

Schriften zum Europäischen Recht

---

Band 180

# Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht

Spiegelbild europäischer Integrationsbemühungen  
und Herausforderung für die Rechtspraxis

Von

Nikolai Wessendorf



Duncker & Humblot · Berlin

NIKOLAI WESSENDORF

Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht

# Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

**Siegfried Magiera · Detlef Merten**

**Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann**

Band 180

# Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht

Spiegelbild europäischer Integrationsbemühungen  
und Herausforderung für die Rechtspraxis

Von

Nikolai Wessendorf



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2016  
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  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0937-6305  
ISBN 978-3-428-15065-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55065-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85065-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*In Gedenken an meinen Vater*



## Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Frühjahr 2016 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan für seine große Unterstützung bei der Entstehung dieser Arbeit, aber auch für seine bedingungslose akademische wie persönliche Förderung während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität der Bundeswehr München. Seine Leidenschaft und Begeisterung für die Wissenschaft, aber auch seine Gabe, über wissenschaftliche Konventionen hinaus zu denken, zu schreiben und zu lehren, waren für mich stets Vorbild und Ansporn und haben die Entstehung dieser Arbeit gewiss beeinflusst.

Herrn Prof. Dr. Christoph Vedder danke ich für die überaus schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und die Durchführung des Promotionsverfahrens als Vorsitzender der Prüfungskommission.

Großer Dank gilt den Herren Prof. Dr. Siegfried Magiera, M.A., Prof. Dr. Dr. Detlef Merten, Prof. Dr. Matthias Niedobitek und Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Peter Sommermann für die ehrenvolle Aufnahme dieser Arbeit in die Reihe „Schriften zum Europarecht“. Für die freundliche und gewissenhafte Betreuung seitens des Verlags danke ich Frau Birgit Müller und Frau Agatha May.

Meinen Kollegen und Wegbegleitern am Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Universität der Bundeswehr München, neben meinem Doktorvater insbesondere Prof. Dr. Bardo Fassbender, Dr. Donald Riznik, Anja Kissling, Iris Ludwig, Carolin König und Sibylle Maier möchte ich von ganzem Herzen für eine unvergessliche Zeit, aber auch ihre Freundschaft danken.

Diese Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne die liebevolle Unterstützung und das Verständnis aus meinem persönlichen Umfeld. Meinen lieben Eltern, die mich in jeder Hinsicht gefördert und mir diesen Werdegang ermöglicht haben, Wolfgang Ditscheid, der in vielen Stunden diese Arbeit Korrektur gelesen und mir wertvolle Anregungen sowie Mut mitgegeben hat, meiner lieben Schwester und ihrer Familie und ganz besonders meiner wunderbaren und geliebten Frau Julia gebührt der letzte Dank.

München, im November 2017

*Nikolai Wessendorf*





# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	33
A. Problemaufriss	36
I. Das Vergaberecht im Gefüge der Europäischen Rechtsordnung	37
II. Der Tatbestand des Öffentlichen Auftraggebers als Spiegelbild der Europäischen Integrationsgeschichte	38
III. Zwischen Anspruch und Wirklichkeit – die Schwächen des funktionalen Auftraggeberbegriffs	40
B. Gang der Untersuchung	45
I. Fragestellung	45
II. Methodik	47
III. Aufbau	47

## *Kapitel 1*

### **Die Entstehung des Europäischen Vergaberechts aus deutscher Perspektive** 49

A. Die historische Genese des deutschen Vergaberechts	49
I. Der Ursprung des deutschen Vergaberechts im 16. und 17. Jahrhundert	50
II. Der Auf- und Abstieg der Lizitation in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert	56
III. Das Verdingungswesen im Deutschen Reich	62
IV. Die internationale Dimension der Auftragsvergabe Anfang des 20. Jahrhunderts	69
V. Zwischenergebnis	69
B. Die Europäisierung des Vergaberechts als „Rechtsrevolution“	72
I. Das Binnenmarktprojekt als Ausgangspunkt für das Europäische Vergaberecht	73
II. Die vergaberechtliche Ausgangslage in den Mitgliedstaaten	74
III. Die beginnende Vergemeinschaftung des Vergaberechts (1969–1976)	92
IV. Der vergaberechtliche Neuanfang zur Vollendung des Binnenmarktes	103

V.	Die Implementierung des Richtlinienrechts mit allen Mitteln	127
VI.	Die alternativlose Reform des deutschen Vergaberechts 1998	152
VII.	Das konsolidierte Richtlinienrecht der dritten Generation zwischen 2004 und 2009	167
VIII.	Das modernisierte Richtlinienrecht der vierten Generation von 2014	183
IX.	Zwischenergebnis	195
C.	Das Europäische Vergaberecht als dogmatische Herausforderung für die europäisch-mitgliedstaatliche Rechtsordnung	197
I.	Systematische Überlegungen zum rechtstechnischen Rahmen	197
II.	Das Vergaberecht im Zeichen von Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung in der Europäischen Union	209
III.	Der unionsrechtliche Auftraggeberbegriff als Gradmesser der vergaberechtlichen Integration	228
IV.	Die systemischen Auswirkungen der vergaberechtlichen Rechtsangleichung auf das deutsche Öffentliche Recht	249

## *Kapitel 2*

### **Reichweite und Grenzen des Tatbestands des Öffentlichen Auftraggebers am Beispiel gemischt- wirtschaftlicher Unternehmen in Deutschland** 260

A.	Die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	260
I.	Formen zulässiger privatwirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit des Staates nach dem deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht	261
II.	Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen als „Öffentliche Auftraggeber“	297
III.	Prüfungsschema	337
B.	Das Erfordernis einer Begrenzung des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs	338
I.	Das Gebot der Normenklarheit als rechtsstaatlicher Grundsatz der Europäischen Union	339
II.	Kompetenzrechtliche Aspekte	343
III.	Grundrechtliche Aspekte	346
IV.	Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip als begrenzender Auslegungsgrundsatz	352
C.	Schlussfolgerungen für die Rechtsanwendung	357

