

Möglichkeiten und Grenzen effizienter Daseinsvorsorge durch Auftragsvergabe im Unionsrecht

I. Einführung

Die Daseinsvorsorge durch Wettbewerb auch unter Rückgriff auf Ausschreibungsmechanismen ist nicht nur im Vorfeld der Verhandlungen des Verfassungsvertrages, sondern auch im Rahmen der Abfassung des Lissabonner Vertrages in die Schusslinie geraten.¹ Das wirft die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen des Ausschreibungsmodells im Gemeinschaftsrecht auf. Zur Beantwortung dieser Frage soll in einem ersten Schritt dargelegt werden, dass der Ausschreibungswettbewerb und die damit einhergehende externe Auftragsvergabe einen zentralen und erfolgreichen Mechanismus für eine effiziente Daseinsvorsorge darstellt (II.). Dementsprechend normiert das geltende Unionsrecht teilweise direkt, teilweise aber auch indirekt sowohl auf primärrechtlicher als auch auf sekundärrechtlicher Ebene entsprechende Ausschreibungspflichten (III.). Vor dem Hintergrund dieser – teils lückenhaften – Regelungen ist schließlich mit Blick auf die künftige Auslegung des EU-Primärrechts, aber auch in Bezug auf die weitere legislative Fixierung von Ausschreibungspflichten, der Frage nach den Grenzen der Implementierung von Ausschreibungsmechanismen nachzugehen (IV.).

II. Das Erfolgsmodell der Daseinsvorsorge im Wettbewerb – effiziente Daseinsvorsorge durch Auftragsvergabe

Bei der Sicherung von Daseinsvorsorgeangeboten steht die öffentliche Hand vor der Frage, wie sie diese Aufgabe am besten erfüllen kann.² Dabei bieten sich zunächst verschiedene Möglichkeiten der Innensteuerung an. So kann sie die Daseinsvorsorgeaufgaben durch Eigenbetriebe erbringen oder durch formell privatisierte Tochtergesellschaften, also durch öffent-

* Universität Regensburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um die in Teilen überarbeitete und mit Fußnoten ergänzte sowie aktualisierte Vortragsfassung.

1 So erklärt es sich, dass dem Lissabonner Vertrag ein Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse beigelegt wurde, das insbesondere den weiten mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum bei der Organisation jener Dienste betont, vgl. dazu den Beitrag von *Schorckopf* in diesem Band.

2 Zum Folgenden *Engel*, in: Henneke (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, S. 145 ff.

liche Unternehmen. Ferner besteht die Möglichkeit, externen privaten Sachverstand in die Aufgabenerfüllung einzubeziehen, indem die öffentliche Hand eine öffentlich-private Partnerschaft eingeht. Schließlich kann sie die Aufgabenerfüllung gänzlich Privaten überlassen und diese ausschließlich von außen steuern. In den vergangenen Jahren ist dabei eine Entwicklung von der Innen- zur Außensteuerung zu beobachten³, die in der Staatsrechtswissenschaft unter dem Stichwort des Wandels von der Leistungs- zur Gewährleistungsverantwortung beschrieben wird.⁴ Anstatt die Aufgaben der Daseinsvorsorge selbst zu erfüllen, ziehen sich die öffentlichen Entitäten also zunehmend auf die Funktion der Gewährleistung zurück. Sie definieren Aufgaben, beobachten die Leistungserbringung am Markt und steuern gegebenenfalls extern durch eigene Aufträge, Verpflichtungen der Privaten o. Ä. nach. Hintergrund dieser Entwicklung ist die Erkenntnis, dass bestimmte Leistungen effizienter durch Private erbracht werden können und sich der Staat stattdessen auf die Sicherung jener Aufgabenerfüllung durch Dritte beschränken sollte.⁵ Jene Entwicklung eröffnet sodann aus Sicht der Wettbewerber die Möglichkeit, im Rahmen einer Daseinsvorsorge im Wettbewerb in die Aufgabenerfüllung einbezogen zu werden. Wie weit dieser Wettbewerb eröffnet wird, hängt allerdings von der Wahl des Vergabeverfahrens ab. Wird beispielsweise auf den Mechanismus einer Direktvergabe zurückgegriffen, ist die Wettbewerbsöffnung beschränkt.

