forum vergabe Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

# Vierzehnte Badenweiler Gespräche

Dokumentation der Veranstaltung
vom 6. bis 8. Oktober 2010

Bundesanzeiger Verlag

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

**Herausgeber:**

forum vergabe e.V.
Breite Straße 29
10178 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 / 20 28-16 31
Telefax: +49 (0) 30 / 20 28-26 31

© 2011 Bundesanzeiger Verlagsges.mbH., Köln

ISBN 978-3-89817-927-0

Bundesanzeiger Verlagsges. mbH
Amsterdamer Straße 192
50735 Köln
Telefon: +49 (0) 221 / 97668-200
Telefax: +49 (0) 221 / 97668-278
E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de
Internet: www.bundesanzeiger-verlag.de

Weitere Informationen finden Sie in unserem Themenportal unter www.betrifft-vergabe.de

Kostenlose Bestellhotline: Tel.: +49 (0) 800-1234339

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt auch für die fotomechanische Vervielfältigung (Fotokopie/Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Hinsichtlich der in diesem Werk ggf. enthaltenen Texte von Normen weisen wir darauf hin, dass rechtsverbindlich allein die amtlich verkündeten Texte sind.

Fotos: Grazyna Fait
Herstellung: Günter Fabritius
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

# Vorwort

Wieder einmal verbanden die Badenweiler Gespräche Vergangenes und Zukünftiges. Seit 1990, also seit 20 Jahren, führt das forum vergabe seine zentrale Veranstaltung in Badenweiler durch. Der Erfolg der Veranstaltung spricht für sich und findet seinen Niederschlag auch in diesem Tagungsband.

Es reicht aber nicht, die Vergangenheit zu sehen und sich an Erfolgen zu freuen. Es geht immer auch darum, auf diesen Erfolgen aufzubauen und in der Zukunft das Bewahrenswerte zu wiederholen und das zu Verbessernde zu ändern. Aus österreichischer Perspektive hat sich Herr Fruhmann für das Vergaberecht in seinem einleitenden Vortrag dieser Herausforderung gestellt. Die zukünftigen Entwicklungen im Bereich der EU und dem Bereich des internationalen Rechts standen im Zentrum anderer Vortragsveranstaltungen. Auch die anderen Themen waren in gleicher Weise auf die Vergangenheit, die gemachten Erfahrungen und ergangenen Entscheidungen orientiert wie zukunftsgerichtet, nämlich darauf, wie das Recht auf dieser Grundlage weiter entwickelt werden soll.

Im Kleinen steht auch das forum vergabe vor einer Veränderung. Nicht nur, dass der Vorsitzende, Herr Wirtschaftsminister Pfister, sein Ausscheiden am Ende seiner Amtszeit angekündigt hat. Der Vorstand hat außerdem entschieden, einen anderen Austragungsort für diese Veranstaltung zu suchen.

Diskussionen und Gespräche zum Vergaberecht und rundherum sollen auch weiterhin diese Veranstaltung prägen. Um aber dauerhaft alle beteiligten Kreise in ausreichendem Maße zu erreichen, geht wohl an einer örtlichen Veränderung nichts vorbei. Veränderte Anfahrtmöglichkeiten machen sich ebenso bemerkbar wie veränderte Fahrgewohnheiten, zeitliche und monetäre Sparzwänge und natürlich auch die Hoffnung, zukünftig noch weitere, bisher in Badenweiler nicht vertretene Kreise zu erreichen. Dieser Herausforderung wird sich das forum vergabe stellen.

Auch dieses Jahr wäre die Veranstaltung nicht ohne die Sponsoren möglich gewesen. Daher soll an dieser Stelle noch einmal ganz herzlich für die Unterstützung der Sponsoren gedankt werden.

April 2011

| | | |
|---|---|---|
| Ernst Pfister<br>Vorsitzender | Niels Lau<br>Geschäftsführendes<br>Vorstandsmitglied | Dr. Mark von Wietersheim<br>Geschäftsführer |

# Inhaltsübersicht


## Vergaberecht heute und morgen

*Dr. Michael Fruhmann*
Österreichisches Bundeskanzleramt ..... 11

## Begrüßung

*Karl-Eugen Engler*
Bürgermeister der Stadt Badenweiler ..... 21

## Podiumsdiskussion: Verwaltungsrecht und Kommunalrecht im Wettstreit mit dem Vergaberecht? Ein Beispiel für das Verhältnis von Vergaberecht zu anderen Rechtsbereichen

**Moderation und Einführung**

*Prof. Dr. Jost Pietzcker*
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn ..... 25

**Statements**

*Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.*
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ..... 27

*Dr. Otmar Schneider, M.A.*
Vorsitzender Richter am OVG für das Land Nordrhein-Westfalen ..... 33

*Jörg Wiedemann*
Richter am OLG Naumburg ..... 41

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 49

## Zukünftige Rechtssetzung der EU mit direkten und indirekten Folgen für das Vergaberecht

*Heide Rühle*
Mitglied des Europäischen Parlaments ..... 51

*Klaus Wiedner*
Abteilungsleiter der GD Markt der EG-Kommission ..... 55

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 61

## Workshops

**1. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Stand und Entwicklung**

**Moderation und Einführung**

*Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg*
Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ..... 65

**Einführung**

- *Rechtsanwalt Elmar Esser*
  Hauptgeschäftsführer des Zentralverbands Sanitär Heizung Klima ..... 67
- *Dr. Kay Ruge*
  Deutscher Landkreistag ..... 71

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 79

**2. Vergaben im Sozialbereich (Rechtswegzersplitterung und EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V)**

**Moderation und Einführung**

*Dr. Ernst Hauck*
Richter am Bundessozialgericht ..... 85

**Einführung**

- *Jakob Stephan Baschab*
  Hauptgeschäftsführer der Bundesinnung der Hörgeräteakustiker ..... 87
- *Rechtsanwalt Thomas K. Rehm, LL.M.*
  Betriebskrankenkasse Mobil Oil ..... 91
- *Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun*
  Gleiss Lutz Rechtsanwälte ..... 107

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 111

**3. Vergabe von Dienstleistungskonzessionen**

**Moderation und Einführung**

*Uwe Scharen*
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof i. R. ..... 117

**Einführung**

- *Prof. Dr. Michael Kling*
  Philipps-Universität Marburg ..... 121
- *Dr. Helmut Wirner*
  Hochtief AG ..... 131
- *Rechtsanwalt Berthold F. Mitrenga*
  Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ..... 141

**Zusammenfassung der Aussprache** ... 151

**4. Interkommunale Zusammenarbeit**

**Moderation und Einführung**

*Leitender Ministerialrat Dr. Tobias Traupel*
Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen
und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen ... 155

**Einführung**

- *Norbert Portz*
  Deutscher Städte- und Gemeindebund ... 157
- *Rechtsanwalt Niels Lau*
  Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. ... 161
- *Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede*
  Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte ... 165

**Zusammenfassung der Aussprache** ... 173

## Vorstellung der mit dem International Public Procurement Award – IPA 2010 – ausgezeichneten Arbeit

*Ernst Pfister*
Vorstandsvorsitzender des forum vergabe e.V.
Wirtschaftsminister des Landes Baden-Württemberg ... 177

*Prof. Dr. Michael Kling*
Philipps-Universität Marburg ... 181

## Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger

*Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters*
BBG und Partner ... 185

## Entwicklung des GPA und die Zukunft des Vergaberechts

*Ministerialrätin Dr. Bettina Waldmann*
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ... 191

**Zusammenfassung der Aussprache** ... 203

**Verhältnis von Vertragsverletzungsverfahren und nationalen Möglichkeiten der Vertragsbeendigung und -rückabwicklung**

*Prof. Dr. Martin Nettesheim*
Eberhard Karls Universität Tübingen ..... 205

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 221

**Pressestimmen** ..... 225

**Schnappschüsse** ..... 227

**Verzeichnis der Teilnehmer** ..... 233

**Sponsoren** ..... 243

# Vergaberecht heute und morgen

**Dr. Michael Fruhmann**

Österreichisches Bundeskanzleramt

Sehr geehrter Herr Kratzenberg, sehr geehrter Vorstand, sehr geehrte Geschäftsführung, meine sehr verehrten Damen und Herren,

[1]Im Rahmen der diesjährigen Veranstaltung wird das Jubiläum „20 Jahre Badenweiler Gespräche" gefeiert! Dies bedeutet: 20 Jahre Informations-, Erfahrungs- und Meinungsaustausch auf höchstem Niveau zu allen Themen des nationalen und internationalen Vergabewesens. Diese langjährige Tradition beweist die prominente Verankerung dieser erlauchten Veranstaltung, die weit über Deutschland hinaus einen herausragenden Ruf genießt.

Ich fühle mich daher sehr geehrt und möchte mich bei den Veranstaltern sehr herzlich dafür bedanken, dass mir die Ehre zuteil wurde, im Rahmen dieses Jubiläums den Einführungsvortrag zu halten.

Thema meines Vortrages ist „Vergaberecht heute und morgen".

Wenn man über das Vergaberecht von heute und morgen reden möchte, muss man zuerst einen kurzen Blick in die Vergangenheit werfen. Denn – um einen Philosophen zu zitieren – „Die, die die Fehler der Vergangenheit nicht kennen, sind dazu verdammt, sie zu wiederholen!"

Manch eine vergebende Stelle trauert wohl heute noch den Zeiten nach, als die Vergabe von Aufträgen keinen verfahrensrechtlichen Zwängen unterworfen war und Aufträge – gleichsam in einem monarchischen Akt – „gewährt" wurden. Die Unternehmen mussten ja froh sein, wenn sie im Auftrag des Staates (oder des Monarchen)

[1] Dieser Vortrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Vortragenden wieder.

Leistungen erbringen durften. „Aufmucken" in der Form von Rechtsschutzanträgen war geradezu frivol wurde nicht geduldet.

Dass eine Leistungserbringung unter diesen Rahmenbedingungen in einem modernen Staatswesen wohl nicht akzeptabel ist, bedarf keiner weiteren Erklärung.

Aufgrund des Volumens der mit dem öffentlichen Auftragswesen zusammenhängenden Budgetmittel wurde dieses auch im gemeinschaftlichen Kontext bald als wichtiger Bereich des Binnenmarktes erkannt. Die Geschichte der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien ist hinlänglich bekannt: 1971 Regelung des Baubereiches, 1977 des Lieferbereiches, 1990 des Sektorenbereiches und 1992 des Dienstleistungsbereiches, 1989 bzw. 1992 Ergänzung durch Regelungen betreffend den Rechtsschutz.

Betrachtet man zusammenfassend die Regulierungstätigkeit auf gemeinschaftlicher Ebene, so lässt sich feststellen, dass die Zeiträume zwischen den einzelnen Rechtsakten stets kürzer wurden. Ferner lässt sich konstatieren, dass es stets „mehr" und nicht „weniger" Regelungen wurden. Dies verwundert in der „Aufbauphase" des gemeinschaftlichen Regelungswerkes nicht weiter. Doch ist diese Aufbauphase – zumindest meiner Meinung nach – spätestens 1993 mit der Konsolidierung der Richtlinien abgeschlossen gewesen. Doch auch nach 1993 wurde das gemeinschaftliche Vergabewesen munter um- und ausgebaut, doch nie wirklich von Grund auf durchforstet und „entrümpelt". Manchmal lag die Priorität einer EU-Ratspräsidentschaft vornehmlich darin, einen Rechtsakt unter ihrer Ägide zu beschließen. Dass dabei die Qualität des Rechtsaktes als Opfer des Prozesses buchstäblich auf der Strecke blieb, ist nicht weiter verwunderlich.

Die geradezu hektische Gesetzgebungstätigkeit hat sehr oft nicht bedachte und nicht beabsichtigte negative Auswirkungen: so führt die Drohung einer allfälligen Vertragsnichtigkeit gemäß der Richtlinie 2007/66/EG dazu, dass Banken und Investoren bei PPP-Projekten höhere Sicherheiten verlangen und mit Sicherheit werden due diligence Überprüfungen zukünftig länger dauern und teurer werden.

Wenn man den Blick nun auf die nationale Ebene richtet, so fällt der Befund ähnlich kritisch aus. Einige Beispiele dazu:

- in Deutschland gab es diverse aber letztlich nur zum Teil erfolgreiche Bemühungen, das Vergaberecht zu vereinheitlichen bzw. zu verschlanken. Was aus persönlicher (österreichischer) Perspektive erstaunt, ist die Vielzahl der Vergaberegelungen außerhalb des GWB, der VgV und der VOB, der VOL und der VOF. Ich verweise hier etwa nur auf den rezenten Beschluss des Thüringer Kabinetts vom 21. September 2010 betreffend einen überarbeiteten Entwurf für ein Thüringer Vergabe- und Mittelstandsförderungsgesetz.
- in Österreich wuchs der materielle Rechtsbestand in der Zeit von 1993 bis 2010 von 77 auf 290 Paragraphen an. Das sind, nach Adam Riese, über 300%!

- in Italien sei es – so die Auskunft eines mit mir befreundeten Rechtsanwaltes aus Rom – de facto unmöglich, den derzeit geltenden Rechtsbestand festzustellen. Eine undurchschaubare Gemengelage von Gesetzen, Rahmengesetzen und Dekreten auf Ebene der Republik, der Regionen und der lokalen Körperschaften stellt Rechtsanwender und Praktiker vor allergrößte Probleme.

Abgesehen von dieser – zugegeben rein formalen – Betrachtungsweise, ist – zumindest für den europäischen Regelungsbereich – aus ökonomisch-rechtlicher Sicht auszuführen, dass das Vergaberegime bis heute den Grundgedanken und -prinzipien aus 1970 verpflichtet ist.

Diese leitenden Grundprinzipien werden vom EuGH denn auch regelmäßig zitiert: Das gemeinschaftliche Vergaberecht, so der Gerichtshof, bezweckt den Schutz der Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer, die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten. Zu diesem Zweck soll, so der EuGH, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei einer Auftragsvergabe und zugleich die Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sollen – neben weiteren leitenden Grundprinzipien – einen fairen und lauteren Wettbewerb sichern. „Best value for money" und „best allocation of public money" sind die Leitsätze und Schlagworte des öffentlichen Auftragswesens.

Während die erwähnten Grundsätze weithin unumstritten sind, drängt sich in letzter Zeit aber immer häufiger die Frage auf, ob die im Wesentlichen seit 1971 unveränderten rechtlichen Rahmenbedingungen und die darin fixierten Instrumentarien des Auftragswesens den heutigen und insbesondere auch den zukünftigen Anforderungen noch gerecht werden. Dies gilt insbesondere – aber nicht nur – für die Gemeinschaftsebene!

In diesem Zusammenhang werden beispielsweise folgende Fragen diskutiert: Was ist das Ziel oder was sind die Ziele der öffentlichen Beschaffung? Ist die Zweiteilung des Vergaberechts in einen Sektoren- und einen „klassischen" Bereich noch zeitgemäß? – Zur Klarstellung: damit spreche ich mich nicht für eine Angleichung des Sektorenregimes an die Regelungen der RL 2004/18/EG aus! – Ist die Ächtung des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung im klassischen Vergabewesen überhaupt noch sachlich gerechtfertigt? Behindert nicht der abschließende Kanon der Verfahren in einer virtuellen Beschaffungswelt eine effiziente Leistungsbeschaffung? Welche (insbesondere unbeabsichtigten) Effekte lösen die traditionellen Regelungstechniken auf den Märkten und auf Beschafferseite aus – welche Form der Verhaltenssteuerung wäre heute bzw. zukünftig die am besten geeignetste für das Auftragswesen?

Ich könnte den Katalog der Fragen noch einige Zeit weiterspinnen und ich bin sicher, dass viele von Ihnen sich diese „Sinnfragen" des öffentlichen Auftragswesens schon öfter gestellt haben.

Doch welche Antworten haben wir? Bislang – so das ernüchternde Resumee – relativ wenige bis gar keine.

Betrachten wir die Konzepte, mit denen man vermeintliche Probleme im Auftragswesen in den Griff zu bekommen trachtet, so sucht man vergeblich innovative Lösungsansätze. Ähnlich den Pavlovschen Hunden wird reflexartig zur Lösung von Problemen auf rechtliche Instrumentarien (Richtlinien oder Gesetze) nach altbekannten Mustern zurückgegriffen.

Lassen Sie mich dies an zwei aktuellen Beispielen auf Gemeinschaftsebene illustrieren:

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist auf mitgliedstaatlicher Ebene kein neues Phänomen. Schon 1992 wurde im Rat darüber diskutiert, es wurde aber bewusst davon Abstand genommen, diesbezügliche Regelungen zu erlassen. Obwohl die Kommission noch 2000 der Ansicht war, dass eine Verrechtlichung und Regulierung dieses Bereiches nicht notwendig sei, wurde seit 2005 in diversen Foren das Gegenteil betont. Die Begründung lautete, dass der Binnenmarkt in diesem Bereich durch das Fehlen einheitlicher Regelungen gefährdet sei. Im Single Market Act wird nunmehr die Vorlage eines Richtlinienvorschlages für 2011 angekündigt.

Erstaunenswert ist, dass während des gesamten bisherigen Diskussionsprozesses auf europäischer Ebene keine regulativen Alternativen debattiert wurden. Bemerkenswert ist auch, dass im erwähnten Single Market Act das Regelungsvorhaben bereits fix verankert ist. Das Datenmaterial für die diesbezügliche Folgenabschätzung wurde aber unter anderem im Wege einer on-line Konsultation erhoben, die erst am 30. September abgeschlossen wurde. Dies verfestigt den Eindruck, dass die Gesetzesfolgenabschätzung lediglich ein Feigenblatt ist, das die Begründung für das Regelungsvorhaben nachschießt. Inhaltlich denkt die Kommission Regelungen an, die mit jenen des Sektorenbereiches vergleichbar sind. Einwände, dass dies nicht sachadäquat sei, weil ÖPP's und komplexe Vertragsverhältnisse über 20 oder 30 Jahre anders als „normale" oder Sektoren-Aufträge zu behandeln seien, werden geflissentlich nicht einmal ignoriert. Auch Vorgaben, die eindeutig der Rechtsprechung des EuGH entnommen werden können, sollen in das Regelwerk einfließen: nach dem Motto „nützt es nicht, dann schadet es nicht". Dass dies die Gefahr hypertropher und unnötig komplexer Regelungen heraufbeschwört, wird offenbar nicht erkannt.

Als zweites Beispiel möchte ich die Diskussion über ein Regelungsregime für „Weltraumvergaben" anführen. Kaum war die Richtlinie über die Verteidigungs- und Sicherheitsbeschaffung unter Dach und Fach, so „entdeckten" plötzlich bestimmte Dienststellen der Kommission, dass bei Beschaffungen im Bereich der Weltraumtechnologie

ähnliche Marktdefizite wie im Verteidigungsbereich bestehen. Hie wie dort sei der Markt dadurch gekennzeichnet, dass wenige Anbieter und kein echter Marktwettbewerb existieren und die USA in weiten Bereichen Technologieführer ist. Deswegen, so die Schlussfolgerung dieser Kommissionsdienststellen, sei es doch völlig logisch, dass eine eigene Richtlinie nach dem Muster der Richtlinie 2009/81/EG kreiert werden muss. In der bislang erst ansatzweise geführten Diskussion konnte die Kommission meines Erachtens nicht darlegen, dass eine neue Richtlinie wirklich erforderlich ist. Verschwiegen wurde bisher, dass die Hauptbeschaffungstätigkeiten (ca. 3,5 Mrd € pro Jahr) in diesem Bereich von der Kommission selbst und von der ESA, der European Space Agency, getätigt werden. Diese Akteure würden von der angedachten Richtlinie aber gar nicht erfasst werden! Weniger als die Hälfte dieses Budgets (ca. 1,6 Mrd €) werden von den Mitgliedstaaten vergeben, wobei auch hier zu betonen ist, dass 90 % dieses Volumens auf nur zwei (!) Mitgliedstaaten (D und F) aufgeteilt wird. Vor diesem faktischen Hintergrund muss man die wohl berechtigte Frage stellen, ob ein Regelungsvorhaben in der angedachten Art überhaupt Sinn macht.

Meine Damen und Herren! Diese zwei Beispiele illustrieren recht anschaulich, dass mit bisherigen – vermeintlich bewährten – Lösungskonzepten versucht wird, neue Probleme und Herausforderungen (wie ÖPP's) zu meistern. Dass die Regelungskonzepte bereits 40 Jahre alt sind, wird nicht weiter hinterfragt. Hinterfragt wird auch nicht die Eignung dieser Konzepte zur Lösung der aktuellen Probleme in einem wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Kontext, der sich doch erheblich von jenem der Jahre 1970 oder 1990 unterscheidet.

Diese Verweigerung eines „Realitäts- oder Eignungstests" ist aber nicht nur auf die Gemeinschaftsebene beschränkt. Auch die Mitgliedstaaten wiederholen das beschriebene Verhaltensmuster, wenn es etwa darum geht, die vermeintliche ökonomische Macht des Vergaberechts für andere als ökonomische Zwecke einzusetzen.

Ich kann natürlich nur für Österreich sprechen. Mir ist aber kein Fall bekannt, in dem alternative Lösungen, wie etwa steuerliche Anreizsysteme (Freigrenzen, beschleunigte Abschreibungen usw.), zur Förderung von KMU's, spezifischen Personengruppen usw. breit diskutiert und evaluiert worden wären, bevor die Forderung nach einer vergaberechtlichen Präferenzregelung erhoben wurde. Insbesondere wurde nie evaluiert, ob nicht etwa in manchen Fällen eine direkte Zuwendung volkswirtschaftlich letztlich nicht sinnvoller und billiger gewesen wäre, als der „Umweg" über das Vergaberecht.

Meine Damen und Herren!

Der soeben angesprochene „Umweg" über das Vergabewesen führt uns auch gleich zu der bislang oft vermiedenen Diskussion nach der Funktion des Vergaberechts. Auf Gemeinschaftsebene ist dies meines Erachtens nach klar: das Vergaberecht hat eine wirtschaftliche Funktion. Diese Zielsetzung wurde seit 1971 in den Richtlinien verankert und blieb bislang unverändert. Ein Generalanwalt formulierte es einmal tref-

fend: „man mag dies bedauern, aber die Vergaberichtlinie fordert eine mikroökonomische Betrachtungsweise". Das „für den jeweils betroffenen Auftraggeber" wirtschaftlich günstigste oder billigste Angebot soll den Zuschlag erhalten.

In letzter Zeit sind Bestrebungen festzustellen, das öffentliche Auftragswesen auch für nicht rein ökonomische Zwecke einzusetzen. Verschiedenste vergaberechtliche Regelungen auf Gemeinschaftsebene – etwa im Zusammenhang mit Zahlungsverzug oder Angleichung des Strafrahmens für die illegale Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen – belegen dies. Auch auf Ebene der Mitgliedstaaten ist diese Tendenz klar belegbar.

Dieser Einsatz für sekundäre Zwecke erfolgte bislang weitgehend unreflektiert und/oder ad hoc. Als Argument wird angeführt, dass der Staat in seiner Gesamtverantwortung seine Nachfragemacht gezielt einsetzen soll. Dieser oft bemühte Gedanke des „zielgerichteten Einsatzes öffentlicher Mittel" erfordert meines Erachtens aber, dass zuvor eine grundsätzliche politische Diskussion geführt werden muss, welche Funktion das öffentliche Auftragswesen erfüllen soll. Mario Monti hat genau das auch in seinem Bericht über den Neustart des Binnenmarktes eingemahnt. Erst wenn die Politik entschieden hat, welche Ziele das Auftragswesen in einer kohärenten Gesamtkonstruktion erfüllen soll, erst dann kann der rechtliche Rahmen entsprechend ausgestaltet werden. Derzeit hat diese horizontale politische Diskussion – soweit ersichtlich – weder auf der Ebene der Mitgliedstaaten noch auf der Gemeinschaftsebene stattgefunden. Manchmal habe ich auch den Eindruck, dass diese Diskussion mehr oder minder bewusst vermieden wird. Vielleicht liegt dies daran, dass konkrete Zielfestlegungen politisch nicht opportun sind oder dass man sich den vermeintlichen Gestaltungsspielraum nicht einengen lassen möchte. Die Konsequenzen dieser Nicht-Diskussion sind jedoch gravierend: mangels eines einheitlichen Konzeptes bearbeitet jeder sein „Gärtlein" für sich, niemand kümmert sich aber um das Große Ganze. Dies führt dazu, dass einander widersprechende und zunehmend komplexe Rahmenbedingungen das Vergabewesen kennzeichnen.

Nicht unerwähnt soll dabei bleiben, dass auch die Rechtsprechung manchmal dazu beiträgt, dass die Komplexität und Unberechenbarkeit zunimmt. Leuchtende Beispiele dafür sind die in-house Rechtsprechung, die Rechtsprechung zu öffentlich-öffentlichen Verhältnissen und jene zu wesentlichen Änderungen bereits abgeschlossener Verträge.

Deshalb ist es auch nicht weiter verwunderlich, dass manche Auftraggeber zum Teil mehr Energie dafür aufwenden, Wege aus dem Vergaberecht zu finden, als diese Ressourcen einzusetzen, um die Mechanismen des Vergaberechts zum eigenen Vorteil zu nutzen.

Nach diesem unerfreulichen Befund des derzeitigen Zustandes fragt man sich: Was ist zu tun? Wie kann man diesen unseligen Trends gegensteuern? Wie sollte oder wie könnte das Vergabewesen von morgen aussehen?

Zuerst wäre meines Erachtens ein legislatives „Innehalten" und eine Phase der Reflexion geboten. Am Beginn dieser Nachdenkphase sollte der politische Klärungsprozess stehen, was das Auftragswesen leisten soll. Soll es weiterhin ein rein ökonomisches Instrument darstellen oder sollen damit auch andere Ziele wie etwa die Nachhaltigkeit gefördert werden. Leitmaxime dieser Diskussion muss allerdings sein, dass die diversen Zielvorgaben nicht dazu führen dürfen, dass der Vergabeprozess nicht mehr steuerbar ist, weil er zu komplex ist. Konfligierende Zielvorgaben müssen ebenso vermieden werden wie das Abwälzen politischer Entscheidungen auf die Ebene der vergebenden Stelle. Erst nach der Erstellung eines akkordierten Zielkonzeptes können weitere Überlegungen über die Ausgestaltung des öffentlichen Auftragswesens angestellt werden.

Die Kommission hat in diesem Zusammenhang einen ersten wichtigen Schritt gesetzt. Sie hat vor kurzem das ambitionierte Projekt einer Bewertung der Vergaberichtlinien eingeleitet. Ziel ist eine umfassende Evaluierung der Auswirkungen der gemeinschaftlichen Vergabepolitik in rechtlicher und ökonomischer Hinsicht. Damit wird erstmals der Versuch unternommen, auf wissenschaftlicher Basis die Instrumente des Vergaberechts und deren Auswirkungen auf die Märkte zu untersuchen. Damit entspricht die Kommission einem dringenden und bereits seit Jahren vorgebrachten Anliegen der Mitgliedstaaten, die diesen Prozess auch voll unterstützen.

Obwohl dieses Vorgehen der Kommission sehr zu begrüßen ist, so ist doch gleichzeitig folgendes kritisch anzumerken. Ich frage mich nämlich, inwieweit dieses lobenswerte Vorhaben der Kommission nicht bereits im Ansatz dadurch konterkariert wird, dass die Kommission – noch vor Abschluss der Evaluation – neue Regelungen (z. B. betreffend Konzessionsvergaben) vorschlagen möchte. Erst die Zukunft wird weisen, ob die derzeit parallelen Prozesse so miteinander verbunden werden können, dass letztlich ein positives Ergebnis am Ende steht.

Nach Abschluss der Evaluierung sollte eine breit angelegte Diskussion über die optimalen Instrumente des Auftragswesens stattfinden. Dabei muss auch ein Mix von Regelungen mit alternativen Maßnahmen zur Verhaltensteuerungssteuerung in Betracht gezogen werden. Auch ist der Kommission und den Mitgliedstaaten zu empfehlen, über den „europäischen Tellerrand" hinauszuschauen. Bewährte Vergabepraktiken und Modelle finden sich etwa auch in Asien, Amerika und bei internationalen Organisationen. Zu erwähnen sind hier etwa multiple Rahmenvertragskonstruktionen und elektronische Bestellscheinsysteme. Diese Instrumente und Konzepte sollten ergebnisoffen diskutiert werden, ob und inwieweit sie für unsere europäischen Verhältnisse sinnvoll nutzbar sind. In weiterer Folge wäre zu prüfen, ob es erforderlich ist, die identifizierten Instrumente zu verrechtlichen bzw. wie weit die Regelungen „rechtlich ver-

dichtet" werden müssen. Überschießende Regelungen eines ökonomischen Prozesses geben nur scheinbar Sicherheit; sie verhindern – und das ist wohl jedem Praktiker bewusst – oft sachgerechte Lösungen im Einzelfall. Mario Monti hat in seinem von mir bereits erwähnten Bericht auch völlig zutreffend ausgeführt: „clarity of drafting and simplicity of provisions" müssen die Leitgedanken im Bereich des Binnenmarktes sein. Dieser Kampf gegen komplizierte Regelungen und gegen einen unnötigen und überbordenden administrativen Überbau einerseits und das Streben nach klaren und einfachen Regelungen andererseits werden meiner Meinung nach die zukünftigen Diskussionen über neue Vergaberegelungen prägen.

Am Ende sollte jedenfalls ein schlankes und modernes Vergabesystem stehen, das insbesondere Flexibilität für die Auftraggeberseite mit Rechtssicherheit für die Auftragnehmerseite unter optimaler Förderung und Nutzung des Marktwettbewerbes verbindet. Dieses System sollte auch regelmäßig (und nicht bloß in Abständen von 40 Jahren) auf Verbesserungen überprüft werden.

Damit verbunden ist gleichzeitig auch die Notwendigkeit umfassender Trainingsprogramme. Allein der Glaube selbst der jeweils „beste Verhandler" zu sein, garantiert nicht ein optimales Beschaffungsergebnis. Unkenntnis der Rechtslage und der Marktmechanismen fördern derzeit die Unsicherheit vergebender Stellen. Dies führt zu Beschaffungsstrategien, die von Risikovermeidung, Formalismen und dem Hang zu Altbekanntem gekennzeichnet sind. Auch kann das „Auspressen des Marktes" zwar kurzfristig Einsparungseffekte auslösen. Doch was hilft es dem Staat, wenn bereits mittel- oder langfristig kein gesunder Anbieterwettbewerb mehr stattfindet, weil nur mehr eine sehr begrenzte Anzahl von Marktteilnehmern existiert? Es ist daher ein absolutes Muss, den vergebenden Stellen eine fundierte rechtliche und ökonomische Schulung angedeihen zu lassen. Ohne diese Ausbildung kann der Staat nicht als „moderner Einkäufer" auftreten. Nur diejenigen, die auf dem „Vergabeklavier" spielen können, sind in der Lage, die zur Verfügung gestellten Instrumente intelligent, verantwortungsbewusst und optimal zu nutzen

Meine Damen und Herren!

Lassen Sie mich nun zum Ende kommen!

Vielleicht klingt Vieles von dem was ich gesagt habe als utopischer Wunsch an das Christkind (ich glaube bei Ihnen ist das der Weihnachtsmann). Vieles wurde auch schon oft gehört!

Trotzdem möchte ich es – weil dies meines Erachtens eine stets gültige Aussage darstellt – wiederholen:

Auftragsvergabe bedeutet, dass die Auftraggeberseite in intelligenter und verantwortungsbewusster Weise ihren Leistungsbedarf in optimaler Weise decken kann und die Auftragnehmerseite dieses Vorhaben in bester Weise unterstützt. Es

handelt sich um ein Partnerschaftsmodell, das langfristig beiden Seiten – dem Staat wie der Wirtschaft – positive Effekte bescheren soll.

Nun kann man Pessimist sein und konstatieren, dass trotz vieler frommer Wünsche in der Vergangenheit sich nichts oder nur wenig geändert hat. Ich bin jedenfalls Optimist und sehe hoffnungsvoll in die Zukunft. Gerade der Evaluierungsprozess auf Gemeinschaftsebene und der Wunsch der Kommission Verwaltungslasten massiv zu reduzieren, schaffen positive Rahmenbedingungen, die es vereint zu nutzen gilt.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

# Begrüßung

**Karl-Eugen Engler**

Bürgermeister der Stadt Badenweiler

Sehr verehrte Damen und Herren, meine Damen und Herren,

ich darf Sie, Herren des Vorstandes, der Geschäftsführung, verehrte Damen und Herren aus Wirtschaft, Verwaltung und Politik wieder einmal sehr herzlich in Badenweiler begrüßen. Die Badenweiler Gespräche sind mittlerweile zu einer schönen Tradition geworden. Wir feiern in diesem Jahr zahlreiche Jubiläen in Badenweiler, ein besonderes ist auch dieses: forum vergabe fand zum ersten Mal im Jahre 1990 in Badenweiler statt, vor genau 20 Jahren also !

Einigen von Ihnen ist Badenweiler bekannt, dem ein oder anderen bestimmt auch schon ans Herz gewachsen. Es gibt auch immer wieder neue Gesichter unter Ihnen. Vor 2000 Jahren wurde dieser Ort von den Römern besiedelt. Die römische Badruine als eine der bedeutendesten Anlagen römischer Zeit nördlich der Alpen bietet davon noch heute eindrucksvolles Zeugnis. Bäder und das heilende Thermalwasser bestimmen bis heute das Leben in unserem Kurort. Rund 4000 Einwohner groß, monostrukturiert, ganz auf Tourismus ausgerichtet, verzeichnet Badenweiler aktuell etwa 430.000 Gästeübernachtungen bei rund 67.000 Gästeankünften, ca. 300.000 Thermenbesucher pro Jahr und einigen 100.000 Tagesgästen. Badenweiler ist sehr beliebt bei den Nachbarn aus der Schweiz und dem Elsass. Voll Stolz blicken wir auf die Cassiopeia-Therme, dem Herz unseres Kurortes, und eine der schönsten Thermenanlagen Deutschlands. Vielleicht haben Sie Gelegenheit, im Rahmen Ihres Tagungsprogramms der Therme einen Besuch abzustatten. Ich will jetzt nicht zu einer Gegenveranstaltung aufrufen, das Wetter lädt ja geradezu dazu ein, Hammam, Rasul, eine sanfte Seifenbürsten-Massage oder ein römisch-irisches Bad, all dies würde Sie dort erwarten!

Als großes Highlight feiern wir in diesem Jahr im Markgräflerland die Heimattage Baden-Württemberg unter dem Motto „Heimat der Sinne“. Auch wir in Badenweiler feiern mit und bieten als Leuchtturmveranstaltung im Rahmen der Heimattage vom

14. bis 17. Oktober „Baden-Württemberg liest". Der bekannte Philosoph und Schriftsteller und Wahl-Badenweilerer Dr. Rüdiger Safranski, dessen Bücher Meilensteine deutscher Philosophie und Literaturwissenschaft sind, war bereit, die Schirmherrschaft zu übernehmen. Herzliche Einladung zu diesen Literaturveranstaltungen, die Programme habe ich für Sie ausgelegt.

Ich will Ihnen sehr herzlich für die zwanzigjährige Treue zu Badenweiler danken. Vorhin habe ich im Gespräch mit Herrn Dr. von Wietersheim herausgehört, dass es Diskussionen in Ihrem Kreis hinsichtlich attraktiveren, interessanteren, vielleicht auch verkehrlich besser gelegenen Tagungsorten gibt. Diese Diskussionen sind nicht neu. Mag sein, dass es dies alles auch gibt, bedenken Sie aber bei der Wahl Ihres künftigen Tagungsortes: es gibt nur ein Badenweiler. Bedenken Sie, dass es gerade die weichen Standortfaktoren sind, die Badenweiler auszeichnen und letztlich auch eine Tagung zu einer besonderen machen!

Nicht der anonyme Charme eines großen Tagungshotels, wo man rein- und zwei Tage später wieder rausgeht und sich dann fragt, wo war ich jetzt eigentlich? Badenweiler ist einmalig und bietet als Tagungsort vielfältige Möglichkeiten der Begegnung, der Kommunikation auch außerhalb dieses geschäftlichen Rahmens. Dies alles sollten Sie bei der Wahl bzw Entscheidung bzgl. des künftigen Tagungsortes bedenken. Bedenken Sie auch, es gibt nur einen Bürgermeister Engler, der Sie immer wieder, jedes Jahr aufs Neue herzlich begrüßt, sich freut, dass Sie da sind, und der trotz schwieriger Haushaltslage ein Willkommens-Präsent mitbringt!

Auch für Sie, Herr Dr. von Wietersheim, habe ich etwas mitgebracht. „Zwanzig Jahre forum Vergabe in Badenweiler" sind Anlass und Gelegenheit, auch mal die Korken knallen zu lassen. Ich habe Ihnen eine wunderbare Sektedition Pinot blanc Brut der Winzergenossenschaft Britzingen mitgebracht. Genießen Sie die guten Tropfen mit einem herzlichen Dank für die Badenweiler erwiesene Treue! Zur Erinnerung an diesen Tag möchte ich Ihnen auch einen historischen Stich der Badenweiler-Thermen überreichen.

Und für Sie, meine Damen und Herren, liebe Gäste, habe ich natürlich auch was. Nicht nur diese Einladung zu „Baden Württemberg liest" vom 14. bis 17. Oktober, sondern für jeden von Ihnen ein kleines Fläschlein Gutedel. Nehmen Sie's mit nach Hause. Laden Sie ihre Freunde und Bekannte ein und erzählen Sie bei einem guten Schluck, wie schön es in Badenweiler ist. Dass man hier tagen, Urlaub verbringen, sich erholen und eine gute Zeit verbringen kann.

Jetzt wünsche ich Ihnen eine interessante Tagung, gute Gespräche und einen angenehmen Aufenthalt in Badenweiler.

# Podiumsdiskussion: Verwaltungsrecht und Kommunalrecht im Wettstreit mit dem Vergaberecht? Ein Beispiel für das Verhältnis von Vergaberecht zu anderen Rechtsbereichen

## Moderation und Einführung

**Prof. Dr. Jost Pietzcker**

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Manchmal kann man meinen, das Vergaberecht sei eine Materie nur für Spezialisten, die alle Details der VOL/A und VOB/A jederzeit präsent haben. Aber immer wieder wird deutlich, dass die wichtigsten Weichenstellungen in der Art des Zusammenspiels mit anderen gesetzlichen Materialien erfolgen. Der Blick auf das Tagungsprogramm belegt das aufs Schönste: Interkommunale Zusammenarbeit, SGB V, Zivilprozessrecht und Verfassungsrecht bei der Unterschwellenvergabe, Dienstleistungskonzessionen – immer geht es auch, meist ganz wesentlich, um die Einfügung in andere gesetzliche Strukturen, sei es das Kartellrecht, das Beihilferecht, das Kommunalrecht, das allgemeine Verwaltungsrecht und natürlich immer auch das Verfassungsrecht. So kann diese Podiumsdiskussion durchaus als Auftakt verstanden werden, der zu den anderen Tagungsthemen hinführt.

Der unmittelbare Anlass ist ein begrenzterer und betrifft das Verhältnis von Kommunalrecht und Vergaberecht, und zwar (noch enger) primär in prozessualer Perspektive. Ausgangspunkt sind divergierende Entscheidungen insbesondere des OLG Düsseldorf und des OVG NW in Münster. Eine Gemeinde tritt als Bieter auf, etwa bei der Ausschreibung der Abfallbeseitigung, wogegen sich ein privater Mitbieter wehren möchte, weil er in dieser durch Steuermittel geschützten Konkurrenz eine nach § 107 GO NW unzulässige wirtschaftliche Betätigung der bietenden Gemeinde sieht. Kann er dies durch Anrufung der Vergabekammer oder durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Verwaltungsgericht, oder stehen ihm möglicherweise beide Wege offen?

Der Einstieg ist also ein prozessualer. In den Ausgangsfällen hatten übrigens beide Gerichtsbarkeiten ihre Zuständigkeit bejaht und die der jeweils anderen skeptisch gesehen. Bekanntlich gibt es Beispiele für positive wie für negative Kompetenzkonflikte, und es wäre reizvoll, wahrscheinlich aber schwierig, hier andere als dogmatische Kriterien herauszufiltern. Dogmatisch gesehen lässt sich die Linie zu der Auseinandersetzung über die Zuständigkeit der Zivil- oder der Verwaltungsgerichte im Unterschwellenbereich ausziehen, wo es im Kern um die Qualifikation der Vergabe als öffentlichrechtlichen oder zivilrechtlichen Akt ging. Und schon vor entsprechenden Regelungen in der VgV war es vorherrschende (und wie ich meine richtige) Auffassung, dass wichtige Verfahrensmaximen des Verwaltungsrechts, etwa der Ausschluss befangener Amtswalter im öffentlichrechtlichen Verwaltungsverfahren gem. §§ 20 f. VwVfG, auch im Vergabeverfahren Anwendung finden.

Wieder andere Aspekte sind dann in der Bedeutung der gesetzlichen Vorschriften über interkommunale Zusammenarbeit für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts berührt – ist auch ein öffentlichrechtlicher Vertrag zwischen zwei Gemeinden über die Abfallbeseitigung in ihrem Gebiet durch eine der beiden Gemeinden ein dem Vergaberecht unterfallender Vorgang?

Sie sehen, die Thematik ist vielfältig und lässt sich in verschiedene Richtungen hin ausziehen, hat aber einen gemeinsamen Kristallisationspunkt. Es ist schön, dass auf dem Podium neben der durch Herrn Prieß vertretenen Anwaltsperspektive mit Herrn Schneider und Herrn Wiedemann die Verwaltungs- und die Zivilgerichtsbarkeit die Standpunkte verdeutlichen werden.

# Podiumsdiskussion: Verwaltungsrecht und Kommunalrecht im Wettstreit mit dem Vergaberecht?

## Statement

**Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.**

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

### 1. Einleitung

Das Thema, über das wir heute morgen sprechen wollen, ist nicht ganz neu und es gibt eine Fülle vergaberechtlicher Entscheidungen, die den Eindruck erwecken können, es sei alles – wenn vielleicht auch nicht gesagt – so doch jedenfalls entschieden worden. Aber wie so häufig, wenn man sich mit einer vergaberechtlichen Frage näher und im Detail befasst, zeigt sich dann doch sehr schnell, dass es dennoch Überraschungen gibt. Das betrifft hier

- zunächst einmal die Einhelligkeit der vertretenen Positionen auf beiden Seiten,
- andererseits aber auch die Loslösung der rechtswissenschaftlichen Diskussion von den maßgebenden Normen
- bis hin zur Verkehrung dieser Regeln in ihr Gegenteil.

Dazu soll hier kurz Stellung genommen werden.

### 2. Vergaberecht

a) Materielles Recht

Ausgangspunkt für die vergaberechtliche Beurteilung der kommunalrechtlichen Tätigkeitsverbote sind zunächst einmal die maßgebenden Vorschriften des GWB und der Vergabe- und Vertragsordnungen. Maßgebliche vergaberechtliche Schutzgüter sind gemäß § 97 Abs. 1 GWB (und § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A) zunächst der Wettbewerb, der als eine Pflicht zum positiven Handeln für die öffentlichen Auftraggeber zu verstehen ist. Es handelt sich eben nicht nur um einen Pro-

grammsatz, sondern um eine rechtliche Pflicht, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen und zu gewährleisten, dass im fairen, ergebnisoffenen Wettbewerb entschieden wird, welcher Bieter den Zuschlag erhält.

Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB (und den entsprechenden Vorschriften der VOB/A, VOL/A und VOF) sind sodann die Eignungsanforderungen von maßgeblicher Bedeutung, hier insbesondere: die jetzt neue Forderung nach der Gesetzestreue eines Unternehmens. Diese Anforderungen begründen zugleich die Verpflichtung der Auftraggeber, unzuverlässige Bieter vom Vergabeverfahren zwingend auszuschließen, wenn eine Verurteilung wegen einer der schweren Katalogstraftaten ergangen ist, oder aufgrund einer Ermessensentscheidung wegen einer „schweren Verfehlung" im Rahmen der beruflichen Tätigkeit.

Hierzu haben

- das OLG Düsseldorf (13.08.2008, VII Verg 42/07 sowie 04.05.2009, VII Verg 68/08: Schwerpunkt: Wettbewerbsbegriff),
- das OLG München (Frau Vavra, Vorsitzende des Vergabesenats beim OLG München in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A-Kommentar, Köln 2007, § 2 Rn. 29 und dies., in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A-Kommentar, Köln 2010, § 2 Rn. 40 schließt sich dem OLG Düsseldorf an, also auch Schwerpunkt beim Wettbewerbsbegriff),
- die VK Lüneburg (10.02.2004, 203-VgK-43/2003: Verstoß gegen Grenzen der NGO ist unlauterer Wettbewerb i. S. v. § 1 UWG und § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A),
- die VK Münster (04.10.2004, VK 21/04: Verstoß gegen das kommunalrechtliche Betätigungsverbot des § 107 GO NW ist ein Verstoß gegen § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A, d. h.
  (1.) gegen die Verpflichtung zur Beschaffung im Wettbewerb und
  (2.) gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen; ob zugleich ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegt bleibt offen),
- die VK Hessen (30.05.2005, 69d-VK-10/2005: § 121 Abs. 1 und 8 HessGO sind bieterschützende Vorschriften i. S. v. § 97 Abs. 7 GWB, auf die sich der öffentliche Auftraggeber stützen kann),
- und zweimal die VK Saarland (12.12.2005, 3 VK 03/2005 und 3 VK 04/2005: bei Verstoß gegen §§ 108 ff. saarl. KSVG fehlt dem Bieter die Zuverlässigkeit i. S.v. § 25. Nr. 2 Abs. 1 VOL/A i.V.m. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A wegen wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen),

einhellig Stellung bezogen. Dieser Judikatur ist inhaltlich in vollem Umfang zuzustimmen. Allein das OLG Celle allerdings hat die Frage offen gelassen (09.04.2009, 13 Verg 7/08).

Die vergaberechtliche Literatur ist einhellig, soweit Vergaberechtler sich äußern.

Das einzige Gericht, das anderslautend entschieden hat ist das OVG Münster (NVwZ 2008, 1031). Zur Begründung führt das OVG Münster an:

- §§ 97 ff. GWB enthielten keine Aussage zu der Frage, ob Gemeindewirtschaftsrecht im Nachprüfungsverfahren zu überprüfen sei,
- geschützt würden nur Bestimmungen über das Vergabeverfahren, d. h. Verfahrensrecht, aber Gemeindewirtschaftsrecht sei materielles Recht,
- auch § 97 Abs. 1 GWB und §2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A (im Wettbewerb) und § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A (Verbot wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen) erforderten keine Prüfung von § 107 GO NW, denn jede Belebung des Wettbewerbs sei erwünscht, eine extensive teleologische Interpretation des Wettbewerbsgrundsatzes sei nicht haltbar,
- Rechtsschutz nach §§ 97 ff. GWB könne sich nur auf die Art und Weise, d. h. das WIE und nicht auf das OB der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand beziehen,
- die Berücksichtigung kommunalrechtlicher Betätigungsverbote in der Eignungsprüfung könne nur erfolgen, wenn das Leistungshindernis offensichtlich sei (sonst wären die nicht fachgerichtlich ausgebildeten Vergabekammern überfordert).

Dem stimmen – soweit ersichtlich – nur Verwaltungsrechtler zu.

Wie ist dieser Zwist nun zu bewerten? Meines Erachtens ist eindeutig, dass die Prüfung eines ordnungsgemäßen Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags stets auch die Frage umfasst und umfassen muss, ob die für das Verfahren geltenden Grenzen einschließlich der Zugangsregeln für das Verfahren eingehalten werden. Der Verweis auf das Lauterbarkeitsrecht und die Untersagung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zeigt das deutlich. Hier wird auf Normenkomplexe Bezug genommen, die zwar außerhalb der vergabe-verfahrensrechtlichen Regeln stehen, die aber zugleich einen deutlichen und unmittelbar vergabe-verfahrensrechtlichen Regelungseffekt haben: besonders deutlich im Kartellrecht, denn es verbietet Kartelle gegenüber privaten Abnehmern aber auch gegenüber öffentlichen Auftraggebern. Dieselbe Funktion hat das Gemeindewirtschaftsrecht.

Hinzu kommt: Jedenfalls kann nach der Änderung des § 97 Abs. 4 GWB der Zuschlag keinem Bieter mehr erteilt werden, der sich rechtlich zulässig an dem Vergabeverfahren nicht beteiligen darf. Denn der Verstoß gegen das Gemeindewirtschaftsrecht belegt flagrant, dass der entsprechende Bieter nicht gesetzestreu ist.

Wie funktioniert das nun in der Praxis: Die Darlegung seiner Gesetzestreue durch den betroffenen Bieter ist stets erforderlich und muss vom öffentlichen Auftraggeber geprüft werden. In Betracht kommt insoweit z. B. ein anwaltliches Gutachten, dass kein Verstoß gegen Gemeindeordnung vorliegt, eine Bescheinigung der Kommunalaufsicht etc. Bei kartellrechtlichen Fragestellungen etwa im Zusammenhang mit der Frage nach

der Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft ist das auch schon lange Praxis und funktioniert gut. Diese Anforderung muss allerdings in den Verdingungsunterlagen klar und eindeutig gefasst sein.

b) Prozessuale bzw. Zuständigkeitsfragen

Die Überprüfung der Einhaltung des Gemeindewirtschaftsrechts im Vergabeverfahren ist zunächst einmal rechtlich richtig und geboten. Es gilt hier die rechtliche Konzentrationsregel und Ausschließlichkeitsregel des § 104 Abs. 2 GWB: alle Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren sind (nur) im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen. Dem hat sich das OLG Düsseldorf (22.05.2002, Verg 6/02, ebenso: VK Düsseldorf, 31.10.2007, VK-31/2007-L und VK VK Stuttgart, 07.01.2003, 1 VK 68/02; a .A. OLG Naumburg, 21.12.200, 1 Verg 10/00 und OLG Frankfurt, 27.06.2003, 11 Verg 2/03) in einer kartellrechtlichen Fragestellung allerdings widersetzt und überraschend entschieden, dass im Nachprüfungsverfahren nicht überprüft werden könne, ob eine Einkaufsgemeinschaft gegen §§ 1 und 14 GWB verstoße, weil sich die angegriffenen Rechtsverstöße nicht als Handlungen in einem Vergabeverfahren darstellten. Begründet wird das u. a. mit der (angeblich) fehlenden Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 S. 1 GWB i. V. m. § 97 Abs. 7 GWB.

Maßgebend muss demgegenüber aber sein, dass die Zuständigkeitsregel des § 104 Abs. 2 S. 1 GWB die Auslegung der Vorschriften zur Antragsbefugnis bestimmt, nicht aber umgekehrt. Zielt deshalb bei Verstößen gegen Gemeindewirtschaftsrecht das Begehren auf Ausschluss des Rechtsbrechers bzw. seines Angebots durch die Vergabestelle, so gilt, dass dieser Anspruch selbstverständlich im Wege des Nachprüfungsverfahrens durchzusetzen ist (ebenso wie bei kartellrechtlichen Ansprüchen gegen den Auftraggeber).

Anderes gilt nur

- bei einem Vorgehen gegen den Mitbieter aufgrund z. B. Lauterbarkeitsrechts, für das die ordentlichen Gerichte zuständig sind;
- oder bei einer Klage gegen die Kommune auf Einschreiten gegen den das Recht brechenden Eigenbetrieb oder – andere Konstellation – die Klage der Gemeinde gegen eine Weisung der Kommunalaufsicht auf Einschreiten, für die in beiden Fällen die Verwaltungsgerichte zuständig sind.

Diese Zuweisung ist auch praktisch richtig, d. h. die Nachprüfungsinstanzen sollten richtigerweise § 104 Abs. 2 GWB Rechnung tragen, denn

- die Kommunalaufsicht funktioniert z. T. überhaupt nicht; so sah sich in den verbundenen Sachsen EuGH Rs. C-20 und 28/01, Braunschweig/Bockhorn, die niedersächsische Kommunalaufsicht „außerstande", z. B. gegen die Stadt Braunschweig vorzugehen und in Brandenburg gab es jahrelange

Verwaltungsprozesse um die Ausschreibungspflicht des Landkreises Barnim im Abfallbereich;

- außerdem gibt es keinen Anspruch auf Einschreiten der Kommunalaufsicht; selbst wenn das aber anders wäre, wäre die Folge nur ein langwieriger verwaltungsgerichtlicher Prozess über die aufsichtsrechtliche Weisung.

Im Ergebnis gibt es also zum Nachprüfungsverfahren keine praktische Alternative, denn der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz dauert schlicht zu lange und die Nachprüfungsinstanzen sind „näher dran" am Wettbewerb und am Wettbewerbsschutz.

Dieselbe Frage stellt sich jetzt nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007, dort wird es schnell zu Streitfällen kommen, die dann – wenn nicht der Bundesgesetzgeber etwas anderes ausdrücklich regelt – allerdings von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden sein werden: denn SPNV-Verkehrsverträge sind nach zutreffender Judikatur des VG Gelsenkirchen öffentlich-rechtlicheVerträge.

**3. Kartellrecht**

Hier gilt *mutatis mutandis* dasselbe wie beim Gemeindewirtschaftsrecht, d. h. der Verweis auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen ist als Verweis auf die Einhaltung kartellrechtlicher Bestimmungen durch die Bieter ernst zu nehmen, bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen und bei Kartellverstößen. Außerdem muss sich auch der Auftraggeber an kartellrechtliche Vorgaben halten: der Schutz des Wettbewerbsgrundsatzes wirkt zu Lasten der Bieter und der Vergabestelle. Kartellrechtliche Ansprüche gegen Auftraggeber sind deshalb nach § 104 Abs. 2 S. 1 GWB im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen. Die o. g. Entscheidung des OLG Düsseldorf ist deshalb nicht richtig: Der Senat verkennt, dass der Kartellverstoß doch andauert und sich gerade in dem Beschaffungsvorhaben darin verwirklicht, dass die kartellrechtlich unzulässige Einkaufsgemeinschaft durchführt.

**4. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz?**

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist eröffnet bei der Vergabe von SPNV-Verträgen in einem Verfahren, das nicht nach den §§ 97 ff. GWB geführt wird (so zutreffend VG Gelsenkirchen), bei Dienstleistungskonzessionen (zum Teil str.), bei Rüstungsvorhaben (zum Teil str.), aber nicht (mehr) bei Unterschwellenvergaben wegen der maßgebenden Leitentscheidung des BVerwG (2.5.2007, 6 B 10.07). Das ist falsch, denn

- das BVerwG beurteilt die Wirklichkeit falsch, es gibt zwei Stufen in der Wirklichkeit, deshalb passt auch die Zweistufentheorie,
- außerdem: im Zivilprozess gibt es kein Akteneinsichtsrecht, §§ 810, 811 BGB helfen da nicht, Art. 6 EMRK ist zu weit weg,

- und das zivilprozessuale Verfahrensrecht passt nicht; jüngst instruktiv OLG Düsseldorf (13.01.2010, 27 K 1/09) zu den Mängeln:

  Die Antragstellerin ist mangels Akteneinsicht sowie vielfach mangels einer hinreichend spezifischen Vorabinformation oft nicht in der Lage, sofort einen Unterlassungsanspruch schlüssig darzulegen oder gar glaubhaft zu machen, was den Erlass einer Beschlussverfügung ausschließt. Das Landgericht hat sich in dieser Situation zur Gewährleistung eines wirksamen Primärrechtsschutzes veranlasst gesehen, einen mündlichen Verhandlungstermin anzuberaumen, aber gleichzeitig eine bis zur Entscheidung in erster Instanz befristete einstweilige Anordnung zu erlassen, eine Verfahrensweise, die im Gesetz zwar so nicht vorgesehen ist (das Gesetz sieht in § 936 i. V. m . § 922, § 937 Abs. 2 ZPO lediglich die Wahl zwischen dem Erlass eines Beschlusses und der Terminierung vor, bereits die Zulässigkeit der schriftlichen Anhörung des Antraggegners vor Erlass eines Beschlusses ist streitig, jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgewährung angemessen und nicht zu beanstanden ist).

  Das Gericht ist, anders als in Verfahren gemäß §§ 97 ff. GWB (§ 120 Abs. 2 i. V. m. § 70 Abs. 1 GWB, für die Vergabekammer s. auch § 110 GWB), auf die Angaben der Verfahrensbeteiligten angewiesen.

  Die Position desjenigen Unternehmens, dem der Auftraggeber den Auftrag erteilen will, bedarf der Klärung. Während es beim Kartellvergabeverfahren nach § 109 GWB, gegebenenfalls noch vom Vergabesenat, von Amts wegen beizuladen ist, kann es in einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nur durch eine Nebenintervention (§§ 66 ff. ZPO) seine Rechte wahrnehmen.

  Ein Unterschied besteht auch in der Absicherung des Antragstellers während des laufenden Nachprüfungsverfahrens. Während im Kartellvergabeverfahren bereits der Zugang des Nachprüfungsantrages zu einer Zuschlagssperre führt, die auch bei einer Abweisung des Antrages durch die Vergabekammer zunächst andauert und durch das Beschwerdegericht verlängert werden kann, ist dies bei einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht der Fall.

  Schwerer zu begründen dürfte dagegen die vom Landgericht und den Verfahrensbeteiligten erwogene Auffassung sein, dass trotz Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Verfügung durch Urteil des erstinstanzlichen Gerichts dieses eine weitere einstweilige Anordnung treffen könne; die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass durch ein den Erlass der einstweiligen Verfügung ablehnendes Urteil eine frühere Beschlussverfügung sofort unwirksam wird.

  Ein Verstoß des Auftraggebers gegen die Zuschlagssperre der § 13 VgV a. F., § 101a GWB n. F., § 115 Abs. 1 GWB führt zur Rechtsunwirksamkeit des verbotswidrig geschlossenen Vertrages. Ein trotz eines durch einstweilige Verfügung ausgesprochenen Zuschlagsverbots geschlossener Vertrag ist nur im Falle des § 138 BGB nichtig.

# Podiumsdiskussion: Verwaltungsrecht und Kommunalrecht im Wettstreit mit dem Vergaberecht?

## Statement

**Dr. Otmar Schneider, M.A.**

Vorsitzender Richter am Oberwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen

### 1. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Vergaberecht

Verwaltungsrichter umweht bei Vergaberechts-Tagungen ein Hauch der Exotik. Das ist leider unvermeidlich, denn wir sind in der Tat vom Kerngeschäft ausgeschlossen. Das betrifft den oberschwelligen Bereich, weil der Gesetzgeber es im GWB so entschieden und die Sonderzuweisung an die Oberlandesgerichte geschaffen hat.

Das betrifft den unterschwelligen Bereich wegen des bereits in den anderen Vorträgen angeführten Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts,[1] der eine Entscheidung des Senates, dem ich damals angehört habe, aufgehoben hat. Auch ich sehe den Beschluss etwas kritisch, aber diese Ausgangslage müssen wir jetzt erst einmal akzeptieren. Ich sehe nicht, dass eine derartige, auch vom Bundesverwaltungsgericht als Grundsatzentscheidung angesehene Entscheidung schnell revidiert wird, wenngleich ich Ihre Aufmerksamkeit darauf richten möchte, dass das Bundesverwaltungsgericht keinen Blankoscheck für jede Art von Vergabe für die Zivilgerichtsbarkeit ausgestellt hat: Der Beschluss bezieht sich ausdrücklich auf die Vertragspartnerauswahl wie bei sonstigen Marktteilnehmern, wobei dieser spezielle Marktteilnehmer, der öffentliche Auftraggeber, noch zusätzlich Gleichheitsbindungen und den haushaltsrechtlichen Bindungen unterliegt. Das allein führt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das mag man eben so hinnehmen und muss es so hinnehmen, aber es bezieht sich auf diese allgemeine Marktteilnahme, nicht – und da ist ein ausdrücklicher Vorbehalt in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts enthalten – auf den Fall, dass mit der Vergabe gesetz-

[1] BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 - 6 B 10.07 -, BVerwGE 129, 9.

liche Verwaltungssonderziele verfolgt werden. So formuliert es das Bundesverwaltungsgericht: Der ordentliche Rechtsweg ist jedenfalls dann gegeben, wenn bei der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrages keine gesetzliche Verpflichtung zu bevorzugter Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises zu beachten ist. Das ist die Ausnahme, die das Bundesverwaltungsgericht gemacht hat.

Meine Damen und Herren, gestern ist es von Herrn Fruhmann angesprochen worden, das ist eine Einbruchsstelle. Das Vergaberecht öffnet sich immer mehr zu Verwaltungssonderzielen jenseits der Schaffung optimalen Wettbewerbs mit dem Ziel der Ermittlung des günstigsten Angebots. Ich verweise auf § 97 Abs. 4 GWB. Diese Regelung eröffnet die Möglichkeit, im Vergaberecht vergabefremde Kriterien zu verfolgen. Und da gibt es ja schon eine ganze Menge. Gestern war es Tariftreue,[2] heute ist es Frauenförderung, morgen ist es Klimaschutz. Es handelt sich um eine Spielwiese der Politik, um mit Vergaben bestimmte Verwaltungsziele zu erreichen. Und meine These ist, dass – jedenfalls im unterschwelligen Bereich – die Politik auch zubeißen wird, wenn sie erst einmal Blut geleckt hat. Dieser Teil des Vergaberechts, jedenfalls im unterschwelligen Bereich, der nicht so europarechtsdominiert ist, wird sich von der bloßen Herstellung optimalen Wettbewerbs weg zu einer spezifischen Verwaltungstätigkeit durch Vergabe entwickeln, und zwar durch Schaffung gesetzlicher Sondervergabeziele. Wenn das eintreten sollte, dann ist auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts möglicherweise die Verwaltungsgerichtsbarkeit wieder im Boot, und dann bin ich hier nicht mehr so ganz allein, hoffe ich.

## 2. Beschränkung der Anwendbarkeit des Vergaberechts zum Schutz der Verwaltungstätigkeit

Ich möchte Ihr Augenmerk auf zwei Bereiche lenken, in denen nach meinem Dafürhalten eine Zurücknahme des Vergaberechts zugunsten der Verwaltungstätigkeit zu beobachten oder jedenfalls zu fordern ist. Das eine ist eine Entwicklung, die sich im Rahmen der EuGH-Rechtssprechung angebahnt hat, in der eben diese Beschränkung zugunsten des Verwaltungsschutzes erkennbar ist. Ich will drei Stichworte erwähnen: Inhouse-Vergabe, den Begriff des öffentlichen Bauauftrages und die interkommunale Zusammenarbeit.

### a) Inhouse-Vergabe

Wie ist es bei der Inhouse-Vergabe? Ursprünglich war der Ansatz von der dogmatischen Grundkonzeption her ganz hart, der die öffentliche Vergabe innerhalb der Kommunen im weitesten Sinne erschwerte. Die Grundidee war, dass dann, wenn ein Beschaffungsauftrag an eine andere Rechtsperson geht, also eine andere als den öffentlichen Auftraggeber selbst, es sich um eine Vergabe handelt, allerdings mit der

[2] Unzulässig: EuGH, Urteil vom 3. April 2008 - C-346/06 - (Rüffert); zulässig: BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 -, BVerfGE 116, 202.

Ausnahme, dass es auch eine andere Rechtsperson sein kann, aber dann muss durch den öffentlichen Auftraggeber eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle vorhanden sein. Dieser Auftragnehmer muss sich im Wesentlichen mit Tätigkeiten für den Auftraggeber beschäftigen,[3] und es darf keinerlei private Beteiligung an diesem Auftragnehmer vorliegen.[4]

Diese harschen Kriterien sind in der Rechtsprechung des EuGH aufgeweicht worden.[5] Es ist inzwischen klar, dass auch eine gemeinschaftliche Kontrolle mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diesen Auftragnehmer ausreicht, um eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe durchzuführen. Es reicht aus, wenn der Auftraggeber nur eine minderheitliche Beteiligung an diesem Auftragnehmer hat. Aus dem Begriff der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle" wurde eine „Kontrolle über strategische Ziele und wichtige Entscheidungen". Eine Dienststelle wird schärfer geführt! Aus der „Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber" wurden die Möglichkeit ergänzender Tätigkeit im Privatsektor, wenn nur der „Hauptzweck nach wie vor die öffentliche Dienstleistung" ist. Selbst die rechtliche Möglichkeit, dass Private sich am Auftragnehmer beteiligen können, ohne dass es schon durchgeführt worden ist, soll unschädlich sein. Wir sehen, der EuGH erkennt die öffentliche Verwaltungstätigkeit dergestalt an, dass das Vergaberecht sich in diese Bereiche nicht hereindrängt.

b) Interkommunale Zusammenarbeit

Interkommunale Zusammenarbeit als zweites Stichwort: Die Kommission hat eine harsche Position bei dem Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages vertreten und die Bundesrepublik Deutschland entsprechend verklagt. Der EuGH ist in seiner Entscheidung deutlich zurückgerudert.[6] Jetzt soll die interkommunalen Zusammenarbeit vergaberechtsfrei sein, solange die Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und kein privates Unternehmen besser stellt als einen Wettbewerber. Wenn das der Fall ist, liegt nach Auffassung des EuGH kein Dienstleistungsauftrag vor, der zur Anwendung des Vergaberechts führt.

c) Öffentlicher Bauauftrag

Der letzte Punkt, in dem wir eine Rücknahme des meines Erachtens ausufernden Vergaberechtes feststellen können, ist der Begriff des öffentlichen Bauauftrages. Ich bedaure es, dass mein Kollege Dicks vom Vergabesenat des OLG Düsseldorf heute nicht da ist, obwohl Herr Wiedemann sicher ein adäquater Ersatz für ihn ist. Gerade der Se-

[3] EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98 - (Teckal).

[4] EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005 - C-26/03 - (Stadt Halle und RPL Lochau).

[5] Vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 10. September 2009 . C-573/07 - (Sea).

[6] EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - C-480/06 - (Stadtreinigung Hamburg).

nat in Düsseldorf ist nämlich ein Vorreiter für die von mir beklagte Ausuferung des Vergaberechts. Ich nenne das Stichwort Ahlhorn.[7] Mit dieser Rechtsprechung sollten letztlich rein städtebauliche Verträge, mit denen bestimmte Verwaltungsziele verfolgt werden, dem Vergaberecht unterstellt werden. Auch hier ist der EuGH deutlich zurückgerudert.[8] Es ist jetzt klar: Der Verkauf von Grundstücken ist kein Bauauftrag. Bauaufträge erfordern ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung. Bloß im allgemeinen Interesse liegende Ziele, wie das bei den städtebaulichen Verträgen charakteristisch ist, reichen nicht aus. Es muss eine einklagbare Verpflichtung zur Bauleistung bestehen, und der Auftraggeber muss die Bauleistungsmerkmale definieren oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Konzeption ausüben. Daher stelle ich meine zweite These auf: Der EuGH erkennt zutreffend die Eigengesetzlichkeit der Verwaltungstätigkeit an und drängt in diesem Bereiche die Anwendbarkeit des Vergaberechts zurück.

### 3. Gegenständliche Beschränkung der Vergabenachprüfung

Und jetzt komme ich zum eigentlichen Streitfall, dem Bereich, der in der Tat noch nicht geklärt ist, nämlich was ist, wenn das Vergaberecht anwendbar ist, an Prüfungen vorzunehmen? Wo kann man Zweifel haben, ob eine Prüfung wirklich im Rahmen der Vergabenachprüfung vorzunehmen ist? Diese Diskussion kann man gut am Beispiel der verwaltungsrechtlichen Vorschriften, die den Marktzutritt regeln, diskutieren.[9]

a) Normative Verankerung

Herr Prieß hat zutreffend referiert, was sich da zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten abgespielt hat.[10] Der Kern des Streites ist die Frage, wie der Begriff „Bestimmungen über das Vergabeverfahren" in § 97 Abs. 7 GWB auszulegen ist. Und als Unterfragen dazu, wie der Begriff „Beschaffung im Wettbewerb" nach § 97 Abs. 1 GWB zu verstehen ist. Umfasst das jede wettbewerbsrelevante Vorschrift, etwa auch ein öffentlich-rechtliches Marktzutrittsverbot als Wettbewerbsverfälschungs- oder -verzerrungsgesichtspunkt? Schließt ein Marktzutrittsverbot die Leistungsfähigkeit des Bieters nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB aus, oder schließt das Angebot eines einem Marktzutrittsverbot unterliegenden Bieters dessen Gesetzestreue und Zuverlässigkeit nach

---

[7] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Juni 2007 - Verg 2/07 -, NZBau 2007, 530.

[8] EuGH, Urteil vom 25. März 2010 - C-451/08 - (Müller).

[9] Vgl. ausführlich Schneider, Öffentlich-rechtliche Marktzutrittsverbote im Vergaberecht, NZBau 2009, 352, und die Gegenposition von Hertwig, Uneingeschränkte Relevanz des Gemeindewirtschaftsrechts im Vergabenachprüfungsverfahren, NZBau 2009, 355.

[10] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2008 - VII Verg-42/07 -, juris, einerseits, OVG NRW, Beschluss vom 1. April 2008 - 15 B 122/08 -, DVBl. 2008, 919, andererseits.

§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB aus? Es geht also letztlich um die Weite dieser von mir genannten Begriffe.

Ich plädiere für Zurückhaltung. Ich meine, Marktzutrittsverbote können nur dann als vergaberechtsrelevant angesehen werden, wenn sie den Wettbewerb gerade im Interesse der Fachkunde, der Leistungsfähigkeit, der Gesetzestreue und der Zuverlässigkeit der Bieter regeln wollen. Also wenn etwa jemand vom Markt ausgeschlossen wird, weil er eine unzuverlässige Person ist: der ständig trunkene Arzt, der die Approbation verliert, beispielsweise. Aber das kann man auch auf Architekten ausdehnen. In diesen Fällen bin ich bereit zu akzeptieren, dass hier ein wettbewerbsrelevantes und damit auch für einen Vergabevorgang relevantes Marktzutrittsverbot vorliegt. Das gilt aber nicht, sobald mit einem derartigen Marktzutrittsverbot ganz andere Politikziele verfolgt werden, wie etwa im Gemeindewirtschaftsrecht die Wirtschaftsförderung durch Konkurrenzschutz. Zwar gibt es noch den Gesichtspunkt des Eigenschutzes der Gemeinde vor Geschäften, die sie vielleicht nicht beherrschen kann. Aber im Vordergrund steht der Schutz des Mittelstandes vor Konkurrenz durch den öffentlichen Auftragnehmer, die Gemeinde, die letztlich auch vom konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer durch Steuern finanziert wird. Wenn also derartige vergabefremde Interessen verfolgt werden, meine ich, muss ein solches Marktzutrittsverbot aus dem Kreis der im Vergabenachprüfungsverfahren zu prüfenden Vorschriften ausscheiden.

b) Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue, Zuverlässigkeit

Die anderen Merkmale, die angesprochen worden sind, wie die Leistungsfähigkeit, können in diesen Fällen, wo es um vergabefremde Marktzutrittsverbote geht, nur dann eine Rolle spielen, wenn zu erwarten ist, dass der Bieter wegen des unterstellten Marktzutrittsverbots nicht in der Lage sein wird zu leisten. Und das ist ein keineswegs offensichtlicher Umstand. Wenn Sie sich unsere Entscheidungen zum Gemeindewirtschaftsrecht ansehen, dann werden sie feststellen, dass sie nicht ganz einfach zu verstehen sind, sodass man sich mit Fug und Recht darüber streiten kann, ob im konkreten Fall der Marktzutritt verboten ist, gerade bei so unbestimmten Rechtsbegriffen, wie sie im Gemeindewirtschaftsrecht im § 107 Gemeindeordnung auftauchen. Man kann deshalb nicht sagen, dass ein Bieter nicht leistungsfähig ist, weil man nach langem Überlegen dazu kommt, dass § 107 Gemeindeordnung eine Marktbeteiligung verbietet. Vielmehr kann man nur sagen, ein Bieter ist nicht leistungsfähig, wenn zu erwarten ist, dass die Kommunalaufsicht ihm die Marktbeteiligung verbieten wird. Läuft der Auftraggeber ein Ausfallrisiko, wenn er diesem Bieter den Auftrag gibt? Ebenfalls wird man fehlende Leistungsfähigkeit annehmen können, wenn zu erwarten ist, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Antrag eines Konkurrenten der Gemeinde die Marktbeteiligung untersagen wird. Wenn also mit anderen Worten offensichtliche Verstöße gegen ein Marktzutrittsverbot vorliegen, dann, in der Tat, kann man sagen, dass dieser Bieter nicht leistungsfähig ist.

