecht EU und national, Rn. 380, der auch von Gegenseitigkeit spricht, s. a. a.O., Rn. 379.

¹⁵² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 44; Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 24, § 10 Rn. 3.

aa) Entgeltlichkeit und Beschaffung als zwei Seiten einer Medaille

Ausdrücklich spricht allein § 103 GWB von Beschaffung. Weder § 105 GWB noch Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 VRL und Art. 5 Nr. 1 KVR sind eine ausdrückliche Beschränkung auf beschaffende Verträge zu entnehmen, hier wird allein von Entgeltlichkeit gesprochen. Auch wenn Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 VRL nicht von Beschaffung, sondern von der Entgeltlichkeit des zu schließenden Vertrags spricht, ist damit indes genauso das Beschaffungserfordernis zum Ausdruck gebracht. Auch nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers kennzeichnen Vergabeverträge das vertragstypische „do ut des“ („ich gebe, damit du gibst“), wobei sich der Auftraggeber gegen Entgelt eine der in Art. 2 Nr. 5 VRL genannten Leistungen „beschafft“.¹⁵³ In der VRL heißt es dazu in Erwägungsgrund 4: „Die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe sollen nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. (...) Der Begriff ‚Erwerb‘ sollte in einem weiteren Sinne verstanden werden als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, was nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt.“ Für Konzessionen wird die Reichweite der KVR zudem in Art. 1 Abs. 1 ausdrücklich auf Beschaffungen festgelegt.¹⁵⁴ Auch der Telos der Vergaberichtlinien spricht für eine Begrenzung auf das öffentliche Beschaffungswesen: Das europäische Sekundärvergaberecht zielt ausdrücklich auf die Öffnung der mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte.¹⁵⁵

Zuletzt hat der EuGH in der Rs. Remondis das Entgeltlichkeitskriterium in dieser Dimension entfaltet. Dass der Auftraggeber sich vertraglich zur Gewährung eines Entgelts verpflichte, zeige, dass er auf der anderen Seite des Synallagmas einen Anspruch auf eine Leistung erwerben müsse, die für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse sei.¹⁵⁶ Das Entgeltlichkeitskriterium konstituiert mithin auch das Merkmal des Beschaffungsbezugs. Das Merkmal begrenzt den Anwendungsbereich des Kartellvergaberichts auf den Bereich des Einkaufs, während Verteilungsentscheidungen, mit denen keine Beschaffung einhergeht, vom Anwendungsbereich abgegrenzt werden müssen.¹⁵⁷

Ausdruck findet die synallagmatische Verknüpfung schließlich im Erfordernis der Selektivität. Damit gemeint ist, dass Beschaffung eine gezielte Nachfrage und in der

¹⁵³ Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 3 i. V. m. § 2 Rn. 24.

¹⁵⁴ „Diese Richtlinie enthält Bestimmungen für die Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen, deren geschätzter Wert mindestens dem in Artikel 8 festgelegten Schwellenwert entspricht.“

¹⁵⁵ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 44.

¹⁵⁶ *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15 („Remondis“) = ECLI:EU:C:2016:985 = NVwZ 2017, 373 Rn. 43.

¹⁵⁷ *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 3.

Folge einen Vertragsschluss mit dem erfolgreichen Bieter voraussetzt.¹⁵⁸ Eine alle Wirtschaftsteilnehmer zur Marktteilnahme berechtigende Regelung kann daher mangels Beschaffungsbezugs nicht als Auftrag oder Konzession qualifiziert werden.¹⁵⁹ Eine Beteiligung öffentlicher Unternehmen in sog. Open-House-Verfahren¹⁶⁰ wäre demnach nicht nach Kartellvergaberecht ausschreibungspflichtig.

bb) Reichweite des Beschaffungsbegriffs beim Auftrag

Trotz dieser definitorischen Grundlegungen ist die genaue Reichweite des Beschaffungsbegriffs bis heute unklar.¹⁶¹ Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung ist die Frage der Reichweite des Beschaffungsbegriffs aufgrund extensiver Auslegung durch das OLG Düsseldorf in Bezug auf städtebauliche Verträge geworden. So stellen Veräußerungen etwa von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen durch einen Auftraggeber nach einhelliger Ansicht zwar das genaue Gegenteil einer Beschaffung der in Art. 103 Abs. 1 GWB/Art. 2 Nr. 5 VRL genannten Vertragsgegenstände dar, da der öffentliche Auftraggeber vielmehr selbst Geld erhält. In den Anwendungsbereich des Vergaberechts geriete der Vertrag indes womöglich dennoch, wenn mit dem Veräußerungsgeschäft zugleich die Bereitstellung sozialer Infrastruktur wie etwa einer Kindertagesstätte durch den Erwerber zugunsten des Auftraggebers geregelt würde. Wie weitreichend solche mit der Veräußerung verfolgten Zwecke Auswirkung auf die Beschaffungsqualität des Vertrags haben, war ausgehend von der sog. Alhorn-Rspr. des OLG Düsseldorf Gegenstand einer Kontroverse. Das OLG Düsseldorf argumentierte darin zugunsten einer extensiven Auslegung des Beschaffungsbegriffs, wonach bereits nebensächliche, über den reinen Kaufvertrag hinausgehende Vorgaben des Verkäufers eine Beschaffung begründen könnten.¹⁶² Danach hätte bereits das Handeln im Rahmen städtebaulicher Regelungszuständigkeiten für die Bejahung eines Beschaffungsbezugs genügt.¹⁶³ Entsprechend würde womöglich ebenso genügen, dass durch die Erteilung einer gewerberechtlichen Erlaubnis zugleich mittelbar der Zweck verfolgt wird, durch die Ermöglichung geordneter wirtschaftlicher Aktivität der Bürger Steuereinnahmen zu generieren und Arbeitsplätze zu schaffen (Wirtschaftsförderung im weitesten Sinne).

¹⁵⁸ Frenz, Vergaberecht EU und national, § 2 Rn. 595.

¹⁵⁹ So auch die Gesetzesbegründung zu § 103 GWB, s. BT-Drs. 18/6281, S. 73; Frenz, Vergaberecht EU und national, § 2 Rn. 595; Dreher, NZBau 2019, 275 (275 ff.).

¹⁶⁰ S. dazu Dreher, NZBau 2019, 275; Burgi, Vergaberecht, § 2 Rn. 24.

¹⁶¹ Mohr, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 63.

¹⁶² Zur Rspr.-Entwicklung näher Körber/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 21 f.

¹⁶³ Burgi, Vergaberecht, § 10 Rn. 4.

Der Rspr. des OLG Düsseldorf erteilte der EuGH jedoch eine Absage und urteilte restriktiv. In der Rs. Müller¹⁶⁴ stellte er für das vergaberechtstypische Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis drei Erfordernisse auf:

1. bedürfe es eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des Auftraggebers an der Leistung des Auftragnehmers. Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an einer Leistung kann dann bejaht werden, wenn sich die Leistung des Auftragnehmers für den Auftraggeber kostenlastbefreiend auswirkt.
2. sei erforderlich, dass es sich bei der Leistung des Auftragnehmers um eine einklagbare Vertragsmodalität handele.¹⁶⁵ Dabei soll jedoch die vertragliche Verpflichtung zu bereits durch Gesetz vordefinierten Leistungen genügen; es müssen mithin keine vollständig neuen Pflichten begründet werden.¹⁶⁶
3. müsse dem Auftraggeber ein entscheidender Einfluss auf Art und Planung des Vorhabens zustehen.¹⁶⁷

Nicht ausreichend ist es daher, dass der Auftraggeber mit dem Verkauf eines Grundstücks zugleich auch städtebauliche Zwecke verfolgt.¹⁶⁸ Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse kann jedoch immer dann bejaht werden, wenn die Öffentliche Hand zur Aufgabenerfüllung verpflichtet ist, etwa indem sie mit dem Auftrag gegenüber der Bevölkerung bestehende Daseinsvorsorgeverpflichtungen erfüllt.¹⁶⁹ Denn ohne den Auftrag müsste die Öffentliche Hand die Aufgabe selbst und auf eigene Kosten erfüllen. In der nationalen Dogmatik führt die Qualifikation eines Vorgangs als Beschaffung insofern auf die Frage zurück, ob es sich bei der vertragsgegenständlichen Leistung um eine Staatsaufgabe handelt, die von der Öffentlichen Hand zu erfüllen ist. Von Beschaffung kann danach dann ausgegangen werden, wenn die Öffentliche Hand gesetzlich zur Leistungserbringung verpflichtet wird.¹⁷⁰ Dies ist insbesondere bei kommunalen Pflichtaufgaben der Fall. Als kommunale Pflichtaufgaben (auch: pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben) sind Aufga-

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Az.: C-451/08 („Müller“) = ECLI:EU:C:2010:168 = NZBau 2010, 321 (324); sich anschließend *Körber/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 23; *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 4.

¹⁶⁵ *Kühling*, in: *Körber/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 24; *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 4; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 23.

¹⁶⁶ *Wollenschläger*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 105 Rn. 40.

¹⁶⁷ *Kühling*, in: *Körber/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 24.

¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Az.: C-451/08 Rn. 57 = ECLI:EU:C:2010:168 = NVwZ 2010, 565; *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 4; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 22; *Bonk/Neumann/Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 54 Rn. 157.

¹⁶⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.1.2019, Az.: Verg 22/18 Rn. 45 = ECLI:DE:OLGD:2019:0123.VERG22.18.00; OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az.: Verg 4/11 = NZBau 2011, 380; *Mohr*, in: *Säcker*, Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 68 sieht hierin nur ein mittelbares wirtschaftliches Interesse erfüllt, was aber ebenfalls ausreiche.

¹⁷⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.1.2019, Az.: Verg 22/18 Rn. 45 = ECLI:DE:OLGD:2019:0123.VERG22.18.00 Rn. 46; *Siegel*, jurisPR-VergR 6/2019 Anm. 2.

ben zu qualifizieren, zu denen die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind; bzgl. des „Ob“ besteht danach kein Spielraum, bzgl. des „Wie“, also der Art und Weise der Durchführung besteht jedoch Eigenverantwortlichkeit.¹⁷¹

Bspw. lässt sich aus der Verpflichtung der Kommunen zur örtlichen Wasserversorgung nach § 61 Abs. 1 S. 1 ThürWG¹⁷² folgern, dass bei der Einschaltung eines Dritten ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse bestehen muss.¹⁷³ Ohne den Dritten läge die Kostenlast für die Aufgabenerfüllung nämlich bei der Kommune selbst. An der Entlastung von der Kostenlast durch den Dritten hat sie also ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse.

Indes bedarf es keiner ausdrücklichen Zuweisung an die Gemeinde durch Verfassungs- oder Kommunalrecht. Vielmehr genügt es, dass eine Aufgabe als eine solche der Öffentlichen Hand qualifiziert werden kann.¹⁷⁴ Auch kommt es nicht darauf an, dass die Aufgabenerfüllung bei der Öffentlichen Hand monopolisiert ist,¹⁷⁵ weil es nur auf die Befreiung von der Kostenlast ankommt, um das unmittelbare wirtschaftliche Interesse zu bejahen.

Weiterhin muss der Auftragnehmer jedoch einklagbar verpflichtet werden.¹⁷⁶ Es genügt also nicht allein das unmittelbare wirtschaftliche Interesse. Dieser Zusatz erhellt, warum auch im Falle öffentlicher Aufgaben nicht jegliche Einbindung Dritter in die Erfüllung kartellvergaberechtlich relevant ist. Auf funktionierenden liberalisierten Märkten kann sich der Beitrag des Aufgabenträgers auch auf die Ermöglichung privater Wirtschaftstätigkeit beschränken, ohne diese zugleich zur Leistungserbringung zu verpflichten. Beschränkt sich der Beitrag des Aufgabenträgers allein auf eine Eröffnungskontrolle oder weniger, liegt mangels einklagbarer Verpflichtung keine Beschaffung im kartellvergaberechtlichen Sinne vor. Bspw. handelt es sich bei der Energieversorgung zwar um eine kommunale Aufgabe. Indes besteht kein Anlass für die Kommunen, die Energieversorgung ihrer Einwohner mit vertraglich einklagbaren Pflichten sicherzustellen, solange der liberalisierte Markt eine ausreichende Versorgung gewährleistet. Bei der Lieferung von Energie durch private Energieversorger handelt es sich mithin um keine Beschaffung der Gemeinden.

¹⁷¹ Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rn. 105.

¹⁷² „Die Gemeinden haben in ihrem Gebiet die Bevölkerung und die gewerblichen und sonstigen Einrichtungen ausreichend und nachhaltig mit Trink- und Betriebswasser zu versorgen, soweit diese Verpflichtung nicht auf andere Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragen wurde (Träger der öffentlichen Wasserversorgung).“

¹⁷³ Noch weitergehend stets einen Beschaffungsbezug bejahend Kühling, in: Körper/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 38.

¹⁷⁴ OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az.: Verg 4/11 = NZBau 2011, 380; Mohr, in: Säcker, Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 68.

¹⁷⁵ OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az.: Verg 4/11.

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.1.2019, Az.: Verg 22/18 Rn. 45 = ECLI:DE:OLGD:2019:0123.VERG22.18.00 Rn. 62 m.w.N.; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 23; Siegel, jurisPR-VergR 6/2019 Anm. 2.

cc) Beschaffungselement bei der Konzession

Das Beschaffungselement wurde zwar bisher einhellig als *conditio sine qua non* des Kartellvergaberichts qualifiziert.¹⁷⁷ Während die Erforderlichkeit eines Beschaffungsbezugs im Rahmen des Auftragsbegriffs bisher jedoch nie in Frage gestellt wurde, weil dort der Wortlaut des § 103 Abs. 1 GWB ausdrücklich von „Beschaffung“ spricht, hat die Kodifikation des Konzessionsbegriffs in § 105 GWB die Frage aufgeworfen, ob Konzessionen überhaupt durch ein Beschaffungselement gekennzeichnet sein müssen.

Bereits vor Erlass der KVR war umstritten, ob die Figur der Dienstleistungskonzession auf Beschaffungsvorgänge beschränkt sei.¹⁷⁸ Nettesheim etwa sieht den Akt der Betrauung allein durch die Verpflichtung zur Leistungserbringung gekennzeichnet; ob damit etwas beschafft werde, sei unbeachtlich.¹⁷⁹ Er geht jedoch noch einen Schritt weiter: Die Beschränkung der KVR auf Beschaffungen mittels Konzessionen sei sogar irreführend, weil eine Angleichung an vergaberechtliche Terminologien gesucht werde, die sich in der Figur der Konzession gerade nicht wiederfinden.¹⁸⁰ Nach Nettesheim schließen sich Beschaffung und Konzession also bereits konzeptuell aus.¹⁸¹

Der Streit führt auf die Frage der Qualifikation der Dienstleistungskonzession zwischen funktionaler und materieller Privatisierung zurück. Im letzteren Fall gäbe es in der Tat keinen Beschaffungsbezug mehr, weil eine Form eines vollständigen Aufgabenübertrags vorläge. Indes erfolgt nach hier vertretener Auffassung mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nur eine Einbindung eines Dritten in eine weiter bei der Öffentlichen Hand liegende Aufgabe. Folglich beschafft sich die Öffentliche Hand einen Dritten, der – in sehr weitreichender Weise – für einen bestimmten Zeitraum die Aufgabenerfüllung übernimmt.¹⁸²

Während weder § 105 GWB noch Art. 5 Nr. 1 KVR von Beschaffung sprechen, stellt Art. 1 Abs. 1 KVR positiv fest, dass die Richtlinie nur für Beschaffungen im Wege von Konzessionen gilt (siehe auch Erwägungsgrund 11 S. 2 KVR).¹⁸³ Über-

¹⁷⁷ Siegel, DVBl. 2008, 1486; Burgi, NZBau 2009, 609 (611).

¹⁷⁸ Classen, VergabeR 2016 (17).

¹⁷⁹ Nettesheim, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 54 (62); so auch Krajewski/Wethkamp, DVBl. 2008, 355 (355 f.); in diese Richtung auch Diemon-Wies, VergabeR 2016, 162; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 74 f., der in der Konzessionsvergabe eine materielle Privatisierung der Verwaltungsaufgabe sieht, sodass eine Beschaffung nicht mehr möglich sei.

¹⁸⁰ Nettesheim, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 54 (62).

¹⁸¹ Kritisch auch Opitz, NVwZ 2014, 753 (757), der den Konzessionsgeber nicht immer in der Rolle des Empfängers der Dienstleistung erkennen kann und daher begrifflich auch keine Beschaffung vorausgesetzt werden könne.

¹⁸² So auch Burgi, Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, 2008, S. 30 f.

¹⁸³ Sich daher dem Beschaffungserfordernis im Wege richtlinienkonformer Auslegung anschließend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.1.2019, Az.: Verg 22/18 Rn. 44 = ECLI:DE:

wiegend findet sich in der Literatur dementsprechend auch die Auffassung, dass der Begriff der Betrauung dahingehend verstanden werden könne, dass er ein Beschaffungselement enthalte.¹⁸⁴ Art. 1 Abs. 1 KVR wird insofern in den Dienstleistungskonzessionsbegriff hineingelesen, sodass sich eine Parallelität zwischen primär- und sekundärrechtlichem Begriffsgehalt der Dienstleistungskonzession ergibt. Danach ordnet sich auch die Dienstleistungskonzession in den Kanon des staatlichen Beschaffungswesens ein.¹⁸⁵

Ein Beschaffungszweck liegt vor, wenn zugunsten des Auftraggebers Leistungen erworben werden, was die Erlangung des Nutzens der jeweiligen Leistung voraussetzt.¹⁸⁶ Die Erfüllbarkeit dieses Merkmals ist bei Konzessionen deshalb zweifelhaft, weil typischerweise eine Dreieckskonstellation vorliegt, wonach der Konzessionsgeber den Konzessionsnehmer mit der Leistungserbringung gegenüber Dritten betraut und danach nicht unmittelbar selbst von der Leistung des Konzessionsnehmers profitiert. Auch für Dienstleistungskonzessionen macht Erwägungsgrund 11 KVR deutlich, dass über die Leistungserbringung gegenüber dem Dritten dem Konzessionsgeber jedenfalls der „Nutzen“ der Dienstleistung zustehen muss. Wie genau dieser Nutzen zu konkretisieren ist, ist jedoch fraglich. Der Erwerb von Eigentum soll jedenfalls nicht erforderlich sein.¹⁸⁷ Aus der bedarfs- und lenkungsorientierten Zwecksetzung des Kartellvergaberechts könnte als Nutzen jede mit der Vergabe anvisierte Zweckerreichung angesehen werden. Dies führte indes zu einer starken Ausdehnung des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs, weil keine Verträge vorstellbar sind, die zwecklos abgeschlossen werden, sei ihr Zweck auch nur politischer Art.¹⁸⁸ Deshalb wird in Parallelität zum Beschaffungserfordernis beim Auftrag vorgeschlagen, der wirtschaftlichen Zielsetzung des Vergaberechts entsprechend eine Reduktion auf den wirtschaftlichen Nutzen vorzunehmen.¹⁸⁹ Bezweifelt wird jedoch, ob ein – wie in der Rspr. des EuGH geforderter – unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil im Falle von Konzessionen überhaupt bejaht werden könne; deshalb sollen auch nur mittelbar über die Leistung an Dritte dem Auftraggeber zugutekommende Vorteile genügen.¹⁹⁰ Nach hier vertretener Ansicht bedarf es dieser Weiterung jedoch gar nicht: Befreit der Konzessionsnehmer den Konzessionsgeber

OLGD:2019:0123.VERG22.18.00; zu diesem Befund auch *Wollenschläger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 105 Rn. 36.

¹⁸⁴ So *Krönke*, NVwZ 2016, 568 (575); *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (756); *Wollenschläger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 105 Rn. 37; *Siegel*, NVwZ 2016, 1672 (1673); *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 197; s. zum Begriff der Betrauung auch schon in diesem Kapitel, S. 245 ff.

¹⁸⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 24 Rn. 5.

¹⁸⁶ *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 24.

¹⁸⁷ *Wollenschläger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 105 Rn. 38.

¹⁸⁸ *Classen*, VergabeR 2016, 13 (20).

¹⁸⁹ *Classen*, VergabeR 2016, 13 (20).

¹⁹⁰ *Wollenschläger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 105 Rn. 39; *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 68, 70.

von seiner Pflicht zur Leistungserbringung, wirkt sich dies unmittelbar kostenentlastend zugunsten des Konzessionsgebers aus und ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse kann bejaht werden. Auf das Verhältnis zwischen dem Konzessionsgeber und dem Leistungsempfänger kommt es folglich gar nicht an.

Nachdem somit abstrakt die Voraussetzungen für eine Beschaffung geklärt wurden, sollen im Folgenden regelmäßig im Rekommunalisierungskontext relevante Prozesse auf ihre Beschaffungsrelevanz untersucht werden.

dd) Beschaffung im Falle von Eröffnungskontrollen

Einigkeit besteht darin, dass die Erfassung von Dienstleistungskonzessionen zu keiner Ausdehnung des Vergaberechtsregimes in Bereiche bloßer Eröffnungskontrollen bedeutet. In Anknüpfung an den eben aufgezeigten Streitstand um die Erforderlichkeit eines Beschaffungsbezugs kann auch die Abgrenzung von Eröffnungskontrollen anhand des Kriteriums des Beschaffungsbezugs erfolgen, weil die Öffentliche Hand im Falle der Erteilung von Erlaubnissen und ähnlichen Eröffnungen von Freiheitsbereichen keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

Weiterhin wird es im Falle der Erteilung von Erlaubnissen regelmäßig an der für das Kartellvergaberecht konstitutiven Selektivität fehlen.

Erwägungsgrund 14 KVR stellt zudem auf die fehlende Verpflichtung zur Leistungserbringung als Abgrenzungsmerkmal ab.¹⁹¹ Am Beispiel: Mit gewerberechtlichen Erlaubnissen beschafft der Staat keine Gewerbebetriebe, sondern er stellt nur die aus der Berufsfreiheit fließende Betätigung der Gewerbetreibenden unter eine präventive Eröffnungskontrolle. Zudem verpflichtet die Gewerbeerlaubnis nicht zur Aufnahme des Gewerbes, sodass nach beiden Kriterien mangels Beschaffung weder der kartellvergaberechtliche Auftrags- noch der Konzessionsbegriff erfüllt ist.

Insofern sind auch Konzessionen im gewerberechtlichen Sinne, die sich als bloße Gestattung darstellen, nicht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts zu unterwerfen.¹⁹²

Auch im Falle einer Qualifikation als Eröffnungskontrolle kann jedoch im Einzelfall ein Umgehungstatbestand vorliegen, der ausnahmsweise doch die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts erforderlich machen kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn mit der Gewährung einer Erlaubnis ein Beschaffungsvorgang verdeckt wird. Im Falle der Gewährung straßenrechtlicher Sondernutzungserlaubnisse etwa muss im Einzelfall untersucht werden, ob die Öffentliche Hand zugleich etwas beschafft, weil sie mit Gewährung der Erlaubnis zugleich einen öffentlichen Zweck erfüllt wissen will, der sich zugleich kostenentlastend für sie auswirkt. In diesem Fall

¹⁹¹ Wollenschläger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 105 Rn. 42.

¹⁹² Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rn. 159.

beschafft sie sich einen privaten Wirtschaftsteilnehmer zur Erfüllung dieses öffentlichen Zwecks.¹⁹³

ee) Beschaffung bei Organisationsmaßnahmen

Nicht vom kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich erfasst werden weiterhin reine Organisationsmaßnahmen, weil mit diesen isoliert betrachtet keine Beschaffung einhergeht.¹⁹⁴ Die bloße Gründung von Eigengesellschaften oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist daher zunächst einmal kartellvergaberechtlich indifferent. Indes bedarf es stets einer genauen Untersuchung, ob mit der Organisationsmaßnahme zugleich eine Beschaffung verbunden ist.¹⁹⁵ Insofern ist eine gesamtheitliche Bewertung des mehrschrittigen Vorgangs erforderlich.¹⁹⁶ Daraus können sich für den Bereich formeller Privatisierung und formeller Re-kommunalisierung kartellvergaberechtliche Ausschreibungspflichten ergeben, weil der Organisationsakt hier regelmäßig um Beschaffungselemente angereichert sein wird. Eine Privilegierung kommt dann nur unter den Voraussetzungen des § 108 GWB in Betracht.¹⁹⁷

(1) Gründung von Eigengesellschaften

Dies gilt zunächst für die Gründung von Eigengesellschaften. Der bei der Gründung privatrechtlicher Einheiten erforderliche Abschluss eines Gesellschaftsvertrags bzw. bei der AG der sog. Satzung ist zunächst vergaberechtlich unbeachtlich. Die rechtliche Personenverschiedenheit der privatrechtlichen Einheiten zu ihren Gründungsverwaltungsträgern macht jedoch regelmäßig eine verbindliche Regelung der zwischen ihnen bestehenden Leistungsbeziehungen mittels Verträgen erforderlich.¹⁹⁸ Insofern ist zu untersuchen, ob der neu geschaffene Rechtsträger kostenentlastend in die öffentliche Aufgabenerfüllung eingebunden wird.¹⁹⁹ Dies wird deshalb regelmäßig der Fall sein, weil sich die Öffentliche Hand gerade zur Gründung der Eigengesellschaft greift, um Aufgabenlasten auszulagern.

(2) Gründung von öffentlich-rechtlichen Organisationen

Auch der Gründung öffentlich-rechtlicher Organisationen wie etwa einer rechtsfähigen Anstalt oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts wohnt als rein organisationsbezogener Maßnahme kein Beschaffungsbezug inne.²⁰⁰ Aus vergabe-

¹⁹³ *Burgi*, NVwZ 2017, 257 (259 f.).

¹⁹⁴ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 54, 61 f.

¹⁹⁵ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 61.

¹⁹⁶ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 54.

¹⁹⁷ Dazu noch eingehend in diesem Kapitel, S. 284 ff.

¹⁹⁸ *Hüser*, Ausschreibungspflichten bei Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 109.

¹⁹⁹ Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 61.

²⁰⁰ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 54.

rechtlicher Sicht beurteilt werden muss sodann jedoch, ob in die Organisationsmaßnahme ein Beschaffungsvorgang eingeschlossen ist oder damit wenigstens in funktionalem Zusammenhang steht.²⁰¹

Vergaberechtsfreiheit greift auch für die Gründung von Zweckverbänden.²⁰² Auch dies begründet jedoch nicht die pauschale Annahme, der Aufgabenübertrag auf Zweckverbände sei kartellvergaberechtsfrei. Vielmehr muss im Einzelfall untersucht werden, ob es sich bei dem Aufgabenübertrag auf den Zweckverband um einen vollständigen und damit ausschreibungsfreien Aufgabenübertrag i. S. d. Remondis-Ausnahme handelt.²⁰³ Ansonsten unterfällt der Aufgabenübertrag auf den Zweckverband nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 108 GWB keiner kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflicht.

Wenn im Zuge von Rekommunalisierung zum Zwecke der Rückgängigmachung einer formellen, funktionalen oder materiellen Privatisierung eine öffentlich-rechtliche Einheit gegründet wird, ist zwar die Gründung selbst vom Kartellvergaberecht befreit. Einer genauen Untersuchung bedarf jedoch die Frage, ob sodann von dem gegründeten Rechtsträger etwas beschafft wird. Dies wird deshalb regelmäßig der Fall sein, weil der neu gegründete Rechtsträger zuvor von dem gründenden Rechtsträger wahrgenommene Aufgaben übernimmt. Insofern hat dieser ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Aufgabenerfüllung der neu gegründeten Einheit.

(3) *Umwandlung*

Im Falle formeller Rekommunalisierungen tritt das Umwandlungsrecht hinzu.²⁰⁴ Auch dem Prozess der Umwandlung kann als rein organisatorischer Akt keine vergaberechtliche Relevanz zukommen. Für den rekommunalisierten Rechtsträger wird jedoch ebenfalls in der Regel angenommen werden können, dass er in die Aufgabenerfüllung der Öffentlichen Hand eingebunden und insofern etwas von ihm beschafft wird.

ff) Beschaffung bei Veräußerungsgeschäften und beim Erwerb von Unternehmensanteilen

Keinen Beschaffungsbezug weisen weiterhin reine Veräußerungsgeschäfte auf.²⁰⁵ Davon ausgenommen sind jedoch wiederum solche Veräußerungen, denen zugleich

²⁰¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 61.

²⁰² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 54; Siegel, NZBau 2018, 507 (508).

²⁰³ Siegel, NZBau 2018, 507 (508); dazu noch näher in diesem Kapitel, S. 267 ff.

²⁰⁴ S. zur Relevanz des Umwandlungsrechts bei (Re)Kommunalisierung bereits Kapitel 2, S. 139 ff.

²⁰⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 50.

ein Beschaffungsbezug innewohnt, was in der Praxis bei der Veräußerung von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen der Fall sein kann.²⁰⁶

Für den Vorgang der Rekommunalisierung spielt jedoch nur der umgekehrte Vorgang eine Rolle, wenn die Rückführung mittels Erwerbs von Privaten gehaltener Unternehmungen erfolgt. Hier stellt sich die Frage, ob im Rückkauf von Privaten gehaltener Anteile eine Beschaffung gesehen werden kann (Vermögensrekommunalisierung).²⁰⁷ Anders als im Falle der Vermögensprivatisierung, bei der etwas verkauft und nicht etwa beschafft wird,²⁰⁸ handelt es sich hierbei um einen Einkaufsvorgang, der eine größere Nähe zum Kartellvergaberecht aufweist. Dessen Anwendbarkeit setzte jedoch voraus, dass die Öffentliche Hand mit dem Kauf auch etwas beschafft, was beim bloßen Erwerb von Anteilen – jedenfalls im Grundsatz – nicht der Fall ist: Der Erwerb der Unternehmensanteile selbst ist an sich neutral, weil Unternehmensanteile keine „Leistungen“ im kartellvergaberechtlichen Sinne darstellen. Wiederum ist jedoch zu beurteilen, ob mit dem Kauf der Anteile zugleich Waren oder Dienstleistungen für den Auftraggeber beschafft werden sollen oder ob das Unternehmen nur um des Bestands willen erworben wird, etwa weil es insolvenzbedroht ist.²⁰⁹ Insofern ist im Sinne einer Gesamtbetrachtung zu untersuchen, ob im Zuge des Erwerbs eine Beschaffung bei dem erworbenen Rechtsträger erfolgen soll. Dies wird im Falle von Rekommunalisierung im Bereich der Daseinsvorsorge regelmäßig der Fall sein, weil die bisher privat erbrachte Leistung sodann von der kommunalisierten Einheit erbracht wird. Indes wäre eine solche Absicht zum Erwerb von Unternehmensanteilen nur dann ausschreibungspflichtig, wenn der erworbene Träger nicht im Wege der Inhouse-Ausnahme mit der Aufgabenerfüllung betraut werden könnte.²¹⁰

gg) Beschaffung bei der Übertragung von Zuständigkeiten

Ein Beschaffungsbezug fehlt schließlich auch dann, wenn im Bereich interbehördlicher Verwaltungsorganisation Befugnisse und Zuständigkeiten gänzlich auf einen dritten Rechtsträger übertragen werden. Dazu heißt es in Art. 1 Abs. 6 VRL/ Art. 1 Abs. 4 KVR: „Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt.“ Art. 1

²⁰⁶ Näher Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 50 ff.

²⁰⁷ Zum Begriff der Vermögensrekommunalisierung s. Kapitel 2, S. 138 ff.

²⁰⁸ Dazu bereits Kapitel 2, S. 125 f.

²⁰⁹ Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB, § 103 Rn. 63 ff.; vgl. auch Gankse, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 97.

²¹⁰ Dazu noch näher in diesem Kapitel, S. 284 ff.

Abs. 6 VRL kommt damit die Funktion als „deklaratorischer Hinweis auf die Grenzen des Unionsrechts“²¹¹ zu. Die Vorschrift findet entsprechend in § 108 GWB keinen Niederschlag, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass es sich hierbei um eine schon gar nicht vom Kartellvergaberecht erfasste Konstellation handele.²¹²

(1) Die Rs. Remondis: Vergaberechtliche Relevanz der Gründung eines Zweckverbands

Der EuGH hatte in der Rs. Remondis erstmals Gelegenheit, die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten im Falle der Gründung eines Zweckverbands unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 6 KVR zu konkretisieren.

(a) Vorgeschichte

Bis zur Entscheidung des EuGH war umstritten, ob die Übertragung von Aufgaben auf einen Zweckverband kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflichten unterliegt. Insofern wurde das Urteil des EuGH auch als „Paukenschlag“ qualifiziert.²¹³ Anfänglich wurde in Rspr. und Literatur dafür zwischen sog. delegierenden und sog. mandatierenden Vereinbarungen differenziert. Während die delegierende Vereinbarung durch einen vollständigen Übertrag einer Aufgabe von einem Organisationssubjekt auf das nächste gekennzeichnet wird, werden Vereinbarungen, die nur die Durchführung einer Aufgabe auf ein anderes Organisationssubjekt übertragen, den mandatierenden Vereinbarungen zugeordnet. Ein das Vergaberecht konstituierender Beschaffungsvorgang sei nur im Falle mandatierender Vereinbarungen anzunehmen, während delegierende Vereinbarungen dem vergaberechtsfreien Bereich interner Verwaltungsorganisation zuzuordnen seien.²¹⁴

Die pauschale Freistellung von delegierenden Vereinbarungen wurde jedoch mit dem Urteil des EuGH v. 13. 1. 2005²¹⁵ zweifelhaft, was in der Folge eine Kontroverse in Literatur und Rechtsprechung um die Reichweite des Vergaberechts im Falle interkommunaler Kooperationen auslöste.²¹⁶ Mit Urteil des EuGH in der Rs. Stadtreinigung Hamburg wurde der Streit sodann zugunsten eines neuen unge-

²¹¹ Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 20, der auch von einer „vorgelagerten Bereichsausnahme“ spricht.

²¹² Gesetzesbegründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281 v. 8. 10. 2015, S. 80.

²¹³ Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 12a.

²¹⁴ Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Kooperation, S. 306 ff.

²¹⁵ EuGH, Ur. v. 13. 1. 2005, Az.: C-84/03 Rn. 37 ff. = ECLI:EU:C:2005:14 = NVwZ 2005, 431.

²¹⁶ Für eine weitreichende Anwendbarkeit des Vergaberechts auf interkommunale Kooperationen Ziekow/Siegel, VerwArch 96 (2005), 119 ff.; s. auch Siegel, VergabeR 2016, S. 621 (624 ff.); für eine weitreichende Ausnahme interkommunaler Kooperation Burgi, NZBau 2005, 208 (210f.); Schmidt, Kommunale Kooperation, S. 106.

schriebenen Ausnahmetatbestands der sog. interkommunalen Kooperation geschlichtet.²¹⁷ Der EuGH stellte dafür nicht formal auf die Qualifikation als mandantierende oder delegierende Vereinbarung ab, sondern formulierte materielle Kriterien, die er in dem Urteil *Lecce*²¹⁸ konkretisierte und in der Rs. *Piepenbrock*²¹⁹ auch auf delegierende Vereinbarungen anwandte.

Fraglich blieb in der Folge jedoch, wie weitreichend die materiellen Kriterien des EuGH zu einer Ausdehnung des Kartellvergaberechts in den Bereich staatlicher Verwaltungsorganisation führen würden.²²⁰ Mit der Entscheidung in der Rs. *Remondis* hat der EuGH wesentlich zur Klärung der kartellvergaberechtlichen Reichweite in diesem Bereich beigetragen, weshalb das Urteil einer näheren Analyse unterzogen wird.

(b) Sachverhalt

Der Rs. *Remondis* zugrunde liegt die Übertragung von der Region Hannover einerseits, der Landeshauptstadt Hannover andererseits zugewiesenen Aufgaben der Abfallentsorgung und -bewirtschaftung mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag auf einen gemeinsam gegründeten Zweckverband.²²¹ Dagegen wehrte sich das Entsorgungsunternehmen *Remondis*, das in der Zweckverbandsgründung einen nicht von den in den Rs. *Teckal* und *Stadtreinigung Hamburg* anerkannten Ausnahmen erfassten und deshalb ausschreibungspflichtigen Auftrag sah. Aufgrund der Höhe der von dem Zweckverband erzielten Drittumsätze gab es einerseits Zweifel an der Einschlägigkeit des zu dieser Zeit in der Rspr. des EuGH anerkannten Inhouse-Ausnahmetatbestands, der nunmehr in § 108 Abs. 4 GWB kodifiziert wurde. Bei den vom OLG Celle angenommenen 20% Drittumsatz wäre auch nach heutiger Rechtslage das Kriterium des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht erfüllt gewesen. Andererseits hatte das mit der Rechtsache befasste OLG Celle Zweifel an der Einschlägigkeit des Kartellvergaberechts im Falle der innerstaatlichen Organisation zuzuordnenden Kompetenzverlagerungen. Es legte deshalb dem EuGH vor.

(c) Entscheidung

Der EuGH entschied, dass Zuständigkeitsübertragungen nicht vom Kartellvergaberecht erfasst werden, wenn die Aufgabe vollständig auf den gegründeten Rechtsträger übergeht. In seinem Urteil erkennt der EuGH den Bereich innerstaatlicher Zuständigkeitsaufteilungen als von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV geschützt an, wozu

²¹⁷ *EuGH*, Urteil v. 9. 6. 2009, Az.: C-480/06 Rn. 47 = ECLI:EU:C:2009:357 = NVwZ 2009, 898.

²¹⁸ *EuGH*, Urteil v. 19. 12. 2012, Az.: C-159/11 Rn. 34 ff. = ECLI:EU:C:2012:817 = NZBau 2013, 114.

²¹⁹ *EuGH*, Urteil v. 13. 6. 2013, Az.: C-386/11 Rn. 41 = ECLI:EU:C:2013:385 = NZBau 2013, 522.

²²⁰ Dazu etwa *Jennert*, NZBau 2010, 150; *Frenz*, NVwZ 2010, 609.

²²¹ Zum Sachverhalt im Einzelnen *Fritz*, NZBau 2017, 537; *Gyulai-Schmidt*, VerwArch 109 (2018), 242 (243 ff.).

auch die innerstaatliche Neuordnung von Kompetenzen zähle.²²² Innerstaatliche Zuständigkeitsübertragungen als Akt mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie unterfallen danach der von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV garantierten Freiheit dann, wenn zusätzlich zur Zuständigkeitsübertragung auch die mit der Kompetenz verbundenen Pflichten und Befugnisse übergehen.²²³ Dies ist nur dann der Fall, wenn die neu gegründete Stelle sowohl Organisationsautonomie als auch rechtliche und finanzielle Autonomie bei der Aufgabenerfüllung genießt.²²⁴ In diesem Fall liegt nach dem EuGH eine vollständige Aufgabenübertragung von einer Stelle auf eine andere Stelle vor, die mangels Beschaffungsbezugs nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fällt.²²⁵ Es fehlt am Synallagma des Vertrages, weil der ursprüngliche Aufgabenträger kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse am Aufgabenübertrag hat; vielmehr wird ihm dieses Interesse mit dem Übertrag der Aufgabe vollständig entzogen und geht auf den neuen Rechtsträger über.²²⁶ Zudem deutet der EuGH an, dass die Zuweisung öffentlicher Befugnisse schon kein wirtschaftlicher Vorgang sei.²²⁷

(2) Anwendbarkeit nach der Vergaberechtsreform 2014/2016

Obwohl noch zum alten Recht ergangen, recurriert der EuGH im Urteil bereits auf Art. 1 Abs. 6 VRL,²²⁸ wonach Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt werden. Damit stellt der EuGH in der Rs. Remondis bereits Kriterien für die nunmehr positiv angeordnete Abgrenzung von Aufträgen und Konzessionen zu Befugnis- und Zuständigkeitsübertragungen auf.²²⁹ Die in der Rs. Remondis begründete Ausnahme vom kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich für staatliche Aufgabenübertragungen wurde vom EuGH zwar auf Grundlage des alten Vergaberechts entwickelt, kann aber ohne weiteres in das neue Vergaberecht über-

²²² *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 40 f. = ECLI:EU:C:2016:985.

²²³ *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 47 = ECLI:EU:C:2016:985.

²²⁴ *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 49 sowie Rn. 52 f.; indes fließt die Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts nicht unmittelbar aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV; vielmehr werden entsprechende Fälle tatbestandlich nicht vom Auftragsbegriff erfasst, sodass der EuGH sich mit keiner möglicherweise aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV fließenden Ausnahme beschäftigen musste, dazu Kapitel 3, S. 213 ff.

²²⁵ *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 42 = ECLI:EU:C:2016:985.

²²⁶ *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 43 f. = ECLI:EU:C:2016:985.

²²⁷ *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 44 = ECLI:EU:C:2016:985.

²²⁸ *EuGH*, Ur. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 6; dazu auch *Portz*, *VergabeR* 2017, 143 (144).

²²⁹ Zur Übertragbarkeit auch *Wachinger/Scholz*, *NVwZ* 2017, 376 (377 f.).

tragen werden.²³⁰ Insofern handelt es sich um eine Konkretisierung der Bestimmung des Art. 1 Abs. 6 VRL.

Ein synallagmatischer Vertrag ist bei Aufgabenübertragungen künftig daher nur dann anzunehmen, wenn

„sich die zuständige Stelle ihre Hauptverantwortung für diese Aufgaben behält, sich die finanzielle Kontrolle über diese vorbehält

oder den Entscheidungen, die die von ihr hinzugezogene Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen muss“²³¹.

(3) Übertragbarkeit des Ausnahmetatbestands auf privat-rechtliche Organisationsformen

Fraglich ist, ob die Remondis-Ausnahme auf die Gründung öffentlich-rechtlicher Rechtsträger beschränkt ist. Diese Frage wurde bisher soweit ersichtlich in der Literatur noch nicht diskutiert. Bei Gründung privatrechtlicher Einheiten ist ein echter Aufgabenübertrag zwar unmöglich. Soweit eine Aufgabe auf einen Privaten vollständig „übertragen“ wird, liegt jedoch ein Fall materieller Privatisierung vor, dem ebenfalls der Beschaffungsbezug abgesprochen wird.²³² Insofern könnten die Remondis-Kriterien künftig auch für die Abgrenzung zwischen dem Bereich kartellvergaberechtlich relevanter funktionaler und vom Kartellvergaberecht auszuscheidender materieller Privatisierung herangezogen werden.

(4) Verhältnis zur Inhouse- und Instate-Ausnahme

Während die Inhouse- und Instate-Ausnahme nach § 108 GWB das Vorliegen eines Auftrags/einer Konzession voraussetzen,²³³ knüpft die Remondis-Ausnahme bereits beim Tatbestandsmerkmal „Vertrag“ an, sodass es auf § 108 GWB nicht ankommt.²³⁴ Die Remondis-Ausnahme ist insofern auf einer Ebene mit der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im engeren Sinne einzuordnen. Auch in diesem Fall lässt sich von einem Mangel an Personenverschiedenheit sprechen, weil mit der Zuständigkeitsübertragung die Auftraggebereigenschaft des übertragenden Rechtsträgers bzgl. der übertragenen Zuständigkeit erlischt. Die Auftraggebereigenschaft wandert also mit der Zuständigkeit. Bei der Aufgabenübertragung kommt es deshalb schon zu keinem für das Kartellvergaberecht konstitutiven synallagmatischen Vertrag zwischen zwei Rechtsträgern.

²³⁰ Fritz, NZBau 2017, 537.

²³¹ EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15, Rn. 49 = ECLI:EU:C:2016:985; näher zur Frage der Anforderungen an die demokratische Legitimation bei Aufgabenübertragungen Gerlach, VerwArch 112 (2021), 64 (74 f.).

²³² S. dazu schon Kapitel 2, S. 122 f.

²³³ S. zu § 108 GWB sogleich in diesem Kapitel, S. 284 ff.

²³⁴ OLG Celle, Beschl. v. 3.8.2017, Az.: 13 Verg 3/13 = VergabeR 2017, 721 m. Anm. Portz, VergabeR 2017, 704.

Das OLG Düsseldorf hatte ursprünglich noch in Erwägung gezogen, ob gleichzeitig mit der Zuständigkeitsübertragung ein vergabefreies Inhouse-Geschäft vorliege.²³⁵ Zweifelhaft ist nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. Remondis jedoch, ob mit der vollständigen Zuständigkeitsübertragung zugleich auch die Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft überhaupt noch vorliegen könnten, weil eine Zuständigkeitsübertragung gerade einen Verlust der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle voraussetzt.²³⁶ Insofern scheint die vergaberechtsfreie Zuständigkeitsübertragung auszuschließen, dass der Zweckverband nach seiner Gründung durch seine Mitglieder Inhouse beauftragt werden kann.²³⁷

In Erwägung gezogen wurde auch, ob die Remondis-Ausnahme als Unterfall der interkommunalen Kooperation nach § 108 Abs. 6 GWB qualifiziert werden könne, weil der Wortlaut des § 108 Abs. 6 GWB ebenfalls auf das Fehlen eines öffentlichen Auftrags hindeute („Verträge“).²³⁸ Indes ist zu bezweifeln, dass § 108 Abs. 6 GWB einen gegenüber § 108 Abs. 1–5 GWB abweichenden Anwendungsbereich hat.²³⁹ Insofern stellt die Remondis-Ausnahme einen eigenständigen Ausnahmetatbestand für den Auftrags-/Konzessionsbegriff schon nicht erfüllende Kompetenzübertragungen dar.²⁴⁰

(5) Relevanz der Unterscheidung von *Delegation* und *Mandatierung*

Die zunächst ad acta gelegte Unterscheidung zwischen *Delegation* und *Mandatierung* scheint mit dem Urteil des EuGH wiederaufzuleben, jedoch in neuer Gestalt, weil Fälle der kartellvergaberechtsfreien *Delegation* nunmehr anhand der EuGH-Kriterien bestimmt werden können.²⁴¹

Keine zwingende, aber eine Indizwirkung kann insofern kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen über die Möglichkeit und die Voraussetzungen einer

²³⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2006, Az.: VII-Verg 17/06 = NZBau 2006, 662 (juris Rn. 44 ff.).

²³⁶ Von einem Gegenteil der Inhouse-Kontrolle spricht Portz, VergabeR 2017, 143 (145); offenlassend Wachinger/Scholz, NVwZ 2017, 376 (378).

²³⁷ Wachinger/Scholz, NVwZ 2017, 376 (378); Gyulai-Schmidt, ZfBR 2017, 755 (759); dies., VerwArch 109 (2018), 242 (256); so auch Portz, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 156; davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Verband, auf den die Kompetenz übertragen wurde, selbst als Auftraggeber die Fähigkeit besitzt, Einheiten Inhouse zu beauftragen. Diese Möglichkeit wird vom EuGH bejaht, EuGH, Urt. v. 18.6.2020, Az.: C-328/19 Rn. 65 ff. = ECLI:EU:C:2020:483 = NZBau 2020, 528; zum Urteil Schnitzler/Kripke, NZBau 2021, 94.

²³⁸ Fritz, NZBau 2017, 537 (539).

²³⁹ Dazu noch näher in diesem Kapitel, S. 301 f.

²⁴⁰ So auch Gyulai-Schmidt, VerwArch 109 (2018), 242 (257).

²⁴¹ Eine Annäherung an den Meinungsstand vor der Spanien-Entscheidung des EuGH im Jahre 2005 bejaht auch Siegel, NZBau 2018, 507 (509); von „delegierenden Zweckverbandsgründungen“ spricht auch Gurlit, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 33 und Rn. 39.

Delegation zukommen. In Niedersachsen erlaubt bspw. § 143 NKomVG auch Aufgabenüberträge auf kommunale Anstalten, die insofern als selbstständige Aufgabenträger fungieren können.²⁴²

(6) Anwendungsbereich im Falle von Verwaltungskooperation

Die Remondis-Ausnahme entfaltet ihre Wirkungen zunächst in den Bereichen der Kooperation zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern. Über den vor dem EuGH verhandelten Fall einer kommunalen Kooperation mittels eines Zweckverbands hinaus muss die Reichweite der Remondis-Ausnahme deshalb auch für Zweckvereinbarungen und die Gründung gemeinsamer kommunaler Anstalten konkretisiert werden.²⁴³

(a) Zweckverbände

Die Remondis-Ausnahme ist vom EuGH am Fall des Aufgabenübertrags auf einen kommunalen Zweckverband entwickelt worden. Auch wenn die Ausnahmevoraussetzungen im Falle der Gründung kommunaler Zweckverbände typischerweise vorliegen, darf dies nicht dazu verleiten, kommunale Zweckverbände pauschal vom Kartellvergaberecht für befreit zu erklären. Vielmehr ist im Einzelfall zu untersuchen, ob die Remondis-Voraussetzungen bei dem jeweils gegründeten Zweckverband vorliegen.²⁴⁴

(b) Zweckvereinbarungen

Dies gilt auch für Zweckvereinbarungen. Bei der Zweckvereinbarung erfolgt eine Zusammenarbeit auf vertraglicher, aber nicht institutionalisierter Grundlage.²⁴⁵ Ein Anwendungsbereich für die Remondis-Ausnahme ergibt sich typischerweise bei der delegierenden Zweckvereinbarung, bei der der eine Vertragspartner dem anderen die Aufgabenzuständigkeit vollständig, also mit allen mit der Aufgabe verbundenen Rechten und Pflichten überträgt.²⁴⁶ Denn mit der vollständigen Zuständigkeitsübertragung wird der neuen zuständigen Stelle regelmäßig auch die eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis und finanzielle Unabhängigkeit eingeräumt wer-

²⁴² Zu entsprechenden Regelungen in den anderen Bundesländern s. *Klaß-Dingeldey*, in: Dietlein/Mehde, NKomVG, § 143 Rn. 3.

²⁴³ Nicht erfasst werden hingegen kommunale Arbeitsgemeinschaften, denen schon kein Beschaffungscharakter inne wohnt, s. *Frenz*, GewArch 2017, 97 (99).

²⁴⁴ *Siegel*, NZBau 2018, 507 (508); in Reaktion auf das Remondis-Urteil erklärte das OLG Celle das Kartellvergaberecht auf die die Gründung des streitgegenständlichen Zweckverbands unter Würdigung der Remondis-Voraussetzungen für nicht anwendbar, s. *OLG Celle*, Beschl. v. 3. 8. 2017, Az.: 13 Verg 3/13.

²⁴⁵ *Kohout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 185; näher *Lange*, Kommunalrecht, Kapitel 19 Rn. 69 ff.

²⁴⁶ *Siegel*, NZBau 2018, 507 (509); zum Vereinbarungsinhalt näher *Kohout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 186.

den.²⁴⁷ Anders verhält es sich bei mandatierenden Zweckvereinbarungen, bei denen die Aufgabenverantwortlichkeit bestehen bleibt. Mangels Einschlägigkeit der ersten Remondis-Voraussetzung handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang.²⁴⁸

(c) Gemeinsame kommunale Anstalt

Bei der Gründung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt ist ebenfalls zu beurteilen, ob mit deren Gründung zugleich ein vollständiger und befreiender Aufgabenübertrag stattfindet oder die Anstalt nur gleichsam eines Verwaltungshelfers in Vollzug der weiterhin in kommunaler Hand verbleibenden Aufgabe tätig wird. Dabei ist es nach den landesgesetzlichen Regelungen möglich, Aufgaben einzeln oder vollständig auf die Anstalt zu übertragen.²⁴⁹ Dafür bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Regelung in der Anstaltssatzung.²⁵⁰ Nur dann kann es an einem Beschaffungsbezug fehlen. Ansonsten ist davon auszugehen, dass die Aufgabe in der Hand der Kommunen verbleibt.²⁵¹

(7) Anwendbarkeit auf Aufgabenzuweisungen innerhalb eines Organisationsträgers

Welchen Anwendungsbereich die Remondis-Ausnahme bzgl. Aufgabenzuweisungen innerhalb eines Organisationsträgers entfaltet, war nicht Gegenstand des Urteils des EuGH. Es gibt jedoch keinen Grund, die in der Rs. Remondis entwickelten Kriterien auf Vereinbarungen zwischen Verwaltungsträgern zu begrenzen. Indes muss bei Aufgabenzuweisungen innerhalb eines Organisationsträgers ebenso im Einzelfall untersucht werden, ob sie als vergaberechtsfreier Aufgabenübertrag oder als vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang zu qualifizieren sind.²⁵²

Dies gilt etwa für Anstaltsgründungen: Für Aufgabenüberträge auf kommunale Anstalten folgerten bereits Pencereci und Brandt in einem Aufsatz aus dem Jahr 2008 eine Übertragbarkeit der vom OLG Düsseldorf für kommunale Zweckverbände aufgestellten Grundsätze zur Zuständigkeitsübertragung.²⁵³

Bei der Gründung von Anstalten durch den Rechtsträger selbst ist danach zu beurteilen, ob mit deren Gründung zugleich ein vollständiger und befreiender Aufgabenübertrag stattfindet oder die Anstalt nur gleichsam eines Verwaltungs-

²⁴⁷ Dies bedarf jedoch stets der Überprüfung im Einzelfall, *Frenz*, *GewArch* 2017, 97 (99).

²⁴⁸ *Siegel*, *NZBau* 2018, 507 (509).

²⁴⁹ *Kohout*, *Kartellvergaberecht und kommunale Zusammenarbeit*, S. 200.

²⁵⁰ *Kohout*, *Kartellvergaberecht und kommunale Zusammenarbeit*, S. 200.

²⁵¹ *Kohout*, *Kartellvergaberecht und kommunale Zusammenarbeit*, S. 200.

²⁵² Vgl. *Frenz*, *DVBf*. 2017, 740.

²⁵³ *Pencereci/Brandt*, *LKV* 2008, 293 (298); das OLG Düsseldorf selbst äußert sich zur Übertragbarkeit indes nicht, sondern sieht die Voraussetzungen für die Inhouse-Ausnahme beim Aufgabenübertrag durch den Zweckverband auf eine kommunale Anstalt erfüllt, *OLG Düsseldorf*, *Beschl.* v. 21.6.2006, *Az.*: VII-Verg 17/06 = *NZBau* 2006, 662 (*juris* Rn. 51). Dies schliesse nach der *Rspr.* des EuGH in der Rs. Remondis jedoch eine vergaberechtsfreie Zuständigkeitsübertragung aus.

helfers eine Aufgabe für die Kommune erfüllt. Dabei ist es nach den landesgesetzlichen Regelungen möglich, Aufgaben einzeln oder vollständig auf die Anstalt zu übertragen.²⁵⁴ Der Aufgabenübertrag bei Gründung einer kommunalen Anstalt folgt dem Prinzip der Dezentralisation, weil sich die staatliche Aufgabe auf den selbstständigen Verwaltungsträger verlagert.²⁵⁵ Die Anstalt wird als „rechtlich am stärksten verselbstständigte öffentlich-rechtliche Organisationsform“ qualifiziert.²⁵⁶ Dabei geben die Gemeindeorgane auch ihre Weisungsbefugnisse gegenüber dem Kommunalunternehmen auf.²⁵⁷ Auch das Recht zur Abgabenerhebung und damit zur eigenständigen Finanzierung kann von der Gemeinde auf die Anstalt übertragen werden.²⁵⁸ Dafür bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Regelung in der Anstaltsatzung.²⁵⁹ Ansonsten ist davon auszugehen, dass die Aufgabe in der Hand der Kommunen verbleibt.²⁶⁰ Es ist danach im Einzelfall der Aufgabenübertragung zu untersuchen, welche konkrete Ausgestaltung die Aufgabenträgerschaft bei Anstaltsgründung gefunden hat. Wenn die zuständige Stelle ihre Hauptverantwortung für die Aufgabe behält, sich die finanzielle Kontrolle über diese vorbehält oder den Entscheidungen, die die von ihr hinzugezogene Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen muss,²⁶¹ ist davon auszugehen, dass ein Beschaffungsvorgang vorliegt.²⁶²

b) Keine Beschaffung „auf andere Weise“

Die Annahme eines Beschaffungsbezugs genügt jedoch nicht für die Bejahung des kartellvergaberechtlichen Vertragsbegriffs. Das Erfordernis einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung bringt weiterhin zum Ausdruck, dass das Kartellvergaberecht nur für solche Beschaffungen gilt, die vertraglichen Charakter aufweisen, nicht jedoch für Beschaffungen „auf andere Weise“²⁶³.

aa) Willenseinigung als Anwendungsvoraussetzung

Die Abgrenzung erfolgt anhand des vertragsspezifischen Kriteriums der Willenseinigung. Ob eine solche vorliegt, hängt jedoch nicht von national-rechtlichen

²⁵⁴ Kohout, Kartellvergaberecht und kommunale Zusammenarbeit, S. 200.

²⁵⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 52.

²⁵⁶ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 172.

²⁵⁷ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 174.

²⁵⁸ Lange, Kommunalrecht, Kapitel 14 Rn. 172.

²⁵⁹ Kohout, Kartellvergaberecht und kommunale Zusammenarbeit, S. 200.

²⁶⁰ Kohout, Kartellvergaberecht und kommunale Zusammenarbeit, S. 200.

²⁶¹ EuGH, Urt. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15, Rn. 49 („Remondis“) = ECLI:EU:C:2016:985.

²⁶² Damit ist noch nicht endgültig entschieden, ob die Beschaffung auch vertraglicher Natur ist, weil zudem eine „Willenseinigung“ vorliegen muss; dazu sogleich in diesem Kapitel, S. 274 ff.

²⁶³ Erwägungsgrund 70 VRL.

Kategorien ab.²⁶⁴ Denn es soll nicht den Mitgliedstaaten überantwortet sein, anhand der Wahl der Handlungsform über die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts zu disponieren. Mithin darf nicht formal an der jeweils mitgliedstaatlich gewählten Handlungsform festgehalten werden. Vielmehr sind materielle Kriterien heranzuziehen, wonach sich die unionsrechtliche Einordnung als Vertrag bemessen lässt.²⁶⁵ Der Vertragsbegriff des Kartellvergaberechts ist dafür unionsrechtlich autonom zu interpretieren.²⁶⁶ Ausgangspunkt kann zwar auch für ein unionsrechtliches Verständnis des Vertragsbegriffs das allgemein anerkannte Erfordernis übereinstimmender Willenserklärungen zweier Rechtssubjekte sein.²⁶⁷ I.S.d. funktionalen Auslegung des Auftrags- und auch Konzessionsbegriffs durch den EuGH ist jedoch auch das Erfordernis eines auf einen Vertragsschluss gerichteten Verhaltens funktional auszulegen.²⁶⁸ Um der Zwecksetzung der Vergaberichtlinien entsprechend einen umfassenden Wettbewerb im öffentlichen Vergabewesen zu etablieren, soll der europäische Vertragsbegriff dafür weit und umfassend zu verstehen sein.²⁶⁹ Unter Rückgriff auf die Erwägungsgründe der VRL zeigt sich, dass der Vertragsbegriff nicht statisch definiert wird, sondern zwischen Begrifflichkeiten wie „Kauf, Leasing und andere(n) vertragliche Formen“ (Erwägungsgrund 4), „Vereinbarungen“ (Erwägungsgrund 31) oder auch Beschlüssen zur Zusammenarbeit (Erwägungsgrund 33) changiert.²⁷⁰ Art. 1 Abs. 6 KVR spricht noch weitergehend von Vereinbarungen, Beschlüssen oder *anderen Rechtsinstrumenten*.

Die funktionale Auslegung bedingt, das auch der Rückgriff auf eine andere als die vertragliche Handlungsform aufgrund einer unzulässigen Umgehung der kartellvergaberechtlichen Vorschriften als eine solche vertraglicher Natur zu qualifizieren sein kann.²⁷¹ Fraglich sind dann aber die Kriterien, wonach die Qualität als vertragliche Beschaffung im Einzelfall zu bestimmen ist.

²⁶⁴ Vgl. Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Abs. 1–4, Rn. 63; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 329.

²⁶⁵ Saager, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 107.

²⁶⁶ Hübner, VergabeR 2020, 559 (564); Frenz, Vergaberecht EU und national, Rn. 416; Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 26.

²⁶⁷ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 13; Reider, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 14.

²⁶⁸ Burgi, ZfW 2017, 169 (185); Reider, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 17; Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 329.

²⁶⁹ Frenz, Vergaberecht EU und national, Rn. 416; Saager, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 106.

²⁷⁰ Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 26.

²⁷¹ Burgi, Vergaberecht, § 10 Rn. 2; Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Abs. 1–4, Rn. 64; Saager, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 106 f.

Nicht relevant ist es, ob es sich um einen im Sinne des deutschen Rechts als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Vertrag handelt, auch wenn ersterer typischerweise dem Vergaberechtsverhältnis zugrunde liegt.²⁷²

Auch schadet es nicht, wenn das nationale Recht den Vertragsgegenstand einem nationalen Gesetzeswerk unterwirft und darin der Vertragsschluss nicht als Regelfall vorgesehen ist.²⁷³

Im Falle eines aus mehreren Schritten bestehenden Vorgangs ist zudem nicht auf einen einzelnen, konkret zum Abschluss vorgesehenen Vertrag abzustellen, sondern vielmehr eine Gesamtschau der relevanten Rechtsbeziehungen vorzunehmen.²⁷⁴

Teilweise wird zur Abgrenzung auf die Einwirkungsmöglichkeiten der Auftragnehmenden Seite abgestellt.²⁷⁵ Als Merkmal wird dafür die vorhergehende vertragsähnliche Aushandlung für eine Qualifizierung als Vertrag vorgeschlagen.²⁷⁶ Das Kriterium des Aushandelns des Vertragsinhalts taugt insbesondere als Indiz, ist indes als materielles Kriterium für eine generelle Abgrenzung ungeeignet, weil nur beim Verhandlungsverfahren Verhandlungen zulässig sind, während bei offenen und nicht offenen Verfahren der Auftraggeber gerade einseitig Vertragsbedingungen und Vertragsinhalt vorgibt; ein Aushandeln ist nach den §§ 15 Abs. 3 VOB/A, § 15 Abs. 5 und § 16 Abs. 9 VgV dort sogar verboten.²⁷⁷

Gab es keine vertragsähnlichen Aushandlungen, ist zu beurteilen, ob der Auftragnehmer den Auftrag i. S. e. freien Willensentschlusses annimmt oder einseitig und gegen seinen Willen dazu gezwungen wird. Nach einhelliger Auffassung soll es nämlich jedenfalls dann an einer vertraglichen Beschaffung fehlen, wenn ein Dritter zur Aufgabenerfüllung einseitig und zwangsweise herangezogen wird, ohne dass auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärungen abgegeben wurden.²⁷⁸ Die Anknüpfung des Gesetzeswortlauts an die Vertragsform wird dahingehend interpretiert, dass einseitig-hoheitliche Beschaffungen mittels Rechtssatz (Gesetz, Verordnung und Satzung)²⁷⁹, Verwaltungsakt²⁸⁰ oder einseitiger Weisung²⁸¹ vom vergaberechtlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen sind.

²⁷² Siegel/Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rn. 156; Frenz, Vergaberecht EU und national, Rn. 417, 421; Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Rn. 84.

²⁷³ Frenz, Vergaberecht EU und national, Rn. 419.

²⁷⁴ Reider, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 17.

²⁷⁵ So Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 27.

²⁷⁶ Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Abs. 1–4, Rn. 64.

²⁷⁷ Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Abs. 1–4, Rn. 64.

²⁷⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Band 1: GWB, § 103 Rn. 20; Burgi, Vergaberecht, § 10 Rn. 2.

²⁷⁹ Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Abs. 1–4, Rn. 62; Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 103 Rn. 26; Burgi, ZfW 2017, 169 (186), der insofern auf die besondere demokratische Legitimation des Gesetzgebers abstellt.

Eindeutig als Zwangsmaßnahme zu qualifizierende Verwaltungsakte wie bspw. eine Administrativenteignung unterfallen danach nicht dem Kartellvergaberecht. Insofern sind auch Fälle einer zwangsweisen Indienstnahme Dritter aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts auszuschneiden.²⁸⁰ Indes darf die einseitige Heranziehung nicht dazu führen, dass das Pflichtenregime des Kartellvergaberechts umgangen wird.²⁸³ Das funktionale Verständnis des Auftrags- und Konzessionsbegriffs führt dabei so weit, dass auch Beschaffungen, die mittels Verwaltungsakt erfolgen, als Vertrag i. S. d. Kartellvergaberechts qualifiziert werden können.²⁸⁴ Nach dem funktionalen Verständnis muss dafür im Einzelfall gefragt werden, ob im Falle einer Beschaffung ein Vertrag hätte abgeschlossen werden müssen, weil ansonsten eine Umgehung des Kartellvergaberechts drohte. Dies ist der Fall, wenn die Einseitigkeit der gewählten Handlungsform nur die für eine Qualifikation als Vertrag sprechenden Faktoren verdeckt.²⁸⁵ In Betracht gezogen werden könnte insofern eine weite Auslegung, wonach auch beim Fehlen auf einen Vertragsschluss gerichteter Willenserklärungen das Kartellvergaberecht für eröffnet erachtet wird, sobald der Auftraggeber mit der einseitigen Heranziehung etwas beschafft; so ließen sich Umgehungen des für Beschaffungen geltenden Kartellvergaberechts weitreichend verhindern.²⁸⁶ Diese Sichtweise erweiterte den kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich jedoch auf den gesamten Bereich der Beschaffungsverwaltung; das Erfordernis übereinstimmender Willenserklärungen verlöre vollständig an Bedeutung. Richtig daran ist jedoch, dass an das Erfordernis einer Willenseinigung keine zu hohen Anforderungen zu stellen sein sollten. Der EuGH hat im Bereich der Eigenverwaltung dafür auf das Kriterium abgestellt, ob das Unternehmen über irgendeinen Spielraum in Hinblick auf die Ausführung der Tätigkeit und die dafür zu erhebenden Gebühren verfüge; nur wenn das Unternehmen völlig determiniert Aufgaben der allgemeinen staatlichen Verwaltung erfülle, könne von einem vertraglichen Rechtsverhältnis keine Rede sein.²⁸⁷

Gleiches wird für Leistungen zu gelten haben, die aufgrund einer Rechtsnorm erbracht werden. Auch eine Legislativ-Enteignung unterliefe daher nicht dem

²⁸⁰ Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Abs. 1–4, Rn. 62; Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 103 Rn. 26; Burgi, Vergaberecht, § 10 Rn. 2, § 11 Rn. 31.

²⁸¹ Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 102, 328.

²⁸² Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 82 f.; zur Indienstnahme Burgi/Krönke, VerwArch 109 (2018), 423; Ackermann, Verwaltungshilfe, S. 59 f.; s. auch EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Az.: C-220/06 Rn. 54 = ECLI:EU:C:2007:815.

²⁸³ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 20.

²⁸⁴ Saager, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 93 ff.

²⁸⁵ Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 26; vgl. auch Burgi, Vergaberecht, § 10 Rn. 2.

²⁸⁶ In diese Richtung Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 20.

²⁸⁷ EuGH, Urt. v. 19. 4. 2007, Az.: C-295/05 Rn. 54 („Asemfo“) = ECLI:EU:C:2007:227 und daran anknüpfend, jedoch wieder einschränkend EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Az.: C-220/06 Rn. 51 ff. = ECLI:EU:C:2007:815.

Kartellvergaberecht.²⁸⁸ Indes bedarf es auch hier einer funktionalen Betrachtung, sodass vordergründig als Beschaffung mittels Rechtsnorm erscheinende Vorgänge doch als vertragliche Beschaffung zu qualifizieren sein können. Ausreichend wird hier bereits ein „einvernehmliches Zusammenwirken“ sein wie die Kooperation in Zweckverbänden oder informale Verwaltungs- oder Zweckvereinbarungen.²⁸⁹ Noch weitergehend kann mit dem EuGH darauf abgestellt werden, ob der gesetzlich betrauten Einheit bei der Aufgabenausführung ein Spielraum zukommt, weil dadurch ein kooperatives Zusammenwirken erforderlich wird.²⁹⁰

bb) Konkretisierung für Vergaben an die Öffentliche Hand

Im Falle von Beschaffungen bei der Öffentlichen Hand wird von einem solchen freien Willensentschluss typischerweise auszugehen sein, wenn ein Verwaltungsträger bei einem von ihm nicht kontrollierten Rechtsträger beschafft, also etwa einer Eigengesellschaft oder einer rechtsfähigen Anstalt einer anderen Kommune (Fremdvergabe an die Öffentliche Hand). Typischerweise steht hier dem Verwaltungsträger nicht die Rechtsmacht zu, die einem anderen Verwaltungsträger zugeordnete Einheit zur Leistungserbringung „auf andere Weise“ zu zwingen.²⁹¹

(1) Im Bereich der Verwaltungskooperation

Auch im Falle von Beschaffungen mittels Verwaltungskooperation liegt regelmäßig eine Willenseinigung zugrunde. Bei der Gründung gemeinsamer Zweckverbände und kommunaler Anstalten erfolgt die Aufgabenzuweisung zwar typischerweise durch eine Satzung, die ihre Grundlage jedoch in einem Vertrag findet. Die kooperierenden Rechtsträger schließen zunächst einen (öffentlich-rechtlichen) Vertrag über ihre Zusammenarbeit, in dem auch die Satzung des zu schaffenden Rechtsträgers vereinbart wird.²⁹² Die Verbandssatzung entwächst der vertraglichen Grundlage sodann als objektives Recht.²⁹³ Während also zwischen den Gründungsmitgliedern ein Vertrag zustande kommt, muss im Verhältnis zur sodann die Leistung erbringenden Einheit kein erneuter Vertrag geschlossen werden; diese wird

²⁸⁸ Nicht vom Kartellvergaberecht erfasst werden auch die gesetzlichen Aufgabenzuweisungen an die Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge durch die Kommunalverfassungen; die Anwendbarkeit scheitert jedoch bereits am fehlenden Beschaffungselement, weil ein Fall eines vollständigen Aufgabenübertrags i. S. d. Rs. Remondis (s. dazu bereits in diesem Kapitel, S. 267 ff.) vorliegt.

²⁸⁹ So Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 26.

²⁹⁰ Hübner, VergabeR 2020, 559 (564); a. A. aber Burgi, ZfW 2017, 169 (186 f.), der eine Willenseinigung bereits dann verneinen will, wenn Verpflichtungen ihre Grundlage in nationalen Rechtsvorschriften finden.

²⁹¹ Zur insofern fehlenden Verwaltungsaktsbefugnis zwischen Verwaltungsträgern Hartwig/Himstedt/Eisentraut, DÖV 2018, 901 (907).

²⁹² Schober, VBIBW 2015, 97 (101).

²⁹³ Kohout, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 192.

vielmehr entsprechend ihres Satzungszwecks tätig. Für die Qualifikation als Vertrag genügt bereits i.S.e. Gesamtbetrachtung der der Gründung zugrunde liegende Vertrag zwischen den zusammenarbeitenden Rechtsträgern.²⁹⁴ Dies gilt sowohl im Falle der Zweckverbandsgründung als auch im Falle der Gründung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt.²⁹⁵

(2) Im Bereich der Eigenerledigung

Bei der Beschaffung von rechtsfähigen, aber vom Auftraggeber kontrollierten Einheiten muss im Einzelfall beurteilt werden, ob die Beschaffung als vertraglich qualifiziert werden kann.

Wie im Bereich der Verwaltungskooperation werden dem Rechtsträger zugehörige Anstalten durch kommunalen Satzungserlass oder – wie in Berlin – gar durch formelles Gesetz geschaffen, wobei in der Satzung zugleich der Aufgabenbereich der Anstalt geregelt wird. Anders als im Bereich der Verwaltungskooperation geht der Gründung kein klassischer Vertragsschluss voraus, der als Anknüpfungspunkt für eine vertragliche Qualifikation der Beschaffung in Frage käme. Beim Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen fehlen Vertragsschlüsse zwar regelmäßig,²⁹⁶ jedoch nicht vollständig: Um ihre Einflussmöglichkeiten zu sichern, greifen die betrauenden Körperschaften durchaus auf vertragliche Ausgestaltungen der Leistungsbeziehungen zurück, um die Einflussmöglichkeiten auf die rechtlich selbstständige Einheit zu gewährleisten und weil in der Anstaltssatzung selbst nur schwerlich ausreichend klare Zweck- und Zielvorgaben vorgegeben werden können.²⁹⁷ Insofern finden sich in der Rechtspraxis durchaus Vertragsschlüsse zwischen rechtsfähigen Anstalten und ihren Gründungsträgern. So wurde zwischen dem Land Berlin und der BSR am 1. 1. 2016 ein neuerlicher Unternehmensvertrag geschlossen, nachdem die bestehende Vereinbarung zum 31. 12. 2015 ausgelaufen war. Zwar erfüllt die BSR ihre Aufgaben auf Grundlage des Berliner Betriebegesetzes. Im Vertrag wird der BSR jedoch einerseits zugesagt, weiterhin an der Aufgabenerfüllung durch die BSR festhalten zu wollen, andererseits verpflichtet sich die BSR zu eben dieser.²⁹⁸ Für die kartellvergaberrechtliche Bewertung ist es insofern unschädlich, dass die vertragliche Verpflichtung bereits durch Gesetz vordefiniert wird, weil durch den Vertrag keine vollständig neuen Pflichten begründet werden müssen.²⁹⁹

²⁹⁴ Zu dieser Gesamtbetrachtung *EuGH*, Urt. v. 21. 12. 2016, Az.: C-51/15 Rn. 38 („Remondis“) = ECLI:EU:C:2016:985.

²⁹⁵ Zur Zweckverbandsgründung *Kohout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, S. 330 ff.

