



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

Achtzehnte forum vergabe Gespräche 2016

Dokumentation der Veranstaltung
vom 28. bis 30. September 2016

Band 57



Bundesanzeiger
Verlag



forum vergabe

Herausgeber:

forum vergabe e.V.
Spichernstr. 15
10777 Berlin

Telefon (030) 23 60 80 60
Telefax (030) 23 60 80 621

www.forum-vergabe.de
E-Mail: info@forum-vergabe.de

Alle Rechte vorbehalten. Auch die fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie/Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung.

www.bundesanzeiger-verlag.de
E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de
Telefon (0221) 9 76 68-240
Telefax (0221) 9 76 68-271

Fotos: Grazyna Fait

Herstellung: Günther Fabritius

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

Vorwort

Der Austausch zum Vergaberecht zwischen allen beteiligten Kreisen, dafür standen auch dieses Jahr wieder die forum vergabe Gespräche.

Die Ausgangslage für die forum vergabe Gespräche war nicht einfach: Nach einer kaum überschaubaren Zahl von Veranstaltungen aus Anlass der Einführung des neuen Vergaberechts hatten wir uns der Herausforderung gestellt, mit ersten Erfahrungen eine Art Zwischenbilanz zu ziehen. Tatsächlich hatte sich die erste Aufregung gelegt und es gab die Gelegenheit, Vor- und Nachteile der Neuregelungen in Ruhe gegeneinander abzuwägen.

Die Podiumsdiskussionen und die öffentliche Sitzung des Wissenschaftlichen Beirates des forum vergabe boten Gelegenheit, spezielle Aspekte zu vertiefen und über den vergaberechtlichen Tellerrand hinauszusehen.

Die forum vergabe Gespräche haben die Diskussion miteinander in den Vordergrund gestellt. Diese Diskussion ist das Kennzeichen und das entscheidende Merkmal des forum vergabe. Anders als bei manchem kommerziellen Anbieter ist dabei die Auswahl der Diskutanten nicht abhängig davon, dass diese für ihre Auftritte bezahlen, sondern davon, was sie zur allgemeinen Diskussion beitragen können.

Das forum vergabe sieht mit Freude, wie viele Institutionen sich mittlerweile der „Bildung im Vergabewesen“ (so die Satzung des forum vergabe) widmen, denn dies zeigt, wie wichtig diese Aufgabe geworden ist. In dem gesamten Spektrum sind und bleiben die forum vergabe Gespräche die maßgebliche, neutral und gemeinnützig ausgerichtete rechtspolitische Veranstaltung zum nationalen, europäischen und internationalen Vergaberecht.

Wir danken den Referenten für die Rede- und Diskussionsbeiträge und den Teilnehmern für ihre Fragen und Stellungnahmen, die auch diese forum vergabe Gespräche wieder zu einer so lebendigen Veranstaltung gemacht haben.

Unser Dank gilt auch den Sponsoren, die die Arbeit des forum vergabe unterstützen und ermöglichen.

April 2017

Garrelt Duin
Vorsitzender

Niels Lau
Geschäftsführendes
Vorstandsmitglied

Prof. Dr. Mark von Wietersheim
Geschäftsführer



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
----------------------	---

Eröffnungsrede

<i>Prof. Dr. Gerhard Hammerschmid</i> Hertie School of Governance, Berlin.....	15
---	----

Grußworte

<i>Daniel Schreiner</i> Stadttaurat Fulda.....	23
---	----

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Moderation und Einführung

<i>Jörg Wiedemann</i> Richter am OLG Naumburg.....	25
---	----

Statements

<i>Dr. Thomas Solbach</i> Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin	27
<i>Reinhard Janssen</i> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Berlin.....	35
<i>Norbert Portz</i> Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn	39
<i>Dr. Helmut Wirner</i> Hochtief AG, Essen	45
<i>Malte Müller-Wrede</i> Müller-Wrede & Partner, Berlin.....	55

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Martin Burgi

Forschungsstelle für Vergaberecht der Ludwig-Maximilians-Universität München..... 61

Statements

Elke Gurlit

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz..... 65

Prof. Dr. Michael Kling

Phillips-Universität, Marburg..... 71

Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M.

Bucerius Law School, Hamburg..... 93

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Universität Augsburg..... 101

Prof. Dr. Dr. Jan Ziekow

Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer..... 109

Zusammenfassung

Prof. Dr. Martin Burgi

Forschungsstelle für Vergaberecht der Ludwig-Maximilians-Universität München... 119

Workshop 2: Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit

Statements

Professor Dr. Michael Eßig

Universität der Bundeswehr, München..... 121

Dr. Marc Gabriel, LL.M.

Baker & McKenzie, Berlin..... 131

Ulrich Beck

Airbus Defence & Space GmbH, München..... 139

Norbert Dippel

Heeresinstandsetzungslogistik (HIL) GmbH, Bonn..... 145

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin 149

Elektronische Bereitstellung von Unterlagen

Dr. Jenny Mehlitz

GSK Stockmann + Kollegen, Berlin 151

Die Rolle der Landesvergabegesetze

Dr. Peter Schäfer

BDI Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin 155

Rechtsschutz bei Binnenmarktrelevanz

Dr. Alexander Hübner

Haver & Mailänder, Stuttgart 165

Good Governance im Vergaberecht

Marc Steiner

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen 171

Workshop 4: Mindestlohn und Tariftreue – Spannungsfelder und Praxis

Moderation und Einführung

Niels Lau

BDI Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin 177

Statements

Dr. Lutz Horn

GÖRG Rechtsanwälte, Frankfurt am Main 179

Dr. Franziska Hötte

Verwaltungsgericht Düsseldorf 183

Annette Schmidt

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes NRW, Düsseldorf 189

Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2016 –

Laudatio

<i>Prof. Dr. Oliver Dörr</i> Universität Osnabrück.....	193
--	-----

Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger

<i>Dr. Severin Klinkmüller</i> Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin	197
--	-----

Vergaberecht und Arbeitsrecht – Konflikt oder Gleichlauf?

Moderation und Einführung

<i>Uwe-Carsten Völlink</i> HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München.....	203
---	-----

Statements

<i>Matthias Steck</i> Vorsitzender der Vergabekammer Südbayern, München	207
<i>Winfried Hühn</i> Beschaffungsamt des Bundesministerium des Innern, Bonn.....	215
<i>Matthias Rohrmann</i> Arbeitgeber- und Wirtschaftsband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister, Präsident EU Sozialer Dialog Eisenbahn, Frankfurt am Main.....	223

Das neue Recht der Konzessionsvergabe – Erfahrungen und Bewertungen

Moderation und Einführung

<i>Prof. Dr. Thorsten Siegel</i> Freie Universität Berlin	233
--	-----

Statements

Dr. Jakob Steiff

CMS Hasche Sigle, Frankfurt am Main 237

Rainer Wohlers

Nehlsen AG, Bremen..... 243

Pressestimmen.....249

Schnappsnüsse253

Verzeichnis der Teilnehmer257

Sponsoren268

Eröffnungsrede

Verwaltungsmodernisierung und öffentliche Beschaffung



Prof. Dr. Gerhard Hammerschmid

Hertie School of Governance, Berlin

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich darf Sie ebenfalls ganz herzlich begrüßen und möchte mich ganz herzlich für die Einladung zu einem Vortrag im Rahmen des heutigen Abendempfangs bedanken. Ich sehe das als große Auszeichnung, muss allerdings zugeben, dass ich auch etwas überrascht war von der Anfrage. Der Grund liegt klar darin, dass ich doch ein sehr unorthodoxes Profil für eine Tagung deutscher Vergaberechtsexperten habe. Zum einen bin ich Österreicher, wie man zweifellos sprachlich auch nach acht Jahren in Berlin wohl immer noch sehr gut erkennt, und zum anderen, bin ich kein Jurist, sondern Betriebswirt. Allerdings ein Betriebswirt, der schon sehr früh den öffentlichen Sektor als spannendes Betätigungsfeld erkannt hat. Eine für mich sehr prägende Erfahrung war, dass ich am Anfang meiner Karriere vielfach auf Unverständnis meiner Kollegen an Business Schools gestoßen bin, wie man so verrückt sein kann, sich mit so etwas Langweiligem wie der öffentlichen Verwaltung zu beschäftigen. Ich habe dann auch drei Jahre selber in der Ministerialverwaltung gearbeitet, wo ich in einer Stabstelle des Generalsekretärs an der Fusion zweier Ministerien, aber auch der Umsetzung von verschiedenartigen Verwaltungsreformen beteiligt war. Und seit 2008 bin ich Professor für Public und Financial Management an der Hertie School of Governance, einer kleinen internationalen Hochschule für modernes Regieren im Herzen Berlins. Wir sehen unsere Hauptaufgabe neben der Forschung vor allem darin, herausragend qualifizierte junge Menschen auf Führungsaufgaben an den Schnittstellen zwischen öffentlichem Sektor, Wirtschaft und Zivilgesellschaft vorzubereiten. Wir beschäftigen uns dabei sehr stark mit der Idee der

intersektoralen Zusammenarbeit und ich bin auch wissenschaftlicher Leiter des KPMG Instituts für den öffentlichen Sektor.

Im Vorfeld zu der heutigen Abendveranstaltung habe ich lange überlegt, was Fokus meiner Rede sein kann und mir ist vor allem auch mit Blick auf das Programm sehr schnell klar geworden, dass es wenig Sinn macht, wenn ich Ihnen etwas über Vergaberecht oder aktuelle Herausforderungen der öffentlichen Vergabe erzähle. Ich möchte Ihnen daher eine etwas andere Perspektive als Einstimmung für die nächsten beiden Tage anbieten. Aus Sicht von jemanden, der sich seit Jahren mit Verwaltungsmanagement und Verwaltungsmodernisierung beschäftigt, möchte ich versuchen, Ihnen einen kurzen und prägnanten Einblick in aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des öffentlichen Dienstes in Deutschland zu geben. Wohin entwickelt sich der öffentliche Dienst, wo besteht besonderer Handlungsbedarf? Ich möchte dabei insbesondere auch die europäische Perspektive miteinbeziehen und versuchen, die Entwicklungen gerade im Hinblick auf Konsequenzen und Perspektiven für Beschaffung und Vergabe zu beleuchten.

Bevor ich damit starte, möchte ich aber auch kurz anmerken, dass ich nicht gänzlich ohne Erfahrung mit der öffentlichen Vergabe bin. Eines meiner ersten Praxisprojekte vor jetzt fast 20 Jahren war die Ausschreibung und Vergabe eines sehr großen Beratungsmandates für die österreichische Bundesregierung zur Begleitung einer umfassenden Verwaltungsreform. Ich durfte die Ausschreibung als Fachexperte begleiten und die Unterstützung wurde offensichtlich geschätzt, so dass wir in der Folge knapp 10 weitere Vergabeverfahren vor allem für das österreichische Finanzministerium begleiten durften. Es ging dabei um Projekte wie den Verkauf des österreichischen Bundesverlages, die Gründung der österreichischen Bundesbeschaffungs GmbH und vor allem Ausschreibungen im Bereich Change Management und IT-Projektmanagement. Für mich persönlich war das eine sehr prägende und positive Erfahrung und ich habe es als extrem interessantes, spannendes Betätigungsfeld erlebt. Ich konnte sehr viel von der juristischen Denkweise und Präzision lernen und war von der Zusammenarbeit bzw. den Ausgleich der unterschiedlichen Perspektiven sehr fasziniert. Ich kann mich noch gut an die teils sehr intensiven Diskussionen erinnern, wo es oft lange gedauert hat bis wir Lösungen hatten, die sowohl uns als Betriebswirte wie auch die Vergaberechtsexperten zufriedengestellt haben. Ich habe damals auch gesehen, wie politisch und brisant Vergabeverfahren sein können. Gerade vor zwei Monaten wurde gegen den damaligen Finanzminister und 12 weiteren Involvierten eine Anklage wegen eines anderen Vergabeverfahrens vor mittlerweile über 10 Jahren erhoben, bei dem wir damals glücklicherweise nicht involviert waren.

Aber jetzt zu meinem eigentlichen Vortrag. Starten möchte ich mit einem kurzen Blick auf die aktuellen Herausforderungen des Öffentlichen Diensts in Deutschland. Im Rah-

men einer jährlichen deutschlandweiten Befragung im Vorfeld des unter der Schirmherrschaft des Bundesinnenministeriums stehenden Zukunftskongresses befragen wir jährlich rund 1200 Behördenleitungen zu aktuellen Fragen der Verwaltungsmodernisierung. Es ist eine der wenigen aktuellen empirischen Bestandsaufnahmen und gibt gute Einblicke, was Behördenleitungen bewegt und was Ihre aktuellen Erfahrungen sind. Gefragt nach den wichtigsten Herausforderungen mit dem größten Handlungsbedarf für die eigene Behörde in den nächsten fünf Jahren, stehen schon seit mehreren Jahren immer drei Herausforderungen klar an der Spitze. Ich denke, es kommt für Sie nicht überraschend, dass Vergabe bzw. Beschaffung nicht dazu zählt. Es sind Budget- und Einsparungsdruck; die Weiterentwicklung von E-Government und Maßnahmen der Digitalisierung sowie der Bereich Personalpolitik, wo gerade angesichts des demographischen Wandels besonders hoher Handlungsbedarf gesehen wird. Ein wichtiges Thema in diesem Bereich ist meines Erachtens auch der bisher kaum stattfindende Austausch zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft bzw. die Möglichkeit von Karrieren in beiden Sektoren. Ich bin überzeugt, dass wir für die erfolgreiche Zusammenarbeit vieler wichtiger Projekte und Vorhaben wie Digitalisierung, Energiewende oder Infrastrukturausbau heute zunehmend Führungskräfte und Experten brauchen, die beide Sektoren kennen. Und genau davon gibt es in Deutschland gerade auch im internationalen Vergleich besonders wenige.

Die Ergebnisse der Befragung 2016 lassen erstmals auch eine deutliche Entspannung der öffentlichen Haushalte erkennen. Gegenüber den Befragungen der Vorjahre hat der budgetäre Druck deutlich an Bedeutung verloren und es ist wieder mehr Geld da für externe Dienstleistungen und Infrastrukturprojekte. Knapp fast 20 % der Befragten rechnen mit einer Budgetsteigerung von über 10 % in den Bereichen Digitalisierung und Flüchtlingsbetreuung und 30 % der Behördenleitungen mit deutlichen Budgetsteigerungen bei externen Beratungsleistungen. Das Volumen öffentlicher Vergaben sollte in den nächsten Jahren damit deutlich ansteigen.

Bezüglich zukünftiger Entwicklungen ist es auch wichtig, die europäische Ebene im Auge zu behalten, da von dort zunehmend Impulse kommen, die gerade auch im Vergabe- und Beschaffungsbereich bereits eine große Rolle spielen. Es ist zu beobachten, dass sich die EU immer mehr in nationale Verwaltungsthemen einmischt. Wir haben gerade diesen Juni ein Vergabeverfahren für ein Projekt gewonnen wo es darum geht, wie die EU stärker auf nationale Verwaltungsreformen einwirken kann. Die Kommission hat etwa bereits begonnen, im Rahmen des europäischen Semesters auch Empfehlungen zur Verbesserung bzw. Reform nationaler Verwaltungen auszusprechen. Für Deutschland wurde etwa kritisiert, dass die öffentliche Vergabe zu wenig transparent und wettbewerbsorientiert ist. Die EU stellt mittlerweile auch Mittel der europäischen Struktur und Investmentfonds für Verwaltungsreform-Projekte zur Verfügung. In der aktuellen Periode 2014-2020 etwa bereits 4,2 Mrd. Euro. Und gleichzeitig baut die EU

Monitoring-Systeme bzw. Score-boards auf um auf die nationalen Verwaltungen besser einzuwirken. Wenn Sie wissen wollen, wie die EU sich eine gute Verwaltung vorstellt, gibt es jetzt auch eine Tool-Box „Quality of Public Administration“ in der sich ein ganzes Kapitel mit Empfehlungen zur öffentlichen Beschaffung findet.

Zwei Themen stehen auf EU-Ebene im Moment besonders im Vordergrund: Transparenz und Innovation, die als Triebkräfte für eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit gesehen werden. Beides sind Themen, die zukünftig sicherlich noch stärker an Bedeutung gewinnen werden und wo die deutsche Verwaltung zweifellos noch Handlungsbedarf hat. Beides sind aber auch Themen mit großer Nähe zu dem, was Sie die nächsten Tage im Rahmen der 18. forum vergabe Gespräche diskutieren werden. Es lohnt sich daher auf jeden Fall, die Entwicklungen auf europäischer Ebene im Auge zu haben, da diese vielfach später auf nationaler Ebene ihren Niederschlag finden.

Zwei Untersuchungen, die wir in den letzten Jahren durchgeführt haben, zeigen klar, dass die deutsche Verwaltung Reformen zur Stärkung der Transparenz nur sehr zögerlich aufgreift. In einer europaweiten Führungskräftebefragung in den öffentlichen Verwaltungen haben wir etwa gefragt, als wie relevant unterschiedliche Verwaltungsreform-Themen gesehen werden. Und beim Thema Transparenz war Deutschland Schlusslicht. Und auch in unserer deutschlandweiten Behördenbefragung zeigt sich nur relativ geringe Offenheit gegenüber stärkerer Transparenz: Es entsteht der Eindruck, dass der Bürger für die Verwaltungen nicht im Vordergrund steht. Eine vermehrte Beteiligung und Einbindung von Bürgern, der Transparenzdruck gegenüber Bürgern, Medien und sozialen Netzen sowie die Umsetzung von Open-Data-Vorhaben werden nur von relativ wenigen Behörden als zentrale Herausforderungen wahrgenommen. Gleichzeitig zeigt sich eine hohe Skepsis gegenüber der stärkeren Einbindung von Bürgern.

Gerade im Bereich Beschaffung und Vergabe nimmt Transparenz auch eine besonders wichtige Rolle ein. Zentrales Ziel von Vergaberecht und öffentlichen Ausschreibungen ist es ja gerade, Transparenz und Wettbewerb auf dem Markt sicherzustellen und Korruption zu verhindern. Von der EU wird dabei bereits seit einigen Jahren immer wieder kritisiert, dass der Wert, der von den deutschen Behörden gemäß den EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe ausgeschriebenen Aufträge nach wie vor sehr niedrig ist. Deutschland weist mit 5,7 % der öffentlichen Ausgaben für Arbeiten, Güter und Dienstleistungen einen der niedrigsten Werte auf, der auch deutlich unter dem EU-27 Schnitt von 17,7 % liegt. Im Länderbericht 2016 zum Europäischen Semester kritisiert die Europäische Kommission, dass der Markt für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland seit jeher der am stärksten abgeschottete in Europa ist. Das ist sicherlich auch auf die föderale Struktur in Deutschland zurückzuführen, hat aber zweifellos auch stark mit der deutschen Verwaltungskultur zu tun.

Verwaltungsforscher bringen die fehlende Transparenz bei Vergaben auch mit Korruptionsanfälligkeit in Verbindung. So kommt eine relativ aktuelle ANTICORR Studie im Rahmen eines EU-weiten Forschungsprojektes zu Korruptionsrisiken zu dem Ergebnis, dass das deutsche Vergabesystem gerade im Bereich unterschwelliger Vergaben anfällig gegenüber Korruption und Wettbewerbseinschränkungen ist. Und auch Unternehmen sehen das ähnlich. In einer 2013 von Eurostat durchgeführten Unternehmensbefragung zu Einstellung von Unternehmen gegenüber Korruption in der EU rangiert Deutschland deutlich hinter Ländern wie Dänemark, Finnland, Estland oder Großbritannien. Knapp die Hälfte der befragten Unternehmen – und damit mehr als im Durchschnitt aller EU-Länder – nehmen in Deutschland auf bestimmte Anbieter angepasste Ausschreibungen, abgesprochene Angebote oder etwa die Involvierung von Anbietern bei Ausschreibungsspezifikation wahr. Das sind auf jeden Fall klare Indizien für einen Handlungsbedarf.

Und das zweite große Thema, das von der EU derzeit vorangetrieben wird und an dem man im Moment nicht vorbeikommt, ist Public Sector Innovation bzw. die Frage, wie öffentliche Verwaltungen innovativer werden können. Die EU hat sogar bereits begonnen, die Innovationsfähigkeit nationaler Verwaltungen mittels Scoreboards zu messen. Und Deutschland schneidet hier nicht sehr gut ab. Vor allem in Hinblick auf die Fähigkeit zu Innovationen, Innovationsbarrieren und innovationsorientierte Beschaffung werden von der EU klare Schwächen festgestellt. Auch die deutschen Spitzenbeamten sehen das ähnlich: Gefragt nach der Hauptschwäche der deutschen Verwaltung, gaben knapp 80 % Inflexibilität bzw. Starrheit an.

Und das trifft dann im besonderen Maße auf die öffentliche Vergabe zu. Wenn Sie „Vergabe“ nach Bildern googeln, erhalten Sie ein eindeutiges Bild: Es erscheinen fast ausschließlich Symbole wie Stempel, PC-Tastaturen, Paragraphen und Aktenordner. Nicht unbedingt klare Symbole für Innovation.

Warum tun wir uns in der deutschen Verwaltung so schwer mit Innovation und mit Transparenz? Das haben wir in unseren Forschungsprojekten versucht zu erklären und aus meiner Erfahrung sind es vor allem zwei Ursachen, an denen man ansetzen müsste: das stark fragmentierte föderale System und Defizite im Bereich Personal und Führung. Besonders wichtig wäre eine bessere Kooperation bzw. Zusammenarbeit im föderalen System. Das hören wir immer wieder aus unseren Befragungen. Viele bestätigen, dass die starke föderale Fragmentierung ein Hauptmanko ist, warum größere Reformen und Innovationen kaum stattfinden. Die ungenügende Koordination im föderalen System wird etwa als zentrales Hindernis einer erfolgreichen Digitalisierung gesehen. Aber auch im Bereich Beschaffung führt die föderale Fragmentierung zu den Problemen mangelnder Transparenz und fehlender Bündelung von Kompetenzen und Kapazitäten.

Kleinteiligkeit und fehlende gemeinsame Lösungen sind sicherlich nicht von Vorteil im Hinblick auf Wettbewerb und Effizienz.

Eine positive Erfahrung aus Österreich, die hier als Vorbild dienen könnte, ist die Schaffung einer BundesBeschaffungsGmbH (BBG) im Jahr 2001. Diese Reform zeigt deutlich, dass es auch in einem föderalen System möglich ist, Beschaffung zu bündeln und damit erhebliche Effizienzsteigerungen zu realisieren. Bei der Gründung wurde die BBG noch extrem skeptisch gesehen. Wir haben zum Beispiel in dem Ressort, wo ich damals beschäftigt war, versucht, Mitarbeiter in der Beschaffung zu bewegen, dorthin zu wechseln. Aber kaum jemand wollte das, da man nicht an die Zukunft dieser neuen Gesellschaft geglaubt hat. Während die Einkaufsbündelung am Anfang lediglich für die Bundesministerien stattfand, wurde die Zuständigkeit auf Wunsch der anderen Gebietskörperschaften in der Folge auch auf Länder, Gemeinden und ausgegliederte Unternehmen ausgeweitet. Zu den Kunden zählen mittlerweile neben den Bundesministerien auch alle Bundesländer, ein Großteil der ausgegliederten Unternehmen und Gesundheitseinrichtungen sowie jede dritte österreichische Gemeinde. Das Einkaufsvolumen liegt heute bei 1,2 Mrd. Euro und die BBG stellt über 1.200 Standardverträge knapp 1,4 Mio. Produkte und Dienstleistungen zur Verfügung. Durch die Bündelung konnten rund 18 % der Kosten eingespart werden und das bei lediglich 95 Mitarbeitern. Eine solche Bündelung von Vergabeverfahren findet in Deutschland bisher nur wenig statt und könnte sicherlich ein spannendes Thema für die Zukunft sein.

Und die zweite große Herausforderung, vor der die deutsche Verwaltung steht, ist eine Modernisierung von Personalmanagement und Führung. Ein Punkt der gerade auch im Hinblick auf die Beschaffung wichtig erscheint, ist die vergleichsweise hohe Abschottung der öffentlichen Verwaltung und der kaum stattfindende Wechsel zwischen den Sektoren. Im Rahmen eines EU Forschungsprojektes unter meiner Leitung haben wir die bisher größte Spitzenführungskräfte-Befragung in den europäischen Verwaltungen durchgeführt. Wir haben dabei etwa auch gefragt, ob und wieviel Berufserfahrung die befragten Spitzenbeamten in der Privatwirtschaft haben. Und Deutschland war dabei klares Schlusslicht. Während in Deutschland lediglich 3,6 % der Spitzenbeamten mindestens 10 Jahre Berufserfahrung in der Privatwirtschaft haben, lag der Anteil europaweit fast drei Mal so hoch. Und in Ländern wie Großbritannien, Schweden oder Norwegen hatte rund jeder fünfte Befragte mehr als 10 Jahre Berufserfahrung in der Privatwirtschaft. Und das wirkt sich natürlich auch bei Ausschreibungen bzw. anderen Formen der Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft aus. Solche Führungskräfte haben einen ganz anderen Erfahrungshintergrund. Man sollte stärker überlegen, wie man sektorübergreifende Karrieren ermöglichen kann, ohne dass gleich der Verdacht von Lobbying aufkommt. Eine der Folgen dieser starken Abschottung zeigt sich darin, dass die öffentliche Verwaltung in Deutschland besonders skeptisch gegenüber einer Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft ist. Unsere Untersuchungen haben etwa

gezeigt, dass die Führungskräfte in der öffentlichen Verwaltung die Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft und dem dritten Sektor weitgehend skeptisch sehen. Lediglich 10 % sehen darin eine große Chance. Über die letzten Jahre konsequent hoch war auch der Vorbehalt unter den Befragten gegenüber dem Modell öffentlich-privater Partnerschaften, das von knapp 50 % als nicht zweckmäßig beurteilt wird. Und lediglich 10 % der befragten Behördenleiter glauben, dass man durch Outsourcing oder externe Leistungsvergabe Einsparungen erzielen kann. Es zeigt sich deutlich, dass wenn man nie die andere Seite kennengelernt hat, der Austausch mit der Privatwirtschaft deutlich schwieriger fällt. Wenn wir eine öffentliche Verwaltung als „smart-buyer“ haben wollen, die weiß, wie man Beschaffungsprozesse und Großprojekte kompetent und im Sinne des Steuerzahlers umsetzt, braucht man entsprechende Kompetenzen und Erfahrungen auch in der Verwaltung. Zwei Kollegen von mir an der Hertie School haben letztes Jahr eine Studie veröffentlicht, die etwa zeigt, dass öffentliche Großprojekte in Deutschland im Durchschnitt um 73 % teurer als geplant sind. Besonders dramatisch sind die Daten für IT-Großprojekte, die sich um durchschnittlich fast 400 % verteuert haben. Und erfolgreiche Veränderungen wie die Schaffung übergreifender digitaler Lösungen (CIO Klaus Vitt), die Reform der Arbeitsagentur (Vorstandsvorsitzender Frank-Jürgen Weise) oder der Beschaffung der Bundeswehr (Staatssekretärin Dr. Katrin Suder) unterstreichen, wie sehr auch die deutsche Verwaltung von privatwirtschaftlichen Erfahrungen der Leitung profitieren kann.



Und damit bin ich auch bereits am Ende meines Vortrages. Mir war es ein Anliegen, die Wechselwirkung von Vergabe/Beschaffung und allgemeineren Themen bzw. Diskussionen der Verwaltungsmodernisierung kurz aufzuzeigen. Zweifellos ist Beschaffung ein wichtiger, vielfach etwas unterbelichteter Teil der Verwaltungsmodernisierung. Gleichzeitig ist der Bereich auch stark von allgemeineren Entwicklungen und Trends der Verwaltungsmodernisierung betroffen. Trotzdem werden die Themen noch viel zu oft unabhängig voneinander gesehen und diskutiert. Was wir brauchen bzw. was ich mir wünschen würde für die nächsten Jahre, und ich bin mir sicher, dass das auch bei Ihren Diskussionen in den nächsten Tagen eine Rolle spielen wird, sind: mehr Bereitschaft zu Transparenz und bessere Datengrundlagen; ein stärkerer Fokus auf die Ergebnisse/Wirkungen staatlichen Handelns; eine bessere Nutzung von Digitalisierung und Förderung der Innovationsfähigkeit des öffentlichen Dienstes; eine bessere Zusammenarbeit im föderalen System und vor allem eine stärkere Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Verwaltung und Privatwirtschaft bzw. mehr Karrieremobilität zwischen beiden Sektoren.

Ich darf mich ganz herzlich für Ihre Aufmerksamkeit bedanken und wünsche Ihnen jetzt ein wunderschönes Abendessen und viele interessante Erfahrungen und Diskussionen im Rahmen der diesjährigen forum vergabe Gespräche in Fulda.

Grußworte

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht



Daniel Schreiner

Stadtbaurat Fulda

Sehr geehrter Herr Dr. von Wietersheim,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, Sie dieses Jahr erneut in der Barockstadt Fulda begrüßen zu dürfen. Im letzten Jahr konnte man bereits vorwegnehmen, dass es weiterhin genügend Gesprächsstoff geben würde. Wenn Sie beim Ringen um die Themen mal nicht weiterkommen, dann machen Sie bitte getrost eine kurze Auszeit im Schlossgarten. Die Herbstpflanzung wurde letzte Woche frisch vorgenommen und ich lade Sie herzlich ein, sich zum Lustwandeln in die ehemaligen Gärten des Fürstbischofs zu begeben.

Ich freue mich überdies, dass Sie, werter Herr Dr. von Wietersheim, keinen Rückzieher gemacht haben bei Bekanntwerden der Tatsache, dass nicht Herr Oberbürgermeister Dr. Wingefeld – von dem ich alle herzlich grüßen darf – sondern erneut der Stadtbaurat Sie willkommen heißt.

Meine Übertreibungen und völlig haltlosen Vergleiche sind Ihnen vielleicht vom letzten Mal noch vertraut, insofern kann Sie heute nichts schocken.

Sie hat wieder zugeschlagen: Die Vergaberechtsmodernisierung.

Dies hat Einiges zur Folge. Die aus unserer Sicht erfreulichste Konsequenz ist, forum vergabe stabil mit Fulda zu vernetzen. Dies ist aber leider nur ein untergeordneter Aspekt.

Nicht nur inhaltlich, sondern zunehmend auch infolge der Änderungsdynamik in der Normgebung, wird die Komplexität der Vergaberechtsmaterie deutlich erhöht. Sie als Juristen mag das in Teilen noch erfreuen, schließlich handelt es sich um ein größer werdendes Arbeitsfeld – man könnte es fast als Konjunkturprogramm auffassen. Vieles ist erneuert worden. Der komplette Oberschwellenbereich ist betroffen: Das GWB wurde gestärkt und aufgeweitet, insgesamt hat der Gesetzgeber das Heft des Handelns stärker in die Hand genommen mit der Folge, dass bspw. die VOF und Teile der VOL/A wegfallen bzw. in der VgV integriert sind. Dies ist aus Anwendersicht einerseits begrüßenswert, da v.a. die VOF eher als Sonderling zu bezeichnen war und in ihrer Handhabung auch schon immer etwas ungelenk erschien – Berücksichtigung junger Büros bei gleichzeitiger Abfrage ausreichender Referenzen, Bestenauslese für die gelungenste PowerPoint-Präsentation, etc.

Andererseits ist es auch bedauerndswert – jetzt haben alle Verwaltungen der Republik die VOF halbwegs bis endgültig verstanden und schon verschwindet sie wieder, wird abgewickelt.

Tröstlich ist der Blick in die VgV. Die inhaltlichen Änderungen halten sich in Grenzen, „copy and paste“ war ein treuer Begleiter mit der Folge, dass es jetzt etliche Dopplungen zwischen GWB und VgV geben wird.

Unlängst erhielt ich die Aufforderung des Städtetages, mich zum Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung zu äußern. Ich denke, wir als Anwender werden nur eine kurze Verschnaufpause einlegen können, bis wir als nächstes die VOL vollständig beerdigen.

Den Blick auf die VOB möchte ich derzeit lieber nicht richten, vielleicht beschäftigt sie uns ja bereits im nächsten Jahr.

Ich bin mir sicher, dass Sie diese Themen hier alle debattieren werden.

Mit Blick auf Ihre umfangreiche Tagesordnung wünsche ich Ihnen nun eine erfolgreiche Durchführung und einen möglichst hohen Wissenstransfer. Darüber hinaus hoffe ich, dass Sie Fulda genießen können und uns künftig auch dann und wann einen Besuch abstatten.

Alles Gute und herzlichen Dank.

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Moderation und Einführung



Jörg Wiedemann

Richter am OLG Naumburg

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich darf Sie begrüßen zu einer Podiumsdiskussion zu einem Thema, welches uns wohl alle seit dem 18. April 2016 umtreibt: Nachdem das reformierte Vergaberecht in Kraft getreten ist und viele von uns bereits im Vorfeld Erwägungen dazu angestellt haben, wie sich das weiter entwickelte Vergaberecht auf die Vergabepaxis auswirken wird, hat an diesem Tage der Praxistest begonnen und wir sammeln die titelgebenden „Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht“.

Die Diskussionsrunde, zunächst ausschließlich auf dem Podium und sodann auch in großer Runde unter Einbeziehung des Plenums, soll einen Raum schaffen, sich über diese ersten Erfahrungen auszutauschen.

Erlauben Sie mir, einige Binsenweisheiten zum äußeren Rahmen vorzutragen, auch deswegen, um alle folgenden Beiträge von der Verpflichtung zur Relativierung ihrer Aussagen wegen dieser Rahmenbedingungen zu befreien – also quasi vor die Klammer gezogene allgemeine und sicher einvernehmlicher Vorbemerkungen:

1. Das reformierte Vergaberecht betrifft die Vergabe öffentlicher Aufträge bei bestehender EU-weiter Ausschreibungspflicht und damit grundsätzlich nicht die weitaus größere Menge der Vergabeverfahren, welche nur auf nationaler Ebene durchgeführt werden.

2. Das reformierte Vergaberecht ist vor heute fünf Monaten in Kraft getreten. Es versteht sich von selbst, dass erst eine sehr kurze Erprobungsphase hinter uns liegt, die Erfahrungen also noch nicht vollständig repräsentativ und erschöpfend sein können. Manche Vergabestelle hat vielleicht die Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Vergaberechts intensiv genutzt, Vergabeverfahren noch auf vertrauterem Terrain zu beginnen. Die seitdem begonnenen Verfahren sind jedenfalls häufig noch nicht abgeschlossen. Jedenfalls dürften bereits abgeschlossene Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer die Ausnahme sein; ein abgeschlossenes Beschwerdeverfahren vor einem Vergabesenat existiert meines Wissens noch nicht.
3. Es liegt in der Natur eines sich dynamisch entwickelnden Rechtsgebietes, wie es das Vergaberecht darstellt, dass unmittelbar mit dem Abschluss eines Reformprozesses erste Gedanken vorausgreifen auf mögliche nächste Entwicklungsschritte, Verbesserungen, Änderungen und Weiterentwicklungen. Gegebenenfalls werden also auch solche Wünsche oder Ausblicke heute zur Sprache kommen, was uns nicht den Blick darauf verstellen sollte: Für das Kennenlernen und Arbeiten mit dem jetzt in Kraft getretenen Vergaberecht werden wir Zeit benötigen.
4. Schließlich besteht auch eine Aufgabe darin, zu differenzieren zwischen den nahezu selbstverständlich mit einer Reform verbundenen Schwierigkeiten des Übergangs vom alten zum neuen Recht – bei dieser Reform ganz augenscheinlich anhand der Vielzahl der neuen „Hausnummern“ der Rechtsvorschriften, die selbst den auf das Vergaberecht spezialisierten Juristen erst noch „in Fleisch und Blut“ übergehen müssen – und den Problemen, die aus dem Inhalt den Regelungen oder den verwendeten Formulierungen resultieren.



Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Statement



Dr. Thomas Solbach

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

I. Einleitung

Herzlichen Dank an das forum vergabe und vor allem an Herrn von Wietersheim für die Einladung zu den 18. forum vergabe Gesprächen in Fulda! Die Diskussionen hier in Fulda sind sehr aufschlussreich für mich, denn Sie geben Gelegenheit, mit einem sehr fachkundigen Publikum rechtliche aber auch praktische Fragen des Vergaberechts in einer offenen Atmosphäre zu diskutieren.

Selbstverständlich kann ich Ihnen in diesem Rahmen keine komplette Darstellung des neuen Vergaberechts bieten. Bei der Antwort auf die Frage, welche „Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht“ gemacht wurden, ist sicher primär die Vergabepaxis berufen. Gerne kann ich aber eine persönliche Einschätzung zu den Auswirkungen des neuen Vergaberechts geben, die ich mir nach den Gesprächen auch mit Praktikern gebildet habe.

Ich werde mein Statement nach folgenden Fragen untergliedern:

- Was haben wir erreicht?
- Welche Fragen bleiben? Welche Fragen zur Auslegung und Anwendung des neuen Vergaberechts werden an uns herangetragen?
- Welchen weiteren Herausforderungen müssen wir uns stellen?

II. Was haben wir erreicht?

Die größte Errungenschaft der Reform ist aus meiner Sicht ein umfassend modernisiertes Vergaberecht für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Erstmals steht ein „starkes“ Gesetz zur Verfügung. Anders als in der Vergangenheit wird nicht praktisch alles, abgesehen von Anwendungsbereich und Rechtsschutz, der untergesetzlichen Ebene überlassen, sondern Bundestag und Bundesrat haben ein solides Gesetz als stabile Basis geschaffen. Die neue gesetzliche Basis im Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird der Bedeutung des Vergaberechts erstmals gerecht. Herr Professor Burgi hatte das einmal so genannt: „Das Vergaberecht ist erwachsen geworden.“ Wir sollten nicht vergessen: Vergaberecht ist kein reines Innenrecht und der Verstoß gegen Vergaberecht ist kein Kavaliersdelikt! Auch das spricht für eine deutlichere gesetzliche Verankerung.

Erstmals ist der gesamte Ablauf des Vergabeverfahrens im Gesetz angelegt und vorgezeichnet von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, den Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags. Wesentliche Vorgaben, insbesondere wichtige Begrifflichkeiten sind auf Gesetzesebene angelegt – Einzelheiten des Vergabeverfahrens finden sich hingegen auf Verordnungsebene.

Das Vergaberecht hat eine neue Struktur erhalten. Sie haben zum einen auf gesetzlicher Ebene Teil 4 des GWB und auf der Verordnungsebene die Vergabeverordnung (VgV), die völlig neue Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV), die Sektorenverordnung (SektVO), die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Hinzu kommt die neue geschaffene Vergabestatistikverordnung (VergStatVO). Andererseits bleibt die VOB/A – dies ist einem politischen Kompromiss geschuldet – erhalten.

Wir haben damit ein neues – wir hoffen stabiles – zeitgemäßes Gebäude für das neue Recht „nach dem allgemeinen Stand der Technik“ errichtet. Ich will aber nicht verhehlen, dass eine noch weiter gehende Vereinheitlichung aus meiner Sicht wünschenswert gewesen wäre. Aber schon die jetzige sicherlich bessere Struktur zu erreichen, war nicht leicht. Aber was wäre die Zukunft ohne neue Herausforderungen? Wünschenswert wäre im Übrigen ein einheitliches gesetzliches Regelwerk, das auch den Unterschwellenbereich grundsätzlich mit umfasst. Hier stellen sich jedoch schwierige kompetenzrechtliche Fragen.

Mein Fazit ist: Man muss sicher nicht mit jeder Regelung des neuen Vergaberechts einverstanden sein! Aber es gibt jetzt erstmals eine solide Struktur, auf die man auch in Zukunft aufbauen kann.

Was die Inhalte betrifft, ist vor allem wichtig, dass die Vergaberechtsreform mehr Rechtssicherheit gebracht hat. Das gilt etwa für den Anwendungsbereich und die Ausnahmen zum Vergaberecht (z.B. Inhouse-Vergaben, horizontale Zusammenarbeit). Es gilt auch für die Auftragsänderung, die Kündigung aus besonderen Gründen sowie die Selbstreinigung im Zusammenhang mit den Ausschlussgründen. Erstmals wird zudem ein Rechtsrahmen für die Vergabe von Konzessionen, insbesondere Dienstleistungskonzessionen, geschaffen.

Jetzt weiß ich natürlich, dass sich da mancher Richter, mancher Kommentator den Kopf zerbricht, und immer wieder höre ich, dass die Praxis mit einer Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen konfrontiert sei. Ja, das stimmt, aber erlauben Sie mir die Gegenfrage: War es denn einfacher, die Kriterien der wesentlichen Auftragsänderung auf der Basis der „presstext“-Entscheidung zu bestimmen? War es einfacher, die Grenzen der zulässigen Inhouse-Vergabe auf der Basis von „Teckal“ und „Stadtreinigung Hamburg“ auszuloten? Sicher nicht! Es trifft zu, dass die Zahl der Paragraphen gestiegen ist. Jedoch wurden viele bisher von der Rechtsprechung geprägte Bereiche erstmals kodifiziert (z.B. die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, die Auftragsänderung und die Vergabe von Konzessionen). Dies steigert aus meiner Sicht die Rechtssicherheit und erstmals wird den Vergabepraktikern ein vollständiges Regelwerk an die Hand gegeben.

Eine andere Errungenschaft des neuen Rechts ist die Digitalisierung. Der Gesetz- und der Verordnungsgeber haben die Vergaben im Oberschwellenbereich ins digitale Zeitalter gebracht. Umfasst sind die EU-weite Veröffentlichung über TED, die Bereitstellung der Vergabeunterlagen, die elektronische Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten und die Kommunikation im Übrigen.

Zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) haben wir jetzt einen Leitfaden für das Ausfüllen des Online-Formulars entwickelt, um der Praxis Hilfestellung zu geben;



dieser BMWi-Leitfaden zur EEE wird in den nächsten Tagen auf der BMWi-Homepage veröffentlicht.

Im Rahmen der Reform konnten auch einige Vereinfachungen erreicht werden – etwa für die sozialen Dienstleistungen, das aber nur im Rahmen des nach den EU-Richtlinien Zulässigen. Die Richtlinien zeichnen sich durch eine hohe Regelungsdichte aus. Zum anderen sind die Richtlinien auch nicht frei von sprachlichen Unzulänglichkeiten. Dennoch haben die Richtlinien – und ich hoffe das zeigt sich auch in der Umsetzung – zu einer besseren Systematisierung und Differenzierung zwischen den verschiedenen Verfahrensstufen geführt.

Ein anderes Element der Reform ist die Stärkung der innovativen und der Nachhaltigkeitsaspekte. Lange Zeit gab es einen regelrechten „Glaubenskrieg“ zu den sog. „vergabefremden Aspekten“. Aber wir können die Augen nicht davor verschließen: ökologische, soziale und innovative Aspekte spielen eine zunehmende Rolle bei Vergaben. Daher war unser Ziel bei den Vorschlägen, die wir dem Gesetzgeber unterbreitet haben: Gesetz und Verordnungen müssen die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen der Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Aspekten aufzeigen und zwar jeweils auf der betroffenen Prüfungsstufe, etwa bei der Leistungsbeschreibung, den Zuschlagskriterien und den Ausführungsbedingungen. Ich kann Ihnen versichern, es gab durchaus gewichtige Stimmen, Nachhaltigkeitsaspekte noch viel stärker zu verankern, deren Berücksichtigung gar zur Pflicht zu machen. Der Gesetzgeber hat am Ende einen – wie ich finde – gut vertretbaren Mittelweg beschritten.

Ein anderer Punkt, der dem BMWi am Herzen liegt, ist die Statistik. Wir brauchen endlich valide Daten, bislang sind wir da weitgehend blank! Als eine wesentliche Voraussetzung dafür haben wir die rechtlichen Grundlagen in Form der neuen Vergabestatistikverordnung geschaffen. Diese Verordnung muss aber durch die technische Umsetzung noch mit Leben erfüllt werden. Die technische Umsetzung ist aber sehr anspruchsvoll, denn unser Ziel ist ein weitgehend automatisiertes Verfahren.

III. Welche Fragen bleiben? Welche Fragen zur Auslegung und Anwendung des neuen Vergaberechts werden an uns herangetragen?

1. Bereitstellung der Vergabeunterlagen

Immer wieder tauchen Fragen zur Bereitstellung der Vergabeunterlagen auf. Der Grundsatz ist in § 41 Abs. 1 VgV festgehalten:

„Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können.“

Das gilt auch bei zweistufigen Verfahren – und zwar zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens, d.h. der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung über TED. Das ergibt sich schon aus den Richtlinien (Art. 53 Abs. 1 der VRL). Die Norm dient der Transparenz und ist sicher eine Herausforderung für einige öffentliche Auftraggeber. Entgegen einer Meinung, die vielfach vertreten wird, muss jetzt aber nicht jede vertrauliche Information uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können, das stellt § 41 Abs. 3 VgV klar:

„Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung an, welche Maßnahmen er zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen anwendet und wie auf die Vergabeunterlagen zugegriffen werden kann. Die Angebotsfrist wird in diesen Fällen um fünf Tage verlängert, es sei denn, die Maßnahme zum Schutz der Vertraulichkeit besteht ausschließlich in der Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung oder es liegt ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit gemäß § 15 Absatz 3, § 16 Absatz 7 oder § 17 Absatz 8 vor.“

2. E-Vergabe – Signaturpflichten?

Eine andere Frage, die immer wieder gestellt wird, betrifft elektronische Signaturen. Entgegen aller Behauptungen gibt es keine Verpflichtung zur elektronischen Signatur. Das ergibt sich klar aus § 53 Abs. 3 VgV:

„Der öffentliche Auftraggeber prüft, ob zu übermittelnde Daten erhöhte Anforderungen an die Sicherheit stellen. Soweit es erforderlich ist, kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur gemäß [...] zu versehen sind.“

Nur soweit es im Hinblick auf erhöhte Anforderungen an die Sicherheit erforderlich ist, kann der öffentliche Auftraggeber eine elektronische Signatur verlangen. Im Übrigen erfordert zivilrechtlich die Abgabe einer bindenden Willenserklärung eines Unternehmens (z.B. bei der Einreichung des Angebots) ebenfalls keine elektronische Signatur.

3. Verhandlungsverfahren auf der Grundlage von Erstangeboten

Häufig werden wir auch mit der Frage konfrontiert, ob denn das Verhandlungsverfahren stets auch ein Angebot verlange, über das verhandelt wird. Verhandelt wird auf der Grundlage von Erstangeboten, das ergibt sich aus § 17 Abs. 10 VgV:

„Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Ange-

botsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien.“

Anders verhält es sich beim wettbewerblichen Dialog. Für diesen braucht man zum Zwecke der Verhandlung kein Erstangebot, siehe § 18 Abs. 5 Satz 1 und 2 VgV:

„Der öffentliche Auftraggeber eröffnet mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog, in dem er ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Dabei kann er mit den ausgewählten Unternehmen alle Aspekte des Auftrags erörtern.“

IV. Welchen Herausforderungen müssen wir uns stellen?

1. Reform des Unterschwellenvergaberechts

Sie alle wissen, der Großteil der Vergaben betrifft den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte, und auch hier bedarf es dringend einer Modernisierung. Die Modernisierung im Oberschwellenbereich kann dabei als „Blaupause“ für den Unterschwellenbereich dienen.

Unser Plan im BMWi ist, in den neuen Regeln für den Unterschwellenbereich die Erleichterungen im Oberschwellenbereich und zusätzlich die bereits geltenden Erleichterungen des Unterschwellenbereichs jedenfalls für die Liefer- und Dienstleistungen zusammen zu führen.

Was die Frage des Inkraftsetzens dieser Regeln betrifft, ist die gleiche „Verweisungstechnik“ wie bisher geplant: der bloße Regelungstext wird, wie die VOL/VOB bisher, im Bundesanzeiger veröffentlicht. Über Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundes- und den Landeshaushaltsordnungen (oder ggf. über die Landesvergabegesetze) wird der Regelungstext (ggf. mit Modifikationen) für anwendbar erklärt. Für den 10. Oktober 2016 ist eine Anhörung geplant, dann werden wir den Text mit Ressorts und Ländern abstimmen. Das neue Regelwerk sollte möglichst Anfang nächsten Jahres in Kraft treten.

Allerdings besteht bei vielen Einzelfragen noch ein erheblicher Diskussionsbedarf. Das betrifft etwa die Regelungen zum Anwendungsbereich und den Rechtsschutz, oder zumindest eine ex ante-Unterrichtungspflicht. Wichtige Themen sind die Einführung der verpflichtenden E-Vergabe im Unterschwellenbereich (wir denken da an einen Stufenplan) und die Frage der Geltung des Regelwerks für freiberufliche Leistungen.



2. Einführung eines Wettbewerbsregisters

Ein weiteres Thema ist schließlich die mögliche Einführung eines „Wettbewerbsregisters“, manche würden es wohl eher „Korruptionsregister“ nennen. Die Modernisierung des Vergaberechts umfasste eine gesetzliche Regelung der Ausschlussgründe und des Instruments der Selbstreinigung. Allerdings bestehen für Auftraggeber nur unzureichende Möglichkeiten, das Vorliegen von Ausschlussgründen zu prüfen. Hinzu kommt die sehr heterogene Rechtslage in den Ländern, in einigen Ländern bestehen Korruptionsregister wie in Berlin, Hamburg, Bremen oder Nordrhein-Westfalen. Wir sehen daher Handlungsbedarf, um ein bundesweites zentrales Wettbewerbsregister einzuführen. Dies entspricht auch dem Auftrag der Justizministerkonferenz und der Wirtschaftsministerkonferenz der Länder. Die Eckpunkte der Bundesregierung zur Reform des Vergaberechts vom Januar 2016 fordern die Prüfung eines Registers. Allerdings ist die Einführung eines solchen Registers eine sehr anspruchsvolle Aufgabe. Zum einen handelt es sich um eine komplexe Materie mit hoher Grundrechtsrelevanz, zum anderen stellt sich die Frage, welche Bundesbehörde eine solche Aufgabe übernehmen könnte.

Meine Damen und Herren: Sie sehen, wir sind nach der Reform nicht arbeitslos geworden, die Arbeit geht weiter und dafür ist mir die Diskussion mit Ihnen wichtig!

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Statement



Reinhard Janssen

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Berlin

Die Auseinandersetzung mit der Vergaberechtsreform 2016 kommt zum jetzigen Zeitpunkt nicht ohne einen Rückblick aus, sodann werden erste Erfahrungen beleuchtet und schließlich der Blick nach vorne auf das gerichtet, was im Baubereich als nächstes ansteht.

I.

Der Rückblick auf die Reformarbeiten muss aus Sicht des Bundesbauministeriums in der Antwort auf die Frage bestehen, warum es weiterhin eine eigenständige VOB/A gibt, wo doch VOF und VOL/A unter das Dach der VgV geschlüpft sind bzw. sich in eine UVgO verwandeln. Die Bundesregierung hat sich im Eckpunktebeschluss zur Vergaberechtsreform im Januar 2015 wegen der Besonderheiten der Bauleistungen zu einer weiter fortbestehenden, eigenständigen VOB/A bekannt. Aber was sind diese Besonderheiten? Sie bestehen nicht darin, dass im Baubereich das eine oder andere Verfahrensdetail, wie z.B. das Nachfordern von Unterlagen, bisher und künftig anders ausgestaltet ist als im Bereich der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen. Die Besonderheiten bestehen vielmehr darin, dass die VOB nicht allein aus ihrem vergaberechtlichen Teil A besteht, sondern sie auch den vertragsrechtlichen Teil B und den „technischen“ Teil C umfasst. Diese drei Teile der VOB greifen ineinander. Erst durch die Zusammenschau von A, B und C wird bei den regelmäßig komplexen Bauleistungen klar, was genau geleistet werden soll, wie und mit welchen Unterlagen die Leistung beschrieben werden

soll, welche Leistungen vom angebotenen bzw. vereinbarten Preis umfasst sind, wie aufgemessen und abgerechnet wird. Dankenswerterweise hat der Geschäftsführer des forum vergabe e.V., Dr. Mark von Wietersheim, diese Zusammenhänge erst jüngst in der Gedächtnisschrift für Dr. Rüdiger Kratzenberg eindrucksvoll aufgezeigt.

Ich behaupte nicht, dass man die Vernetzung des Vergaberechts mit den Teilen B und C der VOB rechtsstechnisch nicht auch anders lösen könnte als aus der VOB/A heraus. Ich sehe aber eine große Gefahr für das System VOB insgesamt, wenn ihm mit dem Teil A gleichsam der Kopf abgeschlagen würde. Ein Wegbrechen der VOB würde im Baubereich zu großer Verunsicherung führen und dringend nötige Investitionen in Wohnungsbau und Verkehrsinfrastruktur behindern. Deshalb trete ich auch für den weiteren Fortbestand der VOB/A ein.

II.

Das neue Recht ist erst wenige Monate in Kraft. Gleichwohl gibt es neben den bei Neuerungen üblichen verfahrensorganisatorischen Anpassungen und einer allgemeinen, mit der künftigen Verpflichtung zur durchgehenden elektronischen Vergabe einhergehenden Verunsicherung auch bereits einige sehr konkrete Rechtsfragen, die uns beschäftigen.

So stellte sich beispielsweise die Frage, welcher Maßstab für den Ausschluss eines Unternehmens wegen fortdauernder mangelhafter Erfüllung eines vorhergehenden Auftrages anzulegen ist (vgl. § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A). Die mangelhafte Erfüllung muss „...zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge...“ geführt haben. Genügt es in diesem Zusammenhang, dass sich der Auftraggeber eines Schadensersatzanspruches berührt, oder muss Schadensersatz tatsächlich geleistet bzw. der Anspruch rechtskräftig festgestellt worden sein? Für die Rechtsfolge Schadensersatz ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, dass ein bloßes Behaupten eines Schadensersatzanspruches von vornherein nicht ausreichend sein kann. Der Wortlaut spricht davon, dass die Schlechtleistung zu Schadensersatz und nicht zu einer Schadensersatzpflicht geführt hat.

Etwas überraschend sind Auftraggeber mit der Frage an uns herangetreten, ob sie denn, nachdem der Anspruch der Bieter auf Teilnahme an der Submission durch den veränderten § 14 EU VOB/A abgeschafft wurde, diese freiwillig teilnehmen lassen dürfen. Der DVA hat diese Frage bei der Änderung der Vorschrift nicht diskutiert. Aus Sicht des Bundesbauministeriums bejahe ich sie. In § 55 VgV ist, wie bisher in der VOL/A und anders als in der VOB/A, die Anwesenheit der Bieter ausdrücklich ausgeschlossen. Begründet wird dies mit der Vertraulichkeit der Angebote, wohingegen die Anwesenheit Transparenz herstellen soll. Dieser Vertraulichkeitsaspekt war nicht das Motiv des DVA, den herkömmlichen Submissionstermin mit Anwesenheitsrecht der Bieter zu ändern.

Vielmehr haben sich öffentliche Auftraggeber darüber beklagt, dass zu den Terminen ohnehin kaum mehr Bieter erschienen, somit der mit der Vorbereitung der Termine für die Auftraggeber verbundene organisatorische und personelle Aufwand unnütz sei. Die Änderung soll Erleichterungen für den öffentlichen Auftraggeber schaffen, der künftig keine Räumlichkeiten mehr vorhalten muss, den Einlass nicht regeln muss usw. Es ist ihm aus meiner Sicht durch die VOB/A aber nicht verwehrt, diese organisatorischen Mühen freiwillig auf sich zu nehmen, wenn er sich von der öffentlichen Submission etwa eine befriedende Wirkung verspricht. Dann muss er aber die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung wahren und seine Absicht, eine öffentliche Submission durchzuführen, bekannt machen. Ungeachtet der Frage, ob Bieter nun teilnehmen oder nicht, bleibt im Baubereich die Transparenz der Submission erhalten. Die Ergebnisse werden den Bietern unverzüglich im Anschluss zur Verfügung gestellt.

Der DVA hat in § 16 EU Nr. 4 VOB/A (wie übrigens auch im Unterschwellenbereich) die von der Rechtsprechung bislang unterschiedlich behandelte Frage des Umgangs mit vorbehaltenen, nicht vorgelegten Unterlagen entschieden. Diese werden nicht nachgefordert! Nach Bekunden von Vergabestellen führt die Neuregelung zu einem vermehrten Ausschluss von Angeboten, weil Bieter vorbehaltene und dann angeforderte Unterlagen nicht vorlegen. Man wird beobachten müssen, ob sich Bieter hierdurch bewusst der Bindung an ihre Angebote entziehen.

Eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung schließlich wurde, soweit mir bekannt, im Bundeshochbau noch nicht gesichtet.



III.

Der vergaberechtliche Blick voraus richtet sich auf den Unterschwellenbereich. Das gilt auch für die VOB/A, obwohl hier im Gegensatz zum Liefer- und Dienstleistungsbereich wichtige Punkte bereits überarbeitet sind. Der DVA hat beispielsweise auch in den ersten Abschnitt der VOB/A nun eine Regelung zu Rahmenverträgen aufgenommen. Auch im Bereich des (Er)Öffnungstermins gibt es infolge der Änderungen im Oberschwellenbereich Anpassungen. Die Verfahrensregeln für die elektronische Vergabe wurden aus dem Oberschwellenbereich identisch übernommen, damit Vergabestellen ihre E-Vergabe-Plattformen einheitlich nutzen können. Der DVA hat sich aber bewusst dagegen entschieden, auch im Unterschwellenbereich eine Verpflichtung für die durchgängige elektronische Vergabe einzuführen. Vielmehr ist eine Wahlmöglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber vorgesehen.

Der überarbeitete erste Abschnitt der VOB/A wird am 1. Oktober mit der Gesamtausgabe der neuen VOB 2016 in Kraft treten.

Es besteht mittelfristig weiterer Überprüfungsbedarf im ersten Abschnitt der VOB/A. Neben redaktionellen Anpassungen wird man sich die Systematik der Eignungsprüfung anschauen müssen, die nun, jedenfalls auf den ersten Blick, deutlicher als bisher vom Oberschwellenbereich abweicht. Vor allem aber sollte man aus Sicht des Bundesbauministeriums auch hier den Gleichrang zwischen öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung nach Teilnahmewettbewerb einführen. Rechtliche Hindernisse bestehen nach unserer Meinung nicht. Der Begriff „öffentliche Ausschreibung“, wie er in § 55 BHO und § 30 Haushaltsgrundsatzgesetz verwendet wird, zielt nach der Entstehungsgeschichte nicht auf die Vergabeart öffentliche Ausschreibung im Sinne von VOB/A und VOL/A (bzw. UVgO). Er ist allgemeiner dahingehend zu verstehen, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb zu vergeben sind und dabei ein unbeschränkter Teilnehmerkreis („öffentlich“) angesprochen werden muss. Letzteres ist auch bei der beschränkten Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb der Fall.

Zum Schluss geht der Blick über das Vergaberecht hinaus und spannt zugleich den Bogen zum Beginn meiner Ausführungen und der Einheit der VOB. Abhängig davon, ob und in welcher Ausgestaltung der Deutsche Bundestag den Gesetzentwurf zur Einführung eines Bauvertragsrechts in das BGB beschließt, wird sich der DVA in der näheren Zukunft deutlich intensiver mit der VOB/B befassen müssen als mit dem Vergaberecht.

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Statement



Norbert Portz

Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

Kommunale Erfahrungen mit dem fristgerecht zum 18. April 2016 umgesetzten neuen Vergaberecht gibt es knapp ein halbes Jahr später erst wenige. Grund ist auch, dass die Auftraggeber ihre Vergabeverfahren oft noch vor dem 18. April „unter Dach und Fach“ gebracht haben. Erste kommunale Erfahrungen müssen sich insbesondere an den vom Bundeskabinett bereits 2015 beschlossenen Eckpunkten zur Vergaberechtsreform orientieren. Dort heißt es:

„Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts müssen einfach und anwenderfreundlich sein.“

1. Zur Struktur des neuen Vergaberechts

In der Schaffung einer neuen Struktur war der Deutsche Rechtsgeber, anders als beim Inhalt (1:1-Umsetzung), weitgehend frei. Folge ist, dass die Reform in der Struktur und nicht im Inhalt den größten Umbruch enthält:

Der 4. Teil eines jetzt erwachsen gewordenen GWB erfasst heute, etwa mit den Neuregelungen zur Vergabeart, zur Leistungsbeschreibung, zur Eignung, Selbstreinigung und zum Zuschlag, zentrale Punkte zum gesamten Ablauf des Vergabeverfahrens.

Auf der zweiten Stufe der Strukturreform regeln die fünf Rechtsverordnungen in Konkretisierung des GWB die Einzelheiten des Verfahrensablaufs. Der Wegfall der VOL/A-

EG und der VOF und deren Integration in die VgV werden von den Kommunen begrüßt. Dadurch werden bisher bestehende Divergenzen zwischen diesen Vergabeordnungen beseitigt.

Kommunale Praktiker kritisieren aber, dass sie die Verfahrensnormen sowohl auf der Ebene des GWB als auch der Vergabeordnungen suchen müssen. Diese Aufteilung erschwert die Anwendung des Vergaberechts, zumal die jeweilige Zuordnung zu GWB oder VgV keinem erkennbaren System folgt. Daher sollten künftig alle Verfahrensregeln einheitlich in eine Vergabeverordnung oder sogar in ein einheitliches Vergabegesetz integriert werden.

Zudem ist durch den Fortbestand der VOB/A-EU der Abschied von der Dreier-Kaskade und der Übergang zu einer Zweistufigkeit des Vergaberechts unvollkommen. Der Fortbestand der VOB/A-EU führt die Divergenz zwischen VgV und VOB/A-EU auch bei gleichen Sachverhalten fort (Beispiel: Nachfordern von Unterlagen). Für diese Unterschiede gibt es keine fachliche Notwendigkeit. Spätestens mit der Evaluation des Vergaberechts in zwei Jahren sollte daher das gesamte Vergabeverfahrensrecht vereinheitlicht und die VOB/A-EU sollte auch in die VgV integriert werden.

2. Inhaltliche Bewertung des neuen Vergaberechts

Erste inhaltliche Erfahrungen mit dem neuen Vergaberecht lassen sich in dem Satz zusammenfassen:

„Mehr Rechtssicherheit und Gestaltungsmöglichkeiten für Auftraggeber bei offen bleibenden Fragen.“

I. Mehr Rechtssicherheit bieten insbesondere folgende Punkte:

1. Nichtanwendung des Vergaberechts bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, § 108 GWB

Die Möglichkeiten zur Nichtanwendung des Vergaberechts bei öffentlich-öffentlichen Kooperationen wurden durch § 108 GWB gestärkt. Das „Wesentlichkeitskriterium“ für den Inhouse-schädlichen Drittumsatz ist auf 80 Prozent festgelegt worden. Die damit verbundene Rechtssicherheit begrüßen wir. Zudem reicht für das Inhouse-Geschäft jetzt ein „Betraut werden“ der juristischen Person durch den öffentlichen Auftraggeber aus. Die Klarstellung, dass sowohl „Tochter-Mutter- als auch Schwester-Schwester-Aufträge“ Inhouse-fähig sind, wird von den Kommunen ausdrücklich begrüßt.

2. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 GWB)

Rechtssicherheit für Kommunen für bestehende Verträge bringt auch die Regelung zu den „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“ in § 132 GWB. Die dort normierten fünf vergaberechtsfreien Tatbestände gehen über das bestehende Recht hinaus. Sie führen zu einem Mehr an Bestandsschutz für existierende Verträge, ohne dass neue Vergaben durchzuführen sind.

II. Modernisierung des Vergaberechts

Zur Innovation des Vergaberechts trägt auch die Einführung der E-Kommunikation bei. Sie führt für die Kommunen zu Zeit- und Kosteneinsparungen sowie zu einer Modernisierung des Verfahrens. Dennoch bleiben offene Fragen. Diese betreffen etwa das Spannungsverhältnis zwischen dem anonymen Abruf aller Vergabeunterlagen durch Dritte und dem Schutzbedürfnis des Auftraggebers an der Vertraulichkeit seiner Informationen.

III. Mehr Flexibilität

Positive Neuregelungen mit mehr Flexibilität beinhalten aus kommunaler Sicht insbesondere folgende Punkte:

1. Zuordnung des jeweiligen Auftragswertes in § 3 Abs. 2 VgV zu den eigenen Organisationseinheiten der Kommunen (Kita, Schule etc.). Auch die Regelung in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, wonach bei Planungsleistungen nur „gleichartige Leistungen“ addiert werden müssen, wird begrüßt. Insoweit ist aber bekannt, dass noch der Ausgang des EU-Vertragsverletzungsverfahrens „Stadt Elze“ offen ist.
2. Die freie Wahl von Auftraggebern zwischen offenem und nicht offenem Verfahren mit Teilnehmerwettbewerb sowie auch die Ausweitung des Verhandlungsverfahrens beinhalten gleichfalls ein Mehr an Flexibilität. Dies wird von den Städten und Gemeinden ausdrücklich begrüßt. Nötig ist aber eine Übertragung der freien Verfahrenswahl auch auf das Unterschwellenrecht der Bauleistungsvergaben.
3. Die Zulassung von Nebenangeboten auch dann, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist, lässt zwar auf eine vermehrte Zulassung von Nebenangeboten hoffen. Dennoch sollten Auftraggeber nicht zuletzt angesichts der BGH-Rechtsprechung vom 07. Januar 2014 bei qualitativen Vorgaben in ihren jeweiligen Leistungsverzeichnissen bei der Zulassung von Nebenangeboten auch Qualitätsmerkmale bei dem Zuschlagskriterium gewichten und werten.
4. Mehr Flexibilität und Gestaltungsmöglichkeiten liegen auch im Nachreichen, Vervollständigen und Korrigieren unternehmensbezogener Unterlagen nach § 56 VgV.

Diese Erweiterung vermeidet es bei aller schwierigen Grenzziehung im Einzelfall, das wirtschaftlichste Angebot rein aus formalen Gründen auszuschließen.

IV. Neuregelungen zur Eignung

Die Neuregelungen zur Eignung mit ihrer verbesserten inhaltlichen Strukturierung (zwingende, fakultative Ausschlussgründe, reduzierte Eignungsprüfung unter Wegfall von Zuverlässigkeit und Gesetzestreue) werden von den Kommunen begrüßt. Unsicherheiten bestehen aber bei der Anwendung der Einheitlichen Europäischen Eigenklärung. Im Übrigen wird wegen der unterschiedlichen Auffassungen zwischen der Bundesregierung und der EU-Kommission zur Verwendungspflicht der EEE wohl erst das Ergebnis eines EU-Vertragsverletzungsverfahrens Klärung bringen können.

V. Klarstellungen

Zu den ausdrücklich zu begrüßenden Klarstellungen im neuen Vergaberecht gehören die

- Regelungen zur Selbstreinigung und zum Ausschlusszeitraum bei nicht erfolgter Selbstreinigung (siehe Feuerwehrbeschaffungskartell) sowie
- die Neuregelung, wonach die Organisation, Qualifikation und die Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals dann Zuschlagskriterium sein kann, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.



VI. UVgO: Sinnvolles übertragen – Regelungen entschlacken

Für die Ausgestaltung des Unterschwellenvergaberechts sind aus kommunaler Sicht – auch zur Vermeidung eines länderrechtlichen „Flickenteppichs“ – drei Leitlinien maßgebend:

1. Sinnvolle Regeln aus dem Oberschwellenvergaberecht mit einem Mehr an Gestaltung müssen auf das Unterschwellenvergaberecht übertragen werden (Bsp. Wahl zwischen Öffentlicher und Beschränkter Vergabe mit Teilnahmewettbewerb).
2. Kein Mehr an Vergaberecht und keine 1:1-Angleichung zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenvergaberecht.
3. Weitere Erleichterungen im Unterschwellenvergaberecht: Ein „EU-vergaberechtliches Denken“ auch für das Unterschwellenrecht ist verfehlt.

VII. Fazit

Die Struktur des neuen Vergaberechts stellt, anders als von der Bundesregierung in ihren Zielen vorgegeben, keine Erleichterung dar. In seinem Inhalt bietet das neue Recht aber ein Mehr an Gestaltung und Rechtssicherheit bei gleichzeitig größerer Flexibilität. Dennoch bleiben Fragen offen. Daher gilt die Vergaberechtsweisheit: „Nach der Reform ist vor der Reform!“

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Statement

Dr. Helmut Wirner

Hochtief AG, Essen



Erste Erfahrungen mit dem neuen Vergaberecht aus Bietersicht

1. Aktuelle Situation in der Praxis

- Bislang nur wenig Erfahrungen, da die meisten derzeit aktuell laufenden öffentlichen Vergabeverfahren noch vor dem 18. April 2016 eingeleitet wurden und daher noch dem alten Recht unterliegen
- Bislang kein laufendes Nachprüfungsverfahren, das sich auf Vergabeverfahren nach neuem Recht beziehen würde

2. Allgemeiner erster Eindruck aus der Praxis

- Keine strukturelle Vereinfachung im Oberschwellenbereich aufgrund von
 - Gesetzesebene (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB),
 - Vielzahl an Verordnungen:
 - Vergabeverordnung (VgV)
 - Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)
 - Sektorenverordnung (SektVO)
 - Verordnung für Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)
 - VOB/A-EU

- Viel Kritik gab es bereits zum neuen Vergaberecht, insbesondere
 - es sei viel zu komplex, teilweise mit der Begründung einer zu hohen Vielzahl detaillierter Regelungen und deswegen zu großer Unübersichtlichkeit
 - es bereite viel Rechtsunsicherheit, da zahlreiche Detailfragen nicht oder zu unklar geregelt seien, genauere Regelungen seien erforderlich
- Dabei muss die Frage erlaubt sein, wie viel Regelungsdichte wünschenswert und zweckmäßig ist
- Insgesamt wurde mit den Neuregelungen viel erreicht, nämlich ein hoher Grad an Rechtssicherheit und weitere Unionsrechtskonformität; sicherlich muss sich auch vieles erst in der Praxis mit Hervorkommen von Literatur und case-law herausstellen
- Ziel des neuen Vergaberechts ist die
 - Umsetzung der Vergaberichtlinien 2014, namentlich:
 - Richtlinie 2014/24/EU („Vergaberichtlinie“)
 - Richtlinie 2014/25/EU („Sektorenrichtlinie“)
 - Richtlinie 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“)
 - sowie die Beseitigung von Defiziten aus der Umsetzung der
 - Richtlinien 2004/18/EG („Vergaberichtlinie 2014“) und 2004/17/EG („Sektorenrichtlinie 2004“) und der



- Nachprüfungsrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG jeweils i.d.F. der Richtlinie 2007/66/EG
- Viel case-law aus unionsrechtlicher Ebene ist nunmehr in deutlich klarere Regelungen gegossen, die die Rechtssicherheit erhöhen dürften.
- Bei Vergleich mit Situation in anderen Mitgliedsstaaten wird deutlich fortschrittliche Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland ersichtlich; Entscheidungen in anderen Mitgliedsstaaten (z.B. Höchststrichterliche Rechtsprechung in Ungarn) etwa mit dem Inhalt, für Vergabenachprüfungsmechanismen könnten keine unionsrechtlichen Vorgaben relevant sein und auch keine Vorabentscheidungen in Betracht gezogen werden,¹ wird deutlich, wie viel in Deutschland bereits erreicht wurde.
- Wesentliche Begrifflichkeiten sind nunmehr gesetzlich definiert bzw. in der Praxis aufgekommene Probleme sind im neuen Vergaberecht geregelt, was ebenfalls die Rechtssicherheit deutlich erhöhen dürfte, z.B.:
 - Konzessionsvergaben
 - Inhouse-Vergabe
 - Vergaberechtlich relevante Auftragsänderungen nach Zuschlagserteilung
 - Diverse unbestimmte Rechtsbegriffe bleiben, aber in der Praxis muss auch angemessene Flexibilität bleiben

3. Struktur des neuen Vergaberechts im Oberschwellenbereich

3.1. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

- Neuer 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, §§ 97-184) ist im Umfang stark gestiegen und enthält neben Vorgaben für Vergabeverfahren in Kapitel 1 weiterhin Vorschriften über den Vergaberechtsschutz in Kapitel 2
- 4. Teil des GWB enthält in § 98 GWB eine Erweiterung der vergebenden Stellen, die in den Anwendungsbereich des Oberschwellenvergaberechts fallen, um den Konzessionsgeber (§ 101 GWB)
- §§ 148-154 GWB enthalten Sonderregelungen, die bei Konzessionsvergaben zu beachten sind; für Konzessionsvergaben gilt darüber hinaus anders als für öffentliche Aufträge ein einheitlicher Schwellenwert (§ 106 GWB)

¹ Dazu Wirner in Festschrift für Fridhelm Marx, 2013, 840 ff., 870.