Diese knapp skizzierten Privatisierungs- und Liberalisierungsentwicklungen entsprechen einem internationalen Trend. Am deutlichsten lässt sich der Wandel der Aufgabenerfüllung am Beispiel der Telekommunikationsordnung aufzeigen. Hier hat der Europäische Gesetzgeber eine Liberalisierung vorgegeben und damit die flächendeckende Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen – oftmals als Universaldienst bezeichnet – grundsätzlich der Privatwirtschaft überantwortet. Der deutsche Verfassungsgesetzgeber hat darauf reagiert und in Art. 87 f Abs. 1 des Grundgesetzes eine entsprechende Daseinsvorsorgeverpflichtung des Bundes geregelt. Die Verfassungsbestimmung normiert die Verantwortung für eine Gewährleistung eines Mindestangebots an Telekommunikationsdienstleistungen zu einem bezahlbaren Preis für die gesamte Bevölkerung trotz einer im Übrigen marktwirtschaftlichen und damit auf der Privatautonomie basierenden Telekommunikationsordnung. Jeder Person soll der Zugang zu den

3 Wobei nicht zuletzt die Komplexität des Vergaberechts einen zentralen Grund für Gegenentwicklungen hin zu einer Re-Kommunalisierung in jüngerer Zeit darstellt, dazu *Frenz*, WRP 2008, S. 73 ff.

4 Begriffsprägend *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, S. 433 (441 f.); siehe ferner *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 32 ff.

5 Zu den ökonomischen Hintergründen *Engel*, in: Henneke (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, S. 145 ff.

für die Informationsgesellschaft wesentlichen Telekommunikationsdienstleistungen gewährleistet werden. Im deutschen Telekommunikationsgesetz (§§ 78 ff.) ist dieser Universaldienstauftrag durch einen ausschreibungsbasierten Universaldienstmechanismus umgesetzt worden.⁶ Dabei definiert der Gesetzgeber zunächst den Gegenstand der Universaldienstpflichten. Dazu zählt beispielsweise die flächendeckende Bereitstellung von öffentlichen Telefonzellen. Für derartige Dienstleistungen kann der Mechanismus zur Sicherung der Universaldienstleistungsverpflichtung greifen.

Dieser funktioniert etwas vereinfacht wie folgt: Auf einer ersten Stufe muss die Bundesnetzagentur feststellen, dass eine Unterversorgung mit Universaldienstleistungen vorliegt. Diese Feststellung ist im Amtsblatt der Agentur zu veröffentlichen. Auf einer zweiten Stufe räumt die Bundesnetzagentur den Unternehmen die Möglichkeit ein, den Universaldienst ohne Ausgleich zu erbringen. Findet dieses Angebot keine Resonanz, kann die Bundesnetzagentur auf einer dritten Stufe ein oder mehrere Unternehmen zur Erbringung der Universaldienstleistung verpflichten. Wird ein Ausgleichserfordernis von dem bzw. den betroffenen Unternehmen glaubhaft gemacht, erfolgt ein Defizitausgleich. Dann muss der Universaldienstbringer jedoch im Wege einer Ausschreibung ermittelt werden. Den Zuschlag erhält dabei jeweils dasjenige Unternehmen, das sich als fachkundig erweist und das günstigste Angebot unterbreitet hat und damit die Universaldienstlücke zu den geringst möglichen Kosten schließen kann.

Dieses Modell kann im Grundsatz auf alle Bereiche der Daseinsvorsorge übertragen werden. So greift die öffentliche Hand auch zunehmend auf derartige Ausschreibungsmechanismen bei der Erbringung von Daseinsvorsorgediensten zurück, wenn beispielsweise Schwimmbäder von Privaten errichtet und betrieben werden.⁷ Damit wird das Beschaffungswesen um eine entscheidende Dimension erweitert. Die öffentliche Hand beschafft sich keineswegs nur noch gewisse Vorleistungen – vom Bleistift bis zum Gebäude, um sodann selbst die Daseinsvorsorgedienste zu erbringen. Vielmehr steuert sie zunehmend nur noch die Dienstleistungserbringung durch einen Privaten und greift subsidiär durch Regulierung oder unter Anwendung des Ausschreibungsmechanismus ein, sofern die Leistungsangebote nicht die hoheitlich erwünschten Eigenschaften aufweisen.