²⁹⁶ Kritisch dazu *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), 453 (472); *Burgi*, *NdsVBl.* 2012, 225 (232).

²⁹⁷ *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), 453 (472 f.).

²⁹⁸ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/2510 v. 19. 10. 2015.

²⁹⁹ *Wollenschläger*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: *GWB*, § 105 Rn. 40.

Diese Entwicklung wird im Bereich der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch das Beihilfenrecht noch verstärkt, da eine beihilfenrechtlich privilegierte Betrauung von öffentlichen Unternehmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV einen Verpflichtungsakt voraussetzt, der über die bloße Beherrschung des Unternehmens durch den Verwaltungsträger hinausgeht, wofür auch auf vertragliche Vereinbarungen zurückgegriffen werden kann.³⁰⁰

Auch wenn auf eine vertragliche Regelung gänzlich verzichtet wird, ist zweifelhaft, ob damit die Anwendung des Kartellvergaberechts verhindert werden kann. Insofern ist im Falle ausschließlich normativer Aufgabenübertragungen zu beurteilen, ob nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht auch ein Vertrag hätte geschlossen werden müssen. Würde man den Aufgabenübertrag auf Anstalten als pauschal nicht-vertraglich qualifizieren wollen, während bei Gründung von Eigengesellschaften regelmäßig das Vorliegen eines Vertragsschlusses bejaht wird, drohte nämlich eine in der Sache nicht gerechtfertigte Umgehung des Kartellvergaberechts. Auch erfolgt die Aufgabenwahrnehmung durch die gegründete juristische Person des öffentlichen Rechts durchaus im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger, was ein Blick auf die Aufsichtsstrukturen öffentlich-rechtlicher Anstalten zeigt. Insofern wäre es verfehlt, in der Gründung einer vom öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Person des öffentlichen Rechts eine Beschaffung „auf andere Weise“ sehen zu wollen. Kartellvergaberechtsfrei ist dieser Vorgang daher nur, wenn die Aufgabe i. S. d. Remondis-Rspr. vollständig übertragen wird oder eine Bereichsausnahme einschlägig ist.

c) Auftrags- und Konzessionsgegenstände/Vertragsarten

Gegenstand eines solchermaßen verstandenen Vertrags muss ein vom GWB genannter Auftrags- bzw. Konzessionsgegenstand sein. Erfasst werden als Auftragsgegenstände Bauleistungen, die Erbringung von Dienstleistungen, die Lieferung von Waren sowie Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe, die in § 103 Abs. 2–6 GWB definiert werden. Lieferaufträge umfassen dabei nur Waren, also körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.³⁰¹ Nicht erfasst wird daher etwa der Erwerb oder die Veräußerung von Rechten wie bspw. Geschäftsanteile.³⁰² Insofern dient der Begriff des Dienstleistungsauftrags aber als Auffangtatbestand.³⁰³ Er erfasst alle Verträge über die Erbringung von Leistungen, die weder als Liefer- noch als Bauauftrag qualifiziert werden können. Gegenstand des Vertrags muss jedoch jedenfalls eine Leistung sein,

³⁰⁰ *Burgi*, EuZW 2017, 90 (94) weist aber darauf hin, dass auch Weisungen in Betracht kommen.

³⁰¹ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 71.

³⁰² *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 71.

³⁰³ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 103 Rn. 68 und 107; *Reider*, in: *Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, GWB, § 103 Rn. 22 und 108.

insofern spiegelt sich auch in diesem Element das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs.

Als Konzessionsgegenstände erfasst werden Bauleistungen und Dienstleistungen. Auch im Konzessionsvergaberecht dient die Dienstleistungskonzession als Auffangtatbestand. Als Dienstleistung werden danach alle Konzessionsgegenstände qualifiziert, die nicht der Baukonzession zugeordnet werden können.³⁰⁴

d) Erfordernis der Entgeltlichkeit

Als vertragliche Gegenleistung für die Beschaffung muss der öffentliche Auftraggeber ein Entgelt gewähren. Unter Entgelt werden in einem weiten, funktionalen Sinne alle geldwerten Leistungen verstanden.³⁰⁵

Darunter fallen zunächst Entgelte i. S. e. unmittelbaren Gegenleistung des Auftraggebers.³⁰⁶ Es genügen jedoch auch mittelbare geldwerte Vorteile.³⁰⁷ Dazu zählt etwa der Verzicht auf die Erhebung von Gebühren, ein Kaufpreinsnachlass, Ersparnisse wie Steuervergünstigungen und Subventionen oder die Übertragung eines Rechts, aus dem sich der Vertragspartner sodann finanzieren kann.³⁰⁸ Insofern können die Leistungen auch von Dritten gewährt werden, soweit sie dem öffentlichen Auftraggeber zugerechnet werden können.³⁰⁹ An der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fehlt es dabei nur vordergründig, denn hinter dem Verzicht der Öffentlichen Hand auf die eigenständige Verwertung/Nutzung und deren Übertragung auf den Vertragspartner verbirgt sich bilanziell eine Zahlung.³¹⁰ Eine solche Entgeltgestaltung kann sowohl bei Aufträgen als auch Konzessionen eine Rolle spielen, da diese nur noch anhand des Kriteriums des Übergangs des Betriebsrisikos zu unterscheiden sind.³¹¹ Sie werden jedoch typischerweise in

³⁰⁴ *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, GWB, § 105 Rn. 52.

³⁰⁵ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 39; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103, Rn. 94; *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 19.

³⁰⁶ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 19; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103, Rn. 94.

³⁰⁷ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 19 f.

³⁰⁸ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 19 f.

³⁰⁹ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 41; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Rn. 99.

³¹⁰ A. A. aber *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 103 Rn. 41, der auf das Erfordernis einer synallagmatischen Verknüpfung verzichten will.

³¹¹ S. dazu bereits in diesem Kapitel, S. 247 f.; s. auch *OLG Koblenz*, Beschluss v. 10. 7. 2018, Az.: Verg 1/18 = ECLI:DE:OLGKOB:2018:0710.VERG1.18.00 = NZBau 2018, 636 (juris Rn. 40).

Konzessionskonstellationen vorliegen, weil diese auf Finanzierungsformen beschränkt sind, bei denen ein Recht zur Nutzung/Recht zur Verwertung übertragen wird (vgl. § 105 Abs. 1 GWB).

Ob ein Gewinn erzielt wird oder die Absicht dazu besteht, ist unerheblich.³¹² Insofern genügt für die Entgeltlichkeit eine bloße Kostenerstattung, selbst wenn diese nicht alle Kosten deckt.³¹³

Für die Finanzierung von Einheiten der Öffentlichen Hand, die mit der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge betraut sind, kommen verschiedene Modelle in Betracht. Unzweifelhaft vom Entgeltbegriff erfasst wird die unmittelbare Finanzierung durch den Aufgabenträger mittels Finanztransfers an die rechtlich selbstständige Einheit.³¹⁴ Möglich ist es aber auch, dass die rechtlich selbstständige Einheit selbst privatrechtliche Entgelte erhebt oder ihr das Recht eingeräumt wird, Beiträge und Gebühren zu erheben,³¹⁵ ggf. unter Gewährung weiterer finanzieller Unterstützung durch den Aufgabenträger.³¹⁶ Hinzutreten kann die Einräumung eines ausschließlichen Rechts zur Versorgung.³¹⁷ Auch diese Gestaltungen lassen sich vom Entgeltlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts erfassen.³¹⁸

Konstellationen, in denen ein Beschaffungsbezug zwar bejaht, Entgeltlichkeit jedoch verneint werden kann, sind daher kaum denkbar. Fehlt es an einer Vergütung, so wird typischerweise auch keine Beschaffung vorliegen.³¹⁹ In Betracht kommt dann ein vergaberechtsfreier vollständiger Aufgabenübertrag i. S. d. Art. 1 Abs. 6 VRL.³²⁰

3. Zwischenergebnis

Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Aufgabenzugriffe der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge setzt voraus, dass sich das Be-

³¹² *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 19; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 40; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Rn. 95.

³¹³ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 40.

³¹⁴ Zu diesem Finanzierungsmodell *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 447.

³¹⁵ *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 447, 451 ff.

³¹⁶ Näher *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 449.

³¹⁷ *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 447 f.

³¹⁸ Für Straßennutzungsgebühren *Wegener/Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 103 Rn. 45; s. auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht v. 12. 4. 2000, Punkt 2.1.2 (ABl. C 121/2); umstritten ist indes die Frage, wie weitreichend diese Finanzierungsformen vom Beihilfenrecht erfasst werden, näher dazu *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 454 ff.

³¹⁹ Ausnahmen sind nach *Gerlach*, VerwArch 112 (2021), 64 (76) die kostenfreie Leistungserbringung und die unentgeltliche Zusammenarbeit im Rahmen der Verwaltungshilfe.

³²⁰ So womöglich auch angedeutet von *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 4 Fn. 5; s. zur Remondis-Ausnahme bereits in diesem Kapitel, S. 267 ff.

trauungsverhältnis als entgeltlicher Vertrag qualifizieren lässt. Nach überwiegender, aber umstrittener Auffassung sind deshalb Betrauungen innerhalb eines Rechtsträgers mangels miteinander kontrahierender selbstständiger Rechtssubjekte vom kartellvergaberechtlichen Vertragsbegriff auszuschneiden. Die Betrauung von Eigen- und Regiebetrieben wird daher nicht vom Kartellvergaberecht wettbewerblich strukturiert.

Weiterhin sind all jene Konstellationen auszuschneiden, in denen es an einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Leistung des Wirtschaftsteilnehmers und damit an einer Beschaffung fehlt. Dies kann bei der Gewährung von Erlaubnissen, bei der Gründung von Rechtsträgern und bei der Veräußerung und dem Erwerb von Unternehmensanteilen der Fall sein. Indes ist dem funktionalen Verständnis des Kartellvergaberechts entsprechend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, sodass der jeweils zu beurteilende Vorgang daraufhin untersucht werden muss, ob mit ihm nicht womöglich in einem weiteren Schritt eine Beschaffung einhergeht. Im Bereich der Betrauung von Einheiten der Öffentlichen Hand mit Aufgaben der Daseinsvorsorge wird der Aufgabenträger regelmäßig ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an deren Aufgabenerfüllung haben und damit ein Beschaffungsbezug anzunehmen sein. Dies ist nur dann zu verneinen, wenn es sich um einen unter die vom EuGH in der Rs. Remondis aufgestellten Voraussetzungen fallenden vollständigen Aufgabenübertrag handelt.

Der Beschaffung muss zudem eine vertragsspezifische Willenseinigung zugrunde liegen. Zwangsweise Beschaffungen und gesetzliche Aufgabenzuweisungen sind danach im Grundsatz vom Kartellvergaberecht auszuschneiden. Indes muss auch hier eine funktionale Auslegung erfolgen, um unzulässige Umgehungen zu verhindern. Deshalb geraten auch ohne vertragliche Grundlage erfolgende Betrauungen öffentlich-rechtlicher Einheiten weitergehend in den kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich, als bisher angenommen.

Das Entgeltlichkeitserfordernis schließlich ist erdenklich weit und bedingt damit keine substantiellen Begrenzungen des Anwendungsbereichs für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge.

IV. Bereichsausnahmen mit Relevanz für Vergaben an die Öffentliche Hand

Dass der öffentliche Auftraggeber „vertraglich“ beschafft, ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für die Eröffnung des kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereichs. Soweit der kartellvergaberechtliche Auftrags- oder Konzessionsbegriff erfüllt ist, wird die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts nämlich durch eine Mehrzahl an Bereichsausnahmen suspendiert, von denen die für Vergaben an die Öffentliche Hand Relevanten im Folgenden näher untersucht werden.

Zentrale Bedeutung für Vergaben an die Öffentliche Hand kommt § 108 GWB zu, der die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit unter besonderen Voraussetzungen vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausnimmt. Daneben treten weitere Bereichsausnahmen.³²¹ Bereichsspezifisch nimmt § 149 Nr. 9 GWB die Wasserversorgung aus dem Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts aus. Außerdem normiert § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB eine Bereichsausnahme für Monopoldienstleistungen. Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts setzt schließlich das Erreichen bestimmter Schwellenwerte voraus. Fraglich ist, ob darüber hinaus eine Bereichsausnahme für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt werden sollte.

1. Ausschreibungsfreiheit der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit

Auch wenn die Tatbestandsmerkmale des Auftrags-/Konzessionsbegriffs an sich vorliegen, können Vergaben nach dem Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im weiteren Sinne vom Vergaberecht ausgenommen sein. Zunächst hatte der EuGH den Grundsatz der Eigenerledigung im engeren Sinne in den vergaberechtlichen Anwendungsbereich ausgedehnt und dabei stetig weiter ausdifferenzierte Kriterien entwickelt, die den Übertritt von Eigenerledigung zum Erfordernis wettbewerblicher Beschaffung abgrenzbar machen sollten.³²² Nunmehr wurden diese Voraussetzungen in § 108 GWB erstmals kodifiziert.³²³ Der Norm zugrunde liegt der „möglichst eins-zu-eins“-umgesetzte Art. 12 VRL, der sich wiederum an der Rspr. des EuGH orientiert.³²⁴ § 108 GWB spricht aufgrund des interorganschaftlichen Charakters der Aufträge/Konzessionen von öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit. In der Praxis kommt der Ausnahmebestimmung die weitaus größte Bedeutung zu.³²⁵ Gegenüber der primärvergaberechtlich begründeten Inhouse- und Instate-Ausnahme erweitert Art. 12 VRL und in dessen Umsetzung

³²¹ Zum Verhältnis des § 108 GWB zu sonstigen Ausnahmebestimmungen näher *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 14.

³²² Ausgangspunkt bildete die Rs. Teckal, s. *EuGH*, Urt. v. 18.11.1999, Az.: C-107/98 („Teckal“) = ECLI:EU:C:1999:562; zur Genese des geschützten Bereichs der Eigenerledigung *Heiß*, *VerwArch* 103 (2012), 421 (432 ff.); daran knüpfte sich im Bereich horizontaler Kooperation mit dem Spanien-Urteil des *EuGH* v. 13.1.2005, Az.: C-84/03 = ECLI:EU:C:2005:14 die Rechtsprechungs-Linie zur Reichweite der Instate-Ausnahme an; die Reichweite der Ausnahmen war seitdem Gegenstand umfassender wissenschaftlicher Aufbereitung, s. nur die Literaturnachweise bei *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 108.

³²³ Zur Rechtsprechungspraxis des EuGH *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 5.

³²⁴ BT-Drs. 18/6281, S. 80; *Egger*, in: *Steinicke/Vesterdorf*, Part I, Art. 12 Rn. 2; *Bartelt*, *Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts*, S. 87 ff. sowie S. 133.

³²⁵ *Burgi*, *Vergaberecht*, § 11 Rn. 1.

§ 108 GWB den Spielraum der öffentlichen Auftraggeber im Bereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit.³²⁶

Der Norm zugrunde liegt eine Differenzierung zwischen Formen vertikaler und horizontaler Zusammenarbeit.³²⁷ Dem Bereich vertikaler Zusammenarbeit sind zunächst die Selbstvergaben zuzuordnen, bei denen ein Auftrag bzw. eine Konzession an einen dem Auftraggeber zurechenbare, aber rechtlich selbstständige Einheit vergeben wird. Der Bereich wird jedoch auch in den Bereich der Kooperationsvergaben erweitert, wenn eine juristische Person von mehreren Auftraggebern gemeinsam kontrolliert wird.

Den Bereich horizontaler Zusammenarbeit kennzeichnen hingegen Kooperationsvergaben, bei denen zwei öffentliche Auftraggeber zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung zusammenwirken.

Die Ausnahmetatbestände des § 108 GWB beanspruchen umfassende Geltung im Kartellvergaberecht und privilegieren daher auch im Sektorenbereich sowie bei der Vergabe von Konzessionen, § 108 Abs. 8 GWB.³²⁸

Mit der Verortung beider Ausnahmen in § 108 GWB (und Art. 12 VRL) führt die Norm Inhouse- und Instate-Ausnahme über dem Topos „öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“ zusammen. Damit wird augenscheinlich, dass auch die horizontale Zusammenarbeit als Form der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung i. w. S. zu verorten ist, bei der eine Leistung in nicht marktrelevanter Weise in der staatlichen Sphäre verbleibt.³²⁹ Bei allen diesen Vorgängen rechtfertigt sich die kartellvergaberechtliche Privilegierung aus der Bezüglichkeit zur „Staatsosphäre“, weil die Leistungen als „im Haus“ der Öffentlichen Hand erbracht und nicht dem Markt überantwortet betrachtet werden.³³⁰ Im Einzelnen ist dabei umstritten, ob § 108 GWB die Grenze zwischen Markt und Eigenerledigung kennzeichnet³³¹ oder für bereits dem Markt zuzuordnende Leistungen eine Ausgleichsregelung zwischen dem

³²⁶ Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 11; Bartelt, Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts, S. 87 ff.; zum Inhouse- und Instate-Privileg im Primärvergaberecht Kapitel 3, S. 178 ff.

³²⁷ Einhellig zu dieser Normstruktur Säcker/Wolf, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 12; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 6.

³²⁸ Darüber hinaus finden sich mit §§ 138 f. GWB spezifische Privilegierungen für Formen der Eigenerledigung im Sektorenbereich, die jedoch im Folgenden keiner vertieften Untersuchung zugeführt werden, weil sie nicht auf einer besonderen Staatsbezüglichkeit beruhen, sondern die freie Organisation von Wirtschaftsgruppen ermöglichen sollen, vgl. Lausen, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 138 Rn. 2 ff.; s. zur Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands auch bereits die Einleitung, S. 37.

³²⁹ Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 64.

³³⁰ Säcker/Wolf, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 2; Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 64.

³³¹ Ziekow, NZBau 2015, 258 (259); ders., in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 5; in diese Richtung wohl auch Marx, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 116 Rn. 23; s. auch Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 64.

Bedürfnis der Öffentlichen Hand, die ihr übertragenen Aufgaben mit eigenen Mitteln zu erfüllen einerseits und dem wettbewerblichen Ansatz des Kartellvergaberechts auf der anderen Seite darstellt.³³² Während sich erstere Auffassung auf die bisher vorgenommene teleologische Reduktion des kartellvergaberechtlichen Auftragsbegriffs stützen konnte, scheint sich der Gesetzgeber mit der Reform 2016 der letzteren Auffassung angeschlossen zu haben, weil er im Falle von öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit den Auftragsbegriff nunmehr als erfüllt behandelt, so dann aber über § 108 GWB bestimmte Konstellationen von der Anwendbarkeit desselben wieder ausnimmt.³³³ Dafür spricht auch, dass die Wesentlichkeitsschwelle des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB auf eine bereits marktrelevante Tätigkeit schließen lässt.³³⁴

Für die Auslegung des § 108 GWB stellt sich zudem die Frage nach dem Verhältnis zur Rspr. des EuGH, da die nunmehr kodifizierten Ausnahmen zunächst in der Rechtsprechung entwickelt wurden. Insofern spricht die demokratische Legitimation des europäischen Gesetzgebers auf den ersten Blick für einen Vorrang der Kodifikation, nach der sich die künftige Rechtsprechung des EuGH zu richten hat.³³⁵ Indes weisen die vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für Inhouse- und Instate-Ausnahme auch einen primärrechtlichen Gehalt auf.³³⁶ Hat der europäische Gesetzgeber Art. 12 VRL gegenüber der Rspr. des EuGH daher weiter ausgestaltet, so findet zwar das Sekundärvergaberecht keine Anwendung; Ausschreibungspflichten können sich dann jedoch aus dem insoweit lückenfüllenden Primärvergaberecht ergeben.³³⁷ Wurde Art. 12 VRL hingegen enger als vom EuGH primärrechtlich abgeleitet ausgestaltet, geriete die Norm in den Verdacht, primär-

³³² So *Säcker/Wolf*, in: *Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 1; der Streit führt auf die vor der Kodifikation geführte Diskussion zurück, ob der Vertragsbegriff des Kartellvergaberechts im Falle von Inhouse-Konstellationen erfüllt ist oder nicht, s. dazu *Wittek*, *Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht*, S. 122 ff.; zum insofern indifferenten Wortlaut des Art. 12 VRL *Egger*, in: *Steinicke/Vesterdorf*, Part I, Art. 12 Rn. 5.

³³³ Diesen Umstand konstatierend, jedoch an der klassischen Herleitung festhaltend *König*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, § 6 Rn. 2 f.; ebenso *Losch*, *VergabeR* 2016, 541 (548); den neuen Ansatz kritisierend *Dabringhausen*, *VergabeR* 2014, 512 (515 f.); von einem Redaktionsversehen geht aus *Bartelt*, *Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts*, S. 169 f.; nicht überzeugend *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 5 f., die meinen, dass trotz der Regelung als Bereichsausnahme Inhouse- und Instate-Ausnahme auch auf nicht im GWB verankerte vergaberechtliche Bestimmungen Anwendung finden könnten; dies war schon vor Erlass des § 108 GWB nicht der Fall, sondern bedarf jeweils einer eigenständigen Herleitung.

³³⁴ *Säcker/Wolf*, in: *Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 30.

³³⁵ So *Burgi*, *Vergaberecht*, § 11 Rn. 4.

³³⁶ Dazu näher Kapitel 3, S. 178 ff.

³³⁷ *Säcker/Wolf*, in: *Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 10; zum Primärvergaberecht Kapitel 3, S. 173 ff.

rechtswidrig zu sein bzw. jedenfalls primärrechtskonform ausgelegt werden zu müssen.³³⁸

*a) Ausschreibungsfreiheit der vertikalen Zusammenarbeit (Inhouse-Ausnahme),
§ 108 Abs. 1 bis 5 GWB*

Als ausschreibungsfreie Formen der vertikalen Zusammenarbeit erfasst werden neben dem einfach-vertikalen Inhouse-Geschäft nach § 108 Abs. 1 GWB zudem das inverse Inhouse-Geschäft und das horizontale Inhouse-Geschäft nach § 108 Abs. 3 GWB sowie das gemeinsam-vertikale Inhouse-Geschäft nach § 108 Abs. 4 GWB.

aa) Beschränkung auf juristische Personen?

Zweifelhaft ist, ob sich der Anwendungsbereich der Tatbestände vertikaler Zusammenarbeit allein auf juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts beschränkt, weil § 108 Abs. 1–5 GWB dem Wortlaut nach stets allein von „juristischer Person“ sprechen.

Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum darüber hinaus nicht auch Personengesellschaften wie bspw. eine kommunale GmbH & Co KG vom Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung erfasst werden sollten. Diese werden schließlich auch vom Unternehmensbegriff des Kartellvergaberechts erfasst.³³⁹ Insofern erschließt sich in Anbetracht von Sinn und Zweck der Inhouse-Ausnahme nicht, wieso Personengesellschaften die Möglichkeit einer vergabewettbewerbsfreien Betrauung nicht offenstehen sollte.³⁴⁰

Demgegenüber ist einer Ausdehnung des § 108 GWB auf rechtlich unselbstständige Eigen- und Regiebetriebe eine Absage zu erteilen, weil es insofern am Vorliegen eines Auftrags/einer Konzession mangelt.³⁴¹

bb) Keine direkte private Kapitalbeteiligung

Alle vom Kartellvergaberecht ausgenommenen Formen vertikaler Zusammenarbeit erfordern, dass an dem Auftragnehmer keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht.³⁴² Bisher waren darüber hinausgehend sämtliche private Beteiligungen

³³⁸ Zur Primärrechtskonformität Kapitel 3, S. 208 f.

³³⁹ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 17 und in diesem Kapitel, S. 230 ff.

³⁴⁰ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 17.

³⁴¹ Dazu bereits in diesem Kapitel, S. 253 f.; so aber *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 18 ff.

³⁴² Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Zulässigkeit einer privaten Kapitalbeteiligung am Auftraggeber, die für unschädlich erachtet wird, s. *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 41 für die vertikale Zusammenarbeit.

ausgeschlossen.³⁴³ Mit der Kartellvergaberechtsreform hat der Gesetzgeber jedoch klargestellt, dass nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln, für die Inhouse-Ausnahme unschädlich sind (§ 108 Abs. 1 Nr. 3 2. Hs., Abs. 3 S. 2 und 3, Abs. 4 Nr. 3 GWB). Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.³⁴⁴ Als nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung kommen stille Gesellschaften nach §§ 230 ff. HGB sowie Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften in Betracht.³⁴⁵ Eine gesetzlich vorgeschriebene private Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität liegt etwa im Falle der nordrhein-westfälischen Wasser- und Bodenverbände vor, bei denen neben den Gemeinden auch Private zur Mitgliedschaft verpflichtet sind.³⁴⁶

Die Privatheit der Beteiligung ist nicht rechtsformabhängig, sodass öffentliche Kapitalbeteiligungen auch dann nicht als private qualifiziert werden können, wenn eine Beteiligung von privatrechtlich verfassten Eigengesellschaften der Öffentlichen Hand erfolgt.³⁴⁷

Im Falle von Beleihungen führt § 108 GWB zu keiner Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts, weil es sich bei dem Beliehenen um einen „echten“ Privaten handelt und damit eine direkte private Kapitalbeteiligung besteht (§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB).³⁴⁸

Für Vergaben an die Öffentliche Hand im hier verstandenen Sinne spielt das Erfordernis keine Rolle. Soweit man aber gemischt-wirtschaftliche Unternehmen in den Begriff der Öffentlichen Hand einbezieht, stünde das Verbot privater Kapitalbeteiligung einer Inhouse-Beauftragung im Wege.³⁴⁹

cc) Das einfach-vertikale Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 1 GWB)

Im Bereich vertikaler Zusammenarbeit wurde die Inhouse-Ausnahme erstmals vom EuGH als ungeschriebener Ausnahmetatbestand in der Rs. Teckal im Jahr 1999

³⁴³ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 17 f.

³⁴⁴ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 108 Rn. 51.

³⁴⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 18; *Horstkotte/Hünemörder/Dimieff*, VergabeR 2017, 697 (700).

³⁴⁶ *Horstkotte/Hünemörder/Dimieff*, VergabeR 2017, 697 (700); *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 18; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (223) weist jedoch auf die nachteilige Regelung in Rheinland-Pfalz hin, in der es an einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift fehlt; zu weiteren Pflichtmitgliedschaften *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 38.

³⁴⁷ *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 2.11.2016, Az.: Verg 23/16 = ZfBR 2017, 190; sich anschließend *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 108 Rn. 48.

³⁴⁸ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 31.

³⁴⁹ Zum der Arbeit zugrunde liegenden Begriff der Öffentlichen Hand s. bereits die Einleitung, S. 38 f.

eingeführt.³⁵⁰ Inhouse-Konstellationen zeichnen sich durch eine Auftrags- und nunmehr auch Konzessionsvergabe eines öffentlichen Auftraggebers an eine von ihm zu unterscheidende juristische Person aus, sodass der intrabehördliche Zusammenhang zwar verlassen wird und es zu einem Vertragsschluss im formalen Sinne kommt.³⁵¹ Der EuGH dehnte den Bereich der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung jedoch in den Bereich interbehördlicher Verwaltungsorganisation unter bestimmten Voraussetzungen aus. Hinzutreten muss dafür, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) und der Auftragnehmer die infrage stehende Tätigkeit ganz überwiegend für den Auftraggeber erbringt (Wesentlichkeitskriterium).³⁵²

Obwohl es dabei zu einem den Auftragsbegriff erfüllenden Vorgang kommt, wurde der Begriff nach hergebrachtem Verständnis aufgrund der Vergleichbarkeit zu rein innerbehördlichen Sachverhalten teleologisch reduziert.³⁵³ Dieser methodische Ansatz sah sich schon vor Erlass des § 108 GWB Kritik ausgesetzt, weil der EuGH die Ausnahme auch außerhalb des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs aus primärrechtlichen Grundsätzen entwickelte und so auf damals vom Anwendungsbereich nicht erfasste Dienstleistungskonzessionen anwandte.³⁵⁴ Mit der 2016 erfolgten Kodifikation der Inhouse-Ausnahme in § 108 Abs. 1–5 GWB wird nunmehr klargestellt, dass Inhouse-Konstellationen dem Auftragsbegriff durchaus unterfallen. Das Kartellvergaberecht soll i. S. e. Ausnahme vom Anwendungsbereich jedoch unter den in § 108 Abs. 1 GWB genannten Voraussetzungen keine Anwendung finden,³⁵⁵ sodass gesondert zu untersuchen ist, welche Reichweite der Ausnahme im Primärvergaberecht zukommt.³⁵⁶

Der EuGH schuf die Inhouse-Ausnahme im Kontext der Diskussion um die vergaberechtliche Relevanz nationaler Privatisierungsvorhaben.³⁵⁷ Sie kann jedoch ebenso gut im Rekommunalisierungskontext verortet werden, weil § 108 Abs. 1 GWB ausdrücklich auch die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen an juristische Personen des öffentlichen Rechts miteinbezieht. Bei der Bestimmung handelt es sich daher übergreifend um die zentrale einfach-rechtliche Norm zur Bestimmung des

³⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 18. 11. 1999, Az.: C-107/98 („Teckal“) = ECLI:EU:C:1999:562 = NZBau 2000, 90.

³⁵¹ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 15.

³⁵² *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 14.

³⁵³ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 13.

³⁵⁴ *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 6.

³⁵⁵ *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 6.

³⁵⁶ Dazu Kapitel 3, S. 178 ff.

³⁵⁷ Im Privatisierungskontext verortet die Inhouse-Ausnahme daher *Schleissing*, Möglichkeiten und Grenzen vergaberechtlicher In-House-Geschäfte, S. 18; so auch *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 13 ff., der im Rahmen der Darstellung der Inhouse-Ausnahme auch einen Überblick über die Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Privatisierungen gibt.

Verhältnisses von Kartellvergaberecht und mitgliedstaatlicher Verwaltungsorganisation.

(1) Kontrollkriterium

§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfordert, dass der öffentliche Auftraggeber³⁵⁸ über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (Kontrollkriterium). Bereits in der Rspr. des EuGH bestand eine Vermutungsregel zugunsten einer Kontrolle, die nunmehr in § 108 Abs. 2 S. 1 GWB kodifiziert wurde.³⁵⁹ Nach § 108 Abs. 2 S. 1 GWB wird eine solche Kontrolle vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Dies ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und in Abhängigkeit von der Gesellschaftsform und der Ausgestaltung der Kontrollmöglichkeiten in der Gesellschaftssatzung zu beurteilen.³⁶⁰ Unerheblich ist hingegen ein bloß freiwilliges Befolgen seitens des Auftragnehmers.³⁶¹

Neben dem geographischen Tätigkeitsbereich³⁶² spielen für die Beurteilung insbesondere die Rechtsform und Beteiligungsverhältnisse der zu beauftragenden Einheit eine zentrale Rolle.

Sowohl bei gemeindlichen Eigengesellschaften in Form der GmbH, bei der die Gesellschafterversammlung von kommunalen Vertretern besetzt und der Geschäftsführer weisungsabhängig ist (§ 37 GmbHG), als auch bei gemeindlichen Anstalten des öffentlichen Rechts wird das Kontrollkriterium regelmäßig bejaht, da die kommunalrechtlichen Aufsichts- und Einwirkungsinstrumente weitreichend genug ausgestaltet sind.³⁶³ Gleiches gilt in der Regel im Falle von Personengesellschaften.³⁶⁴ Problematisch ist die Kontrolle indes im Falle von Aktiengesellschaften, weil hier dem Vorstand in weitem Umfang eigenständige Befugnisse zur Führung zentraler Geschäfte eingeräumt sind, über die den Anteilseignern keine Kontrollrechte zustehen.³⁶⁵ Insofern müssen für die Annahme einer wirksamen Kontrolle über den Besitz der Kapitalmehrheit hinaus weitere Kriterien hinzutreten. Dafür in Be-

³⁵⁸ I. S. d. § 99 GWB, vgl. *Frenz*, DVBl. 2017, 740 (743).

³⁵⁹ *Frenz*, DVBl. 2017, 740 (743).

³⁶⁰ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 22.

³⁶¹ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 29.

³⁶² *S. König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, § 6 Rn. 16.

³⁶³ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (222); zur GmbH auch *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 25; zur Genossenschaft *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 25.

³⁶⁴ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 25.

³⁶⁵ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 26.

tracht kommt eine Zweckbindung in der Satzung und die Einrichtung besonderer Entscheidungsgremien.³⁶⁶ Auch mit dem Abschluss eines Beherrschungsvertrags können konkrete Weisungsrechte ermöglicht werden.³⁶⁷ Indes können entsprechende Vereinbarungen nach Kommunalrecht unzulässig sein.³⁶⁸ Problematisch ist das Kontrollkriterium auch im Falle sog. Tendenzbetriebe, also juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die ausnahmsweise gegenüber dem Staat als grundrechtsberechtigt anzusehen sind; mangels ausreichender Kontrolle von Forschung und Lehre ist die Inhouse-Fähigkeit von Universitäten daher zweifelhaft.³⁶⁹

Nach § 108 Abs. 2 S. 2 GWB kann die Kontrolle auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird. Damit werden sog. Enkelkonstellationen in den Anwendungsbereich der Ausnahme einbezogen, bei denen der Auftraggeber zwar sein Tochterunternehmen kontrolliert, nicht aber ein wiederum dem Tochterunternehmen zuzurechnendes Unternehmen, das beauftragt wird.³⁷⁰ Auch über die Enkelkonstellation hinausgehende Hierarchieebenen sind dann nicht schädlich, wenn der öffentliche Auftraggeber jedenfalls die Kontrolle über das Unternehmen ausübt, dass den Auftragnehmer kontrolliert.³⁷¹

Im Kontrollkriterium spiegelt sich zugleich die Remondis-Ausnahme, für die es gerade erforderlich ist, dass die Kontrolle über den neuen Aufgabenträger weitreichend aufgegeben wird.³⁷²

(2) Wesentlichkeitskriterium

Auf die Teckal-Rechtsprechung des EuGH geht auch das sog. Wesentlichkeitskriterium zurück. Danach muss das beauftragte/konzessionierte Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichten. Dann soll es der Tätigkeit an der wettbewerblichen Relevanz fehlen, weil das Unternehmen nicht oder jedenfalls nur geringfügig im Wettbewerb mit anderen Unternehmen steht und hauptsächlich Tätigkeiten des kontrollierenden Auftraggebers erfüllt.

³⁶⁶ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 26.

³⁶⁷ *Deuster/Ristelhuber*, VergabeR 2018, 99 (100 ff.); *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 26.

³⁶⁸ Kritisch daher *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (222); *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 26.

³⁶⁹ *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 21.

³⁷⁰ Als bereits von § 108 Abs. 1 GWB gedeckt sieht diesen Fall an *Frenz*, DVBl. 2017, 740 (744).

³⁷¹ *Frenz*, DVBl. 2017, 740 (744); *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 27.

³⁷² S. zu diesem Zusammenhang bereits in diesem Kapitel, S. 270.

In Konkretisierung des Wesentlichkeitskriteriums forderte der EuGH eine wer-
tende Gesamtbetrachtung in quantitativer und qualitativer Hinsicht,³⁷³ die jedenfalls
eine Fremdauftragsquote von 10 % zuließ, ansonsten aber keine deutliche Abgren-
zungslinie formulierte.³⁷⁴ Demgegenüber erfährt das Wesentlichkeitskriterium durch
die neuen Vergaberichtlinien eine Konkretisierung und Erweiterung, in dem die für
verbundene Sektorenenunternehmen geltende, rein quantitative³⁷⁵ Schwelle von 80 %
in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b VRL übernommen wird.³⁷⁶ Danach müssen 80 % der
Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung der Aufgaben
dienen, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber
(oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen) betraut wurde.
Die genaue Berechnung erfolgt dabei nach den Grundsätzen des § 108 Abs. 7
GWB.³⁷⁷ Die Auseinandersetzung um eine deutliche Abgrenzungslinie ist damit nur
noch im Primärvergaberecht von Relevanz.³⁷⁸

Mit der Neuregelung ist im Kartellvergaberecht nunmehr jedoch umstritten, wie
weit das Merkmal der Tätigkeit zu verstehen ist. Bisher sollten nur solche Tätigkeiten
erfasst sein, mit deren Erbringung die juristische Person beauftragt wurde. Sonstige,
vergabefremde Aufgabenzuweisungen wurden bei der Schwellenberechnung außer
Betracht gelassen. Untersucht wurde mithin allein, ob der wesentliche Umsatz
mittels der durch Auftrag zugewiesenen Tätigkeit erwirtschaftet wurde.³⁷⁹

Nunmehr spricht die Richtlinie jedoch von „betrauen“. Wie bisher könnten
darunter nur die jeweils im Vergaberechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und
Auftragnehmer erbrachten Leistungen zu fassen sein. Dafür spräche eine einheitliche
Auslegung des Begriffs innerhalb des Kartellvergaberechts, wird doch auch der
Begriff der Betrauung in § 105 GWB überwiegend bloß als Synonym für das

³⁷³ *EuGH*, Urt. v. 11. 5. 2006, Az.: C-340/04, Rn. 64 („Carbotermo“) = ECLI:EU:C:2006:308 = NVwZ 2005, 1289.

³⁷⁴ *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (259).

³⁷⁵ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 31; indes soll über das Kontrollkriterium weiterhin ein qualitativer Bewertungselement bzgl. der Marktanteile einfließen können, dazu *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 23.

³⁷⁶ *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (259).

³⁷⁷ Näher *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 79 ff.

³⁷⁸ Zu den bisher vertretenen Ansichten *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 28; s. auch *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 31, die zugleich für eine primärrechtliche Korrektur der 80-%-Schwelle plädieren, falls es im Einzelfall zu Extremfällen komme, bei denen die möglichen 20 % Fremdotsatz gegenüber privaten Wettbewerbern erhebliche Marktanteile begründen; ablehnend gegenüber der Berücksichtigung qualitativer Aspekte *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 34; zum Primärvergaberecht näher Kapitel 3, S. 178 ff.

³⁷⁹ Zur bisherigen Rechtsauffassung *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 32.

Konzessionsverhältnis verstanden.³⁸⁰ Indes deutet der Wortlaut sowohl im nationalen wie auch im Unionsrecht auf ein erforderliches Neuverständnis, weil der Gesetzgeber gerade nicht vom Begriff der Beauftragung Gebrauch gemacht hat.³⁸¹ Für den Betrauungsakt wird deshalb überwiegend auf Art. 106 Abs. 2 AEUV rekurriert.³⁸² Erforderlich ist insofern ein Zuordnungsakt, dem aber nicht die Qualität einer Beauftragung zukommen muss. Während die bloße Eröffnung eines Betätigungsfelds dafür nicht genügt, reicht jeder aktive, erkennbar inhaltlich auf die Aufgabe festgelegte Akt.³⁸³ Hinzutreten muss, dass der Betrauende über die Aufgabe dispositiionsbefugt ist.³⁸⁴ In Hinblick auf die Handlungsform ist der Begriff der Betrauung ebenfalls weit zu verstehen und daher nicht festgelegt auf vertragliche Vereinbarungen.

Auch Tätigkeiten gegenüber Dritten, die nicht als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sind, können danach nunmehr³⁸⁵ bei der Berechnung der 80 %-Schwelle heranzuziehen sein, soweit der Auftragnehmer mit dieser Tätigkeit betraut wurde.³⁸⁶ Dies führt nicht dazu, dass die 80 %-Schwelle leerliefe.³⁸⁷ Denn bei Tätigkeiten gegenüber Dritten wird es häufig am Betrauungsakt fehlen: Etwa bei der Lieferung von Energie durch ein kommunales Stadtwerk an private Letztverbraucher fehlt es an einer entsprechenden Betrauung, weil die Wahl des Stromlieferanten im Zuge der Liberalisierung der Energieversorgungsmärkte auf die freie Entscheidung der Gemeindeglieder übergegangen ist.³⁸⁸ Über eine Belieferung ist die Gemeinde nicht dispositiionsbefugt.

³⁸⁰ S. zu dieser Streitfrage bereits in diesem Kapitel, S. 245 ff.

³⁸¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 34; Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 32.

³⁸² Ziekow, NZBau 2017, 339 (342); Ziekow, NZBau 2015, 258 (259); Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 32; Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 19; offenlassend Sacker/Wolf, in: Sacker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 34; kritisch Frenz, gemeindehaushalt 2016, 261 (263), der das Erfordernis für zu formal erachtet; ablehnend auch Gerlach, VerwArch 112 (2021), 64 (83); für eine Anlehnung an den Begriff der Betrauung in der VO (EG) 1370/2007 Losch, VergabeR 2016, 541 (546).

³⁸³ Ziekow, NZBau 2017, 339 (342); ders., NZBau 2015, 258 (259).

³⁸⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 38.

³⁸⁵ Nach alter Rechtslage sollten bei Privatkunden erzielte Umsätze hingegen nicht einbezogen werden können, Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 19; s. zum Streitstand nach altem Recht Tomerius, VergabeR 2015, 373 (374 ff.).

³⁸⁶ Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 35; Portz, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 149; anders indes Sacker/Wolf, in: Sacker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 36.

³⁸⁷ So aber Sacker/Wolf, in: Sacker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 36.

³⁸⁸ Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 19; Dabringhausen, VergabeR 2014, 512 (519).

Kann danach die Gesamtheit der Tätigkeiten, mit denen das Unternehmen „be-
traut“ wurde, bei der Ermittlung der 80 %-Schwelle zugrunde gelegt werden, könnte
dies zu einer erheblichen Ausdehnung der Inhouse-Ausnahme führen.³⁸⁹ Umso mehr
Tätigkeiten im Verhältnis zum Gesamtumsatz des kontrollierten Unternehmens zu
berücksichtigen sind, umso leichter ist die 80 %-Schwelle zu erfüllen. Einschränkend
wird deshalb zu verlangen sein, dass die Tätigkeit Marktspezifität aufweisen muss.
Mithin können nur solche Tätigkeiten einbezogen werden, um die es auch bei der
nach § 108 GWB zu bewertenden Auftrags-/Konzessionsvergabe geht.³⁹⁰ Dem
spezifischen Ausschreibungsmarkt fremde Leistungen, die ebenfalls vom Auftrag-
nehmer erbracht werden, sollten daher nicht einzuberechnen sein.

Erforderlich ist bei der Beurteilung zudem eine konzernweite Betrachtung, um
Umgehungen durch bilanzielle oder organisatorische Ausgliederungen zu verhin-
dern.³⁹¹ Dabei sind jedoch zwei Dinge zu berücksichtigen:

Zum einen dürfen auch solche Aufgaben nicht als Fremdotsatz qualifiziert
werden, mit denen der Auftragnehmer von einer anderen juristischen Person, die
jedoch von dem Auftraggeber kontrolliert wird, betraut wurde, § 108 Abs. 1 Nr. 2
GWB. In Konzernstrukturen erfährt diese Ausnahme insofern eine Ausweitung, als
auch Betrauungen erfasst werden dürften, in denen die Kontrolle gemeinsam mit
einer anderen juristischen Person i. S. d. § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB ausgeübt wird.³⁹²
Auch Betrauungen durch Einzelgesellschaften dürften auf Grundlage des § 108
Abs. 2 S. 2 GWB daher keine Berücksichtigung als Fremdotsatz finden, auch wenn
keine direkte Kontrolle durch den Auftraggeber besteht.³⁹³

Zum anderen darf die konzernweite Betrachtung nicht dazu führen, dass Umsätze
von Tochtergesellschaften einfach als Fremdotsätze einbezogen werden. § 108
Abs. 1 Nr. 2 GWB spricht schon dem Wortlaut nach allein von Tätigkeiten der ju-
ristischen Person selbst. Auch droht in der Regel keine Umgehung des Kartellver-
gaberechts, wenn ein kommunales Unternehmen Drittgeschäft auf eine Tochterge-
sellschaft auslagert. Vielmehr macht das kommunale Unternehmen von seiner Or-
ganisationsgewalt Gebrauch und nimmt in Kauf, dass dann die Tochtergesellschaft
vollständig dem Kartellvergaberecht unterworfen wird und von der Mutter nicht
mehr Inhouse beauftragt werden kann. Umsätze der Tochtergesellschaft dürfen je-
doch ausnahmsweise dann Berücksichtigung finden, wenn die Tochtergesellschaft
offensichtlich der Umgehung der kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflich-

³⁸⁹ Ziekow, NZBau 2015, 258 (260).

³⁹⁰ Sacker/Wolf, in: Sacker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Ver-
gaberecht I, GWB, § 108 Rn. 38.

³⁹¹ Sacker/Wolf, in: Sacker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Ver-
gaberecht I, GWB, § 108 Rn. 41.

³⁹² Hoffmann/Schulz/Gottberg, KommJur 2017, 245 (250).

³⁹³ Hoffmann/Schulz/Gottberg, KommJur 2017, 245 (250).

ten dient, weil sie etwa nur mit personeller und sachlicher Ausstattung der Mutter arbeitsfähig ist.³⁹⁴

Zweifelhaft ist schließlich, ob mit dem Begriff der „Betrabung“ zugleich eine Beschränkung der Ausnahmebestimmung dem Gegenstand nach auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck gebracht werden sollte. Dann wären von der Inhouse-Ausnahme nur noch solche Vergaben erfasst, die als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter Art. 106 Abs. 2 AEUV zu fassen sind. Danach wäre das Wesentlichkeitskriterium spezielle Ausprägung der Ausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Diese Auslegung würde die besondere Legitimität des staatlichen Zugriffs auf Dienstleistungen im allgemeinen Interesse unterstreichen. Die Beauftragung eines öffentlichen Unternehmens mit der Herstellung von Büromaterial etwa wäre mangels Qualifikation als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch im Falle des Unterschreitens der 80 %-Schwelle auszuschreiben. Andererseits bliebe es der Öffentlichen Hand möglich, mittels ausschreibungsfreier Selbstvergabe etwa die Abfallentsorgung durch ein kommunales Unternehmen ausführen zu lassen, solange das kommunale Unternehmen die 80 %-Schwelle wahrt. Indes verengte eine solche Auslegung den Anwendungsbereich des § 108 GWB über Gebühr und geriete auch mit dem primärrechtlich anerkannten Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten in Konflikt, der Eigenerledigung nicht allein im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse schützt.³⁹⁵ Eine Beschränkung auf die Gegenstände des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist mit dem Begriff der „Betrabung“ folglich nicht konnotiert.

(3) Nachträgliche Änderungen

Unzweifelhaft müssen die Voraussetzungen des einfach-vertikalen Inhouse-Geschäfts im Zeitpunkt der Auftragsvergabe vorliegen. Entfällt erst während der Laufzeit des Inhouse-Vertrags eines der Kriterien, etwa weil der öffentliche Auftraggeber die erforderliche Kontrolle aufgibt, es zu einer Teilprivatisierung kommt oder der Auftragnehmer in größerem Umfang Fremdgeschäft generiert, spricht das Umgebungsverbot dafür, dass der Inhouse-Vertrag dann nicht mehr fortgesetzt werden darf.³⁹⁶ Erforderlich ist dann die Kündigung und Neuausschreibung des Auftrags.³⁹⁷

³⁹⁴ So bisher *OLG Celle*, Beschl. v. 29.10.2009, Az.: 13 Verg 8/09 = NZBau 2010, 194; *Mager/Weßler*, NZBau 2017, 342 (345); weitergehend jedoch *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 31, die generell Umsätze von Tochtergesellschaften in die Berechnung einbeziehen wollen; anders auch *Müller-Wrede*, VergabeR 2016, 292 (298), der sich dann für eine Einbeziehung ausspricht, wenn die Inhouse-Voraussetzungen bei der Tochtergesellschaft vorliegen; für einen gänzlichen Ausschluss hingegen *Schröder*, NVwZ 2011, 776 (778 f.).

³⁹⁵ Dazu Kapitel 3, S. 213 f.

³⁹⁶ *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 42; s. auch zum Regelungsansatz im Gesetzgebungsverfahren *Fruhmman*, in: Festschrift Marx, S. 164 f.

dd) Sonderkonstellationen: Ausnahmen im Falle von inversen, horizontalen und gemeinsam-vertikalen Inhouse-Geschäften

Mit § 108 GWB wurden neben der klassischen Inhouse-Ausnahme auch weitere in der Rspr. des EuGH anerkannte Ausnahmetatbestände kodifiziert. Insofern wird der Bereich der Ausschreibungsfreiheit auf komplexere, in der Praxis aber durchaus typische Konzernstrukturen ausgedehnt.³⁹⁸ Die Gesetzeslage reagiert damit auch auf spezifisch in deutschen Kommunen gebildete „Verschachtelungen“. ³⁹⁹ Komplexere Konzernstrukturen können nunmehr auf Grundlage der Vorgaben des Gesetzgebers auf ihre vergaberechtliche Relevanz hin beurteilt werden.⁴⁰⁰

(1) Das inverse Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB)

Nach § 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB findet die Ausnahmebestimmung des Abs. 1 auch Anwendung auf Aufträge, die von einer kontrollierten juristischen Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 ist, an den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergeben werden. Das Vergaberechtsverhältnis wird also umgekehrt: Die kontrollierte juristische Person vergibt hierbei den Auftrag an die kontrollierende Einheit. Auch diese Konstellation wird vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen.⁴⁰¹ Insofern wird das Verhältnis zwischen Auftraggeber und kontrollierter juristischer Person in Gänze kartellvergaberechtsfrei gestellt, unabhängig von der Richtung des Auftrags, weil der Auftrag auch in der umgekehrten Richtung nicht „außer Haus“ gelangt.⁴⁰²

Da § 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB auf § 108 Abs. 1 GWB verweist, stellt sich die Frage nach der Qualität des Verweises. Handelte es sich um eine Rechtsfolgenverweisung, wäre nur die Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts als Rechtsfolge adressiert. Im Falle einer Qualifikation als Rechtsgrundverweisung wären hingegen auch die materiell-rechtlichen Kriterien des Abs. 1 von der kontrollierten juristischen Person zu erfüllen. Die überwiegende Auffassung in der Literatur spricht sich für eine modifizierende Rechtsgrundverweisung aus.⁴⁰³ Nach § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB muss die kontrollierte juristische Person daher über den kontrollierenden Auftraggeber selbst eine Kontrolle i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ausüben, was von § 108 Abs. 2 S. 2 GWB ausdrücklich als möglich anerkannt wird. Weiterhin soll die Wesentlichkeitsschwelle des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB auf § 108 Abs. 3 GWB übertragen

³⁹⁷ Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 42.

³⁹⁸ Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 5.

³⁹⁹ Frenz, DVBl. 2017, 740 (744).

⁴⁰⁰ Im Einzelnen Hoffmann/Schulz/Gottberg, KommJur 2017, 245 (247 ff.); s. auch Losch, VergabeR 2016, 541 (549 ff.).

⁴⁰¹ M.w.N. zum Streitstand vor Erlass der Regelung Elbel, VergabeR 2011, 185 (189).

⁴⁰² Säcker/Wolf, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 51.

⁴⁰³ Säcker/Wolf, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 50.

werden können, weil ansonsten Wettbewerbsverzerrungen drohten.⁴⁰⁴ Das Erfordernis nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB braucht hingegen nicht übertragen werden, da § 108 Abs. 3 S. 2 GWB eine eigenständige Regelung für direkte private Kapitalbeteiligungen trifft und insofern nur die Geltung des § 108 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 GWB anordnet.

(2) *Das horizontale Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB)*

Weiterhin greift § 108 Abs. 1 GWB, wenn ein Auftrag von einer kontrollierten juristischen Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB ist, an eine von dem öffentlichen Auftraggeber ebenfalls kontrollierte andere juristische Person vergeben wird, § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB. Die Ausnahme wird auch „Schwestern-Inhouse-Vergabe“ genannt, weil es zu einer Vergabe zwischen vom gleichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen kommt.⁴⁰⁵ Unerheblich ist, ob die „Schwestergesellschaften“ hierarchisch gleichgeordnet sind.⁴⁰⁶ Insofern dehnt § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB den Inhouse-Bereich auf die gesamte Konzernstruktur aus.

Wiederum umstritten ist, ob es sich bei dem Verweis auf § 108 Abs. 1 GWB um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung handelt. Im Falle einer Rechtsfolgenverweisung wäre das Wesentlichkeitskriterium des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht einzuhalten, sodass die Tochtergesellschaften umfassend am Markt tätig sein könnten, ohne bei gegenseitiger Beauftragung an das Kartellvergaberecht gebunden zu sein.⁴⁰⁷ Dagegen spricht jedoch, dass dies zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte, die das Kartellvergaberecht gerade verhindern will; daher ist auch in dieser Konstellation von einer Rechtsgrundverweisung auszugehen.⁴⁰⁸ Zudem ist die Erfüllung der Tätigkeitsschwelle nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB für beide Schwestergesellschaften zu verlangen.⁴⁰⁹ Die a. A.,⁴¹⁰ wonach die Erfüllung nur durch den jeweils konkreten Auftragnehmer zu fordern ist, ist deshalb abzulehnen, weil § 108 Abs. 3 GWB sowohl in Hinblick auf den Auftraggeber als auch aufgrund der

⁴⁰⁴ So *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 50.

⁴⁰⁵ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 53; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 59.

⁴⁰⁶ *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 53.

⁴⁰⁷ So *Fruhmman*, in: Festschrift Marx, S. 156.

⁴⁰⁸ *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 49; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 60; *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (264); *Greb*, VergabeR 2015, 289 (293 f.).

⁴⁰⁹ So *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (264); *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 53.

⁴¹⁰ *Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB, § 108 Rn. 53.

Rechtsgrundverweisung in Hinblick auf den Auftragnehmer ein Kontrollverhältnis voraussetzt.⁴¹¹

(3) *Das gemeinsam-vertikale Inhouse-Geschäft (§ 108 Abs. 4, 5 GWB)*

§ 108 Abs. 4 und 5 GWB regeln schließlich das gemeinsam-vertikale Inhouse-Geschäft. Hierbei wird das Kontrollkriterium insofern variiert, als die Kontrolle nicht von einem Auftraggeber allein, sondern im Verbund mit anderen Auftraggebern ausgeübt wird.⁴¹² Auch wenn die Ausnahme damit Grundlage für den gemeinsamen Betrieb von Unternehmen im Rahmen interkommunaler Kooperationen ist,⁴¹³ ist sie der vertikalen Zusammenarbeit zuzurechnen, weil das vergaberechtlich relevante Verhältnis zwischen dem untergeordneten Unternehmen und den kontrollierenden Auftraggebern besteht, während die interkommunale Kooperation nach § 108 Abs. 6 GWB auf das Vertragsverhältnis zwischen den gleichgeordneten Auftraggebern abstellt.⁴¹⁴

Die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern beschränkt sich bei gemeinsam-vertikalen Inhouse-Geschäften auf eine institutionelle Zusammenarbeit. Indes eröffnet § 108 Abs. 6 GWB auch die Möglichkeit einer institutionellen Zusammenarbeit der Auftraggeber innerhalb eines Zweckverbands oder eines kommunalen Gemeinschaftsunternehmens.⁴¹⁵ Insofern kommt es zu einer Überschneidung der Ausnahmetatbestände.⁴¹⁶ Angedacht werden könnte deshalb, dass ein Zusammenspiel vertikaler und horizontaler Zusammenarbeit entsteht, wonach es zunächst zum Abschluss eines § 108 Abs. 6 GWB unterfallenden Kooperationsvertrags zwischen den Auftraggebern kommt, die sodann eine juristische Personen gründen und diese nach § 108 Abs. 4, 5 GWB beauftragen.⁴¹⁷ Indes sprechen die besseren Gründe für ein Nebeneinander der Ausnahmetatbestände. So wurden diese vom EuGH ohne eine spezifische Bezüglichkeit zueinander entwickelt. Mit § 108 Abs. 6 GWB sind bereits die Voraussetzungen definiert, unter denen eine kooperative Zweckverfolgung außerhalb des Kartellvergaberechts steht. Davon erfasst sollten daher auch die Betrauung der zur Zweckerreichung gegründeten juristischen Personen sein. § 108 Abs. 6 GWB deckt insofern abschließend Fälle institutioneller Kooperation ab, soweit dessen Voraussetzungen erfüllt sind.⁴¹⁸ Nur, falls eine der

⁴¹¹ *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 49.

⁴¹² Umsetzung von Art. 12 Abs. 3 VRL.

⁴¹³ *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 25.

⁴¹⁴ *Säcker/Wolf*, in: *Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 65.

⁴¹⁵ *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 33; dies bezweifelnd jedoch *Fritz*, NZBau 2017, 537 (539); *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 62.

⁴¹⁶ *Säcker/Wolf*, in: *Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 67.

⁴¹⁷ In diese Richtung *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 62.

⁴¹⁸ So auch *Brockhoff*, VergabeR 2014, 625 (633); *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 40.

besonderen Kooperationsbedingungen des § 108 Abs. 6 GWB nicht erfüllt ist, kommt § 108 Abs. 4, 5 GWB zum Tragen.

§ 108 Abs. 4, 5 GWB kodifizieren vom EuGH in den Urteilen Coditel Brabant⁴¹⁹ und Econord⁴²⁰ aufgestellte Grundsätze.⁴²¹ Erforderlich ist nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB, dass der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen.

Abs. 5 spezifiziert das Erfordernis gemeinsamer Kontrolle dahingehend, dass

1. sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten.
2. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und
3. die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

Eine reine Kapitalbeteiligung ist daher nicht ausreichend.⁴²² Ein gemeinsamer ausschlaggebender Einfluss ist jedoch auch für Minderheitsgesellschafter im Falle einer entsprechenden Ausgestaltung der gesellschaftsvertraglichen Einflussrechte möglich, was insbesondere für kommunale Zweckverbände eine hervorgehobene Bedeutung spielt.⁴²³

In Hinblick auf das Wesentlichkeitskriterium findet sich in § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB insofern eine Modifikation gegenüber dem einfach-vertikalen Inhouse-Geschäft, als dass bei der Berechnung alle Tätigkeiten kumulativ einbezogen werden müssen, mit denen der Auftragnehmer betraut wurde.⁴²⁴

b) Ausschreibungsfreiheit der horizontalen Zusammenarbeit (Instate-Ausnahme), § 108 Abs. 6 GWB

Während sich für den Bereich vertikaler Zusammenarbeit früh eine Ausnahmedogmatik herausbildete, war der Ausnahmebereich im Falle horizontaler Zusam-

⁴¹⁹ EuGH, Urt. v. 13. 11. 2008, Az.: C-324/07 Rn. 43 ff. („Coditel Brabant“) = ECLI:EU:C:2008:317 = EuZW 2009, 55.

⁴²⁰ EuGH, Urt. v. 29. 11. 2012, Az.: C-182/11 Rn. 28 ff. („Econord“) = ECLI:EU:C:2012:758 = EuZW 2013, 110.

⁴²¹ Gurlit, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 25.

⁴²² Gurlit, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 26; Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 54.

⁴²³ Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 55.

⁴²⁴ Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 58.

menarbeit bis zuletzt umstritten.⁴²⁵ Im Falle horizontaler Zusammenarbeit bestehen keine Beherrschungsverhältnisse; es arbeiten vielmehr zwei oder mehrere Verwaltungsträger bei der Aufgabenerfüllung gleichgeordnet zusammen.⁴²⁶ Für diese Fälle sieht § 108 Abs. 6 GWB nunmehr einen Ausnahmetatbestand vor.

Hauptsächliche Bedeutung kommt der Bestimmung im Bereich der interkommunalen Kooperation zu. Als Formen interkommunaler Kooperation werden insbesondere Kooperationen im Rahmen privatrechtlicher Einheiten sowie die „Beauftragung“ kommunaler Zweckverbände und der Abschluss kommunaler Zweckvereinbarungen anerkannt.⁴²⁷ Über die kommunale Ebene hinaus können aber auch Kooperationen zwischen weiteren Verwaltungsträgern erfasst werden.⁴²⁸

Die Kodifikation der Instate-Ausnahme in § 108 Abs. 6 GWB bildet vorerst den Abschluss einer längeren Rechtsentwicklung. Mit dem Spanien-Urteil des EuGH wurde der Bereich der Kooperation zwischen Verwaltungsträgern zunächst in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts einbezogen. Ein Ausschluss der „Beziehungen, gleich welcher Art, zwischen den öffentlichen Verwaltungen, ihren öffentlichen Einrichtungen und ganz allgemein den Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die nicht gewerblicher Art sind“ vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts sei richtlinienwidrig.⁴²⁹

In der Folge kam es in der Literatur zu einer Kontroverse um die Reichweite der vergaberechtlichen Bindungswirkungen für den Bereich der horizontalen Kooperation.⁴³⁰ Zwar wurde in der Literatur einhellig anerkannt, dass auch zwischen Verwaltungsträgern Beschaffungsvorgänge in Betracht kämen.⁴³¹ Umstritten blieb jedoch, inwieweit horizontale Kooperationen als eine solche Beschaffung qualifiziert werden könnten. So wurde der auf gesetzlicher Grundlage erfolgenden Neuordnung der Verwaltungskompetenzen teilweise der Beschaffungsbezug gänzlich

⁴²⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 34; s. zum Hintergrund der Auseinandersetzung um die kartellvergaberechtliche Strukturierung kommunaler Zusammenarbeit bereits die Ausführungen zur Rs. Remondis in diesem Kapitel, S. 267 ff.

⁴²⁶ *Siegel*, NZBau 2018, 507; *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (263); s. zur Abgrenzung zu § 108 Abs. 4 GWB auch schon in diesem Kapitel, S. 298.

⁴²⁷ *Siegel*, NZBau 2018, 507 (508); *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 33 f.; *Lange*, Kommunalrecht, Teil 7 Rn. 25 ff.

⁴²⁸ *Siegel*, NZBau 2018, 507; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 6 verweist beispielhaft auf Vereinbarungen zwischen Universitäten und Kommunen bzw. Landeseinrichtungen und bundeslandüberschreitende Vereinbarungen zwischen Datenzentralen; s. auch *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 34, die zudem auf die Möglichkeit von Verwaltungsabkommen zwischen dem Bund, den Ländern und den Kommunen und Vereinbarungen zwischen rechtlich selbstständigen Unternehmen der Öffentlichen Hand hinweist.

⁴²⁹ *EuGH*, Urt. v. 13. 1. 2005, C-84/03 Rn. 40 = ECLI:EU:C:2005:14 = NZBau 2005, 233.

⁴³⁰ Ablehnend etwa *Burgi*, NZBau 2005, 208.

⁴³¹ *Burgi*, NZBau 2005, 208 (211); *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), 119 (131 f.).

abgesprochen, weil es sich um eine rein verwaltungsorganisatorische Maßnahme handele.⁴³²

Nach a. A. sollte in Übertragung der Grundsätze der Inhouse-Ausnahme danach gefragt werden, ob bei der Kooperation Leistungen wie von Privaten am Markt angeboten würden. Nur im Falle eines Verwaltungsmonopols sei der Wettbewerb schlichtweg ausgeschlossen, sodass ein marktliches Auftreten von vornherein ausscheide.⁴³³

2009 konkretisierte der EuGH dann seine Rspr. in der Rs. *Hamburger Stadtreinigung* zugunsten eines weiteren ungeschriebenen Ausnahmetatbestands. Unter der Voraussetzung einer gemeinsamen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben sollte das Kartellvergaberecht im Bereich horizontaler Kooperation unanwendbar sein.⁴³⁴ In der Rspr. des EuGH findet der Gedanke Ausdruck, dass es den Mitgliedstaaten überantwortet bleiben muss, ob sie ihre Verwaltungsstrukturen dezentral durch eigenständige juristische Personen (etwa mittels rechtsfähiger Kommunen) oder mittels einer in eine zentrale Trägerebene eingegliederten Behördenstruktur organisieren.⁴³⁵ Fraglich war in der Folge jedoch, wann tatbestandlich von der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe auszugehen war.⁴³⁶

Nunmehr findet sich in § 108 Abs. 6 GWB ein Art. 12 Abs. 4 VRL/Art. 17 Abs. 4 KVR nahezu wortgleich übernehmender Ausnahmetatbestand für Fälle horizontaler Zusammenarbeit.⁴³⁷

aa) „Vertrag“ zwischen öffentlichen Auftraggebern
i. S. d. § 99 Nr. 1–3 GWB

§ 108 Abs. 6 GWB erfordert zunächst einen Vertragsschluss.⁴³⁸ Anders als § 108 Abs. 1 GWB scheint die Bereichsausnahme also nicht das Vorliegen eines Auftrags/ einer Konzession zu verlangen.⁴³⁹ Diese Annahme überzeugt indes nicht, weil der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB schon gar nicht eröffnet wäre, wenn nicht alle Merkmale des Auftrags- bzw. Konzessionsbegriffs im Falle horizontaler Ko-

⁴³² *Burgi*, NZBau 2005, 208 (211).

⁴³³ *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), 119 (129).

⁴³⁴ *EuGH*, Urt. v. 9. 6. 2009, Az.: C-357/09 = ECLI:EU:C:2009:741 = VergabeR 2009, 738 Rn. 37 ff.

⁴³⁵ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 36; *Säcker/Wolf*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 66.

⁴³⁶ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (16).

⁴³⁷ S. zudem die Erwägungsgründe 33 VRL und 47 KVR.

⁴³⁸ Ebenso von Vertrag sprechend Art. 12 Abs. 4 VRL; das Merkmal stimmt mit dem Vertragsbegriff des § 103 Abs. 1 GWB überein, *Durner*, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 32.

⁴³⁹ So *Fritz*, NZBau 2017, 537 (539).

operation vorlägen.⁴⁴⁰ Für Art. 12 Abs. 4 VRL hat der EuGH dies nunmehr auch ausdrücklich festgestellt,⁴⁴¹ sodass auch das nationale Recht unionsrechtskonform auszulegen ist. Auch die horizontale Kooperation muss danach zunächst einen Beschaffungsbezug und das dem Vergaberecht typische Synallagma aufweisen.⁴⁴² Fehlt dieses, liegt entsprechend der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Remondis regelmäßig eine reine Zuständigkeitsverlagerung vor, die bereits nicht vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts erfasst wird.⁴⁴³

Handelt es sich hingegen um einen Auftrag/eine Konzession, kann die horizontale Kooperation unter den Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB vom kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich ausgenommen sein.

bb) Private Kapitalbeteiligung

Aufgrund der Stellung der Vertragsparteien als Auftraggeber wird eine private Kapitalbeteiligung als unschädlich angesehen.⁴⁴⁴ Der Gefahr einer Besserstellung privater Unternehmen ist nicht durch ein Verbot privater Kapitalbeteiligung zu begegnen.⁴⁴⁵ Vielmehr fehlt im Falle einer ungerechtfertigten Besserstellung Privater durch die Beteiligung das öffentliche Interesse an der Zusammenarbeit i. S. d. § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB, sodass eine Ausschreibungsfreiheit an diesem Merkmal scheitert.

cc) § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB: Kooperative Zweckverfolgung

Mittels des Auftrags/der Konzession muss eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt werden. Gegenstand der Zusammenarbeit sind von den Auftraggebern zu erfüllende „öffentliche Dienstleistungen“. Darunter werden im weitesten Sinne gesetzliche wie freiwillige

⁴⁴⁰ Durner, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 32; Säckel/Wolf, in: Säckel, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 68.

⁴⁴¹ Mit einer umfassenden Auslegung der Richtlinie zu dieser Frage *EuGH*, Urt. v. 28.5.2020, Az.: C-796/18 Rn. 29 ff. („Informatikgesellschaft“) = ECLI:EU:C:2020:395.

⁴⁴² Siegel, NZBau 2018, 507 (508); Horn, VergabeR 2017, 229 (231); *EuGH*, Urt. v. 28.5.2020, Az.: C-796/18 Rn. 40 („Informatikgesellschaft“) = ECLI:EU:C:2020:395.

⁴⁴³ S. dazu bereits in diesem Kapitel, S. 267 ff.

⁴⁴⁴ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 82; s. auch Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 82; Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 71; a. A. indes Säckel/Wolf, in: Säckel, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 68, die auch einer indirekten Beteiligung in Form einer Kapitalbeteiligung oder durch die Inanspruchnahme von privaten Leistungen im Rahmen der Durchführung der Kooperation kritisch gegenüberstehen, s. Rn. 77 f.; kritisch auch Horn, VergabeR 2017, 229 (231).

⁴⁴⁵ In diese Richtung aber Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 82; Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 71.

Aufgaben sowie „alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistung“ gefasst.⁴⁴⁶ Die ursprünglich in der Rechtsprechung des EuGH angenommene Begrenzung der Instate-Ausnahme auf öffentliche bzw. Gemeinwohlaufgaben⁴⁴⁷ und die daran anknüpfende Differenzierung zwischen hoheitlichen und erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeiten wird deshalb teilweise als hinfällig angesehen.⁴⁴⁸ Erforderlich ist jedoch auch nach der Rechtsprechung des EuGH zum reformierten Kartellvergaberecht weiterhin, dass die Tätigkeit akzessorisch zu einer öffentlichen Dienstleistung ist; dafür muss sie zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beitragen, die Gegenstand der Zusammenarbeit ist.⁴⁴⁹ Rein fiskalisch-wirtschaftliche Tätigkeiten können daher nicht der Instate-Ausnahme unterfallen. Eine Rückbindung an das Gemeinwohl erfolgt zudem durch die Rückbindung der Aufgabendurchführung an das öffentliche Interesse (§ 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB).⁴⁵⁰

Bzgl. dieser öffentlichen Dienstleistungen müssen die Vertragspartner eine Zusammenarbeit begründen. Die Zusammenarbeit erfolgt in Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele. Zusammenarbeit erfordert daher das Zugrundeliegen eines „kooperativen Konzepts“. Nach Erwägungsgrund 33 Abs. 3 VRL müssen die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen dafür nicht notwendigerweise identisch sein, sondern können sich auch ergänzen. Mithin genügt eine arbeitsteilige Aufgabenwahrnehmung.⁴⁵¹

Fraglich ist in diesem Kontext, ob auch der reine Austausch von Leistung gegen Entgelt als Zusammenarbeit qualifizierbar ist oder ob hierdurch die gemeinschaftliche Grundlage verlassen wird.⁴⁵² Insofern geraten klassische kommunale Zweckvereinbarungen, durch die eine der beteiligten Körperschaften eine allen beteiligten Körperschaften obliegende Aufgabe einseitig übernimmt, während die anderen Beteiligten dafür bloß ein Entgelt oder eine Kostenerstattung gewähren, in den Verdacht, nicht der Instate-Ausnahme unterfallen zu können. Der EuGH urteilte, dass sich nur dann von Zusammenarbeit sprechen lasse, solange der Zusammenarbeit

⁴⁴⁶ Erwägungsgrund 33 VRL.

⁴⁴⁷ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 37; *Jensen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 142 f. macht hierin einen, heute überholten, Konnex der Ausnahme zu Art. 106 Abs. 2 AEUV aus. Zur primärrechtlichen „Grundierung“ Kapitel 3, S. 178 ff.

⁴⁴⁸ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 37; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 40; *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 66.

⁴⁴⁹ *EuGH*, Ur. v. 28. 5. 2020, Az.: C-796/18 Rn. 59 f. („Informatikgesellschaft“) = ECLI:EU:C:2020:395.

⁴⁵⁰ Hier verortet diese Frage *Siegel*, NZBau 2018, 307 (309); s. auch *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, § 6 Rn. 67.

⁴⁵¹ Vgl. *EuGH*, Ur. v. 28. 5. 2020, Az.: C-796/18 Rn. 57 = ECLI:EU:C:2020:395.

⁴⁵² Für eine Anwendbarkeit des § 108 Abs. 6 GWB *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 41; *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 39; *Kulartz/Boecker*, NZBau 2020, 16 (19); dagegen aber *Durner*, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 32.

eine Kooperationsvereinbarung zugrunde liege.⁴⁵³ Erforderlich dafür ist, dass der Kooperation ein Prozess einer gemeinsamen Ausarbeitung einer Strategie zugrunde liegt, wie ein bestimmter Bedarf gedeckt werden kann.⁴⁵⁴ Eine bloße Kostenerstattung ist daher nicht ausreichend. Kommunale Zweckvereinbarungen müssen folglich künftig weitergehende Elemente der Kooperation aufweisen, um das Privileg des § 108 Abs. 6 GWB in Anspruch nehmen zu können.⁴⁵⁵

Fraglich ist weiterhin, ob es sich bei den öffentlichen Dienstleistungen um allen Beteiligten obliegende Aufgaben handeln muss oder ob es reicht, dass die Aufgabe nur einem der Beteiligten obliegt. Der Wortlaut des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB spricht für eine Auslegung, wonach die Kooperation eine von allen Vertragsparteien zu erbringende Dienstleistung umfassen muss („ihnen“).⁴⁵⁶ Eine allen Vertragsparteien obliegende Aufgabe fehlt bspw., wenn eine kreisangehörige Stadt dazu verpflichtet wird, ihren Kreis bei der Erfüllung der Aufgaben des Kreises zu unterstützen.⁴⁵⁷

Fraglich ist schließlich, ob einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit eine bereits bestehende gemeinsame Aufgabe zugrunde liegen muss oder ob die Begründung der gemeinsamen Aufgabe in dem Vertrag ausreicht. Teilweise konnte die vor Erlass des § 108 Abs. 6 GWB ergangene Rspr. des EuGH dahingehend verstanden werden, dass der Kooperation bereits eine gemeinsame Aufgabe zugrunde liegen müsse.⁴⁵⁸ Die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung wäre danach nicht von § 108 Abs. 6 GWB erfasst, da es sich hierbei um eine jeder Kommune individuell obliegende Aufgabe handelt. Ausreichend ist es indes, dass die gemeinsame Aufgabenerfüllung erst im Vertrag begründet wird.⁴⁵⁹ Der Wortlaut des § 108 Abs. 6 GWB lässt nicht nur die gemeinsame Erfüllung einer bereits bestehenden Zusammenarbeit zu, sondern auch die neuerliche Begründung einer Zusammenarbeit.⁴⁶⁰

⁴⁵³ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4.6.2020, Az.: C-429/19 Rn. 29 ff. = ECLI:EU:C:2020:436 = NZBau 2020, 457.

