

**Beiträge zum Vergaberecht**

---

**Band 10**

# **Die öffentliche Hand als Bieter im Vergabeverfahren**

**Von**

**Stefan Helmich**



**Duncker & Humblot · Berlin**

STEFAN HELMICH

## Die öffentliche Hand als Bieter im Vergabeverfahren

# Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin  
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 10

# Die öffentliche Hand als Bieter im Vergabeverfahren

Von

Stefan Helmich



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer  
hat diese Arbeit im Jahre 2023 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  
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 2364-8724  
ISBN 978-3-428-19133-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-59113-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur habe ich bis April 2024 für die Drucklegung berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow, der die Arbeit während des gesamten Promotionsverfahrens sehr freundlich und umsichtig betreut hat. Herrn Prof. Dr. Mario Martini bin ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sehr verbunden. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow und Herrn Prof. Dr. Thorsten Siegel verdanke ich zudem die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe.

Für die finanzielle und ideelle Förderung meines Promotionsstudiums danke ich dem Evangelischen Studienwerk Villigst e.V.

Meinen Eltern Siegfried und Karla Helmich möchte ich aufrichtig dafür danken, dass sie mich in all meinen Vorhaben vorbehaltlos unterstützt und bestärkt haben. Von ganzem Herzen dankbar bin ich schließlich meiner Frau Firand Helmich, die mir in allen Phasen dieser Arbeit mit großem Einsatz zur Seite stand.

Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hannover, im Januar 2025

*Stefan Helmich*





# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil

<b>Einleitung</b>	35
-------------------	----

## 2. Teil

<b>Die öffentlichen Bieter im harmonisierten Vergaberecht</b>	40
A. Begriffsbestimmung	40
I. Ausgangspunkt: Begriff des Wirtschaftsteilnehmers	40
1. Legaldefinition	40
2. Vergleich mit dem wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff	43
a) Funktionaler Unternehmensbegriff	43
b) Parallelen zwischen Unternehmens- und Wirtschaftsteilnehmerbegriff	47
aa) Formulierung	47
bb) Zielsetzung	47
3. Funktionale Auslegung des Wirtschaftsteilnehmerbegriffs	53
II. Merkmale des Wirtschaftsteilnehmerbegriffs	54
1. Anbieten von Leistungen auf dem Markt	54
2. Unbeachtlichkeit einer öffentlichen Rechtsform	54
3. Unbeachtlichkeit einer nichtgewerblichen Ausrichtung	55
a) Einfluss der funktionalen Auslegung	56
b) Urteil des EuGH vom 23.12.2009 ( <i>CoNISMa</i> )	57
aa) Sachverhalt	57
bb) Vorlagefragen	58
cc) Urteilsbegründung	59
c) Urteil des EuGH vom 18.12.2014 ( <i>Data Medical Service</i> )	63
aa) Sachverhalt	63
bb) Vorlagefragen	64
cc) Urteilsbegründung	66
d) Bewertung	67
4. Rechtsfähigkeit	73
5. Zwischenergebnis	74
III. Zuordnung eines Wirtschaftsteilnehmers zur staatlichen Sphäre	74
IV. Ergebnis	76

B. Berechtigung zur Teilnahme an Vergabeverfahren .....	77
C. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen .....	77
I. Amt .....	78
II. Regiebetrieb .....	78
III. Eigenbetrieb .....	80
1. Definition .....	80
2. Erscheinungsformen .....	81
3. Organisation .....	82
IV. Anstalt des öffentlichen Rechts .....	84
1. Definition .....	84
2. Erscheinungsformen .....	85
3. Organisation .....	86
4. Anstaltslast .....	87
a) Definition .....	87
b) Gesetzliche Regelungen .....	88
c) Diskussion über ein Rechtsinstitut der Anstaltslast .....	90
d) Bewertung .....	92
e) Ergebnis .....	95
5. Gewährträgerhaftung .....	96
a) Definition .....	96
b) Gesetzliche Regelungen .....	96
V. Ergebnis .....	97
D. Teilnahme unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsbeschränkungen .....	97
I. Relevante Marktzutrittsbeschränkungen .....	98
1. Regelungen über den Marktzutritt kommunaler Unternehmen .....	98
a) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen .....	99
aa) Öffentlicher Zweck .....	100
bb) Leistungsfähigkeitsbezug .....	102
cc) Subsidiaritätsklausel .....	102
b) Örtlichkeitsprinzip .....	104
c) Drittschutz .....	108
aa) Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz .....	108
bb) Zivilgerichtlicher Rechtsschutz .....	110
2. Regelungen über den Marktzutritt sonstiger Unternehmen .....	111
II. Vergaberechtliche Anknüpfungsnormen .....	112
1. Erfordernis einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm .....	112
2. Eignungsprüfung .....	115
a) Grundlagen .....	115

b) Zuverlässigkeit .....	116
c) Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung .....	119
d) Leistungsfähigkeit .....	119
e) Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14.10.2020 ( <i>Kerpen</i> ) .....	119
3. Wettbewerbsgrundsatz .....	121
4. Status als Wirtschaftsteilnehmer .....	123
5. Bewertung .....	124
a) Eignungsprüfung .....	124
b) Wettbewerbsgrundsatz .....	129
aa) Schutzzweck .....	129
bb) Elemente einer wettbewerblichen Beschaffung .....	132
cc) Funktion im Gefüge der Vergaberichtlinien .....	132
c) Status als Wirtschaftsteilnehmer .....	134
d) Teilnahmeverbot aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz .....	135
aa) Zulässige Ausschlussgründe .....	135
bb) Ausprägungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	139
cc) Gleichbehandlung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte ..	141
dd) Objektive Rechtfertigung .....	144
ee) Zwischenergebnis .....	147
ff) Richtlinienkonforme Auslegung des § 103 I GWB .....	149
gg) Maßstab der Inzidentprüfung .....	153
E. Ergebnis .....	155

