

Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

**– 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

In den nachfolgenden Statements werden verschiedene Wechselwirkungen zwischen dem Vergaberecht und anderen Rechtsgebieten thematisiert. Meine einleitende Stellungnahme möchte auf einige weitere, nachfolgend nicht behandelte Rechtsgebiete hinweisen und den Versuch einer Systematisierung der Wechselwirkungen vornehmen. Dies soll auch dazu dienen, Sie im Hinblick auf die nachfolgenden, konkreten Einzelrechtsgebieten gewidmeten Ausführungen meiner Kollegen zu sensibilisieren. Dabei möchte ich vier verschiedene Kategorien von Wechselwirkungen unterscheiden: Die Wirkung anderer Rechtsgebiete als Vorfragen im Vergaberecht (1), die Wirkung des Vergaberechts als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten (2), die Nutzung des Vergaberechts als dogmatischer Orientierungsrahmen durch autonome gesetzgeberische Entscheidung in Bezug auf ein anderes Verteilungsregime (3) und schließlich die (angebliche) Verdrängung eines anderen Verteilungsregimes gleichsam gegen dessen Willen zugunsten einer ausdehnenden Anwendung des Vergaberechts (4).

1. Andere Rechtsgebiete als Vorfrage im Vergaberecht

Fast schon als klassisch zu bezeichnende Beispiele der Relevanz eines bestimmten anderen Rechtsgebiets als Vorfrage im Vergaberecht bilden das EU-Beihilferecht (namentlich beim Umgang mit sog. ungewöhnlich niedrigen Angeboten (z.B. gemäß § 60 Abs. 4 VgV) sowie das Kartellrecht, dass u.a. beim Umgang mit Auftraggeberkooperationen, Bietergemeinschaften oder auch bei der Annahme eines sog. fakultativen Ausschluss-

grundes nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB¹ eine Rolle spielen kann; dem wird in allen Erscheinungsformen nachfolgend besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

Mit dem Urheberrecht, dem Patentrecht und insbesondere auch dem kommunalen Wirtschaftsrecht gibt es aber andere Rechtsgebiete, denen teilweise durch Gerichtsentscheidungen vergleichbare Wirkungen zuerkannt werden, obwohl es dort an einer expliziten sog. Anknüpfungsnorm fehlt.² So hat das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 28. Juni 2017 dem Verbot der Architektenbindung, das dem durchaus versteckt platzierten Art. 10 § 3 Mietrechtsverbesserungsgesetz zu entnehmen ist, die Bedeutung einer Vorfrage im Vergaberecht zuerkannt, und zwar über eine doppelte, jeweils nicht explizit aus dem Gesetz ableitbare Anknüpfung: Das Verbot wirke über den in § 242 BGB niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben, welcher seinerseits zu den in § 97 Abs. 6 GWB angesprochenen Vergabevorschriften gehöre, auf die sich Bieter in einem Nachprüfungsverfahren berufen können.³ Die Vergabekammer Thüringen wiederum hat in einem Beschluss vom 9.11.2017⁴ dem Gesellschaftsrecht eine Vorfragenwirkung im Hinblick auf die vergaberechtliche Beurteilung einer Bietergemeinschaft zuerkannt.⁵

In diesen und anderen Fällen, in denen anderen Rechtsgebieten eine Vorfragenwirkung im Vergaberecht zuerkannt wird, ohne dass sich hierfür eine explizite Anknüpfungsnorm im Vergaberecht nachweisen lässt, werden den zuständigen Vergabestellen und im weiteren Verlauf den Vergabekammern bzw. den Oberlandesgerichten erhebliche zusätzliche Lasten aufgebürdet. Denn zu Ende gedacht, kann es dann nicht nur um etwaige Verstöße gegen nationale Bestimmungen des Urheberrechts, Patentrechts oder des kommunalen Wirtschaftsrechts⁶ gehen, vielmehr müssten auch Hinweisen auf angebliche Verstöße eines konkurrierenden Bieters gegen das Urheber-, Patent- oder kommunale Wirtschaftsrecht eines anderen (dessen) Mitgliedstaats nachgegangen werden. Mag selbst dies noch für kompetent besetzte Senate von Oberlandesgerichten leistbar sein, so handelt es sich im Hinblick auf die durch das Vergaberecht primär adressierten Vergabestellen bei den öffentlichen Auftraggebern in Bund, Ländern und (namentlich kleinen und mittleren) Kommunen durchaus um eine Zumutung; hier ist man fast versucht dafür zu appellieren, dass diese „Schuster“ so weit als möglich bei *ihren* Leisten bleiben dürfen sollten – im Interesse einer effektiven und erfolgreichen Bewältigung der Vergabeverfahren.

¹ Dazu zuletzt OLG Düsseldorf, B. v. 17.1.2018, VII-Verg 39/17, NZBau 2018, 237.

² Nachweise der entsprechenden Entscheidungen und nähere Erläuterung dieses Zusammenhangs bei Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 16 f.; § 6 Rdnr. 21

³ OLG Düsseldorf, B. v. 28.6.2017, VII-Verg 2/17, VergabeR 2017, S. 730 m. Anm. Stolz.

⁴ Az. 250-4003-8222/2017, veris, S. 25.

⁵ Dazu bereits monografisch die Dissertationsschrift von Lux, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, 2009.

⁶ Dazu zuletzt (zutreffend) kritisch Gurlit, VergabeR 2017, S. 221.

2. Vergaberecht als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten

Anders als soeben beschleichen den Vergaberechtler hier nicht Skepsis, sondern Stolz, Gestaltungsfreude und (jedenfalls soweit er anwaltlich tätig ist) unternehmerische Tatkraft, locken doch neue Felder, Mandantenstrukturen und Sachzuständigkeiten. Rechtlich problematisch ist die Wirkung des Vergaberechts als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten nicht, soweit in diesen eindeutig an jenes Gebiet angeknüpft wird. Dies ist etwa der Fall bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe im Falle der finanziellen Unterstützung und der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)⁷ und im Zuwendungsrecht, sofern in einem Zuwendungsbescheid als Nebenbestimmung gemäß § 36 VwVfG die Anwendbarkeit des Vergaberechts zur „Aufgabe“ gemacht wird bzw. (deutlich schwächer ausgeprägt) unter bestimmten Voraussetzungen im Gebühren- und Beitragsrecht.⁸

3. Vergaberecht als dogmatischer Orientierungsrahmen

Ebenfalls unproblematisch ist es, wenn der für ein anderes Verteilungsregime zuständige Gesetzgeber in autonomer Entscheidung, offenbar getragen von der Überzeugung, dass das Vergaberecht ein auch insoweit adäquates Verfahrens- und Kriterienregime darstelle, an dieses anknüpft. Dies ist in neuerer Zeit im Hinblick auf so unterschiedliche Verteilungsregimes wie die Vergabe von Sondernutzungen zugunsten des Carsharing (vgl. § 5 Carsharinggesetz),⁹ die Vergabe von sog. Sammelleistungen (restentleerte Verpackungen) gemäß § 23 Verpackungsgesetz, bei der Ausschreibung finanzieller Fördererleistungen zugunsten von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien (nach dem EEG) sowie im Hinblick auf die Übertragung der sog. Grundzuständigkeit des Messstellenbetriebs in intelligenten Energienetzen¹⁰ geschehen.

4. Durch ausdehnende Auslegung des Konzessionsbegriffs bewirkte Verdrängung eines wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Verteilungsregimes

Wie in den nachfolgenden Statements von *Elke Gurlit* und *Ferdinand Wollenschläger* im Einzelnen entfaltet, wird teilweise behauptet, dass die Verteilung von Nutzungsrechten auf öffentlichen Märkten und Festen, die entweder nach §§ 69, 70 GewO als sog. festgesetzte Märkte oder nach den jeweiligen Bestimmungen der Gemeindeordnungen als „Öffentliche Einrichtungen“ strukturiert sind, den Regelungen der §§ 148 ff. GWB über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterfallen würden.¹¹ Im Hinblick auf die

⁷ Im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Rechtssache AltmarkTrans vom 24.7.2013, Rs. C-280/00.

⁸ Vgl. zu diesen Zusammenhängen Burgi, Vergaberecht, § 22 Rdnr. 10 ff.

⁹ Dazu bereits Burgi, NVwZ 2017, S. 257 ff.

¹⁰ Vgl. dazu Schröder, NZBau 2017, S. 532.

¹¹ Nachweise zu dieser und zur Gegenansicht bei Burgi, Vergaberecht, § 24 Rdnr. 5.

Vergabe von Konzessionen im Glücksspielrecht hat jüngst das OVG NRW entschieden, dass es sich hierbei um wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlaubnistatbestände ohne Beschaffungscharakter handle,¹² während das OLG Hamburg zum gegenteiligen Ergebnis gelangt ist.¹³ Weitere Vorstöße dürften im Hinblick auf andere Verteilungsregimes, die seit Jahrzehnten mit den Mechanismen des Wirtschaftsverwaltungsrechts und auf der Rechtsschutzebene durch die Verwaltungsgerichte bewältigt worden sind, zunehmen.

Dem gegenüber ist m.E. wiederum Skepsis angebracht. Der Konzessionsbegriff von GWB und KonzVgV ist außerordentlich unbestimmt und setzt das seinerseits nicht explizit kodifizierte Vorliegen eines Beschaffungstatbestands voraus.¹⁴ Bedenkt man, dass die Schaffung einer Richtlinie über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (2014/23/EU), die den §§ 148 ff. GWB zugrunde liegt, in erster Linie durch die Überlegung motiviert war, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen bis dahin in Deutschland gar nicht reglementiert gewesen ist und hierdurch Verstöße gegen das EU-Primärrecht indiziert worden sind,¹⁵ muss es befremden, wenn nun die Anwendung dieser Vorschriften im Hinblick auf Tatbestände proklamiert wird, die seit Jahrzehnten (soweit ersichtlich) weder von europäischen noch von deutschen Gerichten als primärrechtswidrig qualifiziert worden sind und in denen namentlich Verteilungsgerechtigkeit und Rechtsschutz durch zahllose Entscheidungen v.a. von Verwaltungsgerichten gewährleistet worden sind. Angesichts einer solchen Ausgangslage der Anwendung des GWB-Vergaberechts das Wort zu reden bedeutet, dass jene anderen, eingespielten Mechanismen verdrängt werden und durch das GWB-Vergaberecht (in welchem Umfang?) ersetzt werden – obgleich dieses lediglich oberhalb eines Schwellenwerts von über 5 Millionen Euro (vgl. § 106 Abs. 1 Nr. 4 GWB i.V.m. Art. 8 RL 2014/23/EU) anwendbar ist. Die Parole des dahinter offenbar steckenden Verständnisses eines „Alles Beschaffung oder was?“ erscheint jedenfalls nicht funktionsadäquat.

Diese wenigen Bemerkungen sollten genügen, um das Interesse an einer Podiumsdiskussion über die Wechselwirkungen zwischen dem Vergaberecht und anderen Rechtsgebieten zu wecken.

¹² BeckRS 2017, 112407.

¹³ VergabeR 2018, 35 m. Anm. v. Donat/Plauth.

¹⁴ Vgl. dazu an dieser Stelle wiederum nur Burgi, Vergaberecht, § 24 Rdnr. 12 f.

¹⁵ Vgl. Erw. 1.

Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

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

Vergaberecht und europäisches Beihilferecht

Prof. Dr. Oliver Dörr

Universität Osnabrück



Wie jedes wettbewerbsrelevante Verhalten der Mitgliedstaaten unterliegt auch die staatliche Auftragsvergabe den Regeln der Beihilfenkontrolle nach dem europäischen Unionsrecht. Hierbei handelt es sich bekanntlich um das staatterichtete Vertragsregime zum Wettbewerbsschutz im EU-Binnenmarkt, dessen Durchführung im Wesentlichen in den Händen der Europäischen Kommission liegt. Dieser erwächst aufgrund des ausgreifenden Anwendungsbereichs der Beihilfenaufsicht eine erhebliche Interventionsmacht in Bezug auf das öffentliche Handeln und Wirtschaften in den EU-Mitgliedstaaten.

Das Beihilfenregime der Art. 107-109 AEUV verbietet Subventionen der Mitgliedstaaten nicht absolut, sondern unterwirft sie schlicht der Präventiv- und der Repressivaufsicht durch die Kommission. Der Beihilfetatbestand, der diese Aufsicht eröffnet, ist weit gefasst und verbietet sämtliche „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Ausnahmen ergeben sich aus Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie aus verschiedenen sekundärrechtlichen Freistellungen.

Die materiell-rechtliche Verknüpfung dieser EU-Beihilfenaufsicht mit dem Vergaberecht ist wenigstens eine dreifache: Erstens kann eine Auftragsvergabe eine Beihilfe darstellen und als solche auf dem Kontrollradar der Europäischen Kommission auftauchen. Zweitens kann umgekehrt ein ordentliches Vergabeverfahren das Vorliegen einer Bei-

hilfe ausschließen, und zwar vor allem im Zusammenhang mit sog. öffentlichen Dienstleistungen. Drittens schließlich stellt sich die Frage, wie beihilfebegünstigte Bieter im Vergabeverfahren zu behandeln sind und welche Rolle hierbei die europäischen Regeln spielen.

I.

Ein *öffentlicher Auftrag* kann dann der *Beihilfekontrolle* unterfallen, wenn er im Einzelfall den Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Wesentliches Tatbestandsmerkmal der Beihilfe ist im vorliegenden Zusammenhang die „Begünstigung“, die grundsätzlich jede Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils erfasst, d.h. nicht nur finanzielle Zuwendungen und Naturalleistungen, sondern auch jede Maßnahme, die auf irgendeine Weise die Lasten verringert, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte. Erbringt das Unternehmen selbst eine Leistung für die öffentliche Hand, so kommt es darauf an, ob die Gegenleistung, die es dafür erhält, den relevanten Marktbedingungen entspricht oder nicht; der bekannte *market investor test* wird hier, da es um die Nachfrage der öffentlichen Hand geht, zum *public purchaser test*. Dementsprechend kann die Auftragsvergabe eine beihilferelevante Begünstigung darstellen, wenn sie nach anderen als rein wettbewerblichen Gesichtspunkten erfolgt oder den privaten Auftragnehmer ohne wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund in besonderer Weise begünstigt. Das kann etwa der Fall sein, wenn die öffentliche Hand weit jenseits ihres tatsächlichen Bedarfs einkauft, wenn die von ihr zu zahlende Vergütung oberhalb des wettbewerblichen Preises liegt oder die Auswahl des erfolgreichen Bieters unter Verfolgung sog. Sekundärzwecke erfolgt. Die Tatsache, dass hier u.U. die vergaberechtlichen Regeln eingehalten wurden, ändert zunächst nichts am marktwirtschaftlichen Kontrollblick der Beihilfenaufsicht. Auch die vergaberechtliche Freistellung einer Transaktion der öffentlichen Hand (z.B. durch die Inhouse-Ausnahme gem. § 108 GWB) schließt wegen der Trennung beider Rechtsregime die Möglichkeit nicht aus, dass das EU-Beihilfenregime und die entsprechende Kontrollbefugnis der Kommission Anwendung finden.

II.

Eine „Begünstigung“ und damit der Beihilfetatbestand ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aber ausgeschlossen, wenn staatliche Zahlungen lediglich die Mehraufwendungen ausgleichen, die mit der *Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen (Daseinsvorsorge)* durch ein Unternehmen verbunden sind.

In seiner bekannten Entscheidung *Altmark Trans* (2003) konkretisierte der Gerichtshof die Kriterien dieser sog. „Tatbestandslösung“ – vier Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der beihilferelevante Vorteil des geförderten Unternehmens entfällt: Die im vorliegenden Zusammenhang wesentliche dieser Voraussetzungen ist, dass der Um-

fang des staatlichen Kostenausgleichs nach Wettbewerbsgrundsätzen ermittelt worden sein muss. Dazu hat entweder die Auswahl des Leistungserbringers im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu erfolgen, oder aber die Höhe der erforderlichen Ausgleichszahlung ist „auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ... bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen hätte“. Mit dieser Voraussetzung soll eine Überkompensation des Leistungserbringers ausgeschlossen werden, wozu das EU-Recht alternativ eine qualifizierte Kostenanalyse oder eine öffentliche Ausschreibung verlangt. Es gilt offensichtlich die Vermutung, dass durch die transparente und willkürfreie Einholung verschiedener Leistungsangebote mit einer gewissen Treffsicherheit der marktangemessene Preis für die fragliche Leistung ermittelt werden kann. Ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren erfüllt also nicht nur die Anforderungen des (EU-)Vergaberechts, sondern kann gleichzeitig den unionsrechtlichen Beihilfetatbestand ausschließen.

Immer noch nicht geklärt ist, welche vergaberechtlichen Anforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, damit diese Wirkung eintritt. Als Faustregel dürfte es aber genügen, wenn im Einzelfall wenigstens die grundlegenden Anforderungen in Bezug auf Transparenz und Nichtdiskriminierung beachtet werden, die den EU-Vergaberichtlinien zugrunde liegen und die für den nicht-harmonisierten Bereich die Rechtsprechung des EuGH zum sog. Vergabeprimärrecht ausgeformt hat. Die Einhaltung dieser richterrechtlich geformten Grundanforderungen bei der Auswahl des Leistungserbringers indiziert somit die Vereinbarkeit der Leistungsbeziehung mit dem EU-Beihilfenrecht.

III.

Ebenfalls bislang nur ansatzweise geklärt ist die Behandlung des *beihilfebegünstigten Bieters im Vergabeverfahren*, also die vergaberechtliche Perspektive auf Bieter, die Wettbewerbsvorteile aufgrund öffentlicher Beihilfen in den Auswahlwettbewerb einbringen. Vor allem stellt sich hier die Frage, ob das – erst kürzlich im Gesetz verankerte – vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 1 GWB) nicht eine Reaktion von Seiten des Auftraggebers gebietet.

Trotz der bestehenden Wettbewerbsverzerrung sind aus Gründen der Kohärenz der Rechtsordnung rechtmäßige Beihilfen wohl hinzunehmen, d.h. vor allem solche, die unter Einhaltung der Anforderungen aus Art. 107, 108 AEUV gewährt wurden. Der EuGH hat in einem solchen Vorgehen weder einen Verstoß gegen die EU-Richtlinien noch eine vertragswidrige Diskriminierung erkennen können. Dem entspricht im Übrigen auch die ständige Rechtsprechung, dass staatliche Einrichtungen und öffentliche Unternehmen als Bieter gleichberechtigt an Vergabeverfahren teilnehmen dürfen, obwohl sie aufgrund ihrer Finanzierung aus Steuergeldern offensichtlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Anbietern besitzen.