3.2. Verordnungsebene im Oberschwellenbereich (wichtige Neuerungen)

3.2.1. Vergabeverordnung

- Ebenfalls im Umfang stark gestiegen, deckt nunmehr auch Vergaben gemäß der VOL/A-EG und der VOF mit ab; VOL/A-EG und VOF entfallen daher künftig

3.2.2. Konzessionsvergabeverordnung

- Enthält erstmals detailliertere Regelungen für Konzessionsvergaben einschließlich Vergaben von Dienstleistungskonzessionen

3.2.3. VOB/A

- VOB/A bleibt in ihrer Gesamtheit gemeinsam mit VOB/B und VOB/C bestehen, da nur so ein einheitliches Verständnis der Leistungsbeschreibung für alle Bieter und insoweit einheitliches Verständnis sichergestellt werden kann
- Geänderter Aufbau der VOB/A, andere Bedeutung der „a“- und „b“-Paragraphen

4. Ausgewählte relevante Neuerungen und Änderungen aus Bietersicht

4.1. Wahl der Vergabeverfahrensart

4.1.1. Gleichrangigkeit des offenen und des nichtoffenen Vergabeverfahrens

- Oberhalb der Schwellenwerte können nunmehr das offene und das nicht offene Vergabeverfahren frei gewählt werden (§§ 119 Abs. 2 Satz 1 GWB, 14 Satz 1 VgV, 3a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A)
- Dies bedeutet zum Einen keinen Nachteil für den Wettbewerb, da dieser weiterhin europaweit geschaltet werden muss; die Gleichrangigkeit beider Verfahrensarten steht allerdings im Interesse aller Bewerber und Bieter, da wegen des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs beim nicht offenen Vergabeverfahren zunächst für Interessenten, deren Chancen auf Zuschlagserhalt wegen weniger hoher Eignung erhebliche Angebotserstellungskosten zunächst vermeiden können; für diejenigen Bieter, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, bestehen hingegen erhöhte Chancen auf Zuschlagserteilung, da vergleichsweise geringer Wettbewerb besteht.
- Unverändert weitgehend freie Wahl der Verfahrensart bei Sektorenvergaben (§ 13 Abs. 1 SektVO)

4.1.2. Neues Vergabeverfahren der Innovationspartnerschaft

- Neues Vergabeverfahren der Innovationspartnerschaft, § 3b EU Abs. 5 VOB/A; ebenfalls ein Vergabeverfahren mit vorhergehendem Teilnahmewettbewerb, aber: Vertragsdurchführung nach Zuschlagserteilung wird in zwei Phasen aufgeteilt:
 - Forschungs- und Entwicklungsphase
 - Leistungsphase
- Das Verfahren der Innovationspartnerschaft kann zulässigerweise gewählt werden, wenn die auftraggeberseitigen Bedürfnisse nicht durch am Markt verfügbare Bauleistungen abgedeckt werden können
- Abzuwarten bleibt, welche Bedeutung die Innovationspartnerschaft in der Praxis erfahren wird; wettbewerblicher Dialog hat bislang nur relativ geringe Bedeutung erlangen können.

4.1.3. Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb

- Verhandlungsverfahren ohne vorhergehenden Teilnahmewettbewerb bleibt auch weiterhin auf eng auszulegende Ausnahmefälle in seiner Anwendung beschränkt
- Nach Wortlaut des § 3a EU Abs. 3 Nr. 1 VOB/A kann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden, wenn in einem vorhergehenden offenen oder nicht offenen Vergabeverfahren keine ordnungsgemäßen oder annehmbaren Angebote unterbreitet wurden; eine „grundlegende Änderung“ der Vergabeunterlagen ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht mehr untersagt
- In richtlinienkonformer Auslegung des § 3a EU Abs. 3 Nr. 1 VOB/A unter Berücksichtigung von Art. 26 Abs. 4 lit. b) UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU muss allerdings auch weiterhin der Beschaffungsgegenstand in seiner ursprünglichen Identität, so wie er durch die veröffentlichte Vergabebekanntmachung definiert wurde, erhalten bleiben; eine erweiternde Auslegung des Anwendungsbereiches des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb kommt mithin auch weiterhin im Fall eines erfolglosen offenen oder nicht offenen Vergabeverfahrens nicht in Betracht.
- Richtlinie 2014/24/EU definiert darüber hinaus genauer, in welchen Fällen keine ordnungsgemäßen oder nicht annehmbaren Angebote unterbreitet wurden, nämlich wenn die Angebote
 - den Auftragsunterlagen nicht entsprechen
 - nicht fristgerecht eingegangen sind
 - nachweislich auf kollusiven Absprachen beruhen

4.1.4. Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

- Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist in seinem Ablauf erstmals detailliert geregelt, § 3b EU Abs. 3 VOB/A
- Dies ist aus Sicht der Praxis begrüßenswert, da so mehr Rechtssicherheit herbeigeführt wird in einem Vergabeverfahren, das auftraggeberseitig weitgehend flexibel ausgestaltet werden kann
- Keine zulässigen Verhandlungen über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien
- Bei entsprechendem Vorbehalt der Vergabestelle auch Zuschlag auf Erstangebot ohne Verhandlungen möglich

4.2. Eignung von Bewerbern und Bietern

- Das Unionsrecht kennt den bislang im deutschen Vergaberecht verwendeten Begriff der Zuverlässigkeit nicht; dieser wird im Zuge des neuen Vergaberechts nunmehr aufgegeben
- § 122 GWB übernimmt daher die unionsrechtliche Systematik, weshalb nunmehr zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen (§§ 122 Abs. 1, 123, 124 GWB) unterschieden wird
- § 122 Abs. 4 GWB definiert die Eignungskriterien
- Zum Nachweis der Eignung gilt der Vorrang von Eigenerklärungen (§ 48 Abs. 2 VgV)
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung dient der Nachweiserleichterung für die Bieter; Auftraggeber sind nicht verpflichtet, Einheitliche Europäische Eigenerklärungen zu verlangen
- Eignungsleihe ist nun erstmals in § 6d EU VOB/A geregelt, stützt sich dabei aber weitgehend auf bisherige EuGH-Rechtsprechung
- Eignungsleihe betrifft Fälle, in denen sich ein Bewerber/Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens berufen muss; dies ist nunmehr ausdrücklich auch für den Nachweis finanziell-wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit möglich (§ 6d EU Abs. 2 VOB/A); in diesem Fall kann der öffentliche Auftraggeber allerdings die gesamtschuldnerische Haftung des Drittunternehmens vorschreiben, was ihm auch anzuraten sein dürfte; auch diese Regelung dürfte für deutlich mehr Klarheit in der Praxis sorgen

4.3. Zuschlagskriterien, §§ 127 Abs. 1 GWB, 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A

- Preis ist als alleiniges Zuschlagskriterium auch weiterhin zulässig

- Als Zuschlagskriterium nunmehr aber auch zulässig ist die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung betrauten Personals, § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 lit. b) VOB/A; dieses neue Zuschlagskriterium ist kein Eignungskriterium auf der Ebene der wirtschaftlichen Angebotswertung, sondern vielmehr ein Angebotskriterium, d.h. kein „Mehr an Eignung“ auf der Ebene der Wirtschaftlichkeitsbewertung
- Doppelverwendung kommt allerdings auch nach neuem Recht nicht in Betracht, Qualität des zur Ausführung des Projektes vorgesehenen Personals ist Zuschlagskriterium, die Eignungsprüfung hingegen bezieht sich auf Personalressourcen

4.4. Nebenangebote, § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A

- Nebenangebote sind eine wichtige Möglichkeit für Bieter, sich im Wettbewerb vorteilhaft zu positionieren; für den Auftraggeber können sich im Wege von Nebenangeboten attraktive Aufgabenlösungen sowie beträchtliche Kostenvorteile ergeben.
- Neu ist, dass Nebenangebote nunmehr wohl auch dann zulässig sind, wenn alleiniges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ist (vgl. § 35 Abs. 2 Satz 3 VgV, Regierungsbegründung zu § 127 Abs. 1 GWB); dies erscheint vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben vertretbar; gemäß Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU hatten die Mitgliedsstaaten auch die Möglichkeit einer anderweitigen Regelung, wovon in Deutschland allerdings kein Gebrauch gemacht wurde.



- Im Fall von Nebenangeboten müssen die Zuschlagskriterien auf Haupt- und Nebenangebote passen und entsprechend der bisherigen BGH-Rechtsprechung aussagekräftig sein und ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten über Mindestanforderungen hinaus mit dem für Hauptangebote vorausgesetzten Standard zu vergleichen.
- Sofern nach Neuregelung nunmehr tatsächlich Nebenangebote auch dann zulässig sind, wenn alleiniges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ist, muss nunmehr auch in diesen Fällen eine Qualitätsprüfung durchgeführt werden; dies dürfte in der Praxis zu Problemen führen.
- Das Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ allein hat den Vorteil, transparent und vergleichsweise einfach handelbar zu sein; aus Bietersicht mag es allerdings den Nachteil mit sich bringen, dass ein reiner Preiswettbewerb entsteht, der wenig Raum für Innovationen lässt.

4.5. Wirksamkeit von „Direktvergaben“

- Grundsatz gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB: Nicht gesetzlich gestattete „Direktvergabe“ ohne vorherige Bekanntmachung im EU-Amtsblatt ist von Anfang an unwirksam, wenn Verstoß im Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde
- Antrag auf Feststellung muss innerhalb von 30 Kalendertagen nach Information des öffentlichen Auftraggebers an betroffene Bewerber/Bieter erfolgen, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss (§ 135 Abs. 2 Satz 1 GWB)
Aber: Bei Bekanntmachung der Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt muss Antrag innerhalb von 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung erfolgen (§ 135 Abs. 2 Satz 2 GWB)
- Neuregelung des § 135 Abs. 3 GWB: Bei Bekanntmachung der Absicht des Vertragsabschlusses im EU-Amtsblatt kann Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages nur festgestellt werden, wenn Vertrag vor Ablauf von 10 Kalendertagen ab Veröffentlichung geschlossen wurde

4.6. Inhouse-Vergaben, § 108 Abs. 1-5, 7 und 8 GWB

- Vergaberechtsfreie Inhouse-Vergaben erstmals normiert, was im Sinne von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu begrüßen ist, auch wenn sicherlich diverse Einzelfragen einer Klärung durch die Rechtsprechung vorbehalten bleiben
- Grundsätze der Inhouse-Vergabe gelten nur für öffentliche Auftraggeber, öffentliche Sektorenauftraggeber und öffentliche Konzessionsgeber, Inhouse-Grundsätze gelten jedoch nicht für private Sektorenauftraggeber oder Konzessionsgeber

4.7. Zwischenbehördliche Zusammenarbeit, § 108 Abs. 6, 8 GWB

- gilt nicht für private Sektorenauftraggeber (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB) bzw. solche Konzessionsgeber (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GWB)
- gilt im Fall von Verträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern, öffentlichen Sektorenauftraggebern und solchen Konzessionsgebern über Zusammenarbeit zwecks Ausführung öffentlicher Dienstleistungen, der ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und wenn die öffentliche Vergabestelle auf dem Markt weniger als 20 % der von der Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringt
- erhebliche Klarstellung im Detail durch Rechtsprechung zu erwarten

4.8. Regelung von Auftragsänderungen nach Zuschlagserteilung, §§ 132 GWB, 22 EU VOB/A)

- Erstmals explizite Regelung eines ursprünglich durch die Rechtsprechung ausgeformten Fragenkreises
- Zentrale Strukturen gehen auf bisherige EuGH-Rechtsprechung zurück
- Auslegungsschwierigkeiten beherrschbar, dürfte ebenfalls zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen, allerdings erhebliche Klarstellungen durch die Rechtsprechung insbesondere zur Frage der Wesentlichkeit der Auftragsänderung

4.9. Konzessionsvergaberecht

- Bislang vergaberechtliche Vorgaben nur für Baukonzessionen im Anwendungsbereich der früheren Vergaberichtlinie 2004 bzw. der früheren Sektorenrichtlinie 2004, aber keinerlei vergaberechtliche Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen
- Ergebnis der bisherigen Situation: erhebliche Rechtsunsicherheit, Probleme bei Abgrenzung Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession, Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedliche Anwendung der relevanten primärrechtlichen Grundsätze in den einzelnen Mitgliedsstaaten
- Zunächst kam es 2014 zu Regelungen auf unionsrechtlicher Ebene in der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU mit den Zielen der
 - Normierung aus Primärrecht abgeleiteter Grundsätze und Details zur Bestimmung des Anwendungsbereiches des Konzessionsvergaberechts
 - Erhöhung der Rechtssicherheit durch einheitliche Ausgestaltung des Vergabeverfahrens
 - Verbesserten Rechtsschutzmöglichkeiten
- Umsetzung der Konzessionsvergaberichtlinie in deutsches Recht durch

- Regelungen im 4. Teil des GWB, nämlich
 - gleichermaßen für Vergabe von Aufträgen und Konzessionen geltende Vorschriften, §§ 97-114 GWB,
 - besondere Regelungen für die Konzessionsvergabe, §§ 148-154 GWB,
 - Regelungen zu Nachprüfungsverfahren, §§ 155-184 GWB)
- Verordnung über die Vergabe von Konzessionen mit Verfahrensregelungen für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen
- Definition des Begriffes der Konzession in § 105 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB:
 - Betrauung eines Wirtschaftsteilnehmers mit der Erbringung einer Bauleistung bzw. Erbringung/Verwaltung einer Dienstleistung,
 - Gegenleistung besteht entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Leistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung
- Zentrales Abgrenzungskriterium zwischen Konzessionen und öffentlichen Aufträgen ist das Betriebsrisiko; Kriterien gehen auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung zurück, doch findet sich in den Regelungen auch weiterhin keine Regelung von Höhe und Umfang des zu übernehmenden Betriebsrisikos, hierfür ist einzelfallabhängige Betrachtung erforderlich
- Konzessionen haben grundsätzlich eine Laufzeit von 5 Jahren (§ 3 KonzVgV)
- Neue Regelungen über Bekanntmachungspflichten (§§ 121, 151, 152 GWB; §§ 15 ff. KonzVgV) bedeuten erhebliche Verschärfung im Vergleich zu bisherigen Anforderungen

4.10. Vergabenachprüfungsverfahren

- Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz einschließlich Informations- und Wartepflicht (§§ 154 Nr. 4 GWB, 134 GWB, 30 KonzVgV) gelten uneingeschränkt auch für Konzessionsvergaben (§ 155 GWB)
- Deutliche Verbesserung insbesondere für Dienstleistungskonzessionen
- Bezüglich Rügeobliegenheit ersetzt § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB die frühere Regelung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB
- Rügen sind nunmehr innerhalb von 10 Kalendertagen zu erheben anstatt „unverzüglich“, was bislang zwischen 1-3 Tagen oder 1-2 Wochen bedeuten konnte (was allerdings vor dem Hintergrund der neueren EuGH-Rechtsprechung bedenklich war)

Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

Statement



Malte Müller-Wrede

Müller-Wrede & Partner, Berlin

Funktionale Spielräume und der Preis oder die Kosten als einziges Zuschlagskriterium

Die Festlegung des niedrigsten Preises als alleiniges Zuschlagskriterium konfligiert nach der Rechtsprechung zur früheren Rechtslage mit der Einräumung von funktionalen Spielräumen bei der Angebotserstellung. Die Vergaberechtsreform 2016 gibt für die Lösung dieses Konflikts bedauerlicherweise keine befriedigenden Antworten.

Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13) sei eine wettbewerbskonforme Wertung von Nebenangeboten nicht gewährleistet, wenn für den Zuschlag allein der Preis maßgeblich sei. Denn hierdurch würden qualitative Nachteile eines den Mindestanforderungen genügenden Nebenangebots gegenüber dem Hauptangebot nicht in der Angebotswertung berücksichtigt. Eine mögliche Folge dieses Mangels könne sein, dass der Zuschlag auf ein sog. Abmagerungsangebot zu erteilen sei. Dies aber widerspreche dem Wirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsgebot. Dieser Mangel könne auch nicht durch die von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2011 – 1 Verg 10/10; OLG München, Beschluss vom 09.09.2010 – Verg 16/10) vorgesehene Prüfung eines Gleichwertigkeitskriteriums geheilt werden. Ein solches Kriterium erfülle nicht die Transparenzanforderungen, „da für die Bieter bei Angebotsabgabe nicht mehr mit angemessenem Sicherheitsgrad voraussehbar ist, welche Varianten die Vergabestelle bei der Wertung noch als gleichwertig anerkennen wird und welche nicht mehr.“ Die Vergabepaxis hat sich in der Folge

sog. Alibikriterien bedient (vgl. Allgemeines Rundschreiben Straßenbau Nr. 07/2013 des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 7.5.2013). Hierbei handelt es sich um qualitative Kriterien, die in der Weise gestaltet sind, dass sie ohne Einfluss auf die Angebotswertung bleiben. Eine solche „Nahezu-Niedrigstpreisvergabe“ hat die Rechtsprechung indes als unzulässig verworfen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.11.2013 – VII-Verg 20/13).

Die neuen vergaberechtlichen Bestimmungen bieten keine praxisgerechte Lösung an. Immerhin stellt der Normgeber in § 35 Abs. 2 VgV und § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 6 VOB/A nunmehr klar, dass Nebenangebote auch zugelassen oder vorgeschrieben werden können, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind. Da das Wettbewerbs- und das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB nach wie vor zu beachten sind, stellt sich die Frage, wie die Regelungen mit diesen Prinzipien in Einklang zu bringen sind. Vorschläge hierzu finden sich in der Gesetzes- und der Verordnungsbegründung. Nach dem Willen des Gesetzgebers solle der Auftraggeber im Falle der Niedrigstpreis- oder Niedrigstkostenvergabe „als Korrektiv“ Mindestanforderungen festlegen, die Nebenangebote erfüllen müssen, um berücksichtigt zu werden (BT-Drs. 18/6281, 113). Der Verordnungsgeber ergänzt dies insoweit, als die Mindestanforderungen im Falle der Niedrigstpreisvergabe „besonders sorgfältig“ festgelegt werden sollten (BR-Drs. 87/16, 188). Der Weg über die Festlegung konkreter Mindestbedingungen führt allerdings zwangsläufig zu einer Vorfestlegung des Auftraggebers. Das Instrument der Nebenangebote verliert hierdurch an Innovationskraft. Dabei sollen Auftraggeber nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, 112) gerade „aufgrund der Bedeutung von Innovation ... Nebenangebote so oft wie möglich zulassen“. Dicks (VergabeR 2016, 309, 313 f.) schlägt zur Lösung vor, die qualitativen Abweichungen von Nebenangeboten durch die Festlegung von Qualitätskriterien zu erfassen. Im Ergebnis läuft dies allerdings auf das vom Auftraggeber gerade nicht gewünschte Ergebnis hinaus, die Angebote neben dem Preis oder den Kosten nach qualitativen Kriterien bewerten zu müssen.

Ebenfalls unzulässig ist die Vergabe ausschließlich nach dem niedrigsten Preis nach der bisherigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11.12.2013 – VII-Verg 22/13) bei einer (teil-)funktionalen Ausschreibung. Denn der Preis sei als alleiniges Zuschlagskriterium wegen des qualitativen Elements der (teil-)funktionalen Ausschreibung „ungeeignet“, da eine allein am Preis ausgerichtete Wertung der Angebote qualitative Elemente nicht berücksichtige. Diese Rechtsprechung spiegelt sich in den neuen vergaberechtlichen Regelungen nicht wider. Der deutsche Normgeber hat von der nach Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU zulässigen Beschränkung der Niedrigstpreis- oder Niedrigstkostenvergabe lediglich für die Vergabe im Wege der Innovationspartnerschaft (§ 19 Abs. 7 S. 1 VgV, § 3b Abs. 5 Nr. 6 S. 2 VOB/A) und die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (§ 76 Abs. 1 S. 1 VgV) Gebrauch gemacht. Anders

als im österreichischen Bundesvergabegesetz (§ 79 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BVerG) sehen die vergaberechtlichen Regelungen keinen Ausschluss der Niedrigstpreis- oder Niedrigstkostenvergabe für (teil-)funktionale Ausschreibungen vor. Lediglich in der Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 GWB (BT-Drs. 18/6281, 111 f.) stellt der Gesetzgeber klar, dass der Auftraggeber „insbesondere bei der Beschaffung von nicht-marktüblichen, nicht standardisierten Leistungen“ seine Vergabeentscheidung „in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien wie z. B. Qualität, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Lieferfrist oder Ausführungsdauer stützen“ werde. Folglich kann die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nach der Vergaberechtsreform 2016 nicht uneingeschränkt aufrechterhalten werden. Für die Vergabepaxis verbleiben allerdings Unsicherheiten, ab welchem Umfang die funktionalen Spielräume einer Ausschreibung eine Niedrigstpreis- oder Niedrigstkostenvergabe ausschließen.

Bewertungsmethoden und das Gebot der Transparenz

Die frühere Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2009 – VII-Verg 10/09) betonte, dass der Auftraggeber für die Angebotswertung „kein bis in letzte Unterkriterien und deren Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem aufstellen“ müsse. „Auf der letzten Ebene der Angebotswertung“ verbleibe dem Auftraggeber vielmehr ein Wertungsspielraum, der nicht dadurch eingeschränkt werden dürfe, dass der Auftraggeber „im Voraus in mehrstufige Unterkriterien und entsprechende Gewichtungen aufgegliederte Bewertungsregeln aufzustellen und diese den Bietern in der Regel mit



der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekanntzugeben“ habe. Von diesem Wertungsspielraum ist nach der neueren Rechtsprechung indes nicht viel geblieben. Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 15.06.2016 – VII-Verg 49/15) fordert nunmehr, dass die bekanntgegebene Bewertungsmethode den Bietern ermöglichen muss, „im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des Kriterienkatalogs und konkreter Kriterien aufweisen müssen“, um mit den festgelegten Wertungsstufen (z.B. Schulnoten) bewertet zu werden.

Im Hinblick auf diese strengen Maßstäbe kann es für den Auftraggeber erwägenswert sein, auf die Veröffentlichung der Bewertungsmethode zu verzichten. Nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2014 – VII-Verg 36/13; OLG Celle, Urteil vom 23.02.2016 – 13 U 148/15) hat der Auftraggeber allerdings die „Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungsregeln oder Bewertungsmatrizen [...] vollständig offen zu legen“, wenn er solche aufgestellt hat. Einer uneingeschränkten Veröffentlichungspflicht von Bewertungsmethoden hat der EuGH (Urteil vom 14.07.2016 – C-6/15, „Dimarso“) indes in einer neuen Entscheidung eine Absage erteilt. Danach seien Auftraggeber nach der Vergaberichtlinie 2004/18/EG nicht verpflichtet, „den potenziellen Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder in den entsprechenden Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode, die er zur konkreten Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, zur Kenntnis zu bringen“. Die Methode dürfe aber „keine Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung bewirken.“ Es ist davon auszugehen, dass sich die Nachprüfungsinstanzen dieser Rechtsprechung anschließen werden, wenngleich sich die VK Südbayern (Beschluss vom 30.08.2016 – Z3-3-3194-1-28-07/16) in einem obiter dictum kritisch auf diese Rechtsprechung ein-



gelassen hat. Denn weder die neue europäische Vergaberichtlinie 2014/24/EU noch die reformierten deutschen vergaberechtlichen Bestimmungen sehen eine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Bewertungsmethoden vor.

Sind Auftraggeber überhaupt verpflichtet, eine Bewertungsmethode aufzustellen? Der Gesetzgeber geht hiervon ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 GWB (BT-Drs. 18/6281, 111) aus, ohne dies aber zu normieren: „§ 127 Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass es sich beim Zuschlag um eine Wertungsentscheidung handelt. Während die Eignung eines Bewerbers oder Bieters grundsätzlich absolut festgestellt wird [...], sind die Zuschlagskriterien vom öffentlichen Auftraggeber mit einer Wertungsskala zu versehen und Kriterien für die Beurteilung im Rahmen dieser Wertungsskala festzulegen.“ Es kann vertreten werden, dass eine solche Verpflichtung aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und des Willkürverbotes abzuleiten ist. Mit der früheren Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2009 – VII-Verg 10/09), wonach der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, „im Voraus in mehrstufige Unterkriterien und entsprechende Gewichtungen aufgegliederte Bewertungsregeln aufzustellen“, verträgt sich eine uneingeschränkte Verpflichtung zur Aufstellung einer Bewertungsmethode indes nicht.

Letztlich ist die praktische Relevanz der Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Dimarso“ fraglich. Denn die Gestaltung der Bewertungsmethode nimmt in aller Regel Einfluss auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien mit der Folge, dass eine Veröffentlichungspflicht der Bewertungsmethode auch nach der „Dimarso“-Rechtsprechung regelmäßig besteht (hierzu instruktiv Ferber, VergabeNavigator 6/2016, 10). Beispielsweise hat die VK Südbayern (Beschluss vom 30.8.2016 – Z3-3-3194-1-28-07/16) eine Veränderung der festgelegten Gewichtung jüngst daraus abgeleitet, dass die Angebote im konkreten Fall bei der Bewertung des Preises „unverhältnismäßig“ große Punktabzüge erlitten, wenn sie von dem preisgünstigsten Angebot abwichen. Dies habe zu einer „faktischen“ Erhöhung der Gewichtung des Preiskriteriums geführt.

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen
Beirats des forum vergabe e.V. –**

Moderation und Einführung



Prof. Dr. Martin Burgi

Forschungsstelle für Vergaberecht der Ludwig-Maximilians-Universität München

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

im Namen des Wissenschaftlichen Beirats darf ich Sie herzlich zu unserer Diskussionsveranstaltung begrüßen und meiner Freude darüber Ausdruck verleihen, dass Sie unser Angebot dem wunderschönen Herbstwetter vorgezogen haben. Wir wollen uns mit dem Thema „Rechtsschutz im Vergaberecht“ befassen, und zwar anhand von fünf Statements aus wissenschaftlicher Perspektive. Dabei wird es in den ersten drei Beiträgen (von Professor Pünder, Professor Wollenschläger und Professor Ziekow) um die künftige Situation des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte gehen, während sich unser zivilrechtlicher Kollege Professor Kling mit dem Sekundärrecht beschäftigen wird und Frau Kollegin Professor Gurlit abschließend mit Rechtsschutzproblemen im Zusammenhang mit Zuwendungsbescheiden.

Nach ursprünglicher Planung sollte im Mittelpunkt dieses Podiums die von der EU-Kommission dem Anschein nach ins Auge gefasste etwaige Reform der Rechtsmittelrichtlinien stehen. Allerdings sind im Anschluss an die mittlerweile abgeschlossene europaweit durchgeführte Konsultation darüber, wie man die Effektivität des Rechtsschutzes verbessern könnte, noch keine neuen Erkenntnisse veröffentlicht worden, weswegen jede weitere Beschäftigung mit dieser Thematik spekulativen Charakter trüge. Immerhin sei der Hinweis gegeben, dass aus deutscher Sicht bei einer diesbezüglichen Reform besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden müsste, den Rechtsschutz zugunsten deutscher Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu verbessern. Vielfach bestehen

beispielsweise Gebühren- und Kostenregelungen, die durchaus als prohibitiv bezeichnet werden können, teilweise sind die Nachprüfungsinstanzen und Gerichte nicht hinreichend mit Personal und know-how ausgestattet. Eine juristische Reformforderung aus deutscher Sicht könnte ferner dahin gehen, das im deutschen Verfassungsrecht seit langem verankerte Prinzip des sog. Vorrangs des Primärrechtsschutzes auch in den EU-Rechtsmittelrichtlinien zu verankern. Dies würde der in mehreren anderen Mitgliedstaaten zu beobachtenden Praxis, den Rechtsschutz „primär“ auf der Schiene des Schadenersatzes zu entfalten, entgegenwirken.

Die gegenwärtige Situation des Rechtsschutzes in europäischer Perspektive spiegelt wie ein Brennglas den Zustand, in dem sich die Europäische Union bedauerlicherweise auf der politischen Ebene befindet und der geprägt ist durch schwindende Rechtstreue und schwindendes Vertrauen. Im Vergaberecht äußert sich die schwindende Rechtstreue darin, dass eine nach wie vor zweistellige Zahl von Mitgliedstaaten keine einzige der drei Richtlinien umgesetzt hat, weswegen die Kommission (richtigerweise) zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hat. Das schwindende Vertrauen im Verhältnis zwischen den Organen der Union und den Mitgliedstaaten zeigt sich m.E. darin, dass die Kommission nicht nur Forschungsvorhaben ausschreibt, mit denen der Stand der Evaluation der Mitgliedstaaten gleichsam kontrollierend beleuchtet werden soll; seit neuestem möchte sie überdies wissen, warum namentlich in der Bundesrepublik Deutschland ein angeblich zu niedriger Anteil von öffentlichen Aufträgen europaweit ausgeschrieben wird. Vorhaben dieser Art erscheinen aus der ja seit Jahrzehnten föderal geprägten deutschen Perspektive im Verhältnis zwischen dem Bund und einzelnen Bundesländern kaum vorstellbar. Glücklicherweise scheint es aber ja für die Verbes-



serung des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte weiterführende Impulse aus dem Europarecht zu geben, von denen wir gleich hören werden.

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen
Beirats des forum vergabe e.V. –

Statement

Elke Gurlit

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz



Rechtsschutz bei zuwendungsrechtlicher Vergaberechtspflicht

Das Verhältnis des Vergaberechts zu anderen Rechtsmaterien wirft vielfach Probleme auf. Dies gilt zum einen, wenn im Vergabeverfahren die Frage entsteht, inwieweit andere Rechtsmaterien für die Prüfung der Gebote heranzuziehen sind. Ein bekannter Streitfall ist etwa die Frage, ob das Gebot eines kommunalen Unternehmens zurückzuweisen ist, das gegen die kommunalwirtschaftsrechtlichen Zulassungsbeschränkungen verstößt. Wird dies in der vergaberechtlichen Judikatur vor allem des OLG Düsseldorf bejaht,¹ so wittert das OVG Münster eine Rechtswegusurpation für kommunalrechtliche Fragen durch die Vergabegerichte.² Im Schrifttum treffen demgemäß diejenigen, die das Vergaberecht als Planet, die außervergaberechtlichen Materien hingegen als seine untergeordneten Trabanten sehen,³ auf die gegenläufige Mahnung, das Vergaberecht könne „nicht der Schlüssel für die Lösung sämtlicher Rechtsprobleme in dieser komplexen Welt sein“.⁴

¹ OLG Düsseldorf NZBau 2000, 155, 156 – AWISTA; NZBau 2002, 626, 628 f. – DAR; B. v. 13.8.2008 – VII Verg 42/07 –, Rn 22 ff. (juris) – RVR, die jeweils dieses Ergebnis zusätzlich auf den wettbewerbsschützenden Gehalt der kommunalrechtlichen Regelungen stützen; s.a. OLG Düsseldorf NZBau 2012, 252, 254 f. – H MV-Rohschlackeentsorgung; OLG Düsseldorf NZBau 2014, 57, 60 f. – Polizeiwache; ähnlich auch VK Lüneburg, B.v. 31.8.2005 – VgK 35/2005 – Rn 40 ff. (juris).

² OVG Münster NVwZ 2008, 1031.

³ Dreher, NZBau 2013, 665.

⁴ Burgi, NZBau 2003, 539, 543.

Probleme entstehen aber ebenso in der entgegengesetzten Konstellation, wenn die Berücksichtigung des Vergaberechts in anderen Materien in Frage steht. Seit geraumer Zeit sorgt vor allem die sog. zuwendungsrechtliche Vergabereichtspflicht für Konflikte: Das Vergaberecht wandert in das Subventionsrecht hinein und stellt dieses vor die Herausforderung, seine eigentlichen Zwecksetzungen zu wahren.⁵

1. Die Begründung einer zuwendungsrechtlichen Vergabereichtspflicht

Bewilligungsbescheide der Länder und Kommunen werden regelmäßig mit den jeweils geltenden Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) oder zur institutionellen Förderung (ANBest-I) verbunden, die den Zuwendungsempfänger bei der Vergabe von Aufträgen an Dritte zur Beachtung des Vergaberechts verpflichten. Die ANBest-P sind auf § 44 BHO bzw. § 44 LHO beruhende Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung, die durch die Einbeziehung zum Bestandteil des Zuwendungsbescheids werden. Mit der Bezugnahme wird nicht im Wege einer bloßen Rechtsgrundverweisung auf die geltende Rechtslage hingewiesen. Der Zuwendungsgeber will vielmehr – entsprechend den haushaltsrechtlichen Vorgaben – die wirtschaftliche Verwendung der Fördermittel erreichen. Es ist deshalb regelmäßig Zweck der Einbeziehung, die Beachtung des Vergaberechts für diejenigen anzuordnen, die ansonsten einer Vergabereichtspflicht nicht unterliegen, wenngleich nicht ausgeschlossen ist, auch



⁵ Hierin unterscheidet sich die Konstellation von der Erweiterung des Auftraggeberbegriffs in § 99 Nr. 4 GWB, der Zuwendungsempfänger unter den dort genannten Voraussetzungen in das GWB-Vergaberecht einbezieht.

den als Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 GWB vergaberechtlich gebundenen Kommunen im Zuwendungsverhältnis die Beachtung des Vergaberechts aufzuerlegen.⁶ Als Bestandteil des Zuwendungsbescheids begründen die ANBest-P und ANBest-I konstitutiv in der Form einer Auflage i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG eine sog. zuwendungsrechtliche Vergabereichtspflicht.⁷ Die Auflage ist mit der Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids wirksam.⁸ Soweit mit ihr allein das Ziel verfolgt wird, den Grundsatz der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel durchzusetzen, ist sie auch sachgerecht i.S.v. § 36 Abs. 3 VwVfG, sodass für den Zuwendungsempfänger kein Anlass zur Anfechtung besteht.

2. Vergaberechtsverstoß als Widerrufsgrund

Da Zuwendungsempfänger typischer Weise soziale oder gemeinnützige Einrichtungen wie etwa Betreiber von Kindergärten sind, die mit den intrikaten Anforderungen des Vergaberechts nicht vertraut sind, kommt es allerdings nicht selten zu Vergaberechtsverstößen. Mit dem Auflagenverstoß setzt der Zuwendungsempfänger einen Widerrufsgrund i.S.v. § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG. Vor einem Widerruf des Bescheids und einer Rückforderung der Förderung gemäß § 49a VwVfG ist der Empfänger selbst dann nicht geschützt, wenn der Vergaberechtsverstoß erst Jahre später vom Rechnungshof oder Rechnungsprüfungsamt aufgedeckt wird. Denn der Lauf der Jahresfrist für einen Widerruf gemäß § 49 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG bestimmt sich nach gefestigter Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt, zu dem der Behörde sämtliche für die Entscheidung über den Widerruf relevanten Tatsachen bekannt sind (Entscheidungsfrist).⁹ In der Folge droht dem Zuwendungsempfänger allein wegen des Verstoßes ge-

⁶ OVG Münster NVwZ-RR 2012, 671, 673; NVwZ-RR 2006, 86, 87; VG Augsburg VergabeR 2016, 526 m. Anm. Pinkenburg/Zawadke = BeckRS 2016, 43243 Rn. 30: Bejahung des Auflagencharakters auch bei einem ohnehin an das Vergaberecht als Auftraggeber gebundenen Zuwendungsempfänger mit der Erwägung, dies diene dem Ziel, im Zuwendungsverhältnis möglichst weitgehende Konsequenzen aus einem Vergaberechtsverstoß ziehen zu können. Zuwendungsrechtlich könnte deshalb auch für Förderungen der nach § 108 GWB freigestellten öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit Vergabereichtspflichten begründet werden, s.a. Mayen, NZBau 2009, 98, 99; a.A. Dreher, NZBau 2008, 154; Hövelberndt, NZBau 2016, 9, 10 f.

⁷ OVG Münster NVwZ-RR 2012, 671, 673; NVwZ-RR 2009, 57; NVwZ-RR 2006, 86, 87; VG Düsseldorf ZfBR 2014, 178, 180; Mayen, NZBau 2009, 98 f.; Attendor, NWVBl. 2007, 293; Kautz, BayVBl. 2010, 264, 268.

⁸ Umstritten ist die Konstellation, in der vom Zuwendungsempfänger Aufträge entgegen dem Vergaberecht vor dem Erlass des Bewilligungsbescheids, aber nach der behördlichen Genehmigung des förderunschädlichen vorzeitigen Beginns vergeben werden. Während teilweise vertreten wird, der Empfänger handele auf eigenes Risiko (Attendor, NVwZ 2006, 991, 992; BGH NZBau 2012, 131, 133, allerdings in einer zivilrechtlichen Variante), wird zu Recht überwiegend angenommen, die Auflage werde erst mit dem Bewilligungsbescheid wirksam, habe keine rückwirkende Kraft und sei demgemäß nicht mehr erfüllbar, VG Düsseldorf ZfBR 2014, 178, 181; VG Köln ZfBR 2014, 170, 173; Kautz, BayVBl 2010, 264, 265.

⁹ BVerwGE 70, 356, 362 ff.; 112, 360; 100, 199 ff., 202; s.a. BVerwG NVwZ-RR 2012, 933. Demgegenüber plädiert das Schrifttum vielfach für eine Bearbeitungsfrist, die auf den Zeitpunkt der Kenntnis der für einen Widerrufsgrund maßgeblichen Tatsachen abstellt, so Ruffert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 24 Rn. 22.

gen vergaberechtliche Vorschriften die Rückforderung der gesamten Fördersumme,¹⁰ unter Umständen zuzüglich happiger Zinszuschläge gemäß § 49a Abs. 3 VwVfG.¹¹

3. Überlagerung des Zuwendungsrechts um vergaberechtliche Zielsetzungen?

Das nach § 49 Abs. 1 VwVfG der Behörde eingeräumte Widerrufsermessen erscheint als der natürliche Ort für die Suche nach einer Konfliktlösung. Allerdings geht die subventionsrechtliche Rechtsprechung davon aus, bei einem Widerruf nach § 49 Abs. 3 VwVfG liege ein Fall des intendierten Ermessens vor, da der Grundsatz der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel im Regelfall die Aufhebung und Rückforderung von Subventionen gebiete.¹² Diese nicht unproblematische Annahme, die das „kann“ in § 49 Abs. 1 VwVfG in ein „soll“ uminterpretiert,¹³ soll nach Meinung der Gerichte auch bei einem Auflagenverstoß gegen die Vergaberechtspflicht zum Tragen kommen. Zwar kann ausnahmsweise ein Widerruf und eine nachfolgende Rückforderung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn etwa die Behörde gegenüber dem Zuwendungsempfänger signalisiert hat, sie messe der Beachtung des Vergaberechts keine erhebliche Bedeutung zu;¹⁴ im Regelfall soll aber jedenfalls bei schweren Vergaberechtsverstößen¹⁵ die Behörde zum Widerruf des Zuwendungsbescheids verpflichtet sein. Als schwerer Vergaberechtsverstoß gilt dabei nicht nur das gänzliche Unterlassen eines Vergabeverfahrens oder die Wahl einer falschen Verfahrensart, sondern auch schon der Verzicht auf eine ordnungsgemäße Losbildung.¹⁶

Von einer Ermessensreduktion geht die Judikatur selbst dann aus, wenn die Beschaffung durch den Zuwendungsempfänger trotz des schweren vergaberechtlichen Verstoßes im Ergebnis wirtschaftlich war.¹⁷ Liegt indes der zuwendungsrechtliche Zweck der Auflage gerade in dem Ziel, eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel zu gewährleisten, so muss die tatsächliche Zweckerreichung im Rahmen der Ermessensaus-

¹⁰ Die Rückforderungsrichtlinien sehen aber ggf. eine Härtefallklausel vor, s. VG Augsburg VergabeR 2016, 526 = BeckRS 2016, 43243 Rn. 57 ff.

¹¹ § 49a Abs. 3 VwVfG knüpft nicht einmal an einen tatsächlichen Zinsgewinn des Zuwendungsempfängers an, sondern legt eine „Entreicherung“ der Behörde zugrunde, s. Gurlit, in: Ehlers/Pünder (Fn. 9), § 35 Rn. 22. Im Niedrigzinsumfeld macht die öffentliche Hand ein glänzendes Geschäft.

¹² BVerwGE 105, 55, 57; BVerwG NVwZ 2003, 221, 223; BVerwG NVwZ-RR 2004, 413, 415; OVG Münster NVwZ-RR 2012, 671, 675; NVwZ-RR 2006, 86, 88.

¹³ Neben dem Wortlaut spricht hiergegen vor allem die Erwägung, dass ein bloß haushaltsrechtlicher Grundsatz wie § 7 BHO/LHO keine Ermessensreduktion bewirken kann, so auch Ehlers/Schröder, Jura 2010, 824, 829; Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 137 Fn 70.

¹⁴ VG Düsseldorf ZfBR 2014, 178, 180 f.; VG Köln ZfBR 2014, 170, 177.

¹⁵ In der Praxis wird durch Verwaltungsvorschriften der Länder zumeist festgelegt, dass nur ein schwerer Vergabeverstoß den Widerruf rechtfertigt; diese Vorschriften wirken dann ermessenslenkend, dazu BVerwG NVwZ 2013, 1082; OVG Münster NVwZ-RR 2012, 671, 675 f.; NVwZ-RR 2009, 57, 59 f.; NVwZ-RR 2006, 86, 88; s.a. BGH NZBau 2012, 131 Rn. 24.

¹⁶ So etwa die Konstellation in VG Augsburg VergabeR 2016, 526 = BeckRS 2016, 43243 Rn. 34, 48; zu Fällen eines nicht schweren Verstoßes OVG Münster NVwZ-RR 2009, 57; OVG Koblenz BeckRS 2012, 58276.

¹⁷ OVG Münster NVwZ-RR 2012, 671, 676; NVwZ-RR 2006, 86, 88; zust. Attendorp, NWVBf. 2007, 293, 298.

übung Berücksichtigung finden.¹⁸ Das gilt auch bei Zugrundelegung eines intendierten Ermessens, weil dieses nur durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit legitimiert wird.¹⁹

Die Rechtsprechung begründet hingegen ihren zuwendungsrechtlichen Grundsätzen überschreitenden Ansatz mit vergaberechtlichen Erwägungen. Mit der Sanktion des Widerrufs soll dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip zur Geltung verholfen werden.²⁰ Wettbewerb und Bieterschutz sind aber von der haushaltsrechtlichen Zwecksetzung nicht umfasst. Noch weniger gilt das für das der Mittelstandsförderung dienende Gebot der Losbildung. Im Gegenteil ist es in Ansehung des Koppelungsverbots gemäß § 36 Abs. 3 VwVfG höchst problematisch, einen Zuwendungsbescheid mit vergaberechtlichen Zielen zu bepacken – Zuwendungs- und Vergaberecht laufen nach ihren Zielsetzungen auf verschiedenen Spuren.²¹ Und schließlich kann der eigentliche Zuwendungszweck auch dann nicht erreicht werden, wenn der Bewilligungsbescheid aufgehoben und die Subvention zurückverlangt wird.²² Die Zielsetzungen des Zuwendungsrechts geraten aus dem Blick. Vielmehr werden die Gestaltungsformen des Zuwendungsrechts – Auflage gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 und hieran anknüpfender Widerrufsgrund nach



¹⁸ So auch Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 138 f.; Kautz, BayVBl. 2010, 264, 266 f.; Greb, VergabeR 2010, 387, 393 f.; Mayen, NZBau 2009, 98, 101 f.; Martin-Ehlers, NVwZ 2007, 289, 291 f.; Kulartz/Schilder, NZBau 2005, 552, 555; wohl auch OVG Koblenz BeckRS 2012, 58276.

¹⁹ Mayen, NZBau 2009, 98, 101 f.

²⁰ OVG Münster NVwZ-RR 2012, 671, 675 f.; NVwZ-RR 2006, 86, 87; VG Augsburg BeckRS 2016, 43243 Rn. 43.

²¹ So auch Burgi, NVwZ 2013, 1083, 1085; großzügiger Mayen, NZBau 2009, 98, 100 f.

²² Kautz, BayVBl. 2010, 264, 267; Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 139; Mayen, NZBau 2009, 98, 102.

§ 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG – zur Durchsetzung vergaberechtlicher Ziele, vor allem auch zur Sanktionierung ihrer Missachtung, eingesetzt.²³

4. Lösungsvorschläge

Die von der Judikatur praktizierte Überformung des Zuwendungsrechts um vergaberechtlichen Zielsetzungen führt zu wenig sachgerechten Ergebnissen. Sie gefährdet die Erreichung staatlicher Förderziele, die zur Geisel vergaberechtlicher Grundsätze gemacht werden.²⁴ Soweit Behörden und Gerichte trotz tatsächlicher Wirtschaftlichkeit der Beschaffung allein den vergaberechtlichen Verstoß mit einer Rückforderung der Förderung sanktionieren, wird diese Praxis noch nicht einmal den Belangen des Haushaltsrechts gerecht.

Soweit künftig an der Beachtlichkeit des Vergaberechts für Zuwendungsempfänger festgehalten werden soll, bedarf es zumindest genauerer Festlegung in Verwaltungsvorschriften, welche Vergabevorschriften als bedeutend genug gelten, um durch eine Auflage gesichert zu werden. Die Wahrung der Eigenrationalitäten des Zuwendungsrechts gebietet, nur den Verstoß gegen solche vergaberechtlichen Grundsätze zu sanktionieren, die ihrerseits dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot dienen. Dazu gehört etwa das der Mittelstandsförderung dienende Gebot der Losbildung gemäß § 97 Abs. 4 GWB sicherlich nicht.²⁵

Es lässt sich allerdings weitergehend fragen, ob eine nur durch Verwaltungsvorschriften gesteuerte Implementierung des Vergaberechts in das Zuwendungsrecht rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht wird.²⁶ Erhellend ist insoweit die Umkehrung des Blicks auf die Koppelung der Auftragsvergabe mit weiteren Zwecken (strategische Beschaffung): Ebenso, wie für diese eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist,²⁷ sollte auch die Entscheidung über Voraussetzungen und Grenzen einer Koppelung von Vergaberecht und Zuwendungsrecht dem Gesetzgeber anvertraut werden.²⁸

²³ Zum Sanktionscharakter auch Martin-Ehlers, NVwZ 2007, 289, 292. Dies wird besonders deutlich in den Konstellationen, in denen auch ohne Auflage eine gesetzliche Pflicht zur Beachtung des Vergaberechts besteht, dazu Fn. 6.

²⁴ Überdies dient die Rückforderung Jahre nach Abschluss eines Vorhabens auch nicht dem Bieterschutz, Martin-Ehlers, NVwZ 2007, 289, 292.

²⁵ Burgi, NVwZ 2013, 1083, 1085 mit weiteren „Kandidaten“; Mayen, NZBau 2009, 98, 102.

²⁶ Bedenken auch bei Burgi, NVwZ 2013, 1083, 1085.

²⁷ § 129 GWB; s. zuvor § 97 Abs. 4 S. 2 GWB aF.

²⁸ Burgi, NZBau 2016, 321, 322.

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –

Statement

Prof. Dr. Michael Kling

Phillips-Universität, Marburg



Die Entwicklung des vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutzes

Sind die Schadensersatzregelungen des § 181 Satz 1 GWB und der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB hinreichend effektiv?

A. Die EU-vergaberechtliche Ausgangslage gemäß den früheren Rechtsmittelrichtlinien

I. Überblick

Die EU-Vergaberichtlinien regeln das Schadensersatzrecht nur rudimentär, ja fragmentarisch. Die ursprünglichen Regelungen in Art. 2 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG¹ von 1989 und Art. 2 Abs. 7 der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG² von 1992 zielten nicht auf eine Änderung des materiellen Vergaberechts ab. Bei Art. 2 Abs. 7 der Sektoren-RMR ging es vielmehr vor allem um Beweiserleichterungen für

¹ ABl. EG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 33. Diese Vorschrift lautete: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit [...] c) denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.“

² ABl. EG Nr. L 76 v. 23.3.1992, S. 14. Diese Vorschrift lautete: „(7) Wird Schadenersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren verlangt, so hat die Schadenersatz fordernde Person lediglich nachzuweisen, dass ein Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe oder gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung dieser Vorschriften vorliegt und dass sie eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde.“

die Bieter.³ Dies galt nach der Konzeption des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz von 1998 zunächst auch für die Regelung in § 135 GWB-Entwurf,⁴ die erst auf Vorschlag des Bundesrates zu einer eigenständigen Anspruchsgrundlage⁵ umgestaltet wurde.⁶ Als solche trat sie sodann zum 1. Januar 1999 in Kraft. Im Rahmen der Vergaberechtsreform 2015 hat die Vorschrift keine inhaltliche Umgestaltung erfahren.⁷ Der Gesetzentwurf zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz hält dazu lapidar fest: „§ 181 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 126“. Sehr viel Aufwand scheint der Reformgesetzgeber des vergangenen Jahres mit dem vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz nicht getrieben zu haben. Das verwundert nicht, wenn man sich das umfassende und „detailverliebte“ Regelungsprogramm der – seinerzeit zur Umsetzung anstehenden – materiellen Vergaberichtlinien von 2014 (d.h. die Richtlinien 2014/23, 2014/24 und 2014/25/EU) ansieht, die zum Thema Sekundärrechtsschutz schweigen. Der Sekundärrechtsschutz bleibt damit auf EU-Ebene bis auf weiteres ein Thema für die Rechtsmittelrichtlinie (derzeit gilt noch die RMR 2007/66 aus dem Jahr 2007).⁸

II. Kritik an der Regelungstechnik

Die Regelungstechnik zum Sekundärrechtsschutz auf EU-Ebene (d.h. in den RMR) ist m.E. allerdings kritisch zu sehen:

Das Schadensersatzrecht gehört aus rechtsdogmatischer Sicht zum materiellen Recht, sein Kern besteht aus echten (typischerweise zivilrechtlich einzuordnenden) Anspruchsgrundlagen, diese müssen aus EU-rechtlichen Gründen effektiv sein. Es handelt sich also in erster Linie gerade nicht um bloße Rechtsschutz- oder gar Beweislastfragen, wie sie typischerweise im Prozessrecht geregelt werden, und die als solche quasi akzessorischen Charakter (oder dienende Funktion) zum materiellen Recht haben. Schon vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass in die materiellen Vergaberichtlinien (auch jene von 2014) keine eigenständigen präzisen Regelungen zum Sekundärrechtsschutz

³ Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 1. Konkret bestimmte der 11. Erwägungsgrund der RL 92/13/EWG: „Wird Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren verlangt, so braucht die Schadenersatz fordernde Person, um die Erstattung dieser Kosten zu erlangen, nicht nachzuweisen, dass sie ohne den Rechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte.“

⁴ BT-Drucks. 13/9340, S. 9. Die Entwurfsvorschrift hatte folgenden Wortlaut: „Wird Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangt, so braucht das Schadensersatz fordernde Unternehmen lediglich nachzuweisen, dass eine seinen Schutz bezweckende Vergabevorschrift verletzt worden ist und dass es ohne diesen Rechtsverstoß bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen wäre.“

⁵ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 6; Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 1.

⁶ Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 2.

⁷ Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 1.

⁸ ABl. EU Nr. L 335 v. 20.12.2007, S. 31.

aufgenommen wurden.⁹ Der deutsche Gesetzgeber hat es besser gemacht, indem er 1998 nicht bloß Beweislastregelungen in das Kartellvergaberecht aufnahm, sondern mit § 126 GWB dort „überschießend“ eine eigenständige Anspruchsgrundlage normierte.

Es entsprach sicherlich dem verhältnismäßig schlanken Regelungsansatz der Richtliniengeneration aus den späten 1980er und frühen 1990er Jahren, dass Schadensersatzfragen dort nur fragmentarisch und lückenhaft¹⁰ geregelt wurden.¹¹ Zugleich wurde dort aber in dem 10. Erwägungsgrund zur Richtlinie 92/13/EWG bereits klar und eindeutig bestimmt: „Schadensersatz muss unter allen Umständen geltend gemacht werden können.“ Nimmt man diese Aussage ernst, dann war es schon damals nicht überzeugend, dass das EU-Vergaberecht nicht für sämtliche Auftragsarten konkrete Vorgaben für sekundärrechtliche Anspruchsgrundlagen machte.

Man könnte freilich einwenden, dass Schadensersatzansprüche im GWB-Vergaberecht seit jeher eine „deutlich kleinere Rolle“¹² gespielt hätten als der Primärrechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren, und dass deshalb von vornherein kein Regelungsbedürfnis bestehe. Ersteres ist ohne Zweifel richtig. Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz ist für die Bieter unstreitig „wertvoller“ als der Sekundärrechtsschutz und deshalb zu Recht vorrangig gegenüber diesem. Das heißt aber nicht, dass der Sekundärrechtsschutz unionsrechtlich betrachtet so „unterentwickelt“ bleiben sollte wie bisher. Im Kartellrecht ist die Stärkung des sog. private enforcement ja auch seit Jahr und Tag ein Thema, mit dessen Verbesserung sich die Entscheidungsträger abmühen. Ich sehe keinen Grund dafür, im Vergaberecht das „zweite Standbein“ benachteiligter Bieter – eben die Schadensersatzansprüche – klarer, deutlicher, konsequenter und effektiver auszugestalten, als dass gegenwärtig der Fall ist.

⁹ Die umstrittene EU-Kartellschadensersatzrichtlinie verdeutlicht aktuell, dass in anderen Bereichen des EU-Wettbewerbsrechts detailliertere Regelungen möglich sind, die über die Festlegung von Beweiserleichterungen weit hinausgehen. Die Umsetzung dieser Richtlinie wird den Kern der 9. GWB-Novelle des Jahres 2016 ausmachen.

¹⁰ So enthielt die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG beispielsweise keine dem Art. 2 Abs. 7 RL 92/13/EWG entsprechende Regelung. Formal betrachtet gelten diese Vorgaben also nur für den Sektorenbereich, während § 126 GWB a.F. nicht auf Sektorenaufträge beschränkt war (sog. überschießende Umsetzung), zutreffend Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 6.

¹¹ So lassen die RMR beispielsweise offen, ob die Regelung nur dann gelten soll, wenn ein Nachprüfungsverfahren stattgefunden hat. Rspr. und Literatur lehnen das zutreffend ab, s. OLG Düsseldorf VergabeR 2009, 501 (511) – Operationszentrum; Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 5.

¹² Burgi, Vergaberecht, 2016, § 21 Rn. 2.

B. Der gegenwärtige Rechtsstand im nationalen Recht

I. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften

1. Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 181 Satz 1 GWB – das Kriterium der „echten Chance“ auf den Zuschlag

Betrachten wir die Rechtslage im nationalen Recht, und hier zunächst die – gegenüber § 126 GWB a.F. inhaltlich unveränderte – kartellvergaberechtliche Regelung in § 181 Satz 1 GWB 2016.

a) Normtext

Die Vorschrift – wie gesagt eine eigenständige Anspruchsgrundlage, nicht bloß eine Beweislastvorschrift –¹³ hat folgenden Wortlaut:

„Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. [...]“

Die Rechtsfolge des § 181 Satz 1 GWB besteht im Ersatz des sog. negativen Interesses, d.h. der entgangene Gewinn wird nach dieser Vorschrift generell nicht ersetzt. Der Geschädigte ist vielmehr so zu stellen, wie er stünde, wenn er sich weder an dem Vergabeverfahren beteiligt noch entsprechende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hätte.¹⁴ Konkret geht es – wie der Wortlaut selbst verdeutlicht – um den Ersatz der Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen bzw. der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren.¹⁵

Die in der Überschrift gewählte Bezeichnung „Vertrauensschaden“ ist missverständlich, da ein wichtiger dogmatischer Unterschied zwischen § 181 Satz 1 GWB und dem Schadensersatz nach der culpa in contrahendo (c.i.c.) darin besteht, dass zwischen den Beteiligten gerade kein vorvertragliches Schuldverhältnis (und erst recht kein Vertrau-

¹³ Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 8 spricht plastisch davon, dass § 126 S. 1 GWB a.F. „eine eigenständige sonderdeliktische Sanktionsvorschrift [beinhalte], mit deren Hilfe die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften durch den Auftraggeber und der Schutz der subjektiven Rechte der an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter (vgl §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 Satz 1) gesichert wird. Es handelt sich nicht bloß um eine Beweislastregel, was die unionsrechtliche Vorgabe nahelegen könnte (...). [...]“

¹⁴ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 17.

¹⁵ Trotz des Wortlauts („oder“) besteht keine Alternativität zwischen beiden Schadensposten. Es handelt sich um eine unglückliche Übernahme der Formulierung in Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EG. Im Übrigen sind die beiden in der Norm genannten Schadensposten nur beispielhaft zu verstehen, s. Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 48.

ensverhältnis i.S. der früheren Rechtsprechung zur culpa in contrahendo) gegeben sein muss;¹⁶ tatbestandlich vorausgesetzt wird vielmehr ein Verstoß gegen bieterschützende¹⁷ vergaberechtliche Vorschriften (vgl. § 97 Abs. 6 GWB).¹⁸ Der Reformgesetzgeber des VergModG 2016 hätte gut daran getan, die Überschrift („Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens“ abzuändern (z.B. in: „Ersatz des negativen Interesses“).

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass für die Anwendbarkeit des § 181 Satz 1 GWB die Schwellenwerte überschritten sein müssen,¹⁹ da anderenfalls das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB keine Anwendung findet. Für den Schadensersatzanspruch nach § 181 Satz 1 GWB ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet, d.h. die Vergabekammern können ebenso wenig im Nachprüfungsverfahren über sie entscheiden wie die Oberlandesgerichte im Verfahren der sofortigen Beschwerde.²⁰

b) Die Voraussetzungen der Vorschrift

Der kartellvergaberechtliche Schadensersatzanspruch gemäß § 181 Satz 1 GWB hat drei Voraussetzungen, die teilweise erhebliche Auslegungsprobleme verursachen: (1) Verletzung einer unternehmensschützenden (bieterschützenden) Vorschrift des Vergaberechts (= Vergaberechtsverstoß), (2) Vorliegen einer echten Chance auf Zuschlagserteilung und (3) Kausalität zwischen dem Vergaberechtsverstoß und der Beeinträchtigung der echten Chance.

Darüber hinaus wird z.T. verlangt, dass der Vergabeverstoß zuvor unverzüglich gerügt worden sein müsse, da es anderenfalls zu einer materiellen Präklusion hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs komme.²¹ Dagegen spricht jedoch, dass § 160 Abs. 3 GWB (bzw. § 107 Abs. 3 GWB a.F.) nur die Zulässigkeit des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens betrifft.²²

¹⁶ Die c.i.c. setzt ihrerseits ebenfalls nicht ein Vertrauensverhältnis bzw. die Inanspruchnahme von Vertrauen, sondern die Verletzung einer Pflicht (z.B. auf Rücksichtnahme) aus dem Schuldverhältnis voraus, s. BGHZ 190, 89 = NZBau 2011, 498 – Rettungsdienstleistungen, Leitsatz; s. dazu auch Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 26.

¹⁷ Z.T. wird auch der Begriff „unternehmensschützende Vorschriften“ verwendet, so etwa Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 8.

¹⁸ Vgl. dazu Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 4.

¹⁹ Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016 § 181 Rn. 3.

²⁰ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 21.

²¹ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 12.

²² OLG Sachsen-Anhalt VergabeR 2015, 494 Rn. 33 m.w.N. = ZfBR 2015, 509 – Baggergut. Nach dieser Rechtsprechung kann einem Bieter, der nach Erteilung des Auftrags an einen Dritten Schadenersatz in Form des positiven Interesses geltend macht, jedoch grundsätzlich ein Mitverschulden vorzuwerfen sein, wenn er es schuldhaft unterlassen hat, trotz Kenntnis vom Verstoß gegen eine ihn schützende Vergabevorschrift durch rechtzeitige Rüge oder durch rechtzeitigen Nachprüfungsantrag seine Chance auf Erhalt des Zuschlags zu wahren.

Im Hinblick auf die problematische Frage nach der Effektivität des Sekundärrechtsschutzes ist erwähnenswert, dass nach der Rechtsprechung des BGH²³ und des EuGH²⁴ sowie der h.M. in der Literatur²⁵ kein Verschulden des Auftraggebers verlangt wird. Dem ist vor dem Hintergrund des Effektivitätsgrundsatzes²⁶ zuzustimmen; in der Literatur bestreitet das heute nur noch eine Minderheitsauffassung.²⁷ Für das von der Rechtsprechung gefundene Ergebnis sprechen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Norm sowie der Effektivitätsgrundsatz als unionsrechtlicher Auslegungsgrundsatz. Eine gesetzgeberische Klarstellung im Zuge der Vergaberechtsreform von 2015 wäre gleichwohl wünschenswert gewesen.

²³ BGH VergabeR 2008, 219 Rn. 23 f. = ZfBR 2008, 299 – Hochwasserschutzanlage (ohne Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben): „23 bb) Der Senat tritt der ersteren Ansicht bei. § 126 Satz 1 GWB erfordert seinem Wortlaut nach [...] kein Verschulden. Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung entspricht mit Blick auf die Verschuldensunabhängigkeit derjenigen in gesetzlichen Bestimmungen, in denen eine solche Haftungsverstärkung des Schuldners angeordnet ist (vgl. § 833 BGB, § 7 Abs. 1 StVG; §§ 1, 2 HPfLG, § 1 ProdHaftG; § 1 UmweltHaftG).“

²⁴ Die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt zudem, dass der Gesetzgeber von Anfang an eine verschuldensunabhängig konzipierte spezialgesetzliche Regelung schaffen wollte. Nach § 135 des Regierungsentwurfs für das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), aus dem § 126 Satz 1 GWB hervorgegangen ist, sollte ein Schadensersatz für die Kosten des Angebots oder die Teilnahme am Vergabeverfahren verlangendes Unternehmen lediglich nachweisen müssen, dass eine seinen Schutz bezweckende Vergabevorschrift verletzt worden ist und dass es ohne diesen Rechtsverstoß bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen wäre (...). Soweit die Bestimmung im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens umformuliert worden ist, diene das dem Zweck, den eigentlichen Charakter der Norm als Anspruchsgrundlage zum Ausdruck zu bringen (vgl. BT-Drucks. 13/9340, S. 44 zu Nr. 36) und, worauf noch zurückzukommen sein wird (...), dazu, den Begriff der engeren Wahl durch den der echten Chance zu ersetzen. Dass der Nachweis des Verschuldens der Auftraggeberseite nicht vorgesehen war, wurde dagegen nicht infrage gestellt und nicht korrigiert.“

EuGH v. 30. 9. 2010 – Rs. C-314/09, Slg 2010, I-8769 = NZBau 2010, 773 = VergabeR 2011, 71 – Stadt Graz/STRABAG: Leitsatz: „Die Richtlinie 89/665 [...] ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.“

Die in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 vorgesehene Rechtsschutzmöglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz kann nämlich nur dann gegebenenfalls eine verfahrensmäßige Alternative darstellen, die mit dem Effektivitätsgrundsatz, der dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren zugrunde liegt, vereinbar ist, wenn die Möglichkeit der Zuerkennung von Schadensersatz im Fall eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften genauso wenig wie die anderen in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten davon abhängig ist, dass ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers festgestellt wird. In diesem Zusammenhang ist unerheblich, dass nach der nationalen Regelung nicht der Geschädigte die Beweislast für ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers trägt, sondern der öffentliche Auftraggeber die zu seinen Lasten bestehende Verschuldensvermutung zu widerlegen hat und dabei die Gründe, auf die er sich dafür berufen kann, beschränkt sind.“

²⁵ S. Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 15 m.w.N.; Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 40, 45; Verfürth, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 25, 27.

²⁶ Vgl. auch EuGH v. 30. 9. 2010 – Rs. C-314/09, Slg 2010, I-8769 Rn. 34 = NZBau 2010, 773 = VergabeR 2011, 71 – Stadt Graz/STRABAG: „34. Damit fällt die Durchführung von Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 zwar grundsätzlich in die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, die durch die Grundsätze der Gleichwertigkeit und der Effektivität begrenzt wird, doch ist zu prüfen, ob diese Bestimmung in ihrer Auslegung unter Berücksichtigung des allgemeinen Regelungszusammenhangs und des allgemeinen Zwecks, in deren Rahmen die Rechtsschutzmöglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz vorgesehen ist, einer nationalen Vorschrift entgegensteht, die [...] die Zuerkennung von Schadensersatz unter den [...] genannten Umständen davon abhängig macht, dass der Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen das Vergaberecht schuldhaft war.“

²⁷ Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 10.

Der Verzicht auf das Verschuldenserfordernis müsste eigentlich auf eine erweiterte Bedeutung des Anspruchs aus § 181 Satz 1 GWB schließen lassen. Trotzdem ist die Zahl der Entscheidungen hierzu seit dem BGH-Urteil von 2008 bzw. dem EuGH-Urteil von 2011 nicht erheblich angewachsen. Dennoch wird der Vorschrift in der Kommentarliteratur eine „erhebliche praktische Bedeutung“ attestiert.²⁸

c) Rechtsprobleme bei § 181 Satz 1 GWB (Auswahl)

Zu den Voraussetzungen der Vorschrift, die zahlreiche Rechtsprobleme aufwerfen, kann an dieser Stelle aus Zeit- und Raumgründen nicht detailliert eingegangen werden. Ich will mich auf zwei Aspekte beschränken, nämlich (1) auf die unternehmensschützenden Vorschriften und (2) auf den Begriff der „echten Chance“ auf Zuschlagserteilung.

aa) Verletzung einer unternehmensschützenden Vorschrift des Vergaberechts (vgl. § 97 Abs. 6 GWB)

Unstreitig ist, dass alle Bestimmungen, die den Charakter von bloßen Ordnungsvorschriften haben oder die lediglich haushaltsrechtlicher Natur sind, nicht über § 181 Satz 1 GWB einklagbar sind.²⁹ Unstreitig ist ferner, dass die bieterschützenden Vorschriften der §§ 97 ff. GWB, der VgV, der SektVO und der VSVgV als Bezugsnormen für einen kartellvergaberechtlichen Schadensersatzanspruch in Betracht kommen.³⁰ Hier endet dann aber auch schon die Einigkeit darüber, welche unternehmensschützenden Vorschriften des Vergaberechts einklagbar sind. Umstritten ist insbesondere die Frage, ob auch solche Schutzvorschriften in Betracht kommen, die selbst nicht zum Kartellvergaberecht gehören (z.B. untergesetzliche Vergabevorschriften, auf die über die Verweisungskette des § 113 GWB und die Vergabeverordnungen Bezug genommen wird).³¹ Das ist m.E. für die untergesetzlichen Vergabevorschriften der Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VOL/A) zu bejahen.³² Da bei Schadensersatzklagen auf der Grundlage des § 181 Satz 1 GWB die EU-Schwellenwerte erreicht sein müssen, erlangen jene Bestimmungen kraft der Verweisungsnormen im GWB und in den Vergabeverordnungen rechtstheoretisch betrachtet Rechtsnormcharakter. In inhaltlicher Hinsicht ist entscheidend, ob und inwieweit sie die allgemeinen Vergabegrundsätze des Kartellver-

²⁸ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 1.

²⁹ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 9; s. zur Diskussion ferner Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 12.

³⁰ Ebenso Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016., § 181 Rn. 8.

³¹ Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 7.

³² So Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 11 mit dem Argument, dass § 126 S. 1 GWB a.F. nicht verlange, dass eine gesetzliche Bestimmung verletzt wird.



gaberechts konkretisieren.³³ Das wiederum lässt sich praktisch nur für bloße Ordnungsvorschriften (Statistikpflichten u.ä.) klar und eindeutig verneinen – wobei wiederum umstritten ist, wann genau eine reine Ordnungsvorschrift vorliegt und wann nicht.

Für die kartellrechtlichen Diskriminierungsverbote der Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB steht demgegenüber mit § 33 Abs. 1, 3 GWB eine speziellere kartellrechtliche Anspruchsgrundlage zur Verfügung, die es rechtfertigt, § 181 Satz 1 GWB insofern als nicht einschlägig anzusehen. Aber, wie gesagt, dies alles ist im Einzelnen sehr umstritten und soll hier nur im Hinblick auf mögliche Klarstellungsbedürfnisse aus Gründen eines angestrebten effektiven Sekundärrechtsschutzes aufgezeigt werden.

bb) Beeinträchtigung einer „echten Chance“ auf Zuschlagserteilung

Als nicht weniger problematisch stellt sich die zweite Voraussetzung, d.h. das Vorliegen und der Beeinträchtigung einer „echten Chance“ auf Zuschlagserteilung, dar. Insoweit wird von einem Vertreter der Literatur zutreffend ein „erstaunlich strenge[r] Maßstab“³⁴ in Rechtsprechung und Literatur konstatiert.

³³ S. z.B. die Auflistung bei Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 20: Regelungen, die der Konkretisierung der § 97 Abs. 1 bis Abs. 5 GWB dienen; Regelungen über die Höhe und Ermittlung der Schwellenwerte; Vorschriften über die Wahl der richtigen Vergabeart; s. zur Diskussion um den Schutzgesetzbegriff des § 181 S. 1 GWB ferner Verführ, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 9 f.

³⁴ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 10

(1) Der Begriff „echte Chance“

Im Gesetzgebungsverfahren wurde der Vorschlag der ursprünglichen Bundesregierung – „in die engere Wahl kommen“ – bewusst EU-rechtskonform durch Begriff der „echten Chance“, die der Nachweisregel in Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG entnommen wurde, ersetzt.³⁵ Bei dem Begriff der „echten Chance“ handelt es sich um einen Rechtsbegriff, dessen Auslegung seit der Schaffung des Kartellvergaberechts im Jahr 1998 sehr umstritten war.³⁶ Die heute h.M. in Literatur³⁷ und höchstrichterlicher Rechtsprechung³⁸ vertritt die Auffassung, dass eine „echte Chance“ (nur) dann vorliege, wenn die Erteilung des Zuschlags läge innerhalb des Bewertungsspielraums des Auftraggebers läge. Bei Anwendung der nationalen Auslegungskriterien ist das gefundene Ergebnis gut nachvollziehbar, weil es danach naheliegt, den Kreis der Anspruchsberechtigten eng zu ziehen.³⁹ Aus der „EU-Rechts-Perspektive“ – mit Blick auf die praktische Wirksamkeit (effet utile) der Vorschrift – betrachtet, erscheint diese Auffassung aber doch sehr eng, möglicherweise zu eng.⁴⁰

(2) Analyse der Rechtsprechung zu § 126 Satz 1 GWB a.F. und § 181 Satz 1 GWB

Die Analyse der Rechtsprechung ergibt, dass die Bieter, die sich auf eine Beeinträchtigung einer „echten Chance“ auf Zuschlag berufen haben, damit regelmäßig scheitern – es sei denn, es handelte sich bei dem Kläger um den zweitplatzierten Bieter

³⁵ Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 13.

