

Marie-Christine Reeck

Der funktionale Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 Nr. 2 GWB im Schnittfeld zur wirtschaftlichen Betätigung im Kommunalrecht

Am Beispiel öffentlicher Unternehmen im Schülerspezialverkehr, Ausstellungs- und Messewesen sowie der Abfallentsorgung



Nomos

Kommunalrechtliche Studien

herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Brüning,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Universität Potsdam

Band 7

Marie-Christine Reeck

Der funktionale Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 Nr. 2 GWB im Schnittfeld zur wirtschaftlichen Betätigung im Kommunalrecht

Am Beispiel öffentlicher Unternehmen im Schülerspezialverkehr, Ausstellungs- und Messewesen sowie der Abfallentsorgung



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.: Kiel, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5837-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9971-6 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen bis Februar 2019 berücksichtigt.

Nach der intensiven dreijährigen Phase der Erstellung dieser Arbeit gilt mein besonderer Dank zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christoph Brüning, für seine Begeisterung für das von mir vorgeschlagene Thema, den wertvollen fachlichen Austausch, seine Anregungen und Ideen. Seiner vorbildlichen Betreuung verdanke ich, dass ich mein Promotionsvorhaben erfolgreich realisieren konnte. Ihm sowie Herrn Professor Dr. Thorsten Ingo Schmidt danke ich außerdem für die Aufnahme dieses Werks in die Schriftenreihe. Ebenso möchte ich Herrn Prof. Dr. Florian Becker für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Ein Dankeschön gilt auch meinen Freunden, meinem jeweiligen Arbeitgeber – stellvertretend meinem ehemaligen Vorgesetzten Herrn Dr. Axel Wolter – und meinen Arbeitskollegen, die mich auf dem Weg von der Idee bis zur fertigen Fassung stets bestärkt und Verständnis für mein umfangreiches Projekt aufgebracht haben.

Ganz herzlich danke ich meinem Freund Julian S. Klein für seine liebevolle Unterstützung, Lob und konstruktive Kritik, den Rückhalt und die Ermutigung zu diesem Langzeitprojekt. Durch ihn werde ich die Zeit der Erstellung unserer beiden Dissertationen in schöner Erinnerung behalten. Inhaltlich hat seine Bereitschaft, sich auf Diskussionen im Vergabe- und Kommunalrecht einzulassen, wertvolle Ideen beigesteuert.

Schließlich und vor allen danke ich meinen Eltern, Marie-Luise und Jürgen Reeck, die mich auf meinem gesamten Werdegang in jeder erdenklichen Weise unterstützt und mit anspornender wie beruhigender Zuneigung zum Gelingen des Werkes beigetragen haben.

Marie-Christine Reeck

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Problemstellung	15
II. Ziele der Untersuchung	18
III. Gang der Untersuchung	20
IV. Beispiele	22
1. Schülerspezialverkehr (Beispiel 1)	22
2. Messebetrieb (Beispiel 2)	23
3. Abfallentsorgung (Beispiel 3)	24
B. Unions- und verfassungsrechtliche Maßgaben	27
I. Rechtsquellen	27
II. Zulässigkeit kommunaler Unternehmen	28
1. Europarecht und kommunale Selbstverwaltung	29
2. Verfassungsrecht und kommunale Selbstverwaltung	31
a. Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)	31
b. Doppelwirkung der Sozialstaatsverpflichtung bei kommunaler Betätigung	35
III. Handlungsbeschränkungen kommunaler Unternehmen	36
1. Europarecht	37
a. Europäische Verpflichtung zu einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb	37
aa. Europäischer Binnenmarkt als einheitlicher Wirtschaftsraum	38
bb. Unionsrechtliche Funktionsgarantie von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	38
b. Europäische Grundfreiheiten zur Gewährleistung des einheitlichen Binnenmarkts	40
c. Weitere Vorgaben des Primär(vergabe)rechts	42
d. Europäisches Sekundärrecht: Vergaberechtsrichtlinien	44
2. Verfassungsrecht	46
a. Neutralität des Grundgesetzes und soziale Marktwirtschaft	47

b. Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung aus dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip	47
c. Bindung an konkurrentenschützende Grundrechte	48
aa. Die Wettbewerbsfreiheit	50
(1) Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	50
(2) Das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	52
bb. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)	53
IV. Bewertung und Zwischenfazit	54
C. Vergaberechtliche Behandlung wirtschaftlicher Betätigung	56
I. Einführung	56
II. Öffentliche Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB	56
1. Juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts	58
2. Im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit	59
a. Definition	59
aa. Europarechtskonforme Auslegung	60
bb. Einzelfallbezogene Prüfung des Europäischen Gerichtshofs	61
cc. Nationale Rechtsprechung	63
b. Rechtsform als Indiz	63
c. Allgemeininteresse und Beispiele	64
aa. Schülerspezialverkehr	64
bb. Messedienstleistungen	65
cc. Abfallentsorgung	65
d. Zwischenfazit	67
3. Nichtgewerblichkeit	67
a. Definition	68
aa. Indizien nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	68
bb. Wortlautauslegung	71
cc. Historisch-genetische Auslegung	73
dd. Historisch-teleologische Auslegung	76
ee. Zwischenfazit	77
b. Gewinnerzielungsabsicht	78
c. Wettbewerb auf dem bestehenden Markt	78
aa. Die Entwicklung des Wettbewerbskriteriums	79
bb. Kartellrechtlicher Wettbewerbsbegriff	81

cc. Wettbewerb nach volkswirtschaftlichem Verständnis	83
(1) Wettbewerbstheorien	83
(2) Intensität des Wettbewerbs bei unterschiedlichen Marktformen	86
(3) Marktwirtschaft als Wirtschaftssystem	88
(4) Bedeutung des Staates und staatlicher Regulierung	89
dd. Prüfungsmaßstab und wettbewerbsrelevante Indizien	90
d. Wettbewerb und Beispiele	93
aa. Schülerspezialverkehr	93
(1) Referenzmarkt für Schülertransportdienstleistungen	93
(2) Anbieten von Schülertransportdienstleistungen im Wettbewerb	94
bb. Messdienstleistungen	96
(1) Referenzmarkt für Ausstellungs- und Messdienstleistungen	97
(2) Anbieten von Ausstellungs- und Messdienstleistungen im Wettbewerb	97
cc. Wettbewerb in der Abfallwirtschaft (Abfallbehandlung und -entsorgung)	99
(1) Referenzmärkte für Deponierung und thermische Abfallbehandlung	100
(2) Anbieten von Dienstleistungen für hausmüllähnliche Gewerbeabfälle im Wettbewerb	103
(3) Anbieten von Dienstleistungen für Haushaltsabfälle im Wettbewerb	105
(4) Zusammentreffende Entsorgung von Hausmüll und gewerblichen Abfällen	109
dd. Zwischenfazit	110
e. Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken	111
f. Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln	115
g. Zwischenfazit	116
4. Besonderer Gründungszweck	117
5. Besondere Staatsgebundenheit (Staatsnähe)	118
6. Fazit zur vergaberechtlichen Behandlung wirtschaftlicher Betätigung nach § 99 Nr. 2 GWB	121