6 Dazu *Kühling/Elbracht*, Telekommunikationsrecht, 2008, S. 193 ff.; zu den vergleichbaren Vorgängerbestimmungen im TKG 1996 mit Blick auf den vorliegenden Zusammenhang grundlegend *Kühling*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2002, S. 138 ff.

7 Siehe exemplarisch das im europäischen Beihilfenrecht viel zitierte Beispiel des Schwimmbads Dorsten, dazu *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 182 m. Fn. 372, im Internet abrufbar unter: http://ec.europa.eu/community_law/state*ids/comp-2000/n258-00.pdf.

III. Unionsrechtliche Vorgaben

1. Die Vorgaben im EU-Primärrecht – Ausschreibungspflichten, aber keine Beschaffungspflicht

Daseinsvorsorge im Wettbewerb und damit eine Aufgabenerfüllung durch Vergabe an Dritte ist dabei nicht nur ökonomisch grundsätzlich sinnvoll, sondern entspricht auch dem gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsmodell. Für die Frage des Ausschreibungswettbewerbs sind insoweit die Grundfreiheiten einschlägig. Hier hat der EuGH zuletzt im Urteil *Acoset*⁸ klar gestellt, dass die Beauftragung eines Externen grundsätzlich im Rahmen eines Ausschreibungswettbewerbs zu erfolgen hat. In diesem Fall ging es um einen Wasserversorgungsverband in Italien, der eine Dienstleistungskonzession an eine neu zu gründende gemischtwirtschaftliche Gesellschaft vergeben wollte, deren Kapital überwiegend in öffentlicher Hand verbleiben sollte. Der EuGH hat betont, dass das völlige Fehlen einer Ausschreibung im Fall der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession grundsätzlich den Grundfreiheiten widerspricht.⁹ Zwar ist die Reichweite dieser Rechtsprechungslinie in der Literatur umstritten.¹⁰ Angesichts der Strenge der Formulierung wird man jedoch kaum umhin kommen, darin eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht für jegliches Austauschverhältnis mit Beschaffungsmoment zu sehen. Geht man von einer solchen umfassenden Ausschreibungspflicht aus, ist zu konstatieren, dass diese ebenso wenig wie das Modell einer Daseinsvorsorge im Wettbewerb durch andere gemeinschaftsrechtliche Vorgaben nachhaltig relativiert wird. Das gilt insbesondere für Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EG (jetzt Art. 14 und 106 AEUV). Aus den Normen folgt vielmehr, dass soweit wie möglich eine Daseinsvorsorge im Wettbewerb zu erfolgen hat.¹¹

Allerdings ist zu betonen, dass eine entsprechende Ausschreibungspflichtigkeit erst greift, wenn sich die öffentliche Hand dazu entschieden hat, die Aufgabe nicht selbst zu erbringen, sondern einem anderen zu übertragen. Es muss also eine Beschaffungsentscheidung bereits getroffen sein, bzw. betriebswirtschaftlich formuliert muss die „Make-or-Buy“-Entscheidung zugunsten letzterer Variante erfolgen. Das entspricht auch der Logik

8 *EuGH*, Rs. C-196/08, Urteil v. 15. 10. 2009; so zuvor bereits *EuGH*, Rs. C-410/04, Urteil v. 6. 4. 2006, *ANAV*, Slg. 2006, I-3303; *EuGH*, Rs. C-458/03, Urteil vom 13. 10. 2005, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rn. 48 ff.

9 *Acoset*, Slg. 2009, I-09913, Rn. 50.

10 Vgl. hierzu *Frenz*, *VergabeR* 2007, S. 1 (2f.); *Siegel*, *EWS* 2008, S. 66 (69f.); *Wollenschläger*, *NVwZ* 2007, S. 388 (392); *Polster*, *NZBau* 2010, 486 (488); *Frenz*, *NVwZ* 2010, 609 (611 ff.).

