

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) Hochzoning 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 Hilfsgeschäfte/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 konzessionspezifisches 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 Organisationsträgers 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 straßengebundenen 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 Gasnetzkonzeptionen nach § 46 EnWG	330
a) Qualifikation als Dienstleistungskonzession im Sinne des Kartellvergaberechts	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	Bundshaushaltsordnung
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.