⁴⁵⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4.6.2020, Az.: C-429/19 Rn. 32 ff. = ECLI:EU:C:2020:436 = NZBau 2020, 457; so auch *Pünder/Klafki*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 108 Rn. 66.

⁴⁵⁵ Wie diese Elemente genau auszugestalten sind, ist jedoch bisher offen, vgl. *Gerlach*, NVwZ 2020, 1574 (1576 f.); von hohen Anforderungen gehen wohl aus *Dreher/Burkhart*, NZBau 2020, 409 (410).

⁴⁵⁶ So auch *Gurlit*, in: *Burgi/Dreher*, Band 1: GWB, § 108 Rn. 38; *Horn*, VergabeR 2017, 229 (232); *Siegel*, NZBau 2018, 507 (509); aus der Rspr. *OLG Koblenz*, Beschluss v. 14.3.2018, Az.: Verg 4/17 = VergabeR 2018, 301 (304 f.); *VK Berlin*, Beschl. v. 9.3.2020, Az.: VK-B1 – 43/19.

⁴⁵⁷ *OLG Koblenz*, Beschluss v. 14.3.2018, Az.: Verg 4/17 = VergabeR 2018, 301 (305).

⁴⁵⁸ *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 41.

⁴⁵⁹ *Durner*, in: *Durner/Hüttemann*, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 32.

⁴⁶⁰ *Siegel*, NZBau 2018, 507 (509).

dd) § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB: Öffentliches Interesse

Weiterhin muss die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein.⁴⁶¹ Indem die Durchführung der Zusammenarbeit auf das öffentliche Interesse verpflichtet wird, sollen Beeinträchtigungen des Ziels eines unverfälschten Wettbewerbs verhindert werden.⁴⁶² Nicht mit dem öffentlichen Interesse vereinbar soll es deshalb sein, wenn mit der Zusammenarbeit Gewinnerzielung betrieben wird; es darf also bloß Kostenersatz geleistet werden.⁴⁶³

Zudem dürfen durch den Instate-Auftrag einzelne private Unternehmen nicht besser gestellt werden, als ihre Wettbewerber, weil dies mit dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs nicht vereinbar wäre.⁴⁶⁴ Obwohl diese Voraussetzung in der Rechtsprechung des EuGH vor der Kodifikation anerkannt war, hat sie keinen unmittelbaren Niederschlag im Art. 12 Abs. 4 VRL gefunden. Der EuGH hält dennoch weiter daran fest, weil dieses Erfordernis jedenfalls Niederschlag in Erwägungsgrund 33 Abs. 2 VRL gefunden hat und auch Art. 18 Abs. 1 VRL auf eine Gleichbehandlung dränge.⁴⁶⁵ Insofern sind auch private Kapitalbeteiligungen an den beteiligten Auftraggebern daraufhin zu untersuchen, ob der Vertrag diese gegenüber Wettbewerbern ungerechtfertigt privilegiert.⁴⁶⁶

ee) § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB: 20%-Schwelle

Nach § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB darf die Zusammenarbeit der öffentlichen Auftraggeber nur weniger als 20 % Marktanteil umfassen. Die Regelung geht nicht auf die Rspr. des EuGH zurück, der einer Erbringung von Leistungen in Konkurrenz zu Privaten im Rahmen der Instate-Ausnahme generell ablehnend gegenüberstand.⁴⁶⁷

Zudem ist ihr Bezugsgegenstand gegenüber § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB verändert, weil einerseits nur die Tätigkeiten erfasst werden, die durch die Zusammenarbeit

⁴⁶¹ Kritisch zur Formulierung *Siegel*, NZBau 2018, 507 (509); monographisch zum schillernden Begriff des öffentlichen Interesses *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse – passim.

⁴⁶² *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 40; *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 67.

⁴⁶³ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 40; zu den Unsicherheiten der Zuordnung fiskalischer Interessen zum öffentlichen Interesse *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 124 ff.

⁴⁶⁴ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 40; für eine Zuordnung zur Nr. 2 auch *Siegel*, NZBau 2018, 507 (510).

⁴⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 28.5.2020, Az.: C-796/18 Rn. 63 ff. = ECLI:EU:C:2020:395.

⁴⁶⁶ Vgl. *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 82; *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 71.

⁴⁶⁷ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 41; *Siegel*, NZBau 2018, 507 (509); *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 70; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 108 Rn. 79.

erfasst sind⁴⁶⁸ und andererseits eine Marktbetrachtung erforderlich ist.⁴⁶⁹ Wie bei der vertikalen Zusammenarbeit erfolgt die Berechnung nach § 108 Abs. 7 GWB.

c) Zwischenergebnis

Mit § 108 GWB hat der Gesetzgeber ein als Bereichsausnahme gestaltetes System geschaffen, um zwar dem Auftrags- bzw. Konzessionsbegriff an sich unterfallende, aber dennoch dem Bereich der verwaltungsinternen Erledigung zuzuordnende Vergaben vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts auszuklammern. Der öffentliche Aufgabenzugriff wird nur bei Überschreiten dieser Grenze durch das Kartellvergaberecht wettbewerblich strukturiert.

Während § 108 Abs. 1–5 GWB eine differenzierte Beurteilung öffentlicher Konzernstrukturen zwischen ausschreibungsfreier Eigenerledigung und ausschreibungspflichtiger Wettbewerbsteilnahme erlaubt, spezifiziert § 108 Abs. 6 GWB erstmals positiv-rechtlich den kartellvergaberechtlich privilegierten Bereich von öffentlichen Kooperationen auf Gleichordnungsebene. Mit den Ausnahmetatbeständen des § 108 GWB gelingt es so, eine Linie zwischen dem verwaltungsinternen Bereich, der einer marktlichen Strukturierung nach dem Willen des Gesetzgebers verschlossen bleiben soll und dem Bereich marktlich relevanten Verhaltens zu ziehen.

2. § 149 Nr. 9 GWB: Konzessionen im Bereich Wasser

Eine Bereichsausnahme speziell für einen der Daseinsvorsorge zuzuordnenden Bereich hat der Gesetzgeber in § 149 Nr. 9 GWB geschaffen. Danach werden Konzessionen im Bereich Wasser teilweise vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen. Während im ursprünglichen Richtlinienentwurf Wasserkonzessionen noch erfasst waren, wurde aufgrund des politischen Drucks der Bürgerinitiative „right2water“ und des Widerstands von kommunaler Seite eine Bereichsausnahme in Art. 12 KVR eingefügt, die Umsetzung in § 149 Nr. 9 GWB gefunden hat.⁴⁷⁰

Die Bereichsausnahme gilt umfassend für Konzessionen im Bereich der Wasserversorgung (§ 149 Nr. 9 lit. a GWB). Die hier ebenfalls interessierende Abwasserbeseitigung ist hingegen nur von der Bereichsausnahme umfasst, wenn sie „im Zusammenhang“ mit der Wasserversorgung steht (§ 149 Nr. 9 lit. b, lit. bb GWB). Über die genaue Reichweite der Bereichsausnahme für den Bereich der Abwas-

⁴⁶⁸ Gurlit, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 108 Rn. 41.

⁴⁶⁹ Horn, VergabeR 2017, 229 (233).

⁴⁷⁰ Heller, EWeRK 2016, 210 (211); Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 77; Heller, EWeRK 2016, 210 (211); zum politischen Hintergrund auch Germelmann, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 149 Rn. 79 ff.; zur Bürgerinitiative Sule, EuZW 2014, 725; s. auch Jacob/Schmidt, RdE 2016, 114 (117 f.).

serbeseitigung herrscht bisher keine Klarheit. Ein Teil der Literatur spricht sich für einen weiten Anwendungsbereich aus, wonach sowohl der Netzbetrieb, die Trinkwasserver- als auch Abwasserentsorgung gänzlich vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen sein sollen.⁴⁷¹ Nach a. A. erfordert § 149 Nr. 9 lit. b GWB hingegen eine restriktive Auslegung.⁴⁷² Richtigerweise sollte entsprechend des Wortlauts der Norm in Hinblick auf die Abwasserbeseitigung jeder objektiv feststellbare Zusammenhang zur Wasserversorgung reichen, um die Bereichsausnahme auch für die Abwasserbeseitigung zu eröffnen. Die 20 %-Schwelle aus § 149 Nr. 9 lit. a, lit. aa GWB ist nicht übertragbar.⁴⁷³ Auch ein Schwerpunkt auf der Abwasserbeseitigung ist unschädlich.⁴⁷⁴

3. § 149 Nr. 12 GWB: Konzessionen im Bereich des ÖPNV

Nach § 149 Nr. 12 GWB sind weiterhin Konzessionen, die die Beförderung von Personen im Sinne des PBefG betreffen, vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen. Dieses Ergebnis ergibt sich zudem bereits aus der vorrangigen Anwendbarkeit der VO (EG) 1370/2007, die die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen abschließend regelt.⁴⁷⁵

SPNV-Leistungen werden hingegen nicht von § 1 PBefG erfasst und unterfallen insoweit nicht der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 12 GWB. Die Vergabe von Konzessionen im SPNV wird nach § 154 Nr. 3 GWB in einem Zusammenspiel aus GWB und VO (EG) 1370/2007 geregelt.⁴⁷⁶

4. § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB/§ 149 Nr. 6 GWB

Nach § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB greift das Kartellvergaberecht weiterhin nicht, wenn Auftragsgegenstand eine Dienstleistung ist, die an einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nummer 1 bis 3 GWB vergeben wird, wenn dieser Auftraggeber ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistungen zu erbringen. Die Vorschrift entspricht § 100a Abs. 3 GWB a. F. und setzt Art. 11 VRL um. § 149 Nr. 6 GWB ordnet für Dienstleistungskonzessionsvergaben entsprechend eine Ausnahme an, wenn Konzessionsgegenstand eine Dienstleistungskonzession ist, die an einen Konzessionsgeber nach § 101 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB aufgrund eines auf Gesetz oder Verordnung beruhenden ausschließlichen Rechts vergeben wird.

⁴⁷¹ Heller, EWeRK 2016, 210 (211); s. auch Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 79.

⁴⁷² Germelmann, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 149 Rn. 87.

⁴⁷³ So auch Germelmann, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 149 Rn. 92 f.

⁴⁷⁴ Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 79.

⁴⁷⁵ S. dazu Kapitel 6, S. 341 ff.

⁴⁷⁶ S. zu diesem Verhältnis noch näher in diesem Kapitel, S. 327 f.

Die Ausnahme ist auf Auftragnehmer limitiert, die zugleich öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1–3 GWB sind. § 149 Nr. 6 GWB erfasst darüber hinaus auch öffentliche Sektorenauftraggeber i. S. d. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Zudem sollen von der Ausnahme auch Zusammenschlüsse öffentlicher Auftraggeber erfasst werden.⁴⁷⁷ Es handelt sich mithin wie § 108 GWB um einen speziell für Vergaben an die Öffentliche Hand geschaffenen Ausnahmetatbestand.⁴⁷⁸ Anders als im Falle des § 108 GWB kommt es für die Ausnahmebestimmung des § 116 Abs. 1 Nr. 6/§ 149 Nr. 6 GWB jedoch darauf an, dass die Dienstleistung an einen mit einem ausschließlichen Recht zur Leistungserbringung versehenen öffentlichen Auftraggeber vergeben wird.

Der Telos der Norm wird deshalb teilweise in der Verhinderung von Doppelausschreibungen gesehen, die sich aufgrund der Qualifikation sowohl als Auftraggeber als auch Auftragnehmer ergeben können.⁴⁷⁹ Indes müssen nicht alle Aufträge an öffentliche Auftraggeber zu Doppelausschreibungen führen.⁴⁸⁰ Die Norm schließt das Kartellvergaberecht im Falle eines ausschließlichen, auf Gesetz oder Verordnung beruhenden Rechts vielmehr deshalb aus, weil aufgrund des Monopols nur die Beauftragung des einen Auftragnehmers in Betracht kommt.⁴⁸¹

Zugleich kommt in der Ausnahmebestimmung wie bei § 108 GWB der Schutz eines wettbewerbsfreien Bereichs staatlicher Eigenleistungen zum Ausdruck.⁴⁸² Dem Staat soll es unbenommen bleiben, Aufträge und Konzessionen im Rahmen rechtmäßiger Weise in öffentlicher Hand monopolisierter Leistungen ausschreibungsfrei zu vergeben. Insofern hätte die Norm auch in § 108 GWB kodifiziert werden können. Es ist jedoch zu beachten, dass für § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB gänzlich eigenständige, von den Ausnahmetatbeständen des § 108 GWB abweichende Tatbestandsvoraussetzungen normiert sind. Denn aufgrund der Monopolisierung kommt es weder auf das Wesentlichkeitskriterium, noch auf das Kontrollkriterium an.

⁴⁷⁷ BT-Drs. 18/6281, S. 95, 128; so ausdrücklich auch Art. 11 VRL und Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 KVR.

⁴⁷⁸ Vgl. *Germelmann*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 149 Rn. 51; eng mit der Ausnahmenvorschrift des § 149 Nr. 6 GWB verknüpft ist dessen Nr. 7, der den Rechtsgedanken der Regelung auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erstreckt, die an ein Unternehmen aufgrund eines ausschließlichen Rechts zur Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben wurden (BT-Drs. 18/6281, S. 128). Die Ausnahme erweitert den Anwendungsbereich gegenüber § 149 Nr. 6 GWB über den öffentlichen Bereich hinaus auf private Sektorenauftraggeber i. S. d. § 100 Abs. 1 Nr. 2a GWB (vgl. *Germelmann*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 149 Rn. 67) und ist deshalb vorliegend nicht Gegenstand näherer Erörterung.

⁴⁷⁹ Vgl. *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 116 Rn. 39.

⁴⁸⁰ Dies einräumend *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 116 Rn. 40.

⁴⁸¹ *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 65; *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 116 Rn. 26.

⁴⁸² *Marx*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 116 Rn. 20.

a) Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags/einer Dienstleistungskonzession

Die Ausnahme ist auf Dienstleistungsaufträge und -konzessionen beschränkt und setzt deren tatbestandliches Vorliegen voraus.⁴⁸³

b) Auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Leistungserbringung

Dem vorgelagert muss dem Auftraggeber ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Leistungserbringung gewährt worden sein.

§ 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB geht dem Wortlaut nach davon aus, dass der Auftraggeber das Recht bereits hat; § 149 Nr. 6 GWB spricht insofern von „aufgrund“. Nach wohl h. M. muss das ausschließliche Recht deshalb mittels separatem Rechtsakt und darf zudem nicht gleichzeitig mit dem Auftrag/der Konzession erteilt werden.⁴⁸⁴ Nach a. A. soll es jedoch möglich sein, mittels separatem Rechtsakt zeitgleich mit der Auftrags-/Konzessionsvergabe auch das ausschließliche Recht zu gewähren.⁴⁸⁵ Dies überzeugt, weil nicht erkennbar ist, inwieweit hierin ein unzulässiger Umgehungstatbestand liegen sollte.

Das ausschließliche Recht muss tatsächlich bestehen.⁴⁸⁶ Auch muss die Gewährung des ausschließlichen Rechts rechtmäßig erfolgt sein, was zwar nicht ausdrücklich im deutschen Wortlaut der Vorschrift, aber in Art. 11 VRL zum Ausdruck gebracht wird.⁴⁸⁷ Es handelt sich insofern um keine Ermächtigungsgrundlage für eine Monopolisierung.⁴⁸⁸

Für die Qualifikation des ausschließlichen Rechts kann auf Art. 106 Abs. 1 AEUV recurriert werden. Ein Recht wird danach nur dann gewährt, wenn nicht bereits ein Rechtsanspruch auf das Recht besteht.⁴⁸⁹ Durch die Rechtgewährung muss zum begünstigten Unternehmen eine besondere Rechtsbeziehung entstehen, die durch Einflussmöglichkeiten geprägt ist.⁴⁹⁰ Durch die Gewährung des Rechts muss der Wettbewerb auf dem relevanten Markt ausgeschlossen werden, etwa mittels

⁴⁸³ *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 68.

⁴⁸⁴ *Marx*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 116 Rn. 22; *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 72; *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 73.

⁴⁸⁵ *Durner*, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 40; *Germelmann*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 149 Rn. 49 spricht von „Beinahe-Gleichzeitigkeit“; s. auch *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 116 Rn. 45 f.

⁴⁸⁶ *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 116 Rn. 26.

⁴⁸⁷ *Marx*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 116 Rn. 22; *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 73 nennt konkret die Art. 101 ff., insbesondere Art. 106 AEUV.

⁴⁸⁸ *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Band 1, Band 1: GWB, § 116 Rn. 72.

⁴⁸⁹ *Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 21.

⁴⁹⁰ *Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 27.

eines Dienstleistungsmonopols.⁴⁹¹ Im Falle des § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB wird ein relatives Monopol für ausreichend erachtet; danach kommt es nicht auf eine Monopolstellung gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber dem Auftraggeber an, weil es ausreicht, dass auf dem konkreten Bietermarkt kein Wettbewerb besteht.⁴⁹² Dem steht nicht entgegen, dass das ausschließliche Recht selbst im Wege eines Vergabeverfahrens gewährt wurde.⁴⁹³

Die Gewährung des ausschließlichen Rechts muss durch Gesetz oder Verordnung erfolgen. Gegenüber Art. 11 VRL wurde die Ausnahme verschärft. Während Art. 11 VRL auch Verwaltungsvorschriften als Betrauungsakt zulässt,⁴⁹⁴ schränkt § 116 Nr. 6 GWB die zulässigen Handlungsformen auf Verordnungen und Gesetze ein. Die Erteilung des ausschließlichen Rechts mittels Satzung, Verwaltungsvorschrift oder Vertrag/Verwaltungsakt ist daher für Art. 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB nicht ausreichend.⁴⁹⁵ Die Einschränkung ist als überschießende Richtlinienumsetzung als zulässig zu bewerten.⁴⁹⁶

Aufgrund dieses begrenzten Rechtssetzungsspielraums spielt die Ausnahme im kommunalen Raum nur eine geringe Rolle.⁴⁹⁷ Dies liegt darin begründet, dass den im Bereich der Daseinsvorsorge typischerweise aufgabentragenden Kommunen nicht das Recht zum Erlass von Gesetzen und Verordnungen zusteht.

Die Reichweite des Ausnahmetatbestands bedarf im Einzelfall genauer Untersuchung. Die Abwasserbeseitigungspflicht wird nach § 46 Abs. 1 S. 1 LWG NRW bspw. den Gemeinden zugewiesen. Hierin die Gewährung eines ausschließlichen Rechts auf Grundlage eines Gesetzes an die Gemeinde i.S.d. § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB zu sehen, überzeugt jedoch nicht. Denn das Land bedient sich nicht der Gemeinde zur eigenen Aufgabenerfüllung, sondern weist ihr die Aufgabe als eigene zu. Insofern handelt es sich schon um keinen Auftrag i.S.d. Remondis-Rspr. Zudem wären dann nur Dienstleistungsaufträge im Verhältnis des Landes zur Gemeinde von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB privilegiert.⁴⁹⁸ Beschaffungen der Kommune im Zuge der Erfüllung dieser Aufgabe wären also nur von § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB erfasst, wenn

⁴⁹¹ Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 23.

⁴⁹² Lausen, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 71.

⁴⁹³ Kühling, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV, Art. 106, Rn. 20.

⁴⁹⁴ Insofern folgt die VRL dem Art. 106 Abs. 1 AEUV, der in Hinblick auf die Handlungsform offen ist, vgl. dazu Klotz, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 106 Rn. 21.

⁴⁹⁵ Lausen, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 70; Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 116 Rn. 43.

⁴⁹⁶ Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 116 Rn. 27; Marx, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 116 Rn. 21; Antweiler, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 116 Rn. 70.

⁴⁹⁷ Marx, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 116 Rn. 23; zu weit ginge es aber wohl, der Norm gar keine Bedeutung für die Praxis zuzumessen; so aber Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 116 Rn. 27.

⁴⁹⁸ So aber wohl Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 73.

die Kommune ihrerseits einem als öffentlichen Auftraggeber zu qualifizierenden Dritten ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht gewähren könnte. Übertragungen der Abwasserbeseitigungspflicht nach § 52 LWG NRW sehen diese Rechtsformen jedoch nicht vor.⁴⁹⁹ Bei der Gewährung ausschließlicher Rechte mittels kommunaler Satzung (aber auch mittels Verwaltungsabkommen sowie öffentlich-rechtlichen Verträgen, Verwaltungsakten und ordnungsbehördlichen Verordnungen) und anschließender Beauftragung wäre danach also – vorbehaltlich des § 108 GWB – ein Vergabeverfahren durchzuführen.⁵⁰⁰

Ähnlich liegt es im Abfallrecht. Hier statuiert § 17 Abs. 1 KrWG gesetzliche Überlassungspflichten bzgl. bestimmter Abfälle an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Gegenüber den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern werden sodann jedoch keine Aufträge erteilt, sondern diese binden Dritte in die Aufgabenerfüllung ein. Diese Einbindung erfolgt jedoch im kommunalen Raum regelmäßig nicht auf Grundlage eines Gesetzes oder einer Verordnung, sodass § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB in diesem Verhältnis keine Anwendung findet.⁵⁰¹ Anders kann es nur liegen, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger einen anderen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in die Abfallbeseitigung einbinden möchte.⁵⁰² Bezweifelt werden muss aber auch in diesem Fall, ob dem zu beauftragenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gerade das Monopolrecht zur Erbringung der dem beauftragenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger obliegenden Leistung zusteht.

Auch im Bereich der Wasserversorgung, dem ÖPNV und im Bereich Strom und Gas können die Kommunen nicht durch Gesetz oder Verordnung Dritte mit einem Monopolrecht betrauen.

In Stadtstaaten wie Berlin kommt der Ausnahmebestimmung hingegen eine besondere Rolle aufgrund der Gleichzeitigkeit von landesgesetzlicher Gesetzgebungskompetenz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht zu. Als Träger der Aufgabe der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung hat das Land Berlin den Berliner Wasserbetrieben per Gesetz das ausschließliche Recht zur Erbringung dieser Dienstleistungen übertragen.

Gleiches gilt im Bereich der Abfallentsorgung. Hier hat das Land Berlin die BSR per Gesetz als öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger definiert und dieser damit das Monopolrecht zur Beseitigung von Abfällen aus privaten Haushaltungen übertragen. Die Beauftragung bzw. Konzessionierung dieser Unternehmen ist daher nach § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB kartellvergaberechtsfrei gestellt, ohne dass es dafür auf die besonderen Voraussetzungen des § 108 GWB ankäme.

⁴⁹⁹ Dies übergeht *Durner*, in: *Durner/Hüttemann*, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 39 f.

⁵⁰⁰ So auch *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 24 GWB, § 116 Rn. 54.

⁵⁰¹ Vgl. *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 4: GWB, § 116 Rn. 56.

⁵⁰² So angeprüft, aber aus abfallrechtlichen Gründen abgelehnt von *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 7.11.2012, Az.: VII-Verg 69/11, Verg 69/11 = VergabeR 2013, 593.

Für die Gewährung des ausschließlichen Rechts selbst greift § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB jedoch nicht.⁵⁰³ Soweit sich die Gewährung des ausschließlichen Rechts selbst als Auftrag oder Konzession qualifizieren lässt, kann die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts folglich nur nach anderen Ausnahmenvorschriften suspendiert sein.

5. Erreichen der Schwellenwerte

Das Kartellvergaberecht gilt nach § 106 GWB nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die einen bestimmten Schwellenwert erreichen oder überschreiten. Ab dem 1. 1. 2020 gelten folgende Schwellenwerte:

- Für Bauaufträge: 5.350.000 Euro,
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 214.000 Euro,
- und für die Vergabe zentraler Regierungsstellen: 139.000 Euro.⁵⁰⁴
- Für die Vergabe von Bauleistungen durch Sektorenauftraggeber: 5.350.000 Euro,⁵⁰⁵
- für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch Sektorenauftraggeber: 428.000 Euro.
- Für die Vergabe von Konzessionen: 5.350.000 Euro.⁵⁰⁶

Diese Schwellen unterschreitende Vergaben werden daher nicht kartellvergabe-rechtlich strukturiert.⁵⁰⁷

6. Bereichsausnahme für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?

Schließlich ist fraglich, ob mit Erlass der Vergaberichtlinien 2014 eine Bereichsausnahme für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingeführt wurde. Denn Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse haben besonderen Niederschlag in den Vergaberichtlinien gefunden. Dort heißt es in Art. 1 Abs. 4 VRL: „Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Be-

⁵⁰³ Nicht deutlich differenzierend aber *Durner*, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 39 f.

⁵⁰⁴ § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU, geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. 10. 2019.

⁵⁰⁵ § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB i. V.m. Art. 15 RL 2014/25/EU, geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1829 der Kommission vom 30. 10. 2019.

⁵⁰⁶ § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB i. V.m. Artikel 8 der Richtlinie 2014/23/EU, geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1827 der Kommission vom 30. 10. 2019.

⁵⁰⁷ Zum dann eingreifenden Unterschwellenvergaberecht s. noch näher Kapitel 8.

achtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten.“ Und weiter: „Gleichmaßen berührt diese Richtlinie nicht die Entscheidung öffentlicher Stellen darüber, ob, wie und in welchem Umfang sie öffentliche Aufgaben gemäß Artikel 14 AEUV und gemäß Protokoll Nr. 26 selbst wahrnehmen wollen.“

Insofern scheint die Richtlinie selbst davon auszugehen, dass es einen von dem Anwendungsbereich der Richtlinie nicht erfassten Bereich von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gibt.

Eine diese Regelung aufgreifende Norm findet sich im GWB indes nicht. Insofern wollte der deutsche Gesetzgeber wohl eine strengere Regelung gegenüber der VRL treffen, die als überschießende Richtlinienumsetzung im Grundsatz als zulässig zu bewerten ist. Zudem werden entsprechende Vergaben weitreichend von § 108 GWB abgedeckt, soweit eine Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht an einen privaten Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden soll.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob das strengere GWB in Hinblick auf Art. 106 Abs. 2 AEUV einer primärrechtskonformen Auslegung bedarf. Mit der Öffnung des wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs für Auftraggeber⁵⁰⁸ gerät das Kartellvergaberecht nämlich in den Einflussbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Ob Art. 106 Abs. 2 AEUV indes zur Herleitung eines kartellvergaberechtsfreien Bereichs der Daseinsvorsorge effektiviert werden kann, wird – soweit eine Auseinandersetzung mit der Frage überhaupt erfolgt – überwiegend abgelehnt.⁵⁰⁹

Diskutiert wird zunächst, ob Art. 106 Abs. 2 AEUV überhaupt eine Abweichung vom Sekundärrecht legitimieren kann.⁵¹⁰ Dafür spricht, dass der Begriff der Verträge in Art. 106 Abs. 2 AEUV genauso wie in Abs. 1 auch das Sekundärrecht umfasst und Ausnahmen vom Primärrecht genauso im Sekundärrecht Geltung beanspruchen müssen.⁵¹¹ Bejaht werden kann auch das Erfordernis, wonach der Auftraggeber mit der Wahrnehmung der Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse „betraut“ worden sein muss. Insofern können die Aufgabenzuweisungen im Bereich der Daseinsvorsorge regelmäßig als Betrauungsakt qualifiziert werden.⁵¹²

Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gilt das Kartellvergaberecht für die mit der Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Auftraggeber jedoch nur, soweit dessen Anwendung nicht die Erfüllung der

⁵⁰⁸ S. dazu näher Kapitel 3, S. 191.

⁵⁰⁹ Ablehnend *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, Einl. VergabeR, Rn. 102; *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 105 Rn. 33; *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 102 ff.; zuvor sei diese Frage in Rspr. und Literatur gelegentlich gestreift, jedoch selten näher erörtert worden, so *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 102.

⁵¹⁰ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 105.

⁵¹¹ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 105.

⁵¹² *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 104.

ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich erschwert. Insofern stellt sich die Frage, ob die Anwendung der Vergaberichtlinien zu einer Erschwerung der Erfüllung von Daseinsvorsorgeleistungen führt. Zwar kann die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Verzögerung der Erfüllung entsprechender Leistungen führen, bspw. zu einer verspäteten Aufnahme der Versorgung mit Wasser oder Energie.⁵¹³ In der Regel lässt sich die Leistungserbringung jedoch auch bei Durchführung eines Vergabeverfahrens sicherstellen, indem notfalls auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausgewichen wird.⁵¹⁴ Einen vollständigen Dispens vom Kartellvergaberecht kann Art. 106 Abs. 2 AEUV daher nur ultima ratio und im absoluten Ausnahmefall legitimieren.

V. Überlagerung durch lex specialis-Vorschriften (§ 46 EnWG und VO (EG) 1370/2007)

Sind der Auftrags-/Konzessionsbegriff erfüllt und keine Bereichsausnahme einschlägig, kann das Kartellvergaberecht schließlich noch von lex specialis-Vorschriften verdrängt werden. Im Bereich Strom und Gas sowie im ÖPNV wird das Kartellvergaberecht teilweise durch über die im GWB normierten Richtlinienvorgaben hinausgehende Regelungen überlagert, die insoweit die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts verhindern. Dies gilt einerseits für § 46 EnWG,⁵¹⁵ andererseits für das Konzessionsvergaberegime der VO (EG) 1370/2007.⁵¹⁶ Insofern greift in diesen Fällen der Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“.⁵¹⁷

VI. Relevanz von Auftragsänderungen im Kartellvergaberecht

Nicht nur der Abschluss von als Auftrag oder Konzession zu qualifizierenden Verträgen, sondern auch Änderungen eines bereits bestehenden Auftrags können die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens auslösen, § 132 GWB. Im Falle von Rekommunalisierung wird dies immer dann relevant, wenn ein privater von einem öffentlichen Auftragnehmer abgelöst werden soll, indem letzterer in den bestehenden Vertrag eintritt. Da der Beteiligung des Privaten regelmäßig ein Ver-

⁵¹³ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 104.

⁵¹⁴ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 105; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, Einl. VergabeR, Rn. 102.

⁵¹⁵ *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 89; *Gabriel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 102 Rn. 58; s. im Einzelnen noch in diesem Kapitel, S. 330 ff.

⁵¹⁶ *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 79; im Einzelnen noch in diesem Kapitel, S. 322 ff.

⁵¹⁷ Zu dieser Vorrangregel näher *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 87 ff.

gabeverfahren vorausgegangen sein wird,⁵¹⁸ stellt sich dann die Frage, ob es sich um einen sog. Auftragnehmerwechsel i.S.d. § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GWB handelt. Dieser ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB ohne neuerliche Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig.

§ 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. c GWB erlaubt dafür die Übernahme der Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern durch den öffentlichen Auftraggeber.⁵¹⁹ Was aber, wenn der Auftraggeber den gesamten Auftrag übernehmen will und nicht nur Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber dessen Unterauftragnehmern?

Als ausschreibungsfreie Variante kommt dafür in Betracht, dass im Vertrag eine Option i.S.d. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. a i. V.m. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB vereinbart wurde, die dem Auftraggeber ein Selbsteintrittsrecht gestattet. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b GWB, der eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im Falle von Unternehmensumstrukturierungen normiert, ist in diesen Fällen hingegen nicht anwendbar. Die Ausnahmebestimmung erfasst nur Übertragungen des Auftrags innerhalb des auftragnehmenden Konzerns.⁵²⁰

Im Falle institutioneller funktionaler Privatisierung steht es dem Auftraggeber offen, durch Erwerb der Geschäftsanteile des Auftragnehmers den Auftrag zu übernehmen. § 132 Abs. 1 GWB steht dem nicht entgegen, weil die juristische Person durch einen Gesellschafterwechsel ihre formale Personenidentität grundsätzlich nicht verliert und mithin kein Auftragnehmerwechsel vorliegt.⁵²¹

Schließlich handelt es sich dann um keinen ausschreibungspflichtigen Auftragnehmerwechsel i.S.d. § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GWB, wenn der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts schon nicht eröffnet ist. Eine neuerliche Ausschreibung macht nämlich dann keinen Sinn, wenn die Leistung gar nicht ausgeschrieben werden müsste, insbesondere weil ein Fall der Eigenerledigung oder der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach § 108 GWB vorliegt.

⁵¹⁸ S. dazu schon Kapitel 2, S. 116 ff.

⁵¹⁹ *Jaeger*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, § 132 Rn. 56.

⁵²⁰ *Jaeger*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, § 132 Rn. 51 f.; dass der öffentliche Auftraggeber zum Zwecke der Rekommunalisierung das gesamte auftragnehmende Unternehmen erwirbt, ist zudem auch ökonomisch eher fernliegend.

⁵²¹ S. auch zu den Ausnahmen *Jaeger*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, § 132 Rn. 53.

B. Reichweite der kartellvergaberechtlichen Strukturierung des Aufgabezugriffs der Öffentlichen Hand in den Referenzbereichen

Nachdem der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts für den Aufgabezugriff der Öffentlichen Hand aufgezeigt wurde, soll dieser nunmehr für die referenzierten Bereiche der Daseinsvorsorge spezifiziert werden.

I. Abfallentsorgung

Die Abfallentsorgung wird weitreichend dem Regime des Kartellvergaberechts unterworfen. Insofern wird § 22 KrWG als „Scharniernorm“ zwischen Kartellvergabe- und Abfallrecht qualifiziert.⁵²² Das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand rückt die abfallrechtlichen Organisationsvorschriften darüber hinaus in einem weiteren Umfang in den Fokus des Kartellvergaberechts, weil auch kommunale Kooperationen nicht per se vom Anwendungsbereich auszuschneiden sind.

1. Eröffnung des Kartellvergaberechts im Bereich der Eigenerledigung

Erfüllt die Öffentliche Hand die Entsorgungsaufgabe selbst, kommt eine Eröffnung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts nur dann in Betracht, wenn die Öffentliche Hand auf rechtsfähige Einheiten zurückgreift. Erfolgt die Aufgabenerfüllung hingegen mittels Regie- oder Eigenbetrieben, liegt weder ein Auftrag, noch eine Konzession noch ein Dritter i. S. d. § 22 S. 1 KrWG vor.⁵²³

a) Beauftragung von Eigengesellschaften

Greift die Öffentliche Hand zur Aufgabenerfüllung auf Eigengesellschaften zurück, liegt regelmäßig entweder ein Auftrag oder eine Dienstleistungskonzession vor. Eine Aufgabenübertragung i. S. v. materieller Privatisierung ist im Bereich der Abfallentsorgung ausgeschlossen. Näherer Untersuchung im Einzelfall bedarf jedoch die Frage, ob die Schwellenwerte erreicht sind⁵²⁴ und ob der Vorgang durch das Inhouse-Privileg nach § 108 Abs. 1–4 GWB vom Kartellvergaberecht ausgenommen ist.⁵²⁵

⁵²² Byok/Bormann, NVwZ 2010, 1262.

⁵²³ S. näher zum Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung im engeren Sinne in diesem Kapitel, S. 251 ff.

⁵²⁴ S. im Einzelnen in diesem Kapitel, S. 312.

⁵²⁵ S. im Einzelnen in diesem Kapitel, S. 284 ff.

b) Erbringung mittels öffentlich-rechtlicher Organisationsformen

Greift der Aufgabenträger auf von ihm verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts zurück, ergibt sich eine zweistufige Prüfung.

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Konstellation an sich dem Auftrags- oder Konzessionsbegriff unterfällt. Dafür ist zu beurteilen, ob es sich bei dem Rückgriff um eine im Abfallrecht zulässige vollständige Pflichtenübertragung i.S.d. Remondis-Rspr. handelt, die schon mangels Beschaffungsbezugs nicht vom Kartellvergaberecht erfasst wird.⁵²⁶ Die Pflichtenübertragung im Land Berlin nach § 5 Abs. 1 S. 2 KrWG Bln auf die BSR wird den Anforderungen daran nicht gerecht, weil das Land Berlin die Hauptverantwortung für die Aufgabe der Abfallentsorgung behält; auch im Unternehmensvertrag wird deutlich, dass das Land Berlin über das Fortbestehen der Aufgabenzuweisung an die BSR disponieren kann und zudem die finanzielle Kontrolle innehat.⁵²⁷

Der Beschaffungsbezug bei nicht vollständigen Pflichtenübertragungen ist regelmäßig unzweifelhaft zu bejahen, weil der Aufgabenträger mit der Übertragung der Aufgabenerfüllung auf den anderen Rechtsträger von seiner eigenen Leistungspflicht befreit wird und insofern ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dessen Leistungserbringung vorliegt. Im Bereich öffentlich-rechtlicher Rechtsträger kann es jedoch im Einzelfall zweifelhaft sein, ob ein Fall einer vertraglichen Beschaffung vorliegt,⁵²⁸ wenn bspw. wie im Land Berlin der Aufgabenübertrag durch die gesetzliche Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 KrWG Bln erfolgt. Im Land Berlin ergibt sich ein Anknüpfungspunkt für das Vorliegen von einer insofern erforderlichen Willenseinigung jedoch aus dem besagten Unternehmensvertrag, in dem sich das Land Berlin und die BSR über den Fortbestand der Aufgabenwahrnehmung durch die BSR und dessen Konditionen einigen. Da der BSR das Recht zur Erhebung privatrechtlicher Entgelte eingeräumt wird (s. § 16 Abs. 1 BerlBG), über die sich die Anstalt auch finanziert und darüber hinaus Zahlungen an das Land Berlin leistet,⁵²⁹ ist die Betrauung als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren.

Soweit ein Auftrag oder eine Konzession angenommen werden kann, muss in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob ein Ausnahmetatbestand die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts sperrt. Dafür ist einerseits der Schwellenwert zu ermitteln. Weiterhin ist zu untersuchen, ob es sich um eine nach § 108 Abs. 1–5 GWB privilegierte Vergabe handelt und ob ansonsten Ausnahmetatbestände eingreifen, die von der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts suspendieren.

Im Falle der Betrauung der BSR mit der Aufgabe der Abfallbeseitigung ist § 149 Nr. 6 GWB nicht anwendbar, denn die Norm befreit nicht die Betrauung mit dem

⁵²⁶ S. im Einzelnen in diesem Kapitel, S. 267 ff.

⁵²⁷ S. *Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 17/2510 v. 19.10.2015, S. 6 ff.

⁵²⁸ S. im Einzelnen in diesem Kapitel, S. 274 ff.

⁵²⁹ S. §§ 4 und 5 des Unternehmensvertrags, *Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 17/2510 v. 19.10.2015.

ausschließlichen Recht selbst von der Ausschreibungspflicht. Die Konzessionierung der BSR ist aber nach § 108 Abs. 1 GWB vom Kartellvergaberecht befreit. Aufgrund der Organisation als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts kann von einer ausreichenden Kontrolle i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB durch das Land Berlin ausgegangen werden. Zudem genügt die Leistungserbringung der BSR der 80 %-Schwelle des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB. So sind die von der BSR erwirtschafteten Umsätze auf die betrauten Aufgaben zurückzuführen.⁵³⁰ Keine Berücksichtigung als Fremdotsätze finden die über Tochter- und Beteiligungsunternehmen gewerblich im Bereich der Sammlung, Sortierung und Verwertung wertstoffhaltiger Abfälle erwirtschafteten Umsätze, weil es insofern an einem Rückgriff auf deren sachliche und personelle Ressourcen fehlen dürfte.⁵³¹

2. Kooperationsmodelle

Möglich sind weiterhin kooperative Formen der Abfallentsorgung. Wesentliche Bedeutung kommt hier den Formen kommunaler Kooperation zu, die nur dann in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts geraten, wenn kein Fall einer vollständigen Aufgabenübertragung i. S. d. Remondis-Rspr. vorliegt.⁵³² Verbleibt die Aufgabe bei der auftrag-/konzessionsgebenden Einheit, muss untersucht werden, ob das Kartellvergaberecht nach § 108 Abs. 6 GWB – und falls dessen Voraussetzungen nicht vorliegen – nach § 108 Abs. 4, 5 GWB unanwendbar ist.⁵³³

3. Fremdvergaben

Soweit sich ein kommunales Entsorgungsunternehmen um die Entsorgung von Abfällen einer Nachbarkommune bewirbt, ohne dass ein Fall einer Kooperation vorliegt, handelt es sich um eine – unter der Voraussetzung des Erreichens der Schwellenwerte – vollständig vom Kartellvergaberecht erfasste Fremdvergabe.

II. Wasserver- und Abwasserentsorgung

Mit der Erweiterung des kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereichs auf Dienstleistungskonzessionen geraten auch die Wasserver- und Abwasserentsorgung in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

⁵³⁰ S. die Geschäftsberichte der BSR, abrufbar unter <https://www.bsr.de/geschaeftsbericht-20568.php>.

⁵³¹ S. zu dieser Voraussetzung bereits in diesem Kapitel, S. 294.

⁵³² Zu den Voraussetzungen im Einzelnen in diesem Kapitel, S. 267 ff.

⁵³³ S. dazu im Einzelnen in diesem Kapitel, S. 299 ff.

1. Wasserkonzessionen als Dienstleistungskonzessionen

Während für qualifizierte Strom- und Gasnetzkonzessionen die Qualifikation als Dienstleistungskonzession umstritten ist, herrscht Einigkeit darüber, dass Wasserkonzessionen typischerweise als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren sind.⁵³⁴

Der Begriff der Wasserkonzession steht für die Vertragspraxis in der Wasserwirtschaft, langfristige Verträge über die Wasserver- und/oder Abwasserentsorgung zu schließen.⁵³⁵ Mit dem Vertragsschluss einher geht regelmäßig auch, dass dem Konzessionsnehmer die Rechte für die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für Aufbau und Betrieb der notwendigen Versorgungsnetze gewährt werden.⁵³⁶ Die Einräumung des Wegenutzungsrechts wird zudem typischerweise von der Pflicht begleitet, das Netz zu betreiben und die Belieferung mit Trinkwasser bzw. den Abtransport von Abwasser sicherzustellen.⁵³⁷ Da die Wasserver- und Abwasserentsorgung auch als kommunale Aufgabe qualifiziert werden kann und der Konzessionsnehmer auch zur Leistungserbringung verpflichtet wird, ist der das Kartellvergaberecht prägende Beschaffungsbezug bei der Vergabe von Wasserkonzessionen regelmäßig zu bejahen.⁵³⁸

Da die Refinanzierung des Konzessionärs bei Wasserkonzessionen häufig mittels Anschluss- und Benutzungszwängen sichergestellt wird und dieser aufgrund der Netzgebundenheit der Wasserver- und Abwasserentsorgung zudem eine Monopolstellung genießt, wurde in der Vergangenheit diskutiert, ob überhaupt ein die Dienstleistungskonzession kennzeichnender Übergang des Betriebsrisikos vorliege.⁵³⁹ Ansonsten wären Wasserkonzessionen als Auftrag zu qualifizieren. Dies hätte gravierende Auswirkungen, da die Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 9 GWB nur für Konzessionen i. S. d. Kartellvergaberechts greift. Indes hat der EuGH es für die Qualifikation als Dienstleistungskonzession ausreichen lassen, dass „das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko zwar aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein erheblich einge-

⁵³⁴ *Heller*, EWeRK 2016, 210 („oftmals“); *Brüning*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 101 f.; für die Wasserversorgung implizit *Schröder*, NVwZ 2017, 504 (505) sowie *Sudbrock*, KommJur 2014, 41 (42), die Wasserkonzessionen als dem Primärvergaberecht unterfallende Dienstleistungskonzessionen qualifizieren; s. zum Begriff auch *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 76 f.

⁵³⁵ *Heller*, EWeRK 2016, 210; *Herten-Koch*, EWeRK 2013, 248.

⁵³⁶ *Heller*, EWeRK 2016, 210; s. auch *Brüning*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 101.

⁵³⁷ *Heller*, EWeRK 2016, 210.

⁵³⁸ Vgl. *Körber/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 38 f.

⁵³⁹ *Heller*, EWeRK 2016, 210.

schränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder aber zu einem erheblichen Teil übernimmt“⁵⁴⁰.

Von der Qualifikation der Verträge zu unterscheiden ist die Frage der Zulässigkeit des Rückgriffs auf das Dienstleistungskonzessionsmodell. In der vergaberechtlichen Rspr. ist bezweifelt worden, ob eine Ausgestaltung der Entgeltbeziehungen als Konzession unter wasser- und kommunalabgabenrechtlichen Aspekten zulässig ist.⁵⁴¹ In der Folge dürften Wasserkonzessionen nur unter Aufrechterhaltung des Betriebsrisikos beim Auftraggeber vergeben werden – wiederum ergäbe sich die Rechtsfolge, dass die Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 9 GWB leer liefe. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch zunächst, ob das jeweils spezifische Fachrecht (also die Zulässigkeit nach Wasserrecht) überhaupt Gegenstand der vergaberechtlichen Nachprüfung sein kann. Während das OLG Jena dessen Prüfung noch ausgeschlossen hat, haben zunächst das OLG Düsseldorf und das OLG Brandenburg und schließlich auch der BGH die Prüfung der Zulässigkeit eines Organisationsmodells für entscheidungserheblich erachtet.⁵⁴² Fraglich ist weiterhin, ob § 56 S. 3 WHG (i. V. m. den jeweiligen Landeswassergesetzen)⁵⁴³ taugliche Grundlage für die Vereinbarung von Konzessionsmodellen im Bereich der Abwasserbeseitigung sein kann. Das OLG Brandenburg hielt direkte Entgeltbeziehungen zwischen dem Konzessionär und den Bürgern nach dem Landeswasserrecht für unzulässig. § 56 WHG unterscheide allein zwischen Beauftragung und Übertragung, eine dritte Kategorie sei hingegen unbekannt, sodass dem Konzessionsmodell die gesetzliche Grundlage fehle.⁵⁴⁴ Die Zulassung von Konzessionsmodellen führe zu „kommunalwirtschaftlichem Wildwuchs“.⁵⁴⁵ Letztlich stelle sich das Konzessionsmodell als Entzug hoheitlicher Aufgaben dar, da der Einfluss für die Konzessionsdauer so gut wie auf null reduziert sei und damit eine nach § 56 S. 3 WHG unzulässige materielle Privatisierung vorliege.⁵⁴⁶ Indes handelt es sich beim Dienstleistungskonzessionsmodell wie beim Auftrag um einen Fall funktionaler Privatisierung, soweit der Konzessionär ein Privater ist.⁵⁴⁷ Nach hier vertretener Ansicht ist das Konzessionsmodell im Bereich Wasser daher als zulässig zu bewerten.⁵⁴⁸ Die Auftraggeber sind daher nicht verpflichtet, für die Vergabe von Wasserkonzessionen auf das Auftragsmodell zurückzugreifen.

⁵⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 10.9.2009, Az.: Rs. C-206/08, Rn. 46 ff. = ECLI:EU:C:2009:540; *Heller*, *EWERK* 2016, 210; *Herten-Koch*, *EWERK* 2013, 248 (248 f.); *Brüning*, in: Kment, *Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht*, S. 101.

⁵⁴¹ Ablehnend *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 28.8.2012, Az.: Verg W 19/11.

⁵⁴² *OLG Jena*, Beschl. v. 11.12.2009, Az.: 2 Verg 2/08 = VergabeR 2010, 705; *BGH*, Beschl. v. 18.6.2012, Az.: X ZB 9/11.

⁵⁴³ Zur gesamtdeutschen Bedeutung der Rspr. *Fenzel/Pencereci*, LKV 2012, 549 (551).

⁵⁴⁴ *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 28.8.2012, Az.: Verg W 19/11.

⁵⁴⁵ *Fenzel/Pencereci*, LKV 2012, 549 (550).

⁵⁴⁶ M. w. N. *Fenzel/Pencereci*, LKV 2012, 549 (551).

⁵⁴⁷ Zur Qualifikation als funktionale Privatisierung bereits Kapitel 2, S. 120 f.

⁵⁴⁸ Eine ausreichende Kontrolle bejaht auch *Kühne*, LKV 2006, 489 (491).

2. Eigenerledigung im engeren Sinne und vollständige Aufgabenübertragung

Im Falle von Eigenerledigung im engeren Sinne und bei vollständigen Aufgabenübertragungen findet das Kartellvergaberecht auch in den Bereichen der Wasserver- und Abwasserentsorgung keine Anwendung.

3. Eigenerledigung mittels rechtsfähiger Einheiten

Auch im Falle eines Rückgriffs des Aufgabenträgers auf Eigengesellschaften oder auf rechtsfähige Einheiten des öffentlichen Rechts ist die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts weitgehend, jedoch nicht vollständig suspendiert.

a) Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 9 GWB

Die Vergabe von Konzessionen über die Bereitstellung und den Betrieb fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser ist vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nach § 149 Nr. 9 lit. a GWB ausgeschlossen worden. Gleiches gilt für die Abwasserbeseitigung, soweit sie mit der Wasserversorgung i. S. d. § 149 Nr. 9 lit. a GWB im Zusammenhang steht (lit. b).

Insofern stellt sich allein die Frage, ob der Rückgriff auf das Konzessionsmodell als Umgehung des Vergaberechts qualifiziert werden kann, weil ein Dienstleistungsauftrag nach Kartellvergaberecht ausgeschrieben werden müsste. Indes handelt es sich bei der Auswahl zwischen Dienstleistungskonzession und Auftrag um jeweils zulässige Gestaltungsvarianten der Einbindung Dritter. Der Gesetzgeber wollte mit § 149 Nr. 9 lit. a GWB bestimmte Konzessionen im Bereich Wasser privilegieren, was nicht über eine Umgehungskonstruktion ausgehebelt werden darf. Aufgrund des sich im Falle einer Qualifikation als Wasserkonzession ergebenden Sonderregimes kommt der genauen Abgrenzung zum Auftragsbegriff aber gesteigerte Bedeutung zu.⁵⁴⁹

Im Falle der Betrauung der BWB mit der Wasserver- und Abwasserentsorgung durch das Land Berlin nach § 5 Nr. 1 und Nr. 2 BerlBG handelt es sich aufgrund des Risikoübergangs durch die Finanzierungsverlagerung auf privatrechtliche Entgelte nach § 16 Abs. 1 BerlBG um ein Dienstleistungskonzessionsmodell. Aufgrund der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB handelt es sich jedoch um einen kartellvergaberechtlich unbeachtlichen Vorgang.

b) Wasseraufträge

Soweit die Einbindung der Öffentlichen Hand zuzurechnender Einheiten nicht im Wege eine Dienstleistungskonzession erfolgt oder allein die Abwasserbeseitigung betrifft, kann der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet sein. In-

⁵⁴⁹ Gankse, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 87.

sofern ist zu prüfen, ob der Auftragsbegriff erfüllt, die Schwellenwerte erreicht und ob ein Fall einer ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe vorliegt.⁵⁵⁰ In Hinblick auf den Auftragsbegriff ist insbesondere zu untersuchen, ob ein Fall einer aufgabenbefreienden Pflichtenübertragung i. S. d. Remondis-Rspr. des EuGH vorliegt. Dies kann insbesondere im Falle der Übertragung der Abwasserbeseitigung auf sondergesetzliche Abwasserverbände⁵⁵¹ und Anstalten des öffentlichen Rechts der Fall sein.

4. Kooperationsmodelle

Kooperative Formen der Erbringung der Wasserver- und Abwasserentsorgung sind nur im Falle einer Qualifikation als Auftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB und wenn die Ausnahmevoraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB nicht vorliegen nach Kartellvergaberecht ausschreibungspflichtig.⁵⁵²

5. Fremdvergaben

Fremdvergaben der Wasserver- bzw. Abwasserentsorgung an Träger der öffentlichen würden dann kartellvergaberechtlich strukturiert, wenn sich ein kommunales Wasserunternehmen um die als Auftrag zu qualifizierende Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung einer Nachbarkommune bewürbe, ohne zugleich mit dieser zu kooperieren.⁵⁵³ Im Falle eines Dienstleistungskonzessionsmodells wäre das Kartellvergaberecht hingegen suspendiert.

III. Öffentlicher Personennahverkehr

Der ÖPNV wird nicht umfassend dem GWB unterworfen, sondern wird teilweise von den spezielleren Regelungen der VO (EG) 1370/2007 erfasst. Die Anwendbarkeit des einen oder anderen Regimes ist für die untersuchte Fragestellung von zentraler Bedeutung, da die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie Betrauung von Einheiten der Öffentlichen Hand in beiden Regimen divergieren.⁵⁵⁴

Für die Beurteilung der kartellvergaberechtlichen Relevanz des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand auf Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs muss

⁵⁵⁰ Vgl. *Gankse*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 95.

⁵⁵¹ Eingehend für den Aufgabenübertrag nach § 52 Abs. 2 LWG NRW *Burgi*, ZfW 2017, 169 (188 ff.); zweifelnd jedoch *Durner*, in: Durner/Hüttemann, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht, S. 24.

⁵⁵² Vgl. *Gankse*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 96.

⁵⁵³ Vgl. *Gankse*, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 96.

⁵⁵⁴ Auf diese Bedeutung hinweisend *Oebbecke*, NVwZ 2019, 1724 (1724); s. auch *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 19.2.2020, Az.: Verg 2/19 Rn. 64 ff. = ECLI:DE:OLGD:2020:0219. VERG2.19.00.

zwischen dem straßengebundenen ÖPNV und dem Schienenpersonennahverkehr differenziert werden.⁵⁵⁵

1. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts bei Auftragsvergaben im straßengebundenen ÖPNV

Auf den straßengebundenen ÖPNV (Busse und Straßenbahnen) findet das Kartellvergaberecht nur teilweise Anwendung.

Unanwendbar ist das Kartellvergaberecht zunächst in Hinblick auf die Genehmigung zur Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehre. Auch die VO (EG) 1370/2007 findet hierauf keine Anwendung, denn sie erfasst allein gemeinwirtschaftliche Verkehre. Da die Genehmigung für den Betrieb eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs zudem weder als Auftrag noch als Konzession im Sinne des GWB qualifiziert werden kann, ist auch das Kartellvergaberecht nicht einschlägig. Zwar handelt es sich bei der Erbringung von Leistungen des Öffentlichen Personennahverkehrs um eine öffentliche Aufgabe. Deshalb kann das für das Beschaffungselement erforderliche unmittelbare wirtschaftliche Interesse des Aufgabenträgers bei Einbindung Dritter in die Aufgabenerfüllung durchaus bejaht werden. Auch ließe sich die Entgeltlichkeit bejahen. Dagegen spricht jedenfalls nicht der in § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG statuierte sog. Grundsatz des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre. Denn dieser trifft nur eine Aussage darüber, dass die Finanzierung des ÖPNV durch die Verkehrsleistungsunternehmen erfolgen soll. Es könnte sich jedoch um ein Finanzierungsmodell i. S. d. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handeln, wonach mit der Genehmigung zugleich das Recht erteilt wird, die Dienstleistung zu Finanzierungszwecken zu verwerten. Im Falle eigenwirtschaftlicher Verkehre fehlt es jedoch einerseits an der einklagbaren Verpflichtung, andererseits am Erfordernis der Selektivität. Damit handelt es sich bei der Genehmigung von eigenwirtschaftlichen Verkehren nach den §§ 9 ff. PBefG allein um eine Eröffnungskontrolle i. S. e. präventiven Verbots mit Befreiungsvorbehalts.⁵⁵⁶ Würde die Öffentliche Hand daher selbst eigenwirtschaftliche Verkehre erbringen wollen, stünde ihr ein Inhouse-Privileg nicht zu.⁵⁵⁷

Das Kartellvergaberecht kann daher nur im Falle gemeinwirtschaftlicher Verkehre zur Anwendung gelangen. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die bereichsspezifisch für gemeinwirtschaftliche Verkehre erlassene VO (EG) 1370/2007 das Kartellvergaberecht nicht als spezielleres Regime verdrängt.

Die VO findet zunächst keine Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Baukonzessionen (Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007), sodass sich deren Vergabe vollständig nach Kartellvergaberecht richtet.

⁵⁵⁵ Zu dieser Unterscheidung s. bereits im Kapitel 2, S. 87 f.

⁵⁵⁶ Ziekow, NVwZ 2009, 865 (868); Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 103 Rn. 65.

⁵⁵⁷ Antweiler, VergabeR 2017, 413 (414).

Weiterhin verweist Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1370/2007 Vergaben ins Kartellvergaberechtsregime zurück, die als (öffentliche) Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen zu qualifizieren sind (s. auch § 8a Abs. 2 S. 1 PBefG).⁵⁵⁸ Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass anstelle der in der VO angeführten Richtlinien nunmehr an die Begrifflichkeiten in der diese Richtlinien ablösenden VRL und SVL angeknüpft werden kann.⁵⁵⁹ Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen richtet sich daher nach dem Kartellvergaberecht, soweit dessen Anwendungsbereich eröffnet ist.⁵⁶⁰ Im Übrigen bleibt die VO (EG) 1370/2007 aber anwendbar.⁵⁶¹ Vom GWB erfasst werden regelmäßig die gemeinwirtschaftlichen Verkehrsverträge, soweit sie nicht als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sind⁵⁶² oder dem Gegenstand nach die Eisenbahn oder Untergrundbahn betreffen.⁵⁶³

Für die Abgrenzung zwischen Auftrag und Dienstleistungskonzession kommt es einerseits auf die Finanzierungsstruktur, andererseits auf den Übergang des Betriebsrisikos an. In Hinblick auf die Finanzierungsstruktur handelt es sich nämlich nur dann um eine Dienstleistungskonzession, wenn die Gegenleistung im Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, wobei eine zuzügliche Zahlung unschädlich sein kann. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen werden typischerweise einerseits

⁵⁵⁸ Vgl. Erwägungsgrund 27 VRL, Art. 10 lit. i VRL. Bezweifelt werden könnte, ob es sich bei der Gewährung von Ausgleichsleistungen überhaupt um eine das Kartellvergaberecht eröffnende Beschaffung handelt (als Subventionsmodell qualifiziert die Ausgleichsleistungen *Heinze*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8 Rn. 57). Dahinter steht auch die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht. Die überzeugenderen Gründe sprechen jedoch für eine Qualifikation als Beschaffung. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 VO 1370/07 liegt ein Modell in behördlicher Verantwortung liegender Verkehre zugrunde, wenn es heißt, dass die Behörden „den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren“. Insofern liegt dem Unionsrecht die Annahme zugrunde, die Behörden beschafften Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, es handelt sich folglich um ein do ut des: Ausgleichsleistung gegen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

⁵⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 21.3.2019, Az.: C-266/17 und C-267/17 Rn. 77 f. = ECLI:EU:C:2019:241; von einer Auslegung als dynamischen Verweis spricht *Oebbecke*, NVwZ 2019, 1724 (1724 Fn. 3); ebenso *Jürschik*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 5.

⁵⁶⁰ *Saager*, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 145 f.

⁵⁶¹ So insbesondere in Hinblick auf die Vorinformationspflicht des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007, s. *EuGH*, Urt. v. 27.10.2016, Az.: C-292/15 Rn. 41 („Hörmann Reisen“) = ECLI:EU:C:2016:817; daran anknüpfend *EuGH*, Urt. v. 20.9.2018, Az.: C-518/17 Rn. 46 = ECLI:EU:C:2018:757; s. dazu auch *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 19.

⁵⁶² *Fehling*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8a Rn. 28; *Mutschler-Siebert/Dorschfeldt*, VergabeR 2016, 385 (386 f.); im Zuge des Vertragsschlusses wird sodann auch die notwendige Genehmigung nach PBefG erteilt, vgl. dazu *Fehling*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, § 8a Rn. 3.

⁵⁶³ *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 4.

über die Einnahmen aus den Fahrgelderlösen und andererseits über Ausgleichsleistungen finanziert.⁵⁶⁴ Wird im Verkehrsvertrag vereinbart, dass die Fahrgelderlöse dem Aufgabenträger zufließen, während der Erbringer der Dienstleistung ausschließlich auf die Ausgleichsleistungen verwiesen ist (sog. Bruttovertrag), fehlt es an diesem für die Dienstleistungskonzession konstitutiven Merkmal, zumal in diesem Falle auch nicht vom Übergang des Betriebsrisikos ausgegangen werden kann. Insofern läge ein Dienstleistungsauftrag vor.⁵⁶⁵ Bei sog. Nettoverträgen, bei denen die Fahrgeldeinnahmen und weitere Ausgleichsleistungen dem Dienstleister als Entgelt zustehen (Mischfinanzierung), ist nach § 105 Abs. 2 GWB zu beurteilen, ob das Betriebsrisiko auf den Dienstleister übergegangen ist.⁵⁶⁶ Dafür darf unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet sein, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistung wieder erwirtschaftet werden können. Zudem muss der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt sein, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind (§ 105 Abs. 2 S. 2 GWB). Dies wäre etwa der Fall, wenn die Ausgleichsbeiträge an den Umsatz oder die Zahl der beförderten Fahrgäste geknüpft würden, während pauschale Verlustübernahmen dem entgegenstünden.⁵⁶⁷ § 105 Abs. 2 S. 2 GWB macht insofern deutlich, dass es für die Bejahung eines Risikoübergangs nicht auf die prozentuale Finanzierungsbeteiligung ankommt, wie bisher in der Rspr. angenommen, sondern darauf, ob der Dienstleister das Kostendeckungsrisiko trägt.⁵⁶⁸ Ein Risikoübergang liegt daher bereits dann vor, wenn Schwankungen im Fahrgästaufkommen eine Gefahr für die wirtschaftliche Rentabilität bedeuten.⁵⁶⁹

a) Kartellvergaberechtliche Strukturierung der Eigenerledigung

Die Eigenerledigung von Aufgaben des ÖPNV durch Regie- und Eigenbetriebe (Eigenerledigung i. e. S.) wird nicht kartellvergaberechtlich strukturiert.⁵⁷⁰

Die Beauftragung von Eigengesellschaften richtet sich hingegen nach dem Kartellvergaberecht, soweit es sich um einen Auftrag handelt, die Schwellenwerte erreicht sind und § 108 GWB nicht zur Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts

⁵⁶⁴ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 29.

⁵⁶⁵ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 29; Wagner-Cardenal/Dierkes, NZBau 2014, 738 (739).

⁵⁶⁶ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 30 stellt dafür vor der GWB-Reform auf die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos ab.

⁵⁶⁷ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 30; Wagner-Cardenal/Dierkes, NZBau 2014, 738 (739).

⁵⁶⁸ Auf den der Vorschrift zugrunde liegenden Art. 5 Abs. 1 S. 3 KVR bezieht sich Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 32.

⁵⁶⁹ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 32.

⁵⁷⁰ S. aber anders die VO (EG) 1370/2007, dazu Kapitel 6, S. 336 ff.

führt.⁵⁷¹ Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wird hingegen in das Sonderregime der VO (EG) 1370/2007 abgedrängt. Im Falle des Rückgriffs auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen ist im Einzelfall zu beurteilen, ob ein Fall eines vollständigen Aufgabenübertrags i. S. d. Remondis-Rspr. vorliegt. Soweit dies nicht der Fall ist und ein Auftrag vorliegt, findet das Kartellvergaberecht Anwendung. Im Falle einer Dienstleistungskonzession findet hingegen wiederum eine Abdrängung in das Sonderregime der VO (EG) 1370/2007 statt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Vergabe von Öffentlichen Personenverkehrsdiensten mit *Untergrundbahnen* auch bei Vorliegen eines Auftrags stets der VO (EG) 1370/2007 unterfällt.⁵⁷² Insofern kann es passieren, dass neben den Voraussetzungen des § 108 GWB auch die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach der VO (EG) 1370/2007 vorliegen müssen, damit der gesamte Vertragsschluss außerhalb vergabewettbewerblicher Strukturierung erfolgen darf.⁵⁷³

Auf dieser Grundlage kann die Erbringung von Nahverkehrsleistungen im Land Berlin durch die BVG als landeseigene rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts beurteilt werden. Bei dem 2008 abgeschlossenen Verkehrsvertrag mit der BVG handelte es sich um einen Nettovertrag, weil dessen § 26 die Erlöse aus dem Tarif der BVG zugewies und zugleich Ausgleichsleistungen zur Abgeltung für die mit dem Vertrag verbundenen Verpflichtungen vorsah. § 28 regelte zudem die Vermeidung von Überkompensationen durch die Ausgleichsleistungen, während § 29 die Möglichkeit von Anpassungen auf Grund von Kostensteigerungen vorsah. Ob die BVG damit den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt wurde, ist eher zu bezweifeln, weil das Land Berlin das Kostendeckungsrisiko übernommen hat. Deshalb liegt eine Qualifikation als Auftrag nahe, sodass sich die Ausschreibungspflicht nach Kartellvergaberecht richtet, soweit Öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bus und Straßenbahn betroffen sind. Dennoch war die Leistung nach § 108 Abs. 1 GWB nicht auszuschreiben, weil die BVG sowohl vom Land Berlin i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB kontrolliert wird als auch seine Tätigkeit zu mehr als 90 % durch die Erbringung von Verkehrsleistungen für das Land Berlin finanziert.⁵⁷⁴ Für den Bereich der Untergrundbahnen dürften ebenfalls die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach der VO (EG) 1370/2007 vorgelegen haben.⁵⁷⁵

Auch beim 2020 neu abgeschlossenen Verkehrsvertrag zwischen der BVG und dem Land Berlin handelt es sich um einen Nettovertrag, s. dessen Präambel und

⁵⁷¹ Zur Anwendung des § 108 Abs. 4 GWB bei der Vergabe von Busleistungen s. *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 4.3.2020, Az.: Verg 10/18.

⁵⁷² *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO 1370/2007, Art. 5 Rn. 4.

⁵⁷³ Dazu näher Kapitel 9, S. 384 ff.

⁵⁷⁴ *Runge/Werner*, IR 2009, 268 (268 f.); zur Frage, ob im Anwendungsbereich des § 108 Abs. 1 GWB die Anwendbarkeit der VO (EG) 1370/2007 wieder „auflebt“ s. noch Kapitel 6, S. 341 ff.

⁵⁷⁵ S. zu den Voraussetzungen noch näher Kapitel 9, S. 384 ff.

§§ 45 ff.⁵⁷⁶ Nach § 46 Abs. 2 des Verkehrsvertrags werden die Risiken der Entwicklung der erwarteten Kosten und der erwarteten Einnahmen aber der BVG aufgebürdet. Dies spricht für eine Qualifikation als Dienstleistungskonzession, deren Vergabe sich nach der VO (EG) 1370/2007 richtet, s. auch § 2 Abs. 1 des Verkehrsvertrags. Auch die Vergabebekanntmachung ging davon aus, dass ein Fall einer Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 vorliegt.⁵⁷⁷

b) Kartellvergaberechtliche Strukturierung von Kooperationsmodellen

Im Falle von Kooperation zwischen den öffentlichen Aufgabenträgern des öffentlichen Personennahverkehrs muss wiederum beurteilt werden, ob ein Fall eines vollständigen Aufgabenträgers i.S.d. Remondis-Rspr. vorliegt. Im Falle einer Qualifikation der Kooperation als Auftrag ist deren Vergaberechtsfreiheit nach § 108 Abs. 6 GWB zu untersuchen. Im Falle einer Qualifikation als Dienstleistungskonzession findet hingegen wiederum eine Abdrängung in das Sonderregime der VO (EG) 1370/2007 statt.

c) Kartellvergaberechtliche Strukturierung der Fremderledigung

Möchte eine Einheit der Öffentlichen Hand Personenverkehrsdienste für einen anderen öffentlichen Aufgabenträger erbringen, ohne dass ein Fall einer Kooperation vorliegt, ist dieser Vorgang vollständig dem Kartellvergaberecht unterworfen, soweit der Vorgang die Qualität eines Auftrags über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen aufweist. Im Übrigen findet hingegen wiederum eine Abdrängung in das Sonderregime der VO (EG) 1370/2007 statt.

2. Kartellvergaberecht und Schienenpersonennahverkehr

Auftrags- und Konzessionsvergaben im Bereich des SPNV werden im Grundsatz zwar primär von der VO (EG) 1370/2007 geregelt. SPNV-Leistungen werden nämlich weder von der VRL erfasst,⁵⁷⁸ noch in der Rückausnahme des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 erwähnt.

Anders als von der VRL vorgesehen, machte der deutsche Gesetzgeber von diesem Ausschluss jedoch keinen Gebrauch und eröffnete damit das Vergaberegime

⁵⁷⁶ Der Verkehrsvertrag ist abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/uvk/verkehr/verkehrsplanung/oeffentlicher-personennahverkehr/bvg-verkehrsvertrag/>.

⁵⁷⁷ Zur Bedeutung der Vorabkennzeichnung für die Wahl des Rechtsregimes s. *Knauff*, EuZW 2019 (391) (392) einerseits und *BGH*, Beschl. v. 12. 11. 2019, Az.: XIII ZB 120/19 Rn. 46 = ECLI:DE:BGH:2019:121119BXIII ZB 120.19.0 = NZBau 2020, 179 andererseits.

⁵⁷⁸ Art. 10 lit. i VRL: Öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per Untergrundbahn; Art. 10 Abs. 3 KVR: Konzessionen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste i.S.d. VO (EG) 1370/2007; s auch Art. 21 lit. g SVR.

des GWB für SPNV-Vergaben.⁵⁷⁹ Zwar ist auch der deutsche Gesetzgeber an den Vorrang der VO (EG) 1370/2007 gebunden. Da die VO (EG) 1370/2007 jedoch die Möglichkeit abweichender nationaler Vorschriften einräumt, können die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtsvorschriften vorsehen, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn durch ein Vergabeverfahren vergeben werden müssen, welches ihren allgemeinen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe entspricht.⁵⁸⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat Auftragsvergaben im Schienenpersonenverkehr deshalb dem Kartellvergaberecht unterworfen und eigenständige Anpassungen an die Vergaben der VO (EG) 1370/2007 mit § 131 GWB vorgenommen.⁵⁸¹ Insbesondere wird für die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe nach § 131 Abs. 2 S. 1 GWB auf die Voraussetzungen der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 verwiesen. Für Konzessionsvergaben findet § 131 GWB über § 154 Nr. 3 GWB modifiziert Anwendung.⁵⁸²

Relevant ist dieses Vergaberechtsregime für Vergaben an die Öffentliche Hand in Berlin im Zuge der Vergabeverfahren der Berliner S-Bahn-Strecken geworden. 2015 wurde dafür nach Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens ein ab 2021 gültiger Verkehrsvertrag mit der S-Bahn Berlin GmbH über das Teilnetz Ring/Süd-Ost geschlossen. Der Vertrag ist als Brutto-Vertrag ausgestaltet und damit als Auftrag zu qualifizieren, dessen Vergabe sich 2015 jedoch noch nach altem Kartellvergaberecht richtete.⁵⁸³ Zuletzt ist auch die Ausschreibung für das Teilnetz Nord-Süd/Stadtbahn im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden.⁵⁸⁴ Nunmehr richtet sich das Vergabeverfahren nach § 131 GWB. Eine Direktvergabe nach § 131 Abs. 2 S. 1 GWB i. V. m. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 an die S-Bahn GmbH wäre aufgrund der Stellung der GmbH als Tochter der Deutsche Bahn AG nicht möglich.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ *Mutschler-Siebert/Dorschfeldt*, VergabeR 2016, 385 (386).

⁵⁸⁰ Erwägungsgrund 27 VRL; s. auch Erwägungsgrund 35 SVR.

⁵⁸¹ *Burgi*, Vergaberecht, § 23 Rn. 18; *Bremer/Helmstädter*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 131 Rn. 2; weitergehend *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007.

⁵⁸² *S. Siegel*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 154 Rn. 7.

⁵⁸³ Der Verkehrsvertrag ist abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/uvk/verkehr/verkehrsplanung/oeffentlicher-personennahverkehr/s-bahn-vertraege/>.

⁵⁸⁴ Abrufbar unter <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:371803-2020:TEXT:DE:HTML>.

⁵⁸⁵ Zu den Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach VO (EG) 1370/2007 noch im Einzelnen Kapitel 9, S. 384 ff.

IV. Energieversorgung

Im Bereich der Energieversorgung könnte sich ein Anwendungsbereich für das Kartellvergaberecht einerseits im Falle der Gründung von Stadtwerken, andererseits bei der Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen sowie beim Abschluss von Wegerechtsverträgen für das Fernwärmenetz ergeben.

1. Gründung von Stadtwerken und Tätigkeit im Bereich Energieerzeugung und -lieferung

Die Gründung von Stadtwerken ist kartellvergaberechtlich als reiner Organisationsakt zunächst irrelevant. Mit der Gründung des Stadtwerks weist der Aufgabenträger diesem jedoch die Aufgaben der Energieerzeugung und Energielieferung zu. Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen als Auftrag oder Dienstleistungskonzession zu qualifizierenden Vorgang handelt.

Unter Zugrundelegung des EnWG als Liberalisierungsregime nimmt das Stadtwerk bei der Energieerzeugung nur am Markt der Energieerzeugung teil, ohne dass hiermit eine Beschaffung des Aufgabenträgers einhergeht. Eine einklagbare Verpflichtung zur Energieerzeugung liegt regelmäßig nicht vor, sodass es an einem Beschaffungsbezug fehlt.