Bei rechtswidrig – z.B. ohne die in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgeschriebene Notifizierung – erlangten Beihilfen greift das Kohärenzargument nicht, so dass das Gebot fairen Wettbewerbs dafür streitet, den zu Unrecht erlangten Wettbewerbsvorteil eines Bieters zu dessen Lasten zu berücksichtigen, z.B. ihn vom Verfahren auszuschließen oder wenigstens seine Angebotspreise um die rechtswidrig erlangten Beihilfen zu bereinigen. Bislang allerdings entschied die deutsche Rechtsprechung anders, und zwar vor allem deshalb, weil es für eine solche Maßnahme an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehle.

Mittlerweile sieht die europäische *lex lata* die Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen ausdrücklich vor: Art. 69 Abs. 4 VRL und Art. 84 Abs. 4 SRL lassen die Ablehnung eines Angebots zu, wenn der Angebotspreis eines Bieters als Folge einer rechtswidrigen Beihilfe „ungewöhnlich niedrig“ ist. Den Bieter, der anzuhören ist, trifft insoweit die Pflicht zum Nachweis einer rechtmäßigen Beihilfegewährung. Die Berücksichtigung der Beihilfe als Ausschlussgrund bezieht sich nach dem Wortlaut der Richtlinienbestimmungen allerdings nur auf die materielle Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 AEUV, während der Notifizierungsverstoß nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht genannt ist. Die nur formelle Illegalität der Beihilfe dürfte daher für einen Angebotsausschluss nicht genügen. Zudem verpflichten die EU-Richtlinien den Auftraggeber nicht zwingend zum Ausschluss des beihilfebelasteten Angebots, sondern berechtigen ihn lediglich dazu, letzteres allein aus diesem Grund abzulehnen.

Der Wettbewerbsgrundsatz in § 97 Abs. 1 GWB würde nun eigentlich auf der nationalen Umsetzungsebene nahelegen, dass im Falle materiell rechtswidriger Beihilfen der Ausschluss regelmäßig zu erfolgen hat. Das deutsche Umsetzungsrecht selbst zeichnet insoweit allerdings ein differenziertes Bild: § 60 Abs. 4 VgV und § 54 Abs. 4 SektVO schreiben im Fall eines beihilfebedingt „ungewöhnlich niedrigen“ Angebots, bei dem die Rechtmäßigkeit der Beihilfe nicht nachgewiesen ist, nunmehr eine zwingende Ablehnung vor, während § 33 VSVgV und § 16d EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die Ablehnung nach wie vor im Ermessen des Auftraggebers belassen. Im Unterschwellenbereich sieht § 44 Abs. 2 Nr. 5 UVgO immerhin eine Prüfung der Gewährung staatlicher Beihilfen an das Unternehmen vor, das ein unangemessen niedriges Angebot gemacht hat.

IV.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Verhältnis von Vergabe- und EU-Beihilferecht seit langem schon ein intrikates ist. Beide Rechtsregime dienen zwar dem Wettbewerbschutz und unterwerfen zu diesem Zweck den staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen beschränkenden Regeln. Die marktwirtschaftliche Logik ist allerdings im Vergaberecht teilweise durch andere Ziele überlagert (z.B. den effizienten Einkauf oder das,

was wir heute „strategische Beschaffung“ nennen), sodass sich die Zielrichtungen und Funktionsweisen beider Regime nicht (mehr) vollständig decken.

Soweit Beihilfe- und Vergaberegime im Einzelfall beide zur Anwendung kommen, ist noch manche Frage ungeklärt – was vor allem wegen der unterschiedlichen Kontrollzuständigkeit (hier das Kontrollmonopol der Europäischen Kommission, dort das dezentrale Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenbereiche) heikel ist. Materiell-rechtlich scheint bislang nur festzustehen, dass ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren regelmäßig das Vorliegen einer Beihilfe ausschließt – und damit auch der ausgreifenden Kontrollzuständigkeit der Kommission Grenzen setzen kann. Demgegenüber besteht ein erhebliches beihilferechtliches Risiko, wenn ein solches Verfahren nicht durchgeführt wird, selbst wenn dies vergaberechtlich zulässig sein sollte. Nicht zuletzt unterhalb der Schwellenwerte, wo eine gerichtliche Überprüfung bislang selten droht, muss dies für staatliche Auftraggeber ein zusätzlicher Impuls sein, auf Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerbslichkeit zu achten.



Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

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

**Vergaberecht und das Recht der öffentlich-
rechtlichen Verträge nach §§ 54 ff. VwVfG**



Prof. Dr. Elke Gurlit

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz

I. Einleitung

In Deutschland herrschte bis in das 21. Jahrhundert die Auffassung vor, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge komme mit der Zuschlagserteilung uno actu quasi naturgemäß ein privatrechtlicher Beschaffungsvertrag zustande. Es bedurfte einer Klarstellung des EuGH im Jahr 2001, um zu verdeutlichen, dass das Vergaberecht nicht eine naturwüchsige Verbindung mit dem Privatrecht eingegangen ist, vielmehr ein vergaberechtspflichtiger Vorgang auch im Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages liegen kann, wenn dieser die Merkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllt:¹ Die Rechtsnatur eines Vertrags ist nicht maßgeblich für die Anwendbarkeit des Vergaberechts.

Mit dieser Feststellung hat der Gerichtshof allerdings nicht nur ein Problem geklärt, sondern eine Fülle neuer Rechtsfragen aufgeworfen, die sich jedenfalls in der deutschen Rechtsordnung stellen. Denn das deutsche Recht lebt von der kategorialen Unterscheidung von öffentlichem Recht und privatem Recht, die auch das Vertragsrecht der öffentlichen Hand kennzeichnet: Für öffentlich-rechtliche Verträge gilt mit den §§ 54 ff. VwVfG ein besonderes materiellrechtliches Regime, zudem sind vorbehaltlich einer abdrängenden Zuweisung die Verwaltungsgerichte zur Streitentscheidung berufen (§ 40 VwGO), die nach den Vorgaben des Verwaltungsprozessrechts entscheiden.

¹ EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – C-399/98, Slg. 2001, I-5409 Rn. 73 – Teatro alla Biccoca.

Im Folgenden sollen zunächst die vertraglichen Gestaltungen skizziert werden, in denen die öffentlich-rechtliche Natur des Auftrags in Frage steht (II.). Sofern öffentliche Aufträge sowohl dem öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht als auch dem GWB-Vergaberecht unterfallen, ist das Verhältnis der jeweiligen verfahrens- und materiellrechtlichen Regime zu klären (III.). Hingegen stehen allein die Problemlösungskapazitäten des öffentlichen Rechts zur Verfügung, wenn die Vergabe von öffentlich-rechtlichen Aufträgen dem GWB-Vergaberechtsregime entzogen ist. Insbesondere durch die Bereichsausnahme für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB) ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in den Blickpunkt des Interesses gerückt (IV.).

II. Öffentliche Aufträge als öffentlich-rechtliche Verträge

1. Abschichtung: Fiskalische Hilfsgeschäfte

Die Annahme des grundsätzlich privatrechtlichen Charakters eines öffentlichen Auftrags kommt insbesondere in dessen auf Forsthoff zurückgehende Bezeichnung als fiskalisches Hilfsgeschäft zum Ausdruck.² Als ein solches Geschäft gelten Beschaffungsvorgänge, die den marktförmigen Kauf von Gütern oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, die für die Erfüllung der „eigentlichen“ Verwaltungsaufgaben benötigt werden. Mit diesen Geschäften nimmt der Auftraggeber unbestritten am Privatrechtsverkehr teil.³

Diese Einordnung gilt nicht allein im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97, 106 GWB werden bedarfsdeckende Aufträge stets einstufig ohne Vorschaltung einer öffentlich-rechtlichen Vergabeentscheidung vergeben, wie das BVerwG nach instanzgerichtlichen Disputen klarzustellen gezwungen war.⁴ Die instrumentelle Funktion bedarfsdeckender Verträge wird auch nicht in Frage gestellt, wenn die Vergabe nicht allein im Dienste der sparsamen Verwendung haushaltsrechtlicher Mittel steht, sondern im Wege der „Bepackung“ mit weiteren öffentlichen Zwecken aufgeladen wird. Die weiteren Zwecke bestimmen nicht die Rechtsnatur des Auftrags. Deshalb werden bedarfsdeckende Aufträge, für deren Vergabe als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung die Verfolgung sozialer oder umweltbezogener Ziele maßgeblich ist (§§ 127 Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB), als

² Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 18 ff.

³ So schon BVerwG, Urt. v. 25.9.1958 – V C 111/56, BVerwGE 5, 235; BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 – VII C 227/57, BVerwGE 7, 89, 90; BVerwG, Urt. v. 8.3.1962 – VIII C 160/60, BVerwGE 14, 65, 72; BVerwG, B. v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9, 11 ff.; GmSOGB, Urt. v. 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312, 316; BGH, Urt. v. 12.11.1991 – KZR 22/90, BGHZ 116, 339, 344 f.

⁴ BVerwG, B. v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9, 18 f.; Ruthig, NZBau 2005, 497, 499 f.; zuvor anders OVG Rh-Pf, B. v. 25.5.2005 – 7 B 10356/05.OVG, NZBau 2005, 411; OVG NRW, B. v. 4.5.2006 – 15 E 453/06, NVwZ 2006, 1083; Pünder, VerwArch 95 (2004) 38, 57 f.; wohl auch Dörr, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einl. Rn. 129.

privatrechtliche Verträge vergeben. Auch ist der Vergabe kein öffentlich-rechtlicher Akt über das „Ob“ des Vorliegens eines Privilegierungstatbestands vorgeschaltet.⁵

2. Öffentlich-rechtliche Aufträge

Gehören damit die bedarfsdeckenden öffentlichen Aufträge regelmäßig dem Privatrecht an, so gilt anderes für Aufträge, welche die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand haben.

a) Städtebauliche Verträge

Mit der *Ahlhorn*-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁶ gerieten erstmals städtebauliche Verträge in den Fokus des Vergaberechts. Allerdings zeigt sich, dass städtebauliche Verträge nur unter engen Voraussetzungen überhaupt vergaberechtspflichtig sind und sich zudem die Frage einer Komplexitätserhöhenden Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Maßstäbe nicht durchgängig stellt:

Streitgegenstand der *Ahlhorn*-Rechtsprechung waren vor allem *Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand*, in denen eine Gemeinde die Erbringung von Planungs- und/oder Bauleistungen aus städtebaulichen Gründen mit der Übertragung von Eigentum bzw. einem Nutzungsrecht, ggf. neben einem Geldbetrag, „bezahlt“. Mit der Korrektur der *Ahlhorn*-Judikatur durch den EuGH⁷ und der darauf aufbauenden Regelung in § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB wurde klargestellt, dass ein Bauauftrag nur vorliegt, wenn die Bauleistung der öffentlichen Hand unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und diese zudem einen maßgeblichen Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat. Indessen ist bei den Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand schon fraglich, inwieweit die mit den Investoren geschlossenen Verträge dem öffentlichen Recht zurechnen. Zwar ist der Abschluss von grundstücksbezogenen Investorenverträgen häufig durch das Inausichtstellen einer investorgerechten öffentlich-rechtlichen Bauleitplanung nach §§ 1 ff. BauGB motiviert. Gleichwohl hat die Rechtsprechung Grundstückskaufverträge mit öffentlich-rechtlicher Zwecksetzung nicht als hinkende Austauschverträge des öffentlichen Rechts, sondern wegen des zugrundeliegenden Kaufgeschäfts als privatrechtliche

⁵ BVerwG, Urt. v. 8.3.1962 – VIII C 160/60, BVerwGE 14, 65, 70; Ruthig, NZBau 2005, 497, 499 f.; a.A. BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 – VII C 227/57, BVerwGE 7, 89, 91; BVerwG, Urt. v. 26.11.1969 – V C 98/67, BVerwGE 34, 213, 215; VG Koblenz, B. v. 31.1.2005 – 6 L 2617/04.KO, NZBau 2005, 412; Prieß/Hölzl, NZBau 2005, 367, 370 f.

⁶ LG Düsseldorf, B. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 530 – Fliegerhorst Ahlhorn; s. aus der überwiegend krit. Literatur nur Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133; Spannowsky, UPR 2008, 281; Kühling, JZ 2008, 1117; Pietzcker, NZBau 2008, 293; Ziekow, DVBl. 2008, 137

⁷ EuGH, Urt. v. 25.3.2010 – C 451/08, NJW 2010, 2189 Rn. 41 – Helmut Müller/BIMA; dazu näher dazu Grothmann/Tschäpe, ZfBR 2011, 442; Otting, NJW 2010, 2167; Greim, ZfBR 2011, 126.

Verträge qualifiziert.⁸ Öffentliche Aufträge i.S.v. § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB werden deshalb zumeist dem Privatrecht angehören.

Anders verhält es sich mit den sog. Folgekostenverträgen, die außerhalb oder neben Grunderwerbsverträgen geschlossen werden (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB). Die Leistungsbereitschaft des Investors steht dabei unter dem Vorbehalt der kommunalen Verabschiedung einer investorgerechten Bauleitplanung. Wegen dieser Zwecksetzung werden die Folgekostenverträge als hinkende Austauschverträge ganz einhellig dem öffentlichen Recht zugeordnet.⁹ Allerdings haben diese Verträge, die allein eine bedingte Zahlungspflicht des Investors begründen, keinen Beschaffungscharakter und sind infolgedessen nicht vergaberechtspflichtig.

Erschließungsverträge der Gemeinde mit einem Erschließungsunternehmen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB) sind wegen der Übernahme der kommunalen Erschließungsaufgabe durch einen Dritten öffentlich-rechtlicher Natur.¹⁰ Ihre Vergaberechtspflichtigkeit könnte hingegen am konstitutiven Merkmal der Entgeltlichkeit des Auftrags scheitern: Ist der Erschließungsunternehmer zugleich Grundstückseigentümer, so refinanziert er seinen Aufwand mit dem Grundstücksverkauf, anderenfalls durch privatrechtliche Vereinbarungen mit den Grundstückseigentümern.¹¹ Soweit sich allerdings die Gemeinde für den Fall des Scheiterns von Vereinbarungen des Erschließungsunternehmens mit den sog. Fremdanliegern zur Übernahme der Kosten für den beitragsfähigen Erschließungsaufwand verpflichtet (modifizierter Erschließungsvertrag), liegt auch eine die Vergaberechtspflicht begründende Entgeltlichkeit vor.¹²

b) Verträge über Rettungsdienstleistungen

Neben städtebaulichen Verträgen sind in jüngerer Zeit vor allem Aufträge über die Wahrnehmung von Rettungsdienstleistungen in das Visier der Verwaltungsgerichte geraten. Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen ist maßgeblich durch die unterschiedlichen landesrechtlichen¹³ Ausgestaltungen des Rettungsdienstes geprägt. Soweit die öffentlichen Aufgabenträger mit den Anbietern Verträge über die Durchführung von

⁸ BVerwG, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 18/91, BVerwGE 92, 56, 58 f.; BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 97: kein ausreichender Sachzusammenhang mit Bauleitplanung bei Grundstücksgeschäften mit Einheimischensicherungsklausel im Vorfeld der Planung.

⁹ BVerwG, Urt. v. 6.7.1973 – IV C 22/72, BVerwGE 42, 331, 333; BVerwG, Urt. v. 16.5.2000 – 4 C 4/99, BVerwGE 111, 162, 164 f.; BVerwG, Urt. v. 29.1.2009 – 4 C 15/07, BVerwGE 133, 85; Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 30 Rn. 4.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8/09, BVerwGE 138, 244 Rn. 24

¹¹ Zur Vergaberechtsfreiheit Pietzcker, NZBau 2008, 293, 299; Burgi, NVwZ 2008, 929, 934 f.

¹² Zur Zulässigkeit dieses Erschließungsmodells und zur Vergaberechtspflichtigkeit BVerwG, Urt. v. 30.1.2013 – 9 C 11/11, BVerwGE 145, 354 Rn. 12 ff., 21; s.a. Köster/Häfner, NVwZ 2007, 410, 414.

¹³ Die Gesetzgebungskompetenz der Länder folgt aus der Zuständigkeit für die Gefahrenabwehr, BayVerfGH, Urt. v. 24.5.2012 – Vf 1-VII-10 NVwZ-RR 2012, 665, 667 mwN.

Rettungsdiensten gegen eine Vergütung schließen (Submissionsmodell),¹⁴ läge bei Überschreiten der Schwellenwerte ein vergaberechtspflichtiger Dienstleistungsauftrag über nichtprioritäre Dienstleistungen vor.¹⁵ Wird hingegen der Anbieter von Rettungsdiensten nicht durch den Auftraggeber vergütet, sondern auf eine Bezahlung seiner Leistungen durch die Patienten bzw. die Krankenkassen verwiesen (Konzessionsmodell),¹⁶ lag unter Geltung der RL 2004/18/EG regelmäßig eine vom Vergaberechtsregime nicht erfasste Dienstleistungskonzession vor.¹⁷ Mit der Einbeziehung von Dienstleistungskonzessionen in das Vergaberecht durch die RL 2014/23/EU wären auch nach dem Konzessionsmodell vorgenommene Beauftragungen von gemeinnützigen Organisationen vergaberechtspflichtig geworden.

Mit der Bereichsausnahme gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist die Vergabe von Rettungsdienstleistungen unter den dort genannten Voraussetzungen vom GWB-Vergaberecht freigestellt. Da sowohl Konzessionen als auch Dienstleistungsaufträge regelmäßig als öffentlich-rechtliche Verträge ausgestaltet werden,¹⁸ landen Streitigkeiten um den Abschluss derartiger Verträge nach § 40 VwGO nunmehr vor den Verwaltungsgerichten.

III. Die Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG im GWB-Vergaberecht

1. Vorrang des vergaberechtlichen Regimes

§§ 97 ff. GWB verlangen ungeschmälerzte Geltung, wenn ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsvertrag im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts liegt. Deshalb dürfen insbesondere die Rechtsfolgen einer vergaberechtswidrigen Auftragsvergabe nicht durch den Rückgriff auf Normen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts konterkariert werden. Die Anordnung schwebender (Un-)Wirksamkeit von de facto oder unter Verstoß gegen die Wartepflicht vergebenen Aufträgen¹⁹ ist folglich *lex specialis* zu

¹⁴ Zum Beispiel § 13 Abs. 1 RettG NRW; § 5 Abs. 2 RDG Sch-H; § 7 Satz 3 HbgRDG; § 7 Abs. 5 RDG M-V; § 31 Sächs-BRKG.

