



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

# Dreizehnte Badenweiler Gespräche

Dokumentation der Veranstaltung  
vom 13. bis 15. Mai 2009



**Bundesanzeiger**  
Verlag

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

**Herausgeber:**

forum vergabe e.V.  
Breite Straße 29  
10178 Berlin

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

© 2010 Bundesanzeiger Verlagsges.mbH., Köln

ISBN 978-3-89817-873-0

Bundesanzeiger Verlagsges. mbH  
Amsterdamer Straße 192  
50735 Köln

Telefon: +49(0)221/97 668-200  
Telefax: +49(0)221/97 668-278

E-Mail: [vertrieb@bundesanzeiger.de](mailto:vertrieb@bundesanzeiger.de)

Internet: [www.bundesanzeiger-verlag.de](http://www.bundesanzeiger-verlag.de)

Weitere Informationen finden Sie in unserem Themenportal unter [www.betrifft-vergabe.de](http://www.betrifft-vergabe.de)

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

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

Herstellung: Günter Fabritius

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

---

## **Vorwort**

### **Eine Zeit des Umbruchs**

Diese Badenweiler Gespräche sind durchzogen von einem roten Faden, dem Faden der Veränderung. Gegenstand des einleitenden Referates und der daran anschließenden Podiumsdiskussion war die Vergaberechtsnovelle 2009. Auch in den Workshops und den anderen Beiträgen ging es nicht nur um reine Standortbestimmungen, sondern vor allem um Entwicklungen und Ausblicke. Das letzte Referat widmete sich der Berücksichtigung von Innovation und Umweltschutz, einem per se zukunftsorientierten Thema.

Aber auch beim forum vergabe haben sich Veränderungen ergeben:

Herr Timm R. Meyer, der diese Badenweiler Gespräche als Geschäftsführer vorbereitet und geleitet hat, hat sein Amt mit Beendigung der Badenweiler Gespräche abgegeben. Die Tätigkeit von Herrn Meyer und sein Einsatz für das forum vergabe wurden in Badenweiler gewürdigt und stehen auch im Mittelpunkt der dazu abgedruckten Beiträge und Reden.

Die intensiven und sachorientierten Diskussionen zu den behandelten Themen machten deutlich, wie essentiell das Vergaberecht die Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer betrifft und wie wichtig dieses Thema in Wissenschaft, Beratung und Rechtsprechung daher ist. Auch die Reaktion der Öffentlichkeit auf die vergaberechtlichen Regelungen anlässlich des Konjunkturpakets II unterstreicht diese Bedeutung

Bei strahlendem Sonnenschein fanden die Teilnehmer zwischen den Veranstaltungen Gelegenheit zu Gesprächen, die teils die vergaberechtlichen Themen aufgriffen, teils aber auch in ganz andere Bereiche abschweiften. Und genau dies macht die Besonderheit von Badenweiler aus: Dort finden ein intensiver Austausch und ein Kontakt statt, die über das rein Rechtliche hinausgehen und das Verständnis der beteiligten Kreise füreinander und die jeweiligen Interessenlagen fördern.

Ein besonderer Dank gilt den Sponsoren, ohne die diese Veranstaltung nicht möglich gewesen wäre.

Nächstes Jahr werden in Badenweiler „20 Jahre Badenweiler Gespräche“ gefeiert! Das Vergaberecht ist und bleibt so sehr in Bewegung, dass es an Themen ganz sicher nicht mangeln wird.

Dezember 2009

Ernst Pfister

Niels Lau

Dr. Mark von Wietersheim

- Vorsitzender -    - Geschäftsführendes Vorstandsmitglied -    - Geschäftsführer -



## **Inhaltsübersicht**

### **Die Rechtsschutzfrage in Frankreich**

|  |    |
|--|----|
| <i>Prof. Dr. David Capitant</i><br>Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne ..... | 11 |
|--|----|

### **Begrüßung**

|   |    |
|---|----|
| <i>Karl-Eugen Engler</i><br>Bürgermeister der Stadt Badenweiler ..... | 19 |
|---|----|

### **Vergaberechtsreform – die Ziele und Ihre Realisierung**

|   |    |
|---|----|
| <i>Dr. Bettina Waldmann</i><br>Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ..... | 23 |
|---|----|

### **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

#### **Moderation und Einführung**

|  |    |
|--|----|
| <i>Prof. Dr. Meinrad Dreher</i><br>Johannes Gutenberg-Universität Mainz..... | 33 |
|--|----|

#### **Statements**

|   |    |
|---|----|
| <i>Landrat Hans-Werner Köblitz</i><br>Landratsamt Calw..... | 35 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| <i>Rechtsanwältin Katrin Dietrich</i><br>MVV Energie AG ..... | 39 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| <i>Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting</i><br>Gleiss Lutz Rechtsanwälte ..... | 41 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| <i>Hermann Summa</i><br>Richter am OLG Koblenz..... | 45 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| <i>Prof. Dr. Jost Pietzcker</i><br>Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn ..... | 59 |
|---|----|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Zusammenfassung der Aussprache.....</b> | <b>63</b> |
|--|-----------|

## Workshops

### 1. Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht

#### Moderation und Einführung

*Dr. Mark von Wietersheim*  
forum vergabe e.V. .... 69

#### Einführung

- *Rechtsanwalt Stephan Rechten*  
Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft ..... 71
- *Bernhard Fett*  
Sächsisches Staatsministerium des Innern, Dresden ..... 77

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 89

### 2. Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug – roter Faden erkennbar?

#### Moderation und Einführung

*Niels Lau*  
Bundesverband der Deutschen Industrie ..... 93

#### Einführung

- *Erfried Schüttpelz*  
Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf ..... 95
- *Martin Krämer*  
Leiter des Liegenschaftsamts der Stadt Bonn ..... 101

**Zusammenfassung der Aussprache** ..... 109

### 3. e-Vergabe – Lösung der Akzeptanzprobleme durch X-Vergabe?

#### Moderation und Einführung

*Harald Hetman*  
Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen ..... 111

#### Einführung

- *Hans-Jürgen Niemeier*  
Vorstandsvorsitzender der CONET AG ..... 115
- *Dr. Heiko Schinzer*  
Geschäftsführer der Administration Intelligence AG ..... 117

|   |     |
|---|-----|
| <b>Zusammenfassung der Aussprache</b> .....                                       | 119 |
| <b>4. Innerstaatliche Zusammenarbeit – Hürden ausgeräumt?</b>                     |     |
| <b>Moderation und Einführung</b>  |     |
| <i>Uwe Scharen</i>  |     |
| Richter am Bundesgerichtshof.....   | 121 |
| <b>Einführung</b>   |     |
| • <i>Klaus Wiedner</i>  |     |
| Stellv. Abteilungsleiter GD Markt der EG-Kommission.....                          | 125 |
| • <i>Dr. Fridhelm Marx</i>  |     |
| Ministerialdirigent a. D. ....  | 129 |
| <b>Zusammenfassung der Aussprache</b> .....                                       | 135 |
| <b>Hot Spot:</b>  |     |
| <b>Moderation und Einführung</b>  |     |
| <i>Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg</i>                                |     |
| Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung .....                     | 137 |
| <b>BGH-Urteil vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08</b>                                  |     |
| <i>Dr. Wolfgang Eick</i>  |     |
| Richter am Bundesgerichtshof.....   | 139 |
| <b>Die neue HOAI</b>  |     |
| <i>Dr. Tillman Prinz</i>  |     |
| Geschäftsführer der Bundesarchitektenkammer .....                                 | 151 |
| <b>Zusammenfassung der Aussprache</b> .....                                       | 153 |
| <b>Öffentliche Beschaffung unter dem Einfluss von Innovation und Umweltschutz</b> |     |
| <i>Ministerialdirigentin Dr. Susanne Lottermoser</i>                              |     |
| Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit .....             | 155 |
| <b>Zusammenfassung der Aussprache</b> .....                                       | 167 |

## **Verabschiedung von Timm R. Meyer**

### **Verabschiedung durch den Vorstand**

*Prof. Dr. Dr. Fritz Rittner* ..... 171

### **Abschiedsworte**

*Rechtsanwalt Timm R. Meyer* ..... 175

### **Abschied der Geschäftsstelle**

*Dr. Mark von Wietersheim* ..... 179

### **Abschiedsvorstellung**

*Rechtsanwalt Timm R. Meyer* ..... 181

**Pressestimmen** ..... 189

**Schnappschüsse** ..... 191

**Verzeichnis der Teilnehmer** ..... 197

**Sponsoren** ..... 209

## Die Rechtsschutzfrage in Frankreich



### **Prof. Dr. David Capitant**

Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne

In Frankreich wie auch in Deutschland hat die Rechtsschutzfrage bei der Reform des Vergaberechts unter gemeinschaftsrechtlichem Einfluss eine große Rolle gespielt.

Das Vergaberecht verfolgt zweierlei Ziele: zum einen die öffentlichen Gelder zu schützen, indem sie effizient ausgegeben werden und zum anderen den Unternehmen einen gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu gewährleisten.

Traditionell spielt eher das erste Ziel die bedeutendere Rolle, in Frankreich wie auch in Deutschland. So war in Deutschland die Vergaberegulation im Haushaltsrecht enthalten, sei es in dem Haushaltsgrundsätzegesetz oder in den Haushaltsordnungen der Länder und der Kommunen. In Frankreich betraf der code des marchés publics – die französische Vergabeverordnung – nur die juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vom Gesichtspunkt des Gemeinschaftsrechts her, das während der 70er Jahre und erneut in den 90er Jahren, nach der Wiederbelebung der Errichtung des gemeinsamen Marktes, sich damit zu beschäftigen begann, ist es eher das Ziel des Vergaberechts, den Unternehmen der Mitgliedstaaten einen gleichberechtigten Zugang zu gewährleisten, unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung wegen der Nationalität.

Unter dem Blickwinkel des Rechtsschutzes kam dieses Ziel dadurch zum Ausdruck, dass die Rechtsmittelrichtlinie 1989 (RL 89/665) den Mitgliedstaaten die Eröffnung eines Rechtsschutzes für erfolglose Bieter vorschrieb. Ab diesem Zeitpunkt kam es zu sehr unterschiedlichen Lösungen in Frankreich und in Deutschland.

### **Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 1989**

In Deutschland stand übergangenen Bieter vor dem Inkrafttreten der Rechtsmittelrichtlinie 1989 kein primärer Rechtsschutz offen, so dass bei der Umsetzung der Richtlinie entschieden wurde, die Umsetzung „a minima“ eins zu eins durchzuführen, und den neuen Rechtsweg nur oberhalb der EG-Schwellenwerte zuzulassen. Dies gilt sowohl für den ersten Versuch der haushaltsrechtlichen Lösung als auch für die wettbewerbsrechtliche Lösung, die 1999 in Kraft getreten ist (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG vom 29. Mai 1998).

In Frankreich sah die Ausgangslage ganz anders aus. Seit dem Anfang des XX. Jahrhunderts hatte man die sogenannte Zweistufentheorie entwickelt, die zwischen dem Abschluss eines Vertrages einerseits und dem Beschluss der Verwaltung, den Vertrag abzuschließen andererseits, unterscheidet. Zwar können nur die Vertragsparteien die Nichtigerklärung des Vertrags wegen Verstoß gegen das Vergabeverfahren beantragen und nicht die erfolglosen Bieter. Dafür aber haben diese erfolglosen Bieter die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens gerichtlich zu rügen, indem sie die Aufhebung der Entscheidung zum Abschluss des Vertrags beantragen.

Übrigens steht diese Klagemöglichkeit nicht nur erfolglosen Bieter offen, sondern auch anderen Interessierten wie zum Beispiel Mitgliedern eines Gemeinderates sowie lokalen Steuerzahlern, oder, im Falle einer Dienstleistungskonzession, den Nutzern der übertragenen Dienstleistung.

Vor diesem Hintergrund eines einfachen und breit geöffneten Zugangs zum Rechtsweg für zahlreiche Interessierte schien die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 1989 in Frankreich keinen so großen Wandel wie in Deutschland zu bedeuten.

1992 (mit Gesetz Nr. 92-10 vom 4. Januar 1992) wurde in die französische VwGO (code de justice administrative) ein neuer Rechtsweg eingefügt, der den Einzelrichter ermächtigt, auf Antrag eines Unternehmens, das ein Interesse an der Auftragserteilung nachweisen kann, das Vergabeverfahren zu unterbrechen und dem Auftraggeber vorzuschreiben, das Verfahren nachzubessern. Der dafür zuständige Einzelrichter kann nur vor dem Abschluss des Vertrags eingreifen, so dass dieser neue Rechtsweg als „vorvertragliches Eilverfahren“ bezeichnet wird (référé précontractuel).

Bemerkenswert ist m. E. aus deutscher Sicht, dass dieses Verfahren alle Aufträge betrifft, seien sie oberhalb wie auch unterhalb der Schwellenwerte und dass nicht nur die öffentlichen Aufträge im engen Sinne betroffen sind, sondern auch die Dienstleistungskonzessionen. Das ist damit zu erklären, dass das neue Verfahren als eine bloße, die vorvertragliche Periode betreffende Erweiterung des schon bestehenden Rechtsschutzes aller Interessierten gegen rechtswidrig abgeschlossene

öffentliche Verträge erscheint, auszuüben durch die Anfechtung der sogenannten „trennbaren Entscheidung“ des Auftraggebers für den Abschluss der Vertrags.

War die Möglichkeit eines Rechtsschutzes gegen öffentliche Aufträge keine Neuigkeit, stellten hingegen die neuen Befugnisse der Verwaltungsgerichte eine außergewöhnliche neue Situation dar. Bislang hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeit keine so effizienten Befugnisse. Es gab nur wenige Eilverfahren und keine Befugnis, die Verwaltung zu einem positiven Handeln zu verpflichten. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte hauptsächlich eine Aufhebungskompetenz. Bemerkenswert ist, dass – nachdem 1992 das vorvertragliche Eilverfahren unter europäischem Einfluss eingeführt worden ist – 2000 das verwaltungsrechtliche Eilverfahren nach diesem Modell novelliert wurde (Gesetz Nr. 2000-597 vom 30.6.2000), so dass die Verwaltungsgerichte seitdem breite Befugnisse haben, um durch Eilverfahren (einstweilige Anordnungen) die Verwaltung zu einem positiven Handeln zu verpflichten. Das ist aber nur eine mittelbare Folge des europäischen Vergaberechts.

Dieser große Unterschied zwischen Deutschland und Frankreich hinsichtlich des Anwendungsbereichs des vorvertraglichen Verfahrens hat dazu geführt, dass auch die Entwicklungsrichtungen der jeweiligen Regelungen sehr unterschiedlich sind.

In Deutschland haben Literatur und Rechtsprechung der Ausweitung des Primärrechtsschutzes auch auf Aufträge unterhalb von EG-Schwellen ein großes Interesse beigemessen. Sogar die höchsten Gerichte Deutschlands haben dazu Stellung genommen. Im Unterschied zum österreichischen Verfassungsgerichtshof hat das Bundesverfassungsgericht am 13.06.2006 entschieden (1 BvR 2248/03), dass keine Beeinträchtigung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots darin liegt, Unternehmen bei Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte nicht die gleichen Rechtsmittel zu Verfügung zu stellen, so dass die im GWB vorgesehenen Rechtswege auch von Verfassung wegen nicht zwingend auf unterschwellige Auftragsverfahren anzuwenden seien.

Der zweite Versuch zur Einräumung eines Rechtsschutzes für erfolglose Bieter unterhalb der Schwellenwerte, und zwar – ähnlich dem französischen Modell – die Anerkennung der Möglichkeit eines Antrags vor dem Verwaltungsgericht gegen die Entscheidung, den Zuschlags zu erteilen, wurde vom BVerwG zurückgewiesen (02.05.2007, 6 B 10/07).

Erst in den letzten Monaten hat sich eine neue Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte gefestigt, die den unterlegenen Bietern einen Rechtsweg durch einstweilige Verfügung gewährleistet, dessen Reichweite allerdings noch endgültig festzulegen bleibt (OLG Brandenburg, 17.12.2007 – 13 W 79/07; OLG Jena 08.12.2008 – 9 U 431/08).

Somit haben sich das französische und das deutsche vorvertragliche Rechtsschutzmodell etwas angenähert, da der in Frankreich seit 1992 bestehende Rechtsschutz auch durch einstweilige Verfügung sichergestellt wird. Eine solche Entwicklung des deutschen Rechts war ohnehin unabdingbar im Hinblick auf die Stellungnahme der europäischen Einrichtungen zugunsten der Anwendung der Grundsätze des Vergaberechts auf Unterschwellen-Aufträge, wie sie in der Mitteilung der Kommission von 2006 zum Ausdruck kommt (24.07.2006 - 2006/C 179/02).

In Frankreich haben sich die Diskussion und die Rechtsprechung eher auf die Modalitäten der Nachprüfung und deren Anwendungsbereich konzentriert.

Um mich auf zwei wichtige Themen zu beschränken, seien zwei Beispiele genannt. Zuerst, die Frage der zeitlichen Fristen zur Anrufung des Gerichts; dann die Frage der Rechtsmittel, die vor dem Gericht geltend gemacht werden können.

Zum ersten Punkt hat der Verwaltungsrat (Conseil d'Etat), die höchste verwaltungsrechtliche Instanz in Frankreich, zuerst die anwendbare Bestimmung der französischen VwGO so ausgelegt, dass das zuständige Verwaltungsgericht im Rahmen des vorvertraglichen Rechtswegs nur entscheiden durfte, wenn der Vertrag noch nicht unterschrieben worden war. Sollte der Vertrag zwar nach Einreichung des Antrags beim Gericht, aber vor dessen Entscheidung abgeschlossen worden sein, dann entfiel die Entscheidungsbefugnis des angerufenen Verwaltungsgerichts.

Eine solche Auslegung hat selbstverständlich zu einem gewissen „Unterschriftenrennen“ (course à la signature) geführt. Dieser juristische Sport war in bestimmten Fällen dadurch erleichtert, dass die 10-Tage-Frist, die seit 2004 laut Artikel 80 der französischen Vergabeverordnung zwischen der Erteilung des Zuschlags und dem Abschluss des Vertrags zu berücksichtigen ist, in bestimmten Fällen verkürzt werden konnte (z. B. wenn die Vergabe eilig war). Darüber hinaus hatte der Antrag auch keinen automatischen Suspensiveffekt, sondern hing von einer Entscheidung des Gerichts ab. Beide Punkte wurden zwischenzeitlich korrigiert. Die Unterschreibungsfrist ist seit 2006 auf 10 Tage zwingend festgelegt und die Einreichung eines Antrags hat nunmehr einen automatischen Suspensiveffekt.

Der zweite Punkt betrifft die Frage, ob alle Verstöße gegen das Vergaberecht von jedem Unternehmen vor dem Gericht geltend gemacht werden können, um die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens feststellen zu lassen. Zwar sieht die französische Vergabeverordnung vor, dass nur Normen, die die Ausschreibung und den Wettbewerb zwischen den Bietern betreffen, geltend gemacht werden können. Das schließt solche Bestimmungen aus, die z. B. die Verteilung der Kompetenzen zur Erteilung des Zuschlags innerhalb einer Gemeinde organisieren (zwischen Bürgermeister und Gemeinderat, usw.). Es bleibt allerdings die Frage offen, ob der Antragsteller auch darlegen muss, dass der von ihm gerügte Verstoß ihm einen Schaden verursacht hat.

Zunächst hat der französische Staatsrat (Conseil d'Etat) entschieden, dass eine objektive Auslegung der Bestimmung zu bevorzugen sei, so dass es rasch zu einer Instrumentalisierung des Nachprüfungsverfahrens kam. Durch ein Urteil vom 03.10.2008 (Conseil d'Etat, SMIRGEOMES, Nr. 305420) hat der Conseil d'Etat entschieden, der Antragsteller solle nunmehr darlegen, dass durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschrift, auf die er sich beruft, ihm ein Schaden entstanden sei oder ihm hätte entstehen können. Das kann man mit der etwas engeren Vorschrift des § 107 GWB vergleichen: „durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ist ein Schaden entstanden oder droht zu entstehen“. Dann stellt sich aber die Frage, diejenigen Verstöße einzugrenzen, die einen Schaden verursachen können. Das ist sicher nicht der Fall, wenn Datum und Uhrzeit der Öffnung der Angebote falsch mitgeteilt wurden, da kein Schutz der Bieter damit beabsichtigt ist, insofern als die Öffnung nicht öffentlich ist. Genauso war es in dem Fall SMIRGEOMES, wobei es sich um eine Müllabfuhrkonzession ging, bei deren Ausschreibung irrtümlich erwähnt wurde, dass sie in den Anwendungsbereich des WTO-Abkommens über öffentliche Aufträge fiel. Da aber der Antragsteller ein europäisches Unternehmen war, spielte diese Erwähnung gar keine Rolle, so dass der Antrag zurückgewiesen wurde.

Im Gegenteil, Verstöße, die den Vertrag selbst betreffen, wie z. B. die Dauer eines Auftrages, sind selbstverständlich imstande allen Bietern einen Schaden zu verursachen. Komplizierter ist die Antwort für Verstöße, die z. B. die Ausschreibung oder die Fristen betreffen, nicht aber dazu geführt haben, dass der Antragsteller kein Angebot formuliert hat. In einem solchen Fall wird der Antragsteller beweisen müssen, dass er wegen der Beeinträchtigung der Vergabevorschrift nicht die Möglichkeit gehabt hat, das beste Angebot abzugeben, oder dass ihm dadurch weitere Kosten entstanden sind.

So sieht man, wie beide Rechtsordnungen in Frankreich und in Deutschland ein Gleichgewicht suchen, indem die deutsche Rechtsordnung dazu gezwungen ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zu erweitern, während in Frankreich die Rechtsprechung eher dazu geneigt ist, die schon bestehenden Rechtswege etwas einzuschränken.

### **Rechtsschutz gegen den Vertrag selbst**

Die letzte Frage, auf die ich eingehen möchte, ist folgende: Wie kann man gegen den Vertrag selbst vorgehen und zwar nach der vorvertraglichen Phase? Durch die Umsetzung der neuen Fassung der Rechtsmittelrichtlinie wurde diese Frage in den Vordergrund gestellt.

In Deutschland hat das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23. April 2009 im GWB mit dem neuen § 101b eine solche Möglichkeit eröffnet. Dies gilt aber nur oberhalb der Schwellenwerte und die Frage bleibt noch offen, wie es unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden ist.

In Frankreich konnte man schon anhand der Zweistufentheorie auch nach dem Vertragsschluss einen Vertrag angreifen, indem man gegen die Entscheidung, den Vertrag abzuschließen, vorging. Die Nachteile einer solchen Handlungsweise sind bekannt. Nicht nur ist es künstlich, zwischen Vertrag und Entscheidung zu unterscheiden, sondern es sind auch aus praktischer Sicht die Folgen der Aufhebung der trennbaren Entscheidung nicht immer sehr klar. Die französische Rechtsprechung hat sich so entwickelt, dass diese Folgen von der mehr oder weniger engen Beziehung zwischen der Entscheidung und dem Vertrag selbst abhängen. Was den gerichtlichen Weg angeht, ist es auch nicht sehr einfach, da nur die Vertragsparteien die Nichtigkeitserklärung des Vertrags beantragen können. Hatte ein unterlegener Bieter oder ein anderer Interessierter die Aufhebung der trennbaren Entscheidung erlangt, sollte er außerdem die Verwaltung dazu zwingen, selbst mit ihrem Vertragspartner die Auflösung des Vertrags zu verhandeln, oder das Gericht zu diesem Zweck anrufen. So war der traditionelle Rechtsweg etwas kompliziert und langwierig, und auch deshalb nicht sehr effizient.

Unter dem Druck des EG-Rechts wurde dieses Verfahren modernisiert, um den Anforderungen der neuen Richtlinie zu entsprechen. Dieses Aktualisierungsverfahren lief in zwei Etappen.

Zunächst griff die Rechtsprechung ein, und zwar mit der Anpassung ihrer bisherigen Rechtsprechung in einem Urteil vom 16.07.2007 (CE Ass., Société Tropic Travaux Signalisation, Nr. 291545). In diesem Urteil ermöglichte der Conseil d'Etat den unterlegenen (oder potentiellen) Bietern, sich gerichtlich unmittelbar gegen den Vertrag zu wenden, und zwar innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Veröffentlichung der Zuschlagsentscheidung. Diese Entscheidung stellt einen großen Fortschritt der Rechtsprechung dar, indem der Conseil d'Etat von Amts wegen einen neuen Rechtsweg eröffnete, der sich nicht mehr ganz in das traditionelle Gefüge der Rechtswege einfügt.

Die zweite Etappe der Modernisierung des Rechtsschutzes gegen die Auftragserteilung wurde durch die Novellierung (Ordonnance Nr. 2009-515 vom 07.05.2009) bestimmter Artikel der französischen VwGO (code de justice administrative) in Umsetzung der neuen Fassung der Rechtsmittelrichtlinie eingeleitet. Dadurch wird ein neuer Rechtsweg geschaffen, der in einer engen Kontinuität mit dem vorvertraglichen Verfahren steht, zum einen weil der gleiche Einzelrichter zuständig ist und zum zweiten weil dessen Befugnisse meist ähnlich sind. Er kann in der von der Rechtsmittelrichtlinie vorgeschriebenen Frist von 30 Tagen angerufen werden und ist für Ober- sowie Unterschwellen-Aufträge zuständig, sowie für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (Art. L. 551-1 ss. code de justice administrative).

Bei dieser neuesten Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten merkt man noch die parallele Entwicklung der beiden Rechtsordnungen in Frankreich und in Deutschland

unter dem Druck des EG-Rechts. Noch zurückhaltend bleibt die deutsche Rechtsordnung angesichts einer Verallgemeinerung des Rechtsschutzes auf alle Verträge oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte, wobei die französische Rechtsordnung in Anbetracht einer Tradition der breiteren Öffnung des Zugangs zum Gericht, die europäischen Mechanismen auf alle Aufträge anwendet, darin eingeschlossen die Dienstleistungskonzessionen.

Was die Statistik betrifft, wurden 2008 in Frankreich vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 5.750 Anträge eingereicht, die nicht nur die Vergabe der Aufträge mit betreffen, sondern auch deren Durchführung, d. h. 3% der gesamten Anträge des Jahres. Zum Vergleich betrafen 25% der Eingänge das Ausländerrecht, 12% das Polizeirecht, 12% ebenfalls das Steuerrecht, 11% das Beamtenrecht und 7% das Städtebaurecht. So scheint die Angst vor einer Flut von Anträgen im Falle einer weiteren Öffnung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, die in Deutschland oft zum Ausdruck kommt, nicht berechtigt zu sein, was eigentlich auch das österreichische Beispiel beweist.



## Begrüßung

### Karl-Eugen Engler

Bürgermeister der Stadt Badenweiler



Herr Professor Dreher, sehr geehrter Vorstand, sehr geehrte Geschäftsführung, Vertreter aus Wirtschaft und Politik, meine sehr verehrten Damen und Herren,

die Badenweiler Gespräche des forum vergabe sind mittlerweile zu einer schönen Tradition geworden. Es ist für mich – wie jedes Jahr – auch 2009 eine besondere Ehre, Sie im Kurhaus begrüßen zu dürfen. Seien Sie alle sehr, sehr herzlich willkommen. Einigen von Ihnen ist Badenweiler ja schon bestens vertraut und mittlerweile auch zu einem beliebten Tagungs-, Erholungs-, auch Ferienort geworden. Badenweiler – landschaftlich wunderschön gelegen – ist ein begnadetes Fleckchen Erde. Vor 2000 Jahren hatten dies die Römer schon erkannt. Zeugnis davon liefern noch heute die römischen Badruinen in unserem Kurpark, die größten und besterhaltenen Badruinen nördlich der Alpen.

Im Badenweiler der Neuzeit leben rund 4.000 Einwohner, der ganz auf Tourismus ausgerichtete Ort beherbergt aktuell etwa 2.700 Gästebetten, schreibt 430.000 Übernachtungen bei fast 70.000 Gästeankünften und über 300.000 Thermenbesuchern pro Jahr. Voll Stolz blicken wir auf die Cassiopeia-Therme, eine der schönsten Badeanlagen Deutschlands. Sie ist das Herz unseres Kurortes. Aber auch Sauna- und Wellness-Landschaft in der historischen Hülle des Linde-Bades sind einen Besuch wert. Vielleicht ergibt sich im Rahmen Ihres Tagungsprogramms die Gelegenheit, dass Sie dort vorbeischaun, lassen Sie sich verwöhnen im Hammam, beim Rasulbad oder einer sanften Seifenbürsten-Massage im römisch-irischen Dampfbad. Tauchen Sie ab in die Fluten der Cassiopeia-Therme oder lassen Sie einfach beim Spaziergang im Park bei einem anregenden Gespräch die Seele baumeln. Ich verspreche Ihnen beste Erholung, Entspannung und Wohlbefinden.

Doch nun zurück zum Hier und Heute. Auch das zeitgemäße Taten und Arbeiten steht im Fokus unserer Anstrengungen. So ist die umfassende Sanierung und Modernisierung dieses Kurhauses geplant. Wir haben diese Sanierung ganz oben auf unserer Agenda. Im Etat 2009/10 sind bereits fünf Millionen Euro hierfür eingestellt. Also freuen Sie sich auf die Zukunft.

Über mehr als ein Dutzend Veranstaltungen hinweg hat sich das forum vergabe zu einer der zentralen Einrichtungen für den Informations-, Erfahrungs- und Meinungsaustausch zwischen allen Beteiligten zu den vielfältigen Fragen des öffentlichen Auftragswesens entwickelt. Auf höchstem Niveau, sowohl vom Teilnehmer-, Referentenkreis als auch von der Themenstellung her bietet es Orientierung in der – auch für Kommunen – ständig komplizierter werdenden Welt des Vergabewesens und des Vergaberechts. Mit großem persönlichem Engagement haben Sie, sehr geehrter Herr Meyer, über Jahre hinweg diese richtungsweisende Veranstaltungsreihe organisiert, geleitet und verantwortet. Großes Kompliment und herzlichen Dank, dass dies in Badenweiler geschehen ist und wir immer wieder den Rahmen für das forum vergabe stellen dürfen. Dies leisten wir gerne, gerade auch in der Überzeugung Ihnen allen in und mit Badenweiler einen herausragenden, ja in vielerlei Hinsicht auch einmaligen Tagungsort zu bieten. Sie tagen hier eben nicht in einer Bettenburg inmitten hektischer Großstadt-Atmosphäre, sondern in einem Umfeld und Ambiente, das große Lebensqualität bietet.

Meine Damen und Herren, wir, Sie alle stehen mit beiden Beinen im Berufsleben – aber auf was kommt es dabei eigentlich an? Natürlich auf einen Mehrwert im beruflichen, alltäglichen Bereich. Man kann – wie ein altes Sprichwort sagt – dem Leben nicht mehr Zeit, aber der Zeit mehr Leben geben. Auch dem Taten und Arbeiten kann man mehr Qualität, vor allem auch mehr Lebensqualität geben. Badenweiler hat diesbezüglich Besonderes, ja Einmaliges zu bieten. Machen Sie Gebrauch davon.

Sehr geehrter Herr Meyer, es ist mir ein persönliches Anliegen Ihnen am Ende Ihres Wirkens für forum vergabe herzlich zu danken. In großer Anerkennung Ihrer Verdienste um das Heilbad Badenweiler ist es mir eine Freude, Ihnen die silberne Ehrenmedaille des Heilbades überreichen zu dürfen. Herzlichen Dank für die überaus angenehme, zuverlässige, vertrauensvolle und auch langjährige Zusammenarbeit. Danke, dass Sie uns über die Jahre die Treue gehalten haben und in diesem Sinne auch ein hervorragender Botschafter für unsere Gemeinde waren und hoffentlich bei guter Gesundheit auch noch lange sind.

Sehr geehrte Damen und Herren, wenn einer Persönlichkeit eine besondere Ehrung zuteil wird, möchte man natürlich am liebsten das Glas erheben und auf den Geehrten anstoßen. Sehen Sie mir aber bitte nach, selbst für einen (geeichten) Bürgermeister einer Weinbauregion ist es ein wenig früh am Tag, das Gläschen zu erheben. Deshalb

habe ich als kleinen Trost für jeden von Ihnen ein Fläschlein Gutedel mitgebracht, stellvertretend überreiche ich jetzt eins an Sie, Herr Professor Dreher.

Ich wünsche mir natürlich am heutigen Tag, dass es weitergeht, auch unter neuer Führung des forum vergabe, dass die Badenweiler Gespräche hier in Badenweiler eine gute Zukunft haben. In diesem Sinne möchte ich auch Sie, Herr Dr. von Wietersheim, ganz herzlich willkommen heißen und Ihnen einen Bildband von Badenweiler mit allen guten Wünschen überreichen, ebenso an Herrn Lau, den geschäftsführenden Vorstand. Ihnen allen ein herzliches Willkommen, gute Gespräche, gute Diskussionen, einen angenehmen Aufenthalt in Badenweiler, fühlen Sie sich wohl und kommen Sie vor allem alle bei guter Gesundheit wieder. Vielen Dank.





## Vergaberechtsreform – die Ziele und ihre Realisierung



**Dr. Bettina Waldmann**

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

### 1. Begrüßung

### 2. Einführung

Mein Vortrag steht heute unter dem Thema „Vergaberechtsreform – die Ziele und ihre Verwirklichung“. Damit knüpfe ich nahtlos den Vortrag der letzten Badenweiler Gespräche an: „Neues Vergaberecht – Reform oder Stillstand?“ an.

Damals haben wir die These vertreten, dass es statt eines „großen Sprungs“ wohl eher ein „langer Marsch“ zu einem deutlich reformierten Vergaberecht sein wird.

Heute kann ich Ihnen berichten, dass wir noch in dieser Legislaturperiode eine wichtige Etappe auf dem „langen Marsch“ erreichen werden. Ich sage deshalb Etappe, weil auch nach Abschluss dieses Reformpaketes weiterhin

- vergaberechtliche Fragen zu lösen sein werden
- Richtlinien umzusetzen sind. Ich denke hier an die Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie und die Richtlinie „Saubere Fahrzeuge“

und

- insbesondere der Marsch in Richtung weiterer Reformen zur Stärkung von Wettbewerb und Transparenz fortgesetzt werden muss.

### **3. Ausgangspunkt und Rahmen**

Zur Erinnerung: Was sind die Ziele der Vergaberechtsreform? Auf welche Kurzformeln lassen sie sich bringen?

- Modernisierung
- Vereinfachung
- mehr Transparenz
- mehr mittelstandsgerechte Ausgestaltung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge
- Umsetzung des europäischen Vergaberechts 1:1
- im Ergebnis mehr Wettbewerb.

So jedenfalls lauten der Auftrag der Koalitionspartner an die Bundesregierung und der Beschluss der Bundesregierung aus dem Jahr 2006, mit dem dieser Auftrag konkretisiert wurde.

Beide haben dabei allerdings eine hohe Hürde aufgestellt: Die Reform hat „im bestehenden System“ zu erfolgen.

Damit waren enge Grenzen gesetzt.

Anders als in der letzten Legislaturperiode ist es bereits im Ansatz ausgeschlossen, gesamtstrukturelle Veränderungen und Vereinfachungen vorzunehmen. Der „große Sprung“ bleibt daher aus, es ist weiterhin der „lange Marsch“. Vielleicht sollten wir deshalb in der nächsten Legislaturperiode ambitioniertere Ziele setzen.

Ungeachtet dessen, haben wir auch Einiges erreicht. In meinen Ausführungen folge ich den drei Regelungsebenen Gesetz, Verordnung und Verdingungsordnungen.

### **4. Umsetzung der Ziele der Vergaberechtsreform**

#### **4. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**

Auf der Gesetzesebene haben wir die Ziele der Vergaberechtsreform im GWB umgesetzt. Die Modernisierung des vergaberechtlichen Teils des GWB ist erfolgreich abgeschlossen. Er ist seit 24. April 2009 in Kraft.

*Schwerpunkte und Folgewirkungen des Gesetzes:*

a) Das Vergaberecht für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ist jetzt weitaus mittelstandsfreundlicher ausgestaltet als bisher.

Mit der grundsätzlichen Pflicht zur Losvergabe wurde aus dem bisherigen „Programmsatz“ eine echte Rechtspflicht: Ein öffentlicher Auftrag ist in mittelstandsverträglichen Fach- und Teillosten zu vergeben. Eine Gesamtvergabe bleibt allerdings aus wirtschaftlichen und technischen Gründen möglich.

Erst im Bundestag wurde die Mittelstandsklausel auch auf Öffentlich-Private-Partnerschaften übertragen. Die Gesamtvergabe an den Generalunternehmer bleibt nach wie vor möglich. Die Pflicht zur Losvergabe steht unter der Voraussetzung, dass überhaupt Unteraufträge vergeben werden. Effizienzgewinne der Wirtschaft werden daher – entgegen aller Befürchtungen – nicht geschmälert. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass die neue Mittelstandsklausel nicht unterlaufen wird.

b) Das GWB stellt klar, dass Grundstücksverkäufe mit städtebaulichen Auflagen an einen Investor keine öffentlichen Aufträge sind. Für kommunale öffentliche Auftraggeber wurde Rechtssicherheit geschaffen. Vergaberecht ist in solchen Fällen nicht anwendbar.

- Die Einhaltung planungsrechtlicher Vorgaben macht aus einem Grundstücksverkauf keinen Einkauf der öffentlichen Hand.
- Die kommunale Handlungsfreiheit würde über Gebühr beschränkt. In Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise ist dies nicht akzeptabel.
- Gefahr von Investitionsstau.

c) Es bleibt oberhalb der EU-Schwellenwerte für die klassischen öffentlichen Auftraggeber beim Grundsatz des offenen Verfahrens. Das Gesetz geht hier über die 1:1 Umsetzung hinaus.

Warum?

Die Richtlinie lässt eine Wahlfreiheit zwischen offenem und nichtoffenem Verfahren mit einem für alle zugänglichen vorausgehenden Teilnahmewettbewerb zu.

Diese Wahlfreiheit gibt das GWB dem Auftraggeber nicht. Ziel dieser überschießenden Regelung ist, im GWB ein Signal für die Bedeutung von Transparenz und Wettbewerb zu setzen.

d) Nicht alles, was der Referentenentwurf vorsah, hat Eingang in das GWB gefunden. Das gilt insbesondere für das unter dem Gesichtspunkt von Wettbewerb und Transparenz wichtige Thema:

Wie kann staatliche Zusammenarbeit „organisiert“ werden: Vergaberechtsfrei oder immer mittels Ausschreibung zur Sicherstellung des Wettbewerbs? Gerne hätten wir für die Auftraggeber mehr Klarheit im GWB geschaffen.

Gleichzeitig können auch mittelstandpolitische Aspekte betroffen sein: Warum sollen nicht gerade kleine und mittlere Unternehmen vor Ort die Chance erhalten, eine wirtschaftliche Alternative zur kommunalen Zusammenarbeit anzubieten?

Gegenpol dieser Fragestellungen ist das Interesse der Gemeinden, sich selbst organisieren zu können und keinem Privatisierungszwang durch Ausschreibungspflichten zu unterliegen.

Im Ergebnis haben die Koalitionsfraktionen auf eine Regelung bewusst verzichtet. Dies zeigt, wie komplex es ist, im Interessengeflecht zwischen Wirtschaft und Staat eine ausgewogene Lösung zu finden.

Was bleibt zu tun?

Die Bundesregierung ist durch den Bundesrat aufgefordert, im Rahmen der nächsten Novellierung des GWB eine Lösung für die vergaberechtliche Behandlung der kommunalen und staatlichen Zusammenarbeit zu schaffen.

Der Bundesrat hat die Bundesregierung außerdem dazu aufgerufen, weiterhin die Freistellung der kommunalen und staatlichen Kooperation vom Vergaberecht auf Europäischer Ebene einzufordern.

Die Aufforderung des Bundesrates wird ernst genommen. Aber: Die Beantwortung der Frage, wie kommunale und staatliche Kooperationen zu behandeln sind, wird von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes entschieden werden. Eine Richtlinienänderung ist derzeit eher unwahrscheinlich. Die Kommission scheint den Weg über Vertragsverletzungsverfahren gewählt zu haben.

Hintergrund: Die Zahl der von der Kommission angestregten Vertragsverletzungsverfahren im Zusammenhang mit dieser Frage nimmt stetig zu.

Dies betrifft nicht nur Fälle kommunaler Abfall- und Abwasserwirtschaft, sondern z. B. auch Fragen der Zusammenarbeit zwischen Landkreisen und ihren Ländern beim Unterhalt ihrer Kreisstraßen.

#### **4. 2 Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO)**

Weiterer zentraler Schritt im Rahmen der Vergaberechtsreform ist der geplante Erlass einer Verordnung für die Auftragsvergabe im Sektorenbereich.

Die Bundesregierung macht damit von einer entsprechenden Ermächtigung des neuen GWB Gebrauch.

Mit der Sektorenverordnung, abgekürzt SektVO (!) – so prickelnd ist auch das Ergebnis – werden die Standards der entsprechenden EG-Richtlinie (2004/17/EG) 1:1 in nationales Recht umgesetzt. Auch sonst haben wir uns eng an die bereits einleitend genannten Ziele – insbesondere Transparenz und Vereinfachung – von Kabinett und Koalition gehalten.

Von mehr als 130 Paragraphen in drei Regelungswerken bleiben 35 Paragraphen in einer Verordnung übrig!

Das bedeutet mehr Übersichtlichkeit und Transparenz für die Betroffenen.

*Inhalte der Sektorenverordnung:*

Die bestehenden Unterschiede zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern werden nicht fortgeführt.

Alle Auftraggeber – ob privat oder öffentlich – sollen gleichen rechtlichen Bedingungen unterliegen.

Schon bei der Erarbeitung der Richtlinie war man davon ausgegangen, dass nur dann eine Öffnung des Marktes zu erreichen ist.

Verständlicherweise kann das Rad für die privaten Auftraggeber nicht zurückgedreht werden. Konsequenz: Mit etwas Mut das Rad für die öffentlichen Sektorenauftraggeber vorwärts drehen und das in der SektVO umzusetzen, was die EG-Koordinierungsrichtlinie und übrigens auch das GWB (in § 101 Absatz 6) schon zulässt.

Insbesondere:

- Alle Auftraggeber werden ein Wahlrecht haben, ob sie einen Auftrag im offenen oder nichtoffenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren vergeben wollen.
- Bei der Vergabe bestimmter Dienstleistungen müssen nur die Mindestvoraussetzungen nach den europäischen Vergaberegeln eingehalten werden.
- Umsetzung vergaberechtlicher Bestimmungen aus der EG-Energieeffizienzrichtlinie. Dadurch wird der Einkauf besonders energieeffizienter Produkte unterstützt.
- Umsetzung der Regelungen zur Bekanntmachung führt zu ausreichend Transparenz, um eine Fehlentwicklung zu verhindern.
- Ein Verfahren wird festgelegt, um festzustellen, in welchen Fällen der Auftraggeber von der Verpflichtung zur Anwendung von Vergaberegeln befreit ist. Das ist dann der Fall, wenn bereits ausreichend Wettbewerb auf dem betreffenden Markt herrscht.
- Die Auftragsvergaben unterliegen der gerichtlichen Nachprüfung.

Zeitplan:

Der Entwurf soll am 27. Mai vom Kabinett verabschiedet werden. Der Bundesrat soll in seiner letzten Sitzung vor der Sommerpause (13. Juli 2009) über den Entwurf beraten.

#### **4. 3 Vereinfachung auf der Ebene der Verdingungsordnungen (VOL/A, VOF, ohne Baubereich, VOB/A)**

Die substantielle Vereinfachung der Verdingungsordnungen ist wesentlicher Baustein der Reform. Die aufwändigen Verfahrensregelungen sollen auf das Wesentliche beschränkt werden. Auf dies warten Sie alle mit Spannung.

Die Arbeiten laufen derzeit auf Hochtouren. Bis zum Ende der Legislaturperiode werden sie abgeschlossen sein.

Auch hier erfolgt die Einhaltung der Vorgaben von Koalition und Kabinett – Vereinfachung, Modernisierung, Transparenz und damit mehr Wettbewerb.

##### *Ausgangspunkt*

Ausgangspunkt der Überlegungen waren die Ergebnisse eines im Auftrag des BMWi erstellten Gutachtens zur Kostenmessung des gesamten Vergabeprozesses.

Hierzu wurde der Ablauf eines Vergabeverfahrens in seine einzelnen Schritte zerlegt. Jeder einzelne Schritt wurde kostenmäßig für Auftraggeber und Auftragnehmer bewertet:

- ca. 2,4 Mio. durchgeführten Vergabeverfahren in der Bundesrepublik verursachen etwa 19 Mrd. Euro Prozesskosten/Jahr.
- Einsparpotenzial von etwa 10-15%.

Beispiele:

- Ist-Kosten der Auftraggeber bei Eignungsprüfungen: 454 Mio. Euro
- Ist-Kosten der Auftragnehmer für die Beibringung von Eignungsnachweisen: 1 Mrd. Euro
- Ist-Kosten für Unternehmen bei Ausschreibungsrecherchen: 2 Mrd. Euro

Diesen Kostenbeispielen stehen folgende Einsparmöglichkeiten gegenüber:

- Einsparung bei zentraler Veröffentlichung von Ausschreibungen: 800 Mio. Euro fast ausschließlich auf Unternehmensseite
- Einsparung durch Reduzierung der Nachweisflut mittels verstärktem Einsatz von Eigenerklärungen: 72,2 Mio. Euro

##### *Verdingungsordnung für Liefer- und Dienstleistungen (VOL/A)*

Vorab:

Es ist gelungen, Struktur und Inhalte von VOL/A, VOB/A und VOF einander anzugleichen. Sie werden sehr viele Parallelen auch hinsichtlich Formulierungen finden (z. B. gleiche Paragrafenfolge, gleiche Überschriften).

Unterschiede gibt es nur, soweit sie sich aus der Natur der Sache ergeben (z. B. nur die VOB/A kennt Eröffnungstermine).

Ende Mai wird eine weitere Sitzung des DVAL stattfinden. Schwerpunktthema: Regelungen für die rein nationalen Vergabeverfahren. Hier ist das größte Potenzial für Vereinfachungen.

Wesentliche Inhalte der neuen VOL/A

- Zwei in sich geschlossene, unabhängige Regelkreise für Vergaben oberhalb und unterhalb der EG-Schwellenwerte. Regelungs- und Wertungswidersprüche gibt es nicht mehr. Das wertungsneutrale Nebeneinander von nationalen und europäischen Regelungen wurde von vielen beklagt.
- Es bleibt auch unterhalb der EG-Schwellenwerte beim Vorrang der öffentlichen Ausschreibung.
- Keine elektronische Auktion.
- Einführung des dynamischen elektronischen Beschaffungssystems aus der EG-Richtlinie.
- Ein zentrales Reformanliegen wird mit der Eindämmung der Nachweisflut im Rahmen der Eignungsprüfung erfüllt. Zukünftig genügt es, dass der Auftraggeber Eigenerklärungen abfordert. Mit zusätzlichen Begründungspflichten soll erreicht werden, dass nicht mehr unreflektiert alle nur denkbaren Nachweise verlangt werden. Ganz nebenbei reduzieren wir, wie eingangs erwähnt, die Verfahrenskosten erheblich.
- Zwar werden auch Präqualifikationsverfahren zugelassen. Diese verlagern jedoch die Aufwände nur auf andere Bürokratien. Die Nachweisflut selbst wird nicht nachhaltig bekämpft.
- Neu ist ebenfalls die Möglichkeit, versehentlich nicht vorgelegte Nachweise nachfordern zu können. Damit verhindern wir einen vorschnellen Ausschluss von Angeboten, die durchaus Zuschlagschancen hätten. Eine Stärkung des Wettbewerbs wird erreicht.
- Erstmals soll eine Vorabtransparenz bei bestimmten nichtoffenen Verfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte eingeführt werden. Die Auftraggeber sollen solche Aufträge generell zur Information vor solchen Verfahren bekannt machen.
- Bagatellgrenze (500 Euro) für einen so genannten „Direktkauf“. Man höre und staune: Mit dieser Kleinigkeit können die Verfahrenskosten um jährlich etwa 656 Mio. Euro reduziert werden.

