

Martin Ludin

Dr. iur., M.A. HSG in Law & Economics, Rechtsanwalt

Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre

**Eine Rechtsvergleichung von In-house-,
Quasi-in-house- und In-state-Geschäften
in der EU und der Schweiz**

DIKE 

 **Nomos**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	5
§ 1 Grundlagen des öffentlichen Vergaberechts	7
I. Beschaffungswesen und öffentliches Vergaberecht	7
II. Regelungsbedarf und Zielsetzungen	10
A. Regelungsbedarf der staatlichen Nachfrage am Markt	10
B. Weitere Zielsetzungen	13
III. Rechtsgrundlagen der Schweiz	15
A. Völkerrecht	15
B. Binnenrecht	17
1. Verfassungsebene	17
2. Gesetzesebene	20
IV. Bedeutung des Rechtsvergleichs mit dem Vergaberecht der EU	22
V. Exkurs: Struktur des Vergaberechts der EU	26
A. Vergabeprimärrecht	26
B. Sekundärrecht: Vergaberichtlinien	28
C. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten	30
§ 2 Geltungsbereich und ausgewählte Bereichsausnahmen	33
I. Subjektiver Geltungsbereich	34
II. Objektiver Geltungsbereich	38
III. Ausgewählte Bereichsausnahmen	40
A. Monopolprivileg	42
B. Konzernprivileg	43
C. Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre	46

2. Teil: Ausnahmetatbestände	49
§ 3 In-house-Geschäft	51
I. Grundlagen	51
A. Begriff	51
B. Vorangehender «Make-Entscheid»	52
C. Begründung der Vergaberechtsfreiheit	55
II. In-house-Geschäft in der EU und der Schweiz	58
III. Gesamtwürdigung	59
§ 4 Quasi-in-house-Geschäft	63
I. Grundlagen	64
A. Grundsatzentscheid <i>Teckal</i> und seine Wegbereitung	64
B. Begriff und Voraussetzungen	69
C. Begründung der Vergaberechtsfreiheit	71
1. Wettbewerbsneutralität als materieller Grund	71
2. <i>Teckal</i> -Kriterien im Dienste des präventiven Wettbewerbsschutzes	73
a) Potenzielle Wettbewerbsverfälschung aufgrund Direktvergabe	73
b) Ansatzpunkte der <i>Teckal</i> -Kriterien	75
D. Weg zur Kodifikation in der EU	77
1. Ausweitung des Geltungsanspruchs	77
2. Kodifizierungsbestrebungen	80
3. Verhältnis zur früheren EuGH-Rechtsprechung	83
E. Bisherige Schweizer Rezeption und Gesetzesentwürfe	86
1. Rezeption in der Schweiz	86
2. Quasi-in-house-Geschäft gemäss binnenrechtlicher Gesetzesentwürfe	88
3. Verhältnis zum EU-Recht	89
II. Kontrollkriterium	91
A. Zweck	92
B. Untersuchungsobjekt und abstrakter Bewertungsmassstab	94
C. Rechtsnatur und Rechtsform der Leistungserbringerin	97
D. Teilmerkmale des Kontrollkriteriums	100

1.	Merkmal der Absenz von Privatbeteiligungen	101
a)	Vorbemerkung: kein Beteiligungskriterium	101
b)	Grundsatz: Verbot von Privatbeteiligungen	103
c)	Ausnahmen: zulässige Privatbeteiligungen	110
i.	Gewisse ausgeschriebene Privatbeteiligungen	110
ii.	Spezialgesetzlich vorgesehene Privatbeteiligungen	113
iii.	Privatbeteiligungen anderer Art?	114
iv.	Gesetzlich vorgeschriebene direkte Kapitalbeteiligung Privater	115
v.	Private Kapitalbeteiligung an der öffentlichen Auftraggeberin	116
vi.	Weitere Formen zulässiger indirekter privater Kapitalbeteiligungen?	118
d)	Konkret beabsichtigte Kapitalöffnung und abstrakte Kapitalöffnungsmöglichkeit	119
e)	Exkurs: Bedeutung der Beteiligungsquote bei Kapitalgesellschaften	122
i.	Indizwirkung der Alleineigentümerstellung	122
ii.	Untergrenze einer Beteiligungsquote	123
f)	Kritische Würdigung	125
2.	Merkmal der ausschlaggebenden Einwirkungsmöglichkeit	126
a)	Allgemein	126
b)	Strategische Ziele und wichtige Entscheidungen	130
c)	Ansatzpunkte zur Einflussnahme	132
3.	Merkmal der geringen Marktausrichtung und Selbstständigkeit	134
E.	Besondere Kontrollinstitute	136
1.	Indirekte Kontrolle	137
2.	Gemeinsame Kontrolle	140
a)	Ursprüngliche <i>Teckal</i> -Praxis des EuGHs	140
b)	Partielle Überführung in Vergaberichtlinie 2014/24/EU	147
c)	Kritische Würdigung	153
F.	Zwischenfazit: eigenständiger Kontrollbegriff	156
III.	Tätigkeitskriterium	160
A.	Zweck	162