³⁶ Zu den verschiedenen im Schrifttum vertretenen Ansätzen s. Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 30 ff.; Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 14.

³⁷ Wohl erstmals begründet von Schnorbus, BauR 1999, 77, 93 f.

³⁸ BGH VergabeR 2008, 219 Rn. 18 = ZfBR 2008, 299 – Hochwasserschutzanlage: „Richtig ist, dass das Berufungsgericht bei seiner Prüfung, ob die Klägerin „bei der Wertung“ eine echte Chance gehabt hätte, hypothetisch angenommen hat, dass die Vergabestelle eine gemeinschaftsweite Ausschreibung durchgeführt hätte, wenn sie deren Erforderlichkeit rechtzeitig erkannt hätte. Des Weiteren liegt dem Berufungsurteil die hypothetische Annahme zugrunde, dass das konkret in der nationalen Ausschreibung abgegebene Angebot der Klägerin bei der gedachten Wertung in dem hypothetischen gemeinschaftsweiten Verfahren eine echte Chance gehabt hätte. Diese Auslegung steht mit § 126 Satz 1 GWB in Einklang. Ob ein erstattungsfähiger Schaden entstanden ist, setzt nach dessen Wortlaut („...und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß...“) eine hypothetische Ermittlung des Handlungsverlaufs voraus, der sich ohne den Verstoß zugetragen hätte. Wenn die Vergabestelle bei korrekter Handhabung gemeinschaftsweit ausgeschrieben hätte, ist es mit dem Wortlaut von § 126 Satz 1 GWB vereinbar, darauf abzustellen, ob das abgegebene Gebot in diesem hypothetischen Verfahren eine echte Chance gehabt hätte.“; zuvor bereits h.M. in Lit. und Rspr.

³⁹ So Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 15: „Um von einer echten Chance sprechen zu können, muss der Bieter mit seinem Angebot so eng bei den anderen Angeboten liegen, dass die Beuschlagung gerade seines Angebots im Vergleich mit den übrigen Angeboten, gemessen an den Zuschlagskriterien des Auftraggebers, auch konkret in Betracht kam. Hierzu ist notwendig, aber nicht ausreichend, wenn der Bieter mit seinem Angebot die vierte Wertungsstufe erreicht hat, denn hier können ohne Weiteres noch Angebote enthalten sein, die bei der Prüfung der Zuschlagskriterien nicht den Hauch einer Chance im Vergleich zu den anderen verbliebenen Angeboten hätten.“

⁴⁰ Kritisch gegenüber der engen Auslegung dieser Vorschrift Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 11; Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 32 („grundlegende Bedenken“); Kraus, VergabeR 2008, 226 f.; Prieß/Hölzl, NZBau 2011, 21 (23) [gegen Argumentation des BGH im Fall „Hochwasserschutzanlage“].

hinter dem rein preislich günstigsten Bieter.⁴¹ Bereits dieser negative Befund weckt erhebliche Zweifel an der praktischen Wirksamkeit der Bestimmung.

Die Begründungen für das negative Ergebnis variieren von Fall zu Fall. Zum Teil liegt das an den Rechtstatsachen, d.h. der Kläger gehört nicht zu denjenigen Bietern, bei denen der Zuschlag auf ihr Angebot noch – wie von der höchstrichterlichen Rechtsprechung der der h.M. in der Literatur verlangt – in den Ermessensspielraum des Auftraggebers fällt. Zum Teil ist es aber auch die tatbestandlich enge Fassung der Norm selbst, die zur Ablehnung eines Schadensersatzanspruchs führt (und somit zu der Folgefrage, ob Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo in Betracht kommen). Dazu einige Beispiele:

- An einer echten Chance im Sinne von § 181 Satz 1 GWB fehlt es nach der Rechtsprechung des BGH⁴², wenn die Leistungsbeschreibung fehlerhaft war und deshalb mangels Vergleichbarkeit die abgegebenen Angebote nicht gewertet werden können.
- Eine de-facto-Vergabe vermag nach der Rechtsprechung des LG Leipzig⁴³ keine Schadenersatzansprüche aus § 181 Satz 1 GWB zu begründen, weil diese Vorschrift den öffentlichen Auftraggeber zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der durch einen Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften entsteht. Der schlimmste denkbare Vergaberechtsverstoß soll also nicht mit dem Schadensersatzanspruch, sondern nur im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geahndet werden können.
- Verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen eine bieterschützende Vorschrift und hebt er die Ausschreibung danach rechtmäßig auf, fehlt es nach h.M. an der Kausalität zwischen dem Vergaberechtsverstoß und der Beeinträchtigung der rechten Chance auf Zuschlagserteilung.⁴⁴ Ein Schadensersatzanspruch des benachteiligten Bieters gemäß § 181 Satz 1 GWB scheidet dann aus. Somit erweist sich auch das Kausalitätserfordernis als problematisch.

⁴¹ OLG Koblenz IBR 2007, 272 Rn. 20.

⁴² BGH NZBau 2007, 58 Rn. 11 = BauR 2007, 120.

⁴³ LG Leipzig VergabeR 2007, 417 = BauR 2007, 1294; ebenso KG VergabeR 2004, 490 Rn. 29; Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 2.

⁴⁴ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 13 m.w.N. Die bloße Möglichkeit der Aufhebung der Ausschreibung – quasi als rechtmäßiges Alternativverhalten – genügt demgegenüber nicht, um die echte Chance des Bieters entfallen zu lassen, vgl. BGH NZBau 2001, 637 Rn. 29 ff. (juris); s. ferner Antweiler, a.a.O., § 126 Rn. 14 m.w.N.

Zudem sind auch die Rechtsfolgen der Vorschrift eng gefasst:

- Nach der Rechtsprechung des OLG Sachsen-Anhalt⁴⁵ erfasst die Vorschrift nur „die Kosten zur Vorbereitung des Angebots“, d.h. die zur Erstellung des konkreten Angebots erforderlichen Sach- und Materialkosten sowie Kosten für Vor-Ort-Besichtigungen oder für Verhandlungen mit Nachunternehmern im Hinblick auf das konkrete Vergabeverfahren. Nicht zu den Kosten der Angebotsvorbereitung zählen die Gemeinkosten des Geschäftsbetriebs sowie die Personalkosten⁴⁶, soweit die vergeblich aufgewendete Arbeitszeit von beim Bieter fest angestellten Mitarbeitern für die Angebotserstellung nicht ausnahmsweise als Sowieso-Kosten des Bieters anzusehen sind.

Diese Liste ließe sich nahezu beliebig fortsetzen, um zu verdeutlichen, dass § 181 Satz 1 GWB nur ein äußerst begrenztes Anwendungsfeld zukommt. M.E. führt das zu einem Dilemma. Denn ein Schadensersatzanspruch, der bei Vorliegen von klaren und eindeutigen Verstößen gegen das Vergaberecht in der Praxis mangels Anspruchsberechtigung „so gut wie nie durchgeht“, ist prima vista nicht effektiv im unionsrechtlichen Sinn (scil. i.S.d. Art. 2 Abs. 7 Richtlinie 92/13/EWG und den Erwägungsgründen 10 und 11 der Richtlinie – die freilich nur für Sektorenaufträge galt). Es wäre wesentlich konsequenter gewesen, allen Bietern eine „echte Chance“ im unionsrechtlichen Sinn zuzubilligen, die geeignet sind und deren Angebote alle formalen Kriterien erfüllen,⁴⁷ oder wenigstens jenen Bietern, die einer – wie auch immer zu ermittelnden –⁴⁸ „Spitzengruppe“ angehören, die Anspruchsberechtigung zuzuerkennen.⁴⁹

Folgt man der vorzugswürdigen ersten Auslegungsvariante (= die Erfüllung der formalen Kriterien genügt), dann ist entscheidend, dass der Bieter ohne den vom Auftraggeber begangenen Vergaberechtsverstoß im Vergabeverfahren weiter zu berücksichtigen gewesen wäre.⁵⁰ Diese Ansicht führt dazu, dass eine Mehrzahl von Anspruchsberechtigten nach § 181 Satz 1 GWB klageberechtigt ist. Vor dem Hintergrund, dass die Vorschrift den Auftraggeber zur Einhaltung des Vergaberechts anhalten soll, ist das aber kein

⁴⁵ OLG Sachsen-Anhalt VergabeR 2014, 85 Rn. 48 ff. = IBR 2013, 761 – bodengebundener Rettungsdienst.

⁴⁶ Streitig, a.A. (für den Ersatz von Personalkosten) Burgi, Vergaberecht, 2016, § 21 Rn. 4 m.w.N.; Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 17 (pro Ersatzfähigkeit der „mit der eigentlichen Teilnahme am Vergabeverfahren angefallenen Personal- und Sachkosten, einschließlich der anteiligen Gemeinkosten“).

⁴⁷ So auch Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 11; Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 33.

⁴⁸ Es trifft allerdings zu, dass es für die Ermittlung einer „Spitzengruppe“ nach wie vor an belastbaren Kriterien bzw. an einem Maßstab fehlt, s. Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 11.

⁴⁹ Dafür plädiert Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 17 ff.

⁵⁰ Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 33 mit weiteren Differenzierungen i.S. einer gestuften Prüfung in Rn. 35.

Problem, sondern eher ein Vorzug dieser Ansicht, weil ein entsprechender „Druck“ zum vergaberechtskonformen Handeln aufgebaut wird.⁵¹

(3) Vergleich mit der Rechtslage im Kartellrecht

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang, dass der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3, 1 GWB – übrigens allein aus unionsrechtlichen Gründen (siehe die einschlägige EuGH-Rechtsprechung im Fall „Courage und Crehan“)⁵² – „jedermann“ (engl. any individual) zugebilligt wird, der durch Kartellrechtsverstöße einen Schaden erlitten hat. Nicht einmal die Verletzung eines Schutzgesetzes ist dafür erforderlich. Ganz so weit wie im Kartellrecht müsste man bei einer künftigen Vergaberechtsreform sicher nicht gehen; die praktische Wirksamkeit des Anspruchs darf aber de lege ferenda nicht aus dem Blickfeld verschwinden. Insgesamt dürfen die Anforderungen „nicht allzu hoch“ sein.⁵³

Bislang jedenfalls steht § 181 Satz 1 GWB mehr oder weniger bloß auf dem Papier, d.h. der Vorschrift fehlt m.E. die praktische Relevanz, die ihr in Ergänzung zu den Vorschriften über den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz eigentlich gebührt.

2. Schadensersatz gemäß culpa in contrahendo

Dies führt uns zu weiteren Anspruchsgrundlagen aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer vergaberechtlichen Verhaltenspflicht⁵⁴ durch den Auftraggeber. Unproblematisch sind weitergehende – d.h. über § 181 Satz 1 GWB hinausgehende – Schadensersatzansprüche denkbar, wie § 181 Satz 2 BGB deutlich macht. Es geht namentlich um Schadensersatzansprüche, die auf das positive Interesse, also auf den Ersatz des entgangenen Gewinns, gerichtet sind.⁵⁵ Außer Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo sind dem entsprechend Schadensersatzansprüche aus § 33 i.V.m. §§ 1, 19, 20 GWB⁵⁶ bzw. § 3a UWG sowie aus Deliktsrecht des BGB

⁵¹ Vgl. Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 33.

⁵² EuGH v. 20. 9. 2001 – Rs. C-453/99, Slg. 2001, 6297 Rn. 26 – Courage und Crehan: „Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“ Die englische Fassung lautet: „The full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.“

⁵³ Ebenso Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 11.

⁵⁴ S. dazu im Einzelnen Verführ, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 57.

⁵⁵ Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 57.

⁵⁶ S. dazu Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 43.

(§ 823 Abs. 1 BGB,⁵⁷ § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 97 ff. GWB,⁵⁸ § 824 BGB, § 826 BGB⁵⁹) anerkannt.⁶⁰ Auf diese Anspruchsgrundlagen kann hier jedoch nicht im Einzelnen eingegangen werden.

a) Die zivilrechtlichen Grundlagen

Seit der Schuldrechtsreform gelten statt der ungeschriebenen Grundsätze der culpa in contrahendo die §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB, ohne dass sich an den inhaltlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs dadurch Wesentliches verändert hätte. Der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo greift unstreitig oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte ein.⁶¹ Im Gegensatz zu dem Anspruch aus § 181 Satz 1 GWB ist dafür allerdings ein Verschulden des Auftraggebers erforderlich.⁶²

b) Maßgebliches Kriterium: die Pflichtverletzung des öffentlichen Auftraggebers

Der BGH hat zu den Anspruchsvoraussetzungen zutreffend entschieden, dass nicht die Verletzung eines Vertrauensverhältnisses, sondern die Verletzung einer Nebenpflicht – z.B. einer Aufklärungs-, Rücksichtnahme- oder Mitteilungspflicht⁶³ – durch den Auftraggeber Anspruchsvoraussetzung ist.⁶⁴ Gleichwohl spielt der Aspekt des Vertrauens – nämlich auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens – eine gewisse Rolle für den

⁵⁷ S. dazu Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 41; Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 90; Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 90 ff. (jeweils zutreffend wegen fehlenden betriebsbezogenen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ablehnend).

⁵⁸ S. dazu Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 38 ff.; Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 92 ff.

⁵⁹ S. dazu Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 42; Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 91; Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 96 f. Es geht dabei um Extremfälle wie die Korruption oder das kollusive Zusammenwirken des Auftraggebers und einem anderen Bieter.

⁶⁰ Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 24.

⁶¹ Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 48.

⁶² Ausführlich dazu Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 30.

⁶³ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 27.

⁶⁴ BGHZ 190, 89 = NZBau 2011, 498 – Rettungsdienstleistungen, Leitsatz: „Der auf Verstöße des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergabevorschriften gestützte Schadensersatzanspruch des Bieters ist nach der Kodifikation der gewohnheitsrechtlichen Rechtsfigur der culpa in contrahendo durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr daran geknüpft, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat, sondern es ist dafür auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch Missachtung von Vergabevorschriften abzustellen (...).“; s. dazu auch Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 45 f.

Schadensersatzanspruch.⁶⁵ Beispielsweise wird argumentiert, dass ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. bei der de facto-Vergabe nicht in Betracht komme, weil in diesem Fall von vornherein an einem Anknüpfungspunkt für die Begründung eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und potentiellen Bietern fehle.⁶⁶ Denn wer von einer bevorstehenden de facto-Vergabe nichts wisse, vertraue auch nicht auf die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung. Kosten für die Vorbereitung bzw. die Abgabe eines Teilnahmeantrags oder eines Angebots könnten daher von vornherein nicht entstehen.⁶⁷

Positiv ausgedrückt gilt Folgendes: Bei Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Auftraggeber kann ein Anspruch auf Ersatz für die mit der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren verbundenen Aufwendungen bestehen, wenn der Bieter in Kenntnis des Sachverhalts die Aufwendungen nicht getätigt hätte.⁶⁸

c) Vergleich des Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (c.i.c.) mit § 181 Satz 1 GWB

Möglicherweise ist der Kreis der Anspruchsberechtigten der culpa in contrahendo bezüglich der Gewährung des negativen Interesses etwas weitergezogen als bei § 181 Satz 1 GWB. Das OLG Sachsen-Anhalt hat im Jahr 2014 entschieden, dass im Fall der rechtswidrigen Aufhebung einer Ausschreibung wegen einer objektiven Überschreitung des Haushaltsansatzes Schadenersatzansprüche wegen des negativen Interesses für mehrere Bieter in Betracht kämen, also nicht etwa nur für den Bestbieter.⁶⁹ Diese Rechtsprechung kann aber nur vordergründig für die These herhalten, dass die c.i.c.-Ansprüche im Vergaberecht „effektiv“ seien. Denn im konkreten Fall beschränkte

⁶⁵ BGH VergabeR 2008, 219 = ZfBR 2008, 299, 5 Leitsatz – Hochwasserschutzanlage: „Ein Anspruch aus culpa in contrahendo auf Erstattung der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren kann einem Bieter zustehen, wenn er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (hier: Schätzung der Gesamtvergütung unterhalb des einschlägigen Schwellenwerts) nicht oder nicht so, wie geschehen, daran beteiligt hätte (...);“ ausführlich zum Problem der Schutzwürdigkeit des Bietervertrauens Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 62 ff. mit der richtigen Feststellung a.a.O., Rn. 66: „Der Versuch, Aussagen aus diesen Einzelfallentscheidungen zu verallgemeinern, führt zu Wertungswidersprüchen. [...]“

⁶⁶ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 25.

⁶⁷ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 25.

⁶⁸ BGHZ 173, 33 = NZBau 2007, 27 – Gutachtenverfahren.

⁶⁹ OLG Sachsen-Anhalt VergabeR 2015 Rn. 42: „Allerdings hat die Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz ihres negativen Interesses im Hinblick auf die rechtswidrige Aufhebung der Ausschreibung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1 und 241 Abs. 2 BGB. Denn hätte der Beklagte eine ordnungsgemäße Kostenschätzung vorgenommen, wozu er auch zum Schutze der potenziellen Bieter verpflichtet war, und hätte diese [...] zu dem Ergebnis geführt, dass mit Kosten in der Größenordnung der im Submissionstermin protokollierten Angebotsendsummen zu rechnen sei, so hätte er entweder für eine entsprechende Bereitstellung von Haushaltsmitteln Sorge getragen oder auf die Ausschreibung des Auftrags in dieser Form verzichtet. In beiden Fällen wäre es nicht zu einer kostenträchtigen Teilnahme der Bieter am Vergabeverfahren gekommen. Auch die Klägerin hätte ihre mit der Angebotserstellung, -erläuterung und -aufklärung verbundenen Aufwendungen erspart. Diese hypothetische Betrachtung rechtfertigt es, nicht nur dem Bestbieter, d.h. dem Bieter, der bei einem ordnungsgemäßen Verlauf des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen, einen Anspruch auf den Ersatz des negativen Interesses zuzusprechen, sondern allen teilnehmenden Bietern [...]“

sich der Schadensersatzanspruch des Bieters der Höhe nach auf einen Betrag von gerade einmal 61,20 €.⁷⁰

Hinzu kommt, dass nach der älteren Rechtsprechung des BGH der auf Ersatz eines „Mindestschadens“ gerichtete Schadensersatzanspruch aus c.i.c. voraussetzt, dass der Bewerber bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – erhalten hätte.⁷¹ Wenn man diese extrem strenge Ansicht zugrunde legte, könnte man nicht von einem unterschiedlich weit gezogenen Kreis der Anspruchsberechtigten ausgehen.

Eine weitere Abweichung zwischen den beiden genannten Ansprüchen besteht darin, dass der Ersatz des positiven Interesses (d.h. des entgangenen Gewinns) nach c.i.c.-Grundsätzen in Betracht kommt, wenn der Bieter bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen⁷². Es handelt sich dabei um eine eher theoretische Konstellation.⁷³ Ausnahmen bestätigen allerdings die Regel: Das OLG Saarland entschied nämlich im Februar 2016: „Wird der preisgünstigste Bieter zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, muss der Auftraggeber Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses zahlen.“⁷⁴

Ansonsten aber gilt wie bei § 181 Satz 1 GWB: Die regeltypische Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB besteht in

⁷⁰ OLG Sachsen-Anhalt VergabeR 2015 Rn. 43. Unter anderem wurden Personalkosten für die Angebotserstellung und Angebotserläuterung als nicht erstattungsfähig anzusehen (a.a.O., Rn. 44).

⁷¹ BGH NJW 1993, 520 (522); BGH NJW 1981, 1673; Verfüht, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, §181 Rn. 80; differenzierend Antweiler, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 126 Rn. 32.

⁷² BGH NZBau 2010, 387 Rn. 16 f. – Abfallentsorgung: „16 Als auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichteter Schadensersatzanspruch kann das Begehren jedenfalls aus Kausalitätsgründen nach der Rechtsprechung des Senats nur gerechtfertigt sein, wenn davon auszugehen ist, dass der Kläger bei in jeder Hinsicht ordnungsgemäßigem Vergabeverfahren den Auftrag hätte erhalten müssen (Sen.Urt. v. 18.9.2007 - X ZR 89/04, Tz. 8, VergabeR 2008, 69 m.w.N.).17 Das setzt im Streitfall die Darlegung und den Nachweis voraus, welchen Preis die Klägerin angeboten hätte, wenn der Beklagte den festgestellten Vergabefehler unterlassen, wenn er also seine tatsächliche Schätzung als bloße Grobschätzung kenntlich gemacht hätte, sowie dass die Klägerin auch auf dieses Angebot den Zuschlag hätte erhalten müssen. [...]“

⁷³ Vgl. auch Dreher, EuZW 1998, 197 (200): „totes Recht“; Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 3.

⁷⁴ OLG Saarland v. 24. 2. 2016 – 1 U 60/15, ZfBR 2016, 622 Rn. 32 (juris): „Die weiteren Voraussetzungen für eine Erstattung des positiven Interesses liegen ebenfalls vor. Der Auftrag ist zum einen tatsächlich erteilt worden. Zum anderen hätte die Klägerin - da ihr Angebot zu Unrecht ausgeschlossen wurde - den Zuschlag erhalten müssen. Denn der Preis war das alleinige Wertungskriterium und ihr Angebot war das Preisgünstigste.“ Aus der inzwischen schon etwas älteren Rechtsprechung des BGH zum Ersatz des positiven Interesses (d.h. des entgangenen Gewinns) s. BGHZ 139, 259 Rn. 31 (juris) = BauR 1998, 1232 = WuW/E Verg 121 – Neubau Landwirtschaftsministerium; BGHZ 139, 280 Rn. 35 (juris) = BauR 1998, 279 = WuW/E Verg 129 – Ortsgestaltung; BGH NJW 2000, 137 (139 f.) = BauR 1999, 736 = WuW/E Verg 213 – Krankenhauswäsche; BGH NJW 2000, 661 (663) = BauR 2000, 254 = WuW/E Verg 285 – Altenheim; BGH NZBau 2003, 168 (169) = VergabeR 2003, 163 = WuW/E Verg 725 – Ziegelverblendung; BGH NZBau 2004, 283 = VergabeR 2004, 480 = WuW/E Verg 1020 – Krankenhausversorgung, 1. Leitsatz: „Wird eine Ausschreibung aufgehoben, ohne dass einer der in §§ 26 VOB/A, § 26 VOL/A genannten Gründe vorliegt, so setzt der auf Ersatz auch des entgangenen Gewinns gerichtete Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo nicht nur voraus, dass dem Bieter bei Fortsetzung des Verfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, weil er das annehmbarste Angebot abgegeben hat; er setzt vielmehr darüber hinaus auch voraus, dass der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich erteilt worden ist.“; s. ferner Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 25.

dem Ersatz des negativen Interesses. Nach der Rechtsprechung sind vergebliche Aufwendungen zur Vorbereitung der Leistungsausführung vor der Zuschlagserteilung nur ausnahmsweise erstattungsfähig, nämlich dann, wenn der Vertragsschluss zwischen den Parteien als sicher anzunehmen war, der Bieter seine Aufwendungen gerade im Vertrauen hierauf vorgenommen und die Vergabestelle den Vertragsschluss ohne triftigen Grund verhindert hat.⁷⁵

Im Übrigen wird in der Literatur wegen der o.g. Rechtsprechung des EuGH wie bei § 181 Satz 1 GWB teilweise der Verzicht auf das Verschuldenserfordernis gefordert.⁷⁶ Das ist insofern fraglich, als es sich bei §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB um eine Anspruchsgrundlage des nationalen Rechts handelt, die als solche unstreitig Verschulden voraussetzt. Weiter ist fraglich, ob sich die Vorgaben in Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG nicht „nur“ auf den vergaberechtlichen Schadensersatzanspruch aus § 126 Satz 1 GWB a.F. bzw. auf § 181 Satz 1 GWB erstrecken sollten,⁷⁷ sondern auch auf den Schadensersatzanspruch aus c.i.c. In rechtsdogmatischer Hinsicht ist derzeit noch nicht hinreichend geklärt, welche konkreten Auswirkungen das Effektivitätsgebot des Unionsrechts auf die Tatbestands- und Rechtsfolgenseite nationaler Rechtsnormen, die keine Umsetzungsnormen des Unionsrechts sind, haben kann.

d) Neuere Entwicklungen: Die Rechtsprechung des BGH zum Kalkulationsirrtum in Bezug auf die culpa in contrahendo

Hinsichtlich der neueren Entwicklungen im vergaberechtlichen Schadensersatzrecht nach c.i.c. ist insbesondere auf die Rechtsprechung des BGH zum Kalkulationsirrtum aus dem Jahr 2014⁷⁸ hinzuweisen.

aa) Die Entscheidung „Fahrbahnerneuerung II“ vom 11. November 2014

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH im Fall „Fahrbahnerneuerung II“ kann die Erteilung des Zuschlags auf ein von einem Kalkulationsirrtum beeinflusstes Angebot einen Verstoß gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des betreffenden Bieters darstellen. Die Schwelle zu einem solchen Pflichtenverstoß sei – so der BGH – überschritten, wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden

⁷⁵ OLG Sachsen-Anhalt, VergabeR 2014, 85 = IBR 2013, 761 – bodengebundener Rettungsdienst, 3. Leitsatz.

⁷⁶ Burgi, Vergaberecht, 2016, § 21 Rn. 5; a.A. Immenga/Mestmäcker/Stockmann, GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 30; Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 72; das Problem wird ausführlich diskutiert bei Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 68 ff.

⁷⁷ So z.B. Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 126 Rn. 72.

⁷⁸ BGH NZBau 2015, 248 = NJW 2015, 1513 – Fahrbahnerneuerung II.



könne, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringende Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu begnügen.

Diese Rechtsprechung ist insofern irritierend, als sie möglicherweise die Aufgabe der früheren – über Jahrzehnte gefestigten – Rechtsgrundsätze⁷⁹ zur Folge haben könnte (obgleich der X. Zivilsenat sein Urteil lediglich als „Weiterführung“ dieser Grundsätze versteht). Nach überkommener Rechtsansicht ging der Irrtum grundsätzlich zulasten desjenigen Bieters, der sich bei der Erstellung seines Angebots verrechnet hatte. Es bestand danach weder eine Anfechtungsberechtigung bei erkannten Kalkulationsfehlern noch eine diesbezügliche Überprüfungs- und Ermittlungspflicht des Auftraggebers. Die zulässigen Ausnahmen hiervon waren nach der Rechtsprechung sehr eng gefasst (d.h. nur in Ausnahmefällen bestand eine Hinweispflicht des Auftraggebers unter den Gesichtspunkten des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen oder der unzulässigen Rechtsausübung; eine Überprüfungs- und Ermittlungspflicht des Auftraggebers bestand nur dann, wenn sich der Tatbestand eines Kalkulationsirrtums und seiner unzumutbaren Folgen für den Bieter aus dessen Angebot oder den dem Auftraggeber bekannten sonstigen Umständen geradezu aufdrängen musste). Für die Frage, ob die Umstände für den Auftragge-

⁷⁹ BGHZ 139, 177 = NJW 1998, 3192 mit folgenden Leitsätzen: „1. Ein Kalkulationsirrtum berechtigt selbst dann nicht zur Anfechtung, wenn der Erklärungsempfänger diesen erkannt oder die Kenntnisnahme treuwidrig vereitelt hat; allerdings kann der Erklärungsempfänger unter den Gesichtspunkten des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen oder der unzulässigen Rechtsausübung verpflichtet sein, den Erklärenden auf seinen Kalkulationsfehler hinzuweisen. 2. Während eines Ausschreibungsverfahrens ist der öffentliche Auftraggeber in der Regel nicht verpflichtet, Angebote der Bieter auf Kalkulationsfehler zu überprüfen oder weitere Ermittlungen anzustellen; ausnahmsweise kann eine solche Pflicht bestehen, wenn sich der Tatbestand eines Kalkulationsirrtums und seiner unzumutbaren Folgen für den Bieter aus dessen Angebot oder den dem Auftraggeber bekannten sonstigen Umständen geradezu aufdrängt.“

ber einen erheblichen Kalkulationsirrtum nahelegen, kam es dabei wesentlich auf das Ausmaß des Irrtums an.⁸⁰

Diese älteren Aussagen der Rechtsprechung zugrundelegend, relativiert der BGH die früher vertretene Rechtsansicht insofern, als er nicht mehr auf die gesamte wirtschaftliche Situation des betroffenen Unternehmens abstellt, sondern auf den konkreten Auftrag.⁸¹ Dem betroffenen Bieter muss bei Durchführung des Auftrags zum Angebotspreis weder die Insolvenz noch sonstige erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten drohen, denn die Verpflichtung, aus Rücksicht auf die Interessen des Bieters von der Zuschlagserteilung abzusehen, greift nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht erst ein, wenn dessen wirtschaftliche Existenz auf dem Spiel steht.⁸² Abzustellen ist nach Ansicht des BGH vielmehr im Einzelfall darauf, ob zwischen dem Wert der für den Auftraggeber zu erbringenden Leistung und dessen Gegenleistung eine unbillige Diskrepanz besteht, was der BGH in diesem Fall bejaht hat. Der Endpreis des Angebots der Klägerin habe mit 27 % in besonders auffälligem Maß unter dem Preis des nächstgünstigen Bieters, den dieser als auskömmlich angeboten habe, gelegen. Die Gewinnspanne des Bieters kann nach dieser Rechtsprechung für die Prüfung, ob die Auftragsausführung zu einem falsch kalkulierten Preis unzumutbar ist, grundsätzlich „eine gewisse indizielle Bedeutung“ haben.⁸³

bb) Kritische Stellungnahme

Ich halte die neuere Rechtsprechung des BGH – vorbehaltlich derzeit nicht vorliegender restriktiverer Urteile – in Tenor und Begründung für kritikwürdig. Den Zivilgerichten darf keine allgemeine Preiskontrolle aufgebürdet werden. Die Kalkulation ist und bleibt die Sache der Bieter. Für eine Preiskontrolle fehlen dem Richter die materiellen Maßstäbe. Nur in wirklich evidenten Fällen kann und muss das wegen des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) und den in § 241 Abs. 2 BGB angesprochen Schutzpflichten ausnahmsweise anders sein.

Der BGH weist in seinem Urteil ausdrücklich darauf hin, dass der von der Vorinstanz festgestellte Wert von 27 % Differenz zwischen den Angeboten nicht als ein allgemeinverbindliches Maß für die Unzumutbarkeit qualifiziert werden könne, weil stets

⁸⁰ BGHZ 139, 177 (185) = NJW 1998, 3192.

⁸¹ So schon Zepp, jurisPR-PrivBauR 3/2015 Anm. 1 vom 10. 3. 2015.

⁸² BGH NZBau 2015, 248 Rn. 15 = NJW 2015, 1513 – Fahrbahnerneuerung II.

⁸³ BGH NZBau 2015, 248 Rn. 20 = NJW 2015, 1513 – Fahrbahnerneuerung II.

die Umstände des Einfalls berücksichtigt werden müssten.⁸⁴ Mit solchen Aussagen gibt der BGH der Praxis Steine statt Brot.⁸⁵ „Wachweich“ und in die falsche Richtung hin „dehnbar“ sind ferner Rechtfertigungen mit Hilfe des in den Vergabe- und Vertragsordnungen enthaltenen „Appells“, dass öffentliche Aufträge zu „angemessenen Preisen“ vergeben werden sollen.⁸⁶ In der Literatur dazu zutreffend bemerkt, dass der BGH den Bietern „eine durchaus erfolgversprechende Möglichkeit“ eröffnet habe, sich von einem Angebot, das weit unter dem nächstgünstigsten Angebot liegt, zu lösen, und dadurch den Grundsatz weiter aufgelockert habe, dass eine fehlerhafte Kalkulation bei Ausschreibungen im Risikobereich des Bieters liegt.⁸⁷

Es verwundert vor diesem Hintergrund nicht, dass zuletzt das OLG Brandenburg in einer Entscheidung vom 17. März 2016⁸⁸ bei einer viel geringeren Differenz zwischen den Angeboten als vom BGH zugrundegelegt – nämlich einer Abweichung von nur 7,3 % zwischen zwei Angeboten – zur Feststellung der Unzumutbarkeit einer Auftragsdurchführung wegen Kalkulationsirrtums des Bieters gelangte, respektive zu einem Verstoß des Auftraggebers gegen das Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB durch Auftragserteilung. Das kann nicht richtig sein, es handelt sich m.E. um eine klare Fehlentwicklung in der Rechtsprechung, die dem grundlegenden zivilrechtlichen Rechtsprinzip der Selbstverantwortung der Parteien widerspricht.

Ungeachtet dessen sind die folgenden allgemein gehaltenen Aussagen, die das OLG Brandenburg in einer Entscheidung vom 25. November 2015⁸⁹ getroffen hat, als der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung zu betrachten:

⁸⁴ BGH NZBau 2015, 248 Rn. 19 = NJW 2015, 1513 – Fahrbahnerneuerung II: „Es ist [...] darauf hinzuweisen, dass der Wert von 27 % nicht als allgemeinverbindliches, in jedem Beschaffungsvorgang bei jedem beliebigen Auftragsvolumen erforderliches, aber auch hinreichendes Maß für den die Unzumutbarkeit der Auftragsausführung begründenden Abstand zum nächstgünstigen Angebot zu verstehen ist. Wie bereits ausgeführt, müssen stets die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Dabei kann insbesondere auch das jeweilige Auftragsvolumen von Bedeutung sein. Stehen beispielsweise die Folgen eines Kalkulationsirrtums bei einem Auftragsvolumen in Rede, welches dasjenige des Streitfalls um ein Vielfaches übersteigt, muss das nicht heißen, dass der Bieter auch in einem solchen Fall erst bei Erreichen einer gleichhohen Quote aus Gründen der Rücksichtnahme auf seine Interessen nicht am irrtumsbedingten Preis festgehalten werden kann. Umgekehrt muss die bei einem besonders großen Auftragsvolumen zugrunde gelegte Abweichung nicht auch für deutlich geringere Volumina maßgeblich sein.“

⁸⁵ Zepp, jurisPR-PrivBauR 3/2015 Anm. 1 vom 10. 3. 2015 moniert zutreffend, dass „insoweit keine Sicherheit“ bestehe, weil der BGH die im entschiedenen Fall gegebene Unterschreitung von 27 % zum nächstgünstigsten Angebot nicht als verbindliches Maß für die Unzumutbarkeit der Auftragsausführung bewertet habe. Dabei helfe es nur wenig, dass der BGH auf die Bedeutung des Auftragsvolumens und der Gewinnspanne hingewiesen habe.

⁸⁶ BGH NZBau 2015, 248 Rn. 16 = NJW 2015, 1513 – Fahrbahnerneuerung II: „[Der in den Vergabe- und Vertragsordnungen seit jeher verankerte Appell, öffentliche Aufträge zu angemessenen Preisen zu erteilen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 VOL/A)] darf zwar nicht als Handhabe dafür missverstanden werden, die Preisbildung in einem funktionierenden Vergabewettbewerb infrage zu stellen. Die Regelung rechtfertigt aber, eine unmäßige Übervorteilung eines Bieters abzuwenden, die diesem aus der Bindung an einen Preis droht, der von einem erheblichen Kalkulationsirrtum beeinflusst ist.“

⁸⁷ Zepp, jurisPR-PrivBauR 3/2015 Anm. 1 vom 10. 3. 2015.

⁸⁸ OLG Brandenburg NZBau 2016, 432 = NJW-RR 2016, 853.

⁸⁹ OLG Brandenburg NZBau 2016, 217 = BauR 2016, 836, 2. Leitsatz.

„Ein Schadensersatzanspruch des Bieters wegen Fehlverhaltens des Ausschreibenden im Vergabeverfahren ist gegeben, wenn die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Bieters verletzt werden. Das ist der Fall, wenn zwischen dem Wert der für den Auftraggeber erbrachten Leistung und dessen Gegenleistung eine unbillige Diskrepanz herrscht, indem der Auftraggeber einen irrig kalkulierten Preis billigerweise nicht mehr als auch nur im Ansatz äquivalentes Entgelt für die erbrachte Leistung auffassen kann.“

II. Fazit und Thesen

1. Fazit

Die Regelungen über den vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz (scil. § 181 Satz 1 GWB und die c.i.c.-Vorschriften des BGB) flankieren das subjektive Recht auf Einhaltung des § 97 Abs. 6 GWB.⁹⁰ Die Analyse des vergaberechtlichen Schadensersatzregimes hat gezeigt, dass die einschlägigen Regelungen in § 181 Satz 1 GWB und in §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB de lege lata nicht hinreichend effektiv ausgestaltet sind, um den intendierten Bieterschutz zu gewährleisten. Insbesondere § 181 Satz 1 GWB ist meilenweit entfernt von jener praktischen Wirksamkeit (effet utile), wie sie das Unionsrecht bei der Interpretation und der Umsetzung europarechtlicher Bestimmungen in das nationale Recht allgemein verlangt. Nach hier vertretener Ansicht ist also der Gesetzgeber gefragt!

Praktisch wichtiger für übergangene Bieter ist der Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, der für Vergaben oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte gilt. Die culpa in contrahendo erfasst sowohl das negative als auch das positive Interesse (d.h. das Erfüllungsinteresse, den entgangenen Gewinn); es gibt allerdings nur relativ wenige veröffentlichte Entscheidungen, in denen der Anspruch auf das positive Interesse nicht bloß abstrakt diskutiert, sondern letztlich bejaht wurde. Wie häufig solche Fälle vor den Zivilgerichten eine vergleichsweise Erledigung erfahren, vermag ich nicht mit Gewissheit zu sagen; dem Vernehmen nach soll dies bei „c.i.c.-Fällen“ nicht nur vereinzelt vorkommen.

Bei der Beantwortung der Frage, wie die Zukunft des vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutzes aussehen könnte, versagt die Glaskugel des Referenten. In Ermangelung hellseherischer Fähigkeiten vermag ich leider nicht zu vorherzusagen, wie das Regelungsprogramm der Zukunft zum vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz aussehen wird. Es steht allerdings zu vermuten, dass wenn in naher Zukunft überhaupt Änderungen im geschriebenen Vergaberecht vollzogen werden sollen, diese innerhalb der reformierten EU-Rechtsmittelrichtlinien zu finden sein werden. Persönlich erwarte ich

⁹⁰ Burgi, Vergaberecht, 2016, § 21 Rn. 5.

davon inhaltlich nicht viel Neues, da ich gegenwärtig einen Diskurs über die Effektivität des Sekundärrechtsschutzes vermisste und deshalb eher mit einem „Weiter so!“ rechne. Eigenständige Reformbemühungen auf nationaler Ebene vermag ich ebenso wenig zu erkennen. Der deutsche Gesetzgeber verhält sich im Vergaberecht ja seit einigen Jahren eher reaktiv, d.h. von ihm sind ohne Anstöße aus Brüssel typischerweise keine eigenständigen Impulse auf der Gesetzesebene (d.h. im Kartellvergaberecht des GWB) zu erwarten.

2. Thesen

Ich plädiere de lege ferenda für klare, einfache und praktikable Regeln zum vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz:

1. Um den vergaberechtlichen Schadensersatz effektiver auszugestalten als bisher, sollte der Ersatz des negativen Interesses künftig für alle übergangenen Bieter ermöglicht werden, die formal korrekte Angebote bzw. Teilnahmeanträge abgegeben haben.
2. Es sollten weiter alle Schadenpositionen ersatzfähig sein, die tatsächlich durch die Vorbereitung des Angebots bzw. des Teilnahmeantrags entstanden sind. Das schließt die durch die Angebotserstellung zusätzlich entstandenen Personalkosten mit ein, wenn insoweit die Kausalität gegeben ist.⁹¹
3. Gemeinkosten und allgemeine Personalkosten, die den Bietern ohnehin entstanden wären, sollten demgegenüber auch künftig nicht ersetzt werden.
4. Der Ersatz des positiven Interesses (scil. des entgangenen Gewinns) sollte wie bisher nur dann in Betracht kommen, wenn der Zuschlag auf das Angebot eines übergangenen Bieters noch im Ermessen des Auftraggebers gelegen hätte. Hier – und nur hier – ist ein restriktiver Interpretationsansatz gerechtfertigt. Aus Gründen der praktischen Wirksamkeit des Schadensersatzanspruchs sollte insoweit klargestellt werden, dass der Ersatz des entgangenen Gewinns nicht auf das Angebot des zweitbesten Bieters beschränkt ist.
5. In zivilprozessualer Hinsicht erscheint es bedenkenswert, künftig alle vergaberechtliche Schadensersatzklagen an einem einzigen Zivilgericht (pro Bundesland) zu konzentrieren, um eine sachliche Überforderung der Zivilrichter mit dem komplexen Vergaberecht zu verhindern und eine auf profunder Sachkenntnis beruhende Urteilspraxis zu fördern.

⁹¹ Verführt, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 181 Rn. 36: „alle dieser Aktion zuzurechnenden direkten Personal- und Sachkosten, sowie die anteiligen Personalkosten“.

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen
Beirats des forum vergabe e.V. –

Statement



Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M.

Bucerius Law School, Hamburg

Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte – Vorgaben aus dem europäischen Unionsrecht und dem deutschen Verfassungsrecht

I. „Dulde und Liquidiere“ im Vergaberecht?

Es ist kaum zu fassen: Jahr für Jahr erkläre ich unseren Studentinnen und Studenten im Staatshaftungsrecht, dass „Dulde und liquidiere“, der alte, auf das Preußische Landrecht zurückgehende Grundsatz des Obrigkeitsstaats,¹ seit dem Nassauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr gilt.² Bürger, die sich rechtswidrig behandelt fühlen, müssen sich zur Wehr setzen; die Möglichkeit, stattdessen eine Entschädigung zu fordern, haben sie nicht. Den Studierenden sage ich immer, dass das gut so ist; denn der Vorrang des Primärrechtsschutzes schont nicht nur die Staatsfinanzen, sondern führt auch dazu, dass Unrecht gar nicht erst geschieht. Der Bürger wird zur Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Bindung an „Gesetz und Recht“ mobilisiert, eine Überlegung, die auch das europäische Unionsrecht prägt.

Und ein paar Monate später, wenn ich die Studierenden im Wahlschwerpunkt zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht in das Vergaberecht einführe, muss ich einräumen, dass es unterhalb der EU-Schwellenwerte – wenn überhaupt – nur unzulängliche primäre

¹ Vgl. §§ 74 und § 75 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794.

² BVerfG, Beschl. v. 15. 7. 1981, 1 BvL 77/78.

Rechtsschutzmöglichkeiten gibt und dass das Bundesverfassungsgericht dies – anders als der Österreichische Verfassungsgerichtshof³ – nicht beanstandet hat.⁴ Dogmatisch konsistent ist das nicht! Oberhalb der Schwellenwerte ist die Lage inzwischen – Europa sein Dank; Deutschland musste „zum Jagen getragen“ werden⁵ – befriedigend. Die Betroffenen haben angemessene Möglichkeiten, Primärrechtsschutz zu erlangen. Allerdings gilt dies nur für knapp 10 Prozent der Auftragsvergaben. Unterhalb der Schwellenwerte klafft noch immer eine unerträgliche Rechtsschutzlücke, obwohl es auch bei diesen Aufträgen um beträchtliche Summen gehen kann.⁶

II. Notwendigkeit von Primärrechtsschutz zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes

1. Vorgaben aus dem europäischen Primärrecht

Obwohl ich mich eigentlich ärgere, wenn der Europäische Gerichtshof allzu leichtfertig von einem „grenzüberschreitenden Sachverhalt“ ausgeht, will ich zuerst daran erinnern, dass das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten nicht nur subjektive Rechte auf gleiche Chancen in einem transparenten Vergabeverfahren vermitteln, sondern auch die Mitgliedstaaten verpflichten, effektive Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Auftragsvergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte müssen zwar nicht gleichbehandelt werden. Der Rechtsschutz muss aber „effektiv“ sein.

Und das verlangt im Grundsatz Primärrechtsschutz. Bislang hat der EuGH dies zwar noch nicht für Auftragsvergaben außerhalb des Richtlinienrechts klargestellt. Zu Recht hat der EuGH aber in der Rechtssache Alcatel Austria betont, dass die Mitgliedstaaten die dem Vertragsschluss vorangehende Vergabeentscheidung einem Nachprüfungsverfahren zugänglich machen müssen. Der Antragsteller soll „unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadensersatz zu erlangen,“ die Aufhebung der Entscheidung erwirken können.⁷ Im europäischen Primärrecht kann nichts Anderes gelten. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass es auch um die Verwirklichung des Binnenmarktes geht. Insoweit hat der EuGH schon vor langem zu Recht klargemacht, dass eine Entschädigung die Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats nicht beseitigen

³ VfGH, Erkenntnis v. 30. 11. 2000, G 110/99; Erkenntnis v. 26. 2. 2001, G 43/00.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 74 ff.

⁵ Zur Entwicklung Pünder, Vergaberecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1 (Öffentliches Wirtschaftsrecht), 3. Aufl. 2012, § 17 Rn. 4.

⁶ Die Schwellenwerte ergeben sich aus § 106 GWB i.V.m. den in den jeweiligen EU-Richtlinien festgelegten Werten (bei Bauaufträgen 5.225.000 Euro; bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 209.000 Euro).

⁷ EuGH, Urt. v. 28. 10. 1999, Rs. C-81/98 – Alcatel Austria, Rn. 38, 43. Ähnlich bereits EuGH, Urt. v. 9. 12. 1997, Rs. C-265/95, Kommission/Frankreich, Rn. 59 f.

kann.⁸ Wie später noch zu zeigen sein wird, haben Schadenersatzklagen kaum – wie es der Gerichtshof verlangt⁹ – eine „wirklich abschreckende Wirkung“. Primärrechtsschutz ist nötig, um der strukturellen Vollzugsschwäche der Union, der es an einem eigenen Durchsetzungsapparat fehlt, entgegenzuwirken.

Im Übrigen lässt sich die Entscheidung des dem EuGH vorgelagerten europäischen „Gerichts der Europäischen Union“ in der Rechtssache *Evropaïki* zu Auftragsvergaben der Europäischen Investitionsbank verallgemeinern. Hier hat das Gericht zu Recht nicht nur die Pflicht hervorgehoben, die Auswahlentscheidung zu begründen, sondern auch, dass es einen vorläufigen Rechtsschutz zu geben hat; der zuständige Richter muss „den Vollzug der angefochtenen Entscheidung aussetzen können, bis das für die Entscheidung in der Sache zuständige Gericht über die Klage auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung befindet“.¹⁰

2. Vorgaben aus dem deutschen Verfassungsrecht

Es ist mir fast peinlich zu betonen, dass auch unser deutsches Verfassungsrecht effektiven Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte verlangt. Dies immerhin hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt und klargestellt, dass man sich unterhalb der Schwellenwerte auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Verwaltungspraxis, also auf die Einhaltung der in den „Verdingungsordnungen“ niedergelegten Vergaberegeln berufen kann.¹¹ Zu Recht hat das Gericht aber auch hervorgehoben, dass eine prozessuale Gleichbehandlung der Auftragsvergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte nicht nötig ist.¹²

Unrecht hat das Bundesverfassungsgericht allerdings – und das ist der entscheidende Punkt –, soweit es davon ausgeht, dass im Unterschwellenbereich Sekundärrechtsschutz ausreicht.¹³ Der Vorrang des Primärrechtsschutzes muss nicht nur im Staatshaftungsrecht gelten, sondern auch im Vergaberecht. Um Formulierungen aus anderen Entscheidungen des Verfassungsgerichts aufzugreifen: Effektiver Rechtsschutz setzt eine „tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle“ voraus, die sicherstellt, dass vollen-

⁸ EuGH, Urt. v. 9. 12. 1997, Rs C- 265/95 – Kommission/Frankreich, Rn. 60.

⁹ EuGH, Urt. v. 10. 4. 1984, Rs. 14/83 – Colson, Rn. 23

¹⁰ EuG, Urt. v. 20. 9. 2011, Rs. T-461/08 – *Evropaïki Dynamiki*/EIB, Rn. 118, 120 ff.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 64 ff. Ausführlich zu den materiellen, prozeduralen und prozessualen Folgerungen aus Art. 3 GG Pünder: Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, *VerwArch* 95 (2004), S. 41 ff. Für einen individualschützenden Charakter von § 55 BHO (und der entsprechenden Vorschriften des Landesrechts) aufgrund grundrechtskonformer Auslegung) Pache, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, 3. Aufl. 2015, § 55 BHO, Rn. 162

¹² BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 83 ff.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 74 ff.

dete Tatsachen „so weit wie möglich“ verhindert werden.¹⁴ Dabei muss der Auftraggeber – getreu den Grundsätzen des „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“¹⁵ – wie nach dem Europarecht seine Entscheidung rechtzeitig bekanntgeben, begründen und Akteneinsicht gewähren.

Dass es Primärrechtsschutz geben muss, wird vor allem deutlich, wenn man sich die Schwächen des Sekundärrechtsschutzes vor Augen führt. Ich will hier nur in Erinnerung rufen, dass nicht berücksichtigte Bieter die Kausalität zwischen dem Vergaberechtsverstoß und einem Schaden wegen der Entscheidungsspielräume der Auftraggeber regelmäßig kaum nachweisen können. Dass das Bundesverfassungsgericht den fehlenden Primärrechtsschutz durch Sekundärrechtsschutz kompensieren will,¹⁶ mag man fast schon als zynisch bezeichnen. Auftraggeber können die subjektiven Rechte im Unterschwellenbereich derzeit fast sanktionslos ignorieren. Und selbst wenn es zu einer Haftung kommt, werden die Verantwortlichen die Zahlungen in ihrem Budget kaum spüren. Schadenersatzklagen haben – anders als bei privaten Akteuren – kaum eine abschreckende Wirkung. Die „Steuerungskraft“ des Rechts ist erheblich eingeschränkt, wenn es keine primären Rechtsschutzmöglichkeiten gibt.

III. Möglichkeiten und Grenzen des Primärrechtsschutzes de lege lata

Nach alledem dürfte doch nicht mehr zweifelhaft sein, dass es aus europa- wie aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich primären Rechtsschutz im unterschwelligen Bereich geben muss. Insoweit liegt bei uns de lege lata allerlei im Argen. Zwar ist die Aussage des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006, dass der Primärrechtsschutz „faktisch nicht realisierbar“ ist,¹⁷ aus heutiger Sicht etwas zu scharf. Einzelne (Zivil-)Gerichte machen sich inzwischen durchaus daran, Unterlassungsansprüche vor allem im einstweiligen Rechtsschutz durchzusetzen. Folgende Mängel sind aber doch eklatant.

1. Pacta sunt servanda?

Eine besondere Schwäche liegt darin, dass nach deutschem Verständnis ein Zuschlag, selbst wenn er rechtswidrig zustande gekommen ist, nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Für den Unterschwellenbereich gibt es zwar keine ausdrückliche Regelung. Es soll aber auch hier der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gelten.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 29. 7. 2004, 2 BvR 2248/03, Rn. 21. Ebenso BVerfG, Beschl. v. 23. 4. 2009, 1 BvR 3405/08, Rn. 6.

¹⁵ Allgemein Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 ff.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 79.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 72, 74.

Zwingend ist das nicht. Dass ein Vertrag gem. § 138 BGB nichtig ist, wenn ein Auftraggeber das Vergaberecht mit seinem Vertragspartner „kollusiv“ bewusst missachtet hat, dürfte doch nicht bezweifelt werden. Darüber hinaus sollte anerkannt werden, dass öffentliche Aufträge – wie öffentlich-rechtliche Verträge gem. § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB – nichtig sind, wenn „qualifiziert“ gegen ein „gesetzliches Verbot“ verstoßen wird. Und es ist doch nicht allzu kühn, dem europäischen Primärrecht und dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes das Verbot zu entnehmen, von der in den Verdingungsordnungen niedergelegten Verwaltungspraxis abzuweichen, wenn man bedenkt, dass die Regelwerke genügend „sachliche Gründe“ für Ausnahmen vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung enthalten.¹⁸ Sofern ein Vertrag im Wege der De-facto-Vergabe ohne jede Transparenz geschlossen wird, liegt sicher ein „qualifizierter Rechtsverstoß“ vor.

2. Pflicht zur Information der am Auftrag Interessierten vor dem Zuschlag

Wenn man am „Stabilitätsgrundsatz“ auch unterhalb der Schwellenwerte festhält, muss es – wie oberhalb der Schwellenwerte – aus europa- wie auch verfassungsrechtlichen Gründen eine Pflicht zur rechtzeitigen vorherigen Information der Nichtberücksichtigten geben. Dass das Bundesverfassungsgericht das anders gesehen hat,¹⁹ ist einmal wieder erstaunlich. Ich möchte nur an die „Ämterstabilität“ erinnern, die zu den „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ zählt, oder an die Auswahl der Teilnehmer an gewerberechtlich festgesetzten Märkten. Jeweils ist anerkannt, dass es eine Pflicht zur vorherigen Bekanntgabe der Auswahlentscheidung gibt, um Primärrechtsschutz zu ermöglichen.²⁰ Dass bei der Auftragsvergabe anderes gelten soll, ist nicht verständlich. Immerhin gibt es mittlerweile in einigen Bundesländern ausdrückliche Normierungen zu Vorabinformations- und Wartepflichten. Das macht Hoffnung!

3. Spezielle Schwächen des (fälschlich) zivilgerichtlichen Rechtsschutzes

Eine Stellungnahme zu der meines Erachtens rechtlich unzutreffenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach der Zivilrechtsweg einschlägig ist,²¹ will ich mir verkneifen. Betonen möchte ich nur, dass die Grundrechte beim zivilgerichtlichen Rechtsschutz nicht zu kurz kommen dürfen. Dass sich die Auftragsvergabe an den Grundsätzen des „Verwaltungsprivatrechts“ orientieren muss, hat immerhin auch das

¹⁸ Näher H. Pünder/S. Terbrack, Das vergabeverfahrensrechtliche Grundmodell und die Gründe für seine Modifikationen, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Festschrift für Fridhelm Marx, 2013, S. 585 ff.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn.74.

²⁰ Zum Beamtenrecht etwa BVerfG, Beschl. v. 9. 7. 2007, 2 BvR 206/07, Rn. 17; zum Gewerberecht z.B. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30. 9. 2010, 1 S 107.10, Rn. 7. Vgl. auch D. Ehlers, Gewerberecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1 (Öffentliches Wirtschaftsrecht), 3. Aufl. 2012, § 18 Rn. 89.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 2. 5. 2007, 6 B 10/08, Rn. 2 ff.



Bundesverwaltungsgericht hervorgehoben.²² Insofern muss ich als Öffentlichrechtler hervorheben, dass Art. 3 Abs. 1 GG selbstverständlich nicht nur – wie es etwa das OLG Brandenburg meint²³ – bei einer „krassen Fehlentscheidung“ verletzt wird. Und klar sein sollte auch, dass Akteneinsicht gewährt werden muss und es Mechanismen zur Sicherung des Primärrechtsschutzes zu geben hat, die den Zuschlagsverboten oberhalb der Schwellenwerte entsprechen.

IV. Einwände gegen den Primärrechtsschutz

Gegen den gerichtlichen Primärrechtsschutz wird seit jeher eingewandt, dass die Verzögerungen durch den Primärrechtsschutz die Funktionsfähigkeit, zumindest die Wirtschaftlichkeit des öffentlichen Beschaffungswesens gefährden.²⁴ Es besteht kein Zweifel: Dies sind nicht nur rechtspolitisch, sondern auch verfassungs- und europarechtlich bedeutsame Erwägungen. Selbstverständlich kann der Gesetzgeber den Primärrechtsschutz einschränken, um die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu wahren, sofern er beachtet, dass Art. 19 Abs. 4 GG ein vorbehaltloses Grundrecht ist, das eine „praktische Konkordanz“ erfordert.²⁵

²² BVerwG, Beschl. v. 2. 5. 2007, 6 B 10/08, Rn. 15.

²³ OLG Brandenburg, Beschl. v. 2. 10. 2008, 4 U 91/08, VergabeR 2009, 530, 532.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 91 f.

²⁵ H. Pünder, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 95 (2004), S. 41, 59 ff.

Dabei dürfen die Gefahren des Primärrechtsschutzes allerdings nicht überschätzt werden. Ganz abgesehen davon, dass wegen der Hoffnung auf künftige Aufträge ohnehin nur selten gegen Auftraggeber geklagt wird, zeigen die Rechtsschutzregeln oberhalb der Schwellenwerte, dass einer kostspieligen Verzögerung der Beschaffung entgegenwirkt werden kann. Beispielsweise sollte die Vorabinformationspflicht eine Rügeobliegenheit mit Präklusion zur Folge haben. Zudem sollten Gerichte den Zuschlag gestatten, wenn – wie es in § 169 GWB heißt – „die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen“. Weiter kann der Gesetzgeber zur Verfahrensvereinfachung etwa eine Übertragung auf den Einzelrichter vorsehen, den Instanzenzug beschränken (freilich mit dem gravierenden Nachteil der Rechtszersplitterung) oder den primären Rechtsschutz erst ab einer gewissen Bagatellgrenze (die aber erheblich unter den EU-Schwellenwerten liegen muss) zur Verfügung stellen. Im Übrigen möchte ich auf Österreich verweisen, wo es seit 2002 unabhängig vom Schwellenwert Primärrechtsschutz gibt, und auf die Bundesländer, die Vorabinformationspflichten normiert haben. Das öffentliche Beschaffungswesen ist dadurch nicht zum Erliegen gekommen.

Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht auch hervorgehoben, dass, wenn einzelne Unternehmen „zur Durchsetzung des objektiven Rechts mobilisiert“ werden, dies auch zur Wirtschaftlichkeit des Vergabeverfahrens beiträgt.²⁶ Derzeit interessieren sich viele Unternehmen gar nicht für öffentliche Aufträge, weil sie nicht davon ausgehen, dass es bei der Vergabe mit rechten Dingen zugeht. Dies ist ein erheblicher Missstand; denn je mehr Unternehmen sich am Wettbewerb beteiligen, desto größer wird die Einsparung von Haushaltsmitteln sein.

V. Schlussbemerkungen

Zum Schluss noch einmal ganz einfach. Sowohl aus dem europäischen Primärrecht als auch aus dem deutschen Verfassungsrecht folgt: Primärrechtsschutz ist die Regel, bloßer Sekundärrechtsschutz die Ausnahme. Und wenn der Gesetzgeber unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte nichts tut, bleibt es bei der Regel: Den Betroffenen ist Primärrechtsschutz zu gewähren. Zu Recht setzt sich diese Einschätzung auch in der Rechtsprechung zunehmend durch. Von einer gefestigten Judikatur kann allerdings keine Rede sein. Den Weg zum Primärrechtsschutz zu beschreiten, ist zwar möglich, für die Betroffenen unterhalb der Schwellenwerte aber noch nicht zumutbar. Deshalb kann der Vorrang des Primärrechtsschutzes zu Lasten der Bürger noch nicht wirken. „Dulde und liquidiere“, der eigentlich nicht mehr angemessene Grundsatz des Obrigkeitstaa-tes, ist für sie derzeit noch eine Option.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 91.

Gesetzgeberische Entscheidungen sollten die Unsicherheiten endlich beseitigen. Dies kann der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das „gerichtliche Verfahren“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) tun. Auch eine Berufung auf die Kompetenz zur Regelung des „Rechts der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) ist – anders als Martin Burgi meint²⁷ – nicht ausgeschlossen. Wenn man dem nicht folgt, sind Bund und Länder gemeinsam gefordert, ein „Modellgesetz“ zu erarbeiten. Damit hat man ja im Verwaltungsverfahrenrecht und etwa im Polizeirecht keine schlechten Erfahrungen gemacht.

²⁷ Burgi, Vergaberecht, 2016, § 26 Rn. 10 f.

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen
Beirats des forum vergabe e.V. –**

Statement

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Universität Augsburg



Vertragsnichtigkeit als Fehlerfolge bei grundrechts- und grundfreiheitenwidrigem privatrechtsförmigem Verwaltungshandeln – ein Paradigmenwechsel für den Unterschwellenvergaberechtsschutz aus Karlsruhe?

I. Kontext

In einem für das Kommunalrecht grundlegenden Beschluss vom 19.7.2016 hat das Bundesverfassungsgericht über die Zulässigkeit einer Einheimischenprivilegierung beim Zugang zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen judiziert. Trotz der scheinbar entfernten Thematik hat der Beschluss erhebliche Bedeutung für die privatrechtsförmig handelnde Verwaltung und damit für nicht vom GWB erfasste Unterschwellenvergaben: nicht so sehr, weil er erneut die Fiskalgeltung des allgemeinen Gleichheitssatzes unmissverständlich betont (II.), aus dem kurz in Erinnerung gerufene Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe folgen (III.), sondern weil er bei Gleichheitsverstößen (ebenso wie im Übrigen bei Verstößen gegen die EU-Grundfreiheiten) entgegen der angefochtenen OLG-Entscheidung von einer grundsätzlichen Nichtigkeit privatrechtlicher Verträge ausgeht; die Übertragung dieser Fehlerfolge auf Unterschwellenvergaben wäre folgenreich, ist aber zu hinterfragen (IV.). Der Beschluss gibt überdies Anlass, zwei bislang uneingelöste Verfassungsanforderungen an den Unterschwellenrechtsschutz in Erinnerung zu rufen (V.).

II. Grundrechtsbindung der auftragsvergebenden Verwaltung („Fiskalgeltung“)

Während Teile der Literatur und der Rechtsprechung eine Bindung der auftragsvergebenden Verwaltung an den allgemeinen Gleichheitssatz lange Zeit verneinten,¹ ist das BVerfG dem bereits in seinem Beschluss zu Unterschwellenvergaben vom 13.6.2006 entgegengetreten.² Dass die Grundrechte den Staat mit Blick auf Art. 1 III GG und die Gemeinwohlorientierung jedweden Staatshandelns umfassend, mithin unabhängig von Handlungsform und Zwecksetzung und damit auch bei privatrechtsförmigem und bedarfsdeckendem Handeln binden, hat es im vorliegenden Beschluss – in Anknüpfung an die grundlegende Fraport-Entscheidung³ – erneut in deutlichen Worten bekräftigt (Rn. 25 ff.).⁴ Die Geltung der EU-Marktfreiheiten für die öffentliche Auftragsvergabe stand im Übrigen nie in Zweifel.

III. Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes

Der allgemeine Gleichheitssatz ist für das Vergaberecht in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: zum einen folgen aus ihm materielle und prozedurale Rahmenvorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe, zum anderen verleiht er verwaltungsinternen Vergaberegeln über die Figur der Selbstbindung der Verwaltung mittelbare Außenwirkung. So ist es der öffentlichen Hand nach dem BVerfG „verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen“; ferner muss jeder Bieter „eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht“.⁵ In Konkretisierung dessen verlangt der allgemeine Gleichheitssatz sachgerechte Vergabekriterien und einen verfahrensmäßigen Mindeststandard, namentlich die Vorabfestlegung eines für das weitere Verfahren grundsätzlich verbindlichen Vergabekonzepts (Kriterien, Verfahrensmodalitäten), hinreichende Publizität der Beschaffung, angemessene Fristen sowie ein chancengleiches Vergabeverfahren, was etwa das Verbot selektiver Information beinhaltet.⁶ Vergleichbare Anforderungen folgen im Übrigen aus den EU-Grundfreiheiten für binnenmarktrele-

¹ BGHZ 36, 91 (96) = NJW 1962, 196 (197 f.); Dürig, in: Maunz/ders. (Hrsg.), GG, Art. 3 I Rn. 490 (Erstbearbeitung); Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 13 f. Offengelassen von BGH, DÖV 1967, 569 (570); BGHZ 146, 202 (212) = NJW 2001, 1492 (1494).

² BVerfGE 116, 135 (153) = NJW 2006, 3701 (3703) – ibid. 151 (3702) hat es die Fiskalgeltung der Berufsfreiheit indes noch offengelassen.

³ BVerfGE 128, 226 (244 f.) = NJW 2011, 1201 (1202 f.).

⁴ Näher F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 32 f.

⁵ BVerfGE 116, 135 (153 und 154) = NJW 2006, 3701 (3703).

⁶ Siehe m.w.N. Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 35 ff.

vante Auftragsvergaben.⁷ Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Selbstbindung, da diese den verwaltungsinternen Vergaberegeln, namentlich den Vergabe- und Vertragsordnungen und zukünftig vielleicht einer Unterschwellenvergabeordnung,⁸ mittelbare Außenwirkung verleiht.⁹

IV. Vertragsnichtigkeit als Konsequenz von Vergabeverstößen?

Während die bisherige Vergaberechtsprechung von der nachträglichen Unangreifbarkeit vergaberechtswidrig geschlossener Beschaffungsverträge ausgeht und kompensatorisch vorbeugenden Rechtsschutz gewährt (1.), setzt der vorliegende Beschluss mit der Annahme der grundsätzlichen Nichtigkeit grundrechts- und grundfreiheitenwidriger Verwaltungsverträge andere Akzente (2.). Auf Unterschwellenvergaben ist er indes nur eingeschränkt zu übertragen, wobei gesetzgeberischen Handlungsbedarf hervorruufende Unsicherheiten für die Vergabepaxis verbleiben (3.).

1. Bisherige Rechtsprechung: Stabilität und präventiver Primärrechtsschutz

Bislang hat die Rechtsprechung gegen grundrechtliche respektive grundfreiheitliche Vorgaben verstoßende Beschaffungsverträge für wirksam und im Nachhinein nicht angreifbar erachtet (Stabilitätsdogma).¹⁰ Dies sperrte, ähnlich wie bei Konkurrentenstreitigkeiten um Beamtenstellen,¹¹ nachträglichen Primärrechtsschutz. Wie im Beamtenrecht hat indes zunehmend die Möglichkeit Anerkennung gefunden, präventiven Primärrechtsschutz zu erlangen, und zwar vor den Zivilgerichten¹² im Wege der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO), gerichtet auf Unterlassung des Vertragsschlusses.¹³ Materiellrechtlich folgte der durchzusetzende Unterlassungsanspruch aus §§ 1004,

⁷ Näher zum EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte F. Wollenschläger, NVwZ 2007, 388; ders. (o. Fn. 4), S. 114 ff.; ders., REALaw 8 (2015), 205 (209 ff.).

⁸ Siehe BMWi, Entwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/diskussionsentwurf-zur-unterschwellenvergabeordnung-ugvo,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (4.11.2016).

⁹ Siehe hierzu F. Wollenschläger, Primärrechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Kap. 26 Rn. 56 ff.

¹⁰ Zu dessen Herleitung Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 490 ff., 623 ff. m.w.N. Siehe etwa VG Mainz, NZBau 2011, 60 (63 f.); OLG Naumburg, OLGR Naumburg 2008, 957 (958); OLG Oldenburg, ZfBR 2008, 819 (820); OLG Schleswig, NZBau 2000, 100 (101); OLG Stuttgart, VergabeR 2011, 236 (238); Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 61 ff. Die Begründung RegE VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, 19 (zu § 124 GWB a.F.) spricht von einem „Prinzip des deutschen Vergaberechts“.

¹¹ Siehe dazu nur F. Wollenschläger, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 1. Aufl. 2013, § 123 Rn. 216 ff.

¹² Zur Eröffnung des Zivilrechtswegs BVerwGE 129, 9 (10 ff.) = NJW 2007, 2275 (2275 f.); ferner BGH, NZBau 2012, 248 (250 f.); kritisch dazu etwa Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 232 ff. m.w.N.

¹³ Siehe nur KG, NZBau 2015, 323 (324); OLG Celle, NZBau 2016, 381 (382); OLG Düsseldorf, NZBau 2010, 328 (329 ff.); NZBau 2012, 382 (385 f.); OLG Frankfurt, ZfBR 2016, 290 (290); Burgi, Vergaberecht, 2016, § 26 Rn. 12 ff.



823 II BGB analog i.V.m. den Marktfreiheiten respektive Grundrechten¹⁴ und aus dem durch die Ausschreibung begründeten vorvertraglichen Vertrauensverhältnis (Anspruch auf Einhaltung der zugrunde gelegten Vergaberegeln, namentlich der Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen, soweit individualschützend)^{15,16}. Besonders hervorzuheben ist, dass, anders als von Teilen der Rechtsprechung in verfehlter Interpretation des Art. 3 I GG vertreten, keine weitere Qualifikation des Gleichheitsverstößes angezeigt ist, etwa das Erfordernis eines willkürlichen oder offensichtlich rechtswidrigen Handelns des Auftraggebers.¹⁷

Diese Möglichkeit präventiven Primärrechtsschutzes steht und fällt freilich mit der Kenntnis der nicht zum Zuge kommenden Bieter vom bevorstehenden Vertragsschluss. Eine diese sicherstellende Vorabinformations- und Wartepflicht ist für Unterschwellenvergaben, anders als für das GWB-Vergaberecht (§ 134 GWB), indes nicht allgemein vorgesehen (anders etwa § 8 I, III SächsVergabeG; § 19 I ThürVgG), so dass die faktische Realisierbarkeit des Primärrechtsschutzes von der meist zufälligen Kenntnis vom bevorstehenden Zuschlag abhängt. In seinem Beschluss zu Unterschwellenvergaben vom 13.06.2006 hat das BVerfG diesen (faktischen) Ausschluss des Primärrechtsschutzes –

¹⁴ KG Berlin, NZBau 2015, 323 (324); OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 382 (385 f.).

¹⁵ BGHZ 190, 89 (93 ff.) = NZBau 2011, 498 (499 f.); NZBau 2012, 46 (47); OLG Celle, NZBau 2016, 381 (382); OLG Düsseldorf, NZBau 2010, 328 (329 f.); NZBau 2012, 382 (385); OLG Saarbrücken, VergabeR 2015, 623; LG Bielefeld, VergabeR 2014, 832.

¹⁶ Näher Burgi (o. Fn. 13), § 26 Rn. 17; Wollenschläger (o. Fn. 9), Kap. 26 Rn. 54 ff.