Nicht unerwähnt lasse ich insbesondere einen Punkt, der bislang besonders kontrovers diskutiert wurde und für den es noch keine Lösung gibt.

Wir fordern, dass alle Ausschreibungen auch auf einer zentralen, bundesweiten Vergabeplattform zu veröffentlichen sind. – Zur Erinnerung: Die Kosten für Ausschreibungsrecherchen betragen 2 Mrd. Euro. Ich appelliere an alle, sich einen Ruck zu geben und die ablehnende Haltung aufzugeben.

Mit großer Kraft treten wir dafür ein, die Transparenz bei öffentlichen Auftragsvergaben zu erhöhen. Dies ist eine Möglichkeit dazu!

#### *Verdingungsordnung für Freiberufliche Leistungen (VOF)*

Die Arbeiten sind in der Endphase.

Ein Entwurf liegt den Mitgliedern des VOF-Ausschusses zur Schlussabstimmung vor.

Auch hier ist es gelungen, eine reformierte VOF zu erarbeiten, die sich an den Vorgaben des Kabinetts und der Koalition messen lassen kann.

Wie bereits erwähnt wurde sie inhaltlich und strukturell an ihre beiden „Schwestern“ – VOB/A und VOL/A – soweit wie möglich angepasst.

Das für freiberufliche Leistungen regelmäßig anzuwendende Verhandlungsverfahren wurde anhand der Vorgaben der EG – Richtlinien (2004/18/EG) klarer ausgestaltet.

Hervorzuheben ist insbesondere, dass die Regelungen zu den Eignungsnachweisen – grundsätzlich sind Eigenerklärungen anzufordern – aus der VOL/A übernommen wurden.

Mit der neuen VOF ist uns ein Regelwerk gelungen, welches den strengen Vorgaben, die wir uns gegeben haben, gerecht wird.

Durch die umfangreichen Straffungen und klarer definierten Bestimmungen wird das Vergabeverfahren bei freiberuflichen Leistungen künftig wettbewerbsfreundlicher ablaufen können. Durch die Strukturanpassung aller drei Vergabe- und Vertragsordnungen bzw. Verdingungsordnungen wird deren Handhabbarkeit und somit deren Akzeptanz bei den Anwendern wesentlich verbessert. Beispielsweise wird Gleiches an gleichen Stellen zu finden sein. Kein unnötiges Suchen mehr. Dies wird letztlich dem Wettbewerb und der Transparenz zu Gute kommen.

#### **5. Erzielte Ergebnisse europarechtlich ausreichend?**

Ich habe Ihnen von vielen kleinen – auch nur strukturellen – Schritten erzählt – eben ein „langer Marsch“.

Ich habe Ihnen auch gesagt, dass ich der Auffassung bin, dass wir die Wünsche des Kabinetts und der Koalition erfüllt haben.

Einen Aspekt habe ich bisher noch nicht angesprochen.

Genügt die erzielte Transparenz unterhalb der EG-Schwellenwerte auch europarechtlich?

Der Europäische Gerichtshof hat Ende 2007 entschieden, dass öffentliche Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien im Grundsatz europaweit ausgeschrieben werden müssen. Voraussetzung ist, dass sie binnenmarkt-relevant sind.

Der EuGH erkennt allerdings Ausnahmen aufgrund von „objektiven Umständen“ an.

Ebenso können die Mitgliedstaaten nach dieser Rechtsprechung objektive Kriterien dafür festlegen, wann ein Auftrag binnenmarktrelevant ist, das heißt ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Dazu im Widerspruch steht allerdings die in 2006 von der Europäischen Kommission veröffentlichte so genannte „Unterschwellenmitteilung“. Wie Sie wissen hat die Bundesregierung hiergegen Klage erhoben.

Unabhängig von dem Urteil in diesem Verfahren steht jedoch gemäß der EuGH-Rechtsprechung bereits heute fest: Nach europäischem Recht sind auch Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien grundsätzlich vorab bekannt zu machen. Ausnahmen davon sind lediglich in engen Grenzen zulässig.

Diese Anforderungen werden von unseren nationalen Regelungen erfüllt. Dazu gehören insbesondere auch die ihnen geschilderten neuen Transparenz- und Wettbewerbselemente und der weiterhin geltende Vorrang der öffentlichen Ausschreibung.

#### *Auswirkung des Konjunkturpakets II*

Gilt diese Aussage auch für die Maßnahmen des Konjunkturpakets?

Rückblick:

Angesichts der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise hat die Bundesregierung zu Beginn dieses Jahres das „Konjunkturpaket II“ auf den Weg gebracht. Teil dieses Pakets ist die Beschleunigung von Investitionen durch eine Vereinfachung der Vergabeverfahren. Bund und Länder bringen mehr als 17 Mrd. Euro für zusätzliche Investitionen in Infrastruktur auf.

Befristet für die Jahre 2009 und 2010 werden bei rein nationalen Vergaben Freihändige Vergaben und Beschränkte Ausschreibungen ohne weiteren Nachweis zugelassen. Allerdings gilt das nur bis zu einem bestimmten Auftragswert.

(Liefer- und Dienstleistungen 100.000 Euro/ Baubereich 100.000 Euro für Freihändige Vergaben und 1 Mio. für Beschränkte Ausschreibungen)

Privilegiert ist allein der Bereich der Vergaben unterhalb der EG-Schwellenwerte, die Masse der Verfahren (ca. 80-90%).

Fallen wir damit nicht hinter das schon bisher erreichte Maß an Transparenz und Wettbewerb zurück?

Meiner Auffassung nach: Nein.

Vergaben mit Hilfe der vereinfachten Verfahren des Konjunkturpakets II bedeuten nicht automatisch, dass es keine Transparenz und keinen Wettbewerb gibt. Die öffentlichen Auftraggeber sind auch weiterhin verpflichtet, darauf zu achten, dass der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird. Kein Bieter darf diskriminiert werden.

Außerdem sind die Auftraggeber verpflichtet, auf Internet-Portalen darüber zu informieren, welches Unternehmen den Auftrag erhalten hat. Zweck ist sicherzustellen, dass der Einkauf des Bundes weiterhin zu wirtschaftlichen Preisen erfolgt und keine Steuergelder verschwendet werden.

Diesen Zielen – und dem Wettbewerb – besser gedient hätte eine Vorabinformationspflicht. Ich mache daher kein Hehl daraus, dass ich es bedauere, dass es nicht gelungen ist, eine solche Pflicht im Konjunkturpaket II zu verankern. Insofern freut es mich, dass es doch in einzelnen Bundesländern solche Regelungen gibt.

Die „Beschleunigungsmöglichkeit“ erfolgt im Rahmen der geltenden VOL/A und schaltet diese nicht aus. Es werden lediglich Ausnahmen vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung festgelegt. Die Begründung ist die aktuelle Wirtschafts- und Finanzkrise. Es geht darum kurz- und mittelfristig zusätzliche öffentliche Investitionen zu beschleunigen und damit für den Zeitraum von zwei Jahren zusätzliche Impulse für wirtschaftliches Wachstum zu setzen. Ich betone für den Zeitraum von zwei Jahren. Solche Maßnahmen müssen zeitlich beschränkt sein. Es darf nicht sein, dass aus Sonderregeln in Krisenzeiten eine Regelung für den Alltag wird.

## **6. Fazit**

Mein Fazit bleibt: Mit dieser Reform wurde mit vielen kleinen Schritten das Etappenziel dieser Reformperiode erreicht. Ich sehe aber nicht, dass damit der „lange Marsch“ vollendet ist. Wir sollten uns deshalb auch für die nächste Legislaturperiode ambitionierte Etappenziele setzen.

## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Moderation und Einführung**

**Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.**

Johannes Gutenberg-Universität Mainz



Kaum ist die Vergaberechtsreform 2009 im Bundesgesetzblatt publiziert, wollen wir schon eine Bilanz ziehen. Diese Reform hat bis zu ihrer Verabschiedung einen langen Atem gebraucht. Daher war sie seit Jahren schon in der Diskussion, wenn auch die Debatte zu einzelnen Themen wie der interkommunalen Zusammenarbeit und der Inhouse-Vergabe in den letzten Monaten kulminiert ist. Heute geht es darum, „das große Ganze“ in den Blick zu nehmen. Gegenstand der Diskussion sollen daher nicht kleinteilige Themen sein – eventuell noch dazu geprägt aus der enttäuschten Sicht bestimmter Interessengruppen über die fehlende Berücksichtigung spezieller Anliegen in der Reform. Im Folgenden gilt es vielmehr, aus der persönlichen Sicht der Teilnehmer oder derjenigen ihrer Institutionen einen Blick auf die Vergaberechtsreform insgesamt zu werfen, Erfolge und Misserfolge darzustellen und sie abzuwägen. Dabei sollte vor allem auch ein Ausblick auf die Zukunft erfolgen, um zu beurteilen, ob die Reform für längere Zeit allen Regelungsbedarf gedeckt hat oder ob und welcher Bedarf nach weiteren Schritten des Gesetz- oder Verordnungsgebers ruft.



## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Statement**

#### **Landrat Hans-Werner Köblitz**

Landratsamt Calw



„Die Bilanz der Vergaberechtsreform“ fällt aus kommunaler Sicht differenziert aus: teils mehr, teils weniger gut gelungen, teils enttäuschend.

Lassen Sie mich zunächst darlegen, was aus kommunaler Sicht als gelungen bezeichnet werden kann, denn damit bin ich am schnellsten fertig:

Dazu gehört die sog. Mittelstandsklausel, also die gezielte Berücksichtigung auch kleinerer Unternehmen durch die nunmehr grundsätzlich favorisierte Bildung von Teil- und Fachlosen. Die so erweiterte Zielsetzung des Wettbewerbsrechts ist zu begrüßen, wirkt sie doch einer Tendenz zur einseitigen Bevorzugung eigener Interessen des öffentlichen Auftraggebers entgegen, für den Gesamtvergaben in der Regel angenehmer zu administrieren sind. Insoweit bestand gewissermaßen ein vergabefremdes Kriterium zu Lasten des Mittelstandes, dem nun entgegengewirkt wird.

Ebenfalls vorbehaltlos zu begrüßen ist, dass ein paar Rechtsunsicherheiten beseitigt worden sind.

Dazu zählt die gesetzliche Regelung der Unwirksamkeit von De-facto-Vergaben, und dass dies innerhalb einer Frist von 30 Kalendertagen ab Kenntnis geltend gemacht werden muss.

Zu den begrüßenswerten Neuerungen gehören ferner Bestimmungen zur Erstattung von Aufwendungen des Auftraggebers bei der Rücknahme eines Nachprüfungsantrags, die die Tendenz zu Vergaberechtsstreitigkeiten brechen könnte, welche lediglich auf einen Vergleich ausgerichtet waren.

Positiv zu bewerten ist auch die Beseitigung von Unklarheiten im Bereich der städtebaulichen Verträge (sog. „Ahlhorn-Klausel“), die nur noch dann dem Vergaberecht unterfallen sollen, wenn die öffentliche Hand einen eigenen Beschaffungsbedarf decken will. Hierzu ist freilich die noch ausstehende Rechtssprechung des EuGH abzuwarten, die hoffentlich der systematisch plausiblen Lösung des Bundesgesetzgebers folgen wird.

In die Rubrik der begrüßenswerten Änderungen fällt auch die erleichterte Möglichkeit, einen Zuschlag vorab zu erteilen. Damit wird wenigstens für die Fälle eine Beschleunigung ermöglicht, in denen die Nachprüfung nur deswegen rechtsmissbräuchlich angestrengt wurde, um das Vorhaben zu verzögern oder gar ganz zu vereiteln.

Ob die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte eine Verbesserung darstellt, ist indessen zumindest fraglich. So schön es klingt, dass im Vergabeverfahren umweltbezogene, soziale und innovative Kriterien ausgeschrieben werden können, so schwierig kann es werden, wenn man die Ziele des Vergaberechts verwässert.

Denn es geht um die Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb, um Transparenz und um den diskriminierungsfreien Zugang zum Markt und nicht darum, dem Wahren, Schönen und Guten den Weg zu ebnen.

Zwar kann man sich vorstellen, dass innovative Umwelttechnologien dem öffentlichen Auftraggeber wichtig sind, vor allem, wenn er selbst Umweltaufgaben wahrnimmt. Im Einzelfall kann aber eine zu restriktive Beschreibung einer Diskriminierung doch sehr nahe kommen.

Und ob die Einhaltung von arbeitszeitrechtlichen oder arbeitsschutzrechtlichen Mindeststandards in indischen Steinbrüchen Gegenstand von Vergabeverfahren sein soll, darf zumindest mit einem Fragezeichen versehen werden. Jeder öffentliche Auftraggeber – soviel darf unterstellt werden – möchte am liebsten ein in jeder Hinsicht „sauberes“ Produkt kaufen. Die Frage ist nur, ob in einer global organisierten Wirtschaft alle Vorprodukte und Wertschöpfungsstufen überschaubar sind. Die Berücksichtigung sog. vergabefremder Kriterien könnte zum Einfallstor einer Politisierung des Vergaberechts werden.

Eindeutig nicht gelungen ist die Behandlung des Komplexes „interkommunale Zusammenarbeit“. Dies wäre für die kommunalen Gebietskörperschaften eine außerordentlich wichtige Fortentwicklung gewesen; wir hätten uns eine klare Regelung gewünscht, ist doch gerade dieses Feld von enormer Rechtsunsicherheit geprägt. Die kommunale Seite gehört sonst nicht zu denen, die für alles und jedes eine gesetzliche Regelung fordern, doch in dieser Frage lag die Erforderlichkeit schon wegen der divergierenden Rechtssprechung und auch wegen der Wahrung deutscher Interessen auf der Hand.

Denn nirgendwo sonst ist der Staats- und Verwaltungsaufbau so geprägt vom Vorhandensein autonomer Rechtspersönlichkeiten auf der Gemeinde- und Kreisebene wie in Deutschland mit seiner langen und stolzen Tradition der kommunalen Selbstverwaltung. Was im interkommunalen Geschäft ein vergaberechtsrelevanter Tatbestand sein könnte, ist beispielsweise in Frankreich, aber auch im Verwaltungsbereich des Bundes und der Länder in aller Regel ein innerstaatlicher Organisationsakt und deswegen von vornherein außen vor. Und aus eben diesem Grund ist es nirgendwo sonst so dringend erforderlich, Klarheit zur Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften zu schaffen wie im deutschen nationalen Vergaberecht. Die Chance, die offenen Fragen zur interkommunalen Zusammenarbeit anlässlich der Novellierung des Vergaberechts zu regeln, ist zunächst und vorläufig vertan worden.

Es wird deshalb notwendig sein, das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts bei nächster Gelegenheit durch eine Regelung zur interkommunalen Zusammenarbeit zu ergänzen, wie dies auch der Bundesrat in seiner EntschlieÙung vom 13. Februar 2009 von der Bundesregierung fordert.

Zusammengefasst: Die Zielsetzung des Gesetzes, das Vergaberecht zu modernisieren, zu vereinfachen sowie transparenter und mittelstandsfreundlicher zu gestalten, ist aus kommunaler Sicht nur teilweise gelungen. Vermisst wird hauptsächlich die Klarstellung, dass Vorgänge der interkommunalen Zusammenarbeit nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst sind.



## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Statement**

#### **Katrin Dietrich**

Rechtsanwältin, MVV Energie AG



Der Gesetzgeber hat sich stark bemüht, die Vergaberechtsreform zugunsten der Auftraggeber zu nutzen. Allerdings hat er leider 5 Jahre benötigt, um die Sektorenrichtlinie und Vergaberichtlinie vollständig in deutsches Recht umzusetzen. Jedenfalls hat er die Sektorenrichtlinie außerordentlich konsequent umgesetzt.

Der Gesetzgeber war zum Teil sehr mutig, insbesondere bezüglich der Regelungen des öffentlichen Auftrags. Man denke dabei an die deutsche Rechtsprechung zu der Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen mit städtebaulichen Aspekten. Sehr wahrscheinlich wird diese Regelung im GWB jedoch vom EuGH für rechtswidrig erklärt.

Ich vermisse die durchgängige Aufhebung des Kaskadenprinzips. Dieses wird mit Inkrafttreten der Sektorenverordnung lediglich für die Sektorenauftraggeber aufgehoben. Des Weiteren fehlt meines Erachtens die durch Rechtsprechung ausreichend geprägte, aber immer wieder weiterentwickelte Inhousevergabe. Die hierzu fehlenden Regelungen haben jedoch den Vorteil, dass somit hierfür ein größerer Spielraum eingeräumt wird.

Die ergänzte Definition des Sektorenauftraggebers nach § 98 Nr. 4 GWB hat leider nicht viel mehr Klarheit gebracht. Es ist immer noch fraglich, in welchen Fällen von besonderen oder ausschließlichen Rechten gesprochen werden kann. Solche Fälle sind in der Praxis kaum denkbar. Leider ist dazu auch die Gesetzesbegründung sehr dünn. Insbesondere in den liberalisierten Sparten Gas und Strom gibt es kein Alleinstellungsmerkmal mehr, weil die Durchleitung dieser Medien rechtlich vorgeschrieben ist.

Daher wird wohl in der Praxis hauptsächlich die zweite Alternative Anwendung finden, wonach ein Sektorenauftraggeber vorliegt, wenn er ein Netz mit Strom, Gas, Fernwärme oder Wasser betreibt oder versorgt oder Verkehrsleistungen durchführt und von einem Auftraggeber nach § 98 Nr. 1-3 GWB beherrscht wird, wobei eine mittelbare Beherrschung ausreicht.

Sehr übersichtlich und inhaltlich sehr gut ist der Entwurf der Sektorenverordnung, welche noch in diesem Jahr in Kraft treten soll. Hier ist besonders zu loben, dass sich der deutsche Gesetzgeber strikt an die Richtlinienvorgaben gehalten hat und nicht über das Ziel hinausschoss.

Des Weiteren ist sehr lobenswert, dass nunmehr auch Kommunen und andere Gebietskörperschaften die Sektorenverordnung anwenden können, wenn sie in Sektorenbereichen tätig sind. Somit können auch diese von der Erleichterung zur Anwendung der Verfahrensart, nämlich dem Verhandlungsverfahren, profitieren.

Ich wünsche mir für die Zukunft, dass die Sektorenverordnung zügig umgesetzt wird. Des Weiteren erwarte ich, dass ein Antrag auf Befreiung des Bereiches Strom von der Ausschreibungspflicht nach Art. 30 der Sektorenrichtlinie aufgrund ausreichend bestehenden Wettbewerbs bei der EU-Kommission gestellt wird. Wünschenswert wäre außerdem, dass die Regelungen zur Inhousevergabe und zur interkommunalen Zusammenarbeit mehr Niederschlag im Gesetz finden.

## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Einführung**

#### **Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting**

Gleiss Lutz Rechtsanwälte,  
Vorsitzender des Vergaberechtsausschusses  
des Deutschen Anwaltvereins



Eine Bilanz der Vergaberechtsreform kann man ja eigentlich erst ziehen, wenn der Vorgang abgeschlossen ist. Jetzt haben wir heute Morgen aus dem Vortrag von Frau Waldmann die Botschaft mitgenommen, dass wir eigentlich nicht am Ende der Vergaberechtsreform sind, sondern mittendrin. Für den Berater und auch für die entscheidenden Gerichte wird das Jahr 2009 wohl in die Annalen eingehen als das Jahr des intertemporalen Vergaberechts – weil wir uns bei jedem Vorgang fragen müssen: Welches Recht findet denn Anwendung? Wir haben eine Periode Anfang des Jahres, in der gilt nach § 131 Abs. 8 GWB die alte Rechtslage für alle Vergabeverfahren und sich anschließende Nachprüfungsverfahren, die vor dem 23. April eingeleitet worden sind – eine Periode, in der altes GWB, alte VgV, VOB 2006 gelten. Wir haben ab dem 24. April. eine zweite Periode, in der gilt das neue GWB, es gilt das neue Gesetz, aber die alte VOB. Irgendwann haben wir eine neue VOB, die gilt aber noch nicht sofort, weil ja die statische Verweisung in der VgV noch nicht angepasst ist. Wie wir heute Morgen gehört haben, wird das in dieser Legislaturperiode auch nicht geschehen. Wir haben dann hoffentlich Ende des Jahres eine weitere neue Periode des intertemporalen Vergaberechts, in der wir dann neue VOB, neues Gesetz, neue VgV haben. Bis zur nächsten Änderung.

Das ist nicht so recht Vereinfachung. Das leitet über zu einer grundsätzlichen Systemfrage, die ja in der Koalitionsvereinbarung 2005 getroffen wurde mit der Festlegung auf den Fortbestand des Kaskadenprinzips. Die Akzeptanz und die Legitimation des Kaskadenprinzips lebt natürlich davon, dass das materielle Vergaberecht in den Verdingungsordnungen möglichst zeitlich und möglichst auch inhaltlich synchron angepasst wird zu dem übergeordneten Recht und dass es da keine Disharmonien gibt, auch nicht zwischen den Verdingungsordnungen. Ich hoffe,

dass dies am Ende dann so sein wird, bin aber nicht ganz sicher, ob es nicht zu einer Vertiefung der jetzt ja schon vorhandenen Unterschiede zwischen VOB und VOL kommen wird. Ein Thema ist ja heute Morgen angesprochen worden – das der Beteiligung gemeinnütziger Unternehmen an Vergabeverfahren. Also ein Zukunftsthema, das diskutabel ist, betrifft den Bestand und die Legitimation des Kaskadenprinzips. Welche Anstrengungen müssen da unternommen werden auch in den Gremien, die die Regelwerke beschließen?

Der zweite Punkt, der den Anwalt natürlich besonders interessiert, betrifft den Rechtsschutz. Der Vergaberechtsschutz, wie er seit 1999 im Gesetz geregelt worden ist, ist ja immer ein Kompromiss. Es geht um die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Realisierung von Investitionen – das ist ja auch ein Gut an sich – und dem berechtigten Rechtsschutzinteresse der Wettbewerber. Querulatorische Nachprüfungsverfahren, die wollen wir nicht. Dafür trifft das Gesetz Regelungen, prägt Verfahrensvorschriften, Fristenregelungen, und enthält jetzt mit dem § 101b auch eine Sicherheit. Insgesamt glaube ich, ist das Ergebnis eine im Wesentlichen gelungene Abwägung zwischen diesen beiden Punkten.

Aber: Das leitet über zu einer großen Flanke in der Beratung. Es geht um den Mandanten, den Auftraggeber, der einen Auftrag zu vergeben hat. Der fragt natürlich zunächst mal: Was kann denn passieren? Wann ist ein Nachprüfungsverfahren unzulässig, wenn wir jetzt eine Rüge zurückweisen und nach 15 Tagen kommt nichts? Haben wir dann eine relative Sicherheit, wenn wir nicht ausgeschrieben haben, weil wir uns auf einen Ausnahmetatbestand berufen? Sollen wir eine Veröffentlichung machen im Amtsblatt, damit nach 30 Tagen nichts mehr kommen kann? Man muss aber in der Beratung dann immer den 2. Schritt gehen und fragen, was kommt denn vielleicht aus Europa. Das Problem ist doch heute, dass jeder, ohne ein Rechtsschutzinteresse zu haben, ohne ein Interesse am Auftrag zu haben, ohne irgendwelche Rügeobliegenheiten erfüllt zu haben, auch noch nach Vertragsschluss durch einen Zweizeiler nach Brüssel eine sehr unangenehme Überprüfung in Gang setzen kann, an deren Ende das Damoklesschwert der Aufhebung oder jedenfalls der Beendigung des vergebenen Auftragsverhältnisses stehen kann. Und das führt in der Praxis dazu, dass diese ganzen wohl ausgewogenen Präklusionsvorschriften, dieses austarierte System von Investitionsinteresse und Rechtsschutzinteresse, das wir im nationalen GWB haben, leerläuft, weil man Angst hat vor dem Damoklesschwert aus Brüssel. Es weiß ja niemand, was die Kommission aufgreift oder was sie nicht aufgreift. Da wäre es sehr begrüßenswert, wenn es irgendeine Art prozedurale Verlässlichkeit bei von Brüssel eingeleiteten Verfahren geben würde.

Ein weiterer Punkt zum Rechtsschutz: Auch angesichts dessen, was wir gestern Abend aus Frankreich gehört haben, wird uns das Thema Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auf Dauer weiter verfolgen. Die europarechtliche Rechtslage und insbesondere die neuere EuGH-Judikatur geht ja auch in diese Richtung, jenseits der

Mitteilung der Kommission, die ich auch für übers Ziel hinausschießend halte. Aber es ist nach meiner Auffassung evident, dass es Mindestanforderungen gibt, jedenfalls bei Auftragsvergaben im Baubereich von bis zu 5 Millionen EUR, mit einem Auftragswert, der durchaus ein grenzüberschreitendes Interesse auslösen kann. Ich halte den Zustand nicht für gut, dass man hier im Moment zwar Rechtsschutz hat, aber dann vor einem Landgericht, bei dem sich der Richter erstmalig in seinem Berufsleben mit Vergaberecht befasst. Ich glaube wir kommen über kurz oder lang nicht umhin, dass Thema „Rechtsschutz light“ unterhalb der Schwellenwerte in irgendeiner geeigneten Form aufzugreifen.

Das sind aus meiner Sicht die wichtigsten Baustellen im Vergaberecht. Insgesamt meine ich aus anwaltlicher Sicht sagen zu können kann, dass sich im Gesetzgebungsverfahren vom ersten Entwurf bis zum Endergebnis ein Lernprozess vollzogen hat und dass wirklich auch Anregungen aufgenommen worden sind. Dies ist, glaube ich, positiv an diesem Gesetzgebungsverfahren gewesen.

Vielen Dank.



## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Statement**

#### **Hermann Summa**

Richter am Oberlandesgericht  
Koblenz – Vergabesenat –



## **A. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergabeRModG)**

### **I. Vorbemerkung**

Als Strafrichter, der viele Jahre auch in Wein- und Lebensmittelstrafsachen tätig war, weiß ich, dass der Inhalt nicht immer das hält, was das Etikett verspricht. Dass auch in der Gesetzgebung Anspruch und Wirklichkeit auseinanderfallen können, zeigt das am 24. April 2009 in Kraft getretene VergabeRModG. Angemessen wäre eine bescheidenere Bezeichnung wie „2. Vergaberechtsänderungsgesetz“ gewesen.

### **II. Verfahrensrecht**

1. Als sich Mitte des Jahres 2008 abzeichnete, dass die Bundesregierung nicht bereit sein würde, in nennenswertem Umfang auf Kritik an ihrem Entwurf einzugehen, machte schnell das böse Wort von einem Rechtsschutzverhinderungsgesetz die Runde. Das war sicher etwas übertrieben, hatte aber einen wahren Kern. Der Entwurf enthielt einige Regelungen, denen man – jeweils isoliert betrachtet – eine gewisse Berechtigung nicht immer absprechen konnte. In der Summe hätten sie aber durchaus den Rechtsschutz erheblich erschwert.

a) Im Gesetzgebungsverfahren wurde der Entwurf aber in einigen Punkten entschärft. Zwei Punkte möchte ich hervorheben:

(1) Die Verdopplung der „Eintrittsgebühr“ für das Nachprüfungsverfahren von 2.500 € auf 5.000 € wurde abgelehnt. Es wird also nicht zu dem Abschreckungseffekt

kommen, der mit der ursprünglich geplanten Änderung verbunden gewesen wäre. Dem Anliegen, die Kostendeckungsquote zu verbessern, wurde durch eine Ausweitung des Gebührenrahmens hinreichend Rechnung getragen.

(2) Die neuen §§ 115 Abs. 2, 118 Abs. 2, 121 Abs. 1 GWB wurden im Vergleich zum Regierungsentwurf so verändert, dass die Neufassungen überflüssig sind.

Ursprünglich war eine Verschiebung der Gewichtung der Abwägungskriterien zugunsten der wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers geplant. Im Entwurf selbst war eher kryptisch von einer Gefährdung der wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers die Rede. In der Begründung<sup>1</sup> ließ man die Katze aus dem Sack: „Das Interesse des Bieters an der Verhinderung des Zuschlags und seiner Beauftragung“ hat grundsätzlich hinter „dem öffentlichen Interesse des Auftraggebers an der zügigen Fertigstellung unter Einhaltung des Kostenrahmens“ zurückzustehen.

Dass das gerade für die Entscheidung nach § 115 Abs. 2 GWB, die ja in einem frühen Stadium des Nachprüfungsverfahrens zu treffen ist, verfassungsrechtlich zumindest sehr fragwürdig war, liegt auf der Hand. Das Bundesverfassungsgericht<sup>2</sup> betont immer wieder, dass in Verfahren, in denen ein Primärrechtsschutz zur Abwendung möglicher Nachteile begehrt wird, der Schaffung vollendeter Tatsachen so weit wie möglich zuvor zu kommen ist.

Der Regierungsentwurf hätte aber das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis auf den Kopf gestellt und den Primärrechtsschutz weitgehend entwertet.

Die nach Inkrafttreten des VergabeRModG geltenden Fassungen der 115 Abs. 2, 118 Abs. 2, 121 Abs. 1 GWB sind zwar neu, mit Blick auf die genannten Abwägungskriterien aber nicht modern und keinesfalls besser als die alte, die sich in der Praxis bewährt hatte. Ich gehe davon aus, dass die Änderungen keine Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis haben werden.

Verfehlt ist die weitgehende sprachliche Gleichschaltung der §§ 118 Abs. 2, 121 Abs. 1 GWB mit § 115 Abs. 2 GWB. Insoweit ist in der amtlichen Begründung zu lesen<sup>3</sup>, es gebe keinen sachlichen Grund dafür, die Kriterien für die Vorabentscheidung über den Zuschlag im Verfahren vor dem Beschwerdegericht abweichend von den Kriterien für Entscheidung der Vergabekammer über die Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 Abs. 2 GWB zu regeln.

b) Geblieben sind zwei neue Präklusionsregeln, von denen ich § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB für sinnvoll halte.

---

<sup>1</sup> BT-DRs. 16/10117, S. 23.

<sup>2</sup> BVerfG v. 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03.

<sup>3</sup> BT-DRs. 16/10117, S. 24.

(1) Vergaberechtsverstöße, die sich aus den Vergabeunterlagen ergeben, müssen nicht mehr erkannt worden sein. Es genügt Erkennbarkeit, oder anders ausgedrückt: Auch vorwerfbare Unkenntnis führt zur Präklusion. Ich halte das für sinnvoll. Die Neufassung entzieht insbesondere der manchmal schon peinlichen Standardausrede, man habe den Fehler erst nach anwaltlicher Beratung erkannt, den Boden.

(2) Für kontraproduktiv halte ich den neuen Abs. 3 Nr. 4. Danach bleibt einem Bieter ein halber Monat für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags, wenn die Vergabestelle eine Rüge zurückgewiesen hat. Das könnte voreilige Nachprüfungsanträge provozieren. Die Nrn. 1-3 zwingen den Bieter zu Recht, so früh wie möglich zu rügen. Rügt er aber in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens z. B. einen Fehler in der Bekanntmachung und teilt ihm die Vergabestelle sofort mit, sie helfe nicht ab, müsste er, um sich seine Rechtsschutzmöglichkeiten zu erhalten, alsbald einen Nachprüfungsantrag stellen. Und später nimmt er einen aus seiner Sicht überflüssig gewordenen Nachprüfungsantrag schon aus Kostengründen nicht zurück.

2. Auch andere Neuregelungen, die der Beschleunigung oder Vereinfachung dienen sollen, könnten sich als kontraproduktiv erweisen. Dazu ein Beispiel:

Bisher war die Sache für die Vergabekammer recht einfach. Der Nachprüfungsantrag wurde förmlich zugestellt; wenige Tage später befand sich eine Zustellungsurkunde in den Akten, die mit der Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde nach §§ 182 Abs. 1, 418 ZPO den Zugang des Nachprüfungsantrags – und damit auch den Eintritt des Zuschlagsverbots – belegte.

Künftig genügt für den Eintritt des Zuschlagsverbots – mit der Folge der Nichtigkeit eines trotzdem erteilten Zuschlags – die bloße Benachrichtigung<sup>4</sup> des Auftraggebers von der Existenz des Nachprüfungsantrags in Textform (§ 126b BGB). Im Streitfall muss nachweisbar sein, dass der Auftraggeber die Nachricht auch tatsächlich erhalten hatte. Für eine entsprechende Dokumentation ist künftig die Vergabekammer zuständig. M. E. ist die förmliche Zustellung des Nachprüfungsantrags nach wie vor der einfachste und zugleich sicherste Weg.

3. Den neuen § 115 Abs. 4 GWB, dessen praktische Bedeutung vermutlich gering sein wird, halte ich für unvereinbar mit dem verfassungs- und europarechtlichen Gebot eines effektiven Rechtsschutzes.

4. Ein weiterer Schwachpunkt ist die völlig misslungene Neufassung des § 128 GWB (Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer).

a) Hinsichtlich der Verfahrenskosten für einen zurückgenommenen oder auf sonstige Weise erledigten Nachprüfungsantrag enthält das geltende Recht in Abs. 3 Sätze 4

---

<sup>4</sup> BT-DRs 16/11428, S. 51.

und 5 einander widersprechende Regelungen, die auf unterschiedliche Ansätze zurückzuführen sind.

Der Regierungsentwurf<sup>5</sup> knüpfte an die Rechtsprechung des BGH an, wonach der Antragsteller bei Erledigung (einschließlich Rücknahme) gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i. V. m. 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG immer die Verfahrenskosten zu tragen hat und eine abweichende Kostenentscheidung – etwa nach Billigkeitserwägungen – nicht in Betracht kommt. Folgerichtig sollte in Satz 4 lediglich klargestellt werden, dass die – bei Erledigung auf die Hälfte zu reduzierende – Verfahrensgebühr immer vom Antragsteller zu tragen ist.

Der Bundesrat schlug in seiner Stellungnahme vom 4. Juli 2008<sup>6</sup> eine abweichende Lösung vor: Über die Verfahrenskosten solle nach billigem Ermessen entschieden werden. In der Gegenäußerung der Bundesregierung vom 13. August 2008<sup>7</sup> schloss sich die Bundesregierung dem an und regte folgende sinnvolle Formulierung an:

*„Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen.“*

Der federführende Bundestagsausschuss griff dies auf, übersah aber, dass der neue Ansatz und die ursprünglich von der Bundesregierung vorgeschlagene Änderung einander ausschließen. So heißt es jetzt in § 128 Abs. 3 GWB:

*„<sup>4</sup>Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, hat der Antragsteller die Hälfte der Gebühr zu entrichten. <sup>5</sup>Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen.“*

Es wird Aufgabe der Vergabekammern- und Senate sein, das neue Recht einer sinnvollen Anwendung zuzuführen.

b) Die Ungereimtheiten setzen sich in Abs. 4 fort. Nach Abs. 3 Satz 4 GWB gilt die Rücknahme des Nachprüfungsantrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer als Unterfall der Erledigung. Über die Verfahrenskosten ist also nach billigem Ermessen zu entscheiden. Demgegenüber ordnet Abs. 4 Satz 3 GWB ohne Wenn und Aber an, dass der Antragsteller dem Auftraggeber und allen Beigeladenen deren notwendige Auslagen zu erstatten hat. Das müsste also auch dann gelten, wenn die Billigkeitsabwägung nach Abs. 3 Satz 5 GWB zu dem Ergebnis führt, dass der Auftraggeber „der Böse“ ist, etwa weil er den Nachprüfungsantrag durch eine

---

<sup>5</sup> BT-Drs 16/10117, S. 10.

<sup>6</sup> BT-Drs 16/10117, S. 28, 39.

<sup>7</sup> BT-Drs 16/10117, S. 40, 43.

Falschinformation schuldhaft provoziert hatte, und er deshalb die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat. Es dürfte schwierig sein, einem Unternehmer die Sinnhaftigkeit dieser Regelung zu erklären.

5. Im Wesentlichen positiv zu bewerten sind die §§ 101a, 101b GWB. Eine Regelung über die Unwirksamkeit von Verträgen gehört grundsätzlich in ein Gesetz und nicht in eine Verordnung. Es war auch richtig, das von der Rechtsprechung nur teilweise gelöste Problem der Direktvergabe („de-facto-Vergabe“) aufzugreifen.

a) In einem Punkt scheint mir die Neuregelung allerdings nicht „EU-fest“ zu sein. Nach § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB verkürzt sich die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit dann, wenn der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht hat, auf 30 Kalendertage ab Veröffentlichung. Art. 2 f Abs. 1 lit. a (1. Spiegelstrich) der Rechtsmittelrichtlinie fordert zusätzlich, dass der Grund für die das Unterbleiben der Ausschreibung mitgeteilt wird. Wer als Auftraggeber auf der sicheren Seite sein will, sollte dies beherzigen.<sup>8</sup>

b) Leider fehlt in § 101b GWB der Hinweis, dass der Nachprüfungsantrag den Anforderungen der §§ 107, 108 GWB genügen muss. Deshalb könnte der falsche Eindruck entstehen, die Geltendmachung der Unwirksamkeit könne isoliert zum Gegenstand eines Nachprüfungsantrags gemacht werden.

### III. Materielles Recht

1. Die teils hoch gelobte, teils heftig kritisierte neue Mittelstandsklausel (§ 97 Abs. 3 GWB) ist meines Erachtens nicht den Streit wert, der um sie geführt wurde und wohl noch geführt wird, denn sie beinhaltet in der Sache nichts wirklich Neues.

Es galt und gilt § 97 Abs. 6 GWB. Bei Auftragsvergaben ab Schwellenwert sind die Vergabeordnungen keine mehr oder weniger verbindlichen verwaltungsinternen Richtlinien. Sie sind vielmehr, auch über die sog. Kaskade zwingend zu beachtende Rechtsnormen. In § 4 VOB/A bzw. § 5 VOL/A ist aber die Losvergabe im Regelfall schon seit langem vorgesehen.<sup>9</sup> Auch in dem mir bekannten Entwurf für eine VOB/A 2009 steht nichts anderes.

In der Sache hat sich also nichts Wesentliches geändert. Wenn man es positiv ausdrücken will, könnte man vielleicht sagen: Die Losvergabe als Regelfall wurde aus der scheinbaren Grauzone der Vergabeordnungen ins Licht des Gesetzes gezogen.

2. Den der Umsetzung des Art. 26 VKR dienenden § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB (Stichwort: Ausführungskriterien) halte ich für einen ordnungspolitischen Sündenfall.

---

<sup>8</sup> Siehe auch Zeiss in: jurisPK-VergR, 2. Aufl. 2008, § 101b GWB Rn. 39 f. Ein entsprechender Hinweis in meiner Stellungnahme für den zuständigen BT-Ausschuss blieb unberücksichtigt.

<sup>9</sup> Siehe auch OLG Düsseldorf v. 08. 09. 2004 - VII-Verg 38/04 - NZBau 2004, 688.

Es ist falsch, sozialpolitische Ziele – wie die Bekämpfung von „Hungerlöhnen“ im Inland oder Kinderarbeit in Afrika oder Asien –, die auf dem angebrachten Weg (wie flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn oder Importverbot) nicht umgesetzt werden können (oder sollen), auf dem Umweg über das Vergaberecht zu realisieren.

Zudem wurde es versäumt, durch eine unmissverständliche und strukturierte Regelung klarzustellen, dass es künftig eine weitere Wertungsstufe „Ausführungskriterien“ geben soll.

a) Schaut man in die Begründung des Regierungsentwurfs<sup>10</sup>, stellt man fest, dass dort völlig unsystematisch Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und gesellschaftspolitische Überlegungen vermengt werden.

(1) Auch der öffentliche Auftraggeber ist Kunde und bestimmt deshalb allein, was er haben will. Selbstverständlich kann er eine Leistung fordern, die er aus Umweltschutzgründen für sinnvoll hält, beispielsweise die Errichtung eines Gebäudes mit energiesparenden Materialien oder die Lieferung von Recycling-Papier. Es steht ihm auch frei, die Verwendung bestimmter Materialien vorzugeben (Holzfenster) oder zu untersagen (Tropenholz). Einer Neufassung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB bedurfte es insoweit nicht.

(2) Dass ein Unternehmer nur zuverlässig ist, wenn er die Gewähr für die Einhaltung der bei der Vertragsausführung zu beachtenden Gesetze bietet, war schon vor der Neufassung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB eine Selbstverständlichkeit.

(3) Die Vergabeordnungen räumen dem Auftraggeber einen weiten Spielraum bei der Gestaltung der Zuschlagskriterien ein. Er kann beispielsweise bei der Ausschreibung eines Stromlieferungsvertrages „Punktzuschläge“ vorsehen für den Fall, dass ein bestimmter Prozentsatz aus Wasserkraftwerken stammt. Auch andere vom Auftraggeber für wünschenswert erachtete Faktoren wie geringer Schadstoffausstoß dürfen in die Wertung einfließen. Was in der amtlichen Begründung im Zusammenhang mit Klimaschutz hochtrabend Lebenszykluskosten und Energieeffizienz genannt wird, nannte man bis vor kurzen einfach Folgekosten, und die waren schon immer ein sowohl zulässiges als auch gebräuchliches Kriterium für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit.

(4) Die „innovativen Aspekte“, die sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben sollen, sind so etwas wie ein schwarzer Schimmel. Innovationen sind doch in der Regel Leistungsvarianten, die der Auftraggeber deshalb nicht über die Leistungsbeschreibung bestellt, weil er sie nicht kennt. Die Vergabeordnungen weisen heute schon die Wege für die Beschaffung von Neuheiten: funktionale Leistungsbeschreibung oder Zulassung von Varianten.

---

<sup>10</sup> BT-BRs 16/10117, S. 16.

b) Der neue § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ermuntert Stadt- und Gemeinderäte, sozialpolitische Forderungen zu stellen, die abhängig vom Ergebnis der letzten Kommunalwahl und individuellen Vorlieben der Ratsmitglieder von Gemeinde zu Gemeinde variieren können. Was dies für Unternehmen bedeutet, die ganz oder überwiegend von öffentlichen Aufträgen leben, wurde offenbar nicht bedacht. Mindestlöhne, Frauenquoten und vieles mehr, was schon in der Diskussion ist, kann, wenn überhaupt, über Ausschreibungen allenfalls für die Dauer des konkreten Auftrags und auch nur für die mit der konkreten Auftragsausführung befassten Arbeitnehmer durchgesetzt werden. Es stört den Betriebsfrieden und ist eine Zumutung für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer – und wahrscheinlich ein neues Betätigungsfeld für Fachanwälte für Arbeitsrecht –, wenn sich von Auftrag zu Auftrag die Arbeitsbedingungen ändern bzw. zeitgleich unterschiedliche Regeln gelten. Es ist auch nicht wirklich hilfreich, wenn jemand bei Verträgen mit relativ kurzer Ausführungsfrist einen nach dem TzBfG zulässigen befristeten Arbeitsvertrag als „Quotenfrau“ oder „Quotenlangzeitarbeitsloser“ erhält. Andererseits kann man von einem Unternehmer nicht verlangen, dass er sich bei langfristigen Verträgen etwa auf dem Gebiet der Abfallentsorgung für Jahre im Voraus auf eine bestimmte Personalstruktur festlegt.

c) Mit Blick auf den „vergaberechtlichen Mindestlohn“, der angeblich ein zulässiges Qualitätsmerkmal sein soll, hat mir ein Bundestagsabgeordneter, der einer der beiden Regierungsparteien angehört, offen und ehrlich gesagt, um was eigentlich geht: Unternehmen aus EU-Staaten mit niedrigerem Preis- und Lohnniveau sollen vom deutschen Markt ferngehalten werden. Die EU gibt es für ihn – und viele andere auch – nur in Sonntagsreden. Im Alltag will er nicht zur Kenntnis nehmen, dass es rechtlich keinen Unterschied macht, ob ein in Berlin tätiges Unternehmen aus Bayern oder Bulgarien kommt. Dazu passt dann auch, wie kürzlich in der FAZ zu lesen war, dass ein DGB-Funktionär öffentlich fordert, bei der Auftragsvergabe müssten ortsansässige Unternehmen bevorzugt werden. Konsequenter wäre es, zugleich auch die Abschaffung der Strafbarkeit von Korruption zu fordern.

d) Immer mehr Kommunen widmen sich der Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit, die in manchen Teilen dieser Welt leider immer noch weit verbreitet ist. Dieses Anliegen ist ohne Wenn und Aber zu begrüßen – solange nicht der Weg über § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB gewählt wird. Es ist Alibipolitik – man könnte auch von Heuchelei sprechen –, wenn Kommunen den Nachweis verlangen, „dass das Produkt nicht mittels ausbeuterischer Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention Nr. 182 hergestellt und/oder bearbeitet wurde“ – und sich dann mit einer Eigenerklärung der Bieter begnügen.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Z.B. Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29. April 2008, Az.: B II 2 - 515-252 (StAnz Nr. 20 vom 16.5.2008).

Absurd ist es, den Bietern alternativ die Möglichkeit zu folgender Erklärung einzuräumen:

*„Ich/Wir erklären verbindlich, dass mein/unsere Unternehmen meine/unsere Lieferanten und deren Subunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet haben.“*

Was soll der Bieter damit eigentlich erklären?

Weil der politische Wille zu einem wirklich effektiven Handeln fehlt (Stichwort: Importverbot<sup>12</sup>), wird der Kampf gegen die Kinderarbeit privatisiert. Waren, die völlig legal eingeführt und hier genauso legal gehandelt werden dürfen, sollen von Mittelständlern, die ohnehin in Bürokratie ersticken, auf ihre politische Korrektheit überprüft werden.

Mir fällt in diesem Zusammenhang immer eine Entscheidung des EuGH ein:

*„Der öffentliche Auftraggeber darf keine Anforderungen stellen, deren Einhaltung durch den Bieter er entweder nicht nachprüfen will oder nicht nachprüfen kann, denn solche Kriterien gewährleisten nicht die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens.“<sup>13</sup>*

Wenn eine Kommune nicht will, dass bei der Gestaltung des Marktplatzes Steine aus indischen Steinbrüchen verwendet werden, sollte sie von ihrem Leistungsbestimmungsrecht als Kunde Gebrauch machen und beispielsweise „Bergische Grauwacke“ oder „Eifel-Basalt-Kopfsteinpflaster“ bestellen. Das mag teurer sein. Es ist aber ehrlicher als auf ein Ausschreibungsergebnis zu hoffen, das die Verwendung ausländischer Billigprodukte zweifelhafter Herkunft voraussetzt – und als Feigenblatt die Eigenerklärung des Auftragnehmers in der Vergabeakte abzuheften.

3. Die mit der Neufassung des § 99 GWB (Ahlhorn-Klausel) angestrebte Rechtssicherheit wird leider so schnell nicht eintreten. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf in vorauseilendem Ungehorsam bereits vor einigen Monaten eine Vorlage zum EuGH beschlossen, die die Ahlhorn-Klausel in Frage stellt.

Wie der EuGH irgendwann entscheiden wird, ist kaum vorhersagbar. Wendet man die Auslegungsregeln an, die an inländischen juristischen Fakultäten gelehrt werden, ist die Sache recht einfach:

---

<sup>12</sup> Dann müssten allerdings auch die Einfuhr und der Handel mit Handys, Laptops, Herzschrittmachern, Hörgeräten u.v.m. verboten werden. In diesen Geräten befinden sich Tantal-Elektrolytkondensatoren. Für deren Herstellung benötigt man Coltan (Columbit-Tantalit). Dieser Rohstoff stammt überwiegend aus Bergwerken in Zentralafrika, wo besonders gravierende Verstöße gegen Kinderschutzkonventionen leider zum Alltag gehören.

<sup>13</sup> EuGH v. 04.12.2003 - C-448 / 01 - VergabeR 2004, 36.

