

# Rekommunalisierung und Vergaberecht

---

VORTRAG IM RAHMEN DER 6. BERLINER KONZESSIONSRECHTSTAGE AN  
DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

VON DR. NIKOLAS EISENTRAUT

24.3.2022

# Ausgangspunkt und Struktur des Vortrags

---

- Öffentliche Hand tritt selbst als Bieter in Vergabeverfahren auf
  - Rekommunalisierung kein pauschal vergaberechtsfreier Vorgang!
- 
- I. Das Phänomen der Rekommunalisierung
  - II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung
  - III. Primär- und verfassungsrechtliche Bewertung einer vergabewettbewerblichen Strukturierung von Rekommunalisierung

# I. Das Phänomen der Rekommunalisierung

---

- Rekommunalisierung = Schlagwort für (Rück-)Verlagerung von zuvor von der Privatwirtschaft wahrgenommenen Aufgaben auf Aufgabenträger der Öffentlichen Hand
- Gegenbegriff zur Privatisierung
- Besondere Relevanz in den Bereichen infrastruktureller Grundversorgung (Strom, Gas, ÖPNV, Wasserver- und Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung)

# II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung

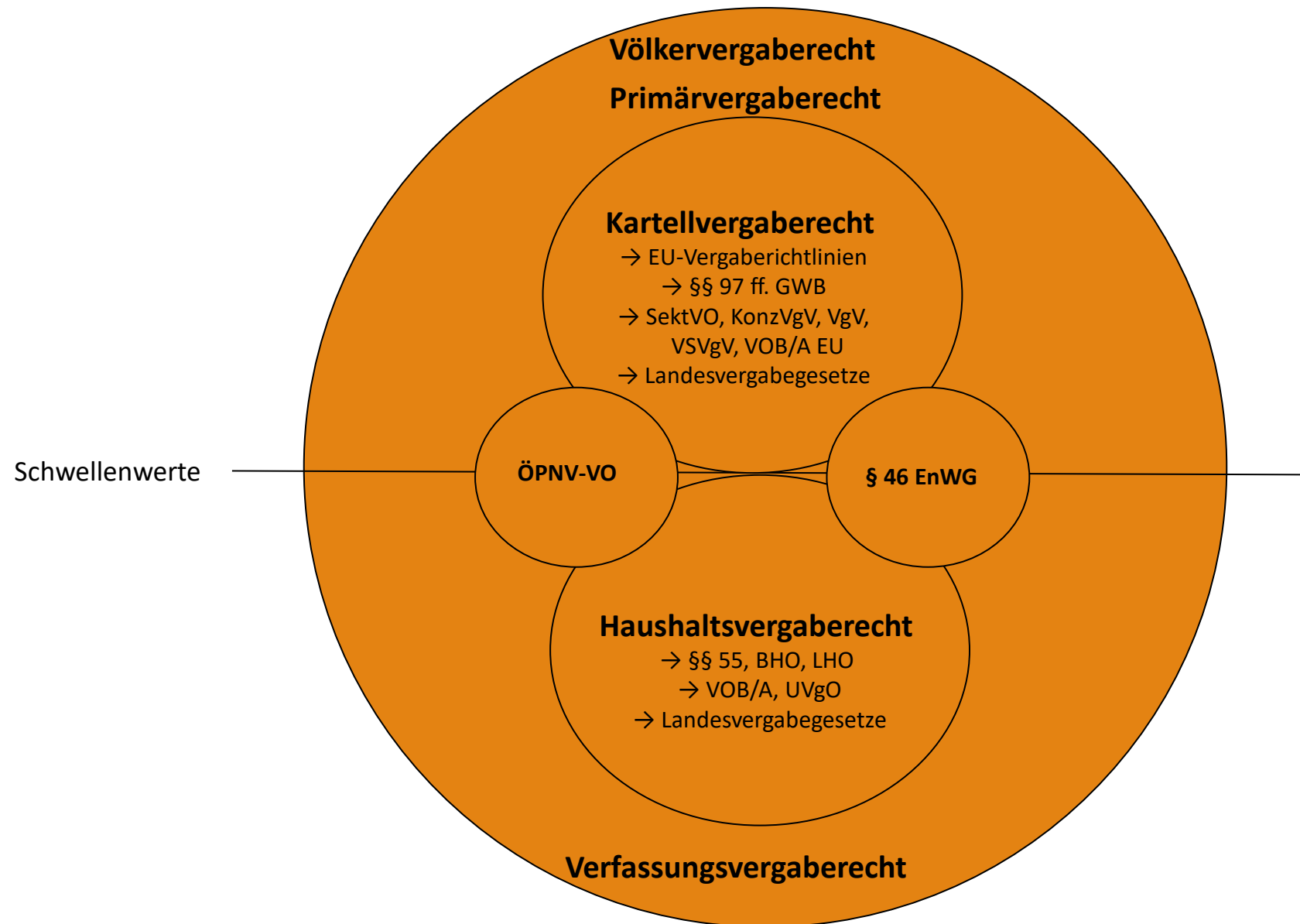
---

- Vergaberecht entfaltet sich zunächst als „Privatisierungsfolgenrecht“ im Bereich der funktionalen Privatisierung
- aber auch: Ausdehnung in den Bereich formeller Privatisierung
- Besonderheit: Vergaberecht kommt im rein öffentlichen Bereich der Verwaltungsorganisation zur Anwendung
- Besondere Regelungen, um Spannungslage aus wettbewerblicher Strukturierung und Verwaltungsorganisation aufzulösen: Inhouse- und Instate-Ausnahme, Möglichkeit der Direktvergabe in der VO (EG) 1370/2007