Zweifelhaft ist daher auch, ob die Energielieferung gegenüber den Einwohnern als Auftrag/Konzession qualifiziert werden kann. Insofern handelt es sich ebenfalls um einen durch das EnWG liberalisierten Markt, der mangels einklagbarer Verpflichtung zur Energielieferung zwischen dem Energieversorger und der Gemeinde nicht dem Kartellvergaberecht unterfällt.

Bezieht die Stadt jedoch selbst Energie beim Stadtwerk, handelt es sich typischerweise um einen Auftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB bzw. um eine Dienstleistungskonzession i.S.d. § 105 Abs. 1 GWB. Denn im Falle der Gründung von Stadtwerken wird die öffentliche Aufgabe zur Energieversorgung typischerweise nicht vollständig i.S.d. Remondis-Rspr. auf das Stadtwerk übergehen. Der Auftrag kann sodann nur unter den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB vergaberechtsfrei erfolgen. Wesentliche Bedeutung kommt hierbei dem Wesentlichkeitskriterium zu, da Stadtwerke regelmäßig auch mit der Stromlieferung an Privathaushalte und Industrieunternehmen befasst sein werden. Da diese Belieferung von Relevanz für die Wesentlichkeitsschwelle ist, ist im Einzelfall zu bestimmen, wie hoch der Anteil der privaten Stromlieferungen an den gesamten Stromumsätzen ist.⁵⁸⁶ Wenn dieser 20 % übersteigt, wäre der Bezug nach Kartellvergaberecht ausschreibungspflichtig.

⁵⁸⁶ Vgl. dazu *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 19.

Eine Kooperation mehrerer Kommunen durch Gründung eines gemeinsamen Stadtwerks zur eigenen Belieferung mit Strom und/oder Gas wäre nur unter den Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB ausschreibungsfrei.

Soweit ein Stadtwerk rechtsträgerfremde Kommunen mit Strom, Gas oder Fernwärme beliefern soll, ohne dass dem ein kooperatives Konzept zugrunde liegt, liegt ein nach Kartellvergaberecht ausschreibungspflichtiger Fall einer Fremdvergabe vor.

2. Strom- und Gasnetzkonzessionen nach § 46 EnWG

Mit der Erfassung der Dienstleistungskonzession vom Kartellvergaberecht ist die Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB geraten. Bei Wegekonzessionen handelt es sich um gegenüber § 46 Abs. 1 EnWG qualifizierte Wegenutzungsverträge zwischen einem Energieversorgungsunternehmen und einer Gemeinde über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören.

a) Qualifikation als Dienstleistungskonzession im Sinne des Kartellvergaberechts

Es ist umstritten, ob qualifizierte Wegenutzungsverträge i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG als Dienstleistungskonzession im kartellvergaberechtlichen Sinne qualifiziert werden können.

Während die Bundesregierung⁵⁸⁷ und ein Teil der Literatur⁵⁸⁸ sich gegen eine Erfassung der qualifizierten Wegekonzessionen aussprechen, mehren sich die Stimmen, die Wegekonzessionen i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG als Dienstleistungskonzessionen i.S.d. § 105 GWB qualifizieren.⁵⁸⁹

Die Nutzung von im staatlichen Eigentum stehenden Verkehrsflächen wird im Straßenrecht über die Institute des Gemeingebrauchs und der Sondernutzung reguliert. Für Sondernutzungen ist eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich. Hierbei handelt es sich im Grundsatz um keine Dienstleistungskonzession, weil mit der

⁵⁸⁷ BR-Drs. 73/16, 9.

⁵⁸⁸ Assmann/König, VergabeR 2020, 266 (267); Kühling/Seiler, EnWZ 2017, 99 (102); Burgi, Vergaberecht, § 24 Rn. 5 f.; Huber, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 64; kritisch bzgl. eines Beschaffungsbezugs auch schon Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 74 f.

⁵⁸⁹ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung Rn. 88; Modest/Sauer, EWERK 2016, 226 (226 f.); Gabriel, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 102 Rn. 55 („ganz überwiegend“); Theobald/Wolkenhauer, DÖV 2016, 724 (730); Koppe, (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes, S. 19 ff.; in diese Richtung auch Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rn. 161.

Sondernutzungserlaubnis nichts beschafft wird; vielmehr befreit die Öffentliche Hand mit der Sondernutzungserlaubnis von einem präventiven Verbot, worauf der Antragsteller aus Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch hat. Nach Erwägungsgrund 13 KVR handelt es sich bei alle Wirtschaftsteilnehmer berechtigenden Regelungen, die keine gezielte Auswahl voraussetzen, um keine Dienstleistungskonzessionen. Damit fehlt es für den Tatbestand der Dienstleistungskonzession an der Selektivität und schließlich auch an einem Beschaffungsbezug. Dementsprechend wird die einfache Wegerechtsvergabe nach § 46 Abs. 1 EnWG nicht kartellvergaberechtlich strukturiert.

Für qualifizierte Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG ist hingegen umstritten, ob mit der Vergabe der Wegekonzession zugleich etwas beschafft wird. Nach Erwägungsgrund 16 KVR⁵⁹⁰ schließt die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, die Qualifikation als Konzession nämlich nur aus, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen. Während mit der Konzessionierung einhergehende Dienstleistungen für die Allgemeinheit danach nicht ausreichen, können Liefer- oder Dienstleistungsverpflichtungen die Qualifikation als Dienstleistungskonzession begründen.⁵⁹¹ Fraglich ist somit, ob die kommunale Nachfrage nach Netzbetriebsleistungen als Gewährung von Wegerechten für Dienstleistungen für die Allgemeinheit oder vielmehr als Verpflichtung gegenüber den Kommunen zur Erbringung von Netzbetriebsleistungen zu qualifizieren ist.

In Anknüpfung an die Differenzierung in der Rs. Müller müsste für eine Beschaffung ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse des öffentlichen Auftraggebers bestehen, während die bloße Ausübung staatlicher Zuständigkeiten nicht genügt.⁵⁹² Die Frage führt letztlich auf die Qualifikation des Netzbetriebs als kommunale Aufgabe zurück. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich beim Netzbetrieb um eine kommunale Aufgabe,⁵⁹³ sodass die Gemeinden als Nachfrager einer von ihnen zu beschaffenden Leistung auftreten.⁵⁹⁴ Der BGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen: „Mit der Konzessionsvergabe befriedigt die Gemeinde

⁵⁹⁰ Von Art. 7 Abs. 1 KVR i. V. m. Anhang II Nr. 1 lit. a kann hingegen nicht auf die Qualifikation des qualifizierten Wegerechts als Dienstleistungskonzession geschlossen werden, da es um aufgrund der Wegekonzession gewährte Konzessionen durch Sektorenauftraggeber geht; so aber *Knauff*, EnWZ 2015, 51 (56).

⁵⁹¹ *Bonk/Neumann/Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 54 Rn. 161; dies erkennen auch *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (101) an.

⁵⁹² Diese Wertungen übertragen auch *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (101).

⁵⁹³ S. dazu bereits Kapitel 2, S. 91 f.

⁵⁹⁴ *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, 71 (72); a. A. *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 26, § 24 Rn. 5 f., der nicht von einer Beschaffung, sondern von einer Vermögensnutzung durch die Kommunen ausgeht; so auch *Hohenstein-Bartholl/Jacob*, RdE 2017, 454 (460 f.).

(...) – als Nachfrager – den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet [...]“.⁵⁹⁵ Dementsprechend kann die Konzession nach § 46 Abs. 2 EnWG als Dienstleistungskonzession im Sinne des Kartellvergaberechts qualifiziert werden.

b) Überlagerung durch § 46 EnWG

§ 46 EnWG normiert indes spezielle – teils vom Kartellvergaberecht abweichende – Voraussetzungen für die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen. Dabei trifft § 46 EnWG weitreichend mit der KVR vereinbare Regelungen, sodass es hier zu keinem Konflikt kommt.⁵⁹⁶ Wo § 46 EnWG strenger ist, ist dies als überschießende Richtlinienumsetzung zulässig.⁵⁹⁷ Im Einzelfall kann dem Kartellvergaberecht zudem eine lückenfüllende Funktion zukommen.⁵⁹⁸ Im Ergebnis richtet sich die Vergabe von Wegekonzessionen i. S. d. § 46 Abs. 2 EnWG daher weitreichend nach § 46 EnWG und nicht nach dem Kartellvergaberecht.

3. Wegenutzungsverträge für das Fernwärmenetz

Auch für Wegenutzungsverträge für das Fernwärmenetz wird diskutiert, ob es sich um Dienstleistungskonzessionen i. S. d. Kartellvergaberechts handelt. Indes ist schon zweifelhaft, ob es sich beim Abschluss von entsprechenden Wegenutzungsverträgen um einen Vertrag im kartellvergaberechtlichen Sinne handelt. Denn die Einräumung von Wegenutzungsrechten im Bereich Fernwärme ist mangels Selektivität allein als Gewährung einfacher Wegenutzungsverträge zu qualifizieren.⁵⁹⁹ Daher richtet sich die „Vergabe“ von Wegenutzungsverträgen für Fernwärmenetze allein nach europäischem Primärrecht sowie dem allgemeinen Kartellrecht.⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 66/12, Rn. 45; Kühling/Seiler, EnWZ 2017, 99 (101) zweifeln jedoch an, ob sich der BGH zu dieser Rechtsfrage überhaupt habe einlassen wollen.

⁵⁹⁶ Mohr, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 153 Rn. 155 ff.

⁵⁹⁷ Mohr, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 153 Rn. 158; Gabriel, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht, GWB, § 102 Rn. 58; s. zur davon zu unterscheidenden Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Regelung Kapitel 3, S. 215 ff.

⁵⁹⁸ Katz, KommJur 2018, 1 (4f.), auch wenn dieser die Wegekonzessionen nicht als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert.

⁵⁹⁹ Auch den Beschaffungsbezug verneinend Körber/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 39 ff.; s. auch VG Bln, Urt. v. 30. 6. 2017, Az.: 4 K 16.15, Rn. 125 ff.

⁶⁰⁰ Assmann/König, VergabeR 2020, 266 (269); näher Körber/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 55 ff. (zum Primärvergaberecht) und 63 ff. (zum Kartellrecht); mangels Beschaffungsbezugs sind die sich daraus ergebenden Vorgaben nicht mehr Gegenstand vertiefter Untersuchung in dieser Arbeit.

Ein Lieferauftrag kann ausnahmsweise jedoch dann vorliegen, wenn die Öffentliche Hand selbst Wärmeenergie bezieht.⁶⁰¹ Um einen Dienstleistungsauftrag/ eine Dienstleistungskonzession kann es sich zudem handeln, wenn die Kommune als Eigentümerin des Fernwärmenetzes dieses durch einen Dritten betreiben lassen möchte und dafür mehr als nur ein einfaches Wegerecht einräumt.⁶⁰² In diesen Fällen würde auch der Abschluss des Vertrags über das einfache Wegenutzungsrecht kartellvergaberechtlich „infiziert“, sodass das Gesamtvertragswerk ausschreibungspflichtig wäre.⁶⁰³ Dann wäre das Kartellvergaberecht mit den schon aufgezeigten Besonderheiten für den öffentlichen Aufgabenzugriff zu berücksichtigen.

C. Ergebnisse

Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts hat sich durch die Erfassung von Dienstleistungskonzessionen noch stärker als zuvor in Bereiche mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge ausgedehnt. Die vorstehenden Ausführungen haben jedoch aufgezeigt, dass der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge nicht pauschal als vom Kartellvergaberecht strukturiert angesehen werden kann. Vielmehr bedarf es eines detaillierten Blicks auf die Anwendungsvoraussetzungen und Ausnahmebestimmungen der §§ 97 ff. GWB.

In Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts hat sich gezeigt, dass der zentrale Begriff des Wirtschaftsteilnehmers funktional zu verstehen und in diesem Sinne erdenklich weit ist. Weil der Begriff keine Abgrenzung zwischen vergabewettbewerblich und nicht-vergabewettbewerblich strukturiertem Aufgabenzugriff erlaubt, verlagert sich diese Abgrenzung auf die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts.

In sachlicher Hinsicht setzt die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Zugriffe der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge voraus, dass sich das Betrauungsverhältnis als entgeltlicher Vertrag qualifizieren lässt. Nach überwiegender, aber umstrittener Auffassung sind deshalb Betrauungen innerhalb eines Rechtsträgers mangels miteinander kontrahierender selbstständiger Rechtssubjekte vom kartellvergaberechtlichen Vertragsbegriff auszuschneiden. Die Betrauung von Eigen- und Regiebetrieben wird daher nicht vom Kartellvergaberecht wettbewerblich strukturiert.

Weiterhin sind all jene Konstellationen auszuschneiden, in denen es an einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Leistung des Wirtschaftsteilnehmers und damit an einer Beschaffung fehlt. Dies kann bei der Gewährung von Erlaubnissen, bei der Gründung von Rechtsträgern und

⁶⁰¹ *Körper/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 44 f.

⁶⁰² *Körper/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 46.

⁶⁰³ *Körper/Kühling*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen, S. 49; *Assmann/König*, VergabeR 2020, 266 (269 f.).

bei der Veräußerung und dem Erwerb von Unternehmensanteilen der Fall sein. Indes ist dem funktionalen Verständnis des Kartellvergaberechts entsprechend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, sodass der jeweils zu beurteilende Vorgang daraufhin untersucht werden muss, ob mit ihm nicht womöglich in einem weiteren Schritt eine Beschaffung einhergeht. Im Bereich der Betrauung von Einheiten der Öffentlichen Hand mit Aufgaben der Daseinsvorsorge wird der Aufgabenträger regelmäßig ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an deren Aufgabenerfüllung haben und damit ein Beschaffungsbezug anzunehmen sein. Dies ist nur dann zu verneinen, wenn es sich um einen unter die vom EuGH in der Rs. Remondis aufgestellten Voraussetzungen fallenden vollständigen Aufgabenübertrag handelt.

Der Beschaffung muss zudem eine vertragsspezifische Willenseinigung zugrunde liegen. Zwangsweise Beschaffungen und gesetzliche Aufgabenzuweisungen sind danach zwar im Grundsatz vom Kartellvergaberecht auszuschneiden. Indes muss auch hier eine funktionale Auslegung erfolgen, um unzulässige Umgehungen zu verhindern. Deshalb geraten auch ohne vertragliche Grundlage erfolgende Betrauungen öffentlich-rechtlicher Einheiten weitergehend in den kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich, als bisher angenommen.

Soweit der kartellvergaberechtliche Auftrags- oder Konzessionsbegriff erfüllt ist, wird die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts durch eine Mehrzahl an Bereichsausnahmen suspendiert. Zentrale Bedeutung kommt § 108 GWB zu, der den vergabewettbewerblich strukturierten Bereich öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit bestimmt. Der öffentliche Aufgabenzugriff wird nur bei Überschreiten dieser Grenze durch das Kartellvergaberecht wettbewerblich strukturiert. Während § 108 Abs. 1–5 GWB eine differenzierte Beurteilung öffentlicher Konzernstrukturen zwischen ausschreibungsfreier Eigenerledigung und ausschreibungspflichtiger Wettbewerbsteilnahme erlaubt, spezifiziert § 108 Abs. 6 GWB erstmals positiv-rechtlich den kartellvergaberechtlich privilegierten Bereich von öffentlichen Kooperationen auf Gleichordnungsebene. Mit den Ausnahmetatbeständen des § 108 GWB gelingt es so, eine Linie zwischen dem verwaltungsinternen Bereich, der einer marktlichen Strukturierung nach dem Willen des Gesetzgebers verschlossen bleiben soll und dem Bereich marktlich relevanten Verhaltens zu ziehen.

Auch dort, wo der Aufgabenzugriff auf Grundlage rechtmäßiger Monopolrechte erfolgt, befreit § 116 Abs. 1 Nr. 6 bzw. § 149 Nr. 5 GWB von der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts. Der Vorschrift kommt aufgrund seiner stark einschränkenden Anwendungsvoraussetzungen jedoch nur geringe Bedeutung für den Bereich kommunaler Daseinsvorsorge zu.

Weiterhin wird der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Wasserkonzessionen bereichsspezifisch durch § 149 Nr. 9 GWB und auf Konzessionen im straßengebundenen ÖPNV durch § 149 Nr. 12 GWB von kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflichten befreit. Die kartellvergaberechtliche Strukturierung des Zugriffs auf Strom- und Gasnetzkonzessionen wird zudem durch die Regelung des

§ 46 EnWG vollständig verdrängt. Schließlich greift das Kartellvergaberecht erst ab Erreichen der Schwellenwerte.

Indes bedeuten diese Ausnahmen keinen vollständigen Dispens von wettbewerblichen Vergabeverfahren. Für die Vergabe von Konzessionen im ÖPNV hat sich die VO (EG) 1370/2007, für die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen das Vergabeverfahren des § 46 EnWG, im Unterschwellenbereich das Haushaltsvergaberecht und bei der Vergabe von Wasserkonzessionen das Primärvergaberecht⁶⁰⁴ als „Auffangordnung“ etabliert. Ihre Bedeutung für die vergabewettbewerbliche Strukturierung des Zugriffs der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge soll daher in den folgenden Kapiteln einer näheren Untersuchung zugeführt werden.

6. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf den Personennahverkehr im Sonderregime der VO (EG) 1370/2007

Im Bereich des ÖPNV ergibt sich für „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ ein besonderes Vergaberechtsregime aus der VO (EG) 1370/2007.⁶⁰⁵ Mit der VO wurde ein eigenständiges Vergaberechtsregime für gemeinwirtschaftliche Verkehre eingeführt. Als nationale Schnittstelle zur VO wurden die §§ 8a, b PBefG geschaffen. Zentrale Bedeutung kommt Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 zu, der die Pflicht statuiert, öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe der Verordnung zu vergeben.

Die VO gilt nach Art. 1 Abs. 2 S. 1 für den gesamten innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und anderen Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße⁶⁰⁶ und entfaltet mithin nicht nur Wirkungen im Anwendungsbereich des PBefG, sondern auch für das Regime des AEG.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Zum Primärvergaberecht s. bereits Kapitel 3.

⁶⁰⁵ Zu deren zeitlicher Anwendbarkeit in Deutschland *Lenz/Jürschik*, NZBau 2019, 629 (631); zur historischen Entwicklung *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Einl., Rn. 6 ff.; zum danebenstehenden, in der Praxis jedoch keine Bedeutung spielenden Instrument der allgemeinen Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 *Antweiler*, VergabeR 2018, 211 (211).

⁶⁰⁶ Mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden.

⁶⁰⁷ Zum 4. Eisenbahnpaket s. *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Einl., Rn. 31 ff.

Der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags i. S. d. VO (EG) 1370/2007 wird abweichend vom Kartellvergaberecht bestimmt.⁶⁰⁸ Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007 definiert den „öffentlichen Dienstleistungsauftrag“ als einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen; gemäß der jeweiligen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten können diese rechtsverbindlichen Akte auch in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen,

- a) die die Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung für den Einzelfall haben kann oder
- b) die Bedingungen enthält, unter denen die zuständige Behörde diese Dienstleistungen selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut.

A. Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht erfordert Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007 also eine Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes.

I. Zuständige Behörde

Der rechtsverbindliche Akt muss von der zuständigen Behörde ausgehen. Nach Art. 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 bezeichnet der Begriff „zuständige Behörde“ jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung.

Welche Behörde im Einzelfall zuständig ist, richtet sich nach den ÖPNV-Gesetzen der Länder, wobei dies in der Regel die Aufgabenträger des ÖPNV sind.⁶⁰⁹ In Berlin wird die Aufgabe nach § 27 Abs. 1 Mobilitätsgesetz dem Land Berlin zugewiesen; zuständige Behörde ist nach dessen Abs. 2 die zuständige Senatsverwaltung. Zuständige Behörde kann weiterhin eine unterhalb der Ebene des Aufgabenträgers angesiedelte Körperschaft sein. In Betracht kommen auch Verbundgesellschaften wie Zweckverbände, wobei hier im Einzelfall zu untersuchen ist, ob es

⁶⁰⁸ *Nettesheim*, NVwZ 2009, 1449 (1450).

⁶⁰⁹ *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 7.

sich bei dem Verbund um eine eigenständige Behörde i. S. d. Art. 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 oder um eine Gruppe von Behörden handelt.⁶¹⁰

II. Betreiber eines öffentlichen Dienstes

Die hier vornehmlich interessierende Auftragnehmerseite wird mit dem Begriff des „Betreibers eines öffentlichen Dienstes“ gekennzeichnet. Nach Art. 2 lit. d VO (EG) 1370/2007 wird hiervon jedes privat- oder öffentlich-rechtliche Unternehmen oder jede Gruppe von privat- oder öffentlich-rechtlichen Unternehmen erfasst, das/die öffentliche Personenverkehrsdienste betreibt. Weiterhin erfasst werden öffentliche Einrichtungen, die öffentliche Personenverkehrsdienste durchführen.

Die VO (EG) 1370/2007 erfasst zudem die aus dem Kartellvergaberecht bekannten Formen der Eigenerledigung. In Entsprechung zum Kartellvergaberecht werden zunächst von der vergebenden Stelle zwar rechtlich getrennte, aber wie eigene Dienststellen kontrollierte Einheiten als sog. interne Betreiber erfasst, Art. 2 lit. j VO (EG) 1370/2007. Die BVG als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts ist bspw. als ein solcher interner Betreiber des Landes Berlin zu qualifizieren, s. auch § 1 Abs. 2 des Verkehrsvertrags 2020.

Über den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts hinausgehend werden nach Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007 zudem auch Betrauungen der vergebenden Stelle selbst (nach dessen Art. 5 Abs. 2 sog. integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste) von der Verordnung erfasst. Damit dehnt sich der persönliche Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 anders als das Kartellvergaberecht auch in den Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne aus.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht erfordert der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags i. S. d. VO (EG) 1370/2007 einen rechtsverbindlichen Akt, mit dem der Betreiber eines öffentlichen Dienstes von der zuständigen Behörde mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraut wird, die gemeinwirtschaftlichen Pflichten unterliegen (Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007). Als Gegenleistung muss die zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber abschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art gewähren (Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007).

⁶¹⁰ M. w. N. zum Streitstand *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 7; s. auch *Antweiler*, VergabeR 2018, 211 (217 ff.) und *Hübner*, VergabeR 2020, 559 (561).

I. Rechtsverbindlicher Akt

Erforderlich ist demnach zunächst ein „rechtsverbindlicher Akt“. Der VO (EG) 1370/2007 liegt ein gegenüber dem Kartellvergaberecht erweiterter, eine Vielzahl an Handlungsformen zusammenfassender Auftragsbegriff zugrunde.⁶¹¹ So findet eine Ausweitung über das das Kartellvergaberecht zentral prägende Vertragserfordernis statt. Dem entspricht die Ausdehnung in persönlicher Hinsicht auf Betrauungen im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne.

1. Übereinkunft

Der Begriff der „Übereinkunft“ darf daher nicht fälschlicherweise als Erfordernis eines vertragsähnlichen oder wenigstens bipolaren Verhältnisses gedeutet werden.⁶¹² Selbstverständlich kann die Übereinkunft diese Qualität annehmen, sie muss es aber nicht. Der zwischen dem Land Berlin und der BVG geschlossene Verkehrsvertrag erfüllt unproblematisch die Anforderungen an den rechtsverbindlichen Akt i. S. d. VO.

2. Entscheidung durch Gesetz oder Verwaltungsregelung für den Einzelfall

Weiterhin möglich ist auch eine Entscheidung durch Gesetz oder Verwaltungsregelung für den Einzelfall. Während das Kartellvergaberecht auf Beschaffungen auf andere Weise gerade nicht anwendbar ist, erweitert die VO (EG) 1370/2007 hier ausdrücklich ihren Anwendungsbereich in die Bereiche gesetzlicher oder durch Verwaltungsakt erfolgender Betrauung, die auch zwangsweise, also gegen den Willen des Betrauten, erfolgen kann.⁶¹³ Die im Kartellvergaberecht diskutierte Frage nach der Reichweite des Auftragsbegriffs stellt sich im Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 mithin von vorneherein nicht.⁶¹⁴

3. Ausdehnung in den Bereich der Eigenerledigung

Neben den im Kartellvergaberecht als „Beschaffung auf andere Weise“ ausklammerten Beschaffungsverhältnissen dehnt sich die VO (EG) 1370/2007 auch in den im Kartellvergaberecht privilegierten Bereich der Eigenerledigung aus.⁶¹⁵ Dafür

⁶¹¹ *Saager*, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, S. 150 f.; *Nettesheim*, NVwZ 2009, 1449 (1450 f.).

⁶¹² *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 19.

⁶¹³ *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 19; näher zu den Begriffen *Oebbbecke*, NVwZ 2019, 1724 (1727).

⁶¹⁴ S. zur Diskussion im Kartellvergaberecht bereits Kapitel 5, S. 274 ff.

⁶¹⁵ S. zur Rechtslage im Kartellvergaberecht bereits Kapitel 5, S. 251 ff.

werden auch Entscheidungen vom Anwendungsbereich erfasst, wonach die zuständige Behörde die Dienstleistung selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung betraut. Im ersteren Falle liegt kartellvergaberechtlich gesprochen ein Fall einer nicht einmal tatbestandlich erfassten Eigenerledigung im engeren Sinne vor. Dass es in diesem Falle an einem Vertragsschluss im formellen Sinne mangelt, ist für die VO (EG) 1370/2007 hingegen unschädlich, die insofern auch reine In-sich-Geschäfte erfasst.⁶¹⁶

Um einen Fall einer von der VO erfassten Selbsterbringung handelt es sich auch im Falle eines vollständigen Aufgabenübertrags im Sinne der Remondis-Rspr. des EuGH, bei dem auch die Funktion der zuständigen Stelle übergeht.

Als interne Betreiber werden nach Art. 2 lit. j VO (EG) 1370/2007 zudem rechtlich getrennte Einheiten erfasst, über die eine zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Insofern werden vom Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 auch nach § 108 GWB ausgenommene Inhouse-Konstellationen erfasst.⁶¹⁷ Die Frage, ob eine entsprechende Kontrolle tatsächlich besteht, ist erst auf Rechtsfolgenseite für die Frage relevant, ob eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zulässig ist.⁶¹⁸

II. Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

Gegenstand des Auftrags muss die Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten sein. Der Begriff des öffentlichen Personenverkehrs wird in Art. 2 lit. a VO (EG) 1370/2007 näher definiert und erfasst Personenbeförderungsleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei und fortlaufend erbracht werden. Erfasst wird nur die Erbringung der Personenbeförderungsleistung i. e. S. nicht hingegen der Betrieb der Infrastruktur.⁶¹⁹

Erfasst werden nunmehr nach Art. 2 lit. a, lit. aa VO (EG) 1370/2007 auch öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste, worunter der öffentliche Schienenpersonenverkehr mit Ausnahme des Personenverkehrs auf anderen schienengestützten Verkehrsträgern wie Untergrund- oder Straßenbahnen fällt. Vom Begriff des öffentlichen Schienenpersonenverkehrsdienstes umfasst ist demnach jedes schienen-gestützte Verkehrsmittel im Nah-, Regional- und Fernverkehr, soweit es sich nicht

⁶¹⁶ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 19.

⁶¹⁷ Vgl. Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 22.

⁶¹⁸ S. dazu daher noch näher Kapitel 9, S. 384 ff.

⁶¹⁹ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 2.

um Straßen-, Stadt- oder Untergrundbahnen handelt.⁶²⁰ Jene werden bereits von dem allgemeineren Begriff des öffentlichen Personenverkehrs erfasst.

Die VO (EG) 1370/2007 ist nur im Falle sog. „Vergabereife“ anwendbar, also wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung auf eigenwirtschaftlicher Grundlage nicht möglich ist.⁶²¹ Dementsprechend erforderlich ist für den Auftragsbegriff, dass die öffentlichen Personenverkehrsdienste gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Diese werden nach Art. 2 lit. e VO (EG) 1370/2007 definiert als eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte. Zentrales Merkmal der Gemeinwirtschaftlichkeit ist daher ihre wirtschaftliche Nachteiligkeit.⁶²²

Weiterhin erforderlich ist eine „Betrachtung“. Dabei wird die Rechtsform der Betrauung unter Verweis auf Art. 2 lit. i Hs. 2 VO (EG) 1370/2007 als den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überantwortet angesehen.⁶²³ Erfasst werden in einem weiten Sinne verwaltungsinterne Organisationsakte, Verträge, Verwaltungsakte sowie kommunale Gremienbeschlüsse.⁶²⁴

Mit dem zwischen der BVG und dem Land Berlin geschlossenen Verkehrsvertrag 2020 erfolgt eine solch wirtschaftlich nachteilige Betrauung mit der vom Land Berlin gewollten und durch Leistungspflichten der BVG gesicherten Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen der Verkehrsmittel Untergrundbahn, Straßenbahn, Bus und Fähre, s. die §§ 8 ff. des Verkehrsvertrags zu den Leistungspflichten. Die Gemeinwirtschaftlichkeit zeigt sich bereits an den nach §§ 45 ff. des Verkehrsvertrags erforderlichen Ausgleichsleistungen für die Erbringung der fahrplanmäßigen Leistungen, die trotz der Einnahmen aus dem Fahrgeschäft erforderlich sind.

III. Gegenleistung

Nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 muss die zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art gewähren.

Nach Art. 2 lit. f VO (EG) 1370/2007 bezeichnet der Begriff des „ausschließlichen Rechts“ ein Recht, das einen Betreiber eines öffentlichen Dienstes berechtigt,

⁶²⁰ Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 9.

⁶²¹ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, § 8a Rn. 15; zum Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehrsbedienung bereits Kapitel 2, S. 87 f. sowie Ziekow, NVwZ 2009, 865 (865).

⁶²² Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 10.

⁶²³ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 20.

⁶²⁴ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 20.

bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss aller anderen solchen Betreiber zu erbringen. Nicht ausreichend ist die bloße Gewährung von Genehmigungen für den straßen- oder schienengebundenen ÖPNV, weil dies noch zu keiner Marktabstottung führt.⁶²⁵ Zudem muss es sich bei dem Monopol um ein gewillkürtes handeln; für natürliche Monopole, wie sie typischerweise im schienengebundenen ÖPNV bestehen, wird kein besonderes Recht gewährt.⁶²⁶ Die Gewährung eines ausschließlichen Rechts konkretisiert § 8a Abs. 8 PBefG. Erforderlich für die Einräumung eines ausschließlichen Rechts ist es, dass ansonsten eine ruinöse Konkurrenz drohte. Dieses Erfordernis kann über die Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit eines Parallelverkehrs nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG konkretisiert werden.⁶²⁷

Art. 2 lit. g VO (EG) 1370/2007 definiert den Begriff der „Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ näher. Erfasst wird danach jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird. Die Ausgleichsleistung muss Gegenleistungscharakter haben⁶²⁸ und aus öffentlichen Mitteln gewährt werden, wird aber ansonsten nicht beschränkt. Da eine mittelbare Finanzierung aus öffentlichen Mitteln genügt, sind für Dienstleistungskonzessionsmodelle typische Finanzierungsformen erfasst. Der Begriff der Ausgleichsleistung entspricht damit dem Entgeltlichkeitsbegriff des Kartellvergaberichts.

IV. Kein Dienstleistungsauftrag i.S.d. Kartellvergaberichts

Die Anwendbarkeit des vergabewettbewerblichen Verfahrens nach Art. 5 Abs. 2–6 VO (EG) 1370/2007 setzt weiterhin voraus, dass kein Dienstleistungsauftrag i.S.d. Kartellvergaberichts über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen vorliegt.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 VO (EG) 1370/2007 ordnet zwar an, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe der Verordnung vergeben werden. S. 2 enthält jedoch eine spezifische Regelung für solche Dienstleistungsaufträge, die der Definition der Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen unterfallen. Dabei ist anstelle der in der VO angeführten Richtlinien nunmehr an die Begrifflichkeiten in der diese Richtli-

⁶²⁵ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 12 und Rn. 14.

⁶²⁶ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 13.

⁶²⁷ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 114.

⁶²⁸ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 15.

nien ablösenden VRL und SVL anzuknüpfen.⁶²⁹ Voraussetzung dafür ist nach unstrittener Auffassung, dass der Auftragsbegriff der VRL erfüllt ist.⁶³⁰ Diesem unterfallende Aufträge werden allein gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, außer es handelt sich um Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinien. Dies bedeutet: Nur die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen i. S. d. Kartellvergaberechts ist vollständig dem Vergaberegime der VO zugeordnet (Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007; § 149 Nr. 12 GWB).⁶³¹ Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen i. S. d. Kartellvergaberechts im Bereich Busse und Straßenbahnen wird hingegen vollständig dem Kartellvergaberecht unterworfen.⁶³² Art. 5 Abs. 2–6 VO (EG) 1370/2007 findet keine Anwendung. Dementsprechend ist auch die Möglichkeit einer Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form von Konzessionen im Sinne der KVR annehmen, versperrt.⁶³³ Für den SPNV ergibt sich ebenfalls eine vorrangige Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts, wobei dieses jedoch gem. § 131 Abs. 2 S. 1 GWB die Direktvergabemöglichkeit nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 eröffnet.⁶³⁴

Für den Verkehrsvertrag 2008 zwischen dem Land Berlin und der BVG konnte bereits festgestellt werden, dass es sich hierbei um einen Auftrag im kartellvergaberechtlichen Sinne handelt, sodass sich die vergabewettbewerbliche Strukturierung in Hinblick auf Busse und Straßenbahnen nach Kartellvergaberecht richtet.⁶³⁵ Weil der Vertrag jedoch auch Öffentliche Personenverkehrsdienste mit U-Bahnen abdeckt, wird deren Vergabe von der VO (EG) 1370/2007 strukturiert. Demgegenüber richtet sich die Beurteilung des Verkehrsvertrags von 2020 vollständig nach der VO (EG) 1370/2007.

⁶²⁹ *EuGH*, Urt. v. 21.3.2019, Az.: C-266/17 und C-267/17 Rn. 77 f. = ECLI:EU:C:2019:241.

⁶³⁰ Aufgrund eines Urteils des BGH ist darüber ein Streit ausgebrochen; zu Recht kritisch zu *BGH*, Beschl. v. 12.11.2019, Az.: XIII ZB 120/19 Rn. 31 = ECLI:DE:BGH:2019:121119BXIII ZB 120.19.0 = NZBau 2020, 179, s. etwa *Hübner*, *VergabeR* 2020, 559 (566) und *Hagenbruch*, *EuZW* 2020, 1019, der einen Überblick über den Meinungsstand zu dieser Frage gibt.

⁶³¹ So nunmehr auch ausdrücklich *EuGH*, Urt. v. 21.3.2019, Az.: C-266/17 und C-267/17 Rn. 81 = ECLI:EU:C:2019:241 und daran anknüpfend *EuGH*, Urt. v. 8.5.2019, Az.: C-253/18 Rn. 29 = ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658.

⁶³² S. dazu daher auch Kapitel 5, S. 322 ff.

⁶³³ *EuGH*, Urt. v. 21.3.2019, Az.: C-266/17 und C-267/17 Rn. 80 f. = ECLI:EU:C:2019:241 und daran anknüpfend *EuGH*, Urt. v. 8.5.2019, Az.: C-253/18 Rn. 29 = ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658.

⁶³⁴ S. dazu schon Kapitel 5, S. 327 f.

⁶³⁵ S. dazu bereits Kapitel 5, S. 325 f.

1. Aufträge innerhalb der Bereichsausnahme des § 108 GWB

Umstritten ist, wie weit diese Ausschlusswirkung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1370/2007 reicht, wenn das aufgrund eines Auftrags an sich anwendbare Kartellvergaberecht aufgrund von Bereichsausnahmen suspendiert ist. Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen wurde diese Frage immer wieder im Bereich der Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB.⁶³⁶ Teilweise wurde die Auffassung vertreten, dass der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts im Inhouse-Bereich nicht eröffnet sei, weshalb die VO (EG) 1370/2007 Anwendung finden müsse.⁶³⁷ Dies führte dazu, dass neben den Inhouse-Voraussetzungen des § 108 GWB sodann auch die Voraussetzungen für eine Direktvergabe i. S. d. VO (EG) 1370/2007 erfüllt werden mussten.⁶³⁸

Nunmehr ist § 108 GWB jedoch ausdrücklich zu entnehmen, dass es sich bei nach § 108 GWB privilegierten Vergaben ebenfalls um Aufträge i. S. d. Vergaberichtlinien handelt. Dementsprechend erteilte der EuGH dieser Rechtsauffassung eine Absage.⁶³⁹ Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1370/2007 ist als abschließend zu behandeln. Da das Inhouse-Geschäft ausweislich des Wortlauts der Art. 12 Abs. 1 VRL und des Art. 28 Abs. 1 SVL dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien unterfällt (wie auch die Ausgestaltung des § 108 GWB als Bereichsausnahme zeigt), ist der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 2–6 VO (EG) 1370/2007 verschlossen. Soweit also Öffentliche Verkehrsdienste mit Bus und Straßenbahn im Verkehrsvertrag zwischen dem Land Berlin und der BVG dem § 108 Abs. 1 GWB unterfallen, ist hierauf Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 nicht anwendbar.

2. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

Auch unterhalb der Schwellenwerte greift die VO (EG) 1370/2007 nicht. Es handelt sich nämlich ebenfalls um Aufträge i. S. d. Kartellvergaberechts, die jedoch mangels Erreichens der Schwellenwerte vom Anwendungsbereich ausgenommen werden.⁶⁴⁰ Es gilt insofern das zum Streit bei der Inhouse-Ausnahme Ausgeführte entsprechend.

⁶³⁶ M. w. N. zu den in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen *Lenz/Jürschik*, NZBau 2019, 629 (629 f.).

⁶³⁷ *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 15; *Knauff*, DVBl. 2014, 692; *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, § 8a Rn. 38; so auch zuletzt *VK Rheinland*, Beschl. v. 11.11.2016, Az.: VK VOL 14/16.

⁶³⁸ *Lenz/Jürschik*, NZBau 2019, 629 (630).

⁶³⁹ *EuGH*, Urt. v. 8.5.2019, Az.: C-253/18 Rn. 27 = ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658.

⁶⁴⁰ So auch *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 34; a. A. aber *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 15.

3. Keine Baukonzession, Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007

Nicht anwendbar ist die VO (EG) 1370/2007 schließlich auf Baukonzessionen i. S.d. Vergaberichtlinien, wie Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 ausdrücklich feststellt.

4. „Aufträge“ im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne

Anwendung findet die VO (EG) 1370/2007 jedoch im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne, wenn bspw. ein Eigenbetrieb mit der Aufgabenerfüllung „beauftragt“ wird. Denn der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist hier mangels Vertragsschlusses schon gar nicht eröffnet.⁶⁴¹ In diesem Bereich findet die VO (EG) 1370/2007 Anwendung. Nach Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007 sind auch Betrauungen der vergebenden Stelle selbst (nach Art. 5 Abs. 2 VO sog. integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste) von der Verordnung erfasst und die Vergabe richtet sich daher nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007.

5. Vollständiger Aufgabenübertrag i. S.d. Rs. Remondis

Im Falle eines vollständigen Aufgabenübertrags i. S.d. Remondis-Rspr. des EuGH ist der kartellvergaberechtliche Auftragsbegriff ebenfalls nicht erfüllt, sodass sich die Frage stellt, inwieweit die VO (EG) 1370/2007 anwendbar ist. Konsequenterweise wird für einen vollständigen Aufgabenübertrag zu fordern sein, dass auch die Funktion der zuständigen Behörde auf den neuen Rechtsträger übergeht. Möchte dieser nunmehr auf die Aufgabe zugreifen, greift Art. 2 lit. i VO (EG) 1370/2007, wonach auch die Betrauung der vergebenden Stelle selbst dem Anwendungsbereich der VO unterfällt.

C. Ergebnisse

Die VO (EG) 1370/2007 stellt für den öffentlichen Aufgabenzugriff auf Leistungen des Öffentlichen Personennahverkehrs ein gegenüber dem Kartellvergaberecht in verschiedenen Punkten abweichendes Regime auf. So ist der Anwendungsbereich gegenüber dem Kartellvergaberecht stark ausgedehnt, indem auch Beschaffungen auf andere Weise sowie Formen der Eigenerledigung im engeren Sinne erfasst werden.

Diese Ausdehnung wird jedoch durch Privilegierungstatbestände innerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) 1370/2007 korrigiert, die noch in Kapitel 9 darzustellende weitreichende Möglichkeiten zur sog. Direktvergabe von Leistungen des ÖPNV ermöglichen. Mit der VO (EG) 1370/2007 findet sich insofern ein Ver-

⁶⁴¹ S. näher bereits Kapitel 5, S. 251 ff.

gaberechtsregime etabliert, das den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr weitreichend erfasst und sodann innerhalb des Anwendungsbereichs einen Ausgleich zwischen wettbewerblicher Strukturierung und Organisationsautonomie sucht.

7. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Strom- und Gasnetze im Sonderregime des § 46 EnWG

Im Falle der Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen wird das Kartellvergaberecht von § 46 EnWG überlagert.⁶⁴² § 46 Abs. 3 EnWG normiert dafür die Pflicht zur Ausschreibung der Absicht eines Vertragsabschlusses über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Die Anforderungen an das Vergabeverfahren wurden aufgrund der zunächst nur rudimentären Regelung in § 46 EnWG a. F. zu einem wesentlichen Teil durch die Rechtsprechung entwickelt.⁶⁴³ Mit der Neuregelung des § 46 EnWG durch den Gesetzgeber haben nunmehr aber Verfahrensanforderungen in den §§ 46 Abs. 4 und 5 EnWG Niederschlag im Gesetz gefunden, wobei die Regelungsdichte gegenüber dem Kartellvergaberecht einerseits zurückbleibt, andererseits über das Kartellvergaberecht hinausgeht.⁶⁴⁴

Anders als im Kartellvergaberecht, jedoch in Parallelität zum Regime der VO (EG) 1370/2007, findet sich in § 46 Abs. 6 EnWG eine Regelung, wonach das Vergabeverfahren nach den §§ 46 Abs. 2–5 EnWG auch im Falle der Vergabe an Eigenbetriebe der vergebenden Gemeinden entsprechende Anwendung findet. Aus der Regelung wird geschlossen, dass der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung bei der Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen keine Anwendung findet.⁶⁴⁵

Dies gilt zunächst für die Eigenerledigung i. e. S., da nach § 46 Abs. 6 EnWG gerade für die Vergabe an Eigenbetriebe einer Gemeinde die Ausschreibungspflicht angeordnet wird. Dass zwischen der Gemeinde und dem Eigenbetrieb ein Ver-

⁶⁴² S. zum Verhältnis bereits Kapitel 5, S. 330 ff.; *Katz*, KommJur 2018, 1 (4) spricht von „sektorspezifischer Spezialregelung“.

⁶⁴³ *Weiß*, NVwZ 2014, 1415.

⁶⁴⁴ Neuregelung durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 27.01.2017 (BGBl. I S. 130); dazu *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 9 f.

⁶⁴⁵ *Katz*, KommJur 2018, 1 (5).

tragsschluss unmöglich ist, ist für die Ausschreibungspflicht unbeachtlich. Anders als im Regime der VO (EG) 1370/2007 wird die Ausdehnung indes nicht mittels Direktvergabemöglichkeiten flankiert. Insofern ist auch der innerbehördliche Bereich vollständig dem Wettbewerb eröffnet. Darüber hinaus soll auch die Eigenerledigung im weiteren Sinne anders als nach § 108 GWB nicht ausschreibungsfrei sein.

Mit der Vergabe qualifizierter Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG liegt damit ein Referenzbereich vor, in dem eine vollständige marktliche Strukturierung des Zugriffs der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge – hier: auf die Strom- und Gasnetze – realisiert wurde.⁶⁴⁶ Diese Ausdehnung ist jedoch nicht unionsrechtlich determiniert, sondern beruht auf einer insoweit überschießenden Umsetzung der unionsrechtlichen Liberalisierungsvorgaben im Bereich der Energieversorgung.⁶⁴⁷

A. Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht setzt § 46 Abs. 2 EnWG einen Vertragsschluss zwischen Energieversorgungsunternehmen und Gemeinden voraus. Die Gemeinden nehmen hierbei primär die Rolle der die Strom- und/oder Gasnetzkonzession vergebenden öffentlichen Vergabestelle ein.⁶⁴⁸ Als Einheitsgemeinde hat das Land Berlin diese Funktion selbst übernommen.

I. Die Öffentliche Hand als „Energieversorgungsunternehmen“

Auf Bieterseite treten künftige „Energieversorgungsunternehmen“ auf. Energieversorgungsunternehmen sind nach § 3 Nr. 18 EnWG definiert als natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen. Das Recht zum Betrieb des Energieversorgungsnetzes setzt jedoch zunächst einen entsprechenden Vertragsschluss voraus. Keine Einschränkung besteht auf Bieterseite in Hinblick auf die Trägerschaft durch private Wirtschaftsteilnehmer oder die Öffentliche Hand selbst. Gegen eine solche Einschränkung spricht einerseits der Wortlaut des § 3 Nr. 18 EnWG, der generell von juristischen Personen spricht sowie § 46 Abs. 6 EnWG, der ausdrücklich auch die Bieterschaft von Ei-

⁶⁴⁶ Zur Qualifikation als Daseinsvorsorge s. bereits Kapitel 2, S. 91 f.

⁶⁴⁷ Huber, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 56; Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 31 ff.

⁶⁴⁸ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 189.

genbetrieben und damit von der Öffentlichen Hand zuzuordnenden Organisationsformen erlaubt.⁶⁴⁹

II. Ausschluss von Regiebetrieben

Dem Wortlaut des § 46 Abs. 6 EnWG nach sind aus dem Spektrum rechtsträgerinterner Organisationsformen nur Eigenbetriebe zur Teilnahme am Vergabewettbewerb berechtigt. In der Begründung zur Reform des § 46 EnWG findet sich dementsprechend der Hinweis, dass angedacht war, Abs. 6 weiter zu formulieren und generell „Unternehmen der Gemeinden ohne eigene Rechtsfähigkeit“ zu erfassen.⁶⁵⁰ Darauf wurde jedoch verzichtet. Umstritten ist in der Folge, ob die Wettbewerbsteilnahme der Öffentlichen Hand mittels eines Regiebetriebs oder noch weitergehend in die Behördenstruktur eingegliedelter Einheiten überhaupt zulässig wäre. Zwar werden rechtsträgerinternen Organisationsformen beim Betrieb von Strom- und Gasnetzen in der Praxis keine gewichtige Bedeutung zugemessen. Zum einen drohte bei über den Netzbetrieb hinausgehender Tätigkeit typischerweise ein Verstoß gegen die Entflechtungsbestimmungen nach §§ 6 ff. EnWG.⁶⁵¹ Zum anderen erscheint der Netzbetrieb durch einen Regiebetrieb auch deshalb eher fernliegend, da dieser vollständig in die Kommunalverwaltungsstrukturen und damit auch dem Haushalts- und Rechnungswesen der Gemeinde eingegliedert ist und diese damit vollständig den sich aus der Tätigkeit ergebenden Haftungsrisiken ausgesetzt ist. Dass die Frage jedoch in der Praxis nicht gegenstandslos ist, zeigt ein Blick nach Berlin, wo zur Vergabe der Gaskonzession vom Land ein „Landesbetrieb“ geschaffen wurde, dessen Qualifikation als Eigenbetrieb oder Regiebetrieb zunächst umstritten war. Insofern wird in der Literatur vertreten, dass § 46 Abs. 6 EnWG auch für sonstige rechtlich unselbstständige Unternehmensformen wie Regiebetriebe entsprechende Anwendung finden müsse.⁶⁵² Das LG Berlin urteilte hingegen, dass die Fähigkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren des § 46 EnWG nur besteht, wenn ein Organisationsgrad wie bei einem Eigenbetrieb vorliegt; Voraussetzung dafür ist eine dem Eigenbetrieb innewohnende funktionale Eigenständigkeit.⁶⁵³ Erforderlich ist weiterhin eine organisatorische Trennung zwischen der verfahrensleitenden Stelle und dem auf Bieterseite teilnehmenden Teil der Verwaltung.⁶⁵⁴ Letztlich genügte der Berliner Landesbetrieb diesen Anforderungen.⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 189; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9 Rn. 89.

⁶⁵⁰ BT-Drs. 18/8184, S. 20.

⁶⁵¹ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 480.

⁶⁵² Huber, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 114.

⁶⁵³ LG Berlin, Urt. v. 9. 12. 2014, Az.: 16 O 224.14 (juris Rn. 52).

⁶⁵⁴ KG, Urt. v. 4. 4. 2019, Az.: 2 U 5/15 Kart (juris Rn. 67).

⁶⁵⁵ BGH, Beschl. v. 18. 10. 2016, Az.: KZB 46/15 = ECLI:DE:BGH:2016:181016 BKZB46.15.0 (juris Rn. 33) = NZBau 2017, 236 und daran anschließend KG, Urt. v. 4. 4. 2019, Az.: 2 U 5/15 Kart (juris Rn. 65).

B. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht erforderlich ist ein Vertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören.

In begrifflicher Abgrenzung zum einfachen Wegenutzungsvertrag nach § 46 Abs. 1 EnWG werden die vergabepflichtigen Wegekonzessionen auch als sog. qualifizierte Wegenutzungsverträge bezeichnet.⁶⁵⁶ Gegenstand des Konzessionsvertrages ist nicht nur die Verlegung und der Betrieb von einzelnen Leitungen, sondern das gesamte Energieversorgungsnetz zur allgemeinen Versorgung.⁶⁵⁷

Im Grundsatz erforderlich ist ein Vertragsschluss im formellen Sinne. Dass § 46 Abs. 2 EnWG ein solches Vertragsverständnis zugrunde liegt, zeigt bereits die ausdrücklich nur „entsprechende“ Anwendung des § 46 Abs. 2 bis 5 EnWG auf Eigenbetriebe nach § 46 Abs. 6 EnWG, die im Falle eines funktionalen Vertragsverständnisses obsolet wäre.

Dem Vertragserfordernis wohnt noch eine weitere, dem Kartellvergaberecht unbekannte Dimension inne: Die Konzessionierung ist ausschließlich im Wege eines Vertrags i. S. d. § 46 EnWG möglich. Eine „Beschaffung auf andere Weise“ kennt § 46 EnWG nicht und lässt sie auch nicht zu.

I. Erfassung von Eigenbetrieben: Ausdehnung in den Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne

Zwar liegt bei der Konzessionierung eines Eigenbetriebs ein In-sich-Geschäft vor, das mangels beiderseitiger Rechtsfähigkeit der „kontrahierenden“ Parteien nicht als vertraglich qualifiziert werden kann.⁶⁵⁸ § 46 Abs. 6 EnWG kommt jedoch die Funktion einer Erweiterung des potentiellen Bieterkreises über das formale Vertragsverständnis des § 46 Abs. 2 EnWG zu. Danach dehnt sich das wegekonzessionspezifische Vergaberechtsregime des § 46 Abs. 2–5 EnWG auch in den vom Kartellvergaberecht von vorneherein ausgeschiedenen Bereich kommunaler Eigenerledigung im engeren Sinne aus.

⁶⁵⁶ Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 3.

⁶⁵⁷ Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 3.

⁶⁵⁸ BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12 = NZBau 2014, 303 (306); Kühling/Seiler, EnWZ 2017, 99 (101); vielmehr werden als „Konzessionsvereinbarung“ bezeichnete interne Verwaltungsanweisungen erlassen, vgl. Graßmann/Blaß, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 46 Rn. 143.

Mangels Verweis in § 46 Abs. 6 EnWG ist nicht unbestritten geblieben, ob das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG auch im Falle von Vergaben an Eigenbetriebe Anwendung finden kann. Insofern könnte vertreten werden, dass Vergaben an Eigenbetriebe zwar generell vom Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2–5 EnWG erfasst sind, diese aber privilegiert werden dürfen. Während dementsprechend teilweise noch zugunsten eines Rechts der Gemeinden auf eine „Systementscheidung zwischen Ausschreibung und Eigenerfüllung“ argumentiert wird,⁶⁵⁹ hat sich ausgehend von einem gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur⁶⁶⁰ eine zuletzt vom BGH⁶⁶¹ bestätigte Auslegung durchgesetzt, wonach § 46 Abs. 2–5 EnWG auch für Konzessionsvergaben im Bereich der Eigenerledigung eine Vergabepflicht statuiert.⁶⁶² Ausgangspunkt dafür bildet die Annahme, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG gelte ebenso für die Vergabe von qualifizierten Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG.⁶⁶³ Aus dem Diskriminierungsverbot leitet der BGH sodann weitergehend ab, dass eine Vergabe ohne vorhergehende Ausschreibung stets unzulässig sei; eine Berufung auf die kartellvergaberechtlichen Grundsätze der Inhouse-Geschäfte käme nicht in Betracht.⁶⁶⁴ Die §§ 46 Abs. 2 und 3 EnWG sollten kommunalen Ewigkeitsrechten vorbeugen, sodass zumindest alle 20 Jahre ein Wettbewerb um das Netz ermöglicht werden müsse, egal, ob ein Eigenbetrieb oder ein privater Wirtschaftsteilnehmer mit dem Netzbetrieb betraut werden solle.⁶⁶⁵

⁶⁵⁹ *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 46 Rn. 152 ff., der sich entsprechend für eine Exklusivität von § 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG ausspricht, a. a. O., Rn. 34; *ders.*, EnWZ 2016, 1 (2); *ders.*, in: *Kment*, Konzessionsvergabe und kommunale Selbstverwaltung, S. 43 f.; *Theobald/Wolkenhauer*, DÖV 2016, 724 (730 f.); in diese Richtung wohl auch *Rodi*, EWeRK 2016, 177 (180); selbst ablehnend, aber m. w. N. *Graßmann/Blaß*, in: *Elspar/Graßmann/Rasbach*, EnWG, § 46 Rn. 145; ein Inhouse-Privileg de lege ferenda befürwortend *Kment*, in: *ders.*, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 93 f.

⁶⁶⁰ Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers v. 15.12.2010; nunmehr erschienen in 2. Auflage v. 21.5.2015.

⁶⁶¹ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12 und KZR 66/12.

⁶⁶² Aus der Literatur *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99; *Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 26 und 42 ff.; *Huber*, in: *Kment*, EnWG, § 46 Rn. 67.

⁶⁶³ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 29; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 45 f.; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers, S. 40 ff.; m. w. N. auch zur a. A. *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (340); kritisch *Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 35 ff., der das Diskriminierungsverbot in § 19 GWB verortet.

⁶⁶⁴ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 31.

⁶⁶⁵ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 35 f.; dazu auch *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (101); kritisch *Theobald*, in: *Kment*, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 44 f.

Auch das im allgemeinen Kartellrecht anerkannte Konzernprivileg soll einer Ausdehnung des § 46 EnWG auf Eigenbetriebe nicht entgegenstehen. Zwar kennt das Kartellrecht mit dem Konzernprivileg einen dem Inhouse-Privileg ähnlichen Privilegierungstatbestand.⁶⁶⁶ Das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG wird jedoch als spezielle Ausprägung des allgemeinen Verbots der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB a.F.) angesehen.⁶⁶⁷ Als insofern speziellere Regelung sperrt die Norm den Rückgriff auf das Konzernprivileg.

Zuletzt hat der Gesetzgeber mit der Novellierung des § 46 EnWG zum Ausdruck gebracht, an der bestehenden Rechtslage festhalten zu wollen.⁶⁶⁸ Dafür hat er die bisherige Regelungsstruktur unberührt gelassen und nur die Möglichkeit zur Berücksichtigung kommunaler Interessen auf der der Ausschreibung nachgelagerten Ebene der Auswahl gestärkt.⁶⁶⁹ Zwar findet sich auch nach neuer Rechtslage kein Verweis auf § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG. Der Gesetzgeber bringt in der Gesetzesbegründung aber zum Ausdruck, der Forderung nach einer Inhouse-Vergabemöglichkeit im Rahmen des § 46 EnWG nicht nachkommen zu wollen.⁶⁷⁰

II. Eigenerledigung im weiteren Sinne – Keine Anwendbarkeit des § 108 GWB

Auch auf Fälle der Eigenerledigung im weiteren Sinne soll der Ausschluss des Inhouse-Privilegs übertragbar sein. Im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses wird die Wertung des § 46 Abs. 6 EnWG auf Direktvergaben an kommunale Eigengesellschaften übertragen. Wenn Eigenbetriebe schon nicht ausschreibungsfrei konzessioniert werden können, so soll dies erst recht für Eigengesellschaften gelten.⁶⁷¹

Fraglich ist, ob das nunmehr in § 108 GWB kodifizierte Inhouse-Privileg für Vergaben von Wegekonzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG Anwendung finden kann. Aufgrund der Qualifikation als Dienstleistungskonzession geraten qualifizierte

⁶⁶⁶ Näher dazu Kapitel 3, S. 194 ff.

⁶⁶⁷ BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 65/12 Rn. 15 f.

⁶⁶⁸ Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung v. 5.2.2016, BR-Drs. 73/16; dagegen zielte der Antrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE „Übernahme der Energienetze durch Stadtwerke erleichtern“ auf die ausdrückliche Zulassung von Inhouse-Vergaben im Rahmen des § 46 EnWG, BT-Drs. 18/3745, Ziff. II. 1.; so in der Bewertung auch *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 13.

⁶⁶⁹ Zur Wahrung des Status quo durch die Novelle *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (101 f.).

⁶⁷⁰ BR-Drs. 73/16, 1 f.; ausführlich zur primär- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit Kapitel 3, S. 213 ff.

⁶⁷¹ *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 153 Rn. 158; *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 13.

Wegenutzungsverträge nämlich in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB.⁶⁷² Insofern stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Regime zueinander und konkreter, inwieweit § 46 EnWG um die Wertungen des Kartellvergaberechts ergänzt werden muss. Die Gesetzesbegründung verhält sich dazu nicht, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass die KVR keine Anwendung auf Wegenutzungsverträge finden würde.⁶⁷³ In der Literatur wird dem Kartellvergaberecht nur eine lückenfüllende Funktion zugewiesen.⁶⁷⁴ Dort, wo § 46 EnWG also Regelungen trifft, verdrängen diese das allgemeinere Kartellvergaberecht. Da nach h. M. § 46 EnWG ein Ausschluss des Inhouse-Privilegs entnommen werden kann, setzt sich dies gegenüber der allgemeineren Regelung der Inhouse-Ausnahme im Kartellvergaberecht durch. Denn das Sekundärvergaberecht steht einer überschießenden Umsetzung zugunsten von mehr Wettbewerb nicht im Wege.⁶⁷⁵

III. Interkommunale Kooperationen

Auch interkommunale Kooperationen werden nicht etwa nach § 108 Abs. 6 GWB privilegiert. Das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG verdrängt auch hier die Möglichkeit zur Privilegierung. Soll das Strom- oder Gasnetz also im Wege der Kooperation etwa im Rahmen einer gemeinsamen kommunalen Anstalt betreut werden, so ist zuvor eine Ausschreibung nach § 46 Abs. 2–5 EnWG erforderlich.

IV. Fremdvergaben

Entsprechendes gilt im Falle der Vergabeabsicht an ein dem kommunalen Aufgabenträger fremdes Unternehmen in öffentlicher Hand, bspw. an einen Energienetzbetreiber der Nachbarkommune. Ein privilegierter Zugriff der Öffentlichen Hand auf die Strom- und Gasnetzkonzessionen ist damit umfassend ausgeschlossen worden.

C. Ergebnisse

Mit § 46 Abs. 2–6 EnWG findet sich ein gegenüber dem Kartellvergaberecht spezielleres Vergaberegime für die Vergabe von qualifizierten Wegenutzungsver-

⁶⁷² S. näher Kapitel 5, S. 330 ff.

⁶⁷³ BR-Drs. 73/16, S. 9; *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (102 f.) leiten daraus ab, dass der Gesetzgeber ansonsten von einer Anwendbarkeit der Inhouse-Ausnahme ausgegangen wäre.

⁶⁷⁴ *Katz*, KommJur 2018, 1 (4 f.), auch wenn dieser die Wegekonzessionen nicht als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert.

⁶⁷⁵ *Mohr*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 153 Rn. 158; *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (103).

trägen realisiert, das den öffentlichen Zugriff auf den Betrieb der der allgemeinen Versorgung dienenden Energieversorgungsnetze in den Bereichen Strom und Gas vollständig einem wettbewerblichen Vergabeverfahren unterwirft. Das Phänomen der wettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf eine Leistung der Daseinsvorsorge tritt hier vollständig zu Tage, sowohl in Hinblick auf Selbstvergaben, als auch in Hinblick auf Kooperations- sowie Fremdvergaben.

8. Kapitel

Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf die Daseinsvorsorge durch das Haushaltsvergaberecht

Neben dem Kartellvergaberecht und den bereichsspezifischen Regulierungen des § 46 EnWG und der VO (EG) 1370/2007 entfaltet auch das Haushaltsvergaberecht für den Zugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge Bindungswirkungen.

Der Begriff des Haushaltsvergaberechts kennzeichnet keine abschließende Kodifikation haushaltsvergaberechtlicher Vorschriften, sondern fungiert als Sammelbegriff für unterhalb der kartellvergaberechtlichen Schwellenwerte greifende Regelungen für staatliche Beschaffungen.

Zentrale Bedeutung kommt den haushaltsrechtlichen Bestimmungen zu. Zu diesem Haushaltsvergaberecht im engeren Sinne zählen zuvorderst § 55 BHO sowie die entsprechenden Normen der Haushaltsordnungen der Länder sowie die diese Normen konkretisierende UVgO und die VOB/A, 1. Abschnitt.⁶⁷⁶

Darüber hinaus entfalten im Haushaltsvergaberecht auch die Grundfreiheiten im Falle grenzüberschreitender Sachverhalte Bedeutung.⁶⁷⁷ Auch die nationalen Grundrechte wirken unterhalb des unionsrechtlich determinierten Kartellvergaberechts auf das Beschaffungsverhalten der Öffentlichen Hand ein.⁶⁷⁸ Primär- und Verfassungsvergaberecht sind bereits Gegenstand des dritten Kapitels gewesen, sodass sich die folgenden Ausführungen auf das einfach-rechtlich kodifizierte Haushaltsvergaberecht konzentrieren.

⁶⁷⁶ Zur Entwicklung und zum Rechtsrahmen des Haushaltsvergaberechts s. bereits Kapitel 1, S. 59 ff.

⁶⁷⁷ Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (6 f.).

⁶⁷⁸ Siegel, NZBau 2019, 353 (355).

A. Der Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts

§ 55 Abs. 1 BHO statuiert eine grundsätzliche Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung („muss“) beim „Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen“.⁶⁷⁹ Auch mangels Außenwirkung der haushaltsvergaberechtlichen Vorschriften⁶⁸⁰ ist das Haushaltsvergaberecht bis heute jedoch weit weniger rechtlich durchdrungen worden als das Kartellvergaberecht. Dreher spricht daher kritisch auch nur von einem „Vergabewesen“ statt einem Vergaberecht.⁶⁸¹ Während sich das Kartellvergaberecht nämlich als Marktöffnungsrecht darstellt, spielen im Haushaltsvergaberecht die Sicherung der Wirtschaftlichkeit staatlicher Beschaffung und damit spezifisch haushaltsrechtliche Anliegen auch heute noch die zentrale Rolle.⁶⁸² In Anbetracht des Umfangs unterschwelliger Vergaben in Höhe von 90 % aller Vergabevorgänge⁶⁸³ kommt der rechtlichen Durchdringung auch des Unterschwellenvergaberechts jedoch eine für die Vergaberechtswissenschaft nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Mit der Anerkennung eines Anspruchs auf Gleichbehandlung im Vergabewettbewerb über Art. 3 Abs. 1 GG durch das BVerfG im Jahr 2006⁶⁸⁴ und aufgrund des Einflusses des europäischen Primärvergaberechts hat zudem ein Verrechtlichungs- und Angleichungsprozess an das Kartellvergaberecht eingesetzt, der zuletzt mit der UVgO seinen vorläufigen Höhepunkt erreicht hat.⁶⁸⁵

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Eine Angleichung an das Kartellvergaberecht ist zunächst in Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts zu konstatieren.

⁶⁷⁹ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 97; beim Vorrang der öffentlichen Ausschreibung handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Regelung („wie“ der Vergabe), die keine Aussage zu einer etwaigen Vergabepflicht („ob“ der Vergabe) trifft. § 46 der Reichshaushaltsordnung statuierte noch keinen verpflichtenden Vorrang der öffentlichen Ausschreibung („soll“).

⁶⁸⁰ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (8 f.); m. w. N. *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 21.

⁶⁸¹ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 4: GWB, Vorbemerkung vor §§ 97 ff. GWB Rn. 98, 129.

⁶⁸² *Burgi*, Vergaberecht, § 25 Rn. 7; allgemein zu diesem Zweck des Vergaberechts *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 15 f.

⁶⁸³ *Burgi*, NVwZ 2007, 737 (738).

⁶⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, Az.: 1 BvR 1160/03 = BVerfGE 116, 135 = NZBau 2006, 791; zur Wirkung des Art. 3 Abs. 1 GG *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 14, 21; bis heute umstritten ist indes die für die praktische Inanspruchnahme des Rechtsschutzes erforderliche Vorabinformationspflicht, kritisch zur aktuellen Rechtslage *Pünder*, VergabeR 2016, 693; eine Vorabinformation unterhalb der Schwellenwerte fordernd *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 13. 12. 2017, Az.: I-27 25/17 = NZBau 2018, 168.

⁶⁸⁵ Zur Angleichung zuletzt *Siegel*, VergabeR 2018, 183.

1. Auftraggeberbegriff

Zwar liegt § 55 Abs. 1 BHO im ersten Zugriff ein klassisch-institutioneller Begriff des Auftraggebers zugrunde, weil sich die Bindungswirkung des Haushaltsrechts im Grundsatz nur auf die jeweiligen Gebietskörperschaften erstreckt.⁶⁸⁶ Insoweit ist der Anwendungsbereich auf öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB beschränkt.

Eine erste Erweiterung findet aber über § 105 BHO/LHO statt, der die weiteren bundes- und landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich einbezieht.⁶⁸⁷ Juristische Personen des Privatrechts sind – auch im Falle einer Beteiligung der Öffentlichen Hand – davon zwar im Grundsatz nicht erfasst.⁶⁸⁸ Eine Erweiterung hin zu einem funktionalen Verständnis auch des Auftraggeberbegriffs i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB kann jedoch im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erforderlich sein, da hier Art. 106 Abs. 1 AEUV auf eine Annäherung drängt.⁶⁸⁹ Eine Erweiterung kann sich weiterhin aus dem jeweils einschlägigen Landesvergabegesetz⁶⁹⁰ sowie über das Zuwendungsrecht ergeben.⁶⁹¹

2. Vertragspartner

Auch in Hinblick auf den Vertragspartner (im Kartellvergaberecht: Unternehmen bzw. Wirtschaftsteilnehmer) ist ein Ausdehnungsprozess zu verzeichnen. Wurde der Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts ursprünglich weitreichend von Formen der Eigenproduktion abgegrenzt und allein der Privatwirtschaft zuzuordnende Vertragspartner erfasst, so vollzieht sich nunmehr auch in dieser Hinsicht ein Prozess der Angleichung an das Kartellvergaberecht.

Der staatlichen Beschaffungsdogmatik zugrunde lag zunächst ein klarer Dualismus aus Bedarfsdeckung im Wege der Beschaffung am Markt und Bedarfsde-

⁶⁸⁶ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 30; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 GWB Rn. 87 ff.

⁶⁸⁷ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 31; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 GWB Rn. 87 ff.; s. jedoch für Unternehmen in der Rechtsform juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschränkend *Burgi*, DÖV 2015, 493 (495 ff.).

⁶⁸⁸ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 31.

⁶⁸⁹ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 33.

⁶⁹⁰ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 32.

⁶⁹¹ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 34; zur vergaberechtlichen Bindung von Fördermittelempfängern *Gass*, GewArch 2018, 55.

ckung mittels Eigenproduktion.⁶⁹² Das Vergabeinstrument in seiner Dimension als fiskalisches Hilfsgeschäft hatte zunächst nur die marktliche Beschaffung bei Privaten vor Augen.⁶⁹³ Geschäfte mit der Verwaltungsorganisation zugehörenden Einheiten wurden als Eigenproduktion und nicht als marktliche Beschaffung qualifiziert.⁶⁹⁴ Der Eigenproduktion wurde das breit gefächerte Arsenal staatlicher Organisationsmodi zugeordnet, von der verwaltungsinternen Erbringung bis hin zur Verselbstständigung des Leistungserbringers in staatseigenen Betrieben, etwa mittels Gründung erwerbs- und/oder gemeinwirtschaftlich tätiger öffentlicher Unternehmen.⁶⁹⁵ Auch die Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge wurde weitreichend dem Bereich der Eigenerledigung zugeordnet.⁶⁹⁶

Vergaben an die Öffentliche Hand waren daher in den Ursprüngen des Haushaltsvergaberechts nicht bekannt. Der Einkauf bei der Öffentlichen Hand zuzurechnenden Einheiten wurde dem Bereich der Eigenproduktion zugeordnet. Dies lässt sich zwar § 55 BHO nicht unmittelbar entnehmen. Weder findet sich der im Kartellvergaberecht verwendete Begriff des Unternehmens noch eine sonstige begriffliche Konkretisierung möglicher Auftragnehmer. In Bezug auf die Öffentliche Hand finden sich in den Verdingungsordnungen jedoch Konkretisierungen zu den zulässigen „Teilnehmern am Wettbewerb“. Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 1. Abschnitt⁶⁹⁷ sowie des bis 2006 weitgehend identischen⁶⁹⁸ § 7 Abs. 6 VOL/A 2006⁶⁹⁹ war ein weitreichender Ausschluss der Öffentlichen Hand als Teilnehmer an Vergabeverfahren vorgesehen. § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 1. Abschnitt in seiner bis 2016 geltenden Fassung regelte einen Ausschluss von Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnlichen Einrichtungen sowie Betrieben der Öffentlichen Hand und Verwaltungen vom Wett-

⁶⁹² *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 23.

⁶⁹³ *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 18; *Siegel*, VergabeR 2006, 621; so auch heute noch *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, S. 4; s. auch *Wagner/Steinkemper*, NZBau 2006, 550 (554).

⁶⁹⁴ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 116f.

⁶⁹⁵ Vgl. *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 24f.; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 22; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 116.

⁶⁹⁶ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 118f. mit einer Vielzahl weiterer Beispiele und zu den schon zu diesem Zeitpunkt zunehmenden Mischformen.

⁶⁹⁷ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) – Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung v. 24.11.2012, BAnz Nr. 182a v. 2.12.2011; BAnz AT 7.5.2012 B1.

⁶⁹⁸ *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, VOL/A, § 6 Rn. 18.

⁶⁹⁹ Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) – Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. April 2006, BAnz. Nr. 100a S. 1, ber. S. 4368.

bewerb mit gewerblichen Unternehmen.⁷⁰⁰ Hintergrund der Regelung war die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Teilnahme öffentlich finanzierter Einrichtungen.⁷⁰¹ Unter den Begriff der Betriebe der Öffentlichen Hand fielen jedenfalls alle öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der Öffentlichen Hand wie Eigenbetriebe und Anstalten des öffentlichen Rechts; Regiebetriebe wurden hingegen vom Begriff der Verwaltung erfasst.⁷⁰² Zudem wurden nach ursprünglichem Verständnis auch Unternehmen der Öffentlichen Hand in Privatrechtsform (GmbH, AG) vom Ausschluss erfasst.⁷⁰³

Der Ausschlussstatbestand macht das ursprüngliche haushaltsrechtliche Verständnis von Vergabe deutlich: Schon mangels Haushaltswirksamkeit der Selbstvergabe kam eine Einbeziehung nicht in Betracht, weil Haushaltsmittel bei Geschäften „im Hause“ nicht den öffentlich-rechtlichen Organisationszusammenhang verlassen.⁷⁰⁴ Bei Verträgen i. S. d. § 55 Abs. 1 BHO handelt es sich nach „klassischem“ Verständnis daher um Beschaffungen der Öffentlichen Hand bei der Privatwirtschaft zugehörigen Wirtschaftsunternehmen. Vom Haushaltsvergaberecht bundesdeutscher Prägung nicht erfasst wurden damit sowohl Formen der Deckung des Bedarfs mit eigenen Mitteln, die Beauftragung unterschiedlicher öffentlich-rechtlicher Träger untereinander sowie die Beauftragung öffentlicher Unternehmen.⁷⁰⁵ Das Verbot der Beteiligung an Ausschreibungen bewirkte einen generellen Ausschluss der Öffentlichen Hand aus dem Haushaltsvergaberecht. Die Öffentliche Hand wurde vom vergaberechtlichen Wettbewerb freigestellt und konnte im Wege der freihändigen Vergabe beauftragt werden.⁷⁰⁶

Die Ausnahme der Öffentlichen Hand vom Vergaberechtsregime ist erst unter dem Einfluss des europäischen Unionsrechts aufgegeben worden.⁷⁰⁷ Der Ausschluss des § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 1. Abschnitt sollte sich in unionsrechtskonformer Auslegung zunächst allein auf nicht erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgende öffentliche Einrichtungen beziehen.⁷⁰⁸ Vom Ausschluss nicht erfasst sollten daher neben erwerbswirtschaftlich tätigen, in Privatrechtsform betriebenen Unternehmen der Öffentlichen Hand auch Anstalten des öffentlichen Rechts sein.⁷⁰⁹ In der sodann

⁷⁰⁰ Zur Zulässigkeit des Ausschlusses öffentlicher Anstalten nach der VOB/A noch *Pencereci/Brandt*, LKV 2008, 293 (299).