Mit den Vergaberichtlinien wurde das Vergaberecht nicht neu erfunden. Vielmehr wurde das haushaltsrechtlich geprägte nationale Beschaffungswesen um Regelungen für den grenzüberschreitenden Wettbewerb ergänzt. Anders ausgedrückt: Jedes in irgendeinem Mitgliedsstaat ansässige Unternehmen soll die uneingeschränkte Möglichkeit haben, einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen öffentlichen Auftraggeber seine Waren und Leistungen gegen Entgelt anzubieten. Dem Vernehmen nach gab und gibt es in der EU-Kommission Übereinstimmung darüber, dass in der Vergangenheit immer nur über ein Beschaffungswesen verhandelt wurde, bei dem es um den „Einkauf“ geldwerter Wirtschaftsgüter geht.

Deshalb hatte der parlamentarische Staatssekretär des Bundeswirtschaftsministeriums völlig recht, als er am 19. Dezember 2008 im Bundestag sagte, mit der Ahlhorn-Klausel bestätige der deutsche Gesetzgeber, dass er die europäischen Richtlinien so verstehe, wie sie in Brüssel verhandelt und abgeschlossen wurden.

Die Möglichkeit, dass der EuGH das anders sieht, ist nicht von der Hand zu weisen. Er besteht aus Richtern aus aller Herren Länder mit völlig unterschiedlichen Rechtstraditionen. Wenn man seine Entscheidungen zu den Vergaberichtlinien liest, entsteht kaum der Eindruck, er orientiere sich an uns geläufigen Auslegungsregeln. Er befasst sich auch nur selten mit dem historischen Hintergrund einer Richtlinie. Vielmehr entscheidet er zielorientiert. Zuerst stellt er sich die Frage, ob auf dem fraglichen Gebiet ein Bieterwettbewerb wünschenswert ist. Beantwortet er diese Frage mit Ja, wendet er sich dem Problem zu, ob diese Antwort unter die Richtlinie zu subsumieren ist. Da er aber die Richtlinie funktional auslegt, lautet die Antwort in der Regel wieder Ja.

An einem Punkt, der im Ergebnis die Ahlhorn-Klausel retten könnte, wird der EuGH aber wohl nicht vorbeikommen: Es ist meines Erachtens auch Eu-rechtlich unmöglich, den Erwerber eines Grundstücks, der die darauf von ihm errichteten Gebäude aus eigenem originärem Recht als Eigentümer nutzt, als Baukonzessionär des Verkäufers anzusehen.

## **B. VOB/A 2009**

### **I. Überblick**

Im Internet<sup>14</sup> findet man seit einiger Zeit eine sog. Vorabfassung der VOB/A 2009, die der Vorstand des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) im November 2008 beschlossen hatte. Die Bekanntmachung im Bundesanzeiger steht noch aus; nach § 6 Abs. 1 VgV weiterhin die VOB/A 2006.

---

<sup>14</sup> Z.B. [http://www.bmvbs.de/Anlage/original\\_1059683/VOB-Teil-A-und-B-Vorabfassung.pdf](http://www.bmvbs.de/Anlage/original_1059683/VOB-Teil-A-und-B-Vorabfassung.pdf).

Die Vorabfassung steht zwar unter dem Vorbehalt, dass das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts Anpassungen notwendig machen könnte. Durchgreifende Änderungen sind allerdings nicht mehr zu erwarten. Ob die Abschnitte 3 und 4 irgendwann einmal Bedeutung erlangen werden, hängt davon ab, ob und wann die schon seit längerem angekündigte Sektorenverordnung Realität wird.

Der erste Eindruck: Die Neufassung hat weniger Paragraphen, dafür hat jeder Paragraph jetzt mehr Absätze. Die Modernisierung beschränkt sich auf Umschichtungen, eine „moderne“ Gliederung der Paragraphen und Sprachkosmetik.

Der zweite Eindruck: Es gibt einige sachliche Änderungen, die vernünftig zu sein scheinen. Möglicherweise hat der DVA aber mehr neue Probleme geschaffen als vorhandene Probleme beseitigt.

## II. Beispiele

### 1. § 2 Abs. 1 Nr. 1

Die Aufnahme des Transparenzgebots hat zwar in erster Linie programmatischen Charakter, zumal es für Schwellenwertvergaben in § 97 Abs. 1 GWB bereits festgeschrieben ist. Da aber rund 90% aller öffentlichen Aufträge nicht unter den 4. Teil des GWB fallen, ist es durchaus sinnvoll, öffentliche Auftraggeber daran zu erinnern, dass sie ihre Entscheidungen in einem Vergabeverfahren unabhängig vom Auftragswert allein auf sachliche und nachvollziehbare Erwägungen stützen dürfen.

Das hat auch eine wichtige praktische Konsequenz: Zwar ist nach wie vor in den Basisparagraphen nicht ausdrücklich vorgeschrieben, dass der Auftraggeber im Voraus bekannt zu machen hat, wie er die Angebote werten will. Meines Erachtens ist es aber nicht mit dem Transparenzgebot zu vereinbaren, wenn der Auftraggeber auch nur die Möglichkeit hat, die Zuschlagskriterien im Nachhinein festzulegen oder so zu modifizieren, dass das Angebot des Wunschbieters auch das wirtschaftlichste ist. Daraus folgt, dass der Auftraggeber grundsätzlich auch bei nationalen Ausschreibungen den Bietern spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung mitteilen muss. Außerdem muss auch der Wertungsvorgang als solcher nachvollziehbar dokumentiert werden.

### 2. § 3 Abs. 3

Die Zulässigkeit der beschränkten Ausschreibung ohne vorausgehenden Teilnahmewettbewerb wird nicht mehr mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben, sondern an konkrete Auftragswerte<sup>15</sup> geknüpft. Bei deren

---

<sup>15</sup> Diese Grenzwerte wurden durch das sog. Konjunkturpaket II und dessen Umsetzung in den Ländern – hoffentlich wirklich nur vorübergehend – auf 1 Mio. € vervielfacht. Öffentlich erhobene Forderungen

Überschreitung ist künftig eine beschränkte Ausschreibung – ohne oder mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb – auch dann unzulässig, wenn eine öffentliche Ausschreibung für den Auftraggeber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.

### 3. § 6 Abs. 1 Nr. 3

Künftig sind auch gemeinnützige Institutionen aller Art, unabhängig von ihrer Organisationsform, nicht mehr zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen zugelassen. Diese Neuregelung entzieht der Auffassung<sup>16</sup>, dass steuerlich (teilweise) privilegierte staatsferne Körperschaften des Privatrechts nicht dem Anwendungsbereich dieser Ausnahmvorschrift unterfallen, die Grundlage. Die praktische Bedeutung der Änderung dürfte gering sein, weil gemeinnützige Unternehmen eher selten als Anbieter von Bauleistungen auftreten.

### 4. § 6 Abs. 3

Diese Norm ist künftig die zentrale Vorschrift für die Eignungsprüfung. Es kommt unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Auftraggeber nicht von einer grundsätzlichen Einigung eines Bieters ausgehen darf<sup>17</sup>, sondern eine Eignungsprüfung vornehmen muss.

Im Vordergrund steht jetzt die Präqualifikation des Bieters, die dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, sich zahlreiche Informationen aus dem Internet zu beschaffen.

Von Bieter, die noch nicht in das Präqualifikationsverzeichnis aufgenommen sind, muss der Auftraggeber wie bisher Einzelnachweise verlangen und diese genau bezeichnen (§ 6 Abs. 3 Nr. 5). Dabei kann er sich zunächst mit Eigenerklärungen begnügen. Bieter, deren Angebote in die engere Wahl kommen (§ 16 Abs. 6 Nr. 3), müssen auf Verlangen ihre Eigenklärungen durch aussagekräftige Belege Dritter verifizieren.

### 5. § 6a Abs. 7

Diese Neuregelung beinhaltet auch das Verbot, im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung für den Bieter unzumutbare Forderungen zu stellen (und verlangt von dem Bieter eine entsprechende Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Nrn. 2, 3 GWB n.F., wenn er sich auf Unzumutbarkeit berufen will). Der Konflikt mit § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB (Ausführungskriterien) ist vorprogrammiert.

---

von Kommunalpolitikern und Gewerkschaftsfunktionären lassen befürchten, dass diese „Vereinfachung“ zu einer vergaberechtswidrigen Bevorzugung der „lokalen Wirtschaft“ und anderen Verstößen gegen § 2 Abs. 1 Nr. 2 (= § 2 Nr. 1 Satz 3 a.F.) genutzt wird.

<sup>16</sup> Siehe z.B. OLG Düsseldorf v. 14.07.2004 - VII-Verg 33 / 04 zu § 7 Nr. 6 VOL/A.

<sup>17</sup> Dem Vernehmen nach ist eine derartige Regelung für die VOL/A in der Diskussion.

6. §§ 13 Abs. 1 Nrn. 3, 4, 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c, § 16 Abs. 1 Nr. 3

Die Neufassung folgt im Ansatz der strengen Rechtsprechung und stellt unmissverständlich klar, dass Angebote die geforderten Preise enthalten müssen und geforderte Erklärungen bzw. Nachweise mit dem Angebot vorzulegen sind. Diese Strenge wird allerdings in § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c relativiert und in § 16 Abs. 1 Nr. 3 ins Gegenteil verkehrt.

a) Auch künftig sind Angebote mit unvollständigen Preisangaben grundsätzlich auszuschließen. Leider ließ sich der DVA eine Ausnahme einfallen: eine fehlende Preisangabe in einer einzelnen unwesentlichen Position (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c).

Die Neuregelung ist nicht gerecht, sondern willkürlich. Warum soll ein Bieter, der bei zwei unwesentlichen Positionen zu je 500 € Fehler gemacht hatte, ausgeschlossen werden, wenn gleichzeitig ein Konkurrent im Rennen bleibt, der für eine Position im Wert von 1.000 € keine Angabe gemacht hat? Wieso wiegen zwei Fehler in einem Leistungsverzeichnis mit Hunderten von Positionen von vorn herein schwerer als ein Fehler in einem überschaubaren Angebot?

Wenn Unwesentlichkeit und Wettbewerbsneutralität die entscheidenden Kriterien sind, gibt es für die Beschränkung auf eine einzige Position keine Rechtfertigung. Andererseits dient es nicht der Rechtssicherheit – und eröffnet Manipulationsmöglichkeiten –, wenn der Angebotsausschluss allein von der Umsetzung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall abhängen soll. Es wäre deshalb sinnvoller gewesen, es beim alten Rechtszustand zu belassen. Dieser mag in Einzelfällen zu für die öffentliche Hand unbefriedigenden Ergebnissen geführt haben. Er hatte aber auch zwei Vorteile: Er zwang die Bieter zu einer sorgfältigen Erarbeitung der Angebote und gab den Vergabestellen ein transparentes Entscheidungskriterium an die Hand.

b) Die wichtigste Änderung betrifft das Fehlen geforderter Nachweise und Erklärungen aller Art. Dieser Angebotsmangel hat künftig nicht mehr zwingend den Ausschluss zur Folge. Vielmehr kann der Bieter auf Aufforderung der Vergabestelle den Mangel innerhalb einer Frist von 6 Tagen nachträglich heilen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3).

(1) Es ist abzusehen, dass darüber gestritten werden wird, ob der Auftraggeber fehlende Unterlagen nachfordern muss oder ob die Nachforderung in seinem Ermessen steht.<sup>18</sup> Wortlaut und Normzusammenhang sprechen für Ersteres.<sup>19</sup> Zwar kommt eine Nachforderung nur in Betracht, wenn das Angebot nicht nach § 16 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 ausgeschlossen wird. Das Fehlen der nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 mit dem

---

<sup>18</sup> Siehe dazu auch Gröning, VergabeR 2009, 117 <126>, der sich mit weiteren offenen Fragen auch im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot befasst.

<sup>19</sup> Jedenfalls bei Unternehmen, die bei Vollständigkeit gute Chancen auf den Zuschlag hätten.

Angebot vorzulegenden Erklärungen ist aber gerade nicht als (zwingender oder fakultativer) Ausschlussgrund normiert. Umgekehrt können die als Ausschlussgründe definierten Mängel nicht durch die Nachreichung der in § 16 Abs. 1 Nr. 3 benannten Unterlagen geheilt werden.

Gegen eine Ermessensentscheidung spricht auch, dass im Grunde genommen keine transparenten Kriterien für eine Ermessenausübung aufgestellt werden können. Auslöser für die Nachforderung ist das Fehlen geforderter Unterlagen, die alle, weil ihr Fehlen grundsätzlich den Ausschluss rechtfertigt, als gleich wichtig angesehen werden müssen. Dass die Person des Bieters nicht maßgeblich sein kann, versteht sich von selbst.

Wenn der Auftraggeber aber nachfordern muss, fördert die Neuregelung nur den Schlendrian, auf Seiten der Vergabestellen bei der Auswahl der geforderten Unterlagen, auf Bieterseite bei deren Zusammenstellung, und beschert den Vergabestellen zusätzliche Arbeit in der Wertungsphase. Die erzieherische Wirkung, die von der „strengen Rechtsprechung“ ausging, wird zunichte gemacht.

(2) Die Fristenregelung wirft zahlreiche Fragen auf, deren Beantwortung der DVA den Vergabestellen und Gerichten überlässt, wie etwa:

- In welcher Form muss der Auftraggeber den Bieter zur Nachreichung auffordern?
- Was gilt, wenn ein entsprechendes Schreiben des Auftraggebers dem Bieter nicht zugeht?
- Beginnt die Frist auch dann am Tag nach der Absendung, wenn das Schreiben nachweislich, etwa wegen eines Streiks beim Postunternehmen, viel später beim Bieter eingegangen ist?
- Endet die Frist auch dann mit Ablauf des 6. Kalendertags, wenn dieser auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt?
- Ist einem Bieter in Anwendung des § 32 VwVfG Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn ihn an der Fristüberschreitung kein Verschulden trifft (etwa weil ein Brief von Badenweiler nach Freiburg 5 Tage braucht)?
- Gibt es gegen die Ablehnung eines Wiedereinsetzungsantrags einen Rechtsbehelf?

Zum Abschluss ein Hinweis: Der 6. Kalendertag endet immer um 24:00 Uhr. Jeder Bieter hat das Recht, diese Frist voll auszuschöpfen. Deshalb benötigt künftig jede Vergabestelle einen Nachtbriefkasten.

#### 7. § 16 Abs. 9 Satz 2

Geregelt ist jetzt auch das leidige Thema „Skonto“. Es obliegt dem Auftraggeber, sich im Voraus zu entscheiden, ob er Skonti werten will. Entschließt er sich dazu, muss er

dies den am Auftrag interessierten Unternehmen in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen mitteilen.<sup>20</sup> Unaufgefordert angebotene Skonti dürfen nicht gewertet werden.

---

<sup>20</sup> Siehe dazu auch BGH v. 11.03.2008 - X ZR 134/05 - VergabeR 2008, 646.

## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Statement**

**Prof. Dr. Jost Pietzcker**

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn



Bei der Beurteilung der Vergaberechtsreform möchte ich von einer oft zitierten, allerdings selten beherzigten Sentenz Montesquieus ausgehen, die etwa folgendermaßen lautet: Wenn es nicht nötig ist, das Gesetz zu ändern, dann ist es nötig, das Gesetz nicht zu ändern. Der Grund für diese vor 250 Jahren formulierte Aufforderung liegt auf der Hand: Jede Gesetzesänderung erzeugt Anpassungsschwierigkeiten. Die Ausführungen von Herrn Otting eben haben das nachdrücklich belegt. Und für jedes Problem, das beseitigt werden sollte, entstehen drei neue Probleme.

1. Am wichtigsten ist die Umsetzung der reformierten Rechtsmittelrichtlinie 2007. Die wesentlichen Neuerungen, nämlich insbesondere die Stillhaltefrist und der Suspensiveffekt, sind allerdings schon im deutschen Recht (v. a. § 13 VgV) enthalten, das hier eine gewisse Vorbildfunktion hatte. Die gesetzliche Verankerung in § 101 a GWB ist sinnvoll, auch wenn der BGH die Verordnungsregelung für hinreichend ermächtigt erachtet hat. Neu und wesentlich ist die durch die geänderte Richtlinie 2007 ermöglichte Begrenzung der Geltendmachung der Unwirksamkeit durch die Ausschlussfrist von sechs Monaten; hier wird die dringend nötige Rechtssicherheit hergestellt. Sinnvoll ist auch die Begrenzung, wonach die Unwirksamkeit nur festgestellt werden kann, wenn sie im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde. Dies schließt es aus, dass ein Vertragspartner sich hinterher unter Berufung auf die Benachteiligung Dritter vom Vertrag lösen kann.

2. Die Reaktion in § 99 GWB auf die problematische Ahlhorn-Rechtsprechung ist sehr verständlich. Die ausdrückliche Verankerung des Beschaffungszwecks entspricht dem, was von vornherein durch die Richtlinien erfasst werden sollte. Allerdings ist die

Wirkungsmächtigkeit der Änderung zweifelhaft – was sie festschreibt, gilt schon bisher. Der neue Text kann das OLG Düsseldorf und die seiner Linie folgenden Vergabekammern und Gerichte letztlich nicht zur Aufgabe dieser Rechtsprechung zwingen, da sie ja in wenngleich sehr problematischer Weise davon ausgeht, dass sich die Gemeinde mit den in Rede stehenden Grundstücksveräußerungen, gekoppelt mit Bauverpflichtungen, im eigenen Interesse eine bestimmte Leistung verschafft. Immerhin hat die Gesetzesänderung das OLG Düsseldorf zur Vorlage an den EuGH veranlasst. Ob sich der EuGH von der Gesetzesänderung beeindrucken lässt, ist nicht sicher – er wird unabhängig hiervon nach der richtigen Abgrenzung suchen müssen.

3. Wichtiger wäre mir erschienen, die interkommunale Zusammenarbeit ausdrücklich herauszunehmen. Auch hier lässt sich freilich einwenden, dass die Würfel auf europäischer Ebene fallen. Man kann nur hoffen, dass der EuGH die in der Asemfo-Tragsa- und der Coditel-Entscheidung beschrittene Richtung einer gewissen Eingrenzung oder Korrektur weiter verfolgt. Insbesondere ist der Sinn des Kontrollkriteriums bisher nicht einleuchtend dargetan. Da der EuGH ja fordert, dass Private überhaupt nicht beteiligt sein dürfen und dass die Tätigkeit der beauftragten Stelle im Wesentlichen nur für den Staat erfolgt, ist unklar, weshalb es noch auf Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ankommen soll; die Organisationsprivatisierung erfolgt teilweise ja gerade, um die politische Kontrolle zu verringern und die ökonomische Effizienz zu stärken.

4. Die einengende Definition der Baukonzession ist in der Tendenz richtig; allerdings ist nicht ganz klar, ob gerade die Befristung das entscheidende Element ist. Im übrigen ist daran zu erinnern, dass die Baukonzession nach den EG-Richtlinien praktisch von den Vergabeanforderungen freigestellt ist, das deutsche Recht also insoweit über die Vorgaben hinausgeht.

5. Die praktischen Auswirkungen der Verschärfung der Rügeobliegenheit und der Modifizierung der Maßstäbe für die Entscheidung von Vergabekammer und Oberlandesgericht über die Gestattung des vorzeitigen Vertragsschlusses oder die Beendigung des Suspensiveffekts in den §§ 115, 118 und 121 GWB lassen sich noch nicht absehen. Dass die Vergabekammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nicht in jedem Fall bei der Abwägung berücksichtigen muss, ist sicherlich eine nicht unproblematische Formulierung; sie ist angesichts der Richtlinienvorgaben und der für mehrpolige Situationen neuerdings weniger strikten Rechtsprechung des BVerfG aber wohl rechtlich zulässig. Die Berücksichtigung nicht nur der Erfolgsaussichten, sondern auch der Aussichten des Antragstellers, später den Auftrag zu erhalten, liegt auf einer Linie, die schon durch § 107 II GWB vorgezeichnet ist, wonach Antragsbefugnis außer an die Geltendmachung einer Verletzung eigener Rechte zusätzlich an die Darlegung eines entstandenen oder drohenden Schadens geknüpft ist. Sie entspricht vielleicht auch der Sachlogik der Situation, in der die

Interessen des Auftraggebers und der anderen Bieter gleichgewichtig zu berücksichtigen sind.

6. Die Mittelstandsklausel in § 97 III GWB wurde im Gesetzgebungsverfahren vom Parlamentarischen Staatssekretär als wesentliche Verschärfung eines bisher bloßen Programmsatzes – „der Regel wurden Zähne eingesetzt“ – gekennzeichnet. Bei einem Vergleich des früheren und des jetzigen Textes lässt sich ein solch gravierender Unterschied freilich nicht feststellen, da auch bisher eine Pflicht statuiert war. Die praktische Auswirkung der Novelle wird insoweit maßgeblich davon abhängen, wie die Gerichte die Einschränkungen in § 97 III Satz 2, Satz 3 GWB auslegen, und zwar insbesondere die Klausel, wonach Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden dürfen, „wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“. Meine Vermutung geht dahin, dass sich wenig am jetzigen Zustand ändern wird.

7. Anders mag es bei der Änderung der weiteren Anforderungen in § 97 IV GWB sein. Schon die Erweiterung der bisherigen Trias von Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit um die Gesetzestreue könnte zu einigen Schwierigkeiten führen – wie gravierend und wie eng bezogen auf den in Rede stehenden Auftrag muss eine Gesetzesverletzung des Unternehmens sein, um einen Ausschluss zu rechtfertigen? Vor allem aber die Öffnung für zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer, die soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, könnte sich als ziemlich problematisch erweisen. Rechtlich erscheint sie mir mit Blick auf das EG- wie auf das Verfassungsrecht zulässig zu sein. Ob das Vergaberecht auf diese Weise dazu beitragen kann, etwa die Beschäftigung von Auszubildenden oder weiblichem Personal durch den Auftragnehmer oder die Verminderung von Kinderarbeit in der zweiten oder dritten Welt herbeizuführen, ist fraglich. Mit Sicherheit werden sich aber, wenn Kommunen im politischen Tagesgeschäft zu diesem Instrument greifen, die Sicherungen des formalisierten Vergaberechts gegen unlautere Einflüsse vermindern und die Schwierigkeiten einer richtigen Bewertung der Angebote vergrößern.

8. Welche Chance der Reform hat der Gesetzgeber bei diesem Modernisierungsgesetz nicht ergriffen? Nicht wenige werden eine Vereinfachung des Vergaberechts und insbesondere eine Beseitigung des Kaskaden- und des Schubladensystems – also die Stufenfolge von Gesetz, Verordnung und Vergabe- und Vertragsbestimmungen sowie die Differenzierung in die verschiedenen Teile der Verdingungsordnungen – auf diese Verlustliste setzen. Ich bin mir nicht sicher, ob die dahinter stehende Analyse die Wirklichkeit trifft. Zweifellos ist das Vergaberecht ziemlich kompliziert. Wenn man sich die inzwischen doch schon recht zahlreichen Entscheidungen der Vergabekammern und Gerichte anschaut, liegen die Fallstricke aber kaum in dem, was als Kaskaden- und Schubladenprinzip gekennzeichnet ist. Kompliziert sind vielmehr die Formalien der Ausschreibung und der Angebotsabgabe, Fragen der zulässigen Änderung eines vergebenen Auftrags, der Bestimmung des Kreises der öffentlichen Auftraggeber und der erfassten Verträge, der Folgen eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften

und vieles andere mehr. Die Kompliziertheit ist durch die EG-Richtlinien in den wesentlichen Punkten vorgegeben. Schaut man sich deren Umfang an – etwa 130 in Doppelspalten bedruckte Seiten des EG-Amtsblattes umfasst allein die konsolidierte Richtlinie 2004/18/EG –, dann hat man klar vor Augen, wo der Kern der Kompliziertheit liegt. Nicht als ob das Kaskaden- und Schubladenprinzip für sich genommen klar erhaltenswert wäre. Hier scheint mir aber ein eher weniger bedeutender Nebenkriegsschauplatz eröffnet zu sein, der vielerlei Aspekte insbesondere der Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten aufweist, für den Gesichtspunkt der Vereinfachung des Vergaberechts aber keine wesentliche Bedeutung hat.

## **Podiumsdiskussion: Bilanz der Vergaberechtsreform**

### **Zusammenfassung der Aussprache**

In der Diskussion um die zwangsweise Aufteilung von Aufträgen in Lose, traten – wie bereits im Gesetzgebungsverfahren – gegensätzliche Ansichten zutage, die sich sowohl auf die rechtlichen wie auch die tatsächlichen Auswirkungen bezogen.

Die Gegner der Vorschrift argumentierten, der Zwang zur Aufteilung in Lose widerspreche dem klaren Ziel einer wirtschaftlichen Vergabe. Gleiches gelte für die zuweilen verwendete Loslimitierung. Problematisch gesehen wurde in diesem Zusammenhang auch die Vorgabe, dass mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen seien, § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Da sich dies auf das gesamte Vergabeverfahren, d. h. auch auf die vierte Stufe der Wertung beziehe, stehe zu befürchten, dass bei zwei ansonsten gleichwertigen Angeboten in der vierten Stufe der Wertung letztlich das Angebot des Mittelständlers bezuschlagt werden müsse.

Kritisch angemerkt wurde zudem, dass es aufgrund der Vorschrift künftig praktisch zu einem Verbot der Generalunternehmer-Vergabe kommen könnte. Dies bedeute konkret, dass die Risiken nicht mehr auf die private Wirtschaft verlagert werden könnten, sondern der Auftraggeber selbst die Schnittstellenrisiken bei gewerkeweisen Vergaben tragen müsse. Zusätzliche Ungewissheit schaffe der unbestimmte Mittelstandsbegriff und die Frage, wie groß die Lose sein dürften/müssten, um GWB-konform zu sein.

Die Befürworter verteidigten die Novellierung die Vorschrift als notwendig, da die praktische Relevanz der alten Regelung eher gering gewesen sei. Plädiert wurde allerdings für einen sinnvollen Umgang in der Praxis. Die Mittelstandsförderung als „vergabefremdes Kriterium“ zu bezeichnen, sei verkürzt. Der Mittelstand sei notwendig, um den öffentlichen Auftraggebern eine Anbietervielfalt auf Dauer zu sichern. Wenn in der globalisierten Welt zunehmend nur große Unternehmen anböten, werde eine Auftragsvergabe irgendwann nicht mehr wirtschaftlich sein, weil

die typischen Oligopol-Probleme auftraten. Deshalb sei es sinnvoll, eine verpflichtende Fach- und Teillosvergabe vorzugeben und einen Begründungszwang für Ausnahmen vorzusehen.

Teilweise wurde geäußert, die neue Regelung solle Auftraggeber primär dafür sensibilisieren, Ausschreibungen so zu gestalten, dass auch mittelständische Unternehmen sich beteiligen können. Dies betreffe z. B. die überbordende Forderung von Eignungsnachweisen. Forderten Auftraggeber beispielsweise für ein Straßenbauprojekt in einer beschränkten Größenordnung Eignungsnachweise, die internationale Erfahrungen im Straßenbau belegen, könne dies für mittelständische Straßenbauer einen Wettbewerbsnachteil darstellen.



Ob die Auswirkungen in der Praxis tatsächlich so groß sein werden, wie – je nach Ansicht – befürchtet oder erhofft, werden nicht zuletzt die Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen zeigen. Gelange die Frage der Losaufteilung vor die Nachprüfungsinstanzen, werde eine konkret gewählte Losaufteilung oder auch der

ausnahmsweise Verzicht auf eine losweise Vergabe darauf zu prüfen sein, ob die Entscheidung des Auftraggebers plausibel erscheine, so ein anwesender Richter am Oberlandesgericht. Dies hänge entscheidend von der Begründung im Vergabevermerk ab.

Zur Interkommunalen Zusammenarbeit, kurz IKZ, wurde diskutiert, ob nach der Entscheidung, auf eine Regelung im GWB zu verzichten, Rechtsunsicherheit bestehe.

„Nein“ war die Antwort derjenigen, die das geltende Europarecht und die darauf gründende europäische Rechtsprechung zum Beleg anführten. Die Forderung nach gesetzlichen Regelungen für Inhouse-Vergaben und Verwaltungskooperationen überrasche, weil bereits anhand der Rechtsprechung rechtssichere Konstellationen zu finden seien. Das Tekal-Urteil des EuGH inklusive einiger nachfolgender Präzisierungen regelten die Voraussetzungen, wann Ausschreibungen und damit Wettbewerb stattzufinden hätten. Wettbewerb zu eröffnen, sei zudem kein Selbstzweck, sondern positiv für die europäische Marktöffnung, den Binnenmarkt und

die Steuerzahler. Sofern die öffentliche Kooperation eine Leistung wirtschaftlicher erbringe, müsse sie den Wettbewerb mit privaten Anbietern auch nicht scheuen.

Ansatzpunkt sei die Frage, welche öffentliche Aufgabe eine Körperschaft zu erfüllen habe. Ob die Gemeinde A, wenn sie die Gemeinde B mit Abfall- und Entsorgungsdienstleistungen beauftragen möchte, das Vergaberecht außen vor lassen könne, sei höchst fraglich. Denn die öffentliche Aufgabe der Gemeinde B sei zunächst einmal, Leistungen der Daseinsvorsorge im Hoheitsgebiet der Gemeinde B zu erbringen und nicht in dem der Gemeinde A (Territorialitätsbezug zum Gemeindegebiet). Wenn die Gemeinde A entscheide, nicht selbst tätig zu werden, sondern eine Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, gehe sie auf den Markt mit dem Ergebnis, dass das Vergaberecht Anwendung finde. In diesem Fall sei die Gemeinde haushaltsrechtlich verpflichtet zu prüfen, ob eine interkommunale Kooperation mit einer anderen Gemeinde oder mit einem privaten Abfallentsorgungsunternehmen wirtschaftlicher ist. Diese Frage könne sie nur sinnvoll beantworten, wenn sie ein Vergabeverfahren durchführe.



Wolle man diese Situation ändern, müsse auf europäischer Ebene angesetzt werden. Denn größere Spielräume für den nationalen Gesetzgeber seien nicht erkennbar. Nach nationalem Recht sei es zulässig, wenn Gemeinden Zweckverbände gründeten und diesen eine Aufgabe übertragen. Ebenfalls zulässig sei die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft als Joint Venture, sofern diese gemeinsam von den Gemeinden beherrscht werde, d. h. Aufgabenerfüllung, Ausstattung der Tochtergesellschaft mit Ressourcen und Beherrschung gemeinsam erfolgten. Von unklarer Rechtslage könne daher keine Rede sein.

Es möge zwar bequemer sein, in vielen Fällen auch sinnvoller, aber dass es immer billiger sei, wenn der Staat inhouse ver gebe, werde bezweifelt. Es bestehe der Verdacht, dass in Wahrheit keine Klarheit gewollt sei, sondern ‚de lege ferenda‘ vielmehr, dass ohne weiteres ein anderer öffentlicher Auftraggeber beauftragt werden könne.

„Doch“, es gebe noch Rechtsunsicherheit, sagten demgegenüber andere. Die vielen möglichen Fallkonstellationen seien noch nicht eindeutig vom EuGH geregelt. Eine klare gesetzliche Vorgabe sei daher wünschenswert.

Aus dem Blickwinkel gerate, dass der Staats- und Verwaltungsaufbau Deutschlands anders strukturiert sei als in anderen europäischen Ländern. In Frankreich beispielsweise stelle der Zusammenschluss von Bauhöfen mehrerer Gemeinden zu einer wirtschaftlichen Einheit einen Organisationsakt und keinen Vergabevorgang dar.

In Deutschland besitze demgegenüber jede Gemeinde eine eigene Rechtspersönlichkeit. Gründeten Gemeinden einen Zweckverband, müsse in der Regel auch hier nicht ausgeschrieben werden.

Werde hingegen eine GmbH gegründet, komme es auf den Einzelfall an. Erwartet werde daher eine Rechtssetzung, die es ermögliche, Aufgabenstellungen der Gemeinden wirtschaftlich zu erfüllen. Dabei gehe es nicht um die Ausweitung von Geschäftsbereichen. Denn das Gemeindefinanzrecht regle die Subsidiarität der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung. Das sei ordnungspolitisch auch korrekt. Ob aber eine Aufgabe Daseinsvorsorge oder Markt sei, lasse sich im Einzelfall nur sehr schwer ex ante beurteilen. Hier sei der Gesetzgeber gefordert.



Gegenstand der Diskussion waren weiterhin verschiedene Fragen zu den neuen Rechtsschutzregelungen.

Kritisiert wurde, dass die neuen Rechtsschutzregelungen des GWB teilweise von der EU-Rechtsmittelrichtlinie abwichen und daher Rechtsunsicherheit drohe.

*1. Beispiel:* Nach der Rechtsmittelrichtlinie sei ein Vertrag unwirksam, wenn die Bekanntmachung des Auftrages nicht zuvor im EU-Amtsblatt veröffentlicht worden sei, nach dem GWB hingegen dann, wenn nur ein Unternehmen beteiligt worden sei. Im Ergebnis führe eine freihändige Vergabe unter zwei oder drei Unternehmen nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages nach dem GWB, selbst wenn nicht im Amtsblatt veröffentlicht worden sei, nach der Rechtsmittelrichtlinie hingegen sei der Vertrag unwirksam. Hier werde an die Bundesregierung appelliert, für eine korrekte Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie bis zum Ende der Umsetzungsfrist Anfang Dezember 2009 zu sorgen.

*2. Beispiel:* Das GWB sehe lediglich vor, dass die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt ende. Die Richtlinie fordere demgegenüber zusätzlich die Angabe der Gründe, warum von einer Ausschreibung abgesehen worden sei. Bereits im Gesetzgebungsverfahren sei von verschiedener Seite auf die Problematik hingewiesen worden, u. a. bei der Anhörung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie. Öffentliche Auftraggeber, die von der Fristverkürzung auf 30 Tage Gebrauch machen wollten, sei dringend zu raten, die Richtlinie ernst zu nehmen. Es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch die Vergabekammern und Oberlandesgerichte eine Verkürzung nur unter den Voraussetzungen der Richtlinie zulassen würden.

Diskutiert wurde weiterhin die Ausschlussfrist für Nachprüfungsanträge nach § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB, nach der die Unwirksamkeit von de-facto-Vergaben nur innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss geltend gemacht werden kann. Dies bedeute, dass nach Ablauf von sechs Monaten auch ein Vertrag wirksam sei, der unzulässigerweise ohne Ausschreibung zustande gekommen ist. Es sei fraglich, ob diese Regelung als *lex specialis* zu den §§ 134, 138 BGB anzusehen sei. Möglicherweise sei trotz der Neuregelung nach wie vor in Einzelfällen § 138 BGB einschlägig.

Die Rechtssicherheit, die die neue Regelung bringe, sei beispielsweise für Fälle wie die Vergaben durch die Allgemeinen Ortskrankenkassen wichtig. Diese seien lange davon ausgegangen, keine öffentlichen Auftraggeber zu sein und daher nicht ausschreiben zu müssen. Stelle sich dann nach Jahren heraus, dass doch ausgeschreiben hätte werden müssen, hätte die Nichtigkeit mit der Rückabwicklung des Vertrages weitreichende Folgen. Das Risiko sei nun begrenzt.

Kritisch beurteilt wurde auch die Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrages, wenn nach Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, mehr als 15 Kalendertage vergangen sind. Teilweise wurde die Regelung als europarechtswidrig angesehen, weil sie eine in der Rechtsmittelrichtlinie nicht vorgesehene Verkürzung des Rechtsschutzes darstelle. Vielfach wurde befürchtet, dass nun vermehrt Nachprüfungsanträge drohten und sich die Regelung somit kontraproduktiv zur Zielsetzung der Beschleunigung von Vergabeverfahren auswirken werde.



Im Zweifel, so wurde überlegt, müssten die Vergabekammern und Oberlandesgerichte Nachprüfungsanträge, die noch innerhalb der Angebotsfrist gestellt werden, als zulässig erachten, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Angebote vorlägen, die Prüfung eines drohenden Schadens also noch nicht möglich sei, dem Antragsteller jedoch nicht der Zugang zu einem effektiven Rechtsschutz verwehrt werden dürfe. Der Antrag bleibe wohl auch dann zulässig, wenn der Bieter ein Angebot abgebe, das sich

möglicherweise im weiteren Verlauf des Verfahrens als chancenlos herausstelle. In Konsequenz dessen würde möglicherweise dieser Antrag nur aus Kostengründen nicht zurückgenommen, mit dem nicht beabsichtigten Ergebnis, dass sich die Auftragsvergabe dadurch verzögere.

Möglicherweise wirke sich aber die Vorschrift in der Praxis gar nicht aus. Da die 15-Tages-Frist an die Zurückweisung der Rüge knüpfe, werde der Auftraggeber eventuell Rügen künftig einfach nicht beantworten. Dass eine Obliegenheit zur Rüge für den Auftragnehmer bestehe, sei bekannt. Eine Pflicht des Auftraggebers zur Beantwortung von Rügen sei hingegen nicht ersichtlich.

Einzelne Vertreter der Auftraggeberseite bewerteten das Bestreben positiv, die Auftragnehmer zu früheren Rügen zu bewegen, da auf diese Weise erwartet werde, dass Vergabeverstöße frühzeitig abgewendet werden können.

Als in sich widersprüchlich wurde die Kostenregelung in § 128 Abs. 3 und 4 GWB kritisiert.

Resümierend stellte der Moderator fest, die Plenumsbeiträge zur Podiumsdiskussion „Bilanz der Vergaberechtsreform“ hätten gezeigt, dass das Vergaberecht auch nach der Reform spannend bleibe. Denn das nationale Vergaberecht unterliege zum einen Einflüssen der EU-Kommission und der Rechtsprechung des EuGH. Zum anderen führten die neuen nationalen Regelungen im GWB zu vielen Rechtsfragen. Gefordert seien hier neben Auftraggebern und Bietern vor allem Gerichte und Berater. Inhaltlich werde sich die Vergabewelt mit Inhouse-Vergaben und interkommunaler Zusammenarbeit, mit den Grenzen des Vergaberechts, sowie mit dem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte beschäftigen. Formell werde es weiter darum gehen, ob das Modell des jetzigen Regelwerkes – Stichwort Kaskade – auch das Modell der Zukunft bleibe.

## **Workshop 1: Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht**

### **Moderation und Einführung**

**Dr. Mark von Wietersheim**

forum vergabe e.V., Berlin



Gegenstand dieses Workshops ist der Vergaberechtsschutz. Zuerst wird es um den Rechtsschutz bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte gehen, anschließend um die Änderungen bei Rechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Die Frage, ob und wie Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte gesucht werden kann, ist von erheblicher Bedeutung für Auftraggeber genauso wie für die Bieter. Für Auftraggeber stellt sich die Frage, ob sie unbehindert durch Zuschlagsverbote etc. ihren Bedarf decken und ihre Aufgaben erfüllen können. Bieter sind nicht erst in diesen unruhigen Zeiten an Aufträgen der öffentlichen Auftraggeber interessiert und suchen nach einer Möglichkeit, gegen tatsächliche oder wahrgenommene Benachteiligungen und Rechtsverstöße vorzugehen.

Der Rechtsschutz für Aufträge mit Werten oberhalb der EU-Schwellenwerte ist im GWB geregelt. Die Vergaberechtsreform hat jedoch auch für diesen Bereich zu einigen Änderungen geführt. Was bedeuten diese Änderungen? Welche Folgen haben diese Änderungen für Auftraggeber und Bieter? Welche neuen Handlungszwänge, welche neuen Handlungsalternativen tun sich für sie auf? Bei der Darstellung des Vergaberechtsreform insgesamt in der ersten Veranstaltung dieser Badenweiler Gespräche wurde dieser Bereich auch angesprochen, in diesem Workshop soll die angesprochenen Fragen gemeinsam mit Ihnen vertieft diskutiert werden.



## **Workshop 1: Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht**

### **Einführung**

#### **RA Stephan Rechten**

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



#### **1. Vorbemerkung**

Der erste Teil des Workshops "Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht" befasst sich mit dem Thema "Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich". Dieses ist gekennzeichnet zum einen durch die vermeintlich klare Positionierung der am Vergabeverfahren beteiligten Gruppen: Hier die anbietende Wirtschaft, die sich seit langem vehement für eine Ausdehnung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auf solche Auftragsvergaben einsetzt, die den jeweils einschlägigen EU-Schwellenwert nicht erreichen. Und dort die (öffentlichen) Auftraggeber, die mit gleicher Deutlichkeit eine solche Ausdehnung ablehnen. Dass die Diskussion zu diesem Aspekt oftmals mit entsprechender Emotionalität geführt wird, bleibt nicht aus.

Zum anderen wird das Thema allerdings auch durch einen ungewöhnlich klaren Rechtsrahmen bestimmt: Weder das europäische noch das nationale Recht verlangen die Ausdehnung des Nachprüfungsverfahrens über den Geltungsbereich der EU-Vergaberichtlinien hinaus. Und auch die Politik hat in diesem Umfeld bisher stets davon abgesehen, die Erweiterung des Anwendungsbereich der §§ 102 ff. GWB zu fordern, geschweige denn proaktiv durchzusetzen.

In diesem Kontext fokussieren sich meine einführenden Anmerkungen zunächst auf eine Bestandsaufnahme, in deren Rahmen Aspekte zusammengetragen und bewertet werden sollen, die mit dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutz in Verbindung stehen. Sodann werde ich einige Punkte herausarbeiten, in denen ich nicht nur für die anbietenden Unternehmen sondern auch für die Auftraggeber Vorteile einer Ausdehnung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auf den

Unterswellenbereich erkenne. Schließlich werde ich einige Überlegungen dazu anstellen, wie eine solche Ausdehnung de lege ferenda ausgestaltet werden könnte.

## **2. Bestandsaufnahme**

### **2.1 Primärrechtsschutz im Oberswellenbereich**

Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz in seiner heutigen Form wurde durch das Vergaberechtsänderungsgesetz am 1. Januar 1999 eingeführt. Zu dieser "ersten Dekade des Nachprüfungsverfahrens" lassen sich folgende Feststellungen treffen:

- Bund und Länder haben insgesamt 27 Vergabekammern eingerichtet. Für die Entscheidung über Sofortige Beschwerden gem. §§ 116 ff. GWB existieren pro Bundesland ein Vergabesenat bei dem jeweiligen bzw. einem Oberlandesgericht. Damit ist eine flächendeckende "Versorgung" mit Nachprüfungsinstanzen sichergestellt.
- Seit 1999 wurden pro Jahr durchschnittlich rund 1.100 Nachprüfungsverfahren bei den Vergabekammern und ca. 220 Sofortige Beschwerden bei den Oberlandesgerichten angestrengt. Beide Werte entwickelten sich anfangs verhalten dynamisch, während in den letzten Jahren eine Stagnation bzw. teilweise leicht rückläufige Tendenz erkennbar ist. Von den eingeleiteten Nachprüfungsverfahren führen durchschnittlich nur ca. 30% zu einer Sachentscheidung, pro Jahr also etwa 300 bis 350 Fälle. Zwar haben sich die Vergabekammern auch mit den unzulässigen oder anderweitig erledigten Anträgen zu befassen; allerdings ist hier keine (zeitaufwändige) Sachentscheidung zu treffen.
- Die gesetzliche 5-Wochen-Frist für eine Entscheidung im Nachprüfungsverfahren (§ 113 Abs. 1 GWB) wird von den Vergabekammern überwiegend eingehalten, Verfahrensverlängerungen bewegen sich zum allergrößten Teil in einem Zeitraum von ein bis zwei Wochen. Insofern kann also nach wie vor in der Praxis erstinstanzlich in kürzester Zeit eine valide Entscheidung in einem Nachprüfungsverfahren herbeigeführt werden.

Der Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz kam vier Jahre nach Einführung des Nachprüfungsverfahrens dann auch zu einem positiven Votum: "Die unabhängig und weisungsfrei arbeitenden Vergabekammern haben sich in der Praxis grundsätzlich bewährt. Der vergaberechtliche Sachverstand der Vergabekammern, insbesondere bei der Vergabekammer des Bundes, ist anerkannt. [...] Bei jährlich ca. 15.000 Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte von ca. 30.000 öffentlichen Auftraggebern zeigt dies, dass der Vergaberechtsschutz im beachtlichen Umfang in Anspruch genommen wird. Der Ansturm ist nicht in dem befürchteten Maß eingetreten. Allerdings sind immerhin ca. 7% der Vergaben oberhalb der Schwellenwerte vor den Nachprüfungsinstanzen angegriffen worden. Die Einrichtung spezieller Vergabesenate bei den

Oberlandesgerichten hat sich als hilfreich erwiesen. [...]". Und dies, obwohl zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Berichts die Anzahl der jährlichen Nachprüfungsverfahren auf einem Höchststand rangierte und die Erfahrungen auch der Nachprüfungsinstanzen mit dem Kartellvergaberecht zu diesem Zeitpunkt noch recht jung waren. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass die dem Erfahrungsbericht zugrunde liegende Auswertung der vom Bundeswirtschaftsministerium durchgeführten Fragebogenaktion vom 14. Juni 2003 aufzeigte, dass neben Unternehmen und Anwälten auch die Vergabekammern mehrheitlich einen vergaberechtlichen Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich gefordert hatten.

Schließlich ist zu attestieren, dass Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich seit Einführung der Möglichkeit der Geltendmachung subjektiver Rechte (§ 97 Abs. 7 GWB) in einem effektiven und effizienten Primärrechtsschutz deutlich sorgfältiger vorbereitet und durchgeführt werden. Insofern kommt der jederzeitigen Möglichkeit, (Verfahrens-)Entscheidungen zu rügen und überprüfen zu lassen, auch ein nicht unerhebliches Gewicht im Bereich der Korruptionsprävention zu.

## **2. 2 "Primärrechtsschutz" im Unterschwellenbereich**

Unbestritten ist, dass es auch im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte die Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes gegen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge gibt. Dies gebietet bereits Art. 19 Abs. 4 GG. Allerdings ist dieser in der Praxis kaum tauglich, da er – unabhängig von seiner fehlenden Effektivität – nach wie vor vollkommen zersplittert ist.

Wie sich aus der nachfolgenden Grafik ergibt, wurde zwar durch die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene klare Zuweisung entsprechender Streitigkeiten an die Zivilgerichtsbarkeit ein wesentlicher Faktor in dem Kompetenz-Wirrwarr eliminiert. Im Rahmen der zuletzt immer wieder angestregten zivilprozessualen Eilverfahren auf Unterlassung eines bevorstehenden Zuschlags wurden – mangels eindeutiger Zuständigkeit – jedoch höchst unterschiedliche Spruchkörper bemüht – mit äußerst unterschiedlichen Ergebnissen.

Zwar zeigt sich in der Grafik, dass auch im Oberschwellenbereich unterschiedliche Zuständigkeiten entstehen können. Während hiervon allerdings stets nur seltene Einzelfälle betroffen sind, besteht eine "Zuständigkeitsbeliebigkeit" im Unterschwellenbereich, in dem sich zwischen 90 und 95% aller Auftragsvergaben abspielen, geradezu systematisch. Hinzu kommt, dass auch der Maßstab, wann ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, die Zuschlagserteilung zu unterlassen, erfolgreich sein kann, äußerst unterschiedlich angelegt wird: Während einige Gerichte einem Unterlassungsanspruch nur bei Nachweis einer Willkürentscheidung des Auftraggebers stattgeben, gewähren andere Gerichte bei deutlich geringeren Anforderungen (vorläufigen) Rechtsschutz.

### **3. Vorteile einer Ausdehnung des Nachprüfungs- Verfahrens auf den Unterschwellenbereich**

Unabhängig von der Frage, ob die Zweiteilung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes zwischen Ober- und Unterschwellenbereich und die hieraus resultierenden Auswirkungen ge- bzw. erwünscht sind oder nicht, enthält das Nachprüfungsverfahren eine Reihe von verfahrensrechtlichen Aspekten, deren Existenz im Unterschwellenbereich für die anbietende Wirtschaft, aber auch für die Auftraggeber, deutliche Verbesserungen gegenüber dem Status quo mit sich bringen würden.