B.	Untersuchungsobjekt und abstrakter Bewertungsmassstab	163
C.	Teilmerkmale des Tätigkeitskriteriums	165
1.	Höhe der Wesentlichkeitsschwelle	168
2.	Messgrössen der Tätigkeit	175
3.	Bestimmung der Tätigkeitsanteile	177
a)	Vergleichsgrösse: Gesamttätigkeiten der Leistungserbringerin	177
b)	Staatssphärenanteil	179
i.	Ursprüngliche <i>Teckal</i> -Praxis des EuGHs	180
ii.	Vergaberichtlinie 2014/24/EU	181
iii.	Schweizer Gesetzesentwurf	184
c)	Drittstätigkeiten mit ausreichendem Staatssphärenbezug	185
i.	Drittstätigkeiten in direkter Erfüllung des Auftrags	186
ii.	Drittstätigkeiten als notwendige Ergänzungstätigkeiten	187
iii.	Drittstätigkeiten aufgrund rechtlichen Monopols	188
iv.	Drittstätigkeiten aufgrund anderweitiger Direktvergaben innerhalb der Staatssphäre	190
d)	Marktsphärenanteil	193
D.	Besondere Tätigkeitskonstellationen	194
1.	Tätigkeit bei indirekter Kontrolle	194
2.	Tätigkeit bei gemeinsamer Kontrolle	195
3.	Tätigkeit einer Tochtergesellschaft der Leistungserbringerin	196
E.	Zwischenfazit: beschränkte präventive Wirkung	198
IV.	Beurteilungszeitpunkt und nachträglicher Wegfall der Kriterien	200
A.	Beurteilungszeitpunkt	200
B.	Nachträglicher Wegfall der <i>Teckal</i> -Kriterien	203
1.	Nachträglicher Wegfall des Kontrollkriteriums	203
a)	Privatbeteiligung nach Auftragserteilung	203
b)	Nachträglicher Wegfall der übrigen Teilmerkmale der Kontrolle	206
2.	Nachträglicher Wegfall des Tätigkeitskriteriums	207

V.	Konstellationsübersicht	209
A.	Geregelte Fallkonstellationen	210
1.	Klassisches Quasi-in-house-Geschäft	210
2.	Inverses Quasi-in-house-Geschäft	211
3.	Indirektes Quasi-in-house-Geschäft	216
4.	Horizontales Quasi-in-house-Geschäft	217
5.	Joint-Quasi-in-house-Geschäft	223
B.	Ungeregelte Fallkonstellationen	225
1.	Invers indirektes Quasi-in-house-Geschäft	225
2.	Inverses Joint-Quasi-in-house-Geschäft	227
3.	Indirektes Joint-Quasi-in-house-Geschäft	230
VI.	Vergaberechtliche Qualifikation der Leistungserbringerin . .	231
A.	Auswirkung der Quasi-in-house-Vergabe auf die vergaberechtliche Qualifikation der Leistungserbringerin	231
B.	Umgehungsgefahr	237
VII.	Gesamtwürdigung	238
§ 5	In-state-Geschäft	243
I.	Grundlagen	244
A.	Entwicklung des Ausnahmetatbestands durch den EuGH	244
1.	Ausgangspunkt: keine pauschale Vergaberechtsfreiheit für Vergaben zwischen öffentlichen Auftraggeberinnen	244
2.	Grundsatzentscheid <i>Stadtreinigung Hamburg</i>	247
3.	Etablierung eines neuen Ausnahmetatbestands	249
B.	Begriff und ursprüngliche Voraussetzungen	254
C.	Exkurs: Interkommunale Zusammenarbeit als bedeutender Anwendungsfall	256
D.	Abgrenzung zum innerstaatlichen Organisationsakt	258
E.	Begründung der Vergaberechtsfreiheit	261
II.	In-state-Geschäft nach EU-Vergaberichtlinie	263
A.	Weg zur Kodifikation	263
B.	Voraussetzungen im Detail	264
1.	Verbot privater Kapitalbeteiligungen an den Kooperationspartnerinnen?	265

2.	Vertrag ausschliesslich zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggeberinnen	268
3.	Öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele	269
4.	Ausschliesslichkeit des öffentlichen Interesses	273
5.	Keine Besserstellung privater Dienstleistungserbringerin	274
6.	Beschränkung des Leistungsangebots am Markt	276
C.	Kritische Würdigung	280
III.	In-state-Geschäft nach Schweizer Konzeption	282
A.	Bisherige Schweizer Rezeption	282
B.	Voraussetzung gemäss GPA 2012	285
C.	Voraussetzungen gemäss binnenrechtlicher Gesetzesentwürfe	286
1.	Beschaffung unter öffentlichen Auftraggeberinnen	287
2.	Verbot privater Kapitalbeteiligung	288
3.	Keine Leistung ähnlicher Art im Wettbewerb	289
D.	Kritische Würdigung und Forderung nach zusätzlicher Voraussetzung	292
IV.	Beurteilungszeitpunkt und nachträglicher Wegfall der Voraussetzungen	296
3. Teil:	Schlussbetrachtungen	299
§ 6	Geltungsanspruch der Ausnahmetatbestände ausserhalb des öffentlichen Vergaberechts	301
§ 7	Anwendungsempfehlung für die binnenrechtliche Vergabepaxis	307
I.	In-house-Geschäft	307
II.	Quasi-in-house-Geschäft	308
III.	In-state-Geschäft	313
	Abkürzungsverzeichnis	315
	Quellenverzeichnis	323
I.	Literatur	323
II.	Materialien	343
	Abbildungsverzeichnis	347