¹⁷ So zu Recht OLG Düsseldorf, ZfBR 2009, 304 (LS 3); ZfBR 2012, 505 (506); OLG Saarbrücken, VergabeR 2015, 623 (625); offen gelassen OLG Frankfurt, ZfBR 2016, 290 (290); Wollenschläger (o. Fn. 9), Kap. 26 Rn. 61 ff. Anders aber OLG Brandenburg, VergabeR 2009, 530 (532); VergabeR 2012, 133 (135 f.).

anders als im Beamtenrecht¹⁸ und im Übrigen das EuG für Auftragsvergaben der EU¹⁹ – für mit der Rechtsschutzgarantie vereinbar erachtet: „Es liegt im Hinblick auf Vergabeentscheidungen im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, das Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Ausführung der Maßnahmen und das des erfolgreichen Bewerbers an alsbaldiger Rechtssicherheit dem Interesse des erfolglosen Bieters an Primärrechtsschutz vorzuziehen und Letzteren regelmäßig auf Sekundärrechtsschutz zu beschränken. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, eine auch faktisch realisierbare Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes im Vergaberecht zu schaffen. Insbesondere muss er keine Pflicht der vergebenden Stelle zu einer rechtzeitigen Information der erfolglosen Bieter regeln, wie sie sich für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte ... findet.“²⁰

2. Aktueller Beschluss: Nichtigkeit grundrechts- und grundfreiheitenwidriger Verträge

Der vorliegende Beschluss des BVerfG setzt demgegenüber andere Akzente hinsichtlich der Fehlerfolgen bei grundrechts- respektive grundfreiheitenwidrigem, privatrechtsförmigem Verwaltungshandeln: Er geht nämlich von der grundsätzlichen Nichtigkeit entsprechender Verwaltungsverträge aus (Rn. 24, 33, 44 ff.).²¹

Dogmatische Grundlage der Nichtigkeitsfolge ist § 134 BGB i.V.m. dem verletzten Grundrecht respektive der verletzten Grundfreiheit als Verbotsgesetz. Zu Recht ist das BVerfG dem Ansatz des OLG München²² entgegengetreten, zwischen ein- und beiderseitigen Verbotsgesetzen zu differenzieren und im ersten Fall, mithin wenn das Verbotsgesetz – wie die Grundrechte und Grundfreiheiten – nur an eine Vertragspartei gerichtet ist, die Nichtigkeitsfolge zu verneinen: Denn „[d]iese Handhabung verkehrt nicht nur Sinn und Zweck des § 134 BGB in ihr Gegenteil, sondern ist auch mit [Art. 56 AEUV] nicht zu vereinbaren, da sie den mit diesen Bestimmungen bezweckten Schutz des Betroffenen dadurch konterkariert, dass sie die Ungleichbehandlung und damit die den freien Dienstleistungsverkehr beschränkende Wirkung des Verstoßes gegen das Verbotsgesetz perpetuiert“ (Rn. 45). Und weiter heißt es: „Bleibe die Wirksamkeit des Geschäfts im in Rede stehenden Umfang vom Verstoß gegen das Diskriminierungsver-

¹⁸ Siehe nur BVerfG, NJW 1990, 501 (501).

¹⁹ EuG, Rs. T-461/08, ECLI:EU:T:2011:494, Rn. 118 ff. – Evropaiki Dynamiki/EIB; ferner Rs. T-199/14 R, E-CLI:EU:T:2014:1024, Rn. 162, 172 – Vanbreda/EK; unentschieden noch EuGH, Rs. C-91/08, Slg. 2010, I-2815 = NZBau 2010, 382 (386) Rn. 65 – Wall AG; offen auch OLG Düsseldorf, ZfBR 2012, 505 (506).

²⁰ BVerfGE 116, 135 (156) = NJW 2006, 3701 (3704). Zustimmend Gaier, NZBau 2008, 289 (292 f.); Gundel, Jura 2008, 288 (290 f.); ablehnend Dreher, NZBau 2002, 419 (426). Näher m.w.N. Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 87 ff.

²¹ Siehe zur Nichtigkeit privatrechtlicher Rechtsgeschäfte bei Verstößen gegen Art. 3 I GG auch BGH, NJW 2004, 1031 (1031); Z 174, 127 (170) = NVwZ 2008, 455 (465 f.).

²² Siehe OLG München, EuZW 2008, 773 (773 f.). Ebenso für Einstellungen im Öffentlichen Dienst BAG, NZA 1998, 882 (884); NZA 1998, 884 (886).

bot unberührt, dauerte die Wirkung der Diskriminierung fort, sodass das Verbot insoweit wirkungslos wäre“ (Rn. 48).

3. Übertragbarkeit auf das Unterschwellenvergaberecht?

Überträgt man den vorliegenden Beschluss des BVerfG auf Unterschwellenvergaben, wäre das Stabilitätsdogma hinfällig und Primärrechtsschutz nicht als präventiver notwendig, sondern nachträglich über die (Dritt-)Feststellungsklage (§ 256 ZPO) zu suchen. Praktisch bestünden damit zwar effektive Rechtsschutzmöglichkeiten; allerdings verzögerte ihre Inanspruchnahme die Beschaffung, und auch bei Nichtinanspruchnahme belastete die (mögliche) Nichtigkeit die Vertragsdurchführung.

Indes bezieht sich die Entscheidung des BVerfG unmittelbar nur auf die Grundrechtsverletzung „eines am Rechtsgeschäft beteiligten Grundrechtsträgers“ (Rn. 33), wohingegen im Vergaberechtsschutz Rechtsverletzungen zulasten nicht am Vertrag beteiligter Dritter im Raum stehen. Auch hier lässt sich jedoch die Vertragsnichtigkeit nicht unter Verweis auf die Einseitigkeit des Verbots verneinen.²³ Dies verkennt nämlich den der Vergabesituation zugrunde liegenden multipolaren Verteilungskonflikt und den durch die Verbotsnorm bezweckten Schutz des übergangenen Vertragspartners.²⁴ Ebenso wenig überzeugt es, den Verbotscharakter des verfassungs- und unionsrechtlichen Teilhabeanspruchs mit dem Argument zu verneinen, dass seine Verletzung „lediglich“ das dem Vertragsschluss vorgelagerte Verfahren, nicht aber den Inhalt des Rechtsgeschäfts betreffe.²⁵ Diese Auffassung verkennt nämlich, dass der mit dem Beschaffungsvertrag bezweckte Erfolg Rechte Dritter verletzt.²⁶ Verstöße gegen das grundfreiheitliche Vergaberegime können mithin zur Nichtigkeit des Vertrags gemäß § 134 BGB führen.²⁷ Nichts anderes gilt für den aus Art. 3 I GG folgenden Teilhabeanspruch.²⁸

Damit ist das letzte Wort freilich noch nicht gesprochen: Im Interesse des Gebots einer ausgewogenen Fehlerkorrektur²⁹ ist nämlich im Einzelfall im Rahmen des § 134 BGB³⁰

²³ Ausführlich zum Folgenden m.w.N., worauf dieser Abschnitt beruht Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 486 ff., 619 f.

²⁴ Vgl. auch Gundel, DV 37 (2004), 401 (419 Fn. 103); H. G. Fischer, EuZW 2009, 208 (210).

²⁵ Antweiler, DB 2001, 1975 (1976); Gers-Grapperhaus, Das Auswahlrechtsverhältnis bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 99; ferner J. Becker, Verwaltungsprivatrecht und Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1994, S. 153.

²⁶ Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 487, 620. Allgemein zur Relevanz des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht ebd., S. 687 ff.; ferner ders., VVDStRL 75 (2016), 187 (224, 238, 242 f.).

²⁷ Dreher, NZBau 2002, 419 (423); Knöbl (o. Fn. 10), S. 67 ff. – i.E. mit Blick auf die inmitten stehenden Drittinteressen aber ablehnend.

²⁸ Knöbl (o. Fn. 10), S. 59 ff.; Krebs, ZIP 1990, 1513 (1522), unter Verweis auf den Rechtsgedanken des § 58 VwVfG. In diese Richtung auch BGHZ 65, 284 (287) = WM 1976, 149 (150); ferner NVwZ 2010, 531 (533), wonach der – (auch) in den Grundrechten wurzelnde – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB darstellt; Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 154 f., 226.

²⁹ Näher zu diesem m.w.N. Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 601 ff.

³⁰ BGHZ 143, 283 (286 f.) = NJW 2000, 1186 (1187).

zu prüfen, ob der Zweck der verletzten Norm angesichts der Multipolarität der Verteilungssituation auch eine Nichtigkeit des Beschaffungsvertrags verlangt; namentlich das Rechtsschutzinteresse überwiegende Bestandsinteressen von Verwaltung und zum Zuge gekommenem Bieter können eine Korrektur der Vergabeentscheidung und damit die Nichtigkeit des Vertrages ausschließen.³¹

Ähnlich wie im vorliegenden Beschluss des BVerfG gilt, dass eine Aufrechterhaltung des Vertrags den Gleichheitsverstoß zulasten des zu Unrecht übergangenen Bieters und auch die Beeinträchtigung des Binnenmarktes perpetuiert. Umgekehrt geht mit der Nichtigkeitsfolge eine erhebliche Beeinträchtigung der Vertragsdurchführung einher. Überträgt man die soeben zitierte Interessenabwägung des BVerfG in seinem Beschluss vom 13.06.2006, schiede wegen überwiegender Bestandsinteressen die Vertragsnichtigkeit aus, und wäre nicht einmal einen präventiven Rechtsschutz ermöglichende Vorabinformation der unterlegenen Bieter geboten. Auch mit Blick auf die Marktfreiheiten ist festzuhalten, dass ein Ausschluss des Primärrechtsschutzes bei überwiegenden Bestandsinteressen möglich ist.³² Die ebenfalls bereits erwähnte jüngere Rechtsprechung des EuG fordert freilich eine Informations- und Wartepflicht als Kompensation für den versagten repressiven Rechtsschutz – bislang zwar nur für Auftragsvergaben der EU; allerdings ist diese Wertung auch auf das grundfreiheitliche Rechtsschutzgebot zu übertragen, das für binnenmarktrelevante Beschaffungen der Mitgliedstaaten greift.³³

Auch wenn demnach gute Gründe für eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolge – genauso wie im Übrigen für die Annahme einer Informations- und Wartepflicht – streiten, bleibt die Positionierung der Zivilgerichtsbarkeit im Nachgang zum hier besprochenen Beschluss des BVerfG abzuwarten. Nicht nur deshalb sollte der Gesetzgeber mit einer Normierung der Unterschwellenvergaben voranschreiten. Vereinzelte landesgesetzgeberische Aktivitäten sowie der jüngst vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie veröffentlichte Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung³⁴ weisen in die richtige Richtung, obgleich letztere auf eine Informations- und Wartepflicht verzichtet.³⁵

V. Verfassungsvorgaben für den Unterschwellenrechtsschutz

Mit Blick auf eine Effektivierung des Unterschwellenrechtsschutzes im bestehenden System seien abschließend zwei Verfassungsvorgaben, die noch der konsequenten Um-

³¹ Siehe nur Knöbl (o. Fn. 10), S. 61 ff. Zur Parallelproblematik bei der Anwendung von § 59 I VwVfG i.V.m. § 134 BGB im Kontext öffentlich-rechtlicher Verträge Krebs, VVDStRL 52 (1993), 248 (267 ff., 279); Schlette, Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 549 ff.; Schmidt-Aßmann/Krebs (o. Fn. 28), S. 221 ff.

³² Siehe m.w.N. Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 131 f. Ablehnend im Kontext einer Dienstleistungskonzession: VG Bayreuth, Urt. v. 11.12.2012 – B 1 K 12.445, juris, Rn. 91 f. (Urteil durch Vergleich wirkungslos).

³³ Ebenfalls eine Informationspflicht bejahend Burgi, NZBau 2005, 610 (617); Knauff, NVwZ 2007, 546 (548 f.).

³⁴ Nachweis in Fn. 8.

³⁵ Zu Reformoptionen André/Sailer, NZBau 2011, 394; Burgi (o. Fn. 13), § 26 Rn. 6 ff.

setzung harren, in Erinnerung gerufen. Zum einen hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 13.6.2006 als Kompensation für den (faktisch) versperrten Primärrechtsschutz eine Stärkung des Sekundärrechtsschutzes angemahnt: „Die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Normen, aus denen sich ein Schadensersatzanspruch des erfolglosen Bieters ergeben kann, müssen in einer Weise bestimmt werden, die seinem auf die Beachtung des Art. 3 Abs. 1 GG gerichteten Rechtsschutzinteresse hinreichend Rechnung trägt.“³⁶ Zum anderen hat das BVerwG in seiner Unterschwellenentscheidung vom 2.5.2007 das Gebot einer modifizierten Anwendung des Zivil(prozess)rechts nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts betont: „Die öffentlich-rechtliche Überlagerung der privatrechtlichen Auftragsvergabe kann vielmehr ohne Weiteres nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts bewältigt werden, indem die ordentlichen Gerichte über die Ergänzungen, Modifizierungen und Überlagerungen des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Bindungen mit zu entscheiden haben“³⁷. Vor diesem Hintergrund sind prozessuale Nachteile eines zivilgerichtlichen Vorgehens zu reflektieren respektive zu kompensieren (etwa Beweislast, Akteneinsicht oder Zuschlagsverbot).³⁸

VI. Fazit

Der hier besprochene Beschluss verdeutlicht, dass sich die privatrechtsförmig handelnde Verwaltung nicht im grundrechtsfreien Raum bewegt und diese Grundrechtsbindung angesichts der Nichtigkeitsfolge auch gravierende Konsequenzen im Fehlerfolgenregime hat. Einer „Flucht ins Privatrecht“ (Fleiner) sind damit Grenzen gesetzt, und zwar zu Recht: Steht die Rechtswidrigkeit eines gegen Grundfreiheiten respektive Grundrechte verstoßenden Verwaltungsakts außer Zweifel, erscheint es widersprüchlich und auch rechtsstaatlich problematisch, verwaltungsvertragliches Handeln in Privatrechtsform von vornherein gegen Anfechtungen zu immunisieren. Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob legitimen Bestandsinteressen durch Modifikationen im Fehlerfolgenregime Rechnung zu tragen ist. Hierfür sprechen gute Gründe, so dass die vom BVerfG in casu angenommene rigide Nichtigkeitsfolge nicht auf Unterschwellenvergaben zu übertragen ist; zur Kompensation ist in Einklang mit der jüngeren Judikatur des EuG indes eine Primärrechtsschutz ermöglichende Vorabinformations- und Wartepflicht geboten. Angesichts dessen und fortbestehender Unsicherheiten bleibt die Reform des Unterschwellenvergaberechts(schutzes) auf der Tagesordnung des Gesetzgebers!

³⁶ BVerfGE 116, 135 (159) = NJW 2006, 3701 (3704). Zum Sekundärrechtsschutz und seinen Schwächen Wollenschläger (o. Fn. 4), S. 501 ff., 658 ff. m.w.N.; kritisch etwa Braun, NZBau 2008, 160 (162).

³⁷ BVerwGE 129, 9 (19) = NJW 2007, 2275 (2278).

³⁸ Näher dazu Wollenschläger (o. Fn. 9), Kap. 26 Rn. 71 ff.

Workshop 1: Reform des Vergaberechts

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen
Beirats des forum vergabe e.V. –

Statement



Prof. Dr. Dr. Jan Ziekow

Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer

Möglichkeiten einer prozessualen Ausgestaltung eines Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Diskussion von Möglichkeiten der prozessualen Ausgestaltung eines Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich. Dies bedingt eine gewisse Selbstbeschränkung¹. Die vieldiskutierte Frage, ob und inwieweit die Einführung eines Primärrechtsschutzes² gegen Vergaben unterhalb der Schwellen-

¹ Zu verschiedenen Facetten des Themas vgl. neben der in den folgenden Anmerkungen genannten Nachweisen nur Tobias André/Daniel Sailer, Primärer Vergaberechtsschutz unterhalb der unionsrechtlichen Anwendungsschwellen, JZ 2011, S. 555 ff.; Clemens Antweiler, Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2008, S. 352 ff.; Heinz-Peter Dicks, Nochmals: Primärrechtsschutz bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, VergabR 2012, S. 531 ff.; Bernhard Fett, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007, S. 298 ff.; Jörg Gundel, Rechtsschutz und Rechtsweg bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, JuS 2008, S. 288 ff.; Dieter Kallerhoff, Zur Begründetheit von Rechtsschutzbegehren unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, NZBau 2008, S. 97 ff.; Andrea Leibohm, Einstweiliger Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland und Frankreich, 2012; Uwe Scharen, Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2011, S. 653 ff.; Simon Widmann, Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich, 2008.

² Zu Fragen des Sekundärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte Christian Braun, Sekundärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte? VergabeR 2008, S. 360 ff.

werte verfassungsrechtlich und/oder unionsrechtlich geboten ist³, wird im Folgenden nicht erörtert werden. Diesbezüglich wird – ohne eigene Bewertung – die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt, die eine solche Einführung für nicht zwingend ansieht⁴. Ebenso wenig werden sich die anschließenden Überlegungen dazu verhalten, wer denn überhaupt eine rechtliche Ordnung des Unterschwellenrechtsschutzes vornehmen könnte, insbesondere ob insoweit eine Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung besteht⁵. Schließlich wird keine Stellungnahme dazu erfolgen, inwieweit ein Ausbau des Rechtsschutzes bei Unterschwellenvergaben zweckmäßig wäre. Statistiken aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die einen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte eingeführt haben, deuten darauf hin, dass bei Unterschwellenvergaben Rechtsschutz im Verhältnis zur Zahl der Vergaben in wesentlich geringerem Maße in Anspruch genommen wird als oberhalb der Schwellenwerte⁶. Hieraus ließen sich zwei in verschiedene Richtungen weisende Folgerungen formulieren: Zum einen könnte die Befürchtung, dass die Eröffnung einer Nachprüfungsmöglichkeit unterhalb der Schwellenwerte zu einer Überbelastung und Lähmung der öffentlichen Auftraggeber führen könnte, als relativiert angesehen werden. Zum anderen könnte gefragt werden, ob denn der mit einer Erweiterung des Kreises nachprüfungsfähiger Vergaben verbundene Ressourcenaufwand in Relation zur Summe der (voraussichtlich) streitig gestellten Auftragswerte im Vergleich zum Oberschwellenvergleich jenen Aufwand rechtfertigt. Dies mag die Vielschichtigkeit der vorzunehmenden Bewertung deutlich machen.

1. Zuordnung zu einer Nachprüfungsinstanz

Antworten auf die Frage, in welcher Weise ein Rechtsschutz im Bereich der Unterschwellenvergaben ausgestaltet werden könnte, hängen maßgeblich davon ab, durch welche

³ Dazu etwa Klaus Bitterich, Rechtsschutz bei Verletzung aus dem EG-Vertrag abgeleiteter Grundanforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2007, S. 890 ff.; Christian Braun, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007, S. 17 ff.; Oliver Dörr, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Vergaberechtsschutzes, WiVerw 2007, S. 211 ff.; Jan Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 118 ff.; Sophie Harms, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013; Florian Huerkamp/Jürgen Kühling, Primärrechtsschutz für Unterschwellenvergaben aus Luxemburg?, NVwZ 2011, S. 1409 ff.; sowie die Beiträge von Hermann Pünder und Ferdinand Wollenschläger in diesem Band.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 –, juris. Zu dieser Entscheidung vgl. nur Matthias Knauff, Vertragsschließende Verwaltung und verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie, NVwZ 2007, S. 546 ff.; Birgit Spießhofer/Christian Sellmann, Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – zur begrenzten Tragweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VergabeR 2007, S. 159 ff.; Ferdinand Wollenschläger, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13. Juni 2006, DVBl. 2007, S. 589 ff.

⁵ Dazu Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte – Zur Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten, WD 7 – 3000 – 063/15; Tobias André/Daniel Sailer, Zwischen Stillstand und Erneuerung – vergabespezifischer Unterschwellenrechtsschutz in der rechtspolitischen Debatte, NZBau 2011, S. 394 (398); Martin Burgi, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus der Hand des Bundesgesetzgebers? NVwZ 2011, S. 1217 ff.

⁶ Für Österreich vgl. André/Sailer (Fußn. 5), S. 397; für Ungarn vgl. den Jahresbericht der Behörde für öffentliche Auftragsvergaben 2015 (in ungarischer Sprache), S. 39: 276 Nachprüfungsverfahren bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte, 277 Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte.

Einrichtung des Nachprüfungsverfahrens durchgeführt wird. Denn je nach Zuordnung gelten unterschiedliche Prozessordnungen und Verfahrensvorgaben, die zumindest einen Rahmen für eine eventuelle Aufnahme eines Unterschwellenrechtsschutzes setzen.

Realistischerweise kommen nur in Betracht:

1. der Rechtsweg in Vergabesachen, wie er im GWB für die Oberschwellenvergaben eröffnet ist oder in modifizierter Form;
2. die allgemeine ordentliche Gerichtsbarkeit, die ja derzeit zuständig ist;
3. die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit;
4. ein verwaltungsinternes Rechtsbehelfsverfahren, wie es in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen – in teilweise unterschiedlichen Ausformungen – eingeführt ist⁷.

Als Gesichtspunkte, die die Auswahl unter diesen Möglichkeiten leiten sollten, lassen sich benennen⁸:

1. Die Sachnähe: Es macht wenig Sinn, Kompetenzen und Erfahrungen völlig neu aufbauen zu müssen;
2. Die Zeitgerechtigkeit: Der Rechtsschutz in Vergabesachen unterliegt besonderen Beschleunigungsnotwendigkeiten;
3. In diesem Zusammenhang stehend, aber nicht deckungsgleich: Die für die Bearbeitung der Rechtsbehelfe aufzuwendenden und zur Verfügung stehenden Ressourcen;
4. Die Einheitlichkeit der Rechtsauslegung: Insbesondere mit Blick auf den Entwurf einer „Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte“ (UVgO), dessen Einführung eine weitgehende Angleichung der für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte geltenden Rechtsregime bringen wird, sollte sichergestellt sein, dass parallele Normen möglichst einheitlich ausgelegt werden.

a) Verwaltungsrechtsweg und allgemeine Zivilgerichtsbarkeit

Auch wenn man die vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2007 zugrunde gelegte Bewertung, die das Verfahren zur Vergabe öffentlicher

⁷ Dazu Sebastian Conrad, Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf landesrechtlicher Grundlage, ZfBR 2016, S. 124 ff.

⁸ Siehe auch Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Diskussionspapier - Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2010, sub III 5.

Aufträge dem Zivilrecht zuordnet⁹, zugrunde legt, würde dies noch nicht den Ausschluss der Verwaltungsgerichte als mögliche Nachprüfungsinstanzen bedeuten. Denn dem Gesetzgeber bliebe es unbenommen, eine aufdrängende Sonderzuweisung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit zu schaffen¹⁰. So sehr man das aus Sicht der Verwaltungsrechtswissenschaft auch bedauern mag – handelt es sich doch beim Vergabeverfahren der Sache nach um ein Verwaltungsverfahren (allerdings nicht im Sinne des VwVfG)¹¹ –, so ist die Zeit allerdings mittlerweile über diese Option hinweggegangen. Eine Gerichtsbarkeit, die sonst mit dem Vergaberecht nicht befasst ist, für den Bereich der Unterschwellenvergaben für zuständig zu erklären, ist nicht zielführend¹².

Dies gilt nicht in gleichem Maße für die allgemeine ordentliche Gerichtsbarkeit, zu der ja derzeit der Rechtsweg bei Unterschwellenvergaben eröffnet ist. Allerdings sind wegen der bekannten Einschränkungen¹³ die Fallzahlen insgesamt niedrig, so dass systematisch aufgebaute Erfahrungen eher weniger vorhanden sind. Außerdem ist die allgemeine Zivilgerichtsbarkeit stark ausgelastet, so dass wohl in jedem Fall beträchtliche zusätzliche personelle Ressourcen notwendig wären, um einen zeitgerechten und qualitätshaltigen Rechtsschutz zu gewährleisten. Aus diesen Gründen dürfte auch diese Lösung nicht primär verfolgenswert sein.

b) Nachprüfung durch Einrichtungen der Verwaltung

Eine im engeren Sinne verwaltungsinterne Lösung hat der Freistaat Sachsen getroffen. Nach § 8 SächsVergabeG ist Nachprüfungsbehörde die jeweilige Aufsichtsbehörde, bei kreisangehörigen Gemeinden und Zweckverbänden die Landesdirektion Sachsen. Für die kommunale Ebene führt das zu einer relativ einheitlichen Zuständigkeit der Landesdirektion, bei der auch die Vergabekammer angesiedelt ist. Anders sieht es für Vergaben staatlicher Stellen aus. Diese Lösung entwickelt die haushaltsrechtliche Herkunft der Unterschwellenvergaben behutsam weiter, ohne sie aufzugeben. Indem grundsätzlich die Aufsichtsbehörden und nicht die Vergabekammer zuständig sind, bleibt das Nachprüfungsverfahren weitgehend innerhalb der Logik der auch sonst bestehenden Zuständigkeiten. Ein eigenständiger Zugang des Bieters zur Nachprüfungsbehörde be-

⁹ BVerwG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10/07 –, juris. Zu dieser Entscheidung Clemens Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter? NWVBZ. 2007, S. 285 ff.; Martin Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, S. 737 ff.; Stefanie Egidy, Rechtsschutz im unterschwelligen Vergaberecht, VR 2007, S. 397 ff.; Thorsten Siegel, Die Zwei-Stufen-Theorie auf dem Rückzug, DVBl. 2007, S. 942 ff.

¹⁰ Zur Vorzugswürdigkeit des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten im Vergleich mit dem zur allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit Sirin Özfirat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, DÖV 2010, S. 1005 (1008 ff.); Fardad Shirvani, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 419 f.

¹¹ Jan Ziekow/Thorsten Siegel, Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, ZfBR 2004, S. 30 ff.

¹² Einen Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte nicht einmal mehr in Betracht ziehend BMWi, Diskussionspapier (FuBn. 8), sub II.

¹³ Siehe Shirvani (FuBn. 10), S. 372 ff.

steht nicht (§ 8 Abs. 2 S. 3 SächsVergabeG). Vielmehr hat der Auftraggeber die Nachprüfungsbehörde von einer Beanstandung zu unterrichten (§ 8 Abs. 2 S. 1 SächsVergabeG). Wesentliche Durchbrechung ist vor allem die Zuständigkeit der Landesdirektion für die Vergaben kreisangehöriger Gemeinden (§ 8 Abs. 2 S. 4 SächsVergabeG). Sie schont die Ressourcen der Landkreise und führt zu einer weitgehenden, allerdings nicht vollständigen Konzentration von Wissen und Erfahrung bei der Landesdirektion.

Misslich bleibt bei dieser Lösung die Entkoppelung von Nachprüfung oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte. Mit Blick auf die genannten leitenden Gesichtspunkte (oben 1.) erscheint deshalb die in Sachsen-Anhalt (§ 19 Abs. 3 LVG LSA) und Thüringen (§ 19 Abs. 3 ThürVgG) verfolgte Lösung, die Vergabekammern auch für die Nachprüfung im Unterschwellenbereich für zuständig zu erklären, vorzugswürdig.¹⁴ Allerdings gilt dies nur dann, wenn die Vergabekammern einheitlich für die Nachprüfung von Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte zuständig sind und insoweit nicht unterschiedliche Spruchkörper tätig werden.

2. Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens

Hiermit aber fangen die Fragen erst an, die sich wie folgt bezeichnen lassen:

1. Soll sich die Position des Bieters auf die des Gebers eines Anstoßes für ein – objektives – Nachprüfungsverfahren ohne Anspruch auf die Durchführung des Verfahrens und ohne eigenen Zugang zur Vergabekammer reduzieren oder soll das Nachprüfungsverfahren auch unterhalb der Schwellenwerte als echtes Rechtsschutzverfahren ausgestaltet werden?
2. Soll das Nachprüfungsverfahren im Einzelnen geregelt werden, wenn ja, in welcher Weise?
3. Soll es bei der Zuständigkeit der Vergabekammer bleiben oder soll auch das OLG in irgendeiner Weise ins Spiel kommen?

a) Rechtsschutzverfahren oder objektives Beanstandungsverfahren

In Anbetracht der systematischen Verortung der Regelung der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte scheint der Übergang zu einem antragsgebundenen Rechtsschutzverfahren nach dem Vorbild des § 160 GWB zunächst einen Paradigmenwechsel zu bedeuten. Befindet man sich unterhalb der Schwellenwerte im Wesentlichen im Bereich

¹⁴ Vgl. Martin Jansen/Oskar M. Geitel, „Rügen und richten auch außerhalb des Kartellvergaberechts“, VergabeR 2015, S. 117 (124 f.).

des Haushaltsrechts¹⁵, so scheint die Begründung von subjektiven Rechten des Bürgers zunächst etwas ungewöhnlich. Bei näherer Betrachtung ließe sich aber nicht von einem echten Paradigmenwechsel sprechen. Denn auch die bisherige zivilgerichtliche Rechtsprechung hat ja den Vergabe- und Vertragsordnungen mit unterschiedlichen Begründungen Außenwirkung verliehen und ihre Einhaltung dadurch klagbar gestellt¹⁶. Ließe man nunmehr die konstruktive Brücke über Ansprüche aus vorvertraglichen Vertrauensverhältnissen u.ä. weg, so würde sich in der Anerkennung durchsetzungsfähiger Rechtspositionen zwar nichts ändern. Gleichwohl sollte man bei der Entscheidung, ob eine Ausgestaltung als Rechtsschutzverfahren erfolgen soll, die sich daran knüpfenden Folgerungen im Blick behalten. Selbst dann, wenn man davon ausgehen sollte, dass Art. 19 Abs. 4 GG die Einführung eines besonderen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte nicht fordert¹⁷, so greift mit Eröffnung eines Rechtsschutzverfahrens durch Anerkennung subjektiver Rechte der Bieter zumindest der allgemeine Justizgewährungsanspruch. Ist dieser auf die Gewährung gerade gerichtlichen Rechtsschutzes gerichtet¹⁸, so könnte die Nachprüfung durch die Vergabekammern möglicherweise als nicht ausreichend angesehen werden. In der Konsequenz hieße das, dass in diesem Fall die Beschwerde zum Oberlandesgericht ohne Einschränkung ermöglicht werden müsste.



¹⁵ Das Recht der Unterschwellenvergaben systematisch strukturierend Thorsten Siegel, Das Haushaltsvergaberecht – Systematisierung eines verkannten Rechtsgebiets, VerwArch 2016, S. 1 ff.

¹⁶ Vgl. Shirvani (Fußn. 10), S. 338 ff.

¹⁷ Dazu Nachweise in oben Fußn. 4.

¹⁸ Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 25. 3. 2015 – 1 BvR 2811/14 –, juris Rn. 12. xxxx

Eine Alternative, die diese Konsequenz vermeidet und Spielräume hinsichtlich der Entscheidung über die Eröffnung einer Beschwerde zum Oberlandesgericht belässt (dazu unten 2.b), könnte in der Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens als objektives Beanstandungsverfahren bestehen. Bei einer solchen Ausgestaltung wäre der antragstellende Bieter der Anstoßgeber für ein Nachprüfungsverfahren zur objektiven Wahrung des Vergaberechts, zu deren Durchführung und Entscheidung die Vergabekammer auf Antrag eines Bieters gesetzlich zu verpflichten wäre. Die Rechtsposition des Bieters würde sich in dieser Ausgestaltung auf ein subjektives Recht auf Nachprüfung und Entscheidung durch die Vergabekammer reduzieren.¹⁹

b) Anlehnungen an das und Abweichungen von dem Nachprüfungsverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte

Soweit man nicht die uneingeschränkte Ausdehnung des für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte institutionalisierten Rechtsschutzsystems auf Unterschwellenvergaben befürworten will²⁰, ist über Modifikationen nachzudenken.

Bagatellwerte für die Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens, wie sie derzeit in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen bestimmt sind²¹, sind sinnvoll und zulässig²². Man muss nicht um jede Bleistiftbeschaffung durch die öffentliche Verwaltung prozessieren. Kleinaufträge berühren in der Regel kein grenzüberschreitendes Interesse und sind deshalb keinesfalls EU-rechtlich einem Primärrechtsschutz zu unterstellen noch ist nach der deutschen Rechtsprechung ein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte verfassungsrechtlich gefordert. Dem Gesetzgeber steht es frei, die Eröffnung des Rechtsschutzes innerhalb dieses Rahmens zu beschränken.

Im Übrigen sollte zur Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens weitgehend auf das vom Oberschwellenrechtsschutz Bekannte zurückgegriffen werden. Soweit weiterhin geglaubt wird, dass einmal geschlossene Verträge gerichtlich nicht mehr beseitigt werden können, bedarf es des Kanons von Vorabinformation²³ und Zuschlagsverbot²⁴.

¹⁹ Vgl. zu diesem Zusammenhang Martin Burgi, Streitbeilegung unterhalb der Schwellenwerte durch „Vergabeschlichtungsstellen“: Ein Vorschlag zur aktuellen Reformdiskussion, VergabeR 2010, S. 403 (413).

²⁰ So wohl Matthias Krist, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2011, S. 163 (169 f.).

²¹ § 8 Abs. 3 SächsVergabeG: bei Bauleistungen 75.000 Euro, bei Lieferungen und Leistungen 50.000 Euro. § 19 Abs. 4 LVG LSA: bei Bauleistungen 150.000 Euro, bei Lieferungen und Leistungen 50.000 Euro, ebenso § 19 Abs. 4 ThürVgG.

²² Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 131; Knöbl (Fußn. 1), S. 216 f. Ablehnend Transparency International, Stellungnahme zum Diskussionspapier des BMWi, 3.9.2010, sub i1.

²³ Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 131 f.; Zu verfassungs- und unionsrechtlichen Ableitungen Knöbl (Fußn. 1), S. 175 ff.; Shirvani (Fußn. 10), S. 381 ff. Vgl. die Regelungen in Sachsen (§ 8 Abs. 1 SächsVergabeG), Sachsen-Anhalt (§ 19 Abs. 1 LVG LSA) und Thüringen (§ 19 Abs. 1 ThürVgG).

²⁴ Vgl. Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 132 f.; Knöbl (Fußn. 1), S. 210 ff.; Shirvani (Fußn. 10), S. 398 ff. Vgl. die Regelungen in Sachsen (§ 8 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeG), Sachsen-Anhalt (§ 19 Abs. 2 S. 2 LVG LSA) und Thüringen (§ 19 Abs. 2 S. 2 ThürVgG).

Gerade unterhalb der Schwellenwerte, wo die Kontakte zwischen Auftraggeber und Bietern häufig enger als bei den großen Vergaben sind und deshalb kein Interesse daran bestehen sollte, Verfahrensunstimmigkeiten in das Nachprüfungsverfahren zu verschieben, auf die Rügepflicht im Verfahren zu verzichten, besteht kein Anlass²⁵. Anzuraten wäre allerdings, ggf. in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass die Anforderungen an die Rüge nicht überspannt werden dürfen. In Anbetracht dessen, dass bei den „kleinen Vergaben“ die Bieter häufig nicht anwaltlich vertreten sein werden, weisen Untersuchungsgrundsatz²⁶ und Akteneinsichtsrecht²⁷ hier durchaus eine besondere Bedeutung auf.

Erwägenswert erschiene eine Zeit- und Ressourcenschonung durch Anleihen bei der VwGO. So könnte die fakultative Übertragung auf ein Mitglied der Vergabekammer nach § 157 Abs. 3 GWB zu einer Soll-Regelung oder – bei Vorliegen der ja ohnehin einen Bewertungsspielraum enthaltenden Tatbestandsvoraussetzungen – zur Muss-Übertragung ausgebaut werden. Denkbar wäre auch eine Ausgestaltung, die es der Vergabekammer ermöglicht, entsprechend § 84 VwGO von einer mündlichen Verhandlung abzusehen, ohne dass hierzu eine Zustimmung der Beteiligten erforderlich wäre, oder sogar eine Umkehrung des Verhältnisses zwischen Grundsatz der mündlichen Verhandlung und Absehen hiervon²⁸.

Dass es wesentliche Verfahrenserleichterungen bedeuten würde, die ohnehin knapp bemessene Entscheidungsfrist des § 167 Abs. 1 GWB weiter zu verkürzen, darf bezweifelt werden²⁹. Bei einem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ernster genommen werden sollte allerdings § 168 Abs. 3 S. 1 GWB, wonach die Vergabekammer durch Verwaltungsakt entscheidet. Es besteht keine Veranlassung, einen Verwaltungsakt in der für gerichtliche Urteile üblichen Ausführlichkeit zu begründen. Unterhalb der Schwellenwerte sollte deshalb darauf bestanden werden, dass wirklich nur die zentral entscheidungstragenden Gesichtspunkte in der Begründung gewürdigt werden³⁰.

Ob es wirklich zielführend ist, gleichsam kompensatorisch für die Einführung einer Nachprüfung von Unterschwellenvergaben die Verfahrensanforderungen herabzusetzen, beispielsweise unterhalb der Schwellenwerte den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu erleichtern, erscheint zweifelhaft. Da nur ein sehr kleiner Teil der Unterschwellenvergaben angegriffen werden würde, die Transpa-

²⁵ Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 131; Transparency (Fußn. 24), sub II3a.

²⁶ Vgl. Shirvani (Fußn. 10), S. 410 f.

²⁷ Vgl. Shirvani (Fußn. 10), S. 401 ff.

²⁸ Ablehnend Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 134.

²⁹ Optimistischer Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 134.

³⁰ Vgl. Transparency (Fußn. 24), sub II3a.

renz der Vergabeverfahren jedoch für alle Vergaben zurückgenommen werden würde, wäre diese „Kompensation“ teuer erkauf³¹.

Zurückhaltend zu beantworten sein dürfte die Frage, ob wie oberhalb der Schwellenwerte generell eine Befassung des Vergabesenats der Oberlandesgerichte eröffnet werden soll. Man sollte im Blick behalten, dass der intensive Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte EU-rechtlich geboten ist, zur Vermeidung von Unionsrechtsverletzungen in hoher Qualität zu erfolgen hat und gleichzeitig zeitnahe Vergaben nicht verhindern soll. Dies bedingt, dass die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte bei Oberschwellenvergaben den klaren Vorrang haben muss und die Ressourcen der Vergabesenate möglichst geschont werden sollten. Einer Forderung nach vollem Instanzenzug auch unterhalb der Schwellenwerte³² würde ich mich nicht anschließen. Soweit es um die Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung des Vergaberechts geht, verfügt das Prozessrecht aller Gerichtszweige ja über bewährte Instrumente wie der Zulässigkeit des Rechtsmittels nur bei grundsätzlicher Bedeutung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

3. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden, selbstverständlich keineswegs erschöpfenden Überlegungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass dann, wenn ein Rechtsschutz bei Unterschwellenvergaben eingeführt werden sollte, dieser in die Zuständigkeit der Vergabekammern fallen sollte. Ein Rechtszug zum Oberlandesgericht sollte nur zur Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung vorgesehen werden. Bei der Ausgestaltung des Verfahrens sollte zwar grundsätzlich eine Orientierung an dem im GWB geregelten Verfahren erfolgen, jedoch mit Abstrichen.

³¹ Im Ergebnis auch Transparency (Fußn. 24), sub I3.

³² So etwa Jansen/Geitel (Fußn. 14), S. 133.

Workshop 1: Zusammenfassung

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –



Prof. Dr. Martin Burgi

Forschungsstelle für Vergaberecht der Ludwig-Maximilians-Universität München

In der Summe der verschiedenen Betrachtungen, die heute Nachmittag angestellt worden sind, steht für mich die übergreifende Erkenntnis, dass das Haushaltsrecht und die mit ihm befassten Verantwortlichen in den Ministerien auf Bundes- und auf Landesebene stärker in unsere vergaberechtlichen Diskussionen einbezogen werden müssen. Überhaupt handelt es sich beim Haushaltsrecht um ein Rechtsgebiet, das bislang in vergleichsweise deutlich geringerem Maße die allgemeine juristische Aufmerksamkeit gefunden hat wie das GWB-Vergaberecht. Bei der heute Nachmittag besonders kontrovers diskutierten Frage der zukünftigen Entwicklung des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte kann bei allem zutage getretenen Dissens als Minimalanforderung doch festgehalten werden, dass zumindest von Europarechts wegen eine Informations- und Wartepflicht eingeführt werden müsste. Dies könnte entweder in den kommenden Wochen noch im Rahmen der neuen Unterschwellenvergabeordnung geschehen oder aber im Anschluss daran in den jeweiligen Anknüpfungsregelungen auf der Ebene des Bundes und der Länder, d.h. in den die Anwendung der neuen Unterschwellenvergabeordnung anordnenden Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO/LHO. Bei dieser Gelegenheit könnten sich die Länder zugleich dem seit längerem geforderten Vorhaben einer Bündelung der Zuständigkeit für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach der ZPO bei einem Landgericht je Bundesland (und gleichzeitiger Bestimmung des jeweiligen OLG-Vergabesenats als Rechtsmittelinstanz) widmen. Es gibt also weiterhin viel zu tun – herzlichen Dank, dass Sie uns gewogen waren.

Workshop 2: Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit

Statement



Professor Dr. Michael Eßig

Universität der Bundeswehr, München

1. Rüstungsbeschaffung: Grundlagen und Entwicklung

Aus vergaberechtlicher Perspektive ist die Rüstungsbeschaffung spätestens mit der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) aus dem Jahr 2012 nochmals in den Blickpunkt gerückt. Wesentliches Ziel der VSVgV war und ist die Schaffung eines „echten“ europäischen Marktes für Verteidigungs- und Sicherheitsmärkte. So argumentiert die Bundesrats-Drucksache 321/12 vom 25.05.2012, dass „schrittweise ein europäischer Markt für Verteidigungs- und Sicherheitsausrüstungen mit gleichen Wettbewerbsbedingungen für Anbieter aus den EU-Mitgliedstaaten aufgebaut und nationale Beschaffungsmärkte zugunsten von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten geöffnet werden“ (S. 1) soll. Auch die Europäische Union, auf deren Richtlinie 2009/81/EG die VSVgV basiert, nennt „das Fehlen unionsweiter Regelungen die Öffnung der Verteidigungs- und Sicherheitsmärkte zwischen den Mitgliedstaaten“ (S. L216 f.) als Grund für die Regelung.

Um die Bedeutung des Vergaberechts als Treiber der Marktentwicklung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit einschätzen zu können, soll in zwei Stufen zuerst geklärt werden, was beispielhafte Kernherausforderungen der Rüstungsbeschaffung sind, bevor in der Folge mögliche Lösungsansätze aufgezeigt werden.

2. Kernherausforderungen der Rüstungsbeschaffung

Aus der Vielzahl der Herausforderungen, denen die Rüstungsbeschaffung gegenübersteht, sollen beispielhaft vier herausgegriffen werden:

Herausforderung (1): Rüstungsprojekte sind in der Regel technologisch anspruchsvolle, innovative Großprojekte

Laut Rüstungsbericht des Bundesministeriums der Verteidigung befinden sich derzeit 1300 Rüstungsprojekte mit einem Beschaffungsvolumen von 3,82 Mrd. € und laufenden Materialerhaltungskosten von 2,59 Mrd. € in der Beschaffung, wozu allein in 2014 über 10.000 Verträge abgeschlossen wurden.¹

Gleichzeitig steigen die Komplexität und damit die Kosten je Waffensystem an. Ein Vergleich der Stückkosten und der Preissteigerungen über verschiedene Rüstungsvorhaben, z.B. der Schützenpanzer HS30 (50er Jahre), Marder (70er Jahre) und Puma (90-2000er) zeigt, dass die technische Entwicklung wie auch zunehmende Fähigkeitsanforderungen (u.a. Vernetzung, Modularität, Verlegefähigkeit) zu deutlich höheren Kosten bei gleichbleibend hohem Risiko von Kostensteigerungen führen.²

Kostensteigerungen sind damit kein „neues“ Praxisphänomen der Rüstungsbeschaffung und auch kein spezifisch deutsches Problem. Auch wenn nur wenig Datenmaterial hierzu verfügbar ist, so zeigt nachstehende Abbildung 1 doch die grundsätzliche Herausforderung langer Rüstungsprojekte und deren Planung und Umsetzung im gesetzten Kostenrahmen.

Bezeichnung Rüstungsprojekt	Land	Geplante Kosten in Mio	Tatsächliche Kosten in Mio	Steigerung	Quelle
F22 (Flugzeug)	USA	780 \$	1.500 \$	92,3%	http://www.spiegel.de/wissenschaft/technik/f-22-raptor-us-kampfjet-absolviert-in-syrien-ersten-kampfeinsatz-a-99332
CV Queen Elizabeth (Schiff)	UK	2.600 €	7.165 €	175,6%	http://www.spiegel.de/politik/ausland/queen-elizabeth-ii-tauft-britischen-flugzeugtraeger-a-979061.html
SPz Puma (Panzer)	D	≈ 2.252 €	≈ 4.572 €	103,0%	Bundesministerium der Verteidigung (2015)
UH Tiger (Hubscharuber)	D	4.100 €	5.245 €	27,9%	Bundesministerium der Verteidigung (2015)
Eurofighter (Flugzeug)	D	17.500 €	24.270 €	38,7%	Bundesministerium der Verteidigung (2015)
SLWÜA (Drohne)	D	490 €	795 €	62,2%	Bundesministerium der Verteidigung (2015)

Abbildung 1: Kostensteigerungen bei Rüstungsprojekten

¹ Vgl. Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg., 2015), S. 32.

² Vgl. Eßig et al. (2012), S. 17.

Herausforderung (2): Für viele Verteidigungsgüter existieren keine funktionierenden Märkte

Der Begriff „funktionierende Märkte“ entstammt dem sog. KPMG-Bericht – ein Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG zur Risikosituation der deutschen Rüstungsprojekte.³ Er definiert wie folgt: „Der Einkauf der Bundeswehr spricht vielfach nicht funktionierende Märkte an, sodass die Rüstungsprojekte weder im Wettbewerb angeboten noch im Wettbewerb erbracht werden und der Bund eine schwache Verhandlungsposition hat.“

Fraglich ist, ob Rüstungsmärkte tatsächlich so „eng“ sind, wie dies suggeriert wird. Eine Studie der Europäischen Kommission hat ergeben, dass selbst bei zivilen, also handelsüblichen Ausschreibungen im offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) im Schnitt nur 5,7 Angebote eingehen.⁴

Herausforderung (3): Rüstungsbeschaffungen unterliegen einer Vielzahl an Einflussfaktoren

Rüstungsgüter werden nicht „nur“ eingekauft. Ihre Beschaffungsentscheidung unterliegt einer Vielzahl von Einflussfaktoren, bspw. der Industriepolitik oder der Sicherheitspolitik zum Erhalt einer autarken Rüstungsindustrie. Diese Einflussfaktoren sind nicht immer systematisch erfassbar oder explizit, de facto verfügen sie aber über großen Einfluss und machen die Entscheidungen schwer(er) prognostizierbar.

Herausforderung (4): Rüstungsgüter haben lange Lebens- und Nutzungsdauern

In der Regel werden Rüstungsgüter über einen langen Zeitraum genutzt. Schon bei der Planung bspw. des Eurofighters ist man von einer Nutzungsdauer von 25 Jahren ausgegangen. Flugzeugmuster wie bspw. die Transall sind aber schon über 50 Jahre in der Nutzung. Die Entwicklung des Kampfpanzers Leopard 2 wurde Ende der 1960er Jahre begonnen und die ab 1979 produzierten Wagen werden bis 2030 in der Nutzung bleiben – wenn bis dahin zeitgerecht ein Nachfolger bereitsteht.⁵

Das führt zu einer Vielzahl von Schwierigkeiten: Wegen der mit der langen Nutzungsdauer verbundenen Obsoleszenz sind Ersatzteile nicht mehr beschaffbar, die Flotten werden immer kleiner. Die Bundeswehr hat mit dem Problem „kleiner Flotten“ massiv zu kämpfen. Abbildung 2 zeigt, dass der Eurofighter mit geplanten 140 Stück schon das Fluggerät mit der größten Flotte ist, während beim Hubschrauber EC 135 mit 15 Stück

³ Vgl. KPMG / P3 Group / TaylorWessing (2014), Langversion S. 1362.

⁴ Vgl. European Commission/PwC (2015)

⁵ Vgl. Deutschland und Frankreich arbeiten an neuem Kampfpanzer auf <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-05/ruestung-kampfpanzer-leopard>.

weder bei der Wartung noch bei der Ersatzteilbeschaffung nennenswerte Skaleneffekte realisiert werden können.

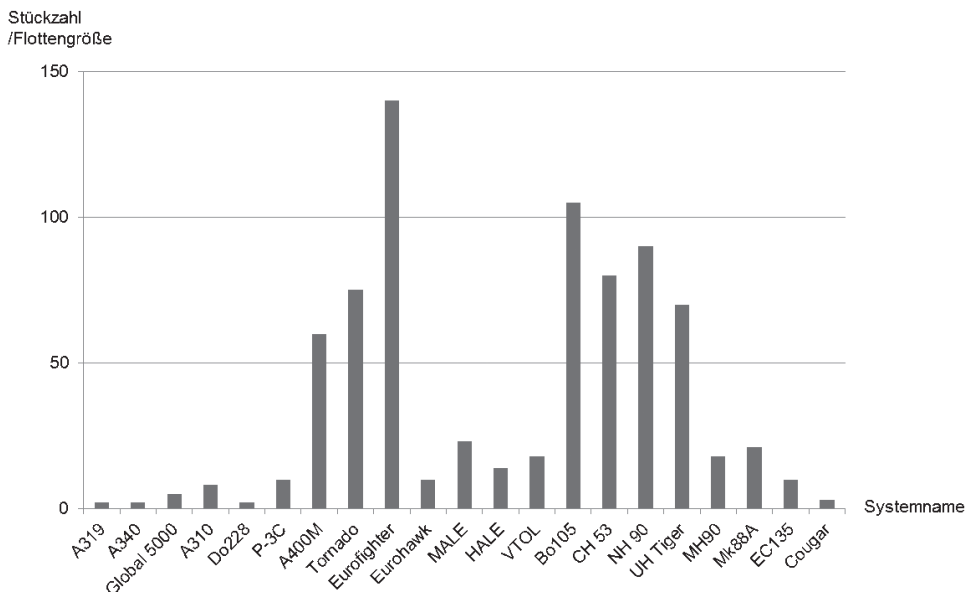


Abbildung 2: Das Problem „kleiner Flotten“ am Beispiel von Fluggeräten

Gleichzeitig ist die lange und intensive Nutzung ein wesentlicher Kostentreiber. Betrachtet man bspw. die Lebenszykluskosten eines modernen Marineschiffs, das die Niederlande (HMS Rotterdam) und Spanien (Galicia-Class) gemeinsam entwickelt haben, so zeigt sich, dass auf die geschätzte Nutzungsdauer von 30 Jahren nur rund 16 % der Lebenszykluskosten auf die initiale Anschaffung bzw. den technisch-wirtschaftlichen Anteil entfallen. Die verbleibenden 84 % der Lebenszykluskosten entfallen auf die eigentliche Nutzungsphase des Marinesystems. Hinter den 84 % der Lebenszykluskosten in der Nutzung verbergen sich z.B. Kosten für den Personaleinsatz, Treibstoffe oder Munition sowie die Kosten für geplante und ungeplante Instandhaltungsmaßnahmen.⁶

3. Lösungsansätze für die Rüstungsbeschaffung

Diese Herausforderungen sind nicht einfach zu lösen. Zweifelsohne kann Regulierung dazu einen Beitrag leisten, doch die Systemkomplexität lässt „einfache“ Lösungen sicherlich nicht zu. Trotzdem soll an den beispielhaft skizzierten vier Kernherausforderungen gezeigt werden, wie die Rüstungsbeschaffung (weiter) optimiert werden kann:

⁶ Vgl. NATO (2011), S. B2-21.

Lösungsansatz (1): Die Bundeswehr benötigt eine differenzierte Beschaffungsstrategie und ausreichend (Beschaffungs-) Ressourcen

Im Gesamtspektrum der Beschaffungen der Bundeswehr machen Rüstungsgroßprojekte einen wichtigen, aber beileibe nicht den einzigen Anteil aus. Abbildung 3 zeigt, dass immerhin 50 % des Beschaffungsvolumens der Bundeswehr nicht für Kernrüstung ausgegeben wird, sondern für komplexe Betreiberlösungen wie bspw. die BwFuhrpark-Service oder den allgemeinen Einkauf.



Abbildung 3: Aufteilung des Beschaffungsvolumens der Bundeswehr

Auch innerhalb der Rüstungsprojekte ist beileibe nicht immer eine innovative, für die Bundeswehr neu entwickelte Lösung erforderlich. Stattdessen existieren sog. COTS-, GOTS- und MOTS-Strategien, welche versuchen, über eine Standardisierung Skaleneffekte und damit Kostensenkungen zu erreichen. Ausrüstungsgegenstände, die im Rahmen einer COTS-Strategie (Commercial Off The Shelf) beschafft werden, sind auf dem Markt bereits verfügbare Produkte, die in der Regel in hohen Stückzahlen kommerziell vertrieben werden. Diese Produkte werden ohne jegliche Anpassung oder jede weitere Modifikation beschafft und genutzt.⁷ Ausrüstungsgegenstände, die im Rahmen einer GOTS-Strategie (Government Off The Shelf) beschafft werden, sind bereits durch nationale oder internationale Regierungsorganisationen entwickelte und genutzte Produkte,

⁷ Vgl. Baron (2006), S. 103.

die auch durch andere Regierungsorganisationen ohne einen Anpassungsaufwand beschafft und genutzt werden können.⁸ Ausrüstungsgegenstände, die im Rahmen einer MOTS-Strategie (Military Off The Shelf) beschafft werden, sind bereits bei Streitkräften anderer Nationen in der Nutzung. Dementsprechend fallen keine Forschungs- und Entwicklungskosten an. In der Regel werden die Ausrüstungsgegenstände von bereits bestehenden Produktionsanlagen des Herkunftslandes bezogen. Eine eigene Produktion im Inland wird nicht aufgebaut. Darüber hinaus kennzeichnen sich derartige Ausrüstungsgegenstände dadurch, dass nur noch wenige Modifikationen oder Anpassungen zur Sicherstellung der Interoperabilität notwendig sind.⁹ Gleichzeitig müssen die Streitkräfte über ausreichend Ressourcen verfügen, um eine strategische Beschaffung durchführen zu können.

Lösungsansatz (2): Die Möglichkeiten wettbewerblicher Verfahren sollten genutzt und viel Aufwand in die Spezifikations- bzw. Bedarfsmanagementphase gesteckt werden

An diesem Punkt vermag die VSVgV – sofern sie genutzt wird – tatsächlich einen Beitrag zur Wettbewerbsintensivierung leisten. Wird eben nicht mehr direkt, sondern im Wettbewerb vergeben, müssen sich die Bieter eben diesem Wettbewerb stellen. Aktuelles Beispiel ist die MKS 180:¹⁰ In diesem Verfahren wird ein Kampfschiff erstmals einer europäischen Ausschreibung geöffnet, tatsächlich bildet sich ein „echter“ (wenn auch nicht vollständig offener) Wettbewerb.

Gleichzeitig sollte die Ausschreibung und damit die Leistungsbeschreibung so gestaltet sein, dass sich möglichst viele Bieter bewerben können. Das ist bspw. mit Hilfe der oben genannten COTS-Strategien möglich. Um dies umzusetzen bzw. zum Einsatz bringen, ist ein besonderes Augenmerk auf die Spezifikationsdefinitionen im Rahmen des Bedarfsmanagements vor der eigentlichen Vergabe zu legen. Tatsächlich hat die Bundeswehr im noch vorzustellenden CPM-Prozess, der bei der Rüstungsbeschaffung zum Einsatz kommt, vor die Vergabe zwei ausführliche und explizite sog. Analysephasen gelegt.

Lösungsansatz (3): Die Einflussfaktoren auf Rüstungsentscheidungen werden systematisiert

Grundlage für eine nachvollziehbare und transparente Rüstungsentscheidung ist die saubere Dokumentation der Einflussfaktoren. Dazu ist in Deutschland über die Formulierung einer Strategie für die Schlüsseltechnologien klar formuliert, in welchen Bereichen nationale Rüstungsindustrien erhalten werden sollen – und welche Auswirkungen

⁸ Vgl. Baron (2006), S. 104.

⁹ Vgl. Rudd (2014), S. 2, Rudd (2015), S. 6.

¹⁰ Vgl. Höfler (2015), S. 66.

das auf Beschaffungen hat.¹¹ In diesem Strategiepapier werden nationale Schlüsseltechnologien wie Verschlüsselung, Sensorik und gepanzerte Fahrzeuge ebenso definiert die europäisch bzw. global zu beschaffenden Technologien.

Lösungsansatz (4): Für die Rüstungsbeschaffung müssen Anschaffung und Nutzung verzahnt sowie die gesamten Lebenszykluskosten betrachtet werden

Die Konfiguration eines Rüstungsgutes beeinflusst wesentlich seine Leistungsfähigkeit und die Kosten, welche bei seiner Nutzung entstehen. In der deutschen Rüstungsbeschaffung wurden deshalb zwei Elemente realisiert, welche dieser Herausforderung begegnen:

Zum einen wurden Anschaffung und Nutzung prozessual und strukturell zusammengelegt. Es gibt einen integrierten Beschaffungs- und Nutzungsprozess, das sog. Customer Product Management (CPM), der insbesondere zwei sorgfältige Analysephasen vor der eigentlichen Vergabe vorsieht und so der Bedeutung dieser Prozessphasen für eine erfolgreiche Beschaffung gerecht wird (vgl. Abbildung 4).¹²

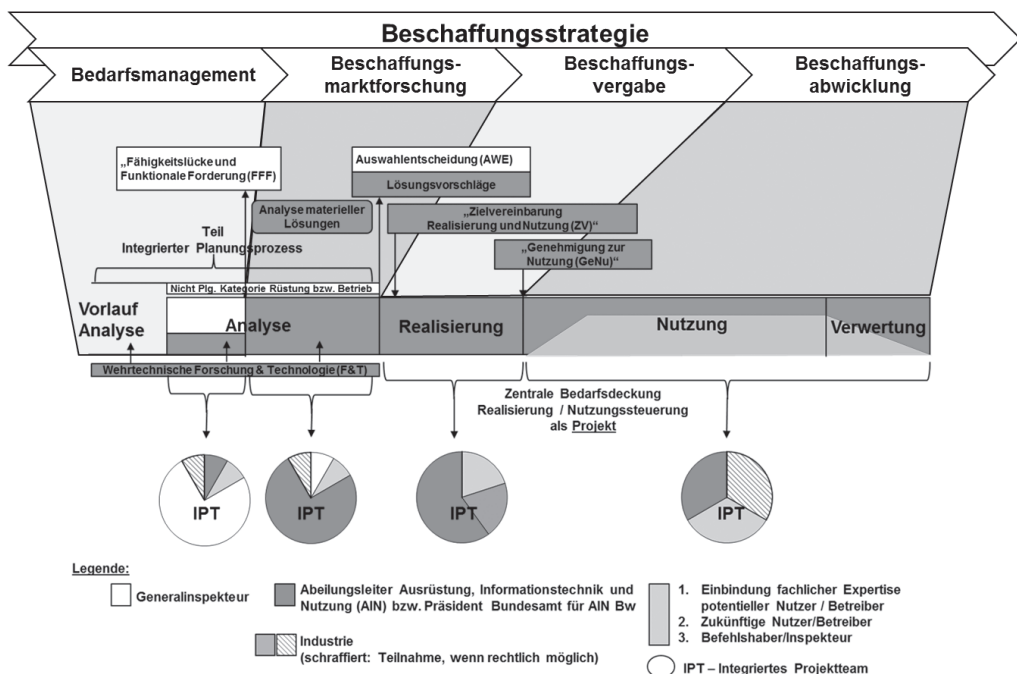


Abbildung 4: CPM als integrierter Beschaffungs- und Nutzungsprozess der Bundeswehr

¹¹ Vgl. Bundesregierung (2015).

¹² Vgl. Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (2012)



Zum zweiten kommt bei der Bundeswehr bei der Bewertung von alternativen Lösungsvorschlägen für die Beschaffung ein integrierter Lebenszykluskostenansatz in Form des sog. Life Cycle Cost Management (LCCM) zum Einsatz. Die Berechnung der Life Cycle Costs folgt einem einheitlichen Rechenschema, um innerhalb eines Beschaffungsobjektes (auch über mehrere Berechnungstichtage hinweg) oder über mehrere Beschaffungsobjekte in aggregierter Form eine Vergleichbarkeit herzustellen. Das Rechenschema gliedert sich in vier Bestandteile und umfasst (1) den technisch wirtschaftlichen Anteil, (2) die Kosten zu Personal und Ausbildung, (3) Kosten der Logistik und (4) Kosten zur Infrastruktur. Mit Hilfe der ermittelten Kosten sollen wichtige Entscheidungen zu Produkten und Dienstleistungen (eine davon ist die finale Auswahl eines Lösungsvorschlages) mit Informationen zur Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsobjektes unterstützt werden.

Literatur

Baron, S. (2006), *COTS Foundations: Essential Background and Terminology*, in: *International Public Procurement Conference Proceedings 21-23 September*, o.O. 2006.

Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (Hrsg., 2012), *Customer Product Management* (nov.), Bonn 2012.

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg., 2013), *Life Cycle Cost Management (LCCM) in der Bundeswehr über alle CPM-Phasen*, ZDv A-1510/1, Berlin 2013

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg., 2015). *Bericht des Bundesministeriums der Verteidigung zu Rüstungsangelegenheiten, Teil 1*, Berlin 2015.

Bundesregierung (Hrsg., 2015), *Strategiepapier der Bundesregierung zur Stärkung der Verteidigungsindustrie in Deutschland*, Berlin 2015.

Eßig, M. / Glas, A. H. / Mondry, S. (2012). *A Cost Increase Analysis of Weapon Systems Using the Paache Index : Cases from the German Bundeswehr*, in: *Journal of Military Studies*, Jg. 3 (2012) Nr. 1, S. 1–30.

European Commission / PwC (Hrsg., 2015), *Study on „Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies“*, Brüssel 2015.

Gallhöfer, P. (2014), *Effizienz und Effektivität durch Verteidigungskooperation, Auswirkungen innerhalb der Europäischen Union*, Köln 2014

Höfler, H. (2015). *Neue Wege in der Rüstungsbeschaffung: Ausschreibung zum Mehrzweckkampfschiff 180 veröffentlicht*. *BehördenSpiegel*, Oktober 2015, S. 66.

KPMG / P3 Group / TaylorWessing. (2014). *Umfassende Bestandsaufnahme und Risikoanalyse: Exzerpt*, Berlin 2014.

NATO (2011), *Estimating the Operation and Support Costs of the Royal Netherlands Navy Landing Platform Dock Ships: an Ex Ante Analysis*, in: *RTO-TR-SAS-076*, November, Brüssel 2011, S. 1–56

Rudd, D. (2014), *Military off-the-shelf : A discussion on combat ship acquisition*, in: *Directorate of Naval Strategy - Defence Research and Development Canada*, August, o.O. 2014, S. 1–22.

Rudd, D. (2015), *Off-the-Shelf or New Design? Considerations for the Canadian Surface Combatant Program*, in: *Canadian Military Journal*, 16(1), 2015, S. 5–13.

Workshop 2: Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit

Statement

Dr. Marc Gabriel, LL.M.

Baker & McKenzie, Berlin



Eine erste Bestandsaufnahme und Zwischenbilanz

Die Rolle als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit war dem Vergaberecht von Seiten des europäischen Gesetzgebers von Anfang an zugeordnet. Die nationalen Märkte für Verteidigungsgüter sollten für einen binneneuropäischen Wettbewerb geöffnet werden. Unternehmen sollten auch bei Beschaffungsvorhaben in anderen Mitgliedstaaten eine faire Chance auf den Zuschlag erhalten. Die Kommission erhoffte sich dadurch für die konkurrenzstärksten Unternehmen Skaleneffekte und eine Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit. Produktionsstückkosten sollten damit gesenkt und langfristig die Konkurrenzfähigkeit der europäischen Produkte auf dem Weltmarkt erhöht werden.¹ Öffentlichen Auftraggebern sollte dadurch die Möglichkeit eröffnet werden, notwendige Güter zu günstigen Preisen zu beschaffen. Dass das Vergaberecht grundsätzlich ein taugliches Mittel darstellt, um diese Ziele zu erreichen, liegt auf der Hand: die Auswirkungen eines rechtlich verordneten Wettbewerbs um öffentliche Aufträge sind schließlich dort besonders groß, wo die öffentliche Hand nahezu der einzige Abnehmer ist.

¹ Zu diesen Zwecksetzungen: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit, KOM(2007) 766 endg., S. 7.

Das deutsche Sondervergaberecht für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge ist in Gestalt der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) seit knapp fünf Jahren in Kraft. Von der Vergaberechts-reform 2016 ist dieser Rechtsbereich – von wenigen Folgeänderungen abgesehen – inhaltlich unberührt geblieben. Das gibt Anlass, eine erste Bestandsaufnahme vorzunehmen und eine Zwischenbilanz zu ziehen. Mit Blick auf die bisherige Anwendungspraxis dieses speziellen sektoralen Vergaberechts möchte ich hier zwei Aspekte hervorheben und als Grundlage für die nachfolgende Diskussion zu jedem Befund eine These bilden:

Erster Befund: Der Schutz von Staatsgeheimnissen erschwert Nachprüfungsverfahren bei Verschlusssachenaufträgen

Wettbewerb um öffentliche Aufträge setzt voraus, dass die Einhaltung der Regeln für die Auftragsvergabe durch eine unabhängige Instanz überprüft werden können. Das ist spätestens seit der Entscheidung des EuGH zur haushaltsrechtlichen Lösung bekannt.² Das deutsche Vergaberechtsschutzsystem erfüllt diesen Zweck grundsätzlich in jeder Hinsicht. Zwar nimmt die Anzahl der eingeleiteten Vergabenachprüfungsverfahren von Jahr zu Jahr tendenziell ab, da viele Rechtsfragen mittlerweile beantwortet wurden. Gleichwohl sind allein im Jahr 2015 noch immer 864 Nachprüfungsanträge gestellt worden. Demgegenüber stellt sich das Bild im Hinblick auf die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsspezifischer Aufträge etwas anders dar. In den ersten vier Jahren seit dem Inkrafttreten des Sondervergaberechts im Dezember 2011 sind insgesamt nur 51 Vergabenachprüfungsanträge gestellt worden, die Auftragsvergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit zum Gegenstand haben.³ Soweit ersichtlich liegen bisher 21 Entscheidungen der Vergabekammern und 5 Entscheidungen der Vergabesenate an den Oberlandesgerichten vor.⁴ Im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich besteht vor diesem Hintergrund offenbar eine gewisse Zurückhaltung, wenn es darum geht, einen Vergabenachprüfungsantrag zu stellen.

² EuGH, Urt. v. 11.8.1995, C-433/93 – Kommission/Deutschland.

³ Quelle: Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB (a.F.), abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gesamtuebersicht-vergabekammern,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true,pdf>

⁴ VK Bund, Beschl. v. 3.6.2013 – VK 2-31/13; VK Bund, Beschl. v. 26.7.2013 – VK 2-46/13; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.6.2013 – 1 VK 15/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.11.2013 – VII-Verg 19/13 (vorhergehend: VK Bund, Beschl. v. 15.7.2013 – VK 1-48/13 – nicht veröffentlicht); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.11.2013 – 15 Verg 5/13; VK Bund, Beschl. v. 10.1.2014 – VK 1-113/13; VK Bund, Beschl. v. 17.2.2014 – VK 1-2/14; VK Bund, Beschl. v. 5.3.2014 – VK 1-8/14; VK Bund, Beschl. v. 17.3.2014 – VK 1-12/14; VK Bund, Beschl. v. 25.3.2014 – VK 1-16/14; VK Bund, Beschl. v. 16.3.2014 – VK 2-19/14; VK Bund, Beschl. v. 9.5.2014 – VK 1-26/14; VK Bund, Beschl. v. 30.5.2014 – VK 1-32/14; VK Bund, Beschl. v. 21.8.2014 – VK 2-59/14; VK Bund, Beschl. v. 27.10.2014 – VK 1-80/14; VK Bund, Beschl. v. 5.3.2014 – VK1-8/14 VK Bund, Beschl. v. 12.12.2014 – VK 1-98/14; VK Bund, Beschl. v. 20.11.2014 – VK 1-92/14; VK Bund, Beschl. v. 31.7.2015 – VK1-59/15; VK Bund, Beschl. v. 3.9.2015 – VK 2-79/15; VK Bund, Beschl. v. 10.9.2015 – VK 2-77/15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015 – VII-Verg 28/14 (vorhergehend: VK Bund, Beschl. v. 29.8.2014 – VK 2-63/14 – nicht veröffentlicht); VK Bund, Beschl. v. 7.12.2015 – VK 2-105/15; VK Bund, Beschl. v. 15.12.2015 – VK 2-113/15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2016 – VII-Verg 46/15; OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.4.2016 – 11 Verg 5/16 (vorhergehend: VK Hessen, Beschl. v. 21.2.2016 – 69d VK-50/2015 – nicht veröffentlicht).

Über die konkreten Ursachen, die von den Umständen des Einzelfalls abhängen, wird man nur mutmaßen können. Allerdings zeigt die Praxis, dass nicht nur die Durchführung von Nachprüfungsverfahren, sondern auch die grundsätzliche anwaltliche Beratung von Verfahrensteilnehmern erschwert wird, wenn es sich bei einem öffentlichen Auftrag um einen Verschlussachenauftrag iSv. § 104 Abs. 3 GWB handelt. Das ergibt sich im Einzelnen aus der Überschneidung von Vergaberecht und dem sogenannten Geheimschutz- und Sicherheitsüberprüfungsrecht. Die rechtliche Ausgangslage stellt sich zusammengefasst wie folgt dar:

Ein Verschlussachenauftrag liegt vor, wenn entweder bei der Erfüllung des Auftrags Verschlussachen iSv. § 4 SÜG verwendet werden oder der Auftrag Verschlussachen erfordert oder beinhaltet. Verschlussachen sind nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SÜG im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse. Diese werden nach dem Grad ihrer Vertraulichkeit unterschiedlich klassifiziert. Soll einer natürlichen Person eine Verschlussache der Geheimhaltungs-grade VERTRAULICH, GEHEIM oder STRENG GEHEIM zugänglich gemacht werden, übt diese Person gemäß § 1 Abs. 2 SÜG eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit aus. Die Aufnahme einer solchen Tätigkeit – und damit der Zugang zu geheimhaltungsbedürftigen Verschlussachen – hängt aber davon ab, dass die Zuverlässigkeit der jeweiligen Person zuvor im Rahmen einer Sicherheitsüberprüfung festgestellt und eine sogenannte Verschlussachenermächtigung erteilt wurde. Eine solche Überprüfung dauert je nach Art und Umfang der Überprüfung zwischen vier Wochen und bis zu neun Monaten. Die Erteilung einer Verschlussachenermächtigung ist stets von der Aufnahme einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit abhängig und kann nicht anlasslos bei der zuständigen Behörde beantragt werden. Das ist für die folgenden Ausführungen besonders relevant.

Bei der Vergabe eines verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Auftrags können insbesondere die Vergabeunterlagen und der Vergabevermerk geheimhaltungsbedürftige Verschlussachen enthalten oder sogar insgesamt als solche klassifiziert sein. Damit ein Wirtschaftsteilnehmer seine Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens effektiv geltend machen kann, ist die Kenntnis vom Inhalt der Vergabeunterlagen und den relevanten Teilen des Vergabevermerks in den allermeisten Fällen zwingende Voraussetzung. Während die Vergabeunterlagen dem Wirtschaftsteilnehmer im Normalfall ohnehin vorliegen, können die relevanten Teile des Vergabevermerks im Rahmen der Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB eingesehen werden. Eine anwaltliche Beratung und Vertretung ist aber nicht ohne weiteres möglich, soweit die relevanten Dokumente geheimhaltungsbedürftige Verschlussachen darstellen. Auch einem Rechtsanwalt dürfen diese nur zugänglich gemacht werden, sofern dieser bereits sicherheitsüberprüft wurde und über eine Verschlussachenermächtigung verfügt. Das grundlegende Problem besteht in der Praxis darin, dass eine Verschlussachenermächtigung gerade nicht anlasslos erteilt wird. Für einen Wirt-



schaftsteilnehmer, der sich in seinen Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sieht und in diesem Zusammenhang entweder auf anwaltlichen Rat oder anwaltliche Vertretung angewiesen ist, befindet sich deshalb in einem Dilemma: ein Rechtsanwalt, der nicht über eine Verschlussachenermächtigung verfügt, wird hier nicht effektiv beraten können, sofern er nicht alle relevanten Unterlagen einsehen kann. Da ein Nachprüfungsantrag nach § 168 Abs. 2 GWB unstatthaft ist, sobald der Zuschlag erteilt wurde, wird es nur in wenigen Ausnahmefällen gelingen, rechtzeitig eine Verschlussachenermächtigung zu erhalten. Im Ergebnis ist der Wirtschaftsteilnehmer darauf angewiesen, einen Rechtsanwalt zu mandatieren, der gerade anderweitig mit einer sicherheitsrelevanten Tätigkeit betraut wurde und deshalb über eine Verschlussachenermächtigung verfügt. Kurzum: es hängt vom Zufall ab, ob und ggf. von wem sich ein Wirtschaftsteilnehmer beraten und vertreten lassen kann.

