

Marie-Christine Reeck

Der funktionale Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 Nr. 2 GWB im Schnittfeld zur wirtschaftlichen Betätigung im Kommunalrecht

Am Beispiel öffentlicher Unternehmen im Schülerspezialverkehr, Ausstellungs- und Messewesen sowie der Abfallentsorgung



Nomos

Kommunalrechtliche Studien

herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Brüning,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Universität Potsdam

Band 7

Marie-Christine Reeck

Der funktionale Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 Nr. 2 GWB im Schnittfeld zur wirtschaftlichen Betätigung im Kommunalrecht

Am Beispiel öffentlicher Unternehmen im Schülerspezialverkehr, Ausstellungs- und Messewesen sowie der Abfallentsorgung



Nomos

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

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5837-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9971-6 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen bis Februar 2019 berücksichtigt.

Nach der intensiven dreijährigen Phase der Erstellung dieser Arbeit gilt mein besonderer Dank zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christoph Brüning, für seine Begeisterung für das von mir vorgeschlagene Thema, den wertvollen fachlichen Austausch, seine Anregungen und Ideen. Seiner vorbildlichen Betreuung verdanke ich, dass ich mein Promotionsvorhaben erfolgreich realisieren konnte. Ihm sowie Herrn Professor Dr. Thorsten Ingo Schmidt danke ich außerdem für die Aufnahme dieses Werks in die Schriftenreihe. Ebenso möchte ich Herrn Prof. Dr. Florian Becker für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Ein Dankeschön gilt auch meinen Freunden, meinem jeweiligen Arbeitgeber – stellvertretend meinem ehemaligen Vorgesetzten Herrn Dr. Axel Wolter – und meinen Arbeitskollegen, die mich auf dem Weg von der Idee bis zur fertigen Fassung stets bestärkt und Verständnis für mein umfangreiches Projekt aufgebracht haben.

Ganz herzlich danke ich meinem Freund Julian S. Klein für seine liebevolle Unterstützung, Lob und konstruktive Kritik, den Rückhalt und die Ermutigung zu diesem Langzeitprojekt. Durch ihn werde ich die Zeit der Erstellung unserer beiden Dissertationen in schöner Erinnerung behalten. Inhaltlich hat seine Bereitschaft, sich auf Diskussionen im Vergabe- und Kommunalrecht einzulassen, wertvolle Ideen beigesteuert.

Schließlich und vor allen danke ich meinen Eltern, Marie-Luise und Jürgen Reeck, die mich auf meinem gesamten Werdegang in jeder erdenklichen Weise unterstützt und mit anspornender wie beruhigender Zuneigung zum Gelingen des Werkes beigetragen haben.

Marie-Christine Reeck

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Problemstellung	15
II. Ziele der Untersuchung	18
III. Gang der Untersuchung	20
IV. Beispiele	22
1. Schülerspezialverkehr (Beispiel 1)	22
2. Messebetrieb (Beispiel 2)	23
3. Abfallentsorgung (Beispiel 3)	24
B. Unions- und verfassungsrechtliche Maßgaben	27
I. Rechtsquellen	27
II. Zulässigkeit kommunaler Unternehmen	28
1. Europarecht und kommunale Selbstverwaltung	29
2. Verfassungsrecht und kommunale Selbstverwaltung	31
a. Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)	31
b. Doppelwirkung der Sozialstaatsverpflichtung bei kommunaler Betätigung	35
III. Handlungsbeschränkungen kommunaler Unternehmen	36
1. Europarecht	37
a. Europäische Verpflichtung zu einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb	37
aa. Europäischer Binnenmarkt als einheitlicher Wirtschaftsraum	38
bb. Unionsrechtliche Funktionsgarantie von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	38
b. Europäische Grundfreiheiten zur Gewährleistung des einheitlichen Binnenmarkts	40
c. Weitere Vorgaben des Primär(vergabe)rechts	42
d. Europäisches Sekundärrecht: Vergaberechtsrichtlinien	44
2. Verfassungsrecht	46
a. Neutralität des Grundgesetzes und soziale Marktwirtschaft	47