Inhaltsübersicht	11
I. Die Konturlosigkeit des Tatbestands des Öffentlichen Auftraggebers	358
II. Die Vergaberechtsreform bietet keine Lösung	358
III. Konsequenzen für die Rechtspraxis	359
<b>Schlussbetrachtung</b>	363
A. Zusammenfassung	364
B. Ergebnis	368
<b>Anhang</b>	371
<b>Literaturverzeichnis</b>	398
<b>Sachverzeichnis</b>	418



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	33
A. Problemaufriss	36
I. Das Vergaberecht im Gefüge der Europäischen Rechtsordnung	37
II. Der Tatbestand des Öffentlichen Auftraggebers als Spiegelbild der Europäischen Integrationsgeschichte	38
1. Die besondere Bedeutung des öffentlichen Auftraggeberbegriffs im Vergaberecht	38
2. Der öffentliche Auftraggeberbegriff als „Stellschraube“ der vergaberechtlichen Integration	39
III. Zwischen Anspruch und Wirklichkeit – die Schwächen des funktionalen Auftraggeberbegriffs	40
1. Auslegungsschwierigkeiten und Herausforderung der Einzelfallbetrachtung	41
a) Das normative Recht als Instrument der Rechtssetzung	41
b) Die Abhängigkeit des normativen Rechts vom Einzelfall	42
c) Möglichkeiten und Grenzen der Auslegung zur „Beherrschung“ des normativen Rechts	43
2. Die Herstellung praxisgerechter Rechtsicherheit im Wege der Tatbestandsbegrenzung	45
B. Gang der Untersuchung	45
I. Fragestellung	45
II. Methodik	47
III. Aufbau	47

## *Kapitel 1*

### **Die Entstehung des Europäischen Vergaberechts aus deutscher Perspektive** 49

A. Die historische Genese des deutschen Vergaberechts	49
I. Der Ursprung des deutschen Vergaberechts im 16. und 17. Jahrhundert	50
1. Die spätmittelalterliche Stadt und ihr Bauwesen als Ausgangspunkt	50
2. Von der Eigenregie zu den ersten öffentlichen Vergabeverfahren	52

a) Eigenregie und Auftragsvergabe am Beispiel der Hamburger Bauhof- Ordnung von 1617 .....	53
b) Der Einfluss Frankreichs .....	55
II. Der Auf- und Abstieg der Lizitation in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert	56
1. Die Lizitation als Instrument hoheitlicher Kostenkontrolle .....	58
2. Die Schwächen der Lizitation .....	59
3. Vergebliche Reformen .....	60
III. Das Verdingungswesen im Deutschen Reich .....	62
1. Erste vergaberechtliche Vorschriften in Preußen .....	62
2. Die Bedeutung der Industriellen Revolution und die Urbanisierung im 19. Jahrhundert .....	64
3. Der gescheiterte Versuch einer reichseinheitlichen Regelung Anfang des 20. Jahrhunderts .....	65
4. Der Weg zum Reichsverdingungsausschuss und der VOB .....	66
a) Keine politische Mehrheit für ein formelles Vergabegesetz .....	67
b) Die Geburt des Reichsverdingungsausschusses .....	67
c) Der Ausschuss setzt sich durch .....	68
IV. Die internationale Dimension der Auftragsvergabe Anfang des 20. Jahrhun- derts .....	69
V. Zwischenergebnis .....	69
1. Impulse für den vergaberechtlichen Fortschritt .....	70
2. Der Ursprung der heutigen Vergabeprinzipien .....	71
3. Die Lehren der Geschichte als Vorzeichen für die Reformen von heute ....	71
B. Die Europäisierung des Vergaberechts als „Rechtsrevolution“ .....	72
I. Das Binnenmarktprojekt als Ausgangspunkt für das Europäische Vergaberecht ..	73
II. Die vergaberechtliche Ausgangslage in den Mitgliedstaaten .....	74
1. Das Wesen des Vergaberechts in Deutschland von 1945 bis zur Vergemein- schaftung .....	75
a) Das neue alte Recht .....	76
b) Die Rechtsnatur des deutschen Vergaberechts .....	78
c) Verwaltungsinterne Bindung an die Prinzipien des öffentlichen Auftrags- wesens .....	80
aa) Das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) von 1969 .....	80
bb) Die Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19.8.1969 .....	81
cc) Die Bedeutung der vergaberechtlichen Grundsätze des Haushalts- rechts als Teil des Vergabewesens .....	82
d) Das Fehlen subjektiver Rechte als gesetzgeberisch intendierte Rechts- schutzlücke .....	83