¹⁵ BGH, Urt. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08, NZBau 2009, 201 Rn. 15 ff.; OLG Naumburg, B. v. 22.2.2011 – 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258, 260 ff.; OLG Schleswig, B. v. 28.8.2015 – 1 Verg 1/15, NZBau 2015, 718; s.a. EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-113/13, NZBau 2015, 377 Rn. 40 ff. – Spezzino zu gemischten Verträgen.

¹⁶ Zum Beispiel Art. 13 BayRDG; § 5 Abs. 2 HRDG; § 5 Abs. 1 RDG Bln.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 10.3.2011 – C-274/09, NZBau 2011, 239 Rn. 23 ff. – Rettungsdienst Stadler; s.a. BayVerfGH, Urt. v. 24.5.2012 – Vf 1-VII-10, NVwZ-RR 2012, 665, 667.

¹⁸ Zu § 13 RettG NRW (Dienstleistungsauftrag) VG Düsseldorf, B. v. 15.9.2016 – 7 L 2411/16, NZBau 2017, 59, 60; zu § 5 Abs. 2 RDG Sch-H (Dienstleistungsauftrag) VG Schleswig, Urt. v. 14.11.2017 – 3 A 14/17, BeckRS 2017, 137998 Rn. 56 f.; zu Art. 13 BayRDG (Konzession) VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 51; § 5 Abs. 2 HRDG sieht in seinem Konzessionsmodell einen vorgeschalteten Verwaltungsakt vor, der durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgestaltet wird, dazu VG Kassel, Urt. v. 6.10.2017 – 5 K 939/13.KS, BeckRS 2017, 130384; die öffentlich-rechtliche Natur wird überwiegend normativ angeordnet, s. § 7 Satz 3 HbgRDG; § 7 Abs. 5 RDG M-V; § 5 Abs. 2 RDG RP; § 5 Abs. 2 RDG Sch-H; § 31 Abs. 1 SächsBRKG.

¹⁹ Zu dieser Konstruktion Dreher/Hoffmann, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 135 Rn. 5 f, 13 ff.; zuvor dies., NZBau 2010, 201 zu § 101b GWB a.F.

einer Vertragsnichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 59 VwVfG.²⁰ Auch lassen sich die besonderen Anforderungen des § 135 GWB nicht im Rahmen des Zustimmungsvorbehalts zugunsten Dritter gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG umsetzen.

Der Vorrang des vergaberechtlichen Regimes setzt sich in den Rechtsschutzstrukturen fort. In §§ 155, 156 Abs. 2 und § 171 Abs. 3 GWB liegt im Fall des Rechtsstreits um einen öffentlich-rechtlichen Auftrag eine abdrängende Zuweisung i.S.v. § 40 Abs. 1 VwGO, die einen einheitlichen Standard der Rechtsdurchsetzung für alle öffentlichen Aufträge gewährleisten soll.

2. Ergänzende Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG

Andererseits kann das Vergaberecht auf arrondierende Regelungen des öffentlichen Rechts angewiesen sein, soweit es die Rechtsfolgen von Vergaberechtsverstößen nicht selbst regelt. Ein Verstoß gegen das Zuschlagsverbot im laufenden Nachprüfungsverfahren (§ 169 Abs. 1 GWB) oder im gerichtlichen Beschwerdeverfahren (§ 173 Abs. 3 GWB) bedarf ungeachtet der grundsätzlichen Wirksamkeit von vergaberechtswidrig erteilten Aufträgen (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB) sowohl bei privatrechtlichen als auch bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen der Sanktionierung durch die Vertragsnichtigkeit. Die Qualifikation von § 169 Abs. 1 und § 173 Abs. 3 GWB als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB²¹ wird bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen durch eine entsprechende Anwendung von § 134 BGB im Rahmen von § 59 Abs. 1 VwVfG herbeigeführt.²² Das kollusive Zusammenwirken von Auftraggeber und Auftragnehmer mit dem Ziel der Umgehung des Vergaberechts, das bei privatrechtlichen Aufträgen durch die Nichtigkeitsfolge nach § 138 BGB sanktioniert wird,²³ kann bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen durch den gegenüber § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 138 BGB spezielleren § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG gehandelt werden.²⁴

²⁰ Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 32 Rn. 29; so auch schon Burgi, NZBau 2002, 57, 61 zu § 13 Satz 6 VgV a.F.

²¹ BGH, Urt. v. 19.12.2004 – X ZB 44/03, BGHZ 158, 43; OLG Düsseldorf, B. v. 23.12.2015 – VI Verg 34/15, BeckRS 2016, 02949; OLG Frankfurt, B. v. 20.2.2003 – 11 Verg 1/02, NZBau 2004, 173; s.a. Antweiler, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 168 Rn. 53, § 169 Rn. 26.

²² Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 29; allgemein zur entsprechenden Anwendung von § 134 BGB auf öffentlich-rechtliche Verträge Rn. 22.

²³ Dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2003 – Verg 37/03, NZBau 2004, 113, 116; ausf. Dreher/Hoffmann, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 135 Rn. 87.

²⁴ Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 29, denkbar wäre auch die Annahme einer Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG.

3. Die Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG auf außervergaberechtliche Rechtsfolgen

Das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht steht nicht im Dienste des Vergaberechts, wenn die Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags aus nicht-vergaberechtlichen Gründen in Frage steht. Ebenso wie zivilrechtliche Unwirksamkeitsgründe wie etwa ein Formmangel i.S.v. § 125 BGB die Nichtigkeit eines privatrechtlichen Auftrags auslösen kann,²⁵ lässt sich diese Rechtsfolge auch im öffentlichen Recht gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG ziehen.²⁶

Soweit eine de facto-Vergabe unter der weiteren Voraussetzung einer Vergabe über den Marktpreis zugleich einen Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV darstellt, wird einhellig ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB angenommen.²⁷ Erst nach langen Disputen in Judikatur und Schrifttum setzte sich die Auffassung durch, dass jedenfalls bei einem allein formellen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV das Unionsrecht i.S.v. § 134 BGB „ein anderes“ als die Vertragsnichtigkeit, nämlich nur die schwebende Unwirksamkeit des (privatrechtlichen) Vertrags gebietet, und die Feststellung der Kommission über die materielle Unionsrechtskonformität der Beihilfe die Wirksamkeit des Vertrags ex nunc bewirkt.²⁸ Bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen lässt sich dieses Ergebnis auf einfach-elegante Weise durch Rückgriff auf den behördlichen Zustimmungsvorbehalt nach § 58 Abs. 2 VwVfG erzielen:²⁹ Auch die Europäische Kommission ist eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (§ 1 Abs. 4 VwVfG), mithin eine Behörde im Sinne des § 58 Abs. 2 VwVfG. Das Ziel, den in der verfrühten Auszahlung liegenden Vorteil des Empfängers abzuschöpfen, kann erreicht werden, wenn mit dem Zeitpunkt der positiven Entscheidung der Kommission die Vertragswirksamkeit ex nunc eintritt.

Insgesamt zeigt sich, dass GWB-Vergaberecht und öffentlich-rechtliches Vertragsrecht harmonisieren, sofern öffentlich-rechtliche Verträge im Anwendungsbereich von §§ 97 ff. GWB zugeschlagen werden. Maßgeblich hierfür sind zum einen der sachliche Vorrang des vergaberechts unter Einschluss seiner Rechtsschutzstrukturen, zum anderen die Offenheit der §§ 54 ff VwVfG, die Anleihen im bürgerlichen Recht ermöglichen.

²⁵ Antweiler, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 168 Rn. 55.

²⁶ Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 22.

²⁷ Speziell für öffentliche Aufträge Dreher/Glöckle, NZBau 2015, 529, 531; zuvor allgemein für Beihilfenverträge BGH, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445; BGH, Urt. v. 20.1.2004 – XI ZR 53/03, EuZW 2004, 252, 253; Remmert, EuR 2000, 469, 476 ff.; Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108; Gellermann, DVBl 2003, 481, 485.

²⁸ So nunmehr auch BGH, Urt. v. 5.12.2012 – I ZR 92/11, BGHZ 196, 254 Rn. 35 ff; BGH, B. v. 13.9.2012 – III ZB 3/12, WM 2012, 2024; die Konstruktion einer schwebenden Unwirksamkeit wurde vom Schrifttum schon lange präferiert, s. nur Heidenhain, EuZW 2005, 135; EuZW 2008, 324; Pütz, NJW 2004, 2199; Quardt/Nieland, EuZW 2004, 201; Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 93 f. Die Konstruktion ist ohne Weiteres mit den Vorgaben des Gerichtshofs vereinbar, dazu EuGH, Urt. v. 12.2.2008 – C-199/06, Slg. 2008, I-409, Rn. 52 ff. – CELF I.

²⁹ Dazu ausführlicher Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 93; Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 2.

IV. Die Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG außerhalb des GWB-Vergaberechts

Das öffentlich-rechtliche Vertragsregime bildet neben dem Haushaltsrecht den alleinigen Maßstab für öffentlich-rechtliche Aufträge, die außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts erteilt werden. Zu den bekannten Rechtsschutzproblemen im Unterschwellenbereich (1.) gesellen sich in jüngerer Zeit vor allem verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten um die öffentlich-rechtliche Vergabe von Rettungsdienstleistungen, die der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB unterfallen (2.).

1. Unterschwellenbereich

Nach der dualen Rechtsschutzstruktur bleibt der übergangene Bieter einer Vergabe im Unterschwellenbereich mangels einer Vorabinformationspflicht und eines mit Suspensiv-effekt versehenen Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich auf Schadensersatzansprüche wegen eines rechtswidrig erteilten Zuschlags verwiesen.³⁰ Dies gilt auch für den Zuschlag öffentlich-rechtlicher Verträge. Sekundäre Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher c.i.c. liegen dabei nur dann in der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenn sie nicht im Zusammenhang mit einem Amtshaftungsanspruch stehen.³¹

Die jüngere Judikatur hat zwar die Möglichkeit vorbeugender Unterlassungsansprüche anerkannt, die unional aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Äquivalenz- und des Effizienzgebots abgeleitet werden können;³² soweit diese mangels Anwendbarkeit von §§ 155, 156 Abs. 2 und 171 Abs. 3 GWB zur Verhinderung der Zuschlagserteilung auf einen öffentlich-rechtlichen Auftrag vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen sind, ist allerdings der Ausnahmecharakter von vorbeugenden Rechtsschutz nach § 123 VwGO in Rechnung zu stellen. Aus Gründen der Gewaltenteilung ist der Kläger regelmäßig auf den nachträglichen Rechtsschutz verwiesen, wenn nicht im Einzelfall das Abwarten mit unzumutbaren, nicht rückgängig zu machenden Nachteilen verbunden ist.³³

³⁰ Zu den Anspruchsgrundlagen Wollenschläger, in: FS Marx 2013, S. 877 ff.; Pünder, Jura 2016, 1358, 1372 f.

³¹ Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher c.i.c. sollen bei einem Zusammenfallen mit Amtshaftungsansprüchen nach Auffassung von BVerwG und BGH nicht i.S.v. § 40 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 VwGO auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag „beruhen“, s. BVerwG, B. v. 30.4.2002 – 4 B 72/01, DVBl. 2002, 1555; BGH, Urt. v. 3.10.1985 – III ZR 60/84, NJW 1986, 1109; krit. dazu Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 34 Rn. 4.

³² OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.1.2010 – I-27 U 1/09, NZBau 2010, 328, 329; Grundsätze i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 311 BGB; ebenso OLG Brandenburg, B. v. 2.10.2008 – 12 U 91/08, VergabeR 2008, 294; KG, Urt. v. 22.1.2015 – 2 U 14/14 Kart, NZBau 2015, 323, 324; Grundsätze i.V.m. §§ 1004 II, 823 Abs. 2 BGB.

³³ BVerwG 907 Rn. 19 f.; VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 55 ff., Urt. v. 5.4.2016 – 1 C 3/15, BVerwGE 154, 328 Rn. 52; BVerwG, Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18/15, NVwZ-RR 2016, 907 Rn. 19 f.; VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 55 ff.

Indessen folgen sowohl aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG³⁴ als auch bei grenzüberschreitender Bedeutung aus den Grundfreiheiten³⁵ Ausschreibungs- und Informationsgebote der Vergabestellen. Soweit das Landesrecht für den Unterschwellenbereich durch außenwirksame Normen in Parallele zu § 134 GWB eine Vorabinformations- und Wartepflicht vorschreibt,³⁶ können diese Vorschriften als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB qualifiziert werden, die eine rechtswidrige Zuschlagerteilung verhindern sollen und damit einen Primärrechtsschutz gewährleisten.³⁷ Ob dies auch ohne eine landesrechtliche Anknüpfungsnorm gilt, ist umstritten. Das OLG Düsseldorf hat in einer jüngeren Entscheidung wegen der unionalen und verfassungsrechtlichen Fundierung einer Vorabinformationspflicht grundsätzlich eine Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz bejaht.³⁸ Dieselbe Rechtsfolge wäre bei öffentlich-rechtlicher Vergabe über § 59 Abs. 1 VwVfG als Rezeptionsnorm zu ziehen.

2. Vergabe von Rettungsdienstleistungen

Da Rettungsdienstleistungen sowohl im Konzessionsmodell als auch im Submissionsmodell regelmäßig öffentlich-rechtlich vergeben werden, sind mit der Geltung der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Verwaltungsgerichte zu Hauptakteuren der Gewähr von „Vergaberechtsschutz“ geworden. Ungeachtet der noch offenen Frage der Richtlinienkonformität von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB³⁹ ist bereits jetzt absehbar, dass der Bieterrechtsschutz an gravierenden Defiziten leidet.

Sofern die Länder in ihren Rettungsdienstgesetzen nach wie vor ein Auswahlverfahren auch unter Beteiligung von gewerblichen Bietern vorsehen, haben sie auf die Nutzung der Bereichsausnahme verzichtet mit der Konsequenz, dass die Vergabe von Rettungsdienstleistungen bei Überschreiten der Schwellenwerte dem GWB-Vergaberecht unterliegt.⁴⁰ Soweit die Länder aber nunmehr unter Nutzung von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eine

³⁴ Zur Ableitung aus Art. 3 Abs. 1 GG Burgi, NZBau 2005, 610, 615; Englisch, VerwArch 2007, 410, 422 f.; s.a. Wollenschläger, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, § 26 Rn. 57 ff.

³⁵ Für den Unterschwellenbereich EuGH, Urt. v. 14.6.2007 – C-6/05, NZBau 2007, 597 Rn. 33 – Medipac; EuG, Urt. v. 29.5.2013 – T-384/10, NZBau 2013, 648 Rn. 110 f. – Kommission/Spanien; Wollenschläger, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, § 26 Rn. 7 ff.

³⁶ So etwa § 12 VgG M-V, § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO, § 19 Abs. 1 ThürVgG. § 46 Abs. UVgO, der ohnehin nur den Rang einer Verwaltungsvorschrift bekleidet, sieht hingegen eine Information erst nach Zuschlagerteilung vor.

³⁷ Pünder, Jura 2016, 1358, 1372; Siegel, VerwArch 2016, 1, 27 ff.; Dreher/Hoffmann, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 135 Rn. 85.

³⁸ OLG Düsseldorf, B. v. 13.12.2017 – 27 U 25/17, ZfBR 2018, 280, 281 unter Bezugnahme auf EuG, Urt. v. 20.9.2011 – T-461/08, BeckRS 2011, 81495 Rn. 118; zuvor schon Wollenschläger, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, § 26 Rn. 70 mit dem Vorschlag einer analogen Anwendung von § 101b GWB a.F.

³⁹ Siehe den Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf v. 12.6.2017 – VII Verg 34/16, NZBau 2017, 761; dazu Bühs, EuZW 2017, 804.

⁴⁰ Beispiel: Art. 13 BayRDG; dazu VK Südbayern, B. v. 14.2.2017 – Z 3-3-3194-1-54-12/16, BeckRS 2017, 124185 Rn. 189 ff.; s.a. Davis/Ebersberger, BayVBl. 2017, 583.

Direktvergabe an gemeinnützige Organisationen gestatten,⁴¹ bestehen bei zusätzlicher Beachtung der *Spezzino*-Kriterien auch keine primärrechtlichen Ausschreibungs- und Informationspflichten.⁴²

In dieser Lage sind Konkurrenten der gemeinnützigen Organisationen im Vorfeld des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auf die Geltendmachung vorbeugenden Rechtsschutz verwiesen, der ebenso wie im Unterschwellenbereich nur unter strengen Voraussetzungen gewährt wird. Ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis haben die Verwaltungsgerichte bislang jedoch kaum einmal als erfüllt angesehen. Hierfür ist maßgeblich, dass der im GWB-Vergaberecht geltende Grundsatz der Unaufhebbarkeit einer Zuschlagserteilung (§ 168 Abs. 2 GWB) für den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge außerhalb der §§ 97 ff. GWB keine Geltung beansprucht. Im Fall einer mehrjährigen Beauftragung wird deshalb ein nachträglicher (Feststellungs-)Rechtsschutz auf der Grundlage von § 58 Abs. 1 VwVfG für zumutbar gehalten.⁴³ Dass die Beschränkung präventiven Rechtsschutzes durch die Möglichkeit einer nachträglichen Unwirksamkeitsfeststellung des öffentlich-rechtlichen Vertrages angemessen kompensiert wird, ist hingegen sehr fraglich. Denn ungeachtet der fehlenden Anwendbarkeit von § 168 Abs. 2 GWB wird die nachträgliche Beseitigung eines Vertrags in Anbetracht der wirtschaftlichen Folgen immer die Ausnahme bleiben.⁴⁴ Die Botschaft des Vergaberechts, dass Verfahrensfehler im laufenden Verfahren am effizientesten zu korrigieren sind,⁴⁵ haben die Verwaltungsgerichte bislang nicht vernommen.

V. Fazit

Während in der Frühzeit des vergaberechtlichen Rechtsschutzes das Vergaberecht bereitwillig Anleihen nahm bei den hochgezüchteten Strukturen des beamtenrechtlichen Konkurrentenrechtsschutzes,⁴⁶ steht nunmehr in Frage, ob das Verwaltungsrecht und seine Rechtsschutzstrukturen in der Lage sind, das ausbalancierte System des vergaberechtlichen Bieterschutzes aufzunehmen. In materiellrechtlicher Hinsicht liefern §§ 4 ff. VwVfG, die eine Rezeption bürgerlichrechtlicher Vorschriften gestatten, ein geeignetes Gerüst, um die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Vergabe auch bei einem

⁴¹ So etwa § 2 Abs. 1 RDG BW.

⁴² EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-113/13, NZBau 2015, 377 Rn. 53 ff. – *Spezzino*; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 28.1.2016 – C-50/14, NZBau 2016, 177 Rn. 58 ff. – *CASTA*.