Zweiter Befund: Militärische Großprojekte werden nur bei Neuentwicklungen europaweit ausgeschrieben

Auf Grundlage des Sondervergaberechts für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge wurden von deutschen öffentlichen Auftraggebern im Sinne der Richtlinie 2009/81/EG bislang insgesamt 1.166 Auftragsbekanntmachungen veröffentlicht.⁵ Großvolumige Beschaffungsvorhaben im Hochtechnologiebereich – deren (kosten-)effiziente Durchführung aktuell ganz besonders im Fokus des Verteidigungs-

⁵ Stand: 25.8.2015. In Europa konnten im selben Zeitraum 5.450 Auftragsbekanntmachungen öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2009/81/EG gezählt werden.

ministeriums steht⁶ – werden bisher allerdings nur dann europaweit ausgeschrieben, wenn die benötigte Ausrüstung noch nicht auf dem Markt verfügbar ist, sondern erst neu entwickelt werden muss, um den jeweiligen Beschaffungsbedarf zu befriedigen. Ein Beispiel stellt etwa die Vergabe eines Auftrags über Konstruktion, Bau und Lieferung von vier Mehrzweckkampfschiffen der Klasse 180 (MKS 180) dar, die im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb vergeben wird.⁷ Sofern geeignete Produkte bereits auf dem Markt verfügbar sind, ist hingegen die Tendenz erkennbar, militärische Großprojekte nicht europaweit auszuschreiben, sondern in Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu realisieren.

Der Rückgriff auf diese Verfahrensart ist gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VSVgV zulässig, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten oder des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, wie zum Beispiel des Patent- oder Urheberrechts, nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Diese Voraussetzung ist keine Besonderheit des Vergaberechts in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit. Eine Regelung gleichen Inhalts findet sich ebenfalls in der VgV⁸ und ist bereits aus dem zweiten Abschnitt der VOL/A bekannt. Im Zusammenhang mit militärischen Großprojekten bestehen jedoch einige rechtliche und tatsächliche Besonderheiten, die dazu führen, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in der Regel zulässigerweise durchgeführt werden kann.

Zunächst ist auf die rechtlichen Anforderungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb einzugehen. Diese sind durchaus hoch. In den Erwägungsgründen zur Verteidigungsvergaberichtlinie wird ausgeführt, dass es einem anderen Bewerber als dem ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer eindeutig technisch unmöglich sein muss, die geforderten Ziele zu erreichen.⁹ Um festzustellen, ob tatsächlich nur ein einziger Wirtschaftsteilnehmer in der Lage ist, den Beschaffungsbedarf zu decken, hat der öffentliche Auftraggeber zunächst eine Markterkundung durchzuführen und im Vergabevermerk zu dokumentieren. Dabei ist nach der Rechtsprechung auch zu berücksichtigen, ob sich andere Hersteller – sei es auch erst während des laufenden Vergabeverfahrens – ggf. durch eine Kooperation mit anderen Unternehmen als Bietergemeinschaft oder durch Unteraufträge in die Lage versetzen können, dem Beschaffungsbedarf zu entsprechen.¹⁰ Zudem gilt auch für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Gemäß § 15 Abs. 8 VSVgV darf in der Leistungsbeschreibung

⁶ Siehe das vom BMVg in Auftrag gegebene Gutachten über eine „Umfassende Bestandsaufnahme und Risikoanalyse zentraler Rüstungsprojekte“ vom 30.9.2014.

⁷ Auftragsbekanntmachung v. 18.7.2015, 2015/S 137-252505.

⁸ § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV.

⁹ Erwägungsgrund Nr. 52 VSVKR.

¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2016 – VII-Verg 46/15.

nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft, ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Güter begünstigt oder ausgeschlossen werden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn das im Einzelfall durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt werden kann.

Diesen Anwendungsvoraussetzungen steht das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers gegenüber, das in der Rechtsprechung der Vergabenachprüfungsinstanzen seit jeher besonders geachtet wird. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Auftraggeber privatautonom und frei in seiner Entscheidung, was er beschaffen möchte, solange er sach- und auftragsbezogene Gründe für die per se wettbewerbsbeschränkende Definition seines Beschaffungsgegenstandes hat.¹¹ Wie die zweite Vergabekammer des Bundes jüngst im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren zur geplanten Erweiterung der LKW-Maut entschieden hat, ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn sich der öffentliche Auftraggeber bereits bei der Bestimmung der zu beschaffenden Leistung auf eine am Markt verfügbare Lösung festlegt.¹²

Bei militärischen Beschaffungsvorhaben wirkt sich vor diesem Hintergrund besonders aus, dass zum einen von vornherein nur einige wenige Unternehmen überhaupt als Auftragnehmer in Betracht. Zum anderen haben Beschaffungsvorhaben im Verteidigungsbereich eine (verteidigungs-)politische Dimension, da sie unmittelbaren Einfluss auf die Fähigkeiten der Streitkräfte haben.¹³ Dem Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers kommt dementsprechend im Zusammenhang mit militärischen Beschaffungsvorhaben eine nochmals gesteigerte Bedeutung zu. Soweit mithin eine Fähigkeitslücke der Streitkräfte ausgemacht und durch ein Beschaffungsvorhaben geschlossen werden soll, wird das in der Regel einen hinreichenden sachlichen Grund darstellen, um den Beschaffungsbedarf auf eine bestimmte am Markt angebotene Leistung festzulegen. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb ist dann ohne weiteres zulässig.¹⁴ Gleichwohl wird man davon ausgehen können, dass die Frage nach der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb auch im gegenwärtig gängigen Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf im Zusammenhang mit

¹¹ So ausdrücklich VK Bund Beschl. v. 18.2.2016 – VK 2-137/15 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.9.2009 – VII-Verg 25/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.2.2014 – VII-Verg 29/12; OLG Jena, Beschl. v. 25.6.2014 – 2 Verg 1/14.

¹² VK Bund Beschl. v. 18.2.2016 – VK 2-137/15.

¹³ Dazu EBig, ZfBR 2016, 33 ff.

¹⁴ Ein Beispiel aus der Praxis ist etwa die Beschaffung von Gefechtsfeldbrücken und gepanzerten Brückenlegesystemen, bei denen der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausweislich der freiwilligen Ex-ante-Bekanntmachung (2016/S 069-120393) damit begründet wird, dass eine dreijährige kontinuierliche Marktsichtung aus internationaler Ebene zu dem Ergebnis geführt hat, dass nur ein System alle technischen Kernanforderungen erfüllt.

der Beschaffung der „Heron“-Drohne sowie vermutlich gleichfalls in anderen aktuellen großvolumigen strategischen Beschaffungsvorhaben relevant werden wird.

Die eingangs skizzierten Ziele, die der europäische Gesetzgeber mit der Einführung vergaberechtlicher Vorgaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit erreichen will, setzen voraus, dass ein Auftrag europaweit ausgeschrieben und damit jedem interessierten Unternehmen die Chance gegeben wird, sich um den Auftrag zu bewerben. Geht es um die Beschaffung von bereits am Markt verfügbaren Leistungen, zeigt die Praxis (einschließlich der existierenden vergaberechtlichen Spruchpraxis), dass das Vergaberecht jedenfalls noch kein Treiber, sondern eher ein Getriebener der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit ist.

Workshop 2: Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit

Statement



Ulrich Beck

Airbus Defence & Space GmbH, München

Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit?

Im Markt der Verteidigung und Sicherheit besteht die berechtigte Frage, inwieweit das Vergaberecht einschließlich seiner Umsetzung in deutsches Recht als alleiniger Treiber der Marktentwicklung angesehen werden kann.

Dabei erscheint es auch sinnvoll, eine Mehrzahl, wenn nicht die Gesamtheit der Marktteilnehmer einzubeziehen, und insbesondere die unterschiedlichen Marktteilnehmer sowie deren Umfeld zu betrachten. Im folgenden kurzen Statement sollen einige Aspekte des Marktumfelds und der Perspektiven aus Auftraggebersicht sowie der Industrie als Auftragnehmer betrachtet werden.

Dabei schwingt bei der industriellen Perspektive immer mit, inwieweit rechtlicher Rahmen und industrielle Praxis miteinander kompatibel sind, wie auch der rechtliche Rahmen die Wettbewerbsposition der Industrie im mittlerweile globalen Kontext beeinflusst, die nur in Ausnahmefällen als monopolistischer Anbieter agieren kann und will.

Das Vergaberecht als Markttreiber i.e.S. – „bewusstseinsbildend“ im engeren, deutschen Kontext

Das Vergaberecht erscheint aus der industriellen Perspektive in Deutschland quasi als ein „bewusstseinsbildender“ Baustein des Marktes. In diesem Kontext bildet das Vergaberecht einen Treiber eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs, was grundsätzlich unter fairen Bedingungen positiv zu sehen wäre als sogenanntes „Level Playing Field“.

Ihm gegenüberstellen ließen sich die vielfältigen Ausnahmen, insbesondere jenseits der Grenzen, etwa, wenn bei Beschaffungen Themen der „nationalen Sicherheit“ eine Rolle spielen oder auch bei grenzüberschreitender Kooperation, mit ihren eigenen Strukturen, bis hin zu internationalen Beschaffungsorganisationen.

Wichtig erscheint es aber zu überlegen, inwieweit die deutsche Industrielandschaft mit ihrer auch mittelständischen Struktur berücksichtigt wird. Das Vergaberecht sieht spezifische Bedingungen für den Mittelstand oder die Ebene der Unterauftragnehmer vor: Die Ausschreibungspflicht auf der Hauptauftragnehmerebene (oder auf Ebene des „Prime Contractor“) für Unteraufträge oder Themen wie wirtschaftliche Losvergaben sollen hier explizit den Mittelstand berücksichtigen und auch fördern. Dabei sollen sogenannte „eingefrorene Wertschöpfungsketten“ mit quasi vorab festgelegten Unterauftragnehmern aufgelöst werden, damit hier neue Chancen entstehen. Diese sogenannten „Frozen Supply Chains“ sind Lieferketten, die etwa in anderen Ländern nur schwer aufzubrechen sind, bei bestehenden nationalen industriepolitischen Interessen. Kriterien der wettbewerbsorientierten Vergabe, sind ein wesentlicher Treiber für die Marktentwicklung, speziell für Mittelstand oder Unterauftragnehmer, auch weil hier eine Nachweispflicht des Hauptauftragnehmers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber besteht.

Auch die Regelungen für den Wettbewerb auf der Ebene der Unterauftragnehmer stellen keinen Offset-Ersatz dar, sondern dienen prinzipiell der Förderung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs („non-discrimination due to nationality“). Wie attraktiv die Rahmenbedingungen am Ende für den industriellen Mittelstand sind, sei dahingestellt. Denn die Grundbedingungen der transparenten Vergabe, der auskömmlichen Geschäfte oder der Sicherheit der Beschaffung sind weiterhin von Land zu Land unterschiedlich definiert.

Aus Sicht der Systemanbieter oder Hauptauftragnehmer wie Airbus bestehen neben den Beauftragungen auf europäischer oder nationaler Ebene eine ganze Reihe von grenzüberschreitenden Programmen: Etwa bei den Programmen der militärischen Luftfahrt bestehen gegenseitige Regierungsabkommen. Damit verlassen diese Beschaffungen den Anwendungsbereich des nationalen Vergaberechts und werden über Beschaf-

fungsagenturen oder spezifischen Projektgesellschaften, wie etwa der NATO oder über OCCAR mit ihren eigenen Bedingungen aufgesetzt und abgewickelt.

Aus der Perspektive der Industrie als Auftragnehmer – Markttreiber und Marktteilnehmer

In der Realität lässt sich eine Diskrepanz aufzeigen, zwischen der eigentlich gegebenen grenzüberschreitenden Beschaffung und dem vorhandenen Potenzial auch für den Mittelstand, und der Praxis in Verfahren, die wiederum in die nationalen Rahmenbedingungen des Vergaberechts trotz der Europäischen Verteidigungs-Direktive, Eingang finden. Damit ist häufig für die Anbieterseite innerhalb nationaler Grenzen kein fairer Wettbewerb gegeben. Die Bereiche Verteidigung und Sicherheit sind in diesem Kontext industriepolitisch und nicht marktpolitisch getrieben. Teilweise stehen privatwirtschaftliche Unternehmen in Konkurrenz zu Staatsbetrieben, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen etwa bei Steuerfragen sind dabei von Land zu Land unterschiedlich ausgeprägt.

Aus Sicht der Industrie wirken die Vergabebedingungen auch als Markttreiber für den öffentlichen Auftraggeber, der sich hierzu neu aufstellt, nicht nur was die Prozesse der Vergabe angeht. Der Aufbau einer Klauselbibliothek mit verschärften Bedingungen (etwa der Haftung), die Beauftragung externer Kanzleien oder die Abkehr von Musterverträgen (Vorhaben größer 25 Mio €) hin zu individualisierten Verhandlungslösungen führen zu einer Stärkung des öffentlichen Auftraggebers in Deutschland als monopolistischem Nachfrager.

Die Industrie muss sich dabei auf die veränderten Rahmenbedingungen einstellen, auch weil diese selten als monopolistischer Anbieter agieren kann. Gerade auf der Seite der Systemanbieter besteht die Realität der Geschäftsentwicklung aus sehr langen Lebenszyklen des Geschäfts bei nicht unbedingt auskömmlichen und langfristig orientierten Budgets. Das führt daher eher zu einer Strategie in Richtung der grenzüberschreitenden Kooperation (siehe große Luftfahrtprogramme wie Eurofighter/Typhoon oder A400M). Die zusätzliche unternehmerisch-industrielle Option besteht fast immer aus einer Perspektive des Exports auch außerhalb der Europäischen Union. Dabei sind die Marktbedingungen und Regularien national unterschiedlich geregelt (etwa hinsichtlich Technologietransfer, Offset etc.). Da Kooperationsprogramme durch Regierungsabkommen wie beschrieben bis hin zum Export geregelt werden, ergibt sich eine Konstellation auf der Nachfragerseite, bei der der öffentliche Auftraggeber am Ende nur im Konzert mit den internationalen Partnern agieren kann.

Ausblick Vergaberecht als potenzieller Markttreiber...

Der Bereich Verteidigung und Sicherheit ist nach wie vor ein institutioneller Markt, der sehr stark durch politische Vorgaben und kameralistische Bedingungen getrieben wird.

Eine erfolgreiche Implementierung des Vergaberechts mit der European Defence Directive setzt allerdings faire Bedingungen und eine abgestimmte Industriepolitik zwischen den beteiligten Nationen voraus, wie etwa der Sicherheit der grenzüberschreitenden Supply Chain. Dieser Rahmen wird durch die bestehenden unterschiedlichen, nationalen industriepolitischen Rahmenbedingungen für die Industrie nicht gerade erleichtert. So konkurrieren privatwirtschaftliche, teilweise kapitalmarktorientierte oder mittelständische Unternehmen mit Staatsunternehmen, was sich auch im Vergabeverhalten in den einzelnen Ländern widerspiegelt.

So sind Vergaberecht und -prozesse nicht als alleinige Markttreiber anzusehen, um die durch monopolistische Nachfrage erzeugten Änderungen in der Vergabe und den Vertragsbedingungen zu einem normalisierten Markt hinzuführen, der häufig Grenzen überschreitet. Markttreibend und grenzüberschreitend wirkt dabei auch die nationale Industriepolitik der jeweiligen Staaten, etwa, wenn staatlich kontrollierte Unternehmen zu Bedingungen anbieten können, die im Hintergrund durch eine spezielle staatliche Corporate Governance unterstützt werden.

Auch wenn sich die Industrie auf die Änderungen auf Anbieterseite einstellen muss, was die Beschaffungsbedingungen angeht: Das Vergaberecht und die Änderungen der Bedingungen dürfen nicht zu einer einseitigen Verrechtlichung der Prozesse führen, die am Ende die Transaktionskosten bei Beschaffungsprozessen treibt und die Budgets belastet. Es öffnet sich hier sogar ein neues Marktsegment für beratende Dienstleistungen, etwa bei der Rechts- und Unternehmensberatung. Diese zusätzlichen Transaktionskosten würden aber u.U. zu Lasten der investiven Mittel für die Projekte und deren Missionsanforderungen durch den Kunden gehen, oder den Ressourcen für das Projektmanagement entsprechend fehlen.

Es wird auch notwendig sein, intensiver über Budgets als einen wesentlichen Treiber des Marktes zu diskutieren. Denkt man in den langen Lebenszyklen der Vorhaben, sind häufig nur Projekte für die Industrie tragbar, die zur Marktentwicklung Exportmöglichkeiten beinhalten. Dabei sollte die Industrie vergabeseitig und politisch vom öffentlichen Auftraggeber unterstützt werden, um die „Economies of Scale“ etwa bei Luftfahrtprogrammen auch wirklich zu erreichen, die sich in den industriellen Strukturen und fairen Preisen entsprechend widerspiegeln. Der Auftraggeber ist sich dieser Zusammenhänge entsprechend bewusst. Von daher müssen bei einem entsprechenden Risikomanagement auf beiden Seiten die Beschaffungsbedingungen auch erfüllbar sein.

In diesem Sinne kann auch das Management von Projekten auf beiden Seiten als markttreibend gelten. Gemeinsame Ansätze zwischen öffentlichem Auftraggeber und Industrie, etwa im Rahmen gemeinsamer Arbeitsgruppen (siehe „Drehflügler“), schaffen Transparenz zwischen beiden Seiten, insbesondere was Anforderungen und Lösungen

betrifft. Die zu vereinbarenden Bedingungen schaffen durchaus auch einen Wettbewerb der Lösungsansätze, der für beide Seiten markttreibend wirkt.

Gleichzeitig gilt es im Sinne eines strukturierten Dialogs hier die Rahmenbedingungen im Bereich der Verteidigung und Sicherheit für den Markt transparent und ausgewogen in seiner Risiko-Verteilung zu gestalten. Das Vergaberecht kann hier dann sehr wohl einen Markttreiber darstellen, hinsichtlich fairer Rahmenbedingungen und in gleicher Weise Anwendung finden als „Level Playing Field“.

Aus Industriesicht sollte der Markt der Verteidigung und Sicherheit am Ende so attraktiv sein, dass auch in dieses Segment weiter und dauerhaft investiert werden kann, das heißt entsprechende Strukturen und Know-How vorzuhalten und weiter entwickeln zu können. Sowohl Mittelstand als auch große Systemanbieter müssen dabei wettbewerbsfähig bleiben um im Markt der Verteidigung und Sicherheit auch grenzüberschreitend bestehen zu können. Industriepolitisch können nur starke, wettbewerbsfähige Anbieter den nationalen öffentlichen Auftraggeber bei der Lösung seiner Aufgaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit langfristig unterstützen.

Workshop 2: Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit

Statement



Norbert Dippel

Heeresinstandsetzungslogistik (HIL) GmbH, Bonn

Bevor ich auf das Thema „Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit“ zu sprechen komme, erlauben Sie mir bitte kurz, meinen Blickwinkel auf dieses Thema darzustellen¹.

Seit ca. 11 Jahren bin ich als Syndikusanwalt und Abteilungsleiter Recht und Vergabe in der HIL Heeresinstandsetzungslogistik GmbH tätig. Die HIL GmbH verfolgt – vereinfacht dargestellt – den Unternehmenszweck, eine vertraglich vereinbarte Verfügbarkeit bestimmter landbasierter Waffensysteme zu gewährleisten. In dieser Funktion beschaffen wir insbesondere Instandsetzungsleistungen von Waffensystemen sowie deren Baugruppen und Ersatzteile auf dem Markt. Die Gesellschaftsanteile der HIL GmbH werden durch den Bund gehalten. Somit sind wir bei unserer Beschaffungstätigkeit als öffentlicher Auftraggeber an das Kartellvergaberecht gebunden. Seit der Umsetzung der Richtlinie 2009/81 in den Jahren 2011 und 2012 hat die HIL GmbH mehr als 500 Vergabeverfahren nach den Bestimmungen der VSVgV durchgeführt.

Vor diesem Erfahrungshintergrund möchte ich meinem Eingangsstatement die These voranstellen, dass das Vergaberecht im Bereich Verteidigung und Sicherheit ein wesentlicher – aber nicht der einzige – Treiber der Marktentwicklung ist.

¹ Der nachfolgende Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

Mit der Einführung der VSVgV hat sich die Beschaffungstätigkeit in der HIL GmbH radikal verändert: Im Bereich der militärspezifischen Aufträge wurde bis 2011 kein einziger HIL-Auftrag nach den Bestimmungen des Kartellvergaberechts vergeben: Seit der Umsetzung der VSVgV wurden 100 % unserer Aufträge bei Überschreitung des Schwellenwertes nach den spezifischen Regelungen der VSVgV und des Kartellvergaberechts ausgeschrieben. In keinem Fall wurde sich auf Ausnahmetatbestände, wie bspw. das Vorliegen besonderer Sicherheitsinteressen gem. Art. 346 AEUV, berufen. Mit dieser Änderung der Beschaffungspraxis ging selbstverständlich ein höheres Maß an Transparenz und damit die Schaffung eines Wettbewerbes einher. Nach nunmehr nahezu fünf Jahren Anwendung des verteidigungsspezifischen Vergaberechts lassen sich meines Erachtens zwei wesentliche Phasen der Marktentwicklung unterscheiden. In der ersten Phase sind oftmals ehemalige Unterauftragnehmer der langjährigen HIL-Vertragspartner als eigenständige Bieter aufgetreten, also gleichsam von der zweiten Reihe in die erste gewechselt. Dadurch hat sich der Wettbewerb erhöht, wobei sich kaum neue Akteure an den Vergabeverfahren beteiligt haben. In einer zweiten Phase haben sich Unternehmen beteiligt, die bislang für den ausgeschriebenen Leistungsgegenstand noch nicht als Anbieter in Erscheinung getreten sind. Hierbei handelt es sich teilweise um im zivilen Markt tätige Unternehmen, die insbesondere im Bereich militärspezifisch abgeänderter Komponenten ihre Leistungen anbieten. Hinzu kommen klassische Leistungserbringer im militärspezifischen Bereich, die ihr Produktportfolio erweitern wollen. Die Durchführung der Vergabeverfahren nach der VSVgV hat damit eindeutig mehr Wettbewerb geschaffen und den Markt auf der Anbieterseite vergrößert. Es ist allerdings festzustellen, dass in unseren Vergabeverfahren bislang kein einziger ausländischer Bieter aufgetreten ist.

Die durch die Ausschreibungspraxis hervorgerufene Marktentwicklung stößt allerdings teilweise an Grenzen, die nicht im Vergaberecht begründet liegen. So sind Zulassungsverfahren, die Unternehmen durchlaufen müssen, bevor sie bestimmte verteidigungsspezifische Leistungen anbieten dürfen, oftmals aufwändig. Die Ressourcen der Vergabestellen, derartige Qualifizierungen durchzuführen, sind begrenzt. Beispielsweise hat die HIL GmbH spezielle wettbewerbliche Auswahlverfahren entwickelt, mit denen Probeinstandsetzungen an potentielle neue Leistungserbringer vergeben werden. Die Nachfrage übersteigt dabei unsere Möglichkeiten, Probeinstandsetzungen zu vergeben, bei weitem.

Hinzu kommt, dass gerade im Technologiebereich ein Wettbewerb voraussetzt, dass die Vergabestelle die nachgefragte Leistung im Sinne einer Leistungsbeschreibung definieren kann. Das spezifische technische Know-how muss somit bei den Vergabestellen vorhanden oder durch Fremdaufträge verfügbar sein. Fragen des Ankaufs von Zeichnungsrechten und technischen Dokumentationen, die für eine spätere Ausschreibung

benötigt werden, begrenzen zunehmend die Möglichkeit einer wettbewerblichen Vergabe.

Abschließend erlaube ich mir den Hinweis, dass das Vergaberecht nicht nur für den öffentlichen Auftraggeber eine Möglichkeit bietet, die Marktentwicklung voran zu treiben. Letztlich können auch Anbieter die vergaberechtlichen Möglichkeiten nutzen, den Markt zu entwickeln. Zentrale Rolle kommt hier dem spezifischen Rechtsschutz bei den Vergabekammern und -senaten zu. So können beispielsweise nicht neutral durchgeführte Vergabeverfahren oder das rechtswidrige Absehen von einer wettbewerblichen Ausschreibung im Wege der de facto Vergabe auf diesem Wege gerichtlich überprüft werden. Neben dem Rechtsrahmen kommt es hier entscheidend auf die Initiative der Anbieter an, deren Rechte auch durchzusetzen.

Das Vergaberecht im Bereich Verteidigung und Sicherheit ist folglich ein wesentlicher – aber nicht der einzige – Treiber der Marktentwicklung.

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Moderation und Einführung



Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin

Die forum vergabe Gespräche dienen dem Austausch zu aktuellen Themen des Vergaberechts. Daher hat das forum vergabe auch dieses Mal wieder öffentlich dazu aufgerufen, neben den gesetzten, offiziellen Programmpunkten Thesen zu weiteren Fragen und Problemen vorzutragen.

Diesen Thesen Raum zu geben, passt besonders gut zum forum vergabe als einer gemeinnützigen Organisation, die satzungsgemäß die Aufgabe hat, den „Meinungsaustausch aller am Vergabewesen interessierten Kreise“ zu fördern. Auf diese Weise verbreitern wir das Spektrum der vorgestellten Themen und der vertretenen Kreise und erfüllen dadurch unsere Aufgabe.

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Elektronische Bereitstellung von Unterlagen



Dr. Jenny Mehlitz

GSK Stockmann + Kollegen, Berlin

These

Die Pflicht zur direkten elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen kann nicht uneingeschränkt gelten.

1. Grundsatz

a) Bereitstellung

Gem. § 41 Abs. 1 VgV muss der öffentliche Auftraggeber die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt für die potentiellen Bieter elektronisch zur Verfügung stellen. Laut Gesetzesbegründung ist Leitgedanke der Vorschrift der vollständige Übergang zu einer durchgängig elektronischen Auftragsvergabe. Einem potentiellen Bieter muss es ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust möglich sein, über die Internetadresse an die Vergabeunterlagen zu gelangen. Und mehr noch: Das gilt ausdrücklich nicht nur für interessierte Unternehmen, sondern auch für interessierte Bürger.

Damit handelt es sich zunächst nur um die Regelung der Kommunikation mit den interessierten Unternehmen: Ihr Zugriff auf die Vergabeunterlagen muss direkt elektronisch möglich sein. Das heißt, das Unternehmen muss die Unterlagen einseitig elektronisch abrufen können. Dies geschieht üblicherweise über ein Vergabeportal. Denkbar ist aber



auch ein Link in der Bekanntmachung, über den Zugriff auf die Unterlagen besteht. Weiter regelt die Vorschrift, dass der Zugriff uneingeschränkt und unentgeltlich sein muss. Daraus folgt, dass keine Registrierung – schon gar keine entgeltliche – vorausgesetzt werden darf, wie auch § 9 Abs. 3 S. 2 VgV bestätigt. Schließlich muss der Abruf der vollständigen Vergabeunterlagen möglich sein – also nicht nur von Teilen der Vergabeunterlagen.

An dieser Stelle kommt die Frage auf, welche Unterlagen überhaupt – und zwar vollständig – elektronisch abrufbar sein müssen.

b) Vergabeunterlagen

Der Begriff der Vergabeunterlagen wird in § 29 VgV definiert. Sie umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem interessierten Unternehmen eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Vergabeunterlagen sind danach in der Regel

- das Anschreiben,
- die Bewerbungsbedingungen einschließlich Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie
- Vertragsunterlagen einschließlich Leistungsbeschreibung.

c) Unterschied zum alten Recht

Das galt bereits nach § 9 EG VOL/A 2012. Allerdings war es nach altem Recht absolut üblich und zulässig, die Vergabeunterlagen erst auf Anforderung durch die Unternehmen – und mithin Preisgabe ihrer Identität – zu versenden. Bei E-Vergaben erfolgte stets eine Registrierung.

Das ist nun nicht mehr zwingend vorgesehen.

2. Geheimhaltungsbedürftige Vergabeunterlagen

Die Neuregelung wirft dann Probleme auf, wenn Teile der Vergabeunterlagen geheimhaltungsbedürftig sind.

Dies betrifft typischerweise weder Anschreiben noch Bewerbungsbedingungen oder Eignungs- und Zuschlagskriterien. Bezüglich der vertraglichen Regelungen kann ein Geheimhaltungsbedürfnis bestehen. Insbesondere ist es aber die Leistungsbeschreibung, ggf. mit dem Leistungsverzeichnis, die geheimhaltungsbedürftige Elemente enthalten kann.

Man denke etwa an IT-Projekte, bei denen in der Leistungsbeschreibung Programme, Daten und Schnittstellen zu einem gewissen Grad offengelegt werden müssen, um die Kalkulation eines Angebots zu ermöglichen. Auch Bau- oder Betriebsdienstleistungen in Gebäuden mit sensibler Nutzung erfordern die Offenlegung beispielsweise von Raumplänen und Leitungskanälen, die nicht in falsche Hände geraten sollten. Für sicherheitsrelevante Fälle gelten Sondervorschriften und Ausnahmen. Zu denken ist aber etwa an Museen mit hochwertigen Exponaten.

Offenbar hat der Gesetzgeber diesen Fall auch gesehen, denn nach § 5 Abs. 3 VgV kann der Auftraggeber eine Verschwiegenheitserklärung fordern. Nach § 41 Abs. 3 VgV soll er zudem in der Auftragsbekanntmachung angeben, welche Maßnahmen er zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen anwendet und wie auf die Vergabeunterlagen zugegriffen werden kann. Ausdrücklich wird als mögliche Maßnahme auch eine Verschwiegenheitserklärung benannt.

Insoweit schränkt § 41 Abs. 3 VgV die Regelung des Abs. 1 ein.

Registrierung

Offen bleibt die Frage, wie sich die Forderung nach einer Verschwiegenheitserklärung zu § 9 Abs. 3 S. 2 VgV verhält, wonach eine Registrierung unzulässig ist. Eine Verschwiegenheitserklärung erfordert aber notwendigerweise die Offenlegung der Identität des Unternehmens.

Hierauf meine ich, dass § 5 Abs. 3 VgV als *lex specialis* zu § 9 Abs. 3 VgV anzusehen ist. Zudem ist es so, dass grundsätzlich nicht alle Vergabeunterlagen geheimhaltungsbedürftig sein werden, sondern nur Teile davon. Diese sind ohne Registrierung abrufbar. Außerdem verpflichtet § 41 Abs. 3 S. 1 VgV den öffentlichen Auftraggeber, die Vertraulichkeitsmaßnahmen transparent zu kommunizieren. Er muss also wohl angeben, welche Dokumente nicht ohne Verschwiegenheitsvereinbarung abrufbar sind. Auch dies kann das interessierte Unternehmen damit – ohne Registrierung – sehen. Damit besteht aus meiner Sicht entgegen erstem Anschein kein Widerspruch zwischen den Regelungen.

Insoweit findet sich die These bestätigt, dass die Pflicht zur direkten elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen nicht uneingeschränkt gelten kann.

3. Zweistufige Verfahren mit Teilnahmewettbewerb

Bei den zweistufig ausgestalteten Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb sind ebenfalls diejenigen Unterlagen bereitzustellen, die für die Entscheidung der potentiellen Bewerber notwendig sind. Inwieweit sich daraus auch die Pflicht zur Bereitstellung von Vergabeunterlagen für die Angebotsphase ergibt, ist fraglich.

Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit alle Vergabeunterlagen tatsächlich erforderlich sind, um dem Bewerber die Entscheidung zur Teilnahme zu ermöglichen. Nach § 29 Abs. 1 VgV gehören zu den Vergabeunterlagen „in der Regel“ auch Vertrag und Leistungsbeschreibung. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass der Inhalt der Leistung sich beispielsweise im Verhandlungsverfahren noch erheblich verändern kann, erscheint es vertretbar, anzunehmen, dass die Leistungsbeschreibung nur zusammengefasst und nicht in voller Länge – ggf. mit Leistungsverzeichnis – veröffentlicht werden muss.

Jedenfalls beim wettbewerblichen Dialog gilt, dass insbesondere die Leistungsbeschreibung erst im Laufe des Verfahrens entwickelt wird. Dementsprechend kann eine Veröffentlichung zum Zeitpunkt der Bekanntmachung noch nicht erfolgen.

4. Fazit

Es bleibt abzuwarten, wie § 41 Abs. 1 VgV von der Rechtsprechung und der Literatur ausgelegt werden wird. Eine Berücksichtigung von Geheimhaltungserfordernissen erscheint dabei jedoch unerlässlich.

Im Übrigen besteht Streitpotenzial dahingehend, welche Unterlagen tatsächlich geheimhaltungsbedürftig sind. Zur Geltendmachung von Rechten wird das interessierte Unternehmen – oder auch der Bürger – allerdings die eigene Identität offenlegen müssen.

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Die Rolle der Landesvergabegesetze



Dr. Peter Schäfer

BDI Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin

These

Meine These – oder genauer gesagt meine Forderung – lautet: Landesvergabegesetze abschaffen oder zumindest durchgreifend vereinfachen!

Diese Forderung möchte ich vor diesem mit der Sachlage bestens vertrauten Publikum hier beim forum vergabe in Fulda bewusst kurz und pointiert ausführen, um die aus meiner Sicht gebotene Dringlichkeit des Appells nicht durch langwierige Ausführungen zu überfrachten. Dabei möchte ich einer vertieften Auseinandersetzung in der Sache allerdings keineswegs aus dem Wege gehen. Insofern darf ich auf meinen ausführlichen Beitrag zu diesem Thema in der kürzlich erschienenen Gedächtnisschrift für Rüdiger Kratzenberg, der allzu früh von uns gegangen ist, verweisen.¹

Auch möchte ich erwähnen, dass Kritik an den Landesvergabegesetzen keinesfalls allein von meiner Seite kommt, sondern bereits von etlichen renommierten Vergaberechtlern mehr oder weniger deutlich aufgezeigt worden ist. So hat, um nur einige Beispiele zu nennen, bereits 2012 Marc Opitz² ebenfalls hier in Fulda die Verfassungsmäßigkeit der

¹ P. Schäfer, Landesvergabegesetze: Handlungsbedarf!, in Gedächtnisschrift für Rüdiger Kratzenberg, Köln 2016, S. 223 bis 242.

² Opitz, Statement zur Podiumsdiskussion: Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung – Stand und Perspektiven, in: Fünfzehnte forum vergabe Gespräche, Dokumentation der Veranstaltung vom 18.bis 20. April 2012, Schriften des forum vergabe e.V., Bd. 43, S 41 ff. (44).

Landesvergabegesetze im Hinblick auf einzelne überschießende Inhalte einiger dieser Gesetze aus guten Gründen kompetenzrechtlich bezweifelt. Ferner hat uns insbesondere Barbara Meißner³ in ihren verdienstvollen Übersichten über die Landesvergabegesetze das ganze Ausmaß der durch die Landesvergabegesetze eingetretenen Rechtszersplitterung vor Augen geführt. Kritik hat unter anderem auch Gritt Dierks-Oppler⁴ geäußert und dabei treffend getitelt: „Jedem, wie es ihm gefällt“. Doch trotz etlicher Kritik der Fachkreise und der Praxis sowie inzwischen bereits mehrerer gravierender gerichtlicher Beanstandungen wollen viele Bundesländer bisher offenbar nicht von diesen problematischen Landesgesetzen ablassen.

Um nicht missverstanden zu werden, darf ich ausdrücklich betonen, dass meine Forderung nach Abschaffung der Landesvergabegesetze nicht als Kritik an denjenigen Landesbeamten zu verstehen ist, die mit der Schaffung bzw. Durchsetzung dieser Landesgesetze beauftragt sind. Meine These bzw. Forderung ist vielmehr als Appell in Richtung auf die politische Meinungsbildung auf der Ländersseite gerichtet – mit Blick auf die Verantwortlichkeit für den Gesamtstaat bzw. den Wirtschaftsstandort Deutschland. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den für ganz Deutschland äußerst wichtigen Mittelstand, die Schaffung bzw. Erhaltung von Arbeitsplätzen und nicht zuletzt auch die Erhaltung einer vernünftigen, leistungsfähigen und hochwertigen Versorgung der öffentlichen Hand mit den von ihr benötigten Beschaffungsgegenständen und Dienstleistungen zur Deckung des öffentlichen Bedarfs.

Im Rahmen der heutigen Thesen möchte ich zunächst einige besonders wesentliche Fakten und Argumente benennen, auf die sich meine primäre Forderung nach Abschaffung der Landesvergabegesetze gründet (I). Anschließend will ich darauf eingehen, was hilfsweise unternommen werden könnte, soweit die Länder politisch nicht zu der primär erstrebenswerten Abschaffung der Landesvergabegesetze bereit sein sollten (II).

I. Wesentliche Fakten und Argumente für eine Abschaffung der Landesvergabegesetze

1. Mehr Landesvergabegesetze entgegen allen Appellen zu Vereinfachung und „better regulation“

Zunächst ist bemerkenswert, dass die Entwicklung der Landesvergabegesetze, die zu den ohnehin zahlreichen Rechtsvorschriften des Vergaberechts hinzutreten, ausgerech-

³ B. Meißner, Landesvergabegesetze – Besonderheiten, Innovationen, Schwierigkeiten, ZfBR 2013, 20 ff.; dieselbe, Landesvergabegesetze und (k)ein Ende?, ZfBR 2014, 453 ff.

⁴ G. Dierks-Oppler, VPR 2015, 1066 (online); kritisch gegenüber Landesvergabegesetzen auch Byok, NJW 2015, 1490, 1496, und Redmann, Ein Überblick über die neuen Landesvergabegesetze, Publicus-Online-Spiegel für das öffentliche Recht, 2012.4.



net in einer Zeit erfolgt, in der die Kompliziertheit des Vergaberechts vielfach kritisiert und allenthalben die Notwendigkeit der Vereinfachung des Vergaberechts beschworen wird. Insofern ist bei der Umsetzung der jüngsten EU-Vergaberechtsreformen des Jahres 2014 auf Bundesebene nun sogar die grundlegende Struktur des deutschen Vergaberechts teils erheblich reformiert worden. EU-weit wie national wird überdies auch allgemein die Bedeutung von „better regulation“ betont. Im Schatten der Reformentwicklungen auf Bundesebene sind indessen immer mehr – und vielfältig divergierende – Landesvergabegesetze in Deutschland entstanden. Sie umfassen diverse, über das für soziale und ökologische Aspekte bereits sehr weit geöffnete Bundesrecht hinausgehende Anforderungen, darunter insbesondere zwingende vergabespezifische, sozialpolitische Vorgaben. Entgegen allen politischen Beteuerungen erhöhen diese Vorschriften die Komplexität des deutschen Vergaberechts ganz erheblich und werfen zahlreiche schwierige Rechtsfragen und -unsicherheiten auf.

Die inzwischen erreichte Situation konfrontiert anbietende Unternehmen aller Branchen und wohl zumindest auch kleinere Beschaffer mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und Problemen. Diese Situation wirkt vor allem mittelstandsfeindlich und kann durchaus zu einem Rückzug von Bietern aus öffentlichen Beschaffungsmärkten führen, was auch aus Sicht der Beschaffer, des Wettbewerbs und der Steuerzahler nicht wünschenswert ist. Der Grad der inzwischen erreichten Verkomplizierung und Rechtszersplitterung kann inzwischen nur noch als unerträglich bezeichnet werden. Diese Situation spiegelt sich in der nicht häufig vorkommenden Situation, dass sich beispielsweise bezüglich des besonders komplizierten und problematischen Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) der dem öffentlichen Lager zuzurechnende Deut-

sche Städte- und Gemeindebund in NRW und die private Wirtschaftsseite weitgehend übereinstimmend positioniert und dieses Gesetz nachdrücklich kritisiert haben.⁵

Trotz aller Vereinfachungsbeteuerungen bezüglich des Vergaberechts ist die Zahl der Landesvergabegesetze massiv angewachsen. Dieser Aufwuchs zeigt sich bereits bei einer rein zahlenmäßigen Betrachtung: Summiert man die wesentlichen deutschen Vergabevorschriften, so kommt man für Anfang 2013 im Kern auf 7 Regelwerke auf Bundesebene (GWB, VgV, VOL, VOB und VOF sowie die speziellen Verordnungen SektVO und die VSVgV) und bis dahin 10 Landesvergabegesetze⁶, somit also für 2013 im Kern insgesamt 17 Regelwerke im deutschen Vergaberecht.

Trotz aller politischen Bekenntnisse zur Vereinfachung ist die Anzahl der Landesvergabegesetze 2014 noch weiter angestiegen. Während sich damals abzeichnete, dass als Folge der Vereinfachungsbestrebungen im Bereich ab den EU-Schwellenwerten mit der VOL/A und der VOF 2 Regelwerke entfallen würden, hat sich die Zahl der Landesvergabegesetze gleichwohl weiter auf 15 Regelwerke erhöht und bestehen nunmehr Landesvergabe- bzw. -Tariftreuegesetze in allen Bundesländern mit Ausnahme Bayerns.⁷ Somit kommen inzwischen zu im Kern nur noch 5 Regelwerken des Bundesrechts nun dreimal so viele Landesgesetze hinzu.⁸ Damit ist die Zahl der in Deutschland ab den Schwellenwerten zu beachtenden Vergaberegelerwerke ungeachtet aller Vereinfachungsbeteuerungen noch weiter auf insgesamt 20 Regelwerke angestiegen.

Die aufgezeigte zahlenmäßige Betrachtung mag nur holzschnittartig sein, spiegelt aber anschaulich die gegenwärtige Situation. Demgegenüber kann auch nicht eingewandt werden, dass die Landesvergabe- bzw. -tariftreuegesetze parallele Regelungen seien. Vielmehr variieren sie erheblich, was für die vielfach überregional bzw. bundesweit anbietenden Unternehmen wie auch für das Gesamtverständnis des deutschen Vergaberechts äußerst misslich ist.

2. Stark divergierende Inhalte der Landesvergabegesetze

Die Landesvergabegesetze bzw. -tariftreuegesetze enthalten verschiedene Vorgaben für die Vergabe aus dem Kontext der Sozial- und Umweltpolitik, die teils deutlich weiter als die nach dem GWB ohnehin geltenden, bereits sehr weitreichenden Möglichkeiten

⁵ Vgl. die Pressemitteilung 11/2015 des Städte- und Gemeindebunds NRW sowie die Stellungnahme der Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalens vom 18. September 2014 zum Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW). Bedenken gegen eine „eher nachteilige Politisierung und Instrumentalisierung des Vergaberechts“ werden auch aus der Sicht der Landkreise geäußert, so z.B. bei Brohm, Der Landkreistag 2016, S. 46 ff. (48).

⁶ Vgl. B. Meißner, ZfBR 2013, S. 20 ff.

⁷ Vgl. B. Meißner, ZfBR 2014, 453 ff.

⁸ Vgl. auch P. Schäfer in Gedächtnisschrift für Kratzenberg, S. 225 f.

zur Berücksichtigung derartiger Aspekte durch öffentliche Auftraggeber gehen. Zudem weichen die Landesvergabegesetze inhaltlich stark voneinander ab.⁹ Damit ist ein rechts- und wirtschaftspolitisch kaum mehr erträgliches Konglomerat vielfach divergierender Landesregelungen entstanden. Dieses belastet die Verständlichkeit, Akzeptanz und Praktikabilität des Vergaberechts entgegen allen Vereinfachungsbeteuerungen ganz erheblich. Auch einige unternommene Reformen von Landesvergabegesetzen in Details ändern daran nichts.

3. Kein rechtlicher Zwang zum Erlass von Landesvergabegesetzen

Die Verve, mit der die meisten Länder ihre Landesvergabegesetze motiviert haben, kann keineswegs auf eine rechtliche Verpflichtung zum Erlass derartiger Regelungen gestützt werden. Als Ausgangspunkt für die Landesvergabegesetze wird oft § 97 Abs. 4 der bisherigen Fassung des GWB bemüht. Dieser begründet allerdings – ebenso wie der avisierte neue § 129 GWB – keinen Zwang zum Erlass solcher Regelungen.¹⁰

Neben § 97 Abs. 4 GWB bzw. seiner Nachfolgebestimmung wird als Begründung zur Schaffung von Landesvergabegesetzen häufig der „politische Wille“ der betreffenden Landesregierung in den Bereichen der Umwelt- und Sozialpolitik angeführt. Einen rechtlichen Zwang zum Erlass von Landesvergabegesetzen vermag auch der „politische Wille“ einer Landesregierung jedoch nicht zu begründen. Vielmehr wird das Argument des „politischen Willens“ offenbar vor allem dann bemüht, wenn fundierte Fachkreise übereinstimmend kaum zu entkräftende sachliche Bedenken geltend machen, dessen ungeachtet aber für die Praxis höchst problematische Regelungen eingeführt werden, mit denen die Umsetzung allgemeiner politischer Ankündigungen der jeweiligen Landesregierung öffentlich demonstriert werden soll. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass die Länder Landesvergabegesetze erlassen können, aber keinesfalls müssen. Das zeigt sich in der Praxis an dem – aus meiner Sicht sehr zu begrüßenden – Beispiel des Freistaates Bayern, der bis jetzt kein Landesvergabegesetz geschaffen hat.

4. Positive Zielsetzungen, doch unvertretbare Zielkonflikte und Negativwirkungen

Aus Sicht des Verfassers besteht kein Zweifel daran, dass etliche der mit den Landesvergabegesetzen verfolgten politischen Zielsetzungen als solche zu begrüßen sind. Das gilt ohne jeden Zweifel für die Ziele des Umwelt- und Ressourcenschutzes und zum Teil auch für sozialpolitische Anliegen. So habe ich die Bedeutung der umweltorientierten Vergabe angesichts der unbestreitbaren Notwendigkeit der Bewahrung der Schöpfung

⁹ Näheres beispielsweise bei P. Schäfer in Gedächtnisschrift für Kratzenberg, S. 226 f. und B. Meißner, ZfBR 2014, 453 ff.

¹⁰ Näheres dazu bei P. Schäfer in Gedächtnisschrift für Kratzenberg, S. 227 ff.

bzw. unserer natürlichen Lebensgrundlagen schon an anderer Stelle ausführlich dargelegt und bekräftigt.¹¹

Aus einer grundsätzlichen Bejahung bestimmter Politikziele sollte allerdings keine automatische Befürwortung eines jeden Mittels zur Verfolgung dieser Ziele folgen. Dies gilt umso mehr, als zur Erreichung von Zielen im Umwelt- und Sozialsektor bereits sehr weitreichende Möglichkeiten für den Auftraggeber zur Verfügung stehen, die deutlich weniger negative Nebenwirkungen zur Folge haben. Insofern muss man für die Landesvergabegesetze feststellen, dass die positiven Zielsetzungen eindeutig durch die Nachteile überwogen werden, die sich aus der Kompliziertheit vieler Landesregelungen und der damit verbundenen Rechtszersplitterung ergeben. Zielkonflikte entstehen insbesondere insofern, als die oft komplizierten Regelungen vor allem diejenigen Vergabebeteiligten am stärksten negativ betreffen, die als besonders unterstützungsbedürftig gelten – nämlich kleine und mittlere Unternehmen und kleinere kommunale Vergabestellen.

Schließlich spricht gegen die Landesvergabegesetze, dass angesichts der ohnehin bereits sehr weitreichenden vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von umwelt- bzw. sozialpolitischen Aspekten der durch die Landesvergabegesetze erreichte Mehrgewinn eher nur gering ist. So konstatiert beispielsweise selbst der vom zuständigen Ministerium in NRW in Auftrag gegebene Evaluierungsbericht zum TVgG-NRW ausdrücklich, dass „mit dem Gesetz nur kleinere Beiträge zu den einst gesetzten Zielen erreicht werden konnten“¹². Damit wird das Missverhältnis zwischen den avisierten positiven Zielen und den tatsächlichen negativen Nebenwirkungen eher noch zurückhaltend adressiert. In der Praxis existieren dazu nicht ohne Grund weitaus drastischere Beschreibungen wie „Bürokratiemonster“ oder „Kostentreiber“.¹³

Alles in allem ist es nicht übertrieben, die deutschen Landesvergabegesetze als nicht wünschenswertes föderales „Goldplating“¹⁴ zu bezeichnen. Im Brüsseler Jargon wird Regulierung als „Goldplating“ kritisiert, wenn der Rechtsrahmen über die ohnehin oft komplexen EU-Regelungen hinaus noch durch unnötige Zusatzregelungen auf nationaler Ebene verkompliziert wird. Umso unerfreulicher erscheint es, wenn in Deutschland nun über das im Bundesrecht geregelte Vergaberecht hinaus in erheblichem Umfang noch weitergehende und zudem von Bundesland zu Bundesland variierende Vorschrif-

¹¹ P. Schäfer, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in Festschrift für Marx, S. 657 ff. (660).

¹² Kienbaum, Endbericht zur Evaluierung des TVgG-NRW (Endbericht – Teilbericht Evaluierung vom 28. Februar 2015, Kurz-Zusammenfassung - Fazit und Empfehlungen, S. 17.

¹³ Vgl. zu Letzterem die Pressemitteilung der Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalens vom 18. September 2014 zum TVgG-NRW.

¹⁴ Vgl. bereits P. Schäfer in Gedächtnisschrift für Kratzenberg, S. 239.

ten erlassen werden. Dabei handelt es sich zweifellos um eine gesteigerte Form eines für die Praxis sehr negativen „Goldplating“.

5. Probleme und Rechtsunsicherheiten vor allem durch zwingende vergabespezifische Sozialrechtsvorgaben

Besonders gravierend sind die durch die Landesvergabegesetze verursachten Probleme und Rechtsunsicherheiten im Bereich der zwingenden Vorgabe vergabespezifischer Anforderungen im Bereich des Sozialrechts. Allem voran hat das in etlichen gerichtlichen Streitigkeiten über Regelungen zur Einhaltung der Tariftreue bzw. zu spezifischen Mindestlöhnen seinen Niederschlag gefunden. Dies gilt vor allem ausgehend von der „Rüffert-Entscheidung“ des EuGH¹⁵ zum niedersächsischen Landesvergabegesetz und nachfolgenden Entscheidungen wie dem Fall „Bundesdruckerei“¹⁶ bezüglich des Landesvergabegesetzes NRW.¹⁷ Diese Rechtsprechung führte teils zu europarechtlichen Beanstandungen von Landesvergabegesetzen und zwang die betreffenden Bundesländer zu Änderungen der diesbezüglichen Regelungen.

Als jüngster bedeutender Streitfall ist der Fall „ÖPNV NRW“ zu erwähnen, mit dem die Vereinbarkeit des TVgG-NRW mit höherrangigem Recht erneut auf den Prüfstand gestellt worden ist. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf verstößt das Gesetz gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Tarifautonomie, soweit Arbeitnehmern im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) nach diesem Gesetz mindestens der Lohn aus einem „repräsentativen“ Tarifvertrag zu zahlen ist. Daher hat das VG Düsseldorf die Sache dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen zur Prüfung vorgelegt.¹⁸

Das Gericht hält die landesrechtliche Tariftreuepflicht jedenfalls seit dem Inkrafttreten des bundesrechtlichen Mindestlohngesetzes (MiLoG) am 1. Januar 2015 für verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar.

Die genannten Fälle zeigen, wie sehr die Vorgabe vergabespezifischer Sozialvorschriften seitens der Länder mit der Gefahr einer Verletzung höherrangigen Rechts wie Verfassungs- und Europarecht verbunden ist. Risiken dieser Art erscheinen insbesondere deshalb unverhältnismäßig, weil das allgemeine deutsche Sozialrecht auf Bundesebene bereits einen vergleichsweise sehr hohen Schutz sozialer Anliegen gewährleistet. Jedenfalls erscheint es nach dem Inkrafttreten der bundesgesetzlichen Regelung des

¹⁵ EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Rechtssache C-346/06 (Dirk Rüffert./Land Niedersachsen).

¹⁶ EuGH, Urteil vom 18.09.2014, Rechtssache C-549/13 - Bundesdruckerei GmbH./Stadt Dortmund.

¹⁷ Näher zu diesen und weiteren Fällen P. Schäfer in Gedächtnisschrift für Kratzenberg, S. 227 ff.

¹⁸ VG Düsseldorf, Beschluss vom 27. August 2015, 6 K 2793/13.

Mindestlohngesetzes nicht mehr vertretbar, wenn Bundesländer etwa marginal höhere vergabespezifische Mindestlöhne vorschreiben wollen.¹⁹

Auch über die gerichtlich entschiedenen Fälle hinaus zeigt die Diskussion in der Praxis, dass die Landesvergabegesetze zahlreiche weitere schwierige Rechtsfragen aufwerfen. Dies gilt, um nur ein Beispiel zu nennen, etwa für die genaue Ermittlung der Reichweite der in den Landesvergabegesetzen vorgeschriebenen zwingenden sozialen Vorgaben innerhalb eines Bieterunternehmens, das sowohl für öffentliche wie für private Auftraggeber tätig ist. Risiken solcher Art belasten alle Unternehmen, vor allem aber kleine und mittlere Betriebe, die häufig nicht über eigene Rechtsabteilungen oder hinreichende Mittel für teure externe Rechtsberater verfügen. Das zeigt, dass die Landesvergabegesetze auch massiv dem EU-weit postulierten Gebot „Think small first“²⁰ zuwiderlaufen, das der besonderen Situation der KMU wegen deren großer Bedeutung für Innovation und Schaffung von Arbeitsplätzen Rechnung tragen soll. Ähnliches dürfte auch für kleine Vergabestellen gelten, die ebenfalls teils Probleme mit der Klärung rechtlicher Unsicherheiten bezüglich der Anwendung und Rechtmäßigkeit der einzelnen Vorgaben der Landesvergabegesetze haben dürften.

6. Abschaffung der Landesvergabegesetze nach allem vorzugswürdig

Aus allem Vorstehenden folgt, dass angesichts der bereits sehr hohen allgemeinen Sozialstandards nach Bundesrecht – insbesondere nach Einführung des bundesrechtlichen Mindestlohngesetzes – sowie der bereits sehr weitreichenden Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialaspekten durch die öffentlichen Auftraggeber nach geltendem Vergaberecht die Landesvergabegesetze abgeschafft werden sollten.

II. Hilfsweise in Betracht kommende Möglichkeiten der Vereinfachung und Vereinheitlichung für den Fall mangelnder Bereitschaft der Länder zur Abschaffung der Landesvergabegesetze

Soweit eine Abschaffung der Landesvergabegesetze politisch nicht durchsetzbar sein sollte, ist unbedingt zumindest eine Vereinfachung nötig. Diese könnte durch eine Vereinheitlichung der Landesvergabegesetze, möglichst unter weitgehender Vereinfachung der Vorschriften bewirkt werden. Als Modell dafür könnten die in der Schweiz langjährig bewährten interkantonalen Konkordate dienen, die dort verschiedentlich in

¹⁹ Gegen eine kompetenzrechtliche Zulässigkeit landesvergaberechtlicher Mindestlohnregelungen nach Inkrafttreten der bundesgesetzlichen Regelung wohl Germelmann, NordÖR 10/2015, 413 ff. (420); ähnlich ders. in GewArch 2016, 100ff (103).

²⁰ So der englische Originaltitel des bereits 2008 von der Europäischen Kommission verabschiedeten „Small Business Act“, s. die entsprechende Mitteilung der Kommission in Dok. KOM (2008) 394 endg. – ins Deutsche übersetzt mit „Vorfahrt für KMU“. Demgegenüber gewähren die Landesvergabegesetze den KMU nicht nur keine Vorfahrt, sondern stellen umgekehrt sogar erhebliche Behinderungen für KMU – wie im Übrigen auch für viele größere und große Unternehmen – dar.

vergleichbaren Konstellationen geschaffen worden sind. In der ähnlich wie Deutschland stark föderal bzw. kantonal geprägten Schweiz haben die interkantonalen Konkordate nennenswerte Bedeutung in wichtigen Rechts- bzw. Wirtschaftsgebieten erlangt. Dabei geht es um Materien, in denen einerseits kantonales Recht gilt, andererseits aber auch ein starkes gesamtstaatliches bzw. -wirtschaftliches Interesse besteht. Das galt früher z.B. für die in der Schweiz sehr bedeutende Schiedsgerichtsbarkeit²¹ und gilt gegenwärtig auch für das öffentliche Auftragswesen.²² Ein verwandtes, ebenfalls geeignetes Lösungsmodell könnten deutsche Länder-Staatsverträge wie z.B. der deutsche Rundfunk-Staatsvertrag abgeben.²³

Beide Möglichkeiten hätten den Vorzug, dass damit die den Ländern offenbar wichtige Länderkompetenz und die Berufung auf ihnen wesentliche politische Ziele erhalten bliebe, jedoch mit der Rechtsvereinheitlichung auf Länderebene zugleich Verantwortung mit Blick auf den Gesamtstaat übernommen werden könnte. Auch bestünde dabei die Möglichkeit, dass Länder, die wie Bayern keine Landesvergabe bzw. -tariftreuegesetze schaffen wollen, bei dieser Einstellung bleiben können und dem Konkordat oder Staatsvertrag nicht beitreten.

Auch wenn die Abschaffung der Landesvergabegesetze wie dargelegt die beste Lösung wäre, hätte der hier hilfsweise unterbreitete Vorschlag der Anlehnung an die bewährten Schweizerischen interkantonalen Konkordate immerhin den Vorteil, dass an Stelle der derzeit 15 komplizierten und divergierenden Partikular-Regelungen perspektivisch nur noch eine einzige Regelung – in Länderkompetenz – verbleiben würde.

²¹ Vgl. das Interkantonale Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.03.1969, das über viele Jahre hinweg im Einvernehmen der betreffenden Kantone die Möglichkeit einer zunehmend einheitlichen Gestaltung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit der Schweiz eröffnet hat und erst 2011 durch eine neue Regelung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung abgelöst wurde.

²² Vgl. dazu die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 mit Blick auf die teilweise kantonalen Kompetenzen im schweizerischen Beschaffungsrecht, s. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013.

²³ Vgl. Neufassung des Staatsvertrages über den Rundfunk im vereinten Deutschland und des Staatsvertrages über Mediendienste vom 9. Januar 2001.

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Rechtsschutz bei Binnenmarktrelevanz



Dr. Alexander Hübner

Haver & Mailänder, Stuttgart

These

Effektive Nachprüfung bei Binnenmarktrelevanz – auch unterhalb der Schwellenwerte

Sehr verehrte Damen und Herren,

meine These ist einfach: Raus aus der Steinzeit des Vergaberechts!

Teilweise unerkannt befinden wir uns auch heute noch in der vergaberechtlichen Steinzeit. Das muss jedenfalls dann angenommen werden, wenn nach einer immer wieder – auch heute, gerade eben vor wenigen Minuten erst – vernehmbaren Ansicht das Vergaberecht im Unterschwellenbereich nichts anderes ist als Haushaltsrecht und damit schlicht-objektives Recht, das keinen subjektivrechtlichen Bieterschutz gewährt. Oder wenn es aus dem Umfeld einzelner Landes- und Bundesministerien heißt, dass effektiver Rechtsschutz unterhalb der Schwelle nicht vorstellbar sei.

Vergaberechtliche Steinzeit ist indes kein aussichtsloser Befund. Vergaberechtlich waren wir in der Steinzeit auch 1998, bevor in Deutschland nach mehreren verlorenen Vertragsverletzungsverfahren gegen die Kommission erstmals bieterschützendes Vergaberecht, oberhalb der Schwellenwerte, in Gestalt des 4. Teils GWB in Kraft trat. 1999 hatte Deutschland mit dem Alcatel Austria-Urteil des EuGH vergaberechtlich die Steinzeit immer noch nicht verlassen. Denn auch in Deutschland galt nun, dass effektiver Rechtsschutz Primärrechtsschutz bedeutet, unabhängig von der Möglichkeit etwaigen

Sekundärrechtsschutzes. In der Folge wurde die bis dahin im deutschen Recht fehlende Informations- und Wartepflicht vor Zuschlagserteilung in das GWB-Vergaberecht eingefügt. Die vergaberechtliche Rückständigkeit, die der EuGH mit den Urteilen Uniplex und Irland 2010 all denjenigen bescheinigte, die wie Deutschland im damaligen § 107 GWB die Gewährung von Primärrechtsschutz von der Einhaltung völlig unabsehbarer Fristen abhängig machten, hat seit 18.04.2016 der fortschrittliche § 160 Absatz 3 Nr. 1 GWB mit der Streichung der Unverzüglichkeit der Rüge und der Ersetzung durch eine Zehn-Tages-Frist beseitigt. Dies allerdings auch erst, als es immer noch Vergabekammern und Vergabesenate in Deutschland gab, die sich nicht der, wenn ich recht sehe, von Ihnen, sehr geehrter Herr Kollege Krohn, und mir in zwei parallelen Veröffentlichungen vertretenen Überzeugung angeschlossen hatten, dass die Unverzüglichkeit durch Uniplex obsolet ist.

Auch heute noch bzw. wieder lautet der vergaberechtliche Befund für Deutschland: Steinzeit!

Jeder am Vergaberecht Interessierte kennt die Rechtsprechung des EuGH zur Geltung des materiellen EU-Primärvergaberechts unterhalb der Schwellenwerte, aber die daraus erwachsende Konsequenz, eben dieses EU-Primärvergaberecht durch Bieterrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auch effektiv zu gewähren, wird in Deutschland (noch) nicht gezogen.

Es gehört seit Jahren zur gängigen Münze des Vergaberechts, dass immer dann, wenn ein öffentlicher Auftrag vorliegt, dessen geschätzter Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte liegt, die EU-Vergaberichtlinien unanwendbar sind, aber bei Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses die Grundsätze des AEU-Vertrages Anwendung finden müssen. Die Grundregeln des AEU-Vertrages, auch das ist gesicherte Rechtsprechung des EuGH, umfassen die Grundfreiheiten, den Grundsatz der Gleichbehandlung, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die daraus folgende Pflicht zur Transparenz. Wenn ich auf den Folien meiner Präsentation die Worte Nichtdiskriminierung und Transparenz fett gedruckt habe, deutet das an, dass uns diese Grundprinzipien des EU-Vergaberechts auch im Folgenden wieder begegnen werden.

Wann liegt ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ vor, das die Anwendbarkeit der genannten EU-Grundprinzipien auslöst? Ebenfalls aus gesicherter Rechtsprechung des EuGH wissen wir, dass Kriterien für eine derartige Binnenmarktrelevanz ein gewisses Auftragsvolumen – im Fall Enterprise Focused Solutions aus April 2015: bereits bei einem Auftragswert von 58.600 € –, die Belegenheit des Leistungsortes in Grenznähe zu einem anderen Mitgliedstaat, technische Merkmale wie etwa eine EU-weit einheitliche Standardisierung bei einem Lieferauftrag oder auch im Übrigen standardisierte Merkmale eines Dienstleistungs- oder Bauauftrages sowie, ohne dass es aber hierauf



notwendig ankommen würde, Beschwerden von Bietern in anderen Mitgliedstaaten sein können.

All dies ist gängige EuGH-Rechtsprechung seit 15 Jahren. Allein im Jahr 2015 ergingen hierzu zwei wesentliche Entscheidungen, eine zuvor im Jahr 2012 und weitere zurückgehend bis zur Entscheidung Vestergaard aus Dezember 2001. Meine Damen und Herren, Sie sehen es mir nach, dass ich mit den fünf ausdrücklich genannten Entscheidungen allein deshalb keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, weil die Fülle an Entscheidungen schlicht nicht auf eine Präsentationsfolie zu bringen ist.

Soweit die Existenz, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des materiellen EU-Primärvergaberechts auch unbestritten sind, gibt es in Deutschland unübersehbare Hemmungen, primäres EU-Nachprüfungsrecht, d.h. zur raschen und wirksamen gerichtlichen Überprüfung binnenmarktrelevanter Aufträge unterhalb der Schwellenwerte anzuerkennen. Eine effektive Umsetzung des EU-Primärvergaberechts scheitert in Deutschland unterhalb der Schwellenwerte an effektiven Nachprüfungsverfahren. Unterhalb der Schwellenwerte gibt es keine Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag, wie sie das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte, nunmehr in § 134 GWB, vorsieht. Es gibt ebenfalls keine Unwirksamkeit des Auftrags bei Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht, wie oberhalb der Schwellen neuerdings in § 135 GWB geregelt. Von effektiver Umsetzung des EU-Primärvergaberechts kann in Deutschland keine Rede sein, weil erfolgreicher Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nur vom Zufall abhängt – nämlich ob meinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Zuschlags vor Zuschlagserteilung entsprochen wird (und

Zustellung an den Auftraggeber vorher erfolgt), oder ob, rein zufällig, versteht sich, der Zuschlag dann bereits erfolgt ist.

Dass ich an dieser Stelle, sehr geehrte Damen und Herren, nicht von einem Wunschprogramm spreche, einem nice-to-have, sondern von geltendem EU-Vergaberecht, das lediglich in Deutschland seit über 15 Jahren ignoriert wird, können Sie zwei Zitaten aus der Rechtsmittelrichtlinie entnehmen, die ich im Folgenden im Wortlaut abgedruckt habe. So heißt es in Erwägungsgrund 3 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG:

„Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb setzt eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus; damit diese Öffnung konkret umgesetzt werden kann, müssen für den Fall von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechtes ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen“.

Sie werden unschwer erkennen, dass die im Fettdruck hervorgehobenen Begriffe der „Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung“ genau jene Grundregeln des AEU-Vertrages wiederholt, deren Anwendung der EuGH seit über 15 Jahren bei binnenmarktrelevanten Aufträgen anmahnt. Sie entnehmen dem Zitat der Rechtsmittelrichtlinie auch, dass diese den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung neben einer materiellrechtlichen Komponente auch eine nachprüfungsrechtliche Bedeutung zuschreibt. In vergleichbarer Weise heißt es in Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2007/66 wie folgt:

„So sollten die mit diesen Richtlinien“, gemeint sind die Rechtsmittelrichtlinien, „angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verstärkt werden, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen“.

Meine Damen und Herren, auch mit einem ganz aktuellen Urteil macht der EuGH deutlich, dass er es ernst meint mit dem primären EU-Nachprüfungsrecht im Bereich öffentlicher Aufträge. Mit seinem Urteil vom 15.09.2016 – SC Star Storage, fordert der Gerichtshof für den Bieterschutz des Vergaberechts die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Ich zitiere:

„... die Richtlinie 2007/66 ... und damit die Richtlinie 89/665 und 92/13 ... sollen ... im Einklang mit Artikel 47 Abs. 1 und 2 der Charta (der Grundrechte der Europäischen Union) die uneingeschränkte Achtung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren sicherstellen“. Und:

„Bei der Festlegung der Modalitäten gerichtlicher Nachprüfungsverfahren zum Schutz der Rechte, die die Richtlinie 89/665 und 92/13 ... den geschädigten Bewerbern und Bieter einräumen, müssen die Mitgliedstaaten daher ... Artikel 47 der Charta gewährleisten: Wirksamer Rechtsbehelf und ein faires Verfahren“.

Das Fazit aus der steinzeitlichen Bestandsaufnahme des Vergaberechts in Deutschland ist unschwer zu ziehen. Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts in Deutschland ist es unerlässlich, die Geltung und Umsetzung des EU-Primärvergaberechts auch im Nachprüfungsrecht, d.h. bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte, sicherzustellen. In der UVgO, die wir im Diskussionsentwurf aus den BMWi vom 31.08.2016 kennen, bzw. richtiger: in dem Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, das auf die UVgO verweisen wird, fehlen somit in jedem Fall, um mit dem EU-Primärvergaberecht vereinbar zu sein, sowohl die Informations- und Wartepflicht, als auch die gesetzliche Festschreibung der Unwirksamkeit des Auftrags, falls gegen Informations- oder Wartepflicht verstoßen wurde.

Lassen Sie uns gemeinsam die vergaberechtliche Steinzeit verlassen!

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Good Governance im Vergaberecht



Marc Steiner

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen

These

Good Governance als Thema des Vergaberechts

Meine Damen und Herren,

zum Schluss dieses Tages möchte ich Sie in Richtung auf die Frage nach dem Sinn der ganzen Vergaberechtsregulierung führen. Wozu ist das Ganze eigentlich gut? Polemiker sagen zum EU-Vergaberecht, die ganze Regulierung lohne eigentlich nicht, wenn man weiß, dass nur 2 Prozent des Vergabevolumens grenzüberschreitend vergeben wird. Das kann richtig sein, wenn man sagt, dass das Vergaberecht nur Marktzutrittsrecht ist. Die Gegenthese ist, dass auch die Aufrechterhaltung guter Verwaltungsführung Regulierungsaufwand und die dazugehörigen Transaktionskosten bis hin zum Rechtsschutz zu rechtfertigen vermag. Wenn das Vergaberecht nur aus der Binnenmarktlogik erklärt wird und es einfach der Herstellung von grenzüberschreitendem Wettbewerb dienen soll, dann kann sich in der Tat die Frage stellen, ob diese Vergaberechtsregulierung die ganzen Transaktionskosten wert ist, die sie mit sich bringt. Ich behaupte, dass gerade aus dem internationalen Umfeld erkennbar wird, dass sich die Zwecksetzung von Vergaberechtsregulierung sukzessive ändert, und das versuche ich Ihnen im Folgenden zu zeigen.

Ich fange an mit einem Block Sensibilisierung oder Reputationsrisiko. Ich behaupte mal, dass die öffentliche Hand auch Reputation hat, nicht nur private Unternehmen. Und auf dieser Prämisse aufbauend kann das dann auch schiefgehen. Der Unterschied zum privaten Unternehmen ist, dass die Reputation bzw. der Goodwill und namentlich dessen Verlust nicht in der Bilanz erscheint, sich im öffentlichen Auftragswesen aber sehr wohl auf den Anbieterwettbewerb auswirkt. In der Schweiz hatten wir einen großen Skandal, der ausgerechnet das Sekretariat für Wirtschaft SECO betroffen hat¹. Dieses ist neben anderen Themen für die Außenwirtschaftspolitik und namentlich die Umsetzung des WTO Government Procurement Agreement in der Schweiz verantwortlich. Der Reputationsschaden für den Bund war enorm². Der zweite Einstieg in unser Thema führt zum Finanzministerium, wo der oberste Chefbeamte der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV freigestellt wurde mit der Begründung der Non-Compliance mit Vergaberecht³. Und das ist der Moment, wo sich auch der unbefangene Beobachter mal am Kopf kratzt und sich fragt, was da eigentlich los ist. Dieser sogenannte INSIEME-Skandal⁴ ist später tatsächlich vor dem Bundesstrafgericht in Bellinzona gelandet⁵. Und da sind wir schon bei der Antwort auf die Frage nach dem Regulierungsziel; es geht eben nicht nur um Marktzutritt, sondern es geht auch um Good Governance in den einzelnen Vergaberechtssystemen und das wird vermehrt auch auf europäischer Ebene so gesehen. Friedhelm Marx würde mir jetzt mit Blick auf die Kompetenzausscheidung sagen, das gehe die EU gar nichts an. Stimmt vielleicht. Aber ein Teil der Regulierungsmotivation ist definitiv nicht mehr nur Marktzutrittsrecht, sondern – nach einem haushaltsrechtlichen Verständnis ohnehin naheliegend – Good Governance, und das versuche ich Ihnen kurz zu zeigen.