aa) Gang des Diskurses .....	84
bb) Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte .....	85
e) Zusammenfassung .....	86
2. Ausgangslage in den anderen Mitgliedstaaten .....	88
a) Frankreich .....	88
b) Vereinigtes Königreich .....	91
c) Vergleich .....	92
III. Die beginnende Vergemeinschaftung des Vergaberechts (1969–1976) .....	92
1. Die Allgemeinen Programme des Rates als konzeptionelles Vorzeichen .....	92
2. Das erste Richtlinienprogramm als „Flickenteppich“ .....	93
a) Die Richtlinie als Liberalisierungs- und Koordinierungsinstrument des Europäischen Vergaberechts .....	94
b) Die Liberalisierung für den Bereich der Lieferung von Waren .....	95
c) Die Liberalisierung und Koordinierung der Bauvergabe .....	96
d) Die Koordinierung öffentlicher Lieferverträge .....	98
e) Der „Öffentliche Auftraggeber“ als formelle Zuordnung zum Staat .....	98
3. Die Implementierung des „neuen Rechts“ in den Mitgliedstaaten .....	99
a) Bedeutungen der Richtlinien .....	99
b) Einzelstaatliche Durchführungsmaßnahmen .....	101
c) Bewertung .....	102
4. Zwischenergebnis .....	102
IV. Der vergaberechtliche Neuanfang zur Vollendung des Binnenmarktes .....	103
1. Neue Impulse aus Brüssel: Jacques Delors und das Binnenmarktziel .....	104
a) Das Programm der Kommission für 1985 .....	105
b) Weißbuch der Kommission „Zur Vollendung des Binnenmarktes bis 1992“ .....	106
c) Der Cecchini-Bericht als ökonomische Bestandsaufnahme .....	108
d) Der beratende Ausschuss der Kommission für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens .....	109
2. Die Lehren aus dem Scheitern: Überarbeitung der Richtlinien der ersten Generation .....	110
a) Hintergrund .....	110
b) Die Besonderheiten des Änderungsverfahrens .....	111
c) Die Erweiterung des öffentlichen Auftraggeberbegriffs im Wettlauf von Kommission und EuGH .....	112
d) Der sachliche Anwendungsbereich, die Bereichsausnahmen und Schwellenwerte .....	115
3. Die Einbeziehung der Sektorauftraggeber in das Vergabesekundärrecht ..	116
4. Die Beschränkung der „Umsetzungsautonomie“ der Mitgliedstaaten .....	117



5. Die Konsolidierung mit den Basisrichtlinien von 1992/1993	119
a) Bedeutende Änderungen	120
aa) Neue Schwellenwerte	121
bb) Bekanntmachung vor Auftragsvergabe als wettbewerbsfördernde Maßnahme	122
cc) Die Neuordnung der Verfahrensarten	122
b) Die Manifestation des funktionalen Auftraggeberbegriffs	125
6. Zwischenergebnis	126
V. Die Implementierung des Richtlinienrechts mit allen Mitteln	127
1. Druck aus Brüssel – die neue Gangart der Kommission	128
a) Die Umsetzungsdefizite in den Mitgliedstaaten und ihre Folgen	128
b) Die Durchsetzungsinstrumente	130
aa) Die Intervention gem. Art. 3 RL 89/665/EWG und Art. 8 RL 92/13/EWG	131
bb) Die gerichtliche Feststellung der vertragswidrigen Nichtumsetzung	131
2. Der deutsche Ansatz im Kreuzfeuer	132
a) Die „haushaltsrechtliche Lösung“ in Deutschland	133
aa) Die §§ 57a bis 57c HGrG als „Kernstück“ der verwaltungsinternen Regelungen	133
bb) Der Tatbestand des Öffentlichen Auftraggebers nach § 57a HGrG	134
cc) Bewertung der „haushaltsrechtlichen Lösung“ Deutschlands	137
b) Deutschland vor dem EuGH	139
aa) Verurteilung wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinien 88/295/EWG und 89/440/EWG	139
bb) Verurteilung wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der RL 92/50/EWG	140
3. Neuer Wind aus Luxemburg: Die richterrechtliche Fortentwicklung der Richtliniendurchsetzung	142
a) Unmittelbare Wirkung der Richtlinien als Mindestgarantie der Gemeinschaftsbürger	142
aa) Grundsatz	143
bb) Herleitung	143
cc) Bedeutung für das öffentliche Auftragswesen	145
(1) Besonderheiten der unmittelbaren Anwendung von Richtlinienvorschriften für das Vergaberecht	145
(2) Unmittelbar anwendbare Vergabevorschriften	146
(3) Im Rahmen der Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland	147
(4) Die Schwierigkeit der Bestimmung der unmittelbaren Wirkung des Art. 41 RL 92/50/EWG	148

b) Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch nach der Franco- vich-Entscheidung des EuGH .....	148
aa) Grundsatz .....	149
bb) Bedeutung für das deutsche öffentliche Auftragswesen .....	150
4. Zwischenergebnis .....	151
VI. Die alternativlose Reform des deutschen Vergaberechts 1998 .....	152
1. Hintergrund .....	153
a) Einleitung eines erneuten Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kom- mission .....	153
b) Die verfassungsrechtliche Dimension der Rechtsmittelfrage .....	154
c) Völkerrechtlicher und diplomatischer Einfluss .....	155
2. Die neue Heimat des deutschen Vergaberechts im 4. Teil des GWB .....	156
3. Die Fortsetzung des „Kaskadensystems“ .....	158
4. Der Auftraggeberbegriff des § 98 GWB als Tatbestand des persönlichen An- wendungsbereichs .....	159
5. Bewertung der gesetzgeberischen Leistung .....	162
a) Die neuen Rechtsgrundlagen .....	163
b) Das gesplante Vergaberecht: Die Problematik des Ober- und Unter- schwollenwertbereichs .....	164
c) Die Verbürgung subjektiver Rechte als Zäsur .....	165
d) Erfolg supranationaler Rechtssetzung: Anpassung und Änderung des deutschen Vergaberecht .....	166
VII. Das konsolidierte Richtlinienrecht der dritten Generation zwischen 2004 und 2009 .....	167
1. Hintergrund .....	167
a) Die Vorbereitung der Reform mit dem Grünbuch vom 27.11.1996 .....	167
b) Die Lissabon-Strategie des Europäischen Rates als wirtschaftspolitischer Rahmen der Richtliniennovelle .....	170
c) Der Reformansatz der Kommission .....	170
2. Die Definition des öffentlichen Auftraggeberbegriffs bleibt unverändert ...	172
3. Der separate Regelungsaufbau für die Sektorenauftraggeber .....	175
4. Die Rechtsmittelrichtlinienreform .....	176
5. Die Regelung der Bereiche Verteidigung und Sicherheit .....	177
6. Die Umsetzung im deutschen GWB .....	178
a) Änderungshistorie des GWB seit 1998 .....	178
b) Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VgRModG) vom 20.4.2009	179
aa) Fortsetzung der Trennung des Vergaberechts .....	180
bb) Die Anpassung der Definition des „Öffentlichen Auftraggebers“ nach § 98 GWB .....	180