Inhaltsverzeichnis

b.	Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung aus dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip	47
c.	Bindung an konkurrentenschützende Grundrechte	48
aa.	Die Wettbewerbsfreiheit	50
(1)	Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	50
(2)	Das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	52
bb.	Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)	53
IV.	Bewertung und Zwischenfazit	54
C.	Vergaberechtliche Behandlung wirtschaftlicher Betätigung	56
I.	Einführung	56
II.	Öffentliche Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB	56
1.	Juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts	58
2.	Im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit	59
a.	Definition	59
aa.	Europarechtskonforme Auslegung	60
bb.	Einzelfallbezogene Prüfung des Europäischen Gerichtshofs	61
cc.	Nationale Rechtsprechung	63
b.	Rechtsform als Indiz	63
c.	Allgemeininteresse und Beispiele	64
aa.	Schülerspezialverkehr	64
bb.	Messdienstleistungen	65
cc.	Abfallentsorgung	65
d.	Zwischenfazit	67
3.	Nichtgewerblichkeit	67
a.	Definition	68
aa.	Indizien nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	68
bb.	Wortlautauslegung	71
cc.	Historisch-genetische Auslegung	73
dd.	Historisch-teleologische Auslegung	76
ee.	Zwischenfazit	77
b.	Gewinnerzielungsabsicht	78
c.	Wettbewerb auf dem bestehenden Markt	78
aa.	Die Entwicklung des Wettbewerbskriteriums	79
bb.	Kartellrechtlicher Wettbewerbsbegriff	81

cc.	Wettbewerb nach volkswirtschaftlichem Verständnis	83
	(1) Wettbewerbstheorien	83
	(2) Intensität des Wettbewerbs bei unterschiedlichen Marktformen	86
	(3) Marktwirtschaft als Wirtschaftssystem	88
	(4) Bedeutung des Staates und staatlicher Regulierung	89
dd.	Prüfungsmaßstab und wettbewerbsrelevante Indizien	90
d.	Wettbewerb und Beispiele	93
aa.	Schülerspezialverkehr	93
	(1) Referenzmarkt für Schülertransportdienstleistungen	93
	(2) Anbieten von Schülertransportdienstleistungen im Wettbewerb	94
bb.	Messedienstleistungen	96
	(1) Referenzmarkt für Ausstellungs- und Messedienstleistungen	97
	(2) Anbieten von Ausstellungs- und Messedienstleistungen im Wettbewerb	97
cc.	Wettbewerb in der Abfallwirtschaft (Abfallbehandlung und -entsorgung)	99
	(1) Referenzmärkte für Deponierung und thermische Abfallbehandlung	100
	(2) Anbieten von Dienstleistungen für hausmüllähnliche Gewerbeabfälle im Wettbewerb	103
	(3) Anbieten von Dienstleistungen für Haushaltsabfälle im Wettbewerb	105
	(4) Zusammentreffende Entsorgung von Hausmüll und gewerblichen Abfällen	109
dd.	Zwischenfazit	110
e.	Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken	111
f.	Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln	115
g.	Zwischenfazit	116
4.	Besonderer Gründungszweck	117
5.	Besondere Staatsgebundenheit (Staatsnähe)	118
6.	Fazit zur vergaberechtlichen Behandlung wirtschaftlicher Betätigung nach § 99 Nr. 2 GWB	121

Inhaltsverzeichnis

III. Sektorenauftraggebereigenschaft nach § 100 GWB	123
1. Voraussetzungen	123
2. Ausnahme: Tätigkeiten im Wettbewerb	125
3. Sektorenauftraggeber und Beispiele	127
4. Fazit	128
D. Kommunalrechtliche Behandlung wirtschaftlicher Betätigung	129
I. Einführung	129
II. Rechtsgrundlagen	130
III. Die wirtschaftliche Betätigung	132
1. Landesrechtliche Legaldefinitionen	132
2. Begriffsverständnis in Landesrechtsordnungen ohne Legaldefinition	133
3. Kriterien der wirtschaftlichen Betätigung	133
a. Das Bestehen eines Marktes	133
b. Tätigwerden auf dem Markt	135
c. Bewertung und Zwischenfazit	135
4. Die Fiktion der nichtwirtschaftlichen Betätigung	136
a. Problem der starren Kategorisierung	137
b. Nichtwirtschaftliche Betätigung und Beispiele	140
aa. Schülerspezialverkehr	140
bb. Messdienstleistungen	141
cc. Abfallentsorgung	142
c. Bewertung und Zwischenfazit	144
IV. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (sog. Schrankentrias)	146
1. Erfordernis des öffentlichen Zwecks	147
a. Weite Auslegung des öffentlichen Zwecks	147
b. Die Begriffe Erforderlichkeit und Rechtfertigung	149
c. Nebentätigkeiten	151
d. Öffentlicher Zweck und Beispiele	152
aa. Schülerspezialverkehr	153
bb. Messdienstleistungen	153
cc. Abfallentsorgung	154
e. Zwischenfazit (These 1)	154
2. Leistungsfähigkeit	155
3. Subsidiarität	157
a. Allgemeine Restriktionen kommunalwirtschaftlicher Betätigung	157
b. Einfache und qualifizierte Subsidiaritätsklausel	160

c.	Prüfungsmaßstab der Subsidiaritätsklausel	161
aa.	Vergleichsgegenstand der Subsidiaritätsklausel	161
bb.	Vorüberlegungen zur Marktstruktur	162
cc.	Vergleichskriterien	163
	(1) Der Qualitätsvergleich – „ebenso gut“ bzw. „besser“?	164
	(a) Kontinuierliche Leistungserbringung	165
	(b) Weitere Qualitätskriterien	166
	(2) Der Wirtschaftlichkeitsvergleich – Berücksichtigung von volkswirtschaftlichen Aspekten?	168
dd.	Marktanalyse und Markterkundungsverfahren	171
ee.	Ausnahmen und Freistellungsregelungen	173
d.	Subsidiarität und Beispiele	175
aa.	Schülerspezialverkehr	175
bb.	Messedienstleistungen	176
cc.	Nichtwirtschaftliche Betätigung der Abfallentsorgung	177
e.	Zwischenfazit (These 2)	179
4.	Die Privilegierung energiewirtschaftlicher Betätigung	181
V.	Die Voraussetzungen zur Gründung von und Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften	182
1.	Sicherstellung der öffentlichen Zweckerfüllung	182
2.	Haftungsbegrenzung und begrenzte Verlustübernahmen	183
3.	Angemessener Einfluss	184
4.	Beschränkung der Rechtsformwahl	184
5.	Mittelbare Beteiligung	185
6.	Ausrichtung des Unternehmens an Wirtschaftsgrundsätzen	186
7.	Bewertung und Zwischenfazit (These 3)	187
VI.	Fazit zur kommunalrechtlichen Behandlung wirtschaftlicher Betätigung	187
E.	Konvergenzen und Divergenzen	190
I.	Schnittmengen im materiellen Recht	190
1.	Erste These: Gleichlauf Allgemeininteresse und öffentlicher Zweck	190
2.	Zweite These: Nichtgewerblichkeit und Subsidiaritätsklausel	193
a.	Divergierende Rechtsquellen und Begriffsheighten	194

Inhaltsverzeichnis

b.	Konvergenzen im Merkmal Wettbewerb	196
aa.	Tatbestandsvoraussetzung der Nichtgewerblichkeit und die Anforderungen der Subsidiaritätsklauseln	196
(1)	Übereinstimmender Schutzzweck	196
(2)	Bedeutung der gemeinsamen Voraussetzung des Wettbewerbs für die Gesetzesanwendung	197
bb.	Vergaberechtliche Nachprüfbarkeit und kommunalrechtlicher Beurteilungsspielraum	199
cc.	Rechtsfolgen eines bestehenden Wettbewerbs in Vergabe- und Kommunalrecht	202
c.	Ausnahmen: Durchbrechungen von These 2	203
d.	Sonderkonstellationen	205
aa.	Vergaberechtliche Infizierungstheorie und kommunalrechtliche Nebentätigkeiten	205
bb.	Sektorenauftraggebereigenschaft und kommunalrechtliche Privilegierungen	206
(1)	Tatbestandlich erfasste Tätigkeitsfelder	207
(2)	Zwecke der gesetzlichen Spezialregelungen	208
(3)	Rechtsfolge	208
e.	Fazit zu These 2 und Beispiele	209
3.	Dritte These: Kommunale Unternehmen des Privatrechts und Wettbewerbsvoraussetzungen	212
4.	Ausnahmen bei öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit	214
5.	Fazit	215
II.	Schnittmengen im Rechtsschutz	217
1.	Fallkonstellationen	217
a.	Fallkonstellation 1: Kommunales Unternehmen als Bieter	218
b.	Fallkonstellation 2: Kommunales Unternehmen als Auftraggeber	218
2.	Rechtsschutz im Vergaberecht	220
3.	Rechtsschutz im Kommunalrecht	222
a.	Drittsschutz der Schrankentrias	223
aa.	Öffentlicher Zweck	225
bb.	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf	228
cc.	Subsidiaritätsklausel	228
(1)	Bundesländer mit ausdrücklicher Regelung: Hessen und Brandenburg	229

(2) Auslegung des Wortlauts	230
(a) Vergleichsgruppe „private Anbieter“ oder „private Dritte“: Baden-Württemberg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen	231
(b) Vergleichsgruppe „Dritte“ oder „andere“: Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Thüringen	233
(c) Vergleichsgruppe „andere Unternehmen“: Nordrhein-Westfalen	236
(d) Keine Vergleichsgruppe: Schleswig-Holstein	239
(3) Genetisch-historische Auslegung	240
(4) Systematisch-teleologische Auslegung	245
dd. Bewertung und Zwischenfazit	248
b. Drittschutz aus Grundrechten	252
4. Alternative Rechtsschutzmöglichkeiten	253
5. Prüfungsumfang im vergaberechtlichen und kommunalrechtlichen Rechtsschutz	255
a. Prüfungsumfang des vergaberechtlichen Rechtsschutzes	255
aa. Kommunalrechtliche Zulässigkeit eines Bieters	255
(1) Die Praxis der vergaberechtlichen Rechtsschutzinstanzen	256
(2) Ablehnende Auffassung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	258
(3) Bewertung	260
bb. Kommunalrechtliche Zulässigkeit des Auftraggebers	264
b. Prüfungsumfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes	266
c. Bewertung und Zwischenfazit	267
III. Vermeidung von divergierenden Entscheidungen	268
1. Vermeidung echter Divergenzen	268
a. Instrumente des Prozessrechts	269
aa. Verbot der doppelten Rechtshängigkeit	270
bb. Aussetzung des Verfahrens	271
(1) Rechtlicher Maßstab	271
(2) Aussetzungsmöglichkeiten im Vergaberechtsschutz	272

Inhaltsverzeichnis

cc.	Entgegenstehende materielle Rechtskraft und Bindungswirkung für weitere Entscheidungen	273
	(1) Rechtlicher Maßstab	274
	(2) Bindungswirkung im Vergabe- und Verwaltungsrechtsschutz	275
dd.	Zwischenfazit	276
b.	Lösungsvorschlag	276
aa.	Begrenzung der Vorfragekompetenz der Vergabekammern	276
bb.	Nachholung der Ausschreibung	279
2.	Vermeidung unechter Divergenzen	280
a.	Instrumente des Prozessrechts	281
aa.	Verbot der doppelten Rechtshängigkeit	281
bb.	Aussetzung des Verfahrens	281
cc.	Entgegenstehende materielle Rechtskraft und Bindungswirkung für weitere Entscheidungen	282
dd.	Bewertung und Zwischenfazit	283
b.	Lösungsvorschlag: Harmonisierung materiell-rechtlicher Rechtsanwendung	283
F.	Schlussbetrachtung und Ausblick	286
I.	Zum materiell-rechtlichen Schnittfeld von funktionalem Auftraggeberbegriff und Zulässigkeit kommunaler Unternehmen	286
II.	Zum Umgang von Vergabe- und Gemeinderecht mit ehemaligen Monopolbereichen	289
III.	Zum prozessualen Schnittfeld im Rechtsschutz und zum Risiko divergierender Entscheidungen	290
IV.	Perspektiven	292
	Literaturverzeichnis	295
	Internetquellenverzeichnis	309