### 3. Teil

<b>Beihilfenrechtliche Grundlagen</b> .....	<b>156</b>
A. Schutz der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung .....	156
B. Beihilfenverbot des Art. 107 I AEUV .....	160
I. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	160
1. Schutzzweck des Beihilfenverbots .....	160
2. Beihilfenaufsicht durch die Kommission .....	160
3. Kategorien der Rechtswidrigkeit von Beihilfen .....	162
a) Materiell rechtswidrige Beihilfen .....	163
aa) Definition .....	163
bb) Verfahren bei angemeldeten Beihilfen .....	163
b) Formell rechtswidrige Beihilfen .....	164
aa) Definition .....	164
bb) Verfahren .....	165

4.	Missbräuchlich angewendete Beihilfen .....	165
a)	Definition .....	165
b)	Verfahren .....	166
5.	Weites Verständnis des Beihilfenbegriffs .....	167
II.	Tatbestandsmerkmale .....	168
1.	Begünstigung .....	168
2.	Selektivität .....	171
3.	Wettbewerbsverfälschung .....	172
4.	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels .....	173
5.	Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung .....	174
a)	Staatlichkeit der Mittel .....	174
b)	Übertragung staatlicher Mittel .....	176
III.	De-minimis-Beihilfen .....	179
C.	Beihilfenrechtliche Beurteilung staatlicher Haftungszusagen .....	180
I.	Grundlagen .....	181
1.	Relevanz zukünftiger finanzieller Belastungen .....	181
2.	Beteiligte einer Haftungszusage .....	181
3.	Bürgschaftsmitteilung der Kommission .....	182
II.	Urteil des EuGH vom 19.3.2013 ( <i>Bouygues</i> ) .....	184
1.	Sachverhalt .....	185
2.	Beschluss der Kommission vom 2.8.2004 .....	187
3.	Urteil des EuG vom 21.5.2010 .....	190
4.	Urteilsbegründung .....	192
5.	Interpretation der Entscheidung .....	194
a)	Kriterium der Übertragung staatlicher Mittel .....	194
b)	Verbindung zwischen Begünstigung und Mittelübertragung .....	194
c)	Hinreichend konkretes wirtschaftliches Risiko .....	197
6.	Ermittlung des wirtschaftlichen Risikos für den Staatshaushalt .....	201
a)	Wirtschaftlicher Vermögensbegriff des Strafrechts .....	201
aa)	Grundlagen .....	201
bb)	Vermögenscharakter von Erwerbsaussichten .....	202
b)	Wirtschaftliche Betrachtung der Beihilfenqualität .....	203
c)	Zwischenergebnis .....	206
d)	Bewertung .....	207
III.	Urteil des EuGH vom 3.4.2014 ( <i>La Poste</i> ) .....	209
1.	Sachverhalt .....	210
2.	Beschluss der Kommission vom 27.2.2010 .....	211
3.	Urteil des EuG vom 20.9.2012 .....	213
4.	Urteilsbegründung .....	215
5.	Bewertung .....	217

IV.	Urteil des EuGH vom 19.9.2018 ( <i>IFPEN</i> )	218
1.	Sachverhalt	218
2.	Beschluss der Kommission vom 29.6.2011	219
3.	Urteil des EuG vom 26.5.2016	221
4.	Urteilsbegründung	224
5.	Urteil des EuG vom 5.10.2020	225
6.	Bewertung	226
V.	Ergebnis	231
D.	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	231
I.	Tatbestandsmerkmale des Art. 106 II AEUV	231
II.	Kostenerstattung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	235
1.	Tatbestandslösung	235
2.	Rechtfertigungslösung	237
III.	Almunia-Paket der Kommission	238

#### 4. Teil

### **Wettbewerbsvorteile öffentlicher Bieter im Lichte des Beihilfentatbestands**

240

A.	Anstaltslast	240
I.	Rechtliche Rahmenbedingungen	240
II.	Diskussion über den Beihilfengehalt der Anstaltslast	240
III.	Bewertung	242
1.	Beziehungen zu Finanzinstituten, Lieferanten und Kunden	242
2.	Erfüllung der Anstaltslast	247
IV.	Ergebnis	247
B.	Gewährträgerhaftung	247
I.	Rechtliche Rahmenbedingungen	247
II.	Diskussion über den Beihilfengehalt der Gewährträgerhaftung	248
III.	Bewertung	249
1.	Beziehungen zu Finanzinstituten, Lieferanten und Kunden	249
2.	Anwendbarkeit des Privatinvestortests	249
3.	Marktmäßige Gegenleistung	252
IV.	Ergebnis	254
C.	Gesetzlich determinierte Insolvenzunfähigkeit	254
I.	Problemstellung	254
II.	Rechtliche Rahmenbedingungen	255
1.	Insolvenzunfähigkeit	255

2. Insolvenzunfähige Einrichtungen .....	255
a) Bund und Länder .....	255
b) Sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts .....	257
III. Pflicht zur Eigenkapitalunterlegung bei Körperschaftskrediten .....	259
1. Begriff des Körperschaftskredits .....	259
2. Bankenaufsichtsrechtliche Vorgaben .....	259
IV. Diskussion über den Beihilfengehalt der Insolvenzunfähigkeit .....	261
V. Beschluss der Kommission vom 26.10.2015 ( <i>SMBW</i> ) .....	262
VI. Bewertung .....	265
1. Beziehungen zu Finanzinstituten .....	265
a) Kreditvorteile aufgrund einer reduzierten Pflicht zur Eigenkapitalunterlegung .....	266
b) Sonstige Kreditvorteile .....	267
2. Beziehungen zu Lieferanten und Kunden .....	271
VII. Ergebnis .....	271
D. Freistellung von Umlageverpflichtungen bezüglich Insolvenzgeld und Betriebsrente .....	271
I. Problemstellung .....	271
II. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	272
1. Insolvenzgeld .....	273
2. Betriebsrente .....	274
III. Steuerrechtliche Souveränität der Mitgliedstaaten .....	275
IV. Staatlich gewährte Begünstigung .....	276
V. Selektivität .....	276
1. Selektivitätsmaßstab bei steuerrechtlichen Maßnahmen .....	277
2. Allgemeine Regel des Steuersystems .....	280
3. Abweichung zugunsten bestimmter Unternehmen .....	281
a) Abweichung von einer allgemeinen Regel .....	281
b) Vergleichbare Situation der Unternehmen .....	281
c) Vergleichbarkeit mit Blick auf das Ziel der Maßnahme .....	282
VI. Ergebnis .....	284
E. Status als insolvenzferne Einrichtung des öffentlichen Rechts .....	284
I. Problemstellung .....	284
II. Einrichtung des öffentlichen Rechts .....	284
1. Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben .....	285
2. Nichtgewerblichkeit .....	286
a) Allgemeine Kriterien .....	286
b) Wahrscheinlichkeit staatlicher Rekapitalisierung .....	287
c) Bewertung .....	291