VIII. Das modernisierte Richtlinienrecht der vierten Generation von 2014	183
1. Hintergrund	183
2. Zielsetzungen	185
3. Die Bemühungen um eine Reform des öffentlichen Auftraggeberbegriffs	186
a) Reformüberlegungen zum Tatbestand der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“	187
b) Das umstrittene Merkmal der Nichtgewerblichkeit	190
aa) Die Legaldefinition der Nichtgewerblichkeit nach dem Vorschlag der Kommission	190
bb) Die Ablehnung der Änderungen durch den Kompromisstext des Rates	191
cc) Die Rückkehr zum alten Wortlaut	191
4. Die Umsetzung im GWB	192
a) Die Auffächerung des Auftraggeberbegriffs in §§ 98 ff. GWB n.F.	192
b) Die sprachlichen Anpassungen des öffentlichen Auftraggeberbegriffs in § 99 GWB n.F.	195
IX. Zwischenergebnis	195
C. Das Europäische Vergaberecht als dogmatische Herausforderung für die europäisch-mitgliedstaatliche Rechtsordnung	197
I. Systematische Überlegungen zum rechtstechnischen Rahmen	197
1. Der bedingte Katalysatoreffekt des Unionsrechts	197
2. Die Hierarchisierung des Europäischen Rechts	199
3. Die Durchsetzungsmechanismen des hierarchisierten Rechts	202
a) Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs	202
b) Der Grundsatz der Wirksamkeit des Unionsrechts (effet utile)	203
c) Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung	205
4. Der Grundsatz der Kompetenzbindung unionalen Handelns	206
a) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	206
b) Der Subsidiaritätsgrundsatz	207
c) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	208
d) Ausformungen der Kompetenzbindungsgrundsätze im Unionsrecht	208
II. Das Vergaberecht im Zeichen von Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung in der Europäischen Union	209
1. Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung als Motive des Europäischen Rechts	209
2. Das Vergaberecht als Ausdruck der Europäischen Rechtsvereinheitlichung	211
3. Möglichkeiten und Grenzen der vergaberechtlichen Rechtsangleichung	213
a) Grenzen und Möglichkeiten der vergaberechtlichen Integration de jure	214

aa)	Rechtsgrundlagen für das Vergabesekundärrecht	215
bb)	Die Bedeutung verfahrensrechtlicher Aspekte für die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts	218
cc)	Die Richtlinie als Instrument der Rechtsangleichung	220
dd)	Alternative Überlegungen	221
b)	Grenzen und Möglichkeiten der vergaberechtlichen Integration de facto	222
aa)	Auf europäischer Ebene	222
bb)	In Deutschland	224
cc)	Zeichen erfolgreicher Rechtsangleichungsbemühungen in anderen EU-Ländern	225
dd)	Bewertung	227
III.	Der unionsrechtliche Auftraggeberbegriff als Gradmesser der vergaberechtlichen Integration	228
1.	Der Auftraggeberbegriff als Tatbestand des persönlichen Anwendungsbereichs	228
2.	Die Entstehung und Legitimation des funktionalen Ansatzes	237
a)	Hintergrund	237
b)	Auslegungsgrundsätze des Europarechts	238
c)	Europarechtskonforme Auslegung	240
3.	Der funktionale Ansatz in der Rechtssetzung und Rechtsprechung der EU	242
4.	Die Entstehung des funktionalen Auftraggeberbegriffs	245
a)	Der formal-rechtliche Auftraggeberbegriff als Ausgangspunkt der Vergaberichtlinien	246
b)	Der Wandel zum funktionalen Auftraggeberbegriff als Ausdruck eines „Europäischen Pragmatismus“	247
IV.	Die systemischen Auswirkungen der vergaberechtlichen Rechtsangleichung auf das deutsche Öffentliche Recht	249
1.	Die Beschränkung der Dispositionsfreiheit über die Gewährung subjektiver Rechte	249
a)	Das Fehlen subjektiv-öffentlicher Rechte im deutschen Vergaberecht	250
b)	Die „erzwungene“ Subjektivierung von Rechtspositionen im deutschen Vergaberecht	251
aa)	Invocabilité und subjektiv-öffentliche Rechte aus dem Unionsrecht	251
bb)	Die Anpassungen im deutschen Vergaberecht	254
2.	Die Erosion der deutschen Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht	256
a)	Die Zweiteilung des deutschen Rechts	256
b)	Die Rechtswegfrage	257
c)	Die Einbeziehung „privater“ Auftraggeber in das „öffentliche“ Auftragsrecht	258
d)	Folgen	259

*Kapitel 2*

**Reichweite und Grenzen des Tatbestands  
des Öffentlichen Auftraggebers am Beispiel  
gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen in Deutschland** 260

