

Der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung

Vergaberechtsfrühstück am 6.9.2022

Prof. Dr. Nikolas Eisentraut
Juniorprofessur für Öffentliches Recht
Leibniz Universität Hannover
nikolas.eisentraut@jura.uni-hannover.de

1. Wo kommt der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung her?
2. Welche Konfliktlinien prägen ihn heute?
3. Wie kann der Grundsatz primär- und verfassungsrechtlich fundiert werden?
4. Was lässt sich daraus für die Auslegung und Anwendung des einfachen Vergaberechts ableiten?

1. Wo kommt der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung her?

- Rs. Teckal
- Differenzierung zwischen:

Ausschreibungsfreiheit im engeren Sinne	Ausschreibungsfreiheit im weiteren Sinne
<ul style="list-style-type: none"> • Gar kein Vertragsschluss im formalrechtlichen Sinne • Bereich der „Beauftragung“ von Eigen- und Regiebetrieben • Rs. Stadt Halle (EuGH, Urt. v. 11.1.2005, Az.: C-26/03, Rn. 48 = ECLI:EU:C:2005:5): „Eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, hat die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. In einem solchen Fall kann von einem entgeltlichen Vertrag mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, nicht die Rede sein. Die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind daher nicht anwendbar.“ 	<ul style="list-style-type: none"> • Inhouse-Ausnahme • Zwar Vertragsschluss im formalrechtlichen Sinne, aber: teleologische Reduktion, wenn: • Kontrolle über den Auftragnehmer und Aufgabenerfüllung im Wesentlichen für den Auftraggeber

1. Wo kommt der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung her?

- Erweiterung in der Rs. Stadt Hamburg in den Bereich der Instate-Geschäfte:
 - Horizontale Zusammenarbeit von Verwaltungsträgern ebenfalls als „Eigenerledigung“
- Kodifikation von Inhouse- und Instate-Ausnahme in § 108 GWB (Art. 12 RL 2014/24/EU)
- Zuletzt: Rs. Remondis: „Remondis-Ausnahme“ für Fälle der vollständigen Aufgabenübertragung auf einen anderen Verwaltungsträger

2. Welche Konfliktlinien prägen den Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit heute?

Eigenerledigung im engeren Sinne	Inhouse- und Instate-Ausnahme (§ 108 GWB)	Remondis-Ausnahme
<ul style="list-style-type: none"> • Ausdehnung des Vergaberechts in diesen Bereich nach dem Vorbild des § 46 EnWG? (so Säcker/Wolf, in: Säcker, Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, GWB, § 108 Rn. 21) 	<ul style="list-style-type: none"> • Wesentlichkeitskriterium in kommunalen Konzernstrukturen: Sind Fremdotsätze von Tochtergesellschaften der Mutter zuzurechnen? (so Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 108 Rn. 31) 	<ul style="list-style-type: none"> • Vollständige Aufgabenübertragung, wenn sich übertragende Einheit eine gewisse Kontrolle vorbehält, um demokratische Legitimation zu gewährleisten?

3. Wie kann der Grundsatz primär- und verfassungsrechtlich fundiert werden?

- Primärrecht
 - Gibt es einen vor wettbewerblicher Strukturierung primärrechtlich geschützten Bereich?
 - Ansatz: Art. 291 Abs. 1 AEUV: Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten
 - Schutzverstärkend: Art. 4 Abs. 2 EUV: Identitätsklausel
 - Rs. Remondis ([EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-51/15](#) („Remondis“) = ECLI:EU:C:2016:985 und daran anknüpfend [EuGH, Urt. v. 18.6.2020, Az.: C-328/19](#) Rn. 46 = ECLI:EU:C:2020:483)
 - Reichweite: Absoluter Schutz im Bereich der Eigenerledigung im engeren Sinne; Abwägungsgebot im Bereich der Eigenerledigung im weiteren Sinne

3. Wie kann der Grundsatz primär- und verfassungsrechtlich fundiert werden?

- Verfassungsrecht
 - Diskussion um Ausschreibungspflicht des § 46 EnWG
 - Verfassungswertung: Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG: Schutz der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft
 - Eingriff in die kommunale Organisationshoheit durch § 46 EnWG kann nur gerechtfertigt werden, wenn Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Vergabeverfahren ausreichend Berücksichtigung finden
 - Aufgabenübergreifende Ausschreibungspflichten nach dem Modell des § 46 EnWG wären nicht zu rechtfertigen, weil Aufgabenbestand der Gemeinden in Gänze gefährdet wäre

4. Was lässt sich daraus für die Auslegung und Anwendung des einfachen Vergaberechts ableiten?

Eigenerledigung im engeren Sinn	Inhouse- und Instate-Ausnahme (§ 108 GWB)	Remondis-Ausnahme
<ul style="list-style-type: none">Von Säcker/Wolf befürwortete funktionale Auslegung des Vertragsbegriffs / Ausdehnung in den Bereich der Beauftragung von Eigen-/Regiebetrieben wäre weder mit Art. 291 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV, noch mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar	<ul style="list-style-type: none">Fremdumsätze von Tochterunternehmen dürfen bei der Berechnung der Wesentlichkeitsschwelle nicht mit einberechnet werden, weil die Ausgründung von der Organisationsautonomie (Art. 291 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV) geschützt ist (Ausnahme: offensichtliche Umgehung des Vergaberechts durch Ausgründung)	<ul style="list-style-type: none">Einflussnahme (Rechtsaufsicht) zur Sicherung demokratischer Legitimation fließt aus der innerstaatlichen Verwaltungsstruktur und genießt den Schutz der Art. 291 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV; sie muss daher innerhalb der Remondis-Ausnahme möglich sein

- Primär- und Verfassungsrecht vermögen es, bei der Auslegung und Anwendung des einfach-rechtlichen Vergaberechts neue Impulse an die Hand zu geben, die eine **stärkere Berücksichtigung kommunaler Handlungsspielräume** im Vergaberecht bedeuten
- Literaturhinweis: [Eisentraut, Vergabe die Öffentliche Hand - Rekommunalisierung im Vergaberecht zwischen Daseinsvorsorge, Wettbewerb und dem Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung, Duncker&Humblot 2021](#)
- **Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Nikolas Eisentraut
Juniorprofessur für Öffentliches Recht
Leibniz Universität Hannover
nikolas.eisentraut@jura.uni-hannover.de