⁴³ VG Düsseldorf, B. v. 15.9.2016 – 7 L 2411/16, NZBau 2017, 59, 63 f.; VG Schleswig, Urt. v. 14.11.2017 – 3 A 14/17, BeckRS 2017, 137998 Rn. 72 ff. im Fall einer Bereichsausnahme nach § 108 Abs. 4 GWB. - Bei einer kurz befristeten Interimsvergabe soll hingegen gerade die Kurzfristigkeit einen vorbeugenden Rechtsschutz entbehrlich machen, VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 57.

⁴⁴ Bühs, DÖV 2017, 995, 997.

⁴⁵ Dazu nachdrücklich Willenbruch, NordÖR 2018, 189, 191.

⁴⁶ BKartA, B. v. 29.4.1999 – VK 1-7/99, NJW 2000, 151 unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 1990, 501 zur Begründung einer rechtsschutzsichernden Wartepflicht vor Zuschlagerteilung.

öffentlich-rechtlichen Vertragsschluss zu bewältigen. Das Verwaltungsprozessrecht ist hingegen mit seiner Ausrichtung auf die nachträgliche Fehlerbeseitigung nur bedingt geeignet, bei Unanwendbarkeit von §§ 97 ff. GWB als Surrogat eines vergaberechtlichen Rechtsschutzes zu fungieren. Hier bedarf es weiterer Schritte hin zu einer verfahrensbe-
gleitenden gerichtlichen Kontrolle, die gleichermaßen den Interessen der erfolgreichen und der erfolglosen Bieter dient.

Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

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

Vergaberecht in Österreich – Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten und aktuelle Besonderheiten



Prof. Dr. Michael Holoubek

Wirtschaftsuniversität Wien

1. Ein kurzer Blick auf das System des österreichischen Bundesvergabegesetzes

Österreich ist, anders als Deutschland, bekanntlich von allem Anfang an den Weg einer einheitlichen Umsetzung des europäischen Vergaberechts auf gesetzlicher Ebene gegangen. Sowohl der in den einschlägigen Vergaberichtlinien unionsvergaberichtlich geregelte Oberschwellenbereich wie auch der zwar von den Grundfreiheiten, nicht aber von den Vergaberichtlinien erfasste Unterschwellenbereich sind in Österreich, was das materielle Vergaberecht anlangt, einheitlich im Bundesvergabegesetz geregelt. Der Rechtsschutz in Vergabesachen erfolgt einheitlich vor den Verwaltungsgerichten, in der Sache ist das Rechtsschutzverfahren von Vergaben durch öffentliche Auftraggeber, die dem Bund zuzurechnen sind, im Bundesvergabegesetz, für „Landesauftraggeber“ (einschließlich dem jeweiligen Land zurechenbare öffentliche Unternehmen etc) in den einzelnen Landes-Vergaberechtschutzgesetzen geregelt¹. Natürlich kennt das Bundesvergabegesetz für den Unterschwellenbereich gewisse Verfahrenserleichterungen bis hin zum Instrument der Direktvergabe; aber grundsätzlich ist jede Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags durch einen öffentlichen Auftraggeber im klassischen Bereich oder durch einen Sektorenauftraggeber in Österreich gesetzlich geregelt und unterliegt auch dem spezifischen Vergaberechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten.

¹ Im Überblick Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, 2014, Holoubek/Fuchs, Vergaberecht, in: Holoubek/Potacs (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2013, 735 ff.

Diese Grundstruktur wird auch das Bundesvergabegesetz 2018, dass das (nun nicht mehr ganz so) neue Vergaberichtlinienpaket der EU umsetzen wird, beibehalten. Dass sich der österreichische Umsetzungsgesetzgeber bei der Implementierung der Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2014 offenbar an das chinesische Sprichwort – wenn du es eilig hast, gehe langsam – gehalten hat, ist einerseits einem für den Umsetzungsprozess unglücklichen Zusammentreffen einer entscheidenden Phase des Gesetzgebungsprozesses mit Neuwahlen und demzufolge der Notwendigkeit, den Prozess in der neuen Legislaturperiode auch nochmals neu in die Wege zu leiten, geschuldet; zum anderen liegt der langwierige Umsetzungsprozess auch in den, in einer eigenen verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmung (Art 14b BVG) geregelten besonderen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren in Vergabesachen begründet. Wie auch immer: für den Sommer des Jahres 2018 ist die Publikation des neuen Bundesvergabegesetzes 2018 im Bundesgesetzblatt nunmehr endgültig in Aussicht gestellt.

Dieses Bundesvergabegesetz 2018 wird, wie gesagt, an den Grundstrukturen der bisherigen bundesvergabegesetzlichen Regelung festhalten: Das bedingt, weil weiterhin Ober- und Unterschwellenbereich gleichermaßen im BVergG 2018 geregelt sein werden, dass bestimmte, nunmehr aus unionsvergaberechtlichen Gründen in das innerstaatliche Vergaberecht aufzunehmende Regelungsbereiche grundsätzlich auch für den Unterschwellenbereich anwendbar sein bzw zur Verfügung stehen werden. So führt die in bestimmten Fällen im Oberschwellenbereich verpflichtend vorzusehende elektronische Vergabe dazu, dass im Unterschwellenbereich dieses Angebot für die öffentlichen Auftraggeber als Wahlmöglichkeit zur Verfügung stehen wird. Weiters hat diese Systementscheidung zur Konsequenz, dass Bekanntmachungs-, Informations- und Statistikverpflichtungen zumindest in manchen Konstellationen auch auf den Unterschwellenbereich ausgedehnt werden, auch wenn dazu unmittelbar keine unionsvergaberechtliche Verpflichtung besteht. Dass im Übrigen ein geteilter Vergaberechtschutz – Rechtschutz vor den Verwaltungsgerichten im Oberschwellenbereich und Rechtschutz vor den Zivilgerichten im Unterschwellenbereich – in Österreich aus verfassungsrechtlichen Gründen des Gleichheitsgrundsatzes unzulässig ist, beruht auf einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes.

In gewisser Hinsicht hat freilich der erweiterte Regelungsbereich des sekundären Unionsvergaberechts insbesondere im Hinblick auf Konzessionsvergaben und Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich dazu geführt, dass der österreichische Umsetzungsgesetzgeber sein Konzept einer einheitlichen Umsetzung des materiellen Vergaberechts in einem Bundesvergabegesetz etwas aufgeweicht hat. Ein eigenes Bundesvergabegesetz – Konzessionen 2018 wird die einschlägige Konzessionsvergaberichtlinie ebenso in einem eigenen Bundesvergabegesetz umsetzen wie schon bisher der Verteidigungs- und Sicherheitsbereich in einem eigenen Bundesvergabegesetz – Verteidigung und Sicherheit aus dem Jahr 2012 geregelt ist.

Ansonsten bleibt es aber beim integrativen Ansatz: sowohl Auftragsvergaben im klassischen wie im Sektorenbereich werden auch künftig in einem einheitlichen Bundesvergabegesetz 2018 geregelt sein. Als Besonderheit ist hier anzumerken, dass auch das BVergG 2018 insoweit dem Konzept des „Gesetzes im Gesetz“ folgen wird, als in je eigenen Teilen des Bundesvergabegesetzes das Vergabeverfahren für klassische öffentliche Auftraggeber und das Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber jeweils durchgängig geregelt sind. Dieses Konzept hat eine frühere legistische Technik abgelöst, bei der das Vergabeverfahren für Auftraggeber im klassischen Bereich gleichsam als „Regelverfahren“ fungierte und der Gesetzgeber sich beim Sektorenbereich auf abweichende Regelungen beschränkte und ansonsten auf die ebenfalls zur Anwendung gelangenden Bestimmungen des klassischen Bereichs verwiesen hat. Dieses Regelungskonzept hat sich als äußerst unübersichtlich und daher nicht zweckmäßig erwiesen und wurde schon mit dem Bundesvergabegesetz 2006 aufgegeben.

In das Bundesvergabegesetz integriert ist auch die notwendige Umsetzung der PSO-VO (1370/2007). Die in dieser Verordnung vorgesehenen Ausnahmen und Erleichterungen bei der Vergabe einschlägiger Verkehrsdienstleistungen werden aber vom BVergG 2018 übernommen (siehe insbesondere § 151 Abs 2 und 4 BVergG 2018).

Die Diskussion im Zuge des Umsetzungsprozesses haben mehr als derartige Fragen der grundsätzlichen Struktur eher spezielle Fragen bestimmt, die Besonderheiten betrafen, die der österreichische Gesetzgeber im Rahmen seines Umsetzungsspielraums vorsehen will. So hat er weiter die Zielsetzung der Stärkung des Bestbieterprinzips verfolgt, wobei insbesondere die zwingende Anwendung des Bestbieterprinzips bei Bauaufträgen ab für diese Auftragsart relativ geringen Schwellenwerten² für Diskussion gesorgt hat. In der Tat ist nicht leicht ersichtlich, wie qualitative Kriterien bei konstruktiver Leistungsbeschreibung eines Bauauftrags effizient in das Vergabeverfahren integriert werden können.

Umstritten ist auch die in § 89 des BVergG 2018 künftig vorgesehene Regelung, dass die Unterlagen für die zweite Stufe in einem zweistufigen Verfahren bereits mit der Einleitung (Bekanntmachung) der ersten Stufe uneingeschränkt zur Verfügung stehen müssen.

2. Das Bundesvergabegesetz im System des (öffentlichen) Wettbewerbsrechts

Die Grundsätze des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der Bieter sind die bestimmenden allgemeinen Grundsätze für den Verlauf des Vergabeverfahrens und für die Vorgehensweise der daran Beteiligten. Das Gebot des fairen Wettbewerbs muss dabei im Verhältnis des Auftraggebers zu den Bietern, aber

² Über 1 Mio € für Bauaufträge im klassischen Bereich bzw über 10 Mio € im Sektorenbereich.

auch in den Beziehungen der Bieter untereinander verwirklicht sein. Das BVergG 2018 sieht demzufolge spezifische Mechanismen vor, die wettbewerbswidriges Verhalten der Bieter für den konkreten Vergabewettbewerb unterbinden sollen. Zudem stellt es dem Auftraggeber Instrumente zur Verfügung, anhand derer dem Vergabewettbewerb abträgliche Verhaltensweisen der Bieter für das betreffende Vergabeverfahren sanktioniert werden können bzw müssen (so zählen insbesondere wettbewerbswidrige Unternehmerabsprachen zu den Gründen, die zum Ausschluss der betreffenden Unternehmer aus dem Vergabeverfahren führen).

Obgleich damit das Bundesvergabegesetz im Rahmen des Wettbewerbsprinzips gewisse Aspekte des Verhältnisses der Bieter untereinander aufgreift, ist doch das Verhältnis der Unternehmer untereinander nach der in Österreich herrschenden Auffassung eine Frage des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Daher wird auch die Teilnahme subventionierter Unternehmen am Vergabewettbewerb primär als eine Frage des Beihilfenrechts gesehen³. Das BVergG 2018 trägt freilich diesem Spannungsfeld insofern Rechnung, als folgendes vorgesehen ist: Stellt der öffentliche Auftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur dann ausscheiden, wenn der Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht innerhalb einer vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe im Sinne des Art 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar war. Sofern der öffentliche Auftraggeber aus diesem Grund ein Angebot ausscheidet, hat er dies im Übrigen der Europäischen Kommission bekannt zu geben.

Um der Rechtsvergleichung willen sei schließlich noch angemerkt, dass das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (weiterhin) dem traditionellen österreichischen Ansatz folgt, als in diesem Sinn vergabegesetzlich geregelte Bau- und Dienstleistungskonzessionen nur einschlägige, die Kriterien einer Konzession im vergaberechtlichen Sinn erfüllende Vereinbarungen eines öffentlichen Auftraggebers erfassen, die in „entgeltlichen Verträgen“ geregelt sind. Bewilligungen, die in der Rechtsform eines hoheitlichen Verwaltungsakts (in Österreich insbesondere: eines Bescheids) erfolgen, werden daher, auch wenn sie Merkmale des Konzessionsbegriffs an sich erfüllen, vom Bundesvergabegesetz Konzessionen nicht erfasst.

Wegen der jedenfalls einmal in der Praxis und auch der herrschenden Auffassung in der Lehre sehr eingeschränkten Anwendungsmöglichkeiten des öffentlichen rechtlichen Vertrages in Österreich spielen bislang derartige Rechtsformen im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben keine Rolle. Die vom Bundesvergabegesetz (wie vom

³ Siehe insbesondere EuGH, Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Slg 2000, I-11037, Rz 27.

Bundesvergabegesetz Konzessionen) bei der Abgrenzung des sachlichen Geltungsber
reichs apostrophierten „entgeltlichen Verträge“ werden daher nach herrschender Auf
fassung als privatrechtliche Verträge gesehen.

Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

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

Vergaberecht und Kartellrecht



Prof. Dr. Michael Kling

Phillipps-Universität, Marburg

Vergaberecht und Kartellrecht (im Zeitraum 2015 - 2018)

– Stellungnahme –

A. Einleitung

I. Die öffentlichen Auftraggeber als Adressaten des Kartellrechts

Die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand unterfällt dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts, sodass die allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen auch für staatliche Auftraggeber gelten. Die Kartellverbote in § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV betreffen v.a. Nachfragekartelle, d.h. die gemeinsame Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber (z.B. durch Kommunen oder durch gesetzliche Krankenkassen).

Neben den Kartellverboten sind weiter auch die Missbrauchsverbote der §§ 19 ff. GWB, Art. 102 AEUV auf die Nachfragetätigkeit öffentlicher Auftraggeber anwendbar. Vor Einführung des Kartellvergaberechts zum 1. Januar 1999 kam dem Kartellrecht insoweit die Aufgabe zu, die Marktmacht öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen zu kontrollieren. Dies war v.a. im Bereich des Tiefbaus sowie bei der Nachfrage nach Rüstungsgütern praktisch, weil hier im Wesentlichen nur staatliche Nachfrage bestand, sodass die öffentlichen Auftraggeber in diesen Bereichen gemäß

dem funktionalen Unternehmensbegriff als marktbeherrschende Unternehmen zu qualifizieren waren. Die §§ 97 Abs. 1, 2 GWB haben seither mit dem Wettbewerbsgrundsatz¹ und dem Gleichbehandlungsgrundsatz elementare Forderungen des Kartellrechts in das GWB-Vergaberecht inkorporiert, und zwar unabhängig von der Marktstellung des Auftraggebers. Da die Wahrung dieser Vergabegrundsätze im Nachprüfungsverfahren überprüft werden kann, liegt die Vermutung nahe, dass die Missbrauchsverbote des allgemeinen Kartellrechts dadurch hinsichtlich Vergabeverfahren weitgehend obsolet geworden sein könnten. Die nachfolgende Analyse verdeutlicht indessen, dass das kartellrechtliche Missbrauchsrecht nach wie vor eine gewisse Bedeutung bei öffentlichen Auftragsvergaben hat, vor allem aber in „vergaberechtsnahen“ Bereichen praktisch relevant ist.

II. Die Bieter und Bewerber als Adressaten des Kartellrechts

Die Kartellverbote betreffen weiter die Marktgegenseite, also die Bieter und Bewerber, die sich an Vergabeverfahren beteiligen; sie sind unproblematisch als Unternehmen i.S. des Kartellrechts zu qualifizieren. Kartellrechtswidrige Praktiken der Bieter und Bewerber – d.h. wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen – sind praktisch relevant. Das betrifft neben verbotenen Preisabsprachen (vgl. auch § 298 StGB) beispielsweise die Bildung von Bietergemeinschaften. Diese fallen – vereinfacht gesagt – unter das Kartellverbot des § 1 GWB, wenn die beteiligten Unternehmen die nachgefragte Leistung aus eigener Kraft jeweils selbst ohne Kooperation mit anderen Bietern erbringen könnten. Damit ist die zentrale Frage nach der Zulässigkeit der Konzentration von Wirtschaftskraft und -macht angesprochen, die ausschließlich das Kartellrecht, nicht aber das Vergaberecht als Regelungsgegenstand hat.² Dementsprechend wird in der Rechtsprechung die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften soweit ersichtlich vornehmlich unter Bezugnahme auf das Kartellverbot (§ 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) geprüft. Zahlreiche Beispiele aus jüngerer Zeit belegen die Relevanz des Kartellverbots im Bereich des Vergaberechts. Seine Verletzung zieht Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung (§ 33 GWB) sowie Schadensersatz (§ 33a GWB) der Auftraggeber nach sich.

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 31 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte: „(...) Der im AEUV, im GWB und in den Vergabeordnungen verwendete Begriff des Wettbewerbs ist in keinem unterschiedlichen Sinn zu verstehen. (...)“ Wortgleich OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 31.

² BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 60 (betreffend ein Vergabeverfahren über Arzneimittel-Rabattrahmenvereinbarungen).

B. Die Anwendung von Kartellrechtsnormen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und in der Spruchpraxis der Vergabekammern

I. Die Kartellverbote (§ 1 GWB und Art. 102 AEUV)

1. Bietergemeinschaften und Kartellverbot

a) Grundlagen

Bietergemeinschaften sind in jüngerer Zeit sehr häufig Gegenstand gerichtlicher Beurteilung gewesen. Eine gute Nachricht sei hier vorangestellt. Das OLG Düsseldorf hat nämlich entschieden: „Die Bildung von Bietergemeinschaften ist grundsätzlich zulässig und unterliegt nicht dem Generalverdacht der Kartellrechtswidrigkeit.“³ Umgekehrt gilt: eine Bietergemeinschaft bzw. deren Angebot ist wegen unzulässiger, wettbewerbsbeschränkender Abrede von einem Vergabeverfahren auszuschließen, falls die Bildung der Bietergemeinschaft einen Verstoß gegen das deutsche bzw. europäische Kartellverbot (§ 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) darstellt,⁴ d.h. wenn sie eine spürbare Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt.⁵

Grundsätzlich kann die Bildung einer Bietergemeinschaft eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede darstellen, wenn sich die Mitglieder der Bietergemeinschaft auf demselben Markt unternehmerisch betätigen, dort (ansonsten) in einem Wettbewerb stehen und in der Lage wären, sich – jeweils eigenständig – an Ausschreibungen der vorliegenden Art zu beteiligen.⁶ Wettbewerbswidrige Abreden liegen insbesondere dann vor, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen eines Konkurrenzangebots, zumindest aber der wesentlichen Angebotsgrundlagen, erstellt wird und damit ein Geheimwettbewerb zwischen den fraglichen Bietern nicht mehr gewährleistet ist.⁷

³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14, NZBau 2015, 176 Rn. 21 = VergabeR 2015, 224; ebenso VK Südbayern, Beschl. v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15, WuW 2016265 Rn. 146 – ÖPNV-Linienbündel. Etwas eigenartig ist die wohl gleichbedeutende Formulierung der Rechtsprechung, es stehe „mithin nicht im Belieben des öffentlichen Auftraggebers, ob die Eingehung einer Bietergemeinschaft als ein Kartellrechtsverstoß anzusehen ist oder nicht“ (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.6.2015 – VII-Verg 17/15, juris Rn. 12; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 11).

⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2014 – VII-Verg 2/14, VergabeR 2014, 560 Rn. 19 – Matrixpflaster; ebenso BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 51.

⁵ BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 18.5.2015 – VK 2 - 43/15, ZfBR 2016, 390 Rn. 120.

⁶ OLG Schleswig, Beschl. v. 15.4.2014 – 1 Verg 4/13, VergabeR 2014, 717 Rn. 48; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 14.

⁷ BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 59 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, NZBau 2013, 321 Rn. 46 = VergabeR 2014, 188; s. auch OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12 m.w.N.: „Die Verabredung einer Bietergemeinschaft in Bezug auf eine Auftragsvergabe schließt regelmäßig die gegenseitige Verpflichtung ein, von eigenen Angeboten abzusehen und mit anderen Unternehmern nicht zusammenzuarbeiten, was grundsätzlich den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 1 GWB erfüllt.“; dem folgend VK Thüringen, Beschl. v. 9.11.2017 – 250-4003-8222/2017-E-S-015-GTH, juris Rn. 153 – Busverkehrsdienstleistungen.

Im Umkehrschluss liegt eine Wettbewerbsbeschränkung typischerweise nicht vor, wenn den an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen (einzeln) eine Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund betrieblicher oder geschäftlicher Verhältnisse nicht möglich ist und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, sich gemeinsam an der Ausschreibung beteiligen zu können. In einem solchen Fall wird durch die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft der Wettbewerb nicht nur nicht beschränkt, sondern aufgrund des gemeinsamen Angebots und der damit verbundenen Synergieeffekte erst ermöglicht und gestärkt.⁸

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf begegnet der Zusammenschluss zweier Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft auch dann keinen Bedenken, wenn zwar eines der Unternehmen zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags allein in der Lage ist, das andere aber nicht. Dadurch würde der Wettbewerb der Bieter untereinander nicht beeinträchtigt, weil auch ohne die Bietergemeinschaft nur ein Unternehmen dazu in der Lage sei, ein Angebot abzugeben.⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass die Bildung der Bietergemeinschaft wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig erscheint.¹⁰

b) Weitere Rechtsprechungsgrundsätze zur kartellrechtlichen Beurteilung von Bietergemeinschaften

aa) Grundlagen

Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen verschiedener Branchen sind kartellrechtlich meist unbedenklich, weil unter ihnen in der Regel kein Wettbewerb besteht. Sog. *horizontale Bietergemeinschaften*, die sich auf demselben Markt gewerblich betätigen und zueinander jedenfalls in einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis stehen, können hingegen wettbewerbsrechtlich problematisch sein.¹¹

⁸ OLG Schleswig, Beschl. v. 15.4.2014 – 1 Verg 4/13, VergabeR 2014, 717 Rn. 48; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12 und 18, jeweils m.w.N.

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2018 – VII-Verg 39/17, NZKart 2018, 153 (154) m.w.N. = NZBau 2018, 237 – Bietergemeinschaft für Baggerarbeiten mit Anm. Friton/Ziegler, jurisPR-VergR 4/2018 Anm. 5.

¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2018 – VII-Verg 39/17, NZKart 2018, 153 (154) m.w.N. = NZBau 2018, 237 – Bietergemeinschaft für Baggerarbeiten mit Anm. Friton/Ziegler, jurisPR-VergR 4/2018 Anm. 5.

¹¹ OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.11.2011 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255 Rn. 7 und 35 = VergabeR 2012, 632; Wanderwitz, WRP 2016, 684 (687 f.).

bb) Die drei Fallgruppen fehlender Wettbewerbsschädlichkeit

Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind, werden nach der neueren Rechtsprechung des OLG Celle und des OLG Düsseldorf¹² in den folgenden Fällen als nicht wettbewerbsschädlich angesehen:

- wenn die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind¹³ und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran mit Erfolgsaussicht zu beteiligen (Fallgruppe 1),
- wenn sie für sich genommen zwar leistungsfähig sind, Kapazitäten aufgrund anderweitiger Bindung aktuell jedoch nicht einsetzbar sind (Fallgruppe 2), oder
- wenn die beteiligten Unternehmen für sich genommen leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein Erfolg versprechendes Angebot ermöglicht (Fallgruppe 3).¹⁴

cc) Das Problem gebundener Kapazitäten

Der Zusammenschluss zweier mittelständischer Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft ist im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung vertretbar, wenn beide Unternehmen vorhandene Kapazitäten in erheblichem Umfang durch die Beteiligung an öffentlichen Wettbewerben verplant und neben einem damit einhergehenden Vorhalterisiko weitere Risiken, wie Baurisiken, eingegangen sind.¹⁵ Das Eingehen eigener Risiken ist generell ein konstituierendes Merkmal unternehmerischer Tätigkeit i.S. des kartellrechtlichen Selbständigkeitspostulats.

Eine „unternehmerische Pflicht“ zu einer Kapazitätsausweitung, die den Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft überflüssig machen würde, besteht nach der Rechtsprechung nicht. Die Entscheidung, eine Bietergemeinschaft zu bilden, um auf

¹² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, PharmR 2016, 423 Rn. 11 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 13 ff.

¹³ S. auch BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 18.5.2015 – VK 2 - 43/15, ZfBR 2016, 390 Rn. 121: „Kann ein Bieter die vorgegebenen Eignungsanforderungen nur dann erfüllen, wenn er mit einem anderen Unternehmen eine Bietergemeinschaft eingeht, liegt eine kartellrechtsneutrale Vereinbarung vor, welche die Teilnahme am Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht.“

¹⁴ Instruktiv die Darlegungen des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, PharmR 2016, 423 Rn. 16 ff. zur wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit und kaufmännischen Vernünftigkeit in Bezug auf den erforderlichen hohen Grad der Sortimentsabdeckung bei der europaweiten Ausschreibung eines Rabattvertrags i.S.d. § 130a Abs. 8 SGB V durch gesetzliche Krankenkassen.

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 19.

den Einsatz von Nachunternehmern verzichten zu können, kann deshalb eine sachlich begründete kaufmännische Entscheidung darstellen.¹⁶

dd) Einschätzungsprärogative der Unternehmen

Die Entscheidung eines Unternehmens, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einer Ausschreibung zu beteiligen, unterliegt einer Einschätzungsprärogative der beteiligten Unternehmen, die gerichtlich nur eingeschränkt auf die Einhaltung ihrer Grenzen kontrollierbar ist.¹⁷

ee) Keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Auftraggeber

Es gibt nach der Rechtsprechung zudem keine Pflicht der Bietergemeinschaft (bzw. von deren Mitgliedern), ungefragt mit Angebotsabgabe über die Gründe des gemeinschaftlichen Anbietens aufzuklären.¹⁸ Liegen allerdings zureichende Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich um eine unzulässige Bietergemeinschaft handelt, so hat die Vergabestelle die Bietergemeinschaft aufzufordern, die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft darzulegen.¹⁹

c) Bietergemeinschaften und Konzernprivileg (4. Fallgruppe)

Die Bildung von Bietergemeinschaften ist – unabhängig von den o.g. drei Fallgruppen – zulässig, wenn und soweit das sog. *Konzernprivileg* des Kartellrechts gilt, also bei fehlender Autonomie der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft.²⁰ Wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft ein und derselben wirtschaftlichen Einheit ange-

¹⁶ VK Lüneburg, Beschl. v. 8.4.2016 – VgK-04/2016, juris Rn. 114 (nachgehend OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783): „Ein Grundsatz, dass ein Bieterunternehmen im eigenen Unternehmen fehlendes Know-how oder fehlende Kapazitäten vorrangig durch Verpflichtung von Nachunternehmern decken muss, um sich an einem Vergabeverfahren beteiligen zu können, besteht nicht.“

¹⁷ OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.6.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 16 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 39 = VergabeR 2016, 250; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, PharmR 2016, 423 Rn. 15; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.6.2016 – 1 Verg 2/16, VergabeR 2016, 557 Rn. 103 und VergabeR 2016, 796; VK Südbayern, Beschl. v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15, juris Rn. 133 m.w.N.

¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14, NZBau 2015, 176 Rn. 21 = VergabeR 2015, 224.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14, NZBau 2015, 176 Rn. 21 = VergabeR 2015, 224; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015, VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 13; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.6.2016 – 1 Verg 2/16, VergabeR 2016, 657 Rn. 104 und VergabeR 2016, 785; BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 18.5.2015 – VK 2 - 43/15, ZfBR 2016, 390 Rn. 120; Beschl. v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15, juris Rn. 134 f.

²⁰ BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 53 ff. m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte, Leitsatz: „Eine Bietergemeinschaft aus konzernangehörigen Tochter- und Enkelgesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsanteile (teilweise auch nur mittelbar) zu jeweils 100% einer Muttergesellschaft gehören, verstößt weder gegen Wettbewerbsrecht noch gegen Kartellrecht. Das Angebot einer solchen Bietergemeinschaft ist deshalb nicht wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache von der Wertung auszuschließen.“

hören bzw. ein einheitliches Unternehmen im Sinne des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV (also einen Konzern) bilden, greifen die Kartellverbote mangels Autonomie der Tochtergesellschaft tatbestandlich nicht ein.²¹ Die Tochtergesellschaft bestimmt ihr Marktverhalten regelmäßig nicht autonom, wenn die Muttergesellschaft 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft hält und somit bestimmenden Einfluss auf das Marktverhalten der Tochtergesellschaft ausüben kann.

Allgemeiner gesagt ist bei Vorliegen eines faktischen Unterordnungskonzerns der konzerninterne Wettbewerb nicht Schutzgegenstand des Kartellrechts, sofern das herrschende Unternehmen aufgrund mehrheitlicher oder ausschließlicher Kapitalbeteiligung und/oder personeller Verflechtungen in der Geschäftsführung oder im Aufsichtsrat über die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit verfügt, das Wettbewerbsverhalten der konzernangehörigen Unternehmen zu steuern.²²

Entsprechendes gilt auch für den vertraglichen Unterordnungskonzern, d.h. bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG.²³ Gehen Unternehmen, die einem vertraglichen Unterordnungskonzern angehören, eine Bietergemeinschaft ein, ist § 1 GWB infolge des sog. *Konzernprivilegs* demgemäß grundsätzlich nicht tangiert. Dem beherrschenden Unternehmen ist es jederzeit möglich, ihm angehörende Unternehmen zur Eingehung einer Bietergemeinschaft anzuweisen. Die jederzeitige rechtliche Möglichkeit zu einer solchen Anweisung entzieht die Vereinbarung einer Bietergemeinschaft dem Schutzbereich der Norm, was die Vereinbarung einer Bietergemeinschaft im vertraglichen Unterordnungskonzern von einer Anwendung des § 1 GWB suspendiert.²⁴

Nach der Rechtsprechung kann das vergaberechtliche Gebot des Geheimwettbewerbs von konzernangehörigen Unternehmen nur verletzt werden, wenn sie (getrennte) Parallelangebote zu einer Ausschreibung einreichen, diese mithin in den Wettbewerb stellen, aber keine Vorkehrungen dagegen getroffen haben, dass die wechselseitigen Angebotsinhalte nicht bekannt sind oder bekannt werden können.²⁵

²¹ BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 51.

²² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 22, 29 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 29.

²³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 23, 26 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 26.

²⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 26 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte.

²⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 31 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2011 – VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371 Rn. 37 = VergabeR 2011, 731: „Beteiligen sich mehrere konzernverbundene Unternehmen mit eigenen Angeboten an einem Vergabeverfahren, besteht grundsätzlich eine – widerlegbare – Vermutung dafür, dass der Geheimwettbewerb zwischen ihnen nicht gewahrt ist.“

d) Direktvergaben im ÖPNV-Bereich

Etwas komplizierter ist die Rechtslage bei der Direktvergabe²⁶ an einen internen Betreiber nach Gründung eines vertikalen Gemeinschaftsunternehmens. Grundsätzlich gilt, dass konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen der Beurteilung nach § 1 GWB unterliegen, wenn sie auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaften tätig sind. Das OLG Köln hat dazu aber entschieden, dass in jenen Fällen, in denen ein Aufgabenträger in seinem örtlichen Bereich tätig wird, es nicht ersichtlich sei, dass die Gesellschafter (also die Mutterunternehmen) untereinander im Wettbewerb stünden.²⁷ Bei Satzungsänderung, die der Anpassung an Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 dienen, der für den öffentlichen Personennahverkehr gerade die Möglichkeit der Direktvergabe unter besonderen Voraussetzungen vorsehe, handele es sich um einen „kartellrechtlich privilegierten Bereich“.²⁸

Weiter hat das OLG Düsseldorf²⁹ für solche Direktvergaben im ÖPNV-Bereich folgende Grundsätze aufgestellt:

- Bei vertikalen Gemeinschaftsunternehmen unterfallen dem Kartellverbot des § 1 GWB nur diejenigen Fälle, bei denen entweder das Wettbewerbsverhalten der Mutterunternehmen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt koordiniert wird (Kollusion) oder Wettbewerber der Mutterunternehmen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt dadurch verdrängt werden, dass sie von den Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens abgeschnitten werden (Marktabstottung).³⁰
- Keine nach § 1 GWB verbotene Wettbewerbsbeschränkung liegt demgegenüber vor, wenn die Mutterunternehmen bislang Dritte beauftragt haben und nunmehr ein Gemeinschaftsunternehmen gründen und beauftragen, so dass für dritte Anbieter die bisherige Nachfrage entfällt (Koordination des Nachfrageverhaltens).

Letzteres ist unabhängig von den o.g. – sehr speziell gelagerten – Fällen überzeugend, denn weder das Vergaberecht noch das Kartellrecht verbieten den Übergang des Auftraggebers von der Vergabe zur „Selbstaussführung“ nach Inhouse-Grundsätzen.

²⁶ Hier: von Dienstleistungskonzessionen gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007. Instruktiv zu diesem Problemkreis *Schimaneck*, juris-PR-VergR 2/2017 Anm. 2.

²⁷ LG Köln, Beschl. v. 14.4.2016 – 88 O (Kart) 61/15, WuW 2016, 320 Rn. 50.

²⁸ LG Köln, Beschl. v. 14.4.2016 – 88 O (Kart) 61/15, WuW 2016, 320 Rn. 53.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.2016 – VI-U (Kart) 2/16, NZKart 2016, 528 Rn. 83 ff. = WuW 2016, 598 mit Anm. *Schimaneck*, juris-PR-VergR 2/2017 Anm. 2.

³⁰ Bei horizontalen Gemeinschaftsunternehmen kommt es darauf an, ob die betreffenden Satzungsänderungen zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mutterunternehmen auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens führt, s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.2016 – VI-U (Kart) 2/16, NZKart 2016, 528 Rn. 91 = WuW 2016, 598.

2. Weitere Fälle der Relevanz der Kartellverbote im Vergabekontext

Ein besonders drastisches Beispiel für die Bedeutung des Kartellrechts im Kontext von öffentlichen Gesundheitsvergaben findet sich in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zum Problem der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung (SAPV), die unter die sog. *nachrangigen Dienstleistungen* fiel.³¹ In diesem Fall hatten die Leistungserbringer (in Rheinland-Pfalz) und die gesetzlichen Krankenkassen in einer gemeinsamen Presseerklärung vom 8. April 2015 Folgendes verlautbart:

„Um die Versorgung Sterbender sollte kein Preiswettbewerb stattfinden, deshalb haben sich alle rheinland-pfälzischen Leistungserbringer und Krankenkassen auf ein einheitliches Vertrags- und Vergütungskonzept verständigt.“³²

Dies begründete nach der zutreffenden Ansicht des BKartA (2. VK Bund) sowie des OLG Düsseldorf den Verdacht „hinsichtlich eines Verstoßes gegen Art. 101 AEU-Vertrag und/oder § 1 GWB (...)“.³³ Lapidar und ohne weitere Begründung heißt es in der OLG-Entscheidung dazu:

„Ein Preiswettbewerb, den die Antragsgegner aus nachvollziehbaren und ihrer Bestimmungsfreiheit bei den Modalitäten des Vergabeverfahrens unterliegenden Gründen vermeiden möchten, lässt sich auch auf andere Weise abwenden.“³⁴

Ungeachtet dieser sehr knappen und für die Lösung des Problems sicher nicht hinreichenden Bemerkungen des OLG verdeutlicht dieser Fall die Brisanz des Kartellrechts im Zusammenhang mit Gesundheitsvorgaben: Die möglicherweise gute Intention der handelnden Akteure verstellt bisweilen den Blick auf die Einschlägigkeit des § 1 GWB bzw. des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Denn die Palliativversorgung ist weder eine Bereichsausnahme des Kartellrechts noch eine anerkannte Fallgruppe der Immanenztheorie als einer teleologischen Reduktion der Kartellverbote.

II. Die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote (§§ 19, 20 GWB)

1. Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote auf das Handeln öffentlicher Auftraggeber in der jüngeren Vergabepaxis

Nach der Spruchpraxis der 3. Vergabekammer des Bundes verstößt es nicht gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S. der §§ 19, 20 GWB, wenn – die marktbeherrschende Stellung unterstellt – mehrere gesetzliche

³¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 = NZS 2016, 741.

³² Zitat nach OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 Rn. 26 = NZS 2016, 741.

³³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 Rn. 27 = NZS 2016, 741

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 Rn. 27 = NZS 2016, 741.

Krankenkassen Rahmenverträge betreffend Grippeimpfstoffe gemeinsam europaweit ausschreiben. Das Vergabeverfahren diene nämlich gerade dazu, dem Nachfragepotential, das öffentlichen Auftraggebern im Regelfall zukommt, zu begegnen. Auch bei einem marktbeherrschenden Nachfrager könne die Durchführung eines rechtmäßigen, europaweiten Vergabeverfahrens als solchem nicht die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung begründen.³⁵ Im Übrigen sei der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, das Vergabeverfahren möglichst wettbewerbssoffen zu gestalten, um dem Wettbewerbsprinzip zu entsprechen. Er sei jedoch nicht gehalten, den Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.³⁶

Nach der Rechtsprechung des LG Köln ist außerdem die Schaffung von Möglichkeiten der ordnungskonformen Direktvergabe im ÖPNV-Bereich gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 nicht als Verstoß gegen § 19 GWB (i.S. eines Behinderungsmisbrauchs Dritter oder einer unbilligen oder sachlich nicht gerechtfertigten Behinderung) zu bewerten. Denn die Anpassung der Satzung an die europarechtlichen Vorgaben zur Direktvergabe ist noch keine unmittelbare Beeinträchtigung der Mitbewerber, die bereits als Behinderung zu werten wäre.³⁷

In der Praxis kommt es vor, dass die Vergabekammern die Frage des Vorliegens von Verstößen gegen die §§ 19, 20 GWB dahinstehen lassen, weil bereits feststeht, dass ein Verstoß gegen das Vergaberecht – z.B. eine unzulässige *de facto*-Vergabe – gegeben ist.³⁸ Insgesamt gesehen haben die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote in der gegenwärtigen vergaberechtlichen Rechtsprechung und Spruchpraxis eine geringere Bedeutung als die Kartellverbote.