# II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung

---

- Rekommunalisierung berührt ebenfalls diese Spannungslage aus Wettbewerb und Verwaltungsorganisation
- Unterscheidung zwischen formeller, materieller und funktionaler Rekommunalisierung
- Gemeinsamkeit: Es geht um den Aufgabenzugriff der öffentlichen Hand
- Vergaberechtliche Struktur dieses Aufgabenzugriffs abhängig vom jeweils anwendbaren Vergaberechtsregime



# II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung

---

## 1. Kartellvergaberecht

- Auftrags- und Konzessionsbegriff setzen eine vertragliche Beschaffung voraus
- Abgrenzung von:
  1. Innerbehördlichen Organisationsakten
  2. Rs. Remondis: Vollständige Aufgabenübertragungen
  3. Beschaffungen „auf andere Weise“
- Unanwendbarkeit bei Bereichsausnahmen, insb. Inhouse- und Instate-Vergaben

# II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung

---

## 1. Kartellvergaberecht

- Rekommunalisierung nur dann kartellvergaberechtlich relevant, soweit sich

1. Aufgabenträger und öffentliches Unternehmen rechtlich voneinander unterscheiden,
2. die Aufgabe nicht i.S.d. Remondis-Rspr. vollständig auf das Unternehmen übergeht,
3. das Unternehmen nicht zur Leistung zwangsverpflichtet wird oder die Leistung kostenlos erbringt
4. und die Beschaffung keiner Bereichsausnahme, insbesondere der Inhouse- und Instate-Ausnahme unterfällt.

-> erhebliche Spielräume, um Rekommunalisierung außerhalb des Kartellvergaberichts zu gestalten, aber keine „Blankettfreistellung“!

- Kartellvergaberecht realisiert sog. „Tatbestandslösung“



# II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung

---

## 2. VO (EG) 1370/2007 (ÖPNV)

- abweichend zum Kartellvergaberecht keine Tatbestandslösung
- Anwendungsbereich der VO stark ausgedehnt, auch in den Bereich der Eigenerledigung durch Eigenbetriebe und in den Bereich der Beschaffung „auf sonstige Weise“
- aber: Möglichkeit der Privilegierung öffentlicher Einheiten auf Rechtsfolgenseite durch die sog. Direktvergabe

# II. Vergaberechtliche Relevanz der Rekommunalisierung

---

## 3. § 46 EnWG (Strom- und Gaskonzessionen)

- wie bei ÖPNV-VO Rechtsfolgenlösung, Anwendungsbereich stark ausgedehnt
- keine Möglichkeit der Privilegierung öffentlicher Einheiten durch Inhouse- oder Instate-Ausnahme oder Direktvergabemöglichkeit
- allein im Vergabeverfahren Möglichkeit der Berücksichtigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG)

# III. Primär- und verfassungsrechtliche Bewertung der vergabewettbewerblichen Strukturierung von Rekommunalisierung

---

- Gibt es Grenzen einer vergabewettbewerblichen Strukturierung von Rekommunalisierung?

## 1. Primärrecht

- EuGH, Rs. Teckal: „Ob“ der Vergabe liegt außerhalb des europäischen Vergaberechts
- Hintergrund: Art. 291 Abs. 1 AEUV: Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten
- Art. 4 Abs. 2 EUV: Schutz der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, auch: Schutz regionaler Selbstverwaltung
- Art. 291 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV verbietet Einmischung in den Kernbereich mitgliedstaatlicher Organisationsautonomie
- Reichweite: nur Bereich der Eigenerledigung i.e.S. (durch Eigen- und Regiebetriebe und bei Kompetenzübertragung (Remondis)) absolut geschützt
- ansonsten Inhouse- und Instate-Ausnahme auch primärrechtlich geboten

# III. Primär- und verfassungsrechtliche Bewertung der vergabewettbewerblichen Strukturierung von Rekommunalisierung

---

- Gibt es Grenzen einer vergabewettbewerblichen Strukturierung von Rekommunalisierung?

## 2. Verfassungsrecht

- Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG
- Ausschreibungspflichten vereinbar, soweit bereichsspezifische Wirkung und Ziel der Verbesserung der Versorgungsbedingungen
- dann aber erforderlich: Ausreichende Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Vergabeverfahren

# Ergebnisse

---

- Kartellvergaberecht: Tatbestandslösung bietet ausdifferenziertes System zwischen vergabewettbewerblicher Strukturierung und originärem, wettbewerbsfreiem Aufgabenzugriff
- Rechtsfolgenlösung im Rahmen des § 46 EnWG könnte zu einseitig wettbewerblicher Strukturierung zulasten der kommunalen Selbstverwaltung führen
- Art. 291 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV sowie Art. 28 Abs. 2 GG als Leitlinien vergabewettbewerblicher Strukturierung von Rekommunalisierung

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

- Zum Vertiefen: [Eisentraut, Vergabe an die Öffentliche Hand, Duncker&Humblot, 2021](#)
- Folien auch online verfügbar auf [www.nikolaseisentraut.de](http://www.nikolaseisentraut.de)
- Ich freue mich auf Ihre Fragen!