11 *Koenig/Kühling*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EG/EU-Kommentar*, 2003, Art. 16 Rn. 9 und Art. 86, Rn. 56 ff. m. w. Nachw. auch zu gegenteiligen Auffassungen und unklaren Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH; vgl. aber sogleich IV.

der EuGH-Rechtsprechung zu sogenannten „In-House“-Vergaben.¹² Diese sind deshalb vom Anwendungsbereich sowohl des sekundärrechtlichen als auch des primärrechtlichen EU-Vergaberechts ausgenommen, weil die öffentliche Hand hier die Aufgabe selbst erfüllt und nicht durch Dritte erbringen lässt.

Es besteht also keine Pflicht zur externen Beschaffung. Daran ändern auch die übrigen EU-primärrechtlichen Vorgaben, wie das EU-Beihilfenrecht, nichts. Spätestens seit der *Altmark-Trans*-Entscheidung des EuGH¹³, in der es auch um einen ÖPNV-Fall ging, ist vielmehr klar, dass aus dem EU-Beihilfenrecht kein relevanter zusätzlicher Ausschreibungszwang weder im Sinne einer Beschaffungspflicht noch im Sinne einer Ausschreibungspflicht folgt. Zwar ist die Ausschreibung nach wie vor der transparenteste Weg, bei der Finanzierung von Daseinsvorsorgediensten Überkompensationen und damit den EU-beihilfenrechtlichen Tatbestand auszuschließen. Andere Mechanismen werden vom EuGH jedoch akzeptiert. So kann aus EU-beihilfenrechtlicher Sicht sehr wohl eine Direktbeauftragung eines Anbieters erfolgen. Bekommt dieser in einem transparenten Verfahren nur die adäquaten zusätzlichen Kosten für die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung abzüglich der damit verbundenen Einnahmen und zuzüglich eines angemessenen Gewinns, liegt schon keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV vor. Eine weitere Prüfung des Aufgabenerfüllungsmechanismus durch die Kommission am Maßstab des EU-Beihilfenrechts entfällt damit. Zuletzt hat das *BUPA-Urteil*¹⁴ des EuG deutlich gezeigt, dass die *Altmark-Trans*-Kriterien eher großzügig angewendet werden. Hier ging es um Kompensationsleistungen im Gesundheitsbereich und das EuG hat klargestellt, dass letztlich stichhaltige Hinweise für eine Überkompensation vorliegen müssen.¹⁵ Insofern kann aus dem EU-Beihilfenrecht allenfalls in atypischen Konstellationen eine faktische Ausschreibungspflicht folgen. Das ist beispielsweise der Fall bei Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an öffentliche Unternehmen, die von der Kommission teilweise nur unter der Voraussetzung genehmigt werden, dass das Unternehmen anschließend

12 *EuGH*, Rs. C-107/98, Urteil vom 18. 11. 1999, *Teckal*, Slg. 1999, I-8121, Rn. 49 ff.; *EuGH*, Rs. C-26/03, Urteil vom 11. 1. 2005, *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1, Rn. 42 ff.; *EuGH*, Rs. C-458/03, Urteil vom 13. 10. 2005, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rn. 44 ff.; *EuGH* Rs. C-295/05, Urteil vom 19. 4. 2007; *Asemfo/Tragsa*, Slg. 2007, I-2999, Rn. 55 ff.; *EuGH*, Rs. C-480/06, Urteil vom 9. 6. 2009; *Stadtreinigung Hamburg*, Slg. 2009, I-04747, Rn. 34 ff.; hierzu eingehend *Siegel*, NVwZ, 2008, S. 7 ff.; *Krohn*, NZBau 2009, 222 ff.

13 *EuGH*, Rs. C-280/00, Urteil vom 24. 7. 2003, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 3, 93; *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, S. 1202.

14 *EuG*, Rs. T-289/03, Urteil vom 12. 2. 2008, *BUPA*, im Internet abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003A0289:DE:HTML>; vgl. zur Rechtsprechung der europäischen Gerichte seit *Altmark Trans* im Übrigen *Braun/Kühling*, CMLRev 45 (2008), S. 465 (475 f.).

15 *EuG*, Rs. T-289/03, Urteil vom 12. 2. 2008, *BUPA*, Rn. 303.

in einem europaweiten Bieterwettbewerb privatisiert wird.¹⁶ Auch das ineffizient arbeitende öffentliche Unternehmen unterliegt einer EU-beihilfenrechtlichen Kontrolle, da es über kurz oder lang auf hoheitliche Zuschüsse angewiesen ist, die von der Kommission genehmigt werden müssen.