⁷⁰¹ *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, VOL/A, § 6 Rn. 17; s. auch *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 3.

⁷⁰² *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, VOL/A, § 6 Rn. 20.

⁷⁰³ *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, VOL/A, § 6 Rn. 21.

⁷⁰⁴ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (16).

⁷⁰⁵ *Gusy*, JA 1989, 26 (27).

⁷⁰⁶ *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 38 und 133 f.; dazu m. w. N. auch *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2015, VOL/A, § 6 Rn. 22.

⁷⁰⁷ Dazu *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, VOL/A, § 6 Rn. 26.

⁷⁰⁸ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke, VOB/A, § 6 Rn. 25; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Auflage 2015, VOL/A, § 6 Rn. 20; s. auch *Burgi*, Vergaberecht, § 9 Rn. 4.

⁷⁰⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke, VOB/A, § 6 Rn. 26.

2016 in Kraft getretenen VOB/A⁷¹⁰ wurde der Ausschlussstatbestand teilweise gestrichen und findet sich auch in der VOB/A 2019 nicht mehr. Mit § 6 Abs. 3 VOB/A 2019 Abschnitt 1 gilt jedoch weiterhin ein Ausschluss für nicht gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befasste Unternehmen. Insofern hat die sekundärrechtlich induzierte Öffnung des Kartellvergaberechts für Bieter der Öffentlichen Hand im Haushaltsvergaberecht noch keine vollständige Übernahme gefunden.

Die nunmehr nur noch teilweise im Unterschwellenbereich relevante VOL/A 2009⁷¹¹ schließt nach § 6 Abs. 7 nur Justizvollzugsanstalten vom Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen aus.

In der neuen UVgO finden sich keinerlei Ausschlüsse mehr. Die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs erklärt auch, warum die Figur der Inhouse- und Instate-Ausnahme als Aspekt des sachlichen Anwendungsbereichs nunmehr auch im Haushaltsvergaberecht eine bedeutsamere Rolle spielt.⁷¹²

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Nicht abschließend geklärt ist bis heute auch der genaue sachliche Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts.⁷¹³ § 55 Abs. 1 BHO beschreibt den haushaltsvergaberechtlichen Anwendungsbereich allein mit „Verträge(n) über Lieferungen und Leistungen“.⁷¹⁴

1. Vertragserfordernis

§ 55 Abs. 1 BHO geht, insoweit in Entsprechung zum Kartellvergaberecht, vom Erfordernis eines Vertragsschlusses aus. In Parallelität zum Kartellvergaberecht können daher auch im Anwendungsbereich des § 55 Abs. 1 BHO nicht-vertragliche Beschaffungen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden, zuvorderst solche im Wege der Eigenerledigung im engeren Sinne,⁷¹⁵ im Falle einer Beschaffung auf andere Weise sowie bei einer vollständigen Aufgabenübertragung.⁷¹⁶

⁷¹⁰ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A), Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen v. 7. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3, 3).

⁷¹¹ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) – Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) v. 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a, ber. 2010, S. 755).

⁷¹² Zur Übertragbarkeit *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (16).

⁷¹³ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (12).

⁷¹⁴ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 35.

⁷¹⁵ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 42.

⁷¹⁶ S. eingehend Kapitel 5, S. 250 ff.

2. Vertragsgegenstand Liefer- oder Dienstleistung: Vom Recht fiskalischer Hilfsgeschäfte zum Recht staatlicher Kooperation

Gegenstand des Vertrages sind Lieferungen oder Leistungen. Bis heute zweifelhaft ist, ob hierunter nur fiskalische Hilfsgeschäfte oder auch weitergehende Formen der Einbindung Dritter in die Primäraufgabenerfüllung fallen.

Pietzcker leitete den Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts noch aus der Intention der den Begriff abgrenzenden Rechtssätze her als „Nachfrage von Trägern öffentlicher Verwaltung in privatrechtlicher Form nach den sachlichen Mitteln, die sie für die Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben benötigen“⁷¹⁷. Das Haushaltsvergaberecht wird in dieser Tradition bis heute als ein speziell für die Erledigung fiskalischer Hilfsgeschäfte geschaffenes Rechtsregime qualifiziert.⁷¹⁸

Diese Limitierung des Haushaltsvergaberechts auf den Bereich fiskalischer Hilfsgeschäfte im Sinne privatrechtlicher Verträge machte eine Abgrenzung zu ebenfalls vertraglich erfolgenden Formen staatlicher Kooperation zur Erfüllung von Primäraufgaben erforderlich. So unterscheidet Wallerath zwischen rechtsgeschäftlicher Teilnahme am Markt einerseits und kooperativen Bedarfsdeckungsformen des öffentlichen Rechts andererseits. Während die marktliche Beschaffung im Wege der Vergabe öffentlicher Aufträge privatrechtlich geprägt sei, zeichne sich die kooperative Bedarfsdeckung durch eine öffentlich-rechtliche Regelung der Beziehungen aus.⁷¹⁹ Zum Bereich kooperativer Bedarfsdeckung zählt Wallerath heute unter dem Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft diskutierte Konstellationen, die sich durch die Verlagerung des Aufgabenvollzugs auf Private unter Erhalt der Letztverantwortung des Verwaltungsträgers auszeichnen, so etwa Beleihungs- und Verwaltungshelferkonstellationen. Beispielhaft nennt er u. a. die Übertragung der Abfallbeseitigung auf Dritte nach dem damaligen § 3 Abs. 2 S. 2 AbfG⁷²⁰, aber auch den Abschluss von Erschließungsverträgen.⁷²¹ Bereits Wallerath diagnostiziert der privatrechtlichen Vergabe indes eine Tendenz zur Primäraufgabenverlagerung.⁷²² Auch Pietzcker grenzt die öffentlichen Aufträge von den „öffentlich-rechtlichen Verträgen, mit denen Private in das Verwaltungshandeln einbezogen werden“, begrifflich ab, gesteht aber fließende Übergänge ein.⁷²³ Diese Übergänge werden deutlich, wenn Pietzcker die Bedeutung der in den USA bereits fortgeschrittenen Entwicklung des sog. „contracting out“ auch für das deutsche Vergabeverständnis fruchtbar macht und

⁷¹⁷ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 236.

⁷¹⁸ Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 105; Ziekow/Siegel, ZfBR 2004, 30 (32); Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 57; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 38.

⁷¹⁹ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 81; nicht differenzierend jedoch Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 22 f.

⁷²⁰ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 81 f.

⁷²¹ Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 83 f.

⁷²² Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 72, 81.

⁷²³ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 236.

die Auslagerung staatlicher Tätigkeit durch Staatsaufträge untersucht.⁷²⁴ Die Einbeziehung der Beschaffung von Primäraufgabenerfüllung in das Vergaberecht findet sich in dieser Zeit in den USA bereits vorgezeichnet und setzt in der Folge auch in Europa seinen Siegeszug fort.

Ob das Haushaltsvergaberecht auch heute noch auf fiskalische Hilfsgeschäfte beschränkt ist, wird immer häufiger in Frage gestellt. Auch im Falle einer Limitierung auf privatrechtliche Verträge können heute unproblematisch kooperative Bedarfsdeckungsformen inkorporiert werden, weil sich die Möglichkeit der kooperativen Erfüllung von Staatsaufgaben auch in privatrechtlichen Formen im Zuge der Ausdifferenzierung der Dogmatik des Verwaltungsprivatrechts durchgesetzt hat.⁷²⁵

Moderne Auslegungsansätze sehen den Anwendungsbereich dementsprechend weiter. So werden unter die Tatbestandsmerkmale des § 55 Abs. 1 BHO sämtliche Verträge gefasst, mittels derer die Öffentliche Hand unter Einsatz von Haushaltsmitteln Waren und Leistungen am Markt einkauft.⁷²⁶ Zur Konkretisierung des sachlichen Anwendungsbereichs des Haushaltsvergaberechts wird auf die in § 55 Abs. 2 BHO Bezug genommenen Vergabeordnungen zurückgegriffen.⁷²⁷ Erfasst werden danach neben Bauaufträgen und Baukonzessionen (§§ 1, 23 VOB/A 2019 Abschnitt 1) auch Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach § 1 Abs. 1 UVgO sowie freiberufliche Leistungen nach § 50 UVgO.⁷²⁸ Im Anwendungsbereich der UVgO kann der sachliche Anwendungsbereich damit als geklärt angesehen werden, weil die Begriffe des Liefer- und Dienstleistungsauftrags im Sinne des Kartellvergaberechts verstanden werden sollen.⁷²⁹ Insofern hat sich eine weitgehende Angleichung an den kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich vollzogen.

Auch öffentlich-rechtliche Vertragskonstellationen und bei Haushaltsrelevanz auch Dienstleistungskonzessionen können heute als von § 55 Abs. 1 BHO erfasst angesehen werden.⁷³⁰ Insofern hat sich auch in sachlicher Hinsicht eine vom Kar-

⁷²⁴ Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 185 ff., 339 ff.

⁷²⁵ Vgl. zum Verwaltungsprivatrecht Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rn. 11.

⁷²⁶ Siegel, VerwArch 107 (2016), 3 (12).

⁷²⁷ Siegel, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 35; Siegel, VerwArch 107 (2016), 3 (12).

⁷²⁸ Burgi, Vergaberecht, § 25 Rn. 6.

⁷²⁹ Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, UVgO, § 1 Rn. 7; offenlassend Siegel, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 26.

⁷³⁰ Siegel, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 41; Siegel, VerwArch 107 (2016), 3 (14 f.); Siegel, NZBau 2019, 53 (354); dies gesteht auch zu Pache, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 106; a. A., jedoch ohne nähere Begründung Burgi, Vergaberecht, § 25 Rn. 6; pauschal ablehnend auch Wagner/Steinkemper, NZBau 2006, 550 (553).

tellvergaberecht inspirierte Öffnung des Haushaltsvergaberechts über den Bereich fiskalischer Hilfsgeschäfte hinaus in den Bereich primäraufgabenrelevanter Beschaffung vollzogen.

3. Privilegierung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit im Haushaltsvergaberecht

Wie das Kartellvergaberecht inkorporiert auch das Haushaltsvergaberecht nicht den gesamten Bereich der Eigenerledigung. Auch im Haushaltsvergaberecht wird der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung anerkannt.⁷³¹ Die aus dem Kartellvergaberecht bekannten Inhouse- und Instate-Ausnahmen sollen daher auch im Haushaltsvergaberecht Geltung beanspruchen. Aufgrund der ursprünglich weitreichenden Ausnahme des Bereichs der Eigenerledigung vom haushaltsvergaberechtlichen Regime rückten Inhouse- und Instate-Konstellationen jedoch erst mit der schrittweisen Angleichung an die kartellvergaberechtlichen Grundlagen in den Fokus des Haushaltsvergaberechts.

a) Generelle Übertragbarkeit der Inhouse-Ausnahme?

Entsprechend dem ursprünglichen Verständnis im Kartellvergaberecht soll der Auftragsbegriff im Haushaltsvergaberecht im Bereich der Eigenerledigung teleologisch zu reduzieren sein, weil „Geschäfte im Hause“ zu keiner Herausgabe von Haushaltsmitteln „nach außen“ führten.⁷³² Anders als im Kartellvergaberecht bildet jedoch nicht der fehlende Wettbewerbsbezug, sondern der fehlende Haushaltsbezug den Geltungsgrund für die Unanwendbarkeit des Haushaltsvergaberechts.⁷³³ Demnach ist § 55 Abs. 1 BHO nur dann anwendbar, wenn Haushaltsmittel den binnenorganisatorischen Zusammenhang verlassen.

Zweifelhaft ist dann aber, ob die kartellvergaberechtlichen Anforderungen wie das Wesentlichkeits- und Kontrollkriterium auf das Haushaltsvergaberecht übertragen werden können, weil diese Merkmale der Abgrenzung von wettbewerbsrelevanten und rein behördeninternen Leistungen dienen. Insofern müsste für die Ausschreibungsfreiheit nach § 55 Abs. 1 BHO bereits genügen, dass Haushaltsmittel im binnenorganisatorischen Zusammenhang verbleiben. Damit ist allein eine Beteiligung privater Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen, bei der Haushaltsmittel an diese gegeben werden. Nur im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten streiten

⁷³¹ Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (16).

⁷³² Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (16).

⁷³³ Dass auch im Primärvergaberecht Inhouse- und Instate-Ausnahme anerkannt sind, spricht nicht notwendig für eine teleologische Auslegung auch des Haushaltsvergaberechts in diesem Sinne, so aber angedeutet bei Siegel, NZBau 2019, 3535 (354). Denn die Grundfreiheiten streiten nicht gegen ein strengeres Vergaberechtsregime nach nationalem Recht.

diese für eine einschränkende Auslegung der Inhouse-Voraussetzungen entsprechend den Grundsätzen des Primärvergaberechts.⁷³⁴

Verhindert die Inhouse-Ausnahme die Anwendbarkeit des § 55 Abs. 1 BHO, greifen als „Auffangordnung“ im binnenorganisatorischen Zusammenhang die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des § 7 Abs. 1 BHO.⁷³⁵ Im Umkehrschluss zu § 55 Abs. 1 BHO drängt § 7 Abs. 1 BHO/LHO jedoch nicht auf eine Ausschreibung der Leistung, sodass der Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne nicht haushaltsvergabewettbewerblich strukturiert wird.

b) Generelle Übertragbarkeit der Instate-Ausnahme?

Auch die Ausnahme für Instate-Geschäfte soll im Haushaltsvergaberecht Geltung beanspruchen.⁷³⁶ So soll die gemeinsame Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe den Beschaffungsbezug „überlagern“. ⁷³⁷ Aber auch hier muss eine Konstellation vorliegen, in der die Haushaltsmittel innerhalb des Organisationszusammenhangs der Öffentlichen Hand gehalten werden. Eine Beteiligung privater Wirtschaftsteilnehmer scheidet daher auch hier aus. Erforderlich ist zudem eine Zusammenarbeit i.S.v. Verwaltungskooperation, weil die Verwaltungsträger ihre jeweiligen Haushaltsmittel nur dann in einer gemeinsamen Organisationseinheit bündeln und von einem einheitlichen Organisationszusammenhang gesprochen werden kann.

Die darüber hinaus gehenden Anforderungen des § 108 Abs. 6 GWB müssen hingegen nicht eingehalten werden. Soweit der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet ist, greifen jedoch auch im Haushaltsvergaberecht wiederum die strenger Anforderungen an die Instate-Ausnahme nach Primärvergaberecht.⁷³⁸

Wiederum kommt dem Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsatz die Funktion einer Auffangordnung zu,⁷³⁹ die jedoch keine weitergehende vergabewettbewerbliche Strukturierung bedingen.

⁷³⁴ Zu den Anforderungen an die inhouse-Ausnahme nach Primärvergaberecht Kapitel 3, S. 189.

⁷³⁵ Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (16); ders., in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 44; Wagner/Steinkemper, NZBau 2006, 550 (553 f.); womöglich anders aber Hövelberndt, NZBau 2016, 9 (11), wonach die im Haushaltsvergaberecht leitenden Motive der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei Leistungen einer der Organisation des Auftraggebers zuzurechnenden Einheit gerade nicht berührt seien.

⁷³⁶ Hövelberndt, NZBau 2016, 9; Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (17).

⁷³⁷ Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (17).

⁷³⁸ Hierzu Kapitel 3, S. 189 f.

⁷³⁹ Siegel, VerwArch 107 (2016), 1 (17).

*c) Anordnung der Geltung des § 108 GWB
auch im Haushaltsvergaberecht*

Inhouse- und Instate-Ausnahme sind jedoch dann in einem dem Kartellvergaberecht entsprechenden Umfang auch im Haushaltsvergaberecht anwendbar, wenn dies spezifisch angeordnet wird.

Im Anwendungsbereich der UVgO wurde für Verträge mit rechtlich selbstständigen Einheiten der Verwaltung die Anwendbarkeit des § 108 GWB durch den Verweis des § 1 Abs. 2 UVgO ausdrücklich normiert. Auch die weiteren Ausnahmetatbestände der §§ 107, 109, 116, 117 und 145 GWB werden nach § 1 Abs. 2 UVgO für anwendbar erklärt. Teilweise kodifizieren auch die Landesvergabegesetze eine Anwendbarkeit der kartellvergaberechtlichen Ausnahmetatbestände im Haushaltsvergaberecht.⁷⁴⁰

Auch für den allein von § 55 BHO strukturierten Bereich können Inhouse- und Instate-Ausnahme nunmehr nur noch im kartellvergaberechtlichen Umfang Anwendung finden. Zwar werden die Ausnahmebestimmungen der §§ 107 ff. GWB nach umstrittener Ansicht für nicht pauschal auf § 55 BHO übertragbar angesehen, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände im Einzelfall eine eigenständige, den §§ 107 ff. GWB vergleichbare Ausnahme begründen können.⁷⁴¹ Für Vergaben nach § 55 BHO ordnet jedoch nunmehr die geänderte Verwaltungsvorschrift zu § 55 BHO v. 2.9.2017 ausdrücklich an, dass die Ausnahmenvorschriften des GWB Anwendung finden sollen.⁷⁴² In Hinblick auf Inhouse- und Instate-Ausnahme ergibt sich daher auch im Haushaltsvergaberecht ein weitgehender Gleichlauf zum Kartellvergaberecht.

III. Geltungsbereich oberhalb der Schwellenwerte

Theoretisch weisen die Vorschriften des Haushaltsvergaberechts auch einen Anwendungsbereich oberhalb der Schwellenwerte auf, da auch diesen Vergaben haushaltsrechtliche Relevanz zukommt.⁷⁴³ Die Vorschriften des Haushaltsvergabe-

⁷⁴⁰ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 107; spezifisch für § 107 GWB *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 36.

⁷⁴¹ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 107; *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 37.

⁷⁴² BMF-Rundschreiben vom 01.09.2017 – II A 3 – H 1012 – 6/16/10003:003.

⁷⁴³ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 94 ff.; *Siegel*, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 3.

rechts werden im Oberschwellenbereich jedoch von den spezielleren Vorschriften des Kartellvergaberechts überlagert.⁷⁴⁴

Sie können aber im Anwendungsbereich der Bereichsausnahmen des Kartellvergaberechts wieder aufleben, soweit das Haushaltsvergaberecht abweichend eine Ausschreibungspflicht vorsieht.⁷⁴⁵ Im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs laufen die Ausnahmetatbestände des Kartell- wie auch des Haushaltsvergaberechts weitgehend parallel, sodass ein solcher Fall in den hier interessierenden Konstellationen nicht eintreten kann.

B. Reichweite der haushaltsvergaberechtlichen Strukturierung des Zugriffs der Öffentlichen Hand in den Referenzbereichen

Nachdem der Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand abstrakt aufgezeigt wurde, soll dies nunmehr für die referenzierten Bereiche der Daseinsvorsorge spezifiziert werden.

I. Abfallentsorgung

Im Referenzbereich der Abfallentsorgung ist das Haushaltsvergaberecht als Vergaberechtsregime immer dann in Betracht zu ziehen, wenn die Schwellenwerte nicht erreicht sind.⁷⁴⁶ Während sich der öffentliche Zugriff auf als Auftrag zu qualifizierende Leistungen der Abfallentsorgung nach der UVgO richtet und insofern weitreichend den schon zum Kartellvergaberecht erläuterten Strukturen folgt, greift für die Vergabe von haushaltsrelevanten Dienstleistungskonzessionen das haushaltsvergaberechtliche Regime des § 55 BHO/LHO. Eine vergaberechtliche Strukturierung des Aufgabenzugriffs erfolgt dann in Entsprechung zum Kartellvergaberecht nur, wenn ein Vertrag geschlossen wird, wodurch Beschaffungen auf andere Weise, Fälle der Eigenerledigung im engeren Sinne sowie vollständige Aufgabenübertragungen von vorneherein nicht vom Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts erfasst werden. Zudem werden Inhouse- und Instate-Konstellationen auch im Haushaltsvergaberecht privilegiert und können ohne Ausschreibung erfolgen.

Das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand tritt beim Zugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Abfallentsorgung daher nur dann auf, wenn ein Fall einer Fremdvergabe an die Öffentliche Hand vorliegt.

⁷⁴⁴ Siegel, in: Säcker, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 3; für eine parallele Anwendbarkeit *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 96.

⁷⁴⁵ *Wagner/Steinkemper*, NZBau 2006, 550 (553).

⁷⁴⁶ *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, KrWG, § 22 Rn. 24.

II. Strom- und Gasnetzkonzessionen

Die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen richtet sich auch im Unterschwellenbereich vollständig nach § 46 Abs. 2–6 EnWG. Das Haushaltsvergaberecht wird insofern überlagert.⁷⁴⁷

III. ÖPNV

Im ÖPNV richtet sich die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehre im Unterschwellenbereich teils nach der VO (EG) 1370/2007, teils nach dem Haushaltsvergaberecht. Nur in Hinblick auf Aufträge über Öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bus und Straßenbahn i. S. d. Kartellvergaberechts sperrt Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1370/2007 die Anwendbarkeit der VO, sodass hier das Haushaltsvergaberecht Anwendung findet.⁷⁴⁸ Im Übrigen (also hinsichtlich Aufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Eisen- und Untergrundbahnen und bei Dienstleistungskonzessionen) greifen hingegen die vorrangigen Regelungen der VO (EG) 1370/2007, wobei hier die Möglichkeit zur Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 bei im Unterschwellenbereich typischerweise vorliegenden geringen Auftragswerten besondere Bedeutung zukommt.⁷⁴⁹

Im Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts muss wiederum zwischen Auftragsvergaben nach der UVgO und der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unmittelbar nach § 55 BHO/LHO differenziert werden, wobei sich keine gegenüber den Ausführungen zur Abfallentsorgung abweichenden Anforderungen ergeben.

IV. Wasserver- und Abwasserentsorgung

Im Haushaltsvergaberecht greift die kartellvergaberechtliche Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB nicht. Die Vergabe von Wasserkonzessionen gerät aber nur dann in den Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts, soweit ihr ausnahmsweise Haushaltsrelevanz zukommt. Für Auftragsvergaben im Bereich Wasserver- und Abwasserentsorgung gilt das zur Abfallentsorgung Ausgeführte.

C. Ergebnisse

Das Haushaltsvergaberecht hat sich im Zuge der Angleichung an die Wertungen des Kartellvergaberechts sowohl in persönlicher als auch sachlicher Hinsicht für

⁷⁴⁷ S. zu dieser Überlagerungswirkung im Kartellvergaberecht bereits Kapitel 5, S. 314.

⁷⁴⁸ S. bereits Kapitel 6, S. 343; *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, § 8a Rn. 34.

⁷⁴⁹ *Knauff*, NZBau 2012, 65 (71).

Vergaben an die Öffentliche Hand mit Bezug zur Daseinsvorsorge geöffnet. Während ursprünglich nur fiskalische Hilfsgeschäfte mit Privaten Gegenstand haushaltsvergabewettbewerblicher Strukturierung waren, hat sich der persönliche Anwendungsbereich wesentlich unter dem Einfluss unionsprimärrechtlicher Wertungen für die Wettbewerbsteilnahme von Einheiten der Öffentlichen Hand geöffnet. In sachlicher Hinsicht strukturiert das Haushaltsvergaberecht nur vertragliche Beschaffungen, sodass der Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne ebenso wie im Kartellvergaberecht von Ausschreibungspflichten ausgenommen bleibt. Während das Haushaltsvergaberecht in Hinblick auf den Auftragsbegriff weitgehend auf kartellvergaberechtliche Annahmen Bezug nimmt, wird die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nur dann haushaltsvergaberechtlich strukturiert, wenn ihr Haushaltsrelevanz zukommt. Aufgrund der den Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts zentral prägenden Erwägung der Haushaltsrelevanz kommen zudem die Inhouse- und Instate-Ausnahme im über das Kartellvergaberecht hinausgehenden Umfang zur Anwendung. Während für die Beurteilung der Haushaltsrelevanz eigentlich weder Kontroll- noch Wesentlichkeitskriterium eine Rolle spielen, wurden die Privilegierungen des öffentlichen Aufgabenzugriffs durch Ausführungsvorschriften zum Haushaltsvergaberecht jedoch mit dem Kartellvergaberecht synchronisiert, sodass auch hier im Wesentlichen die Wertungen des § 108 GWB herangezogen werden können.

4. Teil

Im Anwendungsbereich des Vergaberechts – Vergabeverfahren und Rechtsschutz bei Vergaben an die Öffentliche Hand

Ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge eröffnet, so vollzieht er sich innerhalb der vergaberechtsspezifischen Verfahrensvorschriften und unterliegt der vergaberechtlichen Rechtsschutzdogmatik.

Dies wirft die Frage auf, ob dem Wunsch der Öffentlichen Hand, auf Leistungen der Daseinsvorsorge innerhalb den Bahnen der vergabewettbewerblichen Strukturierung zuzugreifen, mit der Möglichkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen Verfahrensgestaltung genügt werden kann.

Auf der Rechtsschutzebene ist einerseits zu untersuchen, in welcher Weise die Öffentliche Hand als unterlegener Bieter Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann, andererseits, welche Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegenen Bietern bei einem Zuschlag zugunsten der Öffentlichen Hand eröffnet sind.

9. Kapitel

Zur Zulässigkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen Verfahrensgestaltung

Da der öffentliche Aufgabenzugriff auf die Leistungen der Daseinsvorsorge nicht mehr vollständig bereits auf Tatbestandsseite mittels Bereichsausnahmen vom vergaberechtlichen Anwendungsbereich dispensiert wird und der Aufgabenzugriff daher in den Bahnen des Vergaberechts erfolgen kann, stellt sich die Frage, ob dem Anliegen öffentlicher Eigenerfüllung auf der Rechtsfolgenrechtsseite im Rahmen der Bewerberauswahl Bedeutung zugemessen werden kann.

In Entsprechung zum Verständnis des Vergaberechts als Privatisierungsfolgenrecht geht es also darum, ob das Vergaberecht auch in seiner Dimension als „Rückholrecht“ bzw. als „Rekommunalisierungsfolgenrecht“ entfaltet werden kann, mittels dessen eine Übersetzung der Rekommunalisierungsentscheidung in das vergaberechtliche Auswahlverfahren möglich ist. Ansonsten wäre den Kommunen

der Einfluss auf die Entscheidung über kommunale oder private Leistungserbringung im Anwendungsbereich des Vergaberechts vollständig entzogen.

Als Wettbewerbsregime zeichnet sich das Vergaberecht im Grundsatz durch eine adressatenunabhängige Regelungsstruktur aus, die einen diskriminierungsfreien Wettbewerb um die Leistungserbringung gewährleisten soll. Insofern findet in dem die Anwendungsbereiche der betrachteten Vergaberegime durchziehenden Diskriminierungsverbot die Wertung des Art. 106 Abs. 1 AEUV Niederschlag. Eine Bevorzugung kommunaler Leistungserbringung muss sich danach anhand ebenso sachlich gerechtfertigter Kriterien vollziehen wie dies für die Auswahl eines privaten Wettbewerbers gilt. Es stellt sich also die Frage, wie weitreichend das Vergabeverfahren dem Wunsch öffentlicher Aufgabenträger, Leistungen der Daseinsvorsorge wieder in Öffentliche Hand zurückzuführen, überhaupt geöffnet werden kann.

A. Von der Tatbestands- zur Rechtsfolgenlösung: Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG

Besondere Bedeutung für diese Entwicklung kommt dem Vergabeverfahren nach § 46 Abs. 2–5 EnWG zu. Denn im Energievergaberecht wurde ein Wechsel von einer „Tatbestands-“ zu einer „Rechtsfolgenlösung“ bereits vollständig vollzogen. Damit ist gemeint, dass sich der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf die Infrastruktur für die Strom- und Gasversorgung bereits vollständig in vergabewettbewerblichen Strukturen bewegt. Privilegierungen des öffentlichen Aufgabenzugriffs können daher ausschließlich im Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2–5 EnWG und damit innerhalb der vergaberechtlichen Bindungen erfolgen; ein dem Vergaberecht vorgelagertes Privileg des öffentlichen Aufgabenzugriffs wie im Tatbestandsmodell gibt es nicht mehr.¹ Möchte eine Gemeinde die Energienetze wieder in Eigenregie erbringen, muss sie sich darum vielmehr erfolgreich in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren nach § 46 EnWG bemühen.²

Der Wunsch des öffentlichen Aufgabenträgers, einem Eigenbetrieb, einer Eigenengesellschaft oder einer öffentlich-öffentlichen Partnerschaft den Zuschlag zu geben, birgt die Gefahr in sich, dass der Auftraggeber in Hinblick auf die Bewerberauswahl als Richter in eigener Sache agiert.³ Die daraus resultierende erhöhte Gefahr einer diskriminierenden Bevorzugung kommunaler Unternehmen macht die Frage nach der Zulässigkeit „rekommunalisierungsfreundlicher Kriterien“⁴ zu einer

¹ S. zur Verfassungsmäßigkeit Kapitel 3, S. 215 ff.

² S. zu diesen Zusammenhängen bereits ausführlich Kapitel 7.

³ Säcker, RdE 2015, 1 (2); Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers, S. 19 f.; s. auch BGH, Urt. v. 28. 1. 2020, Az.: EnZR 99/18 Rn. 42.

⁴ Begriff nach Grünwald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 361.

zentralen Streitfrage im Energierecht.⁵ Der Gesetzgebungsprozess zur nunmehr in § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG n.F. zugelassenen Berücksichtigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurde unter dem Gesichtspunkt der Schaffung eines „level-playing-field“ zwischen privaten und kommunalen Unternehmen entsprechend kritisch begleitet.⁶ Inwieweit die Gemeinde nunmehr rekommunalisierungsfreundliche Kriterien bei der Vergabeentscheidung berücksichtigen darf, ist Gegenstand fortwährenden Streits.

Den Gemeinden steht bei der Bestimmung der Auswahlkriterien im Grundsatz ein Entscheidungsspielraum zu.⁷ Während die Zulässigkeit bestimmter Auswahlkriterien zunächst gar nicht Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung war, weil den Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers eine auf Art. 28 Abs. 2 GG gestützte umfassende Entscheidungsfreiheit zugesprochen wurde, hat sich dies mit Rückbindung der kommunalen Auswahlentscheidung an die Ziele des § 1 EnWG im Zuge der Energierechtsreform 2011 geändert.⁸ Mit der EnWG-Novelle 2011 setzte eine Verrechtlichung dieses zuvor der politischen Gestaltung überantworteten Spielraums ein.⁹ Dafür wurde die Auswahlentscheidung an die Ziele des § 1 EnWG zurückgebunden (§ 46 Abs. 3 S. 5 EnWG a.F., nunmehr § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG). Neben der EnWG-spezifischen Strukturierung der Auswahlentscheidung durch § 46 Abs. 4 EnWG wurde diese zudem auch durch das europäische Primärrecht an die allgemeinen Vergabeprinzipien gebunden.¹⁰ Auch im Konzessionierungsverfahren nach § 46 Abs. 2–5 EnWG greift somit das Neutralitätsgebot/Diskriminierungsverbot. Danach müssen die Bewerber im Wettbewerb um eine Konzession gleichbehandelt werden.¹¹ Schließlich wurden die Gemeinden bei der Vergabe von Energieleitungskonzessionen auch an das allgemeine Kartellrecht gebunden.¹²

⁵ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 254 f.; darüber hinaus erforderlich sind zudem prozedurale Vorkehrungen, die eine Befangenheit der beschlussfassenden Organe durch eine strenge organisatorische Trennung verhindern, vgl. dazu *Graßmann/Blaß*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 46 Rn. 56 f.; s. auch *Prieß/Friton/von Rummel*, NZBau 2019, 690 (694 f.) und *dies.*, NZBau 2020, 498; gegen eine Übertragung der Wertungen des § 16 VgV jedoch *BGH*, Urt. v. 28. 1. 2020, Az.: EnZR 99/18 Rn. 21 ff.; zur Bedeutung des § 20 VwVfG und zu verfassungsrechtlich ableitbaren Trennungspflichten im Falle von behördlichen Entscheidungen „in eigener Sache“ *Korte*, Die Verv 51 (2018), 187 (193 ff.).

⁶ *Mundt*, EWeRK 2016, 149 (150).

⁷ *Meyer-Hetling/Schneider*, NZBau 2020, 142 (144); *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 76; *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 334 f.

⁸ Einen näheren Überblick über den damaligen Meinungsstand gibt *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 23 ff.; s. auch *Höch*, RdE 2013, 60 (61) und *Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 65 f.

⁹ *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 335 f. m. w. N.

¹⁰ *Höch*, RdE 2013, 60 (60); *Mohr*, RdE 2016, 269 (272 f.).

¹¹ *Meyer-Hetling/Schneider*, EnWZ 2017, 387 (387); *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 94.

¹² *Höch*, RdE 2013, 60 (60 f.).

In der Folge gerieten bisher für zulässig erachtete, aber außerhalb des § 1 EnWG liegende rekommunalisierungsfreundliche Kriterien in den Verdacht der Unzulässigkeit.¹³ So formulierte der BGH zuletzt: „Der Zweck des Gesetzes (des EnWG, Anm. d. Verf.), einen Wettbewerb um das Netz zu erreichen, lässt weitere Auswahlkriterien, die weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung noch die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen, nicht zu.“¹⁴ Auswahlkriterien zur Verfolgung anderer Ziele wie dem Einfluss einer Gemeinde auf die Netzgesellschaft, der Sicherung von Arbeitsplätzen vor Ort oder der Beteiligung von Bürgern am Netzbetrieb wurden seither als unzulässig bewertet.¹⁵

Der Gesetzgeber hat in der Folge mit der Reform des § 46 EnWG jedoch die Berücksichtigung von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in Abs. 4 S. 2 EnWG zugelassen.¹⁶ Denn die durch den weitreichenden Ausschluss eines originären kommunalen Aufgabenzugriffs auf die Infrastruktur für die Strom- und Gasversorgung der Bürger entstehende Spannungslage zu Art. 28 Abs. 2 GG kann nur dadurch verfassungsrechtlich zulässig aufgelöst werden, dass den Gemeinden auf Rechtsfolgenseite, also im Vergabeverfahren selbst die effektive Wahrnehmung ihrer kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben ermöglicht wird.¹⁷

I. Ausrichtung auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG

Das Vergabeverfahren wird nach § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG jedoch weiterhin auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichtet.¹⁸ Die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft steht deshalb unter dem Vorbehalt, dass deren

¹³ *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 349 ff.; noch für zulässig erachtend *Albrecht*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9 Rn. 91; kritisch zu dieser Entwicklung auch *Kment*, in: ders., Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 94, der de lege ferenda eine Öffnung forderte.

¹⁴ *BGH*, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 66/12 = EnWZ 2014, 274 (276, Rn. 47); Kritik bei *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (341 f.) und *Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 73 ff.

¹⁵ *Kupfer*, NVwZ 2017, 428 (430); *Huber*, in: *Kment*, EnWG, § 46 Rn. 78.

¹⁶ In der Begründung wird dazu ausgeführt, dass sich hierin die jüngst ergangene BGH-Rechtsprechung abbilde, s. BT-Drs. 18/8184, S. 14.

¹⁷ Dazu bereits näher Kapitel 3, S. 215 ff.; Art. 28 Abs. 2 GG für die Festlegung der Auswahlkriterien kaum eine Bedeutung zumessen will indes *Huber*, in: *Kment*, EnWG, § 46 Rn. 80 ff.; die lineare Ausrichtung auf Art. 1 Abs. 1 EnWG halten mit Art. 28 Abs. 2 GG für vereinbar *Graßmann/Blaß*, in: *Elspas/Graßmann/Rasbach*, EnWG, § 46 Rn. 134 sowie *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers, S. 62 f.

¹⁸ Zur historischen Entwicklung *Ludwigs*, RdE Sonderheft 2017, 16 (17 f.); dass das Gesetz in § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG von „Zielen“ spricht, während § 1 Abs. 1 EnWG eigentlich den Begriff der „Zwecke“ verwendet, ist eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, vgl. dazu BT-Drs. 18/8184, S. 26.

Berücksichtigung unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz erfolgt, § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit klargestellt werden, „dass im Rahmen der Aufstellung und Bewertung der Auswahlkriterien die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG heranzuziehen sind, kommunale Belange, sofern die Gemeinde dies für erforderlich erachtet, aber berücksichtigt werden können.“¹⁹ Sicherergestellt werden muss danach auch weiterhin die Versorgungssicherheit. Dafür erforderlich ist, dass der zu konzessionierende Netzbetreiber ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz betreiben, warten, bedarfsgerecht ausbauen und verstärken kann.²⁰ Weiterhin muss die Konzessionierung an den kosteneffizientesten Betreiber erfolgen, um die Energiepreise für den Verbraucher niedrig zu halten.²¹ Schließlich treten die Verbraucherfreundlichkeit des Bieters und die Umweltverträglichkeit der Leistung als Auswahlkriterien hinzu.²² In den Auswahlkriterien muss sich die Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG vorrangig niederschlagen.²³

II. Ergänzung um Kriterien zur Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Bei der Aufstellung und Bewertung dieser Kriterien sollen nunmehr zudem die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einfließen dürfen. Ob hierin indes eine Stärkung kommunaler Interessen gegenüber der alten Rechtslage zu sehen ist, wird bezweifelt: Es handele sich vielmehr um eine reine Klarstellung, dass kommunale Interessen zwar auf der Ebene der Auswahl Berücksichtigung finden können, weiterhin jedoch ein Widerspruch zu den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen sei.²⁴ Dem Kriterium kommt aber insofern Bedeutung zu, als damit klargestellt wird, dass im Falle einer Ungleichbehandlung das kommunale Interesse durchaus als le-

¹⁹ BT-Drs. 18/8184, S. 15.

²⁰ BT-Drs. 18/8184, S. 13.

²¹ Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 14.

²² Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 14.

²³ *BGH*, Urt. v. 17.2.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 82; näher zu den Kriterien *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 192 ff.

²⁴ So *Kühling/Seiler*, EnWZ 2017, 99 (101); *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 80; s. auch BT-Drs. 18/8184, S. 26; offenlassend *Graßmann/Blaß*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 46 Rn. 130 f.; in dieser Lesart ergibt sich auch kein Konflikt zum Primärvergaberecht; diesen nimmt an für den Fall einer weitreichenden Berücksichtigung kommunaler Interessen entgegen der Ziele des § 1 EnWG *Säcker*, RdE 2015, 1 (11 f.), der jedoch die primärrechtliche Dimension einer Privilegierung des kommunalen Aufgabenzugriffs nur unzureichend adressiert, s. dazu bereits Kapitel 3, S. 213 ff.

gitimer Zweck für eine Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung herangezogen werden darf.²⁵

Welche konkreten, auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft Rücksicht nehmenden Kriterien künftig zulässig sind, ist bisher nicht abschließend erörtert und Gegenstand von Streit.²⁶ In der Diskussion werden verschiedene Kriterien auf ihre Zulässigkeit hin untersucht.

1. Kommunale Eigentümerschaft am zukünftigen Netzbetreiber

Als rekommunalisierungsfreundlichstes Auswahlkriterium wird die kommunale Eigentümerschaft am zukünftigen Netzbetreiber qualifiziert.²⁷ Da dieses Kriterium von privaten Wettbewerbern überhaupt nicht erfüllbar ist, wird es als unzulässig bewertet.²⁸

Auch unter Berücksichtigung der primär- und verfassungsvergaberechtlichen Wertungen ergibt sich kein Anwendungsbereich für ein entsprechendes Kriterium. Ein solches müsste nur dann als zulässig bewertet werden, wenn aus verfassungsrechtlichen Gründen ein originärer Zugriff der Gemeinde auf „ihr“ Energienetz geboten ist, was jedoch abgelehnt wurde.²⁹

2. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde und kommunaler Einfluss

Weniger streng wäre die Forderung, dass die Gemeinde gesellschaftsrechtlich im Rahmen eines gemeinschaftlichen Netzunternehmens am Betrieb des Netzes zu beteiligen sei.³⁰ Die damit einhergehende Zulassung von öffentlich-privaten Partnerschaften würde es privaten Wettbewerbern ermöglichen, sich am Vergabewettbewerb zu beteiligen. Während das Kriterium in der Literatur deshalb teilweise für zulässig erachtet wird,³¹ spricht sich der BGH für einen Vorrang vertraglicher Einflussrechte gegenüber einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung aus.³²

²⁵ Zur ansonsten bestehenden Problematik einer Heranziehung kommunaler Belange bei der Rechtfertigungsprüfung s. noch in diesem Kapitel, S. 400 f.

²⁶ Scholz, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 34 Rn. 260.

²⁷ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 362.

²⁸ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 362.

²⁹ S. bereits Kapitel 3, S. 215 ff.

³⁰ Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 362.

³¹ Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 263.

³² BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 53; dazu Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 261 f.

Damit in engem Zusammenhang steht das ebenfalls diskutierte Kriterium kommunaler Einflussmöglichkeiten, welches darauf abzielt, den Kommunen Einflussrechte gegenüber dem Netzbetreiber einzuräumen.³³ Vom BGH wird das Kriterium restriktiv gehandhabt.³⁴ Bei der Bewertung ist zu differenzieren, ob eine Konzessionierung privater Wettbewerber noch möglich bleibt. Dies wird regelmäßig der Fall sein, soweit die kommunalen Einflussmöglichkeiten nur vertraglicher Natur sind, also alle Bewerber unterschiedslos etwa Informationsansprüche erfüllen und Mitsprache- und Mitwirkungsrechte gewähren müssen;³⁵ dementsprechend hat der BGH diese für unbedenklich gehalten.

Soweit ein gesellschaftsrechtlicher Einfluss gefordert wird, droht hingegen eine Diskriminierung privatwirtschaftlicher Unternehmen, wenn diese öffentlichen Unternehmen entsprechende Einflussrechte nicht bieten können.³⁶ Dies gilt zuvorderst, soweit ein vollständiger Einfluss verlangt wird, weil in diesem Falle eine Vergabe nur an Eigengesellschaften in Betracht kommt.³⁷ Aber auch gegenüber der bloßen Beteiligung im Rahmen von öffentlich-privaten Partnerschaften sieht der BGH Diskriminierungspotential, weshalb er auch insofern einen Vorrang vertraglicher Einflussrechte annimmt.³⁸

3. Rechtsnachfolge

Auch das Kriterium der Rechtsnachfolge wird in der Diskussion um rekommunalisierungsfreundliche Vergabekriterien genannt. Dabei werden von den Bietern Zusicherungen für den Fall eines Wechsels des beherrschenden Gesellschafters verlangt, damit die Gemeinde im Falle einer Rechtsachfolge beispielsweise außerordentlich kündigen kann, um die Konzession sodann neu auszuschreiben.³⁹ Gegen solche Klauseln ist eingewandt worden, dass kein Bedarf für ein Sonderkündigungsrecht der Gemeinde bestehe, weil die Zuverlässigkeit des im Wege der Rechtsnachfolge an die Stelle des bisherigen Netzbetreibers tretenden Gesellschafters bereits im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach § 4 EnWG geprüft

³³ *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (342); *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 362; *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 256 ff.

³⁴ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 = EnWZ 2014, 274 (276 f., Rn. 51 ff.).

³⁵ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 258 f.

³⁶ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 260.

³⁷ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 261.

³⁸ *BGH*, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 53; zur daraus folgenden Problematik der Verfahrensgestaltung, wenn ein Modell einer öffentlich-privaten Partnerschaft realisiert werden soll, *Möllnitz*, GewArch 2017, 17 (17 ff.).

³⁹ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 263 f.

werde.⁴⁰ Indes fällt die Prüfung im Vergabeverfahren umfassender aus, als dies im Rahmen des § 4 EnWG der Fall ist.⁴¹ Ansonsten müsste die Gemeinde womöglich einen Vertragspartner akzeptieren, den sie im Vergabeverfahren nicht ausgewählt hätte.⁴² Insofern sind Rechtsnachfolgeklauseln (sog. change-of-control-Klauseln) als zulässig zu bewerten.⁴³

4. Kommunalfreundlichkeit

Dem Kriterium der Kommunalfreundlichkeit, mit dem pauschal Erwartungen der Gemeinde an die Erfüllung typischer Gemeindebedürfnisse formuliert werden, mangelt es hingegen an der aus dem Transparenzgrundsatz folgenden Bestimmtheit.⁴⁴

5. Lokale Präsenz, Bürgernähe und -akzeptanz

Die Forderung, der Bewerber müsse eine regionale Präsenz vorhalten, etwa zur Stärkung von Bürgernähe und -akzeptanz, ist dann zulässig, wenn damit das Ziel eines sicheren und verbraucherfreundlichen Netzbetriebs verfolgt wird.⁴⁵ Hierzu zählen örtliche Kundenbüros und Netzstörungenstellen.

Als unzulässig wird hingegen die Forderung eines kommunalen Unternehmenssitzes bewertet.⁴⁶ Die damit einhergehenden Gewerbesteuererinnahmen werden als nicht ausreichend bewertet, um das Kriterium zu legitimieren.⁴⁷ Indes spricht hier eine verfassungskonforme Auslegung für die Zulässigkeit eines solchen Kriteriums. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG drängt insofern auf einen Ausgleich der mit der obligatorischen Ausschreibungspflicht einhergehenden Nachteile. Dazu gehört auch, dass die

⁴⁰ So *Säcker*, RdE 2015, 1 (9).

⁴¹ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 265.

⁴² So auch *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 265.

⁴³ *BGH*, Urt. v. 17.2.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 92; *KG*, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 2 U 18/18. EnWG Rn. 140 = BeckRS 2018, 26808 Rn. 136; *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 3.11.2017, Az.: 11 U 51/17 = NVwZ-RR 2018, 485 Rn. 72 ff.; *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 264.

⁴⁴ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 255 f.; das Kriterium auch aus inhaltlichen Gründen ablehnend *Höch*, RdE 2013, 60 (65).

⁴⁵ *BGH*, Urt. v. 17.2.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 90.

⁴⁶ *BGH*, Urt. v. 17.2.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 90.

⁴⁷ *BGH*, Urt. v. 17.2.2013, Az.: KZR 66/12 Rn. 90.

Gemeinde die Möglichkeit haben muss, ihr bei einer Vergabe an eine kommunale Eigengesellschaft zustehende Steuern auch im Falle der Fremdvergabe zu erheben.⁴⁸

6. Bürgerbeteiligung

Als besondere Form der Bürgernähe kämen Kriterien in Betracht, die eine Bürgerbeteiligung im Rahmen einer Bürgergenossenschaft vorschreiben.⁴⁹ Als neutrales Kriterium kann eine solche Vorgabe sowohl von privaten Wirtschaftsteilnehmern wie von kommunalen Unternehmen erfüllt werden und ist insofern als mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar und damit als zulässig anzusehen.

7. Regionale Wertschöpfung

Die schließlich als rekommunalisierungsfreundliches Kriterium in Betracht kommende Forderung einer regionalen Wertschöpfung, mit dem die Gemeinde das Ziel verfolgt, einen Großteil der mit dem Netzbetrieb verbundenen Wertschöpfung im Gemeindegebiet zu halten, wird für unzulässig erachtet.⁵⁰ Auch wenn es sich bei der Stärkung der regionalen Wirtschaft um ein von Art. 28 Abs. 2 GG geschütztes kommunales Anliegen handeln möge, sei das Kriterium deshalb als unzulässig zu bewerten, weil der Schutz der heimischen Wirtschaft gerade nicht grundfreiheitlich gewährleistet werde.⁵¹ Indes spricht hier die Wertung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV i. V. m. Art. 28 Abs. 2 GG für eine kommunalfreundlichere Auslegung, die regionale Wertschöpfung durchaus als mit den Grundfreiheiten vereinbar und damit auch als zulässiges Auswahlkriterium anerkennt.

III. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG in der Vergabepaxis weitgehend eine Leerformel bleibt. Dabei wäre eine stärkere Gewichtung entsprechender Kriterien aus

⁴⁸ Kritisch zur Rspr. auch *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (342); die Rspr. unter steuerrechtlichen Aspekten ablehnend *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 278 f.

⁴⁹ So etwa bei *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 15.7.2015, Az.: VI-2 Kart 1/15; zur Relevanz von Bürgerbeteiligungsmodellen beim Betrieb von Stadtwerken *Kneuper/Kaler*, IR 2012, 250; kritisch *Podszun/Palzer*, NJW 2015, 1496 (1498); ablehnend, jedoch ohne nähere Begründung auch *Huber*, in: Kment, EnWG, § 46 Rn. 78.

⁵⁰ Kritisch *Podszun/Palzer*, NJW 2015, 1496 (1498); ebenfalls ablehnend *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 282.

⁵¹ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 281 f.

verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt.⁵² Kommunale Anliegen wie eine regionale Wertschöpfung, Bürgerbeteiligung und Gewerbesteuererinnahmen müssen daher weitergehend als bisher in den Auswahlkriterien Niederschlag finden dürfen.

B. Weitgehende Neutralität des Vergabeverfahrens im Kartellvergaberecht

Aufgrund der Möglichkeit einer dem Kartellvergaberecht vorgelagerten Systementscheidung zwischen Eigenerledigung und vergabewettbewerblich strukturierter Beschaffung („Tatbestandslösung“) ist die Möglichkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen Verfahrensgestaltung im Kartellvergaberecht bisher nicht vertieft diskutiert worden. Die Diskussion um Privilegierungen des Aufgabengriffs der Öffentlichen Hand spielt sich vielmehr auf Tatbestandsseite ab, wenn es um die Frage geht, ob der kartellvergaberechtliche Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist. Indes wird die Frage nach der Zulässigkeit einer rekommunalisierungsfreundlichen Verfahrensgestaltung außerhalb der Bereichsausnahmen relevant. Die Untersuchung zeigt, dass sich das Kartellvergaberecht mit der zurückliegenden Reform zulasten eines strengen Wettbewerbsdogmas stärker zugunsten einer Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen geöffnet hat. Indes findet sich bisher, anders als im Regime des § 46 EnWG, keine Öffnung des Kartellvergaberechts für eine Berücksichtigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Rekommunalisierungsfreundliche Kriterien müssen daher weitgehend als unzulässig bewertet werden.

I. Umfassende Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz

Das kartellvergaberechtliche Auswahlverfahren wird gem. § 97 Abs. 2 GWB wesentlich durch das Gebot der Gleichbehandlung bestimmt.⁵³ Alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind danach im Grundsatz gleich zu behandeln. In der Regelung kommen zum einen die in den EU-Vergaberichtlinien kodifizierten

⁵² S. bereits Kapitel 3, S. 215 ff.

⁵³ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 97 Rn. 9; *EuGH*, Urt. v. 24.5.2016, Az.: C-396/14 („MT Hogaard“) = ECLI:EU:C:2016:347 = NZBau 2016, 506 Rn. 37 (MT Hogaard); von einem elementaren Grundprinzip spricht *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 1; während § 97 Abs. 2 GWB nur von Gleichbehandlung spricht, ist in den Vergaberichtlinien von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung die Rede, vgl. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 VRL, Art. 36 Abs. 1 UAbs. 1 SRL, Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 KVR; dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass in der Rspr. des EuGH zu den Grundfreiheiten der Begriff der Diskriminierung stets auf die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal bezogen wird (s. zur Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen im Vergaberecht Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 97 Rn. 12 ff.), während der Begriff der Ungleichbehandlungen weitergehend jegliche Unterscheidungsmerkmale umfassen kann.

Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung zum Ausdruck, zugleich aber auch die Vorgaben des aus den Grundfreiheiten fließenden Primärvergaberechts sowie das dem Verfassungsvergaberecht zuzuordnende Gebot zur Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁵⁴

Das Gleichbehandlungsgebot bindet das Vergabeverfahren im umfassenden, materiellen Sinn.⁵⁵ Bereits die Erstellung der Vergabeunterlagen und die Leistungsbeschreibung werden vom Gleichbehandlungsgebot beeinflusst. So müssen sie für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich sein⁵⁶ und den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährleisten (§ 31 Abs. 1 VgV).⁵⁷ Über die Leistungsbeschreibung hat die Öffentliche Hand zwar die Möglichkeit, den Umfang und die Qualität der zu erbringenden Leistungen zu definieren, um eine ausreichende und angemessene Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Daseinsvorsorge sicherzustellen.⁵⁸ Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots ist es der Öffentlichen Hand aber nicht gestattet, die Leistungsbeschreibung so zu formulieren, dass eigene Unternehmen Wettbewerbsvorteile erhalten.⁵⁹

Das Gleichbehandlungsgebot umfasst zudem alle Phasen des förmlichen Vergabeverfahrens: So entfaltet es Wirkungen innerhalb aller Verfahrensarten i. S. d. § 119 Abs. 1 GWB, gilt also auch im nicht offenen Verfahren.⁶⁰

Auch in Hinblick auf die Eignung der Bieter nach § 121 GWB bindet das Gleichbehandlungsgebot den Auftraggeber.⁶¹

Zudem strukturiert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Wahl der Zuschlagskriterien, § 127 Abs. 4 S. 1 GWB. Im Bereich der Sektorenvergabe und der Konzessionsvergabe wird für die Auswahlkriterien ausdrücklich kodifiziert, dass diese objektiv zu gestalten sind (§§ 142 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 SektVO; § 152 Abs. 3 S. 1 GWB).⁶² Als objektive Kriterien in Betracht kommen neben monetären Auswahlkriterien, die allein auf den Preis abstellen, auch solche nicht-monetärer Art.⁶³ Auch ihre Ausgestaltung muss dem Gleichheitssatz genügen.

⁵⁴ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 3 f.

⁵⁵ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 6.

⁵⁶ S. im Einzelnen § 121 Abs. 1 S. 1 GWB, §§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV, 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SektVO, 15 Abs. 1 S. 2 KonzVgV i. V.m. 152 Abs. 1 i. V.m. 121 Abs. 1 S. 1 GWB, 15 Abs. 2 S. 1 VSVgV, 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A (EU).

⁵⁷ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 22; Lampert, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 121 Rn. 36.

⁵⁸ Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 82.

⁵⁹ Vgl. Lampert, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 121 Rn. 36.

⁶⁰ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 7; Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, GWB, § 97 Rn. 50.

⁶¹ Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 122 Rn. 14, 29.

⁶² Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 28.

⁶³ Zum Streitstand, ob nur nichtmonetäre Kriterien zulässig sind Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 127 Rn. 36; ein alleiniges Abstellen auf den Preis als Zuschlagskriterium kann

II. Ausnahmsweise Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung zugunsten der Öffentlichen Hand

Eine Ungleichbehandlung ist gem. § 97 Abs. 2 GWB nur dann möglich, wenn dies aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Es bedarf danach der Anordnung („geboten“) oder Erlaubnis („gestattet“) zur Ungleichbehandlung in den Vorschriften des GWB („ausdrücklich“) oder darauf beruhender Normen („aufgrund“).

Mit der Formulierung geht eine Limitierung möglicher zulässiger Ungleichbehandlungen auf solche einher, die im GWB Niederschlag gefunden haben.⁶⁴ Bei den im GWB ausdrücklich gebotenen oder gestatteten Ungleichbehandlungen handelt es sich demnach um einen Numerus clausus zulässiger Ungleichbehandlungen.⁶⁵

Selbst bei Gebotenheit oder Gestattung müssen sich Ungleichbehandlungen zudem am Sekundär- und Primärvergaberecht⁶⁶ als auch – außerhalb des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – an dem grundgesetzlichen Gleichheitsgebot messen lassen.⁶⁷

1. Soziale und andere besondere Dienstleistungen

Als ausdrückliche Gestattung werden neben § 97 Abs. 4 GWB, der die vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen gestattet,⁶⁸ die Sonderregelungen bei Auftragsvergaben über soziale und andere besondere Dienstleistungen qualifiziert.⁶⁹ Die Vorschriften gestatten dem Auftraggeber die Durchführung eines „Vergaberechts light“, indem besondere Verfahrensprivilegierungen nach § 130 GWB greifen.⁷⁰ Indes sind die vorliegend referenzierten Bereiche von den Privilegien des § 130 GWB nicht erfasst.⁷¹

unzulässig sein, wenn dabei die bei der betroffenen Leistung anzutreffenden großen verfahrenstechnischen Unterschiede und die daraus resultierenden großen preislichen Unterschiede nicht berücksichtigt werden und damit ein fairer Wettbewerb und eine Gleichbehandlung der Bieter verhindert werden, *VK Thüringen*, Beschl. v. 31. 1. 2020, Az.: 250–4003–15476/2019-E-010-EA.

⁶⁴ *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, GWB, § 97 Rn. 49.

⁶⁵ Um eine Limitierung von Rechtfertigungsgründen handelt es sich indes nicht, da das GWB selbst nicht die Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung, sondern nur zulässige Tatbestände normiert; so aber *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, GWB, § 97 Rn. 49.

⁶⁶ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 97 Rn. 23; *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 12.

⁶⁷ *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 14.

⁶⁸ Dazu *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 4 Rn. 30.

⁶⁹ *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 16 f.

⁷⁰ *Priß/Simonis*, NZBau 2015, 731 (733); näher dazu *Gerner*, NZS 2016, 492; für das Konzessionsvergaberecht greifen generell privilegierende Verfahrensbedingungen, sodass § 153 GWB für soziale und andere besondere Dienstleistungen nur auf die allgemeinen Vorschriften verweist.

2. Keine Privilegierung im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Als im Grundsatz gleichheitswidrig und daher eine besondere Ermächtigung erfordernd ist weiterhin der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren i. S. d. § 119 Abs. 5 GWB zu qualifizieren. Dies erst recht, wenn ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird.⁷² Daher bedarf auch der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren nach § 119 Abs. 5 GWB einer ausdrücklichen Anordnung, § 119 Abs. 2 S. 2 GWB.⁷³ Eine solche wird für die Auftragsvergabe nur unter den engen Voraussetzungen des § 14 Abs. 3–4 VgV erteilt. Diese werden im Falle des öffentlichen Aufgabendzugriffs regelmäßig nicht vorliegen,⁷⁴ sodass eine spezifische Bevorzugung öffentlicher Unternehmen hierüber ausscheidet.

Für die Vergabe von Konzessionen gilt nach § 151 S. 3 GWB, § 12 Abs. 1 S. 1 KonzVgV zwar der Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung; es findet mithin keine Bindung an die Verfahrensarten des § 119 GWB statt.⁷⁵ Insofern handelt es sich jedoch um keine Blankettermächtigung zum Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.⁷⁶ § 151 S. 1 GWB verlangt nämlich, dass die Absicht, eine Konzession zu vergeben, grundsätzlich bekannt zu machen ist. Eine Ausnahme darf nur in den gesetzlich geregelten Fällen erfolgen, § 151 S. 2 GWB, die näher in § 20 KonzVgV spezifiziert werden und im Falle des öffentlichen Aufgabendzugriffs ebenfalls regelmäßig nicht vorliegen werden.

3. Privilegierung durch die Möglichkeit strategischer Beschaffung?

Als „Türöffner“ für rekommunalisierungsfreundliche Auswahlkriterien kommt daher allein die strategische Beschaffung in Betracht. Mit der Vergaberechtsreform 2016 wurde die Zulässigkeit der Verfolgung ehemals als „vergabefremd“ qualifizierter Aspekte positiv-rechtlich anerkannt. In Abweichung von den Vergaberichtlinien⁷⁷ hat der deutsche Gesetzgeber mit § 97 Abs. 3 GWB dafür eine „General Klausel“ für die Berücksichtigung nichtmonetärer Aspekte im Vergabeverfahren

⁷¹ Die erfassten Dienstleistungen werden in Anhang XIV zur VRL aufgelistet, s. dazu näher *Rixen*, in: Burgi/Dreher, GWB, § 130 Rn. 47 ff.

⁷² Hierbei bleibt die europaweite Bekanntmachung der Vergabeabsicht aus, s. *Pünder*, in: *Pünder/Schellenberg*, GWB, § 119 Rn. 34.

⁷³ Aufgrund dieses spezifischen Anwendungsbereichs kommt daher auch eine Austauschbarkeit mit anderen nachrangigen Vergabeverfahren nicht in Betracht, s. dazu *Knauff*, NZBau 2018, 134 (135 f.).

⁷⁴ In Betracht kommt allein § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, wenn die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichenden Leistungen der Daseinsvorsorge eine eilbedürftige Vergabe erfordern; erforderlich ist dafür jedoch, dass der Auftraggeber die die Dringlichkeit herbeiführende Situation weder voraussehen konnte, noch ihm zuzurechnen ist.

⁷⁵ *Friton/Stein*, in: *Pünder/Schellenberg*, KonzVgV, § 12 Rn. 3.

⁷⁶ Zu den weiteren Einschränkungen des Grundsatzes *Siegel*, NVwZ 2016, 1672 (1674).

⁷⁷ Siehe hier insb. die Erwägungsgründe 95 und 37 VRL.

geschaffen.⁷⁸ § 97 Abs. 3 GWB stellt ausdrücklich klar, dass bei der Vergabe Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe der kartellvergaberechtlichen Vorschriften berücksichtigt werden dürfen.⁷⁹

Zuvor war lange Zeit umstritten, inwieweit sich mit der Auftragsvergabe politische Ziele verfolgen ließen.⁸⁰ Die wesentlich in der Strategie Europa 2020 fußenden Neuregelungen bringen auch den Bedeutungszuwachs sozial- und umweltpolitischer Zielsetzungen in Europa zum Ausdruck, die u. a. in Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 8 und 11 AEUV primärrechtlichen Ausdruck finden.⁸¹

Aufgrund der ausdrücklichen Einbeziehung sollte nunmehr nicht mehr von „vergabefremden Zwecken“, sondern beim Einsatz staatlicher Beschaffung als Instrument der Umwelt- und Sozialpolitik von strategischer Beschaffung gesprochen werden.⁸² Während soziale und ökologische Zwecke bisher allein im Rahmen von Ausführungsbedingungen Berücksichtigung finden durften (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.), spielen sie nunmehr auf den Ebenen der Eignungsanforderungen, der Zuschlagskriterien und den Auftragsausführungsbedingungen sowie im besonderen Regime für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen eine Rolle.⁸³

Befürchtet wird, dass die Zulassung der strategischen Beschaffung neue Formen der Diskriminierung hervorbringen kann.⁸⁴ Indes wird auch die strategische Beschaffung überwiegend als an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden angese-

⁷⁸ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 3, insb. Rn. 9.

⁷⁹ Über diese Hinweis- und Legitimierungsfunktion wird § 97 Abs. 3 GWB teilweise zudem eine Begrenzungsfunktion zugemessen, wonach aufgrund der abschließenden Regelsstruktur der Norm die Landesgesetzgeber im Bereich des Kartellvergaberechts keine über § 129 GWB hinausgehenden nichtmonetären Ziele mehr festlegen dürfen, so *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 11.

⁸⁰ Zu den drei Phasen des Rechtsrahmens für die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 9–11; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 5 zur Rspr.-Entwicklung, Rn. 6 zur Position der Europäischen Kommission, zum Einfluss des Europäischen Parlaments Rn. 7 und zur Strategie Europa Rn. 8; zur Entwicklung auch *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (898); *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 9, 44 ff.; *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 94 ff.

⁸¹ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 8 und 4.

⁸² Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 9, 11; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 10; *Bencke*, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 24 f.; noch zur alten Rechtslage kritisch gegenüber dem Rückgriff auf vergabefremde Ziele aufgrund der daraus resultierenden Gefahr für das Wirtschaftlichkeitsziel *Heintzen*, ZHR 165 (2001), 62 (63).

⁸³ *Burgi*, NZBau 2015, 597 (598 f.); zu weiteren Aspekten wie der Möglichkeit zur Nutzung von Gütezeichen, dem Lebenszykluskostenansatz und der Möglichkeit zur Auftragsvergabe anhand nichtmonetärer Kriterien *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 8.

⁸⁴ Die Gefahr einer Verschiebung „vom Hoflieferanten zum Lieferanten von Produkten aus heimischem Anbau“ referenziert *Burgi*, NZBau 2015, 597 (598).

hen.⁸⁵ Eine etwaige Ungleichbehandlung durch ein nicht-monetäres Auswahlkriterium muss sich daher stets einer Rechtfertigungsprüfung unterziehen.

Umstritten ist, ob die Berücksichtigung nicht-monetärer Auswahlkriterien noch weitergehend gebunden wird. Teilweise wird für ein „Primat des Wettbewerbs-schutzes vor außerwettbewerblichen Zielen“ im Kartellvergaberecht plädiert.⁸⁶ Ausdruck finde dieses Primat im Erfordernis, dass das Auswahlkriterium zum Gegenstand des Auftrags/der Konzession in Beziehung stehen müsse; Vergaberecht sei weiterhin kein „regulating“, sondern immer noch „buying“.⁸⁷ Richtig daran ist, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmenspolitik im Kartellvergaberecht weiterhin unzulässig sind.⁸⁸ Das in § 127 Abs. 3 S. 1 GWB normierte Erfordernis, wonach die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen, ist ansonsten aber sehr weit zu verstehen. Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Max Havelaar wird das Erfordernis einer Verbindung heute dahingehend ausgelegt, dass es kein Unmittelbarkeitserfordernis dergestalt mehr normiert, wonach eine Betroffenheit der materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands vorliegen müsse.⁸⁹ Es genügt, dass sich die Kriterien auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen.⁹⁰ Dies gilt selbst dann, wenn sich die Kriterien auf den weitergehenden Lebenszyklus wie den Prozess der Herstellung und Entsorgung beziehen, § 127 Abs. 3 S. 2 GWB.⁹¹ § 127 Abs. 3 GWB wird insofern auch als „endgültige Erweiterung in Richtung auf das größere Feld der Umwelt- bzw. Sozialpolitik“ verstanden.⁹² Das Kartellvergaberecht hat sich damit zugunsten einer Wirtschaftslenkung durch politische Vergabekriterien geöffnet und kann seine freiheitsschonenden Steuerungsimpulse nun verstärkt entfalten.⁹³ Auch können Steuerungsverluste hoheitlichen Handelns nun über das öffentliche Einkaufsverhalten kompensiert werden.⁹⁴ Näherer Betrachtung bedarf jedoch die Frage, ob so auch dem Rekommunalisierungswunsch öffentlicher Aufgabenträger genügt werden kann.

⁸⁵ So Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 17.

⁸⁶ Mohr, EuZA 10 (2017), 23 (31).

⁸⁷ Mohr, EuZA 10 (2017), 23 (31 f.).

⁸⁸ Mohr, EuZA 10 (2017), 23 (32); Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 8; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 127 Rn. 19.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 10.5.2012, Az.: C-368/10 = ECLI:EU:C:2012:284 = NZBau 2012, 445; dazu Ziekow, DÖV 2015, 897 (899) sowie Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 127 Rn. 15 ff.; Burgi, NZBau 2015, 597 (601).

⁹⁰ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 127 Rn. 15.

⁹¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, § 127 Rn. 15.

⁹² Burgi, NZBau 2015, 597 (601).

⁹³ Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 25.

⁹⁴ Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 25.

a) Vorbehalt zugunsten von Unternehmen in staatlicher Hand

Das rekommunalisierungsfreundlichste Kriterium wäre ein Vorbehalt zugunsten von Unternehmen in staatlicher Hand, abgeschwächt das Erfordernis einer Beteiligung eben dieser. Ein solcher Vorbehalt wird vom EuGH jedoch als nichtgerechtfertigte Diskriminierung für unzulässig erachtet.⁹⁵ Eine Legitimation als Aspekt strategischer Beschaffung muss schon mangels Bezugs zum Auftragsgegenstand scheitern.

b) Örtlicher Bezug als Auswahlkriterium

Als typischerweise rekommunalisierungsfreundliche Kriterien können solche behandelt werden, die einen örtlichen Bezug aufweisen. Das Auswahlkriterium der Ortsansässigkeit eines Bieters wird dabei regelmäßig als unzulässiges Auswahlkriterium qualifiziert.⁹⁶ Die damit einhergehende Ungleichbehandlung für nicht ortsansässige Bieter kann auch nicht gerechtfertigt werden, weil eine Ortsansässigkeit für die Erbringung einer örtlichen Leistung nicht erforderlich ist.

Im Einzelnen umstritten ist jedoch, wie weitreichend eine örtliche Bezugnahme als Auswahlkriterium zulässig ist. Während teilweise jegliche Bezugnahme für ausgeschlossen erachtet wird, also auch die Ortsnähe, Präsenz am Ort oder Erfahrung mit den Gegebenheiten am Ort,⁹⁷ wird nach richtiger Auffassung das Kriterium örtlicher Präsenz zulässig sein, wenn eine örtliche Präsenz für die Erfüllung des Auftrags notwendig ist wie bspw. bei Hausmeister Tätigkeiten.⁹⁸ Gleiches wird auch für die Kriterien der Ortsnähe und Erfahrung mit den Gegebenheiten am Ort zu gelten haben, soweit diese für die Leistungserbringung notwendig sind. Die damit einhergehende Ungleichbehandlung für Bieter, die etwa überörtliche Leistungen anbieten, kann unter dem Aspekt der Qualitätssicherung der Leistung nach § 97 Abs. 3 GWB im Einzelfall gerechtfertigt werden. Eine wie für die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen angenommene Berücksichtigung des Unternehmenssitzes ist im Kartellvergaberecht jedoch ausgeschlossen.

c) Soziale Auswahlkriterien

Als zulässig bewertet werden schließlich die Erfordernisse, eine Mindestquote Ausbildungsplätze anzubieten, Arbeitsplätze für ältere Beschäftigte/Menschen mit Behinderung zu schaffen, die Berücksichtigung von Genderaspekten, Mindest- und Tariflohnklauseln, die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen sowie die Berück-

⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 5.12.1989, Az.: 3/88 Rn. 8–11, 30; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 46.

⁹⁶ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 127 Rn. 107; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 46.

⁹⁷ So *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 127 Rn. 107.

⁹⁸ So *Müller-Wrede*, VergabeR 2005, 32 (36 ff.).

sichtigung fairen Handels, die bisher insbesondere Konkretisierung in den Landesvergabegesetzen gefunden haben.⁹⁹ Alle diese Kriterien zeichnet ihre, dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgende, Neutralität in Hinblick auf ihre Erfüllung durch öffentliche oder private Unternehmen aus. Ein spezifischer Vorteil bei der Rekommunalisierung lässt sich hieraus daher nicht ableiten.

III. Privatisierungsimpuls des Kartellvergaberechts?

Die weitreichende Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz hat die Diskussion befeuert, ob die Neutralität des Kartellvergaberechts womöglich sogar ein Privileg für privatwirtschaftliche Bieter bedinge. Das Kartellvergaberecht nimmt zwar keinen unmittelbaren Einfluss auf Privatisierungsentscheidungen und darf ihn gemäß Art. 345 AEUV auch nicht nehmen.¹⁰⁰ Entsprechend dem von der Sektorenliberalisierung ausgehenden Privatisierungsdruck wird indes auch dem Kartellvergaberecht von Teilen der Literatur ein Privatisierungsimpuls attestiert.¹⁰¹ Dies dergestalt, dass sich die Anwendungsbereichseröffnung und Durchführung eines Vergabeverfahrens regelmäßig zugunsten privater Bieter auswirke, während die Öffentliche Hand strukturell unterliege.

Die These vom Privatisierungsimpuls ist auf Kritik gestoßen. So wurde ihr entgegengehalten, das Vergaberecht betreffe nur den (nachgelagerten) Vollzug von Privatisierungsentscheidungen.¹⁰² Dem Vergaberecht selber könne sogar eine privatisierungshemmende Wirkung zugeschrieben werden, weil es „Privatisierungen unter Monopolbedingungen“¹⁰³, also materielle Privatisierungen in Bereichen natürlicher Monopole, verhindere. Diese Reduktion des Vergaberechts auf ein reines Privatisierungsfolgenrecht findet sich auch bei Burgi, der den Bereich der Privatisierungsentscheidung vom Vergaberecht unbeeinflusst wissen will.¹⁰⁴ Burgi betont dafür die Möglichkeit einer von vergaberechtlichen Wertungen freien Systementscheidung zwischen Eigenerfüllung und marktlicher Beschaffung.

Richtigerweise muss differenziert werden zwischen der Frage des Einflusses des allgemeinen Unionsrechts auf den Bereich staatlicher Organisationsentscheidungen

⁹⁹ Ziekow, DÖV 2015, 897 (898); spezifisch zu den ILO-Kernarbeitsnormen *ders.*, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 93 ff.; zu Fairtrade-Normen Krönke, in: Ziekow/Gyulai-Schmidt, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, S. 107 ff.; s. auch *ders.*, VergabeR 2017, 101.

¹⁰⁰ Dreher, in: Oldiges, Daseinsvorsorge durch Privatisierung, S. 38.

¹⁰¹ Siegel, VergabeR 2015, 265 (268); Burgi, NZBau 2005, 208 (210).

¹⁰² Dreher, in: Oldiges, Daseinsvorsorge durch Privatisierung, S. 38; Bungenberg, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 6.

¹⁰³ So Dreher, in: Oldiges, Daseinsvorsorge durch Privatisierung, S. 38.

¹⁰⁴ Burgi, Vergaberecht, § 11 Rn. 24.

als die dem Kartellvergaberecht vorgelagerte Ebene¹⁰⁵ und den vom Kartellvergaberecht in seinem Anwendungsbereich ausgehenden Wirkungen auf hoheitliche Organisationsentscheidungen.