III. Sektorenauftraggebereigenschaft nach § 100 GWB	123
1. Voraussetzungen	123
2. Ausnahme: Tätigkeiten im Wettbewerb	125
3. Sektorenauftraggeber und Beispiele	127
4. Fazit	128
D. Kommunalrechtliche Behandlung wirtschaftlicher Betätigung	129
I. Einführung	129
II. Rechtsgrundlagen	130
III. Die wirtschaftliche Betätigung	132
1. Landesrechtliche Legaldefinitionen	132
2. Begriffsverständnis in Landesrechtsordnungen ohne Legaldefinition	133
3. Kriterien der wirtschaftlichen Betätigung	133
a. Das Bestehen eines Marktes	133
b. Tätigwerden auf dem Markt	135
c. Bewertung und Zwischenfazit	135
4. Die Fiktion der nichtwirtschaftlichen Betätigung	136
a. Problem der starren Kategorisierung	137
b. Nichtwirtschaftliche Betätigung und Beispiele	140
aa. Schülerspezialverkehr	140
bb. Messdienstleistungen	141
cc. Abfallentsorgung	142
c. Bewertung und Zwischenfazit	144
IV. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (sog. Schrankentrias)	146
1. Erfordernis des öffentlichen Zwecks	147
a. Weite Auslegung des öffentlichen Zwecks	147
b. Die Begriffe Erforderlichkeit und Rechtfertigung	149
c. Nebentätigkeiten	151
d. Öffentlicher Zweck und Beispiele	152
aa. Schülerspezialverkehr	153
bb. Messdienstleistungen	153
cc. Abfallentsorgung	154
e. Zwischenfazit (These 1)	154
2. Leistungsfähigkeit	155
3. Subsidiarität	157
a. Allgemeine Restriktionen kommunalwirtschaftlicher Betätigung	157
b. Einfache und qualifizierte Subsidiaritätsklausel	160

c.	Prüfungsmaßstab der Subsidiaritätsklausel	161
aa.	Vergleichsgegenstand der Subsidiaritätsklausel	161
bb.	Vorüberlegungen zur Marktstruktur	162
cc.	Vergleichskriterien	163
	(1) Der Qualitätsvergleich – „ebenso gut“ bzw. „besser“?	164
	(a) Kontinuierliche Leistungserbringung	165
	(b) Weitere Qualitätskriterien	166
	(2) Der Wirtschaftlichkeitsvergleich – Berücksichtigung von volkswirtschaftlichen Aspekten?	168
dd.	Marktanalyse und Markterkundungsverfahren	171
ee.	Ausnahmen und Freistellungsregelungen	173
d.	Subsidiarität und Beispiele	175
aa.	Schülerspezialverkehr	175
bb.	Messedienstleistungen	176
cc.	Nichtwirtschaftliche Betätigung der Abfallentsorgung	177
e.	Zwischenfazit (These 2)	179
4.	Die Privilegierung energiewirtschaftlicher Betätigung	181
V.	Die Voraussetzungen zur Gründung von und Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften	182
1.	Sicherstellung der öffentlichen Zweckerfüllung	182
2.	Haftungsbegrenzung und begrenzte Verlustübernahmen	183
3.	Angemessener Einfluss	184
4.	Beschränkung der Rechtsformwahl	184
5.	Mittelbare Beteiligung	185
6.	Ausrichtung des Unternehmens an Wirtschaftsgrundsätzen	186
7.	Bewertung und Zwischenfazit (These 3)	187
VI.	Fazit zur kommunalrechtlichen Behandlung wirtschaftlicher Betätigung	187
E.	Konvergenzen und Divergenzen	190
I.	Schnittmengen im materiellen Recht	190
1.	Erste These: Gleichlauf Allgemeininteresse und öffentlicher Zweck	190
2.	Zweite These: Nichtgewerblichkeit und Subsidiaritätsklausel	193
a.	Divergierende Rechtsquellen und Begriffshoheiten	194

b. Konvergenzen im Merkmal Wettbewerb	196
aa. Tatbestandsvoraussetzung der Nichtgewerblichkeit und die Anforderungen der Subsidiaritätsklauseln	196
(1) Übereinstimmender Schutzzweck	196
(2) Bedeutung der gemeinsamen Voraussetzung des Wettbewerbs für die Gesetzesanwendung	197
bb. Vergaberechtliche Nachprüfbarkeit und kommunalrechtlicher Beurteilungsspielraum	199
cc. Rechtsfolgen eines bestehenden Wettbewerbs in Vergabe- und Kommunalrecht	202
c. Ausnahmen: Durchbrechungen von These 2	203
d. Sonderkonstellationen	205
aa. Vergaberechtliche Infizierungstheorie und kommunalrechtliche Nebentätigkeiten	205
bb. Sektorenauftraggebereigenschaft und kommunalrechtliche Privilegierungen	206
(1) Tatbestandlich erfasste Tätigkeitsfelder	207
(2) Zwecke der gesetzlichen Spezialregelungen	208
(3) Rechtsfolge	208
e. Fazit zu These 2 und Beispiele	209
3. Dritte These: Kommunale Unternehmen des Privatrechts und Wettbewerbsvoraussetzungen	212
4. Ausnahmen bei öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit	214
5. Fazit	215
II. Schnittmengen im Rechtsschutz	217
1. Fallkonstellationen	217
a. Fallkonstellation 1: Kommunales Unternehmen als Bieter	218
b. Fallkonstellation 2: Kommunales Unternehmen als Auftraggeber	218
2. Rechtsschutz im Vergaberecht	220
3. Rechtsschutz im Kommunalrecht	222
a. Drittschutz der Schrankentrias	223
aa. Öffentlicher Zweck	225
bb. Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf	228
cc. Subsidiaritätsklausel	228
(1) Bundesländer mit ausdrücklicher Regelung: Hessen und Brandenburg	229

(2) Auslegung des Wortlauts	230
(a) Vergleichsgruppe „private Anbieter“ oder „private Dritte“: Baden-Württemberg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen	231
(b) Vergleichsgruppe „Dritte“ oder „andere“: Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Thüringen	233
(c) Vergleichsgruppe „andere Unternehmen“: Nordrhein-Westfalen	236
(d) Keine Vergleichsgruppe: Schleswig-Holstein	239
(3) Genetisch-historische Auslegung	240
(4) Systematisch-teleologische Auslegung	245
dd. Bewertung und Zwischenfazit	248
b. Drittschutz aus Grundrechten	252
4. Alternative Rechtsschutzmöglichkeiten	253
5. Prüfungsumfang im vergaberechtlichen und kommunalrechtlichen Rechtsschutz	255
a. Prüfungsumfang des vergaberechtlichen Rechtsschutzes	255
aa. Kommunalrechtliche Zulässigkeit eines Bieters	255
(1) Die Praxis der vergaberechtlichen Rechtsschutzinstanzen	256
(2) Ablehnende Auffassung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	258
(3) Bewertung	260
bb. Kommunalrechtliche Zulässigkeit des Auftraggebers	264
b. Prüfungsumfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes	266
c. Bewertung und Zwischenfazit	267
III. Vermeidung von divergierenden Entscheidungen	268
1. Vermeidung echter Divergenzen	268
a. Instrumente des Prozessrechts	269
aa. Verbot der doppelten Rechtshängigkeit	270
bb. Aussetzung des Verfahrens	271
(1) Rechtlicher Maßstab	271
(2) Aussetzungsmöglichkeiten im Vergaberechtsschutz	272

cc. Entgegenstehende materielle Rechtskraft und Bindungswirkung für weitere Entscheidungen	273
(1) Rechtlicher Maßstab	274
(2) Bindungswirkung im Vergabe- und Verwaltungsrechtsschutz	275
dd. Zwischenfazit	276
b. Lösungsvorschlag	276
aa. Begrenzung der Vorfragekompetenz der Vergabekammern	276
bb. Nachholung der Ausschreibung	279
2. Vermeidung unechter Divergenzen	280
a. Instrumente des Prozessrechts	281
aa. Verbot der doppelten Rechtshängigkeit	281
bb. Aussetzung des Verfahrens	281
cc. Entgegenstehende materielle Rechtskraft und Bindungswirkung für weitere Entscheidungen	282
dd. Bewertung und Zwischenfazit	283
b. Lösungsvorschlag: Harmonisierung materiell-rechtlicher Rechtsanwendung	283
F. Schlussbetrachtung und Ausblick	286
I. Zum materiell-rechtlichen Schnittfeld von funktionalem Auftraggeberbegriff und Zulässigkeit kommunaler Unternehmen	286
II. Zum Umgang von Vergabe- und Gemeinderecht mit ehemaligen Monopolbereichen	289
III. Zum prozessualen Schnittfeld im Rechtsschutz und zum Risiko divergierender Entscheidungen	290
IV. Perspektiven	292
Literaturverzeichnis	295
Internetquellenverzeichnis	309

A. Einleitung

I. Problemstellung

„Da nun der Staat der Kapitalist ist und über die größten Produktionskräfte verfügt, so scheint es, daß er vor allem berufen sei, in solchen Unternehmungen die Quelle seines Einkommens zu suchen.