Es lässt sich demnach festhalten, dass öffentliche Entitäten grundsätzlich keiner EU-primärrechtlichen Pflicht zum „Outsourcen“, also keiner Beschaffungspflicht unterliegen. Erst wenn in die Aufgabenerfüllung ein privater Dritter einbezogen werden soll, ergibt sich insoweit schon aus dem EU-Primärrecht grundsätzlich der Zwang zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, um den Aufgabenerbringer zu identifizieren. Die genauen EU-primärrechtlichen Anforderungen an die Durchführung dieses Verfahrens sind mit den materiell-rechtlichen Vorgaben der Wettbewerbsoffenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit¹⁷ und der weiteren Anforderung eines effektiven Rechtsschutzes der Bieter allerdings lediglich grob umrissen.

2. Sekundärrechtliche Ausschreibungspflichten im EU-Vergaberecht und Liberalisierungsrecht

Daran knüpfen die EU-sekundärrechtlichen Vorgaben an. Dabei differenzieren die EU-Vergaberechtsrichtlinien¹⁸ für einen bestimmten Kreis an Austauschgeschäften (Bau-, Dienst- und Lieferleistungen sowie Baukonzessionen) oberhalb bestimmter Schwellenwerte die materiell-rechtlichen Pflichten in einem anspruchsvollen Verfahren horizontal aus und definieren zugleich den effektiven Rechtsschutz der Bieter näher. Hier wird also im Wesentlichen ein Grundfreiheitschutz bzw. ein Schutz vor Diskriminierungen durch Verfahren gewährleistet. Vor dem Hintergrund des begrenzten Kanons an ausschreibungspflichtigen Austauschverhältnissen war im Übrigen die in Rechtsprechung und Literatur zwischenzeitlich zu beobachtende Tendenz zurückzuweisen, mit gewagten teleologischen Vergaberechts Argumenten den Anwendungsbereich des einfachgesetzlichen Vergaberechts letztlich auszudehnen. Einen ersten Höhepunkt dieser Rechtsprechung stellten die Beschlüsse des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflichtigkeit von Grundstücksgeschäften dar.¹⁹ Hier hatte das OLG

16 Vgl. dazu und zum Folgenden *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EG/EU-Kommentar, 2003, Art. 295 Rn. 14, 20, auch mit Nachweisen zu entsprechenden Kommissionsentscheidungen.

17 Dazu grundlegend *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, S. 779 ff.; ferner *Siegel*, EWS 2008, S. 66 ff.; *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl. 2007, GWB, § 97 Rn. 38 ff.; *Höfler*, NZBau 2010, S. 73 ff.

18 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, ABl. 2004, L 134, S. 114 und Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG, geändert durch Richtlinie 2007/66/EG, ABl. 2007, L 335, S. 31.

19 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 6. 2007, VII-Verg 2/07, NZBau 2007, S. 530; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. 2. 2008, VII-Verg 37/07, NZBau 2008, S. 271; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. 4. 2008, Verg 23/08, NZBau 2008, S. 461.

Düsseldorf aus der Konnexität von Grundstücksgeschäft und baulichen Vorgaben durch die öffentliche Hand das Vorliegen einer Baukonzession angenommen. Schon der Wortlaut der gesetzlichen Definition der Baukonzession sperrt sich aber gegenüber einer solchen Interpretation. Dort ist nämlich davon die Rede, dass die öffentliche Hand als Gegenleistung ein Recht zur Nutzung der baulichen Anlage einräumen muss.²⁰ Vorliegend wird aber nur ein Grundstück übertragen, was etwas gänzlich anderes darstellt. Diese Gegenleistung der öffentlichen Hand ist vom einfachgesetzlichen Vergaberecht gerade nicht erfasst. So entschied auch der EuGH in seinem Urteil über das Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf.²¹ Dem Ahlhorn-Urteil (siehe FN 19) des OLG Düsseldorf, wonach ein Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung vergabepflichtig ist, wurde somit die Grundlage entzogen. Der Gerichtshof urteilte, dass der Verkauf eines bebauten oder unbebauten Grundstücks durch die öffentliche Hand nur ausschreibungspflichtig sei, wenn ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Öffentlichen Hand an der Bauleistung bestehe (so jetzt auch das OLG Düsseldorf).