Der Good Governance-Ansatz hat die Deutschen vor allem eingeholt bei der Konzessionsrichtlinie. Namentlich hier in Fulda war man – wenn auch durchaus nicht einhellig – überzeugt, dass brauche es gar nicht. Für Grossbritannien und Deutschland dach-

¹ Vgl. dazu die Administrativuntersuchung vom 26. Juli 2014 (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36190.pdf>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016), die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig ließ: „Mit anderen Worten: Die Normen des Beschaffungsrechts wurden von 2006 bis 2012 systematisch nicht eingehalten, ja recht eigentlich negiert.“ (Rz. 91)

² Vgl. dazu beispielhaft den parlamentarischen Vorstoß (Postulat) 14.3208 vom 20. März 2014 zum Thema (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143208>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016)

³ <http://www.nzz.ch/schweiz/schweiz-bundesraetin-finanzenministerin-widmer-schlumpf-chef-steuerverwaltung-1.17256400>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016. Vgl. zu den dienstrechtlichen Folgen eigentlich korruptiven Verhaltens etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-696/2014 vom 11. November 2014. Dort wird ausgeführt, dass von leitenden Angestellten erwartet werden darf, dass sie „möglichst keinen Anschein an mangelnder Integrität“ zulassen, was eine Entlassung ohne vorangegangene Ermahnung ausnahmsweise als zulässig erscheinen lässt.

⁴ Vgl. dazu die Administrativuntersuchung vom 13. Juni 2012 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-45015.html>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016)

⁵ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.12 vom 15. September 2015 (http://bstger.weblaw.ch/pdf/20150915_SK_2015_12.pdf, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016). Neben vielen spannenden Passagen besonders erwähnenswert die in Erwägung 2.5 beschriebene Argumentation der Strafverteidiger, wonach der Entscheid, keine WTO-Ausschreibungen durchzuführen, nicht von den Beschuldigten, sondern von der Geschäftsleitung der ESTV getroffen worden sei.

te man, wir regeln das selber und wenn Ihr als EU in Rumänien ein Problem habt, ist das nicht unseres. Diese Argumentation hat wie wir wissen nicht funktioniert. Die Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU ist da und die Begründung dafür war nicht eben nur Marktzutritt und Binnenmarkt, sondern „fraud“, „corruption“ und „abuse“⁶. Und das ist spannend. Diese Tendenzen finden Sie auch international immer mehr – am spektakulärsten aus meiner Sicht im Welthandelsrecht. Im WTO-Recht, das wirklich nur für den Marktzutritt da ist, kommt plötzlich einer an und sagt, er möchte im Rahmen der Vorarbeiten über ein multilaterales Transparenzübereinkommen über Korruption sprechen. Da gehen blitzartig bei einer Unzahl Handelsdelegationen die Fähnchen hoch, „That’s not the mission of the WTO!“, das geht Euch hier nichts an in diesem Kontext! Darauf kam wieder die Antwort: „Was bringt Euch eigentlich Marktöffnung, wenn alles korrupt ist? Dann ist die Marktöffnung auch nichts wert.“ Dieses Argument hat jedenfalls die Industrienationen überzeugt und so sind wir heute beim Government Procurement Agreement so weit, dass unparteiisch geführte Verfahren gefordert werden; man geht Interessenkonflikte an und erklärt die Korruptionsprävention zum Regulierungsziel des revidierten GPA⁷. Das ist für welthandelsrechtliche Verhältnisse ein Hammer. So was gibt es eigentlich im WTO-Recht nicht, da geht’s immer nur um Marktzutritt. Ökologisch wollen wir nicht, sozial wollen wir nicht, Korruptionsprävention wollen wir nicht, sondern wir wollen nur Liberalisierung und sonst nichts. Das war in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts die „trade official“-Position und gemessen daran ist das revidierte GPA 2012 absolut spektakulär. Nach Art. IV Abs. 4 des revidierten GPA sollen die einschlägigen Beschaffungen transparent und unparteiisch durchgeführt werden, so dass insbesondere keine Interessenkonflikte entstehen und korrupte Praktiken verhindert werden⁸. Das sollte uns hellhörig machen, weil es für eine solche Neuorientierung einen ziemlichen Leidensdruck braucht. Dasselbe ist mutatis mutandis auch bei Ihnen im Rahmen der Erarbeitung der neuen EU-Vergaberichtlinien passiert. Das führt etwa dazu, dass die Transparenz nicht nur den Marktzutritt sichert, sondern auch als good governance-Instrument verstanden wird namentlich wenn es darum vergeht, durch Dokumentation die Tätigkeit der öffentlichen Auftraggeberin nachvollziehbar zu machen. Das kennen Sie besser als ich⁹. Besonders interessant ist neben den einschlägigen Aus-

⁶ Vgl. dazu die Erwägungsgründe 61 und 69 sowie die Artikel 35, 39 und 45 der Richtlinie 2014/23/EU

⁷ Vgl. zum Ganzen Hermann Pünder, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 71 ff., insb. S. 78

⁸ Siehe dazu Robert Anderson/William Kovacic/Anna Caroline Müller, Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2001, S. 681 ff., und darauf aufbauend <http://e15-initiative.org/publications/promoting-competition-and-deterring-corruption-in-public-procurement-markets-synergies-with-trade-liberalisation/> (Februar 2016), zuletzt besucht am 6. Dezember 2016

⁹ Vgl. dazu etwa den Erwägungsgrund 126 zur Richtlinie 2014/24/EU und zum Ganzen Chryssoula Moukiou, The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement: A Slow Engagement with the Letter and Spirit of the EU Public Procurement Directives, in: EPPPL 2016, S. 72 ff.



schlussgründen die Durchsetzung gemäß Art. 83 der Richtlinie RL 2014/24/EU. Da hatte die Kommission sogar noch ein griffigeres Aufsichtsinstrumentarium geplant, das dann zwar an den Mitgliedsstaaten gescheitert ist, aber die Governance-Zielsetzung ist da und die wird von der EU-Kommission weiterhin klar vertreten über die Binnenmarkt-Zielsetzung hinaus, dessen bin ich mir sicher. Das ist gegenüber dem Esprit der 90er Jahres des letzten Jahrhunderts ein Paradigmenwechsel. Die Korruptionsprävention ist damit alles andere als ein „vergabefremder“ Aspekt¹⁰. Ich verschone Sie mit den Einzelheiten, möchte aber immerhin den Zusammenhang zwischen Good Governance und Statistikpflicht betonen¹¹. Die Statistikpflicht dient nur nach traditioneller Binnenmarktlogik der Ökonomie lediglich dazu festzustellen, ob grenzüberschreitender Verkehr stattfindet. Und das würde natürlich kaum diesen Aufwand rechtfertigen. Es stimmt aber nicht, dass das ihr einziger Zweck ist. Die Beschaffungstatistik ist jedenfalls – und da bringe ich Ihnen wieder etwas von zuhause mit – eindeutig in der Good Governance begründet, da geht’s um Missbrauchsprävention als Teil des Beschaffungscontrolling¹². Wenn ich zum Beispiel sagen kann die Direktvergaben sind auf Bundesebene im Ministerium A soundso viel Prozent, im Ministerium B soundso viel Prozent und da werden Unterschiede festgestellt (Stichwort: Benchmarking), dann wird die Sache richtig interessant, das kann ich Ihnen sagen. Wir sind jetzt – ursprünglich gegen den Widerstand von

¹⁰ Vgl. dazu das Urteil des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4

¹¹ Vgl. dazu auch Art. 85 der Richtlinie 2014/24/EU

¹² <https://www.bbl.admin.ch/bbl/de/home/dokumentation/faktenblaetter/beschaffungscontrolling.html>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016

Regierung und Verwaltung¹³ – zuhause daran, ein Beschaffungscontrolling einzuführen; da ist Musik drin, meine Damen und Herren! Und zwar nicht aus Liberalisierungsoptik, sondern aus Good Governance-Optik. Wenn bei einem Ministerium 10 Prozent mehr Direktvergaben festgestellt werden als im anderen oder in einer Dienststelle, dann stellen sich schon Fragen, die den Amtsdirektor interessieren sollten, und diese Sichtweise möchte ich gerne betonen.

Schließlich kommen wir auf die Frage der Glaubwürdigkeit der Regulierung. Wir hatten in der Schweiz immer gedacht, Vergabeaufsicht brauchen wir nicht; bei uns läuft eigentlich alles gut. Verletzung von vergaberechtlichen Vorschriften war außerdem lange Zeit auch in der Sache selbst namentlich nach der Wahrnehmung hochrangiger Verwaltungsakteure ein Kavaliersdelikt¹⁴. Das wurde von dem Moment an anders, als man nach der Finanzkrise gesehen hat, dass wir eine glaubwürdige Finanzmarktregulierung brauchen. Auch die Einsicht, dass wir ein glaubwürdiges sanktionsbewehrtes Kartellrecht brauchen, war neu. Und dann kamen aber die Wirtschaftsakteure und die Politiker zu einem spannenden Schluss: Wenn Wirtschaftsregulierung plötzlich ernst zu nehmen ist, wo (namentlich große) private Unternehmen betroffen sind, was früher nicht so war, dann wollen wir diese neue Ernsthaftigkeit (gerade wenn die öffentlichen Gelder als Folge der Finanzkrise knapp werden) auch beim öffentlichen Vergaberecht sehen, das ja auch öffentliches Wirtschaftsregulierungsrecht ist einfach mit dem Unterschied, dass das regulierungsbedürftige Subjekt in erster Linie die öffentliche Hand ist. Und dann wurde die Sache wieder spannend. Plötzlich bekam nämlich die Eidgenössische Finanzkontrolle EFK¹⁵, also unser (mit deutlich weniger Befugnissen ausgestattetes) Rechnungshof-Pendant, die politische Legitimation um aktiver einzugreifen. Früher war der Konsens der, dass diese Behörde zwar formal Kompetenzen hat in diesem Bereich, sich aber in der Sache überwiegend ruhig verhält. Heute gehen sie aktiv rein. Das heißt, wenn Sie heute unsere „Rechnungshofberichte“ lesen, das ist richtig süffig. Da wird in Bezug auf ganze Bundesämter festgestellt, dass die nicht mal die Vergabeakten ordentlich führen und aufbewahren¹⁶. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Missbrauchsbekämpfung Stand heute als Legitimationsbasis für die Regulierung des öffentlichen Auftragswesens immer wichtiger wird und letztlich ebenso wichtig ist wie die Gewährleistung funktionierenden Marktzutritts und Wettbewerbs. Das werden Sie in den nächsten Jahren nach meiner Prognose vermehrt sehen. Vergaberecht ver-

¹³ <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2014/mm-findel-2014-09-04-2.aspx>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016

¹⁴ Erst als Folge der beschriebenen Skandale wurde das bundesverwaltungsinterne Weiterbildungsangebot zum Thema öffentliches Beschaffungswesen ernsthaft genutzt; die Anzahl der Kursteilnehmer hat sich dadurch vervierfacht.

¹⁵ Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung von Whistleblowing (http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=235%3Abundesverwaltung-geht-mit-gutem-beispiel-voran&catid=139%3Awhistleblowing&Itemid=253&lang=de, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016)

¹⁶ <http://www.blick.ch/news/politik/regelverstoesse-bei-beschaffungen-donnerwetter-fuer-meteoschweiz-id5394020.html>

steht sich – was man auch bei den Nachhaltigkeitsaspekten schön beobachten kann – zunehmend als Teil einer zu Kohärenz hinstrebenden Gesamtrechtsordnung und da gehören auch Good Governance-Themen mit dazu. Das bedeutet aber nicht, dass man in gut entwickelten Systemen den der Verwaltung etwa im Rahmen der Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bewusst zugestandenen Spielraum, den es zur Förderung von Innovation und Qualitätswettbewerb und gerade für den „strategic use of public procurement“ im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU braucht, unter dem Titel Korruptionsprävention, die dann als falsch verstandene formale Compliance wirkt, wieder wegnehmen soll¹⁷. Aber die Frage nach der Güterabwägung zwischen Nachhaltigkeits- und Korruptionspräventionsinteressen würde unseren Rahmen zeitlich definitiv sprengen. Ich danke Ihnen.

¹⁷ Vgl. zur Überregulierung als Problem in diesem Zusammenhang etwa Horst Franke/Jakob Brugger, Die Umsetzung der Vergaberichtlinien in Italien, in: Vergaberecht 2016, S. 400 ff., insb. S. 401

Workshop 4: Mindestlohn und Tariftreue – Spannungsfelder und Praxis

Moderation und Einführung



Niels Lau

BDI Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin

Der Workshop widmet sich einem Thema, das mit „Spannungsfelder“ ein besonders passendes Stichwort bereithielt. Denn der Befund zeigt, dass das überkommene System der Vergaberechtskaskade überlagert wird durch föderale Aspekte, Bundes- und Landesverfassungsrecht, die Rechtsprechung der oberen und obersten nationalen und europäischen Gerichte in den Zweigen Zivilrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zugleich werden bei der diesen Spruchkörpern vorgelegten Rechtsfragen sogleich neue aufgeworfen. Bei dem hier aufgezeigten „Spannungsfeldern“ wird das besonders deutlich. So hat das Urteil des EuGH in Sachen Mindestlohn Rheinland-Pfalz (RegioPost ./ Landau/Pfalz v. 17.11.2015) – nicht unbedingt für jedermann erwartungsgemäß – entschieden, dass zum relevanten Zeitpunkt vor Inkrafttreten des (Bundes-) Mindestlohngesetzes kein Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegt, insofern Bieter und Nachunternehmer rechtmäßig verpflichtet werden, einen Mindestlohn an das ausführende Personal zu zahlen. Damit ist der EuGH uneingeschränkt dem Votum des Generalanwalts gefolgt. Bei Nichtvorlage der Verpflichtungserklärung hatte das somit den Ausschluss des Angebotes zu Recht zur Folge. Das vorliegende OLG Koblenz hatte das im Hinblick auf Art. 56 AEUV noch bezweifelt.

Welche Auswirkungen das nun auf vergleichbare andere Landesregelungen hat, wird von den Vortragenden erörtert, und zwar unter folgenden Gesichtspunkten: Sähe die Entscheidung anders aus, wenn der Sachverhalt nach Inkrafttreten des Bundesmindestlohngesetzes gelegen hätte? Welche Abgrenzung zum sog. Rüffert-



Urteil des EuGH von 2004 ergibt sich? Welche Landesregelungen sind in diesem Zusammenhang noch zu prüfen? Haben diese nach der Umsetzung der jüngsten Vergaberechtsreform im GWB noch Bestand? Wo liegt die Regelungskompetenz und woraus ergibt sie sich?

Diese Fragen werden sachkundig und durchaus kontrovers von Judikative (Frau Dr. Franziska Hötte, Richterin am Verwaltungsgericht, Düsseldorf), Exekutive (Frau Annette Schmidt, Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen) und Anwaltschaft (Herrn Dr. Lutz Horn, Rechtsanwalt in Frankfurt/Main) unter Berücksichtigung der landeseigenen Besonderheiten und der Rechtsprechung vorgestellt und debattiert.

Workshop 4: Mindestlohn und Tariftreue – Spannungsfelder und Praxis

Statement



Dr. Lutz Horn

GÖRG Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

I. Einleitung

Aus anwaltlicher Sicht sind Stichworte wie „Mindestlohn“ und „Tariftreue“ nach wie vor Reizthemen im Vergabeverfahren. Das gilt insbesondere für die Beratung von Vergabeverfahren im Auftrag von öffentlichen Auftraggebern. Denn damit sind regelmäßig potentiell rechtliche Unwägbarkeiten verbunden, die schlimmstenfalls ein Anfechtungs- oder gar Rechtswidrigkeitsrisiko darstellen. Dies beruht insbesondere auf der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes.

II. Die EuGH-Rechtsprechung im Überblick

Der EuGH hat in einigen Grundsatzurteilen zu Mindestlohn und Tariftreue Position bezogen:

- In der Leitentscheidung vom 03.04.2004 (Rs. C-346/06 –, zitiert nach juris) hat der Gerichtshof im Verfahren Rüffert gegen das Land Niedersachsen das damalige niedersächsische Landesvergabegesetz für unionsrechtswidrig wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Artikel 49 EG-Vertrag erklärt. Nach Auffassung des EuGH führen Tariftreueverpflichtungen dazu, dass insbesondere Dienstleister anderer Mitgliedstaaten der EU die ihren Arbeitnehmern gezahlten Entgelte dem regelmäßig höheren Niveau am Leistungsort anpassen müssten. Dadurch ginge der Wettbewerbsvorteil niedrigerer Lohnkosten ver-

loren. Dies führe zu einer faktischen Beeinträchtigung ausländischer Unternehmen.

Ein zwingender Schutz von Arbeitnehmern werde hinreichend durch am Ort der Ausführung geltenden Mindestlöhne und/oder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge gewährleistet. Eine Bezugnahme auf Tarifverträge im Übrigen sei nur in solchen Fällen mit EU-Recht vereinbar, in denen es um innerstaatliches System zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung geht.

- Im Urteil vom 18.09.2014 in der Rechtssache C- 549/13 (zitiert nach juris) im Verfahren Bundesdruckerei gegen die Stadt Dortmund hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung insoweit modifiziert, als dass er festgestellt hat, Landestariftreuegesetze seien nicht schlechthin unzulässig zum Schutz vor „Sozialdumping“. Nicht vereinbar mit Unionsrecht sei allerdings eine Verpflichtung zur Zahlung eines Tarifentgelts nach Landestariftreuegesetz, wenn ein im Ausland ansässiger Nachunternehmer sämtliche Leistungen zur Ausführung des Auftrags im Ausland außerhalb des Anwendungsbereichs des Landestariftreuegesetzes erbringe. Denn dies sei ungeeignet zum Schutz vor „Sozialdumping“, jedenfalls aber unverhältnismäßig. Auch die hier in Rede stehende Regelung hat der EuGH deshalb als Verstoß gegen Unionsrecht erachtet. Er hat insbesondere betont, dass „soziale Aspekte“ im Sinne von Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG stets ihrerseits unionsrechtskonform sein müssen, um eine gerechtfertigte Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu bewirken. Dies sei hier nicht der Fall.
- In der Rechtssache C-115/14 hat der EuGH mit Urteil vom 17.11.2015 (zitiert nach juris) im Verfahren RegioPost gegen die Stadt Landau in der Pfalz die eigene Rechtsprechung wiederum etwas modifiziert und relativiert: Hier stellt das Gericht fest, dass Mindestentgelte nach Landestariftreuegesetz europarechtskonform sein können, wenn
 - sie selbst das Mindestentgelt festlegen (Abweichung zum „Rüffert“-Urteil),
 - Leistungen im räumlichen Anwendungsbereich des Landestariftreuegesetzes erbracht werden (Abweichung vom Urteil „Bundesdruckerei“),
 - und keine vorrangigen nationalen Regelungen für niedrigere Löhne bestehen und damit das Landestariftreuegesetz ein Mindestmaß an Schutz verschafft (vgl. 34. Erwägungsgrund der RL 2004/18/EU).

Der EuGH hat daher festgestellt, dass ein Ausschluss von Bietern zulässig ist, die sich nicht zur Einhaltung eines solchen Mindestentgelts verpflichten.

- Anhängig ist beim EuGH gegenwärtig noch eine Vorlage der Vergabekammer Arnsberg (Beschluss vom 26.09.2013 – VK 18/13 –), die ebenfalls den Problembereich des Nachunternehmereinsatzes betrifft. Die Vergabekammer hat Zweifel an der

Europarechtskonformität einer Regelung des nordrhein-westfälischen Tariftreuegesetzes gehabt, wonach eine Verpflichtung des Nachunternehmers zur Zahlung von Tarif- oder Mindestlohn bestehe, wenn eine Rechtsvorschrift eine solche Verpflichtung nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorsehe, nicht für die Erteilung privater Aufträge (d.h., kein allgemeiner Mindestschutz besteht), der Nachunternehmer in einem anderen EU-Mitgliedsstaat ansässig ist und die Arbeitnehmer des Nachunternehmers bei der Ausführung der auftragsgegenständlichen Leistungen ausschließlich in dessen Heimatland tätig werden.

- Das beim VG Düsseldorf anhängige, mit Beschluss vom 27.08.2015 an den Verfassungsgerichtshof NRW vorgelegte Verfahren zur Vereinbarkeit von Landestariftreuregelungen mit Art. 9 Abs. 3 GG, die an einen durch Rechtsverordnung der Landesregierung für repräsentativ erklärten Tarifvertrag anknüpfen, ist ohne Urteil beendet worden. Über die Einzelheiten wird anschließend Frau Dr. Hötte berichten.

III. Problemskizze am Beispiel der hessischen Regelung

Gemäß § 6 Abs. 1 HVTG ist von den ausschreibenden Dienststellen des Landes sowie den Kommunen und den vom Gesetz erfassten kommunalen wirtschaftlichen Betrieben eine Erklärung zur Einhaltung von Mindestentgelten durch die jeweiligen Bewerber/Bieter eines Vergabeverfahrens abzufordern, soweit das Mindestentgelt entweder gesetzlich vorgeschrieben ist, auf allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen beruht oder durch Rechtsverordnungen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz bestimmt worden ist.

Die Abgabe einer Tariftreuerklärung gemäß § 6 Satz 3 in Verbindung mit § 4 HVTG kann gemäß § 4 Abs. 1 bis 3 HVTG gefordert werden, soweit es sich um gesetzlich oder auf Grundgesetz festgeschriebene Tarifleistungen oder allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge handelt, das heißt, wenn ein Mindestschutz besteht bzw. durch Abgabe der Erklärung für das Vergabeverfahren erreicht wird.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang aber die Regelung des § 4 Abs. 4 HVTG, der die Abgabe einer solchen Erklärung auch für sonstige Tarifverträge vom Wortlaut her vorsieht und damit weit über den Mindestschutz von Arbeitnehmern hinausgeht. Soweit ersichtlich, wird in der Praxis von dieser Regelung jedoch bislang kein Gebrauch gemacht.

IV. Fazit

Mindestentgelt und Tariftreue stehen im Spannungsfeld des Wettbewerbsschutzes einerseits und andererseits den jeweiligen mitgliedstaatlichen Vorstellungen von gerechtem Lohn, die in jedem Land der Europäischen Union unterschiedlich sein dürften.

Sozialpolitische Erwägungen kollidieren damit in gewisser Weise mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot im Vergabeverfahren. Rechtlich handelt es sich bei der Forderung nach entsprechenden Bewerber-/Bietererklärungen in einem Vergabeverfahren um eine Einmischung in die Tarifaufonomie und eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit. Gleichwohl ist die Forderung nach Mindestentgelten inzwischen weitgehend gesellschaftlich akzeptiert, weil damit wirksam unangemessene Niedriglöhne begrenzt werden können. Dem kann sich im Kern auch das öffentliche Auftragswesen nicht mehr entziehen. Über einen Mindestschutz hinausgehende Tariftreueverpflichtungen stellen jedoch nach wie vor einen Fremdkörper im Vergabeverfahren dar und sollten im Zweifel nicht zum Einsatz gebracht werden.

Workshop 4: Mindestlohn und Tariftreue – Spannungsfelder und Praxis

Statement



Dr. Franziska Hötte

Verwaltungsgericht Düsseldorf

Aus verfassungsrechtlicher Sicht soll nunmehr die Tariftreueverpflichtung des nordrhein-westfälischen Tariftreue- und Vergabegesetzes beleuchtet werden¹. § 4 Abs. 2 Satz 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW verpflichtet alle öffentlichen Auftraggeber im ÖPNV, öffentliche Aufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die ihre Arbeitnehmer mindestens nach der Entgeltordnung desjenigen Tarifvertrages bezahlen, den das nordrhein-westfälische Arbeitsministerium für diesen Verkehrsbereich in einer Rechtsverordnung für repräsentativ erklärt hat. Unterliegt ein Unternehmen einem anderen Tarifvertrag, muss es den für repräsentativ erklärten Tarifvertrag trotzdem (individualvertraglich) vollständig zugunsten seiner Arbeitnehmer anwenden und auch seine Nachunternehmer dazu verpflichten. Diese Tariftreueregelung gibt aber keine absolute Lohnuntergrenze im Sinne des Mindestlohngesetzes vor, sondern bindet die Auftragnehmer der öffentlichen Hand an die gesamte Entgeltordnung des für repräsentativ erklärten Tarifvertrages. Die Bindung erstreckt sich auf alle, also auch auf die höchsten Lohn- und Gehaltsgruppen, Zulagen und Zuschläge sowie auf einen evtl. automatischen Lohnanstieg bei längerer Betriebszugehörigkeit.

Da das Tariftreuegesetz Entgeltuntergrenzen zugunsten der Arbeitnehmer vorgibt, kann es – faktisch – in demselben sachlich, räumlich und personell abgegrenzten Gebiet

¹ Der Vortrag basiert auf den Gründen des Beschlusses der 6. Kammer des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 27. August 2015 – 6 K 2793/13 –, juris (= NWVBI 2015, 477-487). Dr. Franziska Hötte war Mitglied der Kammer und Bericht-erstatteerin im Verfahren 6 K 2793/13.

des ÖPNV nur einen einzigen repräsentativen Tarifvertrag geben, genauer: eine repräsentative Entgeltordnung. Denn logisch zwingend kann es nur einen ganz bestimmten Geldbetrag (Entgeltuntergrenze) geben, den der Unternehmer nicht unterschreiten darf, und nicht mehrere.

Diese Tariftreueregelung ist am Grundrecht der Koalitionsfreiheit zu messen. Denn: Im Bereich der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie hat sich der Staat grundsätzlich – vorbehaltlich rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmen – einer Einflussnahme zu enthalten. Die Normsetzungsprärogative liegt hier bei den Tarifvertragsparteien.

Die Tariftreueregelung greift in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ein. Sie beeinträchtigt – wenngleich nur mittelbar – die Normsetzungsbefugnis, also das Recht, tatsächlich wirksame Tarifverträge abzuschließen, derjenigen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften, deren Tarifverträge auf dem Gebiet des ÖPNV nicht für repräsentativ erklärt worden sind. Sie unterläuft in ihrem Anwendungsbereich die im freien Spiel der Kräfte von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgehandelten Tarifentgelte, soweit diese unterhalb des Tarifvertrags liegen, der von der Landesregierung für repräsentativ erklärt worden ist. Durch die monopolartige Nachfragemacht der öffentlichen Hand im Bereich des ÖPNV in NRW werden faktisch alle bestehenden oder künftigen Tarifverträge im selben Geltungsbereich verdrängt, bei denen die Tarifpartner niedriger abgeschlossen haben. Deren Tarifverträge bleiben zwar formal unangetastet und wirksam. Die typischerweise wichtigste Tarifregelung, die Entgeltvereinbarung in ihrer Gesamtheit, wird aber entwertet.

Die Existenzberechtigung eines Arbeitgeberverbandes, der im Bereich des Entgelts sein vornehmstes Recht, die Befugnis zur Normsetzung durch Tarifabschluss, faktisch eingebüßt hat, steht in den Augen der ihn tragenden Arbeitgeber damit offensichtlich in Frage.

Die Tariftreueregelung beeinträchtigt die Koalitionsfreiheit aber nicht nur bezüglich der gegenwärtig geltenden, sondern auch bezüglich der künftigen Tarifverträge. Dabei nimmt der Landesgesetzgeber zumindest wissentlich in Kauf, dass er steuernd in die künftige Ausübung der grundrechtlichen Koalitionsfreiheit der Tarifparteien eingreift und den der Tarifautonomie innewohnenden Gestaltungsspielraum der Tarifparteien schmälert. Denn von vornherein steht fest, dass die Entgeltregelung im Bereich des ÖPNV nur zum Tragen kommen wird, wenn diese höher ist als die Entgeltvereinbarung des repräsentativen Tarifvertrags, einschließlich dessen künftiger Entwicklung.

Die Tariftreueregelung verändert ferner das Konkurrenz- und Kräfteverhältnis zwischen den Koalitionen. Ein für repräsentativ erklärter Tarifvertrag erlangt eine erheblich größere Durchschlagskraft, wenn sein wichtigster Bestandteil, die Entgeltregelung, faktisch auch für Arbeitsvertragsparteien gilt, deren Vertreter ihn nicht abgeschlossen haben.

Durch staatliche Einflussnahme erhalten die Tarifvertragsparteien, die den für repräsentativ erklärten Tarifvertrag ausgehandelt haben, damit ein deutlich größeres Gewicht als sie es im freien Spiel der (Tarif-)Kräfte errungen haben. Komplementär werden durch diese staatliche Einflussnahme die konkurrierenden Koalitionen geschwächt.

Dieser vielgestaltige und weitreichende Eingriff in die Koalitionsfreiheit ist zumindest seit dem Inkrafttreten des bundesrechtlichen Mindestlohngesetzes verfassungsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt.

Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll die Tariftreueregelung einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken, Lohn- und Sozialdumping, insbesondere untertarifliche Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen unterbinden und die Wettbewerbsposition tarifgebundener Unternehmer stärken. Unter Berücksichtigung dieser – für sich genommen legitimen Ziele von Verfassungsrang – ist ein tatsächliches Bedürfnis für eine die kollektive Koalitionsfreiheit einschränkende Tariftreueregelung in der vom Tariftreuergesetz vorgesehenen Art nicht ersichtlich. Der Landesgesetzgeber verfolgt die beim Gesetzeserlass angegebenen Ziele, insbesondere der Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping und die Verhinderung untertariflicher Bezahlung, in Wirklichkeit allenfalls am Rande.

Die Tariftreueregelung ist hauptsächlich darauf ausgerichtet, alle bestehenden Tarifverträge bis auf den Repräsentativen, in ihrem Kernbereich der Entgeltregelung zu verdrängen bzw. zu marginalisieren. Anders ist nicht erklärbar, warum die Regelung sich nicht auf tariflich Ungebundene (sogenannte „tarifliche Außenseiter“) beschränkt oder alternativ alle tarifvertraglich ausgehandelten Entgelte im ÖPNV des Landes NRW akzeptiert.

Der Arbeitnehmerschutz rechtfertigt diesen Grundrechtseingriff nicht. Mit der Einführung des Mindestlohns ist ein Absinken des Lohns auf ein prekäres Niveau bundesgesetzlich ausgeschlossen. Der Bundesgesetzgeber hat mit dem MiLoG die bundesweit verbindliche Wertung vorgegeben, ab welchem Betrag das vom Tariftreuergesetz vorgeblich bekämpfte „Lohndumping“ beginnt. Das Aushandeln eines darüber hinaus gehenden, branchenspezifischen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer tragbaren, also „fairen“ Entgelts ist nach der grundgesetzlichen Ordnung den Tarifparteien vorbehalten. Dass die Tarifparteien im Bereich des ÖPNV in NRW hierzu nicht in der Lage sind, waren oder künftig sein werden, war und ist nicht erkennbar. Tarifvertragliches „Lohndumping“ oder ähnliche Erscheinungen waren und sind nicht gegeben. Die für das Gebiet des ÖPNV in NRW vereinbarten Tarifabschlüsse zeigen im Gegenteil, dass die Marktbedingungen existenzsichernde Löhne zulassen und von den Tarifparteien auch vereinbart werden.

Die Unangemessenheit der Tariftreueregelung beruht weiterhin darauf, dass sie nicht nur die unterste Entgeltgruppe des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags gegen die Entgeltgruppen der konkurrierenden Tarifverträge durchsetzt, sondern auch alle Entgelterhöhungen in Form von Stufen, Zuschlägen usw. Eine nachvollziehbare Erklärung, warum diese über die unterste Lohngruppe hinausgreifende Bindung notwendig ist, konnte weder in den Gesetzesmaterialien gefunden werden, noch wurde der Kammer hierauf im Klageverfahren eine Antwort gegeben. Eine solche Begründung ist aber doch umso mehr vor dem Hintergrund des bundesrechtlichen MiLoG erforderlich, das sich auf eine einzige Lohnuntergrenze beschränkt.

Die Verhinderung des vom beklagten Land weiterhin angeführten Unterbietungswettbewerbs rechtfertigt den Eingriff in die Koalitionsfreiheit ebenfalls nicht. Wie in anderen Wirtschaftsbereichen stellen auch bei der Konkurrenz um ÖPNV-Aufträge die Lohnkosten einen Bestandteil des Bieterwettbewerbs dar. Es stellt für sich genommen kein legitimes Ziel von Verfassungsrang dar, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Lohnkosten als Kalkulationsbestandteil der Bieter auszuschließen. Anderes könnte allenfalls gelten, wenn es hierfür unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes sachlich zwingende Gründe gäbe. Diese fehlen indessen, wo – wie hier – Tarifverträge bestehen, die von tariffähigen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften ausgehandelt worden sind und deren Entgelte rund 40 Prozent über dem bundesrechtlichen Mindestlohn angesiedelt sind. Miteinander im Wettbewerb stehende Tarifverträge enthalten naturgemäß voneinander abweichende Entgeltvereinbarungen. Diese führen je nach Tarifbindung zu unterschiedlichen kalkulatorischen Lohnkosten. Das stellt jedoch keine vom Staat zu bekämpfende, sondern vielmehr eine die soziale Marktwirtschaft prägende und wünschenswerte Erscheinung dar, die Ausdruck einer freiheitlich verfassten Wirtschaftsordnung und ein Wesensmerkmal der pluralen deutschen Tariflandschaft ist.

Zum Abschluss noch ein kurzer Blick auf die (politischen) Folgen des vom Verwaltungsgericht Düsseldorf verkündeten Vorlagebeschlusses vom 27. August 2015 (6 K 2793/13), mit welchem dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt worden ist, ob § 4 Abs. 2 TVgG-NRW in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW gegen Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen verstößt: Nach 15 Jahren Tarifpartnerschaft mit der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) schloss der klagende Arbeitgeberverband im Dezember 2015 mit ver.di einen Tarifvertrag, welcher vom Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen durch Rechtsverordnung neben dem – bislang einzig repräsentativen – Spartentarifvertrag Nahverkehrsbe-

triebe (TV-N NW) für repräsentativ im Sinne des Tariftreuegesetzes erklärt worden ist². Dessen Entgeltgruppen liegen weiterhin unter dem zunächst allein als repräsentativ erklärten Tarifvertrag, dem TV-N NW³.

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht – und somit auch das Vorlageverfahren beim Verfassungsgerichtshof NRW – haben sich prozessrechtlich erledigt. Im Rahmen der Novellierung des TVgG-NRW beabsichtigt der Landesgesetzgeber zudem das Gesetz dahingehend zu konkretisieren, dass mehrere Tarifverträge gleichzeitig oder nebeneinander für repräsentativ erklärt werden können⁴. Ob damit die verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich eines Eingriffs in Art. 9 Abs. 3 GG – insbesondere hinsichtlich derjenigen Koalitionen, deren Tarifverträge von der Repräsentativauswahl ausgeschlossen bleiben – ausgeräumt sind, wird die weitere Diskussion zeigen⁵.

² Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (Repräsentative Tarifverträge Verordnung – RepTVVO) vom 5. April 2016.

³ Vgl. zur Sinnhaftigkeit der Festsetzung eines weiteren, konkurrierenden Tarifvertrages als repräsentativ im Rahmen der Bestimmung einer Entgeltuntergrenze: VG Düsseldorf, Beschluss vom 27. August 2015 – 6 K 2793/13 –, juris Rn. 106 (= NWVBI 2015, 477-487).

⁴ LT-Drucks. 16/12265, S. 3, 7, 19.

⁵ Vgl. hierzu VG Düsseldorf, Beschluss vom 27. August 2015 – 6 K 2793/13 –, juris Rn. 288 (= NWVBI 2015, 477-487).

Workshop 4: Mindestlohn und Tariftreue – Spannungsfelder und Praxis

Statement



Annette Schmidt

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes NRW, Düsseldorf

I. Ausgangslage

Nach §§ 128, 129 GWB ist für die Länder die Möglichkeit eröffnet, durch ein Landesgesetz Auftragsausführungsbedingungen zu regeln. Hiervon haben die meisten Länder auch Gebrauch gemacht und in Landesvergabegesetzen Regelungen zur Tariftreue oder einem vergabespezifischen Mindestlohn getroffen. Als Beispiel kann hier auf das nordrhein-westfälische Tariftreue- und Vergabegesetz (TVgG-NRW) verwiesen werden, nach dem derzeit ein vergabespezifischer Mindestlohn in Höhe von 8,85 EUR gilt. Die Mindestlohnregelungen in den Ländern sind zu einem Zeitpunkt getroffen worden, als es noch keinen einheitlichen bundesweiten Mindestlohn gab. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – MiLoG – zum 01.01.2015 hat sich diese Situation grundlegend geändert, denn ab dem Zeitpunkt gilt erstmals – bis auf wenige Ausnahmen – eine bundesweit einheitliche Lohnuntergrenze von derzeit 8,50 EUR.

In Nordrhein-Westfalen wird aktuell die Novelle des TVgG-NRW im Landtag beraten. Hinsichtlich der Mindestlohnregelung ist in dem Gesetzentwurf angelegt, dass der vergabespezifische Mindestlohn auf das Lohnniveau des MiLoG harmonisiert werden soll, wenn ein gleiches Lohnniveau erreicht ist. Damit wird der vergabespezifische Mindestlohn bei Erreichen eines Gleichklangs mit dem bundesweiten Mindestlohn nicht als eigenständige Regelung fortgeführt. Weiterhin Bestand haben wird die Tariftreueregelung, nach der sich die Bieter in einem Vergabeverfahren verpflichten müssen, bei der

Ausführung des Auftrages ihren Beschäftigten wenigstens die Mindestarbeitsbedingungen sowie das Mindestentgelt zu zahlen, das in dem für sie geltenden Tarifvertrag festgelegt ist.

II. Zielstellung der Mindestlohnregelungen

Zielstellung des TVgG-NRW ist, durch eine vergabespezifische Mindestlohnregelung, ein sozialverantwortliches und nachhaltiges Beschaffungswesen in NRW zu implementieren. Eine Anpassungsklausel gewährleistet den Anschluss der vergabespezifischen Mindestlohnregelung an die wirtschaftliche Entwicklung. Bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen sollen darüber hinaus die in Tarifverträgen festgeschriebenen Mindestarbeitsbedingungen und Tarifregelungen durch eine Verpflichtungserklärung im Einzelfall in ihren Wirkungen nochmals hervorgehoben und betont werden.

Das MiLoG verfolgt auch die Zielstellung, angemessene Arbeitsbedingungen und angemessene Löhne sicherzustellen, darüber hinaus gewährleistet es aber auch ein existenzsicherndes Arbeitsentgelt und eine allgemeine Lohnuntergrenze. Der Ansatz des MiLoG ist gegenüber den Tariftreueregelungen der Länder ein etwas anderer. Das Bundesgesetz garantiert einen eigenen Anspruch der Beschäftigten, während nach den Landesregelungen eine vertragliche Verpflichtung der Bieter und Bewerber vorgesehen ist. Eine Anpassung des Lohnniveaus ist beim MiLoG alle zwei Jahre auf Vorschlag einer Mindestlohnkommission vorgesehen.

III. Spannungsfelder

Angesichts der verschiedenen Mindestlohnregelungen, die sich darüber hinaus im Bereich der Vergaben überlagern, stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis.

Auf unionsrechtlicher Ebene bildet Art. 56 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit, den Maßstab, an dem landesspezifische Mindestlohnregelungen sich messen lassen müssen. Zu klären ist daher, ob die Dienstleistungsfreiheit dadurch verletzt sein könnte, dass eine vergabespezifische Mindestlohnregelung neben dem MiLoG durch Unternehmen zu erfüllen ist. Im Kern geht es hier darum, ob noch ein Mindestmaß an sozialem Schutz durch einen vergabespezifischen Mindestlohn neben dem MiLoG Geltung beanspruchen kann. Der EuGH hat bereits in den Verfahren Rüffert¹, Bundesdruckerei² und RegioPost³ zu vergabespezifischen Mindestlohnregelungen Stellung genommen, das nun

¹ EuGH C-346/06 vom 03. April 2008

² EuGH C-549/13 vom 18. September 2014

³ EuGH C-115/14 vom 17. November 2015

bestehende Spannungsverhältnis war jedoch nicht Gegenstand der zitierten Entscheidungen.

Auf der Ebene des Grundgesetzes ist ein weiteres Spannungsfeld gegeben. Die grundrechtliche Kompetenz für einen landesgesetzlichen vergabespezifischen Mindestlohn folgt unstreitig aus der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, dem Recht der Wirtschaft. Das MiLoG ist auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, das Arbeitsrecht, kompetenzrechtlich gestützt. Verfassungsrechtlich noch nicht abschließend geklärt ist, ob durch eine auf das Arbeitsrecht gestützte Kompetenznorm eine Sperrwirkung für abweichendes Länderrecht eintritt, die auf eine andere Kompetenznorm, das Recht der Wirtschaft, gestützt ist. Hiermit einher geht die weitere Frage, ob durch das MiLoG eine abschließende bundesrechtliche Regelung getroffen worden ist oder ob daneben noch andere Mindestlohnregelungen auf Länderebene zulässig sind. Wenn mit dem MiLoG eine erschöpfende bundesweite Regelung getroffen wäre, wäre eine Regelungsmöglichkeit der Länder dieser Materie ausgeschlossen. Vertiefte Auseinandersetzungen mit diesen Fragen sind bislang – soweit ersichtlich – noch nicht geführt worden.

Auch auf der Ebene der bundesrechtlichen Regelungen wird diskutiert⁴, ob § 1 Abs. 3 MiLoG im Sinne eines Grundprinzips zu verstehen ist, dass andere, d.h. höhere Mindestlohnvorgaben dem MiLoG vorgehen können und dürfen? In dem Sinne wäre dann im MiLoG ein sog. Günstigkeitsprinzip angelegt, wonach es Ländern ermöglicht wäre, höhere Mindestlohnvorgaben zu setzen. Es wird insbesondere vertreten, dass durch §§ 128, 129 GWB die Ermächtigungsnormen für weiteres Landesrecht bereits gegeben sind. Eine gerichtliche Klärung des Verhältnisses steht noch aus.

Je nachdem, wie diese Konkurrenzverhältnisse entschieden werden, ergeben sich weitere Konsequenzen auf der Rechtsfolgende. Konkret geht es darum, wie bei einem Nebeneinander von vergabespezifischen Mindestlohnregelungen sowie dem bundesweiten Mindestlohn mit dem Themenbereich Kontrolle und Sanktion im Hinblick auf Kompetenzen und Zuständigkeiten sowie dem Verbot der Doppelbestrafung umgegangen werden kann.

Unproblematisch dürfte es sein, sofern es um vertraglich im Wege von Verpflichtungserklärungen vereinbarte Regelungen geht. Es entspricht dem Grundsatz der Vertragsautonomie, dass Vertragspartner sich auf individuelle Regelungen verständigen und im Fall von Verstößen auch vertragliche Sanktionsmechanismen vereinbaren können. Beispielhaft sind hier Vertragsstrafenregelungen bzw. Kündigungsklauseln zu nennen.

⁴ OLG Koblenz, Verg. 1/15 vom 24. März 2015 für Zulässigkeit einer landesrechtlichen Regelung; i. Erg. ablehnend Tugendreich, NZBau 2015, S. 395; vgl. auch Burgi, Vergaberecht, § 19 Rn. 18 ff m.w.N.

Anders ist es dagegen, wenn es um Ordnungswidrigkeiten oder Eintragungen in Register als Sanktion oder Folge von Verstößen geht. Hier stellt sich zum einen die Frage, welche Behörde zuständig ist. Kontrollbehörde nach dem MiLoG ist der Zoll, Kontrollbehörde nach dem – beispielhaft zu nennenden – Tariftreue- und Vergabegesetz NRW ist die eigens eingerichtete Prüfbehörde. Bedeutet ein Verstoß gegen die Mindestlohnregelungen nun, dass ein Bieter von zwei Behörden sanktioniert werden kann? Und wenn ja, ist für einen Verstoß in Höhe des Bundes-Mindestlohns der Zoll zuständig und für einen darüber liegenden vergabespezifischen Mindestlohn die jeweilige Landesbehörde? Wie wäre dieses Ergebnis mit dem Verbot der Doppelbestrafung vereinbar, das im Grundsatz auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt?

Noch deutlicher stellt sich die Frage der Doppelbestrafung im Hinblick auf Eintragungen in Vergabe- bzw. Korruptionsregister sowie dem Gewerbezentralregister. Bewirkt ein Verstoß gleich eine zweifache Eintragung, ggf. durch zwei unterschiedliche Behörden?

Rechtliche Unsicherheiten und Abgrenzungsprobleme sind damit unausweichlich. Für Vergabestellen und Prüfbehörden sind kompetenzrechtliche Fragestellungen vorrangig, für Unternehmen stellen sich noch weitergehende Fragen, ob angesichts der Konsequenzen insbesondere durch die Registereintragungen, die nachhaltige Auswirkungen auf die Unternehmenssituationen haben können, die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall noch gewahrt ist.

IV. Fazit

Festhalten lässt sich, dass die Schutzfunktionen von Mindestlohnregelungen anerkannt sind. Faire Arbeitsbedingungen und auskömmliche Löhne sind existenzielle Grundlagen, die nicht zur Disposition stehen dürfen. Um die Unternehmen zu stärken, die diese Maßstäbe ernst nehmen und für die gute Arbeitsbedingungen selbstverständlich sind, ist es wichtig, dass öffentliche Aufträge nur an solche Bewerber bezuschlagt werden, die diese Lohn- und Arbeitsbedingungen auch gewährleisten. Von daher sollte es für Bewerber attraktiv sein, sich um öffentliche Aufträge zu bewerben, weil damit gesichert ist, dass sie auch die erforderlichen Arbeitskosten in die Angebote einkalkulieren können. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn die bestehenden Mindestvorgaben auch konsequent umgesetzt sowie die noch bestehenden Rechtsunsicherheiten höchstrichterlich geklärt sind. Von verlässlichen Rahmenbedingungen profitieren alle Beteiligten und sie steigern die Attraktivität öffentlicher Aufträge.

Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2016 –

Laudatio



Prof. Dr. Oliver Dörr

Universität Osnabrück

Severin Klinkmüller:

„Die grenzüberschreitende gemeinsame Vergabe öffentlicher Aufträge“

Herr Klinkmüller beschreibt mit der grenzüberschreitenden Vergabekooperation eine Konstellation, die in der Vergabep Praxis gelegentlich vorkommt und doch in der rechtsdogmatischen Analyse des Vergaberechts bislang zu kurz kam: Zwei oder mehrere Auftraggeber aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten bündeln ihre Nachfrageinteressen und beschaffen einen konkreten Gegenstand oder eine konkrete Leistung gemeinsam, als Einkaufsgemeinschaft sozusagen. Jenseits der vergaberechtlichen Üblichkeiten wirft eine solche Konstellation etliche praktische und rechtliche Fragen auf, die vor allem daraus resultieren, dass die beteiligten Einkäufer verschiedenen nationalen Jurisdiktionen unterliegen und dass Absprache und Kooperation zwischen solchen Verwaltungsträgern normalerweise den Regeln des Völkerrechts vorbehalten ist.

Das neue Vergaberecht kennt diese Konstellation nun auch: Art. 39 der EU-Vergaberichtlinie eröffnet die gemeinsame Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten und beschreibt in diesem Zusammenhang verschiedene Szenarien. Art. 4 der neuen VgV und der SektVO sind insoweit deutlich „schmallippiger“: Sie erkennen an, dass es die grenzüberschreitende Vergabekooperation geben darf, überlassen aber im Grunde alles Weitere – einschließlich einer Bestimmung des anwendbaren Rechts – einer Vereinbarung der beteiligten Auftraggeber.

Herr Klinkmüller konnte diese neuen Regeln nicht mehr umfänglich berücksichtigen, denn seine Arbeit war kurz vor Verabschiedung der neuen EU-Richtlinien abgeschlossen. Er musste sich daher im wesentlichen eigene Gedanken über weitgehend unvermessenes Gebiet machen, das weder durch spezifische Rechtsnormen noch durch eine Fülle gerichtlicher Präzedenzfälle vorstrukturiert war. Er tut dies in seiner Arbeit sehr anschaulich in fünf Schritten: Zunächst stellt er verschiedene Organisations- und Verfahrensformen vor, in denen grenzüberschreitende Einkaufskooperation geschehen kann: Neben das konzertierte Parallelverfahren treten als Einheitsmodelle Vertretungs- und Plattformverfahren. Zweitens betrachtet Klinkmüller die bisherige grenzüberschreitende Vergabepraxis im europäischen Binnenmarkt und stellt – erwartungsgemäß – fest, dass diese bislang schwach ausgeprägt ist. Die Vorteile und Schwierigkeiten, welche der öffentlichen Hand bei einer grenzüberschreitenden Nachfragebündelung begegnen, werden sorgfältig sondiert und dargestellt.

In einem dritten Schritt, dem Hauptteil seiner Arbeit, vermisst Klinkmüller den Rechtsrahmen für eine Beteiligung deutscher Auftraggeber an einer grenzüberschreitenden gemeinsamen Auftragsvergabe. Die deutschen und europäischen Regeln des Vergaberechts (mit Stand vor der EU-Vergaberechtsreform 2014), des Kartell- und Wettbewerbsrechts sowie des Verfassungsrechts werden im Hinblick darauf analysiert, welche Grenzen sie einer grenzüberschreitenden Einkaufskooperation setzen. Dabei unterscheidet der Verfasser nach den unterschiedlichen Verfahrensmodellen, die er eingangs erläutert hatte. Er stellt kein grundsätzliches Verbot der grenzüberschreitenden Kooperation fest, leitet aber beschränkende Kautelen aus den allgemeinen Vergabegrundsätzen (Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung) ab. Sehr sorgfältig prüft Klinkmüller die kartellrechtlichen Grenzen und arbeitet hier zunächst den unterschiedlichen Zugriff der deutschen und der europäischen Kartellrechtspraxis heraus. Gegenüber dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) führt er vor allem die Freistellung als Mittelstandskartell nach § 3 GWB ins Feld, während die speziellen Verbotstatbestände der §§ 19 und 20 GWB eine nur untergeordnete Rolle spielen.

Als Öffentlich-Rechtler habe ich mich besonders gefreut, dass im Anschluss auch der Rahmen des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte erörtert wird. Klinkmüller lotet das Spannungsfeld der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen völkerrechtlicher Außenvertretung (Art. 32 GG), grenznachbarschaftlicher Kooperation (Art. 24 Abs. 1a GG) und kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 1 GG) aus und beschreibt die jeweiligen Handlungsspielräume. Es ergibt sich, dass Kreise und Gemeinden für kompetenzverändernde Beschaffungsk Kooperationen eine Grundlage in Gestalt völkerrechtlicher Verwaltungsabkommen der Länder benötigen.

Sein vierter Schritt führt den Verfasser zum Rechtsschutz, also zu den Möglichkeiten, wie sich Bieter gegen ein rechtswidriges Verhalten grenzüberschreitender Auftraggeberge-

meinschaften zur Wehr setzen können. Klinkmüller breitet die Regeln des vergabe- und des kartellrechtlichen Rechtsschutzes aus, für die in der besonderen Konstellation der grenzüberschreitenden Kooperation zunächst vor allem die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit relevant ist. Aber auch die Untiefen des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte werden nicht ausgeblendet, Klinkmüller weist auf die traditionsgeleiteten Inkonsistenzen der herrschenden Ansicht und Rechtsprechung in Deutschland klar hin.



Fünftens schließlich beschäftigt sich Klinkmüller de lege ferenda mit einer künftigen Normierung der grenzüberschreitenden Vergabekooperation. Er stellt den europäischen Rechtssetzungsprozess dar, der zur Normierung in Art. 39 der neuen Vergaberichtlinie geführt hat, und bewertet das Resultat. Er begrüßt grundsätzlich die Schaffung von Klarheit und Rechtssicherheit und die nun eröffnete Möglichkeit der Rechtswahl, meint allerdings, dass die neue Regelung hinter den Anforderungen der Vergabepaxis und der Unionsgesetzgeber damit hinter seinen Möglichkeiten zurückbleibt. Obwohl er zum deutschen Umsetzungsrecht nicht mehr Stellung nehmen konnte, ist zu vermuten, dass Klinkmüller daher auch mit der kursorischen Regelung im neuen deutschen Vergaberecht nicht wirklich zufrieden ist.

Insgesamt handelt es sich um eine umsichtig recherchierte, sauber strukturierte rechtswissenschaftliche Arbeit, die ausgesprochen gut zu lesen ist. Sie bereichert die Wissenschaft vom Vergaberecht und setzt einen wichtigen Pflock für die rechtlichen Kautelen

der grenzüberschreitenden Vergabekooperation. Die Vergabep Praxis wird auch unter dem neuen Recht an den Erkenntnissen von Herrn Klinkmüller nicht vorbeikommen. Von der Westfälischen Wilhelms-Universität ist die Arbeit im November 2014 als Dissertation angenommen und mit der Note „magna cum laude“ bewertet worden.

Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2016 –

Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger



Dr. Severin Klinkmüller

Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin

Meine sehr verehrten Damen und Herren, verehrte Mitglieder des forum vergabe,

mit großer Freude habe ich vor drei Wochen die Nachricht erhalten, dass meine Dissertation mit dem diesjährigen International Public Procurement Award ausgezeichnet wird. Diese Freude ist heute umso größer, da ich hier zu Ihnen sprechen darf. Es ist eine besondere Vorstellung, nun all denen gegenüber zu stehen, deren Werk ich in meiner Dissertation stets zitiert habe. Und so bedeutet es für mich eine große Ehre, Ihnen heute Abend meine Arbeit vorstellen zu dürfen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst dem forum vergabe für die großzügige Auslobung des IPA sowie den Mitgliedern der Auswahlkommission, die meine Dissertation gelesen und für preiswürdig erachtet haben. Ich bin immer noch freudig erstaunt, dass Sie sich für meine Arbeit entschieden haben. Ihnen, Herr Professor Dörr, danke ich für die lobenden und wohlwollenden Worte, mit denen Sie meine Arbeit beschrieben und gewürdigt haben. Auch möchte ich diesen Moment nutzen, um meinem Doktorvater Herrn Professor Janbernd Oebbecke von der Universität Münster zu danken. Ohne seine stets verlässliche Hilfe wäre es mir nicht möglich gewesen, meine Arbeit in dieser Form zu verfassen. Ihm verdanke ich ebenfalls die Anregung, mich auf ein vergaberechtliches Thema einzulassen.

„Die grenzüberschreitende gemeinsame Vergabe öffentlicher Aufträge“ – das ist zugegeben kein sehr eingänglicher Titel, der das Interesse des geneigten Lesers auf Anhieb



zu fesseln versteht. Er beschreibt jedoch präzise das Thema meiner Dissertation. Diese richtet den Blick auf die staatlichen Auftraggeber und geht der Frage nach, wie diese miteinander über nationale Grenzen hinweg als starke Nachfrager auf dem europäischen Beschaffungsmarkt auftreten können.

Da sich derartige Verfahren (noch) nicht im Fokus rechtswissenschaftlicher Aufmerksamkeit wiederfinden, möchte ich Ihnen eingehend darlegen, welcher Gedankengang mich dazu geführt hat, dieses Thema im Rahmen meiner Dissertation zu untersuchen.

Das heutige Beschaffungswesen ist europäisch. Wenn staatliche Auftraggeber Beschaffungen tätigen, so müssen sie diese europaweit ausschreiben, um einen möglichst weiten Kreis von interessierten Bietern anzusprechen. Auf Seiten der Auftragnehmer verstehen sich die Bieter mitunter sehr gut darauf, erfolgreich an Vergabeverfahren außerhalb ihres eigenen Mitgliedsstaates teilzunehmen. Diese Aussage trifft insbesondere auf deutsche Bieter zu. Sie verstehen es wie die Auftragnehmer aus keinem anderen Mitgliedsstaat, Ausschreibungen im benachbarten europäischen Ausland zu gewinnen.

Schaut man dagegen auf die andere Seite des Vergabewesens, also auf die öffentlichen Auftraggeber, so muss man klar feststellen, dass sie es weitgehend versäumen, den europäischen Beschaffungsmarkt als Chance zu begreifen. Für die öffentliche Hand ist Vergaberecht in erster Linie gleichbedeutend mit den vielfältigen Verpflichtungen, die ihnen auferlegt werden. Es liegt jedoch auch eine Chance darin, dass in Folge der europäischen Richtlinien zum Vergaberecht in allen Mitgliedsstaaten inhaltlich übereinstimmende Vergaberegeln gelten.

An diesem Punkt setzt meine Arbeit an: Als Grundannahme begreift sie diesen rechtlichen Gleichlauf als eine Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, gemeinsame Beschaffungen auch über nationale Grenzen hinweg mit den Vergabestellen anderer Mitgliedsstaaten zu bündeln. Ein solches gemeinsames Handeln bietet eine Reihe von Vorteilen. Ökonomisch kann durch die Bündelung der ansonsten isolierten Nachfrage nach gleichen Produkten oder Leistungen eine stärkere Nachfragemacht der öffentlichen Hand geschaffen werden. Administrativ bietet sich besonders für kleine Vergabestellen eine Möglichkeit, Synergien zu nutzen sowie von den Erfahrungen und den Ressourcen größerer Auftraggeber zu profitieren. Logistisch wird schließlich eine Zusammenführung von parallelen Beschaffungsverfahren durch die zunehmende Digitalisierung des Vergabewesens enorm vereinfacht.

Eine grenzüberschreitende Bündelung von staatlicher Nachfrage stellt freilich keine gängige Kooperationsform zwischen den Verwaltungen der Mitgliedsstaaten dar. Als Gründe hierfür wird neben den Limitationen der Verwaltungspraxis wiederholt vor allem eine unklare Rechtslage zitiert. Damit hatte meine Dissertation also auch ihre praktische Berechtigung gefunden.

Ein grenzüberschreitender Zusammenschluss von staatlichen Beschaffungen ist ein Thema das wahrlich den Rahmen einer rein vergaberechtlich geprägten Dissertation sprengt. Ein solches Verfahren weist ferner auch Schnittstellen hin zum Kartellrecht sowie zum Staatsorganisationsrecht auf. Erlauben Sie mir, Ihnen einige dieser Fragestel-



lungen zu erläutern, denen ich in meiner Arbeit nachgegangen bin. Aus gegebenem Anlass soll dabei der Fokus auf den Ausführungen zum Vergaberecht liegen.

Vergaberechtlich stellt eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern zur gemeinsamen Beschaffung ein nunmehr ausdrücklich zulässiges Verfahren dar. War die Zulässigkeit einer solchen Kooperation nach deutschem Vergaberecht bislang nicht eindeutig, wird sie nun durch die reformierten Vergaberichtlinien erstmals normiert. Artikel 39 der erneuerten Vergabekoordinationsrichtlinie enthält nun Regeln für die „Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten“. Wie man als Jurist indes weiß, ist die Normierung eines Sachverhalts selten abschließend, sondern allenfalls der Beginn vieler weiterer Probleme und Fragen.

Entsprechend des durch sie verfolgten Zwecks, können grenzüberschreitende Beschaffungsgemeinschaften einerseits ad hoc für konkrete Beschaffungen eingegangen werden. Andererseits kann die Kooperation der Vergabestellen auch auf einen längeren Zeitraum angelegt sein und hierfür mit einer institutionalisierten Struktur ausgestattet werden. In welchem Rahmen derartige Beschaffungsverbünde dann selbst als öffentliche Auftraggeber dem Vergaberecht unterfallen, steht in Abhängigkeit von ihrer internen Organisationsstruktur, insbesondere ihrer Rechtsform sowie den bestehenden Beteiligungen.

Eine der zentralen vergaberechtlichen Herausforderungen im Zuge einer derartigen Kooperation betrifft die Bestimmung des anwendbaren nationalen Vergaberechts. Da Auftraggeber verschiedener Mitgliedsstaaten gemeinsam handeln, kommt es grundsätzlich zu einer Kollision der jeweils anwendbaren nationalen Vergaberechtsordnungen. Um diesen Konflikt zu lösen, entwickelt meine Arbeit einen Ansatz, wonach das anzuwendende nationale Vergaberecht sich danach beurteilt, als wessen Vergabeverfahren sich die Beschaffungskoooperation gegenüber den Bietern darstellt. Diese Feststellung erfordert eine konkrete Begutachtung der internen Aufgabenverteilung zwischen den teilnehmenden Vergabestellen. Tritt einer der Auftraggeber als federführende Vergabestelle auf und führt entweder verdeckt oder ausdrücklich das gemeinsame Verfahren durch, so folgt das anwendbare nationale Vergaberecht in der Regel dessen Nationalität. Zugunsten der übrigen Auftraggeber gilt in diesem Fall die Vermutung einer vergaberechtskonformen Beschaffung.

Diese Kollisionsregel wird sodann ebenfalls auf sekundärer Ebene relevant, nämlich im Hinblick auf den Rechtsschutz gegen grenzüberschreitende Auftraggebergemeinschaften. Treffen die beteiligten Vergabestellen diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung, so können unterlegene Bieter Rechtsschutz wiederum nur vor dem nationalen Gericht oder Vergabekammern des Auftraggebers erlangen, als dessen Auftragsvergabe sich die gemeinsame Beschaffung darstellt.

Aus Sicht des Vergaberechts wird schließlich, für sich betrachtet, auch die Beauftragung einer anderen Vergabestelle mit der Durchführung des gemeinsamen Vergabeverfahrens relevant. Eine solche ‚Vergabe der zentralen Vergabe‘ stellt eine eigenständige Dienstleistung der zentralen Beschaffungsstelle dar, die sie zugunsten der delegierenden Auftraggeber erbringt. Diesbezüglich gilt es, unter Betrachtung der konkreten Zusammensetzung einer Beschaffungskoooperation, die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zur Befreiung von horizontalen Kooperationen zwischen staatlichen Stellen urbar zu machen. Daneben bietet die Rechtsprechung zur In-House-Vergabe eine Möglichkeit zur ausschreibungsfreien Beauftragungen von zentralen Beschaffungsstellen durch die sie kontrollierenden Auftraggeber.

Lassen Sie mich zum Ende meines Vortrags in wenigen Worten auf die übrigen beiden Rechtsfelder eingehen. Aus Sicht des Kartellrechts ist eine Konzentration von staatlicher Nachfrage über mitgliedsstaatliche Grenzen hinweg nicht unproblematisch. Dominierende Marktpositionen erlangen öffentliche Auftraggebern insbesondere in Sektoren, deren Produkte ausschließlich von der öffentlichen Hand nachgefragt werden. Meine Dissertation untersucht daher die kartellrechtlichen Begrenzungen, die sich für grenzüberschreitende Einkaufskooperationen ergeben. Dabei gilt es auch die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob staatliche Nachfrage überhaupt dem Kartell- und Wettbewerbsrecht unterfällt. Dies beurteilen nämlich die Unionsgerichte anders als der Bundesgerichtshof, indem sie eine wirtschaftliche Tätigkeit der Vergabestellen unter



Verweis auf die fehlende wirtschaftliche Verwendung der eingekauften Leistung ablehnen.

Schließlich bietet das Verfassungsrecht Anlass, nach der Kompetenz eines öffentlichen Auftraggebers zu fragen, die ihm eine Delegierung von Vergabeentscheidungen an ausländische staatliche Einrichtungen erlaubt. Die Antwort hierauf unterscheidet sich, je nachdem welcher Ebene der nationalen Verwaltung ein Auftraggeber angehört. Besonders kommunale Auftraggeber, für die ein solches Verfahren im grenznachbarschaftlichen Bereich von Interesse ist, benötigen für eine Kooperation mit ausländischen Auftraggebern in der Regel eine völkerrechtliche Rechtsgrundlage. Zudem unterstehen sie weiterhin ihrer jeweiligen landesrechtlichen Rechtsaufsicht.

Meine Damen und Herren, ich möchte nun Ihr wohlverdientes Abendessen nicht länger hinauszögern und danke Ihnen daher herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vergaberecht und Arbeitsrecht – Konflikt oder Gleichlauf?

Moderation und Einführung



Uwe-Carsten Völlink

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

Wir haben über eine rechtlich wie rechtstatsächlich enorm spannende Thematik gesprochen und dabei ein wenig über den Tellerrand des „klassischen“ Vergaberechts hinausgeschaut:

Welche Berührungspunkte und Schnittstellen bestehen zwischen dem Vergaberecht und dem Arbeitsrecht? Gibt es Konfliktfelder, in denen beide Gebiete nicht „zusammenpassen“?

Bei näherer Betrachtung erschließt sich rasch ein bunter Strauß an Berührungspunkten, von denen ich hier die Folgenden herausgreifen möchte:

Artikel 18 der Richtlinie 2014/24/EU, der die Grundsätze der Auftragsvergabe normiert, hält die Mitgliedstaaten dazu an, dafür zu sorgen, dass die Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge auch die geltenden arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X der Richtlinie aufgeführten internationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind. Auf deutscher Rechtsebene verpflichtet deshalb § 128 Abs. 1 GWB die Unternehmen, bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie anwendbaren arbeitsschutzrechtlichen Regelungen und Mindestlohnvorgaben einzuhalten. Neben der Leistungsbeschreibung und der Festlegung entsprechender Eignungs- und Zuschlagskriterien bieten vor allem (vertragliche) Ausführungsbedingungen das wesentliche Instrument für den öffentlichen Auftraggeber,

solche arbeitsrechtlichen Vorgaben gegenüber den Unternehmen durchzusetzen. In den Landesvergabegesetzen begegnen uns vielfältig normierte Tariftreuepflichten und vergabespezifische Mindestlöhne, die auch schon mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs waren. Ich erinnere an die Entscheidungen „Rüffert“ 2008 und „Bundesdruckerei“ 2014. Zuletzt hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung „Regio Post“ die rheinland-pfälzischen Mindestlöhne für europarechtskonform erklärt.

Häufig begegnen uns in den Vergabeunterlagen auch andere Anforderungen an die Unternehmen mit arbeitsrechtlichem Background. Diese sind im Lichte des vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers zu betrachten. Diesen Fällen ist oft die Fragestellung gemeinsam, welche Anforderungen an die Mitarbeiter eines Unternehmens gestellt werden dürfen, die der Bieter für seine Dienstleistung einzusetzen beabsichtigt. Darf etwa von den Mitarbeitern eines sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Sicherheitsunternehmens unter Berufung auf das Leistungsbestimmungsrecht ein verdachtsunabhängiger Drogentest gefordert werden? Ist es zulässig, von einem Unternehmen, das sich um einen Reinigungsauftrag bewirbt, zu fordern, dass es seine Dienste nur durch sozialversicherungspflichtiges Personal erbringt? Darf ein öffentlicher Auftraggeber in Ausführungsbedingungen die Einhaltung längerer Pausenzeiten fordern, als nach dem einschlägigen Tarifvertrag vorgesehen ist?

Wir haben in diesem Spannungsfeld drei Themen identifiziert, die wir in Fulda näher vorgestellt haben. Herr Matthias Steck, Vorsitzender der Vergabekammer Südbayern, hat über den Vorlagebeschluss seiner Kammer vom 08.04.2016 zur Neuvergabe von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung berichtet. Im Anschluss daran hat Herr Winfried Hühn – Vergabejurist im Beschaffungsamt des BMI in Bonn – diverse Aus-



schreibungen seiner Behörde mit den oben skizzierten Schnittstellen zu arbeitsrechtlichen Themen vorgestellt. Schließlich hat Herr Rechtsanwalt Matthias Rohrmann über den neuen § 131 Abs. 3 GWB referiert. Danach soll der Aufgabenträger bei der Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen im Eisenbahnverkehr einen Betriebsübergang vom Altbetreiber auf den Neubetreiber anordnen. Die Vorschrift steht dabei in einem Spannungsverhältnis zwischen Vergabewettbewerb und möglichst effektiver Berücksichtigung der Interessen der von einer Vergabe betroffenen Arbeitnehmer.

Vergaberecht und Arbeitsrecht – Konflikt oder Gleichlauf?

Statement



Matthias Steck

Vorsitzender der Vergabekammer Südbayern, München

Vorlage zum EuGH

der VK Südbayern vom 08.04.2016 – Az.: Z3-3-3194-1-57-11/15

EuGH Rs. C- 212/16

Die Vergabekammer Südbayern hat dem EuGH im Verfahren Az.: Z3-3-3194-1-57-11/15 mit Beschluss vom 08.04.2016 (Aktenzeichen EuGH: C-212/16) folgende Fragen vorgelegt.

Vorlagefragen:

1. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG von der Vergabekammer Südbayern folgende Frage zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt:

Ist es mit der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 1 Abs. 3 und Art. 2d Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG vereinbar, dass einer Person, die die Unwirksamkeit eines ohne vorherige Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union abgeschlossenen Vertrags geltend macht, das Nachprüfungsverfahren mangels drohenden Schadens deshalb nicht eröffnet ist, weil der öffentlicher Auftraggeber, der vor der Vergabe keine Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vor-

genommen hat und kein geregeltes Vergabeverfahren durchgeführt hat, die zu erbringende Leistung durch Erklärung im Nachprüfungsverfahren bindend derart bestimmt, dass der klagende Wirtschaftsteilnehmer sie nicht erbringen könnte?

2. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Richtlinien 2004/18/EG und 2014/24/EU von der Vergabekammer Südbayern folgende Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt:
 - a. Stellt es eine wesentliche Vertragsänderung i.S.d. der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteil vom 19.06.2008 – Rs. C-454/06, Presstext) dar, wenn ein aus einem anderen öffentlichen Unternehmen ausgegründetes öffentliches Unternehmen im Rahmen Übergangs eines Betriebsteils i.S.d. der Richtlinie 2001/23/EG mit dem bisherigen Leistungserbringer der betrieblichen Altersvorsorge des ausgründenden öffentlichen Unternehmens einen neuen Vertrag zur betrieblichen Altersvorsorge abschließt, der zur Sicherstellung der Rechte der übergegangenen Arbeitnehmer auf Leistungen bei Alter und Invalidität aus betrieblicher Altersvorsorge insoweit mit dem ursprünglichen Vertrag identisch ist und das ausgegründete öffentliche Unternehmen vom ausgründenden öffentlichen Unternehmen als Alleingesellschafter beherrscht wird?