Ganz ähnliches gilt für die Gesetzestreue und Zuverlässigkeit. Auch hier kann nur ein offensichtlicher Verstoß dazu führen, dass man sagen kann: Jemand, der so offensichtlich gegen Marktzutrittsverbote verstößt, ist ein gesetzesuntreuer, ein unzuverlässiger Bieter und kann deswegen ausgeschlossen werden. Aber sobald man auch nur näher darüber nachdenken muss, ob im konkreten Fall der § 107 Gemeindeordnung tatsächlich den Markt für den Bieter verschließt, kann man eben nicht mehr sagen, dass derjenige, der eine andere, weitere Interpretation vertritt, gesetzesuntreu oder unzuverlässig sei.

**4. Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Gebot effektiven Rechtsschutzes**

Meine Damen und Herren, ein letzter Punkt. Ich habe erwartet, dass das Argument kommt, und mich von der Gerichtsverwaltung informieren lassen. Dieses ominöse Argument: Das dauert und dauert bei den Verwaltungsgerichten. Ich räume ein: Wir haben da vielleicht eine Historie, die – gemessen an der Zivilgerichtsbarkeit, bei der eher das System „lieber schnell, wenn auch falsch" gelten mag – problematisch war. Aber das ist doch alles Schnee von gestern. Ich will hier nicht die Erledigungsdauer beim OVG in Nordrhein-Westfalen vortragen, sondern die Klageverfahren 1. Instanz in Nordrhein-Westfalen betrachten. Diese sind zu 72 % (so der letzte Stand, es schwankt immer um diesen Bereich herum) binnen eines Jahres erledigt. Dies sind die Klageverfahren, wobei im Vergaberecht die Eilverfahren viel wichtiger wären, und die sind zu 80 Prozent binnen dreier Monate erledigt. Wir sind da in einem Bereich, in dem auch die Vergabekammern und erst recht die Vergabesenate, aber selbst die Zivilgerichtsbarkeit im unterschwelligen Bereich, soweit sie überhaupt in der Materie tätig wird, auch nicht besser ist. Also, meine Damen und Herren, das sind Gerüchte, und deshalb – die Anwaltschaft ist ja auch stark vertreten – meine Aufforderung: Nun probieren Sie es doch erst einmal!

Wenn hier ein wenig eine Zweikampfsituation aufgekommen ist – sie ist nicht ganz unbeabsichtigt, glaube ich –, möchte ich zum Abschluss deutlich machen, dass es nicht um Fragen der Eitelkeit zwischen den Gerichtszweigen geht. Natürlich sind auch Zivilrichter Volljuristen, wie wir alle, und sie können auch den § 107 Gemeindeordnung auslegen. Aber wir müssen uns doch darüber im Klaren sein: Es führt zu einer Doppelgleisigkeit der Auslegung des Gemeindewirtschaftsrechts, wenn es sowohl im Vergaberecht durchgeprüft wird als auch, wie es nach wie vor parallel möglich ist, in Form eines Unterlassungsanspruchs durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da sehe ich nicht, was der § 124 Abs. 2 GWB mit der Vorlagepflicht zum BGH vereinheitlichend ausrichten kann.

Und der nächste Punkt ist: Das Vergaberecht würde überfrachtet mit vergabefremden Nebenkriegsschauplätzen. Man muss sich doch drüber im Klaren sein, dass jeder Anwalt, der den Zuschlag erst einmal verhindern will, alle Register ziehen wird und etwa bei einem hessischen Vergabefall das nordrhein-westfälische Gemeinderecht in Anschlag bringen wird, wenn ein nordrhein-westfälischer Kommunalbieter dabei ist. Da-

mit wirft man Sand ins Getriebe, was verhindert würde, wenn sich die Vergabenachprüfung auf vergaberelevante Umstände beschränkt und man den jeweiligen Konkurrenten des Kommunalbieters darauf verweist, bei behaupteten Verstößen gegen Gemeinderecht vor die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit zu ziehen. Mit anderen Worten: Ich meine, das, was der BGH für das Lauterkeitsrecht bereits entschieden hat,[11] muss auch für das Vergaberecht gelten: Diese Materie dient nicht der Durchsetzung allgemeiner Rechtstreue, sondern spezifischem Vergaberecht.

[11] Vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2002 - I ZR 293/99 -, DVBl. 2003, 267; Urteil vom 25. April 2002 - I ZR 250/00 -, DVBl. 2002, 1282.

# Podiumsdiskussion: Verwaltungsrecht und Kommunalrecht im Wettstreit mit dem Vergaberecht?

## Statement

**Jörg Wiedemann**

Richter am Oberlandesgericht Naumburg

Ich bin gern kurzfristig eingesprungen für Herrn Dicks, zumal mir zu diesem Thema ein Skript von ihm vorliegt, welches er im November vorigen Jahres verfasst hat. Ich konnte feststellen, das wird jetzt keinen überraschen, dass wir in vielen Punkten übereinstimmender Auffassung sind. Damit kann ich jedenfalls etwa das bieten, was hier erwartet wird, nämlich auch eine Darstellung der Position der vergaberechtlichen Rechtsprechung in Nordrhein-Westfalen.

### I. Eingrenzung des Diskussionsfeldes

1. Vor einem Streit sollte man zunächst einmal die übereinstimmenden Positionen benennen, damit es nicht so erscheint, als sei man heillos zerstritten. Ich denke dass folgende Thesen hier auf dem Podium sofort Zustimmung erlangen:

   a) Kommunalrecht, Abfallrecht, auch Personenbeförderungsrecht oder Beihilferecht, sind alles Rechtsgebiete, die primär und originär in die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte fallen und welche die Vergabenachprüfungsinstanzen nur am Rande betreffen.

   b) Das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren hat einen bestimmten Zweck und eine bestimmte Begrenzung: Es ist beschränkt darauf, das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers in einem konkreten Vergabeverfahren zu überprüfen, die Verhaltensprüfung erfolgt allein nach einem vergaberechtlichen Maßstab und sie bezieht sich zudem nur auf dasjenige vermeintlich vergaberechtswidrige Verhalten des Auftraggebers, welches Einfluss auf die individuellen Auftragschancen des Antragstellers haben kann. Die Normenan-

knüpfungen sind hier schon benannt worden, § 104 Abs. 2 GWB i. V. mit §§ 97 Abs. 7 und 107 Abs. 2 GWB.

c) Es kommt trotzdem immer wieder zu Überschneidungen der Rechtsgebiete und damit zu einer Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Vergabekammern oder Vergabesenate über verwaltungsrechtliche Themen. Das hat seine Ursache vor allem darin, dass sich das Beschaffungshandeln der öffentlichen Hand ganz überwiegend auf die von ihr zu erfüllenden – öffentlich-rechtlich definierten – Aufgaben bezieht, zum Anderen auch in der Einheitlichkeit der Rechtsordnung.

Nur angemerkt sei, dass solche Überschneidungen nicht nur mit dem originären Betätigungsfeld der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen, wie sie hier im Hinblick auf das Kommunalwirtschaftsrecht diskutiert werden sollen, sondern mit speziellen Materien der ordentlichen Gerichtsbarkeit, so mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, dem Kartellrecht, dem Patentrecht, mit dem Urheberrecht oder mit dem gewerblichen Rechtsschutz, ebenso mit dem Arbeitsrecht, wenn ich nur an die Vorschrift zum Betriebsübergang oder an arbeitszeitrechtliche Fragen denke, die im Vergabeverfahren teilweise eine Rolle spielen, Mindestlohn, Tariftreue u.s.w., und neuerdings mit der Sozialgerichtsbarkeit.

2. Nun zum Strittigen:

a) Zum Problem der fachlichen Kompetenz:
Für Gerichte sind solche vorbeschriebenen Überschneidungen von Rechtsgebieten nicht fremd. Ich selbst war elf Jahre lang mit der zivilrechtlichen Haftung von Rechtsanwälten befasst. Da war ich zwangsläufig auch in jedem Gebiet „zu Hause" oder nicht so „zu Hause". Eine Einarbeitung war unumgänglich und – mitunter mit hohem Aufwand – auch zu bewältigen. Die wechselseitige Durchdringung der Spezialmaterien ist also, so glaube ich, kein außergewöhnlicher Umstand und bei allem zu wahrenden Respekt vor den jeweiligen Spezialgerichtsbarkeiten kein Argument gegen eine Befassung der Vergabenachprüfungsinstanzen mit verwaltungsrechtlichen Materien. Zwar möchte ich den angriffslustig vorgetragenen Äußerungen von Herrn Schneider durchaus Rechnung tragen wollen und ihm zugestehen, dass es natürlich schwierig ist, wenn man sich für einen einzigen Fall in eine spezielle verwaltungsrechtliche Materie einarbeiten muss. Aber dem kann man sich nicht entziehen, wenn das Gesetz gerade dies so vorsieht.

b) Das gewichtigere, damit zusammenhängende Problem ist m. E., dass immer dann, wenn solche fremden Materien zu prüfen sind, ein erheblicher Zeitdruck im Nachprüfungsverfahren entsteht und die Einhaltung der Entscheidungsfrist in Frage gestellt wird. Die vergaberechtliche Nachprüfung soll in angemessener und möglichst kurzer Zeit erfolgen. Dies führt auch hinsichtlich der Prü-

fungstiefe in der Praxis häufig zu einer Abwägung zwischen dem primären individuellen Interesse am effektivem Rechtsschutz und dem allgemeinen Interesse an zügiger Beschaffung. Wer in kurzer Zeit entscheiden will, den werfen solche Spezialthemen teilweise recht weit zurück. Hieraus resultieren nicht nur im Einzelfalle subjektive, sondern auch objektive Gründe für die Vermeidung einer hohen Prüfungstiefe.

2. Um sich an die Grenzen der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen weiter heranzutasten, sei angeführt, dass unsere Diskussion wohl nicht, wie bei einem anderen Dauerthema, um einen „Vergaberechtsschutz light" geführt wird, sondern es eher darum geht, ob wir einen „Vergaberechtsschutz pur" irgendwie definieren können. Es geht jedenfalls auch nicht um die Durchsetzung allgemeiner Rechtstreue, sondern, wie einleitend angemerkt, „nur" um die Einhaltung von Vergaberecht, worauf man sich immer wieder besinnen muss. Und schließlich geht es nicht darum, obgleich diese Intension in manchen Nachprüfungsanträgen durchaus deutlich zum Ausdruck kommt, den Bewerbern oder Bietern Einfluss auf die Bestimmung des Leistungssolls zu geben bzw. jegliche Vertragsrisiken für den Auftragnehmer mit Hilfe der Vergabenachprüfungsinstanzen schon in der Vertragsanbahnungsphase abklären oder gar beseitigen zu können. Im Hinblick auf Letzteres ist einfach zu konstatieren, dass es Einfallstore im materiellen Vergaberecht gibt und solche Einfallstore vom Gesetzgeber zunehmend geschaffen werden, die geeignet sind, die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen auch mit Themen zu beschäftigen, mit denen sie sich selbst sonst nicht befassen müssten. Ich denke da an das Verbot der Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse in § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009, an bestimmte inhaltliche Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand, Stichwort „Energieeffizienz" in §§ 4 Abs. 6 und 6 Abs. 2 VgV 2010, die im Vergaberecht meines Erachtens nach nichts zu suchen haben, und natürlich auch an die zusätzlichen Anforderungen an die Ausführung der Leistung nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB 2009 – insoweit stimme ich Herrn Schneider zu, dass hiermit ein entsetzliches Einfallstor für Mehrarbeit der Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen geschaffen worden ist.

## II. Verwaltungsrecht und Vergaberecht im Wettstreit um das Kommunalwirtschaftsrecht?

Konkret zu unserem Thema haben wir schon die Entscheidungen des OVG Münster auf der einen Seite und des OLG Düsseldorf und OLG Celle auf der anderen Seite angesprochen. Sie sehen mir nach, dass ich an dieser Stelle betone, dass auch das Oberlandesgericht Naumburg mit Beschluss vom 9. September 2003, 1 Verg 5/03, schon einmal ausführlich zu den Problemen Stellung genommen hat, diese Angabe fehlt leider in der einschlägigen Kommentarliteratur noch.

1. Einigkeit, denke ich, haben wir noch bei den in Betracht kommenden vergaberechtlichen Anknüpfungspunkten für eine Prüfung kommunalwirtschaftlicher Fragen.

   a) Ein Anknüpfungspunkt ist, dass die Vergabe in einem wettbewerblichen Verfahren erfolgen soll, § 97 Abs. 1 GWB 2009. Dies findet sich auch in den neu gefassten Vergabeordnungen, so in § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2009 und § 2 Abs. 1 S. 1 VOL/A 2009. Eine gleichartige Bestimmung in der Sektorenverordnung gibt es nicht.

   b) Die spezielle Vorschrift zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen findet sich nur noch in § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VOB/A 2009, in allen anderen Regelungen nicht mehr. Man kann leider darüber streiten, ob das nun Zufall ist oder Absicht war.

   c) Jedenfalls ist ein vergaberechtlicher Ansatzpunkt auch darin zu sehen, dass ein öffentlicher Auftrag nur einem leistungsfähigen Bieter erteilt werden soll, § 97 Abs. 4 S. 1 GWB 2009, § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2009, §§ 16 Abs. 5 sowie 19 Abs. 5 EG VOL/A 2009 und – eingeschränkt – § 20 Abs. 1 SektVO.

   d) Schließlich hat Herr Prieß zu Recht auch das Kriterium der Gesetzestreue genannt. Insoweit fällt allerdings auf, dass diese Forderung zwar in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB 2009 Eingang gefunden hat, nach den neuen Vergabeordnungen jedoch weiterhin „nur" Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu prüfen sind. Möglicherweise ist dies einfach ein sprachliches Versäumnis, aber es ist auffällig. Eine entsprechende Bestimmung fehlt übrigens auch in der Sektorenverordnung.

2. Wenn man von diesen vergaberechtlichen Anknüpfungspunkten ausgeht, dann stellt sich die Frage, die m. E. den Hauptstreitpunkt hier auf dem Podium bildet, welche Prüfungstiefe man erreichen soll, hier im Hinblick auf kommunalwirtschaftlichen Marktzutrittsverbote bei sog. nichtwirtschaftlichen Betätigungen außerhalb des eigenen Gemeindegebietes.

   Zu a) und b):
   Die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ist, wie gesagt, ausdrücklich nur noch in der VOB/A geregelt. Ich meine aber, dass man unterstellen kann, dass als Spiegelbild der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, einen größtmöglichen Wettbewerb zu organisieren, die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender, wettbewerbsfeindlicher Verhaltensweisen anzusehen ist. Dazu gehört auch der Ausschluss von Teilnehmern, die nach dem innerstaatlichen Recht keinen Marktzutritt haben. Denn private Mitbewerber werden u. U. von einem Angebot abgehalten, wenn sie wissen, dass es kommunale Unternehmen als Mitbewerber gibt, und hierin liegt genau die Konstellation, die mit dem kommunalwirtschaftlichen Betätigungsverbot vermieden werden soll.

Die landesrechtliche Situation im Kommunalrecht ist differenziert und wechselt z. T. auch je nach den politischen Machtverhältnissen. Bundesweit scheint mir aber derzeit ein Trend hin zu Beschränkungen für die kommunalwirtschaftlichen Betätigungen auch der kommunalen Unternehmen erkennbar zu sein. Diese Beschränkungen dienen zwei wesentlichen Zielen: Zum einen soll die Konzentration der öffentlichen Hand auf die eigenen Kernaufgaben erreicht werden. Zum Anderen – in mehreren Gesetzgebungsvorgängen explizit benannt – soll die Privatwirtschaft dadurch gefördert werden, dass sich der Staat aus wirtschaftlicher Tätigkeit zurückzieht, weil er in manchen Bereichen ein privilegierter Wettbewerber ist.

Aus vergaberechtlicher Sicht lässt sich m. E., möglicherweise mit unzureichendem Hintergrund, daraus ablesen, dass ein ganz klarer wettbewerblicher Bezug dieser Vorschriften vorhanden ist, der auch privatwirtschaftliche Unternehmen schützen soll. EU-rechtlich gibt es keine Grundlagen dafür, sie werden auch nicht benötigt. Wir haben eindeutige nationalrechtliche Grundlagen, die nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen. Zwar liegt in diesem System eine Diskriminierung von kommunalen Unternehmen im Inland, eine solche Inländerdiskriminierung ist aber zulässig. Damit ist auch festgestellt: Wir diskutieren hier über ein rein innerdeutsches Problem.

Geht man hiervon aus, dann kommt konsequenterweise eine Beschränkung der vergaberechtlichen Nachprüfung auf die Überprüfung nur von groben oder nur von offenkundigen Verstößen gegen das Kommunalwirtschaftsrecht nicht in Betracht, sondern dann ist meines Erachtens die komplette Prüfung erforderlich.

Zu c):
Im Hinblick auf die Prüfung der Leistungsfähigkeit kann man das etwas differenzierter sehen. Ich stimme durchaus mit Herrn Schneider überein, dass es letztlich um die tatsächliche Prognose geht, ob der Vertragspartner „unterwegs", also während der Vertragserfüllung, „ausfallen" wird oder nicht.

Das mag eindeutig sein, wenn bestimmte Erlaubnisse für spezielle Tätigkeiten, insbesondere auch notwendige Erlaubnisse zur Berufsausübung nach dem Handwerksrecht oder aus Arbeitssicherheitsgründen, fehlen. Diese Anforderung gilt für private Unternehmen und Unternehmen der öffentlichen Hand in gleicher Weise.

Beim kommunalwirtschaftlichen Betätigungsverbot ist hingegen fraglich, ob die reale Verwaltungspraxis, also insbesondere die Praxis der Kommunalaufsicht, nicht auch zu dem Schluss führen könnte, dass für den „Ausfall" des kommunalen Unternehmens keine sehr hohe Gefahr besteht. Insoweit ist jedoch daran zu erinnern, dass Zweifel an der Leistungsfähigkeit bereits ausreichen, um einen Ausschluss des Bieters zu rechtfertigen. Aus Sicht des Auftraggebers genügt es, dass er die Eignung nicht sicher feststellen kann.

Zu d):
Das Merkmal der Gesetzestreue macht es jetzt unter Umständen einfacher. Auch die Prüfung der Gesetzestreue beruht natürlich auf einer Prognose, aber da der Gesetzesverstoß auch in Zukunft fortbesteht, ist die Prognose sicherlich leichter zu treffen als die Prognose, ob die Kommunalaufsicht eingreift oder nicht.

## III. Schlussfolgerungen

Das Ergebnis meiner Betrachtungen ist scheinbar unbefriedigend. Die Nachprüfungsinstanzen haben durchaus ein Interesse daran, das der Streitstoff möglichst beschränkt bleibt, aber nach dem, was ich ausgeführt habe, können wir uns der Prüfung der kommunalwirtschaftlichen Fragen nicht entziehen. Dies bedeutet viel Arbeit für die Nachprüfungsinstanzen.

1. Deshalb ist es vielleicht eher sinnvoll, über begleitende Regelungen nachzudenken. Wie kann man den Prüfungsaufwand für die Nachprüfungsinstanzen und insbesondere auch schon für den Auftraggeber gering halten?

   a) Ein Ansatzpunkt ist hier schon benannt worden, indem man nämlich in den Vergabeunterlagen, dort in den Bewerbungsbedingungen, entsprechende Vorgaben macht, was in einem Fall der Bewerbung eines kommunalen Unternehmens mit dem Angebot darzulegen ist. Die inhaltlichen Anforderungen hätten sich an dem beabsichtigten Prüfungsprogramm zu orientieren. Der Nachteil dieser Methode läge vor allem im zusätzlichen Aufwand für einige Bieter.

   b) Zu prüfen ist, an welchen Stellen es möglich erscheint, die Prüfungen kommunalwirtschaftlicher Betätigungsverbote dadurch zu erleichtern, dass man auf Formalunterlagen zurückgreift. Ein Beispiel bietet das Beihilferecht. Nachdem der EuGH geklärt hatte, dass ein genereller Ausschluss von Bietern, die Beihilfen erhalten haben, nicht zulässig ist (vgl. EuGH, Urteil v. 07.12.2000, C-94/99 „ARGE Gewässerschutz ./. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft" – VergabeR 2001, 28), entstand die Frage, inwieweit vom öffentlichen Auftraggeber und ggf. von der Nachprüfungsinstanz geprüft werden muss, ob die Beihilfe rechtmäßig gewährt worden ist, eine ebenfalls überaus schwierige Materie. Mit dem Artikel 55 Abs. 3 VKR (ebenso Art. 57 Abs. 3 SKR) ist eine Erleichterung geschaffen worden, die auch Eingang ins nationale Recht gefunden hat, dort in § 16a Abs. 2 Satz 1 VOB/A 2009, § 19 Abs. 7 Satz 1 EG VOL/A 2009 und § 27 Abs. 3 SektVO. Danach darf sich der öffentliche Auftraggeber darauf beschränken, den Bieter aufzufordern, innerhalb einer bestimmten Frist eine entsprechende Bescheinigung für die Rechtmäßigkeit der Beihilfe vorzulegen. Der Auftraggeber und mit ihm die Nachprüfungsinstanzen können den Verbleib des Angebotes in der Wertung einfach vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der Bescheinigung abhängig machen, die inhaltliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beihilfe wird ihnen jeweils erspart und bleibt den dafür originär

zuständigen Stellen vorbehalten. Eine solche Lösung ist reizvoll, wird aber sicher nur in wenigen Konstellationen möglich sein.

2. Hieraus leitet sich weiter ab: Die Parallelität von Entscheidungen sowohl der Verwaltungsgerichtsbarkeit als auch der Vergabenachprüfungsinstanzen in kommunalwirtschaftlichen Rechtsfragen wird uns erhalten bleiben. Angesichts ihrer Unvermeidlichkeit sollten wir sie nutzen, uns wechselseitig in den Sachfragen voranzubringen. Ein Wettstreit kann durchaus positive Auswirkungen haben.

# Podiumsdiskussion: Verwaltungsrecht und Kommunalrecht im Wettstreit mit dem Vergaberecht?

## Zusammenfassung der Aussprache

In der anschließenden Diskussion gingen die Beiträge sehr schnell auf die grundsätzliche Frage ein, wie das Verhältnis des Vergaberechts zu anderen Rechtsbereichen ausgestaltet sein könnte sowie darauf, in welchem Umfang und auf welchem Rechtszug eine Überprüfung anderer Rechtsfragen erfolgen soll.

Stimmen von Nachprüfungsinstanzen bedauerten die Doppelgleisigkeit des derzeitigen Rechtsweges im Bereich Kommunalrecht und befürworteten, bei gerichtlichen Überprüfungen nur offensichtliche Rechtsverstöße zu berücksichtigen. Dies wurde aus dem Publikum unterstützt, insbesondere die bewährten kurzen Entscheidungsfristen der Vergabekammern und ihr auf Vergaberecht fokussiertes Fachwissen würden einer intensiven Befassung mit anderen Rechtsfragen entgegenstehen. Dies entspräche auch etwa der Entscheidung zum Berliner Stadtschloss, der zu entnehmen sei, dass bei einer gerichtlichen Überprüfung auch die begrenzten Kapazitäten eines Auftraggebers zu berücksichtigen seien. Dem wurde in anderen Beiträgen entgegengehalten, dass allein die Komplexität einer Rechtssache nicht zur Verweigerung von Rechtsschutz führen dürfe. Es wurde besonders auf das Risiko unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten der betroffenen Vorschriften hingewiesen.

Es wurde auch der Aspekt angesprochen, dass neben deutschem Kommunalrecht durchaus auch ausländisches Kommunalrecht relevant sein könne, wenn nämlich eine ausländische Kommune sich auf deutsche Aufträge bewerbe.

# Zukünftige Rechtssetzung der EU mit direkten und indirekten Folgen für das Vergaberecht

**Heide Rühle**

Mitglied des Europäischen Parlaments

Normalerweise liegt ja das Initiativrecht bei der Kommission, das heißt, sie macht den „Aufschlag" in Europa. Heute ist es schön, dass ich für das Europaparlament mal den Aufschlag machen kann!

Ich will Ihnen anfangs von unserer Arbeitsweise berichten, denn man stellt sich natürlich die Frage, wie ein Bericht überhaupt zustande kommt und wie eine Evaluation verläuft. Unser Ausschuss, der Binnenmarkt-Ausschuss, hat schon relativ früh erkannt, dass es keinen Sinn macht, nur Richtlinien zu verabschieden und sich dann hinterher nicht um die Implementierung und die Umsetzung dieser Richtlinien zu kümmern. Wir haben schon vor drei Jahren den ersten Bericht gemacht, damals mit meiner Kollegin McCarthy. Bezüglich der Implementierung hatten wir schon vor drei Jahren kritisiert, dass die Umsetzung in den Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich ist und dass dieses zu Rechtsunsicherheit führt. Danach kam noch ein Bericht, der eher in die Details ging, wie bezüglich innovativer Public Procurement.

Mein Bericht war dann der zweite große zu dem Thema, wie denn die Umsetzung vor Ort aussieht und welche neuen Tendenzen es gibt. Und mein Schwerpunkt lag zum einen natürlich bei den Veränderungen im Primärrecht durch den Reformvertrag von Lissabon. Wie spiegelt sich das wieder in unserer Arbeit? Wie müssen wir die Änderungen des Primärrechtes berücksichtigen und was hat sich in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes geändert? Mein Bericht ist eine äußerst kritische Aufarbeitung von Gesetzgebung und Gesetzespraxis. Jetzt möchte ich gleich Bezug auch auf Deutschland nehmen. Ein großes Problem, vor dem wir immer wieder stehen, ist, dass das Vergaberecht in den Mitgliedsstaaten teilweise auf anderen rechtlichen Bedingungen ruht, als die europäischen Vergaberichtlinien. Nehmen Sie Deutschland: in Deutschland ist das Vergaberecht Teil des Haushaltsrechtes und des Wirtschafts-

rechtes. Auf europäischer Ebene ist das Vergaberecht Wettbewerbsrecht. Und das führt natürlich zu unterschiedlichen Ansätzen. Die in Deutschland heftig diskutierten vergabefremden Kriterien sind für uns auf europäischer Ebene überhaupt nicht vergabefremd, sondern es geht darum, dass nach dem Wettbewerbsrecht nicht der billigste Anbieter automatisch den Zuschlag erhält, sondern der volkswirtschaftlich günstigste und beste und deshalb gibt es zusätzliche Kriterien, damit dieses Prinzip der Kosten relativiert wird. Das war der Sinn und Zweck, diese sogenannten vergabefremden Kriterien einzuführen. Wir haben allerdings auch bemerkt, dass diese zusätzlichen Kriterien natürlich unterschiedlich ausgelegt werden. Und dies hat in der Folge dazu geführt haben, dass vor allem im Bereich Umwelt eine große Flut an Mitteilungen, ausführenden Mitteilungen etc. entstanden ist.

Ich habe mal versucht herauszufinden, was es auf europäischer Ebene alles an Mitteilungen etc. zum Vergaberecht gibt. Ich saß einen ganzen Tag am Computer und hinterher war es eine lange Liste. Meine Quintessenz war, dass, wenn es so ausufert und ins Detail geht, ein einfacher Anwender wie eine Kommune, die sich meinetwegen einmal im Jahr mit dem europäischen Vergaberecht zu beschäftigten hat, überhaupt keinen Überblick haben kann. Deshalb war auch mein Petitum in meinem Bericht, dass die Kommission sich stärker konzentrieren soll, sich besser koordinieren soll und das es mehr Hilfen geben soll für die Kommunen.

Aber jetzt zum Thema, was sich im Einzelnen geändert hat. Ich meine, wir sind uns alle einig darüber, dass das Ziel, das Vergaberecht auch für den europäischen Binnenmarkt zu öffnen, ein sinnvolles Ziel ist. Größere Märkte schaffen mehr Wahlfreiheit, was zu niedrigen Kosten führt und zu besserer Qualität führen kann. Grenzüberschreitende Kooperation schafft neue Handlungsmöglichkeiten. Mehr Transparenz hilft Korruption und Betrug zu bekämpfen. Da sind wir uns alle einig. Aber die Kehrseite hat sich jetzt in der Wirtschaftskrise gezeigt: Wenn durch das Zusammenspiel einer komplexen europäischen Vergaberichtlinie oder eines komplexen europäischen Vergaberechtes und deren nationaler Umsetzung Vergabeverfahren komplex werden, dann werden sie auch verlangsamt und sie werden durch externe Rechtsberatung auch verteuert. Auftragnehmer, besonders kleine und mittlere Unternehmen, leiden unter bürokratischen Verfahren und mangelnder Rechtssicherheit. Zahlreiche Studien belegen dies und verdeutlichen, dass die rechtliche Unsicherheit dazu führen kann, dass das billigste und nicht das beste Angebot den Zuschlag erhält.

Der größte Streitpunkt in der Vergangenheit war natürlich das ganze Thema öffentlich-öffentliche Kooperation, egal ob interkommunale oder horizontale. Also das Problem kennen wir. Wir haben in dem Bericht jetzt, und das möchte ich noch einmal betonen, in großer Einheit mit voller Zustimmung im Parlament im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung festgestellt, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann und dass das Gemeinschaftsrecht hierfür keine spezielle Rechtsform

vorschreibt. Damit wird öffentlichen Auftraggebern allerdings kein Blankoscheck ausgestellt, sondern ein klarer Rechtsrahmen vorgeben. Öffentlich-öffentliche Partnerschaften, wie zum Beispiel die kommunalen Kooperationen, werden unter folgenden Kriterien als vergaberechtsfrei angesehen: Es handelt sich zum einen um die Erbringung einer allen beteiligten Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe; die Aufgabe wird ausschließlich durch öffentliche Stellen, also ohne Beteiligung Privater wahrgenommen und die Tätigkeit wird im wesentlichen für die beteiligten öffentlichen Stellen verrichtet.

Ich weiß, dass in Deutschland auch von kommunaler Seite das Thema privates Kapital ein strittiges Thema war. Damals, als wir 2004 die Revision der Vergaberichtlinien vorgenommen haben, kam vor allem von Deutschland die Anforderung, dass man da eine sehr hohe Schwelle einführen solle. Im Endeffekt hat man sich dann auf keine Schwelle verständigt und der EuGH hat in der Folge mit seiner Rechtsprechung diese Lücke geschlossen. Dies finde ich bedauerlich, aber die Gesetzgeber haben sich nicht geeinigt und dann hat der EuGH diese Lücke geschlossen, jetzt sind wir bei 0,01 Prozent. Aber ich möchte noch mal deutlich sagen, dass ich auch der Meinung bin, dass eine Gesellschaft automatisch ihren Rechtscharakter verliert bzw. verändert, wenn Private beteiligt sind. Und es ist auch wichtig, dass wir auf der europäischen Ebene eine klare Grenze ziehen können zwischen öffentlich-privaten Partnerschaften und öffentlich-öffentlichen Partnerschaften, ohne dass insoweit rechtliche Unklarheiten bestehen. Deshalb haben wir da auch als Parlament eine klare Meinung bezogen. Allerdings gibt es noch Probleme, gerade in Deutschland mit der Frage der Zwangsmitgliedschaften, der Genossenschaften, der stillen Beteiligungen. Ich ging bisher davon aus, diese Fragen seien mit der Mitteilung der Kommission zu institutionalisierten ÖPPs vom 05.02.2008 eigentlich erledigt. Allerdings stellt die Klage der europäischen Kommission zur Abwasserentsorgung der Stadt Hamm das nun in Frage und wir werden wieder einmal auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeworfen, was ich bedaure. Ich hätte es schöner gefunden, wenn man sich hier auf europäischer Ebene im Vorfeld verständigt hätte. Jetzt warten wir mal, was der EuGH sagt zum Thema Zwangsmitgliedschaften und Genossenschaften.

Im Bereich der Stadtplanung haben wir glücklicherweise mehr Klarheit erzielt, auch durch einen EuGH-Prozess. Auf den beziehen wir uns auch in meinem Bericht und begrüßen dieses klare EuGH-Urteil im Bereich der Stadtplanung. Wir begrüßen auch ausdrücklich noch einmal die Aussage des Generalanwaltes in dem Bereich, der sagte, dass auch hier das Vergaberecht nicht für Bereiche angewendet werden soll, für die es ursprünglich nicht gedacht war. Es gab hier gewissermaßen eine überschießende Interpretation in Deutschland und dem hat sich jetzt die europäische Ebene in dieser Form nicht angeschlossen.

Zum Thema nachhaltige Beschaffung legen wir vor allem Wert darauf, dass die europäische Kommission Hilfen anbietet, Unterstützung anbietet, dass es mehr Leitfäden und mehr Handbücher gibt, damit hier mehr rechtliche Klarheit entsteht.

Es bleibt die Frage der Dienstleistungskonzessionen. Das ist ein sehr umstrittener Punkt, übrigens auch im Parlament. Eine Fraktion im europäischen Parlament, ich möchte jetzt nicht über die Gründe spekulieren, war der Meinung, dass es hier doch Sinn macht über eine Gesetzgebung nachzudenken. Mir gegenüber haben sie es so begründet, sie seien der Meinung, dass eine entsprechende Legislative, also durch eine Richtlinie, Klarheit schaffen solle und nicht auf Rechtsprechung des EuGH gewartet werden solle. Ich kann nur sagen, dass sich die Mehrheit des Parlamentes meiner Auffassung angeschlossen hat, dass es hier eine klare Definition durch den EuGH bezüglich Dienstleistungskonzessionen gibt. Und auch die Frage der Übertragung des Risikos ist inzwischen durch mehrere Urteile geklärt. Ich kann auch nur sagen, dass die Mehrzahl aller Stakeholders, mit denen ich zu tun hatte, und zwar sowohl die öffentlichen Auftraggeber als auch alle Auftragnehmer, sowohl Industrie als auch soziale Organisationen, der Meinung waren – übrigens nicht nur in Deutschland, auch in Frankreich, auch in Großbritannien, auch in Österreich, auch in Italien, auch in Portugal – dass man in diesem Bereich keine Gesetzgebung braucht.

Ich habe aber inzwischen durch ein Gespräch mit Herrn Barnier erfahren, dass die Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag machen wird. Er wird im Single-Market-Act angekündigt werden, der demnächst öffentlich vorgestellt wird. Die Kommission hat mir gegenüber erklärt, es solle eine sehr schlanke Gesetzgebung sein. Ich kann nur sagen, ich bin jetzt 11 Jahre im Europaparlament und ich habe mich sehr intensiv mit europäischer Gesetzgebung beschäftigt und ich glaube, ich kenne mich da relativ gut aus, denn eine kleine Fraktion muss immer überall einspringen. Und ich bezweifle das mit der schlanken Gesetzgebung. Es fängt schon an mit der Frage, was es für Ausnahme-Tatbestände geben wird. Ich weiß jetzt schon, dass zum Beispiel die Hafendienste ausgenommen werden wollen. Die Rettungsdienste wollen ausgenommen werden, ebenso der soziale Wohnungsbau. Also ich meine, es werden da unglaublich viele Anfragen kommen für Ausnahmen und ich fürchte, diese Richtlinie wird nachher rechtlich keine Klarheit schaffen, weil sie durch die Ausnahmetatbestände wieder mal durchlöchert ist wie Schweizer Käse. Das ist das eine Problem, dass ich erwarte. Das andere Problem sind die unterschiedlichen Rechtskulturen in den Mitgliedsstaaten. Es wird sehr schwierig werden, da innerhalb der 27 Mitgliedsstaaten einen Konsens zu finden.

Und ich kann nur eines sagen: Das Parlament hat natürlich das ganz große Anliegen, – und nach meinem Bericht glaube ich auch, dass ich dafür im Europaparlament die Mehrheit organisieren kann – dass wir meinen Bericht 1:1 in eine Regelung zur Dienstleistungskonzession übernommen bekommen.

# Zukünftige Rechtssetzung der EU mit direkten und indirekten Folgen für das Vergaberecht

**Klaus Wiedner**

Abteilungsleiter GD Markt der EG-Kommission

## Neue Entwicklungen im europäischen Vergaberecht[1]

Der vorliegende Beitrag resümiert die wichtigsten gegenwärtigen und in den nächsten Jahren zu erwartenden Entwicklungen im europäischen Vergaberecht. Im Mittelpunkt steht dabei die Reform der Vergabekoordinierungsrichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG, die für spätestens Anfang 2012 (Vorschlag der Kommission) angekündigt ist. Daneben wird auch kurz auf weitere Themen wie Dienstleistungskonzessionen und Verteidigungsbeschaffung eingegangen.

### 1. Reform der Vergabekoordinierungsrichtlinien

Die Kommission hat in der Binnenmarktakte angekündigt, spätestens 2012 auf der Grundlage einer umfassenden Konsultation Legislativvorschläge für eine Vereinfachung und Modernisierung der europäischen Vorschriften vorzulegen, mit dem Ziel, eine reibungslosere Auftragsvergabe und eine stärkere Nutzung des öffentlichen Vergabewesens für die Unterstützung anderer Politiken zu ermöglichen.[2]

Diese umfassende Reform der derzeitigen Richtlinien ist eine große Herausforderung. Gleichzeitig ist dies eine enorme Chance, ein moderneres europäisches Regelwerk zu schaffen, welches den öffentliche Auftraggebern die bestmöglichen Instrumente zur Verfügung stellt, um die neuen Herausforderungen zu meistern mit denen sie heute

[1] Aktualisiert, Stand der Informationen: Januar 2011.

[2] MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft 50 Vorschläge, um gemeinsam besser zu arbeiten, zu unternehmen und Handel zu treiben, KOM/2010/0608, Vorschlag Nr.17.

konfrontiert sind, insbesondere die hohen öffentlichen Defizite und die daraus folgende Notwendigkeit einer besonders effizienten Verwendung öffentlicher Gelder.

Dabei stellt sich die Frage, wie das Konzept einer "effizienten Verwendung" zu verstehen ist. Traditionell wird hierunter vor allem der Einkauf bestmöglicher Qualität zum günstigsten Preis verstanden – "best value for money". In den letzten Jahren hat sich allerdings das Verständnis dessen, was als "Qualität" angesehen wird, vielerorts gewandelt. In zunehmendem Maße wird der Ruf nach einem systematischen Einkauf von Waren und Dienstleistungen mit höherer "gesamtgesellschaftlicher Qualität" laut: Indem sie innovative oder umweltfreundliche Produkte kaufen oder die Einhaltung gewisser sozialer Standards verlangen, können öffentliche Auftraggeber in der Tat einen wichtigen Beitrag zur Erreichung übergeordneter Politikziele wie Innovationsförderung, Umweltschutz und Bekämpfung des Klimawandels sowie den sozialen Zusammenhalt leisten.

Allerdings steht dieser letzte Aspekt in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem erklärten Ziel der Verfahrensvereinfachung. Öffentliche Auftraggeber und Unternehmen beklagen seit Jahren, dass Vergaberecht sei zu komplex und die Durchführung von und Teilnahme an Vergabeverfahren auf beiden Seiten mit zu hohem Verwaltungsaufwand verbunden. Diese Kritik nimmt die Kommission sehr ernst. Die vorbereitenden Arbeiten für die kommende Reform werden sehr aufmerksam die Frage untersuchen, wie die jetzigen Verfahren verschlankt und flexibler gestaltet werden können.

Eine mögliche Option könnte darin bestehen, das Verhandlungsverfahren zu generalisieren. Dies würde zweifelsohne einen Gewinn an Flexibilität für die öffentlichen Auftraggeber darstellen, und ihnen größere Spielräume eröffnen, um Waren und Dienstleistungen zu beschaffen, die perfekt ihren Bedürfnissen entsprechen. Die öffentlichen Auftraggeber sollten sich allerdings auch der potentiellen Gefahren dieses Verfahrens bewusst sein: gute Ergebnisse bringt ein Verhandlungsverfahren nur dann, wenn der Auftraggeber umfassend informiert ist, eine genaue Vorstellung davon hat, was er beschaffen möchte und den Markt gut genug kennt, um mit den Unternehmen auf Augenhöhe zu verhandeln.

Bei allen Maßnahmen zur Verfahrensvereinfachung und -flexibilisierung muss natürlich darauf geachtet werden, dass weiterhin Transparenz, Objektivität und Nichtdiskriminierung gewährleistet werden. Eine zu radikale oder nicht gut durchdachte Vereinfachung von Verfahren kann durchaus das Risiko bergen, dass wesentliche Garantien abgebaut werden, die unentbehrlich sind, um einen fairen Zugang aller Unternehmen zu den öffentlichen Aufträgen in Europa gewährleisten. Ein fairer Marktzugang ist aber gerade heute essentiell, um den europäischen Unternehmen weitestmögliche Absatzmärkte zu eröffnen – und damit letztlich auch die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie zu steigern.

Bei der Diskussion über die Möglichkeiten sinnvoller Verfahrensvereinfachung sollte auch nicht aus den Augen verloren werden, dass ein Abbau von Regeln auf europäischer Ebene nicht notwendigerweise zur Vereinfachung der (nationalen) Verfahren führt. Bei den derzeitigen europäischen Regeln handelt es sich um Koordinierungsrichtlinien, die an vielen Stellen nur Mindestgarantien aufstellen und den Mitgliedstaaten weiten Spielraum bei der Umsetzung lassen. Dies hat in vielen Mitgliedstaaten dazu geführt, dass bei der Umsetzung in beträchtlichem Maße „Goldplating" betrieben wird, also zusätzliche nationale Regeln erlassen wurden, die deutlich über die Standards der Richtlinie hinausgehen (und oft zusätzlichen Verwaltungsaufwand mit schaffen). Hier liegt die Frage nahe, ob in manchen Bereichen eine Vereinfachung der Verfahren für die Anwender nicht sogar durch eine weitergehende Harmonisierung, d. h. eine zumindest teilweise ausschließliche Regelung auf europäischer Ebene erreicht werden kann.

Wie bereits angedeutet ist der zweite wichtige Aspekt neben der Verfahrensvereinfachung die Frage, ob und wie öffentliche Aufträge als Marktlenkungsinstrument eingesetzt werden sollten, um bestimmte gesamtgesellschaftliche Ziele zu verfolgen (Umweltschutz, Innovationsförderung, soziale Belange). Die denkbaren Möglichkeiten reichen von einer reinen Sensibilisierung der öffentlichen Auftraggeber bis hin zur Festlegung von Verpflichtungen, so genannte vergabefremde Kriterien zu berücksichtigen, auf europäischer oder nationaler Ebene.

Das Thema birgt erhebliches Konfliktpotential und viele offene Fragen, die im Rahmen der Reform beantwortet werden müssen. Wie bereits erwähnt, stünden zusätzliche Verpflichtungen für öffentliche Auftraggeber in einem klaren Spannungsverhältnis zu dem oben dargestellten Ziel des Bürokratieabbaus. Interessengruppen und Praktiker des Vergaberechts sind geteilter Ansicht darüber, ob das Vergaberecht überhaupt als Instrument zur Verfolgung gesamtgesellschaftlicher Ziele genutzt werden sollte, insbesondere im Hinblick auf die hiermit verbundenen Risiken potentiell höherer Preise und Wettbewerbsverzerrungen. Andererseits können die Ausgaben der öffentlichen Hand mit durchschnittlich 17 – 19 % des Bruttoinlandsproduktes jährlich einen machtvollen Hebel darstellen, um wichtige globale Ziele zu erreichen. Hinter dieser Debatte steht letztlich die allgemeine Frage nach Sinn und Zweck des europäischen Vergaberechts – Garantie für fairen Wettbewerb auf europäischer Ebene oder Lenkungsinstrument im Dienste anderer Politiken?

In der öffentlichen Debatte ist m. E. eine klare Tendenz erkennbar, dahingehend dass eine stärkere Nutzung der öffentlichen Beschaffung für gesamtgesellschaftliche Ziele gewünscht wird. Wie genau dies erreicht werden soll und wie weit man bei der Marktlenkung gehen sollte, ist allerdings höchst umstritten.

Die geltenden Regeln erlauben bereits heute, dass Auftraggeber, die dies wünschen, vergabefremde Kriterien bei der Vergabeentscheidung berücksichtigen – so lange dies transparent und diskriminierungsfrei geschieht und vor allem unter der Voraus-

setzung, dass die entsprechenden Anforderungen auf den Auftragsgegenstand bezogen sind. Im Bereich Umweltschutz ist dies relativ einfach, wie die Beispiele der Beschaffung energieeffizienter Computer oder von Fahrzeugen mit einem geringen $CO_2$-Ausstoß zeigt. Soziale Kriterien sind oftmals schwieriger zu integrieren, da der Bezug auf den Auftragsgegenstand nicht immer einfach herzustellen ist. So erlauben es die geltenden Regeln zum Beispiel nicht, dass öffentliche Auftraggeber nur solche Unternehmen bei der Auftragsvergabe berücksichtigen, die eine bestimmte soziale Unternehmenspolitik verfolgen (z. B. jedes Jahr eine gewisse Anzahl von Arbeitssuchenden einstellen).

Eine der wesentlichen Weichenstellungen im Rahmen der Reform wird sicherlich die Frage sein, ob dieses Erfordernis des Bezugs zum Auftragsgegenstand, bislang ein zentraler Regelungsgrundsatz, beibehalten oder aber abgeschwächt (oder sogar aufgegeben) wird. Letzteres würde dann ermöglichen, dass Unternehmenspolitiken (wie die "corporate social responsibility") bei der Auftragsvergabe eine Rolle spielen. Es gibt allerdings eine Reihe damit verbundener Risiken, die es bei einer solchen Entscheidung zu bedenken gilt: Der Wettbewerb würde in diesem Fall nicht mehr über das beschaffte Produkt alleine stattfinden, was durchaus nachteilige Auswirkungen auf die Qualität der eingekauften Produkte (und indirekt auch auf die Innovationsförderung) haben kann. Der Kreis potentieller Bieter würde in vielen Fällen beschränkt - die Erfüllung der vorgenannten Unternehmenspolitik-Kriterien ist insbesondere für KMUs alles andere als einfach. Nicht zuletzt ist auch daran zu erinnern, dass bei einem Wettbewerb, der sich nicht mehr allein auf den Auftragsgegenstand bezieht, die Vergleichbarkeit der Angebote leidet – mit der Folge eines erhöhten Diskriminierungspotentials.

Der zweite große Diskussionspunkt im Bereich "vergabefremde Kriterien" ist die Frage, ob und wie das „What to buy“ geregelt werden sollte – und durch wen. Hinter dem Begriff "What to buy" verbirgt sich die Entscheidung über den Beschaffungsgegenstand. Einige Verpflichtungen für die öffentlichen Auftraggeber, bestimmte Produkte zu kaufen, existieren bereits in sektoriellen europäischen Regeln (zum Beispiel eine gewisse Mindestprozentzahl an Fahrzeugen mit geringen Schadstoffwerten). Im Rahmen der geplanten Reform wird zu diskutieren sein, ob eine Notwendigkeit besteht, solche Verpflichtungen nicht nur sektoriell, sondern vielmehr ganz allgemein im europäischen Vergaberecht zu verankern. Dabei stellt sich zum einen die Frage, ob Verpflichtungen zentral (durch die EU oder die Mitgliedstaaten) festgelegt werden sollten, oder ob man die Entscheidung besser den einzelnen Auftraggebern überlässt. Zum anderen muss auch diskutiert werden, ob es sinnvoll und überhaupt möglich ist, allgemeine Verpflichtungen betreffend den Beschaffungsgegenstand in den Vergaberegeln vorzusehen, oder ob solche Verpflichtungen nicht besser in produkt- und sektorspezifischen Rechtsakten verankert werden sollten, die sehr viel genauere Kriterien und Berechnungsmethoden festlegen können.

Über die dargestellten Grundfragen hinaus wird sich die Reform natürlich mit einer Reihe weiterer Themen beschäftigen. Beispielhaft können hier die Themen besserer Zugang zu öffentlichen Aufträgen (insbesondere für KMU) und Korruptionsbekämpfung genannt werden.

Die Revision der Richtlinien wird sicher auch die Gelegenheit bieten, zu prüfen, ob bestimmte grundlegende Definitionen und Konzepte überarbeitungsbedürftig sind. Wichtig ist hierbei insbesondere die Frage ob, inwieweit und wie die interkommunale Zusammenarbeit – und die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts unter bestimmten Voraussetzungen – in den Richtlinien selbst geregelt werden sollte. Da der europäische Gesetzgeber dieses Thema 2004 bewusst nicht geregt hat, basiert das gesamte Rechtsregime in diesem Beriech auf Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs. Die „In-house Ausnahme" ist von der Rechtsprechung mittlerweile relativ detailliert ausgestaltet und somit m. E. für die öffentlichen Auftraggeber einigermaßen handhabbar geworden. Dagegen ist das neuere Modell der so genannten „horizontalen Kooperation", welches der EuGH in seinem Urteil „Stadtreinigung Hamburg" quasi erfunden hat, noch wesentlich weniger entwickelt. Das Urteil lässt viele Detail- aber auch Grundsatzfragen offen. Damit entstehen Interpretationsspielräume und sicher auch Rechtsunsicherheit – und vielleicht doch ein Bedarf für Klarstellungen durch den europäischen Gesetzgeber.

Angesichts der Bandbreite der vorstehend erläuterten Themen und der Tragweite der anstehenden Grundsatzentscheidungen ist es unentbehrlich, dass der Vorbereitung des Gesetzgebungsvorschlages eine offene Diskussion mit allen interessierten Akteuren vorausgeht. Deshalb hat die Kommission am 27. Januar 2011 ein Grünbuch[3] verabschiedet, in dem alle relevanten Themen der geplanten Reform dargestellt und diskutiert werden. In über hundert Fragen werden die Leser aufgefordert, ihre Meinung und Erfahrungen einzubringen.

Parallel zur Grünbuch-Konsultation führt die Kommission auch eine umfassende Ex-post-Evaluierung durch, um Wirksamkeit und Kosteneffizienz der derzeitigen europäischen Vergabevorschriften zu bewerten. Die Ergebnisse dieser Evaluierung und der Konsultation durch das Grünbuch sollen im Rahmen einer für den 30. Juni 2011 geplanten hochrangig besetzten Konferenz über die Reform des öffentlichen Auftragswesens erörtert werden. All diese Arbeiten werden schließlich in die Formulierung der geplanten Legislativvorschläge einmünden.

## 2. Dienstleistungskonzessionen

Die geplante Reglementierung der Dienstleistungskonzessionen stößt europaweit immer noch auf Skepsis. Vielerorts ist die Ansicht verbreitet, die Anforderungen des

[3] Das Grünbuch un dalle ergänzenden Dokumente sind abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/-publicprocurement/modernising_rules/consultations/index_de.htm.

europäischen Primärrechts, wie durch die Rechtsprechung des EuGH präzisiert, seien ausreichend, um für öffentliche Auftraggeber und Unternehmen Rechtssicherheit und Transparenz zu gewährleisten. Allerdings ist die praktische Anwendung der Rechtsprechung nicht immer einfach. Studien zeigen, dass der Marktzugang aufgrund der in diesem Bereich stark divergierenden nationalen Regeln deutlich eingeschränkt ist und eine (schlanke) europäische Gesetzgebung durchaus positive Effekte haben könnte. Inhalt einer solchen schlanken Gesetzgebung – ein entsprechender Vorschlag der Kommission ist für Frühjahr 2011 geplant – wäre ein Regime, welches dem der Baukonzessionen entspräche, mit einigen Mindestanforderungen für Transparenz und Nichtdiskriminierung. Dies würde wesentliche Garantien für europaweiten Marktzugang gewährleisten, ohne gleichzeitig unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand für die öffentlichen Auftraggeber mit sich zu bringen.

### 3. Verteidigungsbeschaffung

Die Richtlinie 2009/81/EG über Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit kann mit Fug und Recht als Meilenstein auf dem Weg zu einem europäischen Binnenmarkt im Verteidigungsbereich angesehen werden. Vor Verabschiedung dieser Richtlinie waren die Märkte für Aufträge im Verteidigungsbereich praktisch völlig auf nationaler Ebene abgeschottet, vor allem in den Produzentenländern. Mit der Richtlinie ist der erste Schritt hin zu einer sukzessiven Öffnung dieser Märkte gelungen. Dies sollte auch dazu führen, dass sich auch in diesem Bereich die Beschaffung nunmehr zunehmend am Prinzip „best value for money" orientiert – Potential für Einsparungen ist hier durchaus vorhanden. Mindestens ebenso entscheidend wie die Annahme der Richtlinie ist allerdings ihre korrekte Umsetzung und Anwendung in den Mitgliedstaaten. Wir arbeiten eng mit den Mitgliedstaaten zusammen, um eine bestmögliche Implementierung sicherzustellen. Es bleibt allerdings noch einiges zu tun in den nächsten Jahren – zum Beispiel die sukzessive Abschaffung nationaler Offsetpolitiken –, um den europäischen Verteidigungsmarkt zu Ende zu bringen. Wir arbeiten daran …

# Zukünftige Rechtssetzung der EU mit direkten und indirekten Folgen für das Vergaberecht

## Zusammenfassung der Aussprache

In der Diskussion wurde teilweise zunächst die Einschätzung geäußert, die von der Kommission nachdrücklich erwogene verstärkte Einbeziehung „vergabefremder", allgemeinpolitischer Aspekte bei der Auftragsvergabe stehe im Widerspruch zu der von der Kommission ebenfalls angestrebten Vereinfachung des Vergabewesens und könne die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gefährden. Im Übrigen sei bisher noch nicht hinreichend deutlich geworden, welche Vereinfachungsmaßnahmen die Kommission konkret avisiere.

Herr Wiedner bemerkte dazu, es gehe zunächst um ein generell angesprochenes Potential der Vereinfachung im Vergabewesen. Die Kommission sei insoweit noch nicht exakt festgelegt. Auf das Erfordernis der Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen auf EU-Ebene könne man wohl nicht verzichten, da es ein wesentliches Element des europäischen Vergabewesens sei. Ernsthaft zu prüfen sei dagegen, inwieweit das Verhandlungsverfahren künftig als generell zulässiges Regelverfahren vorgesehen werden könne. Möglicherweise komme insoweit auch die Schaffung eines *neuen* Verfahrens, das zwischen dem Nichtoffenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren angesiedelt werden könnte, in Betracht.

Bezüglich der Vereinfachung stelle sich auch die grundsätzlichere Frage, was überhaupt auf EU-Ebene geregelt werden müsse. So sei es möglicherweise auch eine Option, anstelle detaillierter EU-Regelungen – beispielsweise zu Fristen – künftig möglicherweise stärker nur noch auf allgemeine Prinzipien zu verweisen. Allerdings sei dabei auch zu prüfen, ob dies letztlich wirklich der Vereinfachung dienlich sei.

Im Hinblick auf die angesprochene Wirtschaftlichkeit des Vergabewesens sei zu berücksichtigen, dass sich das Vergaberecht im Laufe der letzten zwanzig Jahre erheblich weiterentwickelt habe. Inzwischen gebe es deutliche gesellschaftliche und politische Vorgaben, stärker als bisher auf eine Vereinbarung der wirtschaftlichen Beschaffung mit der Berücksichtigung allgemeiner politischer Aspekte hinzuwirken. Die Frage, wie weit man dabei gehen könne, bedürfe allerdings einer sehr sorgfältigen Betrachtung. Dies gelte vor allem für den Bereich der sozialen Aspekte. Hinsichtlich der Berücksichtigung von Umweltaspekten habe sich inzwischen gezeigt, dass der Einkauf besonders umweltgerechter Güter bei Berücksichtigung der gesamten Lebenszykluskosten eines Produktes durchaus günstiger als eine allein auf den Preis konzentrierte

Beschaffung sein könne. Somit bestehe zwischen der Berücksichtigung von Umweltaspekten und der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung nicht notwendigerweise ein Widerspruch.

Frau Rühle schloss sich der Einschätzung von Herrn Wiedner bezüglich der Vereinbarkeit von Umweltaspekten und Wirtschaftlichkeit an. Dies gelte jedenfalls für den Aspekt der Energieeinsparung. Insoweit könne viel mehr als bisher getan werden. Dies sei gerade auch bei der kommunalen Beschaffung wichtig, weil in den Städten ein entscheidendes Potenzial zur Bekämpfung des Klimawandels liege und dort die meiste Energie verbraucht werde. Daher sei es notwendig, verstärkte Anreize zu schaffen. Allerdings stelle sich die Frage, auf welche Weise solche Anreize am wirksamsten geschaffen werden könnten – durch Gesetzgebung, Fördermaßnahmen oder durch verbesserte Schulungen. Aus ihrer Sicht sei es in vielen Bereichen nötig, dass die Kommission mehr praktische Unterstützung bzw. Hilfen anbiete; weitere Gesetzgebung komme aus ihrer Sicht insoweit eher nicht in Betracht.

Vereinfachung beginne damit, dass man sich zunächst überlegen müsse, wo man überhaupt Regelungen brauche. Nicht alles müsse durch weitere *gesetzliche Vorschriften* auf EU-Ebene geregelt werden. Dies gelte beispielsweise für das Thema Konzessionen. Deren Rechtrahmen sei durch das EU-Primärrecht hinreichend bestimmt. Daraus ergäben sich klare Kriterien, wie die Beachtung des Transparenzgebots und des Diskriminierungsverbots. Insoweit gebe es kaum Unklarheiten. Dementsprechend habe bisher offensichtlich keiner der unmittelbar betroffenen Kreise nachdrückliche Forderungen nach einer Legislativregelung auf EU-Ebene erhoben. Die Schaffung einer legislativen Regelung auf EU-Ebene berge dagegen die erhebliche Gefahr in sich, dass es aufgrund der Beteiligung der verschiedenen EU-Institutionen und der 27 Mitgliedstaaten letztlich zu einer sehr komplexen Lösung kommen könnte, was dem Ziel der Vereinfachung abträglich sei.

Inwieweit neue EU-Gesetzgebung erforderlich sei, müsse auch mit Blick auf das Thema „joint procurement" sehr sorgfältig geprüft werden. EU-Binnenmarktkommissar Michel Barnier setze sich nachdrücklich für die Schaffung neuer Regeln zu diesem

Thema ein, ein konkreter wirtschaftlicher Nutzen solcher Regelungen sei momentan aber noch nicht hinreichend erkennbar.

In der weiteren Diskussion wurde Frau Rühle gebeten, näher zu erläutern, inwieweit bzw. aus welchen Gründen sie einer Beteiligung Privater an öffentlich-öffentlichen Partnerschaften skeptisch gegenüberstehe. Hierzu betonte Frau Rühle zunächst, dass sowohl öffentlich-*private* als auch öffentlich-*öffentliche* Partnerschaften sehr wichtig seien. Letzteres gelte sowohl für interkommunale Kooperationen als auch für Kooperationen zwischen einer Kommune und einem Bundesland. Angesichts des demographischen Wandels zeige sich vor allem in Ostdeutschland, aber auch im Westen, dass manche kleinen Kommunen bestimmte Dienstleistungen der Daseinsvorsorge nicht mehr allein erbringen könnten. Das bedeute jedoch nicht automatisch, dass es einen Privaten gebe, der bereit sei, solche stark regional begrenzten Dienste zu erbringen. In solchen Fällen müsse es die Möglichkeit geben, dass Kommunen zusammenarbeiten können.

Die Notwendigkeit öffentlich-*öffentlicher* Partnerschaften stehe nicht im Widerspruch zu öffentlich-*privaten* Partnerschaften. Allerdings müsse es eine klare Unterscheidung zwischen beiden geben. In dem Moment, in dem an einer öffentlich-öffentlichen Kooperation Private beteiligt würden und unverändert die Grundsätze für eine rein öffentlich-öffentliche Kooperation zur Anwendung kämen, entstehe eine Grauzone; denn ein Privater habe naturgemäß ganz andere Bedingungen als eine öffentliche Stelle zu berücksichtigen. So müsse er beispielsweise seine Anteilseigner zufriedenstellen. Aus diesen Gründen sei hier ein klarer Trennungsstrich erforderlich. Dieser Hinweis sei ihr wichtig, zumal offenbar gerade auch aus Deutschland partiell das Anliegen vorgetragen werde, mehr private Beteiligung an öffentlichen Kooperationen zuzulassen. Dies sehe sie aus den genannten grundsätzlichen Erwägungen skeptisch. Im Übrigen ziehe auch der EuGH insoweit Grenzen.

Weiterhin wurde aus dem Publikum hinterfragt, inwieweit angesichts des von Herrn Wiedner angesprochenen Meinungswandels zur Berücksichtigung „vergabefremder" Aspekte möglicherweise auch die durch den EuGH im „Rüffert-Urteil (Rechtssache C-346/06) geprägten Grundsätze zu sozialen Aspekten im Vergabewesen möglicherweise überholt seien.

Frau Rühle führte dazu aus, man müsse sich darüber im Klaren sein, dass bezüglich der sozialen Aspekte im Vergabewesen immer noch große Unsicherheit bestehe. Praktische Schwierigkeiten bereitete vor allem die Berücksichtigung von Aspekten des „fair trade". Angesichts der Unklarheiten sehe sich Kommissar Barnier zum Handeln verpflichtet. Es stelle sich allerdings die Frage, ob man nicht auch hier eher mittels *praktischer* Hilfestellungen als durch legislative Änderungen Abhilfe schaffen könne. In Betracht kämen insoweit unter anderem der Einsatz entsprechender Datenbanken, die Sammlung von Beispielen für „best practice", Managementkurse und Leitfäden wie auch eine entsprechende Koordination zu diesem Thema innerhalb der Kommission.

Weitere Diskussionsbeiträge aus dem Publikum galten der Frage, warum die Kommission zum Thema Konzessionen eine separate Gesetzgebungsinitiative anstrebt, obwohl fast zeitgleich das gesamte Vergaberecht, zu dem auch die Vorschriften für Konzessionen zählen, evaluiert wird. Dabei wurde die Überprüfung der geltenden Richtlinien für öffentliche Aufträge prinzipiell begrüßt, jedoch gleichzeitig dafür plädiert, nicht ohne Weiteres den offensichtlich von der Leitung der Kommission ausgehenden Forderungen nach verstärkter Verknüpfung der Vergabe mit sozialen Aspekten nachzugeben. Letztere seien, wie in verschiedenen Diskussionsbeiträgen unabhängig voneinander deutlich geworden sei, sehr kritisch zu bewerten. Die Evaluierung des EU-Vergaberechts sollte vielmehr für konkrete Verbesserungen in für die Praxis wichtigen Bereichen genutzt werden. Insoweit wurde vor allem die Notwendigkeit der Schaffung praktischer Interoperabilität zwischen den zahlreichen unterschiedlichen eVergabe-Plattformen genannt. Betont wurde ferner die Notwendigkeit der Schaffung EU-weit geltender Vorschriften zur Selbstreinigung von Unternehmen nach vorangegangenem Fehlverhalten. Insoweit sei eine legislative Klarstellung auf EU-Ebene erforderlich, um die erheblichen Rechtsunsicherheiten angesichts divergierender nationaler Praxis in diesem Sektor zu überwinden.

Eine Stimme bemängelte schließlich, es werde zunehmend schwieriger, festzustellen, worin der Zweck des EU-Vergaberechts bestehe. Die Kommission sei offenbar bestrebt, Neues zu schaffen und greife dabei stark auf ihre eigenen Vorstellungen zurück. Die von Herrn Wiedner angesprochene Orientierung an der Effizienz der Beschaffung sei richtig; im Interesse sachnaher Lösungen sei allerdings anzuraten, dass die Kommission zunächst auch bei ihren *eigenen* Beschaffungsstellen eruieren sollte, wie Effizienz bei der Beschaffung am besten erreicht werden könne.

Zu den letztgenannten Diskussionsbeiträgen antwortete Herr Wiedner zusammenfassend, eine entscheidende Maxime für die Ausrichtung des EU-Vergaberechts sei das Prinzip „best value for tax payers' money". Die Frage sei allerdings, auf welche Weise dies am besten erreicht werden könne. Aus Sicht der Kommission sei sehr erwünscht, dass alle Interessierten hierzu konkrete Vorschläge im Rahmen der im Januar 2011 beginnenden Konsultation einbringen.

Ergänzend bekräftigte Frau Rühle nochmals ihre nachhaltig skeptische Haltung gegenüber einer Legislativinitiative zu Konzessionen. Im Prinzip müsse man zuerst den *gesamten* Vergaberechtsrahmen abstecken und dann feststellen, wo es wirklich Probleme gebe. Die eigene Beschaffungspraxis der EU-Institutionen müsse in der Tat stärker beleuchtet werden. Ähnlich wie bereits in der Diskussion zur Richtlinie über den Zahlungsverzug deutlich geworden sei, müsse grundsätzlich gelten, dass sich die EU-Institutionen selbst auch an das halten müssten, was die Union im Wege von Richtlinien den Mitgliedstaaten vorgibt.

# Workshop 1: Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Stand und Entwicklung

## Moderation und Einführung

**Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg**

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

wir wollen nicht die bestrafen, die pünktlich sind und sich die Grießflammerie abgeschworen haben, sei es aus figürlichen oder sonstigen Gründen. Also, nochmals herzlich willkommen zu unserem Workshop 1. Das Thema „Rechtschutz unterhalb der Schwelle" ist sensationell neu und ich habe davon noch nie gehört, seit ich – ich weiß nicht, zum wievielten Male – in Badenweiler bin. Aber Spaß beiseite – die Diskussion des pro und contra wird wie immer spannend sein, denke ich. Wir sollten auch bei diesem sicherlich ernsten Thema eine freundliche Lockerheit beibehalten und in netter, aber hoffentlich tief gehender juristischer und ökonomischer und verwaltungswissenschaftlicher Argumentation das Thema nochmals aufgreifen; dabei sehen, wo stehen wir und Für und Wider abwägen. Mit der Vorstellung, dass es hier ein einheitliches Votum des Workshops 1 geben wird, bin ich eigentlich gar nicht hierher gekommen, aber man erlebt ja manchmal auch Überraschungen.

Mein Name ist Rüdiger Kratzenberg. Ich darf Ihnen jetzt die beiden Mitreferenten vorstellen, die je durch den Initiativbeitrag von je einer Viertelstunde – jeweils aus ihrer Sicht natürlich – ins Thema einführen. Ich stelle in alphabetischer Reihenfolge vor.

Rechts neben mir sitzt Herr Elmar Esser. Herr Esser ist Hauptgeschäftsführer des Zentralverbandes Heizung, Klima, Sanitär in Deutschland, daneben auch Mitglied im Vorstand des DVA und über die allgemeine Verbandstätigkeit in der Bauwirtschaft in

den letzten Jahren immer mit dem Vergaberecht intensiv befasst. Ich freue mich, Sie begrüßen zu können.

Zu meiner Linken haben wir Herrn Dr. Kay Ruge. Herr Ruge ist Beigeordneter einer der kommunalen Spitzenorganisationen. Wir haben ja den Deutschen Städtetag, den Städte- und Gemeindebund und den Deutschen Landkreistag, als große öffentliche Auftraggeber. Wir haben uns auch bewusst diesmal für den Landkreistag als Vertreter entschieden, um die Riege der kommunalen Auftraggebervertreter möglichst zu erweitern. Also, Herr Ruge ist im Deutschen Landkreistag für das Vergaberecht zuständig, neben so anderen schönen Sachen wie Verwaltungsreform, Verfassung, Europarecht – und das sind so die wesentlichen Themen, glaube ich. Ich denke, trotz allem ist er für viele hier ein relativ neues Gesicht. Ich freue mich einfach, dass Sie hier in Badenweiler Flagge zeigen für den Landkreistag und damit für die kommunalen Spitzenverbände.

Ich habe mir fest vorgenommen, meine Haltung zu dieser Frage hier nicht ins Gewicht zu werfen, sondern zu moderieren und darauf zu achten, dass wir möglichst alle Facetten des Themas auch ansprechen können. Ansonsten haben jetzt die Referenten das Wort. Ich denke, diejenigen, die am Status quo wahrscheinlich was ändern wollen, sollten als Erste die Chance haben, einen Aufschlag zu machen und bitte Herrn Esser um seinen Beitrag.

# Workshop 1: Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Stand und Entwicklung

## Einführung

**Rechtsanwalt Elmar Esser**

Hauptgeschäftsführer des Zentralverbands Sanitär Heizung Klima

Mein einführendes Statement möchte ich in drei Abschnitte unterteilen. Zunächst werde ich auf die aktuelle Situation bei Vergaben von Bauleistungen unterhalb des europäischen Schwellenwerts eingehen. Sodann möchte ich die Situation aus Sicht mittelständischer Betriebe des SHK-Handwerks bewerten und anschließend Lösungsansätze skizzieren.

**1. Aktuelle Situation bei Bauvergaben unterhalb des Schwellenwerts:**

Die Mehrzahl aller Vergaben öffentlicher Aufträge im Baubereich erfolgt im sogenannten Unterschwellenbereich, d. h. unterhalb des Geltungsbereichs der europäischen Vergabe-Koordinierungsrichtlinie. Laut Bundeswirtschaftsministerium liegen 90 % aller Auftragsvergaben unterhalb der europäischen Schwellenwerte. Volumenmäßig dürften sich immerhin etwa ¾ aller Vergaben im Unterschwellenbereich bewegen. Ein Großteil der Bauvergaben erfolgt im Bereich von bis zu 10.000 Euro pro Auftrag.

Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen werden zahlreich festgestellt. Nicht immer erfolgen diese absichtlich, aber sie kommen eben vor.

Beispiele für derartige Verstöße gibt es mannigfaltig:

- Ausschreibungen werden fehlerhaft bekannt gemacht.
- Bekanntmachungen erfolgen „gut versteckt".
- Ausschreibungen werden nur zu „Testzwecken" bekannt gemacht.
- Der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung wird missachtet.

- Es erfolgt keine Fach- und Teillosvergabe, obwohl diese ohne weiteres möglich wäre.
- Bei Beschränkten Ausschreibungen oder Freihändigen Vergaben kommen die immer gleichen Haus- und Hoflieferanten zum Zuge.
- Die Eignungsprüfung findet nicht oder nur in unzureichender Form statt.
- Die Wertung der Angebote wird „verkürzt" auf das Kriterium „günstigster Preis".

Festzustellen ist des Weiteren, dass die Vergaberegelungen zahlreiche Schlupflöcher offen lassen. Erwähnt sei hier nur der Umstand, dass die Information nicht berücksichtiger Bieter erst nach der Zugschlagserteilung zu erfolgen hat. Ein weiterer Kritikpunkt sind die Regelungen, wonach die Dokumentation über abgeschlossene Vergaben im Internet oder im Beschaffer-Profil erst ab hohen Wertgrenzen erfolgen muss, für Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb erst ab einem Auftragswert von 25.000 Euro, für Freihändige Vergaben ab einem Auftragswert von 15.000 Euro.

Möglichkeiten, Verstöße gegen vergaberechtliche Regelungen zu rügen, sind quasi nicht vorhanden. Der Bieter, der nicht berücksichtigt wurde, ist im Unterschwellenbereich auf die Geltendmachung nachträglicher Ansprüche auf Schadensersatz bzw. einen eventuellen einstweiligen zivilrechtlichen Rechtsschutz beschränkt.

**2. Bewertung der derzeitigen Situation:**

Die zuvor beschriebene Situation ist aus Sicht von Unternehmern, die sich regelmäßig oder auch nur sporadisch um öffentliche Bauaufträge bewerben, mehr als unbefriedigend.

Die Bewerbung um den Auftrag verursacht für das Unternehmen Kosten, die teilweise erheblich sein können. Mit Abgabe des Angebots schließt sich die „black box" der Vergabestelle. Wenn während des Vergabeverfahrens keine Nachfragen zur Aufklärung erfolgen, erhält der Bieter erst wieder weitere Informationen, wenn das Verfahren abgeschlossen ist. Entweder erhält er dann die Information, dass er den Zuschlag erhalten hat, oder ihn erreicht die Nachricht, dass er „leer" ausgeht.

Geht der Bieter leer aus oder kommen ihm Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Vergabeentscheidung, hat er keine wirksamen Instrumente zur Überprüfung der Entscheidung an der Hand. Dadurch, dass der Zuschlag bereits erteilt ist, gibt es kein Zurück mehr zum status quo ante.

Selbst, wenn nachweisbar sein sollte, dass die Zuschlagsentscheidung fehlerhaft ist, kann er allenfalls nachträglich versuchen, Schadensersatz zu erhalten.

Dies ist aber regelmäßig nicht das Interesse des Unternehmers, der nichts anderes will, als einen Auftrag auf der Basis einer fehlerfreien Vergabeentscheidung. Der Unter-

nehmer will bauen, nicht gegen die Vergabeentscheidung klagen müssen. Denn schließlich wird der Betrieb nur durch Abwicklung von Aufträgen ausgelastet, nicht durch langwierige Gerichtsverfahren. Mit dem Bauen wird das Geld verdient, nicht mit dem Prozessieren.

Auf diese unbefriedigende Situation reagieren die Betriebe vielfach gleich: Sie bewerben sich nicht mehr um öffentliche Bauaufträge.

Dies kann aber auch nicht im Interesse der öffentlichen Hand sein, schließlich lebt die Vergabe vom Wettbewerb miteinander konkurrierender Unternehmen, nicht davon, dass immer die üblichen Verdächtigen den Auftrag bekommen.

Zusammengefasst kommen viele Unternehmen zu dem Fazit, dass die Attraktivität öffentlicher Bauaufträge steht und fällt mit der Frage, ob es transparente Vergabeverfahren gibt und ob die Möglichkeit besteht, fehlerhafte Vergabeentscheidungen auf der Basis eines wirksamen Rechtsschutzes überprüfen zu lassen.

**3. Lösungsansätze für die Problematik:**

Meiner Meinung nach führt an einem Rechtsschutzsystem unterhalb der EU-Schwellenwerte kein Weg vorbei. Ein solches System muss jedoch die Besonderheiten von Unterschwellenvergaben berücksichtigen, d. h., es muss so effektiv wie erforderlich und sinnvoll sein und so praxisnah wie möglich ausgestaltet werden.

Ziel muss ein transparentes, leicht und schnell überprüfbares Vergabeverfahren sein, mit dem zügig Rechtssicherheit für alle Beteiligten verwirklicht, der Bauvorgang selbst aber nicht behindert werden darf.

Konkret sollte ein solches System folgende Punkte berücksichtigen:

a) stärkere Transparenz im Vergabeverfahren:

Wesentlich ist meines Erachtens die Information nicht berücksichtigter Bieter vor Zuschlagserteilung in Form einer verpflichtend zu erteilenden Vorabinformation.

b) verwaltungsinternes Verfahren zur Überprüfung der Vergabeentscheidung:

Mit der Vorabinformation an nicht berücksichtigte Bieter muss zwingend ein Suspensiveffekt einhergehen, so dass die Vergabestelle innerhalb einer gewissen Frist den Zuschlag nicht erteilen darf. Innerhalb dieser durchaus kurz zu bemessenden Frist (z. B. eine Woche) haben die Bieter die Möglichkeit, die Vergabeentscheidung zu beanstanden.

Sofern eine solche Rüge erfolgt, muss die zuständige Aufsichtsbehörde tätig werden. Die Zuständigkeit könnte den Rechtsaufsichtsbehörden zugewiesen werden. Denkbar wäre auch, Gremien wie die früheren Vergabenachprüfungsstellen (VOB-Stellen)

(wieder) einzuführen, deren Spruchpraxis breite Anerkennung genossen hat. Auch ein Modell in Anlehnung an das sächsische Überprüfungssystem wäre denkbar.

Die Besetzung dieser Nachprüfungsstellen könnte sich an dem System oberhalb der europäischen Schwellenwerte orientieren. Verfahrensvorschriften könnten in Anlehnung an die GWB-Regelungen entwickelt werden. Allerdings müsste hier das Hauptaugenmerk auf eine schnelle, nach Möglichkeit abschließende Entscheidung gerichtet werden.

Zur Verhinderung von Beschwerden „ins Blaue hinein" müssten Maßnahmen vorgesehen werden wie z. B. Schadensersatzregelungen oder entsprechend ausgestaltete Bestimmungen über die Verfahrenskosten.

Lassen Sie mich abschließend noch zwei Anmerkungen machen:

1. Ich halte die Einführung eines Rechtsschutzsystems im Unterschwellenbereich innerhalb des bestehenden Kaskadensystems für möglich. Es besteht keine Notwendigkeit, diese Debatte zum Anlass zu nehmen, den bewährten, praxisnahen Aufbau des Vergaberechts in Deutschland auf Basis der Kaskade erneut in Frage zu stellen.
2. Aus Bieter-Sicht sollte die Einführung einer bundesweit einheitlichen Regelung für einen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich angestrebt werden.

# Workshop 1: Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Stand und Entwicklung

## Einführung

**Dr. Kay Ruge**

Deutscher Landkreistag

### Kein Primärrechtsschutz für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Am 20.5.2010 hat das Gericht der Europäischen Union (EuG) eine Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Europäische Kommission wegen deren Mitteilung zu „Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufgaben gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen"[1] als unzulässig abgewiesen, da es der Mitteilung an einem rechtsverbindlichen Charakter fehle[2]. Zudem sieht der Koalitionsvertrag der die aktuelle Bundesregierung tragenden Parteien vor, für die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte einen „wirksamen Rechtsschutz" einzuführen. Vor diesem Hintergrund gibt es derzeit Vorüberlegungen auf Seiten des Bundes wie der Länder, einen verbindlichen Rechtsrahmen insbesondere zur Einführung eines Rechtsschutzes gegen Vergaben im Unterschwellenbereich zu schaffen. Dies ist aus kommunaler Sicht insbesondere wegen der damit verbundenen zusätzlichen Bürokratie und Verzögerung öffentlicher Investitionen abzulehnen.

### I. Finanzwirtschaftliche und verwaltungsökonomische Betrachtung

Zur Beschreibung der Ausgangslage aus kommunaler Sicht ist es erforderlich, sich die aktuelle finanzielle Situation der Kommunen zu vergegenwärtigen. Die Schulden der Städte, Landkreise und Gemeinden betrugen im ersten Quartal des Jahres 2010 117

[1] Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 23.6.2006, KOM (2006).

[2] EuG, Urt. v. 20.5.2010, Rs. T-258/06.

Mrd. Euro. Dies bedeutet eine Steigerung um 4,7 % gegenüber dem Vorjahr. Allein die Kassenkredite haben um 18,2 % zugenommen. Diese betragen aktuell 37,3 Mrd. Euro. Für das Jahr 2010 bedeutet dies ein Finanzierungsdefizit der Kommunen insgesamt von bis zu 15 Mrd. Euro. 2011 wird ein kommunales Rekorddefizit von bis zu 16,5 Mrd. Euro erwartet. Diese Entwicklungen sind nicht primär der abklingenden Finanz- und Wirtschaftskrise, sondern einer strukturellen Unterfinanzierung geschuldet. So geben die Kommunen mittlerweile jährlich für soziale Leistungen über 40 Mrd. Euro aus, wobei die Kosten pro Jahr in Milliardenhöhe steigen. Diese verheerende finanzielle Ausgangssituation führt bereits jetzt dazu, dass der Spielraum für Beschaffungen und Investitionen insgesamt äußerst gering ist. Angesichts dessen besteht aus kommunaler Perspektive größtes Interesse an einer effektiven Beschaffung, schlanken Verfahren und geringen Transaktionskosten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Bereits heute verursachen allerdings die komplexen Regeln im Vergaberecht erhebliche Bürokratiekosten. Dies belegt eine Studie, die im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums im Vorfeld der Vergabenovelle 2008 erstellt wurde[3]. Die Studie analysiert die entstehenden prozessualen und laufenden Kosten für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Durchführung von Vergaben oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte. Sie basieren auf den Aufwänden im gesamten Vollzug, berücksichtigen allerdings nicht die Kosten für Nachprüfungsverfahren. Danach erzeugt die Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland jährlich prozessuale Kosten in Höhe von 19 Mrd. Euro. Davon entfallen 8,8 Mrd. Euro auf die Seite der öffentlichen Auftraggeber, 10,2 Mrd. Euro auf die Seite der sich um öffentliche Aufträge bewerbenden Unternehmen. Bei angenommenen rund 2,4 Mio. Vergaben in Deutschland kostet ein Vergabeverfahren für alle Beteiligten im Durchschnitt 7.870 Euro. Auf Seiten der insbesondere auch kommunalen Vergabestellen entfallen die Kosten vor allem auf die Bereiche:

- Erstellung der Vergabeunterlagen (1,7 Mrd. €),
- Auswahl eines Angebots durch Prüfung und Wertung (1,5 Mrd. €),
- Aufforderung zur Angebotsabgabe (886 Mio. €),
- Durchführung von Verhandlungen (659 Mio. €) und
- Durchführung von Eignungsprüfungen (554 Mio. €).

Zudem stellt das Gutachten fest, dass die Kosten pro Verfahren im Vergleich zu den durchschnittlichen Kosten eines erfolgreichen Unternehmens zeigten, dass die ablaufenden Prozesse auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber weit kostenintensiver und umfangreicher sind. Reicht die Spanne auf Seiten eines erfolgreichen Unternehmens von 540 bis 1.020 Euro, so sind es auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber 2.300 bis

[3] Studie „Kostenmessung der Prozesse öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge aus Sicht der Wirtschaft und der öffentlichen Auftraggeber", erstellt von Rambøll Management GmbH, Institut für Mittelstandsforschung, Leinemann & Partner, Rechtsanwälte, 2008.

4.341 Euro. Die Kosten seien damit im Durchschnitt etwa viermal so hoch. Zudem seien die Prozesse auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber bis ins Detail durch einzelne vergaberechtliche Vorgaben stark strukturiert[4]. Die Gutachter schlussfolgern nach alledem, dass eine hohe Gesamtkomplexität der Vergabeverfahren auf Seite der öffentlichen Auftraggeber deutlich werde, die zu hohen „Grundkosten" der Verfahren führten. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt des hohen Anteils an Vergaben mit einem geringen Auftragswert stelle sich damit bereits jetzt die Frage nach der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung in diesem Bereich[5].

Angesichts dieser Ausgangssituation überrascht die Erörterung einer Ausweitung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich, wie sie beispielsweise mit dem Diskussionspapier des Bundeswirtschaftsministeriums vom 15.06.2010 erfolgt. Bereits aktuell führen die hohe Komplexität und die damit einhergehende Fehleranfälligkeit sowie der fachliche Beratungsbedarf dazu, dass weniger die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebot im Mittelpunkt öffentlicher Auftragsvergaben steht als vielmehr die rechtlich fehlerfreie Abwicklung. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die vergaberechtlichen Überprüfungsinstanzen, insbesondere die Vergabekammern und Oberlandesgerichte, im Oberschwellenbereich die Anforderungen an ordnungsgemäße Vergabeverfahren durch eine extensive Auslegung der Vergabevorschriften ständig verschärfen. Es gibt kaum mehr Vergabeverfahren, in denen keine Fehler gefunden werden können. Würde man daher die im Oberschwellenbereich bestehende Möglichkeit zur „Nachprüfung dieser Fehler" auch nur annähernd auf den Unterschwellenbereich übertragen, würde dies für die Kommunen einen zusätzlichen Personal- und Kostenaufwand beinhalten, der gerade angesichts der Finanzsituation der Kommunen nicht tragbar ist. Folge wäre, dass die Beschaffungsmaßnahmen der Kommunen, insbesondere durch die dann häufig notwendig werdende Konsultation von Spezialisten, verteuert würden. Darüber hinaus wäre nicht selten die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefährdet, wenn die Nachprüfungen von Unternehmen bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte zu einer diskutierten aufschiebenden Wirkung (Nichterteilung des Zuschlags) führen würde. Unbestreitbar ist zudem, dass insbesondere viele kommunale Ausschreibungen (z. B. Schulbücher, Bauunterhaltung, Mensen-Versorgung für Schulen und Kindergärten) generell kaum zeitlichen Aufschub dulden. Die Fragen des Rechtsschutzes gegen Vergabeentscheidungen nehmen damit in der aktuellen Diskussion einen höheren Stellenwert ein als die Fragen nach einer effektiven Regelung des öffentlichen Auftragswesens.

Dass Letzteres nicht lediglich einseitig verbandspolitische Einschätzungen, sondern valide Abschätzungen sind, belegt eine weitere im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums durchgeführte Studie aus dem Jahr 2008, die sich ebenfalls mit den

[4] Vgl. Studie, Fn. 3, S. 70.

[5] Vgl. Studie, Fn. 3, S. 76 f.

durch die Anwendung des Europäischen Vergaberechts verursachten Transaktionskosten für deutsche öffentliche Auftraggeber befasst[6].

Diese Studie kommt zu dem Ergebnis, dass im Unterschwellenbereich allein die Berücksichtigung der Vorgaben der Mitteilung der EU-Kommission vom 23.06.2009[7] zu einer erheblichen Steigerung der administrativen Kosten führt. Dies gelte insbesondere dann, wenn formale Anforderungen erhöht würden. So wurde die Verschärfung bei einer Erweiterung der Ex-ante-Transparenz im Unterschwellenbereich mit einer prozentualen Spanne von 58 bis 100 % je nach betroffenem Bereich als hoch eingeschätzt. 100 % aller befragten öffentlichen Auftraggeber sehen zudem erhöhte administrative Kosten für den Fall einer Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Unterschwellenbereich. Worauf diese Kostensteigerungen zurückzuführen sind, lässt der Vergleich zu den Transaktionskosten oberhalb der Schwellenwerte erkennen. Aufgrund der nahezu einstimmigen Einordnung der Kosten in den Bereich mittel bis sehr hoch kann dies nach Einschätzung der Gutachter als aussagekräftige Bewertung verstanden werden. Konkret heißt es dazu:

> *„Die angegebenen Kostenfaktoren lassen sich einteilen in den erhöhten Arbeits-, Vorbereitungs- und Beratungsaufwand einerseits [...] und in Verzögerungen im Verfahrensablauf und der Projektabwicklung andererseits [...]. Der erhöhte Arbeits- und Beratungsbedarf wird in den aufgezählten verschiedenen Ausprägungen von einer deutlichen Mehrheit der befragten Auftraggeber genannt. Damit kann auch diesen Angaben eine hohe Aussagekraft beigemessen werden.*
>
> *Die Angaben zu den Kosten des Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte vermitteln eine hohe Kostenbelastung der öffentlichen Auftraggeber."*

## II. Keine rechtliche Notwendigkeit für einen Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 13.6.2006[8] entschieden, dass der Gesetzgeber den Zugang zu primärrechtlichen Nachprüfungsverfahren vom Erreichen des EU-Schellenwertes abhängig machen darf. Es verletze nicht den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen. Die Versagung des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte verletze weder den Anspruch auf

[6] Schlussbericht zu Projekt-Nr. 07/06 „Verhältnis zwischen Binnenmarktwirkung der EU-Vergaberegeln und den durch die Anwendung des Europäischen Vergaberechts verursachten Transaktionskosten für deutsche öffentliche Auftraggeber – mit Blick auch auf Aufträge am Rande des gegenwärtigen Anwendungsbereichs der EU-Vergaberichtlinien im Unterschwellenbereich und bei Dienstleistungskonzessionen", 2008, abrufbar unter: http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/verhaeltnis-binnenmarktwirkung-eu-vergaberegeln,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf.

[7] Vgl. Fn. 1.

[8] BVerfGE 116, 135.

effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG, noch den im Rechtsstaatsprinzip verbürgten allgemeinen Justizgewährungsanspruch.

Ausdrücklich stellt das Gericht fest, dass verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, dass der Gesetzgeber das Interesse an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an der Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme für gewichtiger als das des erfolglosen Bieters gehalten habe. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte seien ein Massenphänomen. Müssten für solche Vergaben stets bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu ermöglichen, könnte das die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen. Zum einen würde auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Verwaltungsaufwand bei solchen Vergaben steigen. Zum anderen könnte es zu Engpässen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommen, für die die Produkte oder Dienstleistungen, die mittels der Vergabe beschafft werden sollen, benötigt werden[9].

Diese durch das Gericht gebilligte Gestaltung des Vergaberechtschutzes durch den Gesetzgeber hat letzterer erst jüngst mit dem Vergabemodernisierungsgesetz 2008 erneut bestätigt. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich an der Entscheidung festgehalten, für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte keinen spezifischen Primärrechtsschutz zur Verfügung zu stellen[10]. Darüber hinaus sehen weder der Bundesgerichtshof, der in ständiger Rechtsprechung entscheidet, dass das Vergaberecht unterhalb der EG-Schwellenwerte keine unmittelbaren Rechtsansprüche der Bieter begründet, noch das Bundesverwaltungsgericht eine rechtliche Notwendigkeit zur Einführung eines Unterschwellenrechtsschutzes[11].

Schließlich fordern auch nicht die Europäische Kommission oder der Europäische Gerichtshof, dass in Deutschland zusätzlich zu dem Rechtsschutz im Oberschwellenbereich auch darunter weitere Rechtschutzmöglichkeiten eröffnet werden. Daran ändert auch das jüngst veröffentlichte Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 20.5.2010 nichts[12]. Das Urteil fordert zwar in Übereinstimmung mit der ursprünglichen Mitteilung der Europäischen Kommission zu diesen Fragestellungen eine vorherige Bekanntmachung und damit eine Ausweitung der Ex-ante-Transparenz, greift aber an keiner Stelle die Frage des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich auf. Angesichts dessen sollte auch der nationale Gesetzgeber nicht über die zwingenden europäischen Vorgaben hinausgehen, zumal eine ausdrückliche Normierung ggf. die Gefahr birgt, dass es zu einer rechtlich unvollständigen, partiell abweichenden oder sonst fehlerhaften Umsetzung des europäischen Primärrechts kommt.

---

[9] BVerfGE 116, 135 (158).

[10] Vgl. BT-Drs. 16/10117, S. 14.

[11] Vgl. BVerwG Beschl. v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, NJW 2007, 2275.

[12] Vgl. Fn. 2.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass bereits jetzt im Unterschwellenbereich Rechtsschutzmöglichkeiten auch im Primärrecht bestehen, auch wenn diese zugegebener Maßen faktisch oftmals dadurch ausgeschlossen werden, dass mögliche Unterlassungsansprüche jedenfalls mit Erteilung des Zuschlags untergehen. Die erfolglosen Bewerber erfahren von ihrer Nichtberücksichtigung zumeist erst mit oder nach dem Zuschlag. Darüber hinaus bestehen seitens der öffentlichen Auftraggeber durch die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG sowie auch interne Kontrollen durch die Zuschussgeber und Rechnungsprüfungsämter rechtliche Vorgaben. Hinzu kommen ggf. die Beschwerdemöglichkeiten von Bietern bei Aufsichtsbehörden und speziellen Nachprüfungsinstanzen. Diese Rechtsschutzmöglichkeiten werden in vielen Ländern durch sogenannte VOB-Stellen bei den Bezirksregierungen als Clearingstellen (vgl. Hessen) ergänzt. Auch diese „Schlichtungsstellen" können angerufen werden und wirken befriedend auf das Vergabeverfahren ein. Zusätzlicher (primär-)rechtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten bedarf es nicht.

### III. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Nur der Vollständigkeit halber sei zudem darauf hingewiesen, dass eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine gesetzliche Regelung für einen Unterschwellenrechtsschutz nicht besteht.

Die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) ist stets abzugrenzen zum Kompetenzbereich der Länder. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es in dem diesbezüglichen Grenzbereich darauf an, dass der Schwerpunkt durch einen wirtschaftsregulierenden oder wirtschaftslenkenden Zweck bestimmt wird. So hat der Bund bspw. auch im Bereich der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung keine Gesetzgebungskompetenz. Beim Beschaffungswesen handelt es sich aber nach überwiegender und richtiger Auffassung primär um einen verwaltungsinternen Zweck, nämlich die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Im Kern geht es danach um haushaltsrechtliche und verwaltungsorganisatorische Regelungen. Selbst wenn das „Recht der Wirtschaft" dennoch einschlägig sein sollte, scheiterte diesbezüglich eine konkurrierende Gesetzgebung des Bundes an der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG. Die Wahrung der danach erforderlichen Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse kann angesichts der seit Mitte der 20-er Jahre bestehenden Regelungen der VOB und VOL nicht begründet werden.

Auch der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG ist nicht einschlägig, weil es sich bei der öffentlichen Hand im Bereich der Nachfrage nicht um eine Situation des Missbrauchs einer wirtschaftlichen Marktstellung handelt.

Eine Kompetenz gemäß Art. 109 Abs. 4 GG im Bereich der Haushaltsgrundsätze scheidet aus, weil diese eben lediglich auf „Grundsätze" beschränkt ist.

Schließlich ist auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG mit Blick auf die Regelungsbefugnis zur Gesetzgebung im Bereich des Zivil- und Verwaltungsprozessrechts nicht einschlägig. Mit diesem Gesetzgebungstitel darf der Bund keine subjektiven Rechte des jeweiligen materiellen Rechts statuieren. Vielmehr darf das Prozessrecht nur verfahrensrechtliche Regelungen an das jeweilige materielle Recht anknüpfen lassen.

Nur vorsorglich sei zudem darauf hingewiesen, dass eine Regelung der Unterschwellenvergabe mit Bindungswirkung für die Kommunen einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Recht der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG darstellen würde. Der damit verbundene Eingriff in die Verfahrens- und Organisationshoheit der Kommunen wäre nicht erforderlich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips, weil die primärrechtlichen Grundsätze für Vergaben aus dem Europarecht unmittelbare Geltung beanspruchen.

# Workshop 1: Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Stand und Entwicklung

## Zusammenfassung der Aussprache

Die Auffassungen, ob und ggf. wie ein effektiver Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich eingeführt werden sollte, reichten von einer 1:1-Übernahme des Oberschwellenrechtsschutzes nach §§ 102 ff. GWB bis zur Ablehnung der Implementierung eines wie auch immer gearteten Unterschwellenrechtsschutzes über den status quo hinaus.

Zu Beginn der Aussprache standen die derzeitigen Rahmenbedingungen im Vordergrund.

Der bisherige Unterschwellen-Rechtsschutz vor den Zivilgerichten ist nach Auffassung einiger Teilnehmer unzulänglich, weil die prozessualen Möglichkeiten – anders als im Oberschwellenbereich – unbefriedigend ausgestaltet seien und die nicht spezialisierten Richter nicht über die Sachkompetenz der Vergabekammern und Vergabesenate verfügten.

Die daneben bestehende verwaltungsinterne Überprüfungsmöglichkeit wurde von den Unternehmensvertretern gegenüber einem effektiven Primärrechtsschutz als nicht gleichwertig empfunden. Unternehmen benötigten bei Vergaberechtsverstößen die Möglichkeit, ein rechtsstaatlich gesichertes Verfahren anzustrengen, das sich nicht in einer Dienstaufsichtsbeschwerde erschöpfe. Dies gelte umso mehr, je höher die Schwellenwerte für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben lägen – Stichwort Konjunkturpaket II –, unterhalb derer öffentliche Auftraggeber diese Vergabearten ohne Begründung frei wählen dürften. Ein behördeninternes Korrektiv, wie § 18 VOB/B es vorsehe, nütze den Unternehmen nichts, weil die Fachaufsicht danach nicht vor Auftragserteilung tätig werde.

Im Übrigen gehe es den Unternehmen nicht darum, Nachprüfungsanträge anzustrengen, sondern um die Sicherstellung eines wettbewerblich fairen Verfahrens der Auftragserteilung. Unternehmen überlegten sich gut, den vergaberechtlichen Instanzenzug anzutreten, schließlich wollten sie auch später noch beauftragt werden.

In diesem Zusammenhang wurde auch auf die Appellfunktion eines Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte hingewiesen. Dessen bloße Existenz könne die Verwaltung dazu anhalten, auch bei Vergaben mit kleineren Volumina mehr Sorgfalt wal-

ten zu lassen. Dies wiederum könne dazu führen, dass sich letztlich die Notwendigkeit des Rechtsschutzes durch dessen Vorhandensein selbst erübrige. Dagegen wurde eingewandt, dass ein solches „Druckmittel" auch zu nicht beabsichtigten Ausweichtendenzen führen könne, wie sich bereits im Oberschwellenbereich gezeigt habe.

Einigkeit bestand darin, dass ein intensiveres Qualifizierungsprogramm für Vergabestellen ein wirksamer Ansatz sein könnte, um die Qualität von Ausschreibungen zu verbessern und damit Nachprüfungen obsolet werden zu lassen. Allerdings sahen sich die Vertreter der öffentlichen Hand einem Zielkonflikt ausgesetzt, da eine bessere Ausbildung der Vergabebeamten eine bessere finanzielle Ausstattung voraussetze, die aufgrund der desolaten finanziellen Situation z. B. der Kommunen illusorisch sei.

Die ex-ante-Transparenzvorschrift des § 19 Abs. 5 VOB/A sei, so wurde geäußert, ein Schritt in die richtige Richtung, um eine Transparenz zu schaffen, die für jedermann nachvollziehbar sei. Sie allein genüge jedoch nicht, um effektiven Rechtsschutz bei kleinen Aufträgen durchzusetzen, weil damit weder ein Suspensiveffekt noch ein Anspruch auf unabhängige Überprüfung der Vergabe verbunden seien.

Für einen Handlungsbedarf hinsichtlich der Einführung eines effektiven Rechtsschutzes in Deutschland wurde in der Diskussion auch die europäische Sichtweise angeführt. So habe der EuGH mehrfach entschieden, dass die Grundprinzipien, allen voran der Transparenzgrundsatz, und in dessen Ausprägung die Vorabinformationen sowie weitere essentielle Basisinformationen, unabhängig von Schwellenwerten für alle Aufträge gelten. Das Transparenzprinzip erfordere zudem die Installation eines effizienten Rechtsschutzsystems in den Mitgliedsstaaten.

Gegen die Einführung eines Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich wurde angeführt, dieser erhöhe die Verfahrenskosten für die Auftraggeber beträchtlich und trage so im kommunalen Bereich zu einer Verschärfung der desolaten finanziellen Situation der Kommunen bei.

Die Verknüpfung des Arguments der Haushaltslage mit dem des unterschwelligen Rechtsschutzes stieß aus schweizerischer Sicht auf Unverständnis. Die schweizerischen Kommunen stünden zwar mit ihrer Budgetsituation im Durchschnitt weitaus besser da aus die Deutschen, verfügten jedoch deswegen nicht über qualitativ bessere kommunale Vergaben. Die Haushaltslage könne ein Faktor sein, sei aber nicht der entscheidende. Vielmehr gehe es um Professionalisierung, Ausbildung und strategisches Bewusstsein für vergaberechtliche Standards.

Mit Blick auf die Erfolgsquoten für die Bieter im Oberschwellenbereich wurde daran erinnert, dass viele vergaberechtliche Streitigkeiten zu Lasten der abgelehnten Bieter, verbunden mit einer entsprechenden Kostenlast, ausgingen. Dies lasse sich auch auf den Unterschwellenbereich übertragen.

Zudem gebe es bereits Überprüfungsmöglichkeiten, wie die gebührenfreien Vergabeprüfstellen in den einzelnen Bundesländern, an die sich zurückgewiesene Bieter wenden könnten. Öffentliche Einrichtungen würden zudem intern überprüft, sei es über die Innenrevision, die die Budgetierung und den Aufwand für eine Vergabe prüfe oder auch über den Rechnungshof, der die Vergaben ebenfalls überprüfe.

Sinnvoller sei aus kommunaler Sicht eine Vereinfachung des Vergaberechts, um die Fehleranfälligkeit von Vergabeverfahren von vornherein zu senken. Kombiniert mit ex-ante-Transparenzregelungen wie § 19 Abs. 5 VOB/A sowie ex-post-Transparenzregelungen gebe es auch keine Probleme mit Korruption. Die bisher eingeführten Transparenzregelungen sollten zunächst einmal wirken.

Einem Abbau des bisherigen vergaberechtlichen Standards wurde entgegengehalten, dies könne nur zu Lasten der Transparenz und schlussendlich zu Lasten der Vergabeentscheidungen gehen. Wenn sich eine Vergabeentscheidung dadurch im Nachhinein als falsch erweisen würde, entstünden Kosten, die im Endeffekt die öffentliche Hand zu tragen habe.

Mit Blick auf die Ausgestaltung eines Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte wurden verschiedene Ansätze diskutiert. Ein rein prozessualer „Rechtsschutz light" wurde teilweise abgelehnt, weil zu wenig Spielraum für Vereinfachungen und Kürzungen gesehen wurde. Ausreichende Fristen und ein ordentlicher Richter seien zwingend erforderlich. Weil die Handlungsmöglichkeiten im prozessrechtlichen Sinn limitiert seien, bliebe nur, die Überprüfung der materiell-rechtlichen Regelungen zu beschränken. Dies decke sich mit dem Wunsch nach einem schlanken und effizienten Vergabesystem. Auch aus verwaltungsrichterlicher Sicht wurde unterstützt, dass der Königsweg der Verschlankung nicht im Prozessrecht liege, sondern in der Einräumung materieller Rechte. Dem wurde entgegen gehalten, dass ein „Rechtsschutz light" nur über das Prozessrecht möglich sei. Vorgeschlagen wurden beispielsweise beschleunigte Verfahren, kürzere Fristen und die Entscheidung durch den Einzelentscheider/Einzelrichter sowie die Möglichkeit der grundsätzlichen Beschränkung auf eine Instanz. Letzteres könne die öffentliche Hand in zeitlicher Hinsicht entlasten, denn die

Vergabekammer entscheide grundsätzlich innerhalb von fünf Wochen. Jedoch bestünden insofern verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf Artikel 19 Abs. 4 GG, als die Vergabekammerentscheidung im Wege eines Verwaltungsakts ergehe, gegen den bei dieser Lösung kein Rechtsschutz mehr möglich wäre. Eine Abschwächung des materiellen Vergaberechts komme hingegen nicht in Betracht, weil die Schwere von Verstößen gegen das Vergaberecht unabhängig von Schwellenwerten sei. Zudem bestehe die Zweiteilung des Vergaberechts ansonsten im materiellen Recht fort.

Auch das sächsische Modell, das ein behördeninternes Überprüfungsverfahren mit der Möglichkeit eines anschließenden Verwaltungsrechtsweges kombiniert, überzeugte nicht alle Teilnehmer. Gegen das Modell wurde eingewandt, es fehle das für einen effektiven Primärrechtschutz erforderliche subjektive Recht. Werde die überprüfende Behörde nicht tätig, müsse wie bisher der Zivilrechtsweg beschritten werden. Die Zweiteilung des Rechtsschutzes bestehe damit fort. Im Übrigen zeige die Praxis immer wieder, dass die Kommunalaufsicht nicht wie vorgesehen funktioniere. Dass laut Sächsischem Vergabebericht im Jahr 2009 von 146 Verfahren nur ein einziges für das Unternehmen in Sachsen zum Erfolg führte, zeige, dass die Nachprüfungsbehörde nicht unabhängig sei und damit kein effektiver Rechtsschutz bestehe.

Zur Frage, ob die Ausgestaltung des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte in Österreich ein gangbares Modell für die Bundesrepublik sein könne, gab es aus österreichischer Sicht Zuspruch. Wie in Deutschland lägen auch in Österreich 90 Prozent der Vergaben volumenmäßig im Unterschwellenbereich. Dort sei das – in einigen wichtigen Punkten vom deutschen System abweichende – Oberschwellenrechtssystem auf den Unterschwellenbereich erstreckt worden, allerdings gekoppelt mit strengeren Präklusionsfristen und einer Bagatellgrenze von 40.000 Euro. Unterhalb von 40.000 Euro gebe es keine Nachprüfungsverfahren. Im Zusammenhang mit der Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich seien die gleichen Befürchtungen geäußert worden wie in Deutschland. Die praktische Erfahrung habe jedoch gezeigt, dass die Zahl der Rechtsschutzverfahren insgesamt um lediglich 10 Prozent gestiegen, mithin die befürchtete große Lawine ausgeblieben sei.

Die Einführung einer Vorabinformation im Unterschwellenbereich führe nach Ansicht einiger Teilnehmer nicht automatisch zu mehr Nachprüfungsverfahren. Denn Unternehmen entnähmen der Vorinformation zunächst nur, ob es zu Verstößen im Vergabeverfahren gekommen sein könnte und entschieden dann, ob sie dagegen vorgehen wollten oder nicht.

Gegen ein verwaltungsinternes Verfahren in Verbindung mit einer Vorabinformation i. S. d. § 101a Abs. 1 GWB wurde eingewandt, dass die Vorabinformation praktisch dazu führen werde, dass voraussichtlich unterlegene Bieter nach Erhalt der Vorabinformation parallel zum verwaltungsinternen Verfahren den Zivilrechtsschutz anstreben werden, der ihnen nicht verwehrt werden dürfe. Die Beantragung einer einstweiligen Verfügung im ZPO-Verfahren habe jedoch zur Folge, dass beim Übergang in das

Hauptsacheverfahren lange Fristen und damit eine erhebliche Verzögerung der Vergabe drohten. Dies könne nur mit dem schnellen Verfahren vor den Vergabekammern vermieden werden.

Auftraggebervertreter hielten zwar die Forderung der Bieter nach einer Vorabinformation und damit verknüpftem Suspensiveffekt für schlüssig und nachvollziehbar. Dennoch ändere dies nichts daran, dass die Beschaffung als internes Verfahren weiter verrechtlicht werde, wenn es als nach außen überprüfbares Verfahren vom Haushaltsrecht in das Wirtschaftsrecht verschoben werde. Mehraufwendungen seien die Folge. Eine isolierte Einführung einer Vorabinformation und eines Suspensiveffekts ohne gleichzeitige Vereinfachung und Verschlankung des Vergabeverfahrens wurde von dieser Seite abgelehnt.

Aus verwaltungsrechtlicher Sicht wurde davor gewarnt, die Einlegung eines Rechtsbehelfs automatisch mit dem Stopp des Vergabeverfahrens zu koppeln (Stichwort Suspensiveffekt). Im verwaltungsgerichtlichen Bereich, z. B. im Gemeindewirtschaftsrecht, sei der Weg umgekehrt. Wolle jemand Rechtsschutz gegen eine Gemeinde im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 126 VwGO erlangen, müsse das Verwaltungsgericht über den Suspensiveffekt entscheiden. Aus Effektivitätsgründen sei daher im unterschwelligen Bereich allenfalls ein kurzfristiger Suspensiveffekt, eine Art Überlegungsfrist für die Gerichte von ein paar Tagen nach Eingang des Antrages denkbar. Die Anordnung eines weitergehenden Suspensiveffekts müsse sodann auf gerichtlicher Zwischenentscheidung beruhen.

Diskutiert wurde weiterhin, ob überhaupt eine Bundeskompetenz für eine einheitliche Regelung bestehe. Hierzu wurde vertreten, dass – solle das Haushaltsrecht bundeseinheitlich überprüft werden können – die Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 16 GG und 72 Abs. 2 GG einschlägig seien. Ansonsten bliebe nur eine eingeschränkte Prüfung nach Landes- oder Kommunalhaushaltsrecht. Sachsen hingegen habe lediglich eine Landesverwaltungsregelung ohne effektiven Rechtsschutz getroffen, weil es an einem überprüfbaren Recht fehle. Eine derartige Fachaufsichtsregelung könne natürlich auch überprüft werden, allerdings nicht im Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff GWB.

Hinsichtlich der Einführung von Bagatellgrenzen wurde eingewandt, es gebe damit zwar theoretisch weniger Verfahren, jedoch blieben die Probleme die gleichen wie bisher. Insbesondere leisteten die Bagatellgrenzen einer weiteren Zersplitterung des Vergaberechts Vorschub. Die Folge wäre eine weiterhin unterschiedliche Auslegung derselben Fragestellung oberhalb und unterhalb der Bagatellgrenze.

Die kontroverse Diskussion hat gezeigt, dass es weiteren Bedarf gibt, über die Ausgestaltung eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich nachzudenken. Denkanstöße, in welche Richtung es gehen könnte, haben die Badenweiler Gespräche reichlich gegeben.

# Workshop 2: Vergaben im Sozialbereich (Rechtswegzersplitterung und EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V)

## Moderation und Einführung

**Dr. Ernst Hauck**

Richter am Bundessozialgericht

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich darf Sie ganz herzlich zum Workshop 2 begrüßen, mit den Themen Thema Sozialvergaberecht und zwar speziell der Rechtswegzersplitterung und der EU-konformen Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V.

Ich darf mich kurz vorstellen. Mein Name ist Hauck. Ich bin Mitglied des 1. Senats des Bundessozialgerichts, der nicht nur für Krankenversicherung, sondern auch für Vergaberecht zuständig ist.

Sie haben sich einen Workshop in einem ganz interessanten Bereich ausgesucht. Er ist zukunftsorientiert; denn ganz egal, was in baldiger Zeit mit dem AMNOG passiert – nur böswillige Menschen sagen Amok – Sie werden sicherlich mit der Frage des Rechtswegs auch in Zukunft konfrontiert werden, egal, was der Gesetzgeber jetzt macht. Und die Auseinandersetzung in der Sache um den § 127 Abs. 2 SGB V rührt an Grundfragen, die an diesem Beispiel deutlich werden und auch von daher sind Sie genau in dem richtigen Workshop.

Ich darf mich freuen, eingangs insoweit zu dem Thema Herrn Baschab als einen Spezialisten zu hören, der von der Seite der betroffenen Leistungserbringer hier die Dinge schildern wird. Er ist Hauptgeschäftsführer der Bundesinnung der Hörgeräteakustiker und ist von daher mit den praktischen Problemen, die sich hier auftun, bestens vertraut.

Es wird sich anschließen Herr Rehm. Er ist im Justitiariat der BKK Mobil Oil tätig, also auf Krankenkassenseite und dann schließt sich zum Schluss der Herr Rechtsanwalt

Dr. Neun an. Er leitet das Team bei Gleiss Lutz, das sich mit dem Vergaberecht der Leistungserbringung im SGB V befasst. Er war etwa an dem Verfahren Oymanns oder an den ersten Verfahren, die bei dem 21. Senat des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen zum Vergaberecht entschieden worden sind, beteiligt und ist natürlich weiterhin aktiv, so dass Sie hier mit drei Hochkarätern konfrontiert sind in einer Materie, die äußerst spannend ist.

Das beginnt ja schon mit dem Bild der Zersplitterung: Rechtswegzersplitterung – da fragt man sich: Soll damit der künftige Zustand beschrieben werden, den das AMNOG einleiten will? Oder soll es der gegenwärtige Zustand sein, der damit angesprochen wird? Wir werden uns da sicherlich Gedanken dazu machen müssen.

Und dann der zweite wesentliche Punkt, § 127 Abs. 2 SGB V. Wenn man sich anschaut, was der Gesetzgeber sich seinerzeit gedacht hat, was die Rechtsprechung dazu entschieden hat und was große Teile der Literatur dazu sagen, könnte man meinen, der § 127 Abs. 2 SGB V sei unproblematisch mit dem europäischen Recht vereinbar. Aber Sie werden sehen, es gibt durchaus unterschiedliche Positionen dazu.

# Workshop 2: Vergaben im Sozialbereich (Rechtswegzersplitterung und EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V)

## Einführung

**Jakob Stephan Baschab**

Hauptgeschäftsführer der Bundesinnung der Hörgeräteakustiker

Für die Gesundheit der Menschen leisten die Hörgeräteakustiker in Deutschland einen unschätzbaren Beitrag. Als moderne kleine und mittelständische Unternehmen sichern sie qualifizierte Beschäftigung für rund 12.000 Menschen und sind damit wirtschaftlich gesehen ein struktur- und regionalpolitischer Stabilitätsfaktor. Gleichzeitig investieren die über 4.000 Unternehmen des Hörgeräteakustiker-Handwerks überproportional viel in qualifizierte Aus- und Fortbildung. Sie gehören mit ihren über 2.200 Auszubildenden, proportional betrachtet, zur Spitzengruppe in der deutschen Wirtschaft. Von diesem modernen Handwerk profitieren direkt 2,5 Millionen Hörsystemträger.

Hörsysteme werden individuell und arbeitsintensiv angepasst. Die Gesamtleistung des Hörgeräteakustikers enthält eine sehr hohe individuelle Dienstleistungskomponente insbesondere in Form der individuellen Anpassungen der Hörsysteme zur Rehabilitation von Schwerhörigkeiten. Dieser Prozess kann mehrere Monate in Anspruch nehmen. Hinzu kommen die jahrelangen individuellen Nachanpassungen, Wartung und Reparaturen der Systeme.

Hörsysteme sind Hilfsmittel, die von Hörgeräteakustikern als Leistungserbringer angeboten werden. § 127 Abs. 1 SGB V sieht vor, dass Krankenkassen im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern über die Lieferung von Hilfsmitteln abschließen können, aber nicht müssen. Mit der Ausgestaltung als „Kann-Vorschrift" macht der Gesetzgeber deutlich, dass die Krankenkassen gerade nicht zur vorrangigen Ausschreibung verpflichtet sind.

Aus gutem Grund hat der Gesetzgeber zum § 127 Abs. 1 SGB V (Ausschreibungen) zudem festgelegt, dass für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden oder Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil, Ausschreibungen in der Regel nicht zweckmäßig sind. Denn er befürchtete, dass dadurch neben der Versorgungsqualität auch die wohnortnahe Versorgung nicht gewährleistet werden kann. Wenn als mittelbare Folge von Ausschreibungen nur noch wenige Anbietergruppen bestünden, würde die Hörsystemversorgung durch überregional oder virtuell (im Internet) tätige Hörgeräteakustiker durchgeführt. Gerade dies ist für die vielfach älteren Schwerhörigen unzumutbar. Sie müssen nach wie vor einen Leistungserbringer ihres Vertrauens in erreichbarer Nähe aufsuchen können.

In § 127 Abs. 2 SGB V (Kollektiv- und Rahmenverträge) räumt der Gesetzgeber ein, dass Krankenkassen mit Leistungserbringern oder Verbänden Verträge abschließen können. Nach § 127 Abs. 2a SGB V können Leistungserbringer zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner in bestehende Verträge beitreten.

Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V sind bei individuellen Anfertigungen des Hilfsmittel und hohen Dienstleistungsanteil gemäß § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V nicht zweckmäßig. Somit hat der Gesetzgeber Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V bei individuell anzupassenden Hilfsmitteln (hier: Hörsysteme) eindeutig den Vorrang gegenüber Ausschreibungen explizit im Gesetz eingeräumt.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) vertritt die Meinung, dass Krankenkassen der GKV als öffentliche Auftragnehmer anzusehen sind und somit das Vergaberecht bei Ausschreibungen grundsätzlich Anwendung finden muss. In dem vom EuGH zuletzt hierzu entschiedenen Fall (Urteil vom 11.6.2009 – C-300/07 „Oymanns"), ging es um „Integrierte Versorgungsverträge" nach §§ 140a-e SGB V. Für Verträge nach § 140a-e SGB V hat der deutsche Gesetzgeber kein kollektives Beitrittsrecht wie bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V vorgesehen.

In der Folge der EuGH-Rechtssprechung trat die Frage auf, ob auch Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V ausgeschrieben werden müssten.

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW) hatte sich im April 2010 genau mit dieser Frage zu beschäftigen (Beschluss vom 14.04.2010 – L 21 KR 69/09 SFB). Das LSG NRW vertrat die Auffassung, dass Rahmenverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V nicht öffentlich ausgeschrieben werden müssen, da es ein kollektives Beitrittsrecht gemäß § 127 Abs. 2a SGB V gibt („Open-House-Verfahren"). Während Ausschreibungen gerade darauf abzielen, eine Selektivauswahl zwischen mehreren Anbietern zu treffen (mit einem Bieter, der den alleinigen Zuschlag erhält), haben Rahmenverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V das gegenteilige Ziel. Hier soll grundsätzlich jeder geeignete Leistungserbringer Hilfsmittel abgeben können.

Das Gericht stellte fest, dass eine EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V gegeben ist. Die EU-Kommission konnte keine Europarechtswidrigkeit in dem Beitrittsrecht erkennen und bestätigte dies schriftlich. Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V, denen sämtliche potentielle Leistungserbringer beitreten können, unterfielen nicht dem Vergaberecht, da in diesen Fällen keine Auswahlentscheidung der Krankenkassen getroffen werde, so die EU-Kommission.

Die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker begrüßt die Entscheidung des LSG NRW und die Stellungnahmen der EU-Kommission, da der besonderen Versorgungsrealität individuell angepasster Hilfsmittel Rechung getragen wird.

Der deutsche Gesetzgeber hat gut daran getan, die Möglichkeit, die ihm das EU-Recht lässt, für sich zu nutzen und die Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB i.V.m. dem Beitrittsrecht zu gestalten. Europarechtlich ist eine solche Maßnahme möglich. Das Beitrittsrecht gewährleistet gerade die Gleichbehandlung und Einhaltung des Diskriminierungsverbots. Denn für jeden europäischen Leistungserbringer ist es möglich, einem Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V beizutreten.

EU-Recht und Vergaberecht erfüllen keinen Selbstzweck. Gerade im Gesundheitsbereich reicht es nicht aus, die Lose bei einer Ausschreibung zu öffnen und den Sieger zu küren. Denn es ist zu berücksichtigen, dass es sich z. B. bei der Abgabe von Hörsystemen um eine sehr individuelle Leistung handelt, die nicht mit dem Bau einer Autobahn oder einer Stadthalle zu vergleichen ist. Hier geht es um Menschen, teilweise mit Behinderungen und Leiden. Diese wollen nicht mittels K.O.-Ausschreibung auf einen einzelnen Anbieter verwiesen werden, der möglicherweise weder wohnortnah liegt, noch psychisch geschult Leistungen – zum günstigsten bzw. wirtschaftlichsten Preis – anbietet.

Die Zuständigkeit der Sozialgerichte für das Vergaberecht in Angelegenheiten des SGB V wahrt die Einheitlichkeit des Leistungs- und Leistungserbringerrechts. Damit schließt sich die Bundesinnung vollumfänglich der Meinung des Bund Deutscher Sozialrichter an.

Denn das Vergaberecht hat letztlich nur eine „dienende Funktion" zur Erfüllung etwaiger Leistungsansprüche der Versicherten, sowie zur Erfüllung des Versorgungsauftrages der gesetzlichen Krankenversicherungen. Für die Auslegung des SGB V sind aber ausschließlich die Sozialgerichte zuständig, weshalb die Ansiedlung bei den Landessozialgerichten nach Ansicht der Bundesinnung der Hörgeräteakustiker folgerichtig ist.

Die Landessozialgerichte sind zu Fragestellungen zu Verträgen nach § 127 SGB V fach- und versichertennäher. Denn hier geht es nicht um Auslegung der VOL/A oder VOB/A, sondern um die Vorschriften des SGB V.

Mit dem Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der GKV (AMNOG) soll die Zuständigkeit der Landessozialgerichte für Angelegenheiten des Vergaberechts im SGB V zukünftig beseitigt werden. Offenbar befürchtet der Gesetzgeber eine Rechtswegzersplitterung und möchte eine einheitliche Zuständigkeit der Zivilgerichte auch bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit § 69 SGB V festlegen.

Die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker lehnt diese Gesetzesinitiative ab.

Grundsätzlich besitzen die Oberlandesgerichte die Fachkompetenz zu vergaberechtlichen Fragestellungen. Allerdings hat sich die bisherige Rechtswegzuständigkeit bei den Landessozialgerichten bewährt. Für die sozialrechtlichen Aspekte, die zwischen Kassen und Leistungserbringern und ihren Verbänden wichtig sind, sind die Landessozialgerichte fachnäher. Denn zudem wahrt gerade die Zuständigkeit der Landessozialgerichte die Einheitlichkeit des Leistungserbringerrechts im SGB V.

Die in der dem Gesetzesentwurf genannte Begründung, dass unnötige Doppelstrukturen in der Zivil- und Sozialgerichtsbarkeit beseitigt werden sollen und damit der Verwaltungsvereinfachung dienen, ist nicht gegeben. Eine Doppelstruktur liegt bereits deshalb nicht vor, da die Landessozialgerichte generell Fragestellungen zum SGB V entscheiden. Die unterschiedlichen Rechtswege in Deutschland sollen den unterschiedlichen Rechtsgebieten gerade gerecht werden. Andernfalls würden verschiedene Rechtswege keinen Sinn ergeben.

Die Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 14. April 2010 zur Ausschreibungspflicht von Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V hat gezeigt, dass die Sozialgerichte vernünftig und ausgewogen die beiden Rechtsmaterien „Sozialrecht“ und „Vergaberecht“ verbinden können. Die anfangs befürchtete Vermutung, dass die Sozialgerichte den vergaberechtlichen Besonderheiten nicht hinreichend Rechnung tragen, hat sich nicht bestätigt. Eine Rechtswegzersplitterung droht vielmehr dann, wenn das AMNOG in Kraft träte und zukünftig die Oberlandesgerichte über SGB V-Verfahren entscheiden werden.

# Workshop 2: Vergaben im Sozialbereich (Rechtswegzersplitterung und EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V)

## Einführung

**Rechtsanwalt Thomas K. Rehm, LL.M.**

Betriebskrankenkasse Mobil Oil

### 1. Abschnitt: Rechtswegzersplitterung

Die Frage, ob die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit in bestimmten Vergabeverfahren eine „Zersplitterung" darstellt oder eine sinnvolle Spezialisierung, mündet doch letztlich in die Frage „Wer kann es wohl besser?". Diese rhetorische Frage lässt sich selbstverständlich kaum seriös beantworten. Weder lässt sich aus bereits ergangener Rechtsprechung gesichert auf künftige schließen noch darauf, welche Gerichtsbarkeit welche Interessen besser berücksichtigen würde. Die zugespitzte Frage soll auch andeuten, dass aus praktischer Sicht einer Krankenkasse (n. b.: nicht aller Krankenkassen) die Rechtswegzuweisung für vergaberechtliche Beschwerdeverfahren nicht von zentraler Bedeutung ist.

Die Verwendung des Begriffs „Zersplitterung" erscheint dabei durchaus suggestiv. Wenn nach einem Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer anschließend statt der Zivil- die Sozialgerichtsbarkeit sachlich zuständig ist, ist ein Rechtsweg in Splittern nicht zu erkennen.

Vielmehr liegt beiden Zuweisungen eine vertretbare Stringenz zu Grunde, die übrigens (im Sinne der Zersplitterung) theoretisch noch um die in Betracht zu ziehende Verwaltungsgerichtsbarkeit erweitert werden könnte.

Betrachtet man Vergabeverfahren im Versorgungsbereich von Krankenkassen, spielen dabei Kernelemente aller genannten Gerichtsbarkeiten eine Rolle.

Vergabeverfahren können nur auf Grundlage vollständiger Vertragsunterlagen geführt werden. Die Regelungen, zu denen die Krankenkasse Angebote einholt, sind zivil-

rechtliche. Die Auslegung und Anwendung richtet sich nach dem Schuldrecht des BGB. Dies fällt in den originären Kompetenzbereich der Zivilgerichtsbarkeit.

Die Durchführung des Verfahrens entspricht in seiner Förmlichkeit am ehesten Verwaltungsverfahren, ohne dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier weiter in Betracht kommen soll.

Allerdings ist die Marktsituation, aus der heraus die Regelungen und die Verfahrensführung erst verständlich werden und mit der ein Vergabeverfahren kompatibel sein muss, eine sozialversicherungsrechtliche. Dafür ist unbestreitbar die Sozialgerichtsbarkeit die spezialisierte. Angesichts der Komplexität des Leistungserbringermarktes im Krankenversicherungswesen ist Spezialisierung allerdings auch kein Garant für hinreichende Kenntnis aller Umstände.

Es kommt demnach darauf an, welcher Teilbereich eines Vergabeverfahrens für am wichtigsten erachtet wird und inwieweit einer Gerichtsbarkeit zuzutrauen ist, sich mit den weiteren Aspekten des Vergabeverfahrens vertraut zu machen. Selbstverständlich variiert dies von Fall zu Fall, aber ein Schwerpunkt lässt sich herausstellen.

Das Entscheidende bei Vertragsausfertigungen ist die Bestimmtheit ihrer Regelungen. Das Vergaberecht macht insoweit klarstellend die Vorgabe, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist. Um dies zu erreichen, haben die Krankenkassen die sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten der Marktsituation zu berücksichtigen und ggf. in die Regelungen aufzunehmen. Versäumen sie dies, ist es Aufgabe der Parteien im Vergabe-, Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren für Aufklärung zu sorgen.

Zwar spricht für die Sozialgerichtsbarkeit, dass sie auf Grund von Sachnähe ein besonderes Verständnis für die sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten vorhalten kann. Auch dass in der Sozialgerichtsbarkeit hinreichende Kompetenz für den Umgang mit vertraglichen Regelungen besteht, ist nicht bestreitbar.

Allerdings ist die vergaberechtlich herausgestellte Fokussierung auf die Beschreibung der Leistung ein Aspekt, der die Bedeutung der konkreten Vertragsregelungen über die Bedeutung der Marktsituation für etwaige Auslegung hebt.

Betrachtet man die Rechtsprechung, gibt es sowohl in der Zivil- wie in der Sozialgerichtsbarkeit kritische Entscheidungen. LSG-Entscheidungen werden zwar auch als „mutig" bezeichnet, etliche Aufhebungen von Vergabekammerentscheidungen erscheinen aber aus vergaberechtlicher Sicht eher unverständlich.

Dazu gehören die Entscheidungen des LSG Nordrhein-Westfalen vom 03.09.2009 (L 21 KR 51/09 SFB), nach der mehrere Zuschläge auf ein Los möglich sein sollen, und vom 14.04.2010 (L 21 KR 69/09 SFB) zum „Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf den

Abschluss eines Rabattvertrages im Rahmen einer Hilfsmittelausschreibung" (zitiert nach juris).

Nach den bisher ergangenen Entscheidungen deutet sich an, dass – gerade auch durch die hier in Rede stehenden Regelungen im Zusammenhang mit § 127 SGB V – durch die Fokussierung auf sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten sich gewissermaßen ein Vergaberecht sui generis entwickelt.

Das ist für die Praxis nicht förderlich. Es führt zu weiterer Komplexität des Vergaberechts und erhöhter Unberechenbarkeit der Rechtsprechung. Dies erschwert die Umsetzung des Vergaberechts erheblich. Es ist schwierig genug, die Umsetzung des Vergaberechts bei Krankenkassen zu etablieren, die in der Vergangenheit darum einen großen Bogen gemacht haben. Dabei wäre es nicht hilfreich, wenn die vergaberechtlichen Vorgaben zersplittert würden – Vergaberecht sollte entweder ganz oder gar nicht gelten.

Dies scheint eher die Zivilgerichtsbarkeit zu gewährleisten. Danach ist – mit dem Anspruch auf Irrtum – dafür zu plädieren, Beschwerden in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren wie im AMNOG vorgesehen, der Zivilgerichtsbarkeit zuzuweisen.

## 2. Abschnitt: Europarechtliche Vorgaben

Ob und ggf. wie eine EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V möglich ist, erfordert eine eingehende Analyse der jeweiligen Regelungen. Diese sind jeweils so komplex, dass sich nicht ohne Weiteres erkennen lässt, ob sie sich in Einklang bringen lassen.

Die zentralen europarechtlichen Vorgaben finden sich in der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)[1]. Deren Anwendbarkeit für Krankenkassen und Hilfsmittelerbringer ist maßgeblich durch das Oymanns-Urteil des EuGH vom 11.06.2009 (Rs C-300/07) bestimmt.

### A. VKR

Die Richtlinie bestimmt für europaweite Vergaben oberhalb bestimmter Schwellenwerte die Bedingungen, die in Deutschland durch das GWB, die VgV und die Vergabeverordnungen umgesetzt sind. Einzelheiten darzustellen erübrigt sich an dieser Stelle. Auf Folgendes soll aber hingewiesen werden:

- *Erwägungsgrund 2:*

  Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden,

[1] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (RL 2004/18/EG)

insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z.B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt werden.

- *Art. 2 „Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen":*

  Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

**B. Oymanns-Urteil des EuGH**

Nach dieser Entscheidung ist geklärt, dass Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber grundsätzlich dem Vergaberecht und den entsprechenden europarechtlichen Vorgaben unterliegen.

Fraglich kann im Einzelfall nur sein, in welchem Umfang die europarechtlichen Vorgaben gelten. Werden Hilfsmittel als Lieferauftrag erbracht, sind die Vorschriften der VKR in vollem Umfang anwendbar. Bei Hilfsmittelversorgungen als Dienstleistungsauftrag führt dies im Hinblick auf ihren Charakter als Dienstleistung im Gesundheitswesen nach Art. 21 und Anhang II Teil B Kategorie 25 der VKR dazu, dass nur die Artt. 23, 35 Abs. 4 VKR anzuwenden sind (vgl. Oymanns-Urteil des EuGH vom 11.06.2009, C-300/07, Rn. 36 bzw. 38 nach juris). Danach wären nur die Bestimmungen zur „Technischen Spezifikation" und zur nachträglichen Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens beachtlich.

Zu der Regelung des Art. 1 Abs. 2 lit. d) VKR *„Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen im Sinne von Anhang II umfasst, gilt als „öffentlicher Dienstleistungsauftrag", wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen den Wert der in den Auftrag einbezogenen Waren übersteigt."*, stellt der EuGH fest: *„Bei der Zurverfügungstellung von Waren, die individuell nach den Bedürfnissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst werden und über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, ist die Anfertigung der genannten Waren dem Auftragsteil der „Lieferung" für die Berechnung des Werts des jeweiligen Bestandteils zuzuordnen."* (EuGH aaO., Rn. 66 nach juris).

Die meisten Hilfsmittelversorgungen sind danach als Lieferaufträge anzusehen. Regelmäßig dürfte der Kostenaufwand für das Material sowie die individuelle Herstellung und Anpassung gegenüber der Beratung den überwiegenden Teil darstellen.

Selbst für Hilfsmittelversorgungen, die als Dienstleistung beauftragt werden, erscheint eine auf Art. 23 und Art. 35 Abs. 4 beschränkte Beachtlichkeit der Richtlinie kritisch. Zu einem Vertrag über die integrierte Versorgung gem. §§ 140a bis e SGB V führt der EuGH aus (vgl. EuGH aaO., Rn. 71 ff nach juris), dass *„das mit der Ausübung der fraglichen Tätigkeiten verbundene Risiko – ein Aspekt, der für die Lage eines Konzessionärs im Rahmen einer Dienstleistungskonzession kennzeichnend ist – im vorliegenden Fall nicht überwiegend von dem Wirtschaftsteilnehmer getragen wird*" (vgl. EuGH aaO., Rn. 75 nach juris). Da die Ausführungen für Hilfsmittelversorgungen nach § 127 SGB V voll übertragbar erscheinen, ist der Schluss geboten, dass entsprechende Aufträge Rahmenvereinbarungen im Sinne des Art. 1 Abs. 5 VKR sind. Für solche bestimmt Art. 32 Abs. 2 VKR: *„Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung befolgen die öffentlichen Auftraggeber die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie in allen Phasen bis zur Zuschlagserteilung der Aufträge, die auf diese Rahmenvereinbarung gestützt sind. Für die Auswahl der Parteien einer Rahmenvereinbarung gelten die Zuschlagskriterien gemäß Artikel 53."*

## C. Zwischenbilanz

Als Zwischenbilanz ist festzustellen, dass grundsätzlich für Aufträge zu Hilfsmittelversorgungen oberhalb des Schwellenwertes von 193.000 Euro netto (gem. § 2 Nr. 2 VgV) ein Vergabeverfahren entsprechend der europarechtlichen Vorgaben durchzuführen ist.

## 3. Abschnitt: Vorgaben des § 127 Abs. 2 SGB V

Indem der Wortlaut des § 127 Abs. 2 SGB V seine Nachrangigkeit gegenüber dem Absatz 1 der Norm betont, wäre in der Umsetzung folgendes Prüfschema unter Berücksichtigung der Zweckmäßigkeits-Empfehlungen (ZE)[2] angezeigt:

1. Feststellung der Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung, weil

a) eine wirtschaftliche Versorgung nicht gewährleistet ist (§ 127 Abs. 1 S. 1 SGB V),

b) eine in der Qualität gesicherte Versorgung nicht gewährleistet ist (§ 127 Abs. 1 S. 1 SGB V),

[2] „Gemeinsame Empfehlungen zu § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 02. Juli 2009 des GKV-Spitzenverbandes, Berlin (als Spitzenverband Bund der Krankenkassen gem. § 217a SGB V) und der Spitzenorganisationen und sonstigen Organisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene

c) Hilfsmittel für einen bestimmten Versicherten individuell anzufertigen sind, ohne dass eine Ausnahme von regelmäßiger Unzweckmäßigkeit vorliegt (§ 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V und entsprechend § 2 Nr. 3 ZE),

d) Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil zu beschaffen sind, ohne dass eine Ausnahme von regelmäßiger Unzweckmäßigkeit vorliegt (§ 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V und entsprechend § 2 Nr. 4 ZE),

e) ein Missverhältnis zwischen verwaltungstechnischem Aufwand für ein Ausschreibungsverfahren und Auftragsvolumen (geringe Fallzahl) besteht (§ 2 Nr. 1 ZE),

f) kein wirtschaftlicheres Ergebnis durch die Ausschreibung im Vergleich zu Vertragsverhandlungen zu erwarten ist (§ 2 Nr. 1 ZE),

g) ein enger Kreis von Anbietern besteht, der bekannt ist (§ 2 Nr. 2 ZE),

h) die Leistung nach ihrer Art für verschiedene Versorgungsfälle nicht standardisiert und eindeutig beschrieben werden kann, so dass die Abgabe von vergleichbaren Angeboten nicht möglich ist (§ 2 Nr. 3 ZE),

i) ein hohes Gesundheitsrisiko für die Versicherten besteht (§ 2 Nr. 5 ZE),

j) Störungen im Versorgungsablauf wegen komplexer, übergreifender Versorgungen, die qualitätsgesichert nur untrennbar durchgeführt werden können, zu befürchten sind (§ 2 Nr. 6 ZE), oder

k) Störungen im Versorgungsablauf wegen mangelnder Umsetzbarkeit der Verträge zu befürchten sind (§ 2 Nr. 6 ZE),

und eine Unzweckmäßigkeit auftragsbezogen im Einzelfall auch anzunehmen ist unter Berücksichtigung (gem. Präambel zu ZE)

- rechtlicher Rahmenbedingungen
- der Rechtsentwicklung,
- der Vertragslandschaft der einzelnen Krankenkasse,
- des konkreten Regelungsinhalts der Verträge,
- der Leistungserbringerstruktur im Versorgungsgebiet,
- des jeweiligen Auftragsvolumens,
- des Versorgungsauftrages,
- der Langfristigkeit der Sicherstellung medizinisch notwendiger, aber auch wirtschaftlicher Versorgung der Versicherten, und
- der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.

2. Ausübung von Entschließungs- und Auswahlermessen (§ 127 Abs. 1 SGB V)
3. Öffentliche Bekanntmachung einer Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen.
4. Eintritt in Vertragsverhandlungen mit (allen?) Marktteilnehmern, die Interesse bekunden über
   a) einen Vertragsentwurf des Verhandlungspartners, oder
   b) einen Entwurf der Krankenkasse.
5. Abschluss individueller Verträge
6. Information über Inhalte abgeschlossener Verträge auf Nachfrage
7. Beitritt weiterer Leistungserbringer gem. § 127 Abs. 2a SGB V.

Diese Umsetzungsschritte erscheinen rechtlich wie praktisch im Einzelnen schon wegen ihrer Komplexität und Abstraktheit problematisch. Wird Vergaberecht als Kosmos angesehen, ist insoweit ein Paralleluniversum geschaffen.

Zentral(gestirn) ist dabei offensichtlich das Tatbestandsmerkmal „Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen", zu dem die unter Nr. 1 genannten Regelungen bestehen. Ob Vertragsschlüsse gem. § 127 Abs. 2 SGB V hängt zunächst davon ab, unter welchen Umständen von einem förmlichen Vergabeverfahren abgesehen wird und ob sich solche Vertragsschlüsse mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbaren lassen.

## A. EU-Konformität des Tatbestandsmerkmals „Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen"?

Vorrangig stellt sich die Frage, ob dieses Tatbestandsmerkmal grundsätzlich mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbaren ist. Dazu ist eine sorgfältige Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Gesetzesentstehung und dem Sinn und Zweck der Regelung geboten.

### I. Wortlaut-Auslegung

Um das Tatbestandsmerkmal zu erfassen, sind die Begriffe „Zweckmäßigkeit" und „Ausschreibung" näher zu beleuchten.

#### 1. Bedeutung des Begriffs „Zweckmäßigkeit"

„Zweckmäßigkeit" bedeutet die (Verhältnis-)Mäßigkeit, einen bestimmten Zweck zu erreichen. Es handelt sich insoweit um eine besondere Form der Verhältnismäßigkeit, bei der die Ziele vorgegeben sind. Entsprechend legt der Gesetzgeber zwei zu erreichende Zwecke fest: Zum einen die Gewährleistung von Wirtschaftlichkeit und zum anderen die Gewährleistung einer Qualitätssicherung der Versorgungen.

Ob eine Ausschreibung ein verhältnismäßiges Mittel ist, diese Zwecke zu erreichen, soll nach § 127 SGB V im Einzelfall geprüft werden. Ein Grundsatz, dass Ausschreibungen als verhältnismäßig anzusehen sind, und unförmliche Verfahren eine Ausnahme davon darstellen, ist nicht postuliert. Dies stellt schon eine Abweichung zum europäischen Recht dar. Dort ist in Art. 28 Sätze 3 ff VKR insoweit ein Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis vorgegeben. Indem § 127 SGB V und die ZE ausschließlich Vorgaben zur Unzweckmäßigkeit von Ausschreibungen machen, wird das europarechtlich vorgegebene Verhältnis sogar eher umgekehrt.

Die Prüfung einer Verhältnismäßigkeit bzw. Zweckmäßigkeit setzt wiederum die Klärung der Eignung des Mittels, dessen Erforderlichkeit sowie einer Proportionalität im engeren Sinn voraus.

**a) Eignung als Zweckmäßigkeitskriterium**

Dass Ausschreibungen grundsätzlich geeignet sind, diese Zwecke zu erreichen, kann kaum in Zweifel gezogen werden. Maßnahmen zur Qualitätssicherung sind (gemäß §§ 127 Abs. 1 Satz 2, 3 und 126, 128 SGB V so wie dem Hilfsmittelverzeichnis gemäß § 139 SGB V ohnehin) durch vertragliche Regelungen vorzugeben. Indem die Marktteilnehmer in förmlichen Vergabeverfahren aufgerufen werden, zu diesen und weiteren veröffentlichten Vertragspflichten Preise anzubieten, lassen sich die gesetzlich vorgegebenen Zwecke Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung in Vergabeverfahren grundsätzlich gewährleisten. Eine Unzweckmäßigkeit dürfte sich kaum darauf stützen lassen, dass diese Zwecke durch eine Ausschreibung nicht erreichbar wären.

**b) Erforderlichkeit als Zweckmäßigkeitskriterium**

Bei der Frage der Erforderlichkeit ist zu klären, ob es ein milderes bzw. besser geeignetes Mittel gibt, die Zwecke gleichermaßen zu erreichen. Die Erforderlichkeit in diesem Sinne ist umstritten und wohl der entscheidende Malus des Vergaberechts allgemein.

**aa) Berücksichtigung von Erforderlichkeit im Vergaberecht**

Das europäische Recht verkennt insoweit nicht, dass es bestimmte Marktsituationen gibt, in denen förmliche Verfahren ungeeignet erscheinen. In Artt. 30 und 31 VKR sind solche Situationen beschrieben, bei denen förmliche Vergabeverfahren ungeeignet sein können. Art. 29 VKR stellt dazu allerdings fest, dass dies nur in den Fällen und unter den Umständen gilt, die in den Artt. 30 und 31 VKR „ausdrücklich" genannt sind; eine Feststellung, die eigentlich klar ist und insofern nur als Verbot extensiver Auslegung verstanden werden kann.

Eine davon abweichende und darüber hinausgehende Prüfung, die durch § 127 SGB V i. V. m. ZE vorgegeben wird, ist schon deswegen schwerlich mit dem Europarecht vereinbar.

**bb) Berücksichtigung von Erforderlichkeit in § 127 SGB V und ZE**

In der Praxis ist immer wieder auf Versuche zu treffen, eine extensive Auslegung, eine Erweiterung des Kataloges unförmlicher Verfahren oder auch eine Umgehung von Vergabeverfahren insgesamt zu erreichen. Der Kritik liegen regelmäßig die Annahmen zu Grunde, der Aufwand für förmliche Vergabeverfahren sei zu hoch und entsprechende Abschlüsse besser durch Verhandlungen erreichbar.

Von dieser Auffassung scheinen § 127 SGB V und die ZE vor allem getragen zu sein.

Es erschließt sich nicht, warum eine Rahmenvereinbarung für Versorgungen mit Hilfsmitteln, die für bestimmte Versicherte individuell anzufertigen sind, nicht hinreichend standardisiert und eindeutig beschrieben werden kann (§ 127 Abs. 1 S. 4 SGB V und entsprechend § 2 Nr. 3 ZE). Üblicherweise sind bei Hilfsmittelversorgungen werkvertragliche Regelungen zu treffen, nach denen eine Umsetzung der ärztlichen Verordnung als Erfolg geschuldet ist. Eine Beschreibung von individuellen Anfertigungen ist danach nicht geboten. Für besondere Aufwände gäbe es zudem die Möglichkeit einer Zusatzvergütung, die Vereinbarung eines Stundenverrechnungssatzes und nicht zuletzt die Möglichkeit der Einpreisung durch Mischkalkulation. Entsprechendes gilt für Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil (§ 127 Abs. 1 S. 4 SGB V und entsprechend § 2 Nr. 4 ZE).

Mit dem europäischen Recht ist diese Annahme unmittelbar nicht vereinbar, auch wenn dieses in Art. 30 Abs. 1 lit. c) VKR ein Verhandlungsverfahren statt eines förmlichen vorsieht, weil vertragliche Spezifikationen dafür nicht hinreichend genau festgelegt werden können. Diese Ausnahme von der Durchführung förmlicher Verfahren ist allerdings beschränkt auf finanzielle Dienstleistungen wie Versicherungsdienstleistungen, Bankdienstleistungen oder Wertpapiergeschäften und geistig-schöpferische Dienstleistungen. Als Beispiel dafür werden Bauplanungsdienstleistungen angegeben. Damit haben Dienstleistungen im Rahmen von Hilfsmittelversorgungen offensichtlich nichts gemein.

Eklatant wird der Versuch, das Vergaberecht zu verdrängen, bei der Annahme von Unzweckmäßigkeit wegen eines Missverhältnisses zwischen verwaltungstechnischem Aufwand für ein Ausschreibungsverfahren und Auftragsvolumen (geringe Fallzahl) und weil kein wirtschaftlicheres Ergebnis durch die Ausschreibung im Vergleich zu Vertragsverhandlungen zu erwarten ist (§ 2 Nr. 1 ZE). Hier werden kaum objektivierbare Einschätzungen zu Aufwand und Fallzahlen sowie Erwartungen zu Kriterien für eine Unzweckmäßigkeit erhoben. Eine Entsprechung dieser Bestimmungen im europäischen Recht ist nicht ersichtlich.

Auch die Annahme von Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung bei einem engen, bekannten Kreis von Anbietern (§ 2 Nr. 2 ZE) ist ohne Entsprechung im europäischen Recht. Nach Praxiserfahrungen ist das Risiko von Rügen und Nachprüfungen umso

erhöhter, je enger der Markt wegen beschränkten Anbietern oder beschränkter Nachfrage ist.

Schließlich wird davon ausgegangen, dass Ausschreibungen für Störungen in Versorgungsabläufen sorgen. In diesem Zusammenhang werden ein hohes Gesundheitsrisiko für die Versicherten (§ 2 Nr. 5 ZE), komplexe, übergreifender Versorgungen, die qualitätsgesichert nur untrennbar durchgeführt werden können, (§ 2 Nr. 6 ZE), und mangelnde Umsetzbarkeit der Verträge (§ 2 Nr. 6 ZE) als Indikatoren angeführt. Für sämtliche Umstände ist nicht nachvollziehbar, inwiefern diese gegen Ausschreibungen sprechen und vor allem im Rahmen der Erforderlichkeit, dass unförmlich vergebene Verträge Versorgungsabläufe weniger stören würden.

**cc) Erforderlichkeit von Ausschreibungen zur Sicherstellung des Versorgungsauftrages**

Die Erforderlichkeit von Ausschreibungen im Sinne des bestgeeigneten Mittels erscheint weniger durch die Vorgaben zur Unzweckmäßigkeit in Frage gestellt, sondern durch den Sicherstellungsauftrag der Krankenkassen, der sich aus dem Anspruch der Versicherten auf Versorgung gem. § 33 SGB V i.V.m. §§ 126 ff. SGB V ergibt.

Anders als in der Arzneimittelversorgung ist die Branche der Hilfsmittelerbringer gegenwärtig ganz überwiegend von Klein- und Mittelstandsunternehmen geprägt. Das bedeutet: Je umfangreicher die Versorgung nach Fallzahlen ist, desto mehr Leistungserbringer sollten parallel vertraglich gebunden sein, um die Versorgungen sicherzustellen. Bei Hilfsmittelversorgungen mit hohen Dienstleistungsanteilen dürfte zudem eine Angebotsvielfalt und Wahlmöglichkeit des Verordners und/oder Versicherten gefragt sein.

Diesen Anforderungen können vergaberechtliche Ausschreibungen kaum gerecht werden.

Für dem Vergaberecht unterliegende öffentliche Aufträge ist vorgesehen, eine Wettbewerblichkeit herzustellen und nach einer Auswahl auf Grund von Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot anzunehmen. Ein solches Auswahlverfahren dürfte bei den genannten Versorgungen, die am ehesten die Schwellenwerte überschreiten und europarechtlichen Vorgaben unterliegen, regelmäßig nicht angezeigt sein.

Eine Konzentration auf einen oder wenige Bieter erscheint nicht angezeigt.

Danach erscheinen Ausschreibungen im vergabe- und europarechtlichen Sinne nur dann erforderlich und somit zweckmäßig, wenn die Versorgungssituation einen Zuschlag an einen Bieter nach Auswahl aus mehreren Marktteilnehmern gebietet, z. B. gerade bei niedrigen Fallzahlen und einer größeren Zahl von Leistungserbringern.

Im Übrigen erscheint eine vergaberechtliche Auswahl nicht angezeigt und eine Ausschreibung nach Vergaberecht insofern unzweckmäßig.

**c) Proportionalität als Zweckmäßigkeitskriterium**

Die Annahme, der Aufwand für förmliche Vergabeverfahren sei zu hoch und damit unproportional, erweist sich immer wieder als ein Trugschluss.

Unabweisbar ist zwar das Manko von Vergabeverfahren, dass sie ohne juristische Beratung kaum zu führen sind, während Verträge eher noch auch ohne juristischen Sachverstand verhandelt werden können. Im Übrigen erweisen sich förmliche Vergabeverfahren immer wieder als vorteilhaft.

Viel mehr als unförmliche Vertragsverhandlungen lassen sich förmliche Vergabeverfahren standardisieren, so dass sich Aufwände deutlich reduzieren. Allerdings verbleibt erheblicher Aufwand, die Vertragsunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung zu erstellen.

Dabei wird allerdings verkannt, dass verhandelte Verträge häufig an einer sauberen Beschreibung der Hauptleistungspflichten kranken. Dies erklärt sich meist daraus, dass der Auftraggeber sich in aller Regel vom Auftragnehmer einen Vertragsentwurf vorlegen lässt und diesen als Grundlage für Verhandlungen nimmt. Dass Vertragsentwürfe des Auftragnehmers den Beschaffungsbedarf des Auftraggebers nicht voll treffen, wird vertrieblich erklärt, außer acht gelassen oder oft genug gar nicht erkannt. Um optimale Vertragsunterlagen zu erhalten, müsste der Auftraggeber letztlich auch einen Vertragsentwurf erstellen oder intensive Vertragsverhandlungen führen. Die Aufwände für Vertragsverhandlungen, die in förmlichen Vergabeverfahren entfallen, werden dabei oft unterschätzt.

Die Vergleichbarkeit und Wettbewerblichkeit, die förmliche Vergabeverfahren sicherstellen, kann in Verhandlungen nicht erreicht werden, so dass die Abschlüsse in aller Regel günstiger sind als nach Verhandlungen. Dies zeigt sich gerade bei Krankenkassen, die Altverträge durch förmliche Verfahren neu vergeben.

Danach ist zu schließen, dass sowohl aus tatsächlichen Gründen nach praktischen Erkenntnissen als auch aus europarechtlichen Gründen den ZE regelmäßig kaum gefolgt werden kann. Dies gilt auch für die gesetzliche Vermutung in § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V[3], für die jedenfalls im oberschwelligen Bereich nicht von einem Regelfall im Sinne der Vorschrift ausgegangen werden kann.

[3] Im Wortlaut: „Für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, oder Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil sind Ausschreibungen in der Regel nicht zweckmäßig."

### 2. Bedeutung des Begriffs „Ausschreibung"

Festzustellen ist, dass im europäischen Recht der Begriff „Ausschreibung" nicht üblich ist. Entsprechende Verfahren werden ausschließlich als „Offene Verfahren" bezeichnet (Art. 1 Abs. 11 lit. a) VKR).

Insoweit ließe jedenfalls der Wortlaut zu, nur die Zweckmäßigkeit nationaler Ausschreibungen zu prüfen und ein gebotenes Offenes Verfahren ohne vorgeschaltete Prüfung einer Zweckmäßigkeit durchzuführen. Gegen diese reine Wortlautauslegung spricht allerdings die Systematik des § 127 SGB V, der dann für Offene Verfahren keine Regelung bereit hielte.

## II. Systematik-Auslegung

Es ist nach der Systematik des § 127 SGB V unverkennbar, dass der Gesetzgeber für den Abschluss von Hilfsmittelversorgungsverträgen die Möglichkeit förmlicher Verfahren nach Vergaberecht vorsieht, gerade weil er eine Prüfung der Zweckmäßigkeit vorgibt. Dass bei Anwendung des Vergaberechts die entsprechenden Regelungen zu europaweiten Verfahren zum Tragen kommen sollen, dürfte sich trotz des Begriffs „Ausschreibung" kaum in Abrede stellen lassen. Das europaweite Offene Verfahren entspricht im Rahmen der Vorgaben nach § 127 SGB voll einer Ausschreibung.

Eine Vorrangigkeit förmlicher Vergabeverfahren ist allerdings nicht erkennbar. Vielmehr knüpft der Gesetzgeber die Durchführung solcher Verfahren an vergabefremde Bedingungen. Zum einen sollen diese nur durchgeführt werden, wenn keine Unzweckmäßigkeit anzunehmen ist und zum anderen auch nur nach Ausübung eines Entschließungsermessens.

Indem der Gesetzgeber den Krankenkassen und Leistungserbringern gem. § 127 Abs. 1a SGB auch noch aufgegeben hat, Kriterien zur (Un-)Zweckmäßigkeit zu entwickeln, ist systematisch ein gesetzgeberischer Wille zur Anwendung des Vergaberechts nicht ersichtlich.

Kritisch erscheint schon die rechtliche Kompetenz der angesprochenen Einigungspartner zur Bestimmung von Verfahrenszweckmäßigkeit.

Die gesetzliche Verfügung, gemeinsame „Empfehlungen" zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen abzugeben, wirft zudem rechtliche wie praktische Probleme auf.

Eine Rechtsverbindlichkeit können „Empfehlungen" schon nach dieser Bezeichnung nicht haben. Die Präambel der Empfehlungen unterstreicht dies auch noch einmal:

> *„Die Empfehlungen stellen für die Krankenkasse eine Hilfe bei der Entscheidung über die Durchführung von Ausschreibungen dar. Sie entbinden nicht von der Verpflichtung der Krankenkassen, jeweils auftragsbezogen im Einzelfall unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen und der Rechtsentwicklung über*

> *die Durchführung von Ausschreibungen zu entscheiden. So können insbesondere die Vertragslandschaft der einzelnen Krankenkassen, der konkrete Regelungsinhalt der Verträge, die Leistungserbringerstruktur im Versorgungsgebiet und das jeweilige Auftragsvolumen eine wesentliche Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen. Die Krankenkassen haben zudem ihren Versorgungsauftrag besonders zu berücksichtigen und bei ihren vertragspolitischen Überlegungen darauf zu achten, dass die Sicherstellung medizinisch notwendiger, aber auch wirtschaftlicher Versorgung der Versicherten auch langfristig nicht gefährdet wird und der Wettbewerb aufrechterhalten bleibt. Darüber hinaus muss eine hinreichende Praktikabilität bei der Umsetzung der Verträge gewährleistet sein. Es können sich in jedem Einzelfall auch über diese Empfehlung hinausgehende Kriterien zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V ergeben."*

Insofern sind die Empfehlungen weder inhaltlich noch systematisch besonders hilfreich. Wegen ihrer Auslegbarkeit und Unverbindlichkeit stehen sie aber einer EU-Konformität deswegen auch nicht entgegen.

Deutlich wird allerdings die Lenkungsabsicht, förmliche Vergabeverfahren möglichst zu reduzieren. Wie bereits ausgeführt, wäre dafür die Sicherstellung des Versorgungsauftrages ein triftiger Grund.

Nicht überzeugend wirken allerdings die Kriterien der ZE und deren systematische Lenkungsfunktion, statt förmlicher Vergabeverfahren Hilfsmittelverträge gem. § 127 Abs. 2 SGB V durchzuführen.

**III. Auslegung nach Gesetzesentstehung**

Nach der Gesetzesbegründung will der Gesetzgeber die Regelung des § 127 Abs. 1 SGB V trotz des Wortlauts und der Systematik als Vorrang des Vergaberechts verstanden wissen:

> *„Durch die in Absatz 1 Satz 1 vorgesehenen Ausschreibungen soll der Preiswettbewerb im Hilfsmittelbereich gefördert werden. Bei den Ausschreibungen sind die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden. In Verbindung mit Absatz 2 Satz 1 sieht die Regelung vor, dass dieses Instrument von den Krankenkassen vorrangig einzusetzen ist*[4].

Das wirkt angesichts der vorausgegangenen Feststellungen fast wie ein Lippenbekenntnis, auch wenn es in einer Gemeinsamen Verlautbarung zur Umsetzung des

[4] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), Begründung, S. 385 f.

GKV-WSG im Hilfsmittelbereich (Rundschreiben 07 o) der Spitzenverbände der Krankenkassen vom 27.03.2007 auch noch aufgegriffen wird[5].

Die ZE werden dadurch eher noch entwertet, was deren Anwendbarkeit allerdings nicht vereinfacht.

Aus der weiteren Begründung, nach der Vertragsabschlüsse gem. § 127 Abs. 2 SGB V grundsätzlich den Verträgen gemäß den Absätzen 1 und 2 des bisherigen § 127 entsprechen sollen[6], wird deutlich, dass die Regelung zum Vergaberecht schlicht ergänzt sind und insofern als „gesetzgeberischen Pflichtschuldigkeit" angesehen werden können denn als echter gesetzgeberischer Wille.

**B. Teleologische Auslegung und Zwischenbilanz**

Konkrete, weitere Anhaltspunkte auf den Gesetzeszweck werden nicht ersichtlich. Nach der vorgenommenen Auslegung wird aber deutlich, dass einerseits der Umsetzungsverpflichtung von Vergaberecht Rechnung getragen werden soll, andererseits weitgehende Ausstiegsmöglichkeiten eröffnet werden.

Das führt dazu, dass bei gebotener restriktiver Auslegung der Vorgaben zur Unzweckmäßigkeit von Ausschreibungen EU-konforme Offene Verfahren durchgeführt werden können und sollten, wenn nur einzelne Leistungserbringer vertraglich gebunden werden sollen.

---

[5] Titel 9 „§ 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V – Verträge" im Wortlaut: „(4) Aus dem Gesetzeswortlaut des § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V ergibt sich, dass das Ausschreibungsinstrument vorrangig einzusetzen ist. Gemäß der Gesetzesbegründung sind bei den Ausschreibungen im Hilfsmittelbereich die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden. Von einer Ausschreibung kann indessen abgesehen werden, sofern sie nicht zweckmäßig ist. Für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, oder Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil sind Ausschreibungen gemäß § 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V in der Regel nicht zweckmäßig. Kommt die Kasse aus gutem Grund zu einer anderen Einschätzung, können sie dennoch durchgeführt werden.

(7) Keine Ausnahme von dem grundsätzlichen Ausschreibungsgebot ergibt sich dagegen, wenn z. B. Verträge über Versorgungspauschalen abgeschlossen werden sollen. Der Zweck des § 127 SGB V, möglichst umfassend im Bereich der praktisch vorkommenden Hilfsmittelverträge eine Neuregelung zur Qualitätssicherung und zur Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven zu schaffen, bestätigt dieses Ergebnis. Das Ausschreibungsgebot gilt also grds. für sämtliche Vertragsformen."

[6] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), Begründung, S. 385 f.

## C. EU-Konformität von Vertragsabschlüssen nach § 127 Abs. 2 SGB V

Unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze Wettbewerblichkeit, Transparenz, Diskriminierungsverbot, Berücksichtigung mittelständischer Interessen, Vergabe an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen, Wirtschaftlichkeit des Angebots sowie der Beachtung subjektiver Bieterrechte ist ein Vertragsschluss gemäß § 127 Abs. 2 SGB V als Verhandlungsverfahren rechtlich darstellbar.

Wie ausgeführt, kommt es dafür darauf an, dass § 127 Abs. 2 SGB V deswegen zur Anwendung kommt, weil wegen der Marktsituation ein Offenes Verfahren gem. Artt. 30, 31 VKR nicht geboten ist.

In der Praxis dürfte es neben der schwierigen Auslegung der Zweckmäßigkeitsvorgaben regelmäßig bei der Beachtung der genannten vergaberechtlichen Grundsätze kommen.

Insbesondere fehlende Transparenz, Gleichbehandlung und Praktikabilität von individuellen Vertragsschlüssen mit Beitrittsrecht bereiten praktisch erhebliche Probleme. Nach der Systematik des § 127 Abs. 2 SGB V ist davon auszugehen, dass in der Praxis ein Vertrag mit einem wie auch immer nahestehenden Leistungserbringer verhandelt wird und sodann weiteren Leistungserbringern zum Beitritt angeboten wird. Transparenz und Gleichbehandlung bleiben dabei auf der Strecke. Abgesehen davon wirft ein Beitritt regelmäßig Unklarheiten bei Vertragsbeendigungen und –änderungen auf.

## D. Lösungsvorschlag zur Anwendung des § 127 SGB V

Die Schwierigkeiten, den vergaberechtlichen Grundsätzen hinreichend nachzukommen, könnten sich umgehen lassen, wenn von einer Auswahl nach vergaberechtlichen Kriterien abgesehen wird. Dies dürfte in vielen Versorgungssituationen durchaus geboten sein.

Statt Ausschreibungen vergaberechtlich durchzuführen, könnten dazu „sozialversicherungsrechtliche Ausschreibungen" etabliert werden. Diese sind keine Vergabeverfahren sui generis, sondern entsprechen den Vorgaben des § 127 Abs. 2 SGB V einerseits und berücksichtigen die Grundsätze des Vergaberechts: Die Krankenkasse erstellt vollständige Vertragsunterlagen einschließlich einer Preisangabe. Dabei werden sämtliche Vorgaben der §§ 126 ff. SGB V berücksichtigt. Diese Vertragsausfertigungen macht die Krankenkasse öffentlich bekannt und fordert sämtliche Marktteilnehmer zum Vertragsabschluss auf, soweit die Bedingungen erfüllt werden. Dieses Vorgehen ist zwar europarechtlich nicht vorgegeben, setzt allerdings die europarechtlichen Vorgaben weitestgehend um, indem außer der Wettbewerblichkeit die vergaberechtlichen Grundsätze beachtet werden können.

**4. Abschnitt: Fazit**

Unter einigen Anstrengungen kann eine EU-Konformität des § 127 SGB V erreicht werden, auch wenn diese in der Regelung offenbar nicht vorrangig verfolgt wird. In der Praxis erweist sich die Vorschrift allerdings als schwer handhabbar. Sie bietet kaum Rechtssicherheit, weil jedes Vorgehen auf Grundlage des §127 SGB V angreifbar erscheint.

Bisher ließen sich allerdings mit einem Vorgehen entsprechend des aufgezeigten Lösungsvorschlages gute Erfahrungen sammeln.

# Workshop 2: Vergaben im Sozialbereich (Rechtswegzersplitterung und EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V)

## Einführung

**Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun**

Gleiss Lutz Rechtsanwälte

Vorausschicken möchte ich, dass ich mich ungern an Diskussionen über die Fragen beteiligen würde, ob Sozialrichter in der Lage sind, Vergaberecht sinnvoll anzuwenden, und ob umgekehrt Oberlandesgerichte und Vergabekammern mit dem Sozialrecht zurechtkommen. Ich glaube, dass unzweifelhaft beide Fragen zu bejahen sind, das haben auch die knapp zwei Jahre seit In-Kraft-Treten des GKV-OrgWG gezeigt. Zum Thema Rechtswegzersplitterung möchte ich aber nachher noch ein paar gesonderte Sätze sagen.

Zunächst zur Einordnung der verschiedenen Verfahren, die § 127 SGB V für die Anbahnung von Hilfsmittelversorgungen vorsieht. Wenn eine gesetzliche Krankenkasse einen tatsächlichen Wettbewerb unter Leistungsanbietern initiiert, der dazu führt, dass eine Bieterauswahl und eine Vertragspartnerauswahl stattfindet, gilt *Burgis* Grundsatz: „Wer Wettbewerb sät, wird das Vergaberecht ernten". Der angesprochene Wettbewerb führt unzweifelhaft (und nicht erst seit dem Oymanns-Urteil des EuGH) zu einem öffentlichen Auftrag, der auch den entsprechenden Regelungen zu unterwerfen ist. Ich meine, dass dies im Bereich des § 127 Abs. 1 SGB V nicht mehr streitig ist. Und Sie, Herr Rehm, haben natürlich völlig recht: Jedenfalls einer der beiden Ausnahmetatbestände des § 127 Abs 1 Satz 4 SGB V, welche zur Unzweckmäßigkeit der Ausschreibung führen sollen, ist nach „Oymanns" obsolet: Die individuelle Anfertigung für den einzelnen Patienten allein wird nicht aus dem EU-weiten Ausschreibungsregime herausführen, weder in Richtung Dienstleistungsvertrag (mit den entsprechenden Privilegierungen für nicht-prioritäre Dienstleistungen des Gesundheitswesens) noch in Richtung Dienstleistungskonzession.

Die spannende Frage ist aber: Was ist mit den Abs. 2 und Abs. 2a des § 127 SGB V? Wiewohl ich bei einer ähnlichen Veranstaltung des forum vergabe vor eineinhalb Jahren vermutet hatte, dass die Vergabekammern des Bundes dieses Verfahren der Abs. 2 und 2a als nicht europarechtskonform verwerfen werden, halte ich die Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen vom 14. April 2010 (L 21 KR 69/09 SFB) für richtig. Dies deshalb, weil Vertragsbeitritte „zu gleichen Bedingungen", wie es in Abs. 2a des § 127 SGB V heißt, dazu führen, dass keine Bieterauswahl stattfindet und keine exklusiven Verträge abgeschlossen werden.

Die vergaberechtliche Frage ist, ob das LSG richtig liegt, wenn es die beabsichtigte Bieterauswahl als weiteres begriffsnotwendiges Merkmal des öffentlichen Auftrags ansieht. In der Vergaberechtsprechung gab es in den letzten Jahren die Tendenz, letztlich alles dem Anwendungsbereich zu unterwerfen, was ein entgeltlicher Vertrag ist (der – zumindest auch – zu einer Sachleistungsschuld des privaten Vertragspartners und zu einer irgendwie gearteten geldwerten Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers führt). Ich meine allerdings, dass man in der EuGH-Rechtsprechung, z. B. zu Ahlhorn oder zur interkommunalen Kooperation, durchaus eine gewisse Gegentendenz erkennen kann, wonach der Begriff des öffentlichen Auftrages, so wie er im Europarecht definiert wird, noch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale enthält. Dazu könnte – jedenfalls im Bereich der Leistungserbringerverträge der gesetzlichen Krankenkassen – auch das Merkmal zählen, dass im Rahmen der Vertragsanbahnung auch eine Bieterauswahl stattfinden muss, die zu einem oder mehreren exklusiven Vertragspartnern des öffentlichen Auftraggebers führt. Ich finde insbesondere die zweite Begründungserwägung des LSG Essen sehr überzeugend: § 127 SGB V ist in Verbindung mit § 33 Abs. 6 SGB V zu lesen, der sagt, dass im Hilfsmittelbereich nur diejenigen Leistungserbringer versorgungsberechtigt sind, die über einen Vertrag mit einer Kasse verfügen. Würde man das gesetzgeberische Modell des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V nicht akzeptieren, liefe dies darauf hinaus, dass eine Ausschreibungspflicht bestehen würde, mit der Folge, dass Kassen gezwungen wären, ihren Versicherten nur ein bestimmtes Leistungserbringerportfolio zur Verfügung stellen zu können. Soweit reicht aber – worauf das LSG Essen meines Erachtens zu Recht hinweist – der Kompetenztitel der Europäischen Union für das Vergaberecht nicht, gerade auch vor dem Hintergrund, dass die Regulierung des Gesundheitswesens nach dem AEUV Sache der Mitgliedsstaaten ist.

Viele der Argumente, die *gegen* die Entscheidung des LSG Essen vorgebracht werden, überzeugen mich nicht. Häufig wird wie folgt argumentiert: Bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V könne ebenso wie bei reinen Zulassungsverträgen der Entgeltcharakter und damit das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages abzulehnen sein. Sowohl § 127 Abs. 2a SGB V als auch die ihr vorgelagerten Regelungen der Abs. 1 und 2 des § 127 SGB V, die einen Vertragsabschluss ohne vorhergehende Ausschreibung im Fall der Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung vorsehen, seien allerdings wegen Verstoßes gegen die europarechtlich vorgegebenen Arten der Vergabeverfahren rechtswidrig.

Das ist ja auch die Argumentation der beiden Vergabekammern des Bundes. Die europarechtlichen Vorgaben zu den Verfahrensarten wären doch aber gar nicht anwendbar, wenn man schon das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages verneint. Ich meine auch, dass es – und das wird ja auch im Beschluss des LSG Essen zitiert – durchaus Anknüpfungspunkte bei Aussagen der Europäischen Kommission zum Kriterium der Bieterauswahl gibt. Die Bieterauswahl und die Einräumung von vertraglichen Exklusivitätsrechten waren übrigens, daran ist man in diesem Zusammenhang zu erinnern, auch für das Bundesversicherungsamt, das ja sehr früh gegen nicht EU-weit ausgeschriebene Rabattverträge von gesetzlichen Krankenkassen Stellung bezogen hat, wesentliche Umstände, um Rabattverträge dem öffentlichen Auftragswesen zuzurechnen. Ein letzter Gesichtspunkt: Art. 32 Richtlinie 2004/18/EG enthält die Aussage, dass diese Verfahren – gemeint sind die Verfahren nach Art. 32 Abs. 3 und 4 – nur zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Wirtschaftsteilnehmern anzuwenden sind, die von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind. Auch das ist meines Erachtens ein Anknüpfungspunkt im europäischen Vergaberecht selbst, aus dem sich ergibt, dass der europäische Gesetzgeber Verfahren, die nicht zu einer Bieterauswahl führen, keinen Riegel vorschieben wollte (zumal die Anzahl der möglichen Rahmenvertragspartner zwar nach unten – mindestens drei –, nicht aber nach oben limitiert ist).

Es wird mit hoher Wahrscheinlichkeit zum 1. Januar 2011 den Zuständigkeitswechsel für das zweitinstanzliche Vergabenachprüfungsverfahren zurück zu den OLG geben. Es ist ganz klar, dass der Beschluss zu § 127 SGB V vom 14. April 2010 zu den Entscheidungen des LSG Essen gehört, die am kontroversesten diskutiert worden sind. Die Fragen des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines öffentlichen Auftrags und der Europarechtskonformität des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V werden also möglicherweise sehr rasch erneut vor die Vergabesenate, nunmehr der Oberlandesgerichte, gebracht werden. Das ist auch völlig legitim. Ich meine nur, dass der deutsche Gesetzgeber gehalten gewesen wäre, die Möglichkeit der Divergenzvorlage vorzusehen, so wie es derzeit noch in § 142a Abs. 4 SGG vorgesehen ist. Zumindest dann, wenn eine grundsätzliche Bedeutung der Sache anzunehmen ist, muss das LSG bei Abweichung von OLG-Entscheidungen dem Bundessozialgericht vorlegen. Eine vergleichbare Regelung ist bisher im Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz für Abweichungen von LSG-Entscheidungen nicht vorgesehen. Ich frage mich, ob Zivil- und Sozialgerichtsbarkeit hier – um bei vergaberechtlichen Kategorien zu bleiben – gleich behandelt werden.

Zuletzt zum Argument der Rechtswegzersplitterung (auch da vielleicht als Gegenthese zu manchem Diskussionsbeitrag des Vormittags): Wir werden im Bereich des Sozialversicherungsrechts nie an einer Zweigleisigkeit des Rechtswegs und des Rechtsschutzes vorbeikommen. Wenn aus der Perspektive eines Versicherten die Frage zu klären ist, ob ein bestimmter Leistungserbringer berechtigt ist, eine Hilfsmittelversorgung vorzunehmen (und zwar so, dass eine Vergütungsschuld der Kasse ausgelöst wird), dann ist das selbstverständlich ein Rechtsstreit, der von den Sozialgerichten zu

entscheiden ist. Nichtsdestotrotz kann das eine Vorfrage im Vergabenachprüfungsverfahren sein. Man wird diese Zweigleisigkeit des Rechtswegs nie beseitigen können. Ich habe auch keinen Zweifel, dass der § 104 Abs. 2 GWB ursprünglich so konzipiert war, dass wirklich alle Fragen im Verhältnis Auftraggeber-Bieter vor die Vergabenachprüfungsverfahren gehören sollten und dort erschöpfend behandelt werden sollten. Nur ist die Rechtsprechung darüber hinweggegangen, weil der Wille des Gesetzgebers für die Gesetzesauslegung nicht allein entscheidend ist. Und der Gesetzgeber hat es versäumt, etwa die OLG-Entscheidungen zum Kartellrecht zum Anlass für Neuregelungen in den §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 und 3 GWB zu nehmen und so das Verhältnis zu § 104 Abs. 2 GWB zu klären. Dies führt meines Erachtens inzwischen dazu, dass man dem aus § 104 Abs. 2 GWB folgenden Konzentrationsgedanken weniger Bedeutung beimessen sollte. Auch Art. 19 Abs. 4 GG ist von vornherein nicht tangiert, wenn nicht alle Rechtsfragen im Vergabenachprüfungsverfahren behandelt werden. Vergegenwärtigt man sich, was eigentlich das Vergabenachprüfungsverfahren ausmacht, dann ist dies aus meiner Sicht das unabhängig von den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags ausgelöste Zuschlagsverbot. Jedenfalls nach meiner Erfahrung ist es so, dass die Vergabekammern sich nicht lange mit der Prüfung aufhalten, ob der eingereichte Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (vgl. § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB). Der Antrag wird regelmäßig an den Auftraggeber übermittelt, und dann gilt das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB. Dieses Vorgehen hat auch seinen guten Sinn. Ich meine allerdings auch, dass es angesichts dieses „quasi-automatischen" Zuschlagsverbots dann auch schnell gehen und das Nachprüfungsverfahren nicht mit Rechtsfragen befrachtet werden sollte, für deren Klärung es nach dem Willen des Gesetzgebers Fachgerichte gibt. Für das Leistungserbringerrecht des SGB V wären dies eben die Sozialgerichte.

# Workshop 2: Vergaben im Sozialbereich (Rechtswegzersplitterung und EU-konforme Anwendung des § 127 Abs. 2 SGB V)

## Zusammenfassung der Aussprache

Zum Auftakt der Diskussion auf dem Podium ging Herr Dr. Hauck zunächst auf die im Entwurf des AMNOG vorgesehene alleinige Zuständigkeit der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit und die Frage ein, was für oder gegen eine Divergenzvorlage spricht.

Herr Dr. Neun habe mit Recht die verfassungsrechtliche Ebene angesprochen und Art. 19 Abs. 4 GG genannt. Zentrale Bedeutung komme insoweit allerdings Art. 95 GG zu; denn es stelle sich die Frage, ob eine Bestimmung, die keine Divergenzvorlagen vorsieht, sondern bewusst so gefasst sei, dass überhaupt nur eine Gerichtsbarkeit abschließend entscheide, mit Art. 95 GG vereinbar sei. Das Bundesverfassungsgericht habe schon früh ausgeführt, das Grundgesetz gehe davon aus, dass alle Gerichtsbarkeiten gleiche Bedeutung haben. Ausfluss dessen sei das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes, und dies führe unmittelbar zu der Möglichkeit, den gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes anzurufen. Demgegenüber habe das Bundeswirtschaftsministerium mit § 124 Abs. 2 GWB einen Weg geschaffen, um das Vergaberecht gegen Einflüsse anderer oberster Gerichtshöfe des Bundes zu immunisieren. Die Frage, ob dieser Weg verfassungskonform sei, wecke erhebliche Zweifel.

In der Folge bat Herr Dr. Hauck zunächst Herrn Baschab, auf die Statements der anderen Podiumsteilnehmer einzugehen. Herr Baschab sprach dabei zunächst den Eindruck der Intransparenz bei der Vertragspraxis der Kassen an. Dieser könne insbesondere dadurch entstehen, dass einige Krankenkassen, wenn sie Rahmenverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V abschließen, offensichtlich niemandem mitteilten, dass sie einen Vertrag abgeschlossen haben. Dies erfolge möglicherweise mit dem Ziel, dass kein anderer beitrete und führe zu Intransparenz und Ungleichbehandlung. Schließlich habe der Gesetzgeber das Beitrittsrecht, das zuvor nicht existierte, nicht umsonst geschaffen. Eine Bekanntgabe von Verträgen könne einfach durch Einstellung von Informationen ins Internet bewirkt werden, und wenn sich jemand beteiligen wolle, könne er das dann auch tun. Vor diesem Hintergrund seien im Wege des § 127 Abs. 2 SGB V zustandekommende Verträge als sinnvoll zu bezeichnen.

Die Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungsverträgen halte die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker in ihrem Tätigkeitsbereich nicht für zweckmäßig. Bezüglich der

Frage, wieweit Standardisierung bei der Hilfsmittelversorgung sinnvoll sei, müsse man differenzieren: Für einfache Leistungen möge diese in Betracht kommen, bei anspruchsvollen Leistungen würde man den Anforderungen der Bedürftigen damit jedoch nicht gerecht.

Hinsichtlich der Frage, ob eine „sozialversicherungsrechtliche Ausschreibung" oder eine Vergabe nach allgemeinen Regeln die richtige Lösung sei, müsse man zu einer klaren Entscheidung kommen. Zwischenlösungen, die Anlass zu Diskussionen über ihre Zulässigkeit geben könnten, erschienen nicht geeignet. Insoweit sei für die Betroffenen Planungssicherheit erforderlich. Den Einschätzungen von Herrn Dr. Neun stimmte Herr Baschab schließlich umfassend zu.

Herr Rehm teilte die Einschätzung, dass Vergaberecht entweder ganz oder gar nicht zur Anwendung kommen sollte: Der diesbezüglich benutzte Begriff „sozialversicherungsrechtliche Ausschreibung" sei noch nicht „fest geprägt". Was Beitrittsmöglichkeiten angehe, so ergebe sich allerdings schon aus dem Gesetzeswortlaut, dass der Inhalt der abgeschlossenen Verträge nur auf Nachfrage den interessierten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden dürfe. Insofern sei schon im Gesetzeswortlaut eher keine Transparenz angelegt.

Herr Dr. Neun zeigt sich ebenfalls skeptisch gegenüber Bestrebungen, eine so genannte „sozialrechtliche Ausschreibung" sui generis vorzunehmen. Wenn man sich im Geltungsbereich des Kartellvergaberechts befinde, sollte man sich auch buchstabengetreu an das Kartellvergaberecht halten. Zuordnungen dieser Art seien allenfalls eine Aufgabe des Gesetzgebers; das Gemeinschaftsrecht lasse wohl gewisse Spielräume für spezifische Regelungen für ein „Gesundheitsvergaberecht" zu. Ein solches existiere momentan jedoch noch nicht. Solange dieses nicht existiere, gebe es nur ein „entweder/oder". Herr Baschab führte ergänzend aus, dass auch die Thematik der §§ 1 ff SGB V im Kontext des AMNOG zu beachten sei. Preisabsprachen würden demnach künftig verboten sein.

In der nunmehr auch auf das Publikum erstreckten Diskussion wurde zunächst die Einschätzung geäußert, das Problem im Bereich der Beitrittsverträge liege offenbar vor allem in der großen Intransparenz dieser Vorgänge. Es könne sogar der Eindruck entstehen, es sei geradezu beabsichtigt, dass möglichst viele Anbieter „draußen blieben", was eigentlich nicht im Sinne der Sache sein könne. Auf diese Weise würden sich die Krankenkassen möglicherweise rechtspolitisch einen „Bärendienst" erweisen, wenn die Verträge derart in Misskredit gerieten.

Herr Rehm erwiderte darauf, diese Entwicklung sei in der Tat nicht im Sinne der Sache.

Die Kassen hätten seit Jahren das Vergaberecht gemieden. Allerdings zeigten erfolgreich durchgeführte Verfahren, dass man erhebliche Wirtschaftlichkeitspotenziale mobilisieren könne, wenn man die Intransparenz verlasse. Herr Baschab ergänzte, es sei

oft sehr schwierig, zu einem Vertrag mit einer Krankenkasse zu gelangen, wenn Verhandlungen bereits mit anderen liefen. In solchen Fällen sei manchmal sogar die Einschaltung von Gerichten erforderlich. Häufig beriefen sich die Kassen auf für sie günstige „Exklusiv-Verträge". Hiergegen helfe oft ein entschlossenes juristisches Vorgehen. Bei allem könne der Eindruck entstehen, dass das Beitrittsrecht in Wahrheit teilweise gar nicht gewollt sei.

Herr Dr. Neun verwies darauf, dass § 127 Abs. 2 Satz 4 SGB V einen Anspruch auf Information nur auf Nachfrage einräume. Das sei möglicherweise rechtspolitisch verfehlt, aber geltendes Recht. Wenn ein Interessierter nachfrage, müsse er umfassend informiert über den oder die vorhandenen Verträge informiert werden. Geschähen dabei Fehler, sei der Rechtsweg eröffnet, und zwar wohl der Sozialrechtsweg. Hierzu gebe es erste Entscheidungen, beispielsweise aus Niedersachsen. Herr Dr. Hauck ergänzte, falls das Bundessozialgericht mit einem derartigen Fall befasst werde, sei die Wahrscheinlichkeit einer Bejahung der Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit hoch.

In weiteren Diskussion wurde aus dem Publikum die Frage gestellt, warum die Krankenkassen so stark an exklusiven Vertragsbeziehungen interessiert seien und ob gegebenenfalls auch andere, z. B. strafrechtliche Sanktionen in Betracht kämen.

Herr Rehm führte dazu aus, Krankenkassen hätten oft ein Interesse daran, eine große Leistungserbringervielfalt bzw. eine Auswahlmöglichkeit zu haben. Ferner spiele die Wirtschaftlichkeit eine große Rolle. In Betracht komme gegebenenfalls ein „zweigleisiges" Vorgehen: Wenn ein hohes Potenzial über einen oder mehrere Leistungserbringer zu erzielen sei, empfehle sich eine Ausschreibung. Wenn man dagegen angesichts des Sicherstellungsauftrags der Kasse und aufgrund der Marktsituation möglichst alle Anbieter gewinnen wolle, könne sich die öffentliche Bekanntmachung eines Vertrags mit Beitrittsaufforderung empfehlen.

Ferner wurde nachgefragt, wie die jüngst anzutreffende Vorgehensweise einer massenhaften anwaltlichen Abmahnung von Verträgen, die ohne erforderliche Ausschrei-

bung zustande gekommen wären, zu beurteilen sei. Die Abmahnung werde dabei auf Rechtsprechung des OLG Köln gestützt, wonach die Ausübung eines Vertrags, der vergaberechtswidrig oder sonst rechtswidrig zustande gekommen sei, wettbewerbsrechtlich untersagt werden könne. Herr Dr. Neun erklärte dazu, er bedaure, dass überhaupt die Möglichkeit eines direkten Rechtswegs im Konkurrentenverhältnis zwischen zwei Bietern bestehe. Die Krux bei solchen wettbewerbsorientierten Verfahren sei, dass der öffentliche Auftraggeber daran gar nicht beteiligt sei. So wisse dieser zunächst möglicherweise gar nicht, dass ein solches Verfahren läuft. Hier komme ernstlich die Möglichkeit der Nebenintervention in Betracht. Trotz der genannten Bedenken bestehe derzeit wohl kein Weg, die Eröffnung eines solchen Rechtswegs zu verhindern. Herr Dr. Hauck ergänzte dazu, der erste Senat des Bundessozialgerichts habe im Zusammenhang mit der Entscheidung DocMorris vom 28. Juli 2008 (B 1 KR 4/08 R) unter anderem auch problematisiert, in welchem Umfang es Aufgabe der ordentlichen Gerichtsbarkeit sein kann, durch Verfahren des UWG Zugaben von Apothekenseite rechtlich zu kontrollieren.

Schließlich wurde allgemein kritisch angesprochen, dass es kontraproduktiv sein könne, einerseits das normalerweise wesentliche Wettbewerbsprinzip voranzustellen, andererseits aber an verschiedenen Stellen des Verfahrens Wettbewerbsparameter auszuschließen oder zu verändern. Wenn man dieses Problem überwinden wolle, müsse man wohl gesetzgeberisch tätig werden und eine Harmonisierung zwischen wettbewerbsrechtlichen und sozialrechtlichen Anforderungen anstreben.

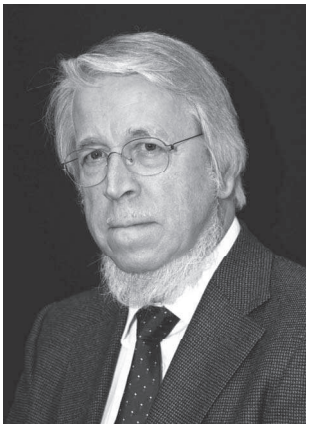
Herr Dr. Neun stimmte diesen Überlegungen prinzipiell zu. Die momentane Rechtslage offenbare den Versuch des Gesetzgebers, den Krankenkassen im Bereich der Leistungserbringerverträge irgendwie einen Weg aufzuzeigen, ohne ein Ausschreibungsverfahren überhaupt noch Verträge mit einzelnen Leistungserbringern schließen zu können. Die Alternative wäre entweder, immer auszuschreiben oder nur noch Kollektivverträge vorzusehen. Die aktuelle Situation sei der Versuch, einen Mittelweg zu eröffnen. Herr Baschab stimmte dieser Einschätzung ebenfalls zu, allerdings mit anderer Begründung: Einerseits sei das Gesundheitswesen hochgradig reguliert, andererseits beschleunige sich der Zeittakt der Reformen in verschiedene Richtungen. Das eigentliche Problem sei die Entscheidungsunfähigkeit der Politik, sich klar und eindeutig festzulegen, welche Lösung sie letztendlich wolle. Daher sei zu erwarten, dass die Rechtsunsicherheiten fortbestehen und weiterhin viele juristische Streitfälle anfallen würden.

Herr Rehm vertrat die Auffassung, das Problem werde auch dadurch erschwert, dass manche Beschaffungen im Gesundheitssektor eine besondere Sensibilität aufwiesen, weil sie unmittelbare Gesundheitsrelevanz hätten. Daher erscheine es sinnvoll, jedenfalls in Bereichen, in denen man keinerlei Risiken eingehen könne, eine „Vollversorgung" vorzusehen und bei der Zulassung des Wettbewerbs eher vorsichtig zu agieren.

In einer Schlussrunde bekräftigte Herr Baschab nochmals, dass er im Wege des § 127 Abs 2 SGB V geschlossene Verträge für einen richtigen Weg halte und der Gesetzgeber diese Möglichkeit offenbar auch nicht abschaffen wolle. Herr Rehm betonte, die Kassen müssten in Zeiten, in denen sie die Beiträge zugewiesen bekommen, sehr stark auf ihre Ausgaben achten Daher spiele die Wirtschaftlichkeit für sie eine herausragende Rolle. § 127 SGB V werde insoweit weder den rechtlichen Rahmenbedingungen noch den Interessen der Kassen wirklich gerecht. Herr Dr. Neun betonte mit Blick auf die anwesenden Vertreter der Justiz, aus seiner Sicht erscheine es besonders wichtig, den Leistungserbringerbereich der gesetzlichen Krankenkassen auch weiterhin als *besonderen* Markt wahrzunehmen, und zwar unabhängig davon, in welcher vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanz darüber zu entscheiden sei.

Schließlich resümierte Herr Dr. Hauck, im Rahmen des Workshops habe sich bestätigt, dass die Thematik des Sozialvergaberechts ein Zukunftsthema sei, das die beteiligten Kreise auch in den kommenden Jahren weiter beschäftigen werde. Was die Frage der Europarechtskonformität des 127 Abs. 2 SGB V angehe, bestehe sicherlich Übereinstimmung, dass insoweit ein Vorrang des europäischen Rechts gegeben sei. Es sei aber noch zu klären, welche Vorgaben das europäische Recht insoweit setze. Diesbezüglich beständen unterschiedliche Positionen, die alle mit respektablen Gründen vorgetragen würden. Abschließend dankte Herr Dr. Hauck allen Podiumsteilnehmern und Diskutanten im Publikum für ihre engagierten Beiträge.

# Workshop 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen



## Moderation und Einführung

**Uwe Scharen**

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof i. R.

Laut Definition in der EU-Richtlinie 2004/18/EG sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Die Wortwahl „abweichen" könnte suggerieren, dass Dienstleistungskonzessionen keine öffentlichen Aufträge sind. Schaut man sich die Definition für öffentliche Aufträge an, wird man jedoch eines Besseren belehrt. Mit dem Konzessionsvertrag gibt die öffentliche Hand die Erbringung von Dienstleistungen in Auftrag, die sie ansonsten selbst erbringen müsste. Durch die Übertragung des Nutzungsrechts und gegebenenfalls die zusätzliche Zahlung eines Geldbetrags erbringt sie eine geldwerte Gegenleistung, so dass alle Voraussetzungen für einen öffentlichen Auftrag erfüllt sind. Damit stellt sich die Frage, warum Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich anders behandelt werden sollten als sonstige Dienstleistungsaufträge.

Der EuGH hat sich den Grund hierfür im Wege einer historischen Auslegung der damals einschlägigen Richtlinie erschlossen: Nicht alle Mitgliedsstaaten hätten die Anwendung der strengen Vergaberegeln der Richtlinie auch für Dienstleistungskonzessionen gewollt. Das ist eine Argumentation, die durchaus als aus dem Rahmen fallend bezeichnet werden kann angesichts der sonstigen Begründungslinie des EuGH. Denn üblicher Weise stellt der EuGH auf den Zweck einer Vorschrift ab. Auch die EU-Richtlinie 2004/18/EG, seit der sogar durch ausdrückliches Richtlinienrecht Dienstleistungskonzessionen vom normalen europäischen Vergaberegime ausgenommen sind, hat der Argumentation des EuGH nichts hinzugefügt, sondern dessen Rechtsprechung nur aufgegriffen. Damit steht aus europäischer Sicht jedenfalls im Raum, ob es auch

einen sachlichen Grund gibt, dass Dienstleistungskonzessionen der öffentlichen Hand nur an den sogenannten Grundfreiheiten des EU-Vertrags und dem daraus abgeleiteten Transparenzgebot gemessen werden dürfen, und das wohl auch nur, wenn sie die insoweit vom EuGH für notwendig erachtete sogenannte Binnenmarktrelevanz aufweisen, was allerdings fast immer der Fall sein dürfte.

Nimmt man das nationale Recht in den Blick, ergeben sich eher noch weitere Fragen. Wenn man sich vergaberechtlicher Ausdrucksweise bedienen möchte, so könnte man sagen, dass das europäische Richtlinienrecht nur die Mindestbedingungen für das nationale Vergaberecht festlegt. Strengere nationale Regeln sind oder wären also durchaus europarechtskonform. Die vergaberechtliche Gleichbehandlung einer Dienstleistungskonzession mit anderen Dienstleitungsaufträgen ist oder wäre deshalb auf nationaler Ebene wohl durchaus möglich. Eine – wie ich es nennen möchte – Fokussierung der veröffentlichten Meinung auf das europäische Regelwerk und die Rechtsprechung des EuGH hierzu hat es jedoch mit sich gebracht, dass man in Deutschland hierüber erst gar nicht reflektiert oder sogar angenommen hat, die Dienstleistungskonzession sei auch vom GWB ausgenommen. Der Bundesgerichtshof hat sich für das bis 2009 geltende GWB dieser Auffassung nie angeschlossen. Er hat insoweit nur von einer – so wörtlich – „weitverbreiteten" Meinung gesprochen. Angesichts des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts könnte diese Bewertung für das nun geltende nationale Recht allerdings anders ausfallen. Denn § 99 Abs. 1 GWB benennt zwar Bauverträge und Baukonzessionen nebeneinander als öffentliche Aufträge, im Hinblick auf Dienstleistungen jedoch nur Dienstleistungsaufträge und Auslobungen, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Das OLG Düsseldorf hat hieraus auch schon gefolgert, dass jedenfalls nach nunmehrigem nationalem Recht die Erteilung einer Dienstleistungskonzession nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts anzusehen sei. Selbst wenn man dem beitritt, bleibt aber auch national die Frage nach der sachlichen Berechtigung dieser Sonderbehandlung.

Vorrangig diese Frage möchte ich deshalb mit den Herren hier am Tisch und Ihnen allen diskutieren, zumal auch bei der Kommission Überlegungen in diese Richtung im Gange sind. Gibt es beispielweise eine wirtschaftliche Sinnhaftigkeit oder gar Notwendigkeit, Dienstleistungskonzessionen vom normalen Vergaberegime auszunehmen? Was bringt diese Ausnahme der öffentlichen Hand und/oder den Interessenten? Dabei sollte natürlich auch berücksichtigt werden, dass die Grundfreiheiten und das Transparenzgebot regelmäßig eine echte Freiheit bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gar nicht zulassen, und ferner, dass in jedem Fall Abgrenzungsschwierigkeiten zu bewältigen sind. Wenn ich die EuGH-Rechtsprechung richtig verstanden habe, dann muss das überhaupt übertragbare Risiko, das ohne Vergabe der Dienstleistung an einen Dritten der Auftraggeber zu tragen hätte, vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil von dem Auftragnehmer übernommen werden. Eine vollständige Verlagerung dieses Risikos wird sich bei den

einschlägigen Geschäften selten bis gar nicht verwirklichen lassen. Wo zieht man dann die Grenze, von der ja auch abhinge, welcher Rechtsschutz erlangt werden kann?

Für den Fall, dass sich unter diesen Umständen kein signifikanter Gesichtspunkt für eine Sonderbehandlung von Dienstleistungskonzessionen feststellen lässt, wären dann aber auch die sachgerechten Konsequenzen de lege ferenda zu erörtern. Das kann wiederum aus europäischer wie aus nationaler Sicht diskutiert werden. Dabei dürfte auch diskussionswürdig sein, ob ein Ausschluss vom GWB-Vergaberechtsschutz nach unserem nationalen Rechtsverständnis von ausreichendem Rechtsschutz hinnehmbar ist.

**Zusammenfassung der Diskussion:**

Wie bei den Referenten überwog auch bei den Teilnehmern an der lebhaften Diskussion die Meinung, dass ein sachlicher Grund für die/eine vergaberechtliche Sonderbehandlung von Dienstleistungskonzessionen nicht bestehe und auch deren Vergabe vergaberechtlich geregelt werden solle. Hinsichtlich der Frage, ob eine europäische oder eine nationale Regelung sinnvoll sei, und hinsichtlich des materiellen Inhalts einer solchen Regelung (Gleichbehandlung mit Dienstleistungsaufträgen; Behandlung wie Baukonzessionen; Nutzung der Regeln der SektVO) ergab sich kein einheitliches Stimmungsbild. Was den Rechtsschutz anbelangt, befürworteten auch die Teilnehmer, die sich für die Aufrechterhaltung der Ausnahme vom Richtlinienregime aussprachen, eine Gleichstellung mit Dienstleistungsaufträgen.

# Workshop 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

## Einführung

**Prof. Dr. Michael Kling**

Philipps-Universität Marburg

### A. Die geltende Rechtslage

*I. Begriff*

(Öffentliche) „Dienstleistungskonzessionen" werden als Verträge definiert, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (so die Definitionen in Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG und Art. 1 Abs. 3 lit. b RL 2004/17/EG).[1]

Die in Betracht kommenden Fallgestaltungen sind denkbar vielgestaltig. Der EuGH hat eine Dienstleistungskonzession unter anderem in Fällen angenommen, in denen das Entgelt des Dienstleistungserbringers aus Zahlungen der Nutzer eines öffentlichen

[1] Siehe dazu EuGH v. 10. 09. 2009 – Rs. C-206/08, NZBau 2009, 729 Tz. 51 – WAZV Gotha/Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH: „[51]Aus dem Vergleich dieser beiden Definitionen geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 2005, I- 8585 = NZBau 2005, 644 [NZBAU Jahr 2005 Seite 647 Rdnr. 39] = EuZW 2005, EUZW 727 – „Parking Brixen"), während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises."

Parkplatzes (Rs. Parking Brixen)[2], eines öffentlichen Verkehrsdienstes (Rs. ANAV)[3] und eines Kabelfernsehnetzes (Rs. Coditel Brabant)[4] stammte.

### *II. Vergaberechtlicher Rahmen – Vergaberichtlinien und Kartellvergaberecht*

Unstreitig werden die Dienstleistungskonzessionen von den aktuellen Vergaberichtlinien – der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG[5] und der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG[6] – nicht erfasst.

Gleiches gilt nach der letzten Reform des Kartellvergaberechts des GWB auch für das deutsche Vergaberecht. Denn durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23. 04. 2009[7] wurde die Baukonzession in § 98 Nr. 6 GWB aufgenommen, die vorher lediglich im untergesetzlichen Vergaberecht der VgV und der VOB/A enthalten war. Die Dienstleistungskonzession aber wurde vom deutschen Gesetzgeber bewusst ausgespart.[8]

### *III. Die Rechtsprechung des EuGH zur Transparenzpflicht*

#### 1. Grundaussagen

Der EuGH hat erstmals in dem Urteil „Telaustria"[9] aus dem Jahr 2000 entschieden, dass Dienstleistungskonzessionen ausgeschrieben werden müssen – und dies, obwohl sie auch damals nicht in den Anwendungsbereich der früheren Vergaberichtlinien fielen. Zur Begründung gab der EuGH an, die Auftraggeber hätten „(…) die Grundregeln des Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten, das insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt." Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz

---

[2] EuGH v. 13. 10. 2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 = NZBau 2005, 644.

[3] EuGH v. 06. 04. 2006 – C-410/04, Slg. 2006, I-3303 = NZBau 2006, 326.

[4] EuGH v. 13. 11. 2008 – C-324/07, Slg. 2008, I-8457 = NZBau 2009, 54.

[5] Art. 17: „Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 3 gilt diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen gemäß Artikel 1 Absatz 4."

[6] Art. 18: „Diese Richtlinie gilt nicht für die Bau- oder Dienstleistungskonzessionen, die von Auftraggebern, die eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß den Artikeln 3 bis 7 ausüben, zum Zwecke der Durchführung dieser Tätigkeiten vergeben werden.

[7] BGBl. I, S. 2426

[8] Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117, S. 17. In der Gesetzesbegründung zu § 99 Abs. 1 GWB heißt es dazu: „**Zu Buchstabe a** (Absatz 1) Die Definition des öffentlichen Auftrages in Satz 1 wird um die Baukonzessionen ergänzt, denn auch Baukonzessionen sind öffentliche Aufträge. Damit wird zugleich klar, **dass Dienstleistungskonzessionen** – wie auch in den EG-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG **nicht vom Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB erfasst sind**. Für die Abgrenzung von Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen kann Absatz 6 Satz 2 herangezogen werden. Jedenfalls legen dies der Wortlaut von Artikel 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG und von Artikel 1 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2004/18/EG nahe."

[9] EuGH, Urt. v. 07. 12. 2000 - Rs. C-324/98, NZBau 2001, 48 2. und 3. Leitsatz – Telaustria; siehe ferner EuGH, Urt. v. 21. 07. 2005 – Rs. C-231/03, NZBau 2005, 592 – Consorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.); EuGH v. 13. 10. 2005 – Rs. C-458/03, NZBau 2005, 644 – Parking Brixen.

müsse „der Auftraggeber zu Gunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden". Die rechtlichen Anknüpfungspunkte für die Verpflichtung zu Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung sind die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EG) und die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EG), also Vorschriften des unmittelbar geltenden Primärrechts. Deshalb wird seit einiger Zeit – terminologisch unbefriedigend – von „Vergabeprimärrecht" gesprochen.

Die Begründung der Rechtsprechung für die von ihr „kreierte" Transparenzpflicht ist denkbar einfach: Der EuGH[10] hebt – durchaus zu Recht –[11] hervor, dass es sich nicht ausschließen lässt, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen an der Erbringung der betreffenden Dienstleistungen interessiert gewesen wären. Wird aber eine öffentliche Dienstleistungskonzession weder bekannt gemacht noch ausgeschrieben, so liegt darin eine zumindest potentielle Diskriminierung zu Lasten der Unternehmen aus den anderen Mitgliedstaaten, die daran gehindert werden, von der im Vertrag vorgesehenen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.[12] Verboten ist danach insbesondere die „ohne jede Transparenz erfolgende Vergabe" von Konzessionen. Die zitierte Rechtsprechung gilt insbesondere auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.[13]

2. Verzicht auf Transparenz bei fehlendem Interesse EU-ausländischer Unternehmen

Ein Verzicht auf eine Ausschreibung kommt nach der Rechtsprechung des EuGH nur in den Fällen in Betracht, bei denen „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat … niedergelassen ist, kein Interesse an der in Rede stehenden Konzession hätte und dass die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu unmittelbar wären, als dass auf eine Verletzung dieser Freiheiten geschlossen werden könnte".[14] Es handelt sich dabei um eine vom EuGH außerhalb vergaberechtlicher

[10] EuGH v. 13. 10. 2005 – Rs. C-458/03, NZBau 2005, 644 Rn. 55 – Parking Brixen.

[11] In dogmatischer Hinsicht ist es allerdings sehr bedenklich, dass der EuGH die von ihm sonst befürwortete „Sperrwirkung" der Richtlinie für die Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts ablehnt.

[12] Vgl. in diesem Sinne EuGH v. 21. 07. 2005 – Rs. C-231/03 Rn. 17 NZBau 2005, 592 – Co.Na.Me.

[13] Vgl. zur Geltung des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG (aktuell Art. 18 AEUV) RegE VgRÄG BTDrucks. 13/9340, S. 15.

[14] EuGH, a.a.O. Rn. 20.

Fallgestaltungen entwickelte, überkommene Tatbestandsreduktion der Grundfreiheiten, die insgesamt betrachtet nur relativ selten zur Anwendung gelangt.[15]

Die Frage nach dem Bestehen des Interesses EU-ausländischer Unternehmen an der zu vergebenden Konzession ist vom Auftraggeber im Einzelfall zu beurteilen. Im Zweifel sollte die öffentliche Bekanntmachung erfolgen, um dem Transparenzgrundsatz und den europäischen Grundfreiheiten hinreichend Rechnung zu tragen. Nur bei geringen Auftragswerten – die weit unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien liegen – dürfte das notwendige wirtschaftliche Interesse für den Regelfall auszuschließen sein; selbst hier kann es nach Auffassung des EuGH (siehe das Urteil „SECAP") vorliegen, wenn die Grenzen zweier Mitgliedstaaten durch Ballungsräume verlaufen.[16]

3. Unterschwellenmitteilung der Kommission

Die EG-Kommission hat im Juni 2006 eine „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen",[17] vorgelegt. Darin erläutert sie ihr Verständnis der Rechtsprechung des EuGH zu den vergaberechtlichen Folgerungen aus dem EG-Primärrecht. Die Mitteilung betrifft zwar die Dienstleistungskonzessionen nicht unmittelbar; die dort genannten, aus dem europäischen Primärrecht entwickelten Grundsätze sind aber grundsätzlich auf Dienstleistungskonzessionen übertragbar.

Die gegen diese Mitteilung gerichtete Nichtigkeitsklage der Bundesregierung vor dem EuG ist zu Recht wegen Unzulässigkeit erfolglos geblieben.[18] Es bleibt somit bei dem

---

[15] Siehe dazu aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH v. 07.03.1990 – Rs. C-69/88 Slg. 1990, I-853 Rn. 11 – Krantz; EuGH v. 21.09.1999 – Rs. C-44/98 Slg. 1999, I-6269 Rn. 16 – BASF; EuGH v. 12.09.2002 – Rs. C-431/01 Slg. 2002, I-7073 Rn. 34 – Mertens. Die genannte Tatbestandsreduktion ist älter als die gleichfalls auf eine Tatbestandsreduktion abzielende Rechtsprechung des EuGH im Fall „Keck und Mithouard" (Urt. v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 Slg. 1993, I-6097), durch diese aber nicht obsolet geworden, wie sich aus den angeführten Judikaten aus der Zeit nach 1993 ergibt.

[16] EuGH v. 15. 05. 2008 – verb. Rss. C-147/06 und C-148/06, Slg. 2008, I-3565 Rn. 30 f – SECAP: „30 Grundsätzlich ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers, vor der Festlegung der Bedingungen der Vergabebekanntmachung ein etwaiges grenzüberschreitendes Interesse an einem Auftrag zu prüfen, dessen geschätzter Wert unter dem in den Gemeinschaftsvorschriften vorgesehenen Schwellenwert liegt, wobei diese Prüfung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. [31] Es ist jedoch zulässig, in einer nationalen oder örtlichen Regelung objektive Kriterien aufzustellen, die für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse sprechen. Als ein solches Kriterium kommt insbesondere ein Auftragswert von gewisser Bedeutung in Verbindung mit dem Ort der Ausführung der Arbeiten in Betracht. Auch wäre es möglich, ein solches Interesse auszuschließen, wenn der fragliche Auftrag z. B. eine sehr geringe wirtschaftliche Bedeutung hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Juli 2005, Coname, C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 20). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Grenzen manchmal durch Ballungsräume verlaufen, die sich über das Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten erstrecken, so dass unter solchen Umständen selbst an Aufträgen mit einem niedrigen Auftragswert ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann." – siehe dazu auch *Diehr*, VergabeR 2009, 719 (728).

[17] ABl.EU Nr. C 179 v. 01. 08. 2006, S. 2.

[18] EuG v. 20. 05. 2010 – T-258/06, NZBau 2010, 510 Tz. 162 – Bundesrepublik Deutschland/Kommission. Die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage ergab sich daraus, dass die Mitteilung der Kommission keine neuen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthielt, die über die Verpflichtungen hinausgingen, die sich aus dem bestehenden Gemeinschaftsrecht (und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH) ergeben.

Befund: Dienstleistungskonzessionen müssen im Regelfall in einem transparenten Vergabeverfahren vergeben werden.

## B. Kritik am gegenwärtigen Rechtsstand

Wenn uns die gegenwärtige Rechtslage bei den Dienstleistungskonzessionen allseits Befriedigung verschaffen würde, dann gäbe dieses Podium heute vermutlich nicht. Die Frage lautet deshalb: Was soll geschehen und wenn ja durch welchen Akteur?

Meine rechtspolitische Forderung lautet:

> *Bei der nächsten Novelle der europäischen Vergaberichtlinien sollte die Dienstleistungskonzession als ausschreibungspflichtiger Tatbestand in die Vergaberichtlinien aufgenommen werden. Dabei kann man sich an den bestehenden Regelungen für Baukonzessionen orientieren.*

An dieser Stelle möchte ich daran erinnern, dass die Kommission bereits in den Jahren 1989 – 1991[19] – im Vorfeld der Schaffung der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG – entsprechende Entwürfe vorgelegt hat. Damals wurde die parallele Regelung von Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen in Entsprechung der Parallelität von Bauaufträgen und Baukonzessionen als ausschreibungspflichtige Tatbestände vor dem Hintergrund der Forderung nach einem kohärenten Vergaberecht offensichtlich als eine Selbstverständlichkeit betrachtet.[20]

So hieß es beispielsweise dazu in einem frühen Papier des Beratenden Ausschusses vom Januar 1989[21]:

> *„Konzessionsverträge, die nicht bereits durch den neuen Artikel 1(d) der Richtlinie 71/305/EWG als öffentliche Baukonzessionen erfaßt sind, sind Dienstleistungsaufträge. Sie sind im Wesentlichen gleicher Art, obwohl die Dienstleistung hier direkt an die Allgemeinheit anstatt an die öffentliche Verwaltung erbracht wird. Die für Dienstleistungskonzessionen einzuführenden Vorschriften können deshalb im Wesentlichen die gleichen sein wie für öffentliche Baukonzessionen. Es ist deshalb vorgesehen, diese Verträge getrennt zu behandeln und die Bekanntmachungsvorschriften sowohl für die beabsichtigte Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wie auch für die Vergabe von Aufträgen durch den Konzessionär zur Anwendung zu bringen."*

---

[19] Siehe die Unterrichtung durch die Bundesregierung „Hintergrundpapier der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine EG-Richtlinie: Öffentliches Auftragswesen im Dienstleistungsverkehr", BR-Drucks. 146/89 v. 08.03.1989; ferner die Unterrichtung durch die Bundesregierung „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge" v. 10. 01. 1991, BR-Drucks. 13/91.

[20] Sie z. B. Ziff. 69 des Richtlinienentwurfs, BR-Drucks. 13/91, S. 28: „Die Richtlinie behandelt öffentliche Dienstleistungskonzessionen nach den gleichen Grundsätzen, die unter der Baukoordinierungsrichtlinie für öffentliche Baukonzessionen gelten."

[21] Beratender Ausschuss für Öffentliches Auftragswesen „Öffentliches Auftragswesen im Dienstleistungsbereich: Anwendungsbereich einer EG-Richtlinie" v. 13. 01. 1989, BR-Drucks. 146/89, Anlage 1, S. 50 f.

Der Richtlinienvorschlag der Kommission[22] ging in dieselbe Richtung. So lautete Ziff. 6 der Zusammenfassung der Begründung wie folgt:

> *„Auch öffentliche Dienstleistungskonzessionen fallen wegen ihrer großen und weiter wachsenden Bedeutung in vielen Teilen der Gemeinschaft unter die Richtlinie. Es handelt sich dabei um Verträge, mit denen öffentliche Auftraggeber einer anderen Stelle die Durchführung einer Dienstleistung an die Öffentlichkeit übertragen. Jüngste Erfahrungen zeigen, dass Konzessionen dieser Art ein beträchtliches Potential für grenzüberschreitende Geschäfte darstellen. Allerdings gelten für diese Konzessionen nur die Veröffentlichungsvorschriften der Richtlinie."*

Der deutsche Bundesrat hatte seinerzeit keine grundsätzlichen Einwände. Er forderte insoweit lediglich eine weitere Konkretisierung der Begriffe „öffentlicher Dienstleistungsauftrag" und „öffentliche Dienstleistungskonzession". Weiter müsse in jedem Fall „eindeutig ausgeschlossen werden, dass hoheitliches Handeln, z. B. die Erteilung von Genehmigungen und Erlaubnissen, in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen wird".[23]

Der EuGH hat in der Entscheidung „Telaustria"[24] dezidiert zu der Entstehungsgeschichte Stellung genommen. Darin heißt es wörtlich:

> *„46. Die Kommission hatte sich sowohl in ihrem Vorschlag vom 13. 12. 1990 als auch in dem von ihr am 28. 08. 1991 vorgelegten geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (91/C 250/05, ABlEG 1991 Nr. C 250, S. 4; nachstehend: Vorschlag vom 28. 08. 1991), die zum Erlass der Richtlinie 92/50/EWG, die für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Allgemeinen gilt, führten, ausdrücklich dafür ausgesprochen, in deren Anwendungsbereich die öffentliche Dienstleistungskonzession einzubeziehen.*
>
> *47. Sie rechtfertigte diese Aufnahme mit der Absicht, kohärente Vergabeverfahren einzuführen, und führte in der zehnten Begründungserwägung des Vorschlags vom 13. 12. 1990 aus, öffentliche Dienstleistungskonzessionen (müssten) von dieser Richtlinie in der gleichen Weise erfasst werden wie öffentliche Baukonzessionen von der Richtlinie 71/305/EWG. Zwar war die Bezugnahme auf die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. 07. 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABlEG Nr. L 185, S. 5) in der zehnten Begründungserwägung des Vorschlags vom 28. 08. 1991 nicht mehr enthalten,*

---

[22] KOM(90) 372 endg., ABl. EG Nr. C 23 v. 31. 01. 1991, S. 1 = Ratsdok. 10958/90, wiedergegeben in BR-Drucks. 13/91. Der geänderte Vorschlag v. 30. 08. 1991, KOM(91) 322 endg., ABl. EG 1991 Nr. C 250, S. 4 (auch online abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/RECH_reference_pub.do) enthält die Definition des Begriffs „öffentlichen Dienstleistungskonzession" in Art. 1 lit. h und die Vorschriften betreffend die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in Art. 4 (der in Abs. 4 auch Regelungen für die Vergabe von Aufträgen an Dritte durch Konzessionäre enthält).

[23] Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse v. 07. 03. 1991, Ziff. 8, BR-Drucks. 13/1/91, S. 4.

[24] EuGH v. 07. 12. 2000 – Rs. C-324/98, NZBau 2001, 148 Tz. 46 ff. – Telaustria.

*doch wurde auch dort die Zielsetzung, kohärente Vergabeverfahren einzuführen, ausdrücklich weiter erwähnt.*

*48. Im Gesetzgebungsverfahren strich jedoch der Rat sämtliche Bezugnahmen auf Dienstleistungskonzessionen, insbesondere weil auf Grund der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Übertragung von Befugnissen bei der Verwaltung von öffentlichen Dienstleistungen sowie hinsichtlich der Einzelheiten dieser Befugnisübertragung eine große Unausgewogenheit hinsichtlich der Zugangsmöglichkeiten zu diesen Konzessionsaufträgen entstehen würde (Dokument Nr. 4444/92 ADD 1 vom 25. 02. 1992, Begr. des Rates Nr. 6, das dem Gemeinsamen Standpunkt vom selben Tag beiliegt).*

*49. In ähnlicher Weise hat der Rat bereits den Standpunkt verworfen, den die Kommission in dem am 18. 07. 1989 vorgelegten geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (89/C 264/02, ABlEG 1989, Nr. C 264, S. 22), der zum Erlass der Richtlinie 90/531/EWG, der ersten Vergaberichtlinie für diesen Sektor und Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 93/38/EWG, führte, vertreten hatte; in diesen Vorschlag hatte die Kommission für die genannten Sektoren ebenfalls einige Vorschriften über öffentliche Dienstleistungskonzessionen aufgenommen.*

*50. Wie sich allerdings aus Nr. 10 des Dokuments Nr. 5250/90 ADD 1 vom 22. 03. 1990, Begründung des Rates, das dessen Gemeinsamen Standpunkt vom selben Tag zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor beiliegt, ergibt, begründete der Rat die Zurückweisung dieses Vorschlags der Kommission, in die Richtlinie 90/531/EWG Regelungen über öffentliche Dienstleistungskonzessionen aufzunehmen, damit, dass es solche Konzessionen nur in einem einzigen Mitgliedstaat gebe und dass es nicht angebracht sei, sie ohne eingehende Untersuchung der in den Mitgliedstaaten bestehenden verschiedenen Konzessionsregelungen für diese Bereiche zu regeln.*

*51. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Kommission nicht vorgeschlagen hat, die Dienstleistungskonzessionen in ihren am 27. 09. 1991 vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/531/EWG betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (91/C 337/01, ABlEG 1991, Nr. C 337, S. 1) aufzunehmen, die später zum Erlass der Richtlinie 93/38/EWG führte.“*

Obgleich die Kommission seinerzeit „mit Bedauern“ die gegen die Aufnahme der Dienstleistungskonzession in die Dienstleistungsrichtlinie gerichtete Auffassung des

Rates letztlich anerkannte,[25] hat sich nach meinem Dafürhalten hat sich an der sachlichen Berechtigung der ursprünglich von der Kommission ins Auge gefassten Lösung nichts geändert. Das Bedürfnis nach einer „Kohärenz des Vergaberechts" besteht mehr denn je. Das zeigen die nach wie vor bestehenden beträchtlichen Probleme bei der Abgrenzung zwischen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen sehr deutlich.[26]

Die vom Rat seinerzeit erhobenen Bedenken[27] waren zum Teil recht undeutlich formuliert und sachlich schon damals insofern nicht überzeugend, als die als Problem angesehene „Befugnisübertragung durch Hoheitsakt" ohne weiteres durch Herausnahme von Hoheitsakten aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie hätte bewältigt werden können.

Dienstleistungskonzessionen sind – wie Baukonzessionen auch – funktional betrachtet öffentliche Aufträge, da sie der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand dienen (wenn auch mit Bezug auf die Daseinsvorsorge, d. h. zur Versorgung der Allgemeinheit).[28] Der BGH hat in einem *obiter dictum* einmal angedeutet, dass man die Dienstleistungskonzession unter den Tatbestand des öffentlichen Auftrags gemäß § 99 Abs. 1 GWB (2005) fassen könne.[29] Diese Auffassung ist zwar durch das Handeln des GWB-Reformgesetzgebers überholt (s.o. A. II.), war aber in der Sache völlig richtig.[30]

---

[25] Mitteilung an das Europäische Parlament betreffend den Gemeinsamen Standpunkt, SEK[92] 406 endg. v. 05. 03. 1992, zitiert nach Fn. 15 der Schlussanträge des GA *Fennelly* v. 18. 05. 2000 in der Rs. C-324/98 – Telaustria.

[26] Siehe nur die Rechtsprechung des EuGH aus den letzten beiden Jahren: EuGH v. 06. 05. 2010 – Rs. C-145/08, NZBau 2010, 506 – Club Hotel Loutraki AE u.a.; EuGH v. 10. 09. 2009 – Rs. C-573/07, NZBau 2009, 797 – Sea Srl/Comune di Ponte Nossa – Se.T.Co. SpA; EuGH v. 10. 09. 2009 – Rs. C-206/08, NZBau 2009, 729 – WAZV Gotha/Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH; EuGH v. 13. 04. 2010 – Rs. C-91/08, NZBau 2010, 382 – Wall AG/Stadt Frankfurt a.M.; siehe ferner folgende Urteile der nationalen Rechtsprechung: OLG Jena v. 11. 12. 2009 – 9 Verg 2/08, VergabeR 2010, 705 – WAZV Gotha; OLG Düsseldorf v. 21. 07. 2010 – VII-Verg 19/10, Verg 19/10 (juris); OLG Brandenburg v. 12. 1. 2010 – VergW 7/09, VergabeR 2010, 699; OLG München, Vorlagebeschluss v. 02. 07. 2009 – Verg 5/09, NZBau 2009, 666 – Zweckverband Passau.

[27] Siehe Tz. 48 des „Telaustria"-Urteils und Fn. 15 der Schlussanträge des GA Fennelly in derselben Sache.

[28] Vgl. aber auch den Geänderten Richtlinienvorschlag der Kommission v. 30. 08. 1991 KOM(91) 322 endg. Ziff. 15 (S. 7.): „Eine öffentliche Dienstleistungskonzession betrifft die Erbringung einer Dienstleistung für die Öffentlichkeit, ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag hingegen die Erbringung einer Dienstleistung für eine öffentliche Stelle. Ein Konzessionär geht das finanzielle Risiko bei der Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung wegen der damit verbundenen Möglichkeit der Gewinnerzielung ein, während ein Auftragnehmer versucht, seinen Gewinn in dem durch den Preis für die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung vorgegebenen engeren Rahmen zu erzielen."

[29] BGH v. 01. 12. 2008 – X ZB 31/08, WRP 2009, 211 (213) – Rettungsdienstleistungen.

[30] Siehe insoweit auch den o.g. Richtlinienentwurf der Kommission KOM(90) 372 endg., BR-Drucks. 13/91, S. 13, wo ausgeführt wird, dass Dienstleistungskonzessionen unter den Begriff des „gegenseitigen Vertrags" fallen.

## C. Die Argumente für eine Kodifizierung der Dienstleistungskonzession in den künftigen materiellen Vergaberichtlinien (VKR und SKR)

Da *de lege lata* an der Ausklammerung der Dienstleistungskonzession aus den vergaberechtlichen Rechtsvorschriften nicht zu rütteln ist, bezieht sich meine o. g. Forderung auf ein Tätigwerden des Richtliniengebers *de lege ferenda*.

(In einem möglichen Alleingang des deutschen Gesetzgebers sehe ich hingegen keinen rechten Sinn, weil man hier die Relevanz der Dienstleistungskonzession für den Binnenmarkt – also grenzüberschreitendes Anbieten von Dienstleistungen – im Blick behalten sollte).

An dieser Stelle seien einige Argumente für eine künftige Aufnahme der Dienstleistungskonzession in die Vergaberichtlinien genannt:

- Die Baukonzession ist im Vergaberecht geregelt, die Dienstleistungskonzession nicht. Es gibt jedoch keinerlei sachliche Unterschiede, die eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen würde. Es geht jeweils um eine staatliche Nachfrage nach entgeltlichen Leistungen von erheblichem wirtschaftlichem Wert, wobei die Refinanzierung des Auftragnehmers über Dritte erfolgt. Ein kohärentes Vergaberecht bedeutet: Entweder beide Fälle werden dem Begriff des öffentlichen Auftrags zugeordnet oder beide nicht. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der staatlichen Nachfrage und der permanent leeren öffentlichen Kassen (was Konzessionsverträge für den Staat attraktiv macht), ist allein Ersteres richtig. Vor diesem Hintergrund ist es erfreulich, dass unlängst auch der deutsche Baurechtstag für eine Kodifikation der Dienstleistungskonzession auf europäischer Ebene votiert hat – wenn auch nur mit knapper Mehrheit.
- Der EuGH wird sicherlich nicht von seiner Rechtsprechung abrücken, wonach eine grundsätzliche Bekanntmachungspflicht aus den EG-primärrechtlichen Grundfreiheiten folgt. Dann kann man aber auch gleich die sprichwörtlichen „Nägel mit Köpfen" machen und die Sache dort regeln, wo sie hingehört, nämlich in den Vergaberichtlinien. Damit würde dem europäischen Transparenzgrundsatz zumindest für die Vergaben oberhalb der Schwellenwerte in adäquater Weise Rechnung getragen.
- Weiter ist zu konstatieren, dass sich der Europäische Gerichtshof in den letzten Jahren immer wieder schwierigen Abgrenzungsfragen betreffend Dienstleistungskonzessionen beschäftigen musste (allein in den Jahren 2009 und 2010 ergingen vier wichtige Entscheidungen des EuGH dazu; mindestens eine weitere Vorlageentscheidung steht aus). Die hohe Frequenz der Urteile ist nicht verwunderlich, da das primäre Gemeinschaftsrecht – d. h. die Artt. 49, 56 AEUV – nur sehr vage Vorgaben enthält. Nimmt man den Umstand hinzu, dass die nationalen Vergabegerichte in den Details unterschiedliche Auffassungen vertreten, kann der gegenwärtige Rechtsstand nur als ganz unbefriedigend bezeichnet werden. Im

Rahmen einer künftigen Novellierung könnte man wenn nicht sämtliche, so doch zumindest einen Teil der problematischen Punkte in den Vergaberichtlinien verbindlich regeln. Hier ist vor allem an das Problem der beschränkten Risikotragung durch den Konzessionär zu denken, das die Gerichte zunehmen beschäftigt und das derzeit Gegenstand einer Vorlage des OLG München an den EuGH ist.[31]

- Hinzu kommt, dass mit einer Gleichbehandlung von Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen im Vergaberecht den bekannten Umgehungsstrategien ein Ende bereitet würde, die darin bestehen, dass öffentliche Aufträge zu Konzessionen „umdeklariert" werden, um Vergaberechtsfreiheit zu erlangen.[32]
- Im Fall der Aufnahme der Dienstleistungskonzession in die Vergaberichtlinien wären zugleich auch die Rechtsschutzmöglichkeiten einheitlich geregelt. Der fehlende Rechtsschutz ist derzeit ein besonders gravierendes Problem bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.
- Insgesamt würde die Kodifikation der Dienstleistungskonzession in den Vergaberichtlinien der Wahrung der zentralen Vergabegrundsätzen Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung überaus dienlich sein. Wohlgemerkt: Ich behaupte nicht, dass sämtliche Abgrenzungsprobleme durch eine solche Kodifikation beseitigt werden können. Dafür ist die Praxis, die sich ja auch verändert, zu vielgestaltig. Aber vielleicht müsste sich der EuGH nicht mehr ganz so häufig wie bisher zu den diesbezüglichen Einzelfragen äußern. Das würde zu einem erheblichen Zugewinn an Rechtssicherheit führen, und das ist für die Rechtsunterworfenen von größter Bedeutung.

[31] OLG München, Vorlagebeschluss v. 02. 07. 2009 – Verg 5/09, NZBau 2009, 666 – Rettungsdienstleistungen. Der Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass der Konzessionär kein echtes wirtschaftliches Risiko, d.h. kein Absatzrisiko, zu tragen hat, weil ihm für den vertraglich festgelegten Bereich Exklusivität zugesichert ist. Es besteht lediglich ein Ausfallrisiko des Konzessionsnehmers bei Privatversicherten und Nichtversicherten, d.h. ein ziemlich eingeschränktes Risiko.

[32] Siehe nur EuGH v. 26. 04. 1994 – C-272/91, Slg. 1994, I-1409 – Lottomatica.

# Workshop 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

## Einführung

**Dr. Helmut Wirner**

Hochtief AG

### Vergabe von Dienstsleistungskonzessionen als vergaberechtsfreie Vorgänge?

Im Gegensatz zu öffentlichen Aufträgen unterliegt die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht den Vergabereglungen auf nationaler bzw. unionsrechtlicher Ebene. Dies hat der EuGH in mehreren Entscheidungen ausdrücklich bestätigt, allerdings auch festgelegt, dass Dienstleistungskonzessionen nicht „rechtsfrei" vergeben werden dürfen, sondern zumindest die primärrechtlichen Grundfreiheiten wie Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie verschiedene allgemeine Rechtsgrundsätze wie Transparenz und fairer Wettbewerb Berücksichtigung finden müssen.[1]

Da jedoch neben der Vergabe öffentlicher Aufträge auch Baukonzessionen gewissen vergaberechtlichen Regularien unterliegen,[2] erscheint jedenfalls auf den ersten Blick schwer nachvollziehbar, weshalb Dienstleistungskonzessionen keinerlei vergaberechtlichen Vorschriften unterliegen sollen. Eine solch unterschiedliche Behandlung von Dienstleistungskonzessionen einerseits und öffentlichen Aufträgen wie auch Baukonzessionen andererseits könnte durch besondere Unterschiede gerechtfertigt sein, die Dienstleistungskonzessionen im Vergleich zu öffentlichen Aufträgen und Baukonzessionen aufweisen. Weiter lohnt eine Untersuchung, ob nicht durch die Rechtsprechung des EuGH und diverse Dokumente und Verlautbarungen der Kommission auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eine ausreichende Rege-

[1] U.a. Rs. C-324/98, Teleaustria und Telefonadress gegen Post & Telekom Austria, Slg. 2000, I-10745; Rs. C-356/00, Buchhändler-Vereinigung, Slg. 2002, I-4685; Rs. C-458/03, Parking Brixen gegen Gemeinde Brixen, Slg. 2005, I-8585.

[2] S. etwa Titel III (Art. 56 ff.) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 Nr. L 134/114; §§ 22, 22a VOB/A (2009); hierzu Leinemann, Das neue Vergaberecht, 2010, Rdnr. 138.

lungsdichte herbeigeführt wurde, so dass eine weitere Diskussion zu ergänzenden Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen obsolet geworden sein könnte.

## 1. Charakteristika von Dienstleistungskonzessionen

Gemäß Art. 1 Abs. 4 der Allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG[3] sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Entscheidendes Element einer Dienstleistungskonzession im Vergleich zu einem öffentlichen Auftrag ist demnach ähnlich wie bei einer Baukonzession

- die Einräumung eines Rechtes zur Nutzung einer Dienstleistung an den Konzessionär als Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung,
- dass die Bezahlung des Konzessionärs nicht durch die öffentliche Stelle erfolgt, sondern aus Beiträgen, die Dritte entrichten[4] und
- Übertragung des Betriebsrisikos auf den Konzessionär gänzlich oder zu einem wesentlichen Teil.[5]

Die Elemente der Dienstleistungskonzession wurden mittlerweile durch zahlreiche Entscheidungen auf nationaler und auf unionsrechtlicher Ebene konkretisiert. So hat der EuGH etwa in seiner Entscheidung zu Rs. C-206/08[6] klargestellt, dass es für die Einstufung eines Vorganges als Dienstleistungskonzession oder Dienstleistungsauftrag nicht von Relevanz ist, ob das (durch den Nutzer) zu entrichtende Entgelt öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt ist.[7]

---

[3] Richtlinie 2004/18/EG; s. auch Art. 1 Abs. 3 lit. b) der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 Nr. L 134/1.

[4] U.a. EuGH Rs. C-206/08, WAZV Gotha gegen Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft, Urteil vom 10. September 2009, Rdnr. 52; Schlussanträge GA Sharpston vom 29.10.2009 in verb. Rs. C-145/08 und C-149/08, Club Hotel Loutraki, Rdnr. 68. In Betracht kommt lediglich ein zusätzliches Entgelt, das der öffentliche Auftraggeber an den Konzessionär entrichtet (u. a. Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2010, Rdnr. 402 und 406).

[5] U.a. EuGH Rs. C-206/08, WAZV Gotha gegen Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft, Urteil vom 10. September 2009, Rdnr. 59 f.; Schlussanträge GA Sharpston vom 29.10.2009 in verb. Rs. C-145/08 und C-149/08, Club Hotel Loutraki, Rdnr. 70; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.4.2000, ABl. 2000 Nr. C 121/4.

[6] WAZV Gotha gegen Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft, Urteil vom 10. September 2009.

[7] Rdnr. 55 des Urteils in Rs. C-206/08.

Werden zum Vergleich die Legaldefinitionen der Baukonzession herangezogen, so sind wesentliche rechtliche Unterscheide zu Dienstleistungskonzessionen nicht erkennbar.

„Öffentliche Baukonzessionen" sind in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG wie folgt definiert:

> *„Öffentliche Baukonzessionen" sind Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht."*

Ähnlich liest sich die Definition des Begriffes der Baukonzession in § 99 Abs. 6 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

> *„Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Durchführung von Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht."*

Rechtliche Unterschiede zwischen Baukonzession und Dienstleistungskonzession sind demnach kaum erkennbar, da in beiden Fällen die Struktur sehr ähnlich ist. Dies unterstreicht die Frage nach einer Rechtfertigung fehlender detaillierter Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

### 2. Erscheinungsformen von Dienstleistungskonzessionen

Eine nähere Reglementierung von Dienstleistungskonzessionen erscheint allerdings insgesamt schwierig.

Dies zeigt sich vordergründig daran, dass Dienstleistungskonzessionen - anders als Baukonzessionen - in sehr vielfältigen und vielschichtigen Erscheinungsformen in einer Vielzahl von Bereichen vorkommen, u.a.

- Rettungsdienstwesen,[8]
- Tierkörperbeseitigung,[9]
- Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung,[10]
- Erhebung von Gebühren zur Parkplatznutzung,[11]

---

[8] Hierzu EuGH Rs. C-160/08, Kommission gegen Deutschland, Urt. v. 29. April 2010; Berger/Tönnemann VergabeR 2009, 129 ff.

[9] OLG Brandenburg VegW 7/09, Beschluss v. 12. Januar 2010, Rdnr. 43 ff.

[10] EuGH Rs. C-206/08, WAZV Gotha gegen Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft, Urt. v. 10. September 2009.

[11] EuGH Rs. C-458/03, Parking Brixen gegen Gemeinde Brixen, Slg. 2005, I-8585.

- Erhalt von Gewinnen/Umsätzen aus dem Betrieb eines Casinos,[12]
- Entgeltzahlungen von Nutzern eines öffentlichen Verkehrsdienstes[13] oder Kabelfernsehnetzes.[14]

Vor diesem Hintergrund kann das Fehlen detaillierter Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gemeinhin als Vorteil angesehen werden, da die vergebenden Stellen jeweils flexibel auf die Erfordernisse einzelner Dienstleistungskonzessionen bei deren Vergabe reagieren können. Berücksichtigungsfähig sind so u. a. auch die typischerweise in erhöhter Anzahl auftretenden Entscheidungsspielräume, die z. B. bei der Entgeltkalkulation deswegen erforderlich sind, um unternehmerisches Know-how und Risikopotential bestmöglich entfalten zu können.

In diesem Sinne ist auch im Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlamentes geäußert, dass die Komplexität der Verfahren und die großen Unterschiede in Rechtskultur und Rechtspraxis in den Mitgliedsstaaten bei Dienstleistungskonzessionen angemessen zu berücksichtigen seien und deswegen der Mehrwert eines Vorschlages für einen Rechtsakt über Dienstleistungskonzessionen bezweifelt wird.[15]

Es gibt somit derzeit für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen keine unflexiblen Regelungen wie Fristen und auch keine (unerwünschten) Verzögerungen durch umfassende Rechtsschutzmaßnahmen.

Als Gegenargument für das Fehlen eines Regelungsapparates über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist eine vergleichsweise große Rechtsunsicherheit, da Regelungen über die Ausgestaltung von Vergabeverfahren gänzlich fehlen.

### 3. Bisher bestehende Regelungen für Dienstleistungskonzessionen

Angesichts des erreichten Entwicklungsstandes der Rechtsprechung zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen stellt sich allerdings die Frage, ob eine weitere Verdichtung der für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen relevanten Regelungen überhaupt angezeigt ist.[16] Diese Frage kommt auf, sofern man im Einzelnen

---

[12] Schlussanträge von GA Sharpston v. 29. Oktober 2009 in verb. Rs. C-145/08 und C-149/08, Club Hotel Loutraki, Rdnr. 69.

[13] EuGH Rs. C-410/04, ANAV, Urt. v. 6. April 2006, Rdnr. 16.

[14] EuGH Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Urt. v. 13. November 2008, Rdnr. 24.

[15] Entwurf einer Entschließung des Parlaments „Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen", Februar 2010, Rdnr. 8 ff. In die entgegengesetzte Richtung geht die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen betreffend die Mobilisierung privater und öffentlicher Investitionen zur Steuerung der Konjunktur und eines langfristigen Strukturwandels: „Ausbau öffentlich-privater Partnerschaften" vom 19. November 2009 (KOM(2009) 615 endg). Danach soll eine Folgenabschätzung vorbereitet werden, um zu bewerten, welche künftigen Initiativen notwendig sind, um einen klaren und berechenbaren Rechtsrahmen in diesem Bereich zu gewährleisten.

[16] Hierzu Adrian Brown „EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives", Public Procurement Law Review 2010, 169 ff.

analysiert, welche Voraussetzungen für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession bereits nach heute bekannten Rechtsgrundsätzen zu beachten sind.

Mit seiner Entscheidung Teleaustria[17] hatte der EuGH grundsätzlich festgestellt, dass die aus dem Primärrecht abzuleitenden Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu beachten sind, obwohl die detaillierten Regelungen der Vergaberichtlinien insoweit nicht von Relevanz sind. Darauf aufbauend wurde im Detail weiterentwickelt, welche Einzelheiten bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu beachten sind.

So hat der EuGH in Rs. C-458/03[18] klargestellt, dass der Ausnahmetatbestand des Inhouse-Geschäfts[19] auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen greift.

Weiter hat der EuGH in seiner Entscheidung zu Rs. C-147/06[20] klargestellt, dass ein automatischer Ausschluss wegen angeblich außergewöhnlich niedriger Preise ähnlich wie im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien auch bei Auftragsvergaben unterhalb der in den Richtlinien vorgesehenen Schwellenwerte nicht in Betracht kommt. Gleiches dürfte demnach auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gelten.[21]

In seinem Urteil zu Rs. C-91/08[22] hat der EuGH weiter festgestellt, dass die in der „Pressetext"-Entscheidung[23] entwickelten Grundsätze hinsichtlich der vergaberechtlichen Relevanz von Änderungen bereits existierender Verträge auch auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien) anwendbar sind.

Schließlich erscheint es naheliegend, dass die in der Entscheidung Lianakis[24] entwickelten Grundsätze zur Transparenz auch im Fall von Dienstleistungskonzessionen anwendbar sein dürften. So ist insbesondere kein Grund dafür ersichtlich, dass die in der Entscheidung Lianakis erhobene Forderung, dass sämtliche Kriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich annehmbarsten Angebotes vorab sämtlichen Bietern bekannt gegeben werden müssen, für OLG nicht gelten sollten.[25]

---

[17] Rs. C-324/98, Teleaustria und Telefonadress gegen Post & Telekom Austria, Slg. 2000, I-10745.

[18] EuGH Rs. C-458/03, Parking Brixen gegen Gemeinde Brixen, Slg. 2005, I-8585.

[19] Rs. C-107/98, Teckal Srl gegen Gemeinde Viano, Slg. 1999, I-8121 ff.

[20] EuGH verb. Rs. C-147/06 und C-148/06, SECAP SpA und Santorso Soc. Gegen Comune di Torino, Urt. v. 15. Mai 2008.

[21] Brown, a.a.O., S. 177.

[22] Wall gegen Stadt Frankfurt am Main, Urt. v. 13. April 2010.

[23] Rs. C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH gegen Österreich, Slg. 2008, I-4401.

[24] Rs. C-532/06, Lianakis u. a. gegen Alexandroupolis, Urt. v. 24. Januar 2008.

[25] Brown, a.a.O., S. 177/178.

Weiter hat die Kommission[26] bereits geäußert, dass eine nicht diskriminierende Beschreibung des Vertragsgegenstandes gefordert ist. Dabei sei insbesondere nach Möglichkeit die Verwendung von Fabrikats- und Ursprungsvorgaben zu vermeiden, es sei denn, es werden gleichwertige Fabrikate oder Produkte zugelassen. Weiter hat die Kommission festgelegt, dass Bietern angemessene Fristen eingeräumt werden müssen, die eine ausreichende Zeit auch für Interessenten aus anderen Mitgliedsstaaten belassen, um auf Ausschreibungen angemessen reagieren zu können. Schließlich muss in diesem Zusammenhang eine transparente und diskriminierungsfreie Bewertung der Eignung von Bietern und der Entscheidung über die Auftragsvergabe erfolgen.

Vor dem Hintergrund dieser bereits recht deutlich formulierten Voraussetzungen, die im Rahmen der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen beachtet werden müssen, wurde bereits diskutiert, ob nicht ohnehin durch die Hintertür die Bestimmungen der Vergaberichtlinien auch auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für anwendbar erklärt wurden.[27] Allerdings greift dies wohl doch zu weit, da die Richtlinien sehr viel detailliertere Regelungen enthalten, als dies derzeit für Dienstleistungskonzessionen entwickelt wurde.

Gleichwohl ist vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen fraglich, ob tatsächlich weitergehende Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen angezeigt oder gar erforderlich sein können.

## 4. Vergleichsweise geringe Regelungsdichte für Dienstleistungskonzessionen

Im Bereich der Dienstleistungskonzessionen sind im Vergleich zu Baukonzessionen nur einige wenige Bereiche ungeregelt. Dies gilt insbesondere für Fristen, Vorgaben zur Vergabebekanntmachung und Vergabeverfahrensarten:

### a) Vergabebekanntmachung

Weitgehend ungeregelt ist, welche Voraussetzungen die Bekanntmachung der Vergabe einer Dienstleistungskonzession erfüllen muss.

Nach gegenwärtigem Stand ist bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen insbesondere die Art der Vergabebekanntmachung dem Auftraggeber vorbehalten, da insoweit keine zwingend einzuhaltenden unions- oder nationalrechtlichen Vorgaben existieren. Die vergebende Stelle kann daher im Einzelfall eine freiwillige Bekanntmachung im EU-Amtsblatt veranlassen, eine Bekanntmachung auf den Internetseiten

[26] Interpretierende Mitteilung der Kommission zur Anwendung von Gemeinschaftsrecht auf Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien, ABl. 2006 Nr. C 179/2.

[27] S. Brown, a.a.O.

des Auftraggebers veröffentlichen oder etwa eine Bekanntmachung in Zeitungen und Magazinen als ausreichend einstufen.[28]

Die Thematik der Bekanntmachung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wurde durch den EuGH allerdings in seiner Entscheidung zu Rs. C-231/03[29] behandelt. Hier führte Generalanwältin Stix-Hackl in ihren Schlussanträgen aus, die Bekanntmachung müsse ausreichend detailliert sein, damit die Unternehmen erkennen können, ob der Auftrag für sie von Interesse ist. Allerdings muss eine solche Vergabebekanntmachung nicht die Tiefe einer Bekanntmachung im Sinne der Vergaberichtlinie erreichen. Im Rahmen der Entscheidung „Parking Brixen",[30] in der es um die Dienstleistungskonzession über einen öffentlichen Parkplatzbetrieb ging, stellte der EuGH darüber hinaus klar, dass die Tiefe und der Detailgrad einer Bekanntmachung über die Vergabe einer Dienstleistungskonzession in Abhängigkeit von den spezifischen Verträgen entschieden werden müssen. Dem Auftraggeber stehe hier ein Ermessen zu, allerdings könne ein kompletter Entfall einer Bekanntmachung nicht dem Transparenzgebot Genüge tun.

b) Vergabeverfahrensarten

In der Rechtsprechung hat sich bislang nicht entwickelt, welche Vergabeverfahrenstypen im Fall von Dienstleistungskonzessionen Anwendung finden können.

Dies bedeutet anders als im Fall von öffentlichen Aufträgen, für deren Vergabe – oberhalb der Schwellenwerte – grundsätzlich das Offene oder das Nichtoffene Vergabeverfahren anzuwenden sind, eine erhebliche Flexibilität für öffentliche Auftraggeber, so dass diesen regelmäßig eine angemessene Reaktion auf konkret anstehende Vergabeprojekte möglich ist. Eine konkrete Bindung an bestimmte Vergabeverfahrenstypen besteht demnach im Fall von Dienstleistungskonzessionen nicht.

Allerdings dürften sich die oftmals sehr komplexen Verfahren und Sachverhaltskonstellationen im Fall von Dienstleistungskonzessionen auch nicht für einen solchen Typenzwang eignen.

So ist im Fall von Dienstleistungskonzessionen auch die Mischung verschiedener Verfahrenstypen möglich.

Allerdings dürfte zu fordern sein, dass auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen grundsätzlich mehrere Unternehmen im Wettbewerb anbieten müssen,

[28] Brown, a.a.O., S. 173-176.

[29] Consorzio Aziende Metano gegen Comune di Cingia de Botti, Urt. v. 21. Juli 2005.

[30] Rs. C-458/03, Parking Brixen gegen Gemeinde Brixen, Slg. 2005, I-8585.

es sei denn, es besteht ausnahmsweise eine so gravierende Dringlichkeit, dass auf einen Wettbewerb gänzlich verzichtet werden müsse.[31]

c) Fristen

Bezüglich der Fristen muss der Auftraggeber selbst entscheiden, welche Fristen im Fall einer konkreten Dienstleistungskonzessionsvergabe angemessen sind. Die Ausübung von Ermessen durch öffentliche Auftraggeber ist im Fall der öffentlichen Vergabeverfahren ohnehin nur schwer angreifbar.

d) Nachprüfungsmöglichkeiten

Aus den genannten Gründen erscheint es bereits nicht zwingend, für Dienstleistungskonzessionen ergänzende Regelungen zu erlassen. Dies dürfte dadurch untermauert werden, dass die Regelungsdichte für die Vergabe von Baukonzessionen auch nur vergleichsweise dünn ist. So sind für die Vergabe von Baukonzessionen lediglich die Vergabebekanntmachung, die Fristen wie auch die Vergabe von Unteraufträgen geregelt.[32]

Allerdings ist im Fall von Baukonzessionen der Rechtsschutz deutlich intensiver ausgestaltet als im Hinblick auf Dienstleistungskonzessionen.

Auf die Überprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen sind die Vergabenachprüfungsrichtlinien 89/665/EWG[33], 92/13/EWG[34] und 2007/66/EG[35] klarerweise nicht anwendbar.

Allerdings hat der EuGH in seiner Entscheidung Teleaustria[36] auch klargestellt, dass außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien ein gewisser Rechtsschutz bestehen müsse. Die Kommission hat zudem herausgestellt, dass der ohnehin für primärrechtlich verbürgte subjektive Rechte Einzelner vorgesehene Rechtsschutz auch im Fall von Auftragsvergaben anwendbar sein muss, die nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen.[37] Dies bedeutet, dass zwar die Mitgliedsstaaten den Rechtsschutz mangels einer unionsrechtlichen Regelung sicherstellen,

[31] S. dazu auch Brown, a.a.O.

[32] S. etwa Titel III (Art. 56 ff.) der Richtlinie 2004/18/EG.

[33] Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1989 Nr. L 395/33.

[34] Richtlinie des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1992 Nr. L 76/14.

[35] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien des Rates 89/665/EWG und 92/13/EWG, ABl. 2007 Nr. L 335/31.

[36] Rs. C-324/98, Teleaustria und Telefonadress gegen Post & Telekom Austria, Slg. 2000, I-10745.

[37] S. dazu Brown, a.a.O., S. 178 ff.

diese allerdings eine Reihe von Mindestanforderungen erfüllen müssen. So dürfte bereits auf Grundlage der derzeitigen Entwicklungen auch im Fall der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu fordern sein, dass Bieter vor einer endgültigen Bezuschlagung von Angeboten informiert werden müssen, da ansonsten kein effektiver Rechtsschutz gewährt werden kann.

Auch vor dem Hintergrund der derzeit relevanten Entwicklungen erscheint daher nicht zwingend, im Bereich des Rechtsschutzes ergänzende Regelungen für Dienstleistungskonzessionen auf den Weg zu bringen.

## 5. Zusammenfassung

Das Inkraftsetzen detaillierterer Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erscheint nicht zwingend angezeigt. Zum Einen lässt die Vielschichtigkeit nebst Vielfältigkeit der Erscheinungsformen von Dienstleistungskonzessionen den Erlass generell abstrakter Regelungen in geeigneter Form kaum zu. Zum Anderen erscheint die bereits durch Rechtsprechung und Praxis erreichte Regelungsdichte ausreichend, um bei angemessener Flexibilität und hinreichenden Entscheidungsspielräumen der vergebenden Stellen transparente Vergaben von Dienstleistungskonzessionen sicherzustellen.

# Workshop 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

## Einführung

**Rechtsanwalt Berthold F. Mitrenga**

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

### 1. Einleitung

In ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen[1] hat die EU-Kommission das Rechtsinstitut der Dienstleistungskonzession als „Phänomen" bezeichnet. Dies gilt auch und im besonderen Maße für die rechtliche Verortung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

In den vergangenen Jahren wurde durch die Rechtsprechung der nationalen Nachprüfungsinstanzen und insbesondere des Europäischen Gerichtshofs der subjektive und objektive Anwendungsbereich der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge kontinuierlich erweitert:

- Unter der Prämisse, die Vollendung des Binnenmarkts auch im Bereich des öffentlichen Auftragswesens weiter voranzutreiben, wurden beispielsweise öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten[2], gesetzliche Krankenkassen[3] oder die Industrie- und Handelskammern[4] als öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB angesehen.
- Grundstücksverkäufe wurden – jedenfalls zeitweise – als ausschreibungspflichtiger Vorgang angesehen, soweit mit ihnen städtebauliche Auflagen kombiniert waren[5], die, isoliert betrachtet, ebenso wenig Verbindung zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe haben wie der Grundstücksverkauf selbst.

---

1 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, 2000/C121/02.

2 EuGH, Urt. v. 13.12.2007, C-337/06 ("Bayerischer Rundfunk u.a.").

3 EuGH, Urt. v. 11.06.2009, C-3007/07 ("Hans & Christophorus Oymanns GbR").

4 VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.12.2009, 1 VK 61/09.

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2007, Verg 2/07.

- Wesentliche Änderungen von bereits vergebenen öffentlichen Aufträgen wurden und werden spätestens seit der „pressetext-Entscheidung" des EuGH vom Juni 2008[6] als selbstständige und grundsätzlich ausschreibungspflichtige Akte eingeordnet.
- Und auch vor dem Unterschwellenbereich, in dem die Mitgliedstaaten bislang ihre uneingeschränkte „Lufthoheit" wähnten, macht die EU-Kommission auf Grundlage ihrer zuletzt vom EuG kompetenzrechtlich bestätigten „Unterschwellenmitteilung"[7] mittlerweile keinen Halt mehr und verlangt dort die Beachtung der EU-Grundprinzipien jedenfalls dann, wenn Anhaltspunkte für eine Binnenmarktrelevanz besteht.

Im gleichen Maße wie das Vergaberecht immer weiter um sich greift, erscheint es andererseits skurril, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach wie vor weitgehend ein weißer Fleck auf der vergaberechtlichen Landkarte ist. Und das obwohl – dies zeigt bereits ein Blick auf die aktuellen Bekanntmachungsveröffentlichungen in *Tenders Electronic Daily* – das Instrument der Dienstleistungskonzession immer häufiger durch die öffentliche Hand eingesetzt wird und es sich oftmals um sehr große Aufträge handelt, die durch mehrjährige Laufzeiten nicht selten Volumina von vielen Millionen Euro umfassen.

Fragt man nach den Gründen für die seit Inkrafttreten bzw. Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nunmehr auch ausdrücklich manifestierte Ausnahme dieser Auftragsart vom Anwendungsbereich des (europäischen) Vergaberechts[8], so sind tragfähige Antworten rar. Die EU-Kommission selbst verweist in ihrer eingangs genannten Mitteilung aus dem Jahr 2000 darauf, dass sie im Rahmen der vorbereitenden Arbeiten zur Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG für die Aufnahme der Dienstleistungskonzession votiert habe, dieser Vorschlag vom Rat allerdings nicht angenommen worden sei. Außer der ausdrücklichen Perpetuierung in der Vergabekoordinierungsrichtlinie hat sich hieran bis heute nichts geändert.

Virulent wird die unterschiedliche rechtliche Einordnung in der Praxis auch dadurch, dass der Auftraggeber abgesehen von den Fällen, in denen er gesetzlich zur Vergabe einer Konzession verpflichtet ist[9], grundsätzlich frei entscheiden kann, ob er eine Dienstleistung im Wege eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession beauf-

---

6 Urt. v. 19.06.2008, C-454/06.

7 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C179/02); vgl. hierzu auch EuG, Urt. v. 20.05.2010, T-258/06.

8 Art. 17 VKR.

9 Z. B. Art. 34 BayRDG; vgl. hierzu auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mazák v. 09.09.2010 in der Rechtssache C-274/09 ("Stadler").

tragt.[10] Damit kann er gegenwärtig dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts bewusst ausweichen.

## 2. De lege lata: Rechtsunsicherheit allenthalben

Die Freude der Auftraggeber, eine Dienstleistungskonzession ohne Beachtung des oftmals als Last empfundenen Vergaberechts zu beauftragen, währt allerdings meist nicht lange. Denn erste Rechtsunsicherheiten ergeben sich bereits im Rahmen der Abgrenzung der (vermeintlichen) Dienstleistungskonzession zu einem dem Vergaberecht unterfallenden Dienstleistungsauftrag. Die Pflicht zur Beachtung der aus dem Primärrecht abgeleiteten Grundprinzipien gibt sodann lediglich Zielsetzungen für die Vergabe der Dienstleistungskonzession vor, überlässt die rechtskonforme Ausgestaltung jedoch dem Auftraggeber, der hiermit oftmals überfordert ist. Schließlich „droht" bei auch nur vermeintlichen Verfahrensfehlern eine rechtliche Überprüfung vor unterschiedlichen Gerichten.

### 2.1. Unklare Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag

Die Dienstleistungskonzession unterscheidet sich gegenüber dem klassischen Dienstleistungsauftrag maßgeblich durch das Fehlen einer Vergütung durch den Auftraggeber. Die Gegenleistung für die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung liegt vielmehr im Recht auf Nutzung dieser Leistung gegenüber Dritten, die für die Nutzung oder Inanspruchnahme letztlich auch eine Vergütung bezahlen.[11] Die Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechtsregimes wird in der Regel auch mit der fehlenden Entgeltlichkeit der Leistung und dem damit nicht erfüllten Tatbestandsmerkmal des § 99 GWB begründet.

Allerdings zeigt sich in der Praxis, dass die Abgrenzung zu einem dem Vergaberecht unterliegenden Dienstleistungsauftrag oftmals schwierig ist, da sie nicht immer trennscharf erfolgen kann. In diesem Zusammenhang sei nur auf die Einsammlung und den Verkauf von Altpapier im kommunalen Bereich hingewiesen. Hier musste, nachdem zwei Obergerichte unterschiedlicher Auffassung waren[12], erst der Bundesgerichtshof[13] Rechtssicherheit schaffen. Allerdings kann dessen Ansicht, es handle sich hierbei um einen entgeltpflichtigen Dienstleistungsauftrag, bereits durch die Veränderung von Nuancen in der Ausgestaltung des Leistungsgegenstands in das genaue Gegenteil

---

[10] Dies hat der EuGH zuletzt in seinem Urteil vom 10.9.209 (C-206/08 „Eurawasser") noch einmal bestätigt: *„Zum anderen muss es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist."* (Rz. 74 der Entscheidung)

[11] Vgl. die entsprechende Definition in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

[12] OLG Celle, Beschl. v. 01.07.2004, 13 Verg 8/04 und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2004, Verg 41/04.

[13] Beschl. v. 01.02.2005, X ZB 27/04.

kippen und im Einzelfall dann die Annahme einer Dienstleistungskonzession begründen.

Kritisch kann sich bei Ausgestaltung einer Dienstleistungskonzession auch eine Co-Finanzierung durch den Konzessionsgeber auswirken. Diese ist nach der Definition in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG zwar erlaubt. Ab welchem Umfang allerdings diese auftraggeberseitige Entgeltlichkeit das Wesen einer Konzession konstitutiv in einen Dienstleistungsauftrag ändert und damit die Anwendung des Kartellvergaberechts zur Pflicht wird, ist durch die Rechtsprechung bislang allenfalls näherungsweise entschieden worden und letztendlich jeweils an den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

### 2.2. Offene Ausgestaltung des Verfahrens zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession

Spätestens seit der „Telaustria-Entscheidung" des EuGH steht fest, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die allgemeinen, aus dem Primärrecht abgeleiteten Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu beachten sind.[14]

Dem Auftraggeber überlassen bleibt dabei, auf welche Art und Weise er den Ablauf des Verfahrens zur Vergabe der Konzession konkret ausgestaltet. Damit ist er oftmals verlassen, wenn es darum geht, ob im Einzelfall Maßnahmen und Handlungen den Grundprinzipien bereits genügen oder eben nicht. Betroffen hiervon ist letztendlich jede Phase des Verfahrens, von der Bekanntmachung über die konkrete Gestaltung und den Inhalt der Vergabeunterlagen, den Ablauf des Verfahrens, die Angebotswertung sowie die Auswahlentscheidung und die Auftragserteilung. Die vermeintliche Freiheit entpuppt sich insofern sehr schnell als gefährliche Ansammlung von Tretminen und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den Konzessionsgebern. In der Konsequenz entsteht oftmals ein erhöhter Beratungsbedarf, den auch eine kaum überschaubare Flut von Leitfäden und sonstigen Informationsmaterialien – einschließlich entsprechender Dokumente der EU-Kommission selbst[15] – abdecken will, die dazu aber oftmals nur bedingt in der Lage sind.

### 2.3. Multipler Rechtsschutz

Erhebliche Verunsicherung zeigt sich bei der Frage, vor welchen Gerichten Rechtsschutz gegen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Vergabe von Dienstleistungs-

---

[14] Urt. v. 07.12.2000, C-324/98.

[15] Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C179/02). Die Kommission nimmt in dieser Mitteilung auf eine Vielzahl von Entscheidungen des EuGH Bezug, die zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ergangen sind. Sie weist jedoch zugleich darauf hin, dass Dienstleistungskonzessionen in dieser Mitteilung nicht erörtert werden, da sie im Rahmen der Folgemaßnahmen zum Grünbuch über öffentlich-private Partnerschaften behandelt werden.

konzessionen in Anspruch genommen werden kann. Wenngleich sich in der Spruchpraxis in einigen Fällen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte herausgebildet hat[16], ist im Einzelfall und abhängig vom Auftragsgegenstand auch die Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht ausgeschlossen.[17]

Unabhängig davon ist es Unternehmen nicht verwehrt, die vom Auftraggeber vorgenommene Einordnung als Dienstleistungskonzession durch die örtlich zuständige Vergabekammer im Wege eines Nachprüfungsverfahrens überprüfen zu lassen.

Rät man dem umsichtig agierenden Auftraggeber zur vorzeitigen Absicherung seiner Position durch Hinterlegung einer Schutzschrift[18], so muss diese bei der Vergabekammer, dem Verwaltungsgericht sowie dem örtlich zuständigen Amts- und Landgericht hinterlegt werden.[19]

Dem erhöhten Risiko der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Einordnung der Beschaffungsmaßnahme als Dienstleistungskonzession und/oder einzelne Maßnahmen im Rahmen der Vergabe einer solchen Konzession stehen Auftraggeber – und auch Berater – hingegen schutzlos gegenüber.[20]

### 2.4. Zwischenfazit

Unabhängig davon, dass die Ausnahme von oftmals großvolumigen Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich des kodifizierten Vergaberechts kaum nachvollziehbar ist – auch und insbesondere vor dem Hintergrund, dass die nahezu identisch konzipierten Baukonzessionen diesem Regime jedenfalls teilweise unterfallen – bietet die vermeintliche Freiheit den Auftraggebern bei der operativen Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Steine statt Brot.

---

[16] Z. B. VG München, VergabeR 2008, 238; OVG Münster, NZBau 2006, 533.

[17] Vgl. Lampert, Dienstleistungskonzessionen – keine geborenen Kandidaten für den Verwaltungsrechtsweg, in: DVBl. 2007 S. 1343; die zuletzt vom EuGH entschiedene Rechtssache C-91/08 (Wall AG), in der es um Aspekte im Zusammenhang mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession zur Stadtmöblierung ging, hatte ihren Ursprung in einem Vorlagebeschluss des LG Frankfurt a.M. (Beschl. v. 28.01.2008, 2-4 O 201/06, 2/4 O 201/06).

[18] Die entsprechende Möglichkeit im Nachprüfungsverfahren ist nunmehr in § 112 Abs. 2 Satz 2 GWB ausdrücklich erwähnt.

[19] Die zusätzliche Hinterlegung beim Amtsgericht basiert auf der Auffang-Eilzuständigkeit des örtlich zuständigen Amtsgerichts bei Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz, § 942 ZPO.

[20] Insbesondere langfristige Dienstleistungskonzessionen können auch noch erhebliche Zeit nach Beginn der Auftragsausführung durch die EU-Kommission im Rahmen eines solchen Verfahrens nach Art. 258 AEUV eingeleitet werden. Der EuGH hat bereits wiederholt entschieden, dass einer solchen nachträglichen Geltendmachung der Unionsrechtswidrigkeit eines geschlossenen Dienstleistungskonzessionsvertrages der Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht entgegensteht (vgl. z.B. Urt. v. 18.07.2007, C-503/04). Entsprechend zustande gekommene Verträge müssen dann ggf. im Wege der außerordentlichen Kündigung nach § 313 BGB beendet werden.

## 3. De lege ferenda: Mehr Rechtssicherheit durch eindeutige Zuordnung der Dienstleistungskonzessionen

Dass die historisch gewachsene Sonderbehandlung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auch von anderen als unbefriedigend angesehen wird, zeigt exemplarisch die Vielzahl von Aktivitäten der EU-Kommission in diesem Bereich.

Spätestens mit ihrem Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für Öffentliche Aufträge und Konzessionen[21] hat sie deutlich zum Ausdruck gebracht, dass der von den Mitgliedstaaten bislang präferierte und durch das Verlangen nach Flexibilität bei der Konzessionsvergabe gerechtfertigte Verzicht auf eine Koordinierung der Rechtsvorschriften problematisch sein könnte im Hinblick auf das Ziel einer „echten" gemeinschaftsweiten Öffnung der nationalen Märkte für Dienstleistungskonzessionen. Konsultationen zum ÖPP-Grünbuch hätten gezeigt, dass weitgehend Rechtsunsicherheit bei den an der Konzessionsvergabe Beteiligten herrsche, die auch durch eine Auslegungsmitteilung nicht beseitigt werden könne. Auch sei nur schwer nachvollziehbar, weshalb Dienstleistungskonzessionen, die häufig bei teuren, komplexen Vorhaben zum Einsatz kommen, in den sekundärrechtlichen Gemeinschaftsvorschriften überhaupt nicht behandelt würden[22]. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission – unterstützt durch eine Entschließung des Europäischen Parlaments – entschieden, weitere, breiter angelegte Konsultationen für eine EU-Initiative im Bereich der Konzessionen bis zum 30. September 2010 durchzuführen.[23]

Unabhängig von den Ergebnissen dieser Konsultationen und den sich hieraus möglicherweise ergebenden Folgeaktivitäten der Kommission kann und muss auch auf nationaler Ebene überlegt werden, mit welchen Möglichkeiten die für die Praxis überaus wichtige Rechtssicherheit bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in Zukunft verbessert werden kann. Will man es nicht bei der bisherigen Situation und den vorstehend aufgezeigten Nachteilen belassen, bieten sich folgende Möglichkeiten an:

- Etablierung eines Rechtsregimes *sui generis*, das eine konkrete Ausgestaltung der zu beachtenden Grundprinzipien unter Einbeziehung der umfangreichen Judikatur, insb. des EuGH[24], vornimmt,

[21] Vom 30.04.2004, KOM(2004)327endg.

[22] KOM(2005) 569, S. 9

[23] Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm sowie die hierzu ergangene Pressemitteilung der EU-Kommission vom 05.08.2010 (MEX/10/0805), abrufbar unter http://europa.eu/rapid/middayExpressAction.do?date=06/08/2010&direction=0&guiLanguage=en

[24] Vgl. zuletzt Urt. v. 09.09.2010, C-64/08 ("Ernst Engelmann"), v. 06.05.2010, C-145/08 und C-149/08 ("Club Hotel Loutraki") und v. 13.04.2010, C-91/08 ("Wall AG").

- sinngemäße Anwendung des Kartellvergaberechts (entsprechend des Vorgehens in der VOB/A) oder
- direkte Anwendung der Vorschriften des 4. Teils des GWB, der VgV und der VOL/A (Abschnitt EG).

Dabei vermag allein die direkte Anwendung des Kartellvergaberechts auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die sich aus der jetzigen Rechtslage ergebenden Schwierigkeiten und Unsicherheiten angemessen zu beseitigen. Überhöhte oder gar unüberwindbare neue Hürden wären damit nicht verbunden.

### 3.1. Etablierung eines Rechtsregimes *sui generis*

Die Schaffung eines nationalen Konzessionsvergaberechts wäre kompetenzrechtlich nicht ausgeschlossen. Sollte allerdings die EU ihrerseits eine legislative Maßnahme zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen schaffen, wäre jedoch ein entsprechender Abgleich und – soweit erforderlich – eine richtlinienkonforme Änderung des nationalen Rechtsrahmens vorzunehmen.

In der Sache selbst würde die Schaffung eines solchen Rechtsregimes *sui generis* jedoch mehr Probleme bereiten, als es lösen könnte.[25] Denn zum einen stünde jede (erforderliche) Konkretisierung des Verfahrens zur Konzessionsvergabe unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit den EU-Grundprinzipien und der hierzu ggf. bereits ergangenen Rechtsprechung des EuGH. Zum anderen würde mit einem solchen Sonderrechtsregime der Zersplitterung des Vergaberechts unnötig Vortrieb geleistet, obwohl jede bisherige Reform des Vergaberechts – insbesondere die gerade vollzogene Modernisierung des Vergaberechts[26] – gerade das Gegenteil, also die weitere Vereinheitlichung und Vereinfachung, bewirken wollte.

Schließlich müsste sich ein solcher individueller Rechtsrahmen auch in Bezug auf die Überprüfbarkeit, also den Rechtsschutz, festlegen, was – wenn hier nicht eine eindeutige Rechtswegzuweisung erfolgen würde – Streitigkeiten auch in diesem Bereich nicht vermeiden könnte.

### 3.2. Sinngemäße Anwendung der VOL/A

Mit Blick auf die systematische Nähe zwischen Bau- und Dienstleistungskonzession würde es sich alternativ anbieten, entsprechend der Kodifizierung der Baukonzessionsvergabe auch auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen den 4. Teil des GWB sowie die VgV direkt anzuwenden und die Regeln über die konkrete Ausgestaltung des Vergabeverfahrens im Abschnitt EG der VOL/A sinngemäß anzuwenden.

---

[25] Für ein solches "Vergaberecht light" in Gestalt von zu beachtenden Mindeststandards jedoch Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in: NZBau 2005, 610.

[26] Zu den Ergebnissen vgl. Rechten/Junker, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts - oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, 490.

Damit würde einerseits der auch für die rechtliche Überprüfung notwendige Rechtsrahmen hinreichend präzise festgelegt, während durch die sinngemäße Anwendung der konkreten Regeln über die Verfahrensausgestaltung Raum für die Berücksichtigung konzessionsspezifischer Besonderheiten bliebe.[27]

Wenngleich damit auch eine mit Blick auf die derzeitige Rechtswegzersplitterung als positiv anzusehende eindeutige Rechtswegzuweisung zu den Nachprüfungsinstanzen verbunden wäre[28], verblieben auch bei dieser Lösung zwei Schwächen:

- Zum einen bliebe in jedem Einzelfall einer „sinngemäßen" Anwendung der entsprechenden Vorschriften der VOL/A die Frage, ob der vorgegebene Rahmen der „Sinngemäßheit" noch eingehalten oder schon überschritten ist. Im Ergebnis führt dies zu vergleichbaren (wenn auch im Maßstab geringeren) Auslegungsschwierigkeiten, wie sie bei der derzeit zu praktizierenden Konkretisierung der EU-Grundprinzipien Platz greifen. Im Ergebnis wäre daher jede "sinngemäße" Anwendung von VOL/A-Vorschriften jedenfalls dann für sich betrachtet überprüfbar, wenn die jeweilige Vorschrift nicht 1:1 angewendet würde.
- Zum anderen stünde ein entsprechendes legislatives Vorgehen (Aufnahme der Dienstleistungskonzession in § 99 GWB, Ergänzung der VOL/A – Abschnitt EG – um eine Norm für Dienstleistungskonzessionen) unter der Maßgabe einer Änderung, wenn die EU im Ergebnis ihrer Konsultationen einen Rechtsrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen schaffen würde, der enger ausgestaltet wäre als die „sinngemäße" Anwendung der Vorschriften für Dienstleistungsaufträge.

### 3.3. Direkte Anwendung der Vorschriften der VOL/A

Eine direkte Anwendung des Kartellvergaberechts auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wäre zweifellos die rechtssicherste Lösung. Bund, Länder und Kommunen hätten bei der Beauftragung entsprechender Konzessionen den für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen geltenden Rechtsrahmen 1:1 zu beachten.

Damit wären nicht nur Probleme der Rechtswegzuweisung beendet, sondern – was in keinem der anderen Lösungsansätze realisierbar wäre – auch die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungsaufträgen.[29] Weiterhin bestünden keine Auslegungsprobleme, ob ein im Einzelfall vorgesehenes Vorgehen noch sinngemäß den entsprechenden Verfahrensregelungen der VOL/A entspricht oder den Rahmen bereits verlassen hat. Schließlich böte die direkte Anwendung der strengen Regelungen des Kartellvergaberechts auch Gewähr für eine unein-

---

[27] Für ein solches Vorgehen hat sich auch der 3. Deutsche Baugerichtstag (www.baugerichtstag.de) im Mai 2010 in Hamm ausgesprochen.

[28] § 102 GWB.

[29] Vgl. oben unter 2.1.

geschränkte Europarechtskonformität, über die auch ein europäisches Sonderregime für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht gehen würde. Insofern wäre der nationale Gesetzgeber an diesem besonders europafreundlichen Vorgehen nicht gehindert.

Dieser hier favorisierte Ansatz sieht sich zwar dem Vorwurf ausgesetzt, die notwendige Flexibilität bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu sehr einzuschränken.[30] Allerdings lässt der Rechtsrahmen der VOL/A auch bei unmittelbarer Anwendung genug "Luft zum Atmen":

- Die Pflicht zur vorrangigen Vergabe im Wege offener Verfahren lässt genügend Möglichkeiten, auf die sonstigen Verfahrensarten – insbesondere das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder den Wettbewerblichen Dialog – zurückgreifen zu können. Wegen der oftmals bestehenden hohen Komplexität des Konzessionsgegenstands und der damit einhergehenden Rechtsfragen lässt sich die Abkehr vom Primat des Offenen Verfahrens im Einzelfall gut begründen. Sofern diese Voraussetzungen in seltenen Ausnahmefällen nicht erfüllt sein sollten, kann und darf beispielsweise der Wunsch des öffentlichen Auftraggebers, Angebotsinhalte und ggf. -preise nachzuverhandeln, auch hier die Abkehr vom Offenen Verfahren nicht rechtfertigen.

  Alternativ ist auch eine normative Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei der Entscheidung über die Verfahrensart durch entsprechende Regelung in § 101 GWB denkbar.
- Auch bei der Leistungsbeschreibung kann die Besonderheit des jeweiligen Konzessionsgegenstandes berücksichtigt und die Ausgestaltung funktional vorgenommen werden. Dies gewährt hinreichend Flexibilität und entspricht gleichwohl den Vorgaben des "klassischen Vergaberechts"[31], eindeutig und erschöpfend sein, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten und damit eine diskriminierungsfreie Wertung zu ermöglichen.
- Eine Dienstleistungskonzessionsvergabe ohne transparente Festlegung von Auswahl- und Zuschlagskriterien mit entsprechender Gewichtung allein auf der Grundlage von Aspekten wie Vertrauen der Partner untereinander[32], dürfte den genannten Grundsätzen des EU-Primärrechts jedenfalls fundamental entgegenstehen. Vielmehr ist es auch und gerade bei der Festlegung von Zuschlagskriterien

[30] So die Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und des Verbandes kommunaler Unternehmen vom 30.1.2008; zuletzt erneuert durch die gemeinsam mit den entsprechenden Institutionen aus Österreich und Frankreich abgegebene Stellungnahme gegenüber der EU-Kommission vom 13. Juli 2010 in Bezug auf die Überlegungen der Kommission für eine europäische Rechtssetzungsinitiative zu Dienstleistungskonzessionen (abrufbar unter www.dstgb-vis.de).

[31] § 8 EG Abs. 1 VOL/A.

[32] So aber die Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und des Verbandes kommunaler Unternehmen vom 30. Januar 2008, S. 3.

möglich und entspricht gängiger Praxis, Besonderheiten des Rechtsinstituts der Dienstleistungskonzession, d. h. insbesondere das Fehlen eines Angebotspreises angemessen zu berücksichtigen, indem bei der Wertung vielmehr der Schwerpunkt auf qualitative Aspekte gelegt wird. Erforderliche Freiräume bietet die VOL/A in Umsetzung der Vergaberichtlinien durch die Möglichkeit, die Gewichtung der Zuschlagskriterien in Margen anzugeben oder – in begründeten Ausnahmen – hierauf ganz zu verzichten.

## 4. Fazit

Zentraler Punkt der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren ist die Rechtssicherheit. Dem Auftraggeber liegt im hohen Maße daran, Leistungen in guter Qualität zu vernünftigen Preisen zu dem erforderlichen Zeitpunkt zu erhalten. Damit kommt dem Aspekt der Risikoanalyse und hieraus folgend der Risikominimierung auch und insbesondere bei der anwaltlichen Beratung derartiger Ausschreibungsverfahren ein hoher Stellenwert zu.

Der bei der klassischen Auftragsvergabe anzuwendende Rahmen des Kartellvergaberechts mag komplex und im Einzelfall schwierig sein. Er hat jedoch den nicht von der Hand zu weisenden Vorteil einer äußerlichen Abgegrenztheit und inhaltlichen Definiertheit. Dass er sich auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eignet, zeigen die zahlreichen Verfahren, in denen die öffentliche Hand bereits heute die VOL/A nicht nur sinngemäß, sondern unmittelbar zugrunde legt und anwendet.

Eine legislative Pflicht zur Beachtung des Kartellvergaberechts bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen würde den Auftraggebern die bisher vielleicht als angenehm empfundene „Freiwilligkeit" der Unterwerfung unter die VOL/A nehmen. Die hiermit erlangbaren Vorteile gleichen dies allerdings mehr als nur aus.

# Workshop 3: Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

## Zusammenfassung der Aussprache

In Anschluss an die einführenden Referate wurde das Thema zunächst unter den Podiumsteilnehmern vertieft erörtert. Dabei betonte Herr Dr. Wirner, dass Dienstleistungskonzessionen in sehr unterschiedlichen Bereichen existierten und sie durch gänzlich voneinander verschiedene Anforderungen geprägt seien. Auch deshalb stelle sich ernsthaft die Frage, ob man mit einer *legislativen* EU-Regelung zu Dienstleistungskonzessionen im Vergleich zu den Grundsätzen, die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt worden seien, viel gewinnen würde.

Herr Professor Kling bemerkte dazu, das Vergaberecht habe auf unterschiedliche Anforderungen bereits bisher mit der Schaffung unterschiedlicher Verfahren reagiert.

Für den Regelfall erscheine die öffentliche Ausschreibung angemessen. Grund zur Sorge bereite aus seiner Sicht die Tendenz, dass bei Konzessionen immer weniger Risiken übertragen würden und im Wesentlichen nur noch auf das Absatzrisiko des Dienstleisters verwiesen werde, wogegen alle anderen Risiken durch den öffentlichen Auftraggeber abgesichert würden, und der Vertrag trotzdem noch als Konzession bezeichnet werde. Auf diesem Weg gelange man immer leichter aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts hinaus. Die zentralen Grundsätze des Vergaberechts seien Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung. Die Beachtung der Transparenz sei durch die Rechtsprechung des EuGH garantiert, Wettbewerb und Gleichbehandlung seien dagegen nicht sichergestellt, weil derjenige, der die Konzession erhalten solle, häufig bereits von Anfang an feststehe. Im Übrigen sei das EU-Primärrecht zu unklar. Die Rechtsprechung des EuGH liefere zwar ein Gerüst, dieses sei aber nicht hinreichend rechtssicher.

Im Rahmen der anschließenden Einbeziehung des Publikums in die Diskussion wurde seitens eines öffentlichen Beschaffers die Argumentation von Herrn Dr. Wirner aufgegriffen und nachdrücklich befürwortet. Für die Praxis sei die Erkenntnis wesentlich, dass die öffentliche Hand unter erheblicher Geldknappheit leide, ungeachtet dessen jedoch weiterhin vielerlei öffentliche Investitionen getätigt werden müssten. In dieser Situation benötige man Partner, die bereit seien, eigenes Kapital einzusetzen. Insoweit biete sich die Dienstleistungskonzession als ein sehr geeignetes Instrument an. Beispielsweise wünschten Krankenhauspatienten ein Patiententelefon und hochwertige Fernsehgeräte. Derartige Investitionen könnten aus eigenen Mitteln der öffentlichen Hand oft nicht finanziert werden. In derartigen Fällen seien Dienstleistungskonzes-

sionen ein ideales Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels. Es erscheine nicht ersichtlich, warum dies vergaberechtlich problematisch sein sollte. Im Übrigen sei es in solchen Bereichen oft schwierig, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen, weil es dabei häufig um Bereiche gehe, die jenseits der angestammten Tätigkeit der Behörde lägen. Man könne zwar einen Projektanten hinzuziehen, das sei allerdings oft recht kompliziert. Insofern sei die Möglichkeit der Nutzung von Dienstleistungskonzessionen zum Wohle der Bürger und im Interesse effektiver Lösungen sehr zu begrüßen. Zur Frage der Entgeltlichkeit bzw. zu einem Geldwerte-Vergleich sei anzumerken, dass in der Praxis sehr große Schwierigkeiten beständen, ein vergleichendes, in Geldwert zu bemessendes Vergabeverfahren durchzuführen.

Herr Mitrenga erwiderte darauf, das geschilderte kreative Denken auf der Beschafferseite sei einerseits sehr zu begrüßen. Andererseits sei er allerdings überzeugt, dass man die angestrebten Vorteile auch im Wettbewerb bzw. unter vergleichbaren Bedingungen für alle Teilnehmer erreichen könne. Auch bestehe bei Lösungen wie dem geschilderten Beispielsfall eine erhebliche Gefahr, dass im Gegensatz zu der anfänglich zunächst günstig wirkenden Offerte nachfolgende Kosten wie beispielsweise die von den Patienten zu entrichtenden Telefongebühren unverhältnismäßig hoch sein könnten. So könnten sich solche Lösungen letztlich auch sehr leicht als nachteilig für die Nutzer bzw. Bürger erweisen könne.

In der weiteren Diskussion wurde von anwaltlicher Seite die Einschätzung geäußert, die Vergabe von Konzessionen habe in der Praxis manches Mal den negativen Beigeschmack einer gezielten Auswahl eines bestimmten einzelnen Vertragspartners durch die öffentliche Hand. Ferner sollte man für bestimmte Bereiche von Dienstleistungskonzessionen näher prüfen, inwieweit die Balance zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien angemessen gewahrt sei. Dies sei im Übrigen auch ein wichtiger Diskussionspunkt im Rahmen des allgemeinen Vergaberechts. Es gehe darum, nach-

teilige Wirkungen der dieser Sicht problematischen scharfen Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien zu vermeiden. Man sollte daher generell über eine Zulassung von „ausführungsbezogenen Eignungsgesichtspunkten" bei der Zuschlagserteilung nachdenken.

Eine weitere anwaltliche Stimme kritisierte, die sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen der Zuordnung eines Sachverhalts als normale Auftragsvergabe oder als Konzession erscheine unbefriedigend und begünstige Umgehungsversuche. Dies zeige sich besonders deutlich anhand verschiedener Gestaltungen im Bereich der Rettungsdienstleistungen, die bei genauerer Betrachtung im Grunde keine essenziellen Unterschiede aufwiesen. Ferner stelle sich ernsthaft die Frage, ob der einstweilige Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht und bei den Zivilgerichten als effektiver Rechtsschutz eingestuft werden könne, was wohl eher zu verneinen sei.

Ein Vertreter der Industrie verwies darauf, dass die von Herrn Dr. Wirner vorgetragenen Bedenken gegen eine Legislativregelung zu Konzessionen von weiten Teilen der Auftraggeber- wie der Auftragnehmerseite geteilt würden. Die Industrie, die grundsätzlich stets für Transparenz eintrete, fürchte, dass sich eine Legislativregelung zu Konzessionen je nach Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens im Ergebnis negativ auf die nötige flexible Gestaltungen von Dienstleistungskonzessionen auswirken könnten. Zweifellos bestehe bei Dienstleistungskonzessionen formal eine kleine Regelungslücke. Man müsse allerdings sehr sorgsam prüfen, ob sich die Schließung dieser Lücke im Ergebnis eher vorteilhaft oder nachteilig auswirken würde. Für den Fall, dass eine gesetzliche Lösung unausweichlich sei, empfehle sich eine Regelung entsprechend der bereits vorhandenen, schlanken Regelung zu Baukonzessionen.

Herr Mitrenga bemerkte dazu, entgegen der von Frau Rühle und vielen Vertretern der Wirtschaft und der öffentlichen Seite vertretenen Einschätzung seien ihm durchaus auch Fälle bekannt, in denen von Unsicherheiten hinsichtlich Dienstleistungskonzessionen ausgegangen werde und daher sogar teilweise der Wunsch geäußert werde, einen Vergabevorgang statt durch Konzession durch Vergabe eines normalen Dienstleistungsauftrags zu gestalten. Die zuvor angesprochene mögliche Kompromisslösung mit einer schlanken Regelung in Anlehnung an die geltenden Vorschriften zu Baukonzessionen und einer rechtlicher Überprüfungsmöglichkeit komme durchaus als ein akzeptabler Lösungsweg in Betracht.

In der Folge wurde auch von anderer Seite unterstrichen, dass als mögliche Kompromisslösung am ehesten die vorgeschlagene Orientierung am Rechtrahmen für Baukonzession in Betracht komme, weil sich die Eignung dieser Vorschriften bereits in der Praxis erwiesen habe. Wichtig sei, dass die Regelung auf Ebene der EU-Richtlinien mit *europaweiter* Wirkung erfolge, worauf dann die nationale Umsetzung folgen würde. Nationale Sonderwege sollten wegen der Gefahr neuerlicher Vertragsverletzungsverfahren unbedingt vermieden werden.

Herr Dr. Wirner fasste seine Position schließlich nochmals dahin zusammen, es bestehe Einigkeit, dass bei Dienstleistungskonzession auf jeden Fall Transparenz herrschen müsse. Das Verfahren müsse nach objektiven Kriterien durchgeführt und dokumentiert werden. Allerdings sei für das Verfahren weiterhin Flexibilität erforderlich, um innovative Vorgehensweisen zu ermöglichen. Der Rechtsschutz müsse zweifellos effektiv sein; ob dazu allerdings die Regelung nach den Rechtsmittelrichtlinien exakt übernommen werden sollten, erscheine ihm nicht sicher. Dies gelte umso mehr, als bei manchen nationalen Umsetzungen der EG-Rechtsmittelrichtlinien durchaus bezweifelt werden könne, ob sie tatsächlich effektiv seien. Schließlich sei vor einer Entscheidung, ob eine Legislativänderung herbeigeführt werden soll, zu berücksichtigen, dass die existierenden EU-Regelungen zu Baukonzessionen kaum einen erheblichen Unterschied zur geltenden Rechtsprechung des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen darstellten.

Ein französischer Diskussionsteilnehmer merkte schließlich an, dass Konzessionen in Frankreich bereits eine lange Tradition hätten und schon seit Anfang des 20. Jahrhunderts praktiziert würden. Rechtschutz bestehe in Frankreich insoweit bereits seit 1905, so dass Unternehmen diesbezüglich ein Rügerecht hätten. Bei Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien habe sich Frankreich 1992 dafür entschieden, deren Vorgaben national nicht nur ab den Schwellenwerten, sondern auch darunter umzusetzen und ferner auf den Bereich der Dienstleistungskonzessionen zu erstrecken. Dies funktioniere nach seiner Einschätzung mehr oder weniger gut und bereite keine größeren Probleme. Hinsichtlich des Verfahrens der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen stehe am Anfang eine Pflicht zur Ausschreibung, danach dürfe man frei verhandeln und nachdem das Angebot angenommen worden sei, müsse man offenlegen, für welches Unternehmen sich der Auftraggeber entschieden habe. Während Herr Dr. Wirner die Vielfalt der unterschiedlichen Konzessionsmodelle betont habe, gebe es andererseits auch eine Vielfalt unterschiedlicher Formen normaler öffentlicher Aufträge, was der EU-Gesetzgeber auch akzeptiert habe. Insoweit stelle sich die Frage, inwieweit wirklich ein grundlegender Unterschied zwischen Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen im Hinblick auf Vielgestaltigkeit und Komplexität bestehe.

Herr Scharen resümierte schließlich, der Verlauf der Aussprache und die Erörterung möglicher Kompromisslösungen hätten gezeigt, dass die gegensätzlichen Positionen letztlich offensichtlich wohl doch nicht so weit von einander entfernt seien wie es anfänglich erschien. Abschließend dankte Herr Scharen den Mitgliedern des Podiums für ihre engagierten Beiträge und den Teilnehmern im Publikum für ihre rege Beteiligung an der Diskussion.

# Workshop 4: Interkommunale Zusammenarbeit

## Moderation und Einführung

**Leitender Ministerialrat Dr. Tobias Traupel**

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen

Ich freue mich, dass wir heute ein nach wie vor nicht vollständig gelöstes Problem sowohl des Vergaberechts als auch der Staats- und Verwaltungsorganisation mit ausgewiesenen Experten in einem Workshop näher beleuchten können: die interkommunale Kooperation und hierbei vor allem die Frage, ob solche Formen der Zusammenarbeit dem Vergaberecht unterliegen oder nicht.

Je nach Interessenstandpunkt fallen die Antworten hierzu unterschiedlich aus: die Kommunen, aber auch andere öffentliche Auftraggeber ziehen den Anwendungsbereich vergabefreier Kooperation möglichst weit, um größere Spielräume für die Verwaltungszusammenarbeit nutzen zu können. Die Vertreter der Wirtschaft sehen den Anwendungsbereich eher eng, weil sie sich von einer Verpflichtung zur Ausschreibung öffentlicher Kooperationen Teilnahmechancen im wettbewerblichen Verfahren und im Ergebnis eine Partizipation an solchen Verwaltungstätigkeiten erhoffen. Letztlich kann dies zu verstärkten Privatisierungen öffentlicher Leistungen führen, was auf der anderen Seite die Bereitschaft der öffentlichen Stellen, im Interesse der Verwaltungseffizienz Wege der Zusammenarbeit stärker zu suchen, nicht erhöht. Es handelt sich also um ein komplexes Problem, das allerdings durch den EuGH in jüngster Zeit ein wenig aufgehellt worden ist.

Die Auswahl der Experten auf dem Podium gewährleistet eine lebhafte und äußerst sachkundige Debatte. Herr Portz ist einer der profiliertesten vergaberechtlichen Sprecher der kommunalen Familie, Herr Lau wird aus der Sicht der potenziellen Auftragnehmer im allgemeinen und als Repräsentant des BDI einer Vielzahl von besonders relevanten Branchen Stellung nehmen. Schließlich haben wir mit Herrn Müller-Wrede

nicht nur einen anwaltlichen Vergabespezialisten, sondern vor allem den Rechtsvertreter "an Bord", der die wegweisende Entscheidung "Stadtreinigung Hamburg" erstritten hat. Ich wünsche uns eine erkenntnisreiche Diskussion.

# Workshop 4: Interkommunale Zusammenarbeit

## Einführung

**Norbert Portz**

Deutscher Städte- und Gemeindebund

### 1. Zukunftsaufgabe interkommunaler Zusammenarbeit

Die interkommunale Zusammenarbeit gewinnt immer mehr an Bedeutung. Gründe sind insbesondere die demografische Entwicklung sowie die desolate Finanzsituation der Kommunen. Gerade diese Rahmenbedingungen haben zur Folge, dass die Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge häufig nur noch über eine Zusammenarbeit ein von ihnen öffentlich verantwortetes sowie breites Leistungsangebot gegenüber ihren Bürgern vorhalten können. Insoweit stellt die interkommunale Zusammenarbeit eine Alternative zur Privatisierung kommunaler Aufgaben dar.

Mit der interkommunalen Zusammenarbeit wird die den Bürgern nächste Ebene, die der Städte und Gemeinden, für die konkrete Aufgabenwahrnehmung legitimiert. Neben den tradierten Themenfeldern der interkommunalen Zusammenarbeit, insbesondere dem Abwasser-, Wasser- und Abfallbereich, erfasst diese zunehmend „neue Aufgabenbereiche“, etwa die Informationstechnologie und die Bildung.

### 2. Neue Hauptformen interkommunaler Zusammenarbeit

Vergaberechtlich relevant sind zwei auch in den Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit der Bundesländer (Bsp.: GKG NW) geregelte Formen der interkommunalen Zusammenarbeit:

Zum einen ist dies die institutionelle Form: Diese findet sich etwa in einem von Kommunen getragenen (öffentlichen) Zweckverband, einer gemeinsam getragenen Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR), aber auch in einem von Kommunen gemeinsam in Privatrechtsform (GmbH) getragenen Kommunalunternehmen.

Zum anderen lässt sich eine interkommunale Zusammenarbeit auch in nicht institutioneller Form als öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwischen verschiedenen Gemeinden ausgestalten. Diese sog. Zweckvereinbarung ist sowohl als mandatierende Vereinbarung (Aufgabenwahrnehmung in fremdem Namen) oder aber als delegierende Vereinbarung (komplette Aufgabenübertragung) möglich.

**3. Bisherige EuGH-Rechtsprechung zur interkommunalen Zusammenarbeit**

In einer eher apodiktischen Entscheidung hatte der EuGH zunächst in der Entscheidung „Spanien" festgestellt, dass eine generelle gesetzlich geregelte Vergaberechtsfreiheit von Kooperationen innerhalb von Gebietskörperschaften gegen das EU-Vergaberecht verstößt. In der Folge hat der EuGH für die Fälle des sogenannten In-House-Geschäfts eine Ausschreibungsfreiheit angenommen („Teckal" etc.). Hiernach kommt bei einer „Beauftragung" einer von einer oder auch mehreren Kommunen beherrschten Einrichtung dann kein Vergaberecht zur Anwendung, wenn diese Kommune bzw. die Kommunen über diese Einrichtung eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung im Wesentlichen ihre Tätigkeiten für die Kommune bzw. die Kommunen ausübt bzw. ausüben, von der bzw. denen sie beherrscht wird oder werden. Niemals liegt eine Vergaberechtsfreiheit (Kein In-House-Geschäft) bei privaten Beteiligungen, und seien sie noch so gering, (EuGH „Stadt Halle") vor.

**4. Horizontale öffentlich-rechtliche Vereinbarung**

Über die Fälle des (vertikalen) In-House-Geschäfts hinaus hatte die nationale Rechtsprechung (OLG Düsseldorf und OLG Frankfurt) festgestellt, dass ein horizontal öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Kommunen, bei denen etwa eine Kommune die Abfallentsorgung von einer anderen Kommune durchführen lässt, als mandatierende Vereinbarung der Ausschreibung unterliegt.

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund hat in den mit dieser Rechtsauffassung verbundenen Folgen stets einen Wertungswiderspruch gesehen: Während eine (vertikale) In-House-Vergabe vergaberechtsfrei ist, soll dann, wenn Kommunen die gleiche Aufgabe im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfüllen, das Vergaberecht Anwendung finden.

Nach Auffassung des DStGB war und ist aber in beiden Fällen einer rein öffentlichen Aufgabenwahrnehmung nicht der externe Wettbewerbsmarkt betroffen. Vielmehr handelt es sich hier um einen rein innerorganisatorischen Akt von Kommunen und damit um die bewusste Beibehaltung gerade einer öffentlichen Aufgabenwahrnehmung. Eine Diskriminierung privater Partner ist daher bei einer rein öffentlich-öffentlichen Aufgabenwahrnehmung – in welcher Form auch immer – nicht gegeben.

## 5. EuGH-Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg" nimmt auch öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwischen Kommunen vom Vergaberecht aus

In der grundlegenden und von der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs (13 Richter) im Jahre 2009 gefällten Entscheidung des EuGH „Stadtreinigung Hamburg" lässt der EuGH einen Abfallentsorgungsvertrag zwischen vier Landkreisen und der als Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) fungierenden Stadtreinigung Hamburg nicht dem Vergaberecht unterfallen. Nach dem Sachverhalt lieferten die Landkreise jährlich 120 000 Tonnen Abfall an die Stadtreinigung Hamburg, brachten sich aber auch selbst als Kooperationspartner (u. a. Rücknahme der Schlacke) in die als „Regionalverbund" gekennzeichnete Zusammenarbeit zwischen den beiden Partnern ein.

Der EuGH hat diese Form der – horizontalen – Zusammenarbeit für vergaberechtsfrei erklärt. Maßgeblich stellte er darauf ab, dass eine derartige Form der kommunalen Zusammenarbeit bei einer „allen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe" (hier: Abfallentsorgung) keiner Ausschreibung unterliege und insofern die konkrete Rechtsform der Kooperation unbeachtlich sei. Gekennzeichnet waren Art und Umfang der Zusammenarbeit von einer intensiven gegenseitigen Kooperation der beiden Partner und einer nicht vorhandenen Gewinnerzielungsabsicht. Mit der Entscheidung des EuGH ist die Vergaberechtsfreiheit jedenfalls über die bisherige „Teckal"-Rechtsprechung hinaus auch auf Fälle ausgedehnt worden, bei denen keine Kontrolle eines Partners über den anderen Partner wie über die eigenen Dienststellen vorliegt. Voraussetzung einer Vergaberechtsfreiheit auch bei einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung (horizontale Form) ist aber, dass auch hier keine Privaten ungleich behandelt werden und demgemäß keine Privatbeteiligung an der Kooperation vorliegt.

## 6. Schussfolgerungen

Der Europäische Gerichtshof hat mit seiner Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg" neben dem In-House-Konstrukt ein vergaberechtsfreies Aliud für die Fälle interkommunaler Kooperationen auf „Augenhöhe", also auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen zwischen Kommunen begründet. Dennoch sind die konkreten Kriterien für eine Vergaberechtsfreiheit weiter ausfüllungsbedürftig. Dies betrifft insbesondere die Frage nach der erforderlichen Tiefe der gegenseitigen Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Kooperationspartnern als Voraussetzung für eine Vergaberechtsfreiheit sowie auch die Bestimmung der notwendig von Kommunen zu erfüllenden „öffentlichen Aufgabe".

Ob auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg" generell auf das Kontrollkriterium nach der „Teckal"-Rechtsprechung verzichtet werden kann, erscheint fraglich. Vielmehr deutet einiges darauf hin, dass das bei vertikaler Zusammenarbeit (In-house) für eine Vergaberechtsfreiheit erforderliche Kontrollkriterium bei einer horizontalen interkommunalen Kooperation durch die Intensität der gegenseitigen Kooperation „ersetzt" wird. Jedenfalls hat der EuGH mit seiner Rechtsprechung

zur „Stadtreinigung Hamburg“ im Sinne der Forderung der kommunalen Spitzenverbände und damit auch des Deutschen Städte- und Gemeindebundes eine notwendige und zielführende Erweiterung der Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen vorgenommen. Die rein interkommunale Zusammenarbeit berührt als rein öffentliche Kooperationsform und innerorganisatorischer Organisationsakt nicht den externen Wettbewerbsmarkt und stellt demgemäß auch keine Diskriminierung privater Wettbewerber dar. Die Anwendung des Vergaberechts ist daher hier fehl am Platz.

# Workshop 4: „Interkommunale Zusammenarbeit“

## Einführung

**Rechtsanwalt Niels Lau**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Die vergaberechtliche Einordnung interkommunaler Kooperationen ist zunächst eine ordnungspolitische und damit grundsätzliche Frage. Ihren Niederschlag hat sie nach der Vergaberechtsreform 2009 in der aktuellen Fassung des § 99 Abs. 1 GWB gefunden. Für interkommunale Kooperationen bleibt es dabei, dass diese nicht pauschal von der Anwendung des Vergaberechts freigestellt sind. Auch die jüngste EuGH-Rechtsprechung lässt diese Schlussfolgerung zu. Denn eine ausnahmslose Privilegierung interkommunaler Zusammenarbeit widerspricht dem Wettbewerbsprinzip. Kommt nach sorgfältiger Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Abwägung der Kommune nur eine Eigenrealisierung in Betracht, muss dem Steuerzahler in transparenter Weise gezeigt werden, dass die Kommune die für ihn bestmögliche Lösung wählt. Das kann durch Eigenrealisierung oder „In-House“-Vergabe nur dann erfolgen, wenn die Leistung nicht orientiert am marktwirtschaftlichen Wettbewerb von der Privatwirtschaft erbracht werden kann.

Der Bundesrat hatte in seinem Entschließungsantrag vom 13.02.2009 (BR-Drucksache 35/09) die Bundesregierung ausdrücklich dazu aufgefordert, „die bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der interkommunalen Zusammenarbeit und anderen innerstaatlichen Kooperationen im Hinblick auf das EU-Vergaberecht zu beseitigen und bei der Europäischen Kommission auf eine entsprechende Klarstellung hinzuwirken“. Ein weiteres Anliegen des Bundesrates war es, bei der nächsten Novelle des GWB in § 99 einen neuen Absatz einzufügen, der die Herausnahme bestimmter Arten der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern aus dem Vergaberecht regeln soll. Die Bundesregierung sieht dazu derzeit aber keinen Handlungsbedarf (Bundesrats-Drucksache 558/10 v. 15.09.2010). Sie teilt dem Bundesrat mit, dass das GWB in dieser Hinsicht derzeit nicht geändert werden solle. Man wolle zunächst die Entwicklung auf eu-

ropäischer Ebene abwarten. Der EuGH habe die vergaberechtsfreien Konstellationen innerstaatlicher Zusammenarbeit erheblich erweitert (vgl. EuGH, Urteil v. 09.06.2009 – Rs C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg). Danach habe eine breite Diskussion eingesetzt, infolge derer die EU-Kommission ein Arbeitspapier erstellt habe. Dieses könne möglicherweise in eine interpretierende Mitteilung münden. Weitere Informationen würden erst im Herbst 2010 erwartet. Die Bundesregierung sei jedoch am gesamten Prozess beteiligt gewesen und habe dabei auch die Position des Bundesrates dargestellt.

Das Zusammenspiel von EuGH-Rechtsprechung, kommunaler Selbstverwaltungsgarantie, verfassungsrechtlich abgesichertem Wettbewerbsprinzip, Gemeindewirtschaftsrecht, Steuerrecht und Haushaltsrecht wird damit weiter einer Bewährungsprobe ausgesetzt. Dabei geht es um so fundamentale Fragen wie der Definition einer „öffentlichen" Aufgabe oder eines Dienstes im „öffentlichen Interesse", was nicht zwingend dasselbe ist. Der sogenannte Rühle-Bericht des Europäischen Parlaments weist auch auf andere Problemfelder hin: Was ist „aktives Zusammenwirken" der Gebietskörperschaften? Kann „nebenbei" auch eine naturgemäß „private" Aufgabe mit erledigt werden?

Hinzu kommen Inkohärenzen mit anderen, spezifischen Rechtsbereichen. So differenziert der EuGH im Urteil vom 09.06.2009 nicht ausreichend zwischen der im deutschen (Abfall-) Recht aber maßgeblichen vorgegebenen zwingenden Unterscheidung zwischen „Beseitigung" einerseits und „Entsorgung" andererseits. Dienste von allgemeinem Interesse sind nach deutschem Recht auch nicht zwingend von der öffentlichen Hand zu erbringen, was der EuGH aber am Beispiel der Stadtreinigung suggeriert. Selbst wenn es sich um eine originär hoheitliche Aufgabe handelt, ist damit keineswegs eine Grundsatzentscheidung darüber getroffen, wer diese Aufgabe – außerhalb des staatlichen Kernbereiches – übernehmen soll. Der Grundsatz der effizienten Leistungserbringung sowie die sogenannten Universaldienstverpflichtung – etwa im Telekommunikationsgesetz – lassen die Erbringung dieser Dienste auch durch Private zu. Die Betätigung der öffentlichen Hand, in den Grenzen des Art. 28 Abs. 2 GG und auch durch interkommunale Kooperationen ist damit nicht per se eine öffentliche Aufgabe.

Bestehende Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis öffentlicher und privater Leistungserbringung, vor allem durch das Mehrwertsteuerprivileg der kommunalen Eigenbetriebe, sind nicht abgebaut worden. Die Ausgangspositionen sind daher schon an sich unterschiedlich. Nunmehr das Vergaberecht durch vertragliche Lösungen der Gebietskörperschaften auszuhebeln, bedeutete eine weitere Herausnahme ganzer Sektoren von Diensten aus dem Wettbewerb.

Es bedarf daher zunächst einer konturenscharfen Deutung der vom EuGH entwickelten Kriterien, bevor nach dem Gesetzgeber gerufen wird. Sollte die Erkenntnis, dass diese Kriterien gar nicht zur generellen Vergaberechtsfreiheit interkommu-

naler Kooperationen führen, die entscheidende Motivation für eine Gesetzeslösung für eine möglichst weitgreifende Freistellung sein, wäre der Wettbewerbsordnung ein Bärendienst erwiesen.

# Workshop 4: Interkommunale Zusammenarbeit

## Einführung

**Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede**

Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte

### A. Einleitung

In Zeiten des demografischen Wandels und finanzieller Engpässe gewinnt die interkommunale Zusammenarbeit zunehmend an Bedeutung. Gerade für kleinere Städte und bevölkerungsärmere Gemeinden bietet die interkommunale Zusammenarbeit die Möglichkeit, öffentliche Aufgaben leistungsorientiert, effizient und kostengünstig durchzuführen, um für ihre Bürger ein ausreichendes Angebot an öffentlichen Versorgungsleistungen zu gewährleisten. Die überwiegende Zahl der auf unterschiedlichen Ebenen stattfindenden Kooperationen wird dabei nicht öffentlich ausgeschrieben. Die private Wirtschaft betrachtet dies mit großer Skepsis und befürchtet eine zunehmende Verdrängung der privaten Unternehmen. Daher haben sich in den letzten Jahren deutsche Gerichte sowie der Europäische Gerichtshof (EuGH) immer wieder mit der Vergabefreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit beschäftigt. Müller-Wrede & Partner hat diesbezüglich jüngst für die Bundesrepublik Deutschland ein grundlegendes Urteil („Stadtreinigung Hamburg") des EuGH[1] erstritten. In Folge dieser Entscheidung stellt sich die Frage, inwieweit die dort herausgearbeiteten Kriterien auf andere Fälle der interkommunalen Zusammenarbeit übertragbar sind. Derzeit läuft ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland bezüglich der Vergabe von Abwasserentsorgungsleistungen ohne öffentliche Ausschreibung durch die Stadt Hamm.

[1] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C- 480/06 (Stadtreinigung Hamburg), VergabeR 2009, 738.

## B. Entwicklung der europäischen Spruchpraxis

Erste Kriterien für die Ausschreibungspflicht einer gemeinsamen kommunalen Aufgabenerfüllung wurden mit der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1999 in der Rechtssache „Teckal"[2] geschaffen. Das Vorliegen einer ausschreibungsfreie „Inhouse"-Vergabe ist demnach auf Grundlage von zwei („Teckal"-) Kriterien zu prüfen. Eine Ausschreibungspflicht besteht demnach nicht, wenn eine Gebietskörperschaft zwar mit einer von ihr rechtlich verschiedenen juristischen Person eine Vereinbarung über die Erbringung en von Leistungen schließt, aber über diese Person eine Kontrolle ausübt, wie über ihre eigenen Dienststellen (*„Kontroll-Kriterium"*) und diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteilseigner sind *(„Wesentlichkeitskriterium"*).

In der Rechtssache „Stadt Halle"[3] entschied der EuGH, dass das Kontroll-Kriterium bei jeder – auch nur minderheitlichen – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch ein öffentlicher Auftraggeber beteiligt ist, nicht erfüllt und eine ausschreibungsfreie „Inhouse"-Vergabe somit ausgeschlossen ist. Begründet wird dies mit der Überlegung, dass das Verhältnis zwischen Unternehmen und Auftraggeber bei einer privaten Beteiligung immer auch von privaten Interessen bestimmt ist und damit wettbewerbliche Vorteile für das private Unternehmen nicht ausgeschlossen werden können.

Für die kommunale Aufgabenerfüllung hat das Urteil „Stadt Halle" und seine ihm nachfolgende, konkretisierende Rechtsprechung[4] seither die Konsequenz, dass sämtliche Aufgabenwahrnehmungen durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder durch eine öffentliche Beteiligung an PPP-Vorhaben dem Vergaberecht unterfallen.

In einem Grundsatzurteil („Kommission/Spanien") stellte der EuGH fest, dass nationale Regelungen, die Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltungen und anderen öffentlichen Einrichtungen generell vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnehmen, nicht im Einklang mit dem Unionsrecht stehen.[5] Dabei stützt der Gerichtshof seine Begründung auf den Wortlaut der Vergaberichtlinien sowie seine Ausführungen zur Rechtssache „Teckal", wonach Vertragsbeziehungen

[2] EuGH, Urteil v. 18.11.1999 – Rs. C- 107/98 (Teckal), Slg. 1999, I-8121.

[3] EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle und RPL Lochau), Slg. 2005, I-1.

[4] EuGH, Urteil v. 13.10.2005 – Rs. C-458/03 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8585, Rn. 56 ff; EuGH, Urteil v.21.7.2005 – Rs. C-231/02 (Coname), Slg. 2005, I-7287, Rn. 23 – 26; EuGH, Urteil v. 6.4.2006 – Rs. C-410/04 (ANAV), Slg. 2006, I-3303, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 36f; EuGH, Urteil, v. 19.4.2007 – Rs. C-295/05 (Asemfo), Slg. 2007, I-2999, Rn. 55-57.

[5] EuGH, Urteil v. 13.1.2005 – Rs. C- 84/03 (Kommission/Königreich Spanien), Slg. 2005, I-139.

zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern dem Vergaberecht unterfallen können, wenn es sich rechtlich und tatsächlich um verschiedene juristische Personen handelt.[6]

Seit dem „Spanien"-Urteil nahm die Europäische Kommission eine restriktive Einzelfallprüfung von interkommunalen Kooperationen vor. Gleichzeitig lehnte sie aber eine vollständige Unterwerfung der interkommunalen Zusammenarbeit unter das Vergaberegime ab. Für die Kommunen bestand damit eine unvermeidbare Unsicherheit bei der Durchführung vieler Formen der interkommunalen Zusammenarbeit. Rechtssicher erschien nur die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und aller mit der Aufgabenerfüllung in Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten von der Kommune auf eine Einrichtung (z. B. Zweckverband), die hauptsächlich für die beteiligten Kommunen tätig ist und von den Kommunen hinreichend kontrolliert wird.[7]

## C. Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung durch deutsche Gerichte

Die deutsche Rechtsprechung hat unterschiedliche Schlussfolgerungen aus den oben genannten Einzelfallurteilen des EuGH und dem Standpunkt der Kommission gezogen. Nach nationalem Recht wird im Rahmen der Verwaltungskooperation zwischen der Kooperation in Form der Zweckgemeinschaft und in Form der mandatierenden und delegierenden Vereinbarung unterschieden. Obwohl keine dieser Formen per se den Anforderungen einer „Inhouse"-Vergabe genügt und das Vorliegen der „Teckal"-Kriterien stets im Einzelfall zu prüfen ist, lässt sich gleichwohl eine Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Modelle erkennen.

Nach wohl übereinstimmender Auffassung der Gerichte unterfallen mandatierende Vereinbarungen dem Vergaberecht.[8] Im Falle einer solchen Vereinbarung überträgt eine Kommune die Erfüllung ihrer Aufgaben auf eine andere Kommune, bleibt aber selbst Träger der öffentlichen Aufgabe und behält ihre direkten Überwachungs- und Eingriffsmöglichkeiten. Die auftragserfüllende Kommune wird in diesem Fall als „Unternehmen" im funktionalen Sinn tätig, da die wesentlichen Kompetenzen nicht übertragen werden und damit insgesamt der mit der Auftragsdurchführung verbundene Beschaffungscharakter überwiegt. Nach Auffassung der Oberlandesgerichte kann etwas anderes nur gelten, wenn die kooperierende Kommune ihre Aufgaben nicht wie in den zu entscheidenden Fällen in einem wettbewerbsrelevanten Markt, sondern im Rahmen eines Verwaltungsmonopols anbietet.[9]

---

[6] EuGH, Urteil v. 13.1.2005 – Rs. C- 84/03 (Kommission/Königreich Spanien), Slg. 2005. I-139, Rn. 38.

[7] u. a. im Verfahren „Gemeinde Hinte", welches kurz vor Erhebung der Vertragsverletzungsklage eingestellt worden ist, Stellungnahme der Kommission vom 30.4.2004, C (2004) 1202.

[8] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.5.2004 – Verg-VII 78/03, NvWZ 2004, 1022; OLG Frankfurt, Beschluss v. 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, 692; OLG Naumburg, Beschluss v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, VergabeR 2006, 88.

[9] OLG Naumburg, Beschluss v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, VergabeR 2006, 88 (92); BayObLG, Beschluss v. 28.3.2005 – Verg 7/03, VergabeR 2003, 563 (565) – Notfallrettung in Bayern.

Dagegen soll die Bildung von kommunalen Zweckverbänden nicht dem Vergaberegime unterfallen.[10] Bei Zweckverbänden wird nicht nur die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe, sondern auch die Aufgabe selbst an eine andere Verwaltungseinrichtung übertragen. Im Falle einer solchen Aufgabenwahrnehmung wird keine Leistung am Markt beschafft, sondern lediglich eine Aufgabe innerhalb des Staates verlagert. Das in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte kommunale Selbstverwaltungsrecht verleiht den Gemeinden Hoheit über ihre Verwaltungsorganisation. Bei der Gründung eines Zweckverbandes handelt es sich um eine (internen) Maßnahme der Verwaltungsorganisation, die dem Vergaberecht entzogen ist.[11] Dies ist auch auf Fälle der delegierenden Vereinbarung übertragbar, da hier ebenso wie beim Zweckverband eine nahezu vollständige Kompetenzübertragung stattfindet und somit ein rein administrativer Akt vorliegt.[12]

Gegen diesen Ansatz sprechen zunächst erhebliche Probleme bei der Abgrenzung zwischen delegierender und mandatierender Aufgabenübertragung. Zudem kann die Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit von der Ausschreibungspflicht nicht allein von einem (aufwendigen) formalen Akt abhängen, ohne dass es dabei auf die Marktbezogenheit ankommt. Letztendlich führt dieser Ansatz zu zufälligen Ergebnissen.

## D. Urteil des EuGH in der Rechtssache C-480/06 – „Stadtreinigung Hamburg"

Im Jahr 1995 hatte die Stadtreinigung Hamburg (SRH), eine Anstalt des öffentlichen Rechts, mit vier umliegenden niedersächsischen Landkreisen einen Vertrag über die thermische Entsorgung ihrer Abfälle in einer durch die Hansestadt neu errichteten Müllverbrennungsanlage geschlossen. In einem weiteren Vertrag, der nicht Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens war, wurden die Bedingungen zwischen der SRH und dem Betreiber der Müllverwertungsanlage festgelegt. In dem von der Kommission angegriffenen Vertrag verpflichtete sich die SRH gegenüber den Landkreisen, diesen in der Anlage eine Entsorgungskapazität von 120.000 t Müll pro Jahr zur Verfügung zu stellen. Die Laufzeit des Vertrages wurde auf 20 Jahre festgelegt und begann mit der Fertigstellung der Müllverbrennungsanlage im Jahr 1999. Der Vertrag wurde dabei abgeschlossen, ohne zuvor ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen.

---

[10] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.6.2006 – VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662 (664); a.A. OLG Naumburg, Beschluss v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, VergabeR 2006, 88; OLG Naumburg, Beschluss v. 2.3.2006, VergabeR 2006, 406, wobei es sich bei der Bezeichnung der dem Beschluss vom 2.3.2006 zu Grunde liegenden Vereinbarung als „delegierend" wohl um eine Verwechslung mit der mandatierenden Vereinbarung handelt, siehe dazu auch *Potthast/Klöck*, NZBau 2007, 496 (497f.).

[11] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.6.2006 – VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662 (664).

[12] Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. III, Rn. 2533 mwN.

Infolge der Beschwerde eines Bürgers, motiviert durch seiner Ansicht nach zu hohe Müllentsorgungsgebühren, leitete die Kommission 2004 ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV gegen die Bundesrepublik Deutschland ein, in welchem sie das Fehlen einer europaweiten Ausschreibung nach Art. 8 der RL 92/50/EWG[13] rügte. Die Bundesrepublik vertrat die Auffassung, dass es sich bei dem Vertrag nicht um einen Beschaffungsakt, sondern um eine Form staatlicher Aufgabenorganisation gehandelt habe. Da die Kommission diese Ansicht nicht teilte, erhob sie am 24. November 2006 Klage beim EuGH.

In seinen Schlussanträgen sprach sich Generalanwalt Mazák für die Anwendung des Vergaberechts auf diesen Fall der interkommunalen Kooperation aus, was auch den allgemeinen Erwartungen entsprach. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH stellte der Generalanwalt zunächst fest, dass die Vergaberichtlinien grundsätzlich auch auf die Zusammenarbeit zwischen mehreren staatlichen Einrichtungen bzw. öffentlichen Auftraggebern, wie den betreffenden Landkreisen und der Stadtreinigung Hamburg, anwendbar sind.[14] Von diesem Grundsatz kann nur abgewichen werden, wenn die öffentlichen Stellen sich für die Erfüllung von einer öffentlichen Aufgabe nicht an den Markt bzw. eine externe Einrichtung wenden müssen, weil sie Aufgabe mit eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erledigen können[15] oder aber die Kriterien für eine „Inhouse"-Vergabe erfüllt sind.[16] Im vorliegenden Fall sah der Generalanwalt keine der beiden Ausnahmen als erfüllt an. Die Stadtreinigung Hamburg könne „nicht als eigenes Mittel der (betroffenen) Landkreise" angesehen werden.[17] Zudem erfülle allein die *vertragliche* Kontrollmöglichkeit der Landkreise nicht das Kontroll-Kriterium der „Teckal"-Rechtsprechung.[18]

Der EuGH bestätigt in seinem Urteil zunächst in Einklang mit den Schlussanträgen des Generalanwalts zunächst den Grundsatz, dass Vergaben von Aufträgen an Auftragnehmer, die selbst öffentliche Auftraggeber sind, oberhalb der Schwellenwerte grundsätzlich ausgeschrieben werden müssen, da sie in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen.[19] Im Anschluss daran lehnt der EuGH das Vorliegen einer „Inhouse"-Vergabe ab, da die vier Landkreise ersichtlich keine Kontrolle über ihren Vertragspartner ausüben.[20] Weiter stellt der EuGH in Anknüpfung an den General-

[13] Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungen, ABlEG 1992, Nr. L 209/1.

[14] Schlussanträge des GA Mazák vom 19.2.2009 in der Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 28.

[15] Schlussanträge des GA Mazák vom 19.2.2009 in der Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 32 – 34.

[16] Schlussanträge des GA Mazák vom 19.2.2009 in der Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 29.

[17] Schlussanträge des GA Mazák vom 19.2.2009 in der Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 39.

[18] Schlussanträge des GA Mazák vom 19.2.2009 in der Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), Rn. 40 – 48.

[19] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), VergabeR 2009, 738 (742 Rn. 33).

[20] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg),VergabeR 2009, 738 (742 Rn. 36).

anwalt fest, dass eine öffentliche Stelle ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen können muss, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.[21] Anders als der Generalanwalt – der diese Ausnahme als nicht erfüllt ansah – arbeitet der Gerichtshof vier Gründe heraus, warum in diesem konkreten Fall eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht gerechtfertigt ist:

- Bei dem Vertrag zwischen den vier Landkreisen und der Stadtreinigung handelt es sich um „eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung". Diese öffentliche Aufgabe ist gemeinschaftsrechtlich geregelt (Abfallrichtlinie 75/442/EWG und 91/156/EWG). Das Richtlinienrecht sieht bei der Abfallentsorgung ein „Näheprinzip" vor, wonach Abfall in so nah wie möglich gelegenen Anlagen zu verwerten ist.
- Der Vertrag ermöglicht es den beteiligten Aufgabenträgern ihre Aufgaben zu erfüllen. Nur auf Grund der zusätzlichen Auslastung durch den Müll der Landkreise kann die Abfallentsorgungsanlage unter wirtschaftlichen Bedingungen betrieben werden. Die öffentliche Aufgabe wird gemeinsam und nicht nur einseitig durch einen Vertragspartner erfüllt. Zwar übernimmt die Stadtreinigung den Hauptteil der vertraglichen Leistung, jedoch sieht der Vertrag auch Verpflichtungen der Landkreise vor, wie z. B. das zur Verfügung stellen nicht selbst genutzter Entsorgungskapazitäten und eine Abnahmeverpflichtung von Schlacke, mit der die Aufgabenerfüllung der Stadtreinigung sichergestellt werden kann.[22]
- Das Entgelt der Landkreise ist auf eine reine Kostenerstattung begrenzt. Die Stadtreinigung leitet das Entgelt ohne eigene Gewinnmarge an den Anlagenbetreiber weiter.[23]
- Der Vertrag wurde ohne jede private Beteiligung geschlossen. Er schränkt auch die Vergabe eventuell erforderlicher Aufträge an Dritte zur Umsetzung des Vertrages nicht ein. Eine Begünstigung eines privaten Unternehmens kann ausgeschlossen werden.

## E. Klarstellung des Begriffs der „externen Einrichtung" und Lösung von den „Teckal" Kriterien

Der Gerichtshof hat in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg" bei der Beurteilung einer interkommunalen Kooperation erstmals losgelöst von den „Teckal"-Kriterien eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht begründet. Für die Begründung der

[21] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), VergabeR 2009, 738 (743 Rn. 45).

[22] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), VergabeR 2009, 738 (742 Rn. 39).

[23] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), VergabeR 2009, 738 (743 Rn. 40, 43).

Ausnahme hat der EuGH dabei auf einen Grundsatz zurückgegriffen, der bereits in dem Urteil „Stadt Halle" auftaucht. Demnach haben die öffentlichen Stellen die Möglichkeit, ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.[24] In einem solchen Fall kann von einem entgeltlichen Vertrag mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, nicht die Rede sein.[25]

Bislang wurde der Begriff der „externen Einrichtung" im Hinblick auf die „Teckal"-Rechtsprechung und das „Spanien"-Urteil so verstanden, dass er sämtliche Einrichtungen Dritter erfasst, also auch (inter)kommunale Eigengesellschaften. In dem Urteil „Coditel" deutete der Gerichtshof erstmals eine andere Richtung an, indem er feststellte, dass die öffentlichen Stellen von der Eigenerfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags auch dann Gebrauch machen, wenn sie dies in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen tun.[26] Dieser Hinweis blieb zunächst folgenlos, da in diesem Fall die „Teckal"-Kriterien zur Anwendung kamen.

In der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg" arbeitet der Gerichtshof erstmals Voraussetzungen heraus, wann eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen nicht als Beauftragung einer „externe Einrichtung" sondern als Eigenerfüllung einzustufen ist. Dabei stellt er auch klar, dass es dabei nicht darauf ankommt, ob die Zusammenarbeit institutionell oder vertraglich erfolgt.[27]

## F. Fazit für die kommunale Praxis

Auch wenn das Urteil des EuGH die Spielräume für interkommunale Zusammenarbeit etwas erweitert hat, ist dennoch Vorsicht geboten. Nicht grundlos hat der Gerichtshof in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg" den Grundsatz des „Spanien"-Urteils nochmals bestätigt, dass auch die Beziehungen von öffentlichen Stellen untereinander zunächst in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen. Zudem sind Ausnahmen im Unionsrecht grundsätzlich eng auszulegen.[28]

Jedenfalls entfällt nunmehr aber die bislang notwendige Praxis, einen Zweckverband für die gemeinsame Wahrnehmung einer Aufgabe zu gründen. Damit sind neben

[24] EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle und RPL Lochau), Slg. 2005, I-1, Rn. 48.

[25] EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle und RPL Lochau), Slg. 2005, I-1, Rn. 48.

[26] EuGH, Urteil v. 13.11.2008 – Rs. C-324/07, (Coditel Brabant), NZBau 2009, 54 (57f. Rn. 49). Im Gegensatz zu der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg" ging es bei „Coditel" nicht um eine vertragliche, sondern um eine institutionelle Zusammenarbeit in Form einer interkommunalen Genossenschaft. Dabei stellte sich die Frage, ob das Kontroll-Kriterium bei einer solchen Institution erfüllt ist.

[27] EuGH, Urteil v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), VergabeR 2009, 738 (743 Rn. 47).

[28] EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle und RPL Lochau), Slg. 2005, I-1, Rn. 46.

institutionellen Zusammenschlüssen ausdrücklich auch Kooperationen auf vertraglicher Basis möglich.

Mangels dogmatischer Herleitung bleibt der neue „Ausnahmetatbestand" jedoch weitgehend konturlos. Zudem sind die Besonderheiten der interkommunalen Zusammenarbeit im konkreten Falle zu beachten. Insgesamt ist den Kommunen daher zu raten bei vergabefreien Kooperationen insgesamt vorsichtig vorzugehen. Insbesondere sind die Gründe für die interkommunale Zusammenarbeit sorgfältig zu dokumentieren.

Dabei wird die Argumentation für die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe immer dann erleichtert, wenn sie durch das Unionsrecht anerkannt ist. Dies war im Fall der „Stadtreinigung Hamburg" die Abfallrichtlinie 75/442/EWG. Wenngleich die Abfallrichtlinie das „Näheprinzip" fordert, kann hieraus nicht abgeleitet werden, dass eine Beschränkung des Ausnahmetatbestandes auf „regionale Verbünde" anzunehmen ist. Das Näheprinzip gilt nur im Anwendungsbereich der Abfallrichtlinie. Bei der Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben ist daher auf die für diese geltende Regelungen und Maßstäbe abzustellen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Aufgabe gemeinsam und nicht nur einseitig durch einen Vertragspartner erfüllt wird. Demnach muss die Zusammenarbeit auf Gegenseitigkeit beruhen, eine gleichrangige gegenseitige Leistungserbringung ist jedoch nicht erforderlich. Maßgeblich ist auch, dass es an einer Vergütung fehlt. Etwaige Zahlungsströme dürfen nur als Kosten- bzw. Aufwandsersatz für Aufgaben, die zwischen den Parteien arbeitsteilig zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks wahrgenommen werden, erfolgen. Eine Beteiligung Privater ist grundsätzlich mit einer interkommunalen Kooperation nicht vereinbar. Eine derartige Kooperation darf sich lediglich in der „öffentlichen Sphäre" bewegen. Dies schränkt aber die Vergabe eventueller erforderlicher Aufträge an Dritte zur Umsetzung des Vertrages nicht ein. Schließlich spielt die Rechtsform der Kooperation keine Rolle. Insbesondere beschränkt sich die interkommunale Zusammenarbeit nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften. Im Ergebnis dürfte es damit anders als bei In-house-Geschäften nur auf die Natur des Vertrages ankommen, nicht aber – abgesehen von ihrer öffentlichen Aufgabe – auf die der Kooperationspartner und ihrer Tätigkeit im Übrigen. Dabei darf die Umsetzung der Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt werden, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Grundsätzlich vorstellbar ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Befreiung von den Vergaberegeln dogmatisch auf Primärrecht zurückgeführt werden kann. So könnte etwa die Anwendung des grundfreiheitsbezogenen EU-Vergaberechts im Sinne des Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV aufgrund der Gesamtumstände des konkreten Falls die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben gefährden bzw. diese nur zu nicht wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erfüllen.

# Workshop 4: Interkommunale Zusammenarbeit

## Zusammenfassung der Aussprache

In der Diskussion wurde zunächst festgestellt, dass die Entscheidung des EuGH „Stadtreinigung Hamburg" den Weg zu einer gewissen Neuorientierung der interkommunalen Kooperation bereitet habe.

Es bleibe jedoch die Frage, was nunmehr eine interkommunale Kooperation, die eine Privilegierung im Vergaberecht genieße, charakterisiere. Dreh- und Angelpunkt hierbei sei die Frage, wie die öffentliche Aufgabe zu definieren sei, die der EuGH als Kriterium ins Spiel gebracht habe. In Betracht kämen entweder eine normative Definition oder eine Einzelfallentscheidung, in die auch Wirtschaftlichkeitskriterien und Effizienzgedanken einfließen könnten, allerdings verbunden mit einer weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheit.

Dazu wurde einerseits geäußert, dass man das Kriterium der öffentlichen Aufgabe aus wirtschaftspolitischen Gründen eng fassen müsse, weil es bei einer öffentlichen Aufgabe, die auch von Privaten erbracht werden könne – Stichwort Wettbewerb in der Daseinsvorsorge –, fraglich sei, ob diese zugleich eine öffentliche Aufgabe im Sinne der interkommunalen vergaberechtsfreien Kooperation sei. Im Kern gehe es darum zu unterscheiden, ob die Kommune mit ihrem Handeln öffentliche Zwecke oder gewerbliche Zwecke verfolge. Die Grenze sei überschritten und die Privatwirtschaft am Wettbewerb zu beteiligen, wenn die Zielsetzung der Kommune laute, Profite zu erwirtschaften, Arbeitsplätze zu erhalten oder Expansionen durchzuführen und sich nicht darauf beschränke, öffentliche Zwecke zu erfüllen.

Abgrenzungskriterium könne auch sein, ob die öffentliche Hand „den Markt betrete". Wann dies der Fall sei, wurde unterschiedlich beantwortet. Nach einer Ansicht habe die Kommune ein Wahlrecht dahingehend, eine Aufgabe, die sie rechtlich selbst erbringen dürfe, durch ein privates Unternehmen durchführen zu lassen oder selbst durchzuführen. Entscheide sie sich für eine Durchführung in eigener Verantwortung oder eine Aufgabenwahrnehmung in öffentlich-öffentlicher Kooperation, handle es sich um einen rein internen Akt, bei dem der Markt nicht betreten werde. Nach anderer Ansicht solle die Frage des „Markteintritts" davon anhängen, ob die Kommune einen – zumindest auch – gewerblichen Zweck verfolge.

Einen weiteren Ansatz böten Praktikabilitätserwägungen dahingehend, was die Kernaufgabe der Gemeinde sei, welche Aufgaben sie, welche Aufgaben Private besser

wahrnehmen könnten und wo im Zweifel eine Notwendigkeit bestehe, dass sich Gemeinden für bestimmte Aufgaben auch effizient, z. B. in Form öffentlicher Kooperationen, organisierten. Entscheidend sei, jenseits der unmittelbaren Staatsverwaltung die beste Variante zur Lösung der öffentlichen Aufgabe zu finden. Wenn es einen Wettbewerb um die beste Lösung gebe, könne der Sieger durchaus die öffentliche Hand sein. Allerdings sei zu beachten, dass bestimmte andere Ordnungsrahmen, wie zum Beispiel das Abfallrecht, Aufgaben so fixierten, dass sie Private verpflichteten. Hier müsse es gelingen, zwei Rechtskreise miteinander zu vereinbaren.

Die gegenteilige Ansicht will die Definition möglichst weit verstanden wissen, d. h. über die Bereiche der klassischen Aufgabenwahrnehmung wie z. B. Abwasser, Wasser und Entsorgung hinaus auch beispielsweise auf den IT-Bereich ausdehnen. Da vieles im Fluss und eine normative Abgrenzung schwierig sei, gebe es einen Vorbehalt gegen eine gesetzliche Fixierung. Befürwortet werde demgegenüber ein gewisses Findungsrecht der Kommune.

Angemerkt wurde hierzu, dass die Frage „Was ist eine öffentliche Aufgabe?" z. B. in Niedersachsen im Zusammenhang mit IT-Leistungen diskutiert worden sei. Die dortige Kommunalverfassung habe früher geregelt, dass eine kommunale Anstalt nur zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben habe gegründet werden können. Das Finanzministerium habe die Auffassung vertreten, die Gründung einer kommunalen Anstalt für die Erbringung von IT-Leistungen sei nicht möglich, da IT-Leistungen keine öffentliche Aufgabe, sondern nur eine Hilfsleistung darstellten. Fraglich sei diesbezüglich, ob vergaberechtlich ein anderer Maßstab gelte. Auch andere Stimmen verneinten hier eine vergaberechtsfreie Kooperation.

Nicht maßgeblich sei die Organisationsform der Kooperation. Es bestehe kein Unterschied, ob die Zusammenarbeit in den Gemeinden institutionell organisiert oder lediglich vertraglich fixiert werde. Entscheidend sei vielmehr, ob die Gemeinden tatsächlich kooperierten. Beauftrage eine Kommune die Nachbarkommune mit der Übernahme der Abfallentsorgung, liege hingegen eine klassische Leistungsbeschaffung vor und keine Zusammenarbeit.

Diskutiert wurde darüber hinaus, ob die Beteiligung Privater dazu führe, dass vergaberechtsfreie interkommunale Kooperationen ausgeschlossen seien. Dazu bestand weitgehend Einigkeit, dass der EuGH dieses als Ausschluss-Kriterium werte. Überwiegend wurde vertreten, dies gelte auch im Falle bestimmter rechtlicher Konstruktionen im Abfallbereich, in denen neben der öffentlichen Hand auch entsorgungspflichtige Unternehmen in Verbänden, die öffentlichen Zwecken verpflichtet seien, vertreten seien. Diese Unternehmen seien durch ihre in der Regel zwangsweise Mitgliedschaft im Verband originär verpflichtet, öffentliche Zwecke zu erfüllen. Hier genüge als Ausschluss-Kriterium, dass Private an einer solchen Kooperation teilnehmen, unabhängig davon, ob sie private Aufgaben in der Kooperation erledigten.

Zur Frage, ob eine europaweite Regelung interkommunaler Kooperation benötigt werde, gab es unterschiedliche Auffassungen. Dagegen wurde eingewandt, dass die Schaffung einer generell-abstrakten normativen Regelung Schwierigkeiten bereiten würde, alle Fälle tatsächlich auch zu erfassen. Denn das Problem sei, wie die Diskussion zeige, äußerst vielschichtig. Von anderer Seite wurde eine klarstellende Regelung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH begrüßt, da noch immer eine gewisse Rechtsunsicherheit bestünde. Die Meinungen darüber, ob diese national oder europäisch initiiert werden solle, gingen wiederum auseinander. Vertreten wurde einerseits, nicht die EU-Ebene, sondern der nationale Gesetzgeber solle eine klarstellende Vorschrift in das GWB aufnehmen. Nach anderer Ansicht müsse eine europäische Regelung getroffen werden, um eine einheitliche europäische Handhabung der Interkommunalen Zusammenarbeit zu erreichen. Dies sei schon aufgrund des unterschiedlichen Verständnisses der Begriffe Daseinsvorsorge oder öffentliche Aufgabe in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten wichtig. Derzeit sei aufgrund der unklaren Rechtssituation zu befürchten, dass Kommunen vermehrt vergaberechtsfreie Kooperationen ausprobierten, deren vergaberechtliche Zulässigkeit jedoch unsicher sei und deren mögliches Risiko sich erst Jahre später realisieren würde.

Offen blieb die Frage, ob das Wesentlichkeitskriterium des EuGH auch für öffentliche Kooperationen gelte, d. h. ob die öffentliche Kooperation im Wesentlichen für ihre beteiligten öffentlichen Auftraggeber tätig werden müsse oder für öffentliche Auftraggeber insgesamt, oder ob sie parallel dazu im privaten Bereich tätig werden dürfe. Hier sei zunächst Vorsicht geboten.

Da sich aufgrund der noch bestehenden Unwägbarkeiten eine generalisierende Aussage derzeit verbiete, laute die Empfehlung an die öffentliche Hand in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich als Alternative zur interkommunalen Kooperation eine vergaberechtspflichtige Ausschreibung anbiete.

# Vorstellung der mit dem International Public Procurement Award – IPA 2010 – ausgezeichneten Arbeit

**Ernst Pfister**

Vorstandsvorsitzender des forum vergabe e.V.
Wirtschaftsminister des Landes Baden-Württemberg

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Professor Kling,
sehr geehrter Herr Dr. Mosters,

ich freue mich besonders, dieses Jahr wieder bei den Badenweiler Gesprächen des forum vergabe e.V. dabei zu sein und an der Verleihung des International Public Procurement Awards – IPA – mitzuwirken.

Es sind dies besondere Badenweiler Gespräche:

für uns alle, weil sie – unter unterschiedlichen Namen – seit 1990 an diesem Ort stattfinden und es sich damit nach 20 Jahren um eine echte Jubiläumsveranstaltung handelt, für mich, weil es die letzten Badenweiler Gespräche in meiner Funktion als Vorsitzender des Vorstandes des forum vergabe und als Vorsitzender der Jury des IPA sind.

Gestatten Sie mir daher einen Rückblick und einen Ausblick.

Zwei große Entwicklungen haben das Vergaberecht in den letzten Jahren geprägt:

*Erstens:*

Die Bedeutung des Vergaberechts ist gewachsen. Das ist eine Binsenweisheit und angesichts der ökonomischen Bedeutung der öffentlichen Aufträge auch kein Wunder. Zu den neueren Adressaten des Vergaberechts gehören jetzt unter anderem auch Systeme der kommunalen Altersversorgung, gesetzliche Krankenkassen und öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Fernsehanstalten. Und gewisse Grundprinzipien

sind nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch bei Verträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte zu beachten.

*Zweitens:*

Das Vergaberecht ist im Alltag angekommen! Sieht man von den Auftraggebern ab, die erst seit Kurzem betroffen sind, zeigt sich bei Bund, Ländern, Kommunen und den anderen Auftraggebern eine positive Gewöhnung.

Immer seltener hört man die Frage: „Wie komme ich aus dem Vergaberecht heraus?". Vielmehr geht es jetzt immer mehr darum: „Wie optimiere ich mein Beschaffungsergebnis?". Die große Angst vor den vermeintlichen oder tatsächlichen Unwägbarkeiten eines Vergabeverfahrens ist abgeklungen.

Geblieben sind die Beschwerden über die Verrechtlichung dieses Bereiches. „Verrechtlichung" bedeutet aber auch, dass geordnete Verfahren und gesicherte Vorgehensweisen zur Verfügung stehen, und Vergaben „nach Gutsherrenart" der Vergangenheit angehören sollten. Für die anbietenden Unternehmen bedeutet dies mehr Sicherheit für ihre Investitionen in die Angebotserstellung und mehr Einfluss auf die Entwicklung ihrer Marktchancen. Für die öffentlichen Auftraggeber ist die Verrechtlichung eine Absicherung gegen inkorrekte und letztlich nicht wirtschaftliche Vergaben.

Deswegen wage ich folgendes Zwischenfazit, und zwar hier in Badenweiler an der richtigen Stelle:

Das Primat der wirtschaftlichen Beschaffung hat sich letztlich in vielen Bereichen nur durch diese Verrechtlichung in den Köpfen und den Verhaltensweisen durchsetzen können.

*Drittens:*

Die zukünftige Entwicklung scheint dahin zu gehen, immer stärker über die Wirtschaftlichkeit der Vergabe und der Vergabeprozesse nachzudenken.

Wettbewerb als Wert für sich wird auf diese Weise zunehmend flankiert von anderen Zielen, – ohne aber seine grundsätzliche Bedeutung zu verlieren.

Nun könnte ich viel über das Wettbewerbsprinzip, seine Verankerung im System unserer Wirtschaftsordnung und seine Funktion in der sozialen Marktwirtschaft reden; sage dazu aber nur so viel: Dass sich die Vergabe öffentlicher Aufträge heute an wettbewerblichen Kriterien ebenso wie an ökonomischen messen lassen muss, ist ein hoher Wert.

In diesem Sinne haben die Badenweiler Gespräche auch immer nachhaltig gewirkt.

Und zugleich wird der internationale Austausch über Wege und Ziele des Vergaberechts immer wichtiger werden. Dieser Entwicklung haben das forum vergabe und Frau Krause-Sigle vor vielen Jahren durch die Einrichtung des International Public Procurement Award vorgegriffen.

Sehr geehrter Herr Dr. Mosters, die ausgezeichnete Arbeit von Ihnen mit dem Thema *„Ethische Beschaffung – Sekundärzwecke im Zeitalter der Globalisierung"* ist an der Schnittstelle der zukunftsträchtigen Themen positioniert. Zum einen geht es um die Frage, wie das Vergaberecht mit ethisch begründeten Sekundärzwecken umgehen soll, um die Kernaufgabe der wirtschaftlichen Beschaffung nicht zu gefährden. Und zum anderen geht es um die Erkenntnis, dass Vergaberecht durch internationale völkerrechtliche Rahmenbedingungen wie WTO, GATT und GPA beeinflusst und limitiert wird.

Meine Damen und Herren, den angesprochenen vergaberechtlichen Alltag gestaltet auch das forum vergabe erfolgreich mit.

Es hat sich als wichtiger Lieferant von Informationen, als eine Plattform des Austausches und der Diskussion und als Mittler zwischen den unterschiedlichen Interessen bewährt. Die seit Jahren kontinuierlich gewachsene Zahl von Mitgliedern und die hohe Zahl der anspruchsvollen Veranstaltungen belegen dies eindrucksvoll. Und das forum vergabe wird sich weiter entwickeln – die Diskussion um den Veranstaltungsort Badenweiler zeigt dies nachdrücklich.

Ich habe die Arbeit des forum vergabe seit Anfang 2006 drei Amtsperioden lang als Vorsitzender begleitet. Ich habe das aus Überzeugung und gerne getan. Auch wenn meine Amtszeit noch bis Ende 2011 dauert, will ich diese Gelegenheit nutzen, mich bei den Mitgliedern und Förderern für die Unterstützung der Arbeit des forum vergabe und seiner Vereinsziele zu bedanken.

Ich wünsche dem forum vergabe sowie dem heute zu verleihenden IPA im Allgemeinen und dem heutigen Preisträger Herrn Dr. Mosters im Besonderen eine glückliche und erfolgreiche Zukunft.

# Vorstellung der mit dem International Public Procurement Award – IPA 2010 – ausgezeichneten Arbeit

**Prof. Dr. Michael Kling**

Philipps-Universität Marburg

Sehr verehrter Herr Minister, lieber Herr Dr. von Wietersheim, meine sehr verehrten Damen und Herren,

es ist eine sehr große, geradezu als überraschend empfundene Ehre, dass ich heute hier stehen darf und unseren Preisträger ehren darf. Das ist wirklich etwas ganz Besonderes und ich freue mich, weil es auch mein Preisträger ist, hier oute ich mich.

„Was hat mich dazu bewogen, die Arbeit von Herrn Dr. Mosters so gut zu finden?", werden Sie sich fragen. Das macht es erforderlich, dass man vielleicht zwei, drei Worte darüber verliert, wann ein Professor eigentlich eine Dissertation gut findet. Das Vergaberecht, sagt Herr Pfister, wird immer wichtiger und die Bedeutung ist gewachsen. Das kann ich für den akademischen Betrieb voll bestätigen. Während vor fünf bis zehn Jahren die vergaberechtlichen Dissertationen noch fast Mangelware waren, wird man heutzutage als Professor damit geradezu überschüttet. Ich spreche von „leidvollen" Marburger Erfahrungen.

Manchmal hat man aber Glück. So etwa, wenn man beim IPA Jurymitglied ist und dort von zehn Arbeiten doch eine ganze Reihe vorfindet, wo man sagt: „Alle Achtung. Diese Arbeit ist preiswürdig." Und dann wird die Auswahl relativ schwer. Sie können sich vorstellen, die Arbeiten reichen von, sagen wir einmal, eher akademisch angehauchten Arbeiten bis hin zu handfesten, praktischen Lösungsvorschlägen in Dissertationsform. Da ich nun als Vertreter der Wissenschaft hier stehe, können Sie sich

weiter vorstellen, dass mir der erstgenannte Typus an Arbeit näher liegt als der letztgenannte. Und ganz besonders schön wird es, wenn beide zusammen verschmelzen und man dann eben nicht nur die Theorie oder die Praxis findet, sondern Beides.

Von Herrn Dr. Mosters haben wir ein ganz außergewöhnliches Werk zur Begutachtung vorgelegt bekommen, das zunächst deshalb mein Interesse geweckt hat, weil ich über ein ähnliches Thema promoviert habe – und das lässt einen offenbar nie los. Umso schöner ist es, wenn das denn eine gute Arbeit ist, aus der man selbst noch viel lernen kann.

Hinzu kommt, dass Herr Dr. Mosters etwas getan hat, wofür ich ihm persönlich sehr danke, nämlich: Er hat Mut bewiesen. Er hat nicht einfach die vergabefremden Regelungen nach der Richtlinie untersucht, sondern er ist unserer Forderung nachgekommen, etwas „International Procurement" zu betreiben und hat auch das Wirtschaftsvölkerrecht in seine Begutachtung mit einbezogen. Und, meine Damen und Herren, das Wirtschaftsvölkerrecht ist eine Materie, die so ungeheuer bedeutsam ist, dass ich als Vertreter der Wissenschaft nicht verstehen kann, dass es im akademischen Betrieb eine so geringe Rolle spielt. Es ist mindestens genau so spannend wie das europäische Vergaberecht als solches.

Herr Dr. Mosters hat es also geschafft, die Frage der ethischen Beschaffung unter ganz verschiedenen Blickwinkeln zu beleuchten. Er wird gleich die Details dazu nennen. Ich kann Ihnen sagen, dass er sowohl das Wirtschaftsvölkerrecht – also das GATT von 1947 und 1994 bzw. das GATS von 1994 und das GPA von 1996 – berücksichtigt hat, als auch das europäische Vergaberecht sowie das europäische Beihilfenrecht. Und das mit einer Heranziehung von ausländischer Literatur, wie ich sie so bisher selten gesehen habe! Es ist also ein tiefgründiges Werk.

Herr Dr. Mosters hat sich bemüht, wirklich alles zu lesen, was es zu diesen Themen gibt, und es dann aber nicht einfach nur zu übernehmen, sondern so kritisch zu würdigen, wie man sich das von einer Dissertation wünscht. Das geht so weit, dass Herr Mosters ein gewisses Maß an Selbstironie in seine Arbeit einbringt, wo er einmal eine avantgardistische Ansicht vertritt, die ich zwar für, unter uns gesagt, nicht richtig halte, aber die so interessant ist, dass man sich freut. Das ist ein Beitrag zur Diskussion. So muss eine Dissertation aussehen, dass man sofort Lust hat, mit dem Verfasser über diese einzelnen Thesen zu diskutieren und sich nicht sagt, „na ja, die hundertste Arbeit zu dem Thema, alles wie immer" und dann sein Gutachten schreibt. Denn Letzteres ist, offengestanden, heutzutage die Praxis. Die deskriptiven Arbeiten nehmen in einem Maße zu, dass es wirklich keinen Spaß mehr macht als Erst- oder Zweit-Gutachter tätig zu sein.

Ganz anders hier in diesem Fall, und deshalb würde ich jetzt gerne den Preisträger zu uns bitten, und ihm diesen wunderbaren Preis, den er sich redlich verdient hat, überreichen.

Meinen herzlichen Glückwunsch im Namen der Jury sowie der Stifterin Frau Krause-Sigle und dem forum vergabe!

# Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger

**Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters**

BBG und Partner

Vielen herzlichen Dank Herr Professor Kling für die einführenden Worte.

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst möchte ich meinem Bedauern darüber Ausdruck verleihen, dass es mir leider nicht vergönnt ist, die Initiatorin und Mitstifterin des IPA, Frau Ministerialdirigentin a. D. Krause-Sigle, persönlich kennen zu lernen und ihr meinen Dank auszudrücken. Mein Dank geht daher an dieser Stelle vor allem an das forum vergabe.

Danken möchte ich aber an dieser Stelle auch den Mitgliedern der Jury, die – wie ich hörte – eine ganze Reihe von Arbeiten gelesen und bewertet haben und schließlich – wie mir versichert wurde – nach einem hartem Kampf meine Arbeit für preiswürdig erachtet haben. Das freut mich natürlich sehr.

Mein Dank gilt auch meinem hier nicht anwesenden Doktorvater Prof. Dr. Thomas Giegerich, nunmehr Professor am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht in Kiel. Er hat mich, obwohl selbst nicht Teil der Vergaberechtsfamilie, bei meinem Promotionsvorhaben mit stetem Interesse und Anregungen begleitet und unterstützt.

Ein Grund hierfür – und damit komme ich bereits zur Inhaltsbeschreibung meiner Dissertation – mag gewesen sein, dass das Thema meiner Arbeit auch eines seiner Steckenpferde, nämlich die Menschenrechte, betraf. Denn es handelt sich um eine Untersuchung der Schnittstellen zwischen Menschenrechten, Welthandelsrecht, Europarecht und Recht der öffentlichen Beschaffung.

I. Es geht um die Frage, ob internationales Recht, insbesondere Welthandelsrecht, und europäisches Recht einer Beschaffungspolitik entgegenstehen, die im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen berücksichtigt, ob entlang der Zuliefer-

kette, die sich gegebenenfalls auch über viele verschiedene Länder in der ganzen Welt erstrecken kann, bestimmte Arbeitsstandards eingehalten wurden oder nicht. Die sich bezüglich dieser Frage mittlerweile zeigende praktische Relevanz, die sich insbesondere auch in den neueren Vergabegesetzen der Länder manifestiert, war zum Zeitpunkt meiner ersten Überlegungen zu dieser Arbeit im Jahre 2004 allenfalls zu erahnen und überrascht auch mich. So haben sich mittlerweile auch hunderte von Kommunen zu einer Beschaffungspraxis verpflichtet, die die Berücksichtigung bestimmter Arbeitsstandards rund um die Ausführung des öffentlichen Auftrages einfordert.

Hintergrund dieser Entwicklung ist das als „Globalisierung" bekannte Phänomen der vergangenen Jahre, das in wirtschaftlicher Hinsicht vor allem für das Entstehen weltweiter Märkte und globaler Produktionssysteme steht. Für die nationalen Gesetzgeber bedeutet dies unter anderem einen erheblichen Bedeutungsverlust im Hinblick auf die Setzung und Durchsetzung von Arbeitsstandards durch das nationale Arbeitsrecht. Angesichts dieses Mangels haben sich Behörden ein Beispiel am Marktverhalten Privater genommen, bei denen es bereits seit längerem ein Marktverhalten gibt, bei dem die Einhaltung grundlegender Arbeitsstandards honoriert wird, im sogenannten fairen oder ethischen Handel.

Zur Abgrenzung gegenüber anderen Beschaffungspolitiken, die sich ebenfalls der Verwirklichung von Sekundärerwägungen im Rahmen der Auftragsvergabe neben der bloßen Beschaffung der benötigten Ware oder Dienstleistung verschreiben, habe ich – anknüpfend an Bezeichnungen aus anderen Sprachen – eine solche Beschaffungspolitik als „ethische Beschaffung" bezeichnet.

II. Im ersten Teil meiner Arbeit habe ich Begriff, Erscheinungsformen und Grundlagen der ethischen Beschaffung erarbeitet. Eine auch nur überblicksartige Darstellung der Ergebnisse dieses Teils würde den Rahmen dieser kurzen Präsentation sprengen, weshalb ich nur einige wenige Punkte herausgreifen möchte:

1. Wie bereits erwähnt, lässt sich in der Privatwirtschaft mittlerweile verbreitet feststellen, dass der Frage, ob grundlegende Arbeitsstandards entlang der Produktionskette von Waren und Dienstleistungen eingehalten werden, eine Bedeutung zukommt. Dies gilt einerseits auf Seiten der Unternehmen, die teilweise im Rahmen ihres Supply-Chain-Managements mit verschiedenen Instrumenten wie Codes of Conduct und Monitoring sicherstellen, dass ihre Zulieferer die Einhaltung diverser Arbeitsstandards wahren. Andererseits ist das Marktverhalten privater Konsumenten festzustellen, die ihre Konsumentscheidung beispielsweise an Sozialsiegeln ausrichten und die Einhaltung von Arbeitsstandards bei der Herstellung notfalls auch mit einem Mehrpreis honorieren.
2. Eng mit dem soeben genannten Punkt verknüpft ist der weitere Befund, dass in der Betriebswirtschaft zunehmend die Berücksichtigung von grundlegenden Arbeitsstandards als ausdrücklich positiv bewertet wird. Betriebswirtschaftlich positi-

ve Faktoren sind dabei nicht nur Imagegewinn und Versorgungssicherheit, sondern auch Qualität.

3. In Bezug auf die Arbeitsstandards als Kriterien der ethischen Beschaffung ist festzustellen, dass es mit den sogenannten IAO-Kernarbeitsnormen einige wenige gibt, die gegenüber anderen Arbeitsstandards wichtige Besonderheiten aufweisen:
   - Bei den Kernarbeitsnormen handelt es sich um das Verbot der Zwangsarbeit und Sklaverei, das Verbot von ausbeuterischer Kinderarbeit, das Verbot der Diskriminierung bei der Arbeit, die Vereinigungsfreiheit und das Recht kollektiver Verhandlungen.
   - Kernarbeitsnormen haben nach zahlreichen wirtschaftswissenschaftlichen Studien – anders als andere Arbeitsstandards – auf den liberalisierten Handel keine bzw. nur geringe beschränkende Wirkungen. Sie sind im Gegenteil mittel- bis langfristig positiv für die wirtschaftliche Produktivität von Staaten.
   - IAO-Kernarbeitsnormen sind menschenrechtlich abgesichert und verfügen dabei jedenfalls über den Status als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht, teilweise sogar als *ius cogens*, also zwingendes Völkerrecht, von dem kein Staat abweichen darf. Hieraus folgt zwar – wie im Übrigen auch sonst nicht – keine unmittelbare Verpflichtung privater Unternehmen auf internationale Arbeitsstandards. Sämtliche Staaten sind aber aufgrund dieses Status weitgehend verpflichtet, die IAO-Kernarbeitsnormen zu wahren und zu schützen und zwar unabhängig davon, ob sie die dazugehörigen IAO-Übereinkommen ratifiziert haben oder überhaupt der IAO angehören. Aus dieser Schutzverpflichtung folgt meines Erachtens, dass die Staaten sogar verpflichtet sind, bei ihrer Auftragsvergabe die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen zu berücksichtigen.
   - Eine solche Verpflichtung der Staaten und ihrer Aufträge vergebenden Behörden folgt nach meiner Ansicht auch aus dem Gebot der Nachhaltigkeit, auf das sich die Staaten der Welt insbesondere unter dem Aspekt nachhaltiger Produktions- und Konsummuster seit dem UN Gipfel von Rio vielfach verpflichtet haben. Denn die Mehrdimensionalität des Nachhaltigkeitsgrundsatzes ist mittlerweile umfassend anerkannt und der soziale Pfeiler der Nachhaltigkeit wird im Wesentlichen durch die IAO-Kernarbeitsnormen gebildet. In diesem Zusammenhang darf ich auch auf diverse Rechtsakte und Dokumente diverser Organe der Europäischen Union hinweisen, in denen diese sich mehrfach und entschieden für nachhaltige Produktions- und Konsummuster ausgesprochen haben. Dies betrifft alle Formen von Konsum und damit auch denjenigen der öffentlichen Hand. Vor diesem Hintergrund hat meines Erachtens auch bereits die von Herrn Dr. Fruhmann gestern geforderte Diskussion darüber, welche Aufgaben die öffentliche Beschaffung erfüllen soll, jedenfalls in diesem Aspekt bereits stattgefunden.

III. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Feststellungen habe ich in den Teilen 2 und 3 meiner Arbeit untersucht, ob das Welthandelsrecht, insbesondere in Form des Government Procurement Agreements, bzw. das Gemeinschaftsrecht einer ethischen Beschaffungspolitik entgegenstehen.

Wesentliches Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass weder das Welthandelsrecht – soweit das GPA angesichts seines von diversen Seiten beschnittenen Anwendungsbereichs überhaupt zur Geltung kommt – noch das Gemeinschaftsrecht der ethischen Beschaffung entgegenstehen. Auch hier kann in der gebotenen Kürze nicht auf die detaillierten Erwägungen und Ergebnisse eingegangen werden. Soviel sei aber gesagt:

Die Ergebnisse sind bei den untersuchten Regimen im Wesentlichen gleich.

Verortet werden sollten die ethischen Beschaffungsanforderungen im Bereich der Auftragsgegenstandsbeschreibung bzw. Leistungsbeschreibung. Dies ergibt sich aus folgendem:

- Die Eignungsprüfung bietet weder nach dem GPA noch nach Europäischem Vergaberecht wesentlichen Spielraum für die Umsetzung ethischer Beschaffung. Ein Ausschluss wegen schwerer Verfehlung scheitert spätestens an den praktischen Schwierigkeiten eines Nachweises und bietet regelmäßig kaum überwindbare Hürden der Zurechnung von Verstößen innerhalb der Zulieferkette. Die Überprüfung der grundsätzlichen Fähigkeit, die ethischen Anforderungen der Leistung erbringen zu können, ist zwar zulässig, lässt sich aber ebenfalls schwerlich überprüfen. Eine Umgehung dieser Schwierigkeiten durch die Statuierung einer Nachweisverpflichtung des Bieters begegnet im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bedenken.
- Ethische Anforderungen kommen zwar grundsätzlich auch als Zuschlagskriterien in Betracht, insbesondere wenn man die oben festgestellte positive betriebswirtschaftliche Bewertung berücksichtigt. Wegen des sowohl aus dem GPA als auch aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Erfordernisses, dass das Zuschlagskriterium mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen muss, können die ethischen Anforderungen aber nicht am allgemeinen Unternehmensverhalten festmachen und bieten soweit keinen Mehrwert gegenüber der ethischen Anforderungen an den Auftragsgegenstand. Sie haben aber gegenüber diesen den Nachteil, dass wegen der Relativität von Zuschlagskriterien das ethische Kriterium zumindest theoretisch immer durch ein anderes, insbesondere den Preis, verdrängt werden kann mit der Folge, dass sich die ethische Zuschlagskriterien sogar als kontraproduktiv erweisen können.
- Schließlich kommt für die ethische Beschaffung regelmäßig bis auf weiteres auch nicht die in der Vergabekoordinierungsrichtlinie in Art. 26 VKR aufgestellte Kategorie der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung in Betracht. Denn bei den für die ethische Beschaffung in besonderem Maße re-

levanten Lieferaufträgen ist die Herstellung der zu beschaffenden Waren häufig im Zeitpunkt des Zuschlages bereits ganz oder teilweise erfolgt. Das gleiche gilt für die beizubringenden Baumaterialien bei Bauaufträgen. Die Auftragsausführung besteht im Falle eines Lieferauftrages dann nur noch in der Auslieferung der Waren durch den Bieter an den Auftraggeber, im Falle von Bauaufträgen in der Verwendung der Baumaterialien durch den Auftragnehmer.

- Der Stellung ethischer Anforderungen im Rahmen der Auftragsgegenstandsbeschreibung in Form von Anforderungen an die Einhaltung von Kernarbeitsnormen im Herstellungsprozess stehen weder das GPA noch das europäische Vergaberecht entgegen. Weder Art. III GPA, noch die Verkehrsfreiheiten des AEUV, noch Art. 23 VKR schließen Anforderungen an den Herstellungsprozess des Beschaffungsgegenstandes aus, auch wenn sich die konkreten Bedingungen des Herstellungsprozesses gerade nicht in den physischen Eigenschaften des Gegenstandes niederschlagen. Viel spricht dafür, dass es bereits an einer Tatbestandsverwirklichung der sich aus den jeweiligen Rechtsregimen ergebenden Diskriminierungsverbote fehlt. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der beiden Umstände, dass einerseits Nachhaltigkeit und Menschenrechte zu den Zielbestimmungen von GPA bzw. Europarecht zählen und die soziale Dimension der Nachhaltigkeit die Berücksichtigung von Kernarbeitsnormen bei der Produktion erfordert und andererseits – wie oben ausgeführt – ein Marktverhalten festzustellen ist, das in der Beachtung von Kernarbeitsnormen im Herstellungsprozess einer Ware einen wertbildenden Faktor sieht. Jedenfalls aber können ethische Anforderungen an den Herstellungsprozess sowohl als Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen, als Maßnahmen zum Schutz einer international konsentierten Moral, als Maßnahmen zum Schutz der national bestimmten Wertvorstellungen, als Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der Grund- und Menschenrechte bzw. als Maßnahmen zum Schutz der nachhaltigen Entwicklung bewertet werden und damit sowohl über Art. XXIII Abs. 2 GPA als auch über die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses im Sinne des Europarechts zu einer Rechtfertigung möglicher Verstöße gegen materielle Vergaberechtsbestimmungen des GPA und des Europarechts führen.

Egal, auf welche Weise ethische Anforderungen gestellt werden, ist aber immer zu gewährleisten, dass der zu führende Nachweis nicht objektiv unerbringlich ist. Die Nachweisanforderungen an die Bieter dürfen demzufolge nicht überzogen sein und müssen sich an den zur Verfügung stehenden Nachweismöglichkeiten orientieren. In diesem Bereich besteht Handlungsbedarf, Nachweisformen zu entwickeln und zu unterstützen.

Alles in allem lassen sowohl das GPA als auch das Europarecht der ethischen Beschaffung ausreichenden Spielraum, zu dessen Ausfüllung der Spielball bei den Mitgliedstaaten liegt.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

# Entwicklung des GPA und die Zukunft des Vergaberechts

**Ministerialrätin Dr. Bettina Waldmann**

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich auch ganz besonders, dass Sie so früh heute, nach anstrengenden Tagen noch einen Vortrag über das GPA über sich ergehen lassen. Sie werden feststellen, es wird ein Aha-Erlebnis sein. Das, was wir während dieser Tage gehört haben, findet sich alles im GPA wieder.

Vorab ist festzustellen, dass der Aufbau dieses Abkommens nicht gerade vor Übersichtlichkeit strotzt, weil es einer anderen Regelungstechnik folgt als etwa unsere Gesetze. Aber die Regelungen selber erinnern sehr an europäisches und nationales Vergaberecht.

Ich werde versuchen, Ihnen das GPA trotz des komplexen Aufbaus verständlich darzustellen. Der Vortrag kann im Übrigen nur einen Überblick geben, und nicht alle Tiefen und Untiefen im Einzelnen ausleuchten.

Ich werde zunächst mit dem GPA selbst anfangen, dann das Verhältnis zur WTO zu anderen Abkommen und zu den Vorschriften der EU darstellen und abschließend noch einen Ausflug zu den Beitrittsverhandlungen mit China machen.

**Zunächst: Was ist das GPA überhaupt?**

Die Abkürzung steht für den englischen Begriff „Government Procurement Agreement".

Das Abkommen will spezifische Hemmnisse des grenzüberschreitenden Wettbewerbs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge abbauen. Es soll die Geschäftschancen der Unternehmen bei solchen Aufträgen vergrößern. Sie sollen Zugang zu den öffentlichen

Beschaffungsmärkten der GPA-Partner haben. Gleichzeitig, auch das kennen Sie, sollen öffentliche Auftraggeber bei der Auswahl durch mehr Angebote eine bessere Qualität zu günstigerem Preise erhalten. Auf diese Weise sollen ihre Haushalte entlastet werden. Das sind Grundsätze, die Sie kennen, die sich anders formuliert in allen Vergaberegeln wieder finden.

Das GPA wurde am 15. April 1994 in Marrakesch unterzeichnet und trat 1996 am 1. Januar in Kraft.

**Wie ist das Verhältnis des GPA zur Welthandelsorganisation?**

Das GPA ist eines der Abkommen unter dem Dach der WTO. Es ist allerdings ein plurilaterales Abkommen, d. h., es bindet nur diejenigen Mitglieder, die es unterzeichnet haben. Das klang gestern Abend schon an, als Herr Mosters sagte, es seien nicht viele Staaten Mitglieder des GPA.

Das Recht der WTO ist dagegen multilateral ausgestaltet, d. h., es werden automatisch alle Mitglieder verpflichtet.

Dennoch ist das GPA mit der WTO verzahnt. Die WTO ist der Rahmen für die Durchführung, Verwaltung und das Funktionieren des Abkommens.

Die WTO-Mitgliedschaft zwingt nicht zur Mitgliedschaft im GPA, sondern berechtigt nur zu ihr. Rechte und Pflichten werden nur im Verhältnis zu denjenigen Staaten begründet, die auch GPA-Mitglieder sind.

Multilaterale Verträge, wie das GATT, GATS und TRIPS sind für alle WTO-Mitglieder verbindlich. Es ist das Ziel, auch das GPA als einen multilateralen Vertrag auszugestalten. Das ist jedoch noch ein weiter Weg. Selbst seine Mitglieder haben vielseitig Vorbehalte. Das liegt auch an den Grundprinzipien der WTO:

- der Inländergleichbehandlung und
- der Meistbegünstigung.

Was das ist, ergibt sich bereits ansatzweise aus den Worten selbst. Inländergleichbehandlung bedeutet ganz verkürzt, dass Ausländer wie Inländer behandelt werden müssen. Und Meistbegünstigung heißt, dass ein Vorteil der einer Vertragspartei gewährt wird, auch allen anderen zu gewähren ist. Wird also einem WTO-Mitglied ein Vorteil eingeräumt, gilt der automatisch auch für alle anderen.

Diese beiden Prinzipien sind im GPA nur grundsätzlich anwendbar. Würden sie ausnahmslos gelten, dann wäre dieses Abkommen viel einfacher. Die Vertragsstaaten haben umfangreiche Ausnahmen von diesen Leitprinzipien eingeführt.

Ein Beispiel: Die EU hat gegenüber USA, Japan und Kanada sowie Korea umfangreiche Ausnahmen eingeführt. Die Ausnahmen betreffen entweder die einzelnen Auftrag-

geber oder sind Bereichsausnahmen. Zum Beispiel ist das GPA für die Strom- und Wasserversorgung auf kommunaler Ebene nicht anwendbar. Es gibt natürlich noch viele Beispiele mehr, aber das eine soll zur Veranschaulichung genügen.

Hinzu kommen außerdem noch Reziprozitätsvorbehalte, also Gegenseitigkeitsvorbehalte. Deren Wirkungen lassen sich grob so beschreiben: Wenn Du mir was gibst, gebe ich Dir was, und wenn Du es mir nicht gibst, dann gebe ich es Dir auch nicht. Derartige Vorbehalte gibt es z. B. zwischen der EU und den USA oder der EU und Kanada.

Diese umfangreichen Ausnahmen sind die Folge einer erheblichen Erweiterung des Anwendungsbereiches des GPA gegenüber dem Vergabekodex von 1979. Das war der Vorläufer des GPA im Rahmen des GATT, dem Vorläufer der WTO.

Mit der aktuellen Fassung des GPA hat man im Ergebnis einerseits den Anwendungsbereich vergrößert, aber andererseits gleichzeitig diesen Fortschritt wieder eingeschränkt, indem man Ausnahmen einführt. So werden jetzt Auftraggeber bis hinab zur regionalen Ebene sowie auch Dienst- und Bauleistungen erfasst.

Diese Neuerungen waren so groß, dass viele Mitgliedsstaaten einer weiteren Öffnung der Beschaffungsmärkte nicht mehr zustimmen konnten. Die damalige Gemeinschaft, die in diesen Verhandlungen immer sehr fordernd und auch liberal auftritt, war zwar grundsätzlich zu einer sehr weitgehenden Marktöffnung bereit, wollte sich aber durch das Festhalten am Reziprozitätsprinzip ein Faustpfand für künftige Verhandlungen nicht aus der Hand nehmen lassen. Im Ergebnis kann man festhalten, dass die Prinzipien Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung zwar gelten, aber weitestgehend verdrängt werden. Ich komme darauf später noch mal zurück.

Unklar ist in diesem Zusammenhang, inwieweit das GPA seine Mitglieder verpflichtet, einen einmal erreichten Marktzugang, also ein erreichtes Niveau von einzelnen Verpflichtungen, aufrecht zu erhalten. Das GPA selbst enthält keine ausdrückliche Verpflichtung zu diesem sogenannten Standstill. Eine solche Standstill-Verpflichtung gilt aber bei den anderen multilateralen Abkommen. Im GPA sind die Mitgliedstaaten jedoch durch das Eingehen bestimmter Verpflichtungen, die sich in Anhängen wieder finden, eine Bindung eingegangen. Daher kann man sich durchaus die Frage stellen, ob ein Mitgliedsstaat ein derart festgeschriebenes Niveau so einfach wieder verlassen kann.

**Wer sind Mitglieder bzw. Beobachter des GPA?**

Zurzeit gibt es 39 Mitglieder und 19 Beobachter. Vertragsstaaten sind neben der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten bspw. die USA, Kanada, Hongkong sowie Japan. Beobachterstatus haben Länder wie Australien, China, Indien und die Türkei. Auch hierfür gibt es bestimmte Regeln. Der GPA-Ausschuss, ein Ausschuss des Abkommens, der dieses verwaltet, gewährt dann Beobachterstatus, wenn bestimmte Transparenzregeln bei der Vergabe von Aufträgen gelten. Mit einigen dieser Länder

laufen bereits Beitrittsverhandlungen, so auch mit China, das seit dem 21. Februar 2002 Beobachter ist. Diese Verhandlungen sind Ihnen sicher aus der Zeitung bekannt.

**Struktur des GPA**

Das GPA besteht aus mehreren Teilen. Das eigentliche Übereinkommen regelt die Kriterien für die Vergabe (insbesondere das Prinzip der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung) und das Auswahlverfahren, also die Art der Vergabeverfahren. Zulässig sind offene und nicht offene Verfahren sowie in Einzelfällen eingeschränkte Verfahren. Bei offenen Verfahren können alle interessierten Lieferanten ein Angebot abgeben. Bei nicht offenen Verfahren – ähnlich dem nicht offenen Verfahren mit und ohne Teilnahmewettbewerb im nationalen und europäischen Vergaberecht – können diejenigen Lieferanten ein Angebot abgegeben, die von der Beschaffungsstelle dazu aufgefordert wurden. Bei eingeschränkten Verfahren – die freihändigen Vergaben oder Verhandlungsverfahren ähneln – setzt sich die Beschaffungsstelle dagegen gezielt mit einzelnen Lieferanten in Verbindung. Insoweit ist das GPA durchaus vergleichbar unseren Regelungen.

Und natürlich gibt es auch Vorschriften zu den Vergabeunterlagen oder zur Qualifikation der Bieter. Es existiert eine Art Präqualifikation und auch Regelungen zu Ausschlussgründen, etwa im Falle eines Konkurses oder bei unwahren Erklärungen.

Da es sich um ein internationales Abkommen handelt und man auch die Entwicklungsländer erreichen will, gibt es außerdem besondere Regelungen für Entwicklungsländer, die deren besondere Situation berücksichtigen.

Im GPA gibt es auch die Möglichkeit Rechtsschutz zu erlangen. Also auch hier hat sich eine Entwicklung abgespielt, die den Rechtsschutz als wichtiges Element bei Vergaben erkannt hat. Im Einzelnen komme ich später noch darauf zurück. Ich möchte Ihnen erst einmal noch weiter die doch komplexe Struktur erläutern.

Es gibt vier Anhänge zum GPA.

In Anhang I ist der Anwendungsbereich des Übereinkommens festgelegt.

Er enthält für jede Vertragspartei fünf Anlagen, in denen Auftraggeber/Beschaffungsstellen sowie Dienst- und Bauleistungen aufgezählt werden, die unter das Abkommen fallen. Anhang I bestimmt auch, welche Anlagen für welche Vertragsstaaten zur Anwendung kommen.

Jetzt noch eine kurze Einführung zu den Anlagen:

- Anlage 1 führt die Beschaffungsstellen der Zentralregierungen auf. Für Deutschland sind dies beispielsweise die Bundesministerien.

- Anlage 2 nennt alle Beschaffungsstellen unterhalb der Zentralregierungen. Hierzu zählen in Deutschland insbesondere alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts, beispielsweise Universitäten, Länder, Kommunen.
- Anlage 3 erfasst alle „anderen" Beschaffungsstellen, etwa kommunale Eigenbetriebe oder Flughäfen.

Wenn eine Vertragspartei eines ihrer Zugeständnisse aus diesen Anlagen herausnehmen will, gibt es die Möglichkeit, dieses über Kompensationsleistungen zu erreichen. Dabei soll dann der Marktöffnungseffekt, der durch die Privatisierung und Aufhebung der staatlichen Kontrolle eintritt, berücksichtigt werden. Es ist davon auszugehen, dass eine Beschaffungsstelle nur dann herausgenommen wird, wenn dies Folge einer Privatisierung ist. Dieser Effekt muss positiv bei der Berechnung der Kompensation einfließen.

- Die weiteren Anlagen 4 und 5 bestimmen die durch das Abkommen abgedeckten Dienst- und Bauleistungen. (Sonstige öffentliche Aufträge, die die Schwellenwerte überschreiten und von den Beschaffungsstellen in den Anlagen 1 bis 3 ausgeschrieben werden, fallen ohnehin unter das GPA). Dienstleistungen sind so definiert wie im nationalen und europäischen Recht auch, Postzustellung beispielsweise. Auch bei Bauleistungen gibt es keine wesentlichen Abweichungen. Es gehören alle für den Bau relevanten Arbeiten und die Errichtung von Gebäuden für die verschiedensten Nutzungen dazu; aufgezählt werden beispielsweise Krankenhäuser und Lagerhallen.

Ich habe mehrfach erwähnt, dass die Ursache für diese komplexe Struktur ebenso wie das Durchlöchern z. B. des Grundsatzes der Meistbegünstigung, bei den nationalen Interessen der Mitgliedsstaaten zu suchen ist.

Jetzt komme ich nochmals auf ein paar Beispiele, die einerseits die Marktöffnung, die durch das Abkommen allgemein erreicht werden soll, und andererseits die Ausnahmen dazu veranschaulichen sollen.

Gerade die Europäische Union hat, wie alle anderen auch, das Abkommen für bestimmte Auftraggeber bzw. Beschaffungsstellen außer Kraft gesetzt, z. B. gegenüber USA und Kanada bis zu dem Zeitpunkt, an dem diese Länder eine gleichwertige Marktöffnung anbieten. So sind mögliche Auftragnehmer aus beiden von Ausschreibungen kommunaler Eigenbetriebe im Bereich Wasserversorgung ausgenommen.

Im Fall von Korea ist festgelegt, dass die Beschaffungen z. B. kommunaler Eigenbetriebe von Steckern, Transformatoren, Vermittlungsanlagen, Kabeln ausgesetzt wird. Sie sehen, dass diese Anhänge eine sehr praxisnahe Ausgestaltung haben, bezogen auf die konkrete Beschaffungssituation.

**Was regelt jetzt das GPA zum Rechtsschutz?**

Es gibt zwei Elemente des Rechtsschutzes:

- Zum einen das zwischenstaatliche Streitbeilegungsverfahren der WTO, das auch im GPA zwischen Vertragsparteien gilt.
- Zum zweiten sind die Vertragsparteien verpflichtet, ein Verfahren zu schaffen, in dem die Bieter selbst wegen Verletzungen des Abkommens Widerspruch einlegen können. Es entspricht unserem Rechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte. Das Verhältnis zu den beiden sieht so aus, dass zuerst das Widerspruchsverfahren ausgeschöpft sein muss, bevor ein WTO-Streitbeilegungsverfahren zwischen Vertragsparteien eingeleitet werden kann.

Als größte Errungenschaft wird hier gesehen, dass mit dem Widerspruchsverfahren auch einstweiliger Rechtsschutz eingeführt wurde. Hintergrund der Überlegungen – und auch das wird Ihnen wieder sehr bekannt vorkommen – waren die Bedeutung von schnellem und effektivem Rechtsschutz und die Feststellung, dass Maßnahmen im Nachhinein in der Regel erfolglos sind.

Ein Beispiel hierfür mag ein Streitfall in der WTO sein, der noch unter den alten Kodex fiel, und zwar ist das der „Trondheim Toll Collection-Fall". Die norwegische Straßenverkehrsbehörde wollte für die Stadt Trondheim ein Mautsystem einführen. Es kam, wie es kommen musste, ein norwegisches Unternehmen erhielt den Auftrag. Die USA bemängelten natürlich, dass dieser Zuschlag unzulässig gewesen sei, weil keine ordnungsgemäße Ausschreibung stattgefunden habe. Und natürlich vertrat Norwegen den gegenteiligen Standpunkt und sagte, es handele sich um Forschung und Entwicklung und das mache man im Land selber. Das Geschäft, das sich hier anschloss, sei nur ein Abfallprodukt gewesen. Der GPA–Ausschuss (Das Panel, eine Art Schiedsgericht, das vom Committee on Government Procurement, des GATT Kodexes einberufen wurde, um über die Beschwerde der USA zu entscheiden), gab den Amerikanern recht. Nachdem aber der Auftrag vergeben war, blieb nur noch festzustellen, dass die Norweger doch in Zukunft ihre Verpflichtungen aus dem Abkommen einhalten sollten.

Vor diesem Hintergrund, der ein allgemeines Gefühl der Unzufriedenheit auslöste und auch sehr deutlich machte, dass nachträgliche Sanktionen eigentlich keinen Wert haben, wurde das Widerspruchsverfahren mit einstweiligem Rechtsschutz eingeführt. Natürlich gibt es auch die Regelung, dass die aufschiebende Wirkung wieder aufgehoben werden kann, auch mit einer Abwägungsvorschrift ähnlich der europäischen Regelung.

**Das Verhältnis zwischen GPA und Unionsrecht am Beispiel Schwellenwerte**

Jetzt haben Sie schon viele Dinge gehört, aus denen die Verzahnung zwischen europäischem, nationalem und WTO-Recht anschaulich hervorgeht. Jetzt würde ich gerne auf eine besondere Verzahnung Bezug nehmen und zwar hinsichtlich der Schwellenwerte.

Die Schwellenwerte der EU sind den Schwellenwerten des GPA angepasst. Sie basieren auf Sonderziehungsrechten. Sonderziehungsrechte sind die Währungseinheit des IWF und der Weltbank, die auch die WTO übernommen hat. Der Wechselkurs für ein Sonderziehungsrecht wird alle fünf Jahre vom IWF neu berechnet. Die letzte Anpassung ist aus dem November 2005 und die nächste müsste jetzt – Ende 2010 – wieder stattfinden. Grundlage für die Berechnung sind der US-Dollar, der Euro, der Yen und das Britische Pfund. Sie werden je nach Anteil des Wirtschaftsraumes am Welthandel zueinander gewichtet. Vor diesem Hintergrund unterliegen Sonderziehungsrechte natürlich, wie auch andere Währungen, tagesaktuellen Schwankungen. Der tagesaktuelle Wert basiert auf Umtauschraten der Währungen, aus denen sich dann wieder das Sonderziehungsrecht bildet. Es gilt die Kursnotierung der Londoner Börse um 12 Uhr. Also, es wird auch hier nichts dem Zufall überlassen.

Die EU ihrerseits legt diese Schwellenwerte wieder in Euro fest. Diese werden regelmäßig überprüft und an Kursschwankungen angepasst. Die Kommission überprüft alle zwei Jahre die Schwellenwerte anhand des durchschnittlichen Tageskurses von Euro und Sonderziehungsrecht innerhalb der letzten 24 Monate. Sollten sich danach Abweichungen ergeben, wird eine Angleichung der Eurobeträge vorgenommen. Das macht die Kommission eigenverantwortlich, Beschlussfassungen von Rat und Parlament sind nicht erforderlich.

Wir haben uns die Mühe gemacht, herauszusuchen, welchen Wert ein Sonderziehungsrecht am 5. Oktober wert war, nämlich 1,325 Euro.

Die letzte Schwellenwertanpassung im Rahmen der Europäischen Union trat zum 1. Januar 2010 in Kraft. Damit haben wir noch ein Jahr vor uns, bis wieder eine Überprüfung und gegebenenfalls eine Anpassung stattfinden.

Insgesamt hat das GPA den Rang primären Unionsrechts und hat damit Vorrang vor dem EU-Sekundärrecht wie auch vor nationalem Recht.

**Beitrittsverhandlungen mit China**

Jetzt komme ich zu den Beitrittverhandlungen mit China; also ein Ausflug zu aktuellen Ereignissen. Das GPA hat sicherlich eine breitere Öffentlichkeit durch diese Verhandlungen erreicht. Verstärkt erhielt dieser Komplex Aufmerksamkeit in den Medien durch eine Vergabe in Polen. In Polen hat ein chinesisches Staatsunternehmen den

Auftrag für den Bau eines Autobahnabschnittes gewonnen. Das hat sehr viel Unruhe ausgelöst. In diesem Kontext wurde auch sehr viel über das GPA diskutiert.

Als China 2001 WTO-Mitglied wurde, wurden bewusst die Verhandlungen zum GPA ausgeklammert. Auch das ist wieder ein Beispiel dafür, dass sich die Nationalstaaten schwer tun, ihre Beschaffungsmärkte zu öffnen oder überhaupt anderen dieses Thema auch nur zugänglich zu machen. Erst 2007 stellte Peking einen Antrag auf Aufnahme in das GPA.

China bot verbindliche Zusagen an, die aber den WTO-Mitgliedern nicht weit genug gingen. Im Juli dieses Jahres reichte China schließlich ein weiteres überarbeitetes Angebot ein. Die Überlegungen haben also drei, vier Jahre gedauert. Dieses Angebot ist besser, aber die Union wie auch die Mitgliedsstaaten sind trotzdem noch nicht zufrieden.

Erfreulich ist beispielsweise, dass die Schwellenwerte für bestimmte Beschaffungsstellen abgesenkt werden. Allerdings gibt es hier wieder eine Übergangsfrist von fünf Jahren. Die Schwellenwerte für Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen oberster Bundesbehörden wurde auf umgerechnet ca. 240.000 Euro gesenkt. Für die sonstigen Beschaffungsstellen, das waren die der Anlage 3, also diejenigen außerhalb der Zentralregierung und unterhalb dieser, wurde der Schwellenwert auf unter eine Million Euro gesenkt. Außerdem hat China angeboten, die Zahl der Beschaffungsstellen der Zentralregierung zu erhöhen. Neben Ministerien zählen jetzt auch andere Organisationen und Behörden dazu, die der Staatsleitung unmittelbar untergeordnet sind. Und schließlich wurden Übergangsfristen, die sich China immer sehr lange vorbehalten hatte, von 15 Jahren auf fünf Jahre verkürzt.

Trotz dieser Neuerungen im Angebot werden die Erwartungen der Union und der Mitgliedsstaaten noch nicht erfüllt. Insbesondere, weil wiederum

- keine Beschaffungsstellen unterhalb der Zentralregierung in das Angebot aufgenommen wurde und gerade die Provinzmärkte wie auch bei uns die Bundesländer doch erheblichen Beschaffungsanteil haben,
- keine Unternehmen, die in Staatsbesitz sind, in den Anwendungsbereich einbezogen wurden. Da sind wir wieder bei dem Thema, dass Staatsunternehmen hier in europäischen Staaten tätig sind, aber im Gegenzug der Zugang für unsere Unternehmen nach China erschwert wird,
- Dienstleistungen nur sehr eingeschränkt aufgenommen wurden,
- Bauleistungen nur sehr sporadisch erfasst werden,
- die Schwellenwerte für die Vergaben von Bauleistungen immer noch zu hoch sind,
- die Liste von Ausnahmen zu lang ist.

Vor diesem Hintergrund kann also nicht mit einem baldigen Abschluss der Beitrittsverhandlungen gerechnet werden.

Der Beitritt Chinas wird immer wieder sehr stark von allen Industrieländern gefordert, auch der EU. Das deshalb, weil China praktisch ungebremst auf die faktisch offenen Märkte der EU drängt. Hier wieder das Beispiel des polnischen Autobahnbaus: Die polnische Verwaltung hatte ausgeschrieben und es kamen mehrere ausländische Unternehmen zum Zuge, eben auch, wie vorher schon gesagt, ein chinesisches Staatsunternehmen. Das hat hier deshalb sehr viel Aufruhr verursacht, weil China die Barrieren für europäische Unternehmen erhält oder aufbaut. Besonders tückisch sind neben Beteiligungsregelungen für ausländische Unternehmen bestimmte Zertifizierungen. Diese enthalten häufig solche Kriterien, die europäische Unternehmen schon von der Definition her nicht erfüllen können. Formell würden sie zwar Zugang haben, aber die Bedingungen sind so gestrickt, dass die Zertifizierung nicht erreicht werden kann.

Dieses Thema beschäftigt die Bundesregierung wie die EU-Kommissionen verstärkt: Wie kann man auf so ein Verhalten angemessen reagieren. Wie kann man Anreize schaffen, um GPA-Beitritte zu beschleunigen?

Sicherlich ist es sinnvoll Anreize zu schaffen, um GPA-Beitritte – auch anderer Länder – zu beschleunigen. Wie sollen solche Anreize aussehen? Ein Patentrezept gibt es bisher nicht. Soll man scharfe Retorsionen anstreben? Oder erreicht man etwas mit guter Verhandlungsführung, mit gutem Zureden?

Aus deutscher Sicht müssen sicherlich in diese Überlegungen auch unsere Exportinteressen einbezogen werden, denn jede Beschränkung eines Marktes, jede Maßnahme, die vielleicht auch in einem Graubereich liegt, jede Rechtsänderung, die Zugang chinesischer Unternehmen beschränken würde, löst natürlich auch bestimmte Reaktionen auf der anderen Seite aus.

Dieser Überlegungsprozess ist auf europäischer Ebene bei Weitem noch nicht abgeschlossen. Wichtig ist, dass die Union eine gemeinsame Haltung findet und ein gemeinsames Vorgehen beschließt, das von allen Mitgliedern, nicht nur von Einzelnen, getragen wird und sich nicht auf Maßnahmen einzelner Mitgliedsstaaten beschränkt.

**Was gibt es nun zukünftig zu tun?**

Jetzt ein kleiner Ausblick. Zukunftsmusik sind die Verhandlungen zu einem neuen Vertragstext für das GPA, also dem allgemeinen Teil mit den allgemeinen Regelungen. Bereits bei Inkrafttreten des GPA wurde eine solche Verhandlungsrunde avisiert. Man hat damals schon gesehen, dass auch ein GPA laufend modernisiert werden muss, das Übereinkommen soll zum Beispiel an die Entwicklungen der Informationstechnologie und die sich ändernde Ausschreibungspraxis angepasst werden. Dann, als Fernziel, soll der Anwendungsbereich erweitert werden, was natürlich erfordert, dass die Ausnahmen und Vorbehalte abgebaut werden. Bisher zulässige Diskriminierungen sollen

auch reduziert werden. Und schließlich soll Mitgliedsstaaten der WTO, die noch nicht Mitglied des GPA sind, der Beitritt erleichtert werden. Dieses Ziel richtet sich vor allem an die Entwicklungsländer und soll z. B. erreicht werden durch technische Hilfe oder besondere Entwicklungshilfe.

Die Verhandlung zu dem allgemeinen Text ist erfreulich schnell gegangen. Sie wurden natürlich wie alles im internationalen Bereich über mehrere Jahre geführt, aber im Dezember 2006 einigten sich die Parteien auf einen Text.

Der neue Text bringt einige Fortschritte mit sich:

- Es sind beispielsweise neue elektronische Verfahren einbezogen. So wird etwa die elektronische Auktion berücksichtigt.
- Dann sind auch, das klang gestern Abend ebenfalls an, die Regelungen zu Ausnahmen, was die Sekundärziele des Vergaberechts anbelangt, eindeutiger und stärker formuliert. Zum Beispiel gibt es eine Regelung, dass man Ausnahmen von diesem Abkommen zulassen kann, wenn sie dem Schutz menschlichen Lebens oder der Moral oder der Sicherheit dienen.
- Der Text wurde auch, was wir immer auch als Ziel haben, anwenderfreundlicher gestaltet. Er ist auch jetzt viel schöner gegliedert, er hat klarere Aussagen, er ist weniger als Fließtext gestaltet, sieht zumindest übersichtlicher aus und natürlich, das sagte ich schon, die Regelungen für Entwicklungsländer wurden klarer herausgestellt, um auch den Entwicklungsländer einen Incentiv zu geben, beizutreten.

Auch hier ist es so, dass der Text rechtlich überprüft werden muss. Aber vor allem kann er erst in Kraft treten, wenn alle Anlagen und Anhänge ausverhandelt sind. Nach allem, was ich Ihnen jetzt schon erzählt habe, werden Sie mit mir einig sein, dass diese Verhandlungen schwierig und manchmal gar unmöglich sind. Deshalb gehe ich nicht davon aus, dass kurzfristig dieser Text in Kraft treten kann.

Dennoch, und das ist auch meine Schlussfolgerung, ist es das Abkommen wert, dass seine Mitglieder besondere Anstrengungen unternehmen und auch über ihren eigenen Schatten springen. Denn das GPA würde einen weltweiten Beschaffungsmarkt öffnen – nicht nur national oder europäisch, sondern weltweit.

Die ersten Erfolge durch das bisherige Abkommen können sich sehen lassen. Das durchschnittliche Volumen der international ausgeschriebenen öffentlichen Beschaffungen hat sich schätzungsweise verzehnfacht. Bis 1994 handelt es sich um ca. 30 Milliarden US-Dollar, jetzt wird das Volumen auf über 300 Milliarden US-Dollar geschätzt – was mir, wenn man die Anzahl und Größe der GPA-Mitgliedsstaaten ansieht, sogar als ein bisschen wenig scheint.

Das GPA stellt einen ersten Schritt dar hin zu freiem Wettbewerb im Beschaffungswesen, übergeordnet gegenüber den EU-Regelungen und den nationalen Regelungen seiner Mitglieder.

Das zukünftige Ziel muss demnach aus meiner Sicht sein, die Reziprozitätsvorbehalte und die Anwendungslücken zurückzufahren, denn – wenn man so will – das GPA ist bisher eigentlich nicht mehr als eine Ansammlung bilateraler Abkommen. Und das ist für die Schaffung eines weltweiten Beschaffungsmarktes zu wenig. Die Anhäufungen von Listen und Ausnahmen und Anlagen mit unterschiedlichen Schwellenwerten machen das ganze Abkommen unübersichtlich und in der Anwendung schwierig. Verstöße sind eigentlich auch vorprogrammiert, Vereinfachungen wären deshalb wichtig.

Es muss aus meiner Sicht auch gelingen, mehr Mitglieder für das GPA zu gewinnen, denn die Einbindung im Wesentlichen der westlichen Industrieländer ist viel zu wenig.

Sie sehen bei diesen Ausführungen, dass die Aufgaben auf GPA-Ebene ähnlichen denjenigen sind, die wir uns auch immer wieder vornehmen und über die wir auch bei diesen Badenweiler Gesprächen wiederholt diskutiert haben. Die Aufgaben ähneln sich international wie auch national. Das mag für uns ein Trost sein, dass es die anderen auch nicht besser können, aber es sollte uns gleichzeitig anspornen, die erkannten Defizite und Schwäche auf allen Ebenen auszuräumen.

# Entwicklung des GPA und die Zukunft des Vergaberechts

## Zusammenfassung der Aussprache

Im Rahmen der anschließenden Diskussion wird angesprochen, dass die Forderung nach einer gegenseitigen Gleichbehandlung sinnvoll ist und letztlich nur dem Grundsatz des Good Governance entspricht. Hierauf bedauerte Frau Dr. Waldmann, dass dieser Grundsatz im nationalen und im EU-Recht bisher nicht berücksichtigt ist und dies beispielsweise für Länder wie China Vorteile mit sich bringe. Entsprechende Regelungen seien aber denkbar und müssten durch die EU verhandelt werden.

Aus schweizerischer Sicht wird kommentiert, dass das Verhältnis und die gegenseitige Beeinflussung von GPA und EU-Richtlinien nicht in der Hand der Mitgliedsstaaten liegt, sondern von der EU im Rahmen ihrer Verhandlungsführung einerseits und der Richtliniensetzung andererseits beeinflusst wird.

In der Folge geht es um das Verfahren der WTO-Streitschlichtung. Voraussetzung hierfür ist, dass der nationale Rechtsweg ausgeschöpft ist. Verfahrensbeteiligte sind die jeweiligen Staaten, die Regierung muss also die WTO-Streitschlichtung beantragen. Dies hat zur Folge, dass es relativ wenige Verfahren dieser Art gibt.

# Verhältnis von Vertragsverletzungsverfahren und nationalen Möglichkeiten der Vertragsbeendigung und -rückabwicklung

**Prof. Dr. Martin Nettesheim**

Eberhard Karls Universität Tübingen

Das Verhältnis zwischen dem Vertragsverletzungsverfahren und dem Bestand vergaberechtswidrig geschlossener Verträge ist seit einigen Jahren Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Eine Reihe von Entwicklungen und von EuGH-Entscheidungen, vor allem die Entscheidung im Fall „Messe Köln"[1], hat die Bedeutung dieser Frage erneut vor Augen geführt. Die Wurzel der Probleme liegt darin, dass zwei Rechtsregime aufeinander stoßen, die inhaltlich nicht vollständig miteinander abgestimmt sind: das Instrumentarium der Bekämpfung von Vertragsverletzungen nach Art. 258 ff. AEUV einerseits und das vergaberechtliche System der wettbewerbskonformen Erteilung öffentlicher Aufträge.

## I. Der Rahmen des Vertragsrechts

Nach Art. 260 Abs. 1 AEUV (bislang: Art. 228 Abs. 1 EGV) hat ein Mitgliedstaat der EU die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergebenden Maßnahmen zu ergreifen, wenn der EuGH eine Vertragsverletzung feststellt. Der Vertrag macht deutlich, dass der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren ein Feststellungsurteil fällt: Es ist weder ein Vollstreckungstitel, noch hat es unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung. In dieser Anordnung drücken sich Anschauungen über das Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten aus: Die Rolle des EuGH beschränkt sich auf die Kontrolle der Rechtsmäßigkeit mitgliedstaatlichen Verhaltens. Die für eine Gestaltung mitgliedstaatlicher Verhältnisse erforderliche Kompetenz zur Setzung von Akten mit unmittelbarer Wirkung im innerstaatlichen Rechtsbereich bedarf es aber nicht. Hierin drücken sich dualistische Vorstellungen vom Verhältnis der prinzipiell zu trennenden Rechts- und Funktionskreise

[1] EuGH, Urteil vom 29. Oktober 2009, Rs. C-536/07, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der amtl. Sammlung, NZBau 2009, 792. Vgl. hierzu etwa *Kühling*, NVwZ 2010, 1257; *Polster*, NZBau 2010, 486; *Frenz*, NVwZ 2010, 609; *Byok*, NJW 2010, 817; *Jennert*, NZBau 2010, 150; *Regler*, DNotZ 2010, 24; *Dicks*, ZfBR 2010, 235 (236); *Boesen*, NZBau 2009, 796.

aus; die Regelung schützt die mitgliedstaatliche Autonomie. Aufgrund der feststellenden Wirkung einer antragstattgebenden EuGH-Entscheidung im Verfahren nach Art. 260 AEUV ist der betroffene Mitgliedstaat damit verpflichtet, den Vertragsverstoß zu beseitigen. Diese Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus dem Vertrag und wird nicht erst durch den EuGH begründet.

Das bedeutet allerdings nicht, dass dem EuGH bei der Konkretisierung der Vorgaben, die sich aus einer antragstattgebenden Entscheidung ergeben, keine Rolle zukäme. Zum einen kann der EuGH im Wege der Konkretisierung des materiellen Vertragsrechts Aussagen darüber treffen, welche Pflichten sich in der Folge eines Vertragsverstoßes ergeben. In ständiger Rechtsprechung entnimmt der EuGH etwa dem europäischen Beihilferecht die Aussage, dass eine grundsätzliche Pflicht zur Rückforderung europarechtswidrig gewährter Beihilfen besteht. Diese Aussage ist nicht unmittelbar in Art. 108 AEUV niedergelegt. Sie ist vielmehr vom EuGH als rechtsfortbildende Konkretisierung zur Stärkung der Effektivität des europäischen Beihilferechts entwickelt worden. Art. 258 und Art. 259 AEUV lassen es zu, derartige vertragswidrige Folgen eines Vertragsverstoßes zum Verfahrensgegenstand zu machen.

Zum anderen steht es dem EuGH frei, in seinen Entscheidungen Hinweise darüber zu geben, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um einen Vertragsverstoß zu beseitigen. Allerdings kommt derartigen Hinweisen nach allgemeiner Auffassung[2] keine unmittelbare Verpflichtungswirkung zu. In einem nachfolgenden Verfahren nach Art. 260 Abs. 2 AEUV, in dem die Rechtmäßigkeit der Befolgung einer Erstentscheidung überprüft wird, werden derartige Hinweise aber regelmäßig Bedeutung entfalten. Art. 102 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ermöglicht es im Übrigen, in einem besonderen Verfahren Fragen der Auslegung eines Urteils klären zu lassen. Dieses Verfahren – praktisch nicht gerade bedeutsam – ermöglicht es dem EuGH, eine nähere Konkretisierung der Wirkung seiner Entscheidung vorzunehmen. Die Möglichkeit, dieses Verfahren einzuleiten, steht der Einleitung eines Verfahrens nach

[2] Vgl. Gaster, Die Überwachung der Anwendung des Agrargemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten, Bd. 209 der Schriftenreihe des Europainstituts des Saarlandes, 1990, S. 50; Tsikrikas, Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs im Vertragsverletzungsverfahren, 1990, S. 169 f.; Steinhauer, Die Auslegung, Kontrolle und Durchsetzung mitgliedstaatlicher Pflichten im Recht des IWF und der EG, 1997, S. 172; *Ortlepp,* Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zur Sicherung der Legalität im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1987, S. 109 ff.; Heidig, Die Verhängung von Zwangsgeldern und Pauschalbeträgen gegen die Mitgliedstaaten der EG, 2001, S. 38. Vgl. allgemein Haltern, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, VerwArch 96 (2005), 311 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, § 14; *Koenig/Pechstein/Sander,* Einführung in das EG-Prozeßrecht, 2. Aufl. 2002; *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2.Aufl. 2003.

Art. 260 Abs. 2 AEUV – also dem Verfahren zur Verhängung eines Zwangsgeldes[3] – nicht entgegen.[4]

Art. 260 AEUV begründet eine Pflicht des Mitgliedstaats. Das EU-Recht adressiert – schon zum Schutz der innerstaatlichen Funktionsordnung, wohl aber auch im Hinblick auf die voneinander abweichenden Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten – nicht mehr als eine Pflicht des Rechtssubjekts Bundesrepublik Deutschland. Aus der innerstaatlichen Perspektive bedeutet dies zugleich, dass zur Beseitigung eines Vertragsverstoßes jeder hierfür kompetente und befähigte Hoheitsträger aufgerufen ist. Art. 23 Abs. 1 GG ist dahingehend zu verstehen, dass die in Art. 260 Abs. 1 AEUV angelegte Pflicht nicht lediglich den Bund oder auch die Länder trifft, sondern auch unterstaatliche Hoheitsträger wie die Kommunen. Eine Kommune, die einen Vertragsverstoß bewirkt hat, ist danach von Rechts wegen dazu verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu ergreifen, um die sich aus Art. 260 Abs. 1 AEUV für die Bundesrepublik ergebenden Pflichten zu erfüllen. Die Einhaltung dieses Gebots lässt sich im Wege der Kommunalaufsicht durchsetzen. Keine Pflicht zur Beseitigung eines Vertragsverstoßes trifft demgegenüber Private. Dies hat zur Folge, dass ein privater Auftraggeber, der Aufträge unter Verstoß gegen die Vorgaben der Sektorenrichtlinie vergibt, insofern besser steht als die öffentliche Hand.

Stellt der EuGH im Verfahren nach Art. 258 AEUV oder Art. 259 AEUV eine Vertragsverletzung fest, so ergibt sich aus der Entscheidung die verbindliche Feststellung, dass ein Vertragsverstoß feststeht. Die Entscheidung hat damit nicht lediglich deklaratorischen Charakter.[5] Das Recht, die Entscheidung durch ein erneutes Vorlageersuchen in Frage zu stellen, bleibt allerdings erhalten. Keine genauen Festlegungen trifft der AEUV allerdings mit Blick auf die zu ergreifenden Maßnahmen. Der Vertragsgeber hat auf dem Hintergrund einer unübersehbaren Vielfalt von Konstellationen darauf verzichtet, nähere Festlegungen zu treffen, welche konkreten Folgerungen aus einer Entscheidung des EuGH zu ziehen sind, in der ein Vertragsverstoß festgestellt wird. Die Vertragsbestimmung formuliert eher unbestimmt Pflicht, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben. Häufig wird dies als Pflicht verstanden, den Vertragsverstoß zu beenden. Man ist sich einig, dass der Inhalt der Pflicht von der Art und der Natur des Fehlverhaltens abhängt. Es kann sich – entgegen des insofern anderslautenden Wortlauts – nicht nur um eine Handlungspflicht, sondern auch um eine Unterlassungspflicht handeln. Die konkreten Rechtsfolgen, die

[3] Zur innerstaatlich-verfassungsrechtlichen Haftung für derartige Gelder: *Durner,* BayVBl. 2002, 745; *Heidig,* Die Verhängung von Zwangsgeldern und Pauschbeträgen gegen die Mitgliedstaaten der EG: Das Sanktionsverfahren nach Art. 228 Abs. 2 EGV, 2001; *Heidig,* Die Verhängung von Zwangsgeldern nach Art. 228 Abs. 1 EGV, EuR 2000, 782.

[4] EuGH, Rs. C-503/04, Kommission/Deutschland (Stadt Braunschweig/ Gemeinde Bockhorn II), Slg. 2007, I-6153, Rdnr. 13-15, ähnlich EuGH, Beschluss vom 20. April 1988, Rs. 146/85 und 431/85, Maindiaux u. a./WSA u. a., Slg. 1988, 2003 Rdnr. 6.

[5] So GA Stix-Hackl, Schlußanträge in der Rs. C-426/98, Kommission/Griechenland, Slg. 2002, I-2793 Rdnr. 59; Lenaerts/Arts, Europees Procesrecht, 1995, Rdnr. 168.

sich ergeben, sind mit Blick auf die in Rede stehenden Bestimmungen des Unionsrechts zu ermitteln. In Fällen, in denen eine Norm des Unionsrechts unmittelbar anwendbar ist, muss die kollidierende Bestimmung des nationalen Rechts ohne weiteres unangewandt bleiben; im Fall unmittelbarer Wirkung kann sich hierauf auch der einzelne berufen.[6] Andernfalls sind Maßnahmen des Normgebers verlangt. Bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen sind nicht ohne weiteres nichtig, sondern müssen aufgehoben werden.

Eine Frist, innerhalb derer die dafür zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats den unionsrechtswidrigen Zustand beseitigen müssen, findet sich in Art. 260 AEUV nicht. Auch die Unionsorgane haben bislang hierzu keine formalen Aussagen getroffen. Im Hinblick auf die allgemeine Loyalitätspflicht und das Anliegen, die Rechtlichkeit des Handelns in der EU sicherzustellen, wird dem Anliegen des Art. 260 Abs. 1 AEUV nur entsprochen, wenn die erforderlichen Maßnahmen nach dem Erlass des Urteils unverzüglich ergriffen werden und der Zustand der Unionsrechtskonformität zielstrebig verwirklicht wird. Dabei sind Erfahrungswerte darüber heranzuziehen, wie lange die erforderlichen Maßnahmen üblicherweise dauern. Die Durchführung eines Gesetzgebungsverfahrens, mit dem eine unionsrechtswidrige Gesetzesnorm aufgehoben oder abgeändert wird, wird regelmäßig mehr Zeit in Anspruch nehmen als die Abänderung eines Verwaltungsakts. In einem Fall, in dem sich aus den Feststellungen des EuGH die Unanwendbarkeit einer nationalen Bestimmung ergibt, ist eine sofortige Beachtung erforderlich. Keine konkrete Frist legt der Vertrag auch für die Kommission fest, innerhalb derer von den Möglichkeiten des Art. 260 Abs. 2 AEUV Gebrauch gemacht werden müsste. Hierbei handelt es sich um eine Entscheidung, die im Ermessen der Kommission liegt. Leitet die Kommission allerdings ein Verfahren nach Art. 260 Abs. 2 AEUV ein und beseitigt der Mitgliedstaat den Rechtsverstoß nicht innerhalb der von der Kommission gesetzten Zwei-Monatsfrist, kann der Mitgliedstaat nicht die Einstellung des Verfahrens nach Art. 92 § 2 der Verfahrensordnung verlangen, wenn der Vertragsverstoß später beseitigt wird.[7] Die Verhängung eines Zwangsgeldes wird in dieser Situation allerdings nicht mehr gerechtfertigt sein; der Gerichtshof wird auch die Zahlung eines Pauschalbetrags regelmäßig nicht anordnen.

### II. Folgenbeseitigungspflicht?

Die Frage, inwieweit sich aus Art. 260 Abs. 1 AEUV eine Pflicht zur Beseitigung der Folgen ergibt, die sich aus dem Vertragsverstoß ergeben, ist seit langem umstritten und vom EuGH bislang nicht abschließend geklärt. Außer Frage steht, dass die Wirkungen, die Art. 260 Abs. 1 AEUV anordnet, den betroffenen Mitgliedstaat *ex nunc* treffen. Darüber hinaus wird aber in der europarechtlichen Literatur dafür gestritten,

[6] EuGH, verb. Rs. 314–316/81, Waterkeyn, Slg. 1982, 4337 Rdnr. 16; GA Maduro, Schlußanträge in der Rs. C-141/02 P, max.mobil Telekommunikation, Slg. 2005, I-1283 Rdnr. 31.

[7] EuGH, Rs. C-503/04, Kommission/Deutschland (Stadt Braunschweig/ Gemeinde Bockhorn II), Slg. 2007, I-6153, Rdnr. 17-20.

Art. 260 AEUV als Vorschrift zu begreifen, die auch Folgenbeseitigungspflichten begründe.[8] Im Kreis der Generalanwälte ist diese Position auf Sympathie gestoßen.[9] Zur Begründung wird angeführt, dass dem Ziel effektiver und gleicher Durchführung des Unionsrechts nur dann entsprochen werde, wenn auch die aus einem vertragswidrigen Verhalten gezogenen Vorteile beseitigt würden. Gerade im Hinblick auf lang andauernden Vertragsverstößen bedürfe es einer hinreichend schlagkräftigen Sanktion. Allerdings wird in diesem Zusammenhang auch gesehen, dass einer Beseitigung der Folgen eines Vertragsverstoßes *ex tunc* häufig tatsächliche oder rechtliche Hindernisse im Wege stünden, die sich kaum überwinden ließen.[10] Ein eigenständiger, vom nationalen Recht losgelöster Folgenbeseitigungsanspruch wird Art. 260 AEUV heute[11] nicht mehr zugeordnet; in der Folge der „Francovich"-Entscheidung wird hier der Weg über Loyalitätspflichten gesucht.[12]

Vom EuGH ist bislang zu dieser Frage noch keine abschließende Entscheidung ergangen. Allerdings lassen die vorliegenden Entscheidungen erkennen, dass es einer differenzierten Sichtweise bedarf. Insbesondere wird vom EuGH zwischen dem Unionsinteresse an einer Beseitigung der Folgen eines Vertragsverstoßes (unionsrechtliches Folgenbeseitigungsinteresse) und dem Interesse einer belasteten Privatperson (subjektives Folgenbeseitigungsinteresse) differenziert. Thematisiert wurde die Problematik der Folgenbeseitigung schon früh in der Entscheidung „Humblet" im Jahr 1960. Der EuGH stellte dort zu Art. 86 EGKSV fest, dass die Mitgliedstaaten nicht nur verpflichtet seien, den vertragswidrigen Akt rückgängig zu machen. Es treffe sie die Pflicht, „auch die möglicherweise durch ihn verursachten Folgen zu beheben".[13] Im konkreten Fall lief dies auf die Aufhebung des rechtswidrigen Steuerbescheids „und die Erstattung der zu Unrecht gezahlten Steuerbeträge" hinaus. Auch in anderen Entscheidungen spricht der EuGH davon, dass sich aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die Verpflichtung der Mitgliedstaaten ergebe, „die rechtswidrigen

---

[8] Millarg, EuR 1973, 273 f.; ders., ZRP 1977, 224 ff.; Prieß, NVwZ 1993, 119 f.; *Daig*, in: von der Groeben/Boeck/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-*Vertrag, 4. Aufl.*, Art. 169 EGV Rdnr. 7 und Art. 171 Rdnr. 7; Tsikrikas *(oben Rdnr. 2),* S. 172 f.; Diez-Hochleitner, RMU 2/1994, 114 ff.

[9] Vgl.etwa GA Ruiz-Jarabo Colomer, SchlA Rs. C-299/01, Kommission/Luxemburg, Slg. 2002, I-5899, Rdnr. 23.

[10] Vgl. Audretsch, Supervision in European Community Law, 2. Aufl., Amsterdam 1986, S. 123; Gaster *(oben Fn. 2),* S. 53f.; *Krück*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-*/EG-Vertrag,* 5. Aufl., Art. 171 Rdnr. 7; P. Karpenstein, DVBl. 1977, 65 mwN; s. a. GA Mayras, SchlA Rs. 72/79, Kommission/Italien, Slg. 1980, 1431, 1440.

[11] So noch vgl. Riegel, DVBl. 1978, 470; Meier, RIW 1981, 248 f.; s. a. GA Mischo, Schlußanträge in den verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5390 ff.

[12] OLG Köln, EuZW 1991, 575 f.; *Albin,* Die Vollzugskontrolle des europäischen Umweltrechts, 1999, S. 274 f.; *Aubin,* Haftung der EWG und ihrer MS, 1982, S. 56 f.; *Detterbeck,* VerwArch 1994, 178 f.; *Diez-Hochleitner,* RMU 2/1994, 117 f.; Ehricke, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 228 EGV Rdnr. 7; *Krück (oben Fn. 10),* Art. 171 EGV Rdnr. 7; *Koenig/Pechstein/Sander,* EG-Prozessrecht, 2. .Aufl. 2002, Rdnr. 297; *Tsikrikas (oben Fn. 2),* S. 169 f.; *Karl,* RIW 1992, 442; *Ortlepp,* Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zur Sicherung der Legalität im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1987, S. 119; *Cornils,* Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch. Rechtsnatur und Legitimität eines richterrechtlichen Haftungsinstituts, 1995, S. 155 ff.; Nettesheim, DÖV 1992, 999.

[13] EuGH, Rs. 6/60, Humblet, Slg. 1960, 1167, 1185.

Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben."[14] In einer Entscheidung, in der es um die unionsrechtswidrig unterbliebene Umweltverträglichkeitsprüfung ging, wies der EuGH darauf hin, dass die innerstaatlichen Organe im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie verpflichtet seien, „die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben"[15]. Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer hat hieraus die Schlussfolgerung gezogen, dass die in Art. 260 Abs. 1 AEUV angelegten Pflichten mehr forderten, als nur „die Auswirkungen des innerstaatlichen Rechts für die Zukunft zu beseitigen, sie umfassen vielmehr auch, um dem Urteil eine Wirkung *ex tunc* zu verleihen, die Behebung der seit dem Entstehen der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht entstandenen rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes".[16]

In der Rechtsprechung des EuGH haben sich derartig weitgehende Forderungen bislang allerdings nicht niedergeschlagen. Der EuGH ist insgesamt zurückhaltend, vor allem aber differenziert er. Eine erste Weichenstellung wird dadurch vorgenommen, dass die Nichtbeseitigung der Folgen eines Verstoßes von der Kommission zum Verfahrensgegenstand des Verfahrens nach Art. 260 AEUV gemacht wird. Im Beihilferecht, in dem die Kommission diesen Weg regelmäßig geht, sah der EuGH daher auch kein Hindernis, auch eine Folgenbeseitigung anzuordnen. Der EuGH stellt hier dann regelmäßig fest, dass der Vertrag darauf abziele, „dass Verstöße und deren Folgen in Vergangenheit und Zukunft tatsächlich beseitigt werden".[17] In anderen Fällen – etwa im Fall von Verstößen gegen die Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien – verzichtet die Kommission regelmäßig darauf, auch die Folgen zum Verfahrensgegenstand zu machen. In der Konsequenz hat der EuGH bislang auch keine Entscheidungen getroffen, die hier zu einer Neudurchführung von Verfahren oder zur Beseitigung von Realzuständen verpflichteten.[18]

Zweitens geht der EuGH davon aus, dass bei der Entscheidung darüber, ob und inwieweit die Folgen eines Verstoßes beseitigt werden müssen, die allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätze rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Natur zu berücksichtigen sind.[19] Dies gilt insbesondere für den Vertrauensschutzgedanken, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den *Einwand der objektiven Unmöglichkeit*[20]. Die Beseiti-

[14] EuGH, Rs. C-206/03, SmithKline Beecham plc, Slg. 2005, I-415 Rdnr. 51; GA Tizzano, Schlußanträge in der Rs. C-245/03, MSD, Slg. 2005, I-637 Rdnr. 65.

[15] EuGH, Rs. C-201/02, Wells, Slg. 2004, I-723 Rdnr. 64.

[16] SchlA Rs. C-299/01, Kommission/Luxemburg, Slg. 2002, I-5899 Rdnr. 23.

[17] EuGH Rs. 70/72, Kommission/Deutschland, Slg. 1973, 813, 829; EuGH Rs. C-404/97, Kommission/Portugal, Slg. 2000, I-4897 Rdnr. 38, 46 mwN; s. a. OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104.

[18] Vgl. EuGH Rs. C-45/91, Kommission/Griechenland, Slg. 1992, I-2509; Albin *(oben Fn. 12)*, S. 275.

[19] Hierzu ausführlich *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU – Kommentar, 2010, Art. 6 EUV Anhang Rdnr. 1 ff.

[20] Hierzu GA *Alber*, Schlussanträge in der Rs. C-328/96, *Kommission/Österreich*, Slg. 1999, I-7479 Rdnr. 81.

gung der Folgen eines Vertragsverstoßes kann daher dann nicht angeordnet werden, wenn dies tatsächlich gar nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Ebenfalls scheidet eine derartige Anordnung dann aus, wenn Personen, die durch den Vertragsverstoß begünstigt wurden, schutzwürdig auf die Rechtmäßigkeit des mitgliedstaatlichen Handelns vertrauten.[21]

Drittens findet sich in der Rechtsprechung der Gedanke, dass die Beseitigung der Folgen eines Verstoßes gegen Unionsrecht im Rahmen der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie zu erfolgen hat.[22] Der EuGH gewährt nicht selbst Ansprüche auf Folgenbeseitigung – und legt deshalb auch nicht deren Inhalte und verfahrensmäßige Voraussetzungen fest –, sondern erkennt die prinzipielle Ausgestaltungszuständigkeit der Mitgliedstaaten selbst in Bereichen an, in denen eine Folgenbeseitigung verlangt wird. Ein Mitgliedstaat ist dabei verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung einer Pflichtverletzung zu ergreifen, ohne dem ein wie auch immer geartetes Hindernis entgegenstellen zu können.[23] Die umstandslose Berufung auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner Rechtsordnung rechtfertigen es als solche nicht, sich dem Gebot zur Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands zu entziehen. Insofern formuliert der EuGH Anforderungen an die Effektivität des Verfahrens. Zudem ist eine Schlechterstellung von Sachverhalten mit unionalem Bezug gegenüber rein innerstaatlichen Sachverhalten unzulässig. Insbesondere mit Blick auf bestandskräftig gewordene Verwaltungsakte hat der EuGH dabei in den letzten Jahren eine ausdifferenzierte Rechtsprechung entwickelt.

## III. Art. 260 Abs. 1 AEUV und Vergaberecht

Es ist vorstehend betont worden, dass bei der Anwendung von Art. 260 AEUV auf die verschiedenen Regelungsfelder des Unionsrechts bereichsspezifisch differenziert werden muss.[24]

### *1. Beseitigung unionsrechtswidriger Zustände*

#### *a) Vertragliche Lagen*

##### *aa) Dienstleistungen*

Für den Bereich des Richtlinien-Vergaberechts hat der EuGH inzwischen festgestellt, dass als „Maßnahme", die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs „ergibt", auch die

[21] Vgl. EuGH Rs. C-5/89, *Kommission/Deutschland,* Slg. 1990 I-3437 Rdnr. 13–19; *Albin (oben Fn. 12),* S. 278 f.

[22] EuGH, Rs. C-201/02, *Wells,* Slg. 2004, I-723 Rdnr. 64; EuGH, Rs. C-453/00, *Kühne & Heitz,* Slg. 2004, I-837 Rdnr. 24.

[23] GA Trstenjak, Schlussanträge in der Rs. C-503/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2007, I-6153, Nrn. 73 ff.

[24] Der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens steht der Umstand nicht im Weg, dass der potentiell vergabewidrige Vertrag bereits seit längerem wirksam ist (EuGH, Urt. vom 21. Januar 2010, Rs. C-17/09, Kommission/Deutschland (Müllverwertungsanlage Bonn), noch nicht in der amtl. Sammlung, Rdnr. 19 ff.; EuGH, Rs. C-125/03, Kommission/Deutschland, DVBl 2004, 1472; vgl. auch schon Bitterich, EWS 2005, 162). Insbesondere steht Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665/EWG nicht der Einleitung eines derartigen Verfahrens entgegen.

Beendigung eines unionsrechtswidrig geschlossenen öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen ist.[25] In seiner Entscheidung vom 18. Juli 2007 stellt der EuGH heraus, dass der vergaberechtliche Verstoß, der durch die unionsrechtswidrige Auftragsvergabe bewirkt wurde, bis zur Beendigung des Vergabevertrags fortwirkt.[26] Dem liegt die Sichtweise zugrunde, dass das Vergaberecht nicht lediglich einen Ausschreibungswettbewerb zwischen als gleich zu behandelnden Interessenten organisieren will. Ziel des Vergaberechts ist es vielmehr, Marktverhältnisse herzustellen und zu gewährleisten, in denen die Marktposition eines Wettbewerbers nicht auf einen Vertragsverstoß rückführbar ist. Dieser auf die Verwirklichung fairer Marktgegebenheiten abzielende Regelungsanspruch des unionalen Vergaberechts erstreckt sich damit auch auf die Marktstellung nach Zuteilung des Auftrags. Der EuGH stellt in diesem Zusammenhang fest: „Die durch die Missachtung der Richtlinie 92/50 erfolgte Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs dauert nämlich während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen diese Richtlinie geschlossenen Verträge fort. Außerdem hätte die Vertragsverletzung zum genannten Zeitpunkt angesichts der vorgesehenen langen Dauer des fraglichen Vertrags noch jahrzehntelang fortwähren können."[27] Es geht also nicht nur um faire Wettbewerbs*bedingungen*, sondern auch um die Fairness der Markt*gegebenheiten*.

Fließen aus einem vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrag fortdauernd Leistungen, so haftet diesen damit ein Makel an. Die Wirkung, die von der Verletzung von Richtlinien ausgeht, erschöpft sich nicht mit dem Vertragsschluss, sondern dauert solange an, bis der Vertrag erfüllt ist oder beendet wird. Damit steht inzwischen fest, dass sich Art. 260 Abs. 1 AEUV eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Beendigung vergaberechtswidrig geschlossener Dienstleistungsverträge entnehmen lässt. Eine derartige Pflicht wird erst durch die stattgebende Entscheidung des EuGH, nicht aber bereits durch die Stellungnahme der Kommission nach Art. 258 AEUV ausgelöst. Im europarechtlichen Schrifttum ist dies allgemein akzeptiert. Inzwischen findet sich die Erwägung, die Änderung der Rechtsmittelrichtlinie durch RL 2007/66/EG (und, in der Konsequenz, § 101b GWB) hätten dieser Rechtsprechung den Boden entzogen.[28] Die dort bewirkte Effektivierung des Nachprüfungsverfahrens und die erstmals in Art. 2d der Rechtsmittelrichtlinie (n. F.) vorgesehene Unwirksamkeitsfolge will nicht die durch Art. 260 Abs. 1 AEUV für ein anderes Verfahren begründete Rechtsfolge korrigieren. Die Richtlinie will erkenntlich nicht in das Aufsichtsrechtsverhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten eingreifen.

---

[25] EuGH, Rechtssache C-503/04, Kommission/Deutschland (Abfallentsorgung Braunschweig II), Slg. 2007, I-6153. Ähnlich schon Bitterich, EWS 2005, 162 (165); Horn, VergabeR 2006, 667 (670); anders Heuvels, NZBau 2005, 32 (33 f.). Vgl. auch Storr, SächsVBl. 2008, 60 (62).

[26] Vgl. auch schon EuGH, Rs. C-126/03, Kommission/Deutschland (Donau-Wald), Slg. 2004, I- 11197; EuGH, Rs. C-414/03, Müllentsorgung Friesland, Vergaberecht 2005, 616.

[27] EuGH, Rs. C-503/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2007, I-6153 Rdnr. 29.

[28] Hofmann, Zivilrechtsfolgen von Vergabefehlern, 2009, S. 145 ff. (insb. S. 147 f. – mit einer Reihe von „Ausnahmen").

Auf der anderen Seite stellt der EuGH in einer Entscheidung vom 13. April 2010 zum Bereich der Dienstleistungskonzessionen fest, dass das – insoweit anwendbare – Recht der europäischen Grundfreiheiten (primärrechtliches Vergaberecht[29]) „nicht in allen Fällen, in denen behauptet wird, dass diese Pflicht bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen verletzt worden sei, die nationalen Behörden zur Kündigung eines Vertrags und die nationalen Gerichte zu einer Unterlassungsanordnung verpflichten. Es ist Sache des innerstaatlichen Rechts, die Rechtsschutzmöglichkeiten, die den Schutz der dem Bürger aus dieser Pflicht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, so zu regeln, dass sie nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten und die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren."[30] Damit eröffnet der Gerichtshof den Mitgliedstaaten hier weitergehende Möglichkeiten als im sekundärrechtlich geregelten Bereich.[31]

*ab) Bauleistungen*

Bislang sind keine Entscheidungen ergangen, die Aussagen über das unionsrechtliche Fehlerfolgenregime im Bereich von Bauaufträgen[32] enthielten. In einem Verfahren, in dem es um rechtswidrig erteilte Baukonzessionen ging, stellte die Generalanwältin Trstenjak fest, dass es ein Anliegen des Unionsrechts sei, vergaberechtswidrige Zustände zu beseitigen.[33] Eine Sachentscheidung des EuGH erging in diesem Verfahren, dass den Bau von Hochgeschwindigkeitsbahnstrecken in Italien zum Gegenstand hatte, nicht. Beantwortet wird die Frage vom sekundärrechtlichen Vergaberecht nicht ausdrücklich: In den entsprechenden Richtlinien finden sich keine spezifischen Aussagen. Es sind allerdings keine Gründe ersichtlich, warum die vom EuGH für den Bereich der Dienstleistungsaufträge entwickelten Grundsätze nicht auch im Baubereich zur Geltung kommen sollen.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, zwischen dem sekundärrechtlich geregelten Bereich und dem sonstigen Vergaberecht „light" zu unterscheiden. Für den Bereich des richtlinienrechtlich geregelten Vergaberechts gilt: Die Beseitigungspflicht, die einem klagestattgebenden Urteil nach Art. 260 AEUV entspringt, muss sich auf alle Rechtsbeziehungen erstrecken, die durch eine unionsrechtswidrige Vergabeentscheidung

[29] Hierzu etwa Nettesheim, EWS 2007, 145; Ruhland, Die Dienstleistungskonzession, 2006.

[30] EuGH, Urt. vom 13. April 2010, Rs. C-91/08, Wall/Stadt Frankfurt, noch nicht in der amtl. Sammlung, Rdnr. 65.

[31] Anders wohl Frenz, VergabeR 2007, 1 (16); Lotze, VergabeR 2005, 278 (279); Pache/Streit, VR 2007, 320 (322); Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 71.

[32] EuGH (oben Fn. 1), Messe Köln, Rdnr. 55: Es sei zu betonen, dass „die Definition des Begriffs „öffentlicher Bauauftrag" in Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 sämtliche Vorhaben einschließt, in denen ein entgeltlicher Vertrag – unabhängig von seiner offiziellen Bezeichnung – zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer geschlossen wird, der die Errichtung eines Bauwerks im Sinne von Art. 1 Buchst. c dieser Richtlinie durch den Unternehmer zum Gegenstand hat. Das ausschlaggebende Kriterium ist insoweit, dass dieses Bauwerk gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen errichtet wird, gleichgültig, welche Mittel hierfür eingesetzt werden."

[33] GA Trstenjak, Schlußanträge vom 11.9.2008 in der Rs. C-351/07, *CEPAV DUE and Others,* nicht in der amtl. Sammlung.

begründet werden und noch bestehen. Die Pflicht zur Beendigung des Vertrags hängt nicht davon ab, wie gewichtig der Verstoß gegen das Vergaberecht ausfällt.[34] In einem Fall, in dem vergaberechtswidrig die Erstellung eines Bauwerks auf dem Grundstück des Auftraggebers (Ausschreibung für das Eigentum des Auftraggebers) vereinbart ist, bedeutet dies, dass bis zur Abnahme des Bauwerks eine Vertragsbeendigung gesucht werden muss. Das Unionsrecht nimmt es nicht hin, dass der Auftraggeber der Realisierung des Vorhabens trotz seiner Vergaberechtswidrigkeit einfach zuschaut. Die bereits erbrachten Bauleistungen können vergütet werden; auf die noch nicht erbrachten Leistungen findet dann das Vergaberecht Anwendung. Nach Abnahme des Werks ist der Vertrag allerdings erfüllt; eine Folgenbeseitigung verlangt das Unionsrecht nach den oben getroffenen Feststellungen nicht.

Entsprechende Aussagen lassen sich auch für einen rechtswidrig direkt vergebenen Bauauftrag treffen, dessen Vergütung in der Anmietung des zu errichtenden Gebäudes besteht. Über die Laufzeit des Mietvertrags bestehen Marktgegebenheiten, die mit den Wertungen des europäischen Vergaberechts nicht in Einklang stehen. Er ist mit der Fertigstellung nicht bereits „erfüllt"; der Rechtsverstoß wirkt fort. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Pflicht besteht, die Wirkungen des Vertragsverstoßes durch Beendigung des Vertrags zu beseitigen. Keiner der Einwände, die gegen diese Feststellung formuliert werden können, ist im Ergebnis durchschlagend. Unüberwindbare Hindernisse des nationalen Rechts stehen dieser Folgerung nicht entgegen; es gibt, wie noch zu zeigen sein wird, Möglichkeiten der rechtlichen Bewältigung der unionsrechtlichen Beendigungspflicht. Kein durchschlagendes Gewicht hat auch der Hinweis auf die Schwierigkeiten, die sich im Falle einer Vertragsbeendigung rechtlich und tatsächlich ergeben. Und auch der Hinweis darauf, dass in Fällen wie „Messe Köln" kein echter Neubeginn möglich ist, wiegt mit Blick auf das unionsrechtliche Interesse an einer Beseitigung der Wirkungen eines Rechtsverstoßes gering.

Es ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass den unionalen Vorgaben bereits dann entsprochen wird, wenn die Beendigung fortbestehender vergaberechtswidriger Vertragslagen ex nunc vorgenommen wird.[35] Als Argument lässt sich insbesondere Art. 2d Abs. 2 der Richtlinie 89/655/EWG in der durch RL 2007/66/EG geänderten Fassung anführen.[36] Dort wird dem nationalen Recht ausdrücklich die Wahlmöglichkeit eingeräumt, ob die Unwirksamkeit, die im Falle der Direktvergabe in der Folge der Entscheidung der Nachprüfungsstelle einzutreten hat, ex tunc oder ex nunc eintreten soll. Die Richtlinie lässt es zu, die Wirkung der Aufhebung auf jene

[34] In diese Richtung allerdings GA *Alber*, Schlussanträge in der Rs. C-328/96, Kommission/Österreich, Slg. 1999, I-7479 Rdnr. 76.

[35] Anders wohl *Hintersteiniger* ÖJZ 2000, 621 (634). Zweifelnd *Bitterich*, EWS 2005, 166.

[36] Wenn der EuGH in der Rs C-305/04, *Jacob Meijer BV*, Slg. 2005, I-6251, Rn 33 f., feststellt, dass die sekundärrechtlich eröffnete Möglichkeit, über die Wirksamkeit eines Vertragsverhältnisses zu entscheiden, nicht die primärrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 228 EG (bzw. 260 AEUV) einschränkt, steht dies dem hier geführten Argument nicht entgegen.

Verpflichtungen zu begrenzen, die noch zu erfüllen sind. In der Entscheidung „St. Pölten"[37] sah der EuGH einen Vertragsverstoß darin angelegt, dass die angegriffenen Verträge noch nicht erfüllt oder in zumutbarer Weise rückabwickelbar waren. [38] Die Kommission hatte allerdings im Vorverfahren lediglich gefordert, dass die bereits getroffenen Vergabeentscheidungen „auszusetzen bzw. ihre Abwicklung zu unterbinden" war.[39] Konkrete Konsequenzen hat der EuGH aus der von ihm verwendeten Formulierung aber weder in diesem Verfahren noch in späteren Entscheidungen[40] gezogen. Vielmehr hat er etwa in der Entscheidung vom 9. September 2004 zu Abfallentsorgungsverträgen[41] allein auf die Fortwirkung der Verträge – und nicht auf die Frage der Rückabwickelbarkeit – abgestellt. Aus materiellrechtlicher Sicht gibt es daher keinen Ansatzpunkt, der es der Kommission ermöglichen würde, in einem Vertragsverletzungsverfahren eine Pflicht zur Rückabwicklung zum Verfahrensgegenstand zu machen.

Für Bauaufträge, die nicht vom Sekundärrecht erfasst werden, gilt demgegenüber ein weitgehender Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten. Sie müssen lediglich das Effektivitätsgebot und das Diskriminierungsverbot beachten.

*ac) Verhältnismäßigkeit*

Nach den oben getroffenen Feststellungen greift die Beendigungspflicht nach Art. 260 Abs. 1 AEUV nur, soweit dies verhältnismäßig ist. In Fällen, in denen der vergebene Auftrag die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen zum Gegenstand hat, ergibt sich schon aus der Verantwortlichkeit der EU nach Art. 14 AEUV, dass die für die Erbringung notwendige vertragliche Grundlage nicht unvermittelt beseitigt werden muss.[42] Es steht den Mitgliedstaaten in diesen Fällen von Unionsrecht wegen frei, Vorkehrungen zu treffen, mit denen sicher gestellt wird, dass es nicht zu einer Leistungsunterbrechung kommt. Gleiches wird man mit Blick auf Bauaufträge annehmen müssen, deren Erfüllung für den Schutz grundlegender Interessen der staatlichen Gemeinschaft unabdingbar ist. Zu denken ist etwa an die Errichtung von Schutzanlagen gegen Hochwasser oder den Bau einer Feuerwache.

---

[37] EuGH, Rs. C-328/96, *Kommission/Österreich*, Slg. 1999, I-7479. Zu dieser Entscheidung etwa *Kleiser*, ÖJZ 2001, 94 (96); *Griller*, ecolex 2000, 4; vgl. *Kalbe*, EWS 2003, 566 (567).

[38] EuGH, Rs. C-328/96, *Kommission/Österreich*, Slg. 1999, I-7479 Rdnr. 79. Unklar GA Alber, Schlussanträge in der Rs. C-328/96, *Kommission/Österreich*, Slg. 1999, I-7479 Rdnr. 76.

[39] Bericht in GA Alber, Schlussanträge in der Rs. C-328/96, *Kommission/Österreich*, Slg. 1999, I-7479 Rdnr. 6.

[40] Vgl. etwa EuGH, Rs. C-362/90, *Kommission/Italien*, Slg. 1992, I-2353 Rdnr. 11.

[41] EuGH, Rs. C-125/93, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1993 I-4075.

[42] Hierzu *Jaeger*, ZVB 2007, 271 (276).

*b) Keine Pflicht zur Beseitigung von Realzuständen oder sonstigen Rechtsgeschäften*

Nach den oben getroffenen Feststellungen besteht zwar die Notwendigkeit, nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit einer Vergabeentscheidung deren fortwirkende Rechtswirkung zu beseitigen. Eine Pflicht zur Beseitigung von Realfolgen besteht demgegenüber nicht, wenn dies nicht im Vertragsverletzungsverfahren zum Verfahrensgegenstand gemacht wurde. Hierzu ist es im Bereich von Bauaufträgen – auch im Verfahren Messe Köln – nicht gekommen. Eine Pflicht zur Beseitigung von Bauwerken, die in der Folge eines vergaberechtswidrigen Bauauftrags erstellt wurden, ergibt sich aus dem Unionsrecht daher nicht. Dies wäre regelmäßig auch unverhältnismäßig. Die in Art. 260 Abs. 1 AEUV vorgesehene Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands erstreckt sich nicht hierauf. Ebenso wenig erstrecken sich die Rechtsfolgen, die Art. 260 Abs. 1 AEUV im Blick hat, auf sonstige Rechtsgeschäfte, die vor oder im Zusammenhang mit der vergaberechtswidrigen Auftragserteilung geschlossen wurden. Grundstückskaufverträge, die der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer abgeschlossen hat, sind daher selbst dann nicht rückgängig zu machen, wenn sie in Zusammenhang mit der Auftragsvergabe stehen.

*2. Weiterreichende Gebote?*

Die vorstehenden Überlegungen machten deutlich, dass in der Folge eines stattgebenden Urteils eine Beseitigung von Vertragslagen geboten sein kann, in denen ein vergaberechtlicher Rechtsverstoß „fortlebt". Dies wirft die Folgefrage auf, ob sich dem Unionsrecht Vorgaben darüber entnehmen lassen, wie nach einer Beendigung des vergaberechtswidrigen Vertrags zu verfahren ist. Es liegt auf der Hand und bedarf keiner Begründung, dass sich im Falle der Neuerteilung von Dienstleistungsaufträgen oder –konzessionen die jeweils einschlägigen Regelungen des primär- bzw. sekundärrechtlichen Vergaberechts zu beachten sind. Die Vertragsbeendigung mündet damit in eine Situation, in der regelmäßig eine Neuausschreibung erforderlich und so eine Wiederherstellung des Wettbewerbs möglich ist. Gleiches gilt auch in einer Situation, in der ein Bauauftrag vor oder während der Erstellung eines Gebäudes beendet wird.

In einer Konstellation, wie sie im Fall „Messe Köln" vorlag, ergeben sich demgegenüber Besonderheiten.[43] In der Folge der Auflösung des Mietvertrags ergibt sich hier keine Pflicht und Möglichkeit zur Neuausschreibung. Der Neuabschluss eines Mietvertrags mit dem Eigentümer der erstellten Gebäude ist nicht vergabepflichtig.[44] Auch der Erwerb des Eigentums an den fertig gestellten Gebäuden würde nicht vom Vergaberecht erfasst. Dies führt zu der scheinbar paradoxen Situation, dass nach Beendigung des vergaberechtswidrigen Vertrags der Neuabschluss eines Mietvertrags mög-

[43] *Dicks*, ZfBR 2010, 235 (236).