Verpflichtungen zu „Buy“-Entscheidungen enthält das EU-Sekundärrecht im Übrigen nicht. Allenfalls mittelbar ergeben sich entsprechende Entwicklungen aus den Liberalisierungsrichtlinien, die zu einer materiellen Privatisierung führen und damit auch faktisch die Einführung von Ausschreibungsmechanismen zur Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben erzwingen. Die bereits erwähnte Telekommunikationsordnung der EU stellt insoweit gleichsam das Lehrbuch-Beispiel dar. In anderen Netzwirtschaften wie der Post sind vergleichbare Entwicklungen zu beobachten.²² Dabei handelt es sich jedoch stets um eng definierte Sektoren.

IV. Grenzen des Ausschreibungsmodells

1. Erlahmen der sekundärrechtlichen Expansion von Ausschreibungspflichten

Damit sind bereits klare Grenzen für unionsrechtliche Pflichten zur externen Auftragsvergabe benannt. Im Übrigen scheint auch die sekundärrechtliche Expansion des Ausschreibungsmodells zu erlahmen. So sind die Versuche der jüngeren Zeit, zusätzliche Ausschreibungspflichten sekundärrechtlich zu begründen, weitgehend gescheitert. Besonders deutlich ist dies am Misserfolg des sogenannten Port Package II im Januar 2006 geworden.

20 Dazu ausführlich *Kühling*, Europaweite Ausschreibungspflichten – Chance für den Wettbewerb oder Fessel kommunaler Planungshoheit?, JZ 2008, S. 1117 ff.

21 EuGH, Rs. C-451/08, Urteil vom 25. 03. 2010, *Müller*, ABL. C 134/07, LS; näher hierzu *Kühling*, NVwZ 2010, S. 1257 ff.

22 Dazu *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 111 f.

Die Kommission hat hier – in einem zweiten Anlauf nach 2003²³ – versucht, den Wettbewerb *in* den Häfen zu beflügeln, indem sie für bestimmte Hafendienstleistungen sogar Beschaffungspflichten einführen wollte.²⁴ Im Ergebnis wäre dadurch der Hafenbetreiber gezwungen worden, eine Beschaffung der entsprechenden Dienste im Rahmen eines Ausschreibungswettbewerbs zu veranlassen, auch wenn er diese bislang selbst erbracht hatte und gar keine „Buy“-Entscheidung treffen wollte.²⁵ Er hätte sich lediglich wie jeder andere Bewerber einem Ausschreibungswettbewerb um die Erbringung jenes Dienstes stellen können. Der Kommission ist es allerdings im Gesetzgebungsprozess nicht gelungen darzulegen, dass nicht bereits der Wettbewerb *zwischen* den Häfen effiziente Entscheidungen des Hafenbetreibers in hinreichendem Umfang gewährleistet. Möglicherweise wäre auch danach zu differenzieren gewesen, in welchem Umfang die Häfen miteinander im Wettbewerb stehen. So hätte ein Test eingeführt werden können, der Beschaffungs- und Ausschreibungspflichten nur für den Fall vorsieht, dass der betreffende Hafen nicht einem hinreichenden Wettbewerb durch andere Häfen ausgesetzt ist. Letztlich ist der Kommission der Nachweis eines Effizienzgewinns durch zusätzliche Ausschreibungspflichten jedenfalls nicht gelungen. Ähnlich kann das Ergebnis zum Gesetzgebungsverfahren der jüngsten Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße²⁶ verstanden werden. Zwar kann die fehlende Durchsetzung einer umfassenden Ausschreibungspflicht für entsprechende ÖPNV- und SPNV-Dienste als Sieg der wettbewerbsfeindlichen Besitzstandswahrer diskreditiert werden. Bei einer benevolenten Lesart kann aber auch konstatiert werden, dass die Kommission Rat und Parlament nicht davon zu überzeugen vermochte, dass das Ausschreibungsmodell gegenüber der Direktvergabe zwingend effizienter ist.²⁷

Diese Ergebnisse werfen zugleich ein Schlaglicht auf die anstehenden Bemühungen der Kommission, die Dienstleistungskonzessionen umfassend in das vergaberechtliche Regime zu überführen. Hier sollte die Kommission im Vorfeld entsprechende Studien durchführen, die umfassend darlegen, inwiefern die flächendeckende Einführung von Ausschreibungsmechanismen im Bereich der Dienstleistungskonzession die Effizienz erhöht und

23 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Marktzugang für Hafendienste (2001/C 154 E/30), ABl. EG 2001, Nr. C 154 E, S. 290.

