

Frank Peter Ohler

Zum Begriff des Öffentlichen
Auftraggebers im Europäischen
Vergaberecht



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

IX

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	1
I. Die Rechtsgrundlagen des Auftraggeberbegriffes im Europäischen Vergaberecht	1
1. Die Rechtsgrundlagen des Europäischen Vergaberechts	1
2. Die Rechtsgrundlagen des Auftraggeberbegriffes	3
a) Die Auftraggeber bei den Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen	3
b) Die Auftraggeber in den Sektoren	3
c) Die Auftraggeberverzeichnisse der Richtlinien	4
II. Das Vergaberecht und der Auftraggeberbegriff	6
1. Ökonomische Aspekte der Auftragsvergabe und Notwendigkeit einer Regulierung	7
a) Der Zielkonflikt bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages	7
b) Folgerungen für den Auftraggeberbegriff	12
2. Die gemeinschaftsrechtliche Dimension des Öffentlichen Auftragswesens und der Auftraggeberbegriff	15
a) Die Öffnung der Beschaffungsmärkte vor dem Hintergrund des Binnenmarktkonzeptes	15
aa) Der Binnenmarkt und das Vergaberecht	16
bb) Die öffentlichen Auftraggeber im Binnenmarkt	19
b) Wettbewerbsrelevante Regelungen des Vergaberechts und Auftraggeberbegriff	20
c) Die Bedeutung der Grundfreiheiten für das Vergaberecht und den Auftraggeberbegriff	22
III. Gang der Darstellung	28

X

B	Allgemeiner Teil: Der Auftraggeberbegriff des Europäischen Vergaberechts	30
I.	Zum Auftraggeberbegriff des allgemeinen Europäischen Vergaberechts der BKR, LKR und DKR	31
1.	Einrichtung und Rechtspersönlichkeit	31
2.	Das Allgemeininteresse	32
a)	Der Wortlaut der Regelung	32
b)	Das Allgemeininteresse bei Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden sind nach Art 86II EG	33
aa)	Einführung	33
bb)	Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Unternehmen des Art 86 II EG	34
cc)	Der Begriff des allgemeinen Interesses	35
dd)	Ergebnis	38
c)	Allgemeine Interessen und die Warenverkehrsfreiheit des Art 28 EG	38
d)	Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses	40
e)	Der Begriff des Allgemeininteresses im Vergaberecht	42
aa)	Begriff des Gemeinschaftsrechts	43
bb)	Allgemeininteresse und Handeln in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform	45
cc)	Materieller Gehalt des Allgemeininteresses	45
(1)	Das Bestehen einer Wettbewerbssituation	46
(2)	Allgemeininteressen und nichtwirtschaftliche Interessen	48
(3)	Allgemeininteressen und staatliche Aufgaben	49

XI

3.	Das Begriffsmerkmal der nicht gewerblichen Art	50
	a) Begriff des Gemeinschaftsrechts	50
	b) Der Unternehmensbegriff der Art 81, 86 EG	51
	c) Der Unternehmensbegriff der Art 5 0,43 EG	53
	d) Der Unternehmensbegriff im gemeinschaftlichen Vergaberecht	55
	aa) Der Wortlaut der vergaberechtlichen Bestimmungen	55
	bb) Der Unternehmenscharakter einer Einrichtung des öffentlichen Rechts	58
	(1) Der gewerbliche Charakter eines Unternehmens	58
	(2) Unternehmenscharakter und allgemeine Interessen	59
4.	Der besondere Zweck einer Einrichtung des Öffentlichen Rechts	61
	a) Gründungszweck und Hauptzweck	62
	b) Gründungszweck und bereits ausgeübte Tätigkeit	63
5.	Zum Staatsbegriff des Europäischen Vergaberechts	64
	a) Die öffentlichen und begünstigten Unternehmen nach Art 86 EG	65
	aa) Einleitung	65
	bb) Die öffentlichen Unternehmen	66
	(1) Der Begriff der „Transparenzrichtlinie“	67
	(2) Ansatzpunkte eines allgemeinen Begriffes der öffentlichen Unternehmen	69
	b) Zum Begriff der staatlichen Beihilfen nach Art 87 EG	71
	aa) Einleitung	71