Für den Fall, dass Frage 2 a) zu bejahen ist:

- b. Ist die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung gem. Art. 31 Nr. 1 lit b) der Richtlinie 2004/18/EG mit nur einem Wirtschaftsteilnehmer (nämlich dem bisherigen Leistungserbringer des ausgründenden öffentlichen Unternehmens) zulässig, wenn die Arbeitnehmer des ausgründenden öffentlichen Unternehmens im Wege eines Betriebsübergangs Arbeitnehmer des ausgegründeten öffentlichen Auftraggebers werden und nach ihren gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG unverändert übergehenden Arbeitsverträgen in Verbindung mit einer bestehenden betrieblichen Übung nach nationalem Arbeitsrecht einen Anspruch gegen ihren neuen Arbeitgeber hätten, dass die Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung von dem bisherigen Leistungserbringer erbracht werden, bei dem vor Betriebsübergang die Anwartschaften entstanden sind?

Für den Fall, dass die Frage b) zu verneinen ist:

- c. Kann ein öffentlicher Auftraggeber, der vor der Vergabe keine Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vorgenommen hat und kein Vergabeverfahren nach Art. 28 der Richtlinie 2004/18/EG durchgeführt hat, sein Leistungsbestimmungsrecht – ohne Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze

des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung – vor Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens dahingehend ausüben, dass er bei der Vorgabe eines Durchführungsweges für die betriebliche Altersvorsorge auch bestimmt, wie sich der zukünftige Leistungserbringer finanziert? Kann ein öffentlicher Auftraggeber somit vorgegeben, dass nur Leistungen einer umlagefinanzierten Pensionskasse angeboten werden können und damit kapitalgedeckte Pensionskassen ausgeschlossen sind, auch wenn sich deren Leistungen gegenüber den versicherten Arbeitnehmern aufgrund nationalen Arbeitsrechts und wegen Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG nicht unterscheiden dürfen?

Für den Fall, dass die Frage c) zu bejahen ist:

- d. Gilt dies vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/24/EU auch dann, wenn dies dazu führen würde, dass nur ein Wirtschaftsteilnehmer (nämlich der bisherige Leistungserbringer) in der Lage wäre, die Leistung zu erbringen, oder ist ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung mit nur einem Wirtschaftsteilnehmer gem. Art. 31 Nr. 1 lit b) der Richtlinie 2004/18/EG durchführen will, bei der Leistungsbestimmung bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/24/EU gehalten, zu prüfen, ob es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist, wie dies in Art. 32 Abs. 2 lit. b Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehen ist?

Hintergrund der Vorlage ist ein Nachprüfungsverfahren über die Vergabe der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersvorsorge in einem Krankenhaus in Bayern (im Folgenden BG Klinik R.).

Die bisherige Betreiberin des Krankenhauses, eine Berufsgenossenschaft, hat durch Einbringungsvertrag vom 01.10.2015 die bis dahin von ihr als Eigenbetrieb geführte BG Klinik R. im Zuge einer privatisierenden Umwandlung in eine gGmbH überführt. Die Berufsgenossenschaft hält derzeit sämtliche Gesellschaftsanteile der gGmbH.

Zeitgleich mit dieser Umstrukturierung sind die Arbeitsverhältnisse der beim Eigenbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG) auf die gGmbH als neue Krankenhausträgerin übergegangen.

Die Personalüberleitungsvereinbarung vom 07.07.2015 sieht unter § 3 Abs. 4 Folgendes vor:

„Die Gesellschaft gewährleistet die Aufrechterhaltung und Weiterführung der bisher maßgeblichen Bedingungen einer vereinbarten oder zugesagten zusätzlichen betriebli-

chen Altersversorgung in der VBL und wird hierzu eine eigene Beteiligungsvereinbarung mit der VBL abschließen.“

Am 25.09.2015 haben die VBL und die gGmbH ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß §§ 19 und 20 der Satzung der VBL eine Beteiligungsvereinbarung geschlossen, in deren § 1 Folgendes vereinbart wurde:

„Mit Wirkung vom 1. Oktober 2015 (Inkrafttreten der Vereinbarung) sind alle an diesem Tage bei dem Beteiligten beschäftigten und nach diesem Tage in ein Beschäftigungsverhältnis bei ihm eintretenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (einschließlich Auszubildende) bei der VBL zu versichern, die nach dem Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in der jeweils geltenden Fassung zu versichern wären.“

Der spätere Antragssteller zu 1 (ein Versorgungswerk in der Rechtsform eines e.V.) hat mit Schreiben vom 02.11.2015 gegenüber der späteren Antragsgegnerin (der gGmbH) die Beauftragung der Beigeladenen zu 1 gerügt.

Weil die Rüge vom 02.11.2015 die Antragsgegnerin nicht zur Änderung ihrer Rechtsauffassung bewegte, beantragte der Antragsteller zu 1 am 09.11.2015 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens im Wesentlichen mit folgenden Sachanträgen:

1. Es wird festgestellt, dass die unmittelbare Vergabe der Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung der Antragsgegnerin an die Beigeladene durch Beitritt der Antragsgegnerin zur Beigeladenen von Anfang an unwirksam ist.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei Fortbestehen der Absicht der Beschaffung von Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung von einem Dritten zur Auftragserteilung ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften der §§ 97ff. GWB durchzuführen.

An dem Nachprüfungsverfahren waren zuletzt neben der ursprünglichen Antragstellerin zu 1 (Versorgungswerk in der Rechtsform eines e.V.) noch ein Versicherungsunternehmen in der Rechtsform einer AG (Antragstellerin zu 2), die gGmbH als Klinikbetreiberin (Antragsgegnerin), VBL als Beigeladene zu 1) und die Berufsgenossenschaft als Beigeladene zu 2 beteiligt.

Gestritten wurde zunächst insbesondere über die Antragsbefugnis der Antragstellerinnen, da die Antragstellerin zu 1) als e.V. nach den Regelungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) überhaupt keine Versicherungsleistungen und die Antragstellerin zu 2) zumindest keine betriebliche Altersvorsorge im Durchführungsweg der umlage-

finanzierten Pensionskasse (wie die direkt beauftragte VBL) anbieten kann (§ 232 Abs. 1 Nr. 1 VAG).

Weiterhin war strittig, ob überhaupt ein vergaberechtsrelevanter Vorgang vorliegt. Der hier erfolgte Auftraggeberwechsel von der Berufsgenossenschaft zur gGmbH ist nach Ansicht der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin wettbewerbsneutral, sodass bereits aus diesem Grund kein vergaberechtsrelevanter Vorgang vorliege. Jedenfalls liege ein vergaberechtsrelevanter Vorgang nicht vor, weil der hier erfolgte Auftraggeberwechsel von der Berufsgenossenschaft zur gGmbH keine wesentliche Vertragsänderung darstelle.

Schließlich war umstritten, ob aufgrund der hier vorliegenden besonderen Konstellation ein Alleinstellungsmerkmal der VBL i.S.v. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A vorliegt, dass eine Vergabe der Versicherungsdienstleistungen im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertige. Ein Alleinstellungsmerkmal i.S.v. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A sei immer dann anzunehmen, wenn das Unternehmen, an das der Auftrag direkt vergeben werden solle, Monopolist der nachgefragten Leistung sei. Die VBL habe hinsichtlich der nachgefragten betrieblichen Altersversorgung eine solche Monopolstellung inne. Die Antragsgegnerin (die gGmbH) sei aus arbeitsrechtlichen Gründen gegenüber ihren Arbeitnehmern verpflichtet, die betriebliche Altersvorsorge im Durchführungsweg der der umlagefinanzierten Pensionskasse bei der VBL durchzuführen.

Die Vergabekammer Südbayern hat die Sache in erste Linie wegen der Fragen der unwesentlichen Vertragsänderung bzw. des fehlenden vergaberechtsrelevanten Vorgangs und der Fragen der Antragsbefugnis die untrennbar mit der Reichweite des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers verbunden sind, dem Gerichtshof vorgelegt.

Ungeklärt erschien der Kammer insbesondere, ob es ungeschriebene, d.h. nicht von Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU (die direkt auf den Fall noch nicht anwendbar ist) erfasste Fallgruppen von vergaberechtsfreien unwesentlichen Vertragsänderungen gibt und ob ein Auftraggeber, der kein Vergabeverfahren durchgeführt hat, eine massiv wettbewerbsbeschränkende bindende Leistungsbestimmung durch Prozesserklärung als Verteidigungsmittel gegen einen Antrag nach § 135 GWB (§ 101b GWB a.F.) vorbringen kann.

Die im Rahmen der Podiumsdiskussion hauptsächlich interessierende Frage, ob die gGmbH aus arbeitsrechtlichen Gründen gegenüber ihren Arbeitnehmern verpflichtet war, die betriebliche Altersvorsorge im Durchführungsweg der der umlagefinanzierten Pensionskasse bei der VBL durchzuführen, weist dagegen viele Parallelen zu einer Entscheidung des EuGH zur Entgeltumwandlung aus dem Jahr 2010 auf (Urteil des EuGH vom 15.07.2010 – C-271/08).



Der Gerichtshof hatte dort entschieden, dass die Festlegung eines bestimmten Dienstleisters zur Durchführung der Entgeltumwandlung in einem Tarifvertrag nicht automatisch dazu führt, dass dieser deshalb vergaberechtsfrei stets zu beauftragen ist.

„Der Grundrechtscharakter des Rechts auf Kollektivverhandlungen und die sozialpolitischen Zielsetzungen eines Tarifvertrags zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst als Ganzes gesehen können als solche die kommunalen Arbeitgeber nicht ohne Weiteres der Verpflichtung entheben, die Erfordernisse aus den Richtlinien 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und 2004/18 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zu beachten, die dem Schutz der Niederlassungsfreiheit und des freien Verkehrs von Dienstleistungen im öffentlichen Auftragswesen dienen(...). Klauseln von Tarifverträgen sind nicht dem Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Freizügigkeit entzogen.“

Ein Vergleich der vorgelegten Sache mit dem Sachverhalt des Urteils zur betrieblichen Altersvorsorge des EuGH vom 15.07.2010 – C-271/08 zur Entgeltumwandlung zeigt zahlreiche Gemeinsamkeiten:

EuGH C-271/08 Entgeltumwandlung	EuGH C-212/16 Betriebliche Altersvorsorge
• Ausgliederung Eigenbetrieb einer BG auf neu gegründete Stiftung • Betriebsübergang gem. § 613a BGB, Einzelrechtsnachfolge • BG war tarifgebunden, Stiftung nicht • BG behielt Einflussmöglichkeiten • Betriebsübergangsvertrag und Personalüberleitungsvertrag • BG bezahlte Beiträge an VBL (Stiftung erst ab 2014)	• Ausgliederung Eigenbetrieb einer BG auf neu gegründete gGmbH • Betriebsübergang gem. § 613a BGB, Einzelrechtsnachfolge • BG war tarifgebunden, gGmbH nicht • BG behielt Einflussmöglichkeiten • Betriebsübergangsvertrag und Personalüberleitungsvertrag • gGmbH bezahlte Beiträge an VBL selbst (ab 01.10.15)

Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof die im Rahmen der Vorlage der VK Südbayern aufgeworfenen Fragen zum Verhältnis von Vergaberecht und Tarifrecht vergleichbar beantwortet, wie in der Sache C-271/08 zur Entgeltumwandlung.

Es bleibt weiterhin abzuwarten, ob der Gerichtshof – in Hinblick auf die weiteren Vorlagefragen zu den Fragen mit Bezug zum Arbeitsrecht überhaupt Stellung bezieht.

Mit einer Entscheidung des Gerichtshofs ist frühestens Mitte 2017 zu rechnen.

Vergaberecht und Arbeitsrecht – Konflikt oder Gleichlauf?

Statement



Winfried Hühn

Beschaffungsamt des Bundesministerium des Innern, Bonn

Unterliegt der öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung von Ausführungsbedingungen arbeitsrechtlichen Grenzen – Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2014 (VII Verg 33/13)

1. Einführung in die Problemstellung

Bei der Ausarbeitung der Vergabeunterlagen nehmen die Auftraggeber regelmäßig neben Eignungsanforderungen und technischen Vorgaben auch Anforderungen in die Leistungsbeschreibungen auf, welche die Auftragsausführung, also die Leistungsphase nach Zuschlagserteilung, betreffen. Da sie im Rahmen ihrer Privatautonomie den Auftragsgegenstand festlegen, kommt ihnen anerkanntermaßen ebenso wie für Festlegungen hinsichtlich der Auftragsgegenstands auch für die Art und Weise der Auftragsausführung ein relativ weitgehendes Leistungsbestimmungsrecht zu. Grenzen dieses Leistungsbestimmungsrechts waren für Vergabeverfahren, die vor dem 18. April 2016 bekanntgemacht wurden, insbesondere in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. enthalten: Für die Auftragsausführung konnten zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, sofern diese in einem sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsausführung standen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergaben.

Aus Sicht der Bieter wirken sich derartige Anforderungen an die Auftragsausführung funktional gesehen als K.O.-Kriterien aus, denn ihre Angebote sind auszuschließen, wenn sie Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vornehmen. Ein

Bieter verpflichtet sich daher mit der Abgabe seines Angebots, im Falle der Zuschlagserteilung auf sein Angebot, die in der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers genannten Anforderungen an die Auftragsausführung einzuhalten und die Leistung entsprechend auszuführen. Es ist daher nachvollziehbar und letztlich auch im Sinne eines transparenten und fairen Wettbewerbs, dass ein Bieter, der sich durch eine Vorgabe des Auftraggebers an die Auftragsausführung in seinen Rechten verletzt sieht, die Vorgabe rügt und bei Nichtabhilfe einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer einreicht.

2. Einzelheiten der Fallgestaltung und Ausgangslage nach dem Arbeitszeitgesetz

Der vorliegende Fall, den erstinstanzlich die erste Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 03. September 2013, VK 1-75/13) und letztinstanzlich der Vergabesenat des OLG Düsseldorf zu entscheiden hatte, zeigt ein gewisses Konfliktpotential auf, das sich nahezu zwangsläufig ergibt, wenn der öffentliche Auftraggeber Anforderungen an die Auftragsausführung in die Leistungsbeschreibung aufnimmt, die sich aus Bietersicht als Eingriffe in die Organisation unternehmensinterner Arbeitsabläufe oder anderer Aktivitäten aus der bieter eigenen betrieblichen Sphäre darstellen. Der Fall wirft darüber hinaus die Frage auf, ob die vergaberechtliche Entscheidung in die eine oder andere Richtung durch arbeitsrechtliche Aspekte beeinflusst werden kann.

Das Beschaffungsamt des BMI schrieb für die Liegenschaft einer Bundesbehörde Pfortner- und Bewachungsdienstleistungen aus. Im Rahmen der Vorbereitung des Vergabeverfahrens wurde vor dem Hintergrund bisheriger Erfahrungen eine gewisse Notwendigkeit gesehen, zumindest stichprobenmäßig nachzuprüfen, ob der mit der Ausschreibung zu gewinnende Auftragnehmer bei der Ausführung des Bewachungsauftrags gegenüber seinen Mitarbeitern die einschlägigen arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen einhält. Dies betraf unter anderem die Frage nach der Gewährung der gesetzlich vorgeschriebenen und zur qualitätvollen Erbringung der Leistung notwendigen Ruhepausen. In die Leistungsbeschreibung wurde daher die folgende Vertragsklausel aufgenommen:

„... Die Pausen nach dem Arbeitszeitgesetz sind zwingend einzuhalten. Die Auftragnehmerin ist nicht berechtigt, eigenmächtig Änderungen in der Dienstanweisung o. ä. Dienstunterlagen vorzunehmen.“

Nach § 4 des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) müssen bei sieben- bis achtstündiger Tagesarbeitszeit Ruhepausen von mindestens 30 Minuten gewährt werden. Diese können in Zeitabschnitte von jeweils mindestens 15 Minuten aufgeteilt werden. Das Arbeitszeitgesetz geht also als Regelfall von einer Mindestpausenzeit von 15 Minuten aus, die den Arbeitnehmern vom Arbeitgeber gewährt werden müssen. Jedoch enthält § 7 ArbZG

wichtige Ausnahmeregelungen gerade für den vorliegenden Fall der Schichtarbeit: So erlaubt insbesondere § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG, die Ruhepausen in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Manteltarifvertrags „auf Kurzpausen von angemessener Dauer aufzuteilen“.

Der Auftraggeber verfolgte mit seiner vertraglichen Vorgabe das Ziel, die grundsätzlich von § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG eingeräumte Möglichkeit der Gestaltung der Arbeitszeit durch Kurzpausen auszuschließen und den zukünftigen Auftragnehmer zu verpflichten, bei der Auftragsausführung den arbeitszeitlichen Regelfall, d.h. Ruhepausen von mindestens 15 Minuten, einzuhalten. Die Formulierung in der Leistungsbeschreibung wurde auch dementsprechend von allen Bietern einschließlich der Antragstellerin ausgelegt, so dass der dargestellte und vom Auftraggeber bezweckte Inhalt von den Nachprüfungsinstanzen ohne Auslegungsprobleme der vergaberechtlichen Betrachtung zugrunde gelegt werden konnte.

Die Antragstellerin machte nach erfolgloser Rüge in ihrem Nachprüfungsantrag geltend, dass die streitbefangene Pausenzeitvorgabe zum Nachteil der Auftraggeberin in die betriebliche Organisationshoheit eingreife. Ihr entstünden durch die Leistungsbeschreibungsklausel zusätzliche Kosten, die sie aufgrund der Wettbewerbssituation kaum in ihren Angebotspreis einpreisen könne ohne zugleich ihre Zuschlagschancen dramatisch zu verschlechtern. Durch den geltenden Manteltarifvertrag sei es gerade erlaubt, die Ruhepausen auf Kurzpausen aufzuteilen. Dies sei auch sachgerecht insbesondere für die vorliegend ausgeschriebenen Pförtnerdienstleistungen. Die Auftraggeberin dürfe sich hierzu nicht durch praxisferne Vorgaben in Widerspruch setzen, insbesondere dürfe sie keine weitergehenden Beschränkungen fordern als die gesetzlich vorgesehenen. Die Regelung wirke sich zudem entgegen der eigentlichen Absicht der Auftraggeberin zu Lasten der Angestellten der Antragstellerin aus, da die Kurzpausen gemäß Tarifvertrag als Arbeitszeiten vergütet würden, was bei längeren Ruhepausen nicht der Fall sei.

Die Auftraggeberin und Antragsgegnerin sah die vertragliche Pausenregelung als von ihrem Leistungsbestimmungsrecht gedeckt an. Es stehe ihr zu, ihren Bedarf zu definieren, dazu gehöre auch die Art und Weise, wie sie ihre Liegenschaft bewacht wissen wolle. Sie vertrat die Ansicht, die einschlägigen Manteltarifregelungen erlaubten zwar Kurzpausen, verböten aber auch nicht die seitens der Auftraggeberin vorgegebene Variante. Jedenfalls sei die Auftraggeberin durch den Manteltarifvertrag nicht gebunden; dieser betreffe allein das arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen dem Bieter und seinen Angestellten. Angesichts des ruinösen Preiswettbewerbs und der damit verbundenen Qualitätsprobleme sei es der Auftraggeberin nicht zu verwehren, die Einhaltung der geltenden Arbeitsschutzgesetze zu überprüfen. Dies sei ihr bei Kurzpausen von unbestimmter Art und Dauer faktisch unmöglich. Die rechtlichen Grenzen für die vorlie-

gende Klausel seien allein in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB normiert, die angegriffene Klausel bewege sich innerhalb der Grenzen dieser Vorschrift.

3. Die Entscheidung der Vergabekammer – Präzedenzfall OLG Düsseldorf VII Verg 35/12?

Bereits in der mündlichen Verhandlung wies die Vergabekammer des Bundes beide Parteien auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf hin, die nach Auffassung der Vergabekammer auf die nunmehr zu entscheidende Fallgestaltung anwendbar sei. Im Beschluss vom 17. Januar 2013 (Az.: VII Verg 35/12) hatte das OLG Düsseldorf entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der Reinigungsleistungen ausschreibe, den Bietern nicht verbieten dürfe, Personal einzusetzen das nicht sozialversicherungspflichtig (also beispielsweise im Rahmen von sogenannten „Minijobs“) beschäftigt sei. Das OLG Düsseldorf sah in diesem Beschluss die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB als nicht erfüllt an. Es sei weder ersichtlich noch durch den Auftraggeber dargelegt, warum der Einsatz geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer zwingend negativen Einfluss auf die Qualität der Reinigungsleistungen habe. Die Vergabekammer bezog sich insbesondere auf die folgenden Ausführungen des OLG:

„...Auch im Übrigen hat der Antragsgegner einen sachlichen Zusammenhang der Anforderung, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistungen sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen hat, mit dem Auftragsgegenstand nicht dargelegt. Der öffentliche Auftraggeber hat zwar bereits auf Grund seiner Verpflichtung zur Wahrung des Allgemeinwohls in besonderem Maß soziale Belange zu beachten und zu fördern. Dies allein reicht jedoch nicht aus, einem Auftragnehmer sozialrelevante, aber arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen. Die arbeitsrechtlichen und sozialen Belange von geringfügig und zeitlich begrenzt beschäftigten Arbeitnehmern werden durch nationales und europäisches Recht geschützt...

...Infolge der Versagung arbeitsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten durch die Ausschreibungsbedingungen werden die Bieter nach § 97 Abs 7 GWB in ihren Rechten verletzt, weil dies Einfluss auf die Preiskalkulation und ihre wettbewerblichen Möglichkeiten hat.“

Diese Erwägungen, so die Vergabekammer des Bundes, seien auch hinsichtlich der streitigen Pausenklausel der Auftraggeberin einschlägig. Sie gab dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin statt und wies das Beschaffungsamt an, die angegriffene Klausel aus den Vergabeunterlagen zu entfernen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit für die Möglichkeiten der Auftraggeber gerade auch soziale Aspekte als Anforderungen in die Vergabeunterlagen aufzunehmen, legte die Auftraggeberin sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Beide Parteien wiederholten und vertieften ihre erstinstanzlich vorgetragenen

Argumente. Die Auftraggeberin versuchte zu verdeutlichen, dass Vorgaben hinsichtlich der Pausenzeiten sehr wohl einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zur Auftragsausführung aufwiesen, wohingegen die Antragstellerseite einen Eingriff auch in grundgesetzlich geschützte Belange der Antragstellerin geltend machte, sollte die Pausenzeitvorgabe der Auftraggeberin für zulässig erklärt werden.

4. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Ebenso überraschend klar wie die Vergabekammer der Pausenregelungsklausel der Auftraggeberin die Zulässigkeit versagte, entschied das OLG Düsseldorf in entgegengesetzter Richtung: Die Pausenvorgabe verletzt seiner Auffassung nach nicht die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB. Ausgehend vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, so der Vergabesenat, habe es diesem freigestanden, soziale Aspekte des Auftrags zu bestimmen; einer besonderen zusätzlichen Ermächtigungsgrundlage außerhalb der Vertragsfreiheit bedürfe es hierzu nicht. Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB argumentiert das OLG:

„Ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand ist gegeben, weil die Einhaltung bestimmter Ruhepausen den Prozess der Leistungserbringung betrifft (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014, VII-Verg 28/12, BA 13). Ruhepausen sollen dem Arbeitnehmer ermöglichen, sich unter vielstündiger Arbeit zu erholen. Sie dienen der Erhaltung von Konzentrationsfähigkeit und Gesundheit der Arbeitnehmer und sichern die Qualität der Leistungserbringung.“

In der mündlichen Verhandlung erläuterte der Vergabesenat noch ausführlicher als in den Entscheidungsgründen, dass es im Gegensatz zur Vergabekammer seine Erwägungen aus der Entscheidung vom 17. Januar 2013 nicht auf den ihm nunmehr vorgelegten Sachverhalt als übertragbar ansieht. Hierbei stellte es insbesondere auf die Intensität sowie die Pauschalität der Vorgabe ab, nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen. Allerdings betont das OLG Düsseldorf in den Entscheidungsgründen ausdrücklich, dass die mit dem Nachprüfungsantrag beanstandete Pausenvorgabe verhältnismäßig sei. Es führt hierzu u.a. aus:

„Die Antragsgegnerin hat auch nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Mit der Anforderung gesetzlicher Ruhepausen, die dem Schutz von Arbeitnehmern dienen soll, verfolgt sie einen legitimen, sozialen Zweck. Um das Ziel zu erreichen, ist die Anforderung geeignet und erforderlich. Stichprobenkontrollen in einem der ausgeschriebenen Objekte haben nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin ergeben, dass Ruhepausen nicht mehr eingelegt wurden. Die gestellte Anforderung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinn, weil der damit einhergehende Eingriff in das Direktionsrecht des Auftragnehmers auf den Auftrag beschränkt worden ist und nicht außer Verhältnis zu dem mit der Forderung verfolgten Schutzgedanken der Gesundheit der eingesetzten Arbeitnehmer einerseits und

der Sicherung der Qualität der Leistungserbringung andererseits steht (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – juris Rn. 33)“

Die Vertragsfreiheit des Auftragnehmers gegenüber seinen Arbeitnehmern sei grundsätzlich durch die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Die Pausenregelung aus der Leistungsbeschreibung der Auftraggeberin greife jedoch nicht in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit ein. Da der betreffende Manteltarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sei, könne dahingestellt bleiben, ob dies zu einer Beachtungspflicht für den öffentlichen Auftraggeber führe.

5. Fazit

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf, sowie alle in Bezug genommenen Streitfälle werfen viele interessante, über die jeweiligen Sachverhalte hinausgehende, teilweise auch ordnungspolitischen Fragen auf. Das OLG Düsseldorf hat insoweit richtiggestellt, dass der teilweise in Besprechungen zum Beschluss des Vergabesenats vom 17.01.2013 zu lesende Satz „was arbeits- und sozialrechtlich erlaubt ist, darf der Auftraggeber nicht pauschal ausschließen“ einer gewissen Relativierung bzw. Präzisierung bedarf. Dies zeigt auch ein Blick auf die europarechtliche Lage. Hinzuweisen ist schon auf das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20.09.1988 (C-31/87), in dem der EuGH eine Ausführungsbestimmung für zulässig erklärt hat, mit der seitens des Auftraggebers vom Auftragnehmer verlangt wird, für die Auftragsausführung Langzeitarbeitslose einzustellen. Das für Auftragsbekanntmachungen nach dem 18. April 2016 in Kraft getretene Umsetzungsrecht zur Richtlinie 2014/24/EU schreibt in direkter Umsetzung des EU-Vergaberechts in § 128 GWB für Ausführungsbedingungen einen sachlichen Zusammenhang mit dem Ausführungsgegenstand vor, der jedoch gemäß Verweisung auf § 127 Abs. 3 GWB sehr weit bemessen ist und – im Anschluss an die Wienstrom-Entscheidung des EuGH – gerade nicht mehr einen Einfluss auf die Qualität der Leistungen voraussetzt.

In diesem Zusammenhang ist es durchaus bemerkenswert, dass das OLG Düsseldorf zumindest in der vorliegend besprochenen Entscheidung vom 30.04.2014 klar eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt. Angewendet auf den Sachverhalt der Entscheidung vom 17.01.2013 erklärt dies vielleicht auch am Besten, warum die Entscheidungen trotz scheinbar vergleichbarer Gesichtspunkte unterschiedlich ausgefallen sind: Eine Anforderung des Auftraggebers, mit der „pauschal“ den Bietern verboten wird, Reinigungsleistungen durch Einsatz von geringfügig Beschäftigten auszuführen, ist schlechterdings unverhältnismäßig, jedenfalls so lange die betreffende Ausgestaltung durch die übrigen Rechtsvorschriften erlaubt wird. Zwar enthält die neue Vorschrift in § 128 GWB im Gegensatz zur Regelung für Eignungskriterien (§ 122 Abs. 4 GWB) keine ausdrückliche Aufforderung an die öffentlichen Auftraggeber zur verhältnismäßigen Ausgestaltung. Vieles spricht jedoch dafür, dass die Auftraggeber auch bei fiskalischem

Handeln ausnahms- und lückenlos dem Verhältnismäßigkeits-grundsatz Rechnung tragen müssen und dies auch – über den Wortlaut von § 128 GWB hinaus – bei der Aufstellung von Ausführungskriterien zu beachten ist. Dasselbe Ergebnis lässt sich für Vertragsklauseln im Übrigen auch über die zivilrechtlichen Generalklauseln, z.B. §§ 138, 241, 242, 307 BGB begründen. Der öffentliche Auftrag-geber missbraucht seine wirtschaftliche (Nachfrage-) Macht und verstößt gegen Treu und Glauben, soweit er im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags den Bietern eine unverhältnismäßige Vertragsklausel vorschreibt.

Soweit der Vergabesenat in seiner Entscheidungsbegründung andeutet, dass ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag möglicherweise zu einer erhöhten Bindung des öffentlichen Auftraggebers führt, kann dies für viele Fallgruppen ebenfalls auf tragende rechtsstaatliche und zivilrechtliche Grundsätze gestützt werden (*venire contra factum proprium*). Jedenfalls darf der öffentliche Auftraggeber die Bieter nicht in sittenwidriger Art und Weise zum Gesetzes- oder Vertragsbruch zwingen.

Wenn jedoch, wie im Ausgangsfall, Tarifverträge eine bestimmte Gestaltungsmöglichkeit nicht ausschließen, besteht ungeachtet einer eventuellen Allgemeinverbindlichkeit kein Anlass dem öffentlichen Auftraggeber insoweit Beschränkungen seines Leistungsbestimmungsrechts aufzuerlegen. Denn auch dieser Auftrag unterliegt zumindest den Gesetzmäßigkeiten von Angebot und Nachfrage: Schreibt der Auftraggeber „am Markt vorbei“ aus, läuft er grundsätzlich Gefahr keine oder keine wirtschaftlichen Angebote zu erhalten. Jeder Auftraggeber muss sich auch ohne gesetzliche Normierung daher im wohlverstandenen eigenen Interesse stets über die Gepflogenheiten und Mechanismen des jeweiligen Marktes Gedanken informieren, um zu einer vernünftigen Beurteilung der Auswirkungen seiner Anforderungen in der Leistungsbeschreibung zu kommen.

Die pessimistisch zu beurteilende Frage, ob und wie man im Rahmen von öffentlichen Aufträgen ohne vernünftige Qualitätskriterien und unter Beachtung aller vergaberechtlichen Vorgaben zu einer Durchbrechung der Dumpingspirale in Märkten mit ausuferndem Preiswettbewerb kommt, bleibt insoweit eine ungelöste Herausforderung und wird sicherlich auch nicht durch isolierte und kleinräumliche Vorgaben wie etwa einer verschärften Pausenregelung nennenswert beeinflusst.

Vergaberecht und Arbeitsrecht – Konflikt oder Gleichlauf?

Statement



Matthias Rohrmann

Arbeitgeber- und Wirtschaftsband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister, Präsident
EU Sozialer Dialog Eisenbahn, Frankfurt am Main

Die Anordnung des Personalübergangs bei Verkehren im SPNV¹ nach § 131 III GWB in Verbindung mit Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007

Thesen:

1. Die Regelung zum Personalübergang (PÜ) im GWB liegt im Grenzbereich zwischen Arbeits- und Vergaberecht. Die sich daraus ergebenden rechtlichen Fragen sind zwar teilweise Neuland, aber insgesamt lösbar. Beispiele aus der Praxis im EU Ausland, wo der Personalübergang im SPNV/ ÖPNV seit langem bewährter Standard ist, zeigen das. Vielfach bieten Bezüge oder Parallelen zum Betriebsübergangsrecht (§ 613a BGB einschließlich Rechtsfolgen) eine wichtige Orientierung.
2. Die Anordnung („SOLL“) gem. § 131 III GWB ist als Regelfall anzusehen. Das Vorliegen eines atypischer Falls (Ausnahme von Sollregelung) ist immer anhand des primären und sekundären Schutzzwecks zu beurteilen. Hierfür sind nur wenige Fälle theoretisch denkbar. Keine Ausnahmen stellen die Interimsvergabe oder eine Streckenneubündelung / Losbildung dar.

¹ SPNV = Schienenpersonennahverkehr; ÖPNV = Öffentlicher Personennahverkehr (Schiene + Straße)

3. Es gibt keine verfassungsrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Gründe, von der Pflicht zur Anordnung des PÜ gem. § 131 III GWB als Regelfall abzuweichen. Aufgabenträger müssen die Norm daher ohne Einschränkung anwenden.
4. Primär muss bei Anwendungs- und Auslegungsfragen der AN-Schutz vor Verlust der Beschäftigung durch die Neuvergabe als Schutzzweck der Norm berücksichtigt werden, sekundär auch der Bieter schützende Charakter des § 131 III GWB.
5. Der angeordnete Personalübergang vollzieht sich auf der privatrechtlichen Ebene. Es gelten uneingeschränkt die Rechtsfolgen des § 613a BGB.
6. Die Umsetzung des § 131 III GWB sollte sich, sofern es zu einer tarifvertraglichen Regelung zwischen den maßgeblichen Tarifvertragspartnern der SPNV Branche kommt, nach dieser richten. Eine tarifvertragliche Regelung muss zur Gesetzeskonformität aufgrund des Verweises des § 131 III GWB auf die Rechtsfolgen des § 613a BGB die anwendbaren Vorgaben aus dem Betriebsübergangsrecht zwingend berücksichtigen.

Hintergrund: Regelung auf EU-Ebene in der VO 1370/ 2007

Seit Ende 2009 gibt es mit Art. 4, Abs. 5 der EU-Verordnung (EG) 1370/ 2007 (VO 1370) eine für den gesamten ÖPNV geltende Sonderregelung, wenn es bei der wettbewerblichen Neuvergabe von ÖPNV-Verkehren zu einem Wechsel des Betreibers kommt. Durch diese EU weit direkt geltende Verordnung gibt es für den Aufgabenträger für den Wechsel des Leistungserbringers der ÖPNV Leistung die Option der Anordnung eines Personalübergangs. Aufgrund des optionalen Charakters der Regelung spricht man von der KANN-Regelung auf EU-Ebene. Im Falle der Anordnung ist der neue Betreiber verpflichtet, dass für die ausgeschriebene Verkehrsleistung erforderliche Personal des bisherigen Betreibers zu übernehmen. Eine Einschränkung, für welche Beschäftigtengruppen die EU-Regelung nach der VO 1370 gilt, gibt es dabei nicht. Der Art. 4 Abs. 5 mit Erwägungsgrund 16 der VO 1370 ermächtigt zudem den Aufgabenträger, über die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs hinaus weitere Festlegungen zu Sozialstandards zu treffen.

Problemstellung

Die VO 1370 verweist dabei für den Beschäftigtenübergang auf die Betriebsübergangsrichtlinie (2001/23/EG), wodurch eine direkte Schnittstelle zwischen Vergabe- und Arbeitsrecht entsteht.

Auszug VO (EG) 1370/2007 Artikel 4 (5) – „Anordnung Beschäftigtenübergang im ÖPNV“

„Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträgen zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Vergabestelle den gewählten Betreiber des öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG stattgefunden hätte.“

Während die Frage der grundsätzlichen Anwendung der Regelung vergaberechtlicher Art ist, so bewegen sich die Fragen der Umsetzung und Erfüllung der Vorgaben fast ausschließlich im Arbeitsrecht. Dies ist für Vergaben im ÖPNV-Bereich jedoch kein Novum: Seit vielen Jahren gelten auf Ebene der Bundesländer Tariftreue-Regelungen, die Sozialstandards auf Basis von repräsentativen Tarifverträgen für die Beschäftigten beim neuen Betreiber vorgeben. In inzwischen 14 Bundesländern in Deutschland gibt es Tariftreue. Der Personalübergang und die Tariftreue Regelungen ergänzen sich sinnvoll und sind zwei ineinandergreifende Bausteine zur Herstellung eines diskriminierungsfreien, fairen Wettbewerbs.

Im EU-Bereich und vielen EU-Mitgliedsländern gibt es, teilweise schon vor dem Inkrafttreten der Regelung der VO 1370/ 2007, einen obligatorischen, funktionierenden Personalübergang im Falle eines Betreiberwechsels im ÖPNV. Wesentlicher Faktor in anderen EU Ländern ist die Einbindung der Tarifvertragsparteien (z.B. Frankreich, Niederlande) oder die komplette Regelung – zumindest der Umsetzung – durch Tarifvertrag (z.B. Schweden oder Norwegen).

Die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland gibt es seit April 2016 geltend unter Bezug auf Artikel 4 Abs. 5 VO 1370 die sog. SOLL-Regelung zum Beschäftigtenübergang im SPNV in § 131 III GWB:

„Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Abs. 1 vergeben, sollen gemäß Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistungen der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung dieser Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gem. § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre.“
(Auszug § 131 III GWB)

In der Formulierung weicht der § 131 III GWB zwar leicht von dem Wortlaut des Artikel 4 Abs. 5 VO 1370 ab, was aber durch den direkten Verweis zunächst zu keiner inhaltlichen Abweichung führt.

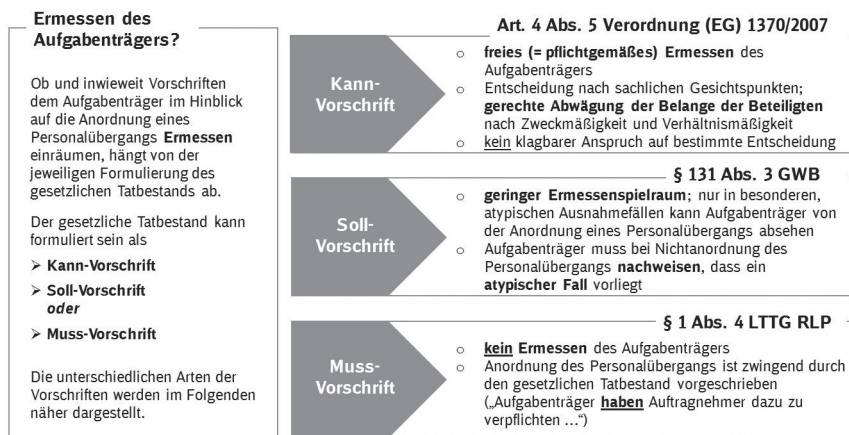
Anders als die EU-Regelung jedoch, stellt der § 131 III GWB durch die Verwendung von „SOLL“ anstelle „KANN“ klar, das vergaberechtlich im Regelfall von der Anordnung des Personalübergangs Gebrauch gemacht werden muss. Will der Aufgabenträger davon abweichen, muss er diese Abweichung ausdrücklich begründen (Vorliegen „Atypischer Fall“ s.u.). Sein Ermessen ist stark reduziert.

Neben § 131 III GWB gibt es inzwischen aber auch auf Ebene der Bundesländer ebenfalls Regelungen zum Personalübergang im SPNV oder ÖPNV. Einige Bundesländer haben, wie z.B. Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW), Baden-Württemberg (LTMG Baden-Württemberg), Niedersachsen oder Hessen (HVTG) die Regelung aus der VO 1370 direkt als optionale Bestimmung für den ÖPNV übernommen. Brandenburg hat dagegen gerade in der Novellierung des Vergabegesetzes (BbgVergG) ebenfalls eine Soll-Vorschrift für den SPNV nach Vorlage des GWB eingeführt. Rheinland-Pfalz ist weiter gegangen und hat im Landestariftreuegesetz (LTTG RLP) unter Bezugnahme auf die VO 1370 eine eigene „MUSS-Regelung“ eingeführt. Diese gilt nicht nur für den SPNV, sondern für den ÖPNV insgesamt und somit auch für den Bereich der Busverkehre. Interessant ist der Zusatz im LTTG RLP, der die Möglichkeit gibt, auf tarifvertragliche Branchenregelungen vorrangig zu verweisen.

Um einen besseren Überblick zu den auf den verschiedenen Ebenen unterschiedlichen Regelungen zu geben, anbei eine Übersicht zu den bestehenden und in Deutschland geltenden „KANN“, „SOLL“ und MUSS-Regelungen zum Personalübergang:

KANN/SOLL/ MUSS? Was bedeutet das jeweils? Das Ermessen des Aufgabenträgers i.R. des § 131 Abs. 3 GWB ist gering

Agv-MoVe
Arbeitsgeber- und Wirtschaftsverband der Mobilitäts- und Verkehrsmittelhersteller e.V.



Agv MoVe | G F Matthias Rohrmann | ©

Da alle Regelungen direkt auf die VO 1370 verweisen oder deren Inhalt übernommen haben, empfiehlt sich aus Gründen der Rechtssicherheit die Anordnung stets auf Basis der nationalen Norm (GWB oder Landesvergabegesetz) sowie Art. 4 Abs. 5 VO 1370 vorzunehmen.

Atypische Fälle

Atypische Fälle, welche eine Ausnahme von der „SOLL-Regelung“ erlauben, sind bislang nur theoretisch denkbar. Aufgrund des primären Arbeitnehmer schützenden Charakters der Normen hat die Prüfung und Begründung von Ausnahmen an diesen als Maßstab zu erfolgen.

Da die neue Verkehrsleistung und der Personalbedarf des neuen Betreibers erheblich sind, kann es zu einer Einschränkung des Arbeitnehmerschutzes kommen, wenn die neue Verkehrsleistung vorher durch Personal erbrachte Leistungen nicht mehr vorsieht. So kann von der Anordnung eines Personalübergangs abgesehen werden, wenn eine beim bisherigen Betreiber vorhandene Beschäftigung nicht mehr im Rahmen der neuen Verkehrsleistung erforderlich ist. Im SPNV könnte das beim Verzicht auf Zugbegleiter oder in Zukunft bei autonom fahrenden Triebfahrzeugen in Bezug auf Lokführer der Fall sein. Allerdings muss dann keine andere Verwendungsmöglichkeit bestehen und eine Übernahme für den neuen Betreiber unzumutbar sein. Das wäre im Einzelfall zu prüfen.

Weiterhin ist beim Vorliegen eines tatsächlichen Betriebsüberganges von der Anordnung abzusehen. Die Regelungen in der VO 1370 und im GWB sind als primäre Beschäftigtenschutzregelungen für diesen Fall nicht anwendbar. Es besteht bereits originär ein Schutz durch die Regelung in § 613a BGB.

Kein atypischer Fall liegt vor, wenn gleichzeitig zu der Interimsvergabe einer SPNV-/ÖPNV-Leistung die Vergabe der Hauptleistung erfolgt. Ein solcher Fall ist zwar unüblich und hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit vergaberechtlich fraglich, führt aber allenfalls dazu, dass die Anordnung des Personalübergangs erst konkretisiert werden kann, wenn der Betreiber für die Interimsleistung feststeht. Da es in jedem Fall aber auch weiterhin des vorher zur Leistungserbringung benötigten Personals in Bezug auf die neue Verkehrsleistung bedarf, ist keine Ausnahme vom Schutzzweck der Normen gegeben. Dies gilt ebenfalls bei Änderungen von Verkehrsnetzen, Streckenbündelungen und/ oder Losbildung. Auch diese geben keine Rechtfertigung für Ausnahmen in Bezug auf den AN-schützenden Charakter der Regelungen in der VO 1370 und im § 131 III GWB. Im Gegenteil: Das Betriebsübergangsrecht gilt auch bei einem Teilbetriebsübergang. Auf diesen wird in den Erwägungsgründen zu der VO 1370 zudem unmittelbar verwiesen (Erwägungsgrund 16 zu Art. 4 Abs. 5 VO 1370).

Die Regelung des § 131 III GWB ist auch verfassungskonform. Unter anderem kann man aufgrund der positiven Entscheidung des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Tariftreuevorgaben² für die GWB Regelung den Rückschluss ziehen, dass auch diese als gesetzliche Vorgabe im Bereich der Sozialstandards entsprechend konform mit der Verfassung ist. Aufgabenträger haben deshalb – aber auch unabhängig von dieser Frage – die Norm ohne Einschränkung anzuwenden. Dies gilt schon deshalb, weil sie keine Verwerfungskompetenz gegenüber verfassungswidrigen Gesetzen haben³.

Umsetzung der Vorgaben zum Personalübergang im SPNV

Die unmittelbar geltende VO 1370 verweist auf die europäische Betriebsübergangsrichtlinie, welche in Deutschland mit dem § 613a BGB umgesetzt wird. Mit der Regelung des § 131 III GWB und der Bezugnahme auf die VO 1370 kommt es somit zu einem uneingeschränkten Verweis auf die Rechtsfolgen des § 613a BGB. Der angeordnete Personalübergang vollzieht sich folglich auf der privatrechtlichen Ebene. In der Praxis heißt das, der neue Betreiber wird verpflichtet, bereits bei Abgabe seines Angebots ein Arbeitsvertragsangebot an die erforderlichen Beschäftigten nach Zuschlagserteilung zuzusagen. Dabei gelten für das Arbeitsvertragsangebot die Bedingungen gemäß der Rechtsfolgen des § 613a BGB.

Unterschiede zwischen Anordnung und originärem Betriebsübergang

Trotz des uneingeschränkten Rechtsfolgenverweises auf das Betriebsübergangsrecht, ergeben sich aufgrund der Besonderheiten der Vergabe von Verkehrsleistungen für die Praxis folgende Unterschiede vom angeordneten Personalübergang zur Übernahme von Beschäftigten im Zuge eines originären Betriebsübergangs gem. § 613a BGB:

- Die Anordnung des Aufgabenträgers führt den Personalübergang nicht – wie bei § 613a BGB – automatisch herbei. Es bedarf der Mitwirkung von Neu- und Altbetreiber sowie der betroffenen Arbeitnehmer. Sinnvoll wäre hierzu eine flächendeckende tarifvertragliche Regelung.
- Zwischen Alt- und Neubetreiber besteht kein direktes Rechtsverhältnis im Gegensatz zu Alt- und Neueigentümer beim originären Betriebsübergang.
- Der Personalübergang vollzieht sich durch Arbeitsvertragsangebot des Neubetreibers und Annahme durch den Arbeitnehmer.

² BVerfG v. 11.7.2006 zum Berliner VergabeG – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202; abgedruckt in NZA 2007, 42.

³ Vgl. hierzu Prof. Bayreuther in NZA 2016, S. 1506 ff. mit weiteren Nachweisen – siehe auch Literaturempfehlungen



- Bei Annahme des Vertragsangebots ist das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Altbetreiber zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme durch Aufhebungsvertrag zu beenden.
- Die Nichtannahme des Arbeitsvertragsangebots kommt dem Widerspruch i.S. des § 613a Abs. 6 BGB gleich.
- Maßgeblich für § 131 III GWB ist nicht der Zeitpunkt des Betreiberwechsels (wie beim Eigentümerwechsel), sondern der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabe.

Rolle von tarifvertraglichen Vereinbarungen

Wie beim Betriebsübergangsrecht, wo es die Möglichkeit von ablösenden Regelungen durch Tarifverträge des neuen Eigentümers gibt, können auch beim angeordneten Personalübergang tarifvertragliche Vereinbarungen eine wichtige Rolle spielen.

§ 131 Abs. 3 GWB lässt Gestaltungsspielräume für Tarifvertragsparteien offen, da er nicht bestimmt, wie sich der Personalübergang vollzieht. Die Tarifvertragsparteien haben damit die Möglichkeit – unter Berücksichtigung der Rechtsfolgen des § 613a BGB – den Vollzug des Personalübergangs näher zu gestalten. Sie können dabei unter Schaffung von tarifvertraglichen Ansprüchen der Beschäftigten auf einen Übergang den Prozess von der Information über den Betreiberwechsel bis hin zum Übergang der Arbeitnehmer auf den Neubetreiber regeln. Derzeit existieren zwar noch keine pas-

senden oder ausreichenden Regelungen zum angeordneten Personalübergang in den Betreiberwechseltarifverträgen und im Branchentarifvertrag für den SPNV, doch gibt es hierzu aktuell Gespräche und den Willen der Tarifvertragsparteien im SPNV, solche zu schaffen.

Tarifvertragliche Regelungen führen u.U. zu einer Bindung der Aufgabenträger, etwa wenn diese z.B. nach den Landestariftreuegesetzen für repräsentativ erklärt werden. Andere Bindungsmöglichkeiten sind denkbar. Durch eine tarifvertragliche Regelung könnten rechtssichere Lösungen zu offenen Umsetzungsfragen im Einvernehmen aller Branchenakteure gefunden werden.

Weitere zu berücksichtigende Punkte (aus der Diskussion zum Vortrag)

Neben oben genannten Feldern gibt es noch folgende Punkte, welche für eine rechtssichere Vergabe berücksichtigt werden sollten:

- Durch die neue E-Vergabe und die damit einhergehende Publikationspflicht für alle Verdingungsunterlagen werden die Vorgaben zum Arbeitnehmerdatenschutz relevant. Die Veröffentlichung von Beschäftigtendaten im Zuge der Anordnung muss in jedem Fall anonymisiert erfolgen. Der Aufgabenträger hat zudem insgesamt die Einhaltung der Datenschutzvorgaben sicherzustellen.
- Der neue Betreiber darf aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht verpflichtet werden, mehr Vollzeitpersonale einzustellen als er nachweislich benötigt (siehe auch Gesetzesbegründung zu § 131 III GWB). Ggf. wäre er zu betriebsbedingten Kündigungen berechtigt entsprechend dem im Betriebsübergangsrecht geltenden Grundsatz zur Durchsetzung des „Erwerberkonzepts“.
- Hinsichtlich der zu übernehmenden Beschäftigten gilt, dass diese überwiegend im Rahmen der bisherigen, jetzt neu vergebenen Verkehrsleistung beschäftigt waren. Dieser Grundsatz leitet sich aus dem primären Schutzzweck der Normen (VO 1370, § 131 III GWB) ab. Ein neue Streckenbündelung oder Losaufteilung sind hierbei unerheblich. Jedoch muss nach Feststellung der betroffenen Beschäftigten durch den Altbetreiber eine Zuordnung zu den Linienbündeln erfolgen, damit eine Kalkulationsgrundlage für die Bieter/ den potentiellen neuen Betreiber besteht.

Fazit und die Thesen ergänzende Empfehlungen

1. Die Anordnung des Personalübergangs (PÜ) sollte gem. § 131 III GWB stets in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 der VO (EG) 1370/2007 erfolgen.

2. Personalübergangsanordnung und Tariftreuerregelungen ergänzen sich sinnvoll und sind zwei ineinandergreifende Bausteine zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs.
3. Die Anordnung des PÜ bewegt sich an der Schnittstelle zwischen Vergabe- und Arbeitsrecht. Für die Anwendung gilt ein uneingeschränkter Verweis auf die Rechtsfolgen des § 613a BGB. Der angeordnete Personalübergang vollzieht sich auf der privatrechtlichen Ebene.
4. Dennoch gibt es in der Umsetzung zu beachtende Unterschiede zwischen angeordneten PÜ und Beschäftigtenwechsel beim originären Betriebsübergang nach § 613a BGB.
5. Tarifvertragliche Regelungen wären für die praktische Umsetzung wünschenswert und relevant.

Literaturempfehlungen:

Bayreuther: Die Anordnung eines Betriebsüberganges bei Vergabe von Verkehrsdienstleistungen nach § 131 III GWB; NZBau und Vergabe 08/ 2016, S. 459 ff.

Bayreuther: Die Verfassungskonformität des § 131 III GWB; NZA 2016, S. 1506 ff.

Dönneweg: Kommentierung des Art. 4 Abs. 5 VO 1370 in Saxinger/Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs (Loseblatt), Köln 2012

ICF Consulting Services: Social Conditions in Urban Public Transport Companies in Europe, 2016, im Internet abrufbar unter: http://www.uitp.org/sites/default/files/EUPolicy/social-conditions-UPT-companies-DE_160926.pdf

Jankowiak: Das behördliche Betriebsübergangsverlangen nach Art. 4 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bei der Vergabe von Aufträgen im öffentlichen Personenverkehr (Dissertation), Frankfurt a. Main 2012

Landesamt für Soziales Jugend und Versorgung Rheinland –Pfalz: Handlungsleitfaden für die Anwendung des Art. 4 Abs. 5 und 6 VO (EG) Nr. 1370/2007, Auflage 2016, im Internet abrufbar unter: https://lsjv.rlp.de/fileadmin/lsjv/Dateien/Aufgaben/Arbeit/LTTG/OEPNV/Handlungsleitfaden_RLP_Auflage_Mai_2016.pdf

Reidt/ Stickler: Die Neuregelung in § 131 Abs. 3 GWB zur Arbeitnehmerübernahme im Schienenpersonennahverkehr; VergabeR 6/2016, S. 708 ff.

Rohrmann: Zeit ist reif für „Tariftreue 4.0“, Der Nahverkehr 3/2015, S. 23 ff.

Rohrmann/Pfaff: Beschäftigtenübergang im SPNV im europäischen Vergleich, Der Nahverkehr 1-2/2016, S. 68 ff.

Das neue Recht der Konzessionsvergabe – Erfahrungen und Bewertungen

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Thorsten Siegel

Freie Universität Berlin



Das Recht der Konzessionsvergabe war bislang von einer geringen Regeldichte geprägt. Mit Erlass einer eigenständigen EU-Richtlinie im Jahre 2014 hat sich dies grundlegend geändert. In Umsetzung dieser Richtlinie enthält seit April 2016 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen neue Vorschriften für die Konzessionsvergabe, und mit der Konzessionsvergabeverordnung wurde eine spezifische zweite Regelungsebene geschaffen. Das allgemeine Vergaberecht wird damit um ein weiteres besonderes Rechtsregime ergänzt (hierzu Siegel, Das neue Konzessionsvergaberecht, NVwZ 2016, S. 1672 ff.).

I. Neue Regelungsstrukturen

1. Unionsrecht

Im Rahmen der jüngsten Reform des EU-Vergaberechts hat der europäische Gesetzgeber neben dem Erlass der neu gefassten allgemeinen Vergabekoordinierungs-Richtlinie 2014/24/EU (VKR) eine völlig neue und eigenständige Richtlinie 2014/23/EU zur Vergabe von Konzessionen (KVR) geschaffen. In dieser werden Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen grundsätzlich gleich behandelt. Ein zentrales Anliegen der neuen KVR ist nach deren Erwägungsgrund Nr. 1 die Beseitigung der bislang bestehenden Rechtsunsicherheit. Inhaltlich knüpft der europäische Gesetzgeber in der KVR deshalb in weiten Teilen an die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten an.

Einschlägig ist die KVR aber lediglich beim Erreichen der Schwellenwerte. Diese liegen seit dem 1.1.2016 für Bau- und Dienstleitungskonzessionen einheitlich bei 5.225.000 €.

2. Nationales Recht

Die Umsetzung auch der neuen unionsrechtlichen Vorgaben erfolgte durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. I, 2016, 203). Anders als auf Unionsebene sind die GWB-Bestimmungen zur Konzessionsvergabe allerdings nicht als Vollregelungen ausgestaltet, sondern knüpfen an die allgemeinen Vergabebestimmungen an. Die zweite Stufe der neuen nationalen Regelungen zur Konzessionsvergabe bildet die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) (BGBl. I, 2016, 683), welche – ebenso wie die VgV und die SektVO – aufgrund der Ermächtigung des § 113 GWB erlassen wurde und deren Geltungsbereich damit ebenfalls auf das Kartellvergaberecht beschränkt ist. Ab Erreichen der Schwellenwerte ist damit nunmehr eine zweistufige Kaskade anzutreffen, die aus den Bestimmungen des GWB sowie der KonzVgV besteht. Im Prinzip enthält das GWB die Eckpfeiler der Konzessionsvergabe, und die KonzVgV regelt die Einzelheiten des Verfahrens. Im Unterschellenbereich verbleibt es hingegen bei der bisherigen geringen Regelungsdichte. Eine explizite Regelung enthält lediglich § 23 VOB/A für die Vergabe von Baukonzessionen. Auch der Entwurf zur Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) enthält keine Regelung zur Konzessionsvergabe.

II. Anwendungsfragen

1. Anwendungsbereich

Die neuen Rechtsgrundlagen werfen eine Vielzahl von Anwendungsfragen auf. Sie werden zunächst durch den in § 148 GWB iVm §§ 101, 105 sowie 110 ff. GWB definierten persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich geprägt. Klärungsbedürftig sind hier insbesondere einzelne Abgrenzungsfragen zu Sonderregelungen und die Behandlung von Ausnahmen, etwa im Bereich des Rettungsdienstwesens.

2. Verfahren

Das Verfahren zur Konzessionsvergabe ist gemäß § 151 S. 1 GWG zwar grundsätzlich „frei“ ausgestaltbar; doch ist im GWB selbst sowie insbesondere in der KonzVgV eine Vielzahl von Einschränkungen anzutreffen. Dies hat auch zur Folge, dass keine „Regelverfahrensart“ vorgegeben ist. Vielmehr kann gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 KonzVgV das Verfahren entweder einstufig oder zweistufig ausgestaltet werden: Neben einem einstufigen (Verhandlungs-) Verfahren kann sich der Konzessionsgeber nach § 12 Abs. 1 S. 2 KonzVgV auch am Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb orientieren.

3. Materielle Entscheidungskriterien

Bei den materiellen Entscheidungskriterien bestehen teilweise große Parallelen zur herkömmlichen Vergabe. Dies gilt insbesondere für die Eignungs- und Ausschlusskriterien, für die §§ 152 Abs. 2 und § 154 Nr. 2 GWG grundsätzlich auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 122 ff. verweisen. Anders verhält es sich mit den Zuschlagskriterien: Hier ist gemäß § 152 Abs. 3 GWB der Zuschlag aufgrund objektiver Kriterien zu erteilen, „die sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, so dass ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den Konzessionsgeber ermittelt werden kann“. Dabei werden die Gemeinsamkeiten, aber auch die Unterschiede zur herkömmlichen Vergabe noch herauszuarbeiten sein.

4. Laufzeiten

Der Faktor Zeit hat bei der Konzessionsvergabe eine gegenüber sonstigen Vergaben nochmals gesteigerte Bedeutung. Denn die Investitionen und ein (etwaiger) Gewinn müssen erst erwirtschaftet werden. Seitens des Auftragnehmers besteht daher ein Interesse an einer möglichst langen Laufzeit. Die Dauer der Laufzeit richtet sich gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 KonzVgV nach den geforderten Bau- oder Dienstleistungen. In § 3 Abs. 2 S. 1 KonzVgV wird in Anlehnung an Art. 18 Abs. 2 S. 1 KVR eine Regelobergrenze von fünf Jahren statuiert. Etwas Anderes – also eine längere Laufzeit – gilt jedoch dann, wenn die Erwirtschaftung der Investitionskosten nach vernünftigem Ermessen eine längere Laufzeit erfordert. Aufgrund der typischerweise längeren Laufzeit von Konzessionen entfalten zudem die Regelungen über Vertragsänderungen und -kündigungen, für die



§ 154 Nr. 3 und 4 GWB grundsätzlich auf § 132 f. GWB verweisen, eine besondere praktische Bedeutung.

5. Fehlerfolgen

Bei den Fehlerfolgen ist zu unterscheiden zwischen den unmittelbaren und den mittelbaren, zu denen auch der Rechtsschutz gehört. In § 154 Nr. 4 GWB wird auch auf § 135 GWB verwiesen. Wird daher gegen die Vorabinformationspflicht nach § 134 GWB verstoßen oder wird ohne gesetzliche Gestattung der Auftrag ohne Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vergeben, so führt dies gemäß § 135 Abs. 1 GWB grundsätzlich zur Nichtigkeit. Nach bisheriger Rechtslage war das Nachprüfungsverfahren beschränkt auf das allgemeine Vergaberecht im Oberschwellenbereich. Konzessionen waren damit nicht erfasst. Dies hat sich durch Art. 46 f. der KVR grundlegend geändert. In Umsetzung dieser Bestimmungen ist das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff. GWB künftig auch bei der Konzessionsvergabe im Oberschwellenbereich eröffnet.

Das neue Recht der Konzessionsvergabe – Erfahrungen und Bewertungen

Statement



Dr. Jakob Steiff

CMS Hasche Sigle, Frankfurt am Main

Einführung

Mit dem neuen Konzessionsvergaberecht ist die Vergabe von Konzessionen – insbesondere auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, die bislang nicht gesetzlich geregelt war – in ein rechtsstaatliches Verfahren überführt worden. Zugleich waren aber alle wesentlichen Akteure auf europäischer und nationaler Ebene darauf bedacht, noch genügend Handlungsspielräume für die Vergabe von Konzessionen zu bewahren, um der Komplexität und Vielgestaltigkeit dieser Vertragsmodelle gerecht zu werden. In der Folge weisen sowohl die europäischen Konzessionsrichtlinien als auch die nationale Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) ein hohes Maß an Gestaltungsoffenheit auf, mit der weiteren Folge, dass dem einzelnen Konzessionsgeber im konkreten Beschaffungsfall die Aufgabe zufällt, das Konzessionsvergabeverfahren näher auszugestalten. Maßgebliche Elemente hierbei sind die Wahl des Vergabeverfahrens, dessen weitere Strukturelemente sowie die inhaltliche Gestaltung des Vergabeverfahrens, etwa was die Leistungsbeschreibung, die Laufzeit der Konzessionen und die anzuwendenden Zuschlagskriterien betrifft. Abschließend soll ein Blick auf die Ausgestaltung des Rechtsschutzes geworfen werden.

I. Verfahrenswahl

Nach § 12 Abs. 1 KonzVgV besteht der Grundsatz der freien Wahl und Ausgestaltung des Vergabeverfahrens. Anders als in anderen „freizügigen“ Vergabebereichen, wie z. B.

dem Sektorenbereich, ist damit nicht lediglich der freie Zugriff auf alle Verfahrensarten, insbesondere das Verhandlungsverfahren, eröffnet; vielmehr kann das Verfahren losgelöst von den üblichen Verfahrenstypen frei gestaltet werden. Insoweit stellt dieses Konzessionsvergaberecht eine bemerkenswerte Ausnahme von dem sonst stets geltenden Grundsatz eines abschließenden Numerus clausus von Vergabearten dar. Weiter bestimmt § 12 KonzVgV, dass das Verfahren ein- oder mehrstufig ausgestaltet werden oder sich am Verhandlungsverfahren orientieren kann. Damit folgt doch eine gewisse Rückbesinnung auf die klassischen Verfahrensarten.

Letztlich erscheint es empfehlenswert, auch im Bereich der Konzessionsvergabe auf die klassischen Vergabearten zurückzugreifen. Denn auch das Konzessionsvergabeverfahren ist von klassischen Prüfelementen, wie beispielsweise der Eignungsprüfung und der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, geprägt, was zwangsläufig zu den in den klassischen Vergabeverfahren angelegten Prüffolgen zurückführt. In der Regel dürfte das Verhandlungsverfahren das Mittel der Wahl sein, da hier über den vorgezogenen Teilnahmewettbewerb eine in der Regel sachdienliche Vorauswahl geeigneter Bieter erfolgen kann und der Leistungsinhalt sowie das Vertragsmodell für die zumeist komplexen Vergabegegenstände sukzessive präzisiert werden und optimale wirtschaftliche Ergebnisse erzielt werden können; außerdem lässt sich nur in diesem Rahmen das gerade im Konzessionsbereich bedeutsame Bieter-Know-how aktivieren. Empfehlenswert erscheint hierbei, die einzelnen Strukturelemente des Verhandlungsverfahrens transparent vorzugeben, wobei auch eine Orientierung an den umfassenden Strukturregeln des in § 17 VgV geregelten Verhandlungsverfahren erfolgen sollte.

Auch der Wettbewerbliche Dialog entsprechend § 18 VgV mag in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht kommen. Die klassischen Vergabeverfahren, wie Offenes oder Nichtoffenes Verfahren, können in geeigneten Fällen ebenfalls zum Zuge kommen, setzen jedoch eine klar definierte Leistungsbeschreibung voraus.

II. Gestaltung des Verfahrens und der Leistungsinhalte

Angelehnt an die klassischen Verfahrensarten enthält die KonzVgV typische vergaberechtliche Anforderungen, im Vergleich zur VgV jedoch größere Spielräume für die Auftraggeber. An erster Stelle zu nennen sind dabei die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz (z. B. bei der Weitergabe von Informationen und bei der Verfahrensgestaltung), wie dies § 12 Abs. 3 und § 13 Abs. 3 KonzVgV normiert.

Weiterhin ist auch bei der Konzessionsvergabe eine Eignungsprüfung auf Grundlage klar beschriebener Eignungskriterien sowie unter Anwendung der Ausschlussgründe nach §§ 123 - 125 GWB vorgeschrieben (vgl. § 13 Abs. 1 und §§ 24 - 26 KonzVgV). Damit ist klargestellt, dass die Eignungsprüfung im Konzessionsbereich nicht hinter den

Anforderungen im klassischen Vergabebereich zurückbleiben soll, auch wenn von einer den §§ 42 ff. VgV entsprechenden Regelungsdichte abgesehen wird.

Im Hinblick auf die erforderliche Leistungsbeschreibung (§ 15 KonzVgV) ist eine Beschreibung der vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen „durch technische und funktionelle Anforderungen“ vorgesehen, ohne dass dies näher spezifiziert wird. Nähere Vorgaben zu den vertraglichen Grundlagen der Konzessionsvergabe sucht man in der KonzVgV vergeblich, was den höchst unterschiedlichen und komplexen, von der jeweiligen Branche und Risikostruktur abhängigen Vertragsmodellen geschuldet sein mag, die im Konzessionsrecht vorzufinden sind, und die sich einer übergreifenden gesetzlichen Fixierung entziehen. Auch die Entgeltstruktur ist höchst mannigfaltig, z. B. einerseits gebührenabhängig und andererseits frei kalkulierbar gestaltet. Damit besteht eine weitgehende Freiheit vertraglicher Gestaltung, die nur im allgemeinen Zivilrecht, ggf. dem AGB-Recht und dem jeweils einschlägigen Fachrecht eine Grenze findet, es sei denn, der Auftraggeber unterwirft sich im Wege der Selbstbindung einem allgemeinen Rechtskanon, beispielsweise der VOB/B bei der Vergabe einer Baukonzession.

Ähnlich wie beim klassischen Vergaberecht können qualitative, innovationsbezogene, soziale und umweltbezogene Aspekte in das Leistungsbild bzw. die Bewertungskriterien einbezogen werden (§ 15 Abs. 2 KonzVgV). Ebenso ist der Grundsatz der Produktneutralität zu beachten (§ 15 Abs. 3 KonzVgV). Schließlich sind Nebengebote (abweichend vom Bereich klassischer Vergaben) prinzipiell zugelassen, sofern die funktionale Gleichwertigkeit nachgewiesen ist (§ 15 Abs. 4 KonzVgV).



Die Regelungen zur Leistungsbeschreibung sind damit in Anbetracht des speziellen Vertragsgegenstands angemessen ausgestaltet. Aufgrund der Zulassung einer funktionalen Leistungsbeschreibung sowie von Nebenangeboten durch die Bieter ist gewährleistet, dass den Bieterunternehmen die gerade bei Konzessionsvergaben wichtige Möglichkeit verbleibt, die Art und Weise der konkreten Leistungserbringung selbst auszugestalten.

Wie im klassischen Vergaberecht besteht auch bei der Konzessionsvergabe die Pflicht zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien (§ 152 Abs. 3 GWB und § 31 KonzVgV), wobei jedoch folgende Besonderheiten gelten:

- Maßgeblich ist der „wirtschaftliche Gesamtvorteil für den Konzessionsgeber“.
- Die Angabe der Zuschlagskriterien in absteigender Bedeutung reicht aus, d. h. es ist keine Angabe der Gewichtung der Kriterien erforderlich.
- Zudem soll in bestimmten Fällen sogar eine nachträgliche Änderung der Reihenfolge der Zuschlagskriterien möglich sein, allerdings ist in diesem Fall erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern.

Diese Regelungen zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erscheinen kritikwürdig. Es eröffnen sich hier allzu große Wertungsspielräume für den Konzessionsgeber, die hinter etablierten Vergabestandards deutlich zurückbleiben und befürchten lassen, dass die Bewertung der Angebote für die Konzessionsvergaben mehr oder weniger willkürlich ausfällt. Zur Sicherstellung eines transparenten und rechtssicheren Verfahrens ist es daher den Auftraggebern zu empfehlen, diese allgemeinen Vorgaben in den Vergabeunterlagen zu konkretisieren, insbesondere die genaue Bewertungsweise darzustellen und die Zuschlagskriterien in gewichteter Form bekanntzugeben.

III. Laufzeit der Konzession

Nach § 3 Abs. 1 KonzVgV ist für die Konzession eine Laufzeit festzulegen. Diese Konkretisierung ist zu begrüßen und entspricht der allgemeinen vergaberechtlichen Rechtsentwicklung, wonach unbefristete Verträge unzulässig sind. Die Regellaufzeit soll dabei bis zu 5 Jahre betragen; eine längere Laufzeit ist möglich, sofern dies für die Amortisation der Investitionen angemessen ist (§ 3 Abs. 2 KonzVgV).

Mit Blick auf diese Regelung erscheint es empfehlenswert, die Konzessionen möglichst auf eine Laufzeit von fünf Jahren zu begrenzen, weil damit der Auftraggeber immer auf der „sicheren Seite“ ist. Eine längere Laufzeit wird allerdings aufgrund der häufig erheblichen Investitionen im Konzessionsbereich nicht selten ebenso gerechtfertigt sein. Die betreffenden Laufzeitbestimmungen in Abhängigkeit zu den erforderlichen Investitionen sollten in den Vertragsunterlagen ausführlich, etwa auf Basis einer entsprechenden

Investitionsrechnung und der Analyse branchenüblicher Laufzeiten, dokumentiert werden.

IV. Rechtsschutz

Die Konzessionsvergabe unterliegt – und auch dies ist ein wesentlicher Meilenstein – nunmehr dem allgemeinen Rechtsschutzsystem vor den Vergabekammern und -senaten (§ 155 GWB). Die Nachprüfungsinstanzen entscheiden damit erstmalig über Dienstleistungskonzessionen – der hierzu ergehenden Spruchpraxis ist mit Spannung entgegenzusehen.

Gesichert wird der Rechtsschutz durch die Informations- und Wartepflicht, die auch bei der Vergabe von Konzessionen gilt (§ 154 Nr. 4 i.V.m. §§ 134, 135 GWB). Auf Grund dieser Verweisnorm besteht auch gegen unzulässige

De-facto-Vergaben der erforderliche Rechtsschutz, der auch noch nach Vertragsschluss innerhalb der in § 135 GWB normierten Fristen geltend gemacht werden kann.

Die Erstreckung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes auf den Bereich der Dienstleistungskonzessionen stellt einen wichtigen Meilenstein für die rechtsstaatliche Durchführung von Konzessionsvergaben dar. Allerdings wird dies durch den Umstand erheblich relativiert, dass die rechtsförmige Vergabe von Konzessionen – und zwar einschließlich von Dienstleistungskonzessionen – überhaupt erst bei Überschreitung des „Bauschwellenwerts“ von derzeit 5,225 Mio. EUR erforderlich ist. Damit verbleibt eine große, sicherlich überwiegende Zahl von Dienstleistungskonzessionen, für die weder die KonzVgV noch der vergaberechtliche Rechtsschutz greifen. Indes sind die Bieter auch hier nicht völlig rechtsschutzlos gestellt. Vielmehr verbleibt im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Primärrechtsschutz in diesem Bereich weiterhin die Möglichkeit, Rechtsschutz vor den Landgerichten oder den Verwaltungsgerichten zu erlangen, je nachdem, ob der Vertrag zivil- oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist.



V. Fazit

Die Vergabe von Konzessionen ist mit der Einführung der Konzessionsvergabeverordnung erheblich transparenter und wettbewerbsorientierter geworden. Die Verfahrensvorschriften belassen den Auftraggebern hinreichend große Spielräume für die Verfahrens- und Vertragsgestaltung. Allerdings sind die Spielräume bei der Angebotswertung aufgrund der nur rudimentär offenzulegenden Wertungsmaßstäbe beinahe schon uferlos. Der sich daraus ergebenden Gefahr einer als willkürlich angreifbaren Vergabeentscheidung sollten die Auftraggeber mittels einer transparenten Bekanntmachung des Wertungssystems samt gewichteter Zuschlagskriterien entgegenwirken.