- Für die Bieter ist der von der Rechtsprechung zwar restriktiv interpretierte und im Rahmen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes mittlerweile deutlich eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz des § 110 GWB nach wie vor deutlich komfortabler als der im Zivilprozess herrschende Beibringungsgrundsatz. Insbesondere im durch Geheimwettbewerb charakterisierten Vergabeverfahren ist es den Wettbewerbern vielfach kaum möglich, von Vergabefehlern Kenntnis zu erlangen. Das diese aufgrund der prozessualen Rahmenbedingungen insofern nicht angreifbar sind, ist nur schwer zu akzeptieren. Die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und einiger Länder können nur sehr bedingt einen Ersatz für das – im Unterschwellenbereich fehlende – Recht auf Akteneinsicht (§ 111 GWB) bringen.
- Selbst wenn ein Wettbewerber in einem Unterschwellenvergabeverfahren positive Kenntnis von einem Rechtsverstoß hat, ist es in Ansehung der höchst unterschiedlichen Maßstäbe, die die erkennenden Zivilgerichte an den Erlass einer entsprechenden Unterlassungsverfügung anlegen, kaum prognostizierbar, ob die geltend gemachten Verstöße immer auch dann greifen, wenn die entsprechenden materiellen Vergaberechtsvorschriften im Oberschwellenbereich eindeutig bieterschützenden Charakter haben. Eine Vereinheitlichung von Ober- und Unterschwellenrechtsschutz würde diese Asynchronität beseitigen.
- Erlässt ein Zivilgericht auf Antrag eines Wettbewerbers eine Einstweilige Verfügung, so erfährt der Auftraggeber hiervon erstmals mit deren Zustellung. In diesem Moment hat er den Zuschlag auf jeden Fall zu unterlassen, bis die hiergegen angestrengte Verhandlung in der Hauptsache abgeschlossen ist. Die für den Auftraggeber aus diesem Blickwinkel vorteilhaft zu bewertende Pflicht des Bewerbers oder Bieters, behauptete Rechtsverstöße zunächst zu rügen (§ 107 GWB) und damit die Gelegenheit zu geben, das Verhalten zu ändern, existiert im Unterschwellenbereich nicht. Sofern hier also eine Eilentscheidung erwirkt wird, bedeutet dies in jedem Fall ganz erhebliche Verzögerungen des hiervon betroffenen Vergabeverfahrens.
- Zudem ist auch die Tenorierung einer entsprechenden Unterlassungsverfügung – anders als bei den Entscheidungen der Vergabekammern und Oberlandesgerichte

– nicht verfahrenslenkend. Der bloße Unterlassungsbefehl stellt den Auftraggeber vor die Frage, ob und mit welchen Maßnahmen er eine "Heilung" seines Verfahrens erwirken kann, beantwortet diese – anders als die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren – aber nicht. Auch dies kann für ihn nicht vorteilhaft sein.

- Schließlich würde eine Kompetenzzuweisung an die Nachprüfungsinstanzen auch im Unterschwellenbereich eine enorme Konzentrationswirkung mit sich bringen. Dies würde auch zu einer Vereinheitlichung der Spruchpraxis beitragen und wäre sowohl für Auftraggeber als auch für anbietende Unternehmen ein deutlicher Vorteil.

#### **4. Anregungen zur Ausgestaltung des Unterschwellenprimärrechtsschutzes de lege ferenda**

Resümiert man hiernach, dass eine Einführung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens auf den Unterschwellenbereich maßgeblich dazu beitragen könnte, dass der dortige Primärrechtsschutz effektiver, in Einzelaspekten auch für Auftraggeber vorteilhafter und in jedem Fall deutlich konzentrierter würde, wird einer entsprechenden Umsetzung allerdings stets auch das Argument entgegengehalten, dass allein aufgrund der quantitativen Verteilung der Vergabeverfahren auf Ober- und Unterschwellenbereich mit einer Verfahrensflut zu rechnen wäre, die das im Oberschwellenbereich bewährte Rechtsschutzsystem schnell zum Erliegen bringen könnte.

Dem kann bereits entgegengehalten werden, dass andere europäische Länder, in denen (teilweise schon immer) ein einheitlicher vergaberechtlicher Primärrechtsschutz unabhängig von Schwellenwerten gilt, keine entsprechenden Erfahrungen gemacht haben. So geht beispielsweise aus den Tätigkeitsberichten des Österreichischen Bundesvergabeamtes hervor, dass in der Regel rund zwei Drittel aller Nachprüfungsverfahren Aufträge im Oberschwellenbereich betreffen und damit Rechtsschutz gegen Unterschwellenvergaben offensichtlich nur in Ausnahmefällen gesucht wird.

Weiterhin könnte einer solchen Gefahr bereits dadurch begegnet werden, dass das Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich entsprechend modifiziert wird:

- Dies kann einerseits durch eine Änderung und Anpassung der verfahrensrechtlichen Regelungen geschehen. Unter dem Stichwort "Vergaberechtsschutz light" könnten dabei beispielsweise Fristen verkürzt oder "Einzelrichterentscheidungen" eingeführt werden. Zu konstatieren ist allerdings, dass hierzu ein ausgereiftes und in sich stimmiges Gesamtkonzept, das über punktuelle Vorschläge hinausgeht, nach wie vor noch nicht vorgelegt worden ist.
- Andererseits kann aber auch der Anwendungsbereich für das Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich sukzessive ausgedehnt werden. Dabei würde in einem ersten Schritt – unter Beibehaltung des vollumfänglichen

und gegenüber dem Oberschwellenrechtsschutz ohne Einschränkungen anzuwendenden Nachprüfungsverfahrens – der diesbezüglich relevante Schwellenwert bei Auftragsvergaben im Liefer- und Dienstleistungsbereich von heute 206.000 Euro auf beispielsweise 150.000 Euro und im Baubereich von derzeit 5.150.000 Euro auf beispielsweise 4.000.000 Euro abgesenkt. Dies hätte den Vorteil, dass eine Verfahrenslawine nicht befürchtet werden müsste und bei positivem Verlauf die Wertgrenzen dann in weiteren Schritten weiter abgesenkt werden könnten. Hierbei wäre dann auch zu berücksichtigen, dass bei einer unveränderten Gebührenstruktur bereits die Verfahrens- und Rechtsberatungskosten eine übermäßig häufige Nachprüfung von Klein- und Kleinaufträgen effektiv verhindern würden. Schließlich könnte auch eine absolute Untergrenze z. B. dort gezogen werden, wo auch nach Ansicht der Kommission von einer Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags nicht mehr ausgegangen werden muss.

Insbesondere mit dem letztgenannten Vorschlag könnte für die Praxis viel Gutes getan werden, ohne eine Verfahrensflut und damit eine Überforderung des Nachprüfungsverfahrens in allen Bereichen befürchten zu müssen.

## Workshop 1: Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht<sup>1</sup>

### Einführung

#### ROR Bernhard Fett

Sächsisches Staatsministerium des Innern, Dresden



### 1. Vorbemerkung

Der Workshop „Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht“ befasst sich zum einen mit der Frage der Notwendigkeit bzw. den Vorteilen der Erstreckung eines effektiven Rechtsschutzes auf den Unterschwellenwertbereich und untersucht zudem exemplarisch, ob sich im Oberschwellenwertbereich die gerade in Kraft getretenen Neuregelungen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes noch im Rahmen der EU-Vorgaben und der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere des EuGH, halten. Dabei beschränken sich meine Angaben zum Unterschwellenwertbereich auf eine kritische Gegenposition zu Herrn Rechtsanwalt Rechten aus allein rechtlicher Sicht.

Ich habe zunächst als Vorsitzender eines zweitinstanzlichen Vergabeüberwachungsausschusses im Oberschwellenwertbereich (1996-1999) einen zahnlosen Tiger miterlebt, der rechtlich einen Zuschlag nicht verhindern konnte, bevor ich als Vorsitzender einer erstinstanzlichen Vergabekammer ab 1999 die Installation eines sehr effektiven Rechtsschutzes begleitet habe, der nachdem die Vorinformation mit Nichtigkeitsfolge nach § 13 VgV (2001) eingeführt wurde, noch an Durchschlagkraft gewonnen hat.

Danach habe ich neben meiner Tätigkeit in einer Zentralen Vergabestelle in Sachsen seit dem 1. Januar 2003 auch einen qualifizierten Unterschwellenwert-Rechtsschutz als

---

1 Durchgesehene Mitschrift des freien mündlichen Vortrags vom 14. Mai 2009. Ergänzt wurden lediglich einige Fußnoten (u. a. mit statistischen Angaben und Quellenhinweisen) und kursiv gehaltene Originalzitate aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006, 1 BvR 1160/03. Die Ausführungen geben allein die persönliche Auffassung des Autors wieder.

Aufsichtsbehörde kennengelernt. Aufgrund der Regelungen in der Durchführungsverordnung zum Landesvergabegesetz (§ 9) gibt es dort schon jetzt eine automatische einwöchige Vorinformation vor dem Zuschlag ab 50.000 Euro (VOL/A) bzw. und 150.000 Euro (VOB/A) Auftragswert.

Und aus diesen vielfältigen Erfahrungen heraus muss ich sagen, dass ich ein bisschen Probleme habe mit der Rechtsprechung, auch des Europäischen Gerichtshofes, in der über die Artikel 43, 48, 49 EGV ein gewisses „Vergaberegime“ auch unterhalb der Schwellenwerte oder bei vom Vergaberecht eigentlich ausgenommenen Sachverhalten konstruiert wird. Im Rahmen dieser Betrachtung wissen wir immer noch nicht genau, was die viel beschworene „Binnenmarktrelevanz“ einer Auftragsvergabe ist. Insoweit gab es lediglich in Mitteilungsentwürfen der Kommission gewisse Hausnummern (zehn bzw. 20 Prozent des Schwellenwerts). Aber das gegen die letztlich ohne konkrete Wertangaben auskommende Mitteilung von der Bundesregierung angestrebte Verfahren vor dem europäischen Gericht 1. Instanz (T-258/06) wird vielleicht aufgrund mangelnder Regelungsdichte einer Mitteilung ausgehen wie das Hornberger Schießen.

Dabei sollte man sich meiner Ansicht nach zunächst an die einmal gemeinsam verabredeten Schwellenwerten halten und sich zunächst auch (nur) an diesen orientieren oder diese ggf. auf europäischer Ebene gemeinsam abzusenken versuchen, wenn man parallel eine Ausdehnung des Rechtsschutzes nach unten auf generalisierender Rechtsgrundlage haben will.

Zudem bringen wir jetzt demnächst in die Vergabe- und Vertragsordnungen eine noch nie gekannte Ex-Ante-Transparenz, so dass wir auch dort schon Erhebliches für mehr Transparenz der Vergabeverfahren tun. Ob der Rechtsschutz dem immer 1:1 folgen muss, wage ich – auch vor dem Hintergrund der dazu ergangenen Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen – zu bezweifeln.

Normalerweise ist ja auch die EU-Rechtsmittelrichtlinie ab Erreichen der EU-Schwellenwerte nur dazu da, die Bestimmungen der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie überprüfbar zu machen. Deshalb gibt es immer eine Kongruenz zwischen dem Rechtsschutz und dem materiellen Vergaberecht. Und wenn das materielle Recht unterhalb der Schwellenwerte außerhalb der Befugnisse der EU liegt, sollte man sich sehr gut überlegen, ob man den Rechtsschutz davon im rein nationalen Umfeld ohne Not abkoppelt.

Zuzugeben ist auf der anderen Seite, dass im Mustermodell in Sachsen seit dem 01.01.2003 keine Flut von Nachprüfungsbeschwerden unterhalb der Schwellenwerte zu verzeichnen ist<sup>2</sup>. Ähnliches muss wohl auch im Hinblick auf Österreich zu

---

2 In den Jahren 2005-2008 gingen insgesamt 486 (297 VOL/189VOB) Anträge bei den sächsischen Nachprüfungsbehörden ein, von denen lediglich 32 (11 VOL/21 VOB) zugunsten der Antragsteller

konstatieren sein. Dort hatte man ja im Nachgang der damaligen anders lautenden Verfassungsgerichtsentscheidung den Rechtsschutz auch unterhalb der Schwellen eingeführt, ohne dass das Vergabewesen dort kollabiert wäre. Von daher ist erweiterter Rechtsschutz durchaus eine praktische Alternative, die aber – und dass ist nach meiner Ansicht entscheidend – rechtlich nicht zwingend erforderlich ist.

## **2. Bestandsaufnahme**

### a) Unterschwellenwertbereich

Im Übrigen gibt es im derzeitigen unterschwelligen Rechtsschutz diese vier Problemfelder, die Herr Rechtsanwalt Rechten auch schon kurz angesprochen hat:

- Beibringungs- und kein Amtsermittlungsgrundsatz
- über § 945 ZPO ein verschuldensunabhängiges Schadenersatzrisiko des Bieters im gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzverfahren
- keinerlei Information vor dem Zuschlag, insbesondere in Verfahren, die den Geheimwettbewerb vor sich tragen, wie es die VOL/A ohne einen öffentlichen Submissionstermin tut
- keine Akteneinsichtsrechte

Eine Ausnahme dürfte es nur in den Bundesländern geben, die schon über Informationsfreiheitsgesetze verfügen, weil die Vergabe- und Vertragsordnungen unterhalb der EU-Schwellenwerte keine entgegenstehende Rechtsnormqualität haben. Diese Kenntniserlangung von den wahren Umständen einer Vergabe ist aber das A und O, damit ich überhaupt in die Lage versetzt werde, ein Rechtsschutzverfahren sinnvoll anstrengen zu können.

Wenn ich somit effektiven Rechtsschutz auch im Unterschwellenwertbereich haben will, dann geht dies nicht scheinchenweise; also wenn ich effektiven Rechtsschutz haben will, dann nur mit Akteneinsichtsmöglichkeiten, mit allen Schikanen. Und wenn man in diese Richtung geht, dann kann man ja darüber nachdenken, irgendeine Bagatellgrenze einzuziehen, wo man den Rechtsschutz nach unten dann enden lassen will, so wie es Sachsen getan hat.

Zudem gebe ich aus rechtlicher Sicht zu bedenken, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 die dazu ergangene Leitentscheidung war und ist.

Dies zeigt sich gerade auch in der unterschiedlichen Behandlung dieser Problematik in den beiden Entscheidungen des Ersten und Zweiten Senats des

---

ausgingen, aber 432 (280 VOL/153 VOB) zugunsten der Vergabestellen (bei 21 sonstigen Erledigungen) entschieden wurden. Quelle: Landesvergabeberichte Sachsen 2005, 2006, 2007 und 2008, [www.smwa.sachsen.de](http://www.smwa.sachsen.de)

Bundesverfassungsgerichts (Beschluss v. 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 597 einerseits und Beschluss v. 13. Juni 2006, 1 BvR 1160/03, VergabeR 2006, 871 andererseits).

In der erstgenannten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht für den Oberschwellenwertbereich ohne größere Erörterung die Anwendbarkeit von Art. 19 Absatz 4 GG bejaht. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in der nachfolgenden Entscheidung eindeutig klargestellt, dass die öffentliche Hand unterhalb der EU-Schwellenwerte gerade nicht als Trägerin öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Absatz 4 GG agiert, da der Staat vielmehr lediglich als Nachfrager am Markt tätig wird, um seinen Bedarf an bestimmten Gütern oder Leistungen zu decken. Es besteht dort lediglich ein Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG, der allein über den Justizgewährungsanspruch nach Art. 20 Abs. 3 GG verfolgt werden kann. Der Vergabestelle ist es deshalb (nur) verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen oder mit den Worten des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts:

*„... Der Staat wird als Nachfrager am Markt tätig, um seinen Bedarf an bestimmten Gütern oder Leistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Auf seine übergeordnete Rechtsmacht greift er bei seiner Vergabeentscheidung nicht zurück, so dass kein Anlass besteht, seine Maßnahme als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen.“ (Rz. 52)*

*„... Die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes genügen rechtsstaatlichen Anforderungen.“ (Rz. 66)*

*„Es liegt im Hinblick auf Vergabeentscheidungen im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, das Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Ausführung der Maßnahmen und das des erfolgreichen Bewerbers an alsbaldiger Rechtssicherheit dem Interesse des erfolglosen Bieters an Primärrechtsschutz vorzuziehen und Letzteren regelmäßig auf Sekundärrechtsschutz zu beschränken. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, eine auch faktisch realisierbare Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes im Vergaberecht zu schaffen. Insbesondere muss er keine Pflicht der vergebenden Stelle zu einer rechtzeitigen Information der erfolglosen Bieter regeln, wie sie sich für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte in § 13 VgV findet.“ (Rz. 74)*

Deshalb will ich einmal den advocatus diaboli gegenüber Herrn Rechtsanwalt Rechten spielen und sagen, wenn wir uns überlegen, dass sich ein Bieter im Prinzip ja selbst oberhalb der Schwellenwerte, insbesondere nach der BGH-Rechtsprechung vom 26.09.2006 (X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59), in einem Nachprüfungsverfahren den Zuschlag kaum verschaffen kann und dies aufgrund der unbestreitbar noch größeren Beurteilungsspielräume auch im Unterschwellenwertbereich kaum anders sein dürfte

(nicht realisierbarer Kontrahierungszwang, BGH, Urteil v. 5. November 2002, X ZR 232/00, VergabeR 2003, 163), dann bin ich dezidiert der Meinung, wir sollten es beim Status quo belassen.

Insoweit folge ich dem Gesetzgeber voll und ganz, der ausdrücklich im nunmehr beendeten Novellierungsprozess aus den auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Kosten- und Zeitgründen unter Verweis auf diese Verfassungslage davon abgesehen hat, auch den Rechtsschutz im Unterschwellenwertbereich anzugehen.

b) Oberschwellenwertbereich (GWB).

Zum endlich am 24.04.2009 in Kraft getretenen GWB (BGBl. 2009, S. 790) will ich kurz sagen, dass dort nach meiner Meinung auch der Bundesrat mit seinen Gegenvorschlägen und seiner konstruktiven Kritik noch spürbare Verbesserungen im jetzigen Gesetz mit initiiert hat.

aa) § 101 a Absatz 1 S. 4 GWB-E

Ich habe ja selbst schon vor dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren in einer Leseranmerkung (IBR 2008, 403) darauf hingewiesen, dass die ehemals noch beabsichtigte Fassung des § 101 a Abs. 1 S. 4 HS 2 GWB „auf den Zugang der Information kommt es nicht an“, wohl einer aktuellen EuGH-Entscheidung zum spanischen Recht (EuGH, Urteil v. 03.04.2008, Rs. C-444/06, VergabeR 2008, 776) widersprechen dürfte. Denn zwischen tatsächlich erhaltener Vorinformation und dem Vertragsschluss müssen mindestens zehn Tage liegen, so auch Erwägungsgrund 6 und Art. 2 a Abs. 2 S. 1 der neuen RL 2007/66/EG.

Zum Glück wurde dies von dieser ehemals beabsichtigten Fassung (3. März 2008) bis zur Fassung vom 11. Mai 2008 auf „auf den Tag des Zugangs kommt es nicht an“ wieder im Sinne des alten § 13 VgV abgeändert.

Aber auch im eigentlichen Gesetzgebungsprozess stellte sich auch aus Ländersicht die Frage, welche der Regelungen im Entwurf des Gesetzes vielleicht europarechtlich und verfassungsrechtlich problematisch und deshalb korrekturbedürftig sein könnten.

Dort hätte man aus Sicht etwa einer Vergabekammer vorschnell urteilen können, da ist ja so vieles dabei an Beschränkungen des bisherigen Rechtsschutzes, das kann ja alles nur verfassungswidrig und EU-widrig sein.

Bei näherer Prüfung ist aber nahezu ausnahmslos das Gegenteil zu konstatieren.

Diese Einschätzung beruht auf mehreren Säulen.

Zum einen gibt es ja eine neue EU-Rechtsmittelrichtlinie (2007/66/EG) aus dem Dezember 2007, die die zwei bisherigen Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG (für

klassische Auftraggeber) und 92/13/EWG (für Sektorenauftraggeber) entscheidend abgeändert hat.

Diese Änderungen sind eigentlich erst bis zur zweijährigen Umsetzungsfrist (20. Dezember 2009) in nationales Recht zu überführen, werden aber nunmehr mit dem reformierten GWB schon vorfristig in Kraft gesetzt.

Deshalb muss man sehr aufpassen, nicht einfach im Lichte der bisherigen Regelungen, aber auch in der Vergangenheit erfolgter Gerichtsentscheidungen, zu argumentieren.

Der neu gefasste Artikel 1 Abs. 1 der aktuellen Rechtsmittelrichtlinie sagt nunmehr, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem rasch *nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2 f der Richtlinie* auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nachgeprüft werden können.

Dies stellt eine Einschränkung gegenüber der vorherigen unbedingten Sicherstellung dar, auch wenn nunmehr erstmals eine Stillhalte- und Vorinformationsfrist auch in der Rechtsmittelrichtlinie implementiert wurde.

Dabei sind auch die jetzt in § 101 b eingezogenen und einschränkenden Fristen (30-Tages-Frist ab Kenntnis bzw. 6-Monats-Frist ab EU-Veröffentlichung der Vergabe) zur Geltendmachung einer vergaberechtswidrigen De-facto-Vergabe im Prinzip nur upgedatete Regelungen, die – vielleicht nicht 1:1, aber sehr häufig doch direkt – aus der neuen Rechtsmittelrichtlinie stammen.

Deshalb sind wir in Deutschland vor der Flut und setzen mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz zum 24. April 2009 Dinge erstmals schon vor der Umsetzungsfrist im Dezember 2009 um.

Selbstverständlich war unser bisheriger § 13 VgV ein gewisses Vorbild auch für die neue Rechtsmittelrichtlinie und deren Stillhaltefrist. Aber die Neuregelung samt Umsetzung im deutschen Recht (§ 101 a und b GWB) ist eine sehr viel liberalere und nicht so rechtsschutzintensive Regelung, wie es früher einmal § 13 VgV im deutschen Recht mit der knallharten Nichtigkeitsfolge war.

Insoweit ist in der Praxis insbesondere die etwas versteckt stehende Regelung in § 131 Absatz 8 GWB zu beachten. Danach muss man immer noch vollkommen altes Recht für Vergabeverfahren anwenden, die vor dem 24. April 2009 begonnen wurden plus darauf fußender Nachprüfungsverfahren. Dort besteht jetzt die große Praxisgefahr mit Nichtigkeitsfolge bei der zu beachtenden Vorinformationsfrist, dass ich gewohnheitsmäßig bei elektronischer Vorinformation nicht berücksichtigter Bieter die nunmehrige verkürzte Zehn-Tages-Frist des § 101 a Absatz 1 S. 4 GWB anwende. Tatsächlich gilt aber in Altverfahren noch § 13 VgV, dessen (alte) 14-Tages-Frist ich

durch eine Faxmitteilung oder eine elektronische Vorinformation überhaupt nicht verkürzen kann.

Insoweit sei auch auf eine alte Entscheidung der Vergabekammer Sachsen zu 23 VgV<sup>3</sup> (Beginn eines Vergabeverfahrens) hingewiesen. Denn ein Vergabeverfahren beginnt noch nicht mit einer unverbindlichen Vorinformation, sondern erst mit der Absendung der Bekanntmachung (§ 3 Abs. 10 VgV) oder dem erstmaligen Herantreten an einen Verhandlungspartner zur Abgabe eines Angebotes.

Meine Hauptthese für Badenweiler lautet deshalb vor die Klammer gezogen:

*(Fast) Alle Änderungen im GWB-Rechtsschutz durch das am 24. April 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. 2009, Seite 790) sind konform mit der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG und halten sich auch noch innerhalb der von der Rechtsprechung (EuGH und BVerfG) gezogenen europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen.*

Es gibt lediglich kleine Nuancen, in denen dies nach meiner Ansicht nachstehend nicht der Fall ist.

bb) § 107 Absatz 3 S. 1 Ziffer 4 GWB

Vor dem Hintergrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung ist zum Beispiel gegen die Einführung einer 15-Tages-Frist zwischen der Zurückweisung einer Rüge durch den Auftraggeber und der Antragsstellung bei der Vergabekammer (§ 107 Absatz 3 S. 1 Ziffer 4 GWB) nichts einzuwenden.

So hat der EuGH im Jahr 2003 (Urteil v. 27.02.2003, Rs. C-327/00, VergabeR 2003, 305) entschieden:

„Ausschlussfristen nach nationalem Recht dürfen (nur) nicht dazu führen, dass eine effektive Überprüfung von Vergabeverfahren unmöglich wird“

Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint lediglich § 115 Absatz 4 GWB, nicht aber § 107 Abs. 3 S. 1 Ziffer 4 GWB, problematisch.

cc) § 107 Absatz 3 S. 1 Ziffer 2 GWB

Zudem ist auf die Vorlage des OLG Bremen an den EuGH zu verweisen, der sich schon einmal mit dem bisherigen § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB (= § 107 Absatz 3 S. 1 Ziffer 2 GWB, neu) beschäftigt hat.

---

3 Beschluss v. 23. Mai 2001, 1 /SVK/34/01

Der EuGH (Urteil v. 11.10.2007, Rs. C-241/06, VergabeR 2008, 61) hat insoweit grundsätzlich anerkannt, dass ich als Unternehmen/Bieter eine generelle Rügeverpflichtung habe für Fehler, die aus einer Bekanntmachung erkennbar sind.

dd) § 115 Absatz 4 GWB

Problematisch ist aber tatsächlich die Neuregelung in § 115 Absatz 4 GWB.

Die reine Behauptung der Vergabestelle, das ein Vergabeverfahren dem 100 Abs. 2 d GWB (Sicherheitsinteressen des Staates etc. pp.) unterliegt, führt neuerdings zur Verpflichtung der Vergabekammer zur unverzüglichen Zustellung eines entsprechenden Schriftsatzes an die Antragstellerseite mit der Folge, dass nach zwei Tagen der Suspensiveffekt mehr oder weniger weg ist, weil der Zuschlag danach erteilt werden darf, es sei denn die Antragstellerseite stellt beim OLG einen Antrag nach § 121 GWB.

Diese Regelung erscheint zunächst aufgrund der bisherigen Erfassung in Artikel 10 und 14 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (z. T. ausgenommen vom Geltungsbereich der Rechtsmittelrichtlinie) durchaus akzeptabel.

Bei genauerer Betrachtung stellt sie sich jedoch als EU-widrig dar.

Nach der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung (Urteil v. 11.01.2005, Rs. C-26/03, VergabeR 2005, 44) muss der persönliche und sachliche Anwendungsbereich – dort der (alten) Dienstleistungsrichtlinie – immer auch rasch und insbesondere wirksam überprüfungs-fähig sein. Also etwas kann durchaus aus dem Vergaberegime herausgenommen sein, aber ich muss es einem Gericht zuführen, das überprüft, ob es auch tatsächlich dem Anwendungsbereich nicht unterliegt. Das ist die Quintessenz dieser EuGH-Entscheidung (Stadt Halle) und auch dieser Aspekt ist wirklich problematisch im § 115 Absatz 4 GWB, weil dort zunächst keine schriftlich begründete Entscheidung der Vergabekammer erfolgt.

Dies allein kennen wir aber auch schon aus der Untätigkeitsbeschwerde nach § 116 GWB nach Ablauf der fünf-wöchigen Entscheidungsfrist der Vergabekammer. Auch da wird ja auch nichts publiziert und der Nachprüfungsantrag gilt trotzdem als abgelehnt.

Im Unterschied zur Untätigkeitsbeschwerde bestehen aber bei § 115 Absatz 4 GWB nur knapp zwei Tage Zeit, um das OLG anzurufen und den eigentlich möglichen Zuschlag zu verhindern. Diese Zeitspanne dürfte insbesondere wegen des beim OLG auch noch herrschenden Anwaltszwangs kaum den Vorgaben des EuGH für eine wirksame Überprüfungs-möglichkeit vor einem irreversiblen Zuschlag entsprechen.

Aber zu § 115 Absatz 4 GWB bekommen wir baldigst eine neue eigene Verteidigungsrichtlinie, die dann auch zu beachtende Standards für Nachprüfungsverfahren enthalten wird, die es umzusetzen gilt.

ee) §§ 115, 118, 121 GWB

Auch hinsichtlich der Neuregelungen im einstweiligen Rechtsschutz (§§ 115, 118 und 121 GWB) hat sicherlich der Bundesrat mit seiner massiven Kritik an der ehemals beabsichtigten Fassung mittelbar dafür gesorgt, dass letztlich (noch) EU-konforme Regelungen Gesetz geworden sind.

Die wirtschaftlichen Interessen sind zwar in der schlussendlichen Fassung als reiner Abwägungsbelang immer noch enthalten. Dies entspricht aber ohnehin der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur alten Rechtslage und kann deshalb im Rahmen eines Erst-Recht-Schlusses auch auf die Neuregelungen übertragen werden.

Denn der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 9. April 2003 (Rs. C-424/01, VergabeR 2003, 649) anerkannt, dass es auch eine Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz geben kann, in der nicht auf die Erfolgsaussichten der Beschwerde abgestellt wird, sondern nur auf die sonstigen Interessen wie etwa eine befürchtete Verzögerung der Auftragsvergabe.

Das heißt, auch die Regelung in § 115 Absatz 2 S. 4 GWB zur Zuschlagsgestattung ist sicherlich EU-konform. Dabei muss man zusätzlich einstellen, dass es dabei ja um einen Gestattungsantrag in der ersten, nicht gerichtlichen, Nachprüfungsinstanz geht. Die Rechtsmittelrichtlinie hat nur ganz wenige Regelungen für eine denkbare erste Instanz, aber sie beschäftigt sich im Wesentlichen mit der unabhängigen gerichtlichen Instanz und deshalb kann man natürlich die Gestattungsvoraussetzungen bei der Vergabekammer schärfer regeln wie beim zweitinstanzlichen Gericht. Deshalb gibt es in § 121 GWB auch keine parallele Bestimmung zu § 115 Absatz 2 S. 4 GWB.

Bei § 118 GWB ist es ähnlich. Dort hat ja der Antragsteller in der ersten Instanz verloren. Also bin ich der Meinung, dann muss er aber auch erhebliches Abwägungspotenzial in die Waagschale werfen, damit er die weitere aufschiebende Wirkung seines Nachprüfungsantrags durch das OLG bewilligt erhält. Deshalb muss er dann auch wirklich neue Argumente bringen und sich auch Gegenargumenten, Verzögerungseinwänden und Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten stellen und aus dem Felde schlagen.

Das parallele Abwägungsszenario zu § 118 GWB ist in § 121 GWB hingegen durchaus problematisch. Denn in dieser Gestattungssituation vor dem OLG hat der Bieter in der Regel vor der Vergabekammer obsiegt. Die Vergabestelle oder neuerdings auch der vorgesehene Zuschlagsbieter stellen nunmehr beim OLG einen Antrag auf Zuschlagsgestattung und der wird möglicherweise unter Berücksichtigung anderweitiger Interessen positiv entschieden; trotz guter Aussichten des Bieters auf

einen Zuschlag. Und weil es dagegen ja kein Rechtsmittel mehr gibt, wird der Zuschlag dann möglicherweise objektiv gesehen an den Falschen erteilt.

Und ganz kurz: In welchen Fällen wird das virulent? Meines Erachtens wird dies in den Fällen der BGH-Entscheidung vom 26. September 2006 (X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59) virulent, in denen man ja vor 2006 immer verloren hat, wenn man einen Mangel im eigenen Angebot hatte. Danach konnte ein Bieter trotz eines eigenen Ausschlussgrundes bis jetzt einwenden, alle anderen Angebote hätten zumindest einen gleichwertigen Mangel und er hat dann zumindest die Zuschlagsuntersagung im Nachprüfungsverfahren bekommen. Diese Fälle würden jetzt wahrscheinlich im Gestattungswege zu Lasten des Antragstellers ausgehen, weil er zwar mit der Beschwerde nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung eigentlich obsiegen müsste, aber er keine eigene Chance auf den Zuschlag im laufenden Vergabeverfahren hat.

Und dort kann jetzt gesagt werden, Bieter also pass mal auf, das Nachprüfungsverfahren ist nicht dazu da, um ein Vergabeverfahren rein destruktiv zu kippen und ggf. zu einem neuen Ausschreibungsverfahren zu kommen; es sei denn man würde auf ein künftiges zweites Vergabeverfahren („Chance auf den Auftrag“) abstellen, was ich nicht für richtig hielte.

Von daher ist auch gegen die jetzige Fassung der Gestattungsregelung in § 121 GWB nichts einzuwenden.

ff) § 101 b Absatz 2 S. 2 GWB

Problematisch ist aber eine mangelnde Umsetzung von Richtlinienvorgaben in § 101 b Absatz 2 S. 2 GWB. In der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG ist in Art. 2 f Absatz 1 S. 1 a) Spiegelstrich 1 vorgesehen, dass sich für den Lauf der 30-Tages-Antragsfrist auch die Begründung für das Nichtausschreibungsverfahren in der veröffentlichten Bekanntmachung wiederfinden muss. Das heißt, ich muss als Auftraggeber den Grund nennen, warum ich den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt verbe. Das fehlt im 101 b Absatz 2 S. 2 GWB.

Insoweit kann man einer Vergabestelle aktuell nur raten, dass sie einfach – wenn sie die Bekanntmachungsvariante wählt mit der 30-Tage-Frist in § 101 b Absatz 2 S. 2 GWB – auch die Ziffer nennt, die es ihr erlaubt dort – aus besonderer Dringlichkeit oder sonst wie – das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zu wählen und dann auch noch eine kurze Begründung dazu zu liefern, warum die Beschaffung etwa besonders dringlich ist. Dann kann sie sicher sein, dass ein Nachprüfungsantrag zulässiger Weise nur noch innerhalb von 30 Kalendertagen erfolgen kann.

Ich will deshalb abschließend nur auf ein paar Kleinigkeiten in den gerade in Kraft getretenen Änderungen hinweisen, die eine Erwähnung verdienen.

gg) § 110 Absatz 2 S. 3 GWB/§ 115 Abs. 1 GWB

Sie können ja jetzt auch als noch nicht beigeladenes Unternehmen – das ist auch eine kleine Unschärfe – nämlich schon als das Unternehmen, das im Vorinformationsschreiben als Zuschlagsbieter benannt ist, Gestattungsanträge stellen. Also nicht als beigeladenes Unternehmen, sondern ja fast schon als nicht Verfahrensbeteiligter, der lediglich in der Vorinformation nach § 101 a GWB genannt ist. Also das wird nach meiner Ansicht zu einer sehr zeitnahen „Zwangsbeiladung“ des benannten Zuschlagsbieters durch die Vergabekammer führen müssen. Die Vergabekammer muss den vorgesehenen Zuschlagsbieter nach meiner Ansicht sehr zeitnah auch formell zum Verfahrensbeteiligten nach § 109 GWB machen, damit dieser auch Akteneinsichtsrechte erhält, die er ggf. für einen eigenen Gestattungsantrag benötigt.

Auch die Regelungen in den §§ 110 und 115 GWB scheinen mir nicht ganz sauber aufeinander abgestimmt zu sein. In § 110 Absatz 2 S. 3 GWB steht „übermittelt die Vergabekammer eine Kopie des Antrags“, im für die Zuschlagssperre einzig entscheidenden § 115 Abs. 1 GWB steht nur „Informiert die Vergabekammer den öffentlichen Auftraggeber in Textform über den Antrag“.

Dort ist folgendes Szenario denkbar: Wenn die Vergabestelle vorsorglich eine Schutzschrift an die Vergabekammer nach § 110 Absatz 2 S. 2 GWB richtet, gibt diese die Schutzschrift an den späteren Antragsteller zur Stellungnahme weiter. Dann muss sich der Antragsteller nur noch zum Gestattungsantrag unter Beifügung seines Nachprüfungsantrags rückäußern und die Zuschlagssperre des § 115 Absatz 1 GWB ist allein durch das unbewusste Informieren über den Nachprüfungsantrag als Anlage zur Erwidern auf die Schutzschrift bewirkt. Und dies auch dann, wenn die Vergabekammer aus den Gründen der Schutzschrift gar keinen Suspensiveffekt auslösen wollte, was der bewussten Nichtzustellung nach altem Recht entspräche. Dies hat der Gesetzgeber vielleicht bei der ansonsten begrüßenswerten Erleichterung der bisher förmlich vorzunehmenden Zustellung eines Nachprüfungsantrags ggf. nicht unbedingt bedacht.

### **3. Bewertung der Änderungen im neuen GWB**

Problematisch erscheinen mir zusammenfassend lediglich zwei Regelungen; zum einen § 101 b Absatz 2 S. 2 GWB, weil dort tatsächlich die Begründung für das Abweichen von der Ausschreibungsverpflichtung in der Bekanntmachung der Vergabestelle fehlt.

Zum zweiten ist § 115 Absatz 4 GWB mit seiner Zwei-Tages-Frist die absolut problematische Regelung im neuen GWB. Ich denke aber, dass sich das Problem mittelfristig über die neue Verteilungsrichtlinie löst.



## **Workshop 1: Rechtsschutzfragen zum Vergaberecht**

### **Zusammenfassung der Aussprache**

Beherrschend in der Aussprache waren Fragen zum Unterschwellenrechtsschutz. Nachdem das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts auf die Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte verzichtet hat, flammte erneut die Diskussion über das Für und Wider auf.

Historisch betrachtet, seien für die 1998 getroffene Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, den Rechtsschutz auf Aufträge oberhalb des Schwellenwertes zu beschränken, keine grundsätzlichen rechtlichen Argumente maßgebend gewesen. Während der Referentenentwurf für die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien eine zwar minimalistische, aber einheitliche Umsetzung vorgesehen habe, hätten die Bundesländer darauf bestanden, sich auf den von Brüssel verlangten Rechtsschutz zu beschränken. Daraufhin wurde die heute diskutierte Zweiteilung des Rechtsschutzes beschlossen.

Gegen die Dringlichkeit eines effektiven Unterschwellenprimärrechtsschutzes spreche der politische Wille. Es gebe europarechtlich legitimierte Schwellenwerte, ab denen sich der Primärrechtsschutz an den Rechtsmittelrichtlinien auszurichten habe. Für Auftragsvergaben, die wertmäßig darunter lägen, sah zumindest ein Sektorenauftraggeber keine Notwendigkeit einer Gleichstellung.

Weiter wurde angeführt, dass es in den Bundesländern für den unterschwelligen Bereich die Vergabeprüfstellen gebe, an die sich jeder Bieter, der sich ungerecht behandelt fühle, im Rahmen der Rechts- und Fachaufsicht wenden könne. Als nicht zielführend wurde allerdings eingeräumt, dass trotz der Anrufung der Vergabeprüfstellen kein Schutz vor Zuschlagserteilung bestehe. Sei ein Zuschlag jedoch einmal erteilt, gelte wie im Oberschwellenbereich der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Der betreffende Bieter könne dann nur noch Schadensersatz geltend machen, der regelmäßig nicht in seinem Interesse liege. Bei Abwägung der Vor- und

Nachteile und angesichts der geringeren Beträge im unterschwelligen Bereich sei dies jedoch letztlich hinzunehmen. Dagegen wurde argumentiert, im neuen GWB sei die Vorschrift zu den Vergabeprüfstellen gerade mangels Relevanz gestrichen worden. Dies verhindere zwar nicht die Fortführung der Vergabeprüfstellen, jedoch werde daran erinnert, dass die Anrufung dieser Stellen keinen Suspensiveffekt auslöse, wie dies im Oberschwellenbereich der Fall und für einen effektiven Rechtsschutz auch unabdingbar sei. Die fehlende Möglichkeit, überhaupt Kenntnis von Vergabeverstößen zu erlangen, da es kein Akteneinsichtsrecht gebe, betreffe sowohl die Geltendmachung von Primär- als auch von Sekundärrechten.

Erinnert wurde in diesem Zusammenhang an die Entstehungsgeschichte der Vergabeprüfstellen. Diese seien ursprünglich geschaffen worden, um als Anlaufstelle vor Anrufung der Vergabeüberwachungsausschüsse die Anforderungen der damaligen EU-Rechtsmittelrichtlinien in Deutschland mit möglichst wenig Aufwand umzusetzen.

Zu bedenken sei, dass das Ziel, den Zuschlag auf das Angebot des Antragstellers zu erteilen, bereits im Oberschwellenbereich in den seltensten Fällen durch Nachprüfungsverfahren erreicht werde. Zumeist laute der Tenor auf Wiederholung des Verfahrens ab einem bestimmten Stand. Dadurch verzögerten sich die Vergabeverfahren. Diese Situation auf den Unterschwellenbereich auszudehnen, sei nicht sinnvoll.

Für die Einführung eines effektiven Rechtsschutzes unterhalb der EG-Schwellenwerte spreche die derzeitige Zersplitterung des Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich. Während für Streitigkeiten über Oberschwellenvergaben der Weg zu den Nachprüfungsinstanzen nach §§ 102 ff. GWB eröffnet sei, seien im Unterschwellenbereich grundsätzlich Zivilgerichte zuständig. Daneben seien die Anforderungen der beiden Rechtswege unterschiedlich ausgestaltet. Wenn Bundesländer wie Sachsen eigene Rechtsschutzregelungen für den Unterschwellenbereich vorsähen, sei dies zwar im Ansatz lobenswert, verstärke aber letztlich die Zersplitterung. Ein Blick in die Praxis ergebe häufig, dass ein und dieselbe Vergabestelle Ausschreibungen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte inhaltlich völlig anders gestalteten. Oberhalb der Schwelle werde die VOB/A ernstgenommen, unterhalb der Schwelle nicht.

Es sei zwar richtig, mit der „Ressource“ Justiz sorgsam umzugehen. Allerdings sei auch bekannt, dass der Individualrechtsschutz den faktischen Anwendungsdruck des Vergaberechts erhöht habe. Im Oberschwellenbereich habe sich gezeigt, dass viele öffentliche Auftraggeber seit 1999 Lernprozesse durchlebt hätten und Ausschreibungen sorgfältiger durchführten. Dies sei auch für Unterschwellenaufträge, die 90 Prozent aller öffentlichen Aufträge darstellten, wünschenswert.

Eine Parallelität des Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich hätte weiterhin den Vorteil, dass eine Klärung von Rechtsfragen im Unterschwellenbereich kostengünstiger für die Gesamtwirtschaft erfolgen könne, weil die Streitwerte wesentlich geringer seien. Würden die §§ 102 ff. GWB in den Unterschwellenbereich transferiert, gewähre § 125 GWB auch dort dem Auftraggeber einen Schadensersatzanspruch bei rechtsmissbräuchlicher Verwendung des Nachprüfungsverfahrens. Der Angst vor dem Zuschlagsverbot beim Rechtsschutz unterhalb der Schwelle könne begegnet werden, wenn § 115 Abs. 2 GWB, der den Antrag auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung des Auftraggebers regle, ebenfalls in den Unterschwellenbereich übertragen würde. Das Abwägungsprocedere der Nachprüfungsinstanz sei zwar gleich, das Ergebnis der Abwägung jedoch u. U. ein anderes. Denn wenn es um einen geringeren Auftragswert gehe, könne möglicherweise das individuelle Rechtsschutzinteresse auch geringer gewichtet werden gegenüber den Schäden, die durch eine verzögerte Zuschlagserteilung entstehen könnten.

Zudem wurde dafür geworben, die Rüge eines Bieters positiv als Gelegenheit des Auftraggebers zu sehen, bestimmte Aspekte einer Ausschreibung noch einmal zu überprüfen. Werde die Rüge so verstanden, sei sie ein sinnvolles Instrument, ähnlich der Abmahnung bei der sofortigen Kündigung im Arbeitsrecht.

Ein weiterer Vorteil bestünde in der Konzentration auf einen einheitlichen Rechtsweg. Es sei wenig sinnvoll, jedem Richter am Landgericht zuzumuten, sich ins Vergaberecht einzuarbeiten, sondern viel effizienter, die Prüfung des Vergaberechts auf einige Spezialisten zu konzentrieren. Je mehr Fälle ein spezialisierter Richter entscheide, desto größer sei die Chance auf eine sachgerechte Entscheidung und damit auf Rechtssicherheit.

Um Bedenken gegen ausufernde Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich zu begegnen, sei möglicherweise eine leichtere Form von Rechtsschutz denkbar. So könne gegebenenfalls an eine Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf offensichtliche Fehler gedacht werden, die bereits ohne Vorabinformation erkennbar sind. Beispielhaft dafür seien falsche oder offenkundig fehlerhafte Verdingungsunterlagen, offenkundig fehlerhaftes Vorgehen oder zu kurze Fristen. Ganz darauf zu verzichten, sei vor dem Hintergrund des Verwaltungsprivatrechts unbillig. Man könne Bieter nicht dauerhaft zumuten, einstweilige Verfügungsansprüche geltend zu machen, ohne dass sie Kenntnis davon erhielten, ob der Zuschlag bereits erteilt worden sei. Dieses Informationsdefizit im Zivilrechtsweg ließe sich allenfalls lösen, wenn in der VOB/A und der VOL/A eine ex-ante Transparenz geregelt wäre.

Im Übrigen wurde darauf hingewiesen, dass nicht nur Unterschwellenaufträge von der Anwendung der §§ 102 ff. GBW ausgenommen seien, sondern auch Aufträge nach § 100 Abs. 2 GWB. Diese seien nur dahingehend überprüfbar, ob eine

Auftragsvergabe dem § 100 Abs. 2 GWB unterfalle. Auch dieser Bereich müsse dann, wenn man auf die Konzentrationswirkung eines Rechtsweges abstelle, in gewisser Weise einbezogen werden. Allerdings müsse auf die Besonderheiten dieser Aufträge Rücksicht genommen werden. So sei es beispielsweise unsinnig, für Maßnahmen mit Geheimschutzauflagen Akteneinsicht zu gewähren.

Im zweiten, erheblich kürzeren Teil der Diskussion stand der Rechtsschutz oberhalb der EG-Schwellenwerte im Vordergrund.

Überlegungen, ob einige der neuen rechtsschutzeinschränkenden Regelungen im GWB möglicherweise verfassungs- und europarechtswidrig sein könnten, müssten berücksichtigen, dass die neue Rechtsmittelrichtlinie zumindest aus deutscher Sicht nicht mehr ganz so streng sei wie ihre Vorgängerin. Argumente, die im Zusammenhang mit der alten Rechtslage vorgebracht worden seien, müssten daher nun auch in anderem Licht betrachtet werden. Dies gelte gleichfalls für EuGH-Entscheidungen, die zur alten Rechtsmittelrichtlinie ergangen seien.

Diesen Maßstab angelegt, hielten sich die Änderungen im GWB letztlich im Rahmen der Rechtsmittelrichtlinie. Anders verhalte es sich mit § 101b GWB. Die Rechtsmittelrichtlinie regle, dass die Veröffentlichung einer Bekanntmachung über die Vergabe eines Auftrages ohne vorherige Bekanntmachung in der veröffentlichten Bekanntmachung begründet werden müsse. Die Begründungspflicht fehle in § 101b GWB. Insofern sei den Vergabestellen dringend zu raten, in richtlinienkonformer Auslegung eine Begründung anzugeben.

Diese Abweichung in der Umsetzung lasse sich möglicherweise damit erklären, dass einige Vorschläge zur Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz aus dem Referentenentwurf aus dem Jahre 2003 datierten und auf damaligen Sichtweisen und Erkenntnissen beruhten. Hier scheine fraglich, ob diese Vorschläge seit damals weiterentwickelt wurden oder ob sie auf diesem Stand geblieben und lediglich neu in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden seien.

Angeregt wurde schließlich, in Anhörungen zu Gesetzgebungsverfahren neben den üblichen Teilnehmern aus Verbänden und Bundesländern auch die Richterschaft sowie den Deutschen Anwaltsverein einzubinden. Diese könnten wertvolle zusätzliche Hinweise aus ihrer Erfahrung mit Blick auf die Praktikabilität einzelner Regelungen beisteuern.

