

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

91

Tim Hagenbruch

Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht

Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungen
von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse



Nomos

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Stefan J. Geibel
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Hommelhoff
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter-Christian Müller-Graff
Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 91

Tim Hagenbruch

Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht

Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungen
von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6410-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0501-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Estrella

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden grundsätzlich bis Februar 2019 berücksichtigt. Im Vergleich zur im Februar 2019 eingereichten Dissertation wurde teilweise noch bis Oktober 2019 ergangene Rechtsprechung berücksichtigt und die Arbeit entsprechend aktualisiert.

Mein besonderer Dank gilt meiner verehrten Doktormutter, Frau Prof. Dr. Ute Mager, die meine Arbeit stets gefördert hat und mir durch hilfreiche Hinweise insbesondere ermöglichte, die Arbeit auf das Wesentliche zu reduzieren. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, MAE danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und insbesondere für die Aufnahme meiner Arbeit in die Reihe Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht.

Weiterhin möchte ich Herrn Dr. Oliver Wittig danken, der mich nicht nur darin bestärkt hat, diese Arbeit zu beginnen, sondern es mir zudem durch viel Flexibilität erlaubt hat, diese Arbeit neben meiner Berufstätigkeit zu verfassen. Ein besonderer Dank geht daneben an Thorben und Marco, die mich technisch unterstützt und schließlich überrascht haben.

Außerdem möchte ich meinen Eltern, Herrn Dr. Bernd und Frau Ingrid Hagenbruch, danken, die mir insbesondere mein Studium ermöglicht haben und mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen.

Ganz besonders danken möchte ich schließlich meiner Frau, Estrella Hagenbruch, die mich ermutigt hat, diese Arbeit zu beginnen und maßgeblich ermöglicht hat, dass diese neben meiner Berufstätigkeit erstellt werden konnte. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Weinheim, im November 2019

Tim Hagenbruch

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
1. Kapitel: Erkenntnisinteresse und Gang der Untersuchung	17
2. Kapitel: Problemaufriss	18
I. Anknüpfungspunkte für eine Überschneidung beider Rechtsgebiete	18
II. Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung zum Verhältnis beider Rechtsgebiete	21
1. Teil: Das primärrechtliche Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht	24
3. Kapitel: Primärrechtliche Anforderungen an Vergaben	24
I. Die Dogmatik der Grundfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbots	25
1. Grenzüberschreitender Bezug	26
2. Diskriminierungsverbot	26
3. Beschränkungsverbot	28
4. Rechtfertigung der Beschränkung	33
5. Das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV	35
II. Schlussfolgerungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge	37
1. Rechtsprechung des EuGH	38
2. Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung durch die Direktvergabe	41
3. Vom Diskriminierungsverbot zur Chancengleichheit im Wettbewerb	45
a) Herleitung aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oder Art. 18 AEUV	47
aa) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	47
bb) Art. 18 AEUV	50
b) Herleitung aus den Grundfreiheiten	51
aa) Sinn und Zweck der Grundfreiheiten bei der Auftragsvergabe	51
bb) Positive Pflichten aus den Grundfreiheiten	53
cc) Übertragung auf das Vergaberecht	58

Inhaltsverzeichnis

4. Einschränkung der Beschaffungsfreiheit durch die Grundfreiheiten	61
a) Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung	62
b) Beschaffungsgegenstand	66
5. Ergebnis	68
4. Kapitel: Die primärrechtliche Verortung des Beihilfenrechts	68
I. Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur zum Verhältnis von Beihilfenrecht und Grundfreiheiten	69
1. EuGH-Rechtsprechung	69
a) Die einzelnen Entscheidungen	69
b) Schlussfolgerungen	75
2. Schrifttum	75
II. Stellungnahme	76
5. Kapitel: Schlussfolgerungen für das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht	85
I. Unternehmensbegriff	85
1. Einheitlicher Unternehmensbegriff im europäischen Wettbewerbsrecht	85
2. Abgrenzung zur nichtwirtschaftlichen Tätigkeit	88
3. Funktionaler Unternehmensbegriff	89
4. Vergaberechtlicher Unternehmensbegriff	91
a) Begriff des Unternehmens/Wirtschaftsteilnehmers im Vergaberecht	91
b) Geltung des wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs	93
II. Vergleichende Betrachtung von Beihilfen- und Vergaberecht	98
III. Schlussfolgerung: Eingeschränkte Parallelität beider Rechtsgebiete	102
IV. Schlussfolgerungen in Thesen	105
2. Teil: Überschneidungen von Beihilfen- und Vergaberecht in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen	106
6. Kapitel: Der Zuwendungsbescheid als ein dem Vergaberecht unterfallender Beschaffungsvorgang	106
I. Primärvergaberecht	107
1. Anwendungsbereich des Primärvergaberechts	107
2. Anwendbarkeit des Primärvergaberechts bei Erlass eines Zuwendungsbescheids	109