A. Die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	260
I. Formen zulässiger privatwirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit des Staates nach dem deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht	261
1. Handlungsformen der Verwaltung im Überblick	261
2. Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln des Staates	263
3. Das privatrechtliche Handeln des Staates	266
a) Kompetenz und Kompetenzbindung des privatwirtschaftlich handelnden Staates	266
aa) Grundsatz	267
bb) Staatliche Kompetenzbindung am Beispiel von Gemeinden	269
(1) Kompetenzbindung für die Bedarfsdeckung	269
(2) Kompetenzbindung für die erwerbswirtschaftliche Betätigung	269
cc) Zwischenergebnis	272
b) Verwaltungsprivatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand	273
aa) Privatrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts	274
bb) Umfang der Privatrechtsbindung juristischer Personen des öffentlichen Rechts	275
(1) Begrenzung der Strahlkraft des öffentlichen Rechts in die privatrechtlichen Beziehungen	276
(2) Beschränkung der Privatrechtsbindung auf den öffentlich-rechtlich festgelegten Aufgabenkreis	277
(3) Die Auswirkungen der beschränkten Rechtsbindung auf das Funktionieren der Privatrechtsordnung	278
cc) Zwischenergebnis	280
c) Privatrechtliches Handeln juristischer Personen des Privatrechts mit öffentlich-rechtlichen Gesellschaftern (gemischt-wirtschaftliche Unternehmen)	280
aa) Die Erscheinungsform des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens	281
bb) Öffentlich-rechtliche Voraussetzungen für die Errichtung, den Betrieb und die Beteiligung an juristischen Personen des Privatrechts durch die öffentliche Hand	284
cc) Privatrechtliche Anforderungen an eine Einrichtung mit öffentlich-rechtlichen Gesellschaftern	286
(1) Besonderheiten bei der Wahl der Rechtsform	287
(2) Sicherung der öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts	289
dd) Zwischenergebnis	291

4.	Grundrechtsbindung des Staates bei privatwirtschaftlichen Beschaffungsmaßnahmen	292
5.	Zwischenergebnis	295
II.	Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen als Öffentliche Auftraggeber	297
1.	Die auslegungsbedürftige Fallgruppe der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“	298
2.	Der Tatbestand im Sprachfassungs- und Rechtsvergleich	300
3.	Rechtspersönlichkeit	304
a)	Tatbestand nach dem deutschen Recht (§ 99 Nr. 2 GWB n.F.)	304
b)	Wortlaut- und Rechtsvergleich	304
c)	Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der juristischen Person i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB n.F.	305
d)	Bedeutung des Tatbestandsmerkmals für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	306
4.	Staatsgebundenheit	307
a)	Staatsgebundenheit im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB n.F.	307
aa)	Überwiegende Finanzierung	308
bb)	Aufsicht über die Leitung	308
cc)	Beherrschung von Leitungs- und Aufsichtsorganen	309
b)	Verhältnis zu den kompetenzrechtlichen Grundsätzen für die Beteiligung des Staates an privatrechtlichen Wirtschaftsunternehmen	309
c)	Staatsgebundenheit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	310
d)	Verhältnis zum Tatbestandsmerkmal des „besonderen Gründungszwecks“	311
5.	Besonderer Gründungszweck	312
a)	Normierter Gründungszweck und faktische Aufgabenwahrnehmung	312
aa)	Der normierte Gründungszweck	312
bb)	Nachträgliche Zweckbestimmung oder Übertragung von Aufgaben im Allgemeininteresse	313
cc)	Objektiv feststellbare, faktische Aufgabenwahrnehmung	314
dd)	Umfang der festgelegten oder feststellbaren Aufgabenwahrnehmung im Allgemeininteresse	315
b)	Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben	315
aa)	Das „Allgemeininteresse“ als autonomer Rechtsbegriff des Europäischen Vergaberechts	316
bb)	Näherung an den unionsrechtlichen Begriff des Allgemeininteresses	317
(1)	Die Rechtsprechung des EuGH	317
(2)	Bestimmungsversuche in der Literatur und Rechtsprechung	318
(3)	Zusammenfassung	320
cc)	Die Dimensionen der Aufgabenwahrnehmung im Allgemeininteresse in Fallgruppen	321
(1)	Aufgaben zur Sicherung des Gemeinwesens	322

(2) Aufgaben zur Organisation des Gemeinwesens	322
(3) Aufgaben zur Entwicklung des Gemeinwesens	323
dd) Die Bedeutung kompetenzrechtlicher Vorschriften bei der Auslegung des „Allgemeininteresses“	324
c) Nichtgewerblichkeit	325
aa) Rechtsvergleich	325
bb) Die Nichtgewerblichkeit als tatbestandbegrenzendes Merkmal	327
cc) Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit in einem wettbewerblich geprägten Umfeld	330
dd) Ausrichtung der betrieblichen Tätigkeit auf das Erzielen von Gewinn	330
ee) Übernahme des mit der eigenen Tätigkeit verbundenen wirtschaftlichen Risikos	331
(1) Keine (formalen) Mechanismen zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste	332
(2) Wahrscheinlichkeit staatlichen Eingreifens zur Verhinderung einer Insolvenz	334
ff) Aufbauschema zur Bestimmung der Nichtgewerblichkeit	336
III. Prüfungsschema	337
B. Das Erfordernis einer Begrenzung des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs	338
I. Das Gebot der Normenklarheit als rechtsstaatlicher Grundsatz der Europäischen Union	339
1. Das Gebot der Normenklarheit als Grenze gesetzgeberischer Gestaltungsmacht	339
2. Der Öffentliche Auftraggeberbegriff im Lichte des Gebots der Normenklarheit	341
3. Die Rolle der Mitgliedstaaten als sekundärrechtliche Normadressaten	343
II. Kompetenzrechtliche Aspekte	343
1. Kompetenzrechtliche Beschränkungen zum Schutz der mitgliedstaatlichen Integrität	344
2. Kompetenzbindung als Begrenzung der Auslegung des Sekundärrechts	345
III. Grundrechtliche Aspekte	346
1. Grundrechtlicher Schutz der Privatautonomie und Vertragsfreiheit im Europäischen Recht	347
2. Privatautonomie und Vertragsfreiheit als grundrechtlich geschütztes Motiv des Europarechts	348
3. Der Öffentliche Auftraggeber und der persönliche Schutzbereich der Vertragsfreiheit	350
4. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit für die Auslegung des funktionalen Auftraggeberbegriffs	351

IV.	Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip als begrenzender Auslegungsgrundsatz .....	352
1.	Das Wettbewerbsprinzip im Vergaberecht .....	353
2.	Die Bedeutung des Wettbewerbsgedankens für die Auslegung des funktionalen Auftraggeberbegriffs .....	354
3.	Begrenzung des Anwendungsbereichs für Sektoren bei Vorliegen „effektiven Wettbewerbs“ .....	355
4.	Bedeutung der Ausnahme bestimmter Sektorenauftraggeber für die Auslegung des funktionalen Auftraggeberbegriffs .....	356
C.	Schlussfolgerungen für die Rechtsanwendung .....	357
I.	Die Konturlosigkeit des Tatbestands des Öffentlichen Auftraggebers .....	358
II.	Die Vergaberechtsreform bietet keine Lösung .....	358
III.	Konsequenzen für die Rechtspraxis .....	359
1.	Lösung im Wege der Auslegung .....	359
2.	Gebot der Begrenzung des funktionalen Auftraggeberbegriffs .....	361

**Schlussbetrachtung** 363

A.	Zusammenfassung .....	364
B.	Ergebnis .....	368

**Anhang** .....

Anhang I: Die öffentlichen Beschäftigungsmärkte in der Gemeinschaft KOM(86) 375 endg. ....	372
Anhang II: Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge KOM(88) 354 endg. ....	385
Anhang III: Beschluss der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.06.2006 .....	388
Anhang IV: Übersicht über die Rechtsgrundlagen und Begründungen der Vergaberichtlinien .....	390
Anhang V: Stand der Umsetzung der Richtlinien öffentliches Auftragswesen im Jahr 1996 .....	396

**Literaturverzeichnis** .....

**Sachverzeichnis** .....



## **Schaubildverzeichnis**

Schaubild 1: Umsetzung der Vergaberichtlinien in § 57a HGrG (1993) .....	135
Schaubild 2: Wortlautvergleich von § 57a HGrG (1993) und § 98 GWB (1998) .....	160
Schaubild 3: Wortlautvergleich von Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG und dem vorherigen Richtlinienrecht .....	174
Schaubild 4: Wortlautvergleich von § 98 GWB (1998) und § 98 GWB (2009) .....	182
Schaubild 5: Wortlautvergleich von Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RL 2014/24/EU und Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG .....	186
Schaubild 6: Übersicht zu den Reformvorschlägen zum Merkmal der Nichtgewerblich- keit (2011–2014) .....	188
Schaubild 7: Wortlautvergleich von § 98 GWB (2009) und § 99 GWB (2016) .....	193
Schaubild 8: Rechtsgrundlagen der Europäischen Vergaberichtlinien .....	216
Schaubild 9: Erweiterung des Tatbestands des Öffentlichen Auftraggebers im Über- blick .....	229
Schaubild 10: Sprachfassungs- und Rechtsvergleich zum Tatbestand des Öffentlichen Auftraggebers .....	301
Schaubild 11: Aufbauschema zur Bestimmung der Nichtgewerblichkeit .....	336
Schaubild 12: Prüfungsschema zur Fallgruppe der Einrichtung des Öffentlichen Rechts. .	337

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AJDA	L'Actualité juridique – Droit administratif (Zeitschrift)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung
BEvaKG	Bundesevakuiertengesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge
CDU	Christlich Demokratische Union
CMP	Code des Marchés Publics
CSU	Christlich-Soziale Union
DKR	Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Doc	Document (engl., zu Deutsch: Dokument)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

DVA	Deutscher Verdichtungsausschuss
DVAL	Deutsche Verdichtungsausschuss für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
EP	Europäisches Parlament
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgend
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgend
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GmS-OGB	Gemeinsamer Beschluss der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GPA	Government Procurement Agreement
GWB/GWB a. F.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung bis zum 17.04.2016
GWB n. F.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung seit dem 18.04.2016
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KMU	Kleine und Mittelständische Unternehmen
KOM	Kommission der Europäischen Union
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
LGDJ	La Librairie générale de droit et de jurisprudence (Zeitschrift)
lit.	litera (Buchstabe)
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

n°	Numéro (fr., zu Deutsch: Nummer)
n. F.	neue Fassung
NgV	Nachprüfungsverordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
No.	Number (engl., zu Deutsch: Nummer)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖPP	Öffentlich-private Partnerschaft
p.	page (franz., zu Deutsch: Seite)
PPP	Public Private Partnership
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RiW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
SeuffArch	Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Zeitschrift)
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (Transatlantisches Freihandelsabkommen)
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
Verb. Rs.	Verbundene Rechtsache
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgRModG	Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts
VgRVgÄndG	Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VgV	Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge
VgVÄndV	Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung
VKR	Verteidigungsgüterkoordinierungsrichtlinie
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VPS	Vergabeprüfstelle
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)

WiGBL.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa (Zeitschrift)
WiVerw	Gewerbearchiv – Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungen (Zeitschrift)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## Richtlinienverzeichnis

Warenliberalisierungs-RL 70/32/EWG	Richtlinie 70/32/EWG der Kommission vom 17.12.1969 über die Lieferung von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ABl. 1970 L 13/1
Bauliberalisierungs-RL 71/304/EWG	Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26.7.1971 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. 1971 L 185/1
Baukoordinierungs-RL 71/305/EWG	Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971 L 185/5
Lieferkoordinierungs-RL 77/62/EWG	Richtlinie 77/62/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge vom 21.12.1976, ABl. 1977 L 13/1
Lieferkoordinierungs-ÄndRL 80/767/EWG	Richtlinie 80/767/EWG des Rates vom 22.7.1980 zur Anpassung und Ergänzung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Lieferaufträge hinsichtlich bestimmter öffentlicher Auftraggeber, ABl. 1980 L 215/1
Lieferkoordinierungs-ÄndRL 88/295/EWG	Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22.3.1988 zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. 1988 L 127/1
Baukoordinierungs-ÄndRL 89/440/EWG	Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18.7.1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1989 L 210/1
Nachprüfungs-RL 89/665/EWG	Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfverfahren im Rahmen der

	Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1989 L 395/33
Sektorenvergabe-RL 90/531/EWG	Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1990 L 297/1
Sektorennachprüfungs-RL 92/13/EWG	Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.2.1992 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. 1992 L 76/14
Dienstleistungskoordinierungs-RL 92/50/EWG	RL 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992 L 209/1
Lieferkoordinierungs-RL 93/36/EWG	RL 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1993 L 199/1
Baukoordinierungs-RL 93/37/EWG	RL 93/37/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1993 L 199/54
Sektorenkoordinierungs-RL 93/38/EWG	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. 1993 L 199/84
Sektorenkoordinierungs-RL 2004/17/EG	Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 L 134/1
Vergabekoordinierungs-RL 2004/18/EG	Richtlinie 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. 2004 L 134/114
Nachprüfungs-RL 2007/66/EG	Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 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. 2007 L 335/31

Verteidigungsgüter-RL 2009/81/EG	Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. 2009 L 216/76
Konzessionsvergabe-RL 2014/23/EU	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94/1
Vergabe-RL 2014/24/EU	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94/65
Sektoren-RL 2014/25/EU	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EU, ABl. 2014 L 94/243





Ohne den pfleglichen Umgang mit dem Recht gedeihen auf die Dauer weder die europäische Integration noch der internationale Wettbewerb.<sup>1</sup>

## Einleitung

Die Europäische Union steht derzeit vor einer ihrer größten Bewährungsproben. Finanz- und Arbeitsmarktkrisen, sicherheitspolitische Ausnahmezustände, Migrationsbewegungen und Dramen an den Außengrenzen Europas sowie soziale Not und Zukunftsangst in einigen Mitgliedstaaten führen dazu, dass immer mehr Europäer das Prinzip in Frage stellen, auf dem die Europäische Union beruht: Solidarität.

Das große, Frieden und Solidarität schaffende Werk scheint zu zerfallen in ein Europa der zwei Geschwindigkeiten, in ein Kerneuropa und ein Randeuropa. Beheizt von innenpolitischen Verwerfungen aufgrund von Arbeitslosigkeit, Rezessionen und Perspektivlosigkeit wächst ein Neo-Nationalismus in den Mitgliedstaaten, der das Potenzial zur Zerreißprobe in sich trägt. Debatten um den Austritt aus dem EURO, dem Schengen-Raum oder geplante Volksabstimmungen über den Verbleib in der Europäischen Union schaffen ein politisches Klima, in dem an die Stelle europäischer Konsenspolitik Drohungen, Druck, Ultimaten und Misstrauen treten.

Im Schatten von zahlreichen (Sonder-)Gipfeln<sup>2</sup>, dem politischen Kräftenessen und Schlagabtausch gibt es jedoch eine Europäische Union, in der fernab von Grundsatz- und Wertefragen die „Europäische Integration“<sup>3</sup> vorangetrieben wird. Eine eingeschliffene „Integrationsmaschinerie“ arbeitet stetig und konstant einer Verwirklichung der in den Europäischen Verträgen festgeschriebenen Ziele entgegen.<sup>4</sup> Während auf politischer Ebene der Ton rauer wird und nicht mehr dieselbe

---

<sup>1</sup> *Fritz Rittner*, NVwZ 1995, S. 313 (320).

<sup>2</sup> Im Jahr 2015 trafen sich die Europäischen Staats- und Regierungschefs insgesamt elfmal im Europäischen Rat u. a. zur sicherheitspolitischen Lage in der Ukraine, zur Bekämpfung des Terrorismus, zum besseren Funktionieren der Europäischen Währungsunion, zur Schaffung einer Energieunion, zur Lage in Libyen, den Beziehungen zu Russland, zur dramatischen Lage im Mittelmeerraum, zur Wirtschaftskrise in Griechenland, dem bevorstehenden Referendum im Vereinigten Königreich, zum Schutz der Außengrenzen, zur Unterstützung der afrikanischen Staaten zur Verringerung des Migrationsdrucks, zur Zusammenarbeit und dem Dialog mit der Türkei zur Bewältigung der syrischen Flüchtlingskrise und zur besseren und gerechten Verteilung von Flüchtlingen in den Mitgliedstaaten, zugänglich über die Seite des Rates, <http://www.consilium.europa.eu>.

<sup>3</sup> Zur Begrifflichkeit der „Europäischen Integration“, vgl. *Matthias Rossi*, Europäische Integration durch Gemeinschaftsrecht und Gerichtsbarkeit?, S. 107 (108 f.).

<sup>4</sup> Vgl. zu den Zielen der Europäischen Union, insb. Art. 3 des Vertrags über die Europäische Union vom 7.2.1992 (BGBl. II 1992, 1252) in der durch den Vertrag vom Lissabon vom 13.12.2009 (BGBl. II 2008, 1038) geänderten Fassung (BGBl. II 2009, 1223).

Sprache gesprochen zu werden scheint, bemühen sich die Institutionen der EU unbeirrt um die ihnen aufgetragene Abschaffung von Diskriminierungen und Beschränkungen sowie die Harmonisierung und Angleichung der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten.

Jenseits der diversen Fliehkräfte also, die von außen und innen an Europa zerren, findet im europäischen Alltag eine Weiterentwicklung, Konsolidierung, Vereinfachung und Verbesserung jener europäischen Regelwerke statt, die den Unionsbürgern und der Wirtschaft den Rahmen für Wohlförderung und Wachstum<sup>5</sup> schaffen sollen. Hierzu zählt auch das Vergaberecht, das sich auf allen Rechtsebenen – im Völkerrecht, Europarecht und nationalen Recht – wieder einmal im Umbruch befindet.