In rechtsdogmatischer Hinsicht kann dazu festgehalten werden, dass die Ausnahme der Eigenerledigung im engeren Sinne vom Kartellvergaberecht den Privatisierungsimpuls verhindert.¹⁰⁶ Ist diese Systementscheidung indes nicht mehr möglich (§ 46 EnWG) oder wird ihr Möglichkeitsbereich verringert (§ 108 GWB), kann der Einfluss des Vergaberechts auf die staatsorganisationsrechtliche Entscheidung zwischen Privatisierung und Eigenerledigung nicht mehr negiert werden. Sobald ausgeschlossen werden muss, entsteht Wettbewerb mit privaten Wirtschaftsteilnehmern. Fraglich ist, ob den dann greifenden Mechanismen eine typischerweise zugunsten privater Wirtschaftsteilnehmern gehende Systementscheidung entnommen werden kann. Anders gewendet: Entfaltet das Vergabeverfahren eine Tendenz, wonach öffentliche typischerweise gegenüber privaten Bietern unterliegen? Nur dann ließe sich von einem Privatisierungsimpuls des Kartellvergaberechts sprechen.

Von kommunaler Seite ist die Befürchtung vorgetragen worden, dass ihre in der öffentlichen Daseinsvorsorge tätigen Unternehmen im Vergabewettbewerb strukturell unterlegen seien.¹⁰⁷ Private Wettbewerber hätten aufgrund niedrigerer Lohnkosten einen Wettbewerbsvorteil; zudem könnten private Unternehmen ortsungebunden agieren und seien nicht auf eine positive Vergabeentscheidung angewiesen.¹⁰⁸ Ein rein an monetären Auswahlkriterien ausgerichtetes Vergabeverfahren droht so tendenziell zu Lasten öffentlicher Bieter auszugehen, auch, weil überörtliche Unternehmen von Netzwerkeffekten profitieren können. Mit der Öffnung des Kartellvergaberechts zugunsten strategischer Beschaffungen kann diesen Befürchtungen jedoch nunmehr im Vergabeverfahren begegnet werden, indem ein örtlicher Bezug der Bieter und die Einhaltung von Mindestlohnklauseln eingefordert werden. Inwieweit ein Impuls zugunsten eines privaten Bieters entsteht, hängt damit ganz wesentlich von der Gestaltung des Vergabeverfahrens ab. Im Übrigen wäre eine hier nicht zu leistende ökonomische Analyse erforderlich, wie weitreichend ökonomische Faktoren wie Netzwerkeffekte bei der Preiskalkulation, aber auch öffentlichen Unternehmen gewährte steuerliche Vorteile substantiellen Einfluss auf die Angebote nehmen.

¹⁰⁵ S. zur unionsrechtlich forcierten Liberalisierung und der dadurch auch bedingten Privatisierung bereits Kapitel 2, S. 111 f.

¹⁰⁶ Für das Konzessionsvergaberecht *Siegel*, Vergaberecht 2015, 265 ff. (268).

¹⁰⁷ *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 95.

¹⁰⁸ M. w. N. *Schneiderhan*, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 95 f.

IV. Zwischenergebnis

Das kartellvergaberechtliche Vergabeverfahren ist weitreichend auf die Gleichbehandlung der Bieter ausgerichtet. Nur in gesetzlich zugelassenen Fällen kommt eine gleichheitswidrige Privilegierung von Bietern in Betracht. Weder das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, noch die Möglichkeit strategischer Beschaffung erlaubt jedoch eine spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung. Dafür besteht jedoch auch anders als bei § 46 EnWG kein Bedarf, weil der öffentliche Aufgabenzugriff bereits durch § 108 GWB ausreichend geschützt wird. Soweit vom Kartellvergaberecht Privatisierungsimpulse ausgehen, eröffnet das Instrument der strategischen Beschaffung den Auftraggebern jedenfalls die Möglichkeit, stärker steuernd auf die Bieter einzuwirken und so die Erreichung außerwettbewerblicher Ziele auch im Falle privater Leistungserbringung sicherzustellen.

C. Vergaben an die Öffentliche Hand nach der VO (EG) 1370/2007

Anders als das Kartellvergaberecht schließt das Regime der VO (EG) 1370/2007 Vergaben an die Öffentliche Hand zwar nicht vom Anwendungsbereich aus;¹⁰⁹ durch die Möglichkeiten zur Direktvergabe wird der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen des Öffentlichen Personennahverkehrs jedoch weitreichend von der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens befreit. In der VO (EG) 1370/2007 findet sich insofern eine Mischung aus Tatbestands- und Rechtsfolgenlösung realisiert: Obwohl der Tatbestand stark ausgedehnt wurde, eröffnet die Möglichkeit zu Direktvergaben einen weiten Anwendungsbereich auf Rechtsfolgenseite für Privilegierungen von Vergaben an die Öffentliche Hand.

I. Privilegierung der Eigenerbringung und Direktvergabe

Ist der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfüllt, sieht Art. 5 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 im Grundsatz die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vor.

Auch in der VO (EG) 1370/2007 finden sich jedoch Privilegierungen im Falle des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand. Diese sind im Vergleich zum Kartellvergaberecht noch weiterreichend ausgestaltet worden.¹¹⁰ Unterschieden werden kann zwischen Privilegierungen im Falle von Eigenerbringung (im engeren sowie im weiteren Sinne) und darüberhinausgehenden Möglichkeiten einer wettbewerbsfreien Auftragsvergabe.

¹⁰⁹ Dazu bereits Kapitel 6, S. 335 ff.

¹¹⁰ Aufgrund des daraus resultierenden weitgehenden Wettbewerbsausschlusses de lege ferenda für eine Verschärfung *Knauff*, NVwZ 2020, 1171 (1175).

Die VO verwendet als Überbegriff den Terminus der Direktvergabe. Hiermit werden alle Fälle einer Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens bezeichnet (Art. 2 lit. h VO (EG) 1370/2007).

Anders als im Kartellvergaberecht trifft die VO eine Aussage darüber, was im Falle der Einschlägigkeit eines Privilegierungstatbestands für eine Rechtsfolge eintritt: Ein wettbewerbliches Vergabeverfahren wird dann nicht mehr durchgeführt. Damit stellt sich die Frage, ob der VO eine Sperrwirkung gegenüber ggf. dennoch aufgrund des Primärvergaberechts bestehenden Ausschreibungspflichten zukommen kann. Aufgrund der Normenhierarchie muss einer solchen Auslegung jedoch eine Absage erteilt werden. Die VO kann nur die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 ausschließen, nicht jedoch nach Primärvergaberecht.

1. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007

Zentrale Bedeutung für den öffentlichen Aufgabenzugriff kommt Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zu. Danach steht es den zuständigen örtlichen Behörden offen, selbst öffentliche Personenverkehrsdienste zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge an interne Betreiber direkt zu vergeben.

Auch in der VO (EG) 1370/2007 findet sich – trotz des zunächst weiten Anwendungsbereichs – also der Gedanke eines Schutzes der Eigenerledigung vor einer Marktöffnung realisiert.¹¹¹ Unterschieden wird zwischen Eigenerbringung und der Beauftragung von internen Betreibern. Der Terminus der Eigenerledigung kennzeichnet den Bereich der Eigenerledigung i. e. S., bei dem es an rechtsförmlicher Unterscheidbarkeit von Auftraggeber und Auftragnehmer fehlt. Hierfür muss die VO – anders als das Kartellvergaberecht – eine eigenständige Ausnahmeregelung treffen, werden diese doch an sich in den Auftragsbegriff einbezogen.

Die Beauftragung interner Betreiber greift in Fällen rechtlicher Unterscheidbarkeit von Auftraggeber und Auftragnehmer und weist insofern Parallelen zu § 108 GWB auf.

a) Eigenerbringung

Für die Eigenerbringung ist kennzeichnend, dass ein In-sich-Geschäft vorliegt, weil sich keine rechtsfähigen Einheiten gegenüberstehen.¹¹² Erfasst von der Privi-

¹¹¹ Hüser, Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 109.

¹¹² Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 24 spricht von „Selbsterbringung“.

legierung sind daher Auftragsvergaben an Eigen- und Regiebetriebe oder eine gänzlich behördeninterne Erbringung von Leistungen des ÖPNV.

Umstritten ist, ob und welche der noch gleich im Einzelnen zu vertiefenden besonderen Voraussetzungen an die Ausschreibungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 auch im Falle der Eigenerbringung Geltung beanspruchen. Jedenfalls werden spezifische Voraussetzungen an den Akt der Selbstbetrauung gestellt: So darf die zuständige Behörde nicht als Richter in eigener Sache agieren, was voraussetzt, dass das beschlussfassende Gremium nicht mit dem operativen Geschäft des ÖPNV-Betreibers befasst ist und gegenüber diesem unabhängig sein muss.¹¹³

b) Vergabe an interne Betreiber

Bei der Auftragsvergabe an interne Betreiber stehen sich rechtlich selbstständige Einheiten gegenüber. Als interne Betreiber in Betracht kommen die auch bei § 108 GWB eine Rolle spielenden, kommunal- und haushaltsrechtlich zulässigen Organisationsformen des öffentlichen wie auch des privaten Rechts, also bspw. AG, GmbH, Zweckverbände und Anstalten des öffentlichen Rechts.

Voraussetzung für die Ausschreibungsfreiheit ist, dass es sich bei dem Betreiber um eine rechtlich getrennte Einheit handelt, über die die zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht (Art. 2 lit. j VO (EG) 1370/2007).

c) Voraussetzungen an die Ausschreibungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007

Die Möglichkeit zur Eigenerbringung und zu Direktvergaben an interne Betreiber wird an besondere Voraussetzungen geknüpft.¹¹⁴

aa) Zuständige örtliche Behörde

Eine erste Spezifizierung erfährt der persönliche Anwendungsbereich, wonach die zuständige Behörde auch „örtlich“ sein muss. Dafür darf sich ihr Zuständigkeitsbereich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstrecken, was im ÖPNV regel-

¹¹³ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 24; Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 50.

¹¹⁴ Knauff, DVBl. 2014, 692 (696) scheint hingegen die Eigenerbringung nicht an die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 gebunden anzusehen; zur noch offenen Frage des relevanten Zeitpunkts *Antweiler*, VergabeR 2018, 211 (222 f.) und *OLG Jena*, Beschl. v. 12.6.2019, Az.: 2 Verg 1/18 = NZBau 2020, 59 Rn. 25.

mäßig nicht der Fall ist.¹¹⁵ Der für den Schienenpersonenverkehr nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 VO (EG) 1370/2007 gemachten Einschränkung auf Behörden, deren geografischer Zuständigkeitsbereich sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt, scheint insofern nur die Funktion einer Klarstellung zuzukommen.

Es ist ebenso möglich, dass nicht nur eine einzelne zuständige Behörde, sondern eine Gruppe von Behörden handelt, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet. Bei integrierten öffentlichen Personenverkehrsdiensten handelt es sich gem. Art. 2 lit. m VO (EG) 1370/2007 um Beförderungsleistungen, die innerhalb eines festgelegten geografischen Gebiets im Verbund erbracht werden und für die ein einziger Informationsdienst, eine einzige Fahrausweisregelung und ein einziger Fahrplan besteht.

Diese Möglichkeit ist jedoch weniger mit § 108 Abs. 6 GWB, sondern eher mit § 108 Abs. 4, 5 GWB, also der gemeinsam-vertikalen Inhouse-Vergabe vergleichbar, da auch im Falle von Behördenkooperation eine Kontrolle verlangt wird. Indes genügt – anders als bei § 108 Abs. 4, 5 GWB, bereits die Kontrolle durch nur eine zuständige örtliche Behörde aus der Gruppe.¹¹⁶

Umstritten ist, ob die Mitgliedschaft in einer Gruppe es ausschließt, dass eine einzelne Behörde zum Instrument der Direktvergabe greifen darf.¹¹⁷ Das OLG Düsseldorf hält es für eine rechtlich zulässige Ausgestaltung, dass die Satzung der Gruppe weiterhin die Direktvergabemöglichkeit durch die einzelnen Behörden eröffnet.¹¹⁸

Eine Besonderheit stellt der Fall des Fehlens einer zuständigen örtlichen Behörde nach Art. 5 Abs. 2 lit. d VO (EG) 1370/2007 dar. Hierbei geht es um Fälle, in denen das Zuständigkeitsgebiet der Behörde das gesamte Staatsgebiet ist, was in Deutschland für bisher nicht stattfindende Vergaben des Bundes im hier nicht näher betrachteten Fernverkehr gälte.¹¹⁹

¹¹⁵ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 2 Rn. 6 nennt als Beispiel den Fall einer Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen im Fernverkehr durch den Bund an die Deutsche Bahn, was insofern nicht als Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 möglich wäre.

¹¹⁶ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 34.

¹¹⁷ Diese Frage hat vorgelegt OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 3.5.2017, Az.: VII-Verg 51/16 = NZBau 2017, 759, Vorlagefrage Nr. 2.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 3.5.2017, Az.: VII-Verg 51/16 = NZBau 2017, 759 (760).

¹¹⁹ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 55; als gegenstandslos qualifizieren die Norm dementsprechend Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 51.

bb) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle

Weiterhin erforderlich ist, dass die zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt.

Die Kontrolle ist nach den in Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) 1370/2007 festgelegten Faktoren festzustellen:

- Umfang der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremien, diesbezügliche Bestimmungen in der Satzung,
- Eigentumsrechte,¹²⁰
- tatsächlicher Einfluss auf und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen.

Die Prüfung erstreckt sich dabei neben formal-rechtlichen Aspekten auch auf die praktische Wirksamkeit der Kontrolle.¹²¹ Für die spezifischen Anforderungen an die Kontrolle können ansonsten die Erwägungen zu § 108 GWB herangezogen werden.¹²²

Umstritten ist, ob mit dem Kontrollkriterium zugleich auch wie beim Inhouse-Geschäft nach § 108 Abs. 1 GWB ein Wesentlichkeitskriterium der Art konnotiert ist, dass der interne Betreiber mehr als 80 % seiner Tätigkeiten mit Aufgaben erfüllen muss, mit denen er von der zuständigen Behörde betraut wurde.¹²³ Indes lässt sich Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) 1370/2007 eine solche Beschränkung ausweislich des Wortlauts nicht entnehmen und ist daher nicht zu fordern.¹²⁴ Eine Beschränkung des Marktradial findet vielmehr in örtlicher Hinsicht statt.¹²⁵

(1) Zulässigkeit privater Kapitalbeteiligung

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) 1370/2007 steht eine private Kapitalbeteiligung nicht zwingend der Kontrolle entgegen, sofern ein beherrschender öffentlicher Einfluss besteht und aufgrund anderer Kriterien festgestellt werden kann, dass eine Kontrolle ausgeübt wird. In Abweichung zur Rspr. des EuGH zur Inhouse-Ausnahme

¹²⁰ Wobei keine 100 %-ige Eigentümerschaft erforderlich ist; vielmehr muss mit sinkendem Anteil zugleich der Kontrolleinfluss anderweitig aufgewertet werden, vgl. *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 28.

¹²¹ *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 27; kritisch aber bzgl. vermeintlichen Umgehungsversuchen *Antweiler*, *VergabeR* 2018, 211 (215).

¹²² S. dazu näher Kapitel 5, S. 290; zur Übertragbarkeit *Pünder*, in: *ders.*, Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 36; näher zu den Voraussetzungen je nach Organisationsform des internen Betreibers *ders.*, a. a. O., S. 36 ff.

¹²³ In diese Richtung *Pünder*, *EuR* 2007, 564 (569 f.); anders aber *ders.*, in: *Pünder*, Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 48, wonach die Frage im Rahmen der VO (EG) 1370/2007 aufgrund der örtlichen Radizierung nicht von Relevanz sei.

¹²⁴ *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 28.

¹²⁵ S. dazu sogleich in diesem Kapitel, S. 389.

im allgemeinen Kartellvergaberecht und nunmehr zu Art. 108 Abs. 1 GWB kann die Inhouse-Ausnahme also auch im Falle gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen vorliegen, solange nur anhand anderer Kriterien eine Kontrolle festgestellt werden kann; der privaten Kapitalbeteiligung kommt im ÖPNV mithin eine weitaus größere Bedeutung zu.¹²⁶

(2) Anwendbarkeit im Falle von Eigenerbringung?

Das Kontrollkriterium soll nach umstrittener Lesart des Erwägungsgrunds 18 S. 2 VO (EG) 1370/2007 auch auf die Betrauung der zuständigen Behörde selbst zu übertragen sein.¹²⁷ Der Streit kann dahinstehen, da sich die Frage einer hinreichenden Kontrolle bei Eigenerbringung nicht stellt.¹²⁸

(3) Kontrolle durch eine Gruppe von Behörden

Im Falle einer Gruppe von Behörden kann die Kontrolle gemeinsam, aber auch nur durch eine der zuständigen Behörden ausgeübt werden. Hierbei handelt es sich um eine relevante Abweichung gegenüber § 108 Abs. 5 GWB, der nur eine gemeinsame Kontrolle genügen lässt.¹²⁹ Im ersten Falle reicht für den Kontrollnachweis die gemeinsame Eigentümerschaft am internen Betreiber aus, wenn sich aus der Satzung der Gesellschaft entsprechende Kontrollrechte ergeben; ansonsten muss ein öffentlich-rechtlicher Vertrag oder eine Zweckvereinbarung hinzutreten.¹³⁰ Im Falle alleiniger Kontrolle genügt die Eigentümerschaft des kontrollierenden Gruppenmitglieds.¹³¹

cc) Beschränkung auf das Zuständigkeitsgebiet der zuständigen örtlichen Behörde

Interne Betreiber dürfen nach Art. 5 Abs. 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 die öffentlichen Personenverkehrsdienste ausschließlich innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde erbringen und nicht außerhalb ihres Zuständigkeitsgebiets an wettbewerblichen Vergabeverfahren für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste teilnehmen (Örtlichkeitsprinzip).¹³² Für die

¹²⁶ Knauff, DVBl. 2014, 692 (696); zur Umsetzung des Kontrollerfordernisses in diesem Fall Pünder, in: ders., Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 46 ff.

¹²⁷ Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 51.

¹²⁸ Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 51.

¹²⁹ Oebbecke, NVwZ 2019, 1724 (1724).

¹³⁰ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 32 f.

¹³¹ Zu den Einzelheiten Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 34 ff.

¹³² Auf die bloß klarstellende Funktion des Teilnahmeverbots weist hin Pünder, in: ders., Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 51 f.

Beurteilung kommt es nicht auf die gesellschaftsvertraglichen Regelungen an, sondern auf das tatsächliche Verhalten des internen Betreibers.¹³³

Aufgrund der Begrenzung auf „öffentliche Personenverkehrsdienste“ werden internen Betreibern Tätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) 1370/2007 jedoch gestattet.¹³⁴ Ausgenommen sind weiterhin abgehende Teillinien und in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden führende Teildienste.¹³⁵

Das Verbot wird zudem nach Art. 5 Abs. 2 lit. c VO (EG) 1370/2007 modifiziert. Danach kann ein interner Betreiber frühestens zwei Jahre vor Ablauf des direkt an ihn vergebenen Auftrags an fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnehmen, sofern endgültig beschlossen wurde, die öffentlichen Personenverkehrsdienste, die Gegenstand des Auftrags des internen Betreibers sind, im Rahmen eines fairen wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben und der interne Betreiber nicht Auftragnehmer anderer direkt verbgebener öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist.

Interessanterweise bleibt auch diese Voraussetzung dem Wortlaut nach auf interne Betreiber beschränkt, während Erwägungsgrund 18 VO (EG) 1370/2007 auch die Teilnahme der Behörde selbst untersagt wissen möchte. Insofern wird in der Literatur eine Übertragung des Kriteriums auf die Eigenerbringung gefordert.¹³⁶ Indes beschränkt sich Abs. 2 von vorneherein auf die örtlich zuständige Behörde, die schon nach grundsätzlichen Erwägungen gar nicht außerhalb ihres Zuständigkeitskreises tätig werden darf.

Im Falle einer Kontrolle durch mehrere Behörden erweitert sich das Zuständigkeitsgebiet auf die Gesamtfläche aller beteiligten Behörden.¹³⁷

dd) Selbsterbringungsquote

Kommen Unterauftragsvergaben in Frage,¹³⁸ muss der interne Betreiber den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst erbringen, Art. 5 Abs. 2 lit. e VO (EG) 1370/2007.¹³⁹ Als erforderlich wird dafür ein Anteil von mehr als 50 % erachtet.¹⁴⁰

¹³³ VK *Südbayern*, Beschl. v. 15.10.2015, Az.: Z3–3–3194–1–36–05/15 = BeckRS 2016, 44456 Rn. 227.

¹³⁴ *Pünder*, in: ders., Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs, S. 49; *Jürschik*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 16; a. A. jedoch *Wagner-Cardenal/Dierkes*, NZBau 2014, 738 (741); in diese Richtung auch *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 51.

¹³⁵ Näher *Jürschik*, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 17.

¹³⁶ *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 51.

¹³⁷ *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 45.

¹³⁸ Die Unterauftragsvergabe selbst ist in Art. 4 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 geregelt, näher dazu *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn. 45 ff.; *Linke*, NZBau 2012, 338.

¹³⁹ Die Regelung geht insoweit über Art. 4 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 hinaus, vgl. *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 56.

Umstritten ist, wann von einer selbsterbrachten Leistung des internen Betreibers i. S. d. Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. e VO (EG) 1370/2007 auszugehen ist. Während teilweise eine echte Selbsterbringung durch den internen Betreiber verlangt wird, wird nach a. A. eine Leistung durch eine hundertprozentige Tochter für ausreichend erachtet.¹⁴¹ Die Frage wurde dem EuGH zuletzt vorgelegt, ist jedoch unbeantwortet geblieben.¹⁴² Für eine weite Auslegung spricht, dass eine hundertprozentige Tochter dem internen Betreiber vollständig zuzurechnen ist, sodass es nicht darauf ankommen kann, wer von beiden letztlich die Leistung erbringt.¹⁴³

Umstritten ist zudem, ob die Selbsterbringungsquote auf Fälle der Eigenerbringung übertragbar ist.¹⁴⁴ Dagegen spricht jedoch einerseits der ausdrückliche Wortlaut der Vorschrift, andererseits der Umstand, dass der Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne einem besonderen primärrechtlichen Schutzregime unterworfen ist, das Einschränkungen entgeht.¹⁴⁵

ee) Keine Untersagung nach nationalem Recht

Schließlich darf die Direktvergabe nicht nach nationalem Recht untersagt worden sein. In Deutschland finden sich weder für den Schienenpersonenverkehr (s. insofern ausdrücklich § 131 Abs. 2 S. 1 GWB), noch für Vergaben im Bereich des straßengebundenen ÖPNV Verbotstatbestände.¹⁴⁶

2. Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007

Zusätzlich zu Art. 5 Abs. 2 sieht Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 eine Direktvergabemöglichkeit vor für Dienstleistungsaufträge, die entweder einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 1.000.000 € oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km aufweisen. Im Falle von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste beinhalten, erhöhen sich die Werte auf 7.500.000 € bzw.

¹⁴⁰ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 56; Linke, NZBau 2012, 338 (338); Knauff, DVBl. 2014, 692 (695); eine solche Pflicht kennt das Kartellvergaberecht nicht, vgl. Jürschik, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 20.

¹⁴¹ So dem EuGH nahelegend *OLG Düsseldorf*, Vorlagebeschl. v. 3.5.2017, Az.: VII-Verg 51/16 = NZBau 2017, 759 (760).

¹⁴² *OLG Düsseldorf*, Vorlagebeschl. v. 3.5.2017, Az.: VII-Verg 51/16 = NZBau 2017, 759; *EuGH*, Urt. v. 21.3.2019, Az.: C-266/17 und C-267/17, Rn. 82 = ECLI:EU:C:2019:241.

¹⁴³ So auch Jürschik, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 22.

¹⁴⁴ *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 51; a. A. Schröder, NVwZ 2010, 862 (863), der aber zumindest die Quote des Art. 4 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 übertragen will.

¹⁴⁵ S. zu diesem unantastbaren Kernbereich mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie bereits Kapitel 3, S. 213 f.

¹⁴⁶ Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 57 f.

500.000 km. Im Falle von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die direkt an kleine oder mittlere Unternehmen vergeben werden, die nicht mehr als 23 Straßenfahrzeuge betreiben, können diese Schwellen entweder auf einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 2.000.000 € oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 600.000 km erhöht werden.

3. Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007

Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 sieht schließlich eine Direktvergabemöglichkeit im Notfall vor.¹⁴⁷ Die zuständige Behörde kann danach im Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation eine Notmaßnahme ergreifen. Diese Notmaßnahme besteht in der Direktvergabe oder einer förmlichen Vereinbarung über die Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder einer Auflage, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu übernehmen. Der Betreiber eines öffentlichen Dienstes hat das Recht, gegen den Beschluss zur Auferlegung der Übernahme bestimmter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen Widerspruch einzulegen. Die Vergabe oder Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Notmaßnahme oder die Auferlegung der Übernahme eines derartigen Auftrags ist für längstens zwei Jahre zulässig.

4. Sonderregelungen im Schienenpersonennahverkehr

Im Bereich des SPNV findet zunächst auf Auftragsvergaben über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr nach § 131 Abs. 2 S. 1 GWB die Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 Anwendung, während § 108 Abs. 1 GWB suspendiert wird. Dem Wortlaut nach können § 108 Abs. 3–6 GWB daher weiterhin auf Vergaben im SPNV Anwendung finden.¹⁴⁸

Darüber hinaus greifen weitere gesonderte Direktvergabemöglichkeiten nach den Art. 5 Abs. 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 VO (EG) 1370/2007.¹⁴⁹ Diese stehen jedoch unter dem Vorbehalt der Untersagung durch nationales Recht, sodass ihre Reichweite wesentlich durch § 131 GWB modifiziert wird.¹⁵⁰ In Deutschland kommt aufgrund

¹⁴⁷ Im Einzelnen *Linke*, VergabeR 2019, 739.

¹⁴⁸ *Mutschler-Siebert/Dorschfeldt*, VergabeR 2016, 385 (388 f.).

¹⁴⁹ *Zuck*, in: *Ziekow/Völlink*, VO (EG) 1370/2007, Einl. Rn. 44; die Direktvergabemöglichkeit nach Abs. 6 besteht aber nach Art. 8 Abs. 2 lit. iii VO (EG) 1370/2007 nur noch bis zum 25. 12. 2023; zu den einzelnen Ausnahmen näher *Knauff*, N&R 2018, 26 (27).

¹⁵⁰ Für den Bereich des SPNV war nach altem Vergaberecht zunächst höchst umstritten, ob die Verkehrsverträge vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten unterfallen, dazu *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 61 ff.; *Hermes*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Band 1, § 26 Rn. 90. Zwar sieht § 15 Abs. 2 AEG nur eine fakultative Ausschreibungsmöglichkeit vor, die die Entscheidung über eine Direktvergabe oder ein wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren dem Ermessen der zuständigen Behörde überantwortet, vgl. *Bungenberg/*

des § 131 Abs. 2 GWB nur Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 Bedeutung zu.¹⁵¹

Im Hinblick auf die Verfahrensarten werden SPNV-Vergaben zwar von der Hierarchie der Verfahrensarten befreit; das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bleibt jedoch nur in den gesetzlich anerkannten Fällen anwendbar, § 131 Abs. 1 GWB.

5. Rechtsfolgen im Falle einer Direktvergabe

Soweit einer der Direktvergabetatbestände einschlägig ist, vollzieht sich die Vergabe dennoch nicht im rechtsfreien Raum. Entsprechend der Regelungsstruktur der VO (EG) 1370/2007, die Direktvergaben ihrem Anwendungsbereich unterwirft, formuliert sie auch für Direktvergaben Anforderungen an den Inhalt (Art. 4 sowie das Überkompensationsverbot nach Art. 6 Abs. 1 i. V. m. dem Anhang der VO), an Informations- und Begründungspflichten (Art. 7 Abs. 2–4) und an die Laufzeit (Art. 3 Abs. 3: maximal 10 Jahre, nach Art. 4 Abs. 4 abweichend 15 Jahre).¹⁵² Im Falle der Direktvergabe sieht Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zudem eine Informationspflicht über die Absicht einer Direktvergabe vor, die in Abs. 3 für Schienenpersonenverkehrsleistungen ergänzt wird.¹⁵³ Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 erweitert die Informationspflicht um eine Pflicht zur Mitteilung der Gründe für eine Direktvergabe (siehe auch § 8a Abs. 5 PBefG).¹⁵⁴ Die zuständigen nationalen Behörden sind jedoch nicht verpflichtet, alle erforderlichen Informationen zu veröffentlichen oder den möglicherweise interessierten Wirtschaftsteilnehmern zu übermitteln, damit diese ein Angebot erstellen können, das hinreichend detailliert ist und Gegenstand einer vergleichenden Bewertung sein kann; außerdem trifft sie nicht die Pflicht, eine vergleichende Bewertung aller nach der Veröffentlichung der Informationen eingegangenen Angebote vorzunehmen.¹⁵⁵ Insofern stellt der EuGH aus-

Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 12; der BGH hat jedoch § 15 Abs. 2 AEG als die gegenüber dem Kartellvergaberecht allgemeinere Norm angesehen und aus dem weiten Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ein Verbot der Direktvergabe abgeleitet, *Hermes*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 1, § 26 Rn. 92; im Einzelnen *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 15 f.; zur vorübergehenden Bindung an das Kartellvergaberecht *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 5.

¹⁵¹ *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Einl. Rn. 44; *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 17; *Mutschler-Siebert/Dorschfeldt*, VergabeR 2016, 385 (388 f.); im Einzelnen wird diskutiert, ob mangels ausdrücklichem Verbot doch ergänzend auf die in § 131 Abs. 2 GWB nicht genannten Ausnahmetatbestände der VO (EG) 1370/2007 zurückgegriffen werden darf; dies ist in Hinblick auf die ausdrückliche Bezugnahme des § 131 Abs. 2 GWB nur auf Art. 5 Abs. 2 und 5 VO (EG) 1370/2007 jedoch abzulehnen.

¹⁵² *Bungenberg/Schelhaas*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 10.

¹⁵³ *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (693).

¹⁵⁴ *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (693).

¹⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 24. 10. 2019, Az.: C-515/18 Rn. 37 = ECLI:EU:C:2019:893.

drücklich fest, dass die Direktvergabe jedes vorherige wettbewerbliche Vergabeverfahren ausschließt.¹⁵⁶

Auf Fälle der Eigenerbringung werden die Pflichten des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 für übertragbar erachtet.¹⁵⁷

II. Vergabe im Wettbewerb

Soweit keine Direktvergabe möglich und deshalb ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen ist, muss das Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 VO (EG) 1370/2007 allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Geboten der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen.¹⁵⁸ Erwägungsgrund 20 VO (EG) 1370/2007 knüpft die Auswahl dafür an die primärvergaberechtlichen Grundsätze an.¹⁵⁹ Ansonsten wird das Vergabeverfahren durch die VO (EG) 1370/2007 jedoch nicht normativ determiniert und ist damit stärker der Ausgestaltung durch die Vergabestellen bzw. die nationalen Gesetzgeber überantwortet.¹⁶⁰ Dies gilt auch für die Auswahlkriterien, weil den zuständigen Behörden hier ein Handlungsspielraum belassen werden sollte.¹⁶¹

In § 8b PBefG findet das Verfahren daher ergänzende Ausgestaltung in Hinblick auf die Bekanntmachung, Auftragsbeschreibung, Unterauftragsvergabe und die Dokumentation.

In Hinblick auf die Auswahlkriterien normiert § 8b Abs. 3 PBefG, dass die Teilnehmer an dem wettbewerblichen Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind und der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Darüber hinaus wird ein Zusammenhang von Auswahlkriterium und Auftragsgegenstand für erforderlich erachtet.¹⁶² Hierbei werden aber keine über das Kartellvergaberecht hinausgehenden Anforderungen zu verlangen sein.¹⁶³

Umstritten ist, ob die Auswahlkriterien mit denen der Betreiberauswahl bei eigenwirtschaftlichen Konkurrenzangeboten nach § 13 PBefG in Gleichklang stehen müssen. Ein Rückgriff auf die dortigen Kriterien ist zwar zulässig; eine Bindungswirkung ist jedoch deshalb abzulehnen, weil die Vergabeentscheidung die Geneh-

¹⁵⁶ *EuGH*, Urt. v. 24. 10. 2019, Az.: C-515/18 Rn. 29 = ECLI:EU:C:2019:893.

¹⁵⁷ *Schröder*, NVwZ 2010, 862 (863).

¹⁵⁸ Dazu jeweils näher *Schröder*, NVwZ 2008, 1288 (1290).

¹⁵⁹ Vgl. *Zuck*, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 59.

¹⁶⁰ *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (693); *Nettesheim*, NVwZ 2009, 1449 (1452); s. auch die Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. 2014/C 92/01, Punkt 2.3.2.

¹⁶¹ *Schröder*, NVwZ 2008, 1288 (1294).

¹⁶² *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8b Rn. 50.

¹⁶³ S. dazu bereits in diesem Kapitel, S. 378 ff.

migungsbehörde bindet und die Bedeutung der Genehmigungsvoraussetzungen weitgehend durch das Vergaberegime verdrängt wird.¹⁶⁴ Fraglich ist, ob insoweit ein Rückgriff auf die Altunternehmerregelung des § 13 Abs. 3 PBefG als Auswahlkriterium zulässig wäre. Dies könnte dem öffentlichen Aufgabenzugriff Vorschub leisten, wenn ein bisher in öffentlicher Hand betriebener Öffentlicher Personenverkehr wettbewerblich vergeben werden müsste. Ein Rückgriff wird jedoch deshalb abgelehnt, weil sich der dadurch erfolgende Besitzstandsschutz als Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot darstellte.¹⁶⁵ Dies trifft zwar zu, greift aber insofern zu kurz, als dann in einem zweiten Schritt überlegt werden müsste, ob eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in Betracht kommt. Schließlich hat der Gesetzgeber jedenfalls für die Entscheidung über die ebenfalls wettbewerblich erfolgende Vergabe von Genehmigungen nach § 13 PBefG dies als Kriterium ausdrücklich zugelassen. Die Wahrung des Besitzstandes legitimiert sich hierbei aus dem öffentlichen Interesse an einer Fortsetzung einer bewährten Leistung eines bewährten Unternehmens.¹⁶⁶ Soweit die Berücksichtigung des Status als Altunternehmer nur in die Auswahlentscheidung einfließt und diese nicht vollständig determiniert, ist eine Berücksichtigung der Altunternehmerstellung daher als zulässiges Vergabekriterium zu bewerten.

Als Auswahlkriterien kommen schließlich auch qualitative, ökologische oder soziale Kriterien in Betracht.¹⁶⁷ Insofern ergibt sich ein Gleichlauf zum Kartellvergaberecht.

III. Zwischenergebnis

In der VO (EG) 1370/2007 findet sich eine Mischung aus Tatbestands- und Rechtsfolgenlösung realisiert. Obwohl der Anwendungsbereich der VO stark ausgedehnt wurde, eröffnet die Möglichkeit zu Direktvergaben innerhalb des Vergabeverfahrens einen weiten Spielraum für Privilegierungen von Vergaben an die Öffentliche Hand. Wesentliche Bedeutung kommt Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zu, der sowohl die Eigenerledigung im engeren als auch im weiteren Sinne privilegiert. Während an erstere nur rudimentäre Anforderungen gestellt werden, hat sich für den Aufgabenzugriff durch rechtsfähige Einheiten der Öffentlichen Hand eine teils spezifische, teils den kartellvergaberechtlichen Wertungen des § 108 GWB folgende Dogmatik herausgebildet.

¹⁶⁴ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8b Rn. 50 m. w. N. zur a. A.; eine Einzelfallprüfung befürwortet Schröder, NVwZ 2008, 1288 (1294).

¹⁶⁵ Schröder, NVwZ 2008, 1288 (1294).

¹⁶⁶ Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 13 Rn. 108.

¹⁶⁷ Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. 2014/C 92/01, Punkt 2.4.1.

Anders als im Kartellvergaberecht strukturiert die VO (EG) 1370/2007 zudem den Prozess der Direktvergabe selbst verfahrensrechtlich. Soweit eine wettbewerbliche Vergabe nach der VO (EG) 1370/2007 erfolgt, wird diese vergleichbar zum Kartellvergaberecht durch die Wertung der Gleichbehandlung strukturiert und lässt insofern keine spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung zu.

D. Haushaltsvergaberecht

Das haushaltsvergaberechtliche Vergabeverfahren folgt weitgehend den zum Kartellvergaberecht herausgearbeiteten Grundsätzen. Eine spezifische Privilegierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge ist über die Inhouse- und Instate-Ausnahme weitgehend auf Tatbestandsseite realisiert, während sich auf Rechtsfolgende nur geringe Ansätze für eine rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung ausmachen lassen.

Auch das Haushaltsvergaberecht wird vom Gleichbehandlungsgrundsatz strukturiert. Im Anwendungsbereich der UVgO folgt dies unmittelbar aus deren § 2 Abs. 2, ein Diskriminierungsverbot enthält auch § 2 Abs. 2 VOB/A 2019. Für außerhalb der Verdingungsordnungen erfolgende Vergaben im Unterschwellenbereich, also insbesondere für Dienstleistungskonzessionsvergaben, folgt die Geltung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Soweit ein grenzüberschreitender Bezug bejaht werden kann, folgt die Bindung aus dem grundfreiheitlichen Primärvergaberecht.¹⁶⁸

Die UVgO stellt die Verfahrensarten der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gleichberechtigt zur Verfügung, die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sowie die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb nur als begründungspflichtige Ausnahme (§ 8).¹⁶⁹ Insofern ergibt sich ein weitgehender Gleichlauf zum Kartellvergaberecht.¹⁷⁰ Die VOB/A 2019 hält hingegen weiterhin an der Kategorie der freihändigen Vergabe fest, die nunmehr als vereinfachtes Vergabeverfahren konkretisiert (§ 3 Nr. 3) und so klargestellt wird, dass es sich bei der freihändigen Vergabe nicht etwa um einen Direktauftrag handelt.¹⁷¹

Sowohl in der UVgO (§ 14) als auch in der VOB/A 2019 (§ 3a Abs. 4) ist zudem die Möglichkeit eines Direktauftrags vorgesehen. Danach ist bis zu einem Netto-

¹⁶⁸ Dazu sogleich in diesem Kapitel Abschnitt E.

¹⁶⁹ S. § 8 Abs. 2 UVgO sowie *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 58; *ders.*, NZBau 2019, 353 (355).

¹⁷⁰ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 53; im Einzelnen *Schaller*, LKV 2017, 156 (157 ff.); allgemein zur Angleichung an das Kartellvergaberecht durch die UVgO *Lausen*, NZBau 2017, 3 (8).

¹⁷¹ *Janssen*, NZBau 2019, 147 (148).

Betrag von 1000 € bzw. 3000 € die Beschaffung ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens möglich.¹⁷²

Auch in Hinblick auf die Auswahlkriterien hat mit der UVgO eine weitreichende Angleichung an das Kartellvergaberecht stattgefunden. So öffnet sich § 43 Abs. 2 S. 2 UVgO ausdrücklich für umweltbezogene und soziale Zuschlagskriterien und damit für die strategische Beschaffung und lockert auch die Anforderungen an die Verbindung zum Auftragsgegenstand.¹⁷³

Außerhalb der UVgO wird die Wahl der Zuschlagskriterien durch haushaltsrechtliche Grundsätze strukturiert, wobei insbesondere dem in § 7 BHO kodifizierten Prinzip der Wirtschaftlichkeit Bedeutung zukommt.¹⁷⁴ Mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip wird der Staat auf das Maximal- und Minimalprinzip verpflichtet; er muss entweder mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis oder ein bestimmtes Ergebnis mit dem geringstmöglichen Mitteleinsatz erreichen; in Kombination der Prinzipien ist das günstigste Verhältnis von eingesetzten Mitteln und erstrebtem Zweck zu gewährleisten (Optimal-Prinzip).¹⁷⁵ Zulässig sind grundsätzlich auch „vergabefremde Zwecke“. Die Verfolgung rein politischer Zielsetzungen ohne Berücksichtigung der dafür erforderlichen Mittel wird jedoch als unzulässig bewertet, weil sie nicht mehr als Wirtschaftlichkeitsbetrachtung gelten kann.¹⁷⁶ Auch im allgemeinen Haushaltsvergaberecht strukturiert Art. 3 Abs. 1 GG die Auswahl der Zuschlagskriterien. Spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Kriterien sind danach aufgrund der damit einhergehenden Ungleichbehandlung privater Wettbewerber regelmäßig unzulässig.¹⁷⁷

E. Primär- und Verfassungsvergaberecht

Auch das Primär- und das Verfassungsvergaberecht folgen der Tatbestandslösung. Sie erkennen einen dem Vergabewettbewerb entzogenen Bereich eines originären Zugriffs der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge an. Soweit je-

¹⁷² Zur Regelung in der VOB/A 2019 *Janssen*, NZBau 2019, 147 (148).

¹⁷³ Dies stellt eine Abweichung gegenüber der vormals noch neutralen Formulierung des § 18 Abs. 1 VOL/A 2009 dar; darauf weist hin *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 78; s. auch *Probst/Winters*, VergabR 2017, 311 (319).

¹⁷⁴ Vgl. *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 17, sowie *von Lewinski/Burbar*, BHO, § 7 Rn. 8; zur Leitfunktion für das gesamte Haushaltsrecht s. *von Lewinski/Burbar*, BHO, § 7 Rn. 7; in diesem Prinzip geht nach wohl überwiegender Auffassung das ebenfalls enthaltene Prinzip der Sparsamkeit auf, vgl. *von Lewinski/Burbar*, BHO, § 7 Rn. 9.

¹⁷⁵ *von Lewinski/Burbar*, BHO, § 7 Rn. 5; s. auch *Gröpl*, BHO, § 7 Rn. 9.

¹⁷⁶ Vgl. *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 78; kritisch gegenüber einer zu engen Ausrichtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips *Schliesky*, DVBl. 2007, 1453 (1456 ff.).

¹⁷⁷ Zu Art. 3 Abs. 1 GG s. auch noch näher in diesem Kapitel, S. 400 f.

doch der jeweilige Anwendungsbereich eröffnet ist, verhindert das Prinzip der Gleichbehandlung eine weitergehende Privilegierung. Im Primärvergaberecht werden zuvorderst die Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte entfaltet.¹⁷⁸ Im Verfassungsvergaberecht führt Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine Verfahrensgestaltung, die der Öffentlichen Hand einen vorrangigen Zugriff auf die ausgeschriebene Leistungserbringung ermöglichen würde, muss sich hieran messen lassen.

I. Primärvergaberecht

Das primärvergaberechtliche Vergabeverfahren wird im Wesentlichen durch die Grundfreiheiten strukturiert. Die aus den Grundfreiheiten fließenden Verfahrensanforderungen für mitgliedstaatliche Beschaffungen entfaltete der EuGH erstmals im Bereich der Dienstleistungskonzessionen. Da diese bis 2014 nicht vom Sekundärvergaberecht erfasst waren, leitete der EuGH in der Rs. *Telaustria* aus den Grundfreiheiten vergaberechtliche Grundsätze ab, die in ständiger Rechtsprechung bestätigt wurden und heute als verfahrensrechtlicher Bestand für primärvergaberechtlich strukturierte Vergaben gelten können.¹⁷⁹

Die sich aus dem Primärrecht für das staatliche Beschaffungswesen ergebenden Prinzipien sind vom EuGH aus stark abstrakten Primärrechtsnormen abgeleitet worden. Bis heute hängt dem Primärvergaberecht deshalb der „Makel der Unklarheit“¹⁸⁰ an. Eine teilweise Konkretisierung hat das Primärvergaberecht durch die Europäische Kommission erfahren, die mit einer Mitteilung konkretisierende Ausführungen für die Praxis formuliert hat.¹⁸¹ Dennoch gibt es bis heute einige nicht abschließend geklärte Streitfragen. Dabei gilt es bei der Näherung an diese Fragen, nicht einfach Wertungen des Kartellvergaberechts auf das Primärvergaberecht zu übertragen, schließlich geht es gerade um die Bereiche, in denen sich der europäische Gesetzgeber mit Regelungen zurückgehalten hat.¹⁸² Insofern geraten primärverga-

¹⁷⁸ Zugleich werden die Grundfreiheiten auch als Beschränkungsverbote verstanden und gehen in dieser Funktion über den gleichheitsrechtlichen Gehalt hinaus, vgl. *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 16.

¹⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 7.12.2000, Az.: C-324/98 („*Telaustria*“) = ECLI:EU:C:2000:669 = *EuZW* 2001, 90; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 22.

¹⁸⁰ *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 29; von „erheblicher Rechtsunsicherheit für Vergabestellen, Bieter und nationale Gerichte“ sprechen *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 6.

¹⁸¹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 1.8.2006, Az.: 2006/C 179/02; zum Rechtsstreit um die Mitteilung *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 3 (7); *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 25.

¹⁸² *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 26.

berechtliche Vorgaben nur insoweit nicht in Konflikt mit der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie, wie sich die Vorgaben auch tatsächlich den Grundfreiheiten entnehmen lassen.¹⁸³ Eine Eins-zu-eins-Übertragung der sekundärvergaberechtlichen Wertungen ins Primärvergaberecht i. S. e. „reversed fertilization“ verbietet sich schon in Hinblick auf das normhierarchische Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht.¹⁸⁴ Insgesamt scheint sich im Primärvergaberecht ein „Vergaberecht light“¹⁸⁵ herauszubilden. Bisher tendiert die Vergabepraxis indes zu einer Übererfüllung, wenn aus Gründen der Rechtssicherheit das einfache Vergaberecht auch außerhalb seines Anwendungsbereichs zum Rechtsmaßstab gemacht wird.¹⁸⁶

Verfahrensstrukturierend für die vorliegende Forschungsfrage wirkt insbesondere das Diskriminierungsverbot.¹⁸⁷ Mitgliedstaatliche Beschaffungen dürfen danach Bieter nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminieren. Der Schutz der Grundfreiheiten geht aber darüber hinaus, da der EuGH diese als Gleichbehandlungsgebote interpretiert, die eine Gleichbehandlung auch unabhängig von der Staatsangehörigkeit verlangen.¹⁸⁸ Insofern verlangt das Gleichheitsgebot zunächst in formeller Hinsicht, dass die Vergabestellen ihre Anforderungen an Eignung, Ausführung und Zuschlag in gleicher Weise auf alle Bieter anwenden.¹⁸⁹ Darüber hinaus

¹⁸³ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 17.

¹⁸⁴ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 37 auch mit Nachweisen zur a. A.

¹⁸⁵ *Burgi*, NZBau 2005, 610 (615); *ders.*, Vergaberecht, § 3 Rn. 26; den Begriff aufgreifend *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (5); kritisch hingegen *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 36, die darauf hinweisen, dass das Sekundärrecht durchaus auch hinter dem Primärrecht zurückbleiben und damit primärrechtswidrig sein könne; insofern kann das Primärrecht durchaus auch strengere Anforderungen formulieren, als das Sekundärvergaberecht dies tut. Dies tut jedoch der generell richtigen Einschätzung keinen Abbruch, dass das Primärvergaberecht das Vergabeverfahren weniger intensiv strukturiert, als es das Sekundärvergaberecht tut.

¹⁸⁶ Dies aber unter dem Aspekt der Rechtssicherheit vorschlagend *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 10.

¹⁸⁷ Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 25; *Bungenberg*, in: Müller-Graff, § 16 Rn. 99 ff.; zu den weiteren Grundsätzen der Transparenz und den daraus folgenden Anforderungen an die Bekanntmachung s. *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 25; *Siegel*, NZBau 2019, 353 (356); *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR Rn. 65 sowie *EuGH*, Urt. v. 21. 2. 2008, Az.: C-412/04 Rn. 65 ff. = ECLI:EU:C:2008:102; zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz s. *EuGH*, Urt. v. 10. 7. 2014, Az.: C-358/12 Rn. 31 ff. = ECLI:EU:C:2014:2063 = EuZW 2014, 738 sowie zur Nachprüfbarkeit ebenfalls *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 25.

¹⁸⁸ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 23; zur dogmatischen Herleitung näher *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 61 ff.

¹⁸⁹ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 27.

wird dem Gleichheitsgebot eine materielle Komponente zugemessen, wonach auch die Entscheidungskriterien selbst auf ihren Gleichheitsgehalt zu untersuchen sind.¹⁹⁰

Im Falle einer Ungleichbehandlung eröffnet auch das primäre Unionsrecht die Möglichkeit einer Rechtfertigung.¹⁹¹ Eine solche wird etwa bejaht, wenn die Öffentliche Hand auf die Möglichkeit von Inhouse- und Instate-Vergaben zurückgreift.¹⁹² Ob auch eine darüber hinausgehende rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung primärvergaberechtlich als gerechtfertigt angesehen werden kann, ist – soweit ersichtlich – bisher nicht diskutiert worden.¹⁹³ Auch im Primärvergaberecht ist jedoch anerkannt, dass die ehemals als „vergabefremde Zwecke“ titulierte Verfolgung von außerwettbewerblichen Zielen gerechtfertigt werden kann.¹⁹⁴ Gegenüber dem engen Regime des § 46 EnWG ist der öffentliche Auftraggeber im Anwendungsbereich des Primärvergaberechts daher weitaus freier bei der Aufstellung und Gewichtung der Zuschlagskriterien.¹⁹⁵ In Hinblick auf den Schutz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisation durch Art. 291 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV besteht danach grundsätzlich die Möglichkeit einer primärvergaberechtlichen Anerkennung rekommunalisierungsfreundlicher Vergabekriterien. Indes besteht hierfür unter den gegebenen Umständen kein Raum, weil der öffentliche Aufgabenzugriff wie gezeigt bereits auf Tatbestandsseite privilegiert wird. Eine doppelte Privilegierung wäre insofern nicht zu rechtfertigen.

II. Verfassungsvergaberecht

Soweit sich im Unterschwellenbereich keine einfach-rechtliche Verfahrensstrukturierung findet und auch das Primärvergaberecht mangels grenzüberschreitenden Bezugs keine Anwendung finden kann, wird das Vergabeverfahren nur durch das Verfassungsvergaberecht strukturiert. Das gewählte Verfahren und die Zuschlagskriterien sind dann allein an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.¹⁹⁶ Art. 3 Abs. 1 GG formuliert einen gegenüber dem Primärvergaberecht weniger strengen Rechtfertigungsmaßstab.¹⁹⁷ Ungleichbehandlungen sind daher weitergehend als im Primär-

¹⁹⁰ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 28.

¹⁹¹ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 18 Rn. 37.

¹⁹² S. bereits Kapitel 3, S. 178 ff.

¹⁹³ Negativ bewertet wurde aber jedenfalls die primärrechtliche Zulässigkeit des voraussetzungslosen Rückgriffs auf die freihändige Vergabe, s. *Kühling/Huerkamp*, NVwZ 2009, 557 (562).

¹⁹⁴ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 125.

¹⁹⁵ *Brüning*, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 110; für die Vergabe von Wasserkonzessionen *Faasch/Gewehr*, Versorgungswirtschaft 2019, 265 (268).

¹⁹⁶ *Siegel*, NZBau 2019, 353 (354).

¹⁹⁷ *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 14.

vergaberecht zu rechtfertigen. So wurde im vergaberechtlichen Kontext eine Tarif-treuregelung für verfassungsrechtlich zulässig erachtet, während der EuGH die Regelung für primärrechtswidrig erklärte.¹⁹⁸ Überhaupt wird das Vergabeverfahren nur rudimentär durch Art. 3 Abs. 1 GG strukturiert. Nur soweit überhaupt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt, kommt Art. 3 Abs. 1 GG maßstabbildende Wirkung zu. Daher strukturiert Art. 3 Abs. 1 GG den öffentlichen Zugriff auf Aufgaben der Daseinsvorsorge nur dort, wo die Öffentliche Hand sich in mit Privaten vergleichbarer Weise am Wettbewerb beteiligt. Nur dann ist es dem Auftraggeber verwehrt, das Verfahren oder die Auswahlkriterien willkürlich zu gestalten.¹⁹⁹ Dadurch fundiert auch das Verfassungsvergaberecht eine Tatbestands-lösung,²⁰⁰ die bisher eine rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung obsolet gemacht hat.

Soweit Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig ist, trifft die Öffentliche Hand in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Pflicht, das Verfahren so auszugestalten, dass eine gleichheitskonforme Vergabeentscheidung getroffen werden kann. Hierzu zählt insbesondere die Bekanntmachungspflicht, aber auch Regelungen, die die Ausschaltung sachwidriger Einflüsse und die Neutralität der auswählenden Stelle sicherstellen.²⁰¹

In Hinblick auf die Auswahlkriterien ist die Öffentliche Hand zu einer sachge-rechten Bewerberauswahl verpflichtet, die neben Aspekten der Wirtschaftlichkeit nur solche berücksichtigen darf, die sich verfassungsrechtlich legitimieren lassen.²⁰² Danach sind insbesondere Kriterien der strategischen Beschaffung als zulässig zu bewerten, weil die Öffentliche Hand mit diesen regelmäßig legitime Zwecke ver-folgt. Zweifelhaft ist hingegen, ob spezifisch den Zuschlag zugunsten der Öffent-lichen Hand beeinflussende Kriterien möglich wären. Ein rechtfertigender Rückgriff auf Art. 28 Abs. 2 GG scheidet nämlich auch im Falle rekommunalisierungs-freundlicher Auswahlkriterien aus.²⁰³

F. Völkervergaberecht

Auch das völkervergaberechtliche Vergabeverfahren des GPA 2012 wird vom Gleichbehandlungsgebot strukturiert. Eine gleichheitswidrige Privilegierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Rechtsfolgende, also im Vergabewettbewerb,

¹⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006, Az.: 1 BvL 4/00 Rn. 105 = NZBau 2007, 53; demge-genüber EuGH, Urt. v. 3.4.2008, Az.: C-346/06 („Rüffert“) = ECLI:EU:C:2008:189 = NZBau 2008, 332.

¹⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03 Rn. 65 = ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060613.1bvr116003 = BVerfGE 116, 135.

²⁰⁰ S. bereits Kapitel 3, S. 200 ff.

²⁰¹ Wollenschläger, Staatliche Verteilungsverfahren, S. 39 f.

²⁰² Wollenschläger, Staatliche Verteilungsverfahren, S. 38.

²⁰³ S. dazu bereits Kapitel 3, S. 202 ff.

ist nicht vorgesehen. Art. IV Nr. 1 und 2 GPA normiert dafür ein Diskriminierungsverbot, dem jedoch keine unmittelbare Wirkung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zukommt.²⁰⁴ Als integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung bindet das Gleichbehandlungsgebot nur die Organe der Union und die Mitgliedstaaten nach Art. 216 Abs. 2 AEUV und verpflichtet diese, das GPA 2012 bei der Auslegung der Vergaberechtssätze zu berücksichtigen.²⁰⁵ In der Norm kommen die Grundsätze der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung zum Ausdruck, wonach Anbieter aus GPA-Staaten nicht ungünstiger behandelt werden dürfen als jene aus dem Inland oder aus anderen Vertragsstaaten und zudem Handelsvorteile jeder der GPA-Parteien gewährt werden müssen.²⁰⁶

In Hinblick auf die Verfahrensgestaltung ist das GPA 2012 nicht abschließend, auch wenn mit dem offenen, dem nicht-offenen Verfahren und der freihändigen Vergabe die wesentlichen Verfahrensarten beschrieben werden (vgl. Art. I lit. m, q und h).²⁰⁷ Der Rückgriff auf die freihändige Vergabe ist auch im GPA 2012 nur unter besonderen Voraussetzungen möglich,²⁰⁸ die jedoch keine spezifische Privilegierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand legitimieren.

In Hinblick auf die Gestaltung der Auswahlkriterien hat sich das GPA seit seiner Reform 2012 stärker für das Thema der strategischen Beschaffung geöffnet.²⁰⁹ Jedenfalls Umweltgesichtspunkte können nun ausdrücklich Berücksichtigung finden, vgl. Art. X Nr. 6 und 9 GPA. Inwieweit soziale Zuschlagskriterien im Einklang mit dem GPA formuliert werden können, ist nicht abschließend geklärt.²¹⁰ Im CETA-Abkommen wird die Berücksichtigung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher

²⁰⁴ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 3; Gaedtker, Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht, S. 137 f.; Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 9; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 201 f.

²⁰⁵ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung, Rn. 219.

²⁰⁶ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, Einleitung, Rn. 215; Steengrafe, Recht und Politik 2013, 20; Gaedtker, Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht, S. 138; Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 9; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 201 f.

²⁰⁷ Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 14.

²⁰⁸ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 216; näher Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 14; die Anforderungen ähneln denen des § 14 Abs. 4 VgV, s. dazu schon im vorliegenden Kontext in diesem Kapitel, S. 378 f.; s. dazu auch Gaedtker, Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht, S. 131 f.

²⁰⁹ Weiß, NZBau 2016, 198 (203).

²¹⁰ Für eine weitgehende Zulässigkeit Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen, S. 30; zweifelnd Weiß, NZBau 2016, 198 (203); zum Streitstand im GPA 1994 Odendahl, EuZW 2004, 647; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 176.

Kriterien hingegen ausdrücklich als zulässig erklärt.²¹¹ Kriterien, die gerade die Öffentliche Hand als Bieter im Vergabeverfahren privilegieren, dürften demgegenüber regelmäßig gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

G. Ergebnisse

Die Frage, ob dem Anliegen öffentlicher Eigenerfüllung innerhalb des Vergaberechts auf der Rechtsfolgenrechtsseite im Rahmen der Bewerberauswahl Bedeutung zugemessen werden kann, ist vergaberechtsregimeabhängig zu beantworten.

In Hinblick auf das Konzessionsvergabeverfahren des § 46 EnWG ist aufgrund der umfassenden Bindung des Aufgabenzugriffs zwar die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG im Vergabeverfahren für zulässig erklärt worden. Diese Regelung bleibt in der Vergabepraxis jedoch weitgehend eine Leerformel. Dabei wäre eine stärkere Gewichtung entsprechender Kriterien aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt. Kommunale Anliegen wie eine regionale Wertschöpfung, die Bürgerbeteiligung und Gewerbesteuererinnahmen müssen daher weitergehend als bisher in den Auswahlkriterien Niederschlag finden dürfen.

Im Kartellvergaberecht kommt nur in gesetzlich zugelassenen Fällen eine gleichheitswidrige Privilegierung von Bietern in Betracht, wobei weder das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, noch die Möglichkeit strategischer Beschaffung eine spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung erlaubt. Dafür besteht jedoch auch anders als bei § 46 EnWG kein Bedarf, weil der öffentliche Aufgabenzugriff bereits durch § 108 GWB ausreichend geschützt wird. Soweit vom Kartellvergaberecht Privatisierungsimpulse ausgehen, eröffnet das Instrument der strategischen Beschaffung den Auftraggebern jedenfalls die Möglichkeit, stärker steuernd auf die Bieter einzuwirken und so die Erreichung außerwettbewerbliche Ziele auch im Falle privater Leistungserbringung sicherzustellen.

In der VO (EG) 1370/2007 findet sich eine Mischung aus Tatbestands- und Rechtsfolgenlösung realisiert. Obwohl der Anwendungsbereich der VO stark ausgedehnt wurde, eröffnet die Möglichkeit zu Direktvergaben innerhalb des Vergabeverfahrens einen weiten Spielraum für Privilegierungen von Vergaben an die Öffentliche Hand. Wesentliche Bedeutung kommt Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zu, der sowohl die Eigenerledigung im engeren als auch im weiteren Sinne privilegiert. Während an erstere nur rudimentäre Anforderungen gestellt werden, hat sich für den Aufgabenzugriff durch rechtsfähige Einheiten der Öffentlichen Hand eine

²¹¹ S. Art. 19.9.6 und Art. 19.3.2 CETA sowie bekräftigend Ziffer 12 des Gemeinsamen Auslegungsinstruments zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten v. 14. 1. 2017, ABl. L 11/3; kritisch jedoch, weil nicht die gesamten Privilegien des Sekundärvergaberechts abgebildet werden, *Simple*, EPPPL 2017, 293 (307).

teils spezifische, teils den kartellvergaberechtlichen Wertungen des § 108 GWB folgende Dogmatik herausgebildet. Anders als im Kartellvergaberecht strukturiert die VO (EG) 1370/2007 zudem den Prozess der Direktvergabe selbst verfahrensrechtlich. Soweit eine wettbewerbliche Vergabe nach der VO (EG) 1370/2007 erfolgt, wird diese vergleichbar zum Kartellvergaberecht durch die Wertung der Gleichbehandlung strukturiert und lässt insofern keine spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung zu.

Auch das Haushaltsvergaberecht wird vom Gleichbehandlungsgrundsatz strukturiert. Eine spezifische Privilegierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge ist über die Inhouse- und Instate-Ausnahme weitgehend auf Tatbestandsseite realisiert, während sich auf Rechtsfolgenrechtsseite nur geringe Ansätze für eine rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung ausmachen lassen. Eine entsprechende Verfahrensgestaltung wäre in Hinblick auf die bereits gewährten Zugriffsprivilegien der Öffentlichen Hand zudem nicht gerechtfertigt.

Im Primärvergaberecht hat sich ein „Vergaberecht light“ herausgebildet, das die primärvergaberechtliche Verfahrensgestaltung mittels des Diskriminierungsverbots ebenfalls gleichheitsrechtlich ausrichtet. In Hinblick auf den Schutz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisation durch Art. 291 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV besteht dabei zwar die Möglichkeit einer primärvergaberechtlichen Anerkennung rekommunalisierungsfreundlicher Vergabekriterien; indes besteht hierfür unter den gegebenen Umständen kein Raum, weil der öffentliche Aufgabenzugriff auch im Primärvergaberecht bereits auf Tatbestandsseite privilegiert wird und eine doppelte Privilegierung daher nicht zu rechtfertigen wäre.

Für das Verfassungsvergaberecht lassen sich verfahrensrechtliche Wertungen aus Art. 3 Abs. 1 GG entnehmen. In Hinblick auf die Auswahlkriterien ist die Öffentliche Hand zu einer sachgerechten Bewerberauswahl verpflichtet, die neben Aspekten der Wirtschaftlichkeit nur solche berücksichtigen darf, die sich verfassungsrechtlich legitimieren lassen. Zweifelhaft ist deshalb, ob rekommunalisierungsfreundliche Kriterien überhaupt zulässig wären, weil Art. 28 Abs. 2 GG nicht als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt.

Schließlich steht auch das Völkervergaberecht rekommunalisierungsfreundlichen Kriterien nur insofern offen, als sie sich als nichtdiskriminierend qualifizieren lassen. Eine Privilegierung gerade der Öffentlichen Hand im Vergabeverfahren scheidet demnach ebenfalls aus.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass sich das Vergaberecht nur bedingt als Rekommunalisierungsfolgenrecht entfalten lässt. Allein das Regime der VO (EG) 1370/2007 sieht innerhalb seines Anwendungsbereichs ein rekommunalisierungsspezifisches Zugriffsprivileg mit der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 vor. Im Regime des § 46 EnWG, das sich eigentlich noch weitergehend durch die Rechtsfolgenlösung auszeichnet, kann der Wunsch zur Rekommunalisierung hingegen nicht vollständig im Vergabeverfahren abgebildet werden. Dies gilt

erst recht für die anderen untersuchten Vergaberegime, die innerhalb ihres Anwendungsbereichs gerade keinen privilegierten Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand vorsehen.

Das Vergaberecht bietet jedoch die Möglichkeit, eine Vielzahl der im zweiten Kapitel für Rekommunalisierungsbegehren aufgeführten Maßstäbe zu kumulieren. Insofern erfüllt das Vergaberecht in Hinblick auf den öffentlichen Aufgabenzugriff durchaus Funktionen, die auch an das Vergaberecht als Privatisierungsfolgenrecht gestellt werden.²¹² Die Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens bietet die Möglichkeit, sowohl die grundgesetzlichen Maßstäbe des Art. 12 Abs. 1 und des Art. 3 Abs. 1 GG als auch die primärrechtlichen, aus den Grundfreiheiten fließenden Anforderungen rechtssicher abzubilden. Auch das Wirtschaftlichkeitsprinzip findet Berücksichtigung bei der Auswahlentscheidung. Insofern kommt dem Vergaberecht also durchaus Bedeutung als Rekommunalisierungsfolgenrecht zu. Die kommunalrechtliche Schrankentrias kann – nach umstrittener Auffassung – jedoch nicht innerhalb des vergaberechtlichen Prüfungsprogramms abgebildet werden.²¹³

10. Kapitel

Die Vergabe an die Öffentliche Hand vor Gericht

Abschließend stellt sich die Frage, inwieweit sich das Phänomen der Vergabe an die Öffentliche Hand in das vergaberechtliche Rechtsschutzregime einfügt. In Kapitel 10 werden dafür einerseits die Rechtsschutzmöglichkeiten privater Anbieter in Hinblick auf eine Vergabe an die Öffentliche Hand, andererseits die Anforderungen an eine Teilnahme der Öffentlichen Hand an den vergaberechtlichen Rechtsschutzregimen untersucht.

Nicht nur der Rechtsweg im Vergaberecht ist zersplittert, sondern mit ihm auch das Vergabeprozessrecht.²¹⁴ Für das Kartellvergaberecht findet sich mit § 155 GWB eine Zuweisung zu den Vergabekammern und zur ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 171 Abs. 3 GWB).²¹⁵ Über § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG werden zudem dem Sonderregime der VO (EG) 1370/2007 unterworfenen Vergaben im ÖPNV dem kartellvergaberechtlichen Rechtsschutzregime unterworfen.

Bei der Strom- und Gasnetzkonzeptionsvergabe findet hingegen direkt eine Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte statt. § 47 Abs. 5 EnWG verweist

²¹² Zu diesen Funktionen des Privatisierungsfolgenrechts *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 25.

²¹³ S. dazu noch Kapitel 10, S. 410 ff.

²¹⁴ *Bühls*, DVBl. 2017, 1525 (1525).

²¹⁵ Auch das kartellvergaberechtliche Rechtsschutzregime ist nach einer zunächst weitgehend beendet erschienenen Kontroverse neuerlich Gegenstand einer Debatte um die Rechtswegeröffnung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. *Keller/Hellstern*, NZBau 2018, 323 (325 ff.).

beteiligte Unternehmen darauf, gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information über die Nichtabhilfe vor den ordentlichen Gerichten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend zu machen.

Auch das Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht eröffnen Rechtsschutzmöglichkeiten, die jedoch weitgehend auf sekundären Rechtsschutz beschränkt sind und einen vergaberechtlich strukturierten Zugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge demnach häufig nicht verhindern können.

A. Rechtsschutz im Kartellvergaberecht

§ 155 GWB unterwirft die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Gegen deren Entscheidungen wird der Rechtsweg zu den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte nach § 171 Abs. 3 GWB eröffnet.

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts

Voraussetzung für die Eröffnung des kartellvergaberechtlichen Rechtsschutzregimes ist das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession im Sinne der Vorschriften der §§ 97 ff. GWB. Das Nachprüfungsverfahren der §§ 155 ff. GWB findet daher weder im Unterschwellenbereich noch im Anwendungsbereich der Bereichsausnahmen Anwendung und damit auch dann nicht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zulässigerweise auf die Möglichkeit einer Inhouse- oder Instate-Vergabe zurückgreift.²¹⁶

Zudem setzt ein Nachprüfungsantrag voraus, dass eine Vergabehandlung vorliegt.²¹⁷ Dies ist noch nicht der Fall, wenn der Auftraggeber im Vorgang eines Vergabeverfahrens etwa den Beschaffungsbedarf klärt oder sich über Beschaffungsvarianten erkundigt.²¹⁸ Demgegenüber setzt § 155 GWB nicht voraus, dass bereits das förmliche Vergabeverfahren begonnen hat; es genügen auch nichtförmliche Vergabehandlungen, die auf den Abschluss eines Vertrages zielen.²¹⁹

²¹⁶ Für die Schwellenwerte *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 155 Rn. 10; umfassender *Jaeger*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 160 Rn. 10.

²¹⁷ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 155 Rn. 10.

²¹⁸ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 155 Rn. 11.

²¹⁹ *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 155 Rn. 10; s. auch *Jaeger*, in: Säcker, Münchener

II. Die Öffentliche Hand als Verfahrensbeteiligte

Die Öffentliche Hand tritt in Vergabenachprüfungsverfahren regelmäßig in der Position des Auftraggebers i. S. d. § 162 S. 1 GWB auf.²²⁰ In ihrer hier interessierenden Funktion als Bieter kann sie aber auch die Position des Antragstellers bekleiden. Voraussetzung dafür ist, dass sie antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB ist. Der Unternehmensbegriff wird dabei in Anlehnung an den auch ansonsten dem Kartellvergaberecht zugrunde liegenden funktionalen Unternehmensbegriff verstanden und erfasst daher auch staatliche und staatlich beherrschte Unternehmen.²²¹ Eine Beteiligung auch nicht-rechtsfähiger Personen wie Eigenbetrieben am Vergabenachprüfungsverfahren etwa mittels Beiladung käme zwar in Hinblick auf die der Arbeit zugrunde liegende weite Auslegung des Begriffs des Wirtschaftsteilnehmers in Betracht.²²² Das als Verwaltungsverfahren ausgestaltete Nachprüfungsverfahren machte gem. § 11 Nr. 2 VwVfG eine entsprechende Beteiligung auch möglich.²²³ Indes besteht mangels Ausdehnung des Kartellvergaberichts in diesen Bereich kein Bedarf für eine solch weite Auslegung.

Darüber hinaus werden auch in den EU-Vergaberichtlinien begrifflich als „Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern“²²⁴ erfasste Bietergemeinschaften erfasst.²²⁵

III. Inhouse- und Instate-Vergaben und ihre Nachprüfbarkeit als De-facto-Vergaben

Da das Nachprüfungsverfahren auf die Gewährung von Primärrechtsschutz ausgerichtet ist, dient es der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände, bevor einem Bieter ein endgültiger und rechtswidriger Zuschlag erteilt wird.²²⁶ § 134 GWB sichert das Recht auf Primärrechtsschutz durch eine Informations- und Wartefrist ab, die es den unterlegenen Bietern ermöglichen soll, vor Zuschlagserteilung die Vergabekammern anzurufen.²²⁷

Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, § 160 Rn. 12.

²²⁰ Näher zum öffentlichen Auftraggeber als Hauptbeteiligter neben dem Antragsteller *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 162 Rn. 4.

²²¹ *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 160 Rn. 28; *Glahs*, NZBau 2004, 544 (545).

²²² S. dazu bereits Kapitel 5, S. 230 ff.

²²³ Vor dem OLG wäre insofern die Anerkennung partieller Rechtsfähigkeit erforderlich; s. zu dieser Konstellation im Energierecht gleich noch in diesem Kapitel, S. 413 f.

²²⁴ S. nur Art. 19 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU.

²²⁵ Näher *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 160 Rn. 29 f.

²²⁶ Vgl. *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 155 Rn. 10.

²²⁷ Über die Wartefrist des § 134 Abs. 2 S. 1 GWB wird der Schutz der unterlegenen Bieter nach § 169 Abs. 1 GWB verlängert, sobald der Auftraggeber von der Vergabekammer über einen Antrag auf Nachprüfung informiert wurde, wobei § 169 Abs. 2 GWB hiervon eine

Dies hilft jedoch nicht darüber hinweg, dass ein öffentlicher Auftraggeber womöglich fälschlicherweise davon ausgeht, eine Leistung „Inhouse“ oder „Instate“ vergeben zu dürfen, deshalb schon gar nicht ausschreibt und sodann mit der internen Einheit kontrahiert.

Das kartellvergaberechtliche Rechtsschutzregime eröffnet deshalb auch im Stadium eines bereits erteilten Zuschlags und damit abgeschlossenen Vertrags²²⁸ die Möglichkeit von Primärrechtsschutz. Denn erst ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht mehr durch die Vergabekammer aufgehoben werden, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB.

Neben den allgemeinen Nichtigkeitsgründen des § 134 BGB im Falle eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot sowie des § 138 Abs. 1 BGB bei kollusivem Zusammenwirken verhindert § 135 GWB²²⁹ unter besonderen Voraussetzungen den Eintritt der Wirksamkeit des Zuschlags, wodurch dieser zunächst schwebend unwirksam bleibt.²³⁰

1. De-facto-Vergaben im weiteren Sinne

Dies gilt zuvorderst für Vergaben unter Verstoß gegen die Informations- und Wartefrist des § 134 GWB, § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB. In diesem Fall einer sog. „De-Facto-Vergabe im weiteren Sinne“ findet zwar ein wettbewerbliches Verfahren statt, es bleibt jedoch die Information der unterlegenen Bieter nach § 134 Abs. 1 S. 1 GWB aus, erfolgt fehlerhaft oder die 15-tägige Stillhaltefrist nach Absendung der Information und vor Vertragsschluss nach § 134 Abs. 2 GWB wird missachtet. Dabei ist unerheblich, ob der Auftraggeber verkennt, überhaupt öffentlicher Auftraggeber zu sein oder einen Auftrag/eine Konzession zu vergeben.²³¹ Die Frage der Geltung des § 134 GWB im Speziellen und der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts im Allgemeinen ist sodann Gegenstand der Prüfung durch die Vergabekammer.

2. De-facto-Vergaben im engeren Sinne

Ebenfalls schwebend unwirksam sind Vergaben, die gänzlich ohne eine vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union

Ausnahme normiert; dies findet seine Fortsetzung vor dem OLG, vgl. § 173 GWB sowie § 176 Abs. 1 GWB. Ein Verstoß gegen § 169 Abs. 1 GWB führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertragsschlusses nach § 134 BGB, *Burgi*, Vergaberecht, § 20 Rn. 18.

²²⁸ Zuschlag und Vertragsschluss fallen im Grundsatz zusammen, vgl. *Fett*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, § 168 Rn. 35 f.

²²⁹ Der über § 154 Nr. 4 GWB auch bei der Vergabe von Konzessionen Anwendung findet.