Dennoch hat er es nie gethan, und Theorie und Praxis sind darüber einig, dass er es im allgemeinen nicht thun soll. [...] Fest steht, daß ihm die erste Grundlage aller gewerblichen Productivität, das Interesse an der individuellen Kapitalbildung, sowol wie die zweite, die Furcht vor dem Verluste seines Kapitals, fehlen. Mit beiden wird er unfähig, in berechtigter Concurrenz gegenüber andern Einzelunternehmungen aufzutreten.“¹

(Lorenz von Stein, 1885)

Gemeinden, Bundesländer und der Bund beteiligen sich seit jeher an Wirtschaftsverkehr und Marktwirtschaft². Von Beginn an steht die staatliche Betätigung durch Unternehmen im Rahmen der Gemeindewirtschaft, die neben der Daseinsvorsorge und der Verwaltung von gemeindlichen Einrichtungen einen elementaren und grundgesetzlich geschützten Teil der kommunalen Selbstverwaltung darstellt³, im Mittelpunkt von Diskussionen.

Dabei stellt die wirtschaftliche Betätigung durch kommunale Tochterunternehmen und die damit (teilweise) einhergehende Rekommunalisie-

1 Von Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, T.2., Abt. 1, S. 217.

2 Burgi, Kommunalrecht, S. 247, Rn. 5; Cronauge, Kommunale Unternehmen, S. 327, Rn. 393; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 130 Rn. 25; Fließböb, in: Kleebaum/Palmen, GO NRW, § 107, S. 1280; Wolf, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung in Konkurrenz, S. 5. So ist in der Energiewirtschaft eine Rekommunalisierung durch Gemeinden und Städte festzustellen, vgl. Danner, in: Danner/Theobald, Energierecht, Kap. Einführung, Rn. 140a. Zur Garantie kommunaler Selbstverwaltung nachfolgend Kap. B.II.2.a.

3 Cronauge, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, § 107, S. 6.

rung den Trend der letzten beide Jahrzehnte dar⁴. Im Zeitraum 2000 bis 2011 ist die Zahl von Unternehmen unter kommunaler Kontrolle um 23,3 Prozent von 10.909 Unternehmen auf 13.447 Unternehmen angestiegen⁵. Mit circa 690.000 Mitarbeitern im Jahr 2015 sind sie nicht nur ein wichtiger Arbeitgeber, sondern ihnen kommt auch eine große finanzielle Bedeutung in Gemeindehaushalten zu⁶. Allein die 1.428 Mitgliedsunternehmen des Verbandes kommunaler Unternehmen (Vku) erwirtschafteten im Jahr 2016 Umsatzerlöse von 115 Mrd. Euro⁷.

Die kommunalen Tätigkeitszweige sind vielfältig und lassen sich nicht auf klassische öffentlich-rechtliche Versorgungsbranchen wie den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV), die Energieversorgung oder die Abwasser- und Abfallentsorgung beschränken. So werden kommunale Kinos⁸, Tierparks⁹, Campingplätze, Hotels, Solarien, Schwimmbäder, Beratungsgesellschaften oder Gärtnereibetriebe geführt¹⁰. Mediale Aufmerksamkeit erregte auch das gescheiterte Projekt der Stadt Völklingen, eine Zuchtanlage für Meeresfische zu betreiben¹¹.

Neben fehlendem Vertrauen in Marktkräfte liegen die Gründe für diese zunehmende Entwicklung wirtschaftlicher Betätigung in erwarteten Qualitätsverbesserungen, Preissenkungen und erhofften finanziellen Beiträgen zum Kommunalhaushalt¹². Letzteres Interesse ist nicht ganz unbegründet, da die Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen in den Jahren 2000

4 Bauer, DÖV 2012, 329 (329); Budäus, DÖV 2013, 701 (701); Henneke, in: Wurzel/Schraml/Becker, Kommunale Unternehmen, Kap. A, Rn. 6a ff.; Katz, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 1; Monopolkommission, Hauptgutachten XX, S. 447; Schmidt, DÖV 2014, 357 (357); Sonder, LKV 2013, 202 (202); a. A. für den Bereich der Energieversorgung DIW, Wochenbericht 2016 (20), 441 (446 f.). Der Begriff der (Re-)Kommunalisierung meint, dass die Kommune Aufgaben erstmalig (Kommunalisierung) oder wieder (Rekommunalisierung) an sich zieht, vgl. zur Definition Bauer, DÖV 2012, 329 (334); Breuer, WiVerw 2015, 150 (150); Brüning, VerwArch 2009, 453 (454); DIW, Wochenbericht 2016 (20), 441.

5 Monopolkommission, Hauptgutachten XX, S. 439.

6 Vku, Geschäftsbericht 2014/2015, S. 2.

7 Vku, Zahlen Daten Fakten 2017, S. 2.

8 Kommunale Kinos gibt es beispielsweise in Aachen, Bremen, Gelsenkirchen, Hamm und Leverkusen.

9 Beispielsweise Tierpark Recklinghausen, Haibacher Wildpark.

10 Cronauge, Kommunale Unternehmen, S. 451, Rn. 552; Kluth, WiVerw 2003, 184 (188 f.). Weitere Beispiele in: Katz, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 37; Schmidt, DÖV 2014, 357 (357).

11 Bartsch, Spiegel 51/2014, 48 ff.

12 Bauer, DÖV 2012, 329 (329 u. 335); Budäus, DÖV 2013, 701 (702); Burgi, NdsVBl 2012, 225 (226); Ehlers, in: Ipsen, Kommunalwirtschaft, S. 13; ders., DVBl 1998,

bis 2011 um circa 70 Prozent gesteigert wurden. Machten die Umsatzerlöse im Jahr 2000 noch 6,4 Prozent des Bruttoinlandsproduktes aus, so lag dieser Anteil im Jahr 2011 bei 10,2 Prozent¹³.

Durch die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr und die Liberalisierung von Märkten (beispielsweise der Versorgungs- und Versorgungswirtschaft) kommt es zu dem Nebeneinander von privaten und öffentlichen Unternehmen, welches in der Literatur – wie das Eingangsziat aus dem Jahr 1885 zeigt – seit Langem kritisiert wird¹⁴. Dabei ist die Gemeinde durch ihre Unternehmen mittelbar in zwei Rollen tätig, nämlich als Leistungsanbieterin sowie als Auftraggeberin¹⁵.

In der Freiheit ihrer wirtschaftlichen Betätigung ist sie einerseits, im Unterschied zum rechtlichen Rahmen von 1885, durch die entsprechende landesrechtliche Gemeindeordnung beschränkt, die regelt, ob sich die Gemeinden am jeweiligen Markt beteiligen dürfen¹⁶. Andererseits werden öffentliche Auftraggeber dem strengen Regime des europäischen und nationalen Vergabe- und Beihilferechts unterstellt¹⁷. Anknüpfungspunkt der öffentlichen Auftraggebereigenschaft kommunaler Unternehmen ist dabei eine „im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nichtgewerblicher Art“.

Diese beiden den subjektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnenden Begriffe sind gesetzlich nicht definiert. Zu ihrer Konkretisierung zieht die Rechtsprechung verschiedene Kriterien heran, beispielsweise für die Beurteilung der Nichtgewerblichkeit, ob die gemeindliche Tätigkeit außerhalb des Wettbewerbs ausgeübt wird.

497 (497); *Henneke*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Kommunale Unternehmen, Kap. A, Rn. 7 ff.; *Hertwig*, NZBau 2008, 355 (356); *Hill*, BB 1997, 425 (426); *Kerst*, VR 2014, 325 (325); *Monopolkommission*, Hauptgutachten XX, S. 447; zwischen Anlass und Gründen differenzierend: *Schmidt*, DÖV 2014, 357 (358); *Sonder*, LKV 2013, 202 (202); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2301).

13 *Monopolkommission*, Hauptgutachten XX, S. 447.

14 Zum Begriff des öffentlichen Unternehmens und des vom EuGH vertretenen funktionalen Unternehmensbegriffs nachfolgend Kap. B.II, Fn. 43.

15 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 130 Rn. 20 ff. Ähnlich: *Hertwig*, NZBau 2011, 9 (9); *ders.*, NZBau 2008, 355 (356); *Mann*, NVwZ 2010, 857 (857).

16 So beispielsweise §§ 107 ff. GO NRW; vgl. auch *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (150 f.); *Flüschhöb*, in: Kleerbaum/Palmen, GO NRW, § 107, S. 1279; *Schneider*, NZBau 2009, 352 (353).

17 Neben dem Vergaberecht sind Gemeinden mit ihren kommunalen Unternehmen noch durch weitere Vorschriften, beispielsweise des Beihilfe-, Steuer- und Wettbewerbsrechts, in ihrer Betätigung begrenzt. Vgl. auch *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (151).

Der Zweck der Gemeindeordnung überschneidet sich mit der Gesetzesintention des Vergaberechts, den Wettbewerb vor staatlichen Beeinträchtigungen zu schützen und diesen zu fördern¹⁸. Dieser Zweck gewinnt weiter an Bedeutung, weil die ursprünglich staatlichen Monopolbereiche durch Legislativakte zunehmend in einen Wettbewerbsrahmen überführt werden¹⁹ und/oder sich ein Markt mit privaten Anbietern und letztlich ein Wettbewerb entwickelt.

Kommunale Unternehmen, die ihre Tätigkeit einerseits als gemeindefortschaftsrechtlich zulässig erachten, argumentieren andererseits zunehmend damit, nicht zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet zu sein, da sie eine Tätigkeit im Wettbewerb ausüben würden und folglich keine öffentlichen Auftraggeber seien.

II. Ziele der Untersuchung

Die vorliegende Dissertation untersucht, ob ein Schnittfeld zwischen den gesetzlich nicht definierten Begriffen der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit nichtgewerblicher Art im Sinne des Vergaberechts und dem Verständnis ähnlicher kommunalrechtlicher Begriffe der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung nach den Vorschriften der verschiedenen Gemeindeordnungen besteht.

Die drei zentralen Fragestellungen der Dissertation lauten:

- (1) *Erfüllt ein kommunales Unternehmen, das sich nach den Voraussetzungen der Gemeindeordnung in zulässiger Weise wirtschaftlich betätigt, zugleich die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber?*

Wenn ein kommunales Unternehmen Waren oder Dienstleistungen anbieten will, ist es hinsichtlich der Zulässigkeit und des Umfangs einer wirtschaftlichen Betätigung an die Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts (z. B. nach §§ 107 f. GO NRW) gebunden. Weitere rechtliche Anforderungen können für den Fall bestehen, dass das kommunale Unternehmen (auch) als funktionaler Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB oder Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 GWB tätig wird und daher dem subjektiven Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfällt. Ab einem bestimmten Schwellenwert

18 Breuer, WiVerw 2015, 150 (151); Cronauge, Kommunale Unternehmen, S. 455, Rn. 556.

19 Cronauge, Kommunale Unternehmen, S. 453, Rn. 554; Held, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, § 107, S. 54.

sind öffentliche Aufträge dann in einem transparenten Vergabeverfahren auszuschreiben.

Ziel der Untersuchung ist es, festzustellen, ob Gemeinden als kommunalrechtliche Auftragnehmer und als vergaberechtliche Auftraggeber im Hinblick auf ihre Betätigung durch kommunale Unternehmen gleich behandelt werden müssen. Um mögliche Parallelen der beiden Rechtsgebiete zu ermitteln, werden die materiell-rechtlichen Voraussetzungen, unter denen ein gemeindliches Tochterunternehmen vergaberechtlich als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, mit den Zulässigkeitsanforderungen einer wirtschaftlichen Betätigung nach kommunalrechtlichen Maßstäben verglichen.

- (2) *Wie kann eine Entwicklung des Wettbewerbs in ehemals staatlichen Monopolbereichen zur sachgerechten Anwendung beider Rechtsgebiete (Vergaberecht und Gemeindewirtschaftsrecht) berücksichtigt werden?*

Staatliche Monopolbereiche sind im Vergaberecht teilweise von der Sektorenauftraggebereigenschaft (§ 100 GWB) erfasst. Im Übrigen unterliegen sie dem allgemeinen Auftraggeberbegriff. Ein sich entwickelnder Wettbewerb kann in beiden Fällen Bedeutung erlangen, wenn sich damit die gewerbliche Betätigung eines kommunalen Unternehmens begründen und die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft verneinen lässt.

Die überwiegende Anzahl von Gemeindeordnungen will staatliche Monopolbereiche – sog. nichtwirtschaftliche Tätigkeiten, die nicht im Wettbewerb ausgeübt werden, – privilegieren, indem diese nicht den Zulässigkeitsbeschränkungen wirtschaftlicher Betätigung unterliegen (z. B. § 107 Abs. 2 GO NRW). In einigen dieser früheren Monopolbereiche hat sich aber inzwischen ein Wettbewerb entwickelt, sodass solche Tätigkeitsbereiche systematisch eigentlich der Schrankentrias unterliegen müssten.

Die zweite Fragestellung bezieht sich damit auf die normierten vergabe- und kommunalwirtschaftsrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen, für die ein bestehender Wettbewerb ausschlaggebend ist. Mögliche Auswirkungen eines entstehenden Markts und sich etablierenden Wettbewerbs in ehemaligen Monopolbereichen bzw. Bereichen mit Wettbewerbsbeschränkungen auf die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung und die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft sind zu untersuchen.

A. Einleitung

- (3) *Welche Auswirkungen haben die materiell-rechtlichen Überschneidungen auf die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten privater Konkurrenten im Vergabe- und Gemeindewirtschaftsrecht und wie lassen sich divergierende Entscheidungen auf unterschiedlichen Rechtswegen vermeiden?*

Mit der dritten Fragestellung wird untersucht, wie sich ein Schnittfeld im materiellen Recht auf vergaberechtliche und verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten auswirkt. Stehen zwei unterschiedliche Rechtswege offen, können Überschneidungen im Prüfungsumfang zu divergierenden Entscheidungen führen.

Zusammengefasstes Ziel der Arbeit ist es, das Verhältnis des funktionalen Auftraggeberbegriffs nach § 99 Nr. 2 GWB und der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen der öffentlichen Hand insbesondere im Schnittpunkt von Staat und Wettbewerb zu beleuchten.

III. Gang der Untersuchung

Die oben dargestellten Ziele gliedern sich in der Untersuchung in drei Teile.

In einem ersten Teil sollen die unions- und verfassungsrechtlichen Maßgaben des Vergabe- und kommunalen Wirtschaftsrechts herausgearbeitet werden (Kapitel B). Höherrangig normierte Grundsätze sowie der Sinn und Zweck beider Rechtgebiete finden dort ihre Grundlage. In diesem Kapitel wird zwischen Vorschriften zur Statthaftigkeit wirtschaftlicher Betätigung (Kapitel B.II) und solcher, die Handlungsmaßstäbe für eine wirtschaftliche Betätigung normieren (Kapitel B.III), differenziert.

Erst dann sollen als Schwerpunkt der vorliegenden Dissertation mögliche Schnittfelder zwischen dem Vergaberecht und dem kommunalen Wirtschaftsrecht analysiert werden. Solche können insbesondere in unbestimmten Rechtsbegriffen des Anwendungsbereichs des Vergaberechts sowie in kommunalrechtlichen Voraussetzungen zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung gegeben sein (Kapitel C und D).

Diese Untersuchung beginnt mit den nicht legaldefinierten Tatbestandsmerkmalen der vergaberechtlich normierten öffentlichen Auftraggeber-eigenschaft von kommunalen Unternehmen nach § 99 Nr. 2 GWB (Kapitel C.II). Für das Untersuchungsziel bedeutsam sind im Anwendungsbereich des Vergaberechts die Tatbestandsvoraussetzungen der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit (Kapitel C.II.2) nichtgewerblicher Art (Kapitel C.II.3). Für das Vorliegen letzterer ist ein Wettbewerb auf einem bestehenden Markt ein gewichtiges Indiz (Kapitel C.II.3.c). Wiederum sind in die-

sem Rahmen auch die Voraussetzungen, unter denen Wettbewerb auf einem Markt besteht, unbestimmt. Konkrete Erkenntnisse hierzu versprechen eine kartellrechtliche Marktabgrenzung (Kapitel C.II.3.c.bb) und eine juristisch-ökonomische Untersuchung des Schlüsselbegriffs „Wettbewerb“ (Kapitel C.II.3.c.cc).

Im Anschluss an den vergaberechtlichen Teil werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen eine wirtschaftliche Betätigung kommunalrechtlich zulässig ist (Kapitel D). Dabei muss zwischen wirtschaftlicher (Kapitel D.III) und nichtwirtschaftlicher Betätigung (Kapitel D.III.4) differenziert werden. Die im Falle einer wirtschaftlichen Betätigung anzuwendenden Zulässigkeitsvoraussetzungen fordern das Bestehen eines öffentlichen Zwecks, der die kommunalwirtschaftliche Betätigung erfordert bzw. rechtfertigt (Kapitel D.IV.1), ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune (Kapitel D.IV.2) und im Rahmen der Subsidiaritätsklausel die Vornahme eines Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsvergleichs (Kapitel D.IV.3). Die Auswirkungen eines entstehenden oder bestehenden Wettbewerbs auf letztere Tatbestandsvoraussetzung sollen untersucht werden. Neben diesen Zulässigkeitssschranken für eine wirtschaftliche Betätigung sollen die kommunalrechtlichen Voraussetzungen für die Gründung und Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform (Kapitel D.V), einschließlich der Ausrichtung kommunaler Unternehmen an Wirtschaftsgrundsätzen (Kapitel D.V.6), dargestellt werden.

Die Bestimmung eines Schnittfelds und die Untersuchung der sich daraus ergebenden Konsequenzen erfolgen in dem nachfolgenden Kapitel (Kapitel E) anhand vergabe- und kommunalwirtschaftsrechtlicher Konvergenzen und Divergenzen. Dargestellt werden zunächst die materiell-rechtlichen Schnittmengen in drei Thesen (Kapitel E.I). Der im Rahmen der kommunalrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen gerichtlich anerkannte Beurteilungsspielraum wird im Vergleich zur strengen vergaberechtlichen Nachprüfbarkeit gewürdigt (Kapitel E.I.2.b.bb). Beachtung finden sollen auch die unterschiedlichen Rechtsquellen und daraus resultierenden Begriffshoheiten beider Rechtsgebiete (Kapitel E.I.2.a). Neben den Anhaltspunkten, die eine Gemeinde den festgestellten Konvergenzen beider Rechtsgebiete für ihre wirtschaftliche Betätigung entnehmen kann, ist zu fragen, ob im Rahmen von vergaberechtlichem oder verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz auf den jeweils anderen Bereich zurückgegriffen werden kann (Kapitel E.II). Nicht nur bei materiell-rechtlichen Überschneidungen, sondern auch bei solchen im Prüfungsumfang unterschiedlicher Rechtsschutzinstanzen (Kapitel E.II.5), besteht die Gefahr divergierender Entscheidungen, die es nach Möglichkeit zu vermeiden gilt (Kapitel E.III).

A. Einleitung

Die Untersuchung endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einem Ausblick, der den Anpassungsbedarf vergabe- und kommunalrechtlicher Vorschriften an einen sich entwickelnden Wettbewerb aufzeigt (Kapitel F).

IV. Beispiele

Anhand von drei Beispielen aus den Bereichen Verkehr, Messe und Abfallwirtschaft sollen die Voraussetzungen beider Normierungen dargestellt, ihre praktische Relevanz nachvollzogen und letztlich die aufgeworfenen Fragen beantwortet werden.

1. Schülerspezialverkehr (Beispiel 1)

Die Stadt K gründet zur Durchführung eines Schülerspezialverkehrs eine 100-prozentige Tochtergesellschaft (K-Verkehr-GmbH). Bei dem Schülerspezialverkehr handelt es sich um die Beförderung von Schülern, die etwa aufgrund von Behinderungen nicht mit dem öffentlichen Personennahverkehr zur Schule fahren können, sowie um besondere Fahrten der Schule zu schulischen Veranstaltungen (z. B. zum Sport- und Schwimmunterricht).

Um die Tätigkeit ausüben zu können, muss die K-Verkehr-GmbH Busse beschaffen. Zu diskutieren ist, ob die Beschaffung dem Regime des Vergaberechts unterliegt. Das setzt voraus, dass der subjektive Anwendungsbereich des Vergaberechts für die K-Verkehr-GmbH als Gesellschaft in privater Rechtsform eröffnet ist. Nach einer Ansicht könnte eine Auftraggeber-eigenschaft abzulehnen sein, da die K-Verkehr-GmbH, ebenso wie ihre Konkurrenten, aufgrund des bestehenden Wettbewerbs im Busverkehr Marktmechanismen ausgesetzt und so keine Anwendung des restriktiven Vergaberechts geboten ist.

Dagegen könnte eine kommunalrechtliche Regelungsstruktur sprechen, die die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden und Tochterunternehmen wie der K-Verkehr-GmbH als kommunale Tochtergesellschaft im Wettbewerb gegenüber privaten Unternehmen auf dem Markt beschränkt.

2. Messebetrieb (Beispiel 2)

Die Messegesellschaft D-Messe-GmbH betreibt den internationalen Messestandort in der Stadt D. Der Betrieb umfasst die Konzeption, Organisation und Durchführung von Messen, Veranstaltungen und Kongressen. Die Gesellschaftsanteile an der D-Messe-GmbH stehen zu 56 Prozent unmittelbar im Eigentum der Stadt D und sind auch im Übrigen vollständig in öffentlicher Hand. § 8 des Gesellschaftsvertrags sieht vor, dass der Gewinn unter diesen öffentlichen Gesellschaftern verteilt wird.

Ver gibt die D-Messe-GmbH ihrerseits Aufträge, wie beispielsweise die Errichtung von temporären Raumbauten, Brandschutzinstallationsarbeiten, Gebäudereinigungsleistungen oder Buchprüfungen, so ist zu diskutieren, ob sie das Vergaberecht anzuwenden hat. In dieser Diskussion kann ähnlich wie in *Beispiel 1* die Frage aufgeworfen werden, ob die D-Messe-GmbH in vergaberechtlich zulässiger Weise von einer Ausschreibung wegen einer vermeintlich fehlenden Auftraggebereigenschaft absehen und gleichzeitig ihre kommunalrechtliche Zulässigkeit annehmen darf.

Diese Frage lässt sich nicht schon durch eine abstrakte Betrachtung der zehn umsatzstärksten Messegesellschaften in Deutschland²⁰ einschließlich ihrer Ausschreibungsverhalten beantworten²¹. Eine eigene Auswertung hat ergeben, dass acht der Messegesellschaften als GmbH und zwei als AG organisiert sind²². Gesellschafterin ist bei allen Messeunternehmen die öffentliche Hand mit einer qualifizierten Mehrheit²³.

Trotz dieser nahezu identischen Ausgangsvoraussetzungen bestehen Divergenzen im Ausschreibungsverhalten. Fünf der umsatzstärksten Messegesellschaften schreiben ihre Aufträge bei Erreichen der Schwellenwerte eu-

20 Gemessen anhand des im Jahr 2016 erzielten Umsatzes, hier in abgestufter Reihenfolge: Messe Frankfurt GmbH: 646,7 Mio. EUR, Messe Düsseldorf GmbH: 442,8 Mio. EUR, Messe München GmbH: 428,1 Mio. EUR, Messe Berlin GmbH: 309,4 Mio. EUR, Deutsche Messe AG (Hannover): 302 Mio. EUR, NürnbergMesse GmbH: 97,3 Mio. EUR, Koelnmesse AG: 274,0 Mio. EUR, Landesmesse Stuttgart GmbH: 147 Mio. EUR, Hamburg Messe und Congress GmbH: 110 Mio. EUR, Leipziger Messe GmbH: 97,3 Mio. EUR. Zu den Umsätzen der Messegesellschaften bis 2016 im Einzelnen siehe: *statista*, Umsatz der deutschen Messveranstalter bis 2016.

21 Nach den öffentlich-zugänglichen und aufgefundenen Informationen bis einschließlich 30. Juni 2017.

22 Nicht betrachtet wurden bestehende Tochtergesellschaften.

23 Eigene Auswertung, Stand: 30. Juni 2017.

ropaweit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union aus²⁴. Die verbleibenden fünf Messegesellschaften veröffentlichen ihre Aufträge nicht europaweit. Eine Gesellschaft aus dieser Gruppe schreibt auf ihrer eigenen Homepage aus²⁵. Bei einem anderen Unternehmen lassen sich vereinzelte Ausschreibungen anderer öffentlicher Stellen für die Messegesellschaft finden²⁶.

Auch mangels einer eindeutigen Praxis soll die aufgeworfene Frage am Beispiel der D-Messe-GmbH rechtlich beantwortet werden.

3. Abfallentsorgung (Beispiel 3)

Die Abfallwirtschaft-GmbH ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Gemeinde B; ihr ursprünglicher Gründungszweck war nichtgewerblicher Art. Sie bedient sämtliche Bereiche der Abfallentsorgung im Land Nordrhein-Westfalen. Dazu zählt die Entsorgung der unter den Oberbegriff der Siedlungsabfälle fallenden Abfallarten, also sowohl von Haushaltsabfällen als auch siedlungsabfallähnlichen Gewerbe- und Industrieabfällen (§ 3 Abs. 18 KrWG)²⁷. Diese Aufgabenerledigung erfolgt jeweils im Bereich der Abfallverwertung (d. h. der thermischen Behandlung von Abfällen) und der Abfallbeseitigung (d. h. der Deponierung).

Erst seit einigen Jahren bieten private Konkurrenten Leistungen im Bereich der Abfallentsorgung, insbesondere durch thermische Abfallbehandlung und der Deponierung von Abfällen, an. Aufgrund der Änderungen auf dem Markt passt die Abfallwirtschaft-GmbH ihren Gesellschaftsvertrag dahingehend an, dass nach den Wirtschaftsgrundsätzen im Sinne des § 109

24 Eigene Auswertung der veröffentlichten Ausschreibungen im Amtsblatt der Europäischen Union (Stand: 30. Juni 2017); mit einbezogen wurde auch Einrichtungen, die für eine Gesellschaft ausschreiben.

25 *Leipziger Messe GmbH*, Ausschreibungen auf der Homepage (Stand: 30. Juni 2017).

26 Für die Landesmesse Stuttgart GmbH schreibt die Projektgesellschaft Neue Messe GmbH & Co. KG eine bauliche Messeerweiterung aus (vgl. TED, 2014/S 251-445747). Die Flughafen Stuttgart GmbH beschafft Erdgas (vgl. TED, 2015/S 207-376514) und die Landeshauptstadt Stuttgart Gebäudeversicherungen für die Landesmesse Stuttgart GmbH (TED, 2016/S 077-137398). Mangels eigener Ausschreibungen der Landesmesse Stuttgart GmbH ist nicht nachprüfbar, ob wirklich alle Aufträge vergeben werden (Stand: 30 Juni 2017).

27 Siehe auch *Bataille/Steinmetz*, Kommunale Monopole in der Hausmüllentsorgung, S. 3, Fn. 7; zum Begriff der Haushaltsabfälle: *Schink*, in: Mann/Püttner, Kommunale Wissenschaft, § 55 Rn. 46.

GO NRW zu verfahren ist und Gewinne nur zu einem Teil gemeinnützig verwendet werden können.

Bei der rechtlichen Beurteilung der Tätigkeit der Abfallwirtschaft-GmbH ist fraglich, ob diese eine nach § 99 Nr. 2 GWB im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nichtgewerblicher Art erfüllt und somit als öffentliche Auftraggeberin dem Vergaberecht unterliegt. Dabei ist insbesondere zu diskutieren, ob – vergaberechtlich – eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art bereits durch die kommunalrechtliche Bewertung der Abfallentsorgung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von § 107 Abs. 2 GO NRW gegeben ist.

Die Tätigkeit erfolgt vor folgendem tatsächlichen Hintergrund: Täglich werden durch kommunale Unternehmen in Deutschland circa 31.500 Tonnen Abfall entsorgt²⁸. Allein die im Verbund kommunaler Unternehmen (Vku) e.V. organisierten 432 Unternehmen in der Sparte Abfallentsorgung erwirtschafteten in der Vergangenheit jährliche Umsatzerlöse von rund 9,3 Mrd. Euro²⁹. Unter den Begriff der Abfallentsorgung fallen Tätigkeiten vom Einsammeln und Befördern von Abfällen über das Recyceln bis zur energetischen Verwertung in Müllverbrennungsanlagen³⁰. Für die folgende Untersuchung wird dieser weite Begriff auf die Tätigkeiten der Deponierung und thermischen Abfallbehandlung beschränkt.

Nach den öffentlich zugänglichen und aufgefundenen Informationen variiert ähnlich wie bei den Messdienstleistungsgesellschaften das Ausschreibungsverhalten von kommunalen Unternehmen zur Abfallentsorgung. Die Auswertung konzentriert sich auf die 16 im Abfallwirtschaftsplan genannten Hausmüllverbrennungsanlagen, die auch hausmüllähnliche Gewerbeabfälle behandeln³¹. Zehn Betreibergesellschaften sind als GmbH, vier als GmbH & Co. KG organisiert³². Den Unternehmen ist gleich, dass die öffentliche Hand (zumindest mittelbar durch zwischengeschaltete Tochtergesellschaften) die Mehrheit ihrer Anteile hält³³. Bei lediglich einem Betreiber in der privaten Rechtsform der Societas Europaea

28 Vku, Zahlen Daten Fakten 2017, S. 8.

29 Vku, Zahlen Daten Fakten 2017, S. 6 u. 7.

30 Bataille/Steinmetz, Kommunale Monopole in der Hausmüllentsorgung, S. 2.

31 Abfallwirtschaftsplan Nordrhein-Westfalen, Teilplan Siedlungsabfälle (Bekanntmachung in MBl. NRW vom 26.4.2016, S. 237) vom 21.4.2016, S. 120.

32 (Tochter-)Gesellschaften im Konzern wurden nicht betrachtet.

33 Nach den im Internet aufgefundenen Informationen (Stand: 30. Juni 2017): AWG Abfallwirtschaftsgesellschaft mbH Wuppertal – Müllheizkraftwerk (MHKW) Wuppertal; AMK Abfallentsorgungsgesellschaft des Märkischen Kreises mbH – Müllheizkraftwerk Iserlohn, Fernwärme- und Stromerzeugung; Abfallent-

(SE) besteht eine öffentliche Beteiligung nur (mittelbar) in Höhe von 25 Prozent³⁴. Der Betrieb einer Müllverbrennungsanlage ist in kommunaler Hand³⁵.

Von den 14 kommunalen Gesellschaften in privater Rechtsform der GmbH oder GmbH & Co. KG veröffentlichen lediglich drei Unternehmen ihre Auftragsvergaben regelmäßig und im Amtsblatt der Europäischen Union³⁶. Bei drei Betreibern sind keine Ausschreibungen zu finden. Die übrigen sechs Betreiber schreiben teilweise nur Aufträge im vermeintlichen Sektorenbereich von Energie- und Fernwärmeerzeugung oder zumindest nicht regelmäßig aus³⁷.

Aus dieser Ist-Analyse lässt sich die Frage nicht beantworten, ob kommunale Unternehmen im Bereich der Abfallentsorgung (insbesondere Depositionierung und thermische Abfallbehandlung) dem öffentlichen Auftraggeberbegriff des § 99 Nr. 2 GWB unterfallen.

sorgungs-Gesellschaft Ruhrgebiet mbH (AGR-Gruppe) – RohstoffRückgewinnungszentrum Herzen (RZR); AVG Abfallentsorgungs- und Verwertungsgesellschaft Köln mbH – Restmüllverbrennungsanlage Köln; Gesellschaft für Abfallwirtschaft und Stadtreinigung mbH (AWISTA) – Müllverbrennungsanlage (MVA) Düsseldorf; GMVA Gemeinschafts- Müll- Verbrennungsanlage Niederrhein GmbH – Gemeinschafts- Müll- Verbrennungsanlage Niederrhein; Hagener Entsorgungsbetrieb (HEB) GmbH – Müllverbrennungsanlage Hagen; MVA Müllverwertungsanlage Bonn GmbH – Müllverbrennungsanlage Bonn; MVA Bielefeld-Herford GmbH – Müllverbrennungsanlage Bielefeld; MVA Hamm Betreiber-GmbH / MHB Betriebsführungsgesellschaft mbH – Müllverbrennungsanlage Hamm; AVEA GmbH & CO. KG – Müllheizkraftwerk Leverkusen; EGK Entsorgungsgesellschaft Krefeld mbH & CO. KG – Müll- und Klärschlammverbrennungsanlage (MKVA); Kreis Weseler Abfallgesellschafts mbH & Co. KG – Müllverbrennungsanlage Asdonkshof; MVA Weisweiler GmbH & Co. KG – Müllverbrennungsanlage Weisweiler.

34 RWE Generation SE – Müllheizkraftwerk Essen-Karnap.

35 Technische Betriebe der Stadt Solingen – Müllheizkraftwerk Solingen.

36 Eigene Auswertung der im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Ausschreibungen (Stand: 30. Juni 2017).

37 Von der GMVA Gemeinschafts-Müll-Verbrennungsanlage Niederrhein GmbH finden sich als Sektorenauftraggeberin Ausschreibungen aus dem Jahr 2012, z. B. TED, 2012/S 195-321316 (Abfallwirtschaftssoftware), TED, 2012/S 232-382033 (Neubau einer Dampfturbine zur Fernwärmegewinnung), Stand: 30. Juni 2017.

B. Unions- und verfassungsrechtliche Maßgaben

I. Rechtsquellen

Bevor das Schnittfeld zwischen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB und der kommunalrechtlichen Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung untersucht wird, werden nachfolgend die unions- und verfassungsrechtlichen Maßgaben dieser einfachgesetzlichen Regelungen näher betrachtet. Zum Unionsrecht zählen das Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union. Das Primärrecht bilden heute der Vertrag über die Europäische Union (EUV)³⁸ und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)³⁹ jeweils in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007. Weitere Regelungen können im europäischen Sekundärrecht insbesondere in Form von Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV) und Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV) enthalten sein. Unionrechtliche Vorschriften genießen gegenüber nationalen Regelungen im Kollisionsfall einen Anwendungsvorrang, um einen einheitlichen Vollzug des Unionsrechts sicherzustellen⁴⁰.

Die verfassungsrechtlichen Maßgaben entstammen dem nationalen deutschen Recht und sind sowohl im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) als auch in den landesrechtlichen Verfassungen, beispielsweise in der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (LVerf NRW), enthalten. Über das Verfassungsrecht hinaus gibt es eine Reihe einfachgesetzlicher Anforderungen für die wirtschaftliche Betätigung des Staats in der sozialen Marktwirtschaft⁴¹. Diese sind beispielsweise vergaberechtlich im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und kommunalrechtlich in den Gemeindeordnungen des jeweili-

38 Vertrag über die Europäische Union, ABl. EU 2012, C 326/13.

39 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2012, C 326/47.

40 Vgl. z. B. Vertrag von Lissabon, ABl. EU 2008, C 115/01 (344), Anhang Ziffer 17. EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-409/06, Slg. 2010, I-8041 – *Winner Wetten* = NVwZ 2010, 1419 (1420 f.); Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, I-1251 – *Costa/ENEL* = NJW 1964, 2371 (2372); BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986, Az. 2 BvR 197/83 = BVerfGE 73, 339 (375). Vgl. auch *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 96 f., Rn. 81; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 28, Rn. 42 u. S. 379, Rn. 729.

41 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 367, Rn. 445.

gen Bundeslandes geregelt. Trotz dieser detaillierten einfachgesetzlichen Regelungen dient das höherrangige Verfassungsrecht als Auslegungsmaßstab⁴².

Systematisch lassen sich diese vorrangigen Regelungen des Unions- und Verfassungsrechts unterteilen in Vorschriften, die die Zulässigkeit kommunaler Unternehmen an sich betreffen (Kapitel B.II), und Vorschriften, die zulässigen kommunalen Unternehmen Handlungsbeschränkungen auferlegen (Kapitel B.III).

II. Zulässigkeit kommunaler Unternehmen

Im Folgenden werden zunächst die unions- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Zulässigkeit – also zum „Ob“ – einer wirtschaftlichen Betätigung durch kommunale Unternehmen dargestellt. Dabei gilt es zu beachten, dass der Begriff des Unternehmens im europäischen und nationalen Recht nicht einheitlich definiert ist und selbst innerhalb einer nationalen Rechtsordnung unterschiedlich ausgestaltet sein kann⁴³. Terminologisch wird in der folgenden Untersuchung unter einem Unternehmen eine von einer Gemeinde abgrenzbare, selbstständige Einheit verstanden, die den gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Gesellschaftsformen – beispielsweise der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder der Aktiengesellschaft (AG) – entspricht⁴⁴. Mit dem weiteren Merkmal „öffentlich“ wird die Untersuchung auf solche Unternehmen eingegrenzt, auf die die

42 Kluth, WiVerw 2003, 184 (186); Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 65, Rn. 110.

43 Siehe hierzu: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 351, Rn. 658. Zum funktionalen Unternehmensbegriff des Europäischen Gerichtshofs: EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-138/11, Tz. 35 – *Compass Datenbank GmbH* = BeckRS 2012, 81439; Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-437/09, Slg. 2011, I-1003, Tz. 40 ff. – *AGR* = BeckRS 2011, 80182; Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295 = EuZW 2006, 600; Urt. v. 12.9.2000, Rs. C-180/98, Slg. 2000, I-06451, Tz. 71 – *Pavlov* = BeckRS 2004, 74737; Urt. v. 21.9.1999, Rs. C-219/97, Tz. 67 – *Bokken* = BeckRS 2004, 75177 sowie ausführlich auch: Kluth, in: Mann/Püttner, Kommunale Wissenschaft, § 39 Rn. 31.

44 Neben öffentlichen Unternehmen in privater Rechtsform schließt dies auch solche in öffentlicher Rechtsform (z. B. Regiebetrieb, Eigenbetrieb und Anstalt des öffentlichen Rechts) ein. Zu dieser Definition auch: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 350, Rn. 659.

öffentliche Hand einen steuernden Einfluss hat⁴⁵. Dies entspricht dem in § 185 Abs. 1 Satz 1 GWB definierten Begriff des öffentlichen Unternehmens⁴⁶. Als Synonym zum öffentlichen Unternehmen wird zudem der Begriff des kommunalen Unternehmens verwendet.

1. Europarecht und kommunale Selbstverwaltung

In den Europäischen Verträgen finden sich keine ausdrücklichen Regelungen zur Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung oder zu organisatorischen Anforderungen an eine solche⁴⁷.

Aus Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV ergibt sich jedoch ein Achtungsgebot der nationalen Identität von Mitgliedstaaten entsprechend ihrer grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung. Danach achtet die Europäische Union zumindest mittelbar die kommunale Selbstverwaltung, sofern diese identitätsbildend ist⁴⁸. Es obliegt den Mitgliedstaaten selbst, die regionale und lokale Selbstverwaltung als verfassungsmäßige Struktur zu definieren. Eine verfassungsänderungsfeste Selbstverwaltung, die als Teil der nationalen Identität i. S. v. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV zu werten ist, hat Deutschland allerdings mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vorgesehen⁴⁹. Denn nach dem Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG erstreckt sich die sog. Ewigkeitsgarantie nur auf die Gliederung des Bundes in Länder und die grundsätzliche Mitwirkung

45 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, S. 277, Rn. 72; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 353, Rn. 667.

46 Vgl. *Ehlers*, Gutachten, S. 31. § 185 Abs. 1 Satz 1 GWB entspricht der Definition in Art. 2 lit. b Richtlinie 2006/111/EG vom 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen. Ebenfalls findet sich diese Definition in Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2004/25/EU vom 28.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch die Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG.

47 Vgl. *Ehlers*, in: Ipsen, Kommunalwirtschaft, S. 10; *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, Vor §§ 107 ff., S. 2 f.; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 9.

48 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 99, Rn. 84; *Ehlers*, in: Ipsen, Kommunalwirtschaft, S. 14; *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, Vor §§ 107 ff., S. 2; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 9.

49 *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, EUV, Art. 4 Rn. 32; *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, EUV, Art. 4 Rn. 19.

der Länder bei der Gesetzgebung sowie auf die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze: Neben der föderalen Gliederung in Bundesländer ist die dritte Ebene der Kommunalverwaltung in Deutschland mithin nicht Teil der von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV anerkannten Identität⁵⁰.

Mittelbar berücksichtigt wird die kommunale Selbstverwaltung in dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 Abs. 3 EUV, der ein Tätigwerden der EU zugunsten nationaler Aufgabenwahrnehmung insbesondere auf regionaler und lokaler Ebene beschränkt⁵¹. Ebenfalls ergibt sich aus der Bindung von öffentlichen Unternehmen an Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 1 AEUV, dass die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand als solche unionsrechtlich zulässig ist⁵².

Art. 345 AEUV stellt klar, dass die Eigentumsordnung der verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt bleibt. Hierdurch wird auch Unternehmenseigentum in privater oder öffentlicher Trägerschaft geschützt⁵³. Die neutral ausgestaltete Vorschrift gibt aber ebenfalls keine Anhaltspunkte, ob öffentliche oder private Unternehmen bei einer Aufgabenwahrnehmung zu bevorzugen sind⁵⁴.

Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Oktober 1985 bezweckt den Schutz der politischen, verwaltungsmäßigen und finanziellen Selbstständigkeit der Gemeinden. Bei dieser Vereinbarung handelt es sich aber um kein Unionsrecht im engeren Sinne, sondern nur um einen völkerrechtlichen Vertrag, der im nationalen Recht zu ratifizieren und dann dem einfachen Bundesrecht zuzuordnen ist⁵⁵.

Aus dem Europarecht lässt sich damit allenfalls die Existenz und Achtung kommunaler Selbstverwaltung ableiten. Konkrete Zulässigkeitsvoraussetzungen für das „Ob“ einer wirtschaftlichen Betätigung durch Gemeinden sind hingegen nicht unionsrechtlich normiert.

50 *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, EUV, Art. 4 Rn. 32; *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, EUV, Art. 4 Rn. 19. A. A. *Streinz*, in: Streinz, EUV, Art. 4 Rn. 16.

51 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 100, Rn. 84; *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, Vor §§ 107 ff., S. 2; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 9.

52 *Burgi*, Kommunalrecht, S. 254, Rn. 23. Zur Bindung von öffentlichen Unternehmen an Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln siehe nachfolgend Kap. B.III.1.

53 *Burgi*, Kommunalrecht, S. 254, Rn. 23; *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 345 Rn. 7.

54 *Dohms*, in: Ipsen, Kommunalwirtschaft, S. 35.

55 Abgedruckt in: NVwZ 1988, 1111 ff. Vgl. auch *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 6.

2. Verfassungsrecht und kommunale Selbstverwaltung

Verfassungsrechtlich ist das kommunale Selbstverwaltungsrecht in Art. 28 Abs. 2 GG verankert. Eine vergleichbare Gewährleistung gibt es auch auf Ebene der Bundesländer, beispielsweise im Bundesland Nordrhein-Westfalen in Art. 78 Abs. 1 Satz 1 LVerf NRW. Art. 28 Abs. 2 GG bildet hinsichtlich seines Schutzgehalts einen Mindeststandard im Vergleich zu den Landesverfassungen, die teilweise zugunsten der Kommunen darüber hinausgehen⁵⁶. In der folgenden Untersuchung wird der gemeinsame Mindeststandard zugrunde gelegt.

a. Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)

Das in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte kommunale Selbstverwaltungsrecht beinhaltet drei Garantien: Neben der institutionellen Rechtssubjektsgarantie, die den Bestand von Gemeinden als Institution gewährleistet, und der subjektiven Rechtsinstitutionsgarantie, also der Möglichkeit von Kommunen, sich gegen Rechtsverletzungen vor Gerichten zu wehren, überträgt die objektive Rechtsinstitutionsgarantie den Gemeinden die Allzuständigkeit und Eigenverantwortlichkeit bei ihrer Aufgabenerfüllung⁵⁷. Letztere erstreckt sich gemäß der Formulierung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auf „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“, also auf Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder dazu einen spezifischen Bezug haben⁵⁸. Die einzelnen Aufgaben unterliegen dabei einem ständigen Wandel⁵⁹. Die vom gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht erfassten Aufgaben lassen sich näher aus der Aufgabenho-

⁵⁶ Mende, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 20.

⁵⁷ Brüning, Juristische Ausbildung 2015, 592 (593 ff.); Cronauge, Kommunale Unternehmen, S. 37, Rn. 14 ff.; Katz, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 27; Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 39; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 19; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 136.

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 27.5.2009, Az. 8 C 10/08, Tz. 27 = NVwZ 2009, 1305 (1306). Vgl. auch Brüning, Juristische Ausbildung 2015, 592 (594 ff.); Cronauge, Kommunale Unternehmen, S. 38, Rn. 16; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 23; Held, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, Vor §§ 107 ff., S. 5; Kerst, VR 2014, 325 (328).

⁵⁹ Hellermann, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 28 Rn. 41; Katz, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 11; Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 50; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 23.

heit und Eigenverantwortlichkeitsgarantie ableiten⁶⁰. Traditionell zählen zu der Aufgabenhoheit die Versorgung der Bevölkerung beispielsweise mit Energie und Wasser als auch Kultur und Bildung⁶¹. Es handelt sich also um wichtige Lebensgrundlagen für die Einwohner der Kommunen, die nach *Forsthoff* als Daseinsvorsorge bezeichnet werden⁶².

Daneben wird durch Art. 28 Abs. 2 GG die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung von Gemeinden garantiert (Gemeindeautonomie/ Eigenverantwortlichkeitsgarantie)⁶³. Von dieser Eigenverantwortlichkeitsgarantie umfasst ist auch die wirtschaftliche Betätigung als Modus der Aufgabenerfüllung durch kommunale Selbstverwaltung⁶⁴. Dies gilt jedoch nur für kommunalwirtschaftliche Betätigungen innerhalb von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft i. S. v. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, da eine Betätigung der Gemeinden außerhalb dieses Bereichs nicht zulässig ist⁶⁵. Ebenfalls Teil der Eigenverantwortlichkeitsgarantie ist die Organisations-

60 BVerfG, Urt. v. 24.7.1979, Az. 2 BvK 1/78, BVerfGE 52, 95 (117), Tz. 95; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 127 f., Rn. 118; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 25 ff.; *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 28 Rn. 40; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 57 ff. u. Rn. 92 (zur wirtschaftlichen Betätigung).

61 *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, Vor §§ 107 ff., S. 5; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93; *Schink*, NVwZ 2002, 129 (132).

62 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7: „Die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist“. Zur Definition der Daseinsvorsorge vgl. auch VerfGH RhPf, Beschl. v. 29.11.2012, Az. 1 S 1258/12 = NVwZ-RR 2013, 328 (329); Urt. v. 28.3.2000, Az. VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801 (801); *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 43, Rn. 23 f.; *Dyllick/Lörincz*, LKV 2012, 151 (151); *Kerst*, VR 2014, 325 (325); *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 92; *Pielow*, JuS 2006, 692 (692).

63 BVerwG, Beschl. v. 26.2.2010, Az. 8 B 91/09 = BeckRS 2010, 47850, Tz. 4 m. w. N. Vgl. auch *Brüning*, Juristische Ausbildung 2015, 592 (596 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 32; *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 28, Teil 2, § 102 BWGemO, Rn. 5; *Schink*, NVwZ 2002, 129 (133).

64 OVG NRW, Urt. v. 26.10.2010, Az. 15 A 440/08 = KommJur 2011, 11 (12). Vgl. auch *Burgi*, Kommunalrecht, S. 248, Rn. 8; *Ehlers*, Gutachten, S. 69; *Glabs/Külpmann*, VergabeR 2002, 555 (556); *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, § 107, S. 7; *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 28; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 92; *Söbbeke*, in: Articus/Schneider, GO NRW, § 107, S. 483.

65 *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, GO NRW, § 107, S. 8; *Katz*, Kommunale Wirtschaft, Teil 1, Rn. 27, Teil 2, § 102 BWGemO, Rn. 6; *Schink*, NVwZ 2002, 129 (134).