

In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht

Von

Karsten Hardraht



Duncker & Humblot • Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Überblick	15
A. Vergaberecht und Vergabemärkte	15
B. Kommunalisierung und Privatisierung	17
C. In-house-Geschäfte	21
I. Die Teckal-Entscheidung des EuGH	22
II. Diskussionslinien im Anschluss an die Teckal-Entscheidung	23
1. Deutsche Vergabenachprüfungsinstanzen	24
a) Bundesgerichtshof	24
b) Oberlandesgerichte	25
c) Vergabekammern	30
2. Deutsche Literatur	33
a) Kontrollkriterium	33
(1) Gemeinschaftsrechtlich orientierter Ansatz	35
(2) Begriffsorientierter Ansatz	38
(3) Ergebnisorientierter Ansatz	42
b) Tätigkeitskriterium	43
(1) Herrschende Meinung	44
(2) Andere Ansichten	45
3. GA <i>Leger</i> in der Rs. C-94/99	47
4. Zwischenbewertung	48
III. Das Urteil des EuGH in der Rs. C-26/03 (Stadt Halle u. a.)	49
1. Der Vorlagebeschluss des OLG Naumburg	49
2. Schlussanträge der GA in <i>Stix-Hackl</i>	51
3. Antworten des EuGH	54
4. Offene Fragen	55
IV. Änderung der Vergaberichtlinien	59
D. Untersuchung	59
I. Begrifflichkeiten	60
II. Verortung	60
III. Abgrenzung	61
IV. Gang der Untersuchung	62

*Kapitel 1***Methodische Grundsätze** 64

A. Identifikation	64
B. Auslegung	65
C. Konkurrenzen	67
I. Grundsätze	68
II. Wirkungen im Vergaberecht	70
1. Verortung	70
2. Abschließender Geltungsanspruch?	71
III. Ergebnis	74

*Kapitel 2***Primäres Gemeinschaftsrecht: Wettbewerbliche Grundsätze** 76

A. Vertragsziele	77
I. Der Gemeinsame Markt	79
II. Einfluss des Vergaberechts	82
III. Folgerungen	83
B. Grundfreiheiten	84
I. Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EG	84
1. Schutzgut	85
a) Dienstleistungen	85
b) Ausübung öffentlicher Gewalt	86
2. Beeinträchtigung	87
a) Direkte Diskriminierung	87
b) Indirekte Diskriminierung	90
c) Beschränkung	92
3. Rechtfertigung	93
a) EG-Vertrag	94
b) Zwingende Erfordernisse	97
c) Ergebnis	99
II. Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 EG	99
1. Schutzgut	99
2. Beeinträchtigung	100
a) Mengenbeschränkungen	100
b) Maßnahmen gleicher Wirkung	100
c) Zwingende Erfordernisse	102
3. Rechtfertigung	103
III. Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 39 EG	105
IV. Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EG	106

C. Diskriminierungsverbot	107
D. Allgemeine Rechtsgrundsätze und Gewohnheitsrecht	109
E. Unternehmensbegriffe	111
I. Allgemeiner Unternehmensbegriff	111
II. Begriff des Öffentlichen Unternehmens	113
F. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	115
G. Verbindungen zum Beihilfenrecht	115
I. Allgemeines	116
1. Beihilfenverbot	116
2. Beihilfenrecht und Vergaberecht	117
II. Beihilfenrecht und in-house-Geschäfte	120
1. Beihilfe	120
a) Begünstigung	120
(1) Grundsatz	120
(2) Öffentliche Unternehmen	122
(3) Nachteilsausgleich	126
b) Staatliche Mittel	128
c) Wettbewerbsverfälschung	129
d) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	129
2. Notifizierungspflicht	130
III. Zusammenfassung	132

Kapitel 3

Primäres Gemeinschaftsrecht:	
Ausnahmen von den wettbewerblichen Grundsätzen	134
A. Aufgabenbezogene Ausnahmen	134
I. Öffentliche Ordnung, Ausübung öffentlicher Gewalt	134
II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Art. 86 Abs. 2 EG	135
1. Tatbestand	137
a) Unternehmen	137
b) Dienstleistungen	137
c) Allgemeines wirtschaftliches Interesse	138
d) Betrauung	139
e) Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung	140
f) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Handelsverkehrs	141
2. Art. 86 Abs. 2 EG und in-house-Geschäfte	142
III. Exkurs: Art. 16 EG	143
B. Objektbezogene Ausnahme: Art. 295 EG	144
I. Inhalt und Wirkung	145