²³⁰ *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 59 Rn. 81.

²³¹ *Fett*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 135 Rn. 17.

erfolgt sind, soweit dies nicht ausnahmsweise aufgrund des GWB gestattet ist, § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB (sog. De-facto-Vergabe im engeren Sinne).²³² Erfolgt eine In-house- oder Instate-Vergabe demnach ohne vorhergehende Ausschreibung, steht es den nicht berücksichtigten Interessenten danach offen, den Vorgang der Nachprüfung durch die Vergabekammern zuzuführen. Nach § 160 Abs. 3 S. 2 GWB gelten die eigentlich zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB führenden Rügeverpflichtungen daher im Falle des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht.²³³ Die Vergabekammer muss dann darüber befinden, ob das Kartellvergabe-recht nach § 108 GWB im konkreten Fall suspendiert und die Direktvergabe i. S. d. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gestattet war.

Hierbei sind auch potentielle Bieter als antragsbefugte Antragsteller zu qualifizieren, soweit es möglich erscheint, dass sie sich bei einer europaweiten Ausschreibung durch Abgabe eines Angebots am Vergabeverfahren beteiligt hätten.²³⁴

Für den Nachprüfungsantrag räumt § 135 Abs. 2 S. 1 GWB eine absolute Antragsfrist von 6 Monaten nach Vertragsschluss ein.²³⁵ Im Falle einer Information der unterlegenen Bieter über den Vertragsschluss oder einer Veröffentlichung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union verkürzt sich diese Frist auf 30 Tage.

Um die Gefahr der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu vermeiden, bietet es sich für öffentliche Auftraggeber an, von der Ausnahmeregelung des § 135 Abs. 3 GWB Gebrauch zu machen. Ist der öffentliche Auftraggeber der Ansicht, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist, kann er eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen, die den Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 S. 2 GWB genügt und in der er die Absicht bekundet, den Vertrag abschließen zu wollen. Nach Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, darf der öffentliche Auftraggeber sodann den Vertrag schließen, ohne Gefahr zu laufen, dass dieser nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam wäre.

Innerhalb der 10-tägigen Frist besteht indes neuerlich das Risiko eines Nachprüfungsantrags.²³⁶ Auch nach Ablauf der Frist besteht zudem die Gefahr, dass die an

²³² *Dreher/Hoffmann*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 134 Rn. 47.

²³³ Die Norm greift auch in Fällen der Kenntniserlangung von der De-facto-Vergabe vor Vertragsschluss, s. im Einzelnen *Wolf/Wolters*, VergabeR 2018, 106 (106 ff.).

²³⁴ *Fett*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 135 Rn. 53.

²³⁵ *Mentzinis*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 135 Rn. 29, der für den Fall unklarer Auskünfte des öffentlichen Auftraggebers über den Vertragsschluss jedoch eine Ausnahme zulassen will; ob der potentielle Bieter auch schon vor Vertragsschluss ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann, ist umstritten, vgl. *Opheys*, NZBau 2017, 714; dafür *Wolf/Wolters*, VergabeR 2018, 106 (109), die in diesem Fall § 160 Abs. 3 S. 2 GWB analog anwenden wollen.

²³⁶ Vgl. *Wolf/Wolters*, VergabeR 2018, 106 (109), a. a. O., S. 113 ablehnend zur Frage einer dann analogen Anwendung des § 160 Abs. 3 S. 2 GWB.

sich eingetretene Präklusion durch ein Vertragsverletzungsverfahren konterkariert wird; erforderlich ist dann jedoch „nur“ die nachträgliche Kündigung des Vertrags.²³⁷

IV. Berücksichtigung vergabefremder Vorschriften

Umstritten ist, inwieweit neben der Rüge eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren auch kommunalrechtliche Bestimmungen Prüfungsgegenstand im Nachprüfungsverfahren sein können.²³⁸ Dies ist deshalb von Bedeutung, weil eine Vergabe an die Öffentliche Hand womöglich nach § 108 GWB zulässig, nach den kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen aber unzulässig sein kann. Auch im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, also bei Überschreitung der Ausnahmen des § 108 GWB oder bei überörtlicher Betätigung kommunaler Unternehmen²³⁹ stellt sich die Frage, ob ein entsprechender Verstoß im Nachprüfungsverfahren gerügt werden kann. Während das OLG Düsseldorf eine Prüfung für zulässig erachtet,²⁴⁰ hält das OVG Münster für die Prüfung kommunalrechtlicher Vorschriften den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet und meint, dass sich eine Nachprüfung vor der Vergabekammer auf „offenkundige Verstöße“ zu beschränken habe.²⁴¹ Dieses Kriterium ist in der Literatur ob seiner Unbestimmtheit auf berechnete Kritik gestoßen.²⁴² Dem OVG Münster ist aber insofern beizupflichten, als sich die Prüfungskompetenz der Vergabekammern nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB auf die Frage beschränkt, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Hierunter werden bisher überwiegend nur die Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB gefasst, also die Bestimmungen über das Vergabeverfahren.²⁴³ Für die Prüfung vergabefremder Vorschriften wird deshalb eine weitere vergaberechtliche Anknüpfungsnorm für erforderlich erachtet.²⁴⁴

²³⁷ S. näher *Püstrow/Meiners*, EuZW 2016, 325; allgemein zum Vertragsverletzungsverfahren als Rechtsmittel im Vergaberecht *Gundel*, BayVBl. 2017, 437.

²³⁸ Die Frage spielt auch schon auf der Ebene der Auswahlentscheidung eine Rolle, wenn sich für den Auftraggeber die Frage stellt, ob er gegen die kommunale Schrankentrias verstoßende öffentliche Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen hat, vgl. *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (223).

²³⁹ Diesen Fall referenziert *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (223).

²⁴⁰ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 13. 8. 2008, Az.: VII-Verg 42/07.

²⁴¹ *OVG Münster*, Beschl. v. 1. 4. 2008, Az.: 15 B 122/08 = NVwZ 2008, 1031.

²⁴² Kritisch *Reider*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 103 Rn. 12.

²⁴³ S. nur *Fett*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 168 Rn. 8; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 160 Rn. 38 f.

²⁴⁴ *Horn/Hoffmann*, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 160 Rn. 31; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (225).

Hierfür wird teilweise § 156 Abs. 2 GWB herangezogen, wonach neben den Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB auch „sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind“, geltend gemacht werden können.²⁴⁵ Dem widerspricht jedoch, dass sich kommunalrechtliche Ansprüche nicht unter § 156 Abs. 2 GWB fassen lassen, weil diese gegenüber der Gemeinde und nicht gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen sind.²⁴⁶

Als normativ gestattet wird die Prüfung außervergaberechtlicher Normen über §§ 123, 124 GWB angesehen.²⁴⁷ Hiervon erfasst wird jedoch nicht die kommunale Schrankentrias.²⁴⁸

Eine Prüfungsbefugnis wird zudem im Falle der Voraussetzungsabhängigkeit vergaberechtlicher Vorschriften bejaht. Damit ist gemeint, dass eine vergaberechtliche Entscheidung zwingend die Beantwortung außervergaberechtlicher Vorfragen voraussetzt.²⁴⁹ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Inhouse-Fähigkeit eines kommunalen Unternehmens von kommunalrechtlichen Vorschriften abhängig ist.²⁵⁰ Dies ist für die kommunale Schrankentrias jedoch zu verneinen, weil eine Anknüpfung an das Kriterium der rechtlichen Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GWB) bereits eine Prüfung durch die Auftraggeber voraussetzte, die diese jedoch regelmäßig gar nicht leisten können und müssen.²⁵¹

Das OLG Düsseldorf zieht zudem § 97 Abs. 1 GWB heran, wonach das Kartellvergaberecht den Wettbewerb umfassend schütze; auch rechtswidrige Marktzutritte der Öffentlichen Hand stellten sich als einen solchen Wettbewerbsverstoß dar.²⁵² Auch die These von § 97 Abs. 1 GWB als „Brückennorm“ ist jedoch auf berechtigte Kritik gestoßen. So ist die Auslegung der Schrankentrias final den Verwaltungsgerichten zugewiesen worden; mit seiner Rechtsprechung zieht das OLG Düsseldorf diese wieder zu den ordentlichen Gerichten.²⁵³ In systematischer Hinsicht führt die Auffassung des OLG zudem dazu, dass der Auftraggeber nunmehr Normen prüfen muss, die an die Gemeinde adressiert sind und die zudem mangels drittschützendem Charakter bisher wenig durch die Verwaltungsgerichte ausgeformt wurden; schließlich kann es passieren, dass die Auftraggeber oder Vergabekammern über die Schrankentrias eines anderen Bundeslandes entschei-

²⁴⁵ Hierauf weist hin *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (223).

²⁴⁶ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (224).

²⁴⁷ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (225 f.).

²⁴⁸ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (226).

²⁴⁹ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (225).

²⁵⁰ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (225); s. dazu auch schon Kapitel 5, S. 290 f.

²⁵¹ *Mann*, NVwZ 2010, 857 (860 f.); zur Beschränkung des Prüfungsumfangs *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, § 122 Rn. 28; s. auch *Schneider*, NZBau 2009, 352 (354 f.); a. A. aber *Hertwig*, NZBau 2009, 355 (356).

²⁵² *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (224).

²⁵³ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221 (224).

den müssten.²⁵⁴ Soweit demnach keine normative Gestattung zur Prüfung der kommunalen Schrankentrias aufzufinden ist, ist diese durch die Vergabekammern unzulässig. Wettbewerber sind insoweit auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen.

Dementsprechend findet auch der im ÖPNV normierte Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehrsbedienung im Vergabenachprüfungsverfahren keine Berücksichtigung.²⁵⁵

B. Rechtsschutz nach der VO (EG) 1370/2007

Die VO (EG) 1370/2007 sieht in Art. 5 Abs. 7 UAbs. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen haben, um sicherzustellen, dass die gemäß den Absätzen 2 bis 6 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können.²⁵⁶ Dies wird im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 21 dahingehend verstanden, dass die VO (EG) 1370/2007 auf die Eröffnung von Primärrechtsschutz drängt.²⁵⁷

Für die Vergabe von Eisenbahnverkehrsdiensten nach § 131 GWB greift das Rechtsschutzregime des Kartellvergaberechts unmittelbar.²⁵⁸ Für die Vergabe von „öffentlichen Dienstleistungsaufträgen“ für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen oder Kraftfahrzeugen nach Art. 5 Abs. 2–5 VO (EG) 1370/2007 erklärt § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG ebenfalls das nationale Rechtsschutzregime des 4. Teils des GWB für anwendbar.²⁵⁹ Damit wird ein Gleichlauf des Rechtsschutzregimes für direkt dem GWB unterfallende Auftrags- und der VO (EG) 1370/2007 unterfallende Dienstleistungskonzessionsvergaben im Personennahverkehr erreicht.²⁶⁰

²⁵⁴ Gurlit, VergabeR 2017, 221 (224 f.).

²⁵⁵ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24. 1. 2017, Az.: 11 Verg 1/16 = NZBau 2017, 442; befürwortend Sang, jurisPR-VergR 4/2017 Anm. 2; zum Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehrs bereits Kapitel 2, S. 89.

²⁵⁶ Für Vergaben nach Art. 5 Abs. 4a und 4b VO (EG) 1370/2007 sieht der neu eingefügte Art. 5 Abs. 7 UAbs. 2 zudem ein besonderes Bewertungsverfahren vor, das über § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG ebenfalls dem Rechtsschutzregime des Kartellvergaberechts unterworfen wird, vgl. dazu Zuck, in: Ziekow/Völlink, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rn. 120 f.

²⁵⁷ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 96.

²⁵⁸ Vgl. Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher, Band 1: GWB, § 131 Rn. 64.

²⁵⁹ Zur auch im Personenbeförderungsrecht diskutierten Frage einer Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 81 f.

²⁶⁰ Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 82; keine Geltung beansprucht der Verweis hingegen für Konkurrentenstreitigkeiten im Falle eigenwirtschaftlicher Verkehrsbedienung, vgl. Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 83.

Anders als im Kartellvergaberecht droht das Rechtsschutzregime im Bereich des PBefG im Falle von Direktvergaben jedoch leer zu laufen, weil die für die Gewährung von Primärrechtsschutz notwendige Informations- und Wartefrist (s. § 134 GWB) mit der Unwirksamkeitsfolge im Falle eines Verstoßes (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB) im PBefG nicht normiert wurde.²⁶¹ Anders ist dies nur bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens, wo die Lücke durch § 8b Abs. 7 PBefG geschlossen wird. Während ein Teil der Literatur eine Vorabinformation der Lücke entsprechend für entbehrlich hält, wird von überzeugender Seite gefordert, die 6-Monats-Frist des § 8a Abs. 5 PBefG als Stillhaltefrist zu interpretieren und § 135 GWB analog heranzuziehen.²⁶² Dafür spricht, dass Direktvergabetatbestände in den Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 integriert sind; dann müssen sie aber als vergaberechtlich relevanter Vorgang betrachtet und der Pflicht des Art. 5 Abs. 7 UAbs. 1 VO (EG) 1370/2007 muss genügt werden.

C. Rechtsschutz bei Vergaben nach § 46 EnWG

Rechtsverletzungen durch die Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG können unter den Voraussetzungen des § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.²⁶³ Der vor Kodifikation des § 47 EnWG ausgetragene Streit um den zulässigen Rechtsweg zwischen öffentlichem und privatem Recht bei der Vergabe von Wegekonzessionen hat sich damit weitgehend erledigt.²⁶⁴ Auch ist mit der Regelung klargestellt, dass für das Vergabeverfahren nach § 46 EnWG ein eigenständiges Rechtsschutzregime etabliert wird und nicht etwa die Vergabekammern für die Überprüfung der Vergabe der als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizierenden Wegekonzessionen zuständig sind.²⁶⁵

Die Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG werden auch durch die Vorschriften der §§ 46 ff. EnWG ausreichend umgesetzt.²⁶⁶ Insbesondere findet sich ein System realisiert, dass den Bietern die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz ermöglicht. § 46 Abs. 5 EnWG sieht dafür eine Informationspflicht der

²⁶¹ *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 96; *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (693).

²⁶² *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, § 8a Rn. 96; vorsichtiger *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (694); eine Analogie ablehnend *OLG Jena*, Beschl. v. 12.6.2019, Az.: 2 Verg 1/18 = NZBau 2020, 59 Rn. 19, jedoch in einer Konstellation, in der der Beschwerdeführer bereits über Informationen bzgl. der Direktvergabe verfügte.

²⁶³ Zum Hintergrund des reformierten Rechtsschutzregimes für Vergaben nach § 46 EnWG *Meyer-Hetling/Schneider*, NZBau 2020, 142 (142).

²⁶⁴ Vgl. näher *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 23; für von § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG nicht erfasste Ansprüche mag er aber weiterhin Bedeutung entfalten, näher *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 8. Kapitel Rn. 21 f.

²⁶⁵ *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 16.4.2018, Az.: 11 Verg 1/18 = VergabeR 2018, 570 (573 f.).

²⁶⁶ *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 16.4.2018, Az.: 11 Verg 1/18 = VergabeR 2018, 570 (575).

Gemeinde gegenüber den Bietern vor, deren Angebote nicht angenommen werden sollen. Aus der Information erkennbare Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung müssen innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang gerügt werden, § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG. Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, so wird das rügende Unternehmen hierüber informiert und die Entscheidung begründet, § 47 Abs. 4 EnWG. Ab Zugang der Information hat der unterlegene Bieter 15 Kalendertage Zeit, die gerügte Rechtsverletzung vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Erst nach Ablauf dieser Fristen darf der Konzessionsvertrag geschlossen werden, § 47 Abs. 6 EnWG. Versäumt das unterlegene Unternehmen die normierten Rügefristen, so muss es den Rechtsverstoß hinnehmen und kann keinen Rechtsschutz mehr in Anspruch nehmen.²⁶⁷ Verstößt die Gemeinde gegen die Wartefrist des § 47 Abs. 6 EnWG, ist der Vertrag nach § 134 BGB nichtig.²⁶⁸

In personeller Hinsicht eröffnet § 47 Abs. 1 S. 1 EnWG jedem am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, Rechtsverletzungen geltend zu machen. Inwieweit indes auch nicht-rechtsfähige Eigen- und Regiebetriebe, die ja jedenfalls im Vergabeverfahren als beteiligtenfähig anzusehen sind, auch als parteifähig vor den ordentlichen Gerichten anzusehen sind, ist nicht letztgültig geklärt. In diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist das Urteil des BGH bzgl. der Parteifähigkeit des Landesbetriebs „Berlin Energie“ im Zuge der Konzessionsvergabe des Berliner Gasversorgungsnetzes. Darin lehnte der BGH die Parteifähigkeit des Landesbetriebs ab, weil dieser als rechtlich unselbstständiger Betrieb des Landes Berlin i. S. d. § 26 LHO Berlin nicht gemäß § 50 Abs. 1 ZPO rechtsfähig sei.²⁶⁹ Auch sei ihm keine partielle Rechtsfähigkeit zuzugestehen, weil Träger der Rechte und Pflichten des Landesbetriebs letztlich das Land Berlin selbst sei.²⁷⁰ Dem dadurch entstehenden Konflikt durch die gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter sei dadurch Rechnung zu tragen, dass eine organisatorische und personelle Trennung innerhalb der Körperschaft erfolge; eine Zuerkennung eigener Rechte und Pflichten des Landesbetriebs sei dafür hingegen nicht erforderlich.²⁷¹

Daraus folgt jedoch zugleich, dass ein Eigenbetrieb sich selbst nicht wirksam gegen eine nachteilige Vergabeentscheidung der ihn tragenden Körperschaft wehren kann.²⁷² Mit der im Zuge der Reform des § 47 EnWG ausdrücklich normierten Möglichkeit für jedes beteiligte Unternehmen, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen,

²⁶⁷ Als zentrale Änderung im Rahmen der EnWG-Novelle 2017 bezeichnet die Einführung des Rüge- und Präklusionsregimes *Meyer-Hetling/Schneider*, NZBau 2020, 142 (142).

²⁶⁸ *Huber*, in: Kment, EnWG, § 47 Rn. 31.

²⁶⁹ *BGH*, Beschl. v. 18.10.2016, Az.: KZB 46/15 Rn. 28 = ECLI:DE:BGH:2016:181016BKZB46.15.0 = NZBau 2017, 236.

²⁷⁰ *BGH*, Beschl. v. 18.10.2016, Az.: KZB 46/15 Rn. 29 ff. = ECLI:DE:BGH:2016:181016BKZB46.15.0 = NZBau 2017, 236.

²⁷¹ *BGH*, Beschl. v. 18.10.2016, Az.: KZB 46/15 Rn. 39 f. = ECLI:DE:BGH:2016:181016BKZB46.15.0 = NZBau 2017, 236.

²⁷² So ausdrücklich *BGH*, Beschl. v. 18.10.2016, Az.: KZB 46/15 Rn. 42 = ECLI:DE:BGH:2016:181016BKZB46.15.0 = NZBau 2017, 236.

muss diese Rechtsprechung künftig daher aufgegeben werden. § 47 Abs. 1 EnWG weist den rechtlich unselbstständigen Organisationseinheiten ausdrücklich Rechte zu, die diese auch im Klagewege geltend machen können müssen. Ihnen ist insofern eine partielle Rechtsfähigkeit zuzugestehen.

D. Rechtsschutz im Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht

Zwar weisen weder das Primär- und Verfassungs-, noch das Haushaltsvergaberecht ein dem Kartellvergaberecht vergleichbares eigenständiges Rechtsschutzregime auf. Auch außerhalb des Kartellvergaberechts und weiterer spezieller Vergaberegime differenziert sich jedoch zusehends ein Rechtsschutzsystem aus. Treibende Kraft dieser Entwicklung sind die Grundfreiheiten im Bereich grenzüberschreitend relevanter Vergaben. Aber auch außerhalb grundfreiheitlicher Wertungen nimmt dieses Rechtsschutzregime immer stärker Konturen an. Ein gänzlicher Gleichlauf zeichnet sich indes bisher nicht ab; mit der UVgO hat der Gesetzgeber zuletzt vielmehr zum Ausdruck gebracht, an dem bestehenden Rechtsschutzregime im Unterschwellenvergaberecht weiterhin festhalten zu wollen.²⁷³

Bisher nicht näher untersucht wurde die Bedeutung dieser Entwicklungslinien für den Bereich der Vergaben an die Öffentliche Hand. Während im Kartellvergaberecht besondere Mechanismen eine rechtswidrige Vergabe an die Öffentliche Hand verhindern sollen, fehlen diese im Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht. Unterlegene Bieter sind regelmäßig auf die Geltendmachung von sekundärem Rechtsschutz und damit von Schadensersatzansprüchen verwiesen.²⁷⁴

Zwar besteht prinzipiell die Möglichkeit, auch Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen und auf gerichtlichem Wege den Zuschlag zu verhindern.²⁷⁵ Diese Möglichkeit besteht bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Vergabeverfahrens, also der Zuschlagserteilung oder Aufhebung des Vergabeverfahrens.²⁷⁶ Sie läuft jedoch mangels normierter Informations- und Wartepflichten vor Zuschlagserteilung weitgehend leer.²⁷⁷ § 46 UVgO etwa sieht nur eine Unterrichtung der Bewerber und

²⁷³ Vgl. *Siegel*, *VergabeR* 2018, 183 (189); zu Reformüberlegungen *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 90.

²⁷⁴ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. *VergabeR*, Rn. 155.

²⁷⁵ *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. *VergabeR*, Rn. 157.

²⁷⁶ *KG*, Urt. v. 7. 1. 2020, Az.: 9 U 79/19, Rn. 6 juris = NZBau 2020, 680; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 29. 10. 2018, Az.: 10 ME 363/18 Rn. 16 = NVwZ 2019, 656.

²⁷⁷ Teilweise sehen die Landesvergabegesetze eine solche Informationspflicht vor, vgl. *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 3 (27), sowie *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker, Münchener

Bieter *nach* Zuschlagserteilung vor. § 134 GWB findet im Haushaltsvergaberecht keine Anwendung, auch nicht analog.²⁷⁸ Auch die für das Beamtenrecht in der Rspr. entwickelten Grundsätze zu Warte- und Informationspflichten sind auf das Haushaltsvergaberecht mangels Vergleichbarkeit nicht übertragbar.²⁷⁹ Zudem werden kaum Gründe anerkannt, die nachträglich die Wirksamkeit des einmal abgeschlossenen Vertrags beseitigen könnten. Eine Regelung wie § 135 GWB findet sich im Unterschwellenbereich gerade nicht und auch § 134 BGB findet keine Anwendung.²⁸⁰ Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: Schon 2006 hat das BVerfG festgestellt, dass das Verfassungsrecht und insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG nicht auf eine Gleichstellung der Rechtsschutzregime im Ober- und Unterschwellenbereich drängt,²⁸¹ auch wenn seither die Kritik am Status quo nicht abreißt.²⁸²

Inwieweit im Bereich grenzüberschreitender Relevanz die Grundfreiheiten auf eine Effektivierung des Primärrechtsschutzes drängen, ist umstritten.²⁸³ In der Rechtsprechung gab es zuletzt Vorstöße, über § 134 BGB eine Nichtigkeit des Vertragsschlusses für den Fall einer gegen primärrechtliche Wertungen verstoßenden Nichtinformation anzunehmen.²⁸⁴ Diese Rechtsprechung ist jedoch auf berechtigte Kritik gestoßen.²⁸⁵ Sie wird als Überdehnung der Rspr. des EuGH angesehen, da dem Erfordernis effektiven und äquivalenten Rechtsschutzes mit der Gewährung von Sekundärrechtsschutz bereits genügt ist.²⁸⁶ Selbst wenn man aber eine primärrechtlich induzierte Informations- und Wartefrist annähme, führte ein Verstoß

Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 159 sowie näher *Conrad*, ZfBR 2016, 124 (125).

²⁷⁸ *Siegel*, NZBau 2019, 353 (356); *KG*, Urt. v. 7. 1. 2020, Az.: 9 U 79/19, Rn. 10 juris = NZBau 2020, 680; *OLG Celle*, Urt. v. 9. 1. 2020, Az.: 13 W 56/19 Rn. 29 = NZBau 2020, 679.

²⁷⁹ *KG*, Urt. v. 7. 1. 2020, Az.: 9 U 79/19, Rn. 10 = NZBau 2020, 680; *OLG Celle*, Urt. v. 9. 1. 2020, Az.: 13 W 56/19 Rn. 33 = NZBau 2020, 679.

²⁸⁰ *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (25 ff.); *KG*, Urt. v. 7. 1. 2020, Az.: 9 U 79/19, Rn. 8 und 10 juris = NZBau 2020, 680; gleiches gilt bei Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge, s. hierzu *Bühs*, DÖV 2017, 995 (996 f.) sowie zu § 58 Abs. 1 VwVfG; *ders.*, NdsVBl. 2017, 40 (40 ff.).

²⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 13. 6. 2013, Az.: 1 BvR 1160/03 = BVerfGE 116, 135; von einer bereichsspezifischen Ausnahme vom Vorrang des Primärrechtsschutzes spricht *Siegel*, DÖV 2007, 237 (241).

²⁸² *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 137 ff.; *Pünder*, VergabeR 2016, 693.

²⁸³ Ablehnend *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (25); *Bühs*, DVBl. 2017, 1525 (1526); *Schröder*, NVwZ 2017, 504; a. A.: *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 455 (484); *Pünder*, VergabeR 2016, 693; *Dagenförde*, NZBau 2020, 72 (75 f.); vgl. auch *Kühling/Huerkamp*, in: Sacker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Einl. VergabeR, Rn. 163 ff.; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 135 sowie Rn. 172 ff.

²⁸⁴ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 13. 12. 2017, Az.: I-27 U 25/17, = NZBau 2018, 168 Rn. 17; zuvor schon *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 30. 11. 2010, Az.: 1 S 107/10 = NVwZ-RR 2011, 293.

²⁸⁵ *Siegel*, NZBau 2019, 353 (356); s. auch *Jansen/Geitel*, VergabeR 2018, 376 (380 ff.).

²⁸⁶ *Schröder*, NVwZ 2017, 504 (509).

hiergegen nicht zur Nichtigkeit nach § 134 BGB, weil auch im Kartellvergaberecht ein Verstoß gegen § 134 GWB nicht etwa zu einer Nichtigkeit nach § 134 BGB führt, sondern nur aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 135 GWB.²⁸⁷ Rechtswidrige Vergaben an die Öffentliche Hand können danach im Wesentlichen nur im Wege der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen unterlegener Bieter „korrigiert“ werden.²⁸⁸

Soweit ein unterlegener Bieter ausnahmsweise die Gelegenheit erhält, Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen zu können, ist dies im Wege einstweiligen Rechtsschutzes zu bewerkstelligen. Während vor den Verwaltungsgerichten dafür der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft ist,²⁸⁹ wird vor den Zivilgerichten eine einstweilige Verfügung nach den §§ 935, 940 ZPO beantragt, um zunächst den Zuschlag zu verhindern.²⁹⁰ Gegenstand des Hauptsacheverfahrens ist sodann die Frage, ob ein Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften vorliegt. Als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen im Falle eines grenzüberschreitenden Bezugs die grundfreiheitlichen Wertungen, im nationalen Kontext insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG (ggf. i. V. m. der jeweils einschlägigen Verdingungsordnung).²⁹¹ Hierbei ist in der vorliegenden Konstellation jedoch zu beachten, dass Einheiten der Öffentlichen Hand ein Berufen auf Art. 3 Abs. 1 GG vom BVerfG verwehrt wird.²⁹² Einfachrechtliche Wertungen sind nur dann heranzuziehen, wenn ihnen drittschützende Wirkung zukommt. Den für Vergaben im Haushaltsvergaberecht zentralen Normen des Haushaltsvergaberechts (§ 55 BHO/LHO) wird eine solch drittschützende Wirkung überwiegend abgesprochen.²⁹³ Die Darlegung einer materiell-rechtlichen

²⁸⁷ *KG*, Urt. v. 7. 1. 2020, Az.: 9 U 79/19, Rn. 13 f. juris; vgl. auch *Siegel*, NZBau 2019, 353 (356); *Jansen/Geitel*, VergabeR 2018, 376 (382 f.); eine Wirksamkeit der Verträge trotz Verstoßes gegen eine Informations- und Wartepflicht nach EU-Eigenverwaltungsrecht nimmt ebenfalls an *EuG*, Urt. v. 20. 9. 2011, Az.: T-461/08, Rn. 63, 65, 123 = ECLI:EU:T:2011:494.

²⁸⁸ Näher *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 229 f.; *Siegel*, VerwArch 107 (2016), 3 (30).

²⁸⁹ *Bühs*, DVBl. 2017, 1525 (1527): Bei der Vorabinformation handelt es sich um keinen Verwaltungsakt, weshalb ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ausscheidet; dennoch verhindert dies nicht, dass der Zuschlag vor der rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts erteilt wird, dazu *Bühs*, DÖV 2017, 995 (995); *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 29. 10. 2018, Az.: 10 ME 363/18 Rn. 20 = NVwZ 2019, 656; a. a. O. Rn. 4 ff. auch zur Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs; um den Rechtsweg wird bis heute gestritten, vgl. zuletzt *Siegel*, NZBau 2019, 353 (357); *Keller/Hellstern*, NZBau 2018, 323 (325 ff.).

²⁹⁰ *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 85; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 152.

²⁹¹ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 158; *Bühs*, DVBl. 2017, 1525 (1527).

²⁹² Zuletzt *BVerfG*, Beschl. v. 18. 8. 2020, Az.: 1 BvQ 82/20 Rn. 7 ff. („Kohleverstromungsbeendigungsgesetz“).

²⁹³ *Groß*, in: Gröpl, BHO, § 55 Rn. 1; *Siegel*, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, Haushaltsvergaberecht, Rn. 1, 21; a. A. *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, BHO, § 55 Rn. 195 f.

Rechtsverletzung wird Einheiten der Öffentlichen Hand daher regelmäßig nur im grundfreiheitlichen Kontext möglich sein.

E. Rechtsschutz nach dem Völkervergaberecht

Verletzungen des GPA können nach dessen Art. XX von den Vertragsparteien nach dem WTO-Streitschlichtungsmechanismus gerügt werden.²⁹⁴

Das GPA macht zudem Vorgaben für die Ausgestaltung der Rechtsschutzregime der Vertragsstaaten (Art. XVIII GPA). Dabei wird es den Vertragsstaaten anheimgestellt, ob sie unmittelbar Rechtsschutz gegen Verstöße des GPA oder nur vermittelt über ihre eigene Rechtsordnung eröffnen wollen (Art. XVIII Abs. 2 GPA). Beteiligtensfähig ist, wer an der Beschaffung ein Interesse hat oder hatte (Art. XVIII Abs. 3 GPA).

Das GPA ist sowohl für Systeme primärer als auch sekundärer Rechtsschutzgewährung offen, was ausdrücklich in Art. XVIII Abs. 7 lit. b GPA normiert wird.²⁹⁵ Auch aus dem GPA 2012 lässt sich daher kein Anspruch auf Gewährung von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich herleiten.²⁹⁶

F. Ergebnisse

Das Kartellvergaberecht eröffnet für seinem Anwendungsbereich unterfallende Vergaben ein umfassendes Rechtsschutzregime, das sowohl der Öffentlichen Hand in ihrer Position als unterlegenem Bieter offensteht als auch die Überprüfung nicht ausgeschriebener Inhouse- und Instate-Ausnahmen im Wege des Primärrechtsschutzes ermöglicht. Nicht Gegenstand der kartellvergaberechtlichen Nachprüfung sind indes die kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung.

Vergaben nach der VO (EG) 1370/2007 werden weitgehend für das kartellvergaberechtliche Rechtsschutzregime geöffnet. Mangels einer dem Kartellvergaberecht entsprechenden Informations- und Wartefrist bedarf es jedoch einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften auch auf Vergaben nach der VO (EG) 1370/2007, um eine dem Kartellvergaberecht entsprechende Überprüfbarkeit von Inhouse- und Instate-Ausnahmen zu ermöglichen.

²⁹⁴ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 213; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 246.

²⁹⁵ Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 217.

²⁹⁶ Zudem entfaltet es gar keine Wirkungen für das Haushaltsvergaberecht, vgl. Dörr, in: Burgi/Dreher, Band 1, Einleitung, Rn. 220.

Für Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG findet eine den ordentlichen Gerichten zugewiesene Überprüfung der Vergabeentscheidung statt. Dieser Rechtsschutz wird jedem am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen eröffnet, sodass es auch rechtlich unselbstständigen Organisationseinheiten wie Eigenbetrieben möglich sein muss, die ihnen ausdrücklich zugewiesenen Rechte im Klagewege geltend zu machen.

Im weder vom Kartellvergaberecht, noch von den Sonderregimen des § 46 EnWG und der VO (EG) 1370/2007 strukturierten Vergaberecht hat sich im Zusammenspiel aus Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht ein eigenständiges Rechtsschutzregime herausgebildet, das jedoch nicht auf die Gewährung von Primärrechtsschutz drängt und daher unzulässige Vergaben an die Öffentliche Hand nur im Wege des Sekundärrechtsschutzes sanktioniert.

Das GPA 2012 schließlich strukturiert das Vergaberechtsschutzsystem nur rudimentär und macht keine über die bereits bestehenden Rechtsschutzregime hinausgehenden Vorgaben.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Der 1. Teil der Arbeit hat sich der Entwicklung des Vergaberechts von einem Rechtsregime fiskalischer Hilfsgeschäfte zu einem Liberalisierungsinstrument in der Daseinsvorsorge angenommen.

1. Dafür wurde im *Kapitel 1* die ursprüngliche Funktion des Vergaberechts als Rechtsregime fiskalischer Hilfsgeschäfte aufgezeigt. Ausgehend von haushaltsrechtlichen Vorschriften für die staatliche Bedarfsdeckung am Markt entstand im Zuge des europäischen Binnenmarktpjekts ein wettbewerblich geprägtes Vergaberegime. Komplettiert wird die rechtliche Strukturierung marktlicher Beschaffung der Öffentlichen Hand durch die Wertungen des Haushaltsvergaberechts, des europäischen Primärvergaberechts, des Verfassungsvergaberechts sowie des Völkervergaberechts.
2. Das *Kapitel 2* zeigt die Ausdehnung des Vergaberechts in den Bereich der Primäraufgabenerfüllung in der Daseinsvorsorge auf. Als rechtstatsächlicher Sammelbegriff umfasst das Schlagwort der Daseinsvorsorge insbesondere die in der Arbeit referenzierten Bereiche der kommunalen Abfallentsorgung, Energieversorgung, der Bereitstellung von Leistungen im ÖPNV sowie der Wasserver- und Abwasserentsorgung. Die Öffnung dieser Sektoren für vergaberechtliche Ausschreibungspflichten hat es ermöglicht, ehemals in öffentlicher Hand monopolisierte Leistungen wettbewerblichen Strukturen zuzuführen. Neben dem Kartellvergaberecht spielte dabei auch die bereichsspezifische Liberalisierung einzelner Sektoren eine tragende Rolle, so im ÖPNV mit der VO (EG) 1370/2007 und in der Energieversorgung mit § 46 EnWG.
3. Vergaberechtlich strukturiert wird dabei zunächst der Vorgang der Privatisierung. Das Vergaberecht wird heute insofern als Privatisierungsfolgenrecht entfaltet. Wesentliche Bedeutung kommt dem Vergaberecht bei der Einbindung Privater in die öffentliche Aufgabenerfüllung im Wege funktionaler Privatisierung zu. Darüber hinaus entfaltet das Vergaberecht aber auch Bindungen für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand selbst, zunächst im Wege der formellen Privatisierung, die nur unter besonderen Voraussetzungen von vergabewettbewerblichen Bindungen freigestellt wird.
4. Mit dem zuletzt intensiv diskutierten „Trend“ zur Rekommunalisierung stellt sich jedoch die Frage einer vergaberechtlichen Bindung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge noch weitergehend. Im Sinne einer „Renaissance des starken Staates“ kennzeichnet der Begriff der Rekommunalisierung die Rückkehr zu Formen der Leistungserbringung durch die Öffentliche

Hand. Während die Frage nach dem „Ob“ einer Rekommunalisierung in Hinblick auf die Trägerneutralität des europäischen Primärrechts und die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes als offen bezeichnet werden muss, entfaltet sich für das „Wie“ der Rekommunalisierung ein differenzierter Rechtsrahmen aus unions-, verfassungs- und einfach-rechtlichen Wertungen.

Der 2. Teil der Arbeit widmete sich dem aus Europäischem Primärrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht folgenden Rechtsrahmen für Vergaben an die Öffentliche Hand.

5. Das im *Kapitel 3* entfaltete Primär- und Verfassungsvergaberecht wurde zunächst in seiner Funktion als eigenständiges Vergaberechtsregime entfaltet. Zentrale Bedeutung kommt hierbei den europäischen Grundfreiheiten zu, die das mitgliedstaatliche Beschaffungswesen in grenzüberschreitenden Sachverhalten überall dort strukturieren, wo die sekundärrechtliche Harmonisierung Lücken aufweist. Indes findet auch das Primärvergaberecht keine umfassende Anwendung auf den Zugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge. Ebenso wie im Kartellvergaberecht hat der EuGH Privilegien für Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit anerkannt, deren dogmatische Herleitung jedoch noch ungeklärt ist. Während teilweise der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten schon nicht für eröffnet erachtet wird, plädiert die Arbeit für eine Effektivierung des in Art. 291 Abs. 1 AEUV anerkannten Grundsatzes der Verwaltungsautonomie als Abwägungsmaßstab in der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsprüfung.
6. Neben den Grundfreiheiten spielen das Kartell- und Beihilfenrecht als primärvergaberechtliche Wertungen nur eine untergeordnete Rolle, auch wenn sich hier Tendenzen einer weitergehenden Öffnung für verwaltungsinterne Aufgabenzuweisungen abzeichnen. Während der Anwendbarkeit des Kartellrechts in den vorliegend relevanten Bereichen das Konzernprivileg entgegensteht, fehlt es dem Beihilfenrecht an der verbindlichen Verpflichtung zu einer vergabewettbewerblichen Strukturierung.
7. In Hinblick auf das Verfassungsvergaberecht kommt nur Art. 3 Abs. 1 GG als vergabewettbewerblicher Maßstab für den öffentlichen Zugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge in Betracht, während Art. 12 Abs. 1 GG keine vergabewettbewerbliche Öffnung intendiert. Auch Art. 3 Abs. 1 GG ist jedoch dann nicht berührt, wenn die Auftragsvergabe an Einheiten der Öffentlichen Hand erfolgt, die privaten Wettbewerbern nicht vergleichbar sind. Insofern ergibt sich auch für das Verfassungsvergaberecht eine weitgehende Parallelität zu den für die Grundfreiheiten herausgearbeiteten Privilegierungen.
8. Das Kapitel abschließend wurde das Primär- und Verfassungsvergaberecht als Grenze des einfach-rechtlichen Vergaberechts entfaltet. Dabei zeigte sich, dass Primär- und Verfassungsvergaberecht den im einfachen Vergaberecht gewährten Privilegierungen beim öffentlichen Aufgabenzugriff nicht entgegenstehen, sondern diese vielmehr fundieren.

9. Primär- und Verfassungsvergaberecht können jedoch in umgekehrter Richtung einer weitergehenden wettbewerblichen Strukturierung des Aufgabenzugriffs der Öffentlichen Hand Grenzen setzen. Dies ist zunächst in Hinblick auf das Primärvergaberecht im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne der Fall, weil diese als Kernbereich mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie von Art. 4 Abs. 2 AEUV vor einer vergabewettbewerblichen Strukturierung geschützt wird. Darüber hinaus ist die Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten als abwägungserheblicher Belang im Falle einer weitergehenden wettbewerblichen Strukturierung auch in Bereichen der Eigenerledigung im weiteren Sinne und im Falle von Verwaltungskooperation stets zu berücksichtigen.
 10. Das Verfassungsrecht setzt dem nationalen Gesetzgeber mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zudem Grenzen bei der Formulierung obligatorischer Ausschreibungspflichten. Bereichsspezifische Eingriffe in das Recht auf kommunale Selbstverwaltung durch entsprechende Pflichten können nur dadurch gerechtfertigt werden, dass die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im anschließenden Vergabeverfahren ausreichend gewährleistet wird. Obligatorischen Ausschreibungspflichten gänzlich entgegen stünde Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG dann, wenn diese flächendeckend realisiert würden.
 11. Das im *Kapitel 4* entfaltete GPA als die für das Völkervergaberecht zentrale Rechtsgrundlage sieht selbst keine Privilegien für den öffentlichen Zugriff auf Leistungen der Daseinsvorsorge vor. Indes stellt das Abkommen den Mitgliedstaaten anheim, entsprechende Privilegien zu beanspruchen. Der Einfluss des GPA selbst auf die vergabewettbewerbliche Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge ist dementsprechend gering. Auch das bilaterale CETA-Abkommen wird sich nicht erweiternd auf den Anwendungsbereich der einfach-rechtlichen Vergaberechtsregime auswirken.
- Der 3. Teil der Arbeit hat sich des Anwendungsbereichs des einfach-rechtlichen Vergaberechts im Falle des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf die Daseinsvorsorge angenommen.
12. Als einfach-rechtlicher vergaberechtlicher Rechtsrahmen wurde im *Kapitel 5* zunächst das Kartellvergaberecht entfaltet. Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts hat sich über die Erfassung von Dienstleistungskonzessionen noch stärker als zuvor in Bereiche mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge ausgedehnt. Der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge kann jedoch nicht pauschal als vom Kartellvergaberecht strukturiert angesehen werden. Vielmehr bedarf es eines detaillierten Blicks auf die Anwendungsvoraussetzungen und Ausnahmebestimmungen der §§ 97 ff. GWB.
 13. In Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts hat sich gezeigt, dass der zentrale Begriff des Wirtschaftsteilnehmers funktional zu verstehen und in diesem Sinne erdenklich weit ist. Weil der Begriff keine

Abgrenzung zwischen vergabewettbewerblich und nicht-vergabewettbewerblich strukturiertem Aufgabenzugriff erlaubt, verlagert sich diese Abgrenzung auf die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts.

14. In sachlicher Hinsicht setzt die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Zugriffe der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge voraus, dass sich das Betrauungsverhältnis als entgeltlicher Vertrag qualifizieren lässt. Nach überwiegender, aber umstrittener Auffassung sind deshalb Betrauungen innerhalb eines Rechtsträgers mangels miteinander kontrahierender selbstständiger Rechtssubjekte vom kartellvergaberechtlichen Vertragsbegriff auszuschneiden. Die Betrauung von Eigen- und Regiebetrieben wird daher nicht vom Kartellvergaberecht wettbewerblich strukturiert.
15. Weiterhin sind all jene Konstellationen auszuschneiden, in denen es an einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Leistung des Wirtschaftsteilnehmers und damit an einer Beschaffung fehlt. Dies kann bei der Gewährung von Erlaubnissen, bei der Gründung von Rechtsträgern und bei der Veräußerung und dem Erwerb von Unternehmensanteilen der Fall sein. Indes ist dem funktionalen Verständnis des Kartellvergaberechts entsprechend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, sodass der jeweils zu beurteilende Vorgang daraufhin untersucht werden muss, ob mit ihm nicht womöglich in einem weiteren Schritt eine Beschaffung einhergeht. Im Bereich der Betrauung von Einheiten der Öffentlichen Hand mit Aufgaben der Daseinsvorsorge wird der Aufgabenträger regelmäßig ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an deren Aufgabenerfüllung haben und damit ein Beschaffungsbezug anzunehmen sein. Dies ist nur dann zu verneinen, wenn es sich um einen unter die vom EuGH in der Rs. Remondis aufgestellten Voraussetzungen fallenden vollständigen Aufgabenübertrag handelt.
16. Der Beschaffung muss zudem eine vertragsspezifische Willenseinigung zugrunde liegen. Zwangsweise Beschaffungen und gesetzliche Aufgabenzuweisungen sind danach zwar im Grundsatz vom Kartellvergaberecht auszuschneiden. Indes muss auch hier eine funktionale Auslegung erfolgen, um unzulässige Umgehungen zu verhindern. Deshalb geraten auch ohne vertragliche Grundlage erfolgende Betrauungen öffentlich-rechtlicher Einheiten weitergehend in den kartellvergaberechtlichen Anwendungsbereich, als bisher angenommen.
17. Soweit der kartellvergaberechtliche Auftrags- oder Konzessionsbegriff erfüllt ist, wird die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts durch eine Mehrzahl an Bereichsausnahmen suspendiert. Zentrale Bedeutung kommt § 108 GWB zu, der den vergabewettbewerblich strukturierten Bereich öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit bestimmt. Der öffentliche Aufgabenzugriff wird nur bei Überschreiten dieser Grenze durch das Kartellvergaberecht wettbewerblich strukturiert. Während § 108 Abs. 1–5 GWB eine differenzierte Beurteilung öffentlicher Konzernstrukturen zwischen ausschreibungsfreier Eigenerledigung

und ausschreibungspflichtiger Wettbewerbsteilnahme erlaubt, spezifiziert § 108 Abs. 6 GWB erstmals positiv-rechtlich den kartellvergaberechtlich privilegierten Bereich von öffentlichen Kooperationen auf Gleichordnungsebene. Mit den Ausnahmetatbeständen des § 108 GWB gelingt es so, eine Linie zwischen dem verwaltungsinternen Bereich, der einer marktlichen Strukturierung nach dem Willen des Gesetzgebers verschlossen bleiben soll und dem Bereich marktlich relevanten Verhaltens zu ziehen.

18. Auch dort, wo der Aufgabenzugriff auf Grundlage rechtmäßiger Monopolrechte erfolgt, befreit § 116 Abs. 1 Nr. 6 bzw. § 149 Nr. 5 GWB von der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.
19. Weiterhin wird der Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Wasserkonzessionen bereichsspezifisch durch § 149 Nr. 9 GWB und auf Konzessionen im ÖPNV durch § 149 Nr. 12 GWB von kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflichten befreit. Die kartellvergaberechtliche Strukturierung des Zugriffs auf Strom- und Gasnetzkonzessionen wird zudem durch die Regelung des § 46 EnWG vollständig verdrängt. Schließlich greift das Kartellvergaberecht erst ab Erreichen der Schwellenwerte.
20. Indes bedeuten diese Ausnahmen keinen vollständigen Dispens von wettbewerblichen Vergabeverfahren: Im Unterschwellenbereich haben sich das Haushaltsvergaberecht, für die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen das Vergabeverfahren des § 46 EnWG, bei der Vergabe von Konzessionen im ÖPNV die VO (EG) 1370/2007 und bei der Vergabe von Wasserkonzessionen das Primärvergaberecht als „Auffangordnungen“ etabliert.
21. Die im *Kapitel 6* näher untersuchte VO (EG) 1370/2007 stellt für den öffentlichen Aufgabenzugriff auf Leistungen des Öffentlichen Personennahverkehrs ein gegenüber dem Kartellvergaberecht in verschiedenen Punkten abweichendes Regime auf. So ist der Anwendungsbereich gegenüber dem Kartellvergaberecht stark ausgedehnt, indem auch Beschaffungen auf andere Weise sowie Formen der Eigenerledigung im engeren Sinne erfasst werden. Diese Ausdehnung wird erst durch Privilegierungstatbestände innerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) 1370/2007 korrigiert, die weitreichende Möglichkeiten zur sog. Direktvergabe von Leistungen des ÖPNV eröffnen. Mit der VO (EG) 1370/2007 findet sich insofern ein Vergaberechtsregime etabliert, das den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr weitreichend erfasst und sodann innerhalb des Anwendungsbereichs einen Ausgleich zwischen wettbewerblicher Strukturierung und Organisationsautonomie sucht.
22. Das im *Kapitel 7* untersuchte Konzessionsvergaberegime des § 46 EnWG hingegen stellt sich als gegenüber dem Kartellvergaberecht spezielleres Vergaberegime für die Vergabe von qualifizierten Wegenutzungsverträgen dar, welches den öffentlichen Zugriff auf den Betrieb der allgemeinen Versor-

gung dienenden Energieversorgungsnetze in den Bereichen Strom und Gas vollständig einem wettbewerblichen Vergabeverfahren unterwirft. Das Phänomen der wettbewerblichen Strukturierung des öffentlichen Zugriffs auf eine Leistung der Daseinsvorsorge tritt hier vollständig zu Tage, sowohl in Hinblick auf Selbstvergaben, als auch in Hinblick auf Kooperations- sowie Fremdvergaben.

23. Das im *Kapitel 8* untersuchte Haushaltsvergaberecht hat sich im Zuge der Angleichung an die Wertungen des Kartellvergaberechts sowohl in persönlicher als auch sachlicher Hinsicht für Vergaben an die Öffentliche Hand mit Bezug zur Daseinsvorsorge geöffnet. Während ursprünglich nur fiskalische Hilfsgeschäfte mit Privaten Gegenstand haushaltsvergabewettbewerblicher Strukturierung waren, hat sich der persönliche Anwendungsbereich wesentlich unter dem Einfluss unionsprimärrechtlicher Wertungen für die Wettbewerbsteilnahme von Einheiten der Öffentlichen Hand geöffnet. In sachlicher Hinsicht strukturiert das Haushaltsvergaberecht nur vertragliche Beschaffungen, sodass der Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne ebenso wie im Kartellvergaberecht von Ausschreibungspflichten ausgenommen bleibt. Während das Haushaltsvergaberecht in Hinblick auf den Auftragsbegriff weitgehend auf kartellvergaberechtliche Annahmen Bezug nimmt, wird die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nur dann haushaltsvergaberechtlich strukturiert, wenn ihr Haushaltsrelevanz zukommt. Aufgrund der den Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts zentral prägenden Erwägung der Haushaltsrelevanz kommen zudem die Inhouse- und Instate-Ausnahme im über das Kartellvergaberecht hinausgehenden Umfang zur Anwendung. Während für die Beurteilung der Haushaltsrelevanz eigentlich weder Kontroll-, noch Wesentlichkeitskriterium eine Rolle spielen, wurden die Privilegierungen des öffentlichen Aufgabenzugriffs durch Ausführungsvorschriften zum Haushaltsvergaberecht jedoch mit dem Kartellvergaberecht synchronisiert, sodass auch hier im Wesentlichen die Wertungen des § 108 GWB herangezogen werden können.

Der 4. Teil der Arbeit hat sich der Frage angenommen, welche Besonderheiten sich im Falle einer vergabewettbewerblichen Strukturierung des Zugriffs der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge für die Gestaltung des Vergabeverfahrens und die vergaberechtliche Rechtsschutzdogmatik ergeben.

24. Die dafür im *Kapitel 9* aufgeworfene Frage, ob dem Anliegen öffentlicher Eigenerfüllung innerhalb des Vergaberechts auf der Rechtsfolgenrechtsseite im Rahmen der Bewerberauswahl Bedeutung zugemessen werden kann, konnte nur vergaberechtsregimeabhängig beantwortet werden.
25. In Hinblick auf das Konzessionsvergabeverfahren des § 46 EnWG ist aufgrund der umfassenden Bindung des Aufgabenzugriffs zwar die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG im Vergabeverfahren für zulässig erklärt worden. Diese Regelung bleibt in der

Vergabepaxis jedoch weitgehend eine Leerformel. Dabei wäre eine stärkere Gewichtung entsprechender Kriterien aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt. Kommunale Anliegen wie eine regionale Wertschöpfung, die Bürgerbeteiligung und Gewerbesteuererinnahmen müssen daher weitergehend als bisher in den Auswahlkriterien Niederschlag finden dürfen.

26. Im Kartellvergaberecht kommt nur in gesetzlich zugelassenen Fällen eine gleichheitswidrige Privilegierung von Bietern in Betracht, wobei weder das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, noch die Möglichkeit strategischer Beschaffung eine spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung erlaubt. Dafür besteht jedoch auch anders als bei § 46 EnWG kein Bedarf, weil der öffentliche Aufgabenzugriff bereits durch § 108 GWB ausreichend geschützt wird. Soweit vom Kartellvergaberecht Privatisierungsimpulse ausgehen, eröffnet das Instrument der strategischen Beschaffung den Auftraggebern jedenfalls die Möglichkeit, stärker steuernd auf die Wirtschaft einzuwirken und so die Erreichung außerwettbewerbliche Ziele auch im Falle privater Leistungserbringung sicherzustellen.
27. In der VO (EG) 1370/2007 findet sich eine Mischung aus Tatbestands- und Rechtsfolgenlösung realisiert. Obwohl der Anwendungsbereich der VO stark ausgedehnt wurde, eröffnet die Möglichkeit zu Direktvergaben innerhalb des Vergabeverfahrens einen weiten Spielraum für Privilegierungen von Vergaben an die Öffentliche Hand. Wesentliche Bedeutung kommt Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zu, der sowohl die Eigenerledigung im engeren als auch im weiteren Sinne privilegiert. Während an erstere nur rudimentäre Anforderungen gestellt werden, hat sich für den Aufgabenzugriff durch rechtsfähige Einheiten der Öffentlichen Hand eine teils spezifische, teils den kartellvergaberechtlichen Wertungen des § 108 GWB folgende Dogmatik herausgebildet. Anders als im Kartellvergaberecht strukturiert die VO (EG) 1370/2007 zudem den Prozess der Direktvergabe selbst verfahrensrechtlich. Soweit eine wettbewerbliche Vergabe nach der VO (EG) 1370/2007 erfolgt, wird diese vergleichbar zum Kartellvergaberecht durch die Wertung der Gleichbehandlung strukturiert und lässt insofern keine spezifisch rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung zu.
28. Auch das Haushaltsvergaberecht wird vom Gleichbehandlungsgrundsatz strukturiert. Eine spezifische Privilegierung des öffentlichen Aufgabenzugriffs auf Leistungen der Daseinsvorsorge ist über die Inhouse- und Instate-Ausnahme weitgehend auf Tatbestandsseite realisiert, während sich auf Rechtsfolgenrechte nur geringe Ansätze für eine rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensausgestaltung ausmachen lassen. Eine entsprechende Verfahrensgestaltung wäre in Hinblick auf die bereits gewährten Zugriffsprivilegien der Öffentlichen Hand zudem nicht gerechtfertigt.
29. Im Primärvergaberecht hat sich ein „Vergaberecht light“ herausgebildet, das die primärvergaberechtliche Verfahrensgestaltung mittels des Diskriminierungs-

verbots ebenfalls gleichheitsrechtlich ausgerichtet. In Hinblick auf den Schutz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsorganisation durch Art. 291 Abs. 1 AEUV i. V.m. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV besteht dabei zwar die Möglichkeit einer primärvergaberechtlichen Anerkennung rekommunalisierungsfreundlicher Vergabekriterien; indes besteht hierfür unter den gegebenen Umständen kein Raum, weil der öffentliche Aufgabenzugriff auch im Primärvergaberecht bereits auf Tatbestandsseite privilegiert wird und eine doppelte Privilegierung daher nicht zu rechtfertigen wäre.

30. Für das Verfassungsvergaberecht lassen sich verfahrensrechtliche Wertungen aus Art. 3 Abs. 1 GG entnehmen. In Hinblick auf die Auswahlkriterien ist die Öffentliche Hand zu einer sachgerechten Bewerberauswahl verpflichtet, die neben Aspekten der Wirtschaftlichkeit nur solche berücksichtigen darf, die sich verfassungsrechtlich legitimieren lassen. Zweifelhaft ist deshalb, ob rekommunalisierungsfreundliche Kriterien überhaupt zulässig wären, weil Art. 28 Abs. 2 GG nicht als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt.
31. Auch das Völkervergaberecht steht rekommunalisierungsfreundlichen Kriterien nur insofern offen, als sie sich als nichtdiskriminierend qualifizieren lassen.
32. Insgesamt lässt sich konstatieren, dass sich das Vergaberecht nur bedingt als Rekommunalisierungsfolgenrecht entfalten lässt. Allein das Regime der VO (EG) 1370/2007 sieht innerhalb seines Anwendungsbereichs ein rekommunalisierungsspezifisches Zugriffsprivileg mit der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 vor. Im Regime des § 46 EnWG, das sich eigentlich noch weitergehend durch die Rechtsfolgenlösung auszeichnet, kann der Wunsch zur Rekommunalisierung hingegen nicht vollständig im Vergabeverfahren abgebildet werden. Dies gilt erst recht für die anderen untersuchten Vergaberegime.
33. Das Vergaberecht bietet jedoch die Möglichkeit, eine Vielzahl der im Kapitel 2 für Rekommunalisierungsbegehren aufgeführten Maßstäbe zu kumulieren. Insofern erfüllt das Vergaberecht durchaus Aufgaben, die auch an das Vergaberecht als Privatisierungsfolgenrecht gestellt werden.
34. Für die im *Kapitel 10* untersuchte vergaberechtliche Rechtsschutzdogmatik bei Vergaben an die Öffentliche Hand ergab sich ebenso ein differenziertes Bild für die einzelnen Vergaberegime.
35. Das Kartellvergaberecht eröffnet für seinem Anwendungsbereich unterfallende Vergaben ein umfassendes Rechtsschutzregime, das sowohl der Öffentlichen Hand in ihrer Position als unterlegenem Bieter offensteht als auch die Überprüfung nicht ausgeschriebener Inhouse- und Instate-Ausnahmen im Wege des Primärrechtsschutzes ermöglicht. Nicht Gegenstand der kartellvergaberechtlichen Nachprüfung sind indes die kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung.

36. Vergaben nach der VO (EG) 1370/2007 werden weitgehend für das kartellvergaberechtliche Rechtsschutzregime geöffnet. Mangels einer dem Kartellvergaberecht entsprechenden Informations- und Wartefrist bedarf es jedoch einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften auch auf Vergaben nach der VO (EG) 1370/2007, um eine dem Kartellvergaberecht entsprechende Überprüfbarkeit von Inhouse- und Instate-Ausnahmen zu ermöglichen.
37. Für Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG findet eine den ordentlichen Gerichten zugewiesene Überprüfung der Vergabeentscheidung statt. Dieser Rechtsschutz wird jedem am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen eröffnet, sodass es auch rechtlich unselbstständigen Organisationseinheiten wie Eigenbetrieben möglich sein muss, die ihnen ausdrücklich zugewiesenen Rechte im Klagewege geltend machen zu können.
38. Im weder vom Kartellvergaberecht, noch von den Sonderregimen des § 46 EnWG und der VO (EG) 1370/2007 strukturierten Vergaberecht hat sich im Zusammenspiel aus Primär-, Verfassungs- und Haushaltsvergaberecht ein eigenständiges Rechtsschutzregime herausgebildet, das jedoch nicht auf die Gewährung von Primärrechtsschutz drängt und daher unzulässige Vergaben an die Öffentliche Hand nur im Wege des Sekundärrechtsschutzes sanktioniert.
39. Das GPA 2012 schließlich strukturiert das Vergaberechtssystem nur rudimentär und macht keine über die bereits bestehenden Rechtsschutzregime hinausgehenden Vorgaben.

Die Untersuchung abschließend lassen sich die folgenden Ergebnisse festhalten:

40. In Hinblick auf die eingangs der Arbeit formulierte Problemstellung ist festzustellen, dass die untersuchten Vergaberechtsregime für den Aufgabenzugriff der Öffentlichen Hand auf Leistungen der Daseinsvorsorge und damit auch für den Prozess der Rekommunalisierung nicht zu vernachlässigende Bindungswirkungen entfalten. Deren Reichweite bedarf aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen Wettbewerb, öffentlicher Verantwortung für die Daseinsvorsorge und mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie eines differenzierten Ausräumens. Während dafür überwiegend das Modell der „Tatbestandslösung“ durch (teilweise) Ausklammerung des Aufgabenzugriffs aus dem Vergaberecht umgesetzt wurde, findet sich bereichsspezifisch das Modell einer „Rechtsfolgenlösung“ realisiert, die den Aufgabenzugriff erst innerhalb vergaberechtlicher Bindungen privilegiert.
41. Idealerweise vermag die Rechtsfolgenlösung es, die Spannungslage, die die Entscheidung zwischen Privatisierung und Rekommunalisierung mit sich bringt, zugunsten eines Verfahrens aufzulösen, das auf die optimale Leistungserbringung abzielt und damit Output-orientiert wirkt. Der ideologisch aufgeladene Gegensatz beider Organisationsformen könnte so zugunsten eines Verfahrens aufgelöst werden, das öffentliches Interesse und ökonomische Rationalität in einen sinnvollen Ausgleich bringt.

42. In der Praxis zeigt sich indes ein anderes Bild: Während sich für die Tatbestandslösung mit der Inhouse- und Instate-Ausnahme bereits ein weitgehend ausdifferenziertes System zwischen vergabewettbewerblicher Strukturierung und originärem Aufgabenzugriff herausgebildet hat, droht bei der Rechtsfolgenlösung der öffentliche Aufgabenzugriff unter die Räder einseitig wettbewerblicher Strukturierung zu geraten. Als „Leitplanken“ dieses Prozesses müssen deshalb einerseits das Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG, andererseits die unter Art. 291 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 2 EUV geschützte mitgliedstaatliche Organisationsautonomie effektiviert werden, die einer umfassenden vergabewettbewerblichen Strukturierung des Binnenbereichs der Verwaltung entgegen stehen und auch auf eine stärkere Berücksichtigung öffentlicher Belange innerhalb des Vergabewettbewerbs drängen. Der regimeübergreifenden Entfaltung dieser grundlegenden Wertungen wird in Zukunft eine stärkere Bedeutung zukommen müssen.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Marie*, Verwaltungshilfe zwischen Werkzeugtheorie und funktionaler Privatisierung, Berlin 2016
- Ahner, Björn*, Nachfragetätigkeit der Öffentlichen Hand im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht, Grundfreiheiten und Grundrechten, Jena 2010
- Altensmidt, Stefan*, Die Versorgungssicherheit im Lichte des Verfassungsrechts, NVwZ 2015, S. 559
- Althaus, Stefan*, Öffentlich-rechtliche Verträge als öffentliche Aufträge gem. § 99 GWB, NZBau 2000, S. 277
- Altmeppen, Holger*, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, S. 2561
- Ambrosius, Gerold*, Neue Institutionenökonomik und Kommunalisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Ein wirtschaftshistorisches Fallbeispiel zur Illustration einiger theoretischer Argumente, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, Vol. 40 (1), S. 35
- Antweiler, Clemens*, Neue Entwicklungen bei der Vergabe und Finanzierung von Verkehrsverträgen, VergabeR 2018, S. 211
- Antweiler, Clemens*, Anmerkung zur Entscheidung des OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.01.2017 (11 Verg 1/16) – Zum Verhältnis von Vergabe- und Personenbeförderungswesen, VergabeR 2017, S. 413
- Antweiler, Clemens*, Öffentliche Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren, VergabeR 2001, S. 259
- Assmann, Lukas/König, Carolin*, Aktueller Rechtsrahmen zur Ausschreibung von Energienetzen, VergabeR 2020, S. 266
- Aubin, Bernhard*, Daseinsvorsorge und Universaldienst – Eine ordnungsökonomische Untersuchung der staatlichen Aufgaben in den Wirtschaftsbereichen der Grundversorgung, Tübingen 2013
- Aust, Helmut Philipp*, Das Recht der globalen Stadt, Tübingen 2017
- Bader, Johann/Ronellenfötsch, Michael*, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 48. Edition, München 2020
- Bahmer, Larissa/Loers, Sophia*, Ausschreibungswettbewerb im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2017: Vom Vergaberecht lernen?, GewArch 2017, S. 406
- Bartelt, Justus M.*, Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts – Eine Untersuchung hinsichtlich Bestimmtheit, Klarheit und Systemgerechtigkeit des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte, Berlin 2017
- Barth, Hanna*, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, Frankfurt am Main/Berlin u. a. 2010

- Bary, Tarek-Leander*, Geschäftsmodelle beim kommunalen Ausbau von Breitbandnetzen und deren vergaberechtliche Qualifizierung, NZBau 2014, S. 208
- Bauer, Hartmut*, Privatisierung oder Publizisierung?, in: Bauer, Hartmut/Szewczyk, Marek/Popowska, Bożena/Meier, Michael/Fuks, Adrian (Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, Potsdam 2018
- Bauer, Hartmut*, Publizisierung – Begriff – Befunde – Perspektiven, JZ 2014, S. 1017
- Bauer, Hartmut*, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329
- Bauer, Hartmut*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243
- Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia* (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI Schriften 6, Potsdam 2012
- Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Markmann, Friedrich* (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, KWI Schriften 8, Potsdam 2014
- Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/Röckinghausen, Marc* (Hrsg.), Landmann/Rohmer, Umweltrecht Kommentar, Band I – IV, München 2020
- Beckmann, Martin/Wittmann, Antje*, Pflichten zur Drittbeauftragung und kommunale Selbstverwaltungsgarantie, AbfallR 2011, S. 55
- Behr, Volker*, Zur vergaberechtlichen Relevanz von Privatisierungen, VergabeR 2009, S. 136
- Bell, Albrecht/Rehak, Heinrich*, Vergaberecht und kommunale Privatisierung der Abfallentsorgung, LKV 2001, S. 185
- Beneke, Ilse*, Die neue Bedeutung der nachhaltigen Beschaffung im deutschen öffentlichen Auftragswesen, in: Ziekow, Jan/Gyulai-Schmidt, Andrea, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 23
- Berger, Henning*, Die Ausschreibungspflicht bei der Veräußerung von Unternehmensanteilen durch kommunale Körperschaften, ZfBR 2002, S. 134
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9
- Boehme-Neßler, Volker*, Privatisierungsbremsen in den Landesverfassungen?, LKV 2013, S. 481
- Bohne, Eberhard*, Verwaltungswissenschaft – Eine interdisziplinäre Einführung in die Grundlagen, Wiesbaden 2018
- Bonhage, Jan D./Dieterich, Peter*, (Neue) Beihilfenrechtliche Maßstäbe für lokale Infrastrukturförderung, EuZW 2018, S. 716
- Börner, Achim-Rüdiger*, Rekommunalisierung durch vergaberechtliche In-House-Geschäfte, Baden-Baden 2004
- Boysen, Sigrid/Neukirchen, Mathias*, Europäisches Beihilferecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Bd. 325, Baden-Baden 2007
- Braun, Christian*, Dienstleistungskonzessionen im europäischen Wandel, EuZW 2012, S. 451

- Braun, Christian/Buchmann, Anne*, Beleihung als Ausstiegsmöglichkeit aus der Ausschreibungsverpflichtung?, NZBau 2007, S. 691
- Brockhoff, Sven*, Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien, VergabeR 2014, S. 625
- Broß, Siegfried*, Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge – Bilanz und Ausblick, NZBau 2004, S. 465
- Brüning, Christoph*, Aktuelle Entwicklungen zur wasserwirtschaftlichen Konzession, in: Kment, Martin (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, Tübingen 2016, S. 99
- Brüning, Christoph*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, S. 689
- Brüning, Christoph*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 48 (2015), S. 155
- Brüning, Christoph*, Infrastrukturverantwortung zwischen Bürgern, Kommunen und Staat, JZ 2014, S. 1026
- Brüning, Christoph*, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, VerwArch 100 (2009), S. 453
- Budäus, Dietrich/Hilgers, Dennis*, Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, DÖV 2013, S. 701
- Büdenbender, Ulrich*, Buchbesprechung zu Stefanie Grünewald – (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, DVBl. 2017, S. 1556
- Büdenbender, Ulrich*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, Essen 2011
- Bühs, Jacob M.*, Keine Klagebefugnis des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers! – Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 27.9.2018 – 7 C 23.16, LKV 2018, S. 549
- Bühs, Jacob M.*, Die Altkleidersammlung, das Kreislaufwirtschafts- und das Straßenrecht, LKV 2018, S. 49
- Bühs, Jacob M.*, Ist die Zustimmung von Dritten nach § 58 Abs. 1 VwVfG auf das Vergabeverwaltungsrecht anwendbar?, NdsVBl. 2017, S. 40
- Bühs, Jacob M.*, Effektiver Primärrechtsschutz bei Rettungsdienstvergaben vor dem Verwaltungsgericht – Luxus?, DÖV 2017, S. 995
- Bühs, Jacob M.*, Grundzüge für ein Vergabeverwaltungsprozessrecht, DVBl. 2017, S. 1525
- Bultmann, Peter Friedrich*, Beihilfenrecht und Vergaberecht – Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung – ein Leistungsvergleich, Tübingen 2008
- Bungenberg, Marc*, Das primäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftrags- und Konzessionsvergabe, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage, Enzyklopädie Europarecht Band 4, Baden-Baden 2021, § 16
- Bungenberg, Marc*, Daseinsvorsorge und öffentliches Beschaffungswesen nach dem Lissabonner Vertrag, München 2008

- Bungenberg*, Marc, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme – Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Tübingen 2007
- Burghardt*, Katja, Droht dem Bundesverwaltungsgericht ein Bedeutungsverlust durch Verlagerung des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes in das Eilverfahren?, DVBl. 2018, S. 417
- Burgi*, Martin, Vergaberecht – Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 3. Auflage, München 2021
- Burgi*, Martin, Kommunalrecht, 6. Auflage, München 2019
- Burgi*, Martin, Daseinsvorsorge und Energieversorgung – Teilnahme der Kommunen am energiewirtschaftlichen Wettbewerb, in: Kment, Martin, Energiewirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, Tübingen 2018, S. 1
- Burgi*, Martin, Zur Nichtanwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf den gesetzlichen Übergang von Aufgaben und Befugnissen auf einen sondergesetzlichen Wasserverband, Zeitschrift für Wasserrecht (ZfW) 2017, S. 169
- Burgi*, Martin, Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, S. 257
- Burgi*, Martin, Die Handlungsformkategorie des Betrauungsakts im EU-Beihilfenrecht, EuZW 2017, S. 90
- Burgi*, Martin, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, 597
- Burgi*, Martin, Rechtsfolgenregime und Begriff des Unternehmens des öffentlichen Rechts in der BHO, DÖV 2015, S. 493
- Burgi*, Martin, Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, NdsVBl. 2012, S. 225
- Burgi*, Martin, Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ipsen, Jörn (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen?, 22. Bad Iburger Gespräche, Osnabrück 2012, S. 13
- Burgi*, Martin, Die Zukunft des Vergaberechts, NZBau 2009, S. 609
- Burgi*, Martin, Kommunalisierung als gestaltungsbedürftiger Wandel von Staatlichkeit und von Selbstverwaltung, Die Verwaltung 42 (2009), S. 155
- Burgi*, Martin, Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), NVwZ 2007, S. 383
- Burgi*, Martin, Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergaberechtspflichtiger Beschaffungsvorgang ist, NZBau 2005, S. 208
- Burgi*, Martin, Die Dienstleistungskonzession ersten Grades – Verwaltungs- und kartellvergaberechtliche Fragen eines Privatisierungsmodells am Beispiel der Abwasserbeseitigung, Baden-Baden 2004
- Burgi*, Martin, Die Ausschreibungsverwaltung, DVBl. 2003, S. 949
- Burgi*, Martin, Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht, NZBau 2002, S. 57

- Burgi, Martin*, Die Repolitisierung der Staatswirtschaft in europäischer Perspektive, in: Eberle, Carl-Eugen/Ibler, Martin/Lorenz, Dieter (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 35
- Burgi, Martin*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601
- Burgi, Martin/Dreher, Meinrad*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage, München 2017
- Burgi, Martin/Krönke, Christoph*, Die ausgleichspflichtige Indienstnahme, VerwArch 109 (2018), S. 423
- Byok, Jan/Bormann, Guido*, Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft, NVwZ 2010, S. 1262
- Byok, Jan/Dierkes, Mathias*, Beendigung und Neuvergabe von Konzessionen in der Energie- und Wasserwirtschaft, RdE 2011, S. 394
- Calliess, Christian*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016
- Cassese, Sabino*, Die Privatisierungen: Rückschritt oder Neuorganisation des Staats?, in: Nettesheim, Martin/Schiera, Pierangelo (Hrsg.), Der integrierte Staat – Verfassungs- und europarechtliche Betrachtungen aus italienischer und deutscher Perspektive, Berlin 1999, S. 31
- Conrad, Sebastian*, Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf landesrechtlicher Grundlage, ZfBR 2016, S. 124
- Correll, Cathrin*, Probleme der Rekommunalisierung von Energienetzen unter besonderer Berücksichtigung vergabe- und beihilferechtlicher Aspekte, DVBl. 2016, S. 338
- Cronauge, Ulrich*, Kommunale Unternehmen, 6. Auflage, Berlin 2016
- Czychowski, Manfred/Reinhardt, Michael*, Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung der Landeswassergesetze – Kommentar, 12. Auflage, München 2019
- Dabringhausen, Gerhard*, Die europäische Neuregelung der Inhouse-Geschäfte – Fortschritt oder Flopp?, VergabeR 2014, S. 512
- Dagenförde, Angela*, Die Vorabinformationspflicht im Vergaberechtsschutz: Eine unendliche Geschichte, NZBau 2020, S. 72
- Danker, Claudia*, Wirtschaftspolitische Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten im Bereich kommunaler Infrastrukturen und Dienstleistungen, DVBl. 2017, S. 340
- Danwitz, Thomas von*, Europäisches Verwaltungsrecht, Berli/Heidelberg 2008
- Deuster, Jan/Ristelhuber, Johannes*, Direktvergaben an kommunale Aktiengesellschaften – Reicht für die erforderliche Kontrolle ein Beherrschungsvertrag?, VergabeR 2018, S. 99
- Diemon-Wies, Ingeborg*, Vergabe von Konzessionen – Überblick über die neuen Regelungen im GWB-Entwurf, VergabeR 2016, S. 162

- Dierkes, Jan-Michael/Scharf, Jan Peter*, Die interkommunale Zusammenarbeit – Zum nachträglichen Wegfall ihrer Privilegierungsvoraussetzungen sowie zu den Folgen bei der Einbindung Dritter im Rahmen der Leistungserfüllung, VergabeR 2014, S. 752
- Dietl, Fabian*, Die kommunale Netzgesellschaft – Kommunalwirtschaftliche Vorgaben für eine Betätigung im Bereich des Netzbetriebs, DÖV 2018, S. 407
- Dietlein, Johannes/Mehde, Veith* (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen, 14. Edition, München 2020
- Dittmer, Nora*, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, Baden-Baden 2008
- Dörr, Oliver*, Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, VVDStRL 73 (2014), S. 323
- Dreher, Meinrad*, Die Open-House-Verfahren, NZBau 2019, S. 275
- Dreher, Meinrad*, Die Privatisierung der Daseinsvorsorge – Vergabe- und gemeindewirtschaftliche Grenzen, in: Oldiges, Martin (Hrsg.), Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, Baden-Baden 2001, S. 33
- Dreher, Meinrad/Burkhardt, Leon*, Vergaberechtsfreie horizontale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit durch entgeltliche Verträge, NZBau 2020, S. 409
- Dreher, Meinrad/Motzke, Gerd*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, VgV, SectVO, VOB Teil A, 2. Auflage, München 2013
- Dreier, Horst*, Grundgesetz, Band I: Präambel, Art. 1–19, 3. Auflage, Tübingen 2013
- Drohse, Franziska*, Über die Frage der Sozialisierung am Beispiel „Deutsche Wohnen & Co Enteignen“, Kritische Justiz 2020, S. 30
- Drömann, Dietrich*, Das Konzernprivileg im Lichte der neuen Sektorenkoordinierungsrichtlinie, NZBau 2015, S. 202
- Dümke, Christian*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, KWI-Gutachten 10, Potsdam 2015
- Durner, Wolfgang*, Umweltrechtliche Genehmigungen als Vergabeentscheidungen? Überlegungen zum Vertragsverletzungsverfahren der Kommission wegen des behaupteten Verstoßes des wasserrechtlichen Genehmigungsregimes gegen Art. 12 der Dienstleistungsrichtlinie, DVBl. 2020, S. 149
- Durner, Wolfgang/Hüttemann, Rainer*, Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht nach § 52 Abs. 2 LWG NRW – Gebührenrechtliche, vergaberechtliche und umsatzsteuerrechtliche Folgefragen, Köln 2017
- Ehlers, Dirk*, Europa- und verfassungsrechtliche Grundlagen der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen in Deutschland, in: Scherzberg, Arno/Can, Osman/Dogan, Ilyas (Hrsg.), Das Recht der öffentlichen Unternehmen und der öffentlich-rechtlichen Banken, Münster u. a. 2012, S. 29
- Ehlers, Dirk* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2014
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Piinder, Hermann* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band I Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg u. a. 2019

- Ehlers, Dirk/Piinder, Hermann* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin/Boston 2016
- Elbel, Thomas*, Reichweite der vergaberechtlichen Figur des „In-House-Geschäfts“ im öffentlich-rechtlichen „Konzern“, VergabeR 2011, S. 185
- Elspas, Maximilian Emanuel/Graßmann, Nils/Rasbach, Winfried*, EnWG Kommentar, Berlin 2018
- Endler, Jan*, Privatisierungen durch Vergaberecht, NZBau 2002, S. 125
- Engels, Andreas*, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung – Eine dogmatische Rekonstruktion, Tübingen 2014
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, 43. Edition, München 2020
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin/New York 2010
- Erps, Catharina*, Kommunale Kooperationshoheit und europäisches Vergaberecht – Eine Untersuchung zu Kollisionen und Lösungen zwischen deutscher kommunaler Selbstverwaltung und europäischem Gemeinschaftsrecht, Stuttgart 2010
- Faasch, Julian/Gewehr, Frank*, Durchführung von wettbewerblichen Verfahren zur Vergabe von Trinkwasserkonzessionen unter besonderer Berücksichtigung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung, Versorgungswirtschaft 2019, S. 265
- Fabry, Beatrice/Augsten, Ursula*, Unternehmen der Öffentlichen Hand, 2. Auflage, Baden-Baden 2011
- Fehling, Michael*, Perspektiven des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, JZ 2016, S. 340
- Fenzel, Stefan/Pencereci, Turgut*, Die Dienstleistungskonzessionen im Recht der Abwasserbeseitigung – ein Auslaufmodell?, LKV 2012, S. 549
- Fischer, Martin/Zwetkow, Katrin*, Systematisierung der derzeitigen Privatisierungsmöglichkeiten auf dem deutschen Wassermarkt – Trennung von Netz und Betrieb als zusätzliche Option, NVwZ 2003, S. 281
- Forsthoff, Ernst*, Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963
- Forsthoff, Ernst*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
- Forsthoff, Ernst*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen – Ein Vortrag, Köln 1958
- Forsthoff, Ernst*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938
- Forsthoff, Ernst*, Der totale Staat, Hamburg 1933
- Franzius, Claudio*, Wo bleibt der Staat? Das Modell der Universaldienste und seine Alternativen, ZG 2010, S. 66
- Franzius, Claudio*, Gewährleistung im Recht – Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen 2009
- Frenz, Walter*, Vergaberecht EU und national, Berlin/Heidelberg 2018
- Frenz, Walter*, Kommunale Organisationshoheit vs. Unionsrecht – § 17 Abs. 3 KrWG doch europarechtswidrig?, DÖV 2017, S. 943

- Frenz, Walter*, In-House-Geschäfte und interkommunale Zusammenarbeit nach der Vergaberechtsreform, DVBl. 2017, S. 740
- Frenz, Walter*, Vergaberechtsfreie Kompetenzverlagerungen nach dem EuGH-Urteil Remondis (Abfallzweckverband Hannover) – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21. 12. 2016, Rs. C-51/15, GewArch 2017, 109 ff. –, GewArch 2017, S. 97
- Frenz, Walter*, Neues zu In-House und interkommunaler Kooperation, der gemeindehaushalt 2016, S. 261
- Frenz, Walter*, Aktuelle europarechtliche Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2010, S. 609
- Frenz, Walter*, Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, WRP 2008, S. 73
- Frenz, Walter*, Liberalisierung und Privatisierung der Wasserwirtschaft, ZHR 166 (2002), S. 307
- Friederiszick, Hans W./Reinhold, Steffen/Demuth, Juri*, Rekommunalisierung und Wettbewerb in der Entsorgungswirtschaft – Trend, Erklärungen und wettbewerbspolitische Implikationen, NZKart 2016, S. 246
- Friedländer, Benjamin*, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen: Konzept – Entwicklungstendenzen – Perspektive, Arbeitspapier, Universität Leipzig, Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management, Nr. 45, 2013
- Fruhmann, Michael*, Die neue Ausnahme für öffentlich – öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: Prieß, Hans-Joachim/Lau, Nils/Kratzenberg, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung – Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 145
- Fuchs, Claudia*, Öffentliche Vergabe, in: Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 15, S. 477
- Gabriel, Marc/Krohn, Wolfram/Neun, Andreas* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage, München 2021
- Gabriel, Marc/Voll, Maximilian*, Das Ende der Inländerdiskriminierung im Vergabe(primär) recht, NZBau 2014, S. 155
- Gaedtke, Jens-Christian*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, Berlin 2009
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Öffentliche Versteigerung, in: Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 16
- Gaß, Andreas/Popp, Josef*, Die Gemeinde als Unternehmer, 2. Auflage, Wiesbaden 2018
- Gass, Georg*, Die Bindung von Fördermittelempfängern an das (neue) Vergaberecht – vom Risiko der Rückforderung, GewArch 2018, S. 55
- Gerlach, Jens*, Kommunale Aufgabenerfüllung und Vergaberecht – Vergaberechtsfreie Formen der Neuordnung von kommunalen Aufgaben und der interkommunalen Zusammenarbeit, VerwArch 112 (2021), S. 64
- Gerlach, Jens*, Geltung der AEUV-Grundsätze auch bei Inhouse-Vergaben nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2020, S. 426
- Gerlach, Jens*, Keine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern bei bloßer Leistung gegen Kostenerstattung, NVwZ 2020, S. 1574

- Gerner, Thomas*, Die neue EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe im Bereich sozialer Dienstleistungen und deren Umsetzung in nationales Recht, NZS 2016, S. 492
- Gersdorf, Hubertus*, Dogmatische Neujustierung des Art. 87e GG? – Zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum parlamentarischen Interpellationsrecht vom 7. November 2017, DÖV 2018, S. 789
- Gestekamp, Stefan*, Rechtsfragen zur Vergabe von Wasserkonzessionen, VergabeR 2020, S. 705
- Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael* (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 55. Edition, München 2020
- Glahs, Heike*, Die Antragsbefugnis im Vergabenachprüfungsverfahren, NZBau 2004, S. 544
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*, Das Recht der Europäischen Union, Band 1: EUV/AEUV, 70. Ergänzungslieferung, München 2020
- Grams, Hartmut*, „Zuwendungsmodell“ – Ausnahme von der Ausschreibung nach GWB?, VergabeR 2019, S. 473
- Grau, Ulrich*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, Frankfurt am Main 2004
- Greb, Klaus*, Inhouse-Vergabe nach aktuellem und künftigem Recht, VergabeR 2015, S. 289
- Groebe, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin*, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015
- Groh, Kathrin*, Schuldenbremse und kommunale Selbstverwaltungsgarantie, LKV 2010, S. 1
- Gröpl, Christoph* (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung, Landeshaushaltsordnungen, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2. Auflage, München 2019
- Groth, Axel*, Die Dienstleistungskonzession im europäischen Vergabe- und Beihilfenrecht, Frankfurt am Main 2010
- Grünewald, Stefanie*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung – Grenzen und Möglichkeiten kommunaler wirtschaftlicher Betätigung in der Elektrizitätsverteilung – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit dem energiewirtschaftlichen Konzessionsvergaberecht, Berlin 2016
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Gesamtherausgeber für das Zivilrecht), beck-online.Großkommentar BGB, München 2020
- Guckelberger, Anette*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 104 (2013), S. 161
- Gundel, Jörg*, Vertragsverletzungsverfahren bei unionsrechtswidrigen Vergabeentscheidungen – Konsequenzen für die Auftragsdurchführung und für Regressforderungen gegen den Auftraggeber, BayVBl. 2017, S. 437
- Gyulai-Schmidt, Andrea*, Staatliche Organisation unter dem Einfluss des Vergaberechts? – Grenzziehungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, VerwArch 109 (2018), S. 242
- Gyulai-Schmidt, Andrea*, Vergabefreie Kompetenzübertragung auf Zweckverbände im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit, ZfBR 2017, S. 755

- Hagenbruch*, Tim, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Baden-Baden 2020
- Hagenbruch*, Tim, Anwendbarkeit der VO Nr. 1370/2007 auf die Direktvergabe in Form von Verwaltungsakten und gesellschaftsrechtlichen Weisungen, *EuZW* 2020, S. 1019
- Haratsch*, Andreas, Nationale Identität aus europarechtlicher Sicht, *EuR* 2016, S. 131
- Hardraht*, Karsten, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, Berlin 2006
- Hartwig*, Sebastian/*Himstedt*, Jana/*Eisentraut*, Nikolas, Leistungsklagen der Öffentlichen Hand – Zum Vorrang der administrativen Vollziehung des Verwaltungsrechts –, *DÖV* 2018, S. 901
- Heintzen*, Markus, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 220
- Heintzen*, Markus, Vergabefremde Ziele im Vergaberecht, *ZHR* 165 (2001), S. 62
- Heintzen*, Markus, Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-)Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, *NVwZ* 2000, S. 743
- Heintzen*, Markus, Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft, *JZ* 1991, S. 317
- Heinze*, Christian/*Fehling*, Michael/*Fiedler*, Lothar H., Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, München 2014
- Heiß*, Andreas, Allgemeines EU-Vergaberecht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: Binnenmarktweite Grundanforderungen an staatliche Eigenbringung und an nicht EU-Sekundärrecht unterfallende Aufträge sowie Plattform für künftiges Spezialrecht, *VerwArch* 103 (2012), S. 421
- Heller*, Hans, Wasserkonzessionen nach der Vergaberechtsreform, *EWeRK* 2016, S. 210
- Hellermann*, Johannes, § 46 EnWG und die gemeindliche Selbstverwaltung – aus Sicht des Bundesgerichtshofs. Zu den Urteilen des BGH vom 17. 12. 2013, *KZR* 65/12 und *KZR* 66/12, *EnWZ* 2014, S. 339
- Hellermann*, Johannes, Die Rechtsposition der Gemeinde bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, *EnWZ* 2013, S. 147
- Hellermann*, Johannes, Kommunale Dienstleistungen zwischen Demokratie und finanziellen Zwängen?, in: Lange, Joachim (Hrsg.), Füllhorn oder Büchse der Pandora? GATS, der europäische Binnenmarkt und die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland, Loccumer Protokoll Nr. 64/03, Rehburg-Loccum 2004, S. 263
- Hellermann*, Johannes, Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung, in: Oldiges, Martin (Hrsg.), Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, Baden-Baden 2001, S. 19
- Hellermann*, Johannes, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung – Zum kommunalen betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Mohr Siebeck, Tübingen 2000
- Henkel*, Jörg, Die Kommunalisierung von Staatsaufgaben – Eine Herausforderung für die kommunale Selbstverwaltung und ihre Dogmatik, Stuttgart 2010

- Henneke*, Hans-Günter, Die Daseinsvorsorge in Deutschland – Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl – Eine sektorspezifische Betrachtung, Wiesbaden 2009, S. 17
- Herdegen*, Matthias, Völkerrecht, 19. Auflage, München 2020
- Hermes*, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung – Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998
- Herrmann*, Klaus/*Grimm*, Benjamin, Kommunale Steuerung von Standorten freier Kita-Träger?, LKV 2019, S. 433
- Herten-Koch*, Rut, Die Vergabe von Wasserkonzessionen, EWeRK 2013, S. 248
- Hertwig*, Stefan, Die Dienstleistungsfreiheit als Grenze staatlicher Monopole und Eigenleistungen, EuR 2011, S. 745
- Hertwig*, Stefan, Uneingeschränkte Relevanz des Gemeindewirtschaftsrechts im Vergabeprozess, NZBau 2009, S. 355
- Hertwig*, Stefan, Der Staat als Bieter, NZBau 2008, S. 355
- Höch*, Thomas, Zulässige Auswahlkriterien im Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 46 EnWG, RdE 2013, S. 60
- Hoff*, Gerung von, Rekommunalisierung – nur scheinbar kein Thema für das Vergaberecht, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht, 2013, S. 395
- Hoffmann*, Christian/*Schulz*, Sönke E./*Gottberg*, Luise, Zulässige Inhouse-Vergabe im Konzern öffentliche Verwaltung, KommJur 2017, S. 245
- Hoffmann*, Jan Martin, Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, NVwZ 2020, S. 33
- Hofmann*, Heiko, Fernwärme im Land Berlin bleibt bei Vattenfall, jurisPR-VergR 11/2017, Anm. 4
- Hohenstein-Bartholl*, Christine/*Jacob*, Martin, Strom- und Gaskonzessionsverträge vermitteln keine Dienstleistungskonzessionen – Abhandlung aus vergabe- und energiewirtschaftlicher Sicht –, RdE 2017, S. 454
- Holz*, Dagmar/*Kürten*, Nils/*Grabolle*, Sabine, Die Anstalt des öffentlichen Rechts als Organisations- und Kooperationsform, KommJur 2014, S. 281
- Holznagel*, Bernd, Rechtliche Rahmenbedingungen der Konzessionsvergabe, NordÖR 2014, S. 301
- Horn*, Lutz, Öffentlich-öffentliche Kooperationen – Horizontale Zusammenarbeit gem. § 108 Abs. 6 GWB, VergabeR 2017, S. 229
- Horst*, Johan, Ökonomische Theorien des Rechts, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Auflage, Tübingen 2020, S. 301
- Horstkotte*, Michael/*Hünemörder*, Olaf/*Dimieff*, Martin, In-House-Vergaben an Tochtergesellschaften anderer Auftraggeber, VergabeR 2017, S. 697

- Hövelberndt, Andreas*, Ausschreibungsfreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit auch bei zuwendungsfinanzierten Maßnahmen?, NZBau 2016, S. 9
- Hübner, Alexander*, Sind Weisungen Dienstleistungsaufträge? Zum Stand der Rechtsprechung des EuGH und BGH über Direktvergaben im ÖPNV mit Bussen und Straßenbahnen, VergabeR 2020, S. 559
- Hübner, Kurt*, CETA, in: Looney, Robert E., Handbook of International Trade Agreements – Country, regional and global approaches, London 2018, S. 209
- Huerkamp, Florian*, Das neue „Fördervergaberecht“ bei Freiflächenanlagen – Rechtsschutz und Verfahren bei der Vergabe von Förderberechtigungen für Freiflächenanlagen, EnWZ 2015, S. 195
- Huerkamp, Florian*, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, Tübingen 2010
- Hüesker, Frank*, Kommunale Daseinsvorsorge in der Wasserwirtschaft – Auswirkungen der Privatisierung am Beispiel der Wasserbetriebe Berlins, München 2011
- Hüser, Christian*, Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Berlin 2005
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht
- Band 1: EU Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Auflage, München 2019
 - Band 2: GWB, 5. Auflage, München 2014
 - Band 2: GWB, 6. Auflage, München 2020
 - Band 3: Beihilfenrecht/Sonderbereiche, 5. Auflage, München 2016
 - Band 3: Fusionskontrolle, 6. Auflage, München 2020
 - Band 4: Vergaberecht, 6. Auflage 2021
- Isensee, Josef*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht – Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 1968
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts, Band 4: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, München 2006
- Ismer, Roland/Baur-Rückert, Stefanie*, Die Besteuerung der Öffentlichen Hand im Spannungsfeld zwischen unionaler Rationalität und mitgliedstaatlicher Freiheit, MwStR 2016, S. 740
- Ismer, Roland/Meßerschmidt, Klaus*, Geschäftliche Tätigkeiten von Zweckverbänden – ein Beispiel für divergierende Rationalitäten von Umsatzsteuer und öffentlichem Wirtschaftsrecht, BayVBl. 2018, S. 400
- Jacob, Björn/Schmidt, Stefan*, Zur Bereichsausnahme bei Wasserkonzessionen, RdE 2016, S. 114
- Jansen, Martin/Geitel, Oskar Maria*, OLG Düsseldorf: Informieren und Warten auch außerhalb des GWB – Pflicht oder Kür auf dem Weg zu einem effektiven Primärrechtsschutz?, VergabeR 2018, S. 376
- Janssen, Reinhard*, Die VOB/A 2019 – Änderungen und Hintergründe, NZBau 2019, S. 147

- Jarass*, Hans D., Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit verbundene Nachweispflichten, NVwZ 2018, S. 1665
- Jarass*, Hans D./*Petersen*, Frank, Kreislaufwirtschaftsgesetz – Kommentar, München 2014
- Jasper*, Jan-Erik, Privatisierung und EG-Vergaberecht: Die Realisierung von Privatisierungsmaßnahmen im Lichte des personellen und sachlichen Anwendungsbereichs des europäischen Vergaberechts, Osnabrück 2001
- Jennert*, Carsten, Staat oder Markt: Interkommunale Zusammenarbeit im Spiegel des EG-Vergaberecht, NZBau 2010, S. 150
- Jensen*, Henning, Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen, Tübingen 2015
- Jestaedt*, Matthias, Wissenschaft im Recht – Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, S. 1
- Johannes*, Kay Ole, Mittelstandsförderung im Spannungsfeld von Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfreiheit – Rechtsgrundlagen und Konsequenzen für das öffentliche Auftragswesen in den neuen Bundesländern, LKV 2000, S. 235
- Jungbluth*, David, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, EuR 2010, S. 471
- Jürschik*, Corina, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste – Kommentierung der VO (EG) 1370/2007 inkl. der VO (EU) 2016/2338, Stuttgart 2018
- Kahl*, Arno, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb, Wien/New York 2005
- Kahl*, Wolfgang, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, Tübingen 2020
- Kahl*, Wolfgang, Die Privatisierung der Wasserversorgung, GewArch 2007, S. 441
- Kahl*, Wolfgang, Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, JURA 2002, S. 721
- Kahl*, Wolfgang, Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, DVBl. 1995, S. 1327
- Kahl*, Wolfgang/*Gärditz*, Klaus Ferdinand, Umweltrecht, 11. Auflage, München 2019
- Kahler*, Matthias von/*Kneuper*, Friedrich, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, S. 791
- Katz*, Alfred, Kommunales Konzessionsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, KommJur 2018, S. 1
- Katz*, Alfred, Demokratische Legitimationsbedürftigkeit der Kommunalunternehmen – Verantwortlichkeit des Gemeinderats – Information und ihre Grenzen, NVwZ 2018, S. 1091
- Katz*, Alfred, Kommunale Wirtschaft, 2. Auflage, Stuttgart 2017
- Keller*, Robert/*Hellstern*, Mara, Öffentliches Interesse und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge, NZBau 2018, S. 323
- Keller*, Stephan, Wasserversorgung, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl – Eine sektorspezifische Betrachtung, Wiesbaden 2009, S. 179

- Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014
- Klement, Henrik*, Auf der Suche nach dem öffentlichen Zweck – Kommunale Energiewirtschaft zwischen Daseinsvorsorge und Energiewende, *Die Verwaltung* 48 (2015), S. 55
- Klenk, Lars*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, Tübingen 2019
- Kleve, Guido/Gayger, Michael*, Die Rekommunalisierung in der Beihilfenrechtsfalle?, *NVwZ* 2018, S. 273
- Kling, Michael*, Vergaberecht und Kartellrecht – Eine Analyse der Entscheidungspraxis im Zeitraum 2015 bis 2018, *NZBau* 2018, S. 715
- Kloepfer, Michael*, Die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen und die Verfassung, *NJW* 2019, S. 1656
- Kluth, Winfried*, Die Infrastrukturgenossenschaft als Aktivierungs- und Gestaltungsinstrument, *LKV* 2017, S. 337
- Kment, Martin*, Die energiewirtschaftliche Konzession – aktuelle Probleme, in: Kment, Martin (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, Tübingen 2016, S. 75
- Kment, Martin* (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz*, 2. Auflage, Baden-Baden 2019
- Knauff, Matthias*, Gemeinwohl und Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV, *NVwZ* 2020, S. 1171
- Knauff, Matthias*, Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-266/17 und C-267/17, *EuZW* 2019, S. 391
- Knauff, Matthias*, Das Verhältnis der nachrangigen Vergabeverfahrensarten, *NZBau* 2018, S. 134
- Knauff, Matthias*, Neuerungen im EU-Verkehrsmarktrecht – Änderungen der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) 1370/2007 durch die Verordnung (EU) 2016/2338, *N&R* 2018, S. 26
- Knauff, Matthias*, Ausschreibungen im Energierecht – Problemlösungsinstrument oder bürokratischer Irrweg?, *NVwZ* 2017, S. 1591
- Knauff, Matthias*, Zurück zur kommunalen Daseinsvorsorge in der Energieversorgung?, *EnWZ* 2015, S. 51
- Knauff, Matthias*, Neues zur Inhouse-Vergabe, *EuZW* 2014, S. 486
- Knauff, Matthias*, Die Beauftragung von Verkehrsleistungen im ÖPNV: Direktvergabe versus wettbewerbliches Vergabeverfahren, *DVBf.* 2014, S. 692
- Knauff, Matthias*, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Aktuelle Rechtslage und zukünftige Entwicklung, *VergabeR* 2013, S. 157
- Knauff, Matthias*, Möglichkeiten der Direktvergabe im ÖPNV (Schiene und Straße), *NZBau* 2012, S. 65
- Knauff, Matthias*, Die Kommunen als Träger der Daseinsvorsorge, *GewArch Beilage WiVerw* Nr. 2/2011, S. 80
- Knauff, Matthias*, Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?, *DÖV* 2009, S. 581

- Knauff, Matthias*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge – Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004
- Knauff, Matthias*, Das Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW 2003, S. 453
- Knauff, Matthias/Badenhausen, Elisabeth*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, S. 395
- Kneuper, Friedrich/Kaler, Matthias von*, Fondsmodell zur privaten Finanzierung kommunaler Infrastrukturvorhaben, NVwZ 2017, S. 195
- Kneuper, Friedrich/Kaler, Matthias von*, Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke, IR 2012, S. 250
- Kohout, Sonja Johanna*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, Stuttgart u. a., 2008
- Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich*, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 21. Auflage, München 2020
- Koppe, Lars*, (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes, Marburg 2017
- Körber, Torsten/Kühling, Jürgen*, Ausschreibung von Fernwärmenetzen?, Baden-Baden 2016
- Korte, Stefan*, Behördenorganisation im Wettbewerb – Behördliche Entscheidungen in eigener Sache im Lichte höheren Rechts, Die Verwaltung 51 (2018), S. 187
- Krajewski, Markus*, Öffentliche Dienstleistungen in EU-Freihandelsabkommen, ZögU 2015, S. 21
- Krajewski, Markus*, Schutz öffentlicher Dienstleistungen in EU-Freihandelsabkommen, EuZW 2015, S. 301
- Krajewski, Markus*, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Element europäischer Sozialstaatlichkeit, EuR-Beiheft 1/2013, S. 109
- Krajewski, Markus*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin/Heidelberg 2011
- Krajewski, Markus/Krämer, Rike*, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen („Government Procurement Agreement“, GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen, Erlangen-Nürnberg 2013
- Krajewski, Markus/Wethkamp, Nadine Maria*, Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben – Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Eigengeschäfte und Verwaltungs Kooperationen, DVBl. 2008, S. 355
- Krausnick, Daniel*, Erosionen der örtlichen Selbstverwaltung, VerwArch 102 (2011), S. 359
- Kronisch, Joachim*, Zur Rolle der gemeindlichen Vorkaufsrechte bei der Sicherung bezahlbaren Wohnens, NVwZ 2019, S. 1471
- Krönke, Christoph*, in: Ziekow, Jan/Gyulai-Schmidt, Andrea, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 107

- Krönke*, Christoph, Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht, VergabeR 2017, S. 101
- Krönke*, Christoph, Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, S. 568
- Krönke*, Christoph, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Tübingen 2013
- Kühl*, Uwe, Einleitung, in: Kühl, Uwe (Hrsg.), Der Munizipalsozialismus in Europa/Le socialisme municipal en Europe, München 2001, S. 15
- Kühling*, Jürgen, Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, S. 275
- Kühling*, Jürgen/*Huerkamp*, Florian, Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten – Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise, NVwZ 2009, S. 557
- Kühling*, Jürgen/*Rasbach*, Winfried/*Busch*, Claudia, Energierecht, 4. Auflage, 2018
- Kühling*, Jürgen/*Seiler*, Martin, Der Ausschluss der Inhouse-Vergabe von Energiekonzessionen nach der Novellierung von § 46 EnWG im Mehrebenensystem, EnWZ 2017, S. 99
- Kühne*, Rainer, Das Konzessionsmodell in der Abwasserbeseitigung, LKV 2006, S. 489
- Kulartz*, Hans-Peter/*Boecker*, Valerie, Vergaberechtsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber – Anforderungen an die „Zusammenarbeit“ nach § 108 VI GWB, NZBau 2020, S. 16
- Kunert*, Franz-Josef, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, Berlin 1977
- Kunig*, Philip/*Schwermer*, Gerfried/*Versteyl*, Ludger-Anselm, Abfallgesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 1992
- Kupfer*, Dominik, Die Neufassung des Rechts zur Vergabe von Energiekonzessionen, NVwZ 2017, S. 428
- Kupfer*, Dominik, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Baden-Baden 2005
- Lange*, Anna Lena, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts – Public-Private-Partnership durch „Holding-Modelle“, Berlin 2008
- Lange*, Klaus, Kommunalrecht, 2. Auflage, Tübingen 2019
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Heidelberg 1995
- Laskowski*, Silke Ruth, Privatisierung der Wasserversorgung, JZ 2011, S. 185
- Lau*, Niels, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, in: Prieß, Hans-Joachim/Lau, Nils/Kratzenberg, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung – Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 379
- Lausen*, Irene, Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, NZBau 2017, S. 3
- Leisner-Egensperger*, Anna, Rekommunalisierung und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Kriterien, Grenzen und Konsequenzen, NVwZ 2013, S. 1110

- Lenz, Christofer/Jürschik, Corina*, Erleichterung wettbewerbsfreier ÖPNV-Vergaben durch EuGH-Grundsatzentscheidung, NZBau 2019, S. 629
- Lewinski, Kai von/Burbat, Daniela*, Bundeshaushaltsordnung, Baden-Baden 2013
- Lieder, Jan/Wilk, Cornelius/Ghassemi-Tabar, Nima*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8: Umwandlungsrecht, München 2018
- Linke, Benjamin*, Die Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Verordnung (EG) 1370/2007 im öffentlichen Personenverkehr – oder: vergaberechtliche Grenzen von Ausnahmetatbeständen, VergabeR 2019, S. 739
- Linke, Benjamin*, Die Vergabe von Subunternehmerleistungen im öffentlichen Personenverkehr, NZBau 2012, S. 338
- Lisson, Piotr*, Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben im polnischen Energiewirtschaftsrecht, in: Bauer, Hartmut/Szewczyk, Marek/Popowska, Bozena/Meier, Michael/Fuks, Adrian (Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, KWI Schriften Band 11, Potsdam 2018
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 4. Auflage, München 2020
- Losch, Alexandra*, Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen ausschreibungsfreier Leistungsbeziehungen aufgrund von Inhouse-Gestaltungen, VergabeR 2016, S. 541
- Löwer, Wolfgang*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 416
- Ludwigs, Markus*, Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich – Welches Gesicht gibt das Artikelgesetz der Regulierung?, NVwZ 2016, S. 1665
- Maas, Arndt*, Rechtsgeschichte: Wurzeln unseres Verdingungsrechts, in: Kniffka, Rolf/Quack, Friedrich/Vogel, Thomas/Wagner, Klaus-R., Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 371
- Magen, Stefan*, Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, in: Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 2, S. 17
- Mager, Stefan/Weffler, Katrin*, Konkretisierte Kriterien für die Inhouse-Vergabe, NZBau 2016, S. 342
- Mann, Thomas*, Kommunales Wirtschaftsrecht als Vorfrage des Vergaberechts?, NVwZ 2010, S. 857
- Mann, Thomas*, Die Entwicklung vom Eigenbetrieb zur rechtsfähigen öffentlichen Anstalt für kommunale Unternehmen, ZöGU 1996, S. 53
- Marnich, Miriam*, Chancen und Risiken der (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung aus Sicht der Gemeinden, EnWZ 2016, S. 62
- Martini, Mario*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung – Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels, Tübingen 2008
- Marx, Fridhelm*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Baden-Baden 2011
- Mattert, Jana/Valentukeviciute, Laura/Waßmuth, Carl*, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe – Öffentliche Infrastrukturen zwischen Daseinsvorsorge und Finanzmärkten, Berlin 2017

- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band I – VII, 90. Lieferung, München 2020
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Zweiter Band, Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen dritten Auflage, Berlin 1969
- Mehlitz, Jenny*, Ausschreibungspflichten bei formellen und funktionellen Privatisierungen, Hamburg 2011
- Meier, Michael*, Beteiligung Privater im Fernstraßenbau – Infrastrukturgesellschaft und Öffentlich-Private Partnerschaften auf dem Prüfstand, DÖV 2018, S. 268
- Menasse, Robert*, Die Hauptstadt, Berlin 2017
- Meßerschmidt, Klaus*, Private Gesetzgebungshelfer – Gesetzgebungsoutsourcing als privatisiertes Regulierungsmanagement in der Kanzleidemokratie, Der Staat 51 (2012), S. 387
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014
- Mestwerdt, Thomas/Stanko, Max*, Die Übertragung des Betriebsrisikos bei der Konzessionierung – Dargestellt am Beispiel der Vergabe von Leistungen über die Alarmübertragung von Brandmeldeanlagen, VergabeR 2017, S. 348
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2019
- Meyer-Hetling, Astrid/Schneider, Julia*, Aktuelle Entwicklungen des Konzessionsrechts, NZBau 2020, S. 142
- Meyer-Hetling, Astrid/Schneider, Julia*, Das Neutralitätsgebot in Konzessionierungsverfahren, EnWZ 2017, S. 387
- Michaels, Sascha*, Vergabefreiheit der Rekommunalisierung von Entsorgungsleistungen, NZBau 2004, S. 27
- Modest, Cordula/Sauer, Mirko*, Wettbewerb um die örtliche Strom- und Gasverteilung in Europa, EWeRK 2016, S. 226
- Mohr, Jochen*, Ausschreibung von Förderberechtigungen und Förderhöhen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien und aus Kraft-Wärme-Kopplung, RdE 2018, S. 1
- Mohr, Jochen*, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge und Unionsrecht, RdE 2016, S. 269
- Mohr, Jochen*, Sozial motivierte Beschaffungen nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, EuZA 10 (2017), S. 23
- Möllers, Christoph*, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: Trute, Hans-Heinrich/Groß, Thomas/Röhl, Hans Christian/Möllers, Christoph, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 489
- Möllnitz, Christina*, Die Gründung und Beteiligung von öffentlich-privaten Partnerschaften im Rahmen der Vergabe von energierechtlichen Wegenutzungsrechten, GewArch 2017, S. 17
- Müller, Hermann*, Öffentlich-rechtliche Dienstleistungskonzessionen künftig ein Beschaffungsvorgang?, NVwZ 2016, S. 266

- Müller, Martin/Brauser-Jung, Gerrit*, Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht – Ein Beitrag zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, NVwZ 2007, S. 884
- Müller, Thomas*, Wettbewerb und Unionsverfassung – Begründung und Begrenzung des Wettbewerbsprinzips in der europäischen Verfassung, Tübingen 2014
- Müller-Wrede, Malte*, Die Neuregelungen zur In-House-Vergabe, VergabeR 2016, S. 292
- Müller-Wrede, Malte*, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbots?, VergabeR 2005, S. 32
- Müller-Wrede, Malte* (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, Köln 2016
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip*, Grundgesetz Kommentar,
 – Band 1: Art. 1 bis 69, 7. Auflage, München 2021
 – Band 2: Art. 70 bis 146, 7. Auflage, München 2021
- Mundt, Andreas*, (Re-)Kommunalisierung – quo vadis Wettbewerb?, EWeRK 2016, S. 149
- Musil, Andreas*, Sozialstaatliche Strukturen der EU-Mitgliedstaaten unter Liberalisierungsdruck – dargestellt am Beispiel des deutschen Gesundheitsrechts, in: Arnauld de la Perrière, Andreas von/Musil, Andreas (Hrsg.), Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, Tübingen 2009, S. 21
- Musil, Andreas/Kirchner, Sören*, Das Recht der Berliner Verwaltung, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2017
- Mutschler-Siebert, Annette/Dorschfeldt, Dorian*, Die Vergabe von SPNV-Leistungen nach der Vergaberechtsreform, VergabeR 2016, S. 385
- Nettesheim, Martin*, Marktdesign durch EU-Recht: Das Beispiel der Konzessionsvergabe, in: Kment, Martin (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, Tübingen 2016, S. 55
- Nettesheim, Martin*, Das neue Dienstleistungsrecht des ÖPNV – Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2009, S. 1449
- Nettesheim, Martin*, Die Dienstleistungskonzession – Privates Unternehmertum in Gemeinwohlverantwortung, EWS 2007, S. 145
- Neun, Andreas/Otting, Olaf*, Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2015/2016, EuZW 2016, S. 486
- Oebbecke, Janbernd*, Der öffentliche Dienstleistungsauftrag nach der VO (EG) 1370/2007, NVwZ 2019, S. 1724
- Oebbecke, Janbernd*, Was ist Personennahverkehr? Zur Auslegung der Art. 87 IV 1, V 2 und 106a S. 1 GG, NVwZ 2017, S. 1084
- Oebbecke, Janbernd*, Die Aufgaben des Zweckverbandes, NVwZ 2010, S. 665
- Opheys, Sascha*, Effektiver Rechtsschutz im Vergabeverfahren – Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags bezüglich geplanter De-facto-Vergaben, NZBau 2017, S. 714
- Ortlieb, Birgit*, Europäischer Energiebinnenmarkt – Rückblick und Ausblick, EWeRK 2016, S. 198

- Ortner*, Roderic, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen – Unter besonderer Berücksichtigung der Entsorgungs- und Verkehrswirtschaft, Köln 2007
- Osterloh*, Lerke, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204
- Panetta*, Oliver, Daseinsvorsorge zwischen Beihilfe- und Vergaberecht – Eine Untersuchung anhand der neuesten Entwicklungen auf dem Wassermarkt unter besonderer Berücksichtigung der In-house-Rechtsprechung sowie der Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH, Frankfurt am Main 2007
- Peine*, Franz-Joseph/*Siegel*, Thorsten, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2020
- Pencerecu*, Turgut/*Brandt*, Claudia, Die Kommunale Anstalt, LKV 2008, S. 293
- Pettersson*, Paul, Wettbewerbsmodelle für die Abfallentsorgung: Wie lassen sich zugleich Wettbewerb, flächendeckende Entsorgung und Umweltziele erreichen?, GewArch 2016, S. 372
- Petzold*, Hans Arno, Kommunale Unternehmen und Beteiligungen im Lichte des EU-Beihilfenrechts, in: Weiß, Wolfgang, Kommunales EU-Beihilfenrecht, Berlin 2018, S. 21
- Pielow*, Johann-Christian, Elektrizität und Gas, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl – Eine sektorspezifische Betrachtung, Wiesbaden 2009, S. 133
- Pielow*, Johann-Christian, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung – Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen 2001
- Pietzcker*, Jost, Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, S. 1225
- Pietzcker*, Jost, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen 1978
- Podszun*, Rupprecht/*Palzer*, Christoph, Machtprobe zwischen Markt und Staat? – Rekommunalisierung und Kartellrecht, NJW 2015, S. 1496
- Polster*, Julian, Der Rechtsrahmen für die Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen, NZBau 2010, S. 662
- Polzin*, Monika, Verfassungsidentität – Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?, Tübingen 2018
- Portz*, Norbert, in: Ziekow, Jan/*Gyulai-Schmidt*, Andrea, Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 145
- Portz*, Norbert, Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 21.12.2016 – C-51/15 – „Remondis“, VergabeR 2017, S. 143
- Portz*, Norbert, OLG Celle bestätigt EuGH: Kommunale Aufgabenübertragung auf Zweckverband unterliegt nicht dem Vergaberecht, VergabeR 2017, S. 704
- Potacs*, Michael, Rechtstheorie, 2. Auflage, Wien/Köln/Weimar u. a. 2019
- Prieß*, Hans-Joachim/*Friton*, Pascal/*Rummel*, Leonard von, Das Ende des „bösen Scheins“ durch den BGH im Verfahren nach § 46 EnWG, NZBau 2020, S. 498

- Prieß, Hans-Joachim/Friton, Pascal/Rummel, Leonard von*, Der „böse Schein“ im Vergabeverfahren – Widerlegbarkeit von Interessenkonflikten in Vergabeverfahren nach EnWG und GWB, NZBau 2019, S. 690
- Prieß, Hans-Joachim/Marx, Friedhelm/Hölzl, Josef*, Kodifizierung des europäischen Rechtes zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht notwendig – Überlegungen am Beispiel der europäischen Regeln für die Trinkwasserversorgung, NVwZ 2011, S. 65
- Prieß, Hans-Joachim/Simonis, Matthias*, Die künftige Relevanz des Primärvergabe- und Beihilfenrechts – Ein Zwischenruf, NZBau 2015, S. 731
- Probst, Matthias Ernst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, München 2015
- Probst, Peter Michael/Winters, Fabian*, Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Rechtssicherheit bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte?, VergabeR 2017, S. 311
- Puhl, Thomas*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456
- Pünder, Herrmann*, „Dulde und liquidiere“ im Vergaberecht? Zum notwendigen Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2016, S. 693
- Pünder, Herrmann*, Möglichkeiten und Grenzen der In-house-Vergabe nach dem Sondervergaberecht für Personenverkehrsdienste im Vergleich zum allgemeinen Vergaberecht, in: Pünder, Herrmann/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Brennpunkte des öffentlichen Personenverkehrs vor dem Hintergrund der neuen EG-Personenverkehrsdienstverordnung Nr. 1370/2007, Köln 2010, S. 33
- Pünder, Herrmann*, Die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen in Europa und die völkerrechtlichen Vorgaben des WTO-Beschaffungsübereinkommens, EuR 2007, S. 546
- Pünder, Herrmann*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 95 (2004), S. 38
- Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin* (Hrsg.), Vergaberecht Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2019 sowie 2. Auflage, Baden-Baden 2015
- Püstrow, Moritz/Meiners, Johannes*, Vorrang des Unionsrechts bei vergaberechtswidrigen Verträgen, EuZW 2016, S. 325
- Rechten, Stephan/Junker, Maike*, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, S. 490
- Regler, Rainer*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2007
- Rehbinder, Manfred*, New Public Management – Rückblick, Kritik und Ausblick, in: Eberle, Carl-Eugen/Ibler, Martin/Lorenz, Dieter (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 727
- Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike*, Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage, Köln 2018
- Remmert, Barbara*, Zur Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II 1 GG im Land und für das Land Berlin, LKV 2004, S. 341
- Rennert, Klaus*, Konzessionen vor dem Verwaltungsgericht, NZBau 2019, S. 411
- Richter, Christoph/Brahms, Florian*, Rekommunalisierung von Strom- und Gasnetzen, KommJur 2014, S. 6

- Riedel, Martin/Albrecht, Matthias*, Gemeindliche Herausgabe- und Eigentumsübernahmeanprüche im Fernwärmeversorgungsbereich nach Auslaufen von Wegenutzungsverträgen, EWeRK 2016, S. 190
- Röber, Manfred*, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements, Verwaltung & Management 2009, S. 225
- Rodi, Michael*, Kommunale Energiepolitik in liberalisierten Energiemärkten, EWeRK 2016, S. 177
- Röhner, Cara*, Eigentum und Vergesellschaftung in der Wohnungskrise. Zur Aktualität von Art. 15 GG, Kritische Justiz 2020, S. 16
- Rossi, Matthias/Pfahl, Sebastian*, Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht, in: Martin Kment (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, Tübingen 2016, S. 1
- Röwekamp, Hendrik/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Auflage, Hürth 2020
- Ruhland, Bettina*, Die Dienstleistungskonzession – Begriff, Standort und Rechtsrahmen der Vergabe, Baden-Baden 2006
- Rung, Christoph*, Die Überprüfung der Beschaffungsautonomie durch Nachprüfungsinstanzen – Maßstäbe für die Kontrolle der Beschaffungsautonomie nach deutschem und Unionsrecht, VergabeR 2017, S. 440
- Runge, Diana/Werner, Jan*, Der „Berliner Verkehrsvertrag“: Verkehrsvertrag zwischen dem Land Berlin und den Berliner Verkehrsbetrieben (BVG), AöR, IR 2009, S. 268
- Saager, Alexandra*, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, Baden-Baden 2017
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021
- Säcker, Franz Jürgen*, Zur Gewichtung und Transparenz von Vergabekriterien bei Strom- und GasnetzkonzeSSIONen, RdE 2015, S. 1
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, 2. Auflage, München 2019
- Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen/Wolf, Maik*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main 2011
- Sander, Gerald*, Trinkwasserversorgung unter weltweitem Liberalisierungs- und Privatisierungsdruck, in: Sander, Gerald/Scheel, Tobias/Scorl, Konrad, Aktuelle Rechtsfragen im Spannungsfeld von Staat, Wirtschaft und Europa – Beiträge zum 60. Geburtstag von Armin Dittmann, Frankfurt am Main 2005, S. 117
- Sang, Sandra*, Bedeutung des Vorrangs des eigenwirtschaftlichen Verkehrs bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages für Verkehrsdienstleistungen, jurisPR-VergR 4/2017 Anm. 2
- Sauer, Mirko*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG – Legitimität und Anwendung eines Wettbewerbsinstruments im Kontext des Unions- und deutschen Verfassungsrechts, Baden-Baden 2012

- Schaefer*, Jan Philipp, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts – Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft, Tübingen 2016
- Schaller*, Hans, Freihändige Vergabe wird Verhandlungsvergabe – Die neue Unterschwellenvergabeordnung, LKV 2017, S. 156
- Schede*, Christian/*Schuldt*, Johann-Frederik, Vergesellschaftung von Grund und Boden, ZRP 2019, S. 78
- Scheidler*, Alfred, Leitungsführungsrechte für Windkraftanlagen im öffentlichen Straßengrund – wettbewerbsrechtliche Duldungspflicht der Gemeinde, GewArch 2017, S. 169
- Scheidler*, Alfred, Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Industrieanlagen, GewArch 2016, S. 321
- Schimanek*, Peter, Die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, NZBau 2005, S. 304
- Schlaich*, Klaus, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99
- Schleissing*, Philipp, Möglichkeiten und Grenzen vergaberechtlicher In-House-Geschäfte, Baden-Baden 2012
- Schliesky*, Utz, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit – vom Organisations- zum Verfahrensmaßstab, DVBl. 2007, S. 1453
- Schliesky*, Utz, Öffentliches Wettbewerbsrecht – Verhaltensrechtliche Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln, Berlin 1997
- Schliesky*, Utz/*Schulz*, Sönke E./*Kuhlmann*, Florian, Die Genossenschaft als Organisationsform für die öffentliche Verwaltung, VerwArch 108 (2017), S. 216
- Schmidt*, Reiner/*Wollenschläger*, Ferdinand (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Berlin u. a. 2019
- Schmidt*, Thorsten Ingo, Kommunalrecht, 2. Auflage, Tübingen 2014
- Schmidt*, Thorsten Ingo, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung, DÖV 2014, S. 357
- Schmidt*, Thorsten Ingo, Die Finanzierung der Zweckverbände, KommJur 2010, S. 401
- Schmidt*, Thorsten Ingo, Kommunale Kooperation – Der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2005
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2006
- Schneider*, Jens-Peter/*Theobald*, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft – Praxishandbuch, 4. Auflage, München 2013
- Schneider*, Ottmar, Öffentlich-rechtliche Marktzutrittsverbote im Vergaberecht, NZBau 2009, S. 352
- Schneiderhan*, Volker, Daseinsvorsorge und Vergaberecht – Darstellung eines Spannungsverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des Öffentlichen Personennahverkehrs, Berlin 2012

- Schnettger*, Anita, Verbundidentität – Schutzgehalt, Funktionen und gerichtliche Durchsetzung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV, Tübingen 2021
- Schnitzler*, Sebastian/*Kripke*, Carla, Inhouse-Vergabe nach „echter“ Kompetenzübertragung, NZBau 2021, S. 94
- Schober*, Katharina, Strukturen interkommunaler Zusammenarbeit, VBIBW 2015, S. 97
- Schoch*, Friedrich/*Schneider*, Jens-Peter/*Bier*, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Band I und II, München 2019
- Scholz*, Rupert, Wettbewerb und Daseinsvorsorge – Am Beispiel: Abfallentsorgung zwischen Gemeinde- und Privatwirtschaft, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010
- Schröder*, Holger, Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen, NVwZ 2017, S. 504
- Schröder*, Holger, Das so genannte Wesentlichkeitskriterium beim In-House-Geschäft, NVwZ 2011, S. 776
- Schröder*, Holger, Die Direktvergabe im straßengebundenen ÖPNV – Selbsterbringung und interne Betreiberschaft, NVwZ 2010, S. 826
- Schröder*, Holger, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, S. 1288
- Schröder*, Meinhard, Private statt administrativer Durchsetzung des öffentlichen Rechts, Die Verwaltung 50 (2017), S. 309
- Schulte*, Martin, Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge? – Eine Darstellung am Beispiel des Rettungswesens, NZBau 2000, S. 272
- Schulz*, Sönke E., Umsatzsteuerpflicht im Konzern öffentliche Verwaltung – Zum Verhältnis der vergaberechtlich privilegierten Inhouse-Geschäfte zur den Ausnahmetatbeständen des § 2b UstG, VergabeR 2018, S. 264
- Schuppert*, Gunnar Folke, Privatisierung und Regulierung – Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, in: Nettesheim, Martin/Schiera, Pierangelo (Hrsg.), Der integrierte Staat – Verfassungs- und europarechtliche Betrachtungen aus italienischer und deutscher Perspektive, Berlin 1999, S. 41
- Schweitzer*, Heike, Kommunale Daseinsvorsorge zwischen Kartellrecht und öffentlich-rechtlicher Gebührenkontrolle: Zur Ermächtigung der Kommunen zur Regulierungsarbitrage durch § 185 Abs. 1 S. 1 GWB, ZHR 181 (2017), S. 119
- Seifert*, Frank-Florian/*Dromgool*, Thomas, Das Berliner Mobilitätsgesetz: Beginn einer kommunalen Verkehrswende?!, LKV 2019, S. 10
- Seemple*, Abby, Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU Law and International Agreements – The GPA, CETA and the EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Area, EPPPL 2017, S. 293
- Sieder*, Frank/*Zeitler*, Herbert/*Dahme*, Heinz/*Knopp*, Günther-Michael (Begr.), Wasserhaushaltsgesetz, Abwasserabgabengesetz, Band 1–3, München 2019
- Siegel*, Thorsten, Die Konzessionsvergabe im Unterschwellenbereich, NZBau 2019, S. 353
- Siegel*, Thorsten, Konzessionsvergabe im Glücksspielbereich, jurisPR-VergR 6/2019 Anm. 2

- Siegel, Thorsten*, Instate-Geschäfte – Die Ausschreibungspflicht horizontaler öffentlich-öffentlicher Kooperationen, NZBau 2018, S. 507
- Siegel, Thorsten*, Zur funktionalen Annäherung des Haushaltsvergaberechts an das Kartellvergaberecht durch die UVgO: Wächst zusammen, was zusammengehört?, VergabeR 2018, S. 183
- Siegel, Thorsten*, Anwendungsbereich des Konzessionsbankrechts – Spielbank, jurisPR-VergR 3/2018 Anm. 4
- Siegel, Thorsten*, Mindestlöhne im Vergaberecht und der EuGH, EuZW 2016, S. 101
- Siegel, Thorsten*, Das neue Konzessionsvergaberecht, NVwZ 2016, S. 1672
- Siegel, Thorsten*, Das Haushaltsvergaberecht – Systematisierung eines verkannten Rechtsgebiets, VerwArch 107 (2016), S. 3
- Siegel, Thorsten*, Der neue Rechtsrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, VergabeR 2015, S. 265
- Siegel, Thorsten*, Anmerkung zum Urt. des EuGH v. 18.12.2014 – C-568/13, EuZW 2015, S. 188
- Siegel, Thorsten*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund – Horizontale Entscheidungsnetzwerke und vertikale Einstufung im nationalen und europäischen Verwaltungsverbund, Tübingen 2009
- Siegel, Thorsten*, Zum Expansionsdrang des Vergaberechts: Erobert das Vergaberecht jetzt auch das Kommunalabgabenrecht?, DVBl. 2008, S. 1486
- Siegel, Thorsten*, Dienstleistungskonzessionen im Vergaberecht – Begriff, Anforderungen, Rechtsschutz, in: Becker, Thomas/Bühring, Wolfgang/Förster, Reiner/Oehler, Eberhard/Schwab, Siegfried/Stihl, Hanspeter (Hrsg.), Herausforderungen und Veränderungen im Öffentlichen Sektor IV, Herbolzheim 2007, S. 119
- Siegel, Thorsten*, Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes, DÖV 2007, S. 237
- Siegel, Thorsten*, Die Vergaberechtspflichtigkeit der In-State-Geschäfte – Ein Rückzug in drei Akten –, VergabeR 2006, S. 621
- Siegel, Thorsten*, Zulässige Vertragslaufzeiten im Vergaberecht – Zugleich eine Anmerkung zum Beschluss der VK Arnsberg vom 21. Februar 2006 (ZfBR 2006, Seite 397 ff.) und zum Urteil des EuGH vom 9. März 2006 (Rs. C-323/03), ZfBR 2006, S. 554
- Siegel, Thorsten/Waldhoff, Christian*, Öffentliches Recht in Berlin, 3. Auflage, München 2020
- Siegel, Thorsten/Ziekow, Jan*, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, VerwArch 96 (2005), S. 119
- Simon, Sven*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009
- Sodan, Helge*, Rekommunalisierung des Berliner Stromnetzes? – Rechtsprobleme des Konzessionsverfahrens nach dem EnWG, LKV 2013, S. 433
- Sodan, Helge*, Der Grundsatz des Vorrangs privater Lebensgestaltung im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in: Ziekow, Jan, Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, Vorträge im Rahmen der Speyerer Gespräche zum öffentlichen Wirtschaftsrecht

- vom 29. September bis 1. Oktober 1999 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2000, S. 35
- Sodan, Helge/Ferlemann, Jann*, Verfassungsrechtliche Hindernisse für die Sozialisierung von Wohnimmobilien, LKV 2019, S. 193
- Sonder, Nicolas*, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Wandel, LKV 2013, S. 202
- Staebe, Erik*, Das „Vierte Eisenbahnpaket“ der EU und der deutsche Regulierungsrahmen, EuZW 2018, S. 146
- Stäsche, Uta*, Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2017/18 – Internationale und europäische Ebene (Teil 1), EnWZ 2018, S. 306
- Steengrafe, Felix*, Zur Beachtung von sozialen Kriterien im Rahmen des Government Procurement Agreement, Recht und Politik 2013, S. 20
- Steinicke, Michael/Vesterdorf, Peter L.*, EU Public Procurement Law, Brussels Commentary, Baden-Baden 2018
- Stelkens, Paul/Bonk, Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2018
- Stelkens, Ulrich*, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten – zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV, EuR 2012, S. 511
- Stelkens, Ulrich*, Verwaltungsprivatrecht – Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, Berlin 2005
- Stepanek, Bettina*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden, Berlin 2014
- Stober, Rolf/Korte, Stefan*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 19. Auflage, Stuttgart 2019
- Storr, Stefan*, Der Staat als Unternehmer – Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), EUV/AEUV, Beck'sche Kurzkommentare, 3. Auflage, München 2018
- Sudbrock, Christian*, Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperation nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, KommJur 2014, S. 41
- Sule, Satish*, „Recht auf Wasser“ – Zur ersten der Europäischen Kommission vorgelegten Europäischen Bürgerinitiative nach dem Lissaboner Vertrag, EuZW 2014, S. 725
- Teuber, Christian*, Interkommunale Kooperationen unter Berücksichtigung vergabe- und wasserrechtlicher Fragestellungen, KommJur 2008, S. 444
- Teufel, Günther*, Die Dienstleistungskonzession als Erleichterung für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Abfallsammlungen, KommJur 2012, S. 87
- Theobald, Christian*, Konzessionsvergabe und kommunale Selbstverwaltung, insbesondere unter Berücksichtigung der (Re-)Kommunalisierung, in: Kment, Martin (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, Tübingen 2016, S. 33
- Theobald, Christian/Kühling, Jürgen* (Hrsg.), Energierecht, Band 1 bis 4, 105. Ergänzungslieferung, München 2020

- Theobald, Christian/Templin, Wolf*, Strom- und Gasverteilernetze im Wettbewerb – Zugleich eine kritische Untersuchung zur gesetzlichen Regelung des Konzessionsrechts in § 46 EnWG, München 2011
- Theobald, Christian/Wolkenhauer, Sören*, Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen – Einschätzungen zur aktuellen Novellierung des § 46 EnWG, DÖV 2016, S. 724
- Thomas, Stefan*, Konzernprivileg und Gemeinschaftsunternehmen – Die kartellrechtliche Beurteilung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen mit Gemeinschaftsunternehmen, ZWeR 2005, S. 236
- Tietje, Christian* (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin/Boston 2015
- Tomerius, Stephan*, Drittgeschäfte kommunaler Entsorgungsunternehmen und Inhouse-Fähigkeit – Zur Zurechenbarkeit von Drittsätzen als Tätigkeit „im Wesentlichen für den Auftraggeber“ im Kontext des öffentlichen Preis-, Gebühren- und Gemeindefinanzrechts, VergabeR 2015, S. 373
- Tomerius, Stephan*, Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht, NVwZ 2000, S. 727
- Uerpmann, Robert*, Das öffentliche Interesse – Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999
- Valta, Stefanie*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Berlin 2013
- Voßkuhle, Andreas*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266
- Wachinger, Lorenz/Scholz, Daniel*, Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 21. 12. 2016 – C-51/15 – „Remondis“, NVwZ 2017, S. 376
- Wagner, Volkmar/Steinkemper, Ursula*, Zum Zusammenspiel von Kartellvergaberecht und Haushaltsvergaberecht – Insbesondere: Die subsidiäre Anwendbarkeit des Haushalts-Vergaberechts auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, NZBau 2006, S. 550
- Wagner-Cardenal, Kersten/Dierkes, Jan-Michael*, Die Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten – Anwendungsvoraussetzungen, Rechtsfolgen, Drittschutz, NZBau 2014, S. 738
- Waiz, Eberhard*, Daseinsvorsorge in der Europäischen Union – Etappen einer Debatte, in: Krautscheid, Andreas (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl – Eine sektorspezifische Betrachtung, Wiesbaden 2009, S. 41
- Wallerath, Maximilian*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht – Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Baden-Baden 1988
- Walz, Rainer*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht – Merkmale und dogmatische Einordnung der vergaberechtlichen Konzession sowie ihre Abgrenzung zum klassischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag, Köln 2009
- Webersinn, Michael*, Das Verpackungsgesetz – Aufbruch in die Wertstoffwirtschaft?, UPR 2018, S. 96
- Weiß, Maria-Lena*, Kommunale Beteiligungsmodelle und Konzessionsvergabe, ER 2015, S. 96
- Weiß, Wolfgang*, Die Bedeutung des WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffung für das EU-Vergaberecht und seine Umsetzung, NZBau 2016, S. 198

- Weiß, Wolfgang, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG – eine kritische Betrachtung der jüngsten BGH-Rechtsprechung, München 2015
- Weiß, Wolfgang, WTO-Procurement Rules: In Particular the Government Procurement Agreement (GPA) and Services of General Interest, in: Krajewski, Markus (Hrsg.), Services of General Interest Beyond the Single Market, Berlin/Heidelberg 2015, S. 49
- Weiß, Wolfgang, Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen: Europarechtliche Perspektiven, EuR 2013, S. 669
- Weiß, Wolfgang, Europarecht und Privatisierung, AöR 128 (2003), S. 91
- Weiß, Wolfgang, Privatisierung und Staatsaufgaben. Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002
- Werner, Rüdiger, Die privatisierende Umwandlung, VBIBW 2019, S. 397
- Wessendorf, Nikolai, Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht, Berlin 2018
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020
- Wiedmann, Ariane, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2007
- Wimmer, Norbert, Telekommunikationsleistungen durch Kommunen?, in: Ipsen, Jörn, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, Osnabrück 2012, S. 137
- Windthorst, Kay, Der verwaltungsrechtliche einstweilige Rechtsschutz – Zugleich eine Untersuchung des Erkenntnis- und Steuerungspotenzials der Rechtsdogmatik, Tübingen 2009
- Winkelmann, Martin, Private Abfallentsorgung in einer dualen Abfallwirtschaft, UPR 1991, S. 169
- Wirner, Helmut, Einzelne Privatisierungsakte als öffentliche Aufträge im Sinne des öffentlichen Vergaberechts, LKV 2004, S. 294
- Wittek, Nicolas, Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht, Frankfurt am Main 2004
- Wolf, Florian/Wolters, Christopher, Zur Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben, VergabeR 2018, S. 106
- Wolf, Maik, Ausschreibungspflichten bei Selbstvornahme und interkommunaler Zusammenarbeit – Effektiver Wettbewerbsschutz durch ein funktionales Vergaberecht, VergabeR 2011, S. 27
- Wolf, Rainer, Von der Müllabfuhr zum Ressourcenschutz – Entwicklungslinien des Abfallrechts, ZUR 2017, S. 579
- Wolters, Benedikt/Wollenschläger, Burkhard, Rekommunalisierung der Wasserversorgung, in: Ipsen, Jörn, Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen?, Osnabrück 2012
- Wollenschläger, Ferdinand, Vergaberecht für öffentliche Aufträge: Begrenzungen, Möglichkeiten und Widersprüche, EuR-Beiheft 3/2015, S. 69
- Wollenschläger, Ferdinand, Wettbewerbliche Vorgaben für öffentliche Unternehmen, in: Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg 2014, § 6, S. 153

- Wollenschläger*, Ferdinand, Verteilungsverfahren – Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, Tübingen 2010
- Wollmann*, Hellmut, Rekommunalisierung in europäischen Nachbarländern, in: Matecki, Claus/Schulten, Thorsten (Hrsg.), Zurück zur Öffentlichen Hand? Chancen und Erfahrungen der Rekommunalisierung, Hamburg 2013
- Wolters*, Sarah/*Frey*, Michael, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, *KommJur* 2017, S. 285
- Ziekow*, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, München 2020
- Ziekow*, Jan, in: Ziekow, Jan/Gyulai-Schmidt, Andrea (Hrsg.), Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 93
- Ziekow*, Jan, Funktional- und Kommunalreformen auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, Teil 1: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zuordnung und Verlagerung von Aufgaben, *VerwArch* 110 (2019), S. 68
- Ziekow*, Jan, Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?, *NZBau* 2015, S. 258
- Ziekow*, Jan, Soziale Aspekte in der Vergabe – Von der „Vergabefremdheit“ zur europäischen Regelung, *DÖV* 2015, S. 897
- Ziekow*, Jan/*Siegel*, Thorsten, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“?, *VerwArch* 96 (2005), S. 119
- Ziekow*, Jan/*Siegel*, Thorsten, Die Vergabereichtspflichtigkeit von Partnerschaften der Öffentlichen Hand – Neue Entwicklungstendenzen im Bereich der In-House-Geschäfte und der In-State-Geschäfte –, *VergabeR* 2005, S. 145
- Ziekow*, Jan/*Siegel*, Thorsten, Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, *ZfBR* 2004, S. 30
- Ziekow*, Jan/*Völlink*, Uwe-Carsten, Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage, München 2020
- Zinger*, Christoph, Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts – Am Beispiel der Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen nach §§ 46 ff. *EnWG*, *VergabeR* 2020, S. 20

Stichwortverzeichnis

- Abfallbeseitigung 49
- Abfallentsorgung 82, 316, 363
 - Daseinsvorsorge 82
 - Liberalisierung 106
 - Privatisierung 83
- Abwasserbeseitigung 99
- Abwasserentsorgung 50, 318
 - Daseinsvorsorge 100
 - Liberalisierung 110
- Agreement on Government Procurement (GPA) 72, 224
- Anbieten von Leistungen am Markt 238
- Anstalt 264, 273
- Aufgabengarantie 216
- Auftrag
 - Begriff im Kartellvergaberecht 240
 - Begriff nach der VO (EG) 1370/2007 338
 - Gegenstände 280
- Auftragnehmer 231
- Auftragsänderung 314
- Ausgleichsleistung 340
- Ausschließliches Recht 307
- Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung 178, 183, 251, 253
- Ausübung öffentlicher Gewalt 177

- Bedarfsverwaltung 58
- Befristung 143
- Begünstigung 198
- Beihilfenrecht 35, 66, 158, 196
- Beihilfenrechtsfreiheit der Eigenerledigung 199
- Beiträge 282
- Bereichsausnahme 283
 - Wasserkonzessionen 306
- Berufsfreiheit 71, 159, 200
- Beschaffung 32
- Beschaffungsbezug 246, 256, 261
- Beteiligungsmodell 119
- Betrauung 245, 292
- Bürgerbeteiligung 374

- Call-Option 143
- CETA 226, 402
- contracting out 74, 119

- Daseinsvorsorge 44, 76, 205, 217, 249
 - Liberalisierung 104
- De-Facto-Vergabe 408
- Delegation 267, 271
- Demokratieprinzip 162
- Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse 103, 182, 246, 295, 312
- Dienstleistungskonzession *siehe* Konzession
- Direktvergabe 209, 385
- Diskriminierungsverbot 350, 399
- Duales System 37

- Eigenbetrieb 237, 251, 255, 345, 348, 414
- Eigenerledigung im engeren Sinne 189
- Eigenerledigung im weiteren Sinne 189
- Eigengesellschaft 264
- Eigenproduktion 56, 355
- Eigentumsfreiheit 160
- Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten 182
- Eigenwirtschaftliche Verkehre 89
- Einzelrechtsnachfolge 142
- Eisenbahn 154
- Endschafftsklausel 144
- Energieversorgung 45, 91, 155, 329
 - Daseinsvorsorge 92
 - Energieerzeugung und Vertrieb 95
 - Energieversorgungsnetze 95
 - Fernwärme 332
 - Liberalisierung 93, 107
- Energieversorgungsunternehmen 346
- Enteignung 146
- Entgeltlichkeit 281
- Entgeltlichkeitskriterium 257
- Erfüllungsverantwortung 112
- Erlaubnis 33
- Eröffnungskontrolle 263

- Externalität der Auftragsvergabe 251
 Extraterritoriale kommunale Wirtschaftstätigkeit 163

 Fiskalisches Hilfsgeschäft 55, 118, 200, 358
 Formwechsel 141
 Fremdvergabe an die öffentliche Hand 43

 Garantie der Eigenverantwortlichkeit 216
 Gebühren 282
 Gemeinde 39
 Gemeinsam-vertikales Inhouse-Geschäft 298
 Gemeinwirtschaftliche Verkehre 90
 General Procurement Agreement (GPA) 401, 418
 Gewährleistungsstaat 74, 79, 111, 153
 Gewährleistungsverantwortung 112
 Gleichbehandlungsgrundsatz 180, 375
 Gleichheitssatz 70, 160, 202, 400
 Grenzüberschreitender Sachverhalt 175
 Grundfreiheiten 66, 158, 173, 206, 208, 352
 Grundrechte
 – europäische 67
 – nationale 69
 Grundrechtsberechtigung 160
 Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung 360
 Grundsatz der Verwaltungsautonomie *siehe* Verwaltungsautonomie

Haushaltsrecht 164
 Haushaltsrechtliche Lösung 62
 Haushaltsvergaberecht 352, 396
 – Ursprünge 59
 Hochzonung 84
 Horizontale Zusammenarbeit 285, 300
 Horizontales Inhouse-Geschäft 297

Identitätsklausel 187
 Informations- und Wartefrist 407
 Inhouse-Ausnahme 190, 288
 – im Beihilfenrecht 197
 Inhouse-Vergabe 42, 270, 343, 350
 – im Haushaltsvergaberecht 360
 Instate-Ausnahme 190

 Instate-Vergabe 43, 270
 – im Haushaltsvergaberecht 361
 Interkommunale Kooperation 351
 Interkommunale Zusammenarbeit 40
 Interner Betreiber 386
 Inverses Inhouse-Geschäft 296

Kartellrecht 36, 67, 158, 191, 206
 Kartellvergaberecht 228
 – Entwicklung 61
 Kommunale Pflichtaufgaben 259
 Kommunale Selbstverwaltung 80, 162, 187, 204, 215
 – Kernbereich 220
 – Randbereich 221
 Kommune 39
 Kompetenz-Kompetenz 57
 Konstitutive Veranlassung 200
 Kontrakt 212
 Kontrollkriterium 290
 Konzernprivileg 194, 350
 Konzession 120
 – Begriff im Kartellvergaberecht 241
 – Begriffsgeschichte 242
 – Beschaffungsbezug 261
 – Gegenstände 280
 Konzessionsmodell 120
 Kooperationsvergabe 43
 Kooperative Zweckverfolgung 302
 Körperschaft des öffentlichen Rechts 264
 Kündigung 142

Leistungsverwaltung 78
 Liberalisierung 103
 – Abfallentsorgung 106
 – Bedeutung des Vergaberechts 105
 – Begriff 64
 – Daseinsvorsorge 104
 – Energieversorgung 106
 – Öffentlicher Personennahverkehr 108
 – Wasserversorgung 109

Mandatierung 267, 271
 Monopol 177
 Monopolisierung 158 f., 205

 Nachprüfungsverfahren 406
 Nahverkehrsplan 89

- Neues Steuerungsmodell 212
- New Public Management 111
- Öffentlich-öffentliche Partnerschaft 43
- Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit 284
- Öffentlich-private Partnerschaften 119
- Öffentliche Aufgabe 56
- Öffentliche Einrichtung 235
- Öffentliche Hand, Begriff 38
- Öffentliche Unternehmen 40, 158
- Öffentlicher Personennahverkehr 48, 87, 177, 322, 335, 364
 - Daseinsvorsorge 88
 - eigenwirtschaftliche Verkehre 89
 - gemeinwirtschaftliche Verkehre 90
 - Liberalisierung 107
 - Straßen- und schienengebundener 87
- Öffentlicher Zweck 149, 166
- Öffentliches Unternehmen 174
- Organisationsautonomie 213
- Organisationshoheit der Gemeinde 217
- Organisationsmaßnahme 264
- Parteifähigkeit 414
- Post 154
- Primärrechtsschutz 415
- Primärvergaberecht 65, 173, 398
- Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung 185
- Prinzipal-Agenten-Theorie 212
- Private Kapitalbeteiligung 287, 302, 388
- Privater, Begriff 31
- Privatisierung 112
 - formelle 114
 - funktionale 116
 - materielle 122, 153, 155
 - Privatisierungsfolgenrecht 113
 - Vermögensprivatisierung 125
- Privatisierungsimpuls 382
- Publizisierung *siehe* Rekommunalisierung
- Qualifizierter Wegenutzungsvertrag 330, 346
- Rechtsfolgenlösung 367
- Rechtsnachfolge 372
- Rechtsschutzgarantien 71
- Rechtsstaatsprinzip 162
- Rechtsweg 413, 417
- Regiebetrieb 237, 251, 255, 347
- Regionale Wertschöpfung 374
- Rekommunalisierung 44, 126
 - Bedeutung des Vergaberechts 168
 - Begriff 134
 - formelle 136
 - funktionale 138
 - Gründe 131
 - historische Wurzeln 127
 - Kritik 146
 - materielle 136
 - Pflicht 155
 - Rechtsrahmen 146
 - Vermögensrekommunalisierung 138, 266
- Rekommunalisierungsfolgenrecht 366
- Rekommunalisierungsfreundliche Kriterien 367, 375
- Rekommunalisierungsfreundliche Verfahrensgestaltung 366, 375, 396, 400
- Relationsklausel 167
- Remondis 187, 213, 267, 344
- reversed fertilization 179
- Rückholrecht 147, 366
- Schienenpersonennahverkehr 327, 392
- Schienenpersonenverkehrsdienste 339
- Schrankentrias 164
- Schwellenwert 312, 343, 362
- Schwestern-Inhouse-Vergabe 297
- Sektorenauftraggeber 36
- Sektorentätigkeit 37
- Sektorenvergabe 37
- Selbstvergabe 42
- Selektivität 257
- Soziale und andere besondere Dienstleistungen 377
- Sozialisierung 146, 160
- Sozialstaatsprinzip 78
- Spaltung 141
- Staatsaufgabe 56, 152
 - formaler Staatsaufgabenbegriff 57
- Stadtwerk 329
- Strategische Beschaffung 379
- Strom- und Gasnetzkonzessionen 345, 364
- Submissionsmodell 120

- Subsidiaritätsklausel 167
- Subsidiaritätsprinzip 150, 186
- Synallagma 256

- Tatbestandslösung** 375
- Teckal 251
- Telekommunikation 154
- Tochtergesellschaft 294
- TTIP 226

- Übernahme des Betriebsrisikos** 248
- Umwandlungsrecht 139, 265
- Universaldienstmodell 123
- Unternehmen 192, 196, 231, 407
- UVgO 60, 353, 396

- Verfahrensautonomie** 183
- Verfassungsidentität 186
- Verfassungsvergaberecht 68, 200, 400
- Vergabefremde Vorschriften 410
- Vergabefremde Zwecke 379
- Vergabeprozessrecht 405
- Vergaberecht, Begriff 31
- Vergaberecht light 399
- Verhältnismäßigkeit 188, 221
- Verhandlungsverfahren 378
- Vermögensübertragung 140
- Verschmelzung 141
- Verteilung 32
- Verteilungsanlagen, Anspruch auf Übereignung 144
- Vertikale Zusammenarbeit 285, 287

- Vertrag 301
 - Begriff im Kartellvergaberecht 250
 - Erfordernis einer Willenseinigung 275
 - Erfordernis im Haushaltsvergaberecht 357
- Vertragslaufzeit 143
- Verwaltungsaufgabe 56, 74
- Verwaltungsautonomie 183, 215
- Verwaltungshilfe 118
- Verwaltungs Kooperation 272
- Verwaltungsorganisation 38, 184, 254
- VOB/A 60
- VOL/A 60
- Völkervergaberecht 72, 401

- Wasserkonzession** 206, 319, 364
- Wasserversorgung 50, 96, 205, 318
 - Daseinsvorsorge 97
 - Liberalisierung 109
- Wegekonzession 215, 330
- Wesentlichkeitskriterium 291
- Wettbewerbsfreiheit 70
- Wettbewerbsrechtliche Lösung 63
- Willenseinigung 274
- Wirtschaftlichkeitsgrundsatz 161
- Wirtschaftlichkeitsprinzip 397
- Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes 150
- Wirtschaftsteilnehmer 232

- Zweckverband** 265, 268, 272
- Zweckvereinbarung 272