## **Workshop 2: Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug – roter Faden erkennbar?**

### **Moderation und Einführung**

**Niels Lau**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.



Auch für das Thema dieses Workshops gilt das oft zitierte Motto: „Nach der Reform ist vor der Reform.“ Denn trotz Neufassung und Inkrafttretens des GWB 2009<sup>1</sup> ist in Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung weiterhin umstritten, ob die Veräußerung von Grundstücken im Eigentum der öffentlichen Hand dem Vergaberecht unterfällt oder nicht. Die Rechtsprechung hat das bejaht, aufbauend auf die sog. Alhorn-Entscheidung des *OLG Düsseldorf*, bestätigt durch Vergabekammern und weitere Oberlandesgerichte, allerdings zwischenzeitlich kritisch modifiziert durch die *Vergabekammern Darmstadt* und *Potsdam* sowie durch das *OLG München*<sup>2</sup>.

Im Kern der Debatte geht es um die geplante Grundstücksveräußerung, die an bestimmte Vorstellungen der Verwertung des Grundstücks seitens der öffentlichen Hand geknüpft ist und den privaten Bieter insoweit bindet. Der „Baufauftragsbegriff“ in § 99 Abs. 3 GWB n. F. greift das deutlich auf, weil er von der Bauleistung spricht, die dem Auftraggeber unmittelbar zugute kommen soll. Fraglich ist allerdings, ob dieser Wortlaut (auch im Zusammenspiel mit § 99 Abs. 1 und Abs. 6 GWB n. F.) bisher vermeintlich oder tatsächlich vorhandene Unklarheiten *de lege lata* beseitigt.

Als nach wie vor offen kann weiterhin die Frage des Verhältnisses von europäischem und nationalem Recht bezeichnet werden; insoweit ist die Äußerung des *EuGH* auf die Vorlage des *OLG Düsseldorf* mit Spannung zu erwarten. Unsicherheiten birgt wohl auch das Verhältnis von Vergaberecht einerseits und Planungsrecht (so jedenfalls

---

1 BGBl. 2009 I, S. 790 ff. (791).

2 Vgl. aus umfangreicher Literatur dazu z. B. Eisenreich/Barth, NVwZ 2008, S. 635 ff.; Reidt, VergabeR 2008, S. 11 ff.; Enderle/Rehs, NVwZ 2009, S. 413 ff.

anklingend beim *OLG München*<sup>3)</sup> sowie dem Recht der kommunalen Selbstverwaltung – u. a. abgeleitet aus Art. 28 Abs. 2 GG – andererseits. Und schließlich ist die Abgrenzung zu Vorgängen, die sich dem Bereich der „Daseinsvorsorge“ zuordnen lassen, nicht konturenscharf. Im Kern geht es also um Begrifflichkeiten und deren rechtliche Tragweite, insbesondere um den „Beschaffungsbegriff“.

Fest steht, dass zumindest nach der „Spannkraft“ eines roten Fadens in der hier zu behandelnden Problematik noch gesucht wird und dass die ökonomische Dimension der offenen Fragen erheblich ist, und zwar auf Anbieter- wie auf Bieterseite, nicht zuletzt wegen der umfangreichen Vorarbeiten und Anlaufkosten. Vor dem Hintergrund der Festlegung der Regierungskoalition vom November 2005, wonach das Vergaberecht einfacher und transparenter zu gestalten sei, ist der Kosten- und Aufwandsaspekt jedoch keinesfalls unbeachtlich. Vielleicht gewinnt der sog. wettbewerbliche Dialog deshalb an Bedeutung. Ob angesichts der derzeitigen Wirtschaftskrise ordnungspolitische Betrachtungen an Bedeutung verlieren, wird sich erweisen.

In diesem Workshop soll eine Annäherung an einen „roten Faden“ versucht werden, wenn das auch in der Vorschau auf die Aussagen der EU-Kommission und demnächst des EuGH verwegen erscheinen mag. Das *OLG Düsseldorf* hat – bildlich gesprochen – einen Stein ins Wasser geworfen (und konzentrische Kreise erzeugt). Seitdem ist es mehrmals Gegenstand auch energischer Zwischenrufe geworden. Es ist daher verabredet, dass zunächst Herr Schüttpelz mit seinen Ausführungen noch einmal die OLG-Sicht erläutert, bevor dann Herr Krämer erwidert.

---

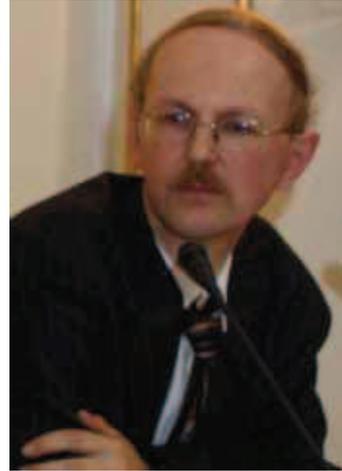
3 NVwZ 2008, S. 927 f. / NZBau 2008, S. 543.

## **Workshop 2: Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug – roter Faden erkennbar?**

### **Einführung**

#### **Erfried Schüttpelz**

Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf



### **Einleitung**

Meine Damen und Herren,

die „Ahlhorn“-Rechtsprechung des Senats, dem ich angehöre, hat für erhebliches Aufsehen gesorgt; das in einem derartigen Umfange, dass wir es zeitweise kaum wagten, die Verkehrsnachrichten zu hören, aus Furcht davor, es könne dort über einen Stau am Autobahndreieck „Ahlhorner Heide“ berichtet werden. Zeitweise konnten wir uns nur mit der niederländischen Redensart trösten „Hoge bomen vangen veel wind“, auf Deutsch etwa „Hohe Bäume bekommen viel Wind ab“ oder „Hohe Bäume müssen viel Wind aushalten“.

Die Rechtsprechung ist – denke ich – bekannt, so dass ich mir erspare, sie näher vorzustellen. Die Einordnung von mit Grundstücksverträgen der öffentlichen Hand verbundenen „Bauverpflichtungen“ des Käufers als „Bauftrag“ im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB, und zwar in Gestalt einer „Baukonzession“, hat viel Kritik erfahren. Einer der Kritikpunkte, insbesondere aus der Sicht der Praktiker, besteht in der Unklarheit über den Anwendungsbereich der Rechtsprechung: wann ist von einer ausschreibungspflichtigen „Bauverpflichtung“ auszugehen? Ich bin den Veranstaltern sehr dankbar dafür, dass *das* heute nicht Thema sein soll, vielmehr die Frage, ob der Gesetzgeber – wenn so etwas noch möglich sein sollte – durch seine Aktivitäten für noch mehr Unklarheiten gesorgt hat.

### **Nationale Gesetzgebung (Vergabemodernisierungsgesetz)**

Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat haben auf die „Ahlhorn“-Rechtsprechung dadurch reagiert, dass sie die Definitionen des „Auftrages“, des „Baufauftrages“ und der „Baukonzession“ mit dem erklärten Ziel neu gefasst haben, um die von dieser Rechtsprechung erfassten Fallkonstellationen aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts auszuschließen. Ich möchte zunächst damit beginnen zu untersuchen, ob ihnen das gelungen ist, und zwar zunächst allein aus nationaler Sicht.

Als Erstes ist bei der Definition des „Auftrages“ in § 99 Abs. 1 GWB das Merkmal der „Beschaffung“ eingefügt worden; der Auftrag soll der „Beschaffung“ dienen. Um es kurz zu machen, dieses Merkmal ist – jedenfalls zu dem gewollten Zweck – ungeeignet. Der Senat – und auch ein Teil der Literatur – haben darauf hingewiesen, dass auch in den „Ahlhorn“-Konstellationen die Gemeinde sich etwas verschafft. Der Begriff der „Beschaffung“ darf nicht auf Gegenstände verengt werden, die die Gemeinde selbst unmittelbar nutzt (bei Bauaufträgen beispielsweise als Rathaus oder als Schule). Auch nach Auffassung des Gesetzgebers sollen doch wohl Konstellationen weiterhin vom Kartellvergaberecht erfasst sein, in denen die Gemeinde nur einen mittelbaren Nutzen von der Errichtung des Baus hat. So dient z. B. eine Straße weniger der unmittelbaren Nutzung durch die Gemeinde, sondern der durch die Öffentlichkeit, wobei ihr diese Aufgabe durch das Gesetz (Landesstraßenrecht) zugewiesen worden ist. Genauso ist der Gemeinde durch das BauGB die Sorge für eine städtebauliche Entwicklung – um die es bei den „Ahlhorn“-Fällen meistens geht – zugewiesen worden, die sie sich dann durch einen Vertrag „verschafft“.

Als Zweites ist der „Baufauftrag“ dahingehend konkretisiert worden, dass der Bau „für den Auftraggeber“ erfolgt bzw. dass es sich in der 3. Alternative um eine „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommende Bauleistung“ handelt. Ausweislich der Begründung sollte damit eine bloß mittelbare Begünstigung der Gemeinde wie in den Ahlhorn-Fällen nicht ausreichen. Zum Merkmal „für den Auftraggeber“ ist nun allerdings sehr weich. Man kann das Merkmal auch so verstehen, dass es ausreicht, wenn der „Auftragnehmer“ gegenüber dem „Auftraggeber“ zur Errichtung des Baus verpflichtet ist; auch dann erfolgt er letztlich „für den Auftraggeber“. Es fällt auf, dass nur für die 3. Alternative die sehr stringente Formulierung „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen“ benutzt worden ist; das könnte bedeuten, dass für die ersten beiden Alternativen des § 99 Abs. 3 GWB etwas anderes gelten soll. Dagegen spricht allerdings die Gesetzesbegründung, die für sämtliche Alternativen verlangt, dass die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Jedoch ist auf Folgendes hinzuweisen: Legt man beide Formulierungen parallel aus, bekommt man Schwierigkeiten bei der Subsumtion von Straßenbauarbeiten. Es ist unklar, wieso der Straßenbau „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt“. Die erwünschten wirtschaftlichen Folgen für den Auftraggeber sind doch wohl nur

mittelbarer Art. Das gilt insbesondere dann, wenn das Straßengrundstück – wie nach Straßenrecht zulässig – im Eigentum nicht öffentlicher Dritter steht. Anfügen möchte ich noch, dass der Senat die Einordnung als Bauauftrag nie allein mit der 3. Alternative des § 99 Abs. 3 GWB gerechtfertigt hat.

Zum letzten Merkmal, nämlich der Befristung der Baukonzession in § 99 Abs. 6 GWB. Zivilrechtler denken vielleicht an das Merkmal „auf Zeit“ in § 868 BGB über den mittelbaren Besitz als Parallele; den öffentliche Auftraggeber könnte man dann während der Konzessionszeit als mittelbaren Besitzer des Baus im Sinne des § 868 BGB ansehen. Dieses Merkmal ist von allen drei das „härteste“; es ist – jedenfalls auf seriöse Art – kaum wegzudiskutieren oder „weichzuspülen“. Allenfalls könnte man daran denken, dass eine Eigentumsübertragung im Falle eines – gesetzlichen oder vertraglichen – Rücktrittsvorbehaltes der Gemeinde bei Nichterfüllung der Bauverpflichtung als „befristet“ anzusehen wäre; das entspricht allerdings nicht zivilrechtlichem Denken. Dieses Merkmal schließt aber nicht Fallkonstellationen aus, in denen der „Auftragnehmer“ tatsächlich nur befristete Rechtspositionen erhält, sei es durch Pachtvertrag (wie im Falle des OLG Bremen), sei es – so jedenfalls klassischerweise – bei Einräumung eines Erbbaurechts.

Zusammenfassend ist mithin anzumerken, dass die Einfügung des Merkmals „Beschaffung“ die „Ahlhorn“-Rechtsprechung nicht trifft, das Erfordernis der Errichtung des Baus „für den Auftraggeber“ vage bleibt und das Erfordernis der Befristung nur einige, aber in der Praxis allerdings sehr wichtige „Ahlhorn“-Fallgestaltungen erfasst.

### **EU-Recht**

Das große Handikap der Gesetzesnovelle ist – das deutet das Thema der Veranstaltung an – das EU-Recht. Der Senat hat sich bei seiner Rechtsprechung – nahezu allein – an dem EU-Recht und der Rechtsprechung des EuGH (so wie er sie verstanden hat) orientiert. Natürlich kann der nationale Gesetzgeber gleichfalls seine Auffassung dazu äußern, wie er das EU-Recht versteht. Zu beachten bleibt jedoch, dass insoweit nicht der nationale Gesetzgeber (und auch nicht das nationale Gericht), sondern allein der EuGH das letzte Wort hat (eine andere Möglichkeit besteht natürlich darin, das EU-Recht zu ändern). Aus diesem Grunde hat der Senat bekanntermaßen die mit der „Ahlhorn“-Rechtsprechung zusammenhängenden Fragen dem EuGH, und nicht etwa dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

Die große Frage ist natürlich die Frage, wie der Begriff des Bauauftrages und der Baukonzession *europarechtlich* zu verstehen ist. Da der EuGH die Frage in einiger Zeit entscheiden wird, möchte ich dazu nur kurze Anmerkungen machen. Dass der Begriff des „Beschaffung“, wenn es ihn überhaupt gibt, nicht eng auszulegen ist, ergibt sich m. E. aus dem „Roanne“-Urteil des EuGH. Der Begriff der Befristung taucht in der EU-rechtlichen Definition der Baukonzession nicht auf, wirtschaftlich gesehen wird die

Befristung um so unerheblicher je länger die Befristung dauert, auch wird dann eine unterschiedliche Behandlung befristeter und unbefristeter Baukonzessionen im weiteren Sinne wenig nachvollziehbar. Ich möchte darauf hinweisen, dass Erbbaurechte in Deutschland vielfach auf 99 Jahre vergeben werden, aus anderen Mitgliedsstaaten sind dingliche Grundstücksrechte mit noch weiträumiger Befristung bekannt.

Konzentrieren möchte ich mich auf die Frage, was denn nun in der Zwischenzeit bis zu einer Entscheidung des EuGH „gilt“. Es ist aufgrund des Vorrangs des europäischen Rechts ja klar, dass die Änderung des nationalen Gesetzes nicht das letzte Wort ist. Die Vergabenachprüfungsinstanzen müssen vielmehr prüfen, was europarechtlich mindestens gefordert wird. Aber was das EU-Recht fordert, ist im Augenblick gerade unklar. Der deutsche Gesetzgeber ist ersichtlich der Auffassung, sein Gesetz gebe die Richtlinie korrekt wieder, demgegenüber sei die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf weit über die Richtlinie hinausgeschossen.

Wollen die Gemeinden auf der sicheren Seite sein, müssen sie ihren Überlegungen die „Ahlhorn“-Rechtsprechung über die Auslegung der Begriffe „Bauftrag“ und „Baukonzession“ weiterhin zugrundelegen. Rechtsanwälte werden dies den Gemeinden wahrscheinlich unter dem Schlagwort „sicherster Weg“ empfehlen.

Aber auch wenn die Gemeinde aus Vorsichtsgründen von diesen Grundsätzen ausgeht, kann man darüber diskutieren, ob nicht durch die Gesetzesänderung doch bestimmte Vereinfachungen eingetreten sind. Das hängt damit zusammen, dass die Folgen einer – hier unterstellten – EU-Rechtswidrigkeit der (aus sich heraus interpretierten) nationalen Regelung offen sind. Man kann dazu zwei verschiedene Modelle diskutieren:

#### *Modell A: richtlinienkonforme Auslegung*

Die Vorschriften des nationalen Rechts werden trotz der Änderungen dahingehend ausgelegt, dass eine Baukonzession in den „Ahlhorn“-Fällen weiterhin vorliegt. Die Grundsätze über eine richtlinienkonforme Auslegung werden dahingehend angewendet, dass das nationale Recht – so weit es irgend geht, notfalls auch unter „Korrektur“ eines entgegen stehenden Wortlauts – so ausgelegt werden muss, dass es den Erfordernissen des europäischen Rechts entspricht (vgl. BGH NJW 2009, 427). Grundlage für eine derartige Auslegung ist die Vermutung, dass der nationale Gesetzgeber die EU-Richtlinie richtig umsetzen wollte; irrt er sich dabei, darf der Richter diesen Irrtum berichtigen. Noch mehr als im Falle BGH NJW 2009, 427 spricht hier allerdings gegen diese Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die „Ahlhorn“-Rechtsprechung gerade nicht wollte.

*Modell B: unmittelbare Wirkung der EU-Richtlinie*

Nach der Rechtsprechung des EuGH können sich die Einzelnen gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften auf die Vorschriften einer Richtlinie berufen, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen. Letzteres dürfte für die Art. 58 ff. VKR gelten.

Obwohl beide Modelle letztlich den Vorrang des EU-Rechts sicherstellen, führen sie doch in den Fällen, in denen nach EU-Recht, nicht aber nach nationalem Recht eine Baukonzession vorliegt, möglicherweise zu unterschiedlichen Ergebnissen. Dabei muss man bei der Erörterung zwei Ebenen unterscheiden, zum einen die Ebene der Vergabe einer Baukonzession und zum anderen die Ebene der Vergabe von Bauaufträgen durch den Baukonzessionär.

Beim Modell A wird der Begriff der „Baukonzession“ in **§ 99 GWB** richtlinienkonform ausgelegt. Damit gelten dann die gesamten nationalen Vorschriften über die Baukonzession (d. h.

- für die Vergabe von Baukonzessionen § 32a Nr. 1 VOB/A sowie die Basisparagrafen,
- für die Vergabe von Bauaufträgen durch den Baukonzessionär § 32a Nr. 2 und Nr. 3, § 1a Nr. 1 S. 1 VOB/A sowie in einem nicht ganz klaren Umfange auch die Basisparagrafen).

Das ist zwar EU-rechtlich nicht zwingend, weil der nationale Gesetzgeber mit §§ 32, 32a VOB/A weit über die zwingenden Vorschriften der Art. 58 ff. VKR hinausgegangen ist; für etwas andere Fallgestaltungen gibt es den Begriff der „überschießenden Richtlinienumsetzung“. Eine „gespaltene“ Auslegung derart, dass für allein EU-bedingte Baukonzessionen §§ 32, 32a VOB/A nur auf die VOB/Vorschriften verweist, die der Umsetzung der Richtlinie dienen, dürfte allerdings kaum möglich sein.

Beim Modell B wird das nationale Gesetz nur so weit „durchbrochen“, als es die Vorschriften der Richtlinie unbedingt erfordern; alle anderen Vorschriften des nationalen Rechts bleiben anwendbar. Das bedeutet, dass die Auffassung des nationalen Gesetzgebers, bei den „Ahlhorn“-Fällen handele es sich nicht um die Vergabe von Baukonzessionen, als solche respektiert wird und sich der Einzelne im Einzelfall nur auf das entgegen stehende Richtlinienrecht berufen kann. Das hat m. E. nicht zur Folge, dass der Begriff der Baukonzession in § 99 GWB und die daran anknüpfenden nationalen Vorschriften abstrakt „EU-rechtlich gelten“, sondern nur, dass sich die zwingenden Vorschriften der Richtlinie gegen die entgegen stehenden GWB-Vorschriften durchsetzen. EU-rechtlich gelten jedoch für die Vergabe von Baukonzessionen nur die Vorschriften der Art. 58, 59 und 61 VKR über die Bekanntgabe der Vergabeabsicht (praktisch § 32a Nr. 1, § 3a Nr. 6 lit. e) VOB/A; Art. 60 ist nicht umgesetzt) – sowie die allgemeinen Grundsätze über Transparenz des

Verfahrens und Gleichbehandlung der Bieter, nicht aber die übrigen Vorschriften der VOB/A. Hinzu kommt ein zweites Problem: Nach der Rechtsprechung des EuGH kann der Vorrang der Richtlinie nur dem Mitgliedsstaat und seinen Untergliederungen, nicht aber Privaten entgegengesetzt werden. Ob ein Baukonzessionär, der im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nicht dem Staat zugerechnet werden kann, an die Art. 63-65 VKR gebunden ist, ist danach sehr fraglich.

### **Resümee**

Die Rechtslage ist noch verworrener als früher. Noch schwieriger wird die Lage für die Gemeinden dadurch, dass die „neue“ Rechtslage infolge der Übergangsvorschrift des § 131 Abs. 8 GWB nur für seit Ende April 2009 begonnene Vergabeverfahren anzuwenden ist und die Frage, wann ein Vergabeverfahren in den „Ahlhorn“-Fällen beginnt, meistens sehr schwierig zu beantworten sein wird.

## **Workshop 2: Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug – roter Faden erkennbar?**

### **Einführung**

#### **Martin Krämer**

Leiter des Liegenschaftsamts der Stadt Bonn



Die Ausführungen von Herrn Schüttpelz fand ich fast schon demotivierend für die Praxis, weil wir jetzt nach seiner Darstellung eine Rechtslage haben, die ja noch schlimmer ist. Die alte war schon schlimm genug, aber jetzt wird sie noch überboten durch verschiedene Alternativen von denen keiner weiß ob und was hieraus wird.

Sie werden mir als dem Leiter des Liegenschaftsamtes und eines vor Ort mit diesen Fragen Befassten erlauben, hier im „Workshop Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug“ doch einige Hinweise und Überlegungen aus der Praxis weiter zu geben, die wir teilweise schon versuchsweise umsetzen. Gestatten Sie mir noch eine Vorbemerkung. Ein außerordentlich großes Problem haben wir mit dem Begriff der „Beschaffung“, wie ihn die Rechtsprechung jedenfalls für uns in Nordrhein-Westfalen sieht. Danach soll praktisch bei jedem öffentlichen Interesse immer eine Beschaffung vorliegen. Ich kenne überhaupt keine Grundstücksveräußerungen, die nicht in einem bestimmten öffentlichen Interesse lägen und zwar nicht nur in einem tatsächlichen Interesse, sondern man verbindet immer mit einer Grundstücksveräußerung irgendetwas, selbst im einfachen Fall, dass in einem Baugebiet ein Einfamilienhaus veräußert wird, um damit ein Baugebiet zu füllen oder einem Schwellenhaushalt Eigentum zu verschaffen. Freilich diskutieren wir nur oberhalb der Schwellenwerte, sodass das Einfamilienhaus jetzt vielleicht nicht gerade das passendste Beispiel ist. Aber es zeigt, worum es geht.

Gestatten Sie mir ein paar Bemerkungen zu den Folgen der Ahlhorn-Entscheidung und der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf für die Praxis. Ich will dazu einige Thesen formulieren.

Das Problem, das wir haben, ist nicht der Umgang mit Ausschreibungen, sondern vielmehr der Umgang mit Ausschreibungen nach Vergaberecht. Und ich vertrete hier die These, dass wir gezwungen werden, uns vergaberechtswidrig zu verhalten, wenn Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug mit Investorenverträgen oder Investorenverhandlungen dem Vergaberecht unterfallen. Wir haben bei den ersten Aufrufen, bei der Interessenbekundung, wenn es also um den Teilnahmewettbewerb geht, als Bewerber in der Regel nie denjenigen am Tisch, der unser Vertragspartner ist. Wenn das Konzerne sind, die mit Ideen und Vorstellungen kommen, wird zum Schluss nach ein, zwei, drei Jahren eine von dieser Gesellschaft gegründete Projektgesellschaft (in der Regel eine GmbH oder GmbH & Co. KG) unser Vertragspartner. Vergaberechtlich betrachtet ist dies nicht möglich, weil die Gemeinde mit jemandem einen Vertrag schließt, der eine andere juristische Person als der Bewerber ist.

Ein zweites Thema: Ausgesprochene Probleme bestehen zur Frage der Vergabereife, wo man im Grunde genommen nur Fehler begehen kann. Die einen sagen, alles mit einer gewissen Kalkulationsrelevanz muss beschrieben werden. Dabei muss hinterfragt werden, was nicht kalkulationsrelevant ist. Müssen konkreten Nutzungen vorgegeben werden, muss z. B. im Einzelhandel differenziert werden, oder kann das alles noch offen bleiben? Die Vergabereife heißt ja eigentlich – vergaberechtlich gesprochen –, dass der Auftraggeber genau weiß, was er will und diese Leistung in ein geordnetes Wettbewerbsverfahren gibt. Bei städtebaulichen Projekten ist dies am Anfang aber noch nicht so im Detail bekannt. Und letztlich will sich die Gemeinde offen halten, überhaupt zu einem Projekt „ja“ oder „nein“ zu sagen, also es ist bei Einleitung des Verfahrens noch nicht entschieden, ob eine angebotene städtebauliche Lösung überhaupt Bürgerschaft und Rat gefällt und damit gewollt ist.

Und der dritte Punkt ist der, dass in aller Regel bei derart komplexen Projekten eine Planrechtsänderung oder zumindest eine Baugenehmigung benötigt wird. Und in der Regel wird das nicht nach § 34 BauGB gehen und selbstredend kann sich kein Gemeinderat bei Beginn eines Vergabeverfahrens dazu verpflichten, auch tatsächlich einen Bebauungsplan mit einem bestimmten Inhalt aufzustellen. Das geht baurechtlich nicht. Ich darf aber unter dem Gesichtspunkt der Vergabereife ein Verfahren erst beginnen, wenn ich auch gewillt und in der Lage bin, eine Baugenehmigung erteilen zu können.

Bei diesen drei Themen führt die Anwendung des Vergaberechts nach meiner Auffassung zwingend zu vergaberechtswidrigen Verhalten.

Es ist bekannt, dass wir durch die Rechtsprechung eine ausgesprochene Verunsicherung in der Praxis haben und zwar nicht nur bei uns in den Kommunen, sondern natürlich auch in der Investorenlandschaft. Und ich füge hinzu, auch bei Projektentwicklern, bei Investoren und bei Banken. Niemand wird bei einer solchen Rechtslage und erst recht nicht in der heutigen schwierigen Wirtschaftszeit eine Bankfinanzierung hinbekommen, das geht schlechterdings nicht. Es ist aber eben

Gang und Gebe bei dem Aufruf zum Teilnahmewettbewerb, projektbezogene Finanzierungsbestätigungen – jedenfalls dem Grunde nach – abzufordern. Diese Enden kriegen wir nicht zusammen und meine These ist, dass sich zu dem wirtschaftlichen Risiko in der heutigen Zeit auch jetzt noch dieses vergaberechtliche Verunsicherungsrisiko hinzugesellt. Die eigenen Erkenntnisse des Vergabesenates des OLG Düsseldorf gehen dahin, dass der Senat von sich selbst sagt, seine Rechtsprechung zur Vergabepflichtigkeit bestimmter Grundstücksverkäufe habe bei den Gemeinden erhebliche Unruhe geschaffen hat und er im Vorlagebeschluss an den EuGH noch einmal ausführt, dass die Entscheidung des Senats im Ergebnis und in der Begründung „nicht nur keine ungeteilte Zustimmung, sondern überwiegend Ablehnung gefunden“ haben.

Die Wirkungen dieser Rechtsprechung sind in Fragestellungen beschrieben, die beispielsweise lauten: Ist jetzt der kooperative Städtebau am Ende? Oder anders ausgedrückt: welcher Investitionsinteressent entwickelt – schon gar auf eigene Kosten – ein Projekt bis zur Vergabereife, um sich dann dem Ausschreibungswettbewerb mit anderen hinzugeben? Wir haben in der BauBG-Novelle, also in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten, den kooperativen Städtebau entwickelt. Das heißt also, dass diejenigen, die auch wirtschaftliche Verantwortung für ihr Projekt tragen, hierfür und auf eigenes Risiko auch ihre Ideen entwickeln. Das kostet richtig Geld und geht bis in die Millionen. Um Projektentwicklungen zu betreiben, muss man Ingenieure und Architekten beauftragen – und das geschieht heute nicht mehr. Die Entwicklung hat zu einer Umkehrung der Situation geführt. Es ist jetzt der Auftraggeber, also die jeweilige Gemeinde, die selbst diese Eckpunkte, die sie ausschreiben will, vorher klären muss – und das auf eigenes Kostenrisiko.

Das werden Dritte – wie gesagt – nicht machen. Schon gar nicht umsonst, weil sie die Ideen, die sie haben, nicht dem Wettbewerb mit anderen unterstellen wollen.

Als zweite Wirkung, die wir beobachten, ist eine Art „Null-Resonanz“ zu beschreiben, schon bezogen auf die Teilnahme-Wettbewerbsstufe. Was meine ich damit? Es gibt unter dem VOB-Ausschreibungsrecht – so will ich es mal nennen – durchaus Projekte, die angelaufen sind und die auch laufen. Die große Mehrzahl und nach meiner Beobachtung mit zunehmender Tendenz findet auf Teilnahmewettbewerbe von Seiten der Unternehmen keine Resonanz mehr statt, erst recht nicht in der vorgegebenen Frist zur Einreichung von Teilnahmeanträgen. Das ist natürlich auch – wie ich nicht verschweigen will – eine Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise, aber auch eine Folge der rechtlichen Unsicherheit. Wir in Bonn haben diese Erfahrungen ebenso wie andere Liegenschaftsamts-Kollegen aus anderen Städten bereits hinlänglich machen müssen.

Ich will nicht verschweigen, dass auch die Kommunen einiges dazutun. Die Auslobungen gehen durch die Stadträte und Bezirksvertretungen und werden dabei häufig angereichert mit vielen, ja zu vielen Eckpunkten und Wünschen an den Investor. Dann muss der Investor noch eine Finanzierungsbestätigung beibringen und

er muss auch noch einen Mindestkaufpreis bezahlen. Auch das muss man kritisch diskutieren. Die beschriebene Null-Resonanz führt in fast komisch anmutender Weise zu dem Ergebnis, dass die Gemeinde nach einem erfolglosen Teilnahmewettbewerb wieder vergaberechtlich frei ist, das zu machen, was von Anfang an beabsichtigt war. Es geht dabei schlicht nur Zeit und vielleicht auch Geld verloren. Das passt in diese unsere Landschaft – wir wollen ja auch etwas in den Städten bewegen und gestalten – eigentlich überhaupt nicht.

Wir haben angesichts der Rechtsprechung und insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung des EuGH eigentlich eine fatale Situation aus praktischer Sicht. Die Bürgermeister und Oberbürgermeister werden angeschrieben von der warnenden Anwaltschaft, sie sollten aus Gründen der äußersten Vorsicht hier nichts falsch machen, es könnten Nichtigkeiten drohen, mit Rückabwicklungsfolgen etc. pp. Sie werden davor gewarnt, jetzt nicht das neue Bundesrecht anzuwenden, bis jedenfalls der EuGH entschieden hat, sie werden also dazu aufgerufen, Bundesrecht zu ignorieren.

Meine Damen und Herren, ich muss Ihnen sagen, ich kann das meiner Oberbürgermeisterin und den Stadtverordneten überhaupt nicht erklären. Wir können das hier möglicherweise noch fachjuristisch nachvollziehen, dass das eine rechtlich schwierige Situation ist, aber in der Praxis lässt sich das niemandem erklären und vor Ort kaum vermitteln.

Wir orientieren uns bei anstehenden Projekten an der Kommissionsentscheidung im Fall Flensburg aus Juni, die bekanntlich im Gegensatz zur nationalen Rechtsprechung eine Vergaberechtpflichtigkeit nur dann angenommen hat, wenn eine ausdrückliche, im Vertrag auch tatsächlich einklagbare Baupflicht gegeben ist. Und wenn wir jetzt rein faktisch einmal überlegen, dass nach meiner persönlichen Schätzung in gut 90, 95% aller Fälle der EuGH sich an der Einschätzung der Kommission orientiert hat, dann gibt es da zumindest einen Hoffnungsschimmer, in welche Richtung das gehen kann. Das ist aber keine Gewissheit. Deswegen sprechen wir auch im gesamten Vergaberecht, nicht von „richtig“ oder „falsch“, sondern „vertretbar“ und „weniger vertretbar“, oder anders ausgedrückt, es stellt sich die Frage: Wie gehen wir mit dem Risiko um?

Das ist das eine. Das andere ist, dass die GWB-Novelle auch die Rechtsmittelrichtlinie umsetzt. Das heißt, wir haben spätestens nach einem halben Jahr, wenn sich keiner gemeldet hat, national jedenfalls gesehen Rechtsklarheit, dass eine Nichtigkeit eines Vertrages hier nicht mehr zu diskutieren ist. Da tickt dann diese Zeituhr, danach ist aber auch Schluss. Auch der Ablauf der 15-Tages-Frist nach der Nichtabhilfe einer Rüge kann in vergleichbarer Weise für Rechtsfrieden sorgen. Und eine solche Rüge kann man sich ja insofern vorstellen, dass ein möglicher Mitinteressent aus der Presse von einem Projekt erfährt. Wenn der sich also meldet und sagt, er hätte auch gerne

Interesse, am Verfahren teilzunehmen, und man hilft dieser „Rüge“ nicht ab, würde auch da für ihn die Uhr ticken, die Vergabekammer anzurufen.

Was überlegen wir weiter? Wir erwägen eine gesonderte vertragliche Vereinbarung für ein Rücktrittsrecht oder den Ausschluss einer Schadenersatzpflicht für den Fall, dass eine Nachprüfungsinstanz zu dem Ergebnis kommt, ein bestimmter Vorgang sei entgegen unserer Einschätzung doch ausschreibungspflichtig. Ziel ist, dass wir wenigstens nicht auf diesen Schadenersatzkostenrisiko hängen bleiben und dass wir uns vom Vertrag dann auch lösen können, ohne dass es die Gemeinde Geld kostet. Zu Deutsch: dieses Risiko wird auf den Vertragspartner übergebürdet. Wir haben das zwar schon in dem einen oder anderen Fall verhandelt. Weil die Banken dieses Risiko nicht finanzieren wollen, werden solche kommunale Vorstellungen allerdings nur schwer einzubringen sein. Und dann bleibt uns eigentlich nur die Möglichkeit, diese Unsicherheit offen anzusprechen und zu verhandeln, um eine gemeinsame Lösung zu finden. So kann beispielsweise mit dem Vertragspartner vereinbart werden, dass Vollzugsmaßnahmen, beispielsweise der Abschluss von konkreten Bauverträgen durch den Vertragspartner, erst dann veranlasst werden, wenn tatsächlich die eben genannten Fristen zur Anrufung der Vergabekammer ablaufen sind und Rechtsklarheit besteht.

Was wir indes nicht ausschließen können, ist natürlich das Risiko eines EU-Vertragsverletzungsverfahrens. Es ist – ich sage das aus kommunaler Sicht ganz bewusst – leider auch in bestimmten Kreisen der Anwaltschaft modern geworden, einen Nachprüfungsantrag, den man stellt, sofort in Kopie der Kommission an die Hand zu geben. Wir haben ja früher immer mal gedacht, die Kommission wäre heillos überfordert, sich mit städtebaulichen oder sonstigen Vor-Ort-Geschehnissen aus ganz Europa zu befassen. Weit gefehlt. Es wird hier gehandelt und die Kommission greift das auf. Und dieses Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens, das ja auch in zeitlicher Hinsicht ein dickes Fragezeichen aufwirft, macht das Leben nicht gerade einfacher. Aber auch hier sind Fragen erlaubt. Der EuGH fällt einen Spruch erst nach zwei/drei Jahren oder noch später. Dann ist vielleicht das Bauprojekt jedenfalls in wesentlichen Teilen schon erstellt. In dieser Situation haben wir zwei Themen zu diskutieren: erstens: ist mit der Erstellung einer Baumaßnahme der Vergaberechtsverstoß nicht schon beendet, im Unterschied zu Dienstleistungsverträgen? Und zweitens: ist eine Rückabwicklung überhaupt rechtlich und tatsächlich noch möglich? Jedenfalls dürfte sie aber wohl unverhältnismäßig sein.

Meine Damen und Herren, das würde ja bedeuten, es müssten Eigentumsverhältnisse wieder neu geordnet werden, eigentlich müsste ein Bauwerk wieder abgerissen werden. Das kann sich niemand wirklich vorstellen. Deswegen erscheint es fraglich, ob die konkreten Folgen vor Ort eines (erfolgreichen) EU-Vertragsverletzungsverfahrens tatsächlich als so gravierend befürchtet werden müssten.

Mein Wunsch wäre, dass wir diesen ganzen Komplex im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen, mit Investorenverträgen, mit Investorenverhandlungen komplett aus dem Vergaberechtsregime herausbekommen. Ich bin kein EU-Rechtler und räume freimütig ein, dass ich nicht einschätzen kann, ob das je so gelingen mag. Aber Herr Schüttpelz hatte eben schon angedeutet, es reduziere sich vielleicht auf eine Frage was „nur“ gemacht werden muss.

All dies sind Hintergrundüberlegungen dafür, dass wir in der Vergangenheit und am liebsten auch in der Zukunft durchaus Vergabeverfahren durchführen werden. Denn eines ist klar: eine Grundstücksvergabe „auf Zuruf“ ohne Wettbewerb darf und soll es nicht geben. Es existieren Haushaltsgrundsätze, nach denen Grundstücke nur im wettbewerblichen Verfahren veräußert werden dürfen, es sei denn es wird ein vom Gutachterausschuss bestätigter Preis erzielt. Wir haben die EU-Beihilfen-Thematik, auch insoweit sind Anzeigen bei der EU-Kommission übrigens durchaus an der Tagesordnung. Wir reden ja immer über Projekte, die auch streitig sind. Das gibt nie befriedigende Antworten für alle. Da ist ein Tummelfeld auch für lokale Oppositionspolitik gegeben. Und schließlich geht man solche Projekte nicht im geheimen Hinterzimmer an, sie sind öffentlich und werden irgendwann vom Rat einer Gemeinde beschlossen.

Schließlich steht dann alles in der Zeitung. Und spätestens dann hagelt es von möglichen Mitkonkurrenten oder Mitinteressenten Briefe an den Verwaltungschef, an die Oberbürgermeister, an die Stadtverordneten, dass sie auch Interesse am Projekt hätten. Dem kann man nur begegnen, indem man sagt, wir haben ein Verfahren durchgeführt und jeder hatte in dem Verfahren die gleiche faire Chance. Und das richtige Verfahren der Bieter-/Interessentenauswahl wäre das sogenannte „strukturierte Bieterverfahren“, das wir auch früher, also vor der Alhorn-Rechtsprechung durchgeführt haben. Dies sind Verfahren, die den Kriterien der Nicht-Diskriminierung, Chancengleichheit und auch der Gleichbehandlung entsprechen. Sie legen uns aber nicht unter den vergaberechtlichen Spielregeln fest, das ist der Unterschied.

Sie werden eingeleitet mit dem Aufruf, sich allgemein zu beteiligen, unter Nennung von bestimmten Eckpunkten. Was die Stadt will, muss sie natürlich schon grob beschreiben. Auf diesen Aufruf kommen dann Interessenten mit ihren Ideen und auch mit ihren Eckpunkten und die werden – Stichwort strukturiertes Bieterverfahren – im weiteren Prozess verfeinert. Man spricht mit den Interessenten, man verhandelt mit ihnen, die Räte werden einbezogen, die Bürgerschaft auch. Und irgendwann bleibt einer übrig, der muss jetzt auch Geld in die Hand nehmen. Das ist für mich ein Verfahren mit hoher Transparenz im Sinne der Gleichbehandlung aller, wo wir besser zurechtkommen, wo wir die Flexibilität haben, auch irgendwann einmal „Nein“ zur gesamten Projektdiskussion sagen zu können. Vergaberechtlich ist das schwierig. Ich kann erst dann mit einer Ausschreibung starten, wenn ich auch wirklich gewillt bin,

den Auftrag zu vergeben. Das ist das Thema der Vergabereife, das ich eben angesprochen habe. Das habe ich im Normalfall des Betreibens von Stadtgestaltung durch Dritte, durch Investoren nicht. Ich will mir jederzeit offen halten, auch einmal „Nein“ zu sagen, ich muss vielleicht doch mal eine Pause machen, es sind keine guten Entwürfe dabei, wir lassen das Grundstück für eine Zeit liegen. Also: das vergaberechtliche Instrumentarium passt nicht. Aber wir sagen auch, es gibt etwas, das uns helfen würde. Und das wäre vielleicht eine gesetzliche Konkretisierung der strukturierten Bieterverfahren, das wäre mein Wunsch an Sie, Frau Waldmann. Dies würde den Kommunen, der Wirtschaft, der Stadtentwicklung und auch dem Rechtsfrieden weiterhelfen.



## **Workshop 2: Grundstücksveräußerungen mit städtebaulichem Bezug – Roter Faden erkennbar?**

### **Zusammenfassung der Aussprache**

Die Diskussion konzentrierte sich zunächst auf den § 32 VOB/A. Es wurde kritisiert, dass die nationale Regelung die Richtlinie nicht korrekt umsetze und im Ergebnis ungeeignet sei. Auch die Regelung aus der Richtlinie, nach der der Konzessionär verpflichtet werden kann, Teile des Auftrags ausschreiben muss, sei nicht umgesetzt worden. Es bestand weitgehende Einigkeit, dass das von *Herrn Krämer* vorgeschlagene Verfahren für die Ausschreibung einer Baukonzession geeignet ist – auch wenn *Herr Krämer* selbst nicht der Ansicht sei, dass eine Baukonzession überhaupt vorliege.

*Herr Wiedner* (Kommission der Europäischen Union) brachte die Sichtweise der Kommission in die Diskussion ein. Für diese stelle sich das Problem der Anwendung des Vergaberechts auf den Städtebau als ein rein deutsches Problem dar. Andere Mitgliedstaaten würden nicht von dem Problem betroffen sein. Allerdings komme auch die Kommission bei einem einklagbaren Recht auf eine Bauleistung zur Anwendbarkeit des Vergaberechts, weil ein Bauauftrag oder eine -konzession vorliege. Zudem würde die Kommission die neuen Merkmale zur Definition eines Bauauftrages („unmittelbar zugute kommen“) und der -konzession (Befristung) im GWB als problematisch betrachten. Diese Merkmale fänden sich nicht in der Richtlinie.

Andere Stimmen sahen das Problem in der VOB/A. Diese gehe über die Richtlinie hinaus und sei überformalisiert. Zusammen mit der deutschen Besonderheit des operativen Städtebaurechts ergebe sich eine problematische Situation. Es schloss sich erneut der Wunsch an den DVA an, bei der Regelung der Baukonzession eng an den Vorgaben der Richtlinie zu bleiben und weder an die Vergabe noch an den Konzessionär zusätzliche Anforderungen zu stellen. *Herr Portz* (Dt. Städte- und Gemeindebund) erklärte, durch die Ahlhorn-Rechtsprechung sei es in der Praxis nicht

zu mehr Wettbewerb gekommen. Die Rechtsprechung führe also zu viel Aufwand, aber nicht zu besseren Ergebnissen.

Kritisiert wurde, dass vom OLG Düsseldorf die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf städtebauliche Verträge mit Baupflicht nicht schon bei der Ahlhorn-Entscheidung dem EuGH vorgelegt wurde. *Herr Schüttpelz* erklärte darauf, dass die Ahlhorn-Entscheidung nicht ideal gelaufen sei. Die Gemeinde Ahlhorn sei – trotz Beiladung – nicht zur mündlichen Verhandlung erschienen. Eine Berücksichtigung der gemeindlichen Perspektive hätte daher nicht erfolgen können – die Konsequenzen des Urteils wären dem OLG daher auch nicht in vollem Umfang klar gewesen. Anders als vom Publikum angemerkt, habe die Entscheidung des BayOLG<sup>1</sup> keine Vorlage nötig gemacht. Nach der damaligen Auffassung des Senats sei sie durch die eindeutige Rechtsprechung des EuGH überholt worden. Aus der Kritik an der Entscheidung habe man den Schluss gezogen, bei nächster Gelegenheit vorzulegen. Das sei derweil ja auch erfolgt. Dabei habe auch die GWB-Reform eine Rolle gespielt. Da der Gesetzgeber hier eine völlig andere Meinung bei der Auslegung des europäischen Rechts vertreten habe als das Gericht, sei eine Vorlage nötig gewesen, um den Gesetzgeber nicht zu brüskieren.

Ein weiteres Thema der Diskussion war die Berechnung der Schwellenwerte. Oft fehlt es dem Auftraggeber an den Details, die für eine genaue Schätzung nötig sind. Hier kam die Diskussion zu dem Ergebnis, dass eine saubere Schätzung nicht zu beanstanden sei. Die Anforderungen an die Schätzungen dürften nicht zu hoch geschraubt werden. Hier sei wie bei einer funktionalen Ausschreibung zu verfahren, wo auch konkrete Angebotsdetails unbekannt seien. Weitere Themen waren die „Vergabereife“, wo schnell Einigkeit erzielt wurde, dass hier nur geringe Anforderungen zu stellen sind sowie die Disziplinierungswirkung des Vergaberechts auf Lokalpolitiker.

---

<sup>1</sup> BayObLG, Beschluss vom 19.10.2000 - Verg 9/00.

## **Workshop 3: e-Vergabe – Lösung der Akzeptanzprobleme durch X-Vergabe ?**

### **Moderation und Einführung**

#### **Harald Hetman**

Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen



Das Thema e-Vergabe bewegt schon seit etlichen Jahren die Gemüter. Es war schon oft Gegenstand verschiedener Veranstaltungen, sowohl beim forum vergabe als auch bei BME, Wegweiser, moderner Staat u. s. w.

In der Anfangsphase hat man sich eine Revolutionierung des Beschaffungswesens und erhebliche Einsparungen sowohl auf Auftraggeber- als auch Bieterseite versprochen. Vorteile sollten sich ergeben sowohl bei den Produktkosten, also den Einkaufskonditionen, als auch bei den Prozesskosten durch die Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren.

Der Versuch, eine bundeseinheitliche e-Vergabelösung auf Basis der beim Beschaffungswesen des BMI eingesetzten Technologie zu erreichen, scheiterte früh. Daher wurden in der Folgezeit unterschiedliche Plattformen und Werkzeuge entwickelt.

So unterschiedlich die Technologien, so unterschiedlich war auch das Tempo und die Art des Vorgehens. Einige Anbieter sind inzwischen auf der Strecke geblieben, andere sind dazu gekommen.

Für die Auftraggeber haben sich durchaus schon relevante Vorteile ergeben. Zur Veranschaulichung ein paar Zahlen aus NRW:

Wir haben in NRW unsere fast 1300 Nutzer des Vergabemarktplatzes nach ihren Einschätzungen befragt. 23,5% der Vergabestellen haben geantwortet. Der größte Nutzen wird in der deutlich vereinfachten Kommunikation mit den Bietern gesehen.

Ca. 73% gaben an, dass sich der Aufwand durch Bereitstellung der Verdingungsunterlagen deutlich verringert habe. Der Landesbetrieb Straßenbau NRW konnte eine komplette Druckstraße schließen. 61% sahen Vorteile bei der Datenerfassung und Weiterleitung der Veröffentlichungen an andere Submissionsanzeiger und -plattformen, 58% im geringeren Aufwand durch die Möglichkeit der elektronischen Kommunikation mit den Bietern und 48% darin, dass sich mehr und neue Bewerber an den Verfahren beteiligten. Insgesamt hat sich die Zahl der Bieter um 38 % erhöht. Mehr als 85% gaben an, dass sich bisher unbekannte Bieter Angebote abgegeben hätten.

Auch was die Nutzerzahlen angeht, sind wir recht zufrieden: 190 Vergabestellen mit 1300 Nutzern arbeiten mit dem System. 26.500 Mitarbeiter von Unternehmen haben sich registrieren lassen, 16.500 Projekte wurden über den Marktplatz veröffentlicht.

Das zeigt, dass e-Vergabe gar nicht so erfolglos ist, wie man meinen könnte.

Für die Unternehmen stellt sich die Situation offenbar etwas anders dar, denn die Angebote werden nach wie vor weitestgehend schriftlich abgegeben. Über unsere Vergabepattform haben wir nur ca. 100 elektronische Angebote erhalten.

Wo sind die Ursachen zu suchen?