Positiv formuliert gilt: Das Kartellvergaberecht ist offenbar hinreichend in der Lage, die Fälle des Missbrauchs, der Diskriminierung oder der Behinderung von Bietern und Bewerbern „aus eigener Kraft“ zu bekämpfen, ohne dafür auf die kartellrechtlichen Schwesterbestimmungen ausweichen zu müssen.

³⁵ BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 - 57/12, ZfBR 2012, 728 Rn. 118. Die 3. VK geht davon aus, dass kartellrechtliche Belange generell nicht zum Prüfungsgegenstand des Nachprüfungsverfahrens gehören. Die Bildung von Kooperationen zwecks Abschluss von Rabattverträgen sei dem Vergabeverfahren als solchem vorgelagert und unterliege deshalb auch nicht der Überprüfung. Es handelt sich somit um ergänzende Erwägungen (*obiter dictum*).

³⁶ BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 - 57/12, ZfBR 2012, 728 Rn. 96.

³⁷ LG Köln, Beschl. v. 14.4.2016 – 88 O (Kart) 61/15, WuW 2016, 320 Rn. 64 f.

³⁸ So z.B. VK Münster, Beschl. v. 15.2.2017 – VK 1 - 51/16, NZBau 2017, 445 Rn. 130 – Qualifizierte Krankentransportleistungen.

2. Anwendung der §§ 19, 20 GWB auf „vergaberechtsnahe“ Sachverhalte außerhalb der §§ 97 ff. GWB

Außerdem können die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote eine Rolle in „vergaberechtsnahen“ Sachverhalten spielen, etwa bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand im Wege strukturierter Vergabeverfahren, die nicht unter die §§ 97 ff. GWB fallen, weil es am Merkmal des öffentlichen Auftrags fehlt.³⁹

Besonders häufig sind die §§ 19, 20 GWB im Zusammenhang mit der „(Neu-)Vergabe“ von Strom- und Gaskonzessionen praktisch geworden (vgl. § 46 Abs. 1 EnWG).⁴⁰ Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören. In geographischer Hinsicht ist der Markt auf das Gebiet der die Konzession vergebenden Gemeinde beschränkt. Die Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts und haben dabei eine marktbeherrschende Stellung inne.⁴¹ Als solche sind sie dazu verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG⁴² konkretisieren.⁴³

Eine Besonderheit besteht darin, dass Gemeinden auch dann, wenn sie die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten haben. Sie können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein Konzernprivileg noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten Inhouse-Geschäfts berufen.⁴⁴

Das im Zusammenhang mit Auswahl- und Vergabeentscheidungen bestehende Diskriminierungsverbot schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, um durch einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, dass ein fairer, unverfälschter Wettbewerb eröffnet wird und überprüft werden kann, ob das Verbot eingehalten worden ist.⁴⁵

³⁹ Siehe LG Stuttgart, Urt. v. 24.3.2001 – 17 O 115/11, juris Rn. 50 zum Fall der Veräußerung von Geschäftsanteilen an Krankenhäusern; nachgehend OLG Stuttgart, Urt. v. 19.5.2011 – 2 U 36/11, VergabeR 2011, 902.

⁴⁰ S. dazu auch Sauer, IR 2018, 4 ff.

⁴¹ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 19 m.w.N. = NZKart 2014, 151 – Stromnetz Berkenthin.

⁴² Scil. die Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas.

⁴³ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 16 = NZKart 2014, 151 – Stromnetz Berkenthin.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 16, 31 = NZBau 2014, 303 – Stromnetz Heiligenhafen.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 45 = NZBau 2014, 303 – Stromnetz Heiligenhafen.

III. Der Kartellschadensersatz

(§ 33 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GWB a.F., § 33a GWB n.F.)

1. Grundlagen

Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches nach § 33a GWB (ex § 33 Abs. 3 GWB a.F.) und ggf. eines diesem vorausgehenden Auskunftsanspruches ist eine Beteiligung an einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV). Dieses Verhalten muss sich dabei auf den relevanten – d.h. sachlichen, örtlichen und ggf. zeitlichen – Markt beziehen.⁴⁶ Genügt die Konzessionsvergabe diesen Verpflichtungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind.⁴⁷

2. Beispielfall: Das „Kartell der Schienenfreunde“

Als Beispiel für Kartellschadensersatzansprüche öffentlicher Auftraggeber im Fall wettbewerbswidriger Absprachen diene das „Kartell der Schienenfreunde“⁴⁸ (kurz: Schienenkartell), das bundesweit aktiv war (wenngleich in regional unterschiedlicher Intensität).

a) Sachverhalt

Der Sachverhalt⁴⁹ des Schienenkartell-Falls war (etwas vereinfacht) der Folgende:

Der geschädigte Auftraggeber war ein regionales Verkehrsunternehmen (d.h. ein Mobilitätsdienstleister im öffentlichen Nahverkehr). Die maßgeblichen „Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“ enthielten eine Regelung über pauschalierten Schadensersatz i.H.v. 15% der Auftragssumme, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. Die einschlägigen Beschaffungsvorgänge betreffend Schienenoberbaumaterialien (u.a. Weichen, Schienen und Schwellen) waren kartellbefangen (d.h. beeinflusst durch das Kartell), was

⁴⁶ Beispiel zur sachlichen Marktabgrenzung nach OLG Nürnberg, Urt. v. 19.7.2016 – 3 U 116/16, WuW 2016, 603 Rn. 62 – Gelenkleiterfahrzeuge: Bei Feuerwehrfahrzeugen ist von sachlich getrennten Märkten für Drehleiterfahrzeuge und für Gelenkleiterfahrzeuge auszugehen. Der Alleinanbieter von Gelenkleiterfahrzeugen kann deshalb ohne Rücksicht auf Wettbewerber aus dem Marktsegment Drehleiterfahrzeuge handeln, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 54 = NZKart 2014, 151 – Stromnetz Berkenthin.

⁴⁸ LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 358/14, juris; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris; LG Hannover v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris; LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15 (anhängig beim OLG Celle unter dem Az. 13 U 69/17); LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris; LG München, Urt. v. 27.7.2016 – 37 O 24526/14, juris (Kurz wiedergabe in IR 2016, 258); OLG Jena, Urt. v. 22.2.2017 – 2 U 583/15 Kart, WuW 2017, 204 = NZKart 2017, 540 (anhängig beim BGH unter dem Az. KZR 24/17).

⁴⁹ Beispiel im Text nach LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris. Die Sachverhalte der in der vorigen Fußnote genannten Entscheidungen sind vergleichbar.

durch entsprechende Bußgeldbescheide des BKartA gemäß § 33 Abs. 4 GWB mit Bindungswirkung für die Beklagten feststand. Die Kartellabsprachen führten also zu einer Erhöhung der Einkaufspreise für den Auftraggeber.

b) Das Urteil des LG Hannover

Die Klage des Auftraggebers auf Zahlung von Schadensersatz war dem Grunde nach gerechtfertigt. Es bestand nämlich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Kartell und den dem Auftraggeber entstandenen Vermögensnachteilen (also dem Preisüberhöhungsschaden). Vorliegend wurde der im Zivilrecht entwickelte Anscheinsbeweis angewendet, und zwar sowohl für die Tatsache, dass das Kartell sich allgemein preissteigernd ausgewirkt hat, als auch für die Tatsache, dass die streitgegenständlichen Aufträge nicht frei von den Einflüssen dieses Kartells waren. Nach der Rechtsprechung

„besteht grundsätzlich eine hohe Wahrscheinlichkeit – auch im Sinne eines typischen Geschehensablaufs – dafür, dass ein langjährig⁵⁰ praktiziertes Kartell in Gestalt von Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen im Bereich von Schienenoberbaumaterialien zwischen überregional tätigen Unternehmen nach deren Willen möglichst flächendeckend und lückenlos praktiziert wurde, mithin jeden in Betracht kommenden Beschaffungsvorgang erfassen sollte. Das ergibt sich bereits aus dem Sinn und Zweck eines jeden Kartells, welches regelmäßig dazu dient, die Wettbewerbsmechanismen auf einem bestimmten Markt ganz oder teilweise zum Nutzen der Kartellteilnehmer außer Kraft zu setzen.“⁵¹

c) Geltung des Anscheinsbeweises bei Preis- und Quotenkartellen sowie Kundenschutzabreden

Nicht nur bei Preiskartellen, sondern auch bei Quotenkartellen und Kundenschutzabreden ist davon auszugehen, dass sich solche Kartelle preissteigernd auswirken.⁵² Denn sie haben typischerweise wettbewerbsbeschränkende Effekte (scil. Marktaufteilung unter Ausschaltung des Preiswettbewerbs).⁵³ Deshalb kommt insoweit nach ständiger

⁵⁰ Das „Kartell der Schienenfreunde“ hat mindestens ein Jahrzehnt lang bundesweit bestanden.

⁵¹ LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 53.

⁵² OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), NZKart 2014, 366 Rn. 55 m.w.N.; LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris Rn. 42; LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 67; LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 61 (anhängig beim OLG Celle unter dem Az. 13 U 69/17); LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 99.

⁵³ Der einzelne Anbieter hat aufgrund des Quotenkartells im Vergleich zu einer Situation ohne entsprechende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen einen geringeren Anreiz zur Senkung seiner Preise, weil er sich durch die Preissenkung ohnehin keine zusätzlichen Marktanteile erschließen kann, und er hat größere Möglichkeiten, seine Preise zu erhöhen, weil er nicht Gefahr läuft, durch die Preiserhöhung Marktanteile an seinen Wettbewerber zu verlieren (OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), NZKart 2014, 366 Rn. 55; LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris Rn. 42; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 100).

Rechtsprechung der Anscheinsbeweis zum Tragen.⁵⁴ Eine Erschütterung des Anscheinsbeweises für die Kartellbefangenheit setzt voraus, dass ein inhaltlicher Vortrag zur tatsächlichen Reichweite des Kartells erfolgt.⁵⁵

d) Haftung gegenüber unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern (ORWI-Rechtsprechung des BGH)

Die Haftung besteht gegenüber unmittelbaren wie mittelbaren Abnehmern des Kartells;⁵⁶ letzteres ist seit der ORWI-Entscheidung des BGH⁵⁷ geklärt. Die Ursächlichkeit einer Kartellabsprache für die Preisbildung auf nachfolgenden Marktstufen ist anhand des Preisniveaus zu ermitteln, dass sich dort ohne die kartellbedingte Überteuering eingestellt hätte.⁵⁸ Dafür bedarf es der Feststellung, dass die Preiserhöhung gerade auf das Kartellgeschehen und nicht etwa auf andere preisbildende Faktoren zurückgeht.⁵⁹

e) Erfassung von Preisschirmeffekten (sog. umbrella pricing) nach dem Kone-Urteil des EuGH

Im vorliegenden Zusammenhang hatte die durch das „Stammkundenkartell“ bewirkte Anhebung des Preisniveaus zur Folge, dass auch sog. *Kartellaußenseiter* imstande waren, höhere Preise als bei intaktem Wettbewerb zu verlangen (Preisschirmeffekte⁶⁰). Beschaffungsvorgänge, denen Angebote von Nichtkartellanten zu Grunde liegen, können zu einer Schadensersatzverpflichtung der Kartellanten aufgrund von Preisschirmeffekten führen.⁶¹ Erforderlich ist insoweit der Nachweis, dass dieses Kartell nach den Umständen des konkreten Falles und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein *umbrella pricing* durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben kann, und wenn diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben können.⁶² Der Geschädigte muss – vereinfacht gesagt – eine Beeinflussung der Kartellaußenseiter durch die Preise der Kartellanten darlegen, um die

⁵⁴ LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 51; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 358/14, juris Rn. 53; LG München I, Urt. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 69 ff.

⁵⁵ LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 55.

⁵⁶ LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 178.

⁵⁷ BGH v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 – ORWI; s. zu diesem Urteil des BGH Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 23 Rn. 37, 43, 53, 55 f.

⁵⁸ LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 136.

⁵⁹ LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 136.

⁶⁰ Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – Rs. C-557/12, WuW/E EU-R 3030 = NZKart 2013, 263 – Kone; s. dazu auch Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 23 Rn. 57.

⁶¹ LG München I, Urt. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 122.

⁶² LG München I, Urt. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 125 f.

haftungsbegründende Kausalität zu begründen.⁶³ Gemäß § 33a GWB hafteten die Teilnehmer an dem „Kartell der Schienenfreunde“ also – zumindest grundsätzlich – auch für den Differenzschaden zu den hypothetischen Marktpreisen insoweit, als es im Bereich der Beschaffung von Oberbaumaterialien zu einer allgemeinen Erhöhung des Preisniveaus kam, die mit entsprechenden Schäden des Auftraggebers korrespondieren.⁶⁴

f) Pauschalierter Schadensersatz gemäß den Zusätzlichen Vertragsbedingungen?

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass in dem obigen Beispielsfall die vertragliche Regelung über den pauschalierten Schadensersatz tatbestandlich nicht eingriff; vielmehr stand den Beklagten der Nachweis offen, dass ein geringerer Schaden als 15% der Auftragssumme eingetreten war. Das LG Hannover war der Auffassung, dass der Schaden in weitaus geringerer Höhe entstanden sei als mit der Pauschalierung von 15% vertraglich vereinbart.⁶⁵

IV. Die verfahrensmäßige bzw. gerichtliche Überprüfung von Kartellrechtsverstößen

1. Überprüfbarkeit von Kartellrechtsverstößen innerhalb des Vergabe- sowie des Nachprüfungsverfahrens

Nach teilweise vertretener Auffassung können behauptete Verstöße gegen das Kartellrecht in Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich im Wege einer Inzidentprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm – z.B. § 97 Abs. 1 GWB – überprüft werden.⁶⁶ Dafür ist allerdings erforderlich, dass es sich um Verfahrenshandlungen im Vergabeverfahren handelt. Das betrifft vor allem wettbewerbswidrige (Preis-)Absprachen der Bieter i.S.d. § 1 GWB bzw. des Art. 101 Abs. 1 AEUV zum Nachteil des Auftraggebers. Im Kern geht es hier um die Ausschaltung des Geheimwettbewerbs,

⁶³ LG München I, Urte. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 122. Im konkreten Fall wurde die haftungsbegründende Kausalität allerdings verneint, weil der Kläger eine Beeinflussung der Kartellaußensteuer durch die Preise nicht dargelegt hatte.

⁶⁴ LG Frankfurt, Urte. v. 30.3.2016 – 2-06 O 358/14, juris Rn. 55 ff., 65; LG Frankfurt, Urte. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 102 ff.; LG Hannover, Urte. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 77 ff.; LG München I, Urte. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 122 ff.

⁶⁵ LG Hannover, Urte. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris Rn. 32 ff. Zu vertraglichen Bestimmungen über den pauschalierten Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Abreden s. LG Berlin, Urte. v. 6.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 60; zur Frage der Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 307, 309 Nr. 5 Buchst. a BGB LG Potsdam, Urte. v. 22.10.2014 – 2 O 29/14, WuW/E DE-R 4557 Rn. 15 f. = NZKart 2015, 152; s. ferner OLG Jena, Urte. v. 22.2.2017 – 2 U 583/15 Kart, WuW 2017, 204 Rn. 84 = NZKart 2017, 540.

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 18.6.2012 – X ZB 9/11, NZBau 2012, 586 Rn. 14 – Abfallentsorgung II; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 19 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2014 – VII-Verg 2/14, juris Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 19 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016 Rn. 11; VK Thüringen, Beschl. v. 9.11.2017 – 250-4003-8222/2017-E-S-015-GTH, juris Rn. 152 – Busverkehrsdienstleistungen; *Wanderwitz*, WRP 2016, 684 (685).



wie er von § 97 Abs. 1 GWB und den Kartellverboten gleichermaßen zugrundegelegt wird. Von daher ist der Gedanke der Inzidentprüfung nicht fernliegend.

Nach der Gegenauffassung gehören kartellrechtliche Bestimmungen generell nicht zum Prüfungsumfang des Nachprüfungsverfahrens.⁶⁷ Hintergrund ist zunächst das vergaberechtliche Beschleunigungsgebot: Vergabenaachprüfungsverfahren, welche im Grundsatz innerhalb der Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB entschieden werden sollen, sind nach dieser Ansicht für die Klärung komplexer Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Stellung des Nachfragers in diesem Markt grundsätzlich ungeeignet. Außerdem wird insoweit argumentiert, dass kartellrechtliche Bestimmungen – namentlich das Missbrauchsverbot des § 19 GWB – nicht zum Prüfungsumfang der Vergabekammer gehörten, weil die Schwere des Vorwurfs es schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen verbiete, dessen Bejahung in einem rein „summarischen“, weil dem besonderen Beschleunigungsgebot unterliegenden Verfahren zu prüfen.⁶⁸

Im Hinblick auf den Vorwurf, der Auftraggeber handele missbräuchlich, ist dem zuzustimmen. Das kartellrechtliche Missbrauchsrecht (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) erfordert mitunter komplexe Analysen (zur Festlegung des sachlich und geographisch

⁶⁷ Ausführlich dazu BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 - 57/12, ZfBR 2012, 728 Rn. 84, 118.

⁶⁸ VK Südbayern, Beschl. v. 25.11.2013 – Z3-3-3194-1-33-09/13, VPR 2014, 99, Rn. 138 und Leitsatz 6 (juris).

relevanten Marktes, zur Frage der Marktbeherrschung des Auftraggebers und zum missbräuchlichen Verhalten als solchem), welche die Vergabenachprüfungsbehörden schnell überfordern könnten. Derartige Prüfungen lassen sich nicht bei Gelegenheit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens durchführen.