Am 6. April 2014 trat das überarbeitete WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012 in Kraft.<sup>6</sup> Am 17. April 2014 folgten die neuen europäischen Vergaberichtlinien<sup>7</sup>, welche das bisherige Vergabesekundärrecht ersetzen und es um eine Richtlinie über die Konzessionsvergabe<sup>8</sup> ergänzen. Sie finden seit dem 18. April 2016 Anwendung.<sup>9</sup> Daneben steht die weitere Öffnung des amerikanischen und des europäischen Beschaffungsmarktes als Kernelement der zu erreichenden Marktzugangsregelungen auf der Agenda des derzeit in 15. Runde verhandelten Freihandelsabkommens zwischen den USA und der EU (TTIP).<sup>10</sup> Auf nationaler Ebene wurde der 4. Teil des GWB grundlegend reformiert und zum 18.4.2016 an das neue Richtlinienrecht angepasst.<sup>11</sup>

Diese Reformen und Neuerungen verfolgen allesamt ein Ziel: das Volumen der grenzüberschreitenden öffentlichen Auftragsvergabe zu erhöhen und damit in den nationalen und regionalen Wirtschaftsräumen für Stimulation zu sorgen sowie einen Beitrag zur Wohlförderung zu leisten. Die Welthandelsorganisation WTO etwa rechnet mit einem Anstieg des Auftragsvolumens durch das neue *Government Procurement Agreement* von 80 bis 100 Milliarden US-Dollar.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> Ebd.

<sup>6</sup> Vgl. Protokoll zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30.3.2012, ABl. 2014 L 68/2. Das überarbeitete Abkommen tritt an die Stelle des ursprünglichen *Government Procurement Agreement* vom 1.1.1996, ABl. 1996 C 256/1. Es hat derzeit neben der EU 16 Vertragsparteien, darunter die USA, die Schweiz, Singapur, Norwegen, Kanada und Japan (Stand 6.12.2015).

<sup>7</sup> Vergabe-RL 2014/24/EU und Sektoren-RL 2014/25/EU.

<sup>8</sup> Konzessionsvergabe-RL 2014/23/EU.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 51 Abs. 1 Konzessionsvergabe-RL 2014/23/EU, Art. 90 Abs. 1 Vergabe-RL 2014/24/EU und Art. 106 Abs. 1 Sektoren-RL 2014/25/EU.

<sup>10</sup> Vgl. zum jeweiligen Stand der Verhandlungen die Internetpräsenz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie; zugänglich über <https://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/TTIP>.

<sup>11</sup> Vgl. das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17. Februar 2016 (BGBl. 2016 I, 203), das am 18.4.2016 in Kraft getreten ist.

<sup>12</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 14.4.2014, EU Doc IP/14/381.

Die EU bezifferte das Potenzial nach Abschluss der Verhandlungen 2011 gar auf 100 Milliarden Euro.<sup>13</sup> Auch das Freihandelsabkommen TTIP mit den USA soll nach der Vorstellung des Europäischen Parlaments den „uneingeschränkten Zugang zum öffentlichen Beschaffungswesen in den USA gewähren und die Möglichkeiten für EU-Investitionen in den USA“<sup>14</sup> verbessern.

Die neuen Rechtsakte folgen der Erkenntnis, dass das Funktionieren der grenzüberschreitenden Beschaffungsmärkte nur durch Vereinfachung und Förderung von Transparenz und Effizienz der Vergabeverfahren herzustellen ist. Die Präambel des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012 stellt hierzu fest, „dass ein integriertes und vorhersehbares öffentliches Beschaffungswesen eine unabdingbare Voraussetzung für die effiziente und zweckgerechte Verwaltung öffentlicher Ressourcen, die Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaften der Vertragsparteien und die Funktionsfähigkeit des multilateralen Handelssystems bildet“<sup>15</sup>.

Auch der Unionsgesetzgeber erkannte bei der Richtlinien-Novellierung im Jahr 2014, dass es „noch erhebliche Verbesserungsmöglichkeiten bei der Anwendung der Vergabevorschriften der Union“<sup>16</sup> gibt. So soll „die Effizienz des öffentlichen Auftragswesens durch umfangreicheres Wissen, stärkere Rechtssicherheit und professionellere Vergabeverfahren“<sup>17</sup> gesteigert werden. Diese Erkenntnis ist durchaus richtig: Trotz der europaweiten Ausschreibungspflicht werden weniger als 4 Prozent aller Aufträge an ausländische Bieter in der EU vergeben.<sup>18</sup>

Ziel dieser Arbeit ist es, zum einen die vergaberechtliche Integrationsgeschichte nachzuzeichnen, um Erkenntnisse für die Umsetzung der aktuellen und die Weiterentwicklung zukünftiger Reformvorhaben zu liefern. Zum anderen soll anhand des Tatbestands des Öffentlichen Auftraggebers das Erfordernis in den Fokus gerückt werden, neben dem verfolgten Gesetzeszweck die sich daraus ergebenden Auswirkungen für Rechtsanwender und Praxis nicht aus dem Auge zu verlieren. Gerade in Zeiten von Misstrauen und Ablehnung gegenüber supranationalen Entscheidungen und Vorgaben muss das europäische Recht Augenmaß und Rücksichtnahme auf nationale Besonderheiten widerspiegeln.

---

<sup>13</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 15.12.2011, EU Doc IP/11/1556.

<sup>14</sup> *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 23.5.2013 zu den Verhandlungen der EU mit den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Handels- und Investitionsabkommen, EU Doc T7-0227/2013, Rn. 8.

<sup>15</sup> Präambel des Protokolls zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30.3.2012, ABl. 2014 L 68/2.

<sup>16</sup> 121. Erwägungsgrund der Vergabe-RL 2014/24/EU.

<sup>17</sup> Ebd.

<sup>18</sup> *Europäisches Parlament*, Mapping the Costs of Non-Europe 2014–19 (1<sup>st</sup> edition, European Parliamentary Research Service 2014) S. 10, zugänglich über <http://www.europarl.europa.eu>.