II. Konsequenzen	146
C. Diskriminierungsverbot	146
D. Kompetenzschränken	147
I. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 EG	148
II. Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 Abs. 2 EG	150
1. Inhalt und Wirkung	150
2. Anwendbarkeit	152
a) Verhältnis von Art. 5 Abs. 2 EG und Art. 5 Abs. 3 EG	152
b) Ausschließliche Gemeinschaftskompetenzen	155
III. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 3 EG	158
1. Inhalt und Wirkung	158
2. Geeignetheit	162
a) Allgemeines	162
b) Binnenmarktbezug	163
c) Echte Verwaltungsinterna	165
d) Funktionelle Verwaltungsinterna	166
(1) Zum funktionellen Verständnis im Gemeinschaftsrecht	166
(2) Begriffsbildung	169
(3) Organisationsbezogene Präzisierungen	171
a) Grundkonstellation	171
ß) Umgekehrte Beauftragung	174
y) Schwester- und Enkelgesellschaften	175
8) Gemischt-öffentliche Gesellschaften	176
(4) Tätigkeitsbezogene Präzisierungen	178
a) Identifizierbarkeit	179
ß) Wettbewerbliche Relevanz	181
y) Außenverhältnis	184
8) Verselbständigung	185
E) Best value for public money	185
0 Wesen staatlicher Tätigkeit	186
r) Missbrauch	187
0) Ergebnis	188
(5) Beweislast	188
e) Ergebnis	189
3. Erforderlichkeit	190
4. Proportionalität	191
a) Grundsatz	192
b) Abwägungsparameter	192
c) Vorläufiges Abwägungsergebnis	195
E. Zwischenergebnis	196

*Kapitel 4***Sekundäres Gemeinschaftsrecht: Die Vergaberichtlinien** 198

A. Allgemeines zu den Vergaberichtlinien	199
I. Historie	199
II. Wesentlicher Regelungsgegenstand	200
III. Wirkung	203
B. Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien	204
I. Auftraggeberbegriff	205
II. Auftragnehmerbegriff	209
1. Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie	210
a) Definition	210
(1) „Öffentliche Einrichtung“	211
(2) „Anbieten von Dienstleistungen“	213
(3) Ergebnis	213
b) Bedeutung	213
(1) Wortlaut	214
(2) Historie	215
(3) Systematik	216
(4) telos	217
(5) Ergebnis	218
2. Lieferkoordinierungsrichtlinie	219
3. Baukoordinierungsrichtlinie	219
4. Sektorenrichtlinie	220
5. Zusammenfassung	220
III. Ausnahmetatbestände	221
1. Allgemeine Ausnahmetatbestände	221
2. Ausnahmetatbestände mit Bezug zu in-house-Situationen	222
a) Art. 3 Abs. 4 Unterabs. 2 BKR	222
(1) Tatbestand	222
(2) Unmittelbare Anwendung auf alle in-house-Situationen	224
(3) Analoge Anwendung auf alle in-house-Situationen	224
a) Planwidrige Regelungslücke	225
b) Vergleichbarkeit	226
b) Art. 13 SKR	227
(1) Tatbestand	227
(2) Unmittelbare Anwendung auf alle in-house-Situationen	229
(3) Analoge Anwendung auf alle in-house-Situationen	229
c) Gesamtanalogie	230
3. Zusammenfassung	231
IV. Ergebnis	231

C. Konkretisierung der Kompetenzschränken durch die Vergaberichtlinien?....	232
I. „Verbundene Unternehmen”.....	233
II. Marktbezug	236
III. Transparenzgebot	237
IV. Zusammenfassung	238
D. Zwischenergebnis	238
E. Novellierung der Vergaberichtlinien	239
I. Rechtssetzungsverfahren	240
II. Allgemeine Änderungen	242
1. Zusammenlegung der klassischen Richtlinien	243
2. Zentrale Beschaffungsstellen	244
3. Wettbewerblicher Dialog	245
4. Rahmenvereinbarungen	246
5. Elektronische Beschaffungsmechanismen	247
6. Technische Spezifikationen	249
7. Eignungskriterien	249
8. Wettbewerbsfremde Kriterien	250
9. Anpassung der SKR an den Fortschritt der Liberalisierung	252
III. Änderungen beim Anwendungsbereich	253
1. Auftraggeberbegriff	253
2. Auftragnehmerbegriff	254
a) Basisrichtlinie	254
b) Sektorenrichtlinie	255
3. Ausnahmetatbestände	256
a) Basisrichtlinie	256
(1) In-house-Geschäfte	257
a) Ursprünglicher Kommissionsentwurf	257
b) Ausschuss für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie	257
Y) Ausschuss für Recht und Binnenmarkt	258
6) Europäisches Parlament (1. Lesung)	260
E) Geänderter Kommissionsvorschlag	260
0 Gemeinsamer Standpunkt des Rates	263
r) Vorschlag des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für die 2. Lesung des EP	263
0) Stellungnahme der Kommission	264
1) Richtlinie 2004/18/EG	265
(2) Beauftragung von Inhabern ausschließlicher Rechte	267
b) Sektorenrichtlinie	267
(1) In-house-Geschäfte und Beauftragung verbundener Unternehmen	267

Inhaltsverzeichnis	13
a) Ursprünglicher Kommissionsentwurf	268
ß) Ausschüsse und Europäisches Parlament (1. Lesung) ...	268
y) Geänderter Kommissionsvorschlag	271
6) Gemeinsamer Standpunkt des Rates	273
e) Weitere Verfahrensschritte und Richtlinie 2004/17/EG ..	277
(2) Beauftragung von Inhabern ausschließlicher Rechte	279
IV. Bewertung	279

Kapitel 5

Folgerungen zum deutschen Recht	282
Zusammenfassung und Ergebnis	298
Literaturverzeichnis	304
Sachverzeichnis	329

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf: *Butz*, Cornelia/*Kirchner*, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage; Berlin 2003.