III.	Diskussion über den Beihilfengehalt faktischer Rekapitalisierungsmechanismen .....	293
IV.	Bewertung .....	294
1.	Beziehungen zu Finanzinstituten .....	294
2.	Beziehungen zu Lieferanten und Kunden .....	298
3.	Durchführung der Rekapitalisierung .....	299
V.	Ergebnis .....	299
F.	Quersubventionen .....	299
I.	Problemstellung .....	299
II.	Definition .....	300
III.	Methoden der Quersubventionierung .....	303
1.	Offene interne Subventionen .....	303
2.	Stille interne Subventionen .....	304
IV.	Effekte von Quersubventionen auf den Wettbewerb .....	305
1.	Volkswirtschaftliche Nachteile .....	305
2.	Volkswirtschaftliche Vorteile .....	306
3.	Beihilfenrechtliche Relevanz .....	307
V.	Kostenmanagement im Unternehmen .....	308
1.	Kostenrechnung .....	309
a)	Zielsetzung .....	309
b)	Kostenbegriff .....	310
2.	Teilgebiete der Kostenrechnung .....	310
a)	Grundlagen .....	310
b)	Kostenartenrechnung .....	311
aa)	Zielsetzung .....	311
bb)	Einzel- oder Gemeinkosten .....	311
cc)	Fixe oder variable Kosten .....	313
c)	Kostenstellenrechnung .....	314
d)	Kostenträgerrechnung .....	315
3.	Kostenzurechnung .....	316
4.	Kostenrechnungssysteme .....	317
a)	Grundlagen .....	317
b)	Differenzierung nach dem Zeitbezug .....	318
c)	Differenzierung nach dem Sachumfang .....	318
aa)	Vollkostenrechnungssysteme .....	319
bb)	Teilkostenrechnungssysteme .....	320
VI.	Identifizierung von Quersubventionen durch Kostendeckungsgrade .....	322
1.	Ökonomische Verfahren .....	323
a)	Fully-Distributed-Costs-Test .....	324
b)	Incremental-Costs-Test .....	325



c) Stand-Alone-Costs-Test .....	327
d) Faulhaber-Regel .....	327
e) Bewertung .....	328
2. Verfahrensweise der EU-Wettbewerbsaufsicht .....	329
a) Kommissionsentscheidungen .....	330
b) Unionsrechtsprechung .....	333
VII. Beihilfengehalt von Quersubventionen .....	335
1. Empfänger einer Quersubvention .....	335
2. Privatinvestortest bei Monopolunternehmen .....	336
3. Relevanter Kostenmaßstab .....	339
4. Berechnung der Beihilfenhöhe .....	340
VIII. Transparenzrichtlinie .....	341
1. Zweck der Richtlinie .....	341
2. Erfasste Unternehmen .....	342
a) Öffentliche Unternehmen .....	342
b) Zur Segmentierung verpflichtete Unternehmen .....	342
c) Ausnahmen vom personellen Anwendungsbereich .....	344
3. Mittel zur Verwirklichung der Transparenz .....	344
a) Offenlegung öffentlicher Mittel .....	344
b) Segmentierung .....	345
4. Verantwortliche .....	346
IX. Ergebnis .....	347
G. Finanzierung durch Inhouse-Geschäfte .....	348
I. Problemstellung .....	348
II. Voraussetzungen ausschreibungsfreier Inhouse-Geschäfte .....	349
1. Entscheidung des EuGH vom 18.11.1999 ( <i>Teckal</i> ) .....	350
2. Die Teckal-Kriterien .....	351
3. Regelung des Inhouse-Geschäfts in Art. 12 VRL, Art. 28 SRL .....	352
a) Dienststellenähnliche Kontrolle .....	353
b) Überwiegende Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber .....	354
c) Keine direkte Beteiligung Privater .....	355
III. Beihilfenrechtliche Relevanz öffentlicher Auftragsvergaben .....	355
IV. Der Nachweis von Marktpreisen im öffentlichen Preisrecht .....	358
1. Rechtliche Grundlagen .....	358
2. Anwendungsbereich der Verordnung PR Nr. 30/53 .....	359
a) Öffentliche Auftraggeber .....	359
b) Auftragnehmer .....	360
c) Öffentlicher Auftrag .....	360
aa) Definition .....	360
bb) Einbeziehung von Inhouse-Geschäften .....	361