Je mehr Plattformen existieren, umso unübersichtlicher wird der Markt. Die Anbieterseite hat mit einer Informationsflut zu kämpfen. Wie und wo findet sie die Ausschreibungen, die für das jeweilige Unternehmen interessant sind?

Die Herausforderung besteht also zunächst darin, Plattformen zu schaffen, die aufgrund ihrer Größe und ihres Informationsgehalts für die Bieterseite attraktiv sind.

Darum haben wir in NRW die Landesdienststellen verpflichtet, alle Ausschreibungen und Teilnahmewettbewerbe auf der zentralen Vergabepattform des Landes zu veröffentlichen und die Kommunen eingeladen, ebenfalls [www.vergabe.nrw.de](http://www.vergabe.nrw.de) zu nutzen. Diese zu verpflichten, erschien rechtlich problematisch. Außerdem leiten die Vergabestellen des Landes Veröffentlichungen über eine Schnittstelle an [www.bund.de](http://www.bund.de) weiter. Für andere Vergabestellen ist dies jedoch freiwillig. Ob sich hieran durch die Novelle von VOB und VOL etwas ändern wird, ist noch offen.

Aber auch wenn ein Unternehmen diese Hürde genommen und eine Ausschreibung von Interesse gefunden hat, steht es im Falle überregionaler Tätigkeit häufig vor dem nächsten Problem: Je nach Betreiber sind die Prozesse der Anmeldung und Registrierung unterschiedlich. Teilweise muss bestimmte Software heruntergeladen werden. Die Dokumente sind keineswegs einheitlich strukturiert und auch bei der digitalen Angebotsabgabe gibt es erhebliche Unterschiede.

Ein weiterer Grund könnte sein, dass die Unternehmen mit dem Finden der Ausschreibung und dem Herunterladen der Unterlagen ihre größten Vorteile im elektronischen Ausschreibungsverfahren bereits realisiert haben. Die elektronische Angebotsabgabe führt bei den Unternehmen kaum noch zu Einsparungen. Insbesondere bei größeren Unternehmen sind die Strukturen darauf kaum ausgelegt. Außerdem erscheinen die Signaturverfahren aufwändig oder sind zumindest nicht vertraut, wobei die Einigung der Plattformbetreiber auf eine fortgeschrittene Signatur schon einen deutlichen Fortschritt bedeuten kann.

Vielleicht besteht auch noch ein gewisses Misstrauen gegenüber den Systemen. Nicht zuletzt vermissen einige Unternehmen bei der e-Vergabe auch die Möglichkeit, sich durch die Form des Angebots darzustellen.

Um den bestehenden Flickenteppich etwas weniger abschreckend zu gestalten gibt es verschiedene Ansätze.

Auf europäischer Ebene kümmert sich das Projekt PEPPOL insbesondere um die vor- und nachgelagerten Prozesse, also Lieferantenmanagement, Katalogsysteme und Lösungen für Vereinheitlichungen bei den Signaturen.

REPROC kümmert sich um die Definition von Standardprozessen. Die ersten Ergebnisse wurden in der vergangenen Woche im Rahmen der „e-procure 2009“ in Nürnberg vorgestellt. Bei näherem Interesse empfehle ich Ihnen die Internetseite [www.reproc.de](http://www.reproc.de).

Eine neue Initiative prüft die Möglichkeit der Entwicklung einer Metaplattform, die einen einheitlichen Zugriff auf die verschiedenen Plattformen ermöglichen soll.

Das Schwerpunktthema unseres Workshops ist aber das Projekt x-Vergabe. Hierbei geht es um die technischen Voraussetzungen für den Datenaustausch zwischen den unterschiedlichen Plattformen.

Die Frage, was bei X-Vergabe erreicht wurde und was noch erreicht werden kann, soll uns schwerpunktmäßig in diesem Workshop beschäftigen. Wir können das Thema aber durchaus etwas weiter verstehen und fragen, was ist bei e-Vergabe zu tun? Oder ist es eine Lösung wie der Bund in bestimmten Bereichen nur noch elektronische Angebote zuzulassen oder führt dies zu einer unwirtschaftlichen Beschränkung des Marktes?

Wie weit kann man Prozesse und Anwendungen standardisieren, ohne dass die Individualität der verschiedenen Lösungen aufgegeben wird? Ist ein einheitliches Bieterool eine Lösung und wie ließe sich dieses erreichen?



## **Workshop 3: e-Vergabe – Lösung der Akzeptanzprobleme durch X-Vergabe?**

### **Einführung**

#### **Hans-Jürgen Niemeier**

Vorstandsvorsitzender CONET AG



Mit der elektronischen Vergabe öffentlicher Aufträge (kurz eVergabe) geht es voran, so scheint es. Mehr als 35 so genannte eVergabe-Plattformen decken mehr und mehr öffentliche Auftraggeber in Bund, Ländern und Gemeinden ab. Tendenz steigend. Das hoch gesteckte Ziel der EU-Kommission, die eVergabe bis zum Jahr 2010 in allen Fällen möglich zu machen und dabei die Hälfte der Ausschreibungen tatsächlich vollelektronisch abzuwickeln, ist zwar nach wie vor außerhalb jeder Reichweite – aktuell spricht man von unter 10% „echter“ eVergabe in Deutschland – aber der Weg weist in die richtige Richtung.

Es scheint allerdings, als hätte man vergessen, die Bieter auf diesem Weg mitzunehmen. Zwar kann man von diesen zweifellos erwarten, sich auf diese neue Welt einzustellen. Aber: gleich 20, 30, 35 mal? Auf andere Systeme, Software und Besonderheiten des jeweiligen Anbieters? Bei gleichzeitiger Pflege der bereits genutzten eVergabe-Systeme im Unternehmen? „Flickenteppich eVergabe“ illustriert daher die gegenwärtige Situation in Deutschland durchaus anschaulich, und so kommt bei der anbietenden Wirtschaft mehr denn je keine Euphorie in Sachen eVergabe auf. Immer mehr öffentliche Auftraggeber versuchen dem zu begegnen, indem Angebote in Papierform über kurz oder lang nicht mehr akzeptiert werden. Damit steigen die Kosten der Bieter für die Bearbeitung von Abgeboten weiter, ohne dass für die Unternehmen eine Verbesserung (und damit Verschlinkung) der eigenen Prozesse erreicht wird. Die Frage „welchen Benefit haben die Bieter, wenn Vergaben vollelektronisch abgewickelt werden“ bleibt unbeantwortet.

Neben einer Analyse und Umsetzung von Prozessunterstützungen bei den Bietern (bisher ist nur die Auftraggeberseite untersucht worden) könnte ein sog. "einheitlicher Bieterclient" eine Lösung sein, also eine Software, die in der Lage ist, die

verschiedenensten Plattformen zu adressieren. Letztendlich muss der Service, der Online-Support weiter verbessert werden.

Ziel muss es sein, die eVergabe zu einem für beide Seiten, den Auftraggeber und den Bieter, zu einem produktivitätssteigernden, wirtschaftlichen Instrument weiter zu entwickeln.

## **Workshop 3: e-Vergabe – Lösung der Akzeptanzprobleme durch X-Vergabe?**

### **Einführung**

#### **Dr. Heiko Schinzer**

Geschäftsführer Administration Intelligence AG



Die Abwicklung von Ausschreibungen der öffentlichen Auftraggeber über das Internet verspricht Transparenz und steigenden Wettbewerb durch offene Märkte und Plattformen. Am sinnvollsten sollten diese Ziele doch durch eine einheitliche, einzige Vergabeplattform umsetzbar sein. Dann wüssten die Bieter aus aller Welt, wo alle Ausschreibungen zu finden wären und könnten sie mit einem einzigen Werkzeug bearbeiten. Warum sind dann neben der eVergabe-Plattform des Bundes, neben der etablierten Lösung der Ausschreibungsdienste in Vergabe 24 auf fast allen Ebenen der öffentlichen Verwaltung wie Länder, Kommunen, Kommunalverbände und Sozialversicherer eigene Plattformen entstanden? Ist dieser „Wildwuchs“ sinnvoll oder ein „Geburtsfehler“? So wie es in Europa, Deutschland und selbst in den Bundesländern ist, so ist es auch mit den eVergabeplattformen: es gibt ihn nicht: DEN öffentlichen Auftraggeber, DEN Bieter, DEN Markt der öffentlichen Auftragsvergabe! Vielfalt bedeutet Wettbewerb und sorgt insgesamt für bessere Lösungen. Auftraggeber stehen im Wettbewerb um gute Anbieter und wirtschaftliche Angebote. Sie sind alle bestrebt, sich als guter, interessanter Einkäufer am Markt zu etablieren und wollen durch bessere, kundenfreundliche Lösungen auch von dann besseren Preisen profitieren. Eine Einheitslösung ist wider diese Idee und ignoriert auch andere wesentliche Aspekte, z. B. dem der regionalen Bieterstruktur vieler Teilmärkte des öffentlichen Auftragswesens. Vielfalt ist also nicht Wildwuchs, sondern Ausdruck der Realität, dass viele Ausschreibungen in Berlin andere Wettbewerber adressieren als in Stuttgart. Vielfalt ist gut, geht es doch auf die Unterschiede der Regionen ein. ABER: Vielfalt endet vor dem Chaos! Nicht jeder öffentliche Auftraggeber adressiert eigene Regionen und Märkte – das sollte die Richtschnur sein. Und noch wichtiger: Vielfalt kann über Standardisierung dennoch zu Einheitlichkeit im Umgang führen. X-Vergabe

ist das Zauberwort zur Steigerung der Interoperabilität der Plattformen. Möglichst marktorientierte Plattformen und -reichweiten bei weitestgehender Unterstützung des Austauschs zwischen diesen – das sollte das Ziel sein!

## **Workshop 3: e-Vergabe – Lösung der Akzeptanzprobleme durch X-Vergabe?**

### **Zusammenfassung der Aussprache**

In der Diskussion zeichnete sich ab, dass die elektronische Vergabe sowohl von den Vergabestellen als auch von der Bieterseite grundsätzlich positiv bewertet wird. Einigkeit bestand auch darin, dass mittelfristig kein Weg an E-Vergabe vorbeiführt. In Teilbereichen, vor allem bei der Bereitstellung von Informationen im Internet und beim Download von Unterlagen, seien auch durchaus nennenswerte Erfolge zu verzeichnen.

Wesentlich sei allerdings, die Attraktivität der elektronischen Angebote für die Bieter zu steigern. In der Diskussion wurde deutlich, dass dabei in der Vereinheitlichung der Technik nicht das alleinige Problem gesehen wird. Um wirklich interaktionsfähige elektronische Plattformen zu schaffen, sollte künftig mehr auf die Vereinbarkeit der technischen Lösungen mit den tatsächlichen Anforderungen und Geschäftsprozessen bei öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern geachtet werden.

Der Wettbewerb der verschiedenen Anbieter von E-Vergabe- Plattformen bzw. -technologie wurde grundsätzlich als positiv bezeichnet, da er einer kontinuierlichen Verbesserung und Weiterentwicklung der E-Vergabe dient. Ohne diesen Wettbewerb reglementieren zu wollen, wurde allerdings die Schaffung von mehr Standardisierung bzw. Interoperabilität an besonders wesentlichen Stellen wie beispielsweise bezüglich eines „Bietertools“ für die Angebotsabgabe befürwortet.

Als weitere, besonders wichtige Forderung der Bieterseite erwies sich, dass die Ausschreibungen *aller* öffentlichen Auftraggeber künftig über eine zentrale Ausschreibungsplattform zu finden sein sollten. Diese müsse über eine einfache, präzise Suchfunktion verfügen, da die Bewerber ansonsten die sie konkret interessierenden Ausschreibungen in der Flut der Veröffentlichungen nicht finden könnten. Eine Suche allein auf Grundlage des CPV-Codes wurde als nicht ausreichend

angesehen, da dieser trotz zwischenzeitlicher Verbesserungen nicht hinreichend trennscharf sei und insbesondere auf Bieterseite nicht in allen Einzelheiten hinreichend bekannt ist. Als erfahrungsgemäß wenig erfolgreich wurden E-Vergabe-Plattformen bezeichnet, auf denen nur wenige Ausschreibungen veröffentlicht werden. Betont wurde, dass die „Abschottung“ regionaler und lokaler Ausschreibungen – z. B. durch Nicht-Einstellung auf größeren Plattformen – nicht förderlich sei, da dies letztlich zu Intransparenz und Marktabschottung führe.

Angesprochen wurden ferner Möglichkeiten einer weiteren Vereinfachung der Signierung elektronischer Dokumente. So werde teilweise erwogen, sog. „Container-Signaturen“ zuzulassen, womit mehrere Dokumente in einem Arbeitsschritt signiert werden könnten. Nach Einschätzung einiger Experten könnte diese Vorgehensweise, die allerdings noch näher auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Rechtsrahmen geprüft werden müsste, zu einer weiteren Vereinfachung der E-Vergabe beitragen.

Nachhaltiges Verbesserungspotential wurde auch der Vereinheitlichung der Formulare beigemessen. Insoweit könnte versucht werden, auch für den Bereich der Lieferungen und Leistungen Musterleistungsverzeichnisse und Preisblätter wie im VOB-Bereich (GAEB) zu entwickeln. Als nützlich könne sich ferner ein einheitliches Unternehmensverzeichnis erweisen, auf das bei der Registrierung zurückgegriffen werden könnte. Letzteres sei allerdings nur möglich, wenn ein solches Verzeichnis permanent gepflegt und aktualisiert werde.

## **Workshop 4: Innerstaatliche Zusammenarbeit – Hürden ausgeräumt?**

### **Moderation und Einführung**

#### **Uwe Scharen**

Vors. Richter am BGH



Das Thema beinhaltet die Frage, ob aufgrund europäischen Rechts, insbesondere des europäischen Vergaberechts, Hürden für die innerstaatliche Zusammenarbeit bestanden und noch bestehen. Das ist auf den ersten Blick überraschend, weil das Gemeinschaftsrecht den Grundsatz der verfahrensmäßigen und organisatorischen Autonomie der Mitgliedstaaten anerkennt. Diese Autonomie schließt ein, innerstaatliche Zusammenarbeit vorzusehen und zu regeln. Deshalb sollten die Regeln beispielsweise auch so aussehen können, dass zwei oder mehrere staatliche Organisationen Verträge zur Aufgabenerfüllung ohne vorherige Information und Beteiligung des Markts schließen können. Gerade in Deutschland hat man hiervon auch Gebrauch gemacht. Beispiel sind die Landesgesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit. Denn die sehen vor, durch koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag Aufgaben, zu deren Erfüllung die Kommunen berechtigt und verpflichtet sind, als solche oder zur Ausführung ohne vorherige Information und Beteiligung des Markts an eine andere Gemeinde oder andere Körperschaft zu übertragen.

Auf der anderen Seite haben wir die europäischen Vergaberichtlinien und das nationale Recht (das GWB). Diese Regeln sind nun von ihrem Wortlaut her so gefasst, dass eine vorherige Information und eine Beteiligung des Markts notwendig erscheinen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Vertrag mit einer von ihm rechtlich unterschiedenen Person, also im üblichen juristischen Sprachgebrauch mit einem Dritten abschließen will.

Diese sehr allgemein gehaltene Definition des öffentlichen Auftrags hat man mittlerweile zwar mittels teleologischer Reduktion etwas zurückgestutzt. Man hat nämlich erkannt, dass man es mit einem Dritten, der sich wirklich von dem einzelnen

öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, also sozusagen mit einem echten Dritten dann nicht zu tun hat, wenn der öffentliche Auftraggeber über diesen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und wenn der Dritte ferner seine Tätigkeit im Wesentlichen mit dem öffentlichen Auftraggeber oder anderen staatlichen Anteilseignern realisiert. Sie kennen das unter dem Schlagwort "Teckal"-Rechtsprechung des EuGH, die auch der Bundesgerichtshof mit seinem in BGHZ 148, 55 nachzulesenden Beschluss vom 12. Juni 2001 für das nationale Recht übernommen hat.

In Mitgliedstaaten, die wie oder ähnlich wie die Bundesrepublik Deutschland organisiert sind, schränkt diese Rechtsprechung die Hürden für die vergabefreie innerstaatliche Zusammenarbeit allenfalls fallweise und unbedeutend ein, wenn und solange man den einzelnen öffentlichen Auftraggeber sozusagen als Individuum in den Blick nimmt, und nur auf dessen eigene Ressourcen abstellt und nicht auch darauf, dass ihm möglicherweise auch Ressourcen anderer staatlicher Stellen wie eigene zur Verfügung stehen, zum Beispiel im Wege der Amtshilfe. Die Zerstückelung des deutschen Gesamtstaats in eine Unzahl selbständiger juristischer Personen bringt es mit sich, dass die so verstandenen "Teckal"-Kriterien nur selten erfüllt sind, während ein zentralistisch geführter Mitgliedstaat sich häufig um diese Kriterien schon gar nicht zu kümmern braucht, weil die Erledigung der Aufgabe einer eigenen Dienststelle übergeben werden kann. Um den "Teckal"-Kriterien zu genügen, muss eine Gemeinde jedenfalls an dem Dritten beteiligt sein. Wie sollte eine Gemeinde beispielsweise die erforderliche Kontrolle über eine andere Gemeinde ausüben können?

Damit stellt sich zugleich die Frage, ob ausschließlich die "Teckal"-Kriterien jedenfalls bei koordinationsrechtlichen Verträgen überhaupt dazu taugen, die Frage abschließend zu entscheiden, ob der Markt vorab informiert und beteiligt werden muss oder nicht.

So scheint auch die Kommission anzuerkennen, dass Fälle denkbar sind, die als rein administrative Maßnahme einzustufen sind, so dass deshalb das europäische Vergaberecht und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags von vornherein nicht zu beachten sind. Nach einer Stellungnahme aus dem Jahre 2004 soll es darauf ankommen, ob der öffentliche Auftraggeber alle Rechte und Pflichten in Zusammenhang mit der zu erledigenden Aufgabe vollständig übertragen will. Nach dieser Auffassung würde etwa eine Zweckverbandslösung vergaberechtsfrei sein, wenn der öffentliche Auftraggeber sich nicht etwa besondere Informations- und Kontrollrechte oder bestimmte Entscheidungsbefugnisse vorbehält.

Im Ergebnis scheint dies mit der Linie des Europäischen Gerichtshofs übereinzustimmen. Jedenfalls hat die Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom

13. November 2008 (C-324/07 – Coditel Brabant) plakativ überschrieben: Vergaben an kommunale Zweckverbände können ohne Ausschreibung erfolgen.

Der Fall betraf eine belgische interkommunale Genossenschaft. Der EuGH hat aber auch diesen Fall nach Maßgabe seiner "Teckal"-Rechtsprechung geprüft. Zu dem soeben plakativ wiedergegebenen Ergebnis ist er deshalb nur gelangt, weil er hier den öffentlichen Auftraggeber nicht als Individuum betrachtet, sondern bei der Frage, ob die erforderliche Kontrolle gegeben ist, die Möglichkeiten der Gesamtheit der beteiligten staatlichen Einrichtungen in den Blick genommen hat.

Weist das einen Weg, trotz der "Teckal"-Rechtsprechung der Organisationsfreiheit der Mitgliedstaaten gerecht zu werden? Wie weit reichen die eröffneten Möglichkeiten? Wo sind die Grauzonen? Sind nähere nationale Regelungen erlaubt und sinnvoll? Man denke an den nun doch nicht Gesetz gewordenen Formulierungsversuch der Bundesregierung<sup>1</sup> und den Wunsch des Bundesrates, den dieser laut BR-Drucks. 35/09 artikuliert hat, obwohl er dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts schließlich doch zugestimmt hat? Das sind Fragen, zu denen wir sachverständige Äußerungen unserer Referenten erwarten und die wir natürlich dann auch miteinander diskutieren wollen.

---

1 § 99 Abs. 1 S. 2 Referentenentwurf: Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind.



## Workshop 4: Innerstaatliche Zusammenarbeit – Hürden ausgeräumt?

### Einführung

#### Klaus Wiedner

Stellv. Abteilungsleiter GD Markt der EG-Kommission



Der EG-Vertrag definiert den Begriff der Dienstleistung als eine Leistung, die gegen Entgelt erbracht wird. Es wird nicht danach differenziert, wer diese Leistung erbringt, insbesondere nicht danach, ob der Leistungserbringer öffentlich ist oder privat organisiert ist.

Allerdings kann es gewisse Konstellationen geben, in denen die Aufgabenwahrnehmung durch einen öffentlichen Leistungserbringer von vorneherein nicht als vergütete Dienstleistung im oben genannten Sinne anzusehen ist, und damit auch vom Geltungsbereich des europäischen Vergaberechts ausgenommen ist. Dies ist meiner Ansicht nach dann der Fall, wenn die entsprechende Aufgabe vollständig auf die öffentliche Einrichtung oder Körperschaft (zum Beispiel einen Zweckverband) übertragen wird, die die Aufgabe in voller Unabhängigkeit und unter ihrer ausschließlichen Verantwortung wahrnimmt. Voraussetzung für eine solche nicht vom Vergaberecht erfasste Aufgabenübertragung – und entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zur Konzession – ist allerdings, dass es tatsächlich zu einer *vollständigen* Auftragsübertragung kommt. Diese Voraussetzung kollidiert häufig mit dem Wunsch der Kommunen, weiterhin eine gewisse Kontrolle über die Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben zu behalten. Es stellt sich daher die Frage, welche Kontrollrechte bei der Kommune verbleiben können, ohne dass die Aufgabenübertragung ihren Charakter als vollständige Aufgabenübertragung im o. g. Sinne verliert. Ich bin der Ansicht, dass sich die Kommune wohl gewisse Informationsrechte vorbehalten kann, dass die Qualifizierung als vom Vergaberecht ausgenommene Aufgabenübertragung dagegen wesentlich schwieriger wird, wenn Entscheidungsbefugnisse bei der Gemeinde verbleiben. Wenn zum Beispiel ein

Zweckverband zwar die "übertragene" Tätigkeit ausübt, aber letztendlich die Grundzuständigkeit für die Aufgabe bei der Kommune bleibt, wird eher eine Konzession als eine Aufgabenübertragung anzunehmen sein.

Daneben gibt es eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten der Zusammenarbeit.

Eine Möglichkeit ist der gemeinsame Einkauf. Eine Kommune kann beispielsweise für sich selbst und gleichzeitig für die Nachbarkommune Dienstleistungen beschaffen. Dies setzt natürlich voraus, dass die Kommune, welche die Beschaffung vornimmt, diese Beschaffung mittels einer regelgerechten Ausschreibung durchführt. Der gemeinsame Einkauf wird zum Teil sogar mitgliedstaatenübergreifend praktiziert. Problematisch ist dabei die Ermittlung des anwendbaren nationalen Rechts – und damit auch des Rechtsschutzes, der sich nach dem anwendbaren nationalen Recht richtet. In der Praxis wird in der Regel das maßgebliche Recht gemeinsam festgelegt und das Vergabeverfahren in der Folge von dem Hauptauftraggeber für alle beteiligten Staaten durchgeführt.

Eine zweite Möglichkeit ist die Durchführung von zwei getrennten Vergabeverfahren durch verschiedene Auftraggeber, die sich hierbei untereinander abstimmen, zum Beispiel indem sie die gleichen technischen Spezifikationen und das gleiche Auswahlkomitee einsetzen. Hierdurch können Auftraggeber einen gewissen Effizienzgewinn erzielen, ohne notwendigerweise ein gemeinsames Verfahren durchzuführen.

Nicht ausgeschlossen werden müssen die so genannten In-House-Vergaben. Hier geht es um die Beauftragung von entgeltlichen Leistungen, die eigentlich von den Vergaberichtlinien erfasst wären. Allerdings stellt sich die Situation in Wirklichkeit so dar, dass die zwei formal unterschiedlichen Rechtsobjekte Auftraggeber und Auftragnehmer in Wirklichkeit nur eines sind. Damit wird die Möglichkeit erhalten, zum Beispiel aus steuerlichen oder sonstigen Gründen Aufgaben in eine rein rechtlich getrennte, aber mit dem Auftraggeber verbundene Gesellschaft auszulagern. Nach der Rechtsprechung ist das Vergaberecht nicht anwendbar, wenn der Auftraggeber, wie zum Beispiel eine Gebietskörperschaft, einen Vertrag mit einer rechtlich von ihm verschiedenen Person schließt, über die er eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und wenn diese Person ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

Es ist klar, dass jedenfalls bei Beteiligung von Privaten am auftragnehmenden Unternehmen keine In-House-Situation vorliegen kann. Die einzige Frage die sich eventuell noch stellt, ist, ob das In-House-Privileg erst dann wegfällt, wenn der Private in die den Auftrag ausführende Gesellschaft tatsächlich eintritt, oder ob eine "In-House-Vergabe" bereits ausgeschlossen ist, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass ein Privater beitreten könnte. Die Rechtsprechung ist in diesem Punkt bislang nicht

völlig eindeutig. Will ein Auftraggeber sichergehen, dass eine öffentliche Zusammenarbeit regelkonform ist, sollte er die Möglichkeit einer Teilnahme von privaten Wirtschaftsteilnehmern daher nicht vorsehen.

Ein weiterer wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang ist die Möglichkeit, die In-House-Kontrolle gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern auszuüben. Hier hat sich die Rechtsprechung in letzter Zeit bedeutend weiter entwickelt, insbesondere mit der EuGH-Entscheidung zum Brüsseler Kabelfernsehen (Urteil vom 13. November 2008 in der Rechtssache C-324/07, "Coditel"). In diesem Urteil hat der EuGH entschieden, dass in dem Fall, in dem eine öffentliche Stelle einer interkommunalen Genossenschaft, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, beiträgt, um ihr die Verwaltung eines gemeinwirtschaftlichen Dienstes zu übertragen, die Kontrolle über die Genossenschaft durch die ihr angeschlossenen Stellen, damit sie als eine Kontrolle wie über deren eigene Dienststellen angesehen werden kann, von den angeschlossenen Stellen gemeinsam, gegebenenfalls mit Mehrheitsbeschluss, ausgeübt werden kann.

Der EuGH scheint in seinem Urteil davon auszugehen, dass manche Gesellschaftsformen (wie z. B. Aktiengesellschaften) möglicherweise weniger geeignet sind, um eine gemeinsame In-House-Kontrolle ihrer Anteilseigner über die Einrichtung herzustellen, als andere. Die Frage nach der Relevanz der Rechtsform für die Möglichkeit einer gemeinsamen In-House-Kontrolle ist allerdings noch nicht abschließend geklärt.

Ein weiterer Aspekt ist die vom EuGH im Fall Coditel betonte Wahrnehmung einer Tätigkeit im allgemeinen Interesse. Auch hier stellt sich die Frage, wie wesentlich dieses Merkmal ist. Man kann aber sicherlich vertreten, dass es eine sinnvolle Zusammenarbeit überhaupt nur dann geben kann, wenn mehrere Gemeinden eine Aufgabe, die sie im allgemeinen Interesse zu erfüllen haben, gemeinsam erfüllen und nicht lediglich eine beliebige privatwirtschaftliche Tätigkeit gemeinsam ausüben.

Auch die Frage des beherrschenden Gesellschafters könnte eine Rolle spielen. In dem dem Urteil in der Rechtssache Coditel zugrundeliegenden Sachverhalt gab es keinen die gemeinsame Gesellschaft beherrschenden Gesellschafter. Es ist jedoch fraglich, ob man auch dann von einer gemeinsamen Kontrolle *aller* Anteilseigner einer Gesellschaft über die Gesellschaft ausgehen kann, wenn eine Gemeinde 99% der Gesellschaftsanteile hält, die zweite beteiligte Gemeinde jedoch nur ein Prozent. Liegt hier eine alleinige Kontrolle der beherrschenden Gemeinde vor oder tatsächlich eine gemeinsame Kontrolle der beiden Gemeinden?

Damit verbunden ist die Frage nach dem Rechtsregime für Aufträge von öffentlichen Auftraggebern, die an der beauftragten Gesellschaft nicht beteiligt sind. Kann man das Coditel-Urteil so auslegen, dass auch andere Auftraggeber, die nicht an der Gesellschaft beteiligt sind, ihre Aufträge ohne Ausschreibung an diese gemeinsame

Gesellschaft vergeben können? Meines Erachtens hat jedenfalls das Coditel-Urteil eine solche Möglichkeit nicht begründet, denn die Entscheidung stellt sehr klar auf die Beteiligung des Auftraggebers an der Gesellschaft und die Art der Ausübung der Kontrolle ab. Auch der Entscheidung des Gerichtshofs im Fall C-295/05 ("Tragsa") können meines Erachtens zu dieser Frage keine allgemeinen Aussagen entnommen werden: In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall war nach dem spanischen Recht die auftragnehmende Gesellschaft verpflichtet, Aufträge, die ihr von den öffentlichen Stellen erteilt werden, zu einem vorher festgelegten Preis auszuführen. Somit bestand *in casu* keinerlei Spielraum für vertragliche Regelungen. Dies ist ein ganz spezieller Fall, den man nicht generalisieren kann.

An den aufgezeigten Fallkonstellationen zeigt sich, dass es durchaus Raum für eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern außerhalb des Vergaberechts gibt. Eine Ausnahme aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftragnehmer die entsprechende Leistung nicht auf dem Markt anbietet, kann ich allerdings nicht befürworten. Wenn zwei Gemeinden einen klassischen Austauschvertrag schließen, Dienstleistungen gegen Entgelt, ist nicht nachzuvollziehen, weshalb diese Leistungen dem Markt entzogen sein sollten – die von der auftragnehmenden Gemeinde erbrachten Leistungen können private Unternehmen ebenso gut anbieten. Das Kriterium des "Anbietens auf dem Markt" liefe letztlich darauf hinaus, dass grundsätzlich alle Dienstleistungen, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse sind, zwischen den Kommunen untereinander vergeben werden können, ohne dass Private jemals die Chance auf einen Auftrag haben. Dies schafft im Ergebnis Ineffizienzen und lokale öffentliche Monopole. So wird bei Dienstleistungen wie der Abfall- oder Abwasserbeseitigung, für die es im privaten Sektor durchaus großen Wettbewerb gibt, durch die Aufteilung unter nationalen öffentlichen Einheiten im Extremfall eine weitreichende Marktabschottung erreicht, die den Grundprinzipien des Binnenmarktes zuwider läuft. Insbesondere im Hinblick hierauf erscheint mir die letztendlich glücklicherweise nicht aufgenommene Änderung des GWB, wie im ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung vorgeschlagen, als wahrscheinlich nicht gemeinschaftsrechtskonform. Anderes gilt möglicherweise – je nach Lesart und unter gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung entsprechender Regelungen – für den diesbezüglichen Beschluss des Bundesrates.

Abschließend möchte ich betonen, dass die Kommission natürlich nicht die Absicht hat, ihre Kompetenzen auszudehnen, wie dies von Herrn Marx behauptet wurde. Allerdings sind wir natürlich an die Auslegung des europäischen Rechts durch den Europäischen Gerichtshof gebunden – und damit auch an die Weiterentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung, die speziell im Bereich der Interkommunalen Zusammenarbeit immer wieder Neuorientierungen erfordert.

## **Workshop 4: Innerstaatliche Zusammenarbeit – Hürden ausgeräumt?**

### **Einführung**

#### **Dr. Fridhelm Marx**

Ministerialdirigent a. D.



Meine Damen und Herren,

lassen Sie mich zunächst einige grundsätzliche Dinge festhalten. Aus ihnen ergibt sich meines Erachtens dann relativ zwanglos ein Ergebnis zur Lösung der hier in Rede stehenden Frage nach der Ausschreibungspflicht für Kooperationen unter rechtlich selbständigen staatlichen Einheiten.

1. Ausgangspunkt für jede Frage nach der Reichweite des Vergaberechtes muss letztlich die Frage nach dem Sinn und Zweck des Vergaberechtes sein.

Sinn und Zweck des Vergaberechtes besteht – ich glaube das ist unstrittig - darin sicherzustellen, dass in den Mitgliedstaaten die für die staatliche Aufgabenerfüllung erforderlichen Ressourcen effektiv und wirtschaftlich eingekauft werden können, ohne dass ein Unternehmen, das sich an den Aufträgen beteiligen will, diskriminiert wird. Um dies zu erreichen, gibt es (national) komplizierte Regeln im Haushaltsrecht und im Wettbewerbsrecht mit einem speziellen Rechtsschutz. Auf EU-Ebene besteht ein komplexes Richtliniengeflecht vor dem Hintergrund der Regeln über die Marktfreiheiten.

„Staat“ in unserem Sinne definiert dabei das europäische Vergaberecht durch den Begriff des öffentlichen Auftraggebers in den Eingangspunkten der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 und das deutsche Recht in § 98 GWB. Danach sind „Staat“ – weil öffentliche Auftraggeber – die

- Gebietskörperschaften,

- die rechtlich selbständigen Institutionen, die im Allgemeininteresse als „Öffentliche Unternehmen“ tätig und nichtgewerblicher Art sind,
- Sektorenauftraggeber in den zwei Formen des öffentlich beherrschten Unternehmens und des privaten Monopols sowie schließlich
- einige Spezialfälle: Subventionsnehmer und Baukonzessionäre.

Das ist ein sehr weiter Begriff, bei dem es im Kern auf die Funktion der jeweiligen Institution ankommt, darauf, dass die Institution im Allgemeininteresse – im Gegensatz zum Eigeninteresse – agiert. In seinem letzten Urteil zur Auftraggebereigenschaft eines öffentlichen Unternehmens hat der EuGH in der Rechtssache C 337/06 den Staatsbegriff noch einmal ausgedehnt und es sogar ausreichend sein lassen, dass die Anstalt überwiegend durch eine staatlich garantierte Gebühr finanziert wird.

Wenn eine solchermaßen als „Staat“ identifizierte öffentliche Einheit den eigenen Bereich verlässt, am Markt auftritt und eine Leistung erwirbt, wenn sie also einen Beschaffungsakt vollzieht, hat sie sich den mitgliedstaatlichen Vergaberegeln, die von den beiden genannten Richtlinien „koordiniert“ werden, zu unterwerfen, um Binnenmarkt zu entwickeln, Freiheiten nicht zu beschränken und Diskriminierungen zu vermeiden.

Nebenbei bemerkt bedeutet das nicht, dass es nicht auch außerhalb des Beschaffungshorizontes und in anderen Fällen staatlichen Handelns Transparenzregeln, Gleichbehandlungspflichten oder sonstige Rücksichten auf Rechte Zweiter, Dritter, Vierter gibt – die aber mit Vergaberecht nichts zu tun haben. Auf diese Feststellung möchte ich Wert legen, weil ich den Eindruck habe, dass jedenfalls in Deutschland bei einigen Gerichten und bei vielen Kommentatoren des Vergaberechtes die falsche Vorstellung verbreitet zu sein scheint, diese Vergaberegeln seien die einzigen Normen, die staatliche Stellen zu Transparenz und Wettbewerb zwingen.

Vergaberecht hat eine dienende Funktion. Es ist lediglich die spezifische Regulierung eines wirtschaftlichen Vorganges zur Unterstützung der eigentlichen öffentlichen Aufgaben. Es reguliert die Vorvertragsphase bei Marktgängen staatlicher Einkäufer und setzt deshalb eine klare Trennung zwischen Aufgabenebene und Ressourcenebene voraus. Das heißt jedenfalls, dass es ohne Beschaffung kein Vergaberecht gibt. Darüber hinaus heißt das wahrscheinlich auch, dass es bei der Hauptaufgabenwahrnehmung im Normalfall keine Vergabe und daher auch keinen Ansatzpunkt für die Anwendung von Vergaberecht gibt. Denn Vergaberecht ist kein Instrument zur Durchsetzung (beliebiger) politischer Ziele. Es wäre dazu weitgehend ungeeignet. Vergaberecht ist kein Transparenzrecht zur Durchlüftung einer als altmodisch empfundenen Verwaltung. Diesen Wunsch mag dieser oder jener haben. Nur mit der Aufgabe des Vergaberechtes hat das nichts zu tun. Schließlich ist das

Vergaberecht auch kein Reserveliberalisierungsrecht zum Transport von öffentlichen Aufgaben auf Private. Auch dies mag von verschiedener Seite gerne hineininterpretiert werden. Doch Interessentenwünsche allein sind noch keine gerechtfertigten Vorgaben für die Auslegung des Rechtes – auch nicht des europäischen Rechtes.

2. Zwingende Voraussetzung für die Anwendung von Vergaberecht ist ein Beschaffungsakt. Ob diese Voraussetzung bei einer Vertragskonstruktion erfüllt wird, die offenbar gerade nicht zum Ziele hat, ein am Markt agierendes Unternehmen mit einer Leistung gegen Entgelt zu beauftragen, sondern mit einer anderen staatlichen Institution zu kooperieren, ist allerdings höchst umstritten. Die Dienststellen der EU-Kommission, für die Herr Wiedner sich gleich äußern wird, versuchen, ihre Macht auszudehnen und Kooperationen unter staatlichen Einheiten des föderalen Staates dem Vergaberecht zu unterwerfen. Eine Ausnahme wollen sie großzügig machen, wenn eine vollständige Aufgabenübertragung von einer Behörde auf eine andere stattfindet. Dann handele es sich um eine echte Delegation, die einen Organisationsakt darstelle und keine Beschaffung sei. In allen anderen Fällen, in denen es nur um eine mandatorische Delegation gehe und die ursprüngliche übertragende staatliche Einheit weiterhin Verantwortung und Einfluss habe, müsse Vergaberecht angewandt werden. Denn es erwerbe ein öffentlicher Auftraggeber von einer von der erwerbenden staatlichen Einheit getrennten Institution gegen Entgelt und per Vertrag eine Dienstleistung. Einige deutsche Oberlandesgerichte (OLG Düsseldorf, OLG Frankfurt, OLG Naumburg) sehen das ähnlich.

Der EuGH hat die Frage ausdrücklich noch nicht entschieden. Dennoch berufen sich die Befürworter der Anwendung des Vergaberechtes auf unseren Kooperationsfall natürlich auf den EuGH. Wichtig ist in diesem Zusammenhang das Urteil vom Januar 2007 gegen das Königreich Spanien. Der EuGH hat dort die Feststellung getroffen, dass eine spanische Norm gegen das europäische Recht verstößt. Diese spanische Norm hatte die spanischen öffentlichen Auftraggeber von der Anwendung des europäischen Vergaberechtes befreit und Vergaberecht für unanwendbar erklärt, wenn sie eine wie auch immer geartete nationale staatliche Institutionen beauftragt haben. Das aber besagt in unserem Zusammenhang nur, dass nicht jede Zusammenarbeit unter staatlichen Einheiten dem Vergaberecht entzogen ist, was im übrigen in Deutschland nie jemand behauptet hat.

Die Bundesregierung ist unterstützt von Ländern und Kommunen anderer Ansicht als die EU-Kommission und die genannten Oberlandesgerichte. Ihre Auffassung ist im Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes in einem nach ihrem Vorschlag an § 99 Abs. 1 anzufügenden Satz 3 ausgedrückt, der bedauerlicherweise am Ende dann doch keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat. Die Wirtschaftspolitiker der Union konnten sich mit den Kommunalpolitikern insbesondere der SPD-Fraktion nicht auf einen Text einigen. Nach dem Vorschlag der Bundesregierung soll „Ein öffentlicher

Auftrag .... nicht vor(liegen), wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind.“

3. Die Bundesregierung begründet ihre Haltung so: Bei Kooperationen einzelner staatlicher Einheiten untereinander wird der Staatsbereich insgesamt nicht verlassen. Der Staat kauft dann nicht ein. Er macht selbst. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Kooperation unter selbständigen staatlichen Einheiten stattfindet – wie im föderalen Staat – oder unter unselbständigen staatlichen Einheiten – wie dies in der Regel im zentralistisch aufgebauten Staat geschieht. Wichtig kann immer nur sein, ob der Markt berührt wird oder nicht. Das ist bei der reinen Kooperation unter staatlichen Einheiten nur ausnahmsweise der Fall. Es liegen zwar zwei von drei formalen Voraussetzungen der Richtlinienanwendung vor, der Vertrag zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten über eine entgeltliche Leistung. In aller Regel aber fehlt die dritte Voraussetzung, dass nämlich der Auftrag an einen Wirtschaftsteilnehmer geht. Diese dritte Voraussetzung ist unter dem Gesichtspunkt, dass uns überhaupt nur binnenmarktrelevante Vorgänge interessieren dürfen, die wichtigste Voraussetzung. Sie erst erzeugt die Wirtschafts- und Beschaffungsrelevanz, ohne die es keine Gemeinschaftskompetenz auf unserem Sektor gäbe.

Die Frage, ob eine Kooperation unter staatlichen Einheiten einer Ausschreibungspflicht unterliegt, entsteht nur, weil auch öffentliche Unternehmen am Markt teilnehmen und dadurch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung entstehen kann. Umgekehrt heißt das, dass Kooperationen zwischen staatlichen Einheiten nur dann von den Vergaberichtlinien erfasst werden, wenn die beauftragte Institution sowohl öffentlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat und insofern Teil des Staates ist als auch als Unternehmen auf den Märkten auch außerhalb der staatlichen Organisation aktiv wird. Dabei liegt – nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Carbotermo“ – eine Tätigkeit durchaus noch innerhalb der „staatlichen Organisation“, wenn ein kommunales Unternehmen, das der Kommune zu 100% gehört, nicht nur die Kommune, sondern auch ihre Einwohner versorgt. Die Tätigkeit liegt nicht mehr nur im Staatsbereich, wenn das Unternehmen auch Angebote über die Grenzen der Kommune hinaus an Private macht.

Jede andere Interpretation des Vergaberechtes ist nach Auffassung der Bundesregierung, die in einem von BMI, BMJ, BMF und BMWi für die Verhandlungen der Föderalismuskommission II erstellten, auf der Homepage des BMI öffentlich zugänglichen Gutachten niedergelegt ist, falsch und läuft auf eine drastische Benachteiligung von föderal aufgebauten und funktionierenden Mitgliedstaaten gegenüber zentralistisch organisierten Mitgliedstaaten hinaus. Die Berufung auf das

Vorliegen der formalen Richtlinienvoraussetzungen könne die eklatante Benachteiligung nicht rechtfertigen. Ich finde es – wenn Sie mir diese persönliche Bemerkung gestatten – schon sehr seltsam, dass gerade dieser Aspekt in der deutschen Interpretation der Richtlinien so wenig verstanden zu werden scheint.

4. Ich sehe – über die vorgetragene Argumentation hinaus – eine weitere Begründungslinie für die weitgehende Befreiung staatlicher Kooperationen vom Vergaberecht. Aus meiner Sicht ergibt sich diese Argumentation zwanglos aus einer verständigen Betrachtung der Richtlinien und der Rechtsprechung des EuGH. Ein Unterfall der Kooperation zwischen selbständigen staatlichen Einheiten ist – wenn man so will – das so genannte „In-House-Geschäft“, das bekanntlich nach der Rechtsprechung des EuGH im Teckal-Urteil anerkannt wurde und nicht dem Vergaberecht unterliegt, wenn die beauftragte Institution in den Staat integriert ist (... „vom Auftraggeber beherrscht wie eine eigene Dienststelle“ ...) und im Wesentlichen für die auftraggebende Stelle arbeitet.

Diese beiden Formeln, die der EuGH in seinen Urteilsbegründungen heranzieht, um Verträge von öffentlichen Auftraggebern von den Ausschreibungspflichten der Richtlinien frei zu stellen, stehen nicht in den Richtlinien, nicht im EG-Vertrag, in keinem europäischen Gesetz. Es sind Begründungsformeln des EuGH für die Entscheidung von Einzelfällen, die keineswegs feststehen, sondern von ihm selbst von Fall zu Fall unterschiedlich (z. T. bis zur Inhaltslosigkeit) ausgelegt werden. Selbstverständlich werden die Formeln von interessierter Seite jeweils vor dem Hintergrund ihrer eigenen Interessen ausgelegt.

Aber eine nüchterne Betrachtung kann nur vom Kern der Sache ausgehen. Dieser Kern besteht darin, dass wie bei der Kooperation staatlicher Einheiten untereinander Wettbewerbsbeeinträchtigungen vermieden werden müssen, so dass entscheidend nicht die Intensität der Integration des Auftragnehmers in den Staat die entscheidende Rolle spielen kann, sondern das allzu oft übersehene „Wesentlichkeitskriterium“. Das ist es, worauf es ankommt: Wird der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt, wenn kein Vergaberecht gilt, dann muss es angewendet werden.

Wenn wir im europäischen Vergaberecht nach einer Regel suchen, in der der europäische Gesetzgeber einen ähnlichen, wenn nicht sogar gleichen, jedenfalls vergleichbaren Tatbestand geregelt hat, werden wir sogar fündig: Der europäische Gesetzgeber hat in Art 23 der Sektorenrichtlinie ein klares Konzept für den Fall eines „In-House-Geschäftes“ samt Begründung geliefert. Im deutschen Recht findet sich die dortige Regel in § 100 Abs. 2 lit. o) des GWB. Danach sind Aufträge unter verbundenen Unternehmen im gesamten Sektorenkonzern vom Vergaberecht freigestellt, wenn der Auftragnehmer 80% seines Umsatzes im Konzern macht. Das heißt, der europäische Gesetzgeber hat in der Sektorenrichtlinie mit der Regel des Art 23 eine klare Wertung getroffen und gesagt, was innerhalb eines Konzerns vorgeht,

soll mich nichts angehen. Das ist Sache des Konzerns, solange nicht der Wettbewerb beeinträchtigt wird, indem ein Unternehmen den Auftrag erhält, das nicht für den Konzern arbeitet, sondern für den allgemeinen Markt.

Warum wird dieser klare Wille des europäischen Gesetzgebers nicht als Maßstab auch für die Lösung der Fragen der Kooperation unter allen staatlichen Einheiten und des In-House-Geschäftes generell herangezogen? Warum wird nicht jede vertragliche Regelung als freigestellt angesehen, die sich innerhalb des Konzerns abspielt – ganz gleich, ob als Kooperation horizontal von Schwesterunternehmen (z. B. Bundesland) zu Schwesterunternehmen (= Bundesland) oder als In-House-Geschäft vertikal von Land zu Kreis oder Kommune? Worin liegt der Wertungsunterschied zwischen dem Fall des Art. 23 der Richtlinie 2004/17 und dem Fall eines Beitritts zu einem Zweckverband oder dem Fall einer Kooperation unter Rundfunkanstalten?

Es gibt ihn nicht. Dass die Wertung nicht herangezogen wird, ist eine eklatante Benachteiligung föderal verfasster Mitgliedstaaten gegenüber zentralistisch organisierten Mitgliedstaaten.

Mein Ergebnis heißt daher: Kooperationen unter selbständigen staatlichen Einheiten unterliegen Vergaberecht nur, wenn Aufträge an Marktteilnehmer gehen, wobei Marktteilnehmer nur Privatunternehmen sind oder aber selbständige staatliche Institutionen sein können, die zu mehr als 20% ihrer Tätigkeit Aufträge für nichtstaatliche Institutionen (Private) abarbeiten.

## **Workshop 4: Innerstaatliche Zusammenarbeit – Hürden ausgeräumt?**

### **Zusammenfassung der Aussprache**

Im Anschluss an den Vortrag von *Herrn Wiedner* werden die Thesen der Referenten diskutiert. *Herr Dr. Marx* stellt in Frage, ob eine von *Herrn Wiedner* angesprochene vollständige Aufgabenübertragung nach deutschem Recht überhaupt möglich ist. Er sieht einen erheblichen Widerspruch zum deutschen Staatsaufbau. *Herr Dr. Marx* spricht das Stichwort der „Reserveliberalisierung“ an. Darunter versteht er eine vom Vergaberecht letztlich unabhängige, aber unter deren Etikett betriebene Liberalisierung von innerstaatlichen Vorgängen.