2. Überprüfung von Kartellrechtsverstößen vor Beginn des Vergabeverfahrens durch die Landgerichte (Zivilrechtsweg)

Verhaltensweisen, die von öffentlichen Auftraggebern zeitlich *vor* dem eigentlichen Vergabeverfahren praktiziert wurden und deren Zulässigkeit sich nach dem Kartellrecht beurteilt, können nicht durch die Vergabekammern im Zuge von Nachprüfungsverfahren überprüft werden, da sie sich als vorbereitende Handlungen, nicht aber als Verfahrenshandlungen im Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, qualifizieren lassen.⁶⁹ Die betrifft z.B. die Begründung von Nachfragekartellen durch gesetzliche Krankenkassen,⁷⁰ aber auch etwaige Verstöße der Auftraggeber gegen die Missbrauchsverbote der §§ 19, 20 GWB.⁷¹ Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch an Klagen, die sich gegen die Verhängung einer Vergabesperre richten.⁷² Konsequenz ist daher der Zivilrechtsweg zu beschreiten.

3. Zulässigkeit der subsidiären Feststellungsklage im Zivilprozess?

Die Schadensermittlung im Bereich von Kartellschadensersatzklagen erfolgt wie auch sonst im Zivilrecht (§§ 249 ff. BGB) nach der sog. *Differenzhypothese*. Die Schadensfeststellung macht eine aufwändige Begutachtung zur Ermittlung der hypothetisch eingetretenen Preisentwicklung ohne den Einfluss aus der Kartellabsprache erforderlich. Bei der Darlegung der Berechnungsmethode mit der Bestimmung der für die Schadenshöhe maßgebenden hypothetischen Preise sowie der Bestimmung des für die Schadenshöhe maßgebenden wettbewerbsanalogen Preises handelt es sich um „ein außerordentlich komplexes Unterfangen“⁷³, so dass nach der Rechtsprechung kein Vorrang der Leistungsklage besteht und die Zulässigkeit der Feststellungsklage auch aus

⁶⁹ BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 27.7.2016 – VK 2 – 63/16, WuW 2016, 555 Rn. 46 f., 52 (betreffend einen Entschluss mehrerer gesetzlicher Krankenkassen, Röntgenkontrastmittel gemeinsam zu beschaffen).

⁷⁰ BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 27.7.2016 – VK 2 – 63/16, WuW 2016, 555 Rn. 47.

⁷¹ LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.4.2009 – L 21 KR 40/09 SFB Rn. 46 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.4.2002 – Verg 6/02, NZBau 2002, 583 = VergabeR 2002, 668 = WuW/E Verg 658; BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 – 57/12, ZfBR 2012, 728.

⁷² Siehe z.B. KG, Urt. v. 17.1.2011 – 2 U 4/06 Kart, BauR 2011, 1508 Rn. 107 ff. = NZBau 2012, 56 (im Ergebnis ablehnend, da das betroffene Unternehmen sich schwerwiegende Verfehlungen eines früheren Geschäftsführers, welche die Unzuverlässigkeit begründeten, über § 31 BGB zurechnen lassen musste, so KG, a.a.O., Rn. 129). Aus dem Berichtszeitraum sind keine einschlägigen Urteile bekannt.

⁷³ LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 45; LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 38.

prozessökonomischen Erwägungen zu bejahen ist.⁷⁴ Das Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass eine ausreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts vorliegt. Die Rechtsprechung betont zu Recht, dass die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Schadensersatzfeststellungsklage nicht überspannt werden dürfen.⁷⁵

4. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten

In einem vom VG Berlin entschiedenen Fall begehrte die Klägerin die Verwendung bzw. Verwendbarkeit der von ihr hergestellten Produkte (hier: Fahrzeugrückhaltesysteme) im Straßenbau unter öffentlich-rechtlicher Trägerschaft sicherzustellen.

Die Produkte der Klägerin wurden tatsächlich größtenteils bzw. fast ausschließlich von öffentlich-rechtlichen Trägern der Straßenbaulast nachgefragt. Die Beschaffungsvorgänge wurden dadurch nach der Rechtsprechung aber nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁶ führt auch die Bindung der im Vergabeverfahren vorzunehmenden Auswahl an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG nicht dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern als ein öffentlich-rechtliches anzusehen wäre.⁷⁷ Das VG erachtete die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 VwGO demgemäß als unzulässig und verwies die Klägerin auf den sachnäheren und effektiveren Vergaberechtsschutz bzw. den Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten, auch im Hinblick auf die Wahrung der §§ 19 ff. GWB.⁷⁸ Diese böten wirksame Möglichkeiten, gegen einen eventuell nicht gerechtfertigten Ausschluss vor Zuschlagserteilung vorzugehen.⁷⁹ Für die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO fehle das Rechtsschutzbedürfnis. Vorbeugender Rechtsschutz sei der VwGO nämlich grundsätzlich fremd.⁸⁰ Unzumutbare Nachteile seien für die Klägerin mit dem Verweis auf nachgängigen Rechtsschutz nicht verbunden. Angesichts der vorstehend dargestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erscheine es nicht unzumutbar, sie darauf zu verweisen, in konkreten einzelnen Ausschreibungssituationen ihre Rechte geltend zu machen.

⁷⁴ LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 38 (anhängig beim OLG Celle unter dem Az. 13 U 69/17); LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 44.

⁷⁵ LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 38 m.w.N.; LG Dortmund, Urt. v. 21.12.2016 – 8 O 90/14 (Kart), NZKart 2017, 86 Rn. 75 = WuW 2017, 98.

⁷⁶ BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007 – BVerwG 6 B 10.07 –, BVerwGE 129, 9 Rn. 10 = NZBau 2007, 389.

⁷⁷ Zustimmend VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 26.

⁷⁸ VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 28.

⁷⁹ VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 29.

⁸⁰ VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 32.

C. Schluss

I. Die Kartell- und Missbrauchsverbote des deutschen und europäischen Kartellrechts sind im Zusammenhang mit Beschaffungsmaßnahmen öffentlicher Auftraggeber zu beachten. Die Analyse anhand einer Vielzahl von Entscheidungen aus jüngerer Zeit hat deutlich gemacht, dass das Kartellrecht nach wie vor eine erhebliche praktische Bedeutung für die Vergabepaxis hat; dies gilt vor allem für die Frage der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Die Kartellverbote sind weiter auch für Vergaben im Gesundheitswesen praktisch relevant.

II. Die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) sind in den „vergaberechtsnahen“ Bereichen wie der „(Neu-)Vergabe“ von Energienetzen oder bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand – bei denen es am Merkmal des öffentlichen Auftrags fehlt oder dieses gerade zweifelhaft ist – zuletzt von größerer praktischer Bedeutung als innerhalb des Kartellvergaberechts gewesen. Dort können sie die Funktion von „Auffangtatbeständen“ erhalten, wenn und soweit die Fairness sichernden Vergabegrundsätze des § 97 GWB im Einzelfall nicht greifen.

III. Nach teilweise vertretener Auffassung sind die Vorgaben des Kartellrechts im Wege der Inzidentprüfung innerhalb von Vergabe- bzw. Vergabenachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Unstreitig sind sie im Zivilrechtsweg, also primär vor den Landgerichten, durchzusetzen. Vor diesen sind insbesondere auch Feststellungsklagen zulässig, da der (sonst geltende) grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage vor der (eigentlich subsidiären) Feststellungsklage insoweit nicht gilt. Der Verwaltungsrechtsweg ist den Bietern und Bewerbern regelmäßig versperrt.

Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

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

Vergaberecht in UK und BREXIT

Prof. Dr. Martin Trybus

Universität Birmingham



Am 23. Juni 2016 hat sich das britische Volk – also die englischen, schottischen, walisischen und nordirischen Wahlberechtigten zusammengenommen – in einer Volksabstimmung mit 52 % „Leave“-Stimmen für einen Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union ausgesprochen. Obwohl das Ergebnis nicht rechtlich bindend ist, haben die britische Regierung und das britische Parlament die feste Absicht, den in dieser Volksabstimmung geäußerten Volkswillen umzusetzen. Folglich hat die Premierministerin Theresa May am 29. März 2017 den Artikel 50 des AEUV ausgelöst, der innerhalb von zwei Jahren, also am 29. März 2019 um 23.00 Uhr Ortszeit (London), zum Austritt des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland aus der EU führen wird. Bis zum Dezember 2017 war die sogenannte Phase 1 der Austrittsverhandlungen abgeschlossen, in der es in erster Linie um die Modalitäten des Austritts an sich ging. Bis zum Oktober 2018 soll dann auch die Phase 2 abgeschlossen sein, bei der es um das zukünftige Verhältnis des dann ausgetretenen Großbritanniens zur EU geht. Vom 29. März 2019, dem Tag des Austritts, soll dann eine Übergangsphase beginnen, in der die Regeln des Binnenmarktes weiter für den dann Ex-Mitgliedstaat gelten werden, bevor dann Ende 2020 auch dieser Zustand beendet sein soll, und Großbritannien vollends zum Drittstaat wird.

Was bedeutet dieser revolutionäre Vorgang für das britische Vergaberecht? Was den Oberschwellenbereich angeht, sind ja die EU-Richtlinien (2009/81/EG, 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU usw.) in britisches bzw. schottisches Recht umgesetzt worden.

Daher ist keine schnelle Veränderung (z. B. der Public Contracts Regulations 2015) zu erwarten – es sei denn, das Parlament entschließt sich zu einer schnellen Gesetzesnovelle. Dies ist allerdings unwahrscheinlich – ein aus der EU austretender Mitgliedstaat hat wirklich andere Sorgen. Was den Unterschwellenbereich angeht, entfällt spätestens mit dem Ende der Übergangsphase die Wirkung des AEUV und der Europäische Gerichtshof wäre nicht mehr zuständig. Allerdings ändert das wenig, da der Unterschwellenbereich auch vorher nicht reguliert war und die EuGH-Vorgaben angesichts von nur etwa 5 Nachprüfungsverfahren im Jahr auch nicht rechtlich durchgesetzt wurden. Die „Great Repeal Bill“ wird dann am Austrittstag alles nicht umgesetzte EU-Sekundärrecht, also insbesondere Verordnungen, in britisches Recht überführen. Danach ist dann das Britische Parlament (bzw. die Landtage von Schottland, Wales und Nordirland) zuständig, die dann das Vergaberecht jederzeit ändern können. Damit droht ein Auseinanderdriften der Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und der EU.

Wieviel sich ändert, hängt aber wesentlich vom zukünftigen Abkommen mit der EU ab. Sollte das Modell „Norwegen“, also Mitgliedschaft Großbritanniens im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), gewählt werden, gäbe es wohl nur wenig Veränderung; das Land bliebe weiterhin Teil des Binnenmarktes. Auch das Modell „Schweiz“, bei dem der Binnenmarkt über eine Vielzahl von Einzelabkommen auf Großbritannien ausgeweitet bliebe, brächte wenig Veränderung. Anders wäre das Modell „Türkei“, bei dem eine Zollunion mit der EU bestünde, dies brächte Veränderung bei der Harmonisierung, einschließlich des Vergaberechts. Beim Modell „Kanada“ hinge alles von den Einzelregelungen eines EU-GB-Freihandelsabkommens ab. Beim Modell „USA“ würde der Handel auf die Regeln der Welthandelsorganisation (WTO) einschließlich ihres Government Procurement Agreement (GPA) zurückfallen. Beim Modell „Nordkorea“, also einem harten Brexit ohne jedes Abkommen, wäre der gegenseitige Marktzugang einschließlich dem zur öffentlichen Beschaffung gefährdet.

Dabei bleibt zu fragen, was genau die Briten nach einer „Befreiung von den Ketten Brüssels“ im Vergaberecht wirklich anders machen wollen. Bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU war Großbritannien (ohne Schottland) der erste Mitgliedstaat gewesen – laut Angabe des zuständigen Cabinet Office, weil man in der neuen Richtlinie so viele Verbesserungen erblickte und die eigenen Wünsche hinsichtlich der EU-Vergaberechtsreform weitgehend realisiert sah. Ein Beispiel, vor wenigen Monaten von einem Vertreter des Cabinet Office auf der Procurement Week der Universität Bangor in London vorgetragen, betrifft die Nutzung des Vergaberechts zur Bevorzugung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Da könne Großbritannien dann endlich einmal den eigenen mittelständischen Betrieben helfen, häufiger den Zuschlag in öffentlichen Ausschreibungen zu erhalten. Allerdings haben Whitehall (die Regierung) und Westminster (das Parlament) die bereits vorhandenen Spielräume zur Förderung von KMUs, insbesondere in der Richtlinie 2014/24/EU, nicht unbedingt genutzt. Die Teilung in Lose

beispielsweise ist im Gegensatz zum deutschen Vergaberecht in Großbritannien nicht zwingend vorgeschrieben. Auch war die EU-Kommission immer sehr tolerant bezüglich der unzureichenden Nachprüfungsverfahren in Großbritannien – sodass sich nach einem Austritt auch hier nicht viel ändern wird. Die EU-Richtlinien zur Vergabe sind schließlich auch ein Produkt britischer Politik: britische Beamte und Politiker in Brüssel, Straßburg und London haben an der Erarbeitung und Verabschiedung des europäischen Vergaberechts über 40 Jahre lang mitgewirkt. Die Richtlinien sind nicht über diese vier Jahrzehnte lang gegen den Willen und die Stimmen Großbritanniens durchgesetzt worden, sondern vielmehr mit britischer Unterstützung. Auch die Digitalisierung der Vergabe und die Entwicklung des wettbewerblichen Dialogs für Public Private Partnership-Projekte gehen wesentlich auf britischen Impulse und Initiativen zurück. Es wäre also sicherlich im britischen Interesse, all diese Aspekte weitgehend beizubehalten.

Insgesamt ergeben sich für die nächsten Jahre für das Vergaberecht in Großbritannien zwei mögliche Szenarien. In Szenario 1 beginnt das britische Vergaberecht sich spätestens nach 2020 schrittweise vom EU-Vergaberecht weg zu entwickeln. Dies würde schrittweise durch Gesetzesnovellen geschehen, durch die das britische Vergaberecht immer mehr Unterschiede zum EU-Vergaberecht aufweisen würde, bis von einer Harmonisierung der Rechtsordnungen nicht mehr die Rede sein kann. Denkbar, wenn auch mittelfristig nicht wahrscheinlich, ist auch eine Abschaffung des Vergaberechts und eine Rückkehr zu verwaltungsinternen Anweisungen. In Szenario 2 würden sich die Public/Utilities/Concessions/Defence and Security Contracts Regulations weiter eng an den EU-Richtlinien orientieren. Zur Stunde ist nicht abzusehen, auf welchen Weg sich das Land nach 2020 begeben wird.

Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

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

Vergaberecht und andere Verteilungsregime



Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Universität Augsburg

Abgrenzungsfragen an der Schnittstelle von Konzessionsvergaberecht und Öffentlichem Wirtschaftsrecht

I. Einführung

In den verschiedensten Bereichen obliegt es der Verwaltung, eine Auswahl unter mehreren Bewerbern um ein knappes Gut zu treffen. Das Fachrecht enthält teils mehr, oftmals aber weniger präzise Vorgaben für Auswahlkriterien und Auswahlverfahren. Hiermit gehen mitunter Transparenz- und Rechtsschutzdefizite einher, mitunter bestehen freilich auch adäquate Regelungen. Zahlreiche dieser Gebiete sind indes in das Visier des Vergaberechts geraten, das mit seinem querschnittsbezogenen Ansatz nicht an den Grenzen des Fachrechts haltmacht. Wo die Grenzen des Vergaberechts genau verlaufen, ist freilich umstritten. Schon länger wird die Vergabepflichtigkeit von Immobilientransaktionen¹ der öffentlichen Hand oder von Auswahlentscheidungen im Bereich des Sozial- und Gesundheitsrechts diskutiert². Seit der Kodifikation des Konzessionsvergaberechts

¹ Hier hatte das OLG Düsseldorf zunächst in seinem Ahlhorn-Beschluss [NZBau 2007, 530 (531 ff.)] weitreichende Ausschreibungspflichten bejaht; restriktiver indes dann der EuGH, Rs. C-451/08, Slg. 2010, I-2673, Rn. 40 ff. – Helmut Müller; vgl. insg. B. Gartz, NZBau 2010, 293; S. Hüttinger, in: M. Burgi/M. Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Abs. 1–4, Rn. 68 f.; F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 476 ff.; ders., in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 64 f.

² Siehe K. Hansen, NZS 2016, 814 (815 ff.); T. Koop, NZS 2017, 103 (104 ff.); ferner D. Hattenhauer, ZfBR 2015, 662; F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 504 ff.

im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2014/2016 sind neue Konflikte gerade in Bezug auf klassische Materien des Öffentlichen Wirtschaftsrechts hinzugetreten. So hat etwa das OLG Hamburg in einem Beschluss vom 1.11.2017 die Vergabe einer Spielbankkonzession dem GWB-Vergaberecht unterworfen,³ was das OVG Münster wenige Monate zuvor für eine Spielhallenkonzession verneint hat⁴. Und auch die Qualifikation der Vergabe von Standplätzen auf Messen und Märkten ist nach wie vor umstritten.

II. Konsequenzen der Anwendbarkeit des Konzessionsvergaberechts in der Praxis

Zunächst entsteht Abstimmungsbedarf mit Blick auf das Fachrecht. Denn die öffentliche Hand hat dann die Vorgaben für Vergabekriterien und Vergabeverfahren zu beachten, etwa die Notwendigkeit einer spezifischen Konzessionsbekanntmachung (§ 151 GWB; § 19 f. KonzVgV), die Anforderungen an Eignungs- und Zuschlagskriterien (§ 152 Abs. 2 und 3 GWB; §§ 25 f., 31 KonzVgV) oder die Pflicht zur Unterrichtung der Bewerber über das Verfahrensergebnis (§ 154 Nr. 4, § 134 GWB; § 30 KonzVgV). Überdies ändert sich der Rechtsweg für Vergabestreitigkeiten, die nun nicht mehr in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallen, sondern im Vergaberechtsweg auszutragen sind (§§ 155 ff. GWB).

Mit Blick auf adäquat geregelte, lange etablierte Materien mag man in der Tat die Frage aufwerfen, ob die Einbeziehung in das GWB-Vergaberecht einen Gewinn darstellt oder nicht mehr Probleme aufwirft als Vorteile verspricht. Aus rechtlicher Sicht ist indes festzuhalten, dass, wenn der Anwendungsbereich des GWB-Kartellvergaberechts eröffnet ist, dessen Regelungen anzuwenden sind, ohne dass es darauf ankäme, ob das Fachrecht ein vergleichbares Vergaberegime enthält.