[44] Art. 16 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt Nr. L 134 vom 30/04/2004, S. 114

lich ist. Widerspricht dies nicht den Wertungen des Vergaberechts, wie sie im Falle eines stattgebenden Urteils nach Art. 260 AEUV zu beachten sind? Man wird diese Frage verneinen müssen. Das Vertragsverletzungsverfahren zielt auf eine Wiederherstellung eines marktkonformen Zustandes.[45] Es begründet aber keine weiterreichende Sperre, die den Auftraggeber davon abhalten könnte, mit einem Auftragnehmer wieder in geschäftlichen Kontakt zu treten. Die Rechtsfolgen, die Art. 260 AEUV begründet, zielen nicht auf eine Sanktionierung ab. Das Ziel, die „praktische Effektivität"[46] des europäischen Vergaberechts zu sichern, rechtfertigt nicht eine beliebige Ausdehnung seiner Reichweite.[47] Das bedeutet im Ergebnis, dass in Fällen wie „Messe Köln" die erneute Anmietung der einmal erstellten Gebäude möglich ist. Dabei sind die Vorgaben des Beihilferechts zu beachten. Dieses Ergebnis wird teilweise als unbefriedigend angesehen:[48] Die von der Stadt begehrte Leistung (Bereitstellung von Messehallen) könne nur von einem Bieter bezogen werden, der in der Lage sei, die Konditionen einseitig zu bestimmen. Die Möglichkeit, den Neubau von (weiteren) Messehallen auszuschreiben und so für Konkurrenz zu sorgen, dürfte allerdings übermässigen Begehrlichkeiten des Eigentümers entgegenwirken.

## IV. Konsequenzen für das deutsche Recht

Abschließend ist aufzuzeigen, wie sich diese rechtlichen Vorgaben im deutschen Recht bewältigen lassen. Dem deutschen Vergaberecht ist der Grundsatz der Auftragsstabilität eingeschrieben. Einmal erteilte Zuschläge sind nicht mehr aufhebbar (§ 114 Abs. 2 S. 1 GWB). Allerdings ist im Nachprüfungsverfahren die Wirksamkeit der Zuschlagserteilung zu überprüfen. In Fällen, in denen das Gesetz die Nichtigkeit des Vertrags vorsieht, ist kein wirksamer Auftrag erteilt worden. Ich gehe davon aus, dass die diesbezügliche Diskussion hier bekannt ist.

### *1. Nichtigkeit*

Es ist davon auszugehen, dass der Verstoß gegen unionales Vergaberecht nicht zu einem Verstoß gegen § 134 BGB führt. Hierüber wird zwar seit längerem diskutiert. Im Bereich des Behilferechts wird der Verstoß gegen die Notifizierungspflicht nach Art. 88 EGV unter diese Vorschrift gefasst: Die Bestimmung des Art. 88 Abs. 3 EGV sei ein Verbotsgesetz, das die zivilrechtliche Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags begründe. Das Vergaberecht sieht allerdings ein Nachprüfungsverfahren vor, das so im

[45] Dies spricht dagegen, den Vertragsparteien eine bloße Anpassung des Vertrags nach § 313 Abs. 1 BGB zu ermöglichen. Das Unionsrecht verlangt, dass von der Vertragskündigung als ultima ratio (*Roth*, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. (2007), § 313 Rn 102) Gebrauch gemacht wird. Es ist allerdings einzuräumen, dass der zu wählende Weg bei einer Gesamtbetrachtung formalistisch ist.

[46] Ausführlich *Nettesheim*, in: GS Grabitz, 1995, 447.

[47] Vgl. etwa EuGH, Urt. vom 15.7.2010, Rs. C-582/08, *Kommission/UK*, noch nicht in der amtlichen Sammlung. Teilweise allerdings finden sich auch enorme Ausweitungen der Richtlinienauslegung, wie etwa im Recht des Betriebsübergangs.

[48] *Dicks*, ZfBR 2010, 235 (236); *Boesen*, NZBau 2009, 796.

Bereich des Beihilferechts nicht besteht. Den Bestimmungen der § 114 Abs. 2 und § 115 Abs. 1 GWB lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber eine Nichtigkeitsfolge gerade nicht ohne weiteres vorsehen will. Auch § 13 VgV musste dahingehend gedeutet werden, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit gerade nicht in allen Fällen vorgesehen sein sollte. Die gesetzesunmittelbar angeordnete Nichtigkeit öffentlicher Aufträge bei Vergaberechtsverstößen ist dem Vergaberecht damit wesensfremd; im Grundsatz ist vielmehr davon auszugehen, dass eine Überprüfung zunächst wirksamer Geschäfte erfolgen soll.

Denkbar ist allenfalls, dass die Nichtigkeit eines Vertrages durch § 138 BGB begründet wird. Dies ist allerdings regelmäßig nur dann der Fall, wenn Bieter und öffentliche Hand kollusiv zur Umgehung des Vergaberechts zusammenwirken. In einem Fall, in dem kollusives Vorgehen bei der Verletzung des Unionsrechts zu beobachten ist, erstreckt sich die Nichtigkeit auf das Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft. Bei einem nur einseitigen Verstoß liegt grundsätzlich keine Sittenwidrigkeit vor.[49]

Hinzuweisen ist schließlich, dass § 13 S. 6 VgV bekanntlich als Vorschrift gedeutet wurde, die – über ihren Wortlaut hinaus – die Nichtigkeit vergabewidriger Verträge angeordnet hatte.[50] Dies hat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hervorgerufen.[51] Allerdings wurde diese Rechtsfolge nur dann als sachrichtig angesehen, wenn zumindest formlose Verhandlungen mit mehr als einem Bieter stattgefunden hatten.[52] In Fällen, in denen eine Direktvergabe ohne ein auch nur informelles Verfahren stattfand, kam er somit nicht zur Anwendung.[53] § 101b GWB geht nunmehr einen anderen Weg.[54]

*2. Schwebende Wirksamkeit eines Vertrags*

Nach § 101b GWB gilt seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (24.04.2009) eine neue Regelung. Danach sind Verträge, die unter Verstoß gegen die Informationspflicht des § 101a GWB oder unter direkter Auftragsvergabe abgeschlossen wurden, „von Anfang an unwirksam". Allerdings tritt diese Rechtsfolge nicht von Gesetzes wegen ein, sondern nur in der Folge einer Feststellung im Nachprüfungsverfahren. Das Gesetz sieht diesbezüglich enge zeitliche Grenzen vor. Regelmäßig werden diese Fristen in einem Fall, in dem der Verstoß gegen das Vergaberecht im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens festgestellt werden, bereits überschritten

[49] *Jasper/Poot*, ZfBR 2004, 543 (546 f.); *Jennert*, NZBau 2007, 555 (557); *v. Gehlen*, NZBau 2005, 503 (505); *Kaiser*, NZBau 2005, 311 (311 f.); *Bambring/Vogt*, NJW 2008, 1855 (1858); *Bitterich*, NJW 2006, 1845 (1847).

[50] *Boesen*, NZBau 2009, 792 (796).

[51] *Jasper/Poot*, ZfBR 2004, 543 (544).

[52] *Jasper/Poot*, ZfBR 2004, 543 (544 f.); *BGH*, NZBau 2005, 290; *Kaiser*, NZBau 2005, 311 (312). *Bambring/Vogt*, NJW 2008, 1855 (1857); *Bitterich*, NJW 2006, 1845 (1846 f.); *Raabe,* NJW 2004, 1284 (1287).

[53] *OLG Duesseldorf*, NJW 2004, 1331.

[54] Hierzu *König*, in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2009, Art. 101b Rdnr. 1 ff.

sein. In Fällen, in denen die Frist nach § 101b Abs. 2 GWB abgelaufen ist und die Unwirksamkeit nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde, ist der Vertrag als von Anfang an wirksam anzusehen.

*3. Beendigung ex nunc*

Regelmäßig wird die Umsetzung der Folgen, die sich aus einer klagestattgebenden Entscheidung des EuGH ergeben, daher im Wege der Vertragsbeendigung ex nunc erfolgen müssen. Als einschlägig werden – neben der einverständlichen Vertragsauflösung[55] – vor allem § 313 und § 314 BGB angesehen. In der amtlichen Begründung zu § 101b GWB bemerkt der Gesetzgeber: „Für den Fall, dass die europäische Rechtsentwicklung dazu veranlasst, in bestehende Vertragsverhältnisse einzugreifen, besteht in Deutschland die Möglichkeit, § 313 BGB auf den geschlossenen Vertrag anzuwenden."[56] Von Seiten des Bundesrates war gefordert worden, in das Gesetz ein Sonderkündigungsrecht für den Fall aufzunehmen, dass der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren eine Rechtsverletzung feststellt; [57] die Bundesregierung hat dem aber widersprochen.[58] Dies schließt es aber nicht aus, auf die allgemeinen Bestimmungen des BGB zu rekurrieren.

Einschlägig wäre konkret das Kündigungsrecht des § 313 Abs. 3 BGB.[59] Teilweise wird auch für eine Anwendung von § 314 I BGB plädiert. [60] Die Frage, ob § 313 oder § 314 BGB zur Anwendung kommt, beruht auf deren seit der Schuldrechtsreform (auch außerhalb der vergaberechtlichen Thematik) umstrittenen Verhältnis.[61] In einer Konstellation, wie sie dem Fall „Messe Köln" zugrunde lag, liegt aus der Perspektive des deutschen Rechts ein gemischt-typischer Vertrag mit miet- und werkvertraglichen Elementen vor. Angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben kann hier nach Fertigstellung des Bauwerks nicht mehr als eine Kündigung der mietvertraglichen Verpflichtungen verlangt werden. Von dieser Möglichkeit ist unverzüglich Gebrauch zu machen.[62] Schutzwürdiges Vertrauen lässt sich diesem Schritt nicht entgegenhalten.[63] Allerdings gibt es – entgegen einer gelegentlich geäußerten Auffassung – kein subjektives Recht von ausgeschlossenen Bietern oder Interessenten, mit dem sie die Aus-

[55] *Stelkens*, NZBau 2003, 654 (655).

[56] BT-Drs. 16/10117, S. 22.

[57] Stellungnahme des Bundesrats vom 4.7.2008, BR-Drs. 349/08, S. 11.

[58] Gegenäußerung der Bundesregierung vom 31.7.2008, Kabinettssache Datenblatt Nr. 16/09 099, S. 5.

[59] *Jennert*, NZBau 2007, 555 (557); *Prieß/Gabriel*, NZBau 2006, 219 (221); *Byok* NVwZ 2008, 842 (846). *LG München*, Urt. v. 20.12.2005, Az: 33 O 16465/05.

[60] *Boesen*, NZBau 2009, 792 (796 f.), sowie ausführlich *Bitterich*, NJW 2006, 1845 (1849).

[61] Vgl. zu diesem Streit *Bitterich*, NJW 2006, 1845 (1848).

[62] *Frenz*, VergabeR 2007, 1 (15).

[63] Hierzu *Heuvels*, NZBau 2005, 32 (33); *Lotze*, VergabeR 2005, 278 (279).

übung des Gestaltungsrechts einfordern könnten. Es bleiben insofern nur Möglichkeiten der Rechtsaufsicht. In Bereichen, in denen die Sektorenrichtlinie zur Anwendung kommt, kommt dieses Instrument nicht zum Tragen; hier bestehen bei der Aufarbeitung der Folgen einer EuGH-Entscheidung nach Art. 258 AEUV Lücken.

Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts führt zum Erlöschung der Ansprüche auf Besitzüberlassung und Mietzahlung. Eine Rückabwicklung ist ebenso wenig vorgesehen wie ein Ausgleich der bereits erbrachten Leistungen oder gezogenen Nutzungen. Im Falle der Kündigung entsteht kein Rückabwicklungsschuldverhältnis gemäß §§ 346 f. BGB. Das gekündigte Vertragsverhältnis bildet für die bereits erbrachten Leistungen den Rechtsgrund nach § 812 Abs. 1 BGB. Auch wenn geschuldete Vorleistungen grundsätzlich entsprechend § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zu erstatten sind, gilt dies nicht für die Baukosten – diese sind keine Leistungen, die der anderen Seite erbracht werden.

Die unionsrechtlich gebotene Wiederherstellung einer rechtmäßigen Rechtslage verlangt dabei nicht, dass die bereits erbrachten Leistungen wieder rückgängig gemacht werden. Es reicht vielmehr aus, wenn auf einen weiteren Austausch von Leistungen verzichtet wird. Die Rückabwicklung in Fällen, in denen es zu einseitigen Vorleistungen gekommen ist, obliegt dem nationalen Recht.

# Verhältnis von Vertragsverletzungsverfahren und nationalen Möglichkeiten der Vertragsbeendigung und -rückabwicklung

## Zusammenfassung der Aussprache

In der Aussprache wurde zunächst darauf hingewiesen, dass die EU-Kommission den Druck auf die Mitgliedstaaten erheblich erhöht habe, die Folgen eines Vertragsverletzungsverfahrens zügig zu beseitigen. Nunmehr warte sie nach einem Feststellungsurteil des EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren ca. sechs Monate, bevor ein neues Klageverfahren wegen der Nichtabhilfe drohe.

Sodann wurde die Wirkung des deutschen Rechts auf das Vertragsverletzungsverfahren diskutiert. Zur Frage der Wirkungen des § 101b GWB – nach dem ein Vertrag von Anfang an wirksam ist, wenn die Frist nach § 101b Abs. 2 GWB abgelaufen ist und die Unwirksamkeit nicht im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde – auf ein Vertragsverletzungsverfahren wurde konstatiert, dass jedenfalls insofern keine Zwangsläufigkeit bestehe. Allerdings sei die EU-Kommission durchaus bereit, die nationale Wirkung i. S. d. § 101b GWB in eine Ermessensprüfung im Hinblick auf die Eröffnung eines Vertragsverletzungsverfahrens einzubeziehen. In der Praxis habe dies bereits dazu geführt, dass aufgrund der Wirksamkeit eines Vertrages nach § 101b GWB ein Vertragsverletzungsverfahren eingestellt worden sei. Jedoch handle es sich dabei um eine Einzelfallbetrachtung, in deren Rahmen die Kommission prüfe, ob es weitergehende Wirkungen gebe, die sie veranlassen könnte, trotz Herstellen des Rechtsfriedens im nationalen Bereich ein Vertragsverletzungsverfahren aufzugreifen.

Für die Bundesländer besonders interessant war die Erörterung der Regressmöglichkeiten mit Blick auf die Kommunen. Momentan existiere (bis auf Niedersachsen) keine verfassungsrechtliche oder einfachgesetzliche Handhabung, die Ergebnisse eines Vertragsverletzungsverfahrens an eine Kommune (weiter) zu belasten. In Deutschland habe zwar der Bund den Durchgriff auf die Länder, allerdings könnten diese ihrerseits bei den Kommunen Regress nehmen. Dazu wurde ausgeführt, dass zwar – obwohl sich die Beseitigungspflicht aus Art. 260 Abs. 1 AEUV an die Bundesrepublik Deutschland als Rechtssubjekt richte – aus Artikel 23 Abs. 1 GG eine transformierte Pflicht angenommen werden könne, dass jeder Hoheitsträger, von dem die Vertragsverletzung ausgehe und der befähigt sei, sie zu beseitigen, auch entsprechend handeln müsse. Dies betreffe auch die Kommunen. Für die Frage der Haftung i. S. d. Art. 260 Abs. 2 AEUV gelte jedoch etwas anderes. Diese Pflicht treffe nicht automa-

tisch und unmittelbar jeden für den Vertragsverstoß Verantwortlichen; vielmehr müsse die Haftungsverpflichtung „durchgereicht werden", ggf. durch eine Verfassungsänderung wie in Niedersachsen (vgl. § 57 Abs. 7 Nds. Verfassung).

Mit Blick auf die praktisch relevante Frage, inwieweit einmal geschlossene Verträge geändert oder rückabgewickelt werden könnten, ließen sich eventuell Parallelen zur europäischen Rechtsprechung im Bereich der Änderungen von Verträgen ziehen. Der EuGH lasse eine Tendenz erkennen, pragmatische Lösungen zu finden. Einerseits werde eine gewisse Flexibilität benötigt, andererseits dürfe das Vergaberecht nicht umgangen werden. Dem folge die EU-Kommission in Einzelfällen, wenn es um die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gehe. So wurde von einem Fall berichtet, in dem ein Bürger ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Planungsvertrag einer Kommune eingeleitet hatte. Der Planungsvertrag war zunächst ein Unterschwellenauftrag, dessen Auftragswert jedoch nach Vertragsschluss über die Schwellenwerte hinauswuchs. Hier sei nur noch eine Restleistung von ca. fünf Prozent offen, d. h. die Vertragsabwicklung so weit fortgeschritten gewesen, dass die EU-Kommission auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens verzichtet habe. Möglicherweise biete also die Erfüllung eines Vertrags, sofern dieser nicht kalendermäßig, sondern inhaltlich bestimmt sei, einen Ansatzpunkt.

In Fällen, in denen aufgrund eines Vertragsverletzungsverfahrens langfristige Dienstleistungsaufträge rückabgewickelt werden müssten, stelle sich aus Bietersicht zwangsläufig die Frage, wer den Auftragnehmer davor schütze, dass der Auftraggeber ihm einen Auftrag erteile, den er gutgläubig annehme, im Vertrauen darauf möglicherweise sogar investiere und der ihm anschließend über das Vertragsverletzungsverfahren genommen werde. Ohne einen solchen Schutz werde dem Auftragnehmer das erhebliche Risiko, dass der Auftraggeber vergaberechtlich richtig gehandelt habe, angelastet.

Dazu wurde vertreten, dass beide Vertragspartner sicherstellen müssten, dass die Vorgaben des europäischen Rechts mit Blick auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens eingehalten werden. In besonderen Fällen, wie der Sicherstellung von Daseins- oder Vorsorgeaufträgen oder auch, wenn der Verstoß für den Betreffenden nicht erkennbar sei oder die Folgen einer Abwicklung katastrophal wären, verfüge das Europarecht über Korrekturschrauben, indem die Folgen von Vergaberechtsverstößen modifiziert oder abgeschwächt werden könne.

Aus der Praxis wurde von einem Fall berichtet, in dem ein Vertrag habe beendet werden müssen, bei dem der ursprüngliche Auftragnehmer jedoch zuvor bereits Heizanlagen installiert habe. Die Lösung sah vor, dass der neue Bieter dem alten Auftragnehmer eine Abfindung habe zahlen und dieser dafür die Übernahme der Anlagen habe anbieten müssen. Somit sei der ursprüngliche Auftragnehmer geschützt gewesen.

Inwieweit ein Fall der Einstandspflicht im Rahmen der Daseinsvorsorge reichen könnte, konnte nicht konkret beantwortet werden. Dies hänge von dem jeweiligen Dienst ab und von der Frage, inwieweit es Alternativanbieter gebe bzw. inwieweit man aufgrund der technischen Gegebenheiten eine Abwicklung und einen Neuaufbau an anderer Stelle ermöglichen könne. Gebe es keine Alternativen, müsse ggf. ein Neuabschluss mit dem bisherigen Anbieter in Betracht gezogen werden.

Kontrovers diskutiert wurde weiterhin der von einigen Teilnehmern als „Riss im System" und nicht hinnehmbar bezeichnete Umstand, dass Vergabefahren, die durch nationale Nachprüfungsinstanzen als rechtmäßig bewertet worden seien, dennoch über ein Vertragsverletzungsverfahren vom EuGH als vergabewidrig angesehen werden könnten. Hier zeige sich die Inkompatibilität des europäischen mit dem deutschen Rechtssystem. Denn das Nachprüfungsverfahren solle mit der Rechts- oder Bestandskraft der Beschlüsse der Nachprüfungsinstanzen enden und nicht durch eine Art Popularklage des EU-Rechts ausgehebelt werden können.

Nicht befriedigend dürfte daher die Antwort sein, dass sich die beschriebene Spannungslage nicht beseitigen lasse. Die EU-Kommission versuche jedoch bereits, die Auswirkungen abzuschwächen. Dazu gehörten eine Folgenabschätzung eines Vertragsverletzungsverfahrens sowie eine gewisse Zurückhaltung in Fällen letztinstanzlicher, höchstrichterlicher Entscheidungen. Es existiere keinerlei Rechtsatz, der ein nationales Gericht oder seine Entscheidung „immunisieren" könne. Andersfalls könnten sich die Mitgliedsstaaten der Disziplin des Europarechts entziehen. Dies jedoch sei für das Gemeinschaftsrecht und letztlich für das Interesse am Funktionieren von Märkten nicht hilfreich. Vorstellbar sei hingegen durchaus, die Gefahr divergierender Entscheidungen zu begrenzen, indem die Vorlagepflichten bzw. deren Durchsetzung gestärkt werden.

Erörtert wurde schließlich die Frage, ob es eine Pflicht zur Beseitigung eines Vertragsverstoßes gibt, wenn der Vertragsverstoß durch einen (privaten) Sektorenauftraggeber begangen wurde. Dies wurde verneint. In dem Fall komme man über die nur unmittelbar der öffentlichen Hand auferlegte Pflicht nicht weiter. Der Auftraggeber könne aber von den zivilrechtlichen Möglichkeiten Gebrauch machen. Er sei dazu jedoch nicht verpflichtet.

Vergaberecht

# EU-Parlamentarierin gegen neue Regelungsoffensive

EU-Richtlinien geben im Vergaberecht zunehmend die Richtung der nationalen Gesetzgebung vor. Dabei wird es zwar auch in Zukunft bleiben, aber möglicherweise kommt es auf europäischer Ebene zu einer kurzzeitigen Besinnungspause.

Von Werner Frasch

Heide Rühle, binnenmarktpolitische Sprecherin der Grünen/EFA im Europäischen Parlament, fordert eine Vereinfachung und Entbürokratisierung des Vergaberechts. FOTO: DPA

**BRÜSSEL/BADENWEILER.** Allein bei der vorerst letzten Vergaberechtsnovelle im vergangenen Jahr wurden drei teilweise mehrere Jahre alte umfangreiche EU-Richtlinien in nationales Recht umgesetzt. Dazu mussten nicht nur das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und andere Vorschriften geändert werden. Mit der Sektorenverordnung für Aufträge im Bereich des Verkehrs und der Trinkwasser- sowie der Energieversorgung wurde zudem ein spezielles Regelungswerk geschaffen. Die Folge davon war allerdings eine weitere Aufsplitterung des ohnehin nicht sehr übersichtlichen Vergaberechts.

**Experte nennt Sonderlösungen für einzelne Bereiche kontraproduktiv**

Diese Entwicklung wird in Kreisen der Vergaberechtsexperten und vor allem der Praxis zunehmend bemängelt. So hat Peter Schäfer vom Bundesverband der Deutschen Industrie bei den Speyerer Vergaberechtstagen im September die Segmentierung des Vergaberechts beklagt. Sonderlösungen für einzelne Bereiche seien kontraproduktiv, da sie die Rechtsanwendung verkomplizierten. Doch die Erkenntnis, dass es an der Zeit ist, im Wettlauf um noch detaillierter Vorschriften Innenhalten und Bilanz zu ziehen, scheint jetzt auch bei den Europaparlamentariern anzukommen.

Ein Anzeichen dafür ist die Absicht der EU-Kommission, im kommenden Frühjahr ein sogenanntes Grünbuch zu erstellen, um den praktischen Problemen auf den Grund zu gehen und Erkenntnisse der Rechtsanwender in die Lösungsvorschläge einzubeziehen. Eine „Gesamtevaluation des Vergaberechts" aus europäischer Sicht stehe an, hat auch Heide Rühle, binnenmarktpolitische Sprecherin der Grünen/EFA im Europäischen Parlament, bei den 20. Badenweiler Gesprächen Anfang Oktober angekündigt. Die Verfasserin des im Juni vom Europäischen Parlament verabschiedeten und als sachkundig gelobten Berichts über „Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen" schätzt die Situation kritisch ein. Die im Jahr 2004 angestrebte Vereinfachung und Entbürokratisierung sei „bisher nicht erreicht" worden, stellte sie nüchtern fest. Die Ursachen sieht sie zum Teil in den Richtlinien selbst, aber auch in der Art und Weise, wie sie von den nationalen Gesetzgebern umgesetzt oder durch Gerichte ausgelegt worden seien.

Eklatantes Beispiel in Deutschland ist die lange Zeit herrschende Unsich

**Grünbuch zu E-Beschaffung und Vergaberecht geplant**

Die EU plant ein Grünbuch zur Evaluation [illegible] Vergaberechts. In der vergangenen [illegible] schaffung im Wege stehen. Außerdem geht es um Risiken der unterschiedlichen [illegible] Konzepte für die grenzüber-

# Streit um Rechtsschutz unter Schwellenwerten

## Handwerker für Ausbau, Landkreistag dagegen

**BERLIN/BADENWEILER.** Es tut sich was im unterschwelligen Vergaberechtsbereich. Zumindest wenn es nach dem Koalitionsvertrag von Union und FDP im Bund und den vielfach geäußerten Ankündigungen der unterschiedlichsten Protagonisten geht. Dies wurde bei den 20. Badenweiler Gesprächen deutlich, zu denen das Forum Vergabe Anfang des Monats in den badischen Kurort eingeladen hatte.

Vor allem beim effektiven Rechtsschutz tut Abhilfe Not. „Die Betriebe finden die Situation unbefriedigend", charakterisierte Elmar Esser vom Zentralverband Sanitär, Heizung, Klima die Stimmung bei seinen Mitgliedsbetrieben. „Es gibt vergaberechtliche Regelungen, aber es gibt regelmäßig Verstöße".

Mit dieser Einschätzung ist er nicht alleine. Die Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmer spricht gar von einer „nicht mehr hinnehmbaren Misere". Die Unternehmen kritisieren, dass keine effektiven Möglichkeiten bestünden, die Beseitigung von Vergabefehlern zu erzwingen. Mehrere Modelle werden diskutiert.

Ein unterschwelliger Primärrechtsschutz wird jedoch von öffentlichen Auftraggebern skeptisch beurteilt. Kay Ruge, Verwaltungsdezernent beim Deutschen Landkreistag, hat in Badenweiler neben rechtlichen Bedenken vor allem ökonomische Gründe und die Verzögerung von Investitionen ins Feld geführt.

Beim Bundesverband der Deutschen Industrie und bei der Anti-Korruptionsorganisation Transparency International besteht dagegen die Auffassung, dass in Sachen Rechtsschutz im Ober- und Unterschwellenbereich grundsätzlich dieselben Regelungen gelten sollten. Durch eine, allerdings niedrig angesetzte Bagatellgrenze könne vermieden werden, dass auch Kleinaufträge in die Verfahren einbezogen würden. (fra)

STAATSANZEIG
Wochenzeitung für Wirtschaft, Politik und Verwaltung in B
Nachrichten Bieter Vergabes

Behörden Spiegel Online

Themenschwerpunkte > **Vergaberecht in Badenweiler**

**Vergaberecht in Badenweiler**

Das Vergaberecht ist eine unendliche Geschichte. Sie überrascht immer wieder mit neuen Wendungen. Die 15. Badenweiler Gespräche des forum vergabe e.V. boten Anfang Oktober die Gelegenheit sich mit neuen Problemlagen und Entwicklungen auf diesem komplexen für die öffentliche Hand so wichtigen Rechtsgebiet auseinanderzusetzen.

Der Themenschwerpunkt "Vergaberecht in Badenweiler" auf der Homepage des Behörden Siegel liefert dazu aktuelle Informationen. Eine ausführliche Berichterstattung finden Sie in der November-Ausgabe des Behörden Spiegel.

**Meldungen zur Veranstaltung 20 Jahre Badenweiler Gespräche**

**In China auf Chinesisch**
Welche Sprache denn bei öffent... die offizielle sei, fragte etwas unbedarft ein Teilnehmer der Badenweiler Ge... als ihm Dr. Bettina Waldmann vom Bundeswirtscha...

**International Procurement**
Die Dissertation "Ethische Bes... Mosters wurde am zweiten Ab... Procurement Award (IPA) ... (

**Das Primat der Wirtschaft**
"Das Vergaberecht ist im Allt... Fruhmann (siehe "EU-Komm... Pfister in ... (11.10.2010) >>

**"KoPa II-Grenzwerte be**
Die Kommunalen Dachvert... Konjunkturpakets II eingef... Deutschen Städte- und Ge...

**"Keine Zweiteilung"**
Der Rechtsschutz unterha... heiß diskutiertes Thema. ... dafür ein: "Unserer Mein...

**"Vergaberecht ist ein**
Der Behörden Spiegel s... Verbraucher im Bundes... vollständige Text des G...

Startseite > Öffentl. Dienst > **Vergaberecht/ÖPP**

**"Auf keinen Fall Unwirtschaftlichkeit"**

"Der Sinn des Vergaberechts besteht darin, primär einen effizienten und wirtschaftlichen öffentlichen Einkauf zu organisieren. Das schont die Haushaltsmittel." Während der Badenweiler Gespräche des forum vergabe e.V. befragte der Behörden Spiegel Dr. Tobias Traupel, Leitender Ministerialrat beim nordrhein-westfälischen Wirtschaftsministerium zu aktuellen Entwicklungstrends (11.10.10).

Gleichzeitig und immer stärker, so Traupel, seien auch andere Politikziele zu berücksichtigen: Innovation, Umweltschutz und soziale Aspekte, die zum Teil zu qualitativ besseren Leistungen führten und zum Teil dem gesamtgesellschaftlichen Interesse dienten, was auch über das Vergaberecht zunehmend realisiert werde.

Tobias Traupel, Wirtschaftsministerium NRW, erwartet mit Interesse die Auswirkungen der neuen Vorstöße der EU-Kommission zum Vergaberecht.

(Foto: BS/fd)

Traupel: "Es ist interessant, dass die EU versucht, den Wettbewerbsgedanken stärker durch andere Politikziele zu begleiten. Was am Ende dabei herauskommt, müssen wir sehen. Was nicht passieren darf, ist Unwirtschaftlichkeit. Zwischen Unwirtschaftlichkeit und Innovation gibt es eine große Bandbreite. Schauen wir mal."

*Das vollständige Interview erscheint in der Novemberausgabe des Behörden Spiegel.*

**Weitere Meldungen zu den Badenweiler Gesprächen im Themenschwerpunkt "Vergaberecht Badenweiler" auf Behörden Spiegel Online**

# Sponsoren

**Das forum vergabe bedankt sich für
die Unterstützung der Badenweiler Gespräche 2010**

**bei**

avocado rechtsanwälte

Baker & McKenzie

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

bi medien GmbH

Boesen Rechtsanwälte

Bundesanzeiger Verlag

CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater

cosinex GmbH

Deutsche Bahn AG

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Gleiss Lutz

GÖRG Rechtsanwälte

Graf von Westphalen

HFK Rechtsanwälte LLP

HOCHTIEF AG

K&L Gates LLP

lindenpartners Partnerschaft von Rechtsanwälten

Linklaters LLP

Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte

FPS Rechtsanwälte & Notare

Siemens AG

Wegweiser Media & Conferences GmbH

Wolf Theiss

avocado
rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

avocado rechtsanwälte: ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel, das als Full-Service-Wirtschaftskanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen anbietet.

Die Praxisgruppe „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Kartellrecht, Europäisches Beihilfenrecht, Wirtschafts-verwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft, der Freizeit- und Tourismusindustrie, des ÖPNV, der Ausschreibung von IT-Leistungen, Rettungsdienstleistungen und Infrastrukturmaßnahmen sowie im Rahmen von PPP-Projekten. Die Vergaberechtler erhalten bei ihrer Tätigkeit häufig Unterstützung von kompetenten KollegInnen aus anderen Fachbereichen, namentlich dem Umweltrecht, dem Immobilien(wirtschafts)recht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten, Infrastrukturmaßnahmen, Immobilientransaktionen und Projektentwicklungen sowie im Anlagenbau verfügen.

Kontakt:
Markus Figgen
Dr. Bettina Ruhland
Rebecca Schäffer, MJI
Telefon: 0221 / 39 07 11 13
E-Mail: koeln@avocado-law.com

**Internet: www.avocado-law.com**

# Wir werden immer dann gefragt, wenn es besonders anspruchsvoll wird.

BAKER & McKENZIE

## Vergaberecht bei Baker & McKenzie – Anspruchsvolle Materie, hohe Spezialisierung

Unsere Mandanten erwarten von uns hervorragende Expertise, wissenschaftlich exzellente und stets praktisch unmittelbar verwertbare Empfehlungen sowie eine hohe Reaktionsgeschwindigkeit. Schwierige und ungewöhnliche Fallgestaltungen sind daher bei uns die Regel, nicht die Ausnahme. Die Arbeit in unserem dynamischen Team ist deswegen durch herausfordernde Mandate mit oftmals starkem internationalen Bezug und sehr hohen Transaktionsvolumina gekennzeichnet.

Unser Vergaberechtsteam berät umfassend zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen auf höchstem Niveau. Neben der Vertretung von Unternehmen und Auftraggebern in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren zählen dazu auch Privatisierungen sowie strukturierte Bieterverfahren und Beteiligungsveräußerungen der öffentlichen Hand, die nicht dem Vergaberecht unterfallen. Dabei sind wir stets an der Entwicklung des Vergaberechts unmittelbar durch Veröffentlichungen, Vorträge und richtungsweisende Rechtsschutzverfahren beteiligt. Mit unserer europäischen Vergaberechtsgruppe, die gegenwärtig aus 40 Anwälten aus 18 verschiedenen Büros besteht, sind wir eine der wenigen Kanzleien, die auch hochkomplexe grenzüberschreitende Transaktionen mit vergaberechtlichem Bezug aus einer Hand begleitet.

## Baker & McKenzie global und lokal

Lange bevor der Begriff „Global Player" modern wurde, hatte Baker & McKenzie die Vision einer globalen Wirtschaftskanzlei bereits verwirklicht. 1949 in Chicago von Russell Baker und John McKenzie gegründet zählt Baker & McKenzie heute mit mehr als 3.750 Anwälten an 68 Standorten zu den größten und leistungsstärksten Anwaltssozietäten der Welt.

Auch unsere deutschen Büros fühlen sich der Vision der Gründer verpflichtet, Mandanten bei ihren Projekten mit international erfahrenen Anwälten vor Ort zur Seite zu stehen. In Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 180 Anwälte mit ausgewiesener fachlicher Expertise und internationaler Erfahrung die Interessen unserer Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über die Grenzen hinaus. Als eine der führenden deutschen Anwaltkanzleien berät Baker & McKenzie nationale und internationale Unternehmen und Institutionen auf allen Gebieten des Wirtschafts- und Steuerrechts.

**Ihr Ansprechpartner:**

**Baker & McKenzie**
**Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors**

Dr. Marc Gabriel, LL.M.
Friedrichstraße 79-80
10117 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 2 03 87 720
marc.gabriel@bakermckenzie.com

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften.

BEITEN BURKHARDT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

**Vergaberecht 2011: Bleibt alles neu**

Die Botschaft der 14. Badenweiler Gespräche war eindeutig: Auf der Vergaberechtsreform 2010 kann sich niemand ausruhen. Tatsächliche, rechtliche und rechtspolitische Entwicklungen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene greifen weiterhin in schneller Abfolge und stellen die öffentlichen Auftraggeber ebenso wie die anbietende Wirtschaft tagtäglich vor neue Herausforderungen.

In der Praxisgruppe 'Öffentliches Recht/Vergaberecht' von BEITEN BURKHARDT beraten mehr als 20 Anwälte sowohl die öffentliche Hand als auch Unternehmen bei Vergabemaßnahmen, PPP-Vorhaben und Privatisierungen. Wir kombinieren jahrzehntelange Erfahrung und Expertise mit den aktuellsten Rechtsentwicklungen und einer immer häufiger erforderlichen Kreativität. Damit können wir stets eine präzise, praxisorientierte und erfolgreiche Rechtsberatung gewährleisten.

Insbesondere bei der Beratung öffentlicher Auftraggeber verfolgt BEITEN BURKHARDT einen integrativen Ansatz, da sich Vergabeverfahren zumeist durch eine Wechselwirkung aus rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Aspekten auszeichnen. Allein in rechtlicher Hinsicht erfordert dies die Berücksichtigung von vergabe-, gesellschafts-, steuer-, zivil- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Dies können wir durch enge Kooperation mit unseren anderen Praxisgruppen jederzeit kurzfristig auch für komplexe Verfahren sicherstellen.

BEITEN BURKHARDT ist eine unabhängige deutsche Anwaltskanzlei mit Büros in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, München und Nürnberg sowie in Brüssel und an sechs weiteren ausländischen Standorten. Mit rund 330 Anwälten beraten wir anspruchsvolle in- und ausländische Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts.

Kontakt:

BEITEN BURKHARDT Nürnberg – Berthold F. Mitrenga
Tel.: +49-911-27971-0, Berthold.Mitrenga@bblaw.com

BEITEN BURKHARDT Berlin – Stephan Rechten
Tel.: +49-30-26471-0, Stephan.Rechten@bblaw.com

BEITEN BURKHARDT München – Michael Brückner
Tel.: +49-89-35065-00, Michael.Brueckner@bblaw.com

BEITEN BURKHARDT Düsseldorf – Timm R. Meyer
Tel.: +49-211-518989-0, Timm.Meyer@bblaw.com

bi _AusschreibungsDienste

**Praktikable Lösungen für Ausschreibung und eVergabe**

**Die bi-AusschreibungsDienste sind kompetenter und innovativer Partner für die gesamte Auftragsvergabe. Auftraggeber und Auftragnehmer schätzen ihre Lösungen vor allem wegen ihrer Praxisnähe.**

Die bi-AusschreibungsDienste veröffentlichen öffentliche Ausschreibungen aus den Bereichen VOB, VOL, und VOF sowie geplante private/gewerbliche Bauprojekte. Die Kunden können dabei sowohl auf Online- als auch auf Printprodukte zurückgreifen.
Als Vorreiter im Bereich der elektronischen Vergabe (eVergabe) bieten die bi-AuschreibungsDienste heute engagiertes Know-how auf diesem umfassenden Sektor. Das spezialisierte bi-Entwicklerteam integrierte als einer der ersten in Europa ein eVergabesystem in eine Ausschreibungsdatenbank. Im Jahr 2000 setzte die bi ihr elektronisches Vergabesystem erstmalig in die Praxis um. Über dieses bi-eVergabeSystem wurde zwei Jahre später die erste elektronische Submission abgewickelt.

**Das bi-eVergabeSystem**
Inzwischen ist das bi-eVergabeSystem in vielen Vergabestellen erfolgreich eingeführt. Sein großer Vorteil: Mit dem dynamischen Rollen- und Rechtemanagement lässt sich das System individuell an verschiedenste Organisationsstrukturen und Anforderungen anpassen. Die Arbeit in einer zentralen Vergabestelle wird ebenso unterstützt wie die Zusammenarbeit mit externen Dienstleistern.
Das System führt rechtskonform durch das Vergabeverfahren. Ein intelligentes Formularmanagement, Termin- und Fristenüberwachung, Erinnerungen und Benachrichtigungen, Handhabung der Eignungsnachweise oder das Änderungsmanagement sorgen dafür, dass der formale Verfahrensablauf einfach beherrschbar wird. Alle erforderlichen Funktionen für die elektronische Angebotsabgabe und -öffnung sind in das System eingebunden.

**bi medien GmbH**
Die bi-AusschreibungsDienste gibt es als Kerngeschäft der Kieler bi medien GmbH seit über 60 Jahren. 1996 etablierten sie das Internet als Medium für die Veröffentlichung von Ausschreibungen: Mit bi-online startete die erste täglich aktualisierte Ausschreibungsdatenbank im Internet. Seit 2007 ist die bi medien GmbH Partner im Verbund von Vergabe24.

Ansprechpartner:
bi medien GmbH
Karin Sorge
Faluner Weg 33
24109 Kiel
Tel: 0431/53592-48
vergabe@bi-medien.de

# BOESEN RECHTSANWÄLTE

## DIE KANZLEI

Boesen Rechtsanwälte ist eine bundesweit tätige Anwaltskanzlei mit Sitz in Bonn. Zu ihren Mandanten zählt sie die öffentliche Hand, große und mittelständische Unternehmen sowie Verbände.

Die Kanzlei wurde im Jahre 1996 gegründet. Ihr Inhaber, Arnold Boesen, konnte dabei auf seine Erfahrungen bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, als Verwaltungsrichter sowie als Referent für Völkerrecht im Bundesjustizministerium zurückgreifen. In der Kanzlei sind derzeit 13 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte versteht juristische Beratung in besonderem Maße als Dienstleistung. Eine effiziente und praxisnahe Arbeitsweise ist ebenso selbstverständlich wie ein erstklassiger Service. Den Mandanten steht jederzeit ein mit dem Projekt vertrauter Ansprechpartner zur Verfügung und Lösungen werden zeitnah erarbeitet.

## SCHWERPUNKT VERGABERECHT

Boesen Rechtsanwälte ist seit Jahren als eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des Vergaberechts anerkannt und hat die Entwicklung dieses Rechtsgebiets von Beginn an mitgeprägt. Die herausragende Expertise in diesem Bereich wird der Kanzlei regelmäßig, u.a. im JUVE-Handbuch, bestätigt.

Ein Schwerpunkt der Vergaberechtspraxis liegt auf der umfassenden Betreuung komplexer Beschaffungsvorhaben. Hierbei werden für den Mandanten individuelle und innovative Lösungen entwickelt, die sowohl eine wirtschaftlich effiziente als auch rechtlich verläßliche Vergabe sicherstellen. Weitere wesentliche Tätigkeitsfelder sind die gutachterliche Bearbeitung aktueller rechtlicher Fragestellungen, die Unterstützung von Bewerbern/Bietern bei der Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich der weiteren Begleitung im Vergabeverfahren sowie die Vertretung von Auftraggebern bzw. Bewerbern/Bietern in Nachprüfungsverfahren.

Die Beratungstätigkeit erstreckt sich auf sämtliche Branchen, in denen die Vergabe öffentlicher Aufträge relevant ist. Hierzu gehören u.a. der Bau- und Immobilienbereich, die Entsorgungswirtschaft, IT und EDV, der Gesundheitssektor, ÖPNV, der Verteidigungsbereich sowie die Logistikbranche.

**BOESEN RECHTSANWÄLTE**
KAISER-FRIEDRICH-STR. 3
53113 BONN
WWW.BOESEN.DE

**ANSPRECHPARTNER:**
ARNOLD BOESEN
TELEFON: 0228 – 21 52 90
TELEFAX: 0228 – 21 54 91
MAIL: KANZLEI@BOESEN.DE

## Der Bundesanzeiger Fachverlag

mit einem kontinuierlich wachsenden multimedialen Angebot in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern ist bekannt als moderner, serviceorientierter und innovationsfreudiger Fachverlag. Klar gegliedert in 6 Themengebiete, bieten wir in diesem Geschäftsbereich fachspezifische Informationen für Experten aus Wirtschaft, Behörden, Kanzleien, Verwaltung und Sachverständigenwesen – um nur einige unserer Zielgruppen zu nennen.

Wir verstehen uns als Partner unserer Kunden und bereiten unsere aufwändig recherchierten Inhalte aktuell und in verschiedensten medialen Angebotsformen auf, um den sich verändernden Informationsbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Der Bund hat 2006 seine Anteile an unserem Verlag verkauft, bleibt aber als bedeutender und langfristiger Vertragspartner, Kunde und Herausgeber wesentlicher Medien dem Unternehmen eng verbunden. Seit Ende 2006 gehört der Bundesanzeiger Verlag nunmehr zu 100% zu der erfolgreichen und national wie international expandierenden Verlagsgruppe M. DuMont Schauberg in Köln.

Die Produktpalette im Fachbereich Vergabe umfasst Nachschlagewerke, Kommentare, Leitfäden, Zeitschriften/Newsletter, Pushdienste und eine vergaberechtliche Entscheidungsdatenbank mit Normen, Literaturführer etc.

**Ihr Kontakt im Vergaberecht:**

Karin Wittkop-Reschke
Telefon: (02 21) 9 76 68-133
Telefax: (02 21) 9 76 68-271
E-Mail: karin.wittkop-reschke@bundesanzeiger.de

**www.bundesanzeiger-verlag.de**

Bundesanzeiger Verlag

Bundesanzeiger Verlagsges. mbH. · Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln

# C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozietäten. Mehr als 600 Anwälte sind in neun wichtigen deutschen Wirtschaftszentren sowie in Belgrad, Brüssel, Moskau und Shanghai für ihre Mandanten tätig.

Als eine der führenden Anwaltssozietäten auf dem Gebiet des Vergaberechts beraten wir sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen in Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren. Wir verfügen über fundierte Branchenkenntnisse, handeln vorausschauend und bieten Ihnen rechtssichere und zugleich individuelle Strategien für Ihre Auftragsvergabe oder Ihr Angebot.

Mit über 20 Rechtsanwälten an allen Standorten von CMS Hasche Sigle haben wir eines der größten Vergaberechtsteams in Deutschland und sind zugleich immer in Ihrer Nähe.

**Kontakt:**

Dr. Klaus Heuvels
Partner

CMS Hasche Sigle
Barckhausstr. 12-16
60325 Frankfurt am Main

T + 49 69 71701 - 318
F + 49 69 71701 - 40 615
E Klaus.Heuvels@cms-hs.com

Dr. Volkmar Wagner
Partner

CMS Hasche Sigle
Schoettlestrasse 8
70597 Stuttgart

T +49 711 9764 - 164
F +49 711 9764 - 96162
E Volkmar.Wagner@cms-hs.com

## Kurzprofil Deutsche Bahn

Die Deutsche Bahn AG wurde 1994 gegründet. Heute gehört sie zu den weltweit führenden Mobilitäts- und Logistikunternehmen und betreibt in rund 130 Ländern 2.000 Niederlassungen. Über 251.000 Mitarbeiter, davon ca. 190.000 in Deutschland, setzen sich täglich dafür ein, Mobilität und Logistik für die Kunden sicherzustellen und die dazugehörigen Verkehrsnetze auf der Schiene, im Landverkehr sowie in der See- und Luftfracht effizient zu steuern und zu betreiben. Im Geschäftsjahr 2009 betrug der Umsatz der DB AG rund 29,34 Milliarden Euro und das operative Ergebnis (EBIT bereinigt) 1,7 Milliarden Euro. Das Geschäft in Deutschland ist das Rückgrat der DB. Hier wurden 2009 rund 68 Prozent des Umsatzes generiert. Die Mobilitäts-, Logistik- und Dienstleistungsaktivitäten sind in der Konzerntochter DB Mobility Logistics AG gebündelt.

Kern des Unternehmens ist die Eisenbahn in Deutschland mit täglich rund 5,23 Millionen Kunden im Personenverkehr und rund 341 Millionen Tonnen beförderter Güter jährlich. Mehr als zwei Millionen Kunden sind täglich mit den Bussen der DB unterwegs. Der DB-Konzern wickelt auf seinem modernen, rund 34.000 Kilometer langen und für den Wettbewerb geöffneten Streckennetz täglich über 39.000 Zugfahrten ab. Stoßrichtungen der DB-Strategie sind neben der Internationalisierung die Vernetzung aller Verkehrsträger durch den Aufbau übergreifender Reise- und Logistikketten. Das Unternehmen folgt den sich wandelnden Anforderungen der Märkte, die zunehmend effiziente und umweltverträgliche Dienstleistungen aus einer Hand nachfragen. Die Deutsche Bahn bietet schon heute Antworten auf die bestimmenden Trends der Globalisierung, der Ressourcenverknappung, des demographischen Wandels sowie der Deregulierung.

Weitere Informationen unter www.deutschebahn.com

Deutsche Bahn AG
Potsdamer Platz 2
10785 Berlin

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Kontakt:
Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.
Dr. Fridhelm Marx
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin
T +49 30 20 28 36 00
F +49 30 20 28 37 66
E hans-joachim.priess
@freshfields.com
fridhelm.marx
@freshfields.com

www.freshfields.com

JUVE AWARDS 2008
KANZLEI DES JAHRES FÜR ÖFFENTLICHES RECHT

**Weltweite Beratung**

Freshfields Bruckhaus Deringer berät mit einer integrierten Partnerschaft aus 27 Standorten in Deutschland und in den wichtigsten Wirtschafts- und Finanzzentren weltweit die führenden nationalen und multinationalen Unternehmen, Finanzdienstleister und Institutionen bei ihren komplexesten Transaktionen – wirtschaftsrechtlich umfassend, über Grenzen hinweg, mit höchstem Anspruch an Qualität und Effizienz.

**Marktführende Expertise im Vergaberecht**

Seit mehr als 15 Jahren begleiten wir unsere Mandanten dabei auch umfassend im Vergaberecht. Zu unserem hoch spezialisierten europaweiten Team zählen mehr als 50 Anwälte an elf Standorten der Sozietät. Wir beraten sowohl Auftraggeber als auch Bieter, Wirtschaftsverbände und Regierungen auf allen Gebieten des deutschen, europäischen und internationalen Vergaberechts. Unser Tätigkeits-spektrum reicht von der vergaberechtskonformen Gestaltung von Transaktionen über Privatisierungs-verfahren und ÖPP-Projekte bis hin zur vergabe-rechtlichen Compliance und Regierungsberatung bei Gesetzgebungsverfahren. Wir vertreten unsere Mandanten sowohl in Rechtsstreitigkeiten vor nationalen und europäischen Gerichten als auch vor der Kommission und nationalen Behörden.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Tokyo Washington Wien

Gleiss Lutz

## Die Vergaberechtspraxis bei Gleiss Lutz

Gleiss Lutz ist eine international tätige Full Service-Kanzlei und steht in allen Bereichen der wirtschaftsrechtlichen Beratung für höchste Qualität sowie für praxisnahe und innovative Lösungen. Mehr als 280 Anwälte beraten an den Standorten Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, München, Stuttgart und Brüssel.

In der vergaberechtlichen Beratung verfügt Gleiss Lutz über eine herausragende Expertise. Zu unseren Mandanten im öffentlichen Auftragswesen gehören sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Bieter. Das Tätigkeitsspektrum zieht sich dabei durch die gesamte Bandbreite der Branchen, die sich um öffentliche Aufträge bemühen: von der Bauwirtschaft über den Entsorgungsbereich bis hin zum Gesundheits-, Verkehrs- und IT-Sektor. Auch PPP-Projekte, städtebauliche Vergabeverfahren und komplexe Privatisierungen stehen auf der Agenda.

Das öffentliche Auftragswesen ist ein kompliziertes Terrain, das pragmatische und rechtssichere Lösungen erfordert. Immer wieder wird Gleiss Lutz mit Gutachten zu aktuellen Rechtsproblemen beauftragt, erstreitet Grundsatzentscheidungen oder mischt sich durch Publikationen und Vorträge in aktuelle Debatten ein.

Die Vergaberechtsexperten von Gleiss Lutz beraten Sie hier umfassend und praxisnah – stets auch in fachlicher Kooperation mit Anwälten etwa aus dem Immobilien- oder Beihilferecht. Neben der beratenden Tätigkeit liegt ein Schwerpunkt unserer Vergaberechtspraxis in der Vertretung in Nachprüfungsverfahren. Hier sind wir in allen Parteirollen – für den Antragsteller, für Auftraggeber und für beigeladene Unternehmen – tätig.

**Ihr Kontakt**
Dr. Olaf Otting
Mendelssohnstraße 87
60325 Frankfurt am Main
T +49 69 95514-544
F +49 69 95514-198
olaf.otting@gleisslutz.com

JUVE AWARDS 2010
Kanzlei des Jahres

JUVE AWARDS 2009
Kanzlei des Jahres für den Öffentlichen Sektor
Kanzlei des Jahres für Vergaberecht

Gleiss Lutz in association with
Herbert Smith and Stibbe

www.gleisslutz.com

GÖRG

# GÖRG ist eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland.

**Wir sind bekannt für unsere praxisnahen, wirtschaftlichen Lösungen in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.**

Mit mehr als 170 Rechtsanwälten in Berlin, Essen, Frankfurt am Main, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

## Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands“, „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe- und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben“ – JUVE Handbuch 2009/2010).

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

## Führend in vielen Bereichen

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Top 10 im Vergaberecht, Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht und Top 10 im Bauplanungsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2010/2011).

## Ansprechpartner:

GÖRG Rechtsanwälte
Dr. Lutz Horn
Neue Mainzer Straße 69-75 in D-60311 Frankfurt/M.
Tel +49 - 69 - 170000-17; lhorn@goerg.de

GRAF VON WESTPHALEN

**Experten im Vergaberecht**

Graf von Westphalen ist seit vielen Jahren beratend im nationalen und internationalen Vergaberecht tätig und spezialisiert auf die Beratung bei Privatisierungen und Public Private Partnerships (PPP/ÖPP). Die Sozietät berät dabei sowohl die öffentliche Hand als auch private Unternehmen.

Unsere vergaberechtlichen Spezialisten beraten Sie gerne bei Ausschreibungen und Privatisierungen. Wir unterstützen Sie als Auftraggeber, ein möglichst einwandfreies Vergabe- und / oder Privatisierungsverfahren durchzuführen, vergaberechtliche Risiken zu minimieren und Nachprüfungsverfahren so weit wie möglich zu vermeiden. Bewerbern und Bietern stehen wir bei der erfolgreichen Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten beratend zur Seite und helfen, ihre Rechte mit Hilfe von fristgerechten Rügen und Anträgen im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen sowie Schadensersatzansprüche durchzusetzen.

Graf von Westphalen ist eine Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern. Als eine der führenden deutschen Kanzleien sind wir sowohl national als auch international tätig – mit mehr als 100 Berufsträgern an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg und München sowie Alicante, Brüssel und Shanghai. Unseren Mandanten bieten wir als Full-Service-Kanzlei Beratung aus einer Hand in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Unser Ziel ist es, Sie wirtschaftlich und rechtlich optimal zu unterstützen. Nutzen Sie unser fundiertes Wissen, unsere erstklassige Beratungskompetenz und unseren exzellenten Service. Damit Sie Ihre Ziele sicher erreichen.

Ansprechpartner:

Graf von Westphalen
Dr. Ingrid Reichling
Maximiliansplatz 10
80333 München
Tel. +49 (0)89 689077-301
Fax:+49 (0)89 689077-100
i.reichling@gvw.com

www.gvw.com

HFK RECHTSANWÄLTE

## Die Kanzlei

HFK Rechtsanwälte LLP ist eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des nationalen und europäischen Vergaberechts und als JUVE-Kanzlei des Jahres 2010 für Privates Baurecht ausgezeichnet worden. Die Kanzlei versteht sich als ein Dienstleistungsunternehmen: Kompetenz, Qualität und Schnelligkeit werden verbunden mit innovativen Lösungen.

Mit ca. 60 Anwälten an den 8 Standorten Frankfurt am Main, Berlin, München, Stuttgart, Hamburg, Düsseldorf, Hannover und Wien wird den Mandanten eine Beratungskompetenz geboten, die weit über rein rechtliche Fragen hinausgeht. Seit vielen Jahren kooperiert HFK Rechtsanwälte LLP mit Spezialisten in Washington (Watt, Tieder, Hoffar & Fitzgerald, L.L.P.).

### Ganzheitliche Beratungskompetenz

HFK Rechtsanwälte LLP bietet eine umfassende Beratung von Anfang an – und damit Fachkompetenz aus einer Hand. Die Kanzlei berät bei der Erarbeitung der richtigen Projektstruktur, Entscheidungsabläufen, Organisation und Kontrollmechanismen. Die lange praktische Erfahrung bei der juristischen Steuerung von Großvorhaben bildet die Basis der ergebnisorientierten Rechtsberatung. Die Kanzlei wurde 1975 gegründet. Seither hat sie sich zu einer der führenden Kanzleien auf den Gebieten des Baurechts, Vergaberechts und Immobilienrechts entwickelt.

### Öffentliches Auftragswesen

Besonderer Schwerpunkt der Kanzlei ist die Beratung von Auftraggebern und Bietern bei der Konzeptionierung und Begleitung komplexer Beschaffungsvorhaben sowie der Vertretung in Bieterrechtsschutzverfahren. Eine besondere Kernkompetenz kommt uns in der Begleitung von Ex-post-Beanstandungen durch Revisionsinstanzen zu.

HFK Rechtsanwälte LLP deckt ein breites Spektrum von Wirtschaftsbereichen ab. Die Beratung erstreckt sich auf die Bereiche Bau- und Immobilienwirtschaft, Facility Management, IT-bezogene Aufträge, Wirtschaftsprüferleistungen, Entsorgungswirtschaft, Energie-Contracting, Verkehrswirtschaft, allgemeine Liefer- und Dienstleistungen sowie PPP- und Finanzierungsmodelle.

Vergaberecht bedeutet dabei nicht nur geltendes Recht und Formblätter abzuarbeiten, sondern daraus eine individuelle, zielorientierte Strategie zu entwickeln.

### Die Beratung von Auftraggebern

Unser „Kompetenzteam Vergaberecht" steht Auftraggebern bei der Vorbereitung der Vergabe bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens umfassend beratend zur Verfügung. Durch die Entwicklung speziell zugeschnittener individueller Formularbibliotheken können Auftraggeber die notwendigen Schritte effizient, selbstständig und rechtssicher vornehmen. Als Profis der Verfahrens- und Vertragsgestaltung planen und entwickeln die Rechtsanwälte der Kanzlei auf den konkreten Einzelfall abgestimmte Ausschreibungsunterlagen und Vertragswerke. Vordergründiges Ziel der Beratung ist die Unterstützung beim Finden des Vertragspartners, der aus Sicht des Mandanten die bestmögliche Leistung erwarten lässt.

### Die Beratung von Bietern

Für Bieter werden erfolgreiche Strategien bei der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelt, von der ersten Anfrage an den Auftraggeber bis zur Zuschlagserteilung.

Durch taktische Unterstützung bei der Angebotsbearbeitung werden Formfehler vermieden und die erfolgreiche Durchsetzung gegenüber der Konkurrenz gefördert. Mit der Begleitung bei der strategischen Verhandlungsführung wird nicht nur ein interessengerechter und wirtschaftlicher Vertragsabschluss sichergestellt, sondern auch eine gewinnorientierte Abwicklung des Vertragsverhältnisses ermöglicht. Die Formstrenge des Vergaberechts wird gezielt analysiert und genutzt, um die Wettbewerbsposition des Unternehmens im Verfahren bestmöglich zu gestalten.

### Die Vertretung in Rechtschutzverfahren

Neben der Beratung nimmt HFK Rechtsanwälte LLP regelmäßig die Vertretung von Auftraggebern und Bietern in Vergabenachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten wahr. In zivilrechtlichen Sekundärrechtschutzverfahren setzen wir Ihre Ansprüche erfolgreich durch.

### Die aktuellen Veröffentlichungen

Die im Laufe der Jahre gesammelten Erfahrungen der Kanzlei spiegeln sich in einer Reihe von in Rechtsprechung und Praxis bekannten und anerkannten Kommentaren und Publikationen wieder, welche zu Standardwerken u.a. des Vergaberechts geworden sind. Aktuell erschienen ist die 4. Auflage des „VOB-Kommentar Bauvergaberecht Bauvertragsrecht Bauprozessrecht", herausgegeben von Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen.

### Kontakt:

Prof. Horst Franke
Kettenhofweg 126
60325 Frankfurt am Main

T +49/69/975822-152
F +49/69/975822-200
franke@hfk.de

Dr. Susanne Mertens. LL.M.
Knesebeckstraße 1
10623 Berlin

T +49/30/318675-36
F +49/30/318675-27
mertens@hfk.de

www.hfk.de

Frankfurt Berlin München Hamburg Düsseldorf Stuttgart Hannover Wien

# GRÜNE SCHÄTZE

**Nachhaltig agieren – Kosten sparen: Nutzen Sie Ihre Effizienzchance**

Die Umwelt schonen, Kosten sparen, die Rendite erhöhen, das Wohlbefinden und die Produktivität der Nutzer steigern: „Grüne" Immobilien, die unter nachhaltigen Aspekten gestaltet werden, sind effizient und attraktiv.

Ob für Neubauten oder Bestandsgebäude, während der Planung oder beim Betrieb: Nachhaltigkeit steht für Wirtschaftlichkeit. HOCHTIEF betrachtet den gesamten Lebenszyklus Ihres Projekts und gestaltet ihn ganzheitlich. Sichern Sie sich die Vorteile niedriger Betriebskosten und hoher Nutzungsflexibilität, etwa durch innovative Baukonzepte oder durch ein professionelles Energy-Management. Heben Sie beim nachhaltigen Planen, Bauen und Betreiben Ihren eigenen Schatz – denn so behält Ihre Immobilie langfristig einen hohen Wert.

Sie wollen mehr über nachhaltiges Bauen wissen? Sprechen Sie uns an. Tel.: 0201 824-2291.

Dow Jones Sustainability Indexes
Member 2010/11

Aus Visionen Werte schaffen.

HOCHTIEF
www.hochtief.de

K&L | GATES

**Vergaberechtspraxis von K&L Gates LLP**

K&L Gates LLP ist mit knapp 2.000 Rechtsanwälten in 37 Büros auf drei Kontinenten eine der führenden internationalen Wirtschaftssozietäten weltweit. Unsere Präsenz in den wichtigsten globalen Märkten und politischen Machtzentren Europas, Asiens und der USA ist eine ideale Plattform für international tätige Mandanten und die Grundlage unseres Erfolgs. Wir sind auf die Beratung von komplexen wirtschaftsrechtlichen Mandaten und grenzüberschreitenden Projekten und Transaktionen spezialisiert.

Unsere Anwälte haben langjährige Beratungserfahrung in den Bereichen ÖPP und Vergaberecht mit Bezügen zum Europa-, Beihilfen- und öffentlichen Wirtschaftsrecht. Unser deutsches Vergaberechts- und ÖPP-Team um die Partner Herrn Dr. Friedrich Ludwig Hausmann und Frau Dr. Annette Mutschler-Siebert hat langjährige Erfahrung bei der Beratung von Auftraggebern, Bietern und Sponsoren. Maßgeschneiderte Lösungen garantieren die rechtssichere Realisierung komplexer Technologie-, Infrastruktur- und Bauprojekte. Aus unserer Tätigkeit in zahlreichen Pilotprojekten sind wir mit den wirtschaftlichen und politischen Interessenlagen sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite vertraut. Neben der Gestaltung von Vergabeverfahren einschließlich der vergabe- und beihilferechtskonformen Strukturierung von Privatisierungsvorhaben und ÖPP-Projekten begleiten wir Bieter in solchen Vergabeverfahren. Wir sind darüber hinaus als Gutachter tätig und vertreten unsere Mandanten in Nachprüfungsverfahren sowie vor deutschen und europäischen Gerichten.

Neben Vergaberecht und ÖPP sind Beratungsschwerpunkte der deutschen Praxis Corporate/M&A, Immobilienwirtschaftsrecht, Bank- und Finanzrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, Fusionskontrolle und Außenhandel, Telekommunikation, Medien und Technologie (TMT), Arbeitsrecht und Dispute Resolution.

*K&L Gates: Beratung weltweit in 37 Städten auf drei Kontinenten.*

Ansprechpartner:
K&L Gates LLP
Dr. Friedrich Ludwig Hausmann
Markgrafenstraße 42
10117 Berlin
Tel. +49.30.22.00.29.350
friedrich.hausmann@klgates.com
www.klgates.com

K&L Gates LLP ist in folgenden Städten präsent: Anchorage, Austin, Berlin, Boston, Brüssel, Charlotte, Chicago, Dallas, Dubai, Fort Worth, Frankfurt / Main, Harrisburg, Hongkong, London, Los Angeles, Miami, Moskau, Newark, New York, Orange County, Palo Alto, Paris, Peking, Pittsburgh, Portland, Raleigh, Research Triangle Park, San Diego, San Francisco, Seattle, Schanghai, Singapur, Spokane/Coeur d'Alene, Taipeh, Tokio, Warschau und Washington D. C.

# Linklaters

Fokussierte Vergabe

Linklaters berät weltweit führende Unternehmen und Finanzinstitute sowie die öffentliche Hand im Wirtschafts- und Steuerrecht. Aus 26 Büros in den wichtigen politischen und internationalen Wirtschafts- und Finanzzentren bieten wir unseren Mandanten Lösungen bei komplexesten Herausforderungen.

Eine besondere Expertise haben wir in der Beratung von Unternehmen aus (ehemals) regulierten Märkten und der öffentlichen Hand - bei Transaktionen, Privatisierungen und großen Projekten. Schwerpunkte sind dabei vor allem Sektoren wie Infrastruktur, Energie und Healthcare.

Der Schwerpunkt unserer Vergaberechtspraxis liegt in der Begleitung wirtschaftlich bedeutender und anspruchsvoller Vergabeverfahren. Die Projekte werden von unserem Vergaberechtsteam häufig umfassend betreut, wobei wir – beispielsweise bei Fragen der Projektfinanzierung – mit Teams aus anderen Fachbereichen der Kanzlei eng zusammenarbeiten. Aufgrund ihrer Expertise gilt unsere deutsche Vergaberechtspraxis als vergaberechtliches Kompetenzzentrum für die gesamte Kanzlei. Wir waren und sind an den wirtschaftlich bedeutsamsten Ausschreibungen in Deutschland und in Ost- und Mitteleuropa beteiligt:

- Unverändert beraten wir ein Konsortium um Bilfinger Berger bei den A-Modellen, den größten deutschen Infrastrukturmodellen, derzeit die Vergabeverfahren der BAB 8 und BAB 9 sowie die BAB 1 bei der Projektumsetzung;
- Bei der Ausschreibung und Finanzierung des Autobahnteilstücks R1 in der Slowakei mit einem Projektvolumen von 1,2 Mrd. Euro haben wir ein Konsortium um Vinci Concessions SA beraten. Ebenfalls in der Slowakei sind wir gegenwärtig im Zusammenhang mit einem Abschnitt der D1 tätig;
- Bund und Spitzenverbände im Gesundheitswesen bei strategisch wichtigen Projekten wie der Einführung der sektorenübergreifenden Qualitätssicherung im Gesundheitswesen in Deutschland;
- Die finanzierenden Banken bei der Prüfung vergaberechtlicher Fragen im Zusammenhang mit der Errichtung von drei Offshore-Windparks;
- RWE Power AG bei Kraftwerksprojekten u.a. in Rumänien, Bulgarien und Ungarn.

Ihr Ansprechpartner:

Dr. Jan Endler
Linklaters LLP
Potsdamer Platz 5
10785 Berlin
T: (49 30) 214 96 257
F: (49 30) 214 96 89 257

## MÜLLER-WREDE & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

**Schwerpunkt** der Kanzlei Müller-Wrede & Partner ist das Vergaberecht, ergänzt durch angrenzende Rechtsgebiete wie öffentliches Wirtschaftsrecht, privates Bau- und Architektenrecht, Europa- und Beihilferecht sowie Gesellschaftsrecht.

Dezernatsleiter und Seniorpartner Malte Müller-Wrede und sein Anwaltsteam begleiten beratend Vergabeverfahren öffentlicher **Auftraggeber**, um Vergabefehler und damit Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.

Auf der anderen Seite steht die Beratung von **Unternehmen**, die an Vergabeverfahren teilnehmen. Durch eine verfahrensbegleitende Beratung wird sichergestellt, dass die Auftragschancen gewahrt bleiben.

Unabhängig hiervon erfolgt die Vertretung von Auftraggebern und Auftragnehmern vor den **Nachprüfungsinstanzen**, bei denen Müller-Wrede & Partner marktbekannt eine hohe Erfolgsquote vorweisen kann. Dabei konnten bereits einige **Grundsatzentscheidungen** vor den Vergabesenaten und dem Bundesgerichtshof erwirkt werden.

Nicht zuletzt berät und vertritt Müller-Wrede & Partner seine Mandanten in **Vertragsverletzungsverfahren** vor dem Europäischen Gerichtshof. Diese werden von der Europäischen Kommission eingeleitet, wenn sie – häufig aufgrund der Beschwerde eines Unternehmens – Informationen über eine mutmaßliche Verletzung des europäischen Vergaberechts erhält.

Die hohe Qualität der juristischen Beratung wird unter anderem durch zahlreiche wissenschaftliche **Veröffentlichungen** sicher gestellt. Beispielhaft hierfür sind die Kommentare von Rechtsanwalt Müller-Wrede zum 4. Teil des **GWB**, zur **VOL/A,** zur **VOF** und zur **SektVO** sowie das **Kompendium des Vergaberechts** zu nennen.

**Ausgewählte Referenzen**

Interkommunale Kooperation „Stadtreinigung Hamburg“
Feste Querung Fehmarnbelt
Olympiastadion Berlin
Transrapid
Staatsoper Unter den Linden
Berliner Autobahnring „Mischkalkulation“
Verkehrsvertrag BVG
BOS-Digitalfunk für Bundesland
Postlieferungsaufträge für Bundesländer
Kraftwerkbau für Sektorenauftraggeber

SIEMENS

**Die Siemens AG (Berlin und München) ist ein weltweit führendes Unternehmen der Elektronik und Elektrotechnik. Der Konzern ist auf den Gebieten Industrie und Energie sowie im Gesundheitswesen tätig.**

Weltweit rund 405.000 Mitarbeiter entwickeln und fertigen Produkte, projektieren und erstellen Systeme und Anlagen und bieten maßgeschneiderte Lösungen an.

Siemens steht seit über 160 Jahren für technische Leistungsfähigkeit, Innovation, Qualität, Zuverlässigkeit und Internationalität.

Im Geschäftsjahr 2009/10 erzielte das Unternehmen einen Umsatz von rund 76 Mrd. EUR und einen Gewinn nach Steuern von 4,1 Mrd. EUR.

Weitere Informationen finden Sie im Internet unter: www.siemens.com.

WOLF THEISS

## VERGABERECHTSEXPERTEN FÜR MITTEL-, OST- UND SÜDEUROPA

Wolf Theiss' Vergaberechtsteam berät sowohl die Auftraggeber- als auch die Auftragnehmerseite auf allen Gebieten des nationalen und europäischen Vergaberechts. Die Praxisgruppe hat Mandanten in einer Vielzahl von komplexen PPP- und Vergabeverfahren beraten und in Rechtsstreitigkeiten sowohl vor nationalen als auch vor europäischen Gerichten/Behörden vertreten. Unsere Expertise auf dem Gebiet des Vergaberechts wurde bereits in einer Vielzahl von Projekten eindrucksvoll unter Beweis gestellt.

European Legal 500 bezeichnete Wolf Theiss kürzlich als "die wohl beste österreichische Rechtsanwaltskanzlei in Mittel- und Osteuropa" und schrieb über die Praxisgruppe Vergaberecht "Klienten meinen, dass Wolf Theiss der Marktführer in komplexen Vergabeverfahren in Mittel-, Ost- und Südosteuropa ist".

Die 1957 gegründete Rechtsanwaltssozietät Wolf Theiss gehört zu den führenden zentral- und südosteuropäischen Anwaltssozietäten mit Schwerpunkt im internationalen Wirtschaftsrecht. An den zwölf Standorten in Albanien, Bosnien & Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Österreich, Rumänien, Serbien, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und der Ukraine sind 300 Juristen für lokale und internationale Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen sowie Banken und Versicherungen im Einsatz. In der Verbindung von Recht und Wirtschaft entwickelt Wolf Theiss umfassende und konstruktive Lösungen auf der Basis von rechtlichem, steuerlichem und unternehmerischem Know-how.

Kontakt

Wolf Theiss
Mag. Manfred Essletzbichler
Schubertring 6
1010 Wien
Tel. +43 1 515 10 5350
manfred.essletzbichler@wolftheiss.com
www.wolftheiss.com