24 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zum Markt für Hafendienste, KOM (2004) 654 endg., nicht im ABl. EG veröffentlicht, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2004/com2004_0654de01.pdf.

25 Dazu und zum Folgenden *Kühling/Tigges*, EWS 2007, S. 107.

26 ABl. EG 2007, Nr. L 315, S. 1; dazu *Otting/Scheps*, NVwZ 2008, S. 499 ff.; *Tödtmann/Schauer*, NVwZ 2008, S. 1 ff.; *Ziekow*, NVwZ 2009, S. 865 ff.

27 Für flexible Mechanismen im Sinne eines Konzeptwettbewerbs sprechen sich auch *Fischer/Liepe*, *Der Nahverkehr* 2008, S. 26 (27), aus.

nicht ihrerseits höhere Kosten generiert, als sie einzusparen vermag. Dabei ist zumindest zu erkennen, dass, je komplexer die Austauschverhältnisse werden, die Transaktionskosten für die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens und entsprechende vertragliche Fixierungen steigen. Dass dies durch eine weitere Flexibilisierung der Vergabeverfahren oder ähnliche Anpassungen angemessen aufgefangen werden kann, müsste noch gezeigt werden. Angesichts der ohnehin bestehenden primärrechtlichen Ausschreibungspflichten spricht schon aus Gründen der Rechtssicherheit aber einiges dafür, ein gegebenenfalls abgespecktes und mit Ausnahmen versehenes Ausschreibungsregime sekundärrechtlich zu normieren.

Schließlich gibt es Leistungen, die aus anderen Gründen strukturell nur schwerlich mit Ausschreibungsmechanismen vereinbar sind. Das gilt etwa für die Erbringung von Rundfunkleistungen, die folgerichtig auch aus dem vergaberechtlichen Regime selbst für den Fall ausgenommen sind, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten externe Leistungen einkaufen.²⁸ Denn letztlich geht es hier um die Gewährleistung einer bestimmten Qualität, die nur schwerlich messbar und bewertbar ist. Die Herstellung einer Diskriminierungsfreiheit müsste auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gebots der Staatsferne des Rundfunks durch aufwendige institutionelle Vorkehrungen wie unabhängige Bewertungsgremien gewährleistet werden, was wiederum mit erheblichen Transaktionskosten verbunden ist. Damit verglichen dürfte eine Aufgabenerledigung durch öffentliche Unternehmen im Sinne einer Innensteuerung vorzuzugswürdig sein.

2. Die Notwendigkeit einer Effizienzeinrede im EU-primärrechtlichen Vergaberecht

Diese differenziertere Betrachtung der Vor- und Nachteile von Ausschreibungsmechanismen muss im Übrigen auch bei der Auslegung des EU-primärrechtlichen Vergaberechts Eingang finden. So bedingt die Verankerung des primärrechtlichen EU-Vergaberechts in den Grundfreiheiten, dass es schwierig ist, mit rein wirtschaftlichen Gründen beispielsweise eine Direktvergabe zu rechtfertigen. So hat der EuGH in zahlreichen Urteilen finanzpolitische Ziele als Rechtfertigungsgrund für Diskriminierungen zurückgewiesen.²⁹ Erst die Funktionsunfähigkeit eines Systems³⁰ vermag einen Eingriff in die Grundfreiheiten zu rechtfertigen. So stellt nach der Recht-

²⁸ Art. 16 lit. b VKR, § 100 Abs. 2 lit. j GWB.

²⁹ EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, Slg. 2005 I-2421, Rn. 31 ff.; Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003 I-13031, Rn. 61; Rs. C-388/01, *Italienische Museen*, Slg. 2003 I-721, Rn. 22; Rs. C-398/95, *Touristikon*; Slg. 1997 I-3091, Rn. 21; das gilt auch für das Einsparen von Verwaltungsaufwand Rs. 238/82, *Duphar*, Slg. 1984, 523, Rn. 23.