Die Herausforderung besteht dann *de lege lata* und *de lege ferenda* darin, Fach- und Vergaberecht zusammenzuführen. *De lege lata* kann dies schwierige Fragen des Verhältnisses der beiden Rechtsschichten aufwerfen,⁵ *de lege ferenda* nicht minder schwierige Fragen der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern. *De lege ferenda* bestehen jedenfalls Gestaltungsspielräume, etwa in der Frage des Rechtswegs, ist doch der Vergaberechtsweg nicht unionsrechtlich vorgegeben.

³ OLG Hamburg, NZBau 2018, 122. Zustimmung C. Braun, VPR 2018, 2451; C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44 f.). Ablehnend T. Siegel, jurisPR-VergR 3/2018, Anm. 4.

⁴ OVG Münster, ZfWG 2017, 432 (439).

⁵ H. Müller, NVwZ 2016, 266 (267 f.) m.w.N. Vgl. auch OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123): „Wenn ein Vorgang seiner Art nach unter die Bestimmungen des Vergaberechts fällt, sind diese auch dann anzuwenden, wenn andere Vorschriften vorsehen, dass für ihn besondere Vorschriften des Verwaltungsrechts gelten; diese Bestimmungen sind dann gegebenenfalls nebeneinander anzuwenden.“

III. Anwendbarkeit des Konzessionsvergaberechts auf wirtschaftsverwaltungsrechtliche Auswahlentscheidungen und Genehmigungen?

Das Konzessionsvergaberecht findet auf wirtschaftsverwaltungsrechtliche Auswahlentscheidungen und Genehmigungen dann Anwendung, wenn die öffentliche Hand ein Unternehmen in einem entgeltlichen Vertrag mit der Erbringung von Dienstleistungen betraut (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB).⁶

Ex negativo sind zunächst drei mitunter artikulierte Einwände auszuräumen. Erstens ist die Rechtsnatur des Vergabevorgangs unerheblich, so dass die Zuordnung der Genehmigung zum Öffentlichen Recht kein Ausschlussgrund ist.⁷ Ebenfalls zu kurz greift es zweitens, die Anwendbarkeit des Konzessionsvergaberechts schon wegen einer Vergabe durch Verwaltungsakt auszuschließen. Denn angesichts des unionsrechtlichen Hintergrunds des § 105 Abs. 1 GWB können nationale Begrifflichkeiten und Kategorien nicht letztentscheidend für die Qualifikation sein; vielmehr ist das Gesamtgepräge der Aufgabenübertragung in den Blick zu nehmen und anhand aller Umstände des Einzelfalles funktional zu fragen, ob diese vertraglichen Charakter hat.⁸ Hierfür können auch bei hoheitlicher Handlungsform Einflussmöglichkeiten des Privaten auf Inhalt, Erbringung und Vergütung der Tätigkeit sprechen; umgekehrt hat der EuGH den vertraglichen Charakter eines Akts verneint, der „Verpflichtungen allein für [das Unternehmen vorsieht] und der deutlich von den normalen Bedingungen des kommerziellen Angebots dieser Gesellschaft“ abweicht.⁹ Bei Ausschreibungsverfahren liegt regelmäßig ein vertraglicher Charakter vor. Auch sind Umgehungen des Vergaberechts zu verhindern.¹⁰ Dass drittens die Dienstleistung gegenüber Dritten (und nicht gegenüber dem Konzessionsgeber) erbracht wird, etwa gegenüber Spielbankbesuchern, schließt das Vorliegen einer Konzession nicht aus.

Welche Voraussetzungen sind nun aber positiv zu erfüllen? Notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung ist, dass eine Auswahlentscheidung unter der Bedingung der

⁶ Zum Folgenden bereits F. Wollenschläger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 33 ff.

⁷ OLG Düsseldorf, NZBau 2005, 652 (652); F. Wollenschläger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 33; C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 2 (44).

⁸ OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (124); M. Burgi, NVwZ 2007, 383 (385); C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44); O. Esch, KSzW 2012, 152 (156, 160 f.), m.w.N., auch zur Gegenauffassung; H. Müller, NVwZ 2016, 266 (266); S. Hüttinger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Abs. 1–4 Rn. 62 ff., 72; R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 142 ff.; J. Ziekow, in: ders./U.-C. Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, GWB § 103 Rn. 19 ff. Vgl. auch BGH, NZBau 2009, 201 (203).

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-220/06, Slg. 2007, I-12175 Rn. 49 ff., 84 f. – Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia.

¹⁰ Siehe BGH, NZBau 2009, 201 (203): „vertragsähnlich“; M. Burgi, NVwZ 2007, 383 (385): „funktionales Äquivalent zum Vertrag“; S. Hüttinger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Abs. 1–4 Rn. 64; J. Ruthig, DVBl. 2010, 12 (15 f.); J. Ziekow, in: ders./U.-C. Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, GWB § 103 Rn. 20.

Knappheit erfolgt (siehe auch Erwägungsgrund 13 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU). Entscheidendes Tatbestandsmerkmal im hier interessierenden Zusammenhang ist die Betrauung mit der Erbringung von Dienstleistungen. Hierfür ist ein Beschaffungsbezug erforderlich.¹¹ Doch wann liegt ein solcher vor?

Anhaltspunkte liefert Erwägungsgrund 14 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, auf den die Gesetzesbegründung zum GWB ausdrücklich Bezug nimmt.¹² Der entsprechende Erwägungsgrund lautet:

Bestimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde[n] die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt – einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit –, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, sollten darüber hinaus nicht als Konzessionen gelten ... Im Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.¹³

Hieraus folgen drei Kriterien:¹⁴

- Initiative: Geht die Betrauung auf einen Antrag des Wirtschaftsteilnehmers oder die Nachfrage der öffentlichen Hand zurück?
- Wird eine Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung begründet?
- Werden hinreichend spezifische Anforderungen an die Dienstleistung vorgegeben?

¹¹ Näher F. Wollenschläger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 36 f.; C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (43); C. Krönke, NVwZ 2016, 568 (575).

¹² Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281, 76: „Erwägungsgrund 14 hebt hervor, dass die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gilt. Es wird auf die vorrangige Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verwiesen. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass dem Konzessionsvertrag eine wechselseitige Bindungswirkung zukommt.“

¹³ Als Hintergrund verweist ein Beteiligter am Gesetzgebungsverfahren auf „die Erteilung von Bau- und Betriebsbedingungen für Seilbahnen in Deutschland und Österreich, die ihrer rechtlichen Natur nach keine Konzessions-, sondern vielmehr einem Genehmigungscharakter gleichkommt, auch wenn im österreichischen Seilbahngesetz von 2003 der Begriff ‚Konzession‘ verwendet wird“, siehe A. Schwab/A. Giesemann, VergabeR 2014, 351 (366).

¹⁴ Siehe J. Wolswinkel, EPPL 12 (2017), 396 (401).

Als weiteres Kriterium ist der Bezug der Dienstleistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu nennen.

Vorweggeschickt sei: Es liegt auf der Hand, dass die Konkretisierung dieser Kriterien Wertungen impliziert. Überdies sind sie als Indizien zu verstehen, die einer wertenden Gesamtbetrachtung bedürfen.¹⁵

Das erste Kriterium fragt danach, ob die Dienstleistungserbringung auf staatliche Nachfrage oder Initiative des Wirtschaftsteilnehmers zurückgeht. Für Ersteres sprechen Ausschreibungen, für Letzteres die Beantragung von Erlaubnissen für die Dienstleistungserbringung im Rahmen eines gesetzlichen Genehmigungsregimes.

Zweitens setzt eine Betrauung eine Verpflichtung des Konzessionsnehmers zur Erbringung der Dienstleistung voraus,¹⁶ und zwar im Sinne einklagbarer Hauptleistungspflichten.¹⁷ Hierbei wird die vertragliche Verpflichtung zur Erbringung gesetzlich vordefinierter Leistungen für ausreichend erachtet, es bedarf keiner Begründung in diesem Sinne neuer Pflichten.¹⁸ Nach dem OLG Hamburg kann sich eine Verpflichtung zur Dienstleistungserbringung auch implizit aus dem gesetzlichen Rahmen ergeben.¹⁹ In den Raum gestellt hat das Gericht auch den Gedanken einer faktisch gesicherten Dienstleistungserbringung; maßgeblich hierfür ist, ob und inwieweit ein Rückzug der Anbieter mit Blick auf die Lukrativität der Dienstleistungserbringung sowie die Knappheit der Genehmigungen wahrscheinlich ist.²⁰ So lassen sich auch Umgehungen verhindern.²¹

Aufschluss über das staatliche Beschaffungsinteresse gibt drittens der Grad der an die Dienstleistungserbringung gestellten Anforderungen.

Viertens und letztens ist der Bezug der Dienstleistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Betracht zu ziehen.²² So verlangt das OLG Hamburg, dass „Gegenstand der Konzession ein Vorgang ist, der im öffentlichen Interesse liegt“.²³ Hierfür ist das Interesse an der Überwachung der Dienstleistungserbringung nicht ausreichend; es muss

¹⁵ Offen gelassen von OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (124). Vgl. auch C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45).

¹⁶ OVG Münster, ZfWG 2017, 432 (439); OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123, 125); C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44); M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (756 f.); R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 71 ff. (mit der Konsequenz einer Ausklammerung werbefinanzierter Angebote aus dem Konzessionsbegriff, S. 72).

¹⁷ T. Möisinger, NZBau 2015, 545 (546 f.). Großzügiger C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45): Maßgeblich sei die Durchsetzbarkeit der staatlicherseits gestellten Anforderungen.

¹⁸ C. Donhauser/J. Hölzlwimmer, VergabeR 2015, 509 (513 f.).

¹⁹ OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (125).

²⁰ OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (125). Zustimmung C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44 f.).

²¹ C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45).

²² Siehe auch OLG München, NZBau 2011, 380 (382).

²³ OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123).

sich vielmehr auf die Erbringung der Dienstleistung erstrecken: In casu bestand ein hinreichendes Interesse darin, „von staatlicher Seite Sorge dafür zu tragen, dass unter staatlicher Aufsicht ein Betrieb von Glücksspielen stattfindet, um so den – als gegeben hinzunehmenden – Spieltrieb von Kreisen der Bevölkerung nicht zu unterdrücken und durch eine solche Unterdrückung glücksspielwillige und durch eine Spielsucht gefährdete Personen in die schwer zu kontrollierende Illegalität zu treiben, sondern den Spieltrieb zu kanalisieren.“²⁴ Anders hat das OVG Münster für Spielhallenkonzessionen gewertet: Hier „beschränkt sich die Behörde durch die Erlaubniserteilung auf eine reine einseitige Gestattung für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit, die durch ordnungsrechtliche Anforderungen im Sinne der Suchtprävention näher eingeschränkt wird“.²⁵

Zu bejahen ist ein Bezug der Dienstleistungserbringung zu öffentlichen Aufgaben auch, wenn Kommunen den Betrieb öffentlicher Einrichtungen insgesamt Privaten überantworten, wie etwa die Durchführung von Messen und Märkten.²⁶ Fraglich erscheint, ob bei einer Vergabe einzelner (konstitutiver) Elemente des Betriebs, wie bei der Standplatzvergabe auf Messen und Märkten, anderes gilt.²⁷ Keinesfalls ausreichen würden jedenfalls schlichte Nutzungsüberlassungen im Kontext öffentlicher Einrichtungen, etwa die Vermietung von Räumen in einer Stadthalle. Dies bestätigt Erwägungsgrund 15 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, auf den die Gesetzesbegründung zum GWB ausdrücklich Bezug nimmt^{28 29}. So sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, insbeson-

²⁴ OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123; ferner 123 f.). Zustimmung C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (43 f.).

²⁵ OVG Münster, ZfWG 2017, 432 (439). Vgl. auch OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (125). A.A. C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45 f.). Kritisch zu dieser Abgrenzung T. Siegel, jurisPR-VergR 3/2018, Anm. 4.

²⁶ So haben das OVG Berlin-Brandenburg und das VG Köln die gewerberechtliche Festsetzung wegen des erheblichen kommunalen Eigeninteresses als Dienstleistungskonzession qualifiziert, siehe OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2011, 293 (294): „Wenn die Kommune die Veranstaltung eines Wochenmarktes aus Gründen einer Erhöhung der Attraktivität der Innenstadt und zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungsstruktur für eine ortsnahe Versorgung der Bevölkerung für wünschenswert hält (vgl. Vertragspräambel), nimmt der Marktveranstalter nicht nur eigenwirtschaftliche Interessen, sondern zugleich auch kommunale Interessen wahr. Das lässt sich hier etwa aus den Vertragsbestimmungen über die Verpflichtung zur Durchführung des Wochenmarktes, festgelegte Kontrollbefugnisse, Festlegung des Veranstalters auf das öffentliche Interesse und seine Verpflichtung zur Zusammenarbeit in Bezug auf die Ziele der Präambel ablesen“; VG Köln, NVwZ-RR 2009, 327 (328): Der „Veranstalter eines Weihnachtsmarktes [erbringt] gegenüber [der Gemeinde] eine Dienstleistung, nämlich die Ausrichtung und Organisation des Weihnachtsmarktes, an dessen Gelingen und reibungsloser Funktion [die Gemeinde] ein hohes Interesse hat“. Siehe auch VG Berlin, Urt. v. 28.11.2006, 4 A 495.04, juris, Rn. 16. Zwischen der Festsetzung und der Konzessionsvergabe differenzierend OVG Magdeburg, Beschl. v. 23.08.2016, 1 L 30/16, juris, Rn. 4 ff. Zweifelnd M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (756). A.A. M. Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 5 Fn. 6.

²⁷ Ablehnend M. Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 5 Fn. 6; C. Krönke, NVwZ 2016, 568 (575).

²⁸ Siehe Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281, 76: „Erwägungsgrund 15 stellt klar, dass Vereinbarungen, die das Recht eines Unternehmens zur privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Nutzung öffentlicher Bereiche oder Ressourcen, wie z.B. Land oder öffentliche Liegenschaften, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen regeln, nicht als Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelten.“

²⁹ Im Einzelnen K.-D. Classen, VergabeR 2016, 13 (17 ff.). Siehe auch EuGH, Rs. C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558, Rn. 46 ff. – Promoimpresa.

dere in See-, Binnen- oder Flughäfen, wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.

Anderes soll gelten, wenn dem Vertragspartner Nutzungspflichten auferlegt werden, um bestimmte Leistungen für die Allgemeinheit zu gewährleisten.³⁰

IV. Zwischenfazit

Zieht man ein kurzes Fazit zur Qualifikationsfrage, so lassen sich relativ einfach herkömmliche gewerberechtliche Erlaubnisse, wie die Gaststättenerlaubnis (§ 2 ff. GastG) oder eine ausnahmsweise erforderliche gewerberechtliche Erlaubnis (§§ 30 ff. GewO), aus dem Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts ausklammern. Denn diese gestatten regelmäßig auf Antrag die Ausübung bestimmter Dienstleistungen (auch nach Maßgabe staatlicher Vorgaben), ohne den Inhaber indes hierzu zu verpflichten, wobei sich die staatliche Regulierung in einem Überwachungsinteresse erschöpft.³¹ Die Glücksspielkonzessionen bewegen sich in einem Graubereich. Auswahlentscheidungen im Kontext von Messen und Märkten können je nach Sachverhalt dem GWB-Konzessionsvergaberecht unterfallen.

V. Pflicht zur Durchführung eines Verteilungsverfahrens auch jenseits des GWB-Vergaberechts

Ein Punkt sei abschließend betont: Selbst wenn demnach keine dem GWB-Vergaberecht unterfallende Konzession vorliegt, folgen sowohl aus den nationalen Grundrechten als auch aus den Grundfreiheiten des Unionsrechts Mindestvorgaben für Vergabeverfahren, namentlich das Erfordernis sachgerechter Vergabekriterien, eines transparenten und die Chancengleichheit sichernden Vergabeverfahrens sowie adäquate Rechtsschutz-

³⁰ M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (757); V. Wagner/B. Q. Pfohl, ZfBR 2014, 745 (747). Umfassend R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 123 ff.

³¹ Zustimmung M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (756 f.). Siehe auch Europäische Kommission, Mitteilung über Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121, 2 (5) v. 29.04.2000; O. Reidt/T. Stickler, in: M. Dreher/M. Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, VOB/A § 22 Rn. 7. Umfassend – mit teils eigenen Akzentuierungen – R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 104 ff.

möglichkeiten.³² Überdies enthält auch die auf zahlreiche Genehmigungen anwendbare Dienstleistungsrichtlinie entsprechende Regelungen zur Vergabe von Genehmigungen auch unter der Bedingung der Knappheit (siehe namentlich Art. 9, Art. 10–12, Art. 14 Nr. 5 nebst Erwägungsgründen 62 und 66) Richtlinie 2006/123/EG.³³ Dementsprechend hat der EuGH in seinem Urteil in der Rs. Belgacom vom 14.11.2013 bekräftigt:

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Unionsrecht der Behörde, die ihre Tätigkeit überträgt, dieselben Verpflichtungen auferlegen würde, wenn die im Ausgangsverfahren fragliche Vereinbarung den Zessionar nicht verpflichten würde, die übertragene Tätigkeit auszuüben, und somit eine Erlaubnis zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit enthielte. Eine solche Erlaubnis unterscheidet sich in Bezug auf die Verpflichtung zur Beachtung der Grundregeln des Vertrags und der sich daraus ergebenden Grundsätze nicht von einer Dienstleistungskonzession, wenn die Ausübung dieser Tätigkeit auch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer interessieren könnte.³⁴

Mit Blick auf die Dienstleistungsrichtlinie verdient besondere Hervorhebung, dass der EuGH die hier in Frage stehenden Genehmigungsregeln in einem Urteil vom 30.1.2018 auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte für anwendbar erklärt hat.³⁵ Bereits zuvor hatte der EuGH in der Rs. Belgacom das aus den Grundfreiheiten abgeleitete Transparenzgebot auch inländischen Beteiligten an einem Vergabeverfahren zugesprochen.³⁶

³² Hierzu F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 198 ff.; ders., REALaw 8 (2015), 205; dort (226 ff.) sowie ders., NVwZ 2016, 1535 (1537 f.) spezifisch zum Rechtsschutz.

³³ Näher F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 156 ff.; ders., REALaw 8 (2015), 205 (247 ff.).

³⁴ EuGH, Rs. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 33 – Belgacom.

³⁵ EuGH, verb. Rs. C360/15 und C31/16, ECLI:EU:C:2018:44, Rn. 98 ff. – College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort u.a.

³⁶ EuGH, Rs. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 34 – Belgacom. Kritisch hierzu F. Wollenschläger, Binnenmarktrelevanz statt grenzüberschreitender Aktivität – die Rs. Belgacom als Neujustierung in der Dogmatik der Grundfreiheiten?, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 443 (447 ff.); ferner ders., Verteilungsverfahren, 2010, S. 116 ff.