3. Verhältnis zum Vergaberecht .....	362
4. Verhältnis zum Beihilfenrecht .....	364
5. Rechtsfolgen der Anwendung des Preisrechts .....	365
a) Höchstpreisprinzip .....	365
b) Geltung der Preistreppe .....	366
c) Preisprüfung .....	367
6. Marktpreise .....	367
a) Marktgängigkeit der Leistung .....	367
aa) Allgemeiner Markt .....	368
bb) Besonderer Markt .....	368
b) Verkehrsüblichkeit des Preises .....	369
aa) Erfordernis mehrerer wettbewerblicher Umsatzakte .....	369
bb) Vermutung eines verkehrsüblichen Preises .....	372
cc) Ermittlung wettbewerblicher Umsatzakte .....	373
c) Abgeleitete Marktpreise .....	375
7. Selbstkostenpreise .....	376
a) Selbstkostenfestpreise .....	378
b) Selbstkostenrichtpreise .....	379
c) Selbstkostenerstattungspreise .....	379
8. Ergebnis .....	379
V. Diskussion über den Beihilfengehalt von Inhouse-Geschäften .....	380
VI. Bewertung .....	384
1. Durchschlagen des Inhouse-Privilegs auf das Beihilfenrecht .....	384
2. Begünstigung durch das wettbewerbsfreie Stammgeschäft .....	386
3. Ermittlung der marktangemessenen Gegenleistung .....	386
a) Benchmarking durch unabhängiges Wertgutachten .....	386
b) Preisprüfung .....	390
aa) Marktpreise .....	390
bb) Abgeleitete Marktpreise .....	392
cc) Selbstkostenpreise .....	393
c) Kompensation auf Basis der Altmark-Rechtsprechung .....	395
4. Widerlegbare Vermutung einer Begünstigung .....	396
5. Ausschreibungslösung .....	398
6. Quersubventionierung von Drittgeschäften .....	398
a) Stille interne Subventionen .....	398
b) Offene interne Subventionen .....	400
7. Aufgliederung der Inhouse-Einrichtung .....	400
VII. Ergebnis .....	401

## 5. Teil

<b>Beihilfebegünstigte öffentliche Bieter im harmonisierten Vergaberecht</b>	<b>403</b>
A. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu beihilfebegünstigten öffentlichen Bietern	403
I. Urteil des EuGH vom 7.12.2000 ( <i>ARGE Gewässerschutz</i> )	403
1. Sachverhalt	403
2. Vorlagefragen	404
3. Entscheidungsbegründung	405
II. Urteil des EuGH vom 23.12.2009 ( <i>CoNISMa</i> )	407
III. Urteil des EuGH vom 18.12.2014 ( <i>Data Medical Service</i> )	407
1. Vorlagefrage	407
2. Entscheidungsbegründung	408
IV. Interpretation der Rechtsprechung	410
1. Frage der „Zulassung“ beihilfebegünstigter Bieter	411
2. Kritik der Literatur	414
3. Aussagen der Urteile <i>ARGE Gewässerschutz</i> und <i>CoNISMa</i>	416
4. Klarstellung durch das Urteil <i>Data Medical Service</i>	418
5. Ergebnis	420
B. Bieterbezogene Ausschlussstatbestände	421
I. Rechtliche Rahmenbedingungen	421
II. Teilnahmeverbot aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz	421
1. Gleichbehandlung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte	421
2. Objektive Rechtfertigung	422
a) Ziel eines weit gefassten Bewerberfeldes	423
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	425
3. Ergebnis	427
III. Teilnahmeverbot aus den Grundfreiheiten	427
IV. Beeinträchtigung der Eignung durch eine Beihilfenrückforderung	429
1. Grundlagen	429
2. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit	431
3. Insolvenzbedingte fakultative Ausschlussgründe	431
a) Zahlungsunfähigkeit	432
b) Insolvenz oder vergleichbare Verfahren	434
c) Liquidation	437
d) Beurteilungsspielraum	438
e) Ermessen	438
4. Mechanismen zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen	439
a) Handlungsinstrumente der Kommission	439

aa) Rückforderungsbeschluss .....	439
bb) Rückforderungsanordnung .....	442
b) Konkurrentenrechtsschutz durch nationale Gerichte .....	442
aa) Schutzpflicht nationaler Gerichte .....	443
bb) Erfordernis einer Rechtsgrundlage für die Beihilfenrückforde- rung .....	446
c) Rechtsbehelfe der Konkurrenten des Beihilfenempfängers .....	446
aa) Grundlagen .....	446
bb) Eröffneter Rechtsweg .....	448
cc) Verwaltungsgerichtliche Hauptsacherechtsbehelfe .....	448
dd) Verwaltungsgerichtliche Eilrechtsbehelfe .....	451
ee) Zivilgerichtliche Rechtsbehelfe .....	453
5. Finanzielle Auswirkungen einer Beihilfenrückforderung .....	455
a) Überschuldung .....	455
aa) Erfordernis einer doppelt positiven Wahrscheinlichkeitspro- gnose .....	455
bb) Eröffnung des vorläufigen Prüfverfahrens .....	457
cc) Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens .....	458
dd) Negativbeschluss .....	459
ee) Konkurrentenrechtsbehelf .....	460
b) Zahlungsunfähigkeit .....	461
6. Drittschutz .....	462
7. Ergebnis .....	463
C. Angebotsbezogene Ausschlussstatbestände .....	464
I. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	464
II. Beihilfefinanziertes Angebot als Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- grundsatz .....	465
III. Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebots .....	466
1. Überblick über die gesetzlichen Regelungen .....	467
a) Bestimmungen der Vergaberichtlinien .....	467
b) Bestimmungen des nationalen Vergaberechts .....	469
c) Offene Fragen .....	469
2. Anhaltspunkte für ein ungewöhnlich niedriges Angebot .....	470
a) Definition .....	470
b) Prüfungsgegenstand .....	471
c) Aufgreifkriterien .....	472
aa) Grundlagen .....	472
bb) Angebotsvergleich .....	474
cc) Kostenschätzung .....	474

3. Entscheidung über die Einleitung des Aufklärungsverfahrens .....	475
a) Prüfungspflicht .....	475
b) Beurteilungsspielraum .....	478
c) Prozentuale Aufgreifschwelle .....	479
4. Allgemeine Grundsätze des Aufklärungsverfahrens .....	482
a) Form- und Fristvorgaben .....	482
b) Inhalt des Aufklärungsverlangens .....	483
c) Darlegungs- und Beweislast .....	483
5. Bewertung der Bietererläuterungen .....	485
a) Grundlagen .....	485
b) Auskömmlichkeitsprüfung .....	485
aa) Auskömmlisches Angebot .....	486
bb) Unterkostenangebot .....	487
cc) Non liquet .....	488
c) Beurteilungsspielraum .....	489
6. Aufklärungsverfahren bei beihilfefinanzierten Angeboten .....	492
a) Darlegungs- und Beweislast .....	492
aa) Grundkonstellation .....	492
bb) Sonderfälle .....	493
b) Berücksichtigungsfähige Beihilfenarten .....	495
aa) Keine rechtmäßigen Beihilfen .....	495
bb) Materiell rechtswidrige Beihilfen .....	497
cc) Formell rechtswidrige Beihilfen .....	498
dd) Missbräuchlich angewendete Beihilfen .....	509
c) Anhaltspunkte für ein ungewöhnlich niedriges Angebot .....	510
d) Kein Erfordernis einer Auskömmlichkeitsprüfung .....	512
e) Kausal- und Rechtswidrigkeitszusammenhang .....	512
f) Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beihilfengewährung .....	514
7. Entscheidung über den Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote .....	516
a) Grundtatbestand .....	517
aa) Stand der Diskussion .....	517
bb) Stellungnahme .....	518
b) Beihilfefinanzierte Angebote .....	521
8. Rechte des vom Angebotsausschluss betroffenen Bieters .....	523
9. Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Nachprüfungsverfahren .....	523
a) Akteneinsichtsrecht der Beteiligten .....	524
b) Beschränkung der Akteneinsicht aus wichtigen Gründen .....	524
c) Abwägung der widerstreitenden Interessen .....	525
d) Ablauf des Zwischenverfahrens .....	527

aa) Verfahren bei positiver Entscheidung .....	529
bb) Verfahren bei negativer Entscheidung .....	530
cc) Begründung einer negativen Entscheidung .....	533
10. Ermittlung spezifischer Beihilfen öffentlicher Bieter .....	534
a) Vorteile in Beziehungen zu Finanzinstituten .....	534
b) Vorteile in Beziehungen zu Lieferanten oder Kunden .....	536
c) Quersubventionen .....	536
aa) Stille interne Subventionen .....	536
bb) Offene interne Subventionen .....	539
d) Vorteile aus Inhouse-Geschäften .....	539
aa) Stille interne Subventionierung des Drittgeschäfts .....	539
bb) Offene interne Subventionierung des Drittgeschäfts .....	539
D. Ergebnis .....	540

## 6. Teil

### **Sonstige Wettbewerbsvorteile öffentlicher Bieter im harmonisierten Vergaberecht**

541

A. Nähebeziehung zum öffentlichen Auftraggeber .....	541
I. Problemstellung .....	541
1. Konflikt mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz .....	542
2. Konflikt mit dem Transparenzgrundsatz .....	543
3. „Böser Schein“ der Parteilichkeit .....	544
II. Ausprägungen einer Nähebeziehung .....	544
1. Beherrschender Einfluss des öffentlichen Auftraggebers .....	545
a) Beherrschung nach § 17 AktG .....	545
b) Beherrschung in sonstiger Weise .....	548
c) Zwischenergebnis .....	548
2. Beherrschender Einfluss des öffentlichen Bieters .....	549
3. Sonstige strukturelle Verbindung .....	550
4. Doppelfunktionen .....	550
III. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Ausschluss von Bietern auf Basis des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	551
1. Urteil des EuGH vom 3.3.2005 ( <i>Fabricom</i> ) .....	551
2. Urteil des EuGH vom 16.12.2008 ( <i>Michaniki</i> ) .....	553
3. Urteil des EuGH vom 19.5.2009 ( <i>Assitur</i> ) .....	553
4. Urteil des EuGH vom 17.5.2018 ( <i>Ecoservice</i> ) .....	555
5. Urteil des EUGH vom 15.9.2022 ( <i>K. Reisen</i> ) .....	555
a) Hintergrund .....	555
b) Sachverhalt .....	556

c) Vorlagefragen .....	556
d) Urteilsbegründung .....	557
6. Ergebnis .....	559
IV. Gesetzliche Regelungen über Interessenkonflikte .....	560
1. Bestimmungen der Vergaberichtlinien .....	560
a) Pflicht zur Neutralisierung von Interessenkonflikten .....	560
aa) Grundlagen .....	560
bb) Begriff des Interessenkonflikts .....	560
b) Bieterbezogene Ausschlussstatbestände .....	561
2. Bestimmungen des nationalen Vergaberechts .....	562
a) Pflicht zur Neutralisierung von Interessenkonflikten .....	562
aa) Systematik .....	562
bb) Persönlicher Anwendungsbereich .....	563
cc) Zeitlicher Anwendungsbereich .....	565
dd) Sachlicher Anwendungsbereich .....	568
ee) Rechtsfolgen .....	572
ff) Widerlegung der Voreingenommenheitsvermutung .....	572
gg) Darlegungs- und Beweislast .....	572
hh) Rechtsfolgen eines Verstoßes .....	573
ii) Drittschutz .....	574
b) Bieterbezogene Ausschlussstatbestände .....	575
3. Ergebnis .....	576
V. Neutralisierung des Risikos von Wettbewerbsverzerrungen .....	576
1. Doppelfunktionen .....	576
a) Problemstellung .....	576
b) Lösungsansätze .....	578
aa) Widerlegung des Interessenkonflikts .....	578
bb) Maßnahmen der personellen und organisatorischen Trennung ..	579
cc) Sonstige Widerlegung der Kausalität .....	580
dd) Ausschluss vom Vergabeverfahren .....	581
2. Institutionelle Interessenkonflikte .....	581
a) Problemstellung .....	581
b) Prüfungsmaßstab .....	583
aa) Nationale Regelungen betreffend Interessenkonflikte .....	583
bb) Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz .....	584
c) Stand der Diskussion .....	585
aa) Vergabe öffentlicher Aufträge .....	585
bb) Vergabe qualifizierter Wegenutzungsrechte .....	586
d) Verfahren bei miteinander verbundenen Bietern .....	589
aa) Problemstellung .....	589

bb) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs .....	589
cc) Nationale Rechtsprechung .....	593
e) Pflicht zu präventiven Maßnahmen in Bezug auf Interessenkonflikte .....	595
aa) Grundlagen im Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz .....	595
bb) Urteil des EuGH vom 12.3.2015 ( <i>eVigilo</i> ) .....	597
cc) Grundlagen in Art. 24 VRL und Art. 42 SRL .....	598
dd) Zurechnung nach Risikosphären .....	598
ee) Zeitlicher Anwendungsbereich .....	600
f) Rechtliche Konsequenzen eines institutionellen Interessenkonflikts .....	600
aa) Möglichkeit zur Widerlegung der Kausalität .....	600
bb) Wiederholung des fehlerhaften Verfahrensabschnitts .....	602
cc) Ausschluss vom Vergabeverfahren .....	602
g) Lösungsansätze .....	605
aa) Widerlegung des Interessenkonflikts .....	605
bb) Maßnahmen der personellen und organisatorischen Trennung .....	607
cc) Sonstige Widerlegung der Kausalität .....	610
dd) Ausschluss vom Vergabeverfahren .....	610
3. Vorfestlegung .....	612
B. Nichtgewerbliche Ausrichtung des öffentlichen Bieters .....	614
I. Problemstellung .....	614
1. Konfliktpotenzial der Verfahrensteilnahme .....	614
2. Frühere Verbote der Teilnahme nichtgewerblich ausgerichteter öffentlicher Einrichtungen .....	615
a) Personeller Anwendungsbereich .....	615
b) Unionsrechtswidrigkeit der Teilnahmeverbote .....	617
c) Aufhebung durch den Normgeber .....	619
3. Urteil des EuGH vom 18.12.2014 ( <i>Data Medical Service</i> ) .....	620
II. Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebots .....	621
1. Prüfungsfaktoren .....	621
2. Unterkostenangebot .....	622
3. Auskömmliches Angebot .....	624
a) Angebot zum Selbstkostenpreis .....	625
b) Angebot mit niedrigem Gewinnzuschlag .....	625
4. Entscheidung über den Angebotsausschluss .....	627
C. Ergebnis .....	627
<b>Gesamtfazit</b> .....	631
I. Teilnahmeberechtigung öffentlicher Bieter .....	631
II. Ermittlung beihilfefinanzierter ungewöhnlich niedriger Angebote .....	633



III.	Identifikation ungeeigneter beihilfebegünstigter Bieter .....	639
IV.	Neutralisierung sonstiger Wettbewerbsverzerrungen .....	643
V.	Ausblick .....	649
<b>Literaturverzeichnis</b>	.....	<b>654</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	.....	<b>688</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Europäischen Union
Abs.	Absatz
A. C.	The Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift), Ausführungsgesetz
AGGVG	Bayrisches Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes
AGVO	Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AnstG LSA	Gesetz über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts des Landes Sachsen-Anhalt
AöR	Anstalt des öffentlichen Rechts
AT	Amtlicher Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BAnz	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Bayerisches Oberstes Landesgericht in Strafsachen
BayObLGZ	Bayerisches Oberstes Landesgericht in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung

Beihilfenverfahrens-VO	Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Beihilfenverfahrensverordnung)
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BRZ	Zeitschrift für Beihilfenrecht
BSG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull. EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzgl.	bezüglich
CA	Court of Appeals
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Ch	The Law Reports, Chancery Division (Third Series)
Ch. D	The Law Reports, Chancery Division (Second Series)
CMLR	Common Market Law Review
DAWI-Beschluss	Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind
DAWI-De-minimis-VO	Verordnung (EU) 2023/2832 der Kommission vom 13. Dezember 2023 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf

	De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen
DAWI-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
De-minimis-VO	Verordnung (EU) 2023/2831 der Kommission vom 13. Dezember 2023 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
Doc.	Document
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebda.	ebenda
ECAI	External Credit Assessment Institution (externe Ratingagentur)
EG	Europäische Gemeinschaft, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
E. L. Rev.	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
EnwG	Energiewirtschaftsgesetz
EnwZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EPIC	Établissement public à caractère industriel et commercial (öffentliches Industrie- und Handelsunternehmen)
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ESTAL	European State Aid Law Quarterly
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
EU	Europäische Union
EuG	Gericht Erster Instanz/Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH-Satzung	Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26. Februar 2001
EuR	Europarecht
EUR	Euro
EuR-Beih	Europarecht Beiheft

EuV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWerK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	High Court of Justice/High Court of England and Wales
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Finanzgericht
Finanzwirtschaft	Finanzwirtschaft: Zeitschrift zum Haushalts-, Finanz- und Steuerrecht der öffentlichen Verwaltung
FinArch. N. F.	Finanzarchiv, Neue Folge
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FS	Festschrift
FT	France Télécom (Unternehmen)
GBL	Gesetzblatt
GemO RP	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuerergesetz
GG	Grundgesetz
Gliederungspkt.	Gliederungspunkt
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GO Bay	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GO Schlesw.-Holst.	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVBl. LSA	Gesetz- und Ordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GV. NRW	Gesetz- und Ordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVOBl. Schl.-H.	Gesetz- und Ordnungsblatt für Schleswig-Holstein
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
H. L.	House of Lords
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Ordnungsblatt
IBR	Immobilien & Baurecht

IBRRS	Immobilien & Baurecht Rechtsprechung
IFP	Institut Français du Pétrole (Unternehmen)
IFPEN	IFP Énergies nouvelles (Unternehmen)
InsO	Insolvenzordnung
IR	InfrastrukturRecht. Energie, Verkehr, Abfall, Wasser (Zeitschrift)
IStr	Internationales Steuerrecht. Zeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JurPersInsUfG ND	Niedersächsisches Gesetz über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
Kapitaladäquanz-VO	Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen
KG	Kammergericht
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KommJur	Kommunaljurist
KommP spezial	KommunalPraxis spezial
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KVR Nds	Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen
LG	Landgericht
LHO BW	Landeshaushaltsordnung Baden-Württemberg
lit.	littera (Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
Losebl.	Loseblattausgabe
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
L.R.	The Law Reports
LS	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
LSP	Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953)
MinBIBMWi	Ministerialblatt des Bundesministers für Wirtschaft
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-BiR	Münchener Kommentar zum Bilanzrecht
MünchKomm-InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung

MünchKomm-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MünchKomm-WettbR	Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom
Nds. GVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
NIQB	High Court of Justice in Northern Ireland Queen's Bench Division
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NKAG	Niedersächsisches Kommunalabgabengesetz
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
N.N.	nomen nescio (unbekannter Name)
NSpG	Niedersächsisches Sparkassengesetz
NTVerg	Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz
n. v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
ÖffAuftrPrV	Öffentliche Auftragspreisverordnung (Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
PreisG	Preisgesetz
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
Q.B.	The Law Reports, Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
Richtlinie 89/665	Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge

Richtlinie 92/50/EWG	Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungsrichtlinie)
Richtlinie 93/37/EWG	Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Baukoordinierungsrichtlinie)
Richtlinie 2008/94/EG	Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RPA	Zeitschrift für Vergaberecht. Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
S.	Seite, Satz
SEG	Gesetz zur Errichtung der Anstalt Hamburger Stadtentwässerung (Stadtentwässerungsgesetz)
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung vom 12. April 2016
SGB	Sozialgesetzbuch
SKR	Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagerteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenkoordinierungsrichtlinie)
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SMBW	Staatliche Münzen Baden-Württemberg (Unternehmen)
sog.	sogenannte, sogenannter
SpkG NW	Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
SZ	Süddeutsche Zeitung
Teilurt.	Teilurteil
Transparenzrichtlinie	Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen
TranspRLG	Transparenzrichtlinie-Gesetz
u. a.	unter anderem, und andere
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von



VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VergabeR	Vergaberecht. Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VKR	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 (Vergabekoordinierungsrichtlinie)
VO 1370/2007	Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A
VOB/A-EU	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A, Abschnitt 2 – Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A
VO PR Nr. 30/53	Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953
Vorbem.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrundschau
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter. Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WissR	Wissenschaftsrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO/ZVGAG RP	Rheinland-Pfälzisches Landesgesetz zur Ausführung des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und der Insolvenzordnung
z. T.	zum Teil
zugl.	zugleich



## 1. Teil

### Einleitung

Die Diskussion darüber, welchen Grenzen die wirtschaftlichen Aktivitäten des Staates unterliegen, kann auf eine lange Geschichte zurückblicken. Während das Grundgesetz kein bestimmtes Wirtschaftssystem gewährleistet,<sup>1</sup> ist die deutsche Wirtschaftsordnung in tatsächlicher Hinsicht im Grundsatz privatwirtschaftlich ausgerichtet.<sup>2</sup> Der Staat nimmt im System der sozialen Marktwirtschaft primär die Rolle eines Moderators ein, der über die Ausgestaltung der Rechtsordnung einen wirksamen Rahmen begründet, welcher die Basis und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung festlegt und gewährleistet, dass sich die Marktkräfte zum Wohle der Allgemeinheit entfalten können.<sup>3</sup>

Andererseits verfügt der Staat ebenfalls über die Möglichkeit, sich wirtschaftlich zu betätigen. Als Abnehmer oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen agiert er dabei im Grundsatz nicht anders als jedes beliebige Mitglied der Gesellschaft.<sup>4</sup> Die Motive hierfür sind unterschiedlich. Sie reichen von der Absicht der Gewinnerzielung bis zu dem Ziel, jenseits der hoheitlichen Befugnisse der Eingriffsverwaltung unter Rückgriff auf die Mittel der Privatwirtschaft den staatlichen Aufgaben der Sozialgestaltung und Wirtschaftslenkung nachzukommen,<sup>5</sup> etwa, um einen Ausgleich zur wirtschaftlichen Machtstellung privater Unternehmen zu schaffen, unmittelbaren Einfluss auf Investitionen und technischen Fortschritt zu nehmen oder zur Verwirklichung des Zieles sozialer Gerechtigkeit beizutragen.<sup>6</sup> Die vielfältigen denkbaren wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Motive sind ebenso wie unterschiedliche historische Ausgangsbedingungen Gründe dafür, weshalb sich die Funktionen und Organisationsformen der öffent-

---

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.7.1954 – 1 BvR 459/52 u. a., BVerfGE 4, 7, LS 6; BVerwG, Urt. v. 19.12.1963 – BVerwG I C 77/60, NJW 1964, S. 2075 (2076); Urt. v. 22.2.1972 – I C 24/69, VerwRSpr 1973, S. 215 (220); OVG Münster, Urt. v. 2.12.1985 – 4 A 2214/84, NVwZ 1986, S. 1045 (1046); *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 414; *Schulz/Tischer*, GewArch 2014, S. 1 (3).

<sup>2</sup> *Kämper/Heßhaus*, NWVBl. 2001, S. 377 (377 f.); hierzu auch: *Baßeler/Heinrich/Utecht*, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, S. 62 f.

<sup>3</sup> *Kämper/Heßhaus*, NWVBl. 2001, S. 377 (377 f.); *Mussel/Pätzold*, Grundfragen der Wirtschaftspolitik, S. 4; ausführlich hierzu: *Gröner/Knorr*, FS Fricke, S. 131 (132–134); *Schlösser*, Aufgaben und Grenzen von Markt und Staat.

<sup>4</sup> *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 21.

<sup>5</sup> Ebda.

<sup>6</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 110.

lichen Sektoren innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bisweilen deutlich unterscheiden.<sup>7</sup> Je nach gesamtwirtschaftlicher Lage können die Motive der öffentlichen Hand auch wechseln. Richtet sich ihre erwerbswirtschaftliche Betätigung in Hochkonjunkturphasen oftmals auf die Erzielung maximaler Gewinne, kann derselbe Vorgang in Krisenzeiten den Charakter einer wirtschafts- und sozialpolitischen Stabilisierungsmaßnahme besitzen, welche dem Staat eine zusätzliche Bürde auferlegt.<sup>8</sup> Sollten die jeweiligen Beweggründe der wirtschaftlichen Betätigung im Laufe der Jahre mit wechselnden politischen Prioritäten auch bisweilen an Bedeutung verlieren, bleiben die einmal entstandenen Unternehmensstrukturen oftmals unabhängig von den Motiven erhalten, die dereinst ihre Gründung bedingten.<sup>9</sup>

Einher mit diesem ambivalenten Charakter staatlicher Wirtschaftstätigkeit geht die Frage, ob staatliche und private Marktteilnehmer überhaupt unter vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen operieren können. Teile des wirtschaftspolitischen Schrifttums haben dies schon früh unter Verweis auf die grundsätzlich unterschiedlichen Ausgangsbedingungen und Zielrichtungen verneint. Nach Auffassung der Kritiker staatlicher Wirtschaftstätigkeit weist das private Unternehmen drei charakteristische Merkmale auf. Es verfüge erstens über wirtschaftliche Selbständigkeit, richte zweitens sein gesamtes Handeln auf die Erzielung größtmöglicher Gewinne und trüge drittens als Korrelat zu seiner Selbständigkeit das Risiko, im Wettbewerb zu scheitern.<sup>10</sup>

Demgegenüber besäße das öffentliche Unternehmen eine geringere Selbständigkeit, sein Gewinnstreben sei wegen der Verpflichtung auf das Gemeinwohl weniger eindeutig ausgeprägt. Vor allem aber sehe es sich nicht mit der Gefahr des endgültigen Scheiterns konfrontiert, sondern könne stets berechtigte Hoffnung darauf setzen, in existenziellen Krisen staatliche Unterstützung zu erfahren. Ein Scheitern gegen den Willen des staatlichen Trägers sei aufgrund dessen kaum zu erschütternder Finanzkraft ausgeschlossen.<sup>11</sup>

Infolge dieser Unterschiede, so die Kritik, sei ein gesunder Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen ausgeschlossen, stünden den privaten Erwerbswirtschaften doch solche Produktionswirtschaften gegenüber, die weder zwangsläufig Erwerbsinteressen verfolgten<sup>12</sup> noch der Wettbewerbsauslese

<sup>7</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, a. a. O., § 3, Rn. 110, § 34, Rn. 3.

<sup>8</sup> *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 21; *Menger*, DVBl 1960, S. 297 (299).

<sup>9</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 34, Rn. 1.

<sup>10</sup> Z. B.: *Spohn*, FinArch. N.F. 12 (1950/51), S. 300 (301).

<sup>11</sup> *Spohn*, FinArch. N.F. 12 (1950/51), S. 300 (301–304); ebenso zur staatlichen Rettungsbereitschaft: *Gröner/Knorr*, FS Fricke, S. 131 (135); *Knorr*, Monopol oder Wettbewerb bei den Postdiensten?, S. 23 f.; *Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (835).

<sup>12</sup> *Spohn*, FinArch. N.F. 12 (1950/51), S. 300 (312).

unterfielen und zudem im Stande seien, in gesellschaftlich kaum noch überprüfbarer Weise wirtschaftliche und politische Macht miteinander zu verquicken.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: Weil der Staat gerade nicht wie ein privates, gewinnorientiertes Unternehmen agiere, sondern nur subsidiär auftrete, um etwa Ziele der Wirtschaftspolitik wie Vollbeschäftigung oder Preisstabilität zu verwirklichen, stehe er nicht im freien Wettbewerb mit erwerbswirtschaftlich ausgerichteten Unternehmen.<sup>14</sup>

Hieran anknüpfend werden die Rahmenbedingungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit in Frage gestellt. Der Gesetzgeber, so der Einwand, dürfe nicht den Staat und die Kommunen über das Abgabenprivileg von der Teilnahme am gewerblichen Wettbewerb freistellen, ihnen zugleich aber über „fragwürdige Formulierungen“ einen Freibrief für beliebiges wirtschaftliches Auftreten am Markt ausstellen.<sup>15</sup> Im Rahmen eines Vortrages auf dem 2. Hamburger Wirtschaftsrechtstag 1999 charakterisierte der damalige Präsident des Bundeskartellamts die verstärkte wirtschaftliche Betätigung der Kommunen gar als einen ordnungspolitischen Irrweg, den es zu verlassen gelte.<sup>16</sup>

Diese Erwägungen sind nicht nur für die wirtschaftspolitische Diskussion<sup>17</sup> relevant, unter welchen Voraussetzungen der Staat am Wettbewerb teilnehmen sollte. Das privatwirtschaftliche Handeln des Staates trifft ebenfalls auf den Argwohn privater Unternehmen, die versuchen, staatliche Wettbewerber mit dem Vorwurf eines unzulässigen Wettbewerbsgebarens gerichtlich in die Schranken zu weisen. Weil öffentliche Unternehmen mit steigender Tendenz auf überregionaler und internationaler Ebene operieren, im Falle von Kommunalunternehmen z. B. durch Beratertätigkeiten in Polen und Litauen sowie Beteiligungen auf dem ungarischen Auto-Recyclingmarkt<sup>18</sup> oder an Kohlekraftwerken in der Türkei, in Kolumbien und auf den Philippinen,<sup>19</sup> hat sich dieser Konflikt weiter verschärft.

Traditionell fand die Debatte über die Grenzen staatlicher Marktteilnahme vornehmlich im Rahmen des Wettbewerbs- und Kommunalwirtschaftsrechts statt. Ein anderes Bild bot sich demgegenüber bisher bei Betrachtung des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge, in dem der Staat, die Kommunen oder ihre Unternehmen vorwiegend als öffentliche Auftraggeber im Sinne der EU-Vergaberichtli-

---

<sup>13</sup> Gröner/Knorr, FS Fricke, S. 131 (135 f.).

<sup>14</sup> So in Bezug auf Bundes- bzw. Landesbetriebe: König, DÖV 2009, S. 21 (26).

<sup>15</sup> Stober, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 1 (2); ähnlich: Zimmermann, ZfBR 2006, S. 220 (224).

<sup>16</sup> Wolf, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 5 (11).

<sup>17</sup> Z. B.: Knorr, in: Hartwig/Knorr, Neuere Entwicklungen in der Infrastrukturpolitik, S. 31 (38–46).

<sup>18</sup> Brosius-Gersdorf, AöR 135 (2005), S. 392 (394).

<sup>19</sup> Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 441.