II. Sekundärvergaberecht	110
1. Öffentliche Aufträge	110
a) Vertrag	111
b) Entgeltlichkeit	113
aa) Begriff der Entgeltlichkeit	113
bb) Folgerungen für das Verhältnis zum Beihilfenrecht	115
c) Beschaffungsbezug	116
aa) Rechtsprechung	116
bb) Eigene Auffassung	117
cc) Folgerungen für das Verhältnis zum Beihilfenrecht	120
d) Auswahlentscheidung	121
2. Konzessionen	124
a) Übergang des Betriebsrisikos	125
b) Beschaffungsbezug	126
III. Ergebnis	127
7. Kapitel: Beihilfenrechtliche Würdigung staatlichen Beschaffungsverhaltens	128
I. Beihilfenempfänger: Unternehmen	129
1. Begriff des Produktionszweigs	129
2. Unternehmensbegriff beim Beschaffungsverhalten	130
II. Begünstigung	131
1. Das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	132
a) Grund für dieses Prinzip: Art. 345 und 106 Abs. 1 AEUV	133
b) Anwendungsbereich	136
2. Staatliches Beschaffungsverhalten	138
a) Die vertragliche Beauftragung als Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts	138
b) Durchführung eines Vergabeverfahrens	145
c) Zusammenfassung	146
III. Selektivität der Begünstigung	147
1. Allgemeine Voraussetzungen der Selektivität	147
2. Selektivität komplexer Regelungssysteme	149
3. Selektivität staatlicher Beschaffungstätigkeit	150
IV. Staatliche Mittel	154
1. Herkunft der Mittel	154
2. Zurechnung	157
3. Staatliches Beschaffungsverhalten	159
a) Vergabe von Aufträgen	159
b) Vergabe von Konzessionen	160

Inhaltsverzeichnis

4. Der Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts	163
a) Der Auftraggeberbegriff	163
b) Vergleich mit dem Beihilfenrecht	168
5. Der Auftraggeberbegriff des Sekundärvergaberechts	171
a) Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB	171
b) Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB	171
aa) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art	172
bb) Besondere Nähe zum Staat	174
(1) Überwiegende Finanzierung	174
(2) Weitere Fälle einer besonderen Nähe zum Staat	179
cc) Vergleich mit dem Beihilfenrecht	180
c) Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 3 GWB	181
d) Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB	182
e) Sektorenauftraggeber	185
f) Konzessionsgeber	189
g) Fazit	189
V. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung	190
1. Allgemeine Voraussetzungen	190
2. Staatliches Beschaffungsverhalten	194
a) Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens	194
aa) Allgemeine Ausführungen	194
(1) Offenes oder nichtoffenes Verfahren	194
(2) Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog	197
bb) Rolle von vergabefremden Beschaffungskriterien	199
(1) Zulässigkeit von vergabefremden Beschaffungskriterien	199
(2) Beihilfenrechtliche Rechtsfolgen der Verwendung vergabefremder Beschaffungskriterien	202
b) Direktvergabe bzw. Verfahrenserleichterungen	207
aa) Bei Vorliegen der Voraussetzungen des „Inhouseprivilegs“	207
bb) Bei Vorliegen der Direktvergabevoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007	212
cc) Bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 138 GWB	214
dd) Fazit	216
c) Vorliegen eines normalen Handelsgeschäfts	217

d) Ausschluss einer Wettbewerbsverfälschung durch Selbstkostenpreis nach deutschem Preisrecht	220
e) Exkurs: Rolle der Ausschreibung bei der Veräußerung von Vermögensgegenständen	227
aa) Begünstigungsausschluss oder Ausschluss der Wettbewerbsverfälschung	227
bb) Ausschreibungspflicht nach dem Beihilfenrecht	230
cc) Ausschreibungspflicht nach dem sonstigen Primärrecht	232
(1) Anforderungen aus den Grundfreiheiten	232
(2) Anforderungen aus Art. 18 AEUV	236
dd) Ergebnis	240
f) Zusammenfassung in Thesen	241
VI. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	242
1. Grundlagen	242
2. Staatliches Beschaffungsverhalten	246
VII. Ergebnis	247
8. Kapitel: Behandlung von Beihilfenempfängern im Vergabeverfahren	247
I. Sekundärvergaberecht	248
1. Regelung für ungewöhnlich niedrige Angebote	248
2. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Regelung	250
II. Primärvergaberecht	253
III. Ergebnis	258
3. Teil: Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht im Recht der Daseinsvorsorge	259
9. Kapitel: Zu den Begriffen Daseinsvorsorge und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)	259
I. Der Begriff der Daseinsvorsorge	259
II. Der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)	262
1. Bedeutung des Marktversagens	267
2. Weitere Anforderungen an das Vorliegen von DAWI	271
3. Fazit	275
10. Kapitel: Beihilfenrechtliche Würdigung des Ausgleichs von Kosten für die Erbringung von DAWI	277
I. Ausschluss des Beihilfentatbestands	277
1. Rechtsprechung vor dem „Altmark-Trans-Urteil“	277

Inhaltsverzeichnis

2. Das „Altmark-Trans-Urteil“	280
3. Das Urteil in der Rechtssache „British United Provident Association“ (BUPA)	282
4. Das „Chronopost-Urteil“	285
5. Eigene Wertung	287
II. Erfüllung des Beihilfentatbestands	291
1. DAWI-Freistellungsbeschluss	291
2. Allgemeine Ausführungen zur Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV	293
3. Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf Beihilfen	296
11. Kapitel: Der Betrauungsakt	301
I. Europarechtliche Anforderungen	301
II. Handlungsformen im deutschen Recht	304
1. Hoheitliche Handlungsformen	304
2. Privatrechtliche Handlungsformen	306
3. Ergebnis	307
12. Kapitel: Ausschreibungspflicht von Betrauungsakten	307
I. Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	307
II. Nach dem Primärvergaberecht	309
III. Nach dem Sekundärvergaberecht	314
1. Entgeltlicher Vertrag	315
2. Beschaffungsbezug	318
3. Auftrag oder Konzession	320
4. Ergebnis zum Sekundärvergaberecht	321
IV. Fazit	322
4. Teil: Beihilfenrechtliche Rechtsfolgen von vergaberechtswidrigen Direktvergaben	323
13. Kapitel: Vergaberechtswidrige Direktvergaben	323
I. Primärvergaberecht	323
1. Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung	323
2. Eigene Bewertung	325
a) Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Grundfreiheiten	325
b) Sinn und Zweck des Primärvergaberechts	327
c) Aufrechterhaltung des Vertrags als gerechtfertigte Beschränkung der Grundfreiheiten	328
aa) Vertrauensschutz als möglicher Rechtfertigungsgrund	328

bb) Anwendbarkeit des Grundsatzes des Vertrauensschutzes	331
cc) Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes	332
(1) Schutzwürdigkeit des entstandenen Vertrauens	333
(2) Interessenabwägung	336
(3) Ergebnis	338
II. Sekundärvergaberecht	338
III. Konsequenzen im deutschen Recht	343
14. Kapitel: Rechtsfolgen der Gewährung verbotener Beihilfen	347
I. EuGH-Rechtsprechung zum Durchführungsverbot	348
II. Konsequenzen im deutschen Recht	351
1. Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung	351
2. Stellungnahme	352
15. Kapitel: Auswirkungen von Vergabefehlern auf das Beihilfenrecht	360
I. Bei Abschluss von Verträgen	360
II. Bei der Betrauung von Unternehmen mit DAWI	362
1. Im Anwendungsbereich der Verordnung 1370/2007	362
2. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung 1370/2007	368
III. Zusammentreffen von rechtswidriger Direktvergabe und Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV	369
IV. Fazit	371
Zusammenfassung und Ausblick	372
Literaturverzeichnis	381