XII

bb)	Die Zurechnung einer Beihilfe zum staatlichen Bereich	73
cc)	Zusammenfassung	75
c)	Die staatlichen Maßnahmen des Art 28 EG	76
aa)	Einleitung	76
bb)	Der Staatsbegriff des Art 28 EG	78
d)	Zum Staatsbegriff nach den Grundsätzen der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit einer Richtlinie	81
aa)	Einleitung	81
bb)	Der Staatsbegriff	84
e)	Zum Staatsbegriff des Vergaberechts	86
aa)	Funktionale Betrachtungsweise des Staates	86
(1)	Die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rs 31/87	87
(2)	Vom Staatsbegriff der Grundfreiheiten zum Staatsbegriff des Vergaberechts	89
(3)	Rechtstatsächliche Aspekte einer funktionalen Betrachtung	91
bb)	Der funktionale Ansatz in den neugefaßten Vorschriften des Europäischen Vergaberechts	92
(1)	Die Einrichtung des öffentlichen Rechts als funktionaler Staatsbegriff	92
(2)	Funktionales Begriffsverständnis als Neuausrichtung des Vergaberechts ?	93
(3)	Der formelle Staatsbegriff des Vergaberechts	97
cc)	Die materiellen Zurechnungselemente einer staatlichen Tätigkeit	97
(1)	Beherrschung einer Einrichtung durch den Staat	98

XIII

(a)	Die Finanzierung	98
(b)	Die Aufsicht	100
(c)	Der personelle Einfluß	103
(d)	Zusammenfassung	105
(2)	Der Staatsbegriff des Vergaberechts und die Erfüllung einer Aufgabe im allgemeinen Interesse	108
(3)	Der Staatsbegriff des Vergaberechts und der gewerbliche Charakter	112
(a)	Wettbewerb als Einfluß auf das Einkaufsverhalten	112
(b)	Auftraggeberbegriff und Wettbewerbsverhältnis	114
(c)	Auftraggeberbegriff und Privatisierung	117
6.	Die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Vergaberechts bei der Vergabe von Aufträgen durch Dritte	118
a)	Die Auftragsvergabe durch Dritte bei einer Subvention durch einen öffentlichen Auftraggeber	119
b)	Die Sonderregelung zu den Baukonzessionsverträgen und den Bauleistungen durch Dritte nach den Erfordernissen eines öffentlichen Auftraggebers	121
II.	Der Auftraggeberbegriff der SKR	124
1.	Einführung	124
a)	Die Sektorentätigkeit als konstituierendes Begriffsmerkmal	124
b)	Die wirtschaftlichen und rechtstatsächlichen Besonderheiten bei den Sektorenunternehmen	126
aa)	Das funktionale Begriffsverständnis	126
bb)	Zur Zielsetzung des gemeinschaftlichen Sonderrechts im Sektorenbereich	128

XIV

(1)	Die Marktabschottung aufgrund der besonderen Begünstigung der Sektoreunternahmen	129
(2)	Zu der Marktabschottung aufgrund der besonderen Einflußmöglichkeiten des Staates auf die Sektoreunternahmen	132
2.	Der Auftraggeberbegriff des gemeinschaftlichen Vergaberechts der Sektoreunternahmen	132
a)	Zum Begriff der staatlichen Behörden und öffentlichen Unternehmen	132
aa)	Die staatlichen Behörden	132
bb)	Die öffentlichen Unternehmen	133
b)	Die Stellen, die ihre Tätigkeit auf Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben	137
aa)	Zum Begriff der begünstigten Unternehmen im Wettbewerbsrecht	13 8
bb)	Die begünstigten Unternehmen als Adressaten des Sektorenvergaberechts	142
(1)	Zum Gehalt von besonderen und ausschließlichen Rechten	142
(2)	Inhalt und Umfang einer Begünstigung bei Gewährung eines ausschließlichen Rechts	143
(3)	Inhalt und Umfang einer Begünstigung bei Gewährung eines besonderen Rechts	148
(4)	Die Anforderungen des Vergaberechts an die begünstigten Stellen	150
C	Besonderer Teil: Einzelfragen zum Auftraggeberbegriff	152
I.	Einleitung	152
II.	Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und gemeinschaftliches Vergaberecht	152

1.	Einleitung	152
2.	Die Rundfunkanstalten als Einrichtungen des öffentlichen Rechts	154
	a) Die rechtliche Verfaßtheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und Rechtspersönlichkeit	154
	b) Die Staatsaufsicht und das Selbstverwaltungsrecht der Rundfunkanstalten	155
	c) Der personelle Einfluß des Staates auf die Selbstverwaltungsorgane einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt	157
	d) Die Rundfunkgebühren und die staatliche Finanzierung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts	159
	e) Die Erfüllung von Aufgaben im allgemeinem Interesse und der Grund Versorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	167
	f) Der gewerbliche Charakter der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	169
	g) Der Einfluß der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf das Vergaberecht	170
3.	Ergebnis	172

III. Die Religionsgemeinschaften und das Europäische Vergaberecht **173**

1.	Einleitung	173
2.	Die Religionsgemeinschaften als Einrichtungen des Öffentlichen Rechts	174
	a) Die rechtliche Verfaßtheit der Religionsgemeinschaften und Rechtspersönlichkeit	174
	b) Die Staatsaufsicht und das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften	175

c)	Die staatliche Finanzierung, insbesondere durch die Kirchensteuern	177
d)	Die Erfüllung von Aufgaben im allgemeinen Interesse	182
e)	Der nichtgewerbliche Charakter der Religionsgemeinschaften	186
f)	Das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften als Anwendungssperre des Vergaberechts	188
3.	Ergebnis	191
D.	Zusammenfassung - Der Wandel des Vergaberechts vom Haushaltsrecht zum Marktordnungsrecht	192
I.	Der Einfluß des allgemeinen gemeinschaftlichen Vergaberechts	193
1.	Der Staatsbegriff in Form der Einrichtung des öffentlichen Rechts	194
2.	Die funktionale Begriffsbildung	195
3.	Die gemeinschaftsrechtliche Dimension des Vergaberechts	197
4.	Die Zielsetzungen des Vergaberechts als Auslegungskriterium und Fragen einer erweiternden Auslegung des Auftraggeberbegriffes	200
a)	Die sinnorientierte Auslegung des Auftraggeberbegriffes in der Rechtsprechung des Gerichtshofes	200
b)	Fragenkreise einer Erweiterung und einer Einschränkung des Auftraggeberbegriffes	202
aa)	Vergabestelle ohne Rechtspersönlichkeit als Auftraggeber	202
bb)	Konzerninterne und Jn-house" Vergaben	202
cc)	Tätigkeit von allgemeinem Interesse als Neben-	203

XVII

zweck

c)	Zweckorientierte Auslegung und Rechtssicherheit	204
d)	Die Notwendigkeit eines Vergaberegimes als Auslegungsmaßstab	205
aa)	Vergabestelle ohne Rechtspersönlichkeit als Auftraggeber	205
bb)	Konzerninterne und „in-house“ Vergaben	206
cc)	Tätigkeit von allgemeinem Interesse als Nebenzweck	207
dd)	Ausgründungen und Auftraggeberbegriff	209
II.	Der Einfluß des besonderen gemeinschaftlichen Vergaberechts	211
1.	Die Sektorentätigkeit	212
2.	Der Auftraggeberbegriff	212