Das Rechtsschutzsystem ist oberhalb des Schwellenwerts angemessen ausgestaltet. Unterhalb des Schwellenwerts und damit in einem für die Praxis bedeutsamen Bereich bestehen die früheren Defizite fort. In der Gesamtschau ist das neue System der Konzessionsvergabe als deutlicher Fortschritt gegenüber der bisherigen unstrukturierten Auftragsvergabe zu sehen, gleichwohl bleibt es in Kernbereichen der Vergabepaxis – namentlich dem Unterschwellenbereich und bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots – noch immer hinter etablierten Vergabestandards zurück.

Das neue Recht der Konzessionsvergabe – Erfahrungen und Bewertungen

Statement



Rainer Wohlers

Nehlsen AG, Bremen

Sehr geehrte Damen und Herren,

als Vertreter der Nehlsen AG, einem mittelständischen Entsorgungsunternehmen mit Hauptsitz in Bremen, möchte ich Ihnen in meinem Statement eine Sicht aus der Perspektive eines möglichen Konzessionsnehmers darstellen.

Allgemeine Bewertung

Aktuell ist eine Bewertung des neuen Rechtes der Konzessionsvergabe mangels ausreichender praktischer Erfahrungen nur im theoretischen Vergleich der vorherigen Regelungen zu den neuen Bestimmungen im Wege des Analogieschlusses möglich.

Zusammenfassend kann ich das Fazit meines Vorredners, Herrn Dr. Steiff, in dem er das neue Recht der Konzessionsvergabe insgesamt als Fortschritt bewertet, teilen. Insofern können wir Ihnen hier keine umfangreiche Kontroverse bieten.

In meiner positiven Bewertung möchte ich insbesondere die erfolgte Konkretisierung der Regelungen gegenüber der vorher auch schon einmal als „Konzessionsrecht light“ bezeichneten Situation hervorheben. Damit erhöht sich für öffentliche Auftraggeber bzw. potenzielle Konzessionsgeber die Klarheit über die Anforderungen in diesem Verfahren und somit auch die Sicherheit, die Anforderungen an diesen Prozess auch erfolgreich bewältigen zu können.



Meine erste These hierzu lautet, dass mit der neuen, im Vergleich zu der Situation vorher klareren Situation auch die Wahrscheinlichkeit steigt, dass von dem Instrument der Konzessionsvergabe überhaupt Gebrauch gemacht wird. Nach unseren praktischen Erfahrungen haben viele öffentliche Auftraggeber heute bereits Schwierigkeiten, den umfangreichen rechtlichen und formalen Anforderungen gerecht zu werden. Durch die gestiegene Sicherheit muss der öffentliche Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber weniger als früher befürchten, wegen möglicher Verfahrensfehler einen Nachteil oder einen Reputationsverlust zu erleiden, wenn er diesen Weg beschreitet.

Auch die Kritik meines Vorredners an dem schwächeren Rechtsschutz wird geteilt. Ich möchte unterstreichen, dass gerade ein wirksamer Rechtsschutz für potenzielle Konzessionsnehmer ein ganz wichtiger Anreiz ist, sich überhaupt an einem Konzessionsvergabeverfahren zu beteiligen. Ohne diese Sicherheit muss er sonst befürchten, dass die Aufwendungen für die Teilnahme an den Verfahren trotz ursprünglich richtiger Einschätzungen zur Attraktivität der anstehenden Konzessionsvergabe umsonst sein können, weil er sich gegen objektiv unbegründete Entscheidungen nicht wehren kann. Dieser Aspekt schränkt die Attraktivität der neuen Regelungen wiederum erheblich ein.

Ein Unterschied in meiner Bewertung zu der Bewertung meines Vorredners ergibt sich allerdings in Bezug auf den erhöhten Spielraum des Auftraggebers bzw. Konzessionsgebers bei der Wertung. Dieser bewirkt zwar, dass es für den Auftragnehmer bzw. Konzessionsnehmer schwerer wird, zu kalkulieren und auch den eigenen Erfolg im Ver-

fahren einzuschätzen. Andererseits erhöht es aber wiederum die Attraktivität des Instruments gegenüber der „einfachen“ Vergabe. Meine zweite These lautet daher, dass dieser Umstand die Anwendung des Instruments grundsätzlich fördert.

Bewertung einzelner Aspekte

Zu den vom dem Moderator, Herrn Prof. Dr. Siegel, aufgeworfenen Aspekten möchte ich zu einzelnen Punkten eine Bewertung abgeben.

Bezüglich der Wahl der Verfahrensart (§ 12 KonzVgV) stelle ich die These auf, dass die Anlehnung an das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (Abs. 1, S. 2) häufig den besten Ausgleich zwischen Sicherheit und Flexibilität bietet.

Den Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung (§ 151 S.1 GWB) bewerte ich tendenziell positiv, auch wenn hier heute noch keine klare Bewertung möglich erscheint. Diese Bewertung rührt daher, dass sich Anforderungen an zu erbringende Leistungen, Komplexität und Dynamik ständig erhöhen. Hier möchte ich für unsere Branche beispielsweise die ständig steigenden Anforderungen an die Abgasreinigung der in der Abfallsammlung eingesetzten Fahrzeuge nennen. Dieser Umstand führt in der Verbindung mit der freien Verfahrensgestaltung dazu, dass der öffentliche Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber damit erreichen kann, dass das Verfahren selbst sowie die spätere Durchführung und Abwicklung besser „funktionieren“.

Die Laufzeitbegrenzung auf i.d.R. 5 Jahre (§ 3 KonzVgV) bewerte ich tendenziell negativ. Das Erfordernis einer Begründung bei längeren Laufzeiten führt im Analogieschluss aus der Praxis der „einfachen“ Vergaben voraussichtlich dazu, dass in der künftigen Praxis häufig der einfachere Weg, ohne das Erfordernis einer Begründung gewählt werden wird und somit die Regellaufzeit als Obergrenze zur Anwendung kommen wird. Dies erfolgt u.a., weil sich der Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber damit nicht angreifbar macht. In der Folge führt das aber dann voraussichtlich dazu, dass die betriebswirtschaftlichen Erfordernisse an die Amortisation von Investitionen, die im Rahmen einer Konzessionsvergabe zu erfolgen haben, nicht abgebildet und berücksichtigt werden können. In unserer Branche liegen Amortisationsdauern im Rahmen öffentlicher Aufträge in der Regel oberhalb von 5 Jahren.

Exkurs: Positive Erfahrung Slowakei

Mit einem kleinen Exkurs möchte ich Ihnen verdeutlichen, welche positive praktische Wirkung die erfolgreiche Anwendung des Instruments für Auftraggeber/Konzessionsgeber und -nehmer haben kann. So haben wir sehr positive Erfahrung mit Konzessionen für Entsorgungsleistungen in der Slowakei gemacht. Diese Erfahrungen zeigen die grundsätzliche Attraktivität dieses Instruments im Dienstleistungsbereich.

In diesem Praxisfall lag der Anwendungsbereich im Oberschwellenbereich. Das Instrument wurde bereits langjährig angewendet. Nach dem Auslaufen einer vorherigen Konzession wurde das Konzessionsverfahren wieder gewählt. Neben komplexen Anforderungen des Konzessionsgebers an die Leistungen wurden zudem umfangreiche Investitionen durch den Konzessionsnehmer gewünscht. Die Amortisation dieser Investitionen würde erst langfristig erfolgen können.

Wir erkennen daraus, dass die Voraussetzungen bzw. die positiven Umstände für die Auswahl des Instrumentes waren, dass bereits Erfahrungen vorhanden waren und dass klare rechtliche Regelungen existierten, die Anwendbarkeit somit rechtlich gesichert war.

Anwendbarkeit der Konzessionsvergabe für Entsorgungsleistungen fraglich

Neben den überwiegend positiven Bewertungen möchte ich aber noch auf einen besonderen Aspekt der relativ unklaren rechtlichen Situation im Bereich der Entsorgungsleistungen eingehen. Der Bereich der Entsorgungsleistungen macht einen relativ großen Anteil des Auftragsvolumens aus, der sich potenziell für die Anwendung des Instruments Konzessionsvergabe eignet.

Zu diesem rechtlichen Hintergrund möchte ich kurz auf die Änderungen in der Überleitung des KrW-/AbfG in das KrWG im Mai 2012 hinweisen. Bei dieser Neuregelung wurden vorher vorhandene Regelungen zur „Beleihung“ nicht wieder aufgenommen (Pflichtenübertragung; § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG). Das neue KrWG seit Mai 2012 enthält nur noch Regelungen zur Beauftragung Dritter, jedoch nicht mehr zur Pflichtenübertragung.

Die mir bisher am häufigsten vermittelte „Lesart“ dieser Veränderung ist, dass die Vergabe von Konzessionen als Instrument für die Vergabe von Entsorgungsaufträgen in vielen Fällen nicht mehr zulässig sei. Hierzu möchte ich das Auditorium gern um eine Einschätzung dazu bitten, ob diese „Lesart“ als rechtlich gesichert anzusehen ist. Mir erscheint sie u.a. deswegen fraglich, weil die Neuregelung der KonzVgV in Deutschland auf höherrangigem EU-Recht basiert.

Dieser Aspekt erscheint mir insbesondere deswegen weiter prüfenswert und diskussionswürdig, weil ohne eine positive Klärung im Sinne der künftigen Anwendbarkeit – eventuell auch unter Inkaufnahme einer Änderung KrWG – ein wichtiger Teil von Dienstleistungen für die Anwendung von Konzessionsvergaben ausgeschlossen bliebe. Meine These hierzu lautet, dass gerade angesichts des aktuellen Trends zur Verstaatlichung von Leistungen der Entsorgungswirtschaft eine gesicherte Anwendbarkeit der Konzessionsvergabe ein geeignetes Instrument sein kann, einen Ausgleich zwischen den Interessen der kommunalen Auftraggeber und den heutigen, privaten Auftrag-



nehmern zu erreichen, ohne dass die Leistungserbringung dazu aus Sicht der Körperschaften rekommunalisiert werden muss, was dem aktuellen Trend entspricht. So ist es aus meiner Sicht gut vorstellbar, dass eine intelligente Ausschreibung einer Konzession den finanziellen Interessen der Körperschaften entgegenkommt, so zum Beispiel über die Übernahme von Investitionen durch den Konzessionsnehmer oder vereinbarte Zahlungen vom Konzessionsnehmer an den Konzessionsgeber. Die häufigen, vielfältigen Vorteile einer Leistungserbringung durch private Unternehmen könnten so erhalten bleiben.

Es würde mich daher freuen, wenn im Rahmen der anschließenden Diskussion oder im Nachgang zu der Veranstaltung Einschätzungen zu dieser interessanten Rechtsfrage eingebracht würden.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vergaberechtsreform

Neue Regeln bereiten nur gelegentlich Kopfzerbrechen

Ein halbes Jahr ist es nun alt – das neue Vergaberecht, das am 18. April in Kraft trat. Ein guter Zeitpunkt, um eine erste Bilanz zu ziehen, wie der Verein „Forum Vergabe“ fand. Das Fazit fiel versöhnlich aus: Zwar treffen nicht alle Neuerungen auf Begeisterung, doch man kann mit der Reform gut leben.

Von Michael Schwarz

FULDA. „Fasse dich kurz“, stand früher in jeder Telefonzelle, bevor der Slogan von freundlicheren „Bist du mal an?“ abgelöst wurde. Jetzt könnte sich die Geschichte wiederholen: Bei Online-Formularen, die die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Vergaberechtsreform entwickelt hat.

4000 Zeichen sollen da genügen, um etwa Art und Umfang dessen zu beschreiben, was der öffentliche Auftraggeber zu beschaffen gedenkt. Bei einfachen Vorhaben mag dies genügen. Bei Großprojekten dürfen Vergabestellen jedoch schnell an ihre Grenzen stoßen.

„Die wesentliche Botschaft der Reform ist die neue Struktur“

„4000 Zeichen, das kann man nicht hinnehmen, das reicht nicht aus“, kommentierte Thomas Solbach, Ministerialrat im Bundeswirtschaftsministerium, vor einer Woche in Fulda die Brüsseler Vorgabe und versprach: „Wir versuchen, eine Ausweitung zu erreichen.“

Doch das war sie auch schon: die schärfste Kritik, die bei den Forum-Vergabe-Gesprächen (siehe Kasten) an der europäischen Vergaberechtsreform zu hören war, welche am 18. April in deutsches Recht umgesetzt wurde. Im Übrigen überog der Eindruck, dass manches neu und ungewohnt ist. Und dass dennoch das Fachpublikum der Europäischen Kommission und den Bundesministerien zugestimmt, gute Arbeit geleistet zu haben.

„Die wesentliche Botschaft der Vergaberechtsreform ist die neue Struktur“, sagte beispielsweise Timm Meyer, Rechtsanwalt aus Düsseldorf. Helmut Wörner vom



Aufträge über freiberufliche Leistungen könnten in Zukunft in Form einer Verhandlungsvergabe erteilt werden. (m.s.)

Verein informiert seit 1993 über Vergaberecht

Zum 18. Mal lud der Verein „Forum Vergabe“ vom 28. bis 30. September zu Gesprächen nach Fulda. Rund 150 Vergabeexperten kamen. Darunter Rechtsanwälte, Professoren, aber auch Vertreter der Wirtschaft und öffentlichen Hand. Dies ist kein Zufall, spiegelt sich darin doch die Zusammensetzung der rund 500-köpfigen Mitgliedschaft wider.

Der 1993 gegründete Verein „bietet Orientierung in der ständig komplizierter werdenden Welt des Vergabewesens und des Vergaberechts“, wie es auf der Homepage heißt. Dazu gehören auch die Gespräche, die alle eineinhalb Jahre in Fulda stattfinden: das nächste Mal vom 18. bis 20. April 2018.

www.forum-vergabe.de

Baukonzern Hochtief in Essen lobte die Zehnminutefrist, innerhalb derer Rechtsmittel gegen einen Zuschlag eingelegt werden können. „Damit fühlt man sich sicher.“

Viele Auftraggeber haben Verfahren noch vor dem 18. April gestartet

Etwas anders beurteilt Jörg Wiedemann, Richter am Oberlandesgericht Naumburg diese Frist. Zwar haben früher sechs Monate Rechtsunsicherheit geherrscht. Zehn Tage seien aber „sehr, sehr kurz“. Auf jeden Fall müsse sich das Kontrollverhalten der Bieter ändern, die nicht

den Zuschlag erhalten. „Ob es ein hohes Missbrauchspotenzial hat, wird die Praxis zeigen.“

Einigkeit bestand darüber, dass es für eine abschließende Bilanz noch zu früh sei: Viele Auftraggeber hätten ihre Verfahren noch vor dem 18. April gestartet, um Problemen im Umgang mit dem ungewohnten Recht aus dem Weg zu gehen.

Unklarheiten bestehen in der Frage, inwieweit vertrauliche Unterlagen für jedermann zum Abruf im Internet vorgehalten werden müssen. Ein Rechtsanwalt sprach von einer Überforderung der Auftraggeber, ein anderer wollte wis-

sen, ob man die Spezifikationen zur Sicherung der EU-Außengrenzen nun auch dem „Islamischen Staat“ zur Verfügung stellen müsse, da sich nach neuem Recht kein Bieter mehr registrieren lassen müsse, bevor er die Unterlagen herunterlade.

Bei Unterschwellenverordnung droht Rechtszersplitterung

Laut Ministerialrat Solbach ist dies jedoch nicht der Fall. Maßnahmen zur Vertraulichkeit von Informationen seien im novellierten Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich vorgesehen. Sensible Informationen müssten keineswegs unentgeltlich, uneingeschränkt und direkt an Terroristen weitergegeben werden.

Das andere große Thema der Fuldaer Zwischenbilanz war die geplante Unterschwellenverordnung. Inwieweit soll europäisches Recht auch unterhalb der Schwellenwerte gelten? Norbert Petz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebunds, fürchtet eine erneute Rechtszersplitterung: Es werde Länder geben, die die Unterschwellenverordnung eins zu eins über-

nehmen. Andere würden Ausnahmen für kommunale Eigengesellschaften machen. Und wieder andere, nämlich Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen, würden aus der Unterschwellenverordnung eine Kann-Vorschrift machen.

Ministerialrat Solbach hofft, dass die Landesvergabegesetze auf die Unterschwellenverordnung, die im neuen Jahr in Kraft treten soll, zumindest verweisen: „Dann hat das eine andere Normsetzungsqualität.“ Die Regeln sollten auch in Kommunen gelten, wenn es nach dem Bund ginge.

Solbach könnte sich auch vorstellen, dass freiberufliche Leistungen in Zukunft unter die Unterschwellenverordnung fallen. Das mit Architekten anders umzugehen sei als mit anderen Dienstleistern, sei „ein Denken aus dem 19. Jahrhundert“. Besser wäre es, so der Leiter des Referats „Öffentliche Aufträge, Immobilienwirtschaft“ im Bundeswirtschaftsministerium, in Zukunft Planungsaufträge in Form einer Verhandlungsvergabe zu erteilen, die wesentlich weniger aufwendig sei als ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Brandenburg erhöht Mindestlohn auf neun Euro

POTSDAM. Der Brandenburgische Landtag hat die Novelle des Landesvergabegesetzes verabschiedet. Mit dem Vergabegesetz werden Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen aufgestellt. Danach werden diese nur an Bieter vergeben, die ihren Beschäftigten einen Bruttostundenlohn von mindestens neun Euro zahlen.

Das Gesetz ist hinsichtlich des zu zahlenden Mindestlohns ab einer Wertuntergrenze von 3000 Euro anzuwenden, und zwar auch dann, wenn Aufgaben an private Dritte übertragen werden. Das heißt, das auch dort, wo im Wege der Auftragsvergabe ein Outsourcing erfolgt, das Mindestarbeitsentgelt nicht unterschritten werden kann. Das Gesetz ist am 1. Oktober in Kraft getreten. (leja)

MEHR ZUM THEMA

Das neue brandenburgische Vergabegesetz finden Sie unter: www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de/parlادوکل/w6/drslab_42004245.pdf

Kurz notiert

Streit über Direktvergabe oder Ausschreibung

ELMSHORN. Im schleswig-holsteinischen Elmshorn streitet man sich darüber, ob der Busverkehr direkt vergeben oder ausgeschreiben werden soll. Die Stadt will den Verkehrsvertrag neu ausschreiben. Der Vertrag mit dem bisherigen Stadtbusbetreiber läuft Ende des Jahres 2017 aus. SPD und die Gewerkschaft Verdi fordern eine Direktvergabe an das kreisangehörige Unternehmen KVH. Die FDP-Fraktion bevorzugt eine Ausschreibung. Der Busanbieter habe es geschafft, die Zufriedenheit der Fahrgäste zu verbessern. (sta)

Landkreis Alzey-Worms will Müllabfuhr ausschreiben

ALZEY/WORMS. Die Müllabfuhr im Landkreis Alzey-Worms soll auch künftig von einem privaten Unternehmen ausgeführt werden. Nach der Prüfung einer interkommunalen Zusammenarbeit sowie der Übernahme der Müllabfuhr in Eigenregie haben dies der Kreis- und Werksausschuss des Kreistag

Behörden Spiegel

Unabhängige Zeitung für den Öffentlichen Dienst

32. Jahrgang

Berlin und Bonn / Oktober 2016

www.behoerderspiegel.de

Viele Punkte noch offen

Forum vergabe zieht Reform-Bilanz

(BS/Jörn Fieseler) Bei den diesjährigen forum-vergabe-Gesprächen in Fulda waren sich alle einig: Mit der Reform der Oberschwellenvergabe und der Umsetzung der EU-Richtlinien wurde vieles erreicht. Es zeigt sich aber auch: In vielen Detailfragen fehlen noch praktische Erfahrungen. Und manchen ist die bisherige Reform nicht weit genug gegangen.

Die Erfahrungen mit dem neuen Vergaberecht bei europaweiten Ausschreibungen halten sich noch in Grenzen. Wahrscheinlich deshalb, weil sämtliche öffentlichen Auftraggeber ihre Bekanntmachungen vor dem 18. April 2016 veröffentlicht haben, um noch nach altem, bekanntem Recht ausschreiben zu können. Dennoch: "Bundestag und Bundesrat haben jetzt auf Vorschlag des BMWi ein starkes Gesetz geschaffen – der gesamte Ablauf des Vergabeverfahrens wird dort erstmals von der Leistungsbeschreibung bis zum Zuschlag vorgezeichnet", erklärt *Dr. Thomas Solbach*, Leiter des Referats Öffentliche Aufträge und Immobilienwirtschaft im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Es sei richtig, dass das Vergaberecht nun erwachsen geworden sei, zitierte *Solbach Prof. Dr. Martin Burgi*. "Durch diese Modernisierung hat der Gesetzgeber eine bessere Struktur des Vergaberechts und vor allem mehr Rechtssicherheit erreicht. Künftig wird die Kommunikation im Vergabeverfahren digitalisiert. Dadurch werden die Vergabeverfahren auch schneller und effizienter. Ökologische, soziale und innovative Aspekte spielen eine immer stärkere Rolle bei Vergaben. Gesetz und Verordnung zeigen die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen der Berücksichtigung dieser Aspekte auf."

Ein weiteres Augenmerk legte *Solbach* auf die Statistikverordnung. "Wir haben die rechtlichen Grundlagen für eine bundesweite Vergabestatistik geschaffen. Damit wird es erstmals möglich, valide Daten für die Auftragsvergabe in Deutschland zu sammeln." Auch sein Amtskollege aus dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, *Reinhard Janssen*, zog Bilanz. Er verteidigte den Fortbestand der VOB/A, die im Zusammenspiel mit den Teilen B und C zu sehen sei. "Diese drei Teile greifen ineinander und es bestand die Sorge, wenn diesem Trio der Kopf abgeschlagen werden würde, würde alles zusammenfallen", berichtete *Janssen*. Zugleich erläuterte der Ministerialrat, dass zwar der Submissionstermin in der VOB/A in seiner bisherigen Form zugunsten einer elektronischen Mitteilung an die Bieter ersetzt wurde. Dennoch könne der Auftraggeber freiwillig Bieter zur Angebotsöffnung zulassen. "Wir haben den Submissionstermin aus praktischen Erwägungen angepasst, als organisatorische Erleichterung für die Vergabestellen." Allerdings müsse diese Entscheidung in der Bekanntmachung



angekündigt werden. Im Gegenzug betonte *Norbert Portz*: "Der Rechtfertigungsdruck für die VOB/A wird größer." Auch zog der Beigeordnete des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB) Bilanz (siehe Seite 8 in dieser Ausgabe). Auch für Rechtsanwalt *Malte Müller-Wrede*, Gründer der gleichnamigen Berliner Kanzlei, war die diesjährige Vergaberechtsreform aufgrund systembedingter Änderungen zwar ein großer Wurf, der aber mit Blick auf die VOB/A erst bei der nächsten Reform abgeschlossen werde. Zum Entwurf der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sagte *Solbach*: "Einerseits müssen die Erleichterungen aus der Oberschwellenvergabe übernommen werden, andererseits sollen die jetzigen Gestaltungsspielräume aus der VOL/A erhalten bleiben." Und strukturell sollte die UVgO weitestgehend der Vergabeverordnung angeglichen werden. Anspruch des BMWi ist es, ein Regelwerk zu schaffen, das in Bund und Ländern gleichermaßen gültig ist und einheitlich angewendet wird. Dabei stellte sich aus *Janssens* Sicht bei der VOB/A vor allem die Frage nach der Wahl-

möglichkeit der Verfahrensarten. Während oberhalb der Schwelle zwischen offenen und nicht-offenen Verfahren gewählt werden könne, gelte im Baubereich unterschwellig der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung. Ob die Wahlfreiheit auch im Unterschwellenbereich einzuführen sei, sei auch mit Blick auf die Vorgaben des Haushaltsrechts zu prüfen. Die Bundeshaushaltsordnung verlangt, dass dem Abschluss eines Vertrages eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss. Für den Beigeordneten *Portz* geht die UVgO dabei noch nicht weit genug. Er stellte die Frage, warum im Unterschwellenbereich nicht auch die neu bezeichnete Verhandlungsvergabe (früher freihändige Vergabe) zur Auswahl stünde. Die Flexibilität in diesem Bereich müsse auf jeden Fall gewahrt bleiben. Eine Forderung, die *Dr. Helmut Wimer* von der Hochtief AG nur unterstützen kann: "Die Regeldichte darf nicht zulasten der Flexibilität zunehmen." Viele Details seien begrüßenswert, die Praxis benötige jedoch noch Zeit, wie beispielsweise bei der finanziellen Eignungsleiste und der Frage der Haftungsübernahme. Müsse diese durch das beliehene Unternehmen getragen werden oder durch den Hauptbieter? Am Ende werden wohl die Nachprüfungsinstanzen entscheiden müssen.

Widerstand gegen das Vorhaben kam zuletzt aus Bayern und Hamburg. Zunächst beschäftigt sich nun die Bundesregierung mit der Länderinitiative. Sie wird den Gesetzentwurf dann zusammen mit ihrer Stellungnahme an den Bundestag zur Entscheidung weiterleiten. Feste Fristen für die Beratung im Bundestag gibt es nicht.

(Redaktion beck-aktuell, 7.11.2016)

Veranstaltungsbericht

18. forum vergabe Gespräche, Fulda

Die 18. forum vergabe Gespräche vom 28.-30.9.2016 standen im Zeichen der jüngsten Vergaberechtsreform. In seinem einleitenden Vortrag zeigte Professor *Dr. Gerhard Hamerschmidt*, Berlin, den Zusammenhang zum fortlaufenden Prozess der Verwaltungsmodernisierung auf.

Das neue Vergaberecht kommt erst allmählich in der Praxis an, da viele Auftraggeber Vergabeverfahren noch nach Altrecht eingeleitet haben. Für das BMWi erläuterte *MinR Dr. Thomas Solbach*, Berlin, als Ziel des VergModG die Normierung wesentlicher Verfahrensschritte in einem „starken Gesetz“. Zweifelsfragen bei der EEE werden durch einen Leitfaden behoben (mittlerweile auf der Website des BMWi veröffentlicht). Die Pflicht zur elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen dient der Rationalisierung der Beschaffungsprozesse und gelte auch bei den zweistufigen Verfahren (anders § 17 KonzVGv). Allerdings zeigte sich bei der Diskussion, dass der anonyme Abruf von Vergabeunterlagen (§ 41 VgV) für die Auftraggeber mit Problemen verbunden ist. Die Praxis nutzt daher verstärkt die Vorinformation (§ 38 VgV). Der Unterschwellenbereich soll durch die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO, zurzeit Entwurf), umgesetzt durch das jeweilige Haushaltsrecht, abgedeckt werden. Für den Deutschen Städte- und Gemeindebund (*Norbert Portz*, Bonn) setzt dies voraus, dass die Begrifflichkeiten der UVgO nicht indirekt zu einer Erstreckung auf Eigengesellschaften führen und es nicht zu einem Flickenteppich von unterschiedlichen Länderregelungen kommt. *MinR Reinhard Janssen* (BMBU) warb für die oft kritisierte Beibehaltung der VOB/A, da im Baubereich die Teile der VOB ineinander wirken und ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. Der Ausschluss wegen Schlechtleistung (§ 124 I Nr. 7 GWB) sei richtigerweise dahin zu verstehen, dass ein behaupteter Schadensersatzanspruch nicht genügt (es muss entweder zur Zahlung oder zu einer gerichtlichen Feststellung gekommen sein). Praktische Probleme bestehen auf Grund der Nebenangebote- und Schulnoten-Rechtsprechung bei der Formulierung von Qualitätskriterien für (teil-)funktionale Ausschreibungen (*RA Malte Müller-Wrede*, Berlin). Sie können zu nicht sachangemessenen Hindernissen für „Innovationsvergaben“ (*Professor Dr. Martin Burgi*, München) führen. Als nicht befriedigend wurde auch das Zusammenspiel mit dem Förderrecht bei Verkehrsunternehmen empfunden, die als Förderempfänger härteren Anforderungen unterliegen als ein Sektorenauftraggeber.

Im Workshop zur „Reform des Vergaberechts“ zeigte sich, dass das Vergaberecht „erwachsen geworden“ ist (*Burgi*), aber Nachjustierbedarf durch Gesetzgeber und Rechtsprechung (auch zur Steigerung der Anwenderfreundlichkeit) besteht. Der Workshop „Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit“ erörterte Besonderheiten dieses Marktbereichs. Sie führen auf Auftraggeberseite zu dif-

ferenzierten Beschaffungsstrategien. Großverfahren sind oft mit gegenläufigen Zielen überfrachtet (*Professor Dr. Michael Eßig*, München). Durch die konsequente Organisation von Wettbewerb lassen sich Beschaffungsoptimierungen erreichen (*Norbert Dippel*, Bonn), mit Kosteneinsparungen um circa ein Drittel (gegenüber Selbstkostenpreisen). Nachprüfungsverfahren im Verteidigungsbereich scheitern oft am faktischen Erfordernis der VS-Ermächtigung (*RA Dr. Marc Gabriel*, Berlin). Über das Spannungsfeld zwischen Mindestlohn und Tariftreue informierte ein weiterer Workshop. Das weitere Schicksal der Mindestlohnregelungen neben dem MiLoG erscheint noch offen (*RA Dr. Lutz Horn*, Frankfurt a.M.). Der durch das MiLoG bewirkte Arbeitnehmerschutz hat für das VG Düsseldorf (NZBau 2015, 643) die Rechtfertigungsanforderungen an die Pflicht zur Tariftreue im ÖPNV erhöht (*RiVG Dr. Franziska Hütte*, Düsseldorf).

Den International Public Procurement Award 2016 erhielt *Dr. Severin Klinkmüller* für seine Dissertation zur grenzüberschreitenden gemeinsamen Auftragsvergabe.

Beim Thema „Vergaberecht und Arbeitsrecht – Konflikt oder Gleichlauf“ wurde auf Bruchlinien zwischen Vergaberecht und Arbeitsrecht im Vorlagebeschluss der VK Südbayern (Beschl. v. 8.4.2016 – Z3-3-3194-1-57-11/15, BeckRS 2016, 44458) zur Direktvergabe von Altersvorsorgeleistungen hingewiesen (Vorsitzender der VK Südbayern *Matthias Steck*). Nicht völlig stringent ist für die Praxis auch die Rechtsprechung zu arbeitnehmerschutzbezogenen Ausführungsbedingungen, zB Pausenzeiten (*Winfried Hühn*, Bonn). Die Überleitung von Arbeitsverhältnissen in § 131 III GWB wirft zahlreiche praktische Probleme auf (unter anderem zu relevanten Zeitpunkten und Mitwirkungspflichten des Altbetreibers, dazu *Bayreuther*, NZBau 2016, 459). Hier versprechen sich die Beteiligten Klärungen durch eine tarifvertragliche Regelung. Die Tagung schloss mit Erfahrungen und Bewertungen zum neuen Konzessionsvergaberecht, in dem die Laufzeitbeschränkungen praktische Probleme verursachen, das aber auch für neue Anwendungsfelder sorgt (zB Vermietung von Läden in Flughäfen). Eine Konzessionsvergabe ist im KrW-/AbfG nicht ausgeschlossen (*Burgi*).

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Stephen Lampert, München

Veranstaltungshinweise

forum vergabe e.V.

22.11.2016, Berlin
Vergaben im Sozialwesen

29.11.2016, Berlin
Vergaberecht 2016

Weitere Seminare, Informationen und Anmeldung unter:
www.forum-vergabe.de

ARGE baurecht im DAV

10./11.3.2017, Potsdam
49. Baurechtstagung

Weitere Informationen und Anmeldung unter
<http://arge-baurecht.com>

NZBau 2016, Heft 11 IX



Inmitten der Reform

Die 18. forum vergabe Gespräche – Der aktuelle Tagungsbericht



Rechtsanwältin Oliver Hattig, Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte, Köln

Die diesjährigen 18. Gespräche des forum vergabe blickten zurück und schauten nach vorn. Der Blick ging zurück auf knapp sechs Monate neues Vergaberecht, der Blick voraus reichte zur vermutlich Anfang 2017

geltenden Unterschwellenvergabeordnung. Die renommierte Tagung, die vom 28. bis 30.9.2016 wieder in Fulda Quartier machte, bezog also Position inmitten einer vollzogenen und einer anstehenden Reform. Der aktuelle Tagungsbericht.

Erste Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht

„Erste Erfahrungen mit dem reformierten Vergaberecht“ – so war dann auch die Podiumsdiskussion am Vormittag des ersten Tagungstages (29.9.) überschrieben. Echte Erfahrungen waren noch Mangelware – offenbar haben viele öffentliche Auftraggeber ihre anstehenden Beschaffungen noch vor dem 18. April 2016 – dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Vergaberechts – auf den Weg gebracht, so lautete zum Beispiel die Einschätzung von Norbert Portz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DSIGB).

Unter der Moderation von Richter Jörg Wiedemann (OLG Naumburg) saßen neben Portz Ministerialrat Dr. Thomas Solbach, der Leiter des Referats Öffentliche Aufträge und Immobilienwirtschaft im Bundeswirtschaftsministerium (BMWi), Ministerialrat Reinhard Janssen vom Bundesbauministerium (BMUB), Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede (Berlin) und Dr. Helmut Wimer (Hochschule AG, Essen) auf dem Podium, um ein Resümee der Reform zu formulieren.

„Wir haben viel erreicht!“

„Aus Anbietersicht kann ich Ihnen sagen, wir haben viel erreicht!“, die Einschätzung Dr. Wimers dürfte common sense unter den Teilnehmern gewesen sein. Zu Beginn seines Vortrags machte auch Norbert Portz dem Gesetzgeber ein Kompliment für die fristgerechte Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – dies hätten gerade einmal die Hälfte der EU-Mitgliedstaaten zu Wege gebracht. Dr. Solbach vom BMWi, für die Reform federführend verantwortlich, zeigte sich

ebenfalls zufrieden: „Bundestag und Bundesrat haben auf Vorschlag des BMWi ein starkes Gesetz geschaffen – der gesamte Ablauf des Vergabeverfahrens wird dort erstmals vorgezeichnet“, so Dr. Solbach. Durch die Modernisierung habe der Gesetzgeber eine bessere Struktur des Vergaberechts und vor allem mehr Rechtssicherheit erreicht. Die Vergabeverfahren würden zukünftig digitalisiert, dadurch würden die Verfahren schneller und effizienter. Ökologische, soziale und innovative Aspekte spielten eine immer stärkere Rolle bei Vergaben. Das novellierte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die neue Vergabeverordnung (VgV) zeigten die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen der Berücksichtigung dieser Aspekte auf, betonte Dr. Solbach. Er wies u.a. darauf hin, dass man durch die ebenfalls beschlossene Statistikverordnung die rechtlichen Grundlagen für eine bundesweite Vergabestatistik geschaffen habe. „Damit wird es erstmals möglich, valide Daten über die Auftragsvergabe in Deutschland zu erhalten!“

„Dreiteiliger VOB darf man nicht den Kopf abschlagen“

Während Norbert Portz im Laufe der Veranstaltung noch mahnen sollte: „Der Rechtfertigungsdruck für die VOB/A wird größer!“, verteidigte Ministerialrat Reinhard Janssen (BMUB) den Fortbestand der VOB/A über die jüngste Strukturreform hinaus. Die Besonderheit der VOB liege darin, dass sie nicht nur über einen Teil A, sondern auch über die Teile B und C verfüge – und erst die Zusammenschau aller drei Teile eine vertragsgerechte Leistung erlaube. Dieses dreiteilige System könne jedoch nicht wei-

tergeführt werden, so Janssen, wenn ihm sozusagen der Kopf abgeschlagen würde.

Mit der neuen Pflicht des Auftraggebers, u.a. bereits in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse angeben zu müssen, unter der die Vergabeunterlagen „unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt“ abgerufen werden können (§ 41 Abs. 1 VgV), sprach Janssen ein Thema an, das reichlich Diskussionsstoff bringt. Gerade bei zweistufigen Vergabeverfahren – mit vorherigem öffentlichem Teilnahmewettbewerb – bewirke dies eine veränderte Organisation der Vergabeverfahren, so Janssen. Das habe durchaus für Irritationen gesorgt und den ein oder anderen „überrascht“. Janssen wies auch darauf hin, dass die VOB/A künftig keinen eigenen Termin zur Öffnung der Angebote vorsehe, an dem die Bieter teilnehmen dürfen. Da die gesetzgeberische Motivation für die Änderung aber vor allem eine „organisatorische Erleichterung“ gewesen sei, sei es aus seiner Sicht zulässig, dass Vergabestellen die Bieter auf freiwilliger Basis zur Angebotsöffnung zulassen, wenn dies vorher entsprechend bekannt gemacht werde.

„Die Abschaffung der Kaskade ist nur unvollkommen gelungen!“

„Das GWB ist erwachsen geworden!“ betrachtete Norbert Portz (DSIGB) mit Blick auf die gewachsene Bedeutung des Vergaberechts im GWB die Reform auch als Reifeprüfung. Aus Sicht der Kommunen seien viele durch die Reform geschaffenen Regelungen zu begrüßen, so Portz, der insgesamt vor allem das erreichte Mehr an Rechts- und Gestaltungssicherheit hervorhob. Viele Fragen blieben jedoch offen, so Portz. Er kritisierte vor allem die neue Struktur des Vergaberechts, die sehr komplex geblieben und nach wie vor wenig übersichtlich sei. Die Vorschriften zum Verfahrensablauf müssten nunmehr auf zwei Ebenen gesucht werden: „Ein System, was im GWB und was in der VgV steht, ist nicht ohne Weiteres erkennbar!“, monierte Portz, der von einem „Zwei-Arme-Recht“ bzw. sogar von einem „Drei-Arme-Recht“ sprach, wenn man die VOB/A noch hinzunehme. Der Abschied von der Kaskade sei daher nur unvollkommen gelungen, bilanzierte Portz.

Auch Dr. Wimer, der insgesamt ebenfalls ein positives Resümee der Reform zog, wies darauf hin, dass in Deutschland eine Regelungsdichte erreicht sei, die in anderen Ländern häufig ihresgleichen suche. So sei es nicht unbedingt sinnvoll, Auf-

**Das forum vergabe bedankt sich bei allen Sponsoren
für die Unterstützung der forum vergabe Gespräche 2016**

ALLEN & OVERY

AULINGER
RECHTSANWÄLTE | NOTARE


avocado
rechtsanwälte

BAKER & MCKENZIE

 **15 JAHRE**
beck-online
DIE DATENBANK

 **BEITEN BURKHARDT**

 **bi medien**

BLOMSTEIN

BOESEN
RECHTSANWÄLTE

 **Bundesanzeiger**
Verlag

C L I F F O R D
C H A N C E

C/M/S'
Law . Tax

 **Deutsche**
eVergabe 

F P S 
Ihre Kanzlei, Ihr Partner.

Gleiss Lutz



GÖHMANN

RECHTSANWÄLTE · NOTARE

GW Graf von Westphalen

GSK STOCKMANN
+ KOLLEGEN



HAVER & MAILÄNDER
RECHTSANWÄLTE

HENGELER MUELLER

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

HFK  RECHTSANWÄLTE



K&L GATES



LANGWIESER |
RECHTSANWÄLTE

OPPENLÄNDER
RECHTSANWÄLTE



wegweiser®

 Wolters Kluwer

 ZIRNGIBL

ALLEN & OVERY



Expertise im Vergaberecht

Allen & Overy LLP ist eine internationale Anwaltsgesellschaft mit 530 Partnern und ca. 5.200 Mitarbeitern weltweit. Durch unser internationales Netzwerk mit 44 Standorten auf fünf Kontinenten sind wir in der Lage eine nahtlose Beratung in allen relevanten Praxisbereichen zu bieten. In Deutschland sind wir mit vier Büros und insgesamt 220 Rechtsanwälten vertreten.

Im Bereich des Vergaberechts verfügt das Team um Dr. Olaf Otting über langjährige Erfahrung und breite Expertise. Wir beraten sowohl Bieter in Vergabeverfahren als auch Banken bei der Finanzierung öffentlich ausgeschriebener Projekte. Für öffentliche Auftraggeber strukturieren wir komplexe Vergabeverfahren. Wir beraten öffentliche Versorgungsunternehmen, Unternehmen im privaten Sektor und bei ÖPP-Projekten.

Unser Team verfügt über umfangreiche Erfahrung im Bereich der regulierten Industrien, insbesondere im Energie-, Infrastruktur- und Verkehrssektor sowie im Bereich der Verteidigung, des Gesundheitswesens und der Immobilienwirtschaft. Wir beraten bei der Umsetzung neuer europarechtlicher Regulierungsansätze und führen Grundsatzverfahren. Durch das internationale Netzwerk der Kanzlei können wir auch grenzüberschreitende Großprojekte leiten.



Dr. Olaf Otting

Partner – Frankfurt am Main

Tel +49 69 2648 5466

olaf.otting@allenoverly.com

Allen & Overy LLP in Deutschland: Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | München

© Allen & Overy LLP 2016

www.allenoverly.de



avocado rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte sind ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel. avocado rechtsanwälte gehören in Deutschland zu den führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien mittlerer Größe und bieten als Full-Service-Kanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen. Die Praxisgruppe „öffentliches Vergaberecht“ deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Energierecht, Kartellrecht, Europäisches Beihilferecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte am Kölner sowie Berliner Standort, wo ein Team erfahrener Vergaberechtler zur Verfügung steht. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft, des ÖPNV, des Gesundheitswesens und Rettungsdienstes, der Wirtschaftsförderung, der Freizeit- und Tourismusindustrie, der Ausschreibung von IT-Leistungen, Energieliefer- und Contracting-Leistungen, Reinigungsleistungen, Lieferleistungen und Infrastrukturmaßnahmen sowie im Rahmen von PPP-Projekten. Die Vergaberechtler werden bei ihrer Tätigkeit oft von anderen Teams unterstützt, namentlich aus dem Fachbereich Immobilienwirtschaftsrecht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten sowie Immobilientransaktionen und Projektentwicklung/Anlagenbau verfügen.

Kontakt:

Markus Figgen

Dr. Klaus Greb

Dr. Rebecca Schäffer, MJI

Dr. Bettina Ruhland

Telefon: 0221 / 39 07 11 13

E-Mail: koeln@avocado.de

Internet: www.avocado.de

Wir werden immer dann gefragt, wenn es besonders anspruchsvoll wird.

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 bei uns die Regel, nicht die Ausnahme. Die Arbeit in unserem dynamischen Team ist durch herausfordernde Mandate mit oftmals starkem internationalen Bezug und sehr hohen Transaktionsvolumina gekennzeichnet.

Unser Vergaberechtsteam berät umfassend und auf höchstem Niveau zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen. Neben der Vertretung von Unternehmen und Auftraggebern in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren zählen dazu auch Privatisierungen sowie strukturierte Bieterverfahren und Beteiligungsveräußerungen der öffentlichen Hand. Dabei sind wir durch Veröffentlichungen, Vorträge und richtungsweisende Rechtsschutzverfahren stets an der Entwicklung des Vergaberechts 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 zählt heute mit mehr als 4.200 Anwälten an 77 Standorten zu den größten und leistungsstärksten Anwaltssozialitäten der Welt. An unseren Standorten in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 200 Anwälte mit ausgewiesener fachlicher Expertise und internationaler Erfahrung die Interessen der Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über die Grenzen hinaus.

**Ihr Ansprechpartner: Baker & McKenzie
Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern mbB**

Dr. Marc Gabriel, LL.M.
Friedrichstrasse 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 22 00 281 720
Marc.Gabriel@bakermckenzie.com

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Steuerberatern mbB 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. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.



beck-online.DIE DATENBANK

beck-online (www.beck-online.de) ist DIE DATENBANK für Anwälte, Notare, Gerichte, Justiziarer, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer sowie Hochschulen in Beck'scher Qualität und Aktualität. Praktiker erhalten ein spezialisiertes Angebot über die gesamte Bandbreite der Rechtsgebiete – vom Arbeitsrecht bis zum Zivilrecht. Seit dem Start von beck-online im Mai 2001 verfolgt die Datenbank das eigens entwickelte Konzept der **Fachmodule**. Dabei abonniert der Nutzer zu festen Preisen gebündelte Inhalte, die zu seinem Anwendungsbereich passen. Die Portale „Steuern & Bilanzen“ (www.steuern.beck.de) und das beck-personal-portal (www.beck-personalportal.de) sowie die eBibliothek für Studenten bieten besonders umfassende Arbeitshilfen für diese Zielgruppen.

Warum online arbeiten?

Aufwendige Recherchen lassen sich mit beck-online **schnell und effizient** erledigen. Gesucht wird in einem bestimmten Werk, in allen Werken eines Moduls oder über die gesamte Datenbank, nach Schlagwort, Gericht, Datum, Aktenzeichen etc.; beck-online macht seine Benutzer unübertroffen schnell – selbst in vertrauten Gesetzen.

Und darum mit beck-online

Der große Vorteil von beck-online gegenüber anderen juristischen Datenbanken liegt in der hohen Anzahl an Kommentaren und Handbüchern, die mit weiteren Quellen – Urteilen, Formularen, Arbeitshilfen sowie Gesetzen und Zeitschriften – **unmittelbar verlinkt** sind. Erklärtes Ziel von beck-online ist es, vor allem den Rechtspraktikern eine Arbeitserleichterung zu schaffen und nicht einfach das gesamte rechtswissenschaftliche Printprogramm mit Lehrbüchern und Monographien vollständig abzubilden.

Das bewährte Modulkonzept

Rund 250 Fachmodule stehen mittlerweile zur Auswahl. Inhaltliche Schwerpunkte der nach Rechtsgebieten aufgebauten Fachmodule sind die **renommierten Kommentare** sowie die Rechtsprechung. Darüber hinaus enthalten die Module alle Materialien, die der Rechtspraktiker benötigt: Gesetze, Zeitschriften, Handbücher, Formulare und zusätzliche Inhalte von rund 50 Kooperationspartnern. Zudem enthält beck-online den neuen beck-online.GROSSKOMMENTAR (BeckOGK) sowie 65 spezielle Online-Kommentare (BeckOK), in denen Autoren die tägliche Flut von Entscheidungen selektieren und aktuell kommentieren. Diese sind **exklusiv** nur über beck-online zugänglich.

Über den Verlag C.H.BECK

C.H.BECK ist der führende juristische Fachverlag in Deutschland. Mit rund 9.000 lieferbaren Werken, über 70 Fachzeitschriften und einer jährlichen Produktion von bis zu 1.500 Neuerscheinungen und aktualisierten Neuauflagen zählt C.H.BECK zugleich zu den großen Buch- und Zeitschriftenverlagen hierzulande. C.H.BECK pflegt alle denkbaren Publikationsformen: große mehrbändige Werke für Spezialisten, preiswerte Broschüren für ein breites Publikum, fortlaufend aktualisierte Loseblattwerke, Lehrbücher, Apps sowie die umfangreiche juristische Datenbank beck-online. Im Web 2.0 ist das traditionsreiche Verlagshaus u. a. mit der beck-community (www.beck-community.de) vertreten. Unter dem Dach der BeckAkademie veranstaltet C.H.BECK jährlich mehrere hundert Fortbildungen in den Bereichen Recht und Steuern. Mit dem beck-stellenmarkt unterhält der Verlag Deutschlands größte Jobbörse für Juristen. C.H.BECK wurde 1763 von Carl Gottlob Beck gegründet und befindet sich in 7. Generation in Familienbesitz.



BLOMSTEIN



Boutique für regulatorische Rechtsberatung, Wettbewerbs- und Kartellrecht

Wir verbinden den hohen Qualitätsanspruch und die langjährige internationale Erfahrung in einer führenden Großkanzlei mit der Flexibilität und Effizienz einer Boutique. Die Entwicklung ergebnisorientierter Lösungen, unternehmerisches Denken und eine effiziente Mandatsführung gehören zu unseren Stärken.

Vergaberecht

Wir begleiten unsere Mandanten in allen Phasen eines Vergabeverfahrens – von der Planung bis zum Zuschlag – ebenso wie bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags. Dabei profitieren unsere Mandanten von unserer weitreichenden Erfahrung aus der Beratung von öffentlichen Auftraggebern und Bietern in verschiedensten Bereichen, von IT bis hin zum Verteidigungssektor.

Ansprechpartner: Dr. Pascal Friton, Dr. Roland M. Stein

BLOMSTEIN Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB Oranienburger Str. 66 10117 Berlin www.blomstein.com

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 11 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte konzentriert ihre Tätigkeit bewußt auf ausgewählte Beratungsschwerpunkte. Aufgrund dieser Spezialisierung ist die Kanzlei in der Lage, die Erwartungen ihrer Mandanten auch bei äußerst komplexen Fragestellungen zu erfüllen. Dabei werden die Projekte in den Beratungsschwerpunkten stets ganzheitlich bearbeitet. So bildet sich bei jeder neuen Aufgabe regelmäßig ein Team aus Anwälten mit Erfahrung, rechtlichen Spezialkenntnissen und wirtschaftlichem Sachverstand, um den Erfordernissen des Projekts und den Wünschen der Mandanten in jeder Hinsicht gerecht zu werden.

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.

Speziell im Fachbereich Vergabe bietet der Verlag ein umfassendes Programm von Kommentaren über Praxisratgeber, Zeitschriften, Formularen, Datenbanken und Veranstaltungen.

Selbstverständlich ist das komplette Produkt-Portfolio auch digital erhältlich!



VergabePortal

Das komplette Vergabe-Fachwissen in einer Datenbank!



**Bundesanzeiger
Verlag**

www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe

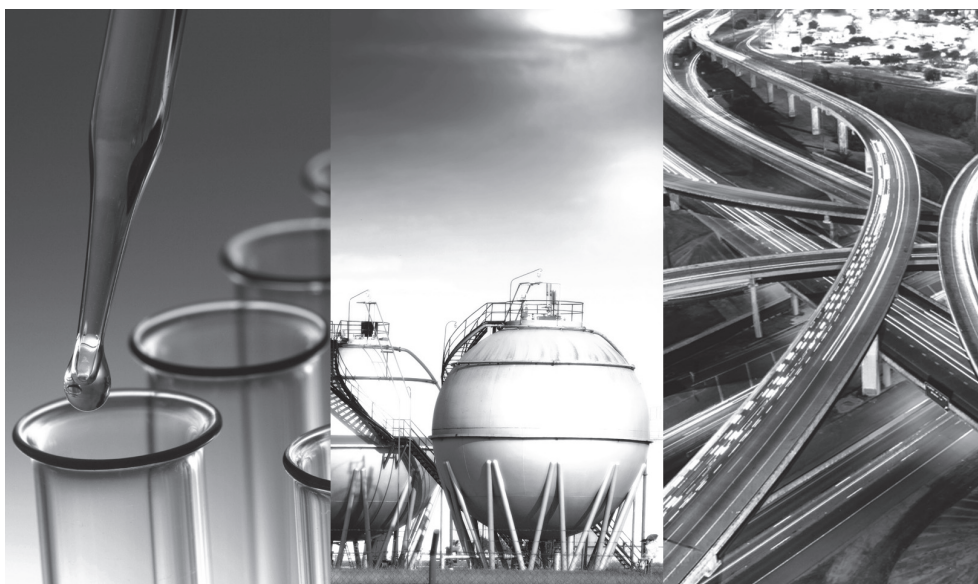
Ihr Kontakt im Vergaberecht:

Vergabe

Tel. (02 21) 9 76 68-240 · Fax (02 21) 9 76 68-271

E-Mail: vergabe@bundesanzeiger.de

Bundesanzeiger Verlag GmbH, Amsterdamer Str.
192, 50735 Köln



Clifford Chance, eine der weltweit führenden Anwaltssozialitäten, ist für ihre Mandanten mit 35* Büros in allen wesentlichen Wirtschaftszentren der Welt tätig. In Deutschland ist Clifford Chance mit rund 300 Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors in Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten.

Schwerpunkt Vergaberecht

Clifford Chance verfügt über eine langjährige Tradition in der vergaberechtlichen Beratung. Im Rahmen nationaler und europaweiter Vergabeverfahren begleiten wir sowohl Bieter und Bieterkonsortien als auch öffentliche Auftraggeber. Mit den spezifischen Zielsetzungen und den internen Entscheidungsabläufen beider Seiten sind wir daher bestens vertraut. Dies ermöglicht es uns, nicht nur juristisch maßgeschneiderte Lösungen anzubieten, sondern auch taktisch zielführende Erwägungen in die Beratung einzubeziehen, um das jeweilige Projekt rechtssicher sowie wirtschaftlich und politisch erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

Die Schwerpunkte unserer Tätigkeit liegen in der vergabe- und vertragsrechtlichen Beratung von Mandanten aus dem Healthcare-Sektor, insbesondere dem Pharma- und Hilfsmittelbereich, sowie aus der Energiebranche. Darüber hinaus beraten wir Mandanten bei der Realisierung großer Infrastruktur-, Bau- und PPP-Projekte. Wir vertreten unsere Mandanten vor den Vergabenachprüfungsinstanzen und haben bereits mehrfach Grundsatzentscheidungen, insbesondere im Healthcare-Sektor, erstritten.

Zahlreiche Anwälte unserer Sozietät sind aktive Mitglieder von Expertenrunden oder Lehrbeauftragte an deutschen Hochschulen. Sie publizieren und referieren regelmäßig zu vergaberechtlichen Themen.

Ansprechpartner:

RA Steffen Amelung
 steffen.amelung@cliffordchance.com
 Tel.: +49 69 7199-1593
 www.cliffordchance.com

C L I F F O R D
C H A N C E

*einschließlich einer Kooperation mit Linda Widyati & Partners in Jakarta.

The background of the advertisement is a black and white photograph of several coconuts. Some are whole, while others are cracked open, revealing the white coconut meat and the clear coconut water inside. The coconuts are arranged in a way that creates a sense of depth and texture.

Your World First

C/M/S/
Law . Tax

Mit uns knacken Sie jedes Thema. Auch Vergaberecht.

Mit über 600 Rechtsanwälten, Steuerberatern und Notaren ist CMS in Deutschland eine der führenden Anwaltssozialitäten auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts. Wir verfügen über acht Büros an allen großen deutschen Wirtschaftsstandorten. Mit mehr als 20 im Vergaberecht spezialisierten Rechtsanwälten sind wir immer in Ihrer Nähe und in der Lage, auch größte Beschaffungsprojekte zu gestalten, umzusetzen und zu begleiten. Wir beraten öffentliche Auftraggeber bei der rechtssicheren Gestaltung und Durchführung von Vergabeverfahren und Bieter bei der erfolgreichen Bewerbung um öffentliche Aufträge. Zu unserem Leistungsspektrum gehört selbstverständlich auch die Vertretung in Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren.

“ ... das Team [überzeugt] mit 'qualitativ hochwertiger Arbeit' ...
The Legal 500 Deutschland, 2016

Ihr Ansprechpartner:

Dr. Volkmar Wagner
Rechtsanwalt | Partner
T +49 711 9764 164
E volkmar.wagner@cms-hs.com
cms.law

Gleiss Lutz

“Gleiss Lutz has an excellent reputation in public law and public procurement.”

Chambers Europe 2016

Gleiss Lutz ist eine der anerkannt führenden, international tätigen Anwaltskanzleien Deutschlands. Im Vergaberecht bietet sie innovative, auf die Ziele der Mandanten zugeschnittene Lösungen, die nicht nur auf ausgeprägter juristischer Kompetenz, sondern auch auf Kenntnis der politischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge beruhen. Als Full Service-Kanzlei verfügt Gleiss Lutz über Experten aus allen weiteren Rechtsgebieten, die mit der vergaberechtlichen Beratungspraxis verknüpft sind, etwa dem Immobilien- oder Beihilferecht. Damit begleitet die Kanzlei öffentliche Auftraggeber und Bieter in komplexen Projekten. Pluspunkt der Praxis ist zudem ihre umfassende Erfahrung in streitigen Verfahren, die das richtige Gespür für die Rechtsmittelanfälligkeit von Entscheidungen gewährleistet.

Ihre Ansprechpartner

Dr. Andreas Neun
T +49 30 800979-202
E andreas.neun@gleisslutz.com

Dr. Marco König
T +49 711 8997-421
E marco.koenig@gleisslutz.com



Die Kanzlei

Als Experte für Wirtschaftsrecht betreut GÖHMANN die öffentliche Verwaltung. Verbände, Versicherungen, Banken, mittelständische Unternehmen und internationale Konzerne. Mehr als 90 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare bringen ihre jahrzehntelange Erfahrung und ihr breitgefächertes Spezialwissen in das Team der Partnergesellschaft ein. GÖHMANN ist mit Büros in Berlin, Braunschweig, Bremen, Frankfurt am Main, Hannover, Magdeburg und Barcelona standortübergreifend breit aufgestellt. GÖHMANN ist unabhängig und zählt zu den 30 größten deutschen Wirtschaftskanzleien. Zudem ist GÖHMANN Mitglied im internationalen Netzwerk Globalaw mit rund 90 Kanzleien an mehr als 160 Standorten weltweit.

Kompetenzen im Vergaberecht

Auf das Vergaberecht sind insgesamt acht Anwälte spezialisiert. Seit mehr als 15 Jahren verfügen die Experten für Vergaberecht von GÖHMANN über Erfahrung und Expertise auf diesem Rechtsgebiet. In der vergaberechtlichen Dramaturgie von Vorbereitung und Durchführung, Verhandlung mit Bietern bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens und der sich anschließenden Vertragsdurchführung arbeiten Vergabe-Anwälte von GÖHMANN in allen Stadien eng mit ihren Mandanten in ihrer Funktion als mit dem Auftraggeber synchronisierte Projektextperten zusammen. Zu den Auftraggebern der öffentlichen Hand zählen unter anderem Ministerien, Kommunen, kommunale GmbH und Behörden.

Ausgewählte Referenzen im Vergaberecht

- Durchführung eines europaweiten Verhandlungsverfahrens zur Vergabe von Generalplanerleistungen für ein öffentliches Versorgungsunternehmen
- Beratung einer Universität bei der Vergabe von Bauleistungen zur Errichtung eines Forschungszentrums
- Durchführung eines europaweit ausgeschriebenen Verhandlungsverfahrens zur Privatisierung des IT-Desktopmanagements des Landes Niedersachsen



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 280 Rechtsanwälten in Berlin, Essen, Frankfurt am Main, Hamburg, 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 2012/2013). Im Jahr 2013/2014 ist das Team von der JUVE-Fachredaktion nach 2008 erneut mit dem Titel „Kanzlei des Jahres für Vergaberecht“ ausgezeichnet worden.

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 5 im Vergaberecht und Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2016/2017).

Ansprechpartner:

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Dr. Lutz Horn

Neue Mainzer Straße 69-75 in D-60311 Frankfurt/M.

Tel +49 - 69 - 170000-17; lhorn@goerg.de



GSK Stockmann + Kollegen ist mit 150 Rechtsanwälten und Steuerberatern an fünf nationalen Standorten sowie in Brüssel und Luxemburg eine der führenden, unabhängigen Wirtschaftskanzleien in den Bereichen Real Estate, Projects & Public Sector, Corporate und Banking/Finance.

Unser Leistungsspektrum im Bereich Vergabe

Wir beraten Bund, Länder und Kommunen und deren Wirtschaftsunternehmen sowie Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren beteiligen. Aufgrund unserer langjährigen Expertise kennen wir die Interessenlage von Auftraggebern und Bietern. Das macht uns nicht nur zum kompetenten Partner mit rechtlichem und wirtschaftlichem Sachverstand, sondern auch zu einem effizienten Dienstleister. Insbesondere übernehmen wir für Sie:

- > Projekt- sowie Verfahrensstrukturierung
- > Strukturierung von Investorenwettbewerben
- > Erarbeitung der Vergabeunterlagen
- > Optimierung der Angebotsunterlagen
- > Begleitung des Vergabeverfahrens
- > Abwehr bzw. Verfolgung von Schadensersatzforderungen
- > Vertretung in Nachprüfungsverfahren und gerichtlichen Verfahren auf deutscher und europäischer Ebene
- > Einbettung des Vergaberechts in die Compliance-Strukturen der betroffenen Unternehmen

GSK STOCKMANN + KOLLEGEN **Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB**

Berlin

RAin Dr. Jenny Mehlitz
RA und Notar Dr. Christian R. Schmidt
Tel.: +49 30 203907 - 0
christian.schmidt@gsk.de
jenny.mehlitz@gsk.de

München

RA Dr. Wolfgang Würfel
Tel.: +49 89 288174 - 0
wolfgang.wuerfel@gsk.de

www.gsk.de

HENGELER MUELLER



Vergabe.

Kompetent und effizient.

Wir vertreten Unternehmen und die öffentliche Hand im In- und Ausland auf jeder Ebene und in jeder Phase nationaler und internationaler Vergabeverfahren sowie in Verhandlungen, Umstrukturierungen und Transaktionen. Wir sind in Vergabe-, Nachprüfungs- und EU-Finanzkontrollverfahren tätig, einschließlich Verfahren der EU Kommission sowie vor den europäischen und nationalen Gerichten, Vergabekammern und Behörden.

Unsere Expertise umfasst klassische Vergaben wie auch öffentliche Aufträge und Konzessionen im EU-Energiesektor und den Bereichen Verkehr und Infrastruktur, Verteidigung und Sicherheit, Gesundheitswesen und Finanzen.

Besondere Erfahrungen haben wir zudem in der Beratung zu komplexen Strukturen und Strukturierungen, einschließlich der Schnittstellen zu Compliance, Subventions- und Beihilfenrecht und Vertragsrecht.

„Jan Bonhage ist der empfohlene Partner im Vergaberecht“ Legal 500



Dr. Jan Bonhage

Tel.: +49 30 20374 173

E-Mail: jan.bonhage@hengeler.com

www.hengeler.com/vergaberecht



HFK  RECHTSANWÄLTE

**SPEZIALISIERT
ERFAHREN
INNOVATIV**



IMMOBILIENWIRTSCHAFTSRECHT
VERGABERECHT
PRIVATES BAURECHT
ÖFFENTLICHES BAURECHT

FRANKFURT
BERLIN
MÜNCHEN
HAMBURG
DÜSSELDORF
STUTTGART
WIEN
WASHINGTON

Wir sind eine der führenden Kanzleien in Deutschland im Immobilienwirtschaftsrecht, Vergaberecht, privaten und öffentlichen Baurecht. Wir verbinden Professionalität mit Dynamik und arbeiten interdisziplinär im Team an pragmatischen Lösungen für Ihre Verfahren und Projekte. Wir sind in der Vertragsgestaltung, in der Projektbegleitung und in der Streitlösung (gerichtlich und außergerichtlich) stark.

WWW.HFK.DE

Hogan Lovells

Hogan
Lovells

HÖCHSTE ANSPRÜCHE AN QUALITÄT. WELTWEIT.

Hogan Lovells ist weltweit an mehr als 40 und in Deutschland an vier Standorten in Düsseldorf, Frankfurt (Main), Hamburg und München vertreten. Wir beraten Unternehmen, Finanzinstitute und die öffentliche Hand auf allen Gebieten des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts. Die hohe Qualität unserer Beratung gründet sich auf die exzellente juristische Qualifikation unserer Anwälte, unsere Marktkenntnis und unser Spezialwissen. Wir kombinieren exzellentes Fachwissen mit erstklassigem Branchen-Know-How.

BERATUNG IM VERGABERECHT: NATIONAL UND INTERNATIONAL

Das Vergaberecht gehört zu den Kernkompetenzen von Hogan Lovells: Wir beraten Bieter und Auftraggeber in Vergabeverfahren sowie zu Gesetzgebungsverfahren. Wir sind regelmäßig in Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Beschwerdegerichten, dem Europäischen Gerichtshof sowie darüber hinaus in Verfahren der nationalen Regulierungsbehörden tätig. Unsere vergaberechtliche Beratung ist eng verzahnt mit unserer herausragenden Expertise im Marktordnungsrecht: Kartellrecht, EU-Beihilfenrecht und Regulierungsrecht. Aufgrund unserer langjährigen Beratungspraxis bei vergaberechtlichen Verfahren verfügen wir über ausgewiesene Sektor-Expertise bei komplexen Infrastruktur- und ÖPP-Projekten sowie in den Branchen Life Sciences und Healthcare, Transport und Verkehr, Real Estate, Energie und Verteidigung.



Dr. Marc Schweda
Partner, Hamburg
marc.schweda@hoganlovells.com
Tel.: +49 40 419 93 509



Jan Christian Eggers, LL.M. (Exeter)
Counsel, Hamburg
jan.eggers@hoganlovells.com
Tel.: +49 40 419 93 509

www.hoganlovells.com



KPMG Law
Unsere Expertise. Ihre Sicherheit.

Ihr Partner für die Vergabe 4.0

Erfolgreich bieten und vergeben

Wir begleiten und beraten Sie bei den aktuellen Herausforderungen.

Herausforderungen

Die Beteiligten an der öffentlichen Auftragsvergabe stehen vor wachsenden Herausforderungen:

- eVergabe in Technik und Praxis
- Vergaberechtsreform und kein Ende
- Investitionsstau für Beschaffungsvorhaben
- Ressourcenknappheit im öffentlichen Einkauf
- Fokussierung des strategische Einkaufs
- Nachhaltige Beschaffung
- Projektmanagement bei Großprojekten
- Spezialisierung der Anbietermärkte

Erfolgreiche Beschaffungsvorhaben setzen nicht nur die Einhaltung des Vergaberechts voraus. Die aktuellen Rahmenbedingungen erfordern vielmehr auch ein Höchstmaß an Organisation, Effizienzsteigerung und Wirtschaftlichkeit.

Wertbeitrag von KPMG Law

KPMG Law berät zu allen Fragen des Vergaberechts. Dabei begleiten wir ganzheitlich die Vorbereitung und Durchführung von Beschaffungsvorhaben – vom Großprojekt bis zur Ausschreibung von Verbrauchsmaterialien. Wir prüfen und bewerten Ihren „Reifegrad Vergaberecht“ und identifizieren Optimierungspotential. Unser bundesweit vertretenes Team entwickelt sowohl individuelle projektbezogene Lösungen als auch Leitlinien und Standards für Beschaffungsprozesse. Unsere Lösungen zeigen vergaberechtliche Gestaltungspotentiale auf und zielen auf die Schaffung von Synergien und nachhaltige Verbesserungen.

Bei Bedarf vertritt Sie KPMG Law auch in gerichtlichen und sonstigen förmlichen Rechtsstreitverfahren, insbesondere in Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und -senaten

Kontakt

KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH



Dr. Moritz Püstow
Rechtsanwalt
Partner, Öffentlicher Sektor
Klingelhöferstraße 18
10785 Berlin
T +49 30 530199-129
mpuestow@kpmg-law.com



Henrik-Christian Baumann
Rechtsanwalt
Senior Manager, Öffentlicher Sektor
Klingelhöferstraße 18
10785 Berlin
T +49 30 530199-129
henrikbaumann@kpmg-law.com

www.kpmg-law.de

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation. Unsere Leistungen erbringen wir vorbehaltlich der berufsrechtlichen Prüfung der Zulässigkeit in jedem Einzelfall.

© 2016 KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, assoziiert mit der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einem Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative („KPMG International“), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. Der Name KPMG, das Logo und „cutting through complexity“ sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.



Vergaberecht *Damit die Besten das Rennen machen*

Ob als Entscheidungsträger der öffentlichen Hand oder Bieter: Bei Ausschreibungen, Privatisierungen und Re-kommunalisierungen sind Sie mit äußerst anspruchsvollen juristischen Fragen konfrontiert. Umso besser, dass Sie jederzeit auf unsere Expertenteams setzen können. Wir unterstützen Körperschaften, ihre Einrichtungen und Unternehmen dabei, die jeweiligen Vorgaben und Regelwerke zu erfüllen. Für einen fairen Wettbewerb. Und verdiente Sieger.

www.pwclegal.de/vergaberecht

JUVE 2016
AWARDS

Kanzlei des Jahres
für Vergaberecht

NOMINIERT

JUVE Awards 2016
Kanzlei des Jahres für
Regulierte Industrien

Ihr Ansprechpartner

Dr. Friedrich Ludwig Hausmann

Tel. +49 30 2636-3467

friedrich.hausmann@de.pwc.com



© 2015 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten.
„PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.



ZIRNGIBL

MÜNCHEN BERLIN FRANKFURT WIEN

Zirngibl ist eine wertorientierte Wirtschaftskanzlei und Partnerschaft – mehr als die Summe der 50 Anwaltpersönlichkeiten, verbunden durch eine gemeinsame Idee. Als stets aus eigener Kraft gewachsene Kanzlei hat Zirngibl das Ziel, dem Mandanten mit persönlichem Einsatz auf höchstem fachlichen Niveau national wie international dauerhaft verbunden zu sein – loyal, engagiert und unabhängig, weil wir glauben, dass wir so die Besten sind.

Wir sind unabhängige und hochqualifizierte Berater für mittelständische Unternehmen, Konzerne und Privatmandanten in den Bereichen Arbeitsrecht, geistiges Eigentum, Wettbewerbsrecht, IT-Recht, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht, Immobilien- und Baurecht, Vergaberecht, Hospitality und Health Care. Grundlagen unserer Arbeit sind die unternehmerische Denkweise unserer Anwälte und eine umfassende Analyse ihrer individuellen Ausgangssituation durch Beratung in kanzleiinternen Teams von Fachexperten – nur wenn wir Sie verstehen, können wir optimale Lösungen für Sie erarbeiten. Durch die Betreuung der Mandate auf Partnerebene gewährleistet Zirngibl eine präzise Beratung, kurze Entscheidungswege und praxisorientierte Lösungsfindung. Unsere Infrastruktur erlaubt es uns, auch Projekte von Konzernen der Weltspitze in unseren spezialisierten Bereichen zu betreuen.

In unserem Vergaberechts-Team arbeiten kompetente Anwälte mit hohen Qualifikationsanforderungen, langjährigen Erfahrungen und einer konsequenten Spezialisierung auf das Vergaberecht. Wir beraten praxisorientiert und auf höchstem fachlichen Niveau öffentliche Auftraggeber und Bieter in allen Fragen des europäischen und nationalen Vergaberechts. Wir konzeptionieren und begleiten rechtssichere Vergabeverfahren oder übernehmen für unsere Mandanten die Funktion als Vergabestelle. Auf Bieterseite beraten und begleiten wir unsere Mandanten bei der Teilnahme an Vergabeverfahren und unterstützen bei der Abgabe chancenreicher Angebote. Darüber hinaus vertreten wir öffentliche Auftraggeber und Bieter sowohl in Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und den Vergabesenaten als auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in Schadensersatzprozessen mit vergaberechtlichem Hintergrund. Die Schwerpunkte unserer vergaberechtlichen Tätigkeit liegen im Bereich Bau und Immobilien, ÖPP, Projektentwicklung und -steuerung, Infrastruktur, Planung und freiberufliche Dienstleistungen.

ZIRNGIBL | Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Rechtsanwalt Lars Robbe
Kurfürstendamm 194, 10707 Berlin
Tel.: 0 30/88 03 31 - 231
Fax: 0 30/88 03 31 - 100
berlin@zl-legal.de