³⁰ So die Zusammenfassung der Rechtsprechung durch GA *Tesaro*, verb. Rs. C-120/95 u. C-158/96, *Decker u. Kohll*, Slg. 1998 I-1831, Rn. 51.

sprechung des Gerichtshofs das Ersparen von Transaktionskosten *keinen* Grund dafür dar, auf einen Ausschreibungswettbewerb zu verzichten.³¹ Selbst wenn die Kosten für die Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs höher sind als die Einsparungen, die durch die Schaffung von Wettbewerb erzielt werden können, rechtfertigt dies nach der bisherigen(1)³² Logik des EuGH aus EU-grundfreiheitlicher Sicht nicht den Verzicht auf einen solchen Ausschreibungswettbewerb und etwa den Rückgriff auf eine freihändige Vergabe. Eine freihändige Vergabe als Beschränkung der EU-Grundfreiheiten muss aber auch primärrechtlich zulässig sein, und zwar dann, wenn ein Ausschreibungsmechanismus die Aufgabenerfüllung wesentlich erschwert oder verhindert. Das eingrenzende Erfordernis des Binnenmarktbezugs³³ vermag dieses Problem nur begrenzt zu lösen, da in grenznahen Bereichen sehr wohl ein Binnenmarktbezug gegeben sein kann, sodass eine EU-primärrechtliche Ausschreibungspflicht greift, obwohl ein Ausschreibungsverfahren angesichts unverhältnismäßiger Transaktionskosten unsinnig wäre. Ein dogmatischer Anknüpfungspunkt für eine derartige Beschränkung der EU-Grundfreiheiten ist insoweit – jedenfalls mit Blick auf Daseinsvorsorgedienste – die Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV. Bei der Anwendung des Verhinderungsmaßstabs³⁴ im Bereich von Ausschreibungspflichten ist zu berücksichtigen, dass hier ein Ausschreibungsmechanismus letztlich bewusst implementiert wird, um durch die Wettbewerbsöffnung Wohlfahrtsgewinne zu erzielen und also die volkswirtschaftliche Effizienz zu steigern. Derartige Pflichten sind daher dann bedenklich, wenn ihre Verwirklichung zu Wohlfahrtsverlusten führt. Folgerichtig dürfen Ausschreibungspflichten nicht derart unverhältnismäßig hohe Verfahrenskosten generieren, dass deren definitive Zusatzkosten die erhofften Einsparungspotenziale überschreiten. Dementsprechend ist der Verhinderungsmaßstab insoweit bereits bei einer entsprechenden unverhältnismäßigen Verteuerung als erfüllt und beispielsweise eine freihändige Vergabe als zulässig anzusehen. Die Darlegungs- und Beweislast für die aus-

31 So z. B. für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: GA *Sharpston*, C-260/04, *Kommission/Italien*, Slg. 2007 I-7083, Rn. 31; siehe auch *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, S. 178.

32 Siehe jetzt aber EuGH, C-147/06 und C-148/06, *SECAP*, Urteil vom 15. 5. 2008, Rn. 32, in dem der EuGH die Möglichkeit anerkennt, dass eine Beschränkung der Anzahl der auszuwertenden Angebote dann zulässig sein kann, wenn der öffentliche Auftraggeber andernfalls gezwungen wäre „so viele Angebote einer kontradiktorischen Prüfung zu unterziehen, dass dies seine administrativen Möglichkeiten übersteigen oder durch die Verzögerung, die durch diese Prüfung einträte, die Verwirklichung des Projekts gefährden würde“; i. d. S. auch das BVerfG, BVerfGE 116, 135 (155 ff.), das für das nationale Verfassungsrecht die Verfahrenskosten als einen Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Grundrechte gelten lässt; vgl. auch *Kühling/Huerkamp*, NVwZ 2009, S. 557 (560 ff.).

33 Dazu *Siegel*, EWS 2008, S. 66 (67 f.).

34 Dazu *Koenig/Kühling*, in: Streinz, (Hrsg.), EG/EU-Kommentar, 2003, Art. 86, Rn. 56 ff.