Von Seiten der Städte und Gemeinden wird dargestellt, dass zwei Drittel aller Entsorgungsleistungen ausgeschrieben werden. Dies mache deutlich, dass Städte und Gemeinden keine grundsätzliche Abneigung gegenüber Ausschreibungen habe. Die gemeinsame Durchführung dieser Aufgaben in einem Zweckverband müsse aber möglich sein. Rechtlich sei die Aufgabenwahrnehmung durch den Zweckverband eben nicht mit einer Marktabfrage verbunden und sei daher außerhalb des Vergaberechts zu sehen. Letztlich müsse die kommunale Gestaltungsfreiheit auch dadurch gesichert werden, dass eine Ausschreibungspflicht nicht abhängig sein dürfe von der gewählten Rechtsform eines Aufgabenträgers. Dies wird von anderen Vertretern öffentlicher Auftraggeber aufgegriffen und unterstützt. Der öffentliche Auftraggeber müsse die Freiheit haben, sich bei vernünftigen und begründeten Überlegungen gegen eine Marktabfrage und für eine Durchführung im eigenen Bereich entscheiden zu können.

*Herr Wiedner* hält diese Wertung für problematisch, da der Umfang der Ausschreibungen zeige, dass ein Markt vorhanden sei. Die Überlegung, eine Aufgabe nicht einem privaten Unternehmen, sondern einem gemeinsamen Aufgabenträger zu übertragen, sei letztlich von den gleichen Erwägungen wie eine Auftragsvergabe getragen. Dies gilt nach seiner Auffassung insbesondere für die

Wirtschaftlichkeitsbetrachtung. Diese müsse zwangsläufig die Kosten interner bzw. gemeinsamer Aufgabenwahrnehmung mit den Kosten eines Vertrages mit einem Dritten vergleichen – was eigentlich nur im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit Sicherheit möglich sei. Ansonsten sei eine abschließende und solide Wirtschaftlichkeitsbetrachtung gar nicht sinnvoll möglich. Dies mache aber deutlich, dass es eben durchaus um eine Konkurrenz von öffentlichen und privaten Anbietern gehe und dass damit im Ergebnis eine Marktsituation zu betrachten und zu bewerten sei. Diese These wird aus dem Forum mit dem Hinweis auf haushaltsrechtliche Überlegungen unterstützt.

*Herr Dr. Marx* fordert eine Beachtung des Kompetenzgefüges. Die Entscheidung über eine interne Durchführung müsse bei dem verantwortlichen Aufgabenträger alleine liegen. Außerdem liege begrifflich bei diesem „Selber-Machen“ keine „Beschaffung“ im Sinne des Vergaberechts vor.

## Hot Spot

### Moderation und Einführung

#### Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung



Ich darf Sie im Namen des Vorstands von forum vergabe nochmals ganz herzlich hier begrüßen zum heutigen Tag. Mein Name ist Rüdiger Kratzenberg, ich komme vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und Sie sehen hier eine gewisse Neuerung im Tagungsprogramm – Badenweiler Gespräche sind ja immer wandlungsfähig – Sie erleben jetzt einen „Hot Spot“. Wir hatten einfach gedacht, wir wollen zwei Sachen mit diesem „Hot Spot“ verbinden. Zum einen die Möglichkeit, tagesaktuell auf wichtige Themen reagieren zu können, hier auf die ganz frische Entscheidung des VII. Senats des Bundesgerichtshofs. Zum anderen ist es so, dass es auch ein Blick über den kartellvergaberechtlichen Tellerrand ist. Wir sind selber gespannt wie das bei Ihnen ankommt. Also zum Stichwort Blick über den vergaberechtlichen Tellerrand ist einerseits zu sagen, dass das engere Vergaberechtsthema zwar etwas verlassen wird, dies aber andererseits dem Vergaberecht und insbesondere der VOB zugleich überhaupt nicht fremd ist. Sehr gerne betone ich immer wieder: VOB Teile A, B und C sind eine geschlossene auf einander abgestimmte Einheit. Deshalb nun ein Blick zum Zivilrecht, genauer gesagt zum Bauwerkvertragsrecht. Im Hot Spot – nämlich zum ersten Punkt – darf ich ganz herzlich hier begrüßen Herrn Dr. Eick vom 7. Senat des Bundesgerichtshofs und anschließend wollen wir als nächsten aktuellen Punkt Ihnen eine Kurzinformation geben zum Kabinettsbeschluss vom 29. April 2009 zur HOAI. Auch das nicht engeres Vergaberecht, aber doch glaube ich eine Rahmenbedingung die hier ganz viele Anwesende als Arbeitswerkzeug interessiert und natürlich auch Einfluss auf das Vergabewesen hat. Soviel zum Programm. Wir starten jetzt direkt und ich glaube so ganz furchtbar viel Einführung bedarf es bei diesem Thema nicht. Es war – wer zufällig am Montagabend die Tagesschau gesehen hat – auch für die Maßstäbe unseres obersten Zivilgerichtshofs eine sehr ausführliche Berichterstattung in der 20 Uhr Tagesschau. Hier geht es tatsächlich um ein – nicht heiß ersehntes – aber doch von

der Fachöffentlichkeit dringend erwartetes Urteil zu dem Thema der Anpassung eines VOB – Vertrages: Gibt es überhaupt eine Anpassung und wenn ja auf welcher Grundlage. Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 2 Abs. 5 VOB/B, direkt, analog, ergänzende Vertragsauslegung, also das sind ja einige der in der bisherigen Diskussion genannten Stichworte, auf die wir uns jetzt sicher freuen können. Das Ganze steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vergaberecht des Teiles A der VOB. Und es ist auch ein – ich will es nicht ein Dilemma nennen, aber doch eine Frage die auch aus meiner Sicht noch nicht so ganz endgültig geklärt und durchdiskutiert ist. Es sei nochmals kurz in Erinnerung gebracht: Wir haben die Situation, dass vergaberechtlich ein Wettbewerb läuft, der eben unter Beachtung von Gleichbehandlung und Transparenz davon ausgeht, dass es Angebote gibt die unverändert, das heißt auch ohne Nachverhandlungen, dem Wettbewerb unterliegen und der mit dem Ziel geführt wird, dass ein Zuschlag erteilt werden soll. Zuschlag und Vertragsschluss fallen eben nach dem Rechtssystem unseres Landes hier zusammen. Und da beginnen dann die Probleme, weil sich eben zeigt wie in dem Fall des BGH – dort waren es, glaube ich, bald 1 ½ Jahre zeitliche Verzögerung bei einem Projekt des Bundesfernstraßenbaus, die dadurch hervorgerufen wurden, dass ein Nachprüfungsverfahren angestrengt wurde und sich natürlich dann die Frage einer möglichen Vertragsanpassung stellt. Zu diesen Themen und wie man damit umgeht, jetzt das Urteil. Mit den Maßstäben für eine Vertragsanpassung ist allerdings das Thema noch nicht erschöpft. Es könnte sich im Nachhinein auch im einen oder anderen Fall die Frage auftun, was das jetzt eigentlich noch der richtige – wirtschaftlichste – Bieter der den Zuschlag bekommen hat. Damit mussten Sie sich – glaube ich – nicht auseinandersetzen Herr Eick, aber für den zivilrechtlichen Teil werden wir alle etwas geläuteter sein nach Ihrem Vortrag, da bin ich sicher und wir freuen uns jetzt sehr auf Ihre Ausführungen. Bitte schön.

**Hot Spot:  
BGH-Urteil vom 11. Mai 2009,  
VII ZR 11/08**



**Dr. Wolfgang Eick**

Richter am Bundesgerichtshof

Zunächst will ich auf die wirtschaftliche Bedeutung dieser Entscheidung, die ja ganz frisch ist, eingehen. Die Entscheidung ist am Montagnachmittag um 15 Uhr verkündet worden und noch nicht im Volltext veröffentlicht. Sie finden sie auch nicht im Internet auf der Homepage des BGH, es gibt allerdings eine Pressemitteilung auf der Homepage des BGH, die die Entscheidung sowohl vom Sachverhalt her als auch in den Entscheidungsgründen knapp und kurz und verständlich skizziert. Die Entscheidung wird in BGHZ veröffentlicht werden, aber das braucht eben noch eine gewisse Zeit. Die wirtschaftliche Bedeutung der Entscheidung ist sicherlich gar nicht recht zu überschauen, das kann man nur schätzen. Ich habe in der FAZ gelesen, es gäbe eine Vielzahl von Gesprächen von Nachtragsverhandlungen, die auf Eis liegen sollen bis zur Veröffentlichung dieser Entscheidung. Wenn die Parteien noch in Gesprächen sind, dann müssen diese Fälle ja gar nicht zu uns kommen, ich appelliere insoweit an das, was wir immer Kooperationspflicht der Parteien im Bauvertragsrecht nennen. Der geschätzte Umfang der öffentlichen Vergabeaufträge im Jahr in Deutschland beträgt dem Vernehmen nach 40 bis 50 Milliarden Euro. Mit dem zweiten Konjunkturpaket wird es vielleicht auch noch ein bisschen mehr. Wenn zwischen 10 und 15% dieser Fälle ins Nachprüfungsverfahren gehen und damit eine potentielle Verzögerung eintreten kann, dann kann man sich vor Augen führen, was für ein Volumen das ist über was wir da entscheiden.

Zum Sachverhalt: Es ging um einen Fall einer Arbeitsgemeinschaft aus mehreren Firmen, das zu erstellende Werk ist ein Teil der Bundesautobahn A 113. Beklagte ist die Bundesrepublik Deutschland. Die Beklagte schreibt öffentlich europaweit aus, die Klägerin unterbreitet für die Lose A und B ein Angebot. Februar 2003 erfolgt das Angebot, die Angebotssumme 4,6 Millionen Euro, Baubeginn für das erste Los soll der 31. Juli 2003 sein, Fertigstellungstermin Januar 2005 für das eine Los bzw. September

2004 für das andere. Das sind auch die Daten, die in der Ausschreibung so genannt sind, darauf bezieht sich das Angebot. Diese Daten sind Vertragsfristen aus der Ausschreibung, die in das zivilrechtliche Vertragsangebot auf Abschluss eines Werkvertrages einfließen. Die Bindefrist lief ursprünglich bis zum 11. Juli 2003, das war auch gleichzeitig der vorgesehene Zuschlagstermin. Dieser ist von beiden Parteien einvernehmlich und – das ist für unseren Fall wichtig, denn es gibt Sachverhaltsvarianten mit denen wir uns dann am Schluss noch ein bisschen beschäftigen können – kommentarlos mehrfach verschoben worden. Diese Verschiebungen erfolgten zunächst auf Bitten des Auftraggebers wegen der umfangreichen Prüfung der verschiedenen Angebote aus der Ausschreibung, dann aber wegen eines Nachprüfungsverfahrens eines Mitkonkurrenten, das im August 2003 eingeleitet wurde. Diese Verlängerungen führten zu einer Verschiebung der Termine von ziemlich genau einem Jahr. Im Juli 2004 erst konnte der Zuschlag erfolgen, die Bindefristverlängerung lief bis zum 30. Juli 2004 und der Zuschlag ist 10 Tage vorher, am 20. Juli 2004 erteilt worden.

Der Zuschlag erfolgt nach seinem Wortlaut auf das unveränderte Angebot der Klägerin, das Verzeichnis der Nachunternehmer und das letzte Schreiben zur Bindefristverlängerung. Die Bindefristverlängerung war mit einem Formularsatz der Beklagten erfolgt, das heißt, die Beklagte hat die ARGE angeschrieben, ob sie mit der Verlängerung der Bindefrist einverstanden ist, weil das Nachprüfungsverfahren immer noch nicht abgeschlossen ist. Die ARGE war am Zuschlag immer noch interessiert, hat also der Bindefristverlängerung zugestimmt und zwar in diesem Formular kommentarlos, ohne Vorbehalt, ohne Zusätze, ohne irgendwie auf die möglicherweise dann zu ändernden Ausführungsfristen einzugehen, ohne einen Vorbehalt in Richtung Mehrkosten, Mehrvergütung zu machen. Den Zuschlag vom 20. Juli 2004 hat die Klägerin am 2. September 2004 bestätigt. Diese Bestätigung hat zivilrechtlich für die Lösung des Falles keine Bedeutung mehr. Damit müsste sich jetzt eigentlich die Frage nach den Ausführungsterminen stellen. Eine Einigung über einen neuen Terminplan hat in der Folge trotz diverser Gespräche nie stattgefunden. Und dann steht im Sachverhalt des Urteils, das Bauvorhaben wurde durchgeführt. Also, das erstaunt natürlich immer wieder. Man einigt sich nicht über essentialia: obwohl es ursprünglich Fristen gab, die nicht mehr realisierbar sind, gibt es keine Vereinbarung über neue Fristen, aber es wird gebaut. Da hätte man sich vielleicht auch vorher mal an einen gemeinsamen Tisch setzen können und hätte die Sache ausdiskutieren können. Spart viel Geld, Zeit und Nerven und Prozesskosten – vielleicht.

Bezüglich der Zeitschiene sind die zwei Daten der ursprünglichen Fertigstellungstermine nach Ausschreibung, September 2004 und Januar 2005, mit einer Baudauer von einmal einem Jahr und einmal 1 ½ Jahren wichtig. Der Zuschlag erfolgt dann aber am 20. Juli 2004 und die Bestätigung am 2. September 2004. Zu diesen Zeitpunkten ist die eine Ausführungsfrist fast abgelaufen und von der anderen Frist noch ein halbes Jahr übrig. Es ist völlig klar, dass in dieser verbleibenden Zeit

dieser Autobahnzubringer nicht gebaut werden kann. Das sind die tatsächlichen Gegebenheiten von denen wir ausgehen müssen.

Die Klägerin macht jetzt geltend, 2003 und 2004 sei der Stahlpreis ganz erheblich gestiegen. Das ist unstrittig zwischen den Parteien. Das war in der Zeit, in der der Wirtschaftsboom in Indien und China zu einer ganz erheblichen Verknappung von Stahl auf dem Weltmarkt geführt hat und die Weltmarktpreise explodierten. Es geht um Preissteigerungen von über 100%. Bezüglich des Betonpreises behauptet die Klägerin Ähnliches. Das ist zwischen den Parteien umstritten. Die Klägerin fordert im November 2004 eine Anpassung ihres Einheitspreises an die neuen Stahlpreise und an die neuen Betonpreise. Die Bundesrepublik als Auftraggeberin lehnt das im Hinblick auf das vorbehaltlos erklärte Einverständnis mit den Bindefristverlängerungen ab. „Ihr wart ja einverstanden, dass wir erst später den Zuschlag erteilen, Ihr habt Eure Bindefrist verlängert, dann könnt Ihr auch keine Mehrvergütung verlangen“, so sinngemäß und verkürzt ihre Argumentation.

Die Klägerin verlangt eine Mehrvergütung von 466.000 Euro, also ziemlich genau 10% der ursprünglichen Angebotssumme. Das Landgericht hat über die Berechtigung des Anspruches dem Grunde nach entschieden und der Klage insoweit stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil bestätigt und die Berufung der beklagten Bundesrepublik zurückgewiesen. Am 11. Mai 2009 hat der VII. Zivilsenat des BGH über die zugelassene Revision entschieden: Auch die Revision ist erfolglos geblieben. Das bedeutet: Auch der Bundesgerichtshof ist der Meinung, dass dem Auftragnehmer, dem Bieter in dieser Fallkonstellation ein Anspruch auf Mehrvergütung grundsätzlich zusteht.

Beschäftigen wir uns also mit der Begründung dazu. Es gibt dazu eine Vielzahl von theoretischen Ansätzen, die in der Instanz-Rechtsprechung, vor allen Dingen aber in der Literatur diskutiert werden und die der Senat geprüft und teilweise für richtig, teilweise für nicht anwendbar erachtet hat. Lassen Sie mich diese kurz skizzieren. Man wird zunächst anfangen mit der Auslegung des Ausschreibungstextes. Ist dem Ausschreibungstext bereits stillschweigend immanent, dass in dem Fall, wo die Ausführungsfristen nicht mehr stimmig sind, andere Ausführungsfristen gelten sollen und wenn es dann auch noch teurer wird, dazu ein Mehrvergütungsanspruch besteht? Der Senat hat das abgelehnt. Wir haben gesagt, der Ausschreibungstext enthält hierzu überhaupt keine Regelungen. Das mag anders sein in anderen Fällen, in denen so etwas in die Ausschreibung bereits mit hineingenommen wird. Das könnte vielleicht auch sehr sinnvoll sein. Nur kann ich mir nicht vorstellen, dass die ausschreibenden Auftraggeber ein großes Interesse daran haben. Das mag sich nach dieser Entscheidung vielleicht ändern, aber jedenfalls ist uns aus keinem der bei uns anhängigen sechs Fälle der verzögerten Vergabe bekannt, dass bereits in der Ausschreibung irgendetwas über die Folgen von verzögerter Vergabe stand. Der Ausschreibungstext enthält also keine Regelung. Eine Auslegung über seinen Wortlaut

hinaus hat – wie gesagt – der Senat abgelehnt. Die Ausschreibung kann nicht über ihren Text hinaus in diese Richtung in irgendeiner Form interpretiert werden. Das entspricht auch der allgemeinen Meinung in der Literatur.

Interessanter wird es dann schon beim Angebot des Bieters. Es gibt vereinzelte Literaturstellen die sagen, das Angebot des Bieters sei ergänzend so auszulegen, dass er eine Leistung mit einem Beginn-Termin und einer daraus folgenden Ausführungszeit anbiete, und dass er damit eine Leistung anbiete, die sachgerecht an die Verschiebung des Zuschlags angepasst werden müsse. Das ist eine Meinung, die vor allem von Kapellmann vertreten wird, die der Senat aber nach Prüfung ebenfalls verworfen hat. Zum einen ist rechtsdogmatisch das Angebot nur eine Willenserklärung, noch kein Vertragsschluss. Und eine Willenserklärung kann man nicht ergänzend auslegen, weil sie noch keine Rechtswirkung erzeugt. Das Angebot des Bieters kann also nicht isoliert ergänzend ausgelegt werden. Für die ergänzende Vertragsauslegung ist – wie der Name schon sagt – ein Vertrag und nicht eine einzelne Willenserklärung maßgeblich. Mit der ergänzenden Auslegung können nur Lücken in Regelungen des Geschäfts – des Rechtsgeschäfts – geschlossen werden. Das heißt, es muss an einen Regelungsplan angeknüpft werden, den die Parteien in ihrem Vertrag festgelegt haben unter Anwendung von Treu und Glauben und Verkehrssitte. Das passt nicht auf das Angebot. Außerdem – und jetzt kommt das erste Mal die Schnittstelle zum Vergaberecht – sind wir der Ansicht, dass wir die Willenserklärungen dieser Vertragsparteien aus dem Ausschreibungs-Vergabeverfahren vergabekonform auslegen müssen. Es wird mit Sicherheit kein Bieter eine Erklärung abgeben wollen, mit der er von vornherein das Risiko eingeht, ausgeschlossen zu werden. Er will im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen anbieten. Wenn wir jetzt seinem Angebot diesen Inhalt – „Ich will die Leistungszeit so anbieten, wie sie sich nach Zuschlag darstellt.“ – beilegen würden, dann wäre das vergaberechtlich sicherlich bedenklich. Da haben wir zum einen § 97 Abs. 1 GWB, das Transparenzgebot. Ist das noch ein klares Angebot, ist das noch transparent? § 11 VOB/A sagt, Ausführungsfristen müssen in die Vertragsunterlagen aufgenommen und bestimmt sein. Eine Bestimmung der Fristen wäre jedoch nicht möglich. Und § 15 VOB/A hilft auch nicht, denn die dort genannten Änderungsmöglichkeiten bei den Preisermittlungsgrundlagen sind in Einzelheiten auch bereits festzulegen und das wäre hier auch nicht erfolgt. Also kann im Ergebnis das Angebot des Bieters eine solche Auslegung nicht erfahren. Das steht im Übrigen im Einklang mit dem Handbuch für Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau: „Notwendige Verlängerungen der Zuschlags- und Bindefrist sind zu prüfen, es ist im Vertragsausführungsverfahren letztendlich zu prüfen, ob die Fristen verlängert werden müssen und ob das Auswirkungen auf die Grundlage der Preisermittlung hat.“ Also erfolgt dies alles erst im zivilrechtlichen Vertragsabwicklungsstadium, nicht bei der Vergabe.

Ob jetzt in diesem Zusammenhang der Auftraggeber möglicherweise nach § 26 VOB/A schon die Ausschreibung aufheben kann, wie es das Vergabehandbuch auch vorschlägt, erscheint fraglich. Denn die Hürden des § 26 VOB/A für die Aufhebung der Ausschreibung sind hoch, schwerwiegende Gründe dürften diese Fristverzögerungen und dadurch entstehenden möglichen Mehrkosten wohl kaum sein.

Zum nächsten Punkt, der Verlängerung der Bindefrist. Die Bundesrepublik hat sich darauf berufen, der Bieter und spätere Auftragnehmer habe mit der Bindefristverlängerung zugestimmt, keine Mehrvergütung zu bekommen. Das ist ein Argument, das auf den ersten Blick einen gewissen Charme hat. Diese Auffassung wird auch in der Literatur sowie Teilen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vertreten.

Gleichwohl ist der Senat dem nicht gefolgt. Ist die Verlängerung der Bindefrist wirklich ein Verzicht auf Mehrforderungen? Will der Bieter sich nicht nur die Möglichkeit des Zuschlags erhalten? Wird er gezwungen, einen Vorbehalt zu machen, damit er sich nicht diesem Verzichtsvorwurf aussetzt? Der Senat hat gesagt, auch hier sei vergabekonform auszulegen. Die Bindefristverlängerung ist in aller Regel nicht anders zu verstehen als sie erklärt worden ist. Und diese erfolgte mit einem Formular, in dem nur stand, der Bieter sei mit der Bindefristverlängerung einverstanden. Das Formular enthält weder eine Begründung noch eine Frist noch werden in irgendeiner Weise Mehrkosten angesprochen. Es handelt sich um eine reine Fristverlängerung nach § 148 BGB. Ich will noch einmal auf den möglichen Widerspruch zu vergaberechtlichen Grundsätzen zurückkommen. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A bestimmt, dass Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind. Wenn ein Bieter mit der Bindefristverlängerung eine Vertragsfrist verändert, dann nimmt er eine solche Veränderung vor. Das führt zum zwingenden Ausschluss nach § 25 VOB/A. Das wird der Bieter nicht ernstlich wollen. Das wird auch der Auftraggeber nicht wollen. Ein Ausschluss dieses erstrangigen Bieters wäre auch aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich nicht interessengerecht.

Es gibt dazu natürlich Fallvarianten in alle Richtungen. Der Senat hat am 4. Juni dieses Jahres einen weiteren Fall zu verhandeln, in dem mit der Bindefristverlängerungserklärung ein Vorbehalt hinsichtlich der Ausführungsfristen und etwaiger Mehrkosten erklärt wurde. Aber selbst dann, wenn dieser Vorbehalt erklärt ist, kann in die Bindefristverlängerungserklärung nichts anderes hineingelesen werden als eben eine Fristverlängerung. Auch das ist keine Änderung des Vertragsangebots des Bieters, denn das wäre vergabewidrig. Das will der Bieter nicht, das widerspricht seinen Interessen, weil es zu seinem Ausschluss führen könnte. Das ist im Urteil vom 11. Mai 2009 bereits mitentschieden worden, da sind schon die Weichen für künftige Fälle gestellt. Es ist also kein Vorbehalt in der Bindefristverlängerung notwendig bzw. sinnvoll.

Als vierten Punkt könnte man ansetzen beim Zuschlag. Der Zuschlag erfolgte am 20. Juli 2004, als die Vertragsfristen zum Großteil bereits an- oder abgelaufen waren.

Zivilrechtlich ließe sich das relativ leicht begründen, wenn man sagen würde, diese Vertragsausführungsfristen wollen die Parteien jetzt nicht mehr. Man könnte sagen, wenn der Auftraggeber jetzt den Zuschlag erteilt, dann will er jetzt andere Fristen beauftragen. Dann macht er aber nichts anderes als in § 150 Abs. 2 BGB geregelt, nämlich die bzgl. der Ausführungsfristen modifizierte Annahme eines Angebotes. Und diese modifizierte Annahme gilt als ein neues Angebot mit der Folge, dass mit dem Zuschlag der Vertrag nicht zustande kommt, sondern dass der Bieter wiederum dieses modifizierte Angebot annehmen muss. Macht der Bieter dies nicht, ist das Vergabeverfahren beendet und der Auftraggeber kann neu ausschreiben. Und wenn dieses Procedere fünfmal stattgefunden hat, sind fünf Jahre ins Land gegangen. Das kann nicht sinnvoll sein. Dies ist ein praktisches Argument gegen die Auslegung des Zuschlags. Es gibt aber auch wiederum vergaberechtliche Gründe, den Zuschlag nicht so auszulegen. Die Besonderheiten des Vergabeverfahrens stehen dem unserer Ansicht nach entgegen. Ich muss erneut auf die Vergabekonformität der Auslegung hinweisen, diesmal im Zusammenhang mit dem Nachverhandlungsverbot in § 24 Nr. 3 VOB/A. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht gestattet, mit den Bietern Änderungen der Angebote über Preise zu verhandeln. Eine Änderung des Angebots würde auch in diesem Fall vorliegen, wenn die Bauzeit abweichend von den Ausschreibungsbedingungen bestimmt würde. Geringfügige Änderungen sind nach § 24 Nr. 3 VOB/A vom Wortlaut her zulässig, aber dass die Änderungen in unserem Fall nicht mehr geringfügig waren, sieht man ja schon am Ablauf der Fristen. Ein Verstoß gegen § 24 Nr. 3 VOB/A führt zwar nicht zwingend zum Ausschluss, aber er macht das Vergabeverfahren rechtswidrig und der Auftraggeber könnte sich unter Umständen Schadensersatzansprüchen anderer Bieter ausgesetzt sehen. Auch das wird der Auftraggeber nicht wollen, so dass auch der Grundsatz der vergabekonformen Auslegung gegen die Betrachtung des Zuschlages als modifizierende Annahme spricht.

Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch noch das Wettbewerbsprinzip, § 97 Abs. 1 GWB und der Gleichbehandlungsgrundsatz, § 97 Abs. 2 GWB. Auch diese sprechen gegen eine Nachverhandlung oder modifizierende Annahme, denn diese würden nur für einen, den als besten Bieter ausgesuchten Bieter erfolgen und mit den anderen nicht.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass vergaberechtlich und zivilrechtlich unter Berücksichtigung der Auslegung bis zum Zeitpunkt des Zuschlags eine Anpassung von Ausführungsfristen und ggf. die Vereinbarung über Mehrvergütungen nicht möglich ist.

Jetzt werden Sie möglicherweise fragen, ob das zivilrechtlich überhaupt noch ein wirksamer Vertrag ist, wenn die Ausführungsfristen zu einem großen Teil oder sogar vollständig bei Zuschlagserteilung abgelaufen sind. Wäre das nicht ein Fall der Unmöglichkeit? Dies ist nicht der Fall. Zivilrechtlich sind Verzögerungen den

Verzugsregeln unterworfen und nur beim absoluten Fixgeschäft hätten wir einen Fall der Unmöglichkeit. Ansonsten sind die Unmöglichkeitsregeln auf diese Verzögerungsfragen nicht anzuwenden. Ich kann also sehr wohl einen Vertrag schließen, dessen Leistung mir zeitlich in dem vorgegebenen Rahmen so gar nicht mehr möglich ist. Zivilrechtlich ist dies kein Fall der Unmöglichkeit. Dieses Zwischenergebnis ist im ersten Leitsatz unserer Entscheidung zusammengefasst: Der Zuschlag erfolgt auf das Angebot, wie es wortwörtlich auf die Ausschreibung hin erfolgt ist. Eine Abänderung ist vor dem Zuschlag nicht möglich.

Auch das entspricht im Übrigen der Empfehlung des Vergabehandbuchs für den Straßen- und Brückenbau in der Fassung vom März 2003.

Wir müssen aber darauf reagieren, dass die Vertragsfristen zum Großteil schon abgelaufen sind. Es kann bei diesem Vertragsschluss mit diesen Fristen so nicht sein Bewenden haben. Tatsächliche Gründe stehen da entgegen. Ein ersatzloser Wegfall der Fristen wäre natürlich eine Möglichkeit, aber das ist nicht Parteiwille. Wenn wir auslegen, müssen wir nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, Verkehrssitte und unter Berücksichtigung beider Parteiinteressen auslegen. Wenn die Parteien in ihrem ursprünglich ins Auge gefassten Vertrag Vertragsfristen vereinbart haben, dann hat das seinen guten Grund, dann sollen sie auch durch Auslegung in den neuen Vertrag hineininterpretiert werden. Also werden die Fristen angepasst. Und zwar ist – das ist die Regel der ergänzenden Vertragsauslegung – durch die Parteien tunlichst eine Einigung herbeizuführen. Wenn das in unserem Fall so gewesen wäre, wäre die Sache freilich nie bei uns gelandet. Das heißt, wenn die bestehende Vertragslücke nicht durch die Parteien geschlossen wird, dann entscheidet das Gericht. So lag der Fall hier.

Nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung erfolgt eine Abwägung unter Berücksichtigung der Interessenlagen, von Treu und Glauben und der Verkehrssitte. Was hätten die Vertragspartner redlicherweise vereinbart, wenn sie das Problem erkannt hätten? Es sind also Sinn und Zweck der im Vertrag enthaltenen Regelungen zu bewerten und als Ausgangspunkt der Vertragsergänzung heranzuziehen. Es handelt sich hier um einen gegenseitigen Austauschvertrag, Leistungen und Gegenleistungen sind daher – so die Vermutung – in einem ausgewogenen Verhältnis. Wir kommen bezüglich der Fristen zu dem Ergebnis, die Bauzeit ist anzupassen. Das kann so erfolgen, dass man einfach die Zeit der Verzögerung an die Fristen und Termine hinten anhängt. Es gibt aber auch Fälle, in denen das sicher etwas zu einfach wäre. Denken Sie an Erschwernisse oder Erleichterungen, denken Sie an jahreszeitliche Verschiebungen – im Winter kann man schlecht betonieren, dann wird man dem Rechnung tragen müssen. Dann ist die Frist eben ein bisschen länger zu vereinbaren oder zu bemessen. Weiter sind die schutzwürdigen Interessen beider Vertragspartner, natürlich auch das Interesse des Auftraggebers an beschleunigter Fertigstellung zu berücksichtigen. Hinweise für die

Anpassung der Termine sind in § 6 Nr. 3 und 4 VOB/B zu finden. Die VOB/B ist Vertragsgegenstand dieses Bauvertrages geworden. Diese Grundsätze können daher sinngemäß mit berücksichtigt werden.

Interessanter für die Bauwirtschaft ist dann der zweite Punkt. Nicht nur die Fristen sind anzupassen. Wenn durch die neuen Fristen Mehrkosten entstanden sind, dann ist die Frage, wer die Mehrkosten trägt. Verschuldet – im Sinne von zivilrechtlichem Verschulden – hat letztendlich diese Verzögerung weder der Auftraggeber und noch viel weniger natürlich der Bieter. Auch wenn der Bieter der Bindefristverlängerung zugestimmt hat, hat er deswegen die Verzögerung nicht verschuldet. Also geht es um Risikosphären, Risikobereiche. Wem ordnet man letztendlich das Risiko zu, dass durch diese Verzögerung der Bau im Ergebnis ein wenig teurer wird?

Wir haben immer zunächst einmal eine Änderung der Leistungszeit und wir haben Kostensteigerungen, die hierdurch verursacht sind. Es stellt sich nach der Anpassung der Leistungszeit die Frage der Anpassung der Vergütung, also die Änderung der Grundlagen des Preises durch die Verzögerung.

Es gibt einen ähnlichen Fall in der VOB/B und zwar das Anordnungsrecht des Auftraggebers. Dies Anordnungsrecht des Auftraggebers kann auch zu Mehrvergütungen führen, § 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 3, 5 und 6 VOB/B. Diesen liegen ähnliche Erwägungen zugrunde. Deswegen hat der Senat der häufig vertretenden Meinung in der Literatur den Vorzug gegeben und gesagt, die Verzögerung ist vom Auftraggeber entsprechend den Gedanken des § 2 Nr. 5 VOB/B zu tragen. Auch wenn den Auftraggeber an der Verzögerung kein Verschulden trifft, sind ihm letztendlich die Risiken dieser Kostensteigerung zugewiesen. Das gibt es auch in anderen Fällen. Nehmen Sie an, der Auftraggeber kann unverschuldet das Baugrundstück nicht mehr zur Verfügung stellen, dann hat der Auftragnehmer trotzdem einen Anspruch nach Kündigung aus § 649 BGB. Da geht es ebenfalls nicht um Verschulden, sondern um Risikozuweisung.

Die Verzögerung des Vergabeverfahrens darf auch nicht zu Lasten des Bieters gehen. Der Bieter hat sich im Wettbewerb durchgesetzt, er war der beste Bieter und die Einrichtung des Vergaberechtsschutzes durch das Nachprüfungsverfahren soll ihm nicht schaden, allenfalls nutzen. Nachprüfungsverfahren ist Bieterschutz. Und wenn der Bieter die aus diesem Bieterschutz resultierende Kostensteigerung zu tragen hätte, dann wäre das widersprüchlich. Es kann also letztendlich nicht dazu kommen, dass der Bieter dadurch, dass er aufgrund eines von einem Mitbieter und Konkurrenten betriebenen Nachprüfungsverfahrens der Bindefristverlängerung zustimmt, Kosten übertragen, überwältigt bekommt, die nicht in seiner Risikosphäre liegen. Außerdem bestünde die Gefahr, dass er der Bindefristverlängerung nicht zustimmt, wenn er keine Kostenerstattung bekäme. Das hätte zwei Effekte: zum ersten scheidet der beste Bieter aus. Das heißt, das Nachprüfungsverfahren wird für den zweiten und drittbesten Bieter plötzlich richtig interessant. Und für den Auftraggeber wird es

zweitens teurer, denn er kann nicht den besten, nunmehr ausgeschiedenen Bieter nehmen, sondern er muss den zweiten oder dritten beauftragen. Das entspricht nicht dem wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers.

Der Auftraggeber wird allerdings unter Umständen jetzt mit Mehrkosten belastet, die er aus seiner Ausschreibung heraus, aus dem Angebot des Bieters heraus, zunächst nicht absehen konnte. Das erscheint aber nicht unbillig. Eine Bauausführung zu dem vorgesehenen Termin war nicht möglich, hätte die Ausschreibung ein Jahr später – zeitnah – stattgefunden, wäre der Bau eben auch teurer gekommen, weil die Kostensteigerungen dann in die Angebote dieser Bieter eingeflossen wären. Also ist es nicht unangemessen, dass letztendlich im Ergebnis der Auftraggeber diese Kosten zu tragen hat. Diese Überlegung ähnelt nicht zufällig den Überlegungen zu den Sowieso-Kosten. Der vergaberechtliche Nachteil ist natürlich, dass diese Mehrvergütung ausschließlich mit einem Bieter vereinbart wird, dem besten Bieter und späteren Auftragnehmer. Die anderen Bieter haben also nicht mehr die Chance, ebenfalls über Mehrkosten zu verhandeln. Diese Verhandlung findet aber nicht im Vergabeverfahren statt, sondern zeitlich danach, nämlich im zivilrechtlichen Vertragsabwicklungsstadium. Aus zivilrechtlicher Sicht ist dagegen nichts zu sagen. Vergaberechtlich bin ich insoweit überfragt. Aber das Vergabeverfahren ist mit dem Zuschlag beendet. Wir haben uns insoweit mit dem X. Senat abgestimmt und ich kann sagen, dass vergaberechtliche Bedenken gegen diese Lösung prima facie zunächst nicht bestehen.

Es kann natürlich auch sein, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass nicht der wirtschaftlichste Bieter beauftragt wurde. Der wirtschaftlichste Bieter ist nicht derjenige, der den Zuschlag erhalten hat, wenn durch die ihm jetzt zugesprochene Mehrvergütung ein anderes Angebot wirtschaftlicher gewesen wäre. Die Folgen der Vergütungsanpassung auf andere Angebote können aber nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht bekannt sind. Das ist nach unserer Ansicht aber hinnehmbar. Es kann nicht sein, dass bei jeder Verzögerung der Wettbewerb neu eröffnet wird. Es kann nicht sein, dass bei jedem länger andauerndem Nachprüfungsverfahren die Ausschreibung abgebrochen wird, falls § 26 VOB/A das überhaupt zulässt. Das würde zu einer Endlosschleife führen. Es ging in der Entscheidung des BGH um einen Spagat zwischen dem öffentlichen Vergaberecht und dem Zivilrecht, und irgendwie muss dieses Problem zu einer vernünftigen Lösung gebracht werden und der VII. Zivilsenat ist der Meinung, dass er hier eine solche gefunden hat.

Es gibt Literaturstimmen, die verlangen, den Gedanken zum Wegfall der Geschäftsgrundlage analog anzuwenden. Diese Vertragsanpassung könnte aber nur stattfinden, wenn gravierende Änderungen bei den Preisermittlungsgrundlagen stattgefunden haben. Diese Einschränkung hat der Senat abgelehnt. Die Höhe der Vergütung und der Prozentsatz der Kostensteigerung spielen keine Rolle. Sämtliche Preise können angepasst werden, wenn sich Kostensteigerungen durch die

Verzögerung ergeben haben, auch bei nur geringfügigen Änderungen. Das ist die gleiche Wertung wie beim § 2 Nr. 5 VOB/B, bei dem es auch keine solche Grenze der schwerwiegenden Erhöhung gibt.

Ich verhehle nicht, dass wir die Bedenken gesehen haben, die diese Entscheidung hervorrufen wird. Der Senat hat gewissermaßen einen Bedenkenhinweis in seine Entscheidung aufgenommen. Er hat gesagt, dass nach seiner Rechtsauffassung die Parteien sehenden Auges einen Vertrag schließen, den sie so eigentlich nicht wollen, weil die Vertragsausführungsfristen schon zum Teil oder ganz abgelaufen sind, wenn der Zuschlag erteilt wird. Das lässt sich aber nicht vermeiden, weil wir vergaberechtskonform auslegen müssen. Zivilrechtlich mag dies bedenklich sein, aber angesichts der Überlagerung durch das Vergaberecht ging es nicht anders. Und wir sehen auch, dass die Vereinbarung über die verzögerungsbedingten Mehrkosten nur mit einem Bieter geschlossen wird und nicht anderen Bietern die gleiche Chance eingeräumt wird, ihre Mehrkosten ebenfalls auf ihr Angebot aufzuschlagen oder auf Mehrkosten zu verzichten. Dadurch kann sich das Verhältnis zwischen bestem Bieter, zweitbestem Bieter und drittbesten Bieter in einer retrospektiven Betrachtung als falsch herausstellen. Wir halten unseren Weg gleichwohl für gangbar und die Lösung letztlich für praktikabel. Ob sie es wirklich ist, wird die Zukunft weisen.

Ich fasse zusammen: Ausgangspunkt der Vertragsanpassung ist, dass sich die Leistungszeit verändern muss. Ohne eine solche Veränderung gibt es keine Grundlage für die Vertragsanpassung. Wir haben am 4. Juni 2009 in unserer nächsten Sitzung einen weiteren Fall, VII ZR 82/08. In diesem Fall ist der Zuschlag noch so rechtzeitig erfolgt, nämlich am 19. Dezember des Jahres, dass der Ausführungsbeginn zum 01.01. des Folgejahres noch eingehalten werden konnte. Es war zwar alles sehr knapp, aber letztendlich hat die Verzögerung durch das Nachprüfungsverfahren nicht dazu geführt, dass sich die Leistungszeit ändert. Gleichwohl macht aber in diesem Fall der Kläger Mehrkosten geltend, weil er in der Zwischenzeit durch die Bindefristverlängerung einen billigen Stromanbieter verloren hat. Das hat mehrere Millionen Euro ausgemacht, da es um zu rekultivierende Braunkohlereviere mit kilometerlangen Förderbändern geht. Diese Förderbänder werden alle elektrisch betrieben und haben einen ungeheuren Stromverbrauch. Daher machen ein paar Cent pro Kilowattstunde Millionen aus. Dem Bieter ist der Stromanbieter, der sein Angebot befristet hatte auf den Zeitpunkt des ursprünglich ins Auge gefassten Zuschlags, abgesprungen. Der Bieter und spätere Auftragnehmer musste sich anderweitig zu höheren Kosten mit Strom eindecken. Die Leistungszeit hat sich nicht geändert. Es bestehen daher Zweifel, ob dieser Fall genauso wie der gerade entschiedene zu behandeln ist.

Damit bin ich auch schon bei den Sachverhaltsvarianten. Die erste Variante zeichnet sich dadurch aus, dass vor dem Zuschlag keine Erklärungen zu Fristen abgegeben wurden, dies ist der vorgestellte Fall VII ZR 11/08 vom 11. Mai 2009. Die zweite

Variante, bei der der Bieter der Verlängerung nur unter Vorbehalt zustimmt, ist von der Begründung dieser Entscheidung umfasst: Der Vorbehalt bei der Bindefristverlängerung ändert nichts an der Auslegung von Angebot und Zuschlag. Die dritte Variante, bei der seitens des Auftraggebers im Zuschlag neue Fristen vorgegeben werden, haben wir noch nicht entschieden. Dieser Zuschlag könnte nach reinem Zivilrecht das klassische modifizierte neue Angebot sein, § 150 Abs. 2 BGB. Wie das vergaberechtlich zu werten ist, wissen wir noch nicht. Einen solchen Fall haben wir auch schon im Senat, irgendwann im Herbst oder im Winter wird dieser zur Verhandlung kommen. Die Sache bleibt spannend! Die vierte Variante mit unveränderter Ausführungszeit ist der jetzt gerade von mir erläuterte Fall vom 4. Juni 2009, VII ZR 82/08. Hier ist eine Anpassung des Vertrages, weil die Ausführungszeiten noch eingehalten werden können, möglicherweise nicht notwendig. Deswegen ist die ergänzende Vertragsauslegung in dem Fall auf der Kippe. Die Variante fünf betrifft gesunkene Preise. § 2 Nr. 5 VOB/B ist keine Einbahnstraße, sondern spricht Mehr- ebenso wie Minderkosten an. Selbstverständlich kann ein Werk durch Verschiebung der Ausführungszeiten auch billiger werden (Verlegung vom Winter in den Sommer). Nur faktisch werden Minderkosten wohl nur selten zum Tragen kommen – wer weiß denn, ob die Preise höher oder niedriger werden? Ob es teurer oder billiger wird? Das weiß regelmäßig allein der Auftragnehmer. Der Auftraggeber, die öffentliche Hand, weiß das in aller Regel nicht, zumindest nicht in allen Details. Er kann das vermuten, kann Indizes heranziehen, aber ob das letztendlich beweisfähiges Material für einen Prozess darstellt?

Wir haben in unserer Entscheidung den Spagat versucht zwischen Vergaberecht und Zivilrecht, hier also dem allgemeinen Schuld- und Vertragsrecht. Die Begründung, der Gang der Begründung und die Schwierigkeit der Begründung zeigen, dass der Spagat vielleicht nur bedingt gelungen ist, wir wissen darum. Aber wir halten das Ergebnis für billig und gerecht und haben versucht, es argumentativ überzeugend zu begründen. Wir haben den Fall am 11. Dezember 2008 verhandelt und haben bis zum 11. Mai 2009 gebraucht, bis wir ihn ausgebrütet hatten. Wir haben es uns nicht leicht gemacht und es war auch nicht einfach. Europarechtliche Fragen haben eine Bedeutung gespielt, tauchen aber in der Entscheidung nicht auf. Wir sind der Meinung, dass die europarechtlichen Fragen nicht entscheidungserheblich waren in diesem Fall und deswegen eine Vorlage an den EuGH nicht in Betracht kam. Deswegen haben wir auch nichts hierzu gesagt.

Ganz spannend ist auch die letzte Frage, wie hoch denn nun die Mehrvergütung ist, die ein Unternehmer zu bekommen hat. § 2 Nr. 5 VOB/B bietet ein weites Feld und ist eine „Spielwiese“ für Baujuristen und Baubetriebswirtschaftler. Dazu will ich hier jedoch nichts sagen, weil die Entscheidung nur zum Anspruchsgrund ergangen ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



## Hot Spot: Die neue HOAI

### Dr. Tillman Prinz

Geschäftsführer der Bundesarchitektenkammer



Die zum 18. August 2009 in Kraft getretene Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI) wird von den Architekten- und Ingenieurkammern und -verbänden begrüßt. Gleichzeitig wird weiterer Handlungsbedarf gesehen.

Zum einen sind mit der Novellierung sowohl die Vorgaben der europäischen Dienstleistungsrichtlinie als auch eine Reihe der begründeten Forderungen des Berufsstandes der Architekten, Innen- und Landschaftsarchitekten, Ingenieure und Stadtplaner berücksichtigt worden.

Der Erhalt des Anwendungsbereiches durch Beibehaltung der Tabellenendwerte und der Leistungsbilder in ihrem bisherigen Umfang sowie die „Entrümpelung“ der Verordnung von Vorschriften ohne relevanten Regelungsinhalt schaffen Transparenz und dienen dem Verbraucherschutz. Eine praxistaugliche Regelung für Abschlagszahlungen wurde in die Novelle aufgenommen. Mit Anreizen für kostensparendes, wirtschaftliches Bauen hat die Novelle eine geeignete Grundlage für die erforderliche und auch von den zuständigen Ministerien in Aussicht gestellte weitere Fortentwicklung der HOAI geschaffen.

Zum anderen ist die Anhebung aller Honorarsätze um 10% lediglich ein vorläufiger Zuschlag, der nicht mit einer Honorarerhöhung in gleichem Umfang einhergeht, da die Novelle an vielen Stellen auch zu Honorarminderungen führen wird.

Somit lautet das Fazit: Nach der Reform ist vor der Reform. Die HOAI-Novelle war ein notwendiger Zwischenschritt zur Herstellung der Konformität der HOAI mit europäischem Recht. Gleichzeitig hat der Bundesrat eine Reihe von Forderungen für die bereits angekündigte weitere Novellierungsstufe innerhalb eines Jahres nach

Inkrafttreten der HOAI 2009 aufgestellt. Diese sind u. a. eine Modernisierung und Vereinheitlichung der Leistungsbilder, eine Überprüfung der Honorarstruktur und eine weitere Verschlankeung der HOAI unter dem Blickwinkel des Wandels der Berufsbilder, der Umweltbelange und der Regeln der Technik.

Vor diesem Hintergrund ist es Ziel der vorliegenden Textausgabe der HOAI 2009, einen schnellen Überblick über die in Kraft getretenen Änderungen zu verschaffen und in die neu gefassten Vorschriften einzuführen. Zu diesem Zweck enthält die vorliegende HOAI 2009 auch eine Einführung in die wesentlichen Änderungen und die amtliche Begründung.

## Hot Spot

### Zusammenfassung der Aussprache

Die Diskussion beherrschten die Fragen nach – heute schon praktizierten – Abwandlungen des zuvor von *Herrn Dr. Eick* vorgestellten Grundfalls. Zuerst wurde eine extreme Verlängerung der Bindefrist schon in den Ausschreibungsunterlagen genannt, denen der Bieter zur Abgabe eines Angebots zustimmen müsse. *Herr Dr. Eick* war der Ansicht, dass sich das im Grundfall diskutierte Problem damit umgehen lasse, wies aber darauf hin, dass evtl. interessante Angebote gar nicht abgegeben würden, wenn eine solche Bindefrist akzeptiert werden müsse.

Eine andere diskutierte Konstellation war der Verzicht auf Ausführungsfristen im Angebot. Auch hier ergab die Diskussion, dass dieses Variante vom Grundfall unterschiedlich zu behandeln ist. Insbesondere ist noch zu klären, wie hoch die Schutzwürdigkeit des Bietervertrauens, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Leistung erbringen zu dürfen, ist. Immerhin liegt eine Zustimmung zur Bindefristverlängerung vor, wie mehrfach betont wurde. Ein solcher Fall ist beim BGH noch nicht anhängig.

Es gab auch kritische Stimmen zum Urteil. So wurde bezweifelt, dass der Rechtsgedanke des § 2 Nr. 5 VOB/B hier nutzbar ist. Er sei nur auf Zusatzwünsche des Auftraggebers ausgelegt, auf die dieser verzichten könne, wenn der Preis zu hoch ist. Hier aber sei vom BGH eine Zuschlagspflicht geschaffen worden, ohne dass die Auftraggeber auf den Haushalt Rücksicht nehmen könnten. Andere kritisierten, dass es eigentlich zu einem erneuten Vergleich zwischen den Angeboten kommen müsse, da evtl. nicht alle Bieter Mehrkosten hätten. Dagegen wurde eingewandt, dass eine neue Auswahl auch das Risiko eines neuen Nachprüfungsverfahrens beinhalte – eine potenzielle Endlosschleife. Auch die Frage nach vertrags-individuellen Preissteigerungen und Ausnutzung des Urteils zu Missbrauchszwecken wurde eingehend diskutiert. *Herr Dr. Eick* wies darauf hin, dass der BGH sich dieser Problematiken bewusst sei. Auf sie sei in Folgeentscheidungen einzugehen.

## Aussprache

---

Zuletzt wurde auf die Frage eingegangen, ob diese Entscheidung auch auf Konstellationen anwendbar ist, die der VOL oder VOF unterliegen, da dort keine dem § 2 Nr. 5 VOB/B entsprechende Norm vorliegt. *Herr Dr. Eick* bejahte dies ausdrücklich. Auch im Urteil selbst sei nicht § 2 Nr. 5, sondern der darin enthaltene Rechtsgedanke als Auslegungshilfe angewendet worden. Und dieser Rechtsgedanke sei übertragbar.



## Öffentliche Beschaffung unter dem Einfluss von Innovation und Umweltschutz

**Ministerialdirigentin  
Dr. Susanne Lottermoser**

Bundesministerium für Umwelt,  
Naturschutz und Reaktorsicherheit



### I.

Das öffentliche Beschaffungswesen ist ein wichtiges Instrument der Förderung von Umweltschutz und Innovation. Ich möchte Ihnen die Rechtsentwicklungen und den Diskussionsstand zum Thema Umweltschutz und Innovation im Vergaberecht auf der europäischen und nationalen Ebene vorstellen und dabei in fünf Schritten vorgehen:

1. Was macht das Beschaffungswesen so interessant für eine Einflussnahme durch die Umweltpolitik?
2. Wie sieht die Rechtslage aus?
3. Welches sind die vergaberechtlichen Möglichkeiten stärkerer Innovationsorientierung?
4. Wie lässt sich Umweltschutz im Vergabeverfahren berücksichtigen?
5. Welche Maßnahmen sind auf EU-Ebene geplant?

Die Instrumentalisierung des Vergabewesens für den Umweltschutz gehört mittlerweile zum festen Kanon der umweltpolitischen Instrumente. Diese umfassen neben dem klassischen Umweltordnungsrecht auch Maßnahmen der indirekten Steuerung. Hierzu zählen insbesondere ökonomische Instrumente, und in diese Kategorie fällt auch die öffentliche Beschaffung.

Dies hat folgenden Hintergrund:

Staatliche Stellen verfügen über eine große Marktmacht. In Europa geben sie jährlich ca. 16% des Bruttoinlandsproduktes der EU für die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen aus. In Deutschland verfügen Bund, Länder und Kommunen mit jährlichen Ausgaben für die Beschaffung über ein Marktpotential in Höhe von insgesamt ca. 260 Mrd. Euro.

Das Bundesumweltministerium hat letztes Jahr die Unternehmensberatung McKinsey beauftragt, die Potenziale des Beitrags öffentlicher Beschaffung insbesondere zum Klimaschutz einmal genau zu ermitteln.

Heraus kam: von den erwähnten 260 Mrd. Euro pro Jahr haben etwas über 50 Mrd. Euro unmittelbare Relevanz für Umwelt- und Klimaschutztechnik. Davon entfallen über 32 Mrd. Euro auf die Kommunen – das sind rd. 60%; auf die Länder über 6 und auf den Bund knapp 13 Mrd. Euro.

Die relevantesten Bereiche betreffen

- den Gebäudebau und die Gebäudesanierung
- die Energiebeschaffung
- IT, Elektrogeräte, Beleuchtung
- Fuhrparke und den Öffentlichen Personennahverkehr.

Der öffentliche Sektor verursacht ca. 4% aller Treibhausgas-Emissionen in Deutschland, das sind 42,8 Mio. Tonnen CO<sub>2</sub>. Das mit über 23 Mio. Tonnen größte Emissionsvolumen entsteht durch den Energieverbrauch in öffentlichen Gebäuden, z. B. in Schulen.

Würde man bei Anschaffungen in den o.g. Feldern auf energieeffiziente und klimafreundliche Techniken setzen, ließen sich bis 2020 knapp 30% (12 Mio. Tonnen) der Emissionen des öffentlichen Sektors einsparen!

Gegen umweltfreundliche Beschaffungsmaßnahmen werden häufig steigende Ausgaben für die öffentliche Hand ins Feld geführt. Wir haben daher McKinsey auch Kosteneinsparungspotentiale untersuchen lassen. Hier ergab sich ein differenziertes Bild: Es gibt natürlich Vermeidungshebel, die sich unter derzeitigen Rahmenbedingungen nicht rechnen. Wie etwa Gebäudesanierungen auf Passivhausstandard (Senkung des Heizenergiebedarfs unter 15 kWh/m<sup>2</sup>) oder die Beschaffung von Pkws mit Hybridantrieb.

Der überwiegende Teil des Vermeidungspotenzials entfällt aber auf Maßnahmen, die sich innerhalb der kommenden zwölf Jahre rechnen, also bis zum Jahr 2020 höhere Einsparungen bringen als Investitionen notwendig sind – dazu zählen die Einführung effizienter Beleuchtungssysteme oder der Umstieg auf energiesparende IT-Geräte bzw. auf Maßnahmen, die sich über die Dauer der Investition – also über den

gesamten Lebenszyklus – auszahlen. Hierbei handelt es sich um komplexere Maßnahmen wie die energetische Sanierung von Gebäuden oder den Umstieg auf Hybridbusse.

Neben 1. die Kosteneinsparungen und 2. die Verbesserungen für den Umwelt- und Klimaschutz treten noch die folgenden zwei Effekte, die mit der Ökologisierung der Beschaffung beabsichtigt sind:

3. die Schaffung von Märkten für Umwelttechnik und die schnellere Durchdringung von Märkten und damit Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und

4. die Stimulation von Innovationen durch Erhöhung einer entsprechenden Nachfrage.

Mit den beiden letzten Zielen ist auch die Innovationsförderung durch die Beschaffung angesprochen. Dieser Aspekt macht das Beschaffungswesen auch zu einem industriepolitischen Instrument. Es fügt sich ein als Baustein in eine Ökologische Industriepolitik.

Mit diesem Begriff umschreibt das BMU ein Konzept, das der Umweltpolitik eine neue innovationsorientierte Ausrichtung gibt.

Lassen Sie mich auf diesen Hintergrund kurz eingehen. Umweltpolitik hat sich mit folgenden ökonomischen und ökologischen Megatrends auseinanderzusetzen, die dieses Jahrhundert prägen werden und schon prägen. Es sind dies

- eine in 40 Jahren von jetzt 6 auf 9 Milliarden Menschen anwachsende Weltbevölkerung,
- die nachholende Industrialisierung in Schwellenländern wie China und Indien,
- die mit beiden Tatsachen verbundene wachsende globale Nachfrage nach Energie und Rohstoffen
- und der Klimawandel.

In dem Umfang, wie wir jetzt mit Rohstoffen umgehen und natürliche Ressourcen übernutzen, wird die ökologische Tragfähigkeit der Erde absehbar erschöpft sein. Industriegesellschaften müssen darauf reagieren und ihre Strukturen auf knapper werdende Ressourcen einstellen. Die Leitmärkte der Zukunft liegen in energie- und ressourceneffizienter Technik. Wir sehen es jetzt schon in China und Indien: wo die Kaufkraft steigt und die Nachfrage nach Produkten eines höheren Lebensstandards wächst, wachsen auch Märkte – für saubere Autos, für CO<sub>2</sub>-arme Energieerzeugung, für energiesparende Produkte und so weiter.

Vor diesem Hintergrund will eine Ökologische Industriepolitik den technologischen Fortschritt antreiben und die strategisch wichtigen Zukunftsindustrien stärken, um Unternehmen in Deutschland auf den Umweltschutzgütermärkten zu positionieren.

Wir haben das Marktpotential von grünen Leitmärkten wie Energieeffizienz, nachhaltiger Mobilität und Wasserwirtschaft von Roland Berger ausrechnen lassen: Schon heute wird das Marktvolumen für Umweltschutztechnik weltweit auf rund 1.400 Milliarden Euro geschätzt. Bis zum Jahr 2020 wird ein Volumen von mehr als 3.000 Mrd. Euro erwartet. Wer in diesen Märkten bestehen will, muss entsprechende Produkte anzubieten haben.

Deutschland ist bisher als Exportweltmeister gut aufgestellt, aber wir müssen uns angesichts wachsender Konkurrenz durch die USA und Japan anstrengen, diese Position auch zu verteidigen.

Mit einem umwelt- und innovationsorientierten Auftragswesen, das Innovationen nachfragt und über höhere Nachfrage auch die technische Ausreifung forciert, kann die öffentliche Hand maßgeblicher Treiber dieser Entwicklung sein. Soviel zum Hintergrund der Debatte.

## **II.**

Damit komme ich zur rechtlichen Verankerung von Umweltschutz und Innovation im Vergabewesen. Noch immer ist die Betrachtungsweise anzutreffen, dass umwelt- und vergaberechtliche Ziele miteinander kollidierten. Sie manifestiert sich in der Redeweise von den vergabefremden Zielen, deren Verwirklichung mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot unvereinbar sei. Es wird vertreten, dass das Vergaberecht einzig und allein dem wirtschaftlichen Einkauf diene und Sekundärziele nichts im Vergabeverfahren zu suchen hätten. In diesem Sinne äußerten sich kürzlich der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Beschaffungs-Mitteilung der Kommission und der wissenschaftliche Beirat beim BMWi in seinem Gutachten von 2007. Er sieht in der Verfolgung vergabefremder Zwecke die Gefahr von Intransparenz, Wettbewerbseinschränkungen und versteckten Begünstigungen.

Ich möchte daher zunächst darauf eingehen, ob der Staat Umweltschutzziele bei seinen Beschaffungen berücksichtigen darf oder ob er dies nicht sogar muss.

Der Schutz der Umwelt und der natürlichen Lebensgrundlagen ist als nationale, europäische und internationale Aufgabe unbestritten.

Im europäischen Recht haben die einzelnen EG-Vertragsrevisionen den Umweltschutz sukzessive gestärkt.

Art. 2 des EG-Vertrages wertet den Umweltschutz und die Verbesserung der Qualität der Umwelt explizit zu gemeinschaftsrechtlichen Verfassungszielen auf, die bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts sowie als Abwägungsregel heranzuziehen sind. Und Art. 6, die sog. Querschnittsklausel, fordert die Beachtung der umweltpolitischen Prinzipien in sämtlichen anderen Politikbereichen.

Jede europäische und nationale Politik ist dem gesamten Zielkatalog von Art. 2 EG-Vertrag verpflichtet. Die wirtschafts- und die umweltbezogenen Verfassungsziele und Rechtsgrundsätze stehen nach h. M. gleichrangig nebeneinander. Ein Vorrang des Binnenmarktkonzeptes und umgekehrt auch ein Vorrang des Umweltschutzes sind dem EGV nicht zu entnehmen.

Daraus folgt für das Auftragsvergaberecht: Es muss ebenso wie alle anderen Rechtsgebiete und Politikbereiche der Gemeinschaft der Verwirklichung der Ziele dienen, die sich aus Art. 2 EG-Vertrag ableiten lassen.

Entsprechend ist die Rechtslage auf nationaler Ebene: die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG hebt den Umweltschutz aus dem weiten Kreis staatlicher Aufgaben hervor. Die darin liegende Wertentscheidung verpflichtet alle drei Staatsgewalten – auch die Verwaltung im Rahmen der Auftragsvergabe.

Auch national gilt: Das Umweltstaatsziel genießt keinen Vorrang gegenüber anderen Verfassungszielen, sondern ist mit anderen Prinzipien wie dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit als Handlungsmaxime für die Mittel bewirtschaftende Verwaltung im Einzelfall in Abwägung zu bringen.

Betonen möchte ich: Es geht nicht darum, dass nur das umweltfreundlichste Produkt eingekauft werden darf. Es geht nicht um Umweltschutz um jeden Preis! Umweltschutzgesichtspunkte müssen aber im Sinne eines Berücksichtigungsgebotes einbezogen werden.

An dieser Stelle bleibt festzuhalten:

Umweltschutzaspekte können nicht per se als vergabefremd bezeichnet werden, sie sind vielmehr mit in Erwägung zu ziehende zulässige Sekundärziele.

Mit der Novellierung des europäischen Vergaberechts 2004 fand der Umweltschutz dann auch an verschiedenen Stellen Eingang in die Richtlinien – u. a. in Art. 23 zu technischen Spezifikationen, Art. 26 zu Bedingungen für die Auftragsausführung und in Art. 53 zu Zuschlagskriterien.

Diese Rechtsentwicklung war maßgeblich durch die Rechtsprechung des EuGH vorangetrieben worden. In den Urteilen Concordia Bus Finland 2002 und Wienstrom 2003 hatte der EuGH die Berücksichtigung ökologischer Vergabekriterien grundsätzlich gebilligt und die Voraussetzungen hierfür dargelegt.

### **III.**

Auch die Innovationsförderung hat sich zum Sekundärziel der Vergabe entwickelt.

Innovationsförderung ist spätestens seit der Lissabon-Strategie ein wichtiges Politikziel der Gemeinschaft. Die EU soll so zum „wettbewerbsfähigsten und

dynamischsten Wirtschaftsraum der Welt gemacht werden“. Die gesamten öffentlichen Ausgaben – nicht nur die spezifischen Fördermittel – sollen auf eine Unterstützung von Forschung, Entwicklung und Innovation orientiert werden.

Der EG-Vertrag erwähnt zwar nicht ausdrücklich die Innovation als Vertragsziel. Er definiert aber Zielsetzungen, die ohne Innovationen nicht erreicht werden können: Art. 3 EGV gibt der EG die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie und die Förderung der Forschung und technologischen Entwicklung als konkrete Politikziele ausdrücklich vor. Damit fordert er implizit, dass die (Wirtschafts-)Politik Maßnahmen ergreift, um innovative Entwicklungen anzustoßen und zu fördern. Denn ohne innovative High-Tech-Produkte wird die EG den erwünschten hohen Grad an Wettbewerbsfähigkeit nicht erreichen können.

Auch die High-Tech-Strategie der Bundesregierung von 2006 richtet alle forschungs- und entwicklungsrelevanten Politikbereiche auf die Innovationsförderung hin aus. Sie beinhaltet auch, dass die öffentliche Beschaffung die Potenziale neuer Technologien nutzen und damit Marktchancen befördern soll. In diesem Sinne haben die Staatssekretäre der Bundesministerien für Wirtschaft, Verteidigung, für Verkehr, für Umwelt und für Bildung und Forschung 2007 einen Beschluss zur verstärkten Innovationsorientierung öffentlicher Beschaffung gefasst. Darin haben sie vereinbart, die vergaberechtlichen Möglichkeiten stärker zu nutzen, um mehr Raum für innovative Leistungen zu geben.

Welche Möglichkeiten sieht das Recht dafür vor?

- Dynamische Beschaffungssysteme (Art. 33 VKR)
- Wettbewerblicher Dialog (Art. 29 VKR)
- funktionale Leistungsbeschreibung
- Zulassung von Nebenangeboten

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie hat zwei neue, für die Förderung von Innovationen interessante Instrumente eingeführt: die dynamischen Beschaffungssysteme und den wettbewerblichen Dialog.

Dynamische Beschaffungssysteme etablieren elektronische Netzwerke, in denen die bestgeeigneten Lösungen zur Auftragsbefriedigung nach und nach in einem kooperativen und transparenten Wettbewerb entwickelt werden können. Von diesem Instrument hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung allerdings keinen Gebrauch gemacht.

Anders beim wettbewerblichen Dialog. Er wurde mit Umsetzung der Vergaberichtlinien neu in Deutschland eingeführt (101 I GWB, 6a VgV). Er kommt u. a. in Frage, wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können. Dies kann

bei besonders komplexen Vorhaben der Fall sein, bei denen ein Auftraggeber im Vorhinein nicht abschätzen kann, was er wirklich braucht und was die Märkte dafür anbieten können. In diesen Fällen erlaubt das Recht dem Auftraggeber, mit interessierten und geeigneten Unternehmen in einen Dialog zu treten. Dabei sollen die Grundlagen einer Ausschreibung erarbeitet und ermittelt werden, wie den Bedürfnissen des Auftraggebers am besten entsprochen werden kann.

Die enge Kommunikation mit potentiellen Auftragnehmern ist ein Novum im bisher rein wettbewerblich ausgestalteten Vergaberecht. Dass die Kommission ihn dennoch als neues Instrument etabliert, zeigt, dass die Förderung innovativer Lösungen ein gewichtiges Politikziel der öffentlichen Beschaffung geworden ist, dem durch die Schaffung neuer Vergabeverfahren Rechnung getragen wird.

Die Möglichkeit von funktionalen Leistungsbeschreibungen wurde eingeführt, weil sich die strikt an Normen orientierten technischen Spezifikationen als Innovationshindernis erwiesen haben. Ein leistungsbezogener Ansatz in der Ausschreibung gibt nur das Ziel bzw. die erwünschte Wirkung eines Produktes oder einer Leistung vor, lässt den Marktteilnehmern aber den Raum für Kreativität, wie dieses Ziel erreicht werden kann und kann somit innovative technische Lösungen befördern.

Die Zulassung von Nebenangeboten bietet die Möglichkeit, Alternativen bei Bietern abzufragen, über die der Auftraggeber keine Kenntnis hat. Damit wird das Spektrum der in die Auswahl einzubeziehenden Angebote erweitert und innovative Produkte und Dienstleistungen kommen leichter zum Zuge. Nebenangebote müssen ausdrücklich zugelassen werden.

Mit der jüngsten GWB-Novelle ist die Berücksichtigungsmöglichkeit innovativer Lösungen bei der Auftragsausführung ausdrücklich vorgesehen worden (97 Abs. 4).

#### **IV.**

Ich möchte nun auf die verschiedenen Phasen des Beschaffungsvorgangs eingehen und zeigen, dass und wie in jeder Phase Umweltschutzaspekte einbezogen werden können.

4 Phasen werden üblicherweise im Vergabeverfahren unterschieden.

*1. Phase:* Festlegung des Auftragsgegenstandes durch Erstellung der Leistungsbeschreibung

In der ersten Phase legt der Auftraggeber in einer Leistungsbeschreibung fest, was er beschaffen möchte. Dabei kann er Umwelteigenschaften vorgeben.

Er kann dies im Wege detaillierter technischer Spezifikationen tun oder wie gerade erwähnt durch eine funktionale Leistungsbeschreibung, für die auch umweltpolitisch

viel spricht, da sie mehr Raum für die Betrachtung von Lebenszyklusanalysen gibt. Diese sind bei der Leistungsbeschreibung ein wichtiger Aspekt: Sie betreffen die Summe aller Kosten, die während des gesamten Lebenszyklus eines Produktes zu tragen sind und sind damit gleichzeitig ein wichtiger ökonomischer Faktor.

Beispiele sind Anforderungen an den Energieverbrauch eines Produktes oder seine Mindesthaltbarkeit.

Woraus ein Produkt hergestellt ist und wie es hergestellt wird, kann einen erheblichen Teil seiner Umweltauswirkungen ausmachen.

Nach den Vergaberichtlinien können auch Produktionsmethoden bei der Aufstellung der technischen Spezifikationen berücksichtigt werden, z. B. Holz als Baumaterial aus nachhaltiger Produktion, Strom aus Erneuerbaren Energien, Energieaufwand bei der Herstellung von Materialien.

Ebenso kann vorgegeben werden, dass Produkte aus bestimmten Materialien hergestellt sein müssen – z. B. biologisch abbaubar oder recyclingfähig sein müssen oder bestimmte Materialien – etwa umweltschädliche Chemikalien – nicht enthalten dürfen.

Voraussetzung bei der Festlegung von Produktionsmethoden ist aber immer der sog. Auftragsbezug. Die festgelegten Anforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen.

Öffentliche Auftraggeber können sich (gemäß Art. 23 VKR bzw. § 8a Nr. 3 VOL/A) auch detaillierter Spezifikationen von Umweltgütezeichen bedienen – also Kriterien für Umweltlabel zugrunde legen. Die Zeichen können auch Mittel für den Nachweis der Erfüllung der technischen Spezifikationen sein. Dabei muss den Bietern jedoch offen stehen, die Erfüllung der Umweltspezifikationen auch auf anderem Wege nachzuweisen. Das heißt, ein bestimmtes Umweltgütezeichen darf nicht als Voraussetzung verlangt werden.

## 2. Phase: Eignungsprüfung von Anbietern

Im 2. Schritt der Eignungsprüfung von Anbietern werden Fachkunde, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit geprüft. Hier können Umweltkriterien in Form von Anforderungen an umweltrelevantes Know-how eine Rolle spielen. Bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen kann verlangt werden, dass ein Bieter seine technische Leistungsfähigkeit durch eine Zertifizierung nach einem Umweltmanagementsystem nachweist. Dies kann das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung EMAS, aber ebenso ein anderes gleichwertiges System sein. Voraussetzung ist, dass es für die Ausführung des Auftrags relevant ist, d. h. der Auftrag muss besondere umweltschutzfachliche Kenntnisse voraussetzen.

Eine generelle Bevorzugung von EMAS-zertifizierten Unternehmen bei der Vergabe wäre unzulässig bzw. bedürfte einer besonderen bundes- oder landesrechtlichen Grundlage (§ 97 Abs. 4 GWB).

### 3. Phase: Zuschlagsentscheidung – Wertung der Angebote – Zuschlagskriterien

Die intensivsten Debatten in Rechtsprechung und Literatur wurden über die Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen der Entscheidung über die Zuschlagserteilung geführt. Die Rechtsprechung des EuGH hat dazu beigetragen, entgegen langjährigen Positionierungen der Kommission und Teilen der Literatur die Möglichkeiten für ein umweltorientiertes Beschaffungswesen auch auf dieser Stufe des Vergabeverfahrens zu erweitern. Durch die Vergaberichtlinien und die nachfolgenden nationalen Umsetzungsakte ist diese Rechtsprechung inzwischen übernommen und bestätigt worden: Art. 53 VKR zählt zu den berücksichtigungsfähigen, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien auch Umwelteigenschaften.

Gemäß § 97 Abs. 5 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Der häufig anzutreffenden Annahme, es käme auf das billigste Angebot an, wird damit im nationalen Recht eine klare Absage erteilt. Vielmehr soll auf der Basis der vorher festgelegten Zuschlagskriterien das Angebot ausgewählt werden, das die günstigste Relation zwischen der zu erbringenden Leistung und den dafür einzusetzenden Mitteln aufweist. Der Preis ist dabei ein wesentliches, aber nicht das allein ausschlaggebende Kriterium.

In den Urteilen *Concordia Bus Finland* und *Wienstrom* ordnete der EuGH Umweltkriterien als zulässige Aspekte eines weiten Wirtschaftlichkeitsbegriffs ein, der für „subjektive“ Wertungen und Nutzenkalküle des öffentlichen Auftraggebers offen ist.

Die vom Auftraggeber gewählten Umweltkriterien müssen nach dem Transparenzgebot bereits in den Vergabeunterlagen benannt werden. In der Regel ist dabei bereits deren Gewichtung, aber jedenfalls ihr Rangverhältnis zu anderen Kriterien anzugeben. Für die Gewichtung der Teilkriterien kommt insbesondere die Verwendung von Bonus-Malus-Systemen in Betracht. Dabei können über vorgegebene Mindestleistungsniveaus hinausgehende, umweltfreundlichere Produkteigenschaften über Zusatzpunkte zusätzlich honoriert werden. Dies kann insbesondere dann von Interesse sein, wenn nicht von vornherein absehbar ist, in welchem Umfang besonders umweltverträgliche Lösungen überhaupt bereitstehen.

Durch die Gewichtung im Verhältnis zu anderen Faktoren kann der Auftraggeber bestimmen, in welchem Maße er bereit ist, etwaige Mehrkosten einer umweltverträglicheren Lösung zu akzeptieren.

#### 4. Phase: Bedingungen für die Auftragsausführung

Einen letzten Ansatzpunkt für ein umweltorientiertes Beschaffungswesen bieten Bedingungen für die Auftragsausführung. Diese sind insbesondere für Dienstleistungsaufträge relevant und können Anforderungen an die verwendete Ausrüstung, an die Recyclbarkeit von Verpackungsmaterial oder die Rücknahme von Abfall betreffen. Art. 26 VKR, der dies regelt, wurde mit der jüngsten GWB-Novelle in nationales Recht umgesetzt.

#### V.

Zum Abschluss möchte ich noch auf die Entwicklungen auf EU-Ebene und die Aktivitäten der Kommission eingehen.

In ihrer Mitteilung über integrierte Produktpolitik aus dem Jahr 2003 empfahl die Kommission den Mitgliedstaaten, das Potenzial eines umweltorientierten Beschaffungswesens durch die Aufstellung und Umsetzung nationaler GPP-Aktionspläne stärker zu nutzen. GPP steht für green public procurement.

Mit der revidierten Strategie für nachhaltige Entwicklung vom Juni 2006 setzte die EU das politische Ziel, bis 2010 das Niveau der umweltorientierten Beschaffung im EU-Durchschnitt auf das höchste 2006 in einem Mitgliedstaat erreichte Niveau zu bringen.

Im letzten Jahr verabschiedete die Kommission einen Aktionsplan für Nachhaltigkeit in Produktion und Verbrauch und nachhaltige Industriepolitik. Teil dieses Aktionsplans ist auch eine Mitteilung über das umweltorientierte öffentliche Beschaffungswesen, mit der die Kommission neue Ansätze beschreitet.

Das oben genannte politische Ziel aufgreifend soll bis zum Jahr 2010 das GPP-Niveau in der EU deutlich angehoben werden – mindestens 50% aller Ausschreibungsverfahren sollen dann umweltorientiert sein. Die Verwirklichung dieses GPP-Niveaus soll mit einer noch festzulegenden Methodik regelmäßig überprüft und dynamisch fortentwickelt werden.

Die Kommission geht aber über diese pauschalen und letztlich unverbindlichen Zielvorgaben hinaus, indem sie Instrumente zur unmittelbaren Beeinflussung konkreter Vergabeverfahren entwickelt. Im Zentrum stehen dabei auf dem Lebenszyklusansatz basierende EU-weite einheitliche GPP-Kriterien mit differenzierten Anspruchsniveaus.

Die Erarbeitung dieser Kriterien soll unter enger Einbeziehung der Mitgliedstaaten zunächst für 10 besonders relevante Schwerpunktbereiche erfolgen (u. a. Bauwesen, Bürogeräte, Energie). Auf bereits vorhandene Umweltkriterien, wie es sie z. B. für die

Vergabe des EU-Umweltzeichens oder aufgrund der Energy-Star-Verordnung für Energieeffizienz gibt, soll zurückgegriffen werden.

Durch einheitliche Kriterien sollen Marktverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen vermieden werden. Auch senken sie die Kostenbelastung für individuelle Lebenszyklusanalysen.

Damit die GPP-Kriterien in nationalen Vergabeverfahren wirksam werden, bedarf es mangels gemeinschaftlicher Verrechtlichung einer ergänzenden mitgliedstaatlichen Festlegung etwa in nationalen GPP-Aktionsplänen oder in Leitlinien. Anreize für entsprechende nationale Festlegungen sollen sich aus dem mit der offenen Koordinierung verbundenen Monitoringverfahren ergeben.

Deutschland ist allerdings bislang der Aufforderung der Kommission nicht gefolgt, einen GPP-Aktionsplan aufzustellen. Dies ist vor allem auf die föderale Struktur Deutschlands und das in Bund, Ländern und Kommunen im europäischen Vergleich dezentral organisierte Beschaffungswesen zurückzuführen. In der anstehenden Debatte über die Erarbeitung und Anwendung von GPP-Kriterien wird es daher darum gehen, wie dies in der deutschen Vergabepaxis umgesetzt werden soll.

Für heute ziehe ich das Fazit: Die Berücksichtigung des Umweltschutzes und der Innovation in der öffentlichen Auftragsvergabe ist ein legitimes Politikinstrument. Sowohl das europäische als auch das nationale Vergaberecht lassen die Berücksichtigung von Umweltaspekten bei allen Schritten der öffentlichen Auftragsvergabe zu.



## **Öffentliche Beschaffung unter dem Einfluss von Innovation und Umweltschutz**

### **Aussprache**

In seiner Einführung in die Diskussion bemerkte *Herr Dr. Kratzenberg*, häufig sei festzustellen, dass in der allgemeinen Diskussion ein gewisser Konsens über die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Beschaffung anzutreffen sei. Komme man aber zu Einzelfragen und insbesondere zur Diskussion über *verbindliche* Quoten und *zwingende* Vorgaben, werde die Diskussion in der Regel sehr konträr, zumal zwingende Quoten die Autonomie der öffentlichen Beschaffer berührten. Die Diskussion biete Gelegenheit, nicht nur die allgemeinen, von *Frau Dr Lottermoser* ausführlich dargelegten Grundsätze, sondern auch die praktischen Aspekte zu erörtern.

Vertreter der Länderseite hinterfragten zunächst, wie bei der besonderen Berücksichtigung „innovativer“ Vergaben darüber entschieden werde, was „innovativ“ sei und ob man sich hinreichend darüber im Klaren sei, dass über wichtige Vergabeentscheidungen auf kommunaler Ebene letztlich die Gemeindeparlamentarier entschieden, womit häufig eine „ideologische“ Diskussion auch bezüglich der Umweltaspekte verbunden sei.

*Frau Dr. Lottermoser* führte dazu aus, was Innovation sei, könne nicht einheitlich beantwortet werden. Im Bereich der kommunalen Beschaffung sehe sie es bereits als Innovation an, wenn die Kommunen sich im Verkehrssektor stärker auf Hybridbusse konzentrieren würden. Der Bund habe dafür bereits entsprechende Förderprogramme aufgelegt. Was die Einstellung in den Bundesländern zur „grünen Beschaffung“ angehe, so gebe es bereits eine Reihe positiver Signale zur umweltorientierten Beschaffung, auch unter ausdrücklichem Hinweis auf „best practice“-Beispiele. Bezüglich Kommunalvergaben sei die föderale Verfassung zu respektieren. Der Bund wolle die Entscheidungen der Kommunen nicht „überregeln“. Es sei auch nicht beabsichtigt, an der Kommunal- und der Haushaltsautonomie von Ländern und

Kommunen etwas zu ändern. Es gehe vielmehr darum, Informationen stärker zu verbreiten, Überzeugungsarbeit zu leisten und zu erreichen, dass die Vorteile der umweltorientierten Beschaffung auch auf der kommunalen Ebene zunehmend erkannt würden.

In weiteren Diskussionsbeiträgen wurde die Sorge der Beschaffer vor überspannten Anforderungen des Umweltschutzes an die öffentliche Vergabe zum Ausdruck gebracht. Keine Probleme bestünden, soweit Umweltaspekte im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes berücksichtigt würden. Dies sei bisher bereits möglich gewesen und auch weiterhin ein gangbarer Weg. Wenn jedoch über die Beurteilung im Rahmen der Wirtschaftlichkeit hinaus zusätzliche Anforderungen „draufgesattelt“ würden, könnten erheblich Probleme entstehen. Fordere man beispielsweise Umweltstandards für Kraftfahrzeuge, die bislang praktisch noch kaum am Markt seien, so führe das dazu, dass die öffentliche Hand teurer einkaufen müsse, was den Steuerzahler belaste. Eine übermäßige Fokussierung der Beschaffung auf Sekundärzwecke wie Umweltpolitik, Frauenpolitik und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit führe am Ende zur Abkehr von der wirtschaftlichen Vergabe, da dann nur noch ein ganz kleiner Kreis von Bietern verbleibe, was die Konkurrenz der Bieter verringere und die Beschaffung verteuere.

Ein Vertreter der Sektorenauftraggeber merkte an, ein Großteil der umweltorientierten Anforderungen könne man ohne Rückgriff auf „vergabefremde Aspekte“ – insbesondere im Rahmen der Zuschlagskriterien – umsetzen. Erhebliche Probleme entstünden jedoch, wenn in den Zuschlagskriterien ein „besonders innovatives“ Produkt verlangt werde. Allein die Tatsache, dass ein Produkt neuartig und noch nicht lange am Markt sei, besage jedenfalls nichts darüber, ob es wirtschaftlicher oder umweltfreundlicher als andere Produkte sei. Andere Diskussionsteilnehmer ergänzten, angesichts der Schwierigkeiten bei der Beurteilung, welches Produkt bzw. welche Technologie letztlich umweltschonender sei, benötigten die Beschaffer über die allgemeinen Postulate hinaus mehr konkrete Hilfestellungen.

Zu den vorgenannten Argumenten führte *Frau Dr. Lottermoser* zunächst aus, es genüge nicht, pauschal in die Leistungsbeschreibung zu schreiben, man wolle ein innovatives Produkt. Der Beschaffer müsse vielmehr konkrete Vorstellungen haben, was er erreichen wolle. Wolle man sich beispielsweise bei einem Fuhrpark im öffentlichen Personenverkehr von „Uralt-Dieseln“ ohne Rußpartikel-Filter verabschieden, dann sei die Technik der Hybrid-Busse das richtige Mittel. Dass ein Hybridbus weniger Luftschadstoffe ausstoße als ein altes Dieselfahrzeug, sei wohl unbestritten. Bei der Vergabe müsse die beschaffende Stelle entscheiden, welches Niveau von Luftemissions-Schadstoffen sie erreichen wolle; wichtig sei insoweit beispielsweise die Existenz eines kommunalen Luftreinhalteplans unter dem Aspekt der Feinstaubbelastungsreduktion. Weiterhin müsse die beschaffende Stelle darüber im Klaren sein, ob sie bereit sei, eventuelle Mehrkosten in Kauf zu nehmen. Wenn dies

der Fall sei, sollte sie entsprechend ausschreiben. Dabei dürfe sie allerdings nicht „nebulös“ formulieren, sondern es müssten konkrete Anforderungen genannt werden. Besonders wichtig für die umweltorientierte Beschaffung sei die Existenz umweltbezogener Informationen in Datensammlungen bzw. Datenbanken. Man müsse Ökobilanz-Daten und Lebenszyklus-Daten verfügbar haben. Für einige Produkte existierten solche Daten bereits, hier gebe es allerdings noch Verbesserungsbedarf. Die Informationslage für die Entscheider vor Ort in den Beschaffungsstellen müsse verbessert werden. Daran werde allerdings bereits gearbeitet.

Was die angesprochene Einengung des Bieterkreises angehe, so habe der Europäische Gerichtshof entschieden, dass diese kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstelle. Wenn der Beschaffer klar sage, was er haben wolle und es nur wenige Anbieter gebe, die die von ihm verlangten Bedingungen erfüllten, sei das zulässig. Darüber hinaus sei es sogar wünschenswert, dass sich die Standards anderer Anbieter ebenfalls in die geforderte Richtung hin entwickelten; dies sei das Ziel einer ambitionierten Umweltpolitik.

Schließlich müsse man den Befürchtungen, umweltorientierte Beschaffung sei zu teuer, entgegenhalten, was passiere, wenn man so weiter mache wie bisher. Denn es stelle sich eben auch die Frage, welche Kosten entstehen, wenn man nicht in Umweltschutztechnologie investiere. So würden beispielsweise allein die durch den Klimawandel verursachten Kosten ins Vielfache steigen. Dies dürfe im Sinne einer zukunftsorientierten Betrachtung nicht übersehen werden.

Ein Vertreter der Gerichtsbarkeit vertrat die Einschätzung, die Diskussion zeige, dass das Problem weniger ein vergaberechtliches als ein gesellschaftspolitisches sei. Vergaberechtlich sei die Problematik relativ einfach lösbar: Einerseits sei der öffentliche Auftraggeber der Kunde und könne allein darüber entscheiden, was er beschafft. Andererseits dürfe er allerdings nicht den Fehler begehen, zu glauben, er könne über die Zuschlagskriterien irgendwelche „nebulösen“ Faktoren in die Vergabeentscheidung einführen. Vielmehr müssten die Kriterien von vornherein präzise festgelegt werden. Beispielsweise könne bei einem Stromlieferungsvertrag vorgegeben werden, dass mindestens 30% des Stroms aus Ökostrom oder erneuerbaren Energiequellen stammen. Zunächst unklar ein „innovatives“ Produkt zu fordern und hinterher „quasi mit dem Würfelbecher“ entscheiden, was man für innovativ halte, werde auch in Zukunft nicht zulässig sein.

Kritik wurde schließlich einer selbständigen Bedeutung der so genannten „Bedingungen für die Auftragsausführung“ geäußert. Wie Art. 97 Abs. 4 GWB nahe lege, nachdem sich derartige Forderungen aus der Leistungsbeschreibung ergeben müssten, gehörten sie die Leistungsbeschreibung.

*Frau Dr. Lottermoser* äußerte dazu, nach ihrem Verständnis gebe es - ausgehend von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG - die Möglichkeit, umweltorientierte Bedingungen für die Auftragsausführungen vorzusehen. Diese könnten sich beispielsweise auf die Recyclingfähigkeit von Verpackungsmaterialien beziehen. Ein entsprechender Hinweis gehöre jedoch in die Verdingungsunterlagen. Es gebe allerdings wohl Abgrenzungsprobleme. In der weiteren Diskussion bestand schließlich Einigkeit, dass, während die Terminologie der EG-Richtlinie und des GWB insoweit voneinander abweichen, derartige Anforderungen jedenfalls in die Leistungsbeschreibung hineingehören.

In ihrem Schlusswort warb *Frau Dr. Lottermoser* nochmals dafür, sich künftig stärker von dem Gedanken zu lösen, alles so weiter zu machen wie bisher. Denn was den Klimawandel anbelange, stehe man „mit dem Rücken zur Wand“. Alle Bereiche in Politik und Gesellschaft müssten sich stärker als bisher mit dieser Herausforderung auseinandersetzen. Jeder Beitrag sei wichtig, auch der der öffentlichen Beschaffung. Abschließend dankte *Herr Dr. Kratzenberg* *Frau Dr. Lottermoser* und allen Diskussionsteilnehmern für die rege Diskussion.

## Verabschiedung von Timm R. Meyer



### Prof. Dr. Dr. Fritz Rittner

Ehrenmitglied im Vorstand des forum vergabe

Hochansehnliche Festversammlung,

mein erster Dank gilt dem Vorstand unseres Forums, der mich ermächtigt hat, die Dankesworte an unseren Timm Meyer zu sprechen, die eigentlich der ganze Vorstand als Chor hätte absolvieren sollen, aber es ist vielleicht einfacher, wenn ein einzelner redet. Was die Legitimation angeht, so kann ich mich zwar kaum auf das Alter berufen. Aber ich habe den Auftrag des Vorstands und so bleibe ich also dabei und kneife nicht.

Es war im Sommer '87. Ich war gerade mal wieder Dekan, als wir – Timm Meyer und ich – uns fanden. Wir waren beide tief beunruhigt durch die von der EG-Kommission geplante Rechtsmittelrichtlinie für das öffentliche Auftragswesen, vorgelegt dann am 1. Juni '87. Jeder von uns hielt das Vorhaben für wenig glücklich. Sie, lieber Herr Meyer, vorwiegend aus den Erfahrungen der deutschen Industrie und ich, weil ich es schlicht für überflüssig ansah. Denn, so meine ich noch heute, in einem Markt ohne Grenzen sollten sich Anbieter und Nachfrager selbst finden. Ohne Bürokratie, ohne Gerichte und ohne Anwälte.

Dieser unorthodoxen Ansicht bin ich auch heute noch – und sehe deswegen das neue Rechtsgebiet, das ich von vornherein mit gefördert habe, mit etwas kritischen Augen. Die Ökonomen hatten aber damals mit gewaltigen Zahlen über das Volumen der öffentlichen Aufträge operiert, ich nenne nur, allen älteren noch vertraut, den *Cecchini-Bericht*. Dessen Zahlen sind bis heute trotz des europäischen Vergaberechts noch keineswegs erreicht, wie wir alle wissen. Es war dann Ihre Idee, lieber Herr Meyer, das Forum zu gründen, um Auftraggeber und Auftragnehmer sowie die beteiligten staatlichen Institutionen zusammen zu bringen.

Im Herbst 1990 starteten hier in dem schönen zentralen Saal des Römerbads die ersten Badenweiler Gespräche. Dass Sie, Herr Meyer, mit liebenswürdigem Nachdruck und gegen meinen Rat, aber um mir entgegen zu kommen den Platz Badenweiler gewählt haben, danke ich Ihnen natürlich noch heute von Herzen und hoffe, dass es weiter viele Teilnehmer hierher locken wird. Damals im November 1990 ging es vor allem um die Transformation der allgemeinen Rechtsmittelrichtlinie und der schon geplanten Sektorenrichtlinie, die bekanntlich über das eigentliche öffentliche Auftragswesen weit hinausgeht. Die Frage war, de lege ferenda, überaus streitig und gerade auch zwischen uns beiden. Während nämlich Timm Meyer eine haushaltsrechtliche Lösung, die traditionelle Lösung der deutschen Praxis bevorzugte – so auch fast einstimmig der Deutsche Bundestag in seinem Beschluss vom 14. Juni 1991 – empfahl ich eine spezielle vergaberechtliche Regelung und zwar mit Rücksicht auf die privaten Unternehmen in den Sektoren. Damals unterstützte mich fast nur Frau Ministerialdirigentin Brigitte Krause-Sigle. Ich freue mich sehr, dass sie heute auch unter uns ist.

Diese und andere Kontroversen haben übrigens unserer gemeinsamen Arbeit, Herr Meyer, niemals geschadet. Das danke ich Ihnen, Ihrer Fairness, Ihrem juristischem Verstand und Ihrem guten Sinn für praktikable Lösungen. Dass zwei so unterschiedliche Typen wie Sie und ich über 20 Jahre ohne persönliche Reibereien gut miteinander gearbeitet haben, mag manchen verwundern. Aber der kennt Timm Meyer nicht.

Was Sie alles in den vielen Jahren für das Forum geleistet haben, brauche ich hier nur zu skizzieren. Jeder Anwesende weiß es zu gut. Ich erwähne nur die regionalen Veranstaltungen, auch eine Ihrer produktiven Ideen, die stets verlässlichen monatlichen Informationsblätter einschließlich der Sonderinfos, die immer rechtzeitig kamen, die Schriftenreihe sowie die auch prompt erscheinenden Textausgaben.

Zum Schluss noch zweierlei zur Person und zur Leistung von Timm Meyer. Zur Person musste ich auf den geehrten Goethe zurückgreifen. Der schrieb einmal im Dezember 1830 über Johann Peter Eckermann an seinen Berliner Freund Carl Friedrich Zelter: *„Der getreue Eckart ist mir von großer Beihülfe. Reinen und redlichen Gesinnungen treu, wächst er täglich an Kenntnis, Ein- und Übersicht und bleibt, wegen fördernder Teilnahme, ganz unschätzbar.“* Soviel zur Person des treuen Eckarts für das Vergabewesen.

Was Ihre Leistungen angeht, lieber Herr Meyer, greife ich zurück auf den November 1990. Damals wagte der damalige Vorsitzende Johannes Broschwitz von Messerschmidt Bölkow Blohm eine Prophezeiung unter Berufung auf den Generalfeldmarschall Helmuth von Moltke: „Es wurde etwas gewagt und es konnte ein großer Erfolg erreicht werden“. Dass dieser Erfolg sich immer mehr mehrt und dass Sie, lieber Herr Meyer, dabei noch lange mitwirken, wünsche ich Ihnen und uns. Und wenn Sie einmal nichts anderes wissen, dann denken Sie an den alten Immanuel Kant

172

aus Königsberg. Über ihn hat einmal Robert Gernhardt ein schönes Gedicht geschrieben, mit dem ich schließen möchte:

Eines Tages geschah es Kant,  
dass er keine Worte fand.  
Stundenlang hielt er den Mund,  
und er schwieg – nicht ohne Grund:  
Ihm fiel absolut nichts ein,  
drum ließ er das Sprechen sein.  
Erst als man zum Essen rief,  
wurd' er wieder kreativ,  
und er sprach die schönen Worte:  
„Gibt es hinterher noch Torte?“

Im Namen des Vorstandes darf ich Ihnen lieber Herr Meyer eine Erinnerung an Badenweiler übergeben, einen gerahmten Merian-Stich. Er zeigt das Schloss, damals noch in relativ gutem Zustande. Möge er Sie immer wieder erinnern an Badenweiler.

Und nicht zuletzt möchte ich der verehrten Frau Meyer danken. Sie hat das alles erst ermöglicht, worüber ich kurz sprechen durfte, vor allen Dingen in den letzten Jahren, in denen wir mit dem Forum von Köln am Rhein nach Cölln an der Spree ziehen mussten. Ich darf mir erlauben, der verehrten Frau Meyer einen Blumenstrauß zu überreichen.





## Abschiedsworte



### Rechtsanwalt Timm R. Meyer

forum vergabe e.V.

Lieber Herr Prof. Rittner,

lieber Herr Dr. Eberstein,

sehr geehrter Herr Engler,

verständlicherweise hört jeder Mensch gerne das eigene Lob. Ich hätte Ihnen daher noch stundenlang zuhören können.

Sehr geehrte Damen und Herren,

verehrte Kolleginnen und Kollegen des Vorstands,

alles hat einmal ein Ende und das heißt, der Meyer muss auch ohne den Verein und dieser auch ohne seinen „Vereins-Meyer“ leben können.

Könnte es der Verein nicht, müsste ich mir vorwerfen, nur auf die Entwicklung bis heute geachtet, nicht aber auch – soweit dies vorausschauend möglich ist – alles Erforderliche für die Zukunft des forum vergabe getan zu haben.

Zwar habe ich bisher nie darüber gesprochen, aber es gab für mich schon sehr frühzeitig drei Ziele, die ich als Grundlage für eine gesicherte Existenz und als Basis für eine weiterhin erfolgreiche Entwicklung des forum vergabe bis zu meinem Ausscheiden erreichen wollte:

Erstes Ziel: 500 Mitglieder im Sinne einer möglichst breiten Verankerung des Vereins in allen mit der öffentlichen Beschaffung befassten Kreisen.

Die Zahl 500 mag dafür nicht sehr anspruchsvoll klingen, entscheidend ist aber, wofür sie steht, d. h. in welchem Umfang wir durch unsere institutionellen und persönlichen Mitglieder die wesentlichen Bereiche der mit der öffentlichen Beschaffung befassten Kreise mit unserer Arbeit erreichen.

Ich meine, dass sich dies bisher schon überaus sehen lassen kann. So haben wir unter unseren Mitgliedern z. B. 14 der 16 Bundesländer, die kommunalen Spitzenverbände, die Spitzenverbände der Wirtschaft, die Auftragsberatungsstellen, große und kleine Unternehmen, Anwaltsgesellschaften, die Fachpresse und wesentliche Persönlichkeiten aus Wissenschaft, Literatur und Rechtsprechung – wie pars pro toto hier genügen mag.

Ich muss dennoch als Ergebnis feststellen, kurz vor dem Ziel schlapp gemacht zu haben. Mit Stand von heute hat das forum vergabe zwar immerhin, aber gemessen an meiner Zielsetzung „nur“ 459 Mitglieder.

Zweites Ziel: Ich wollte ein halber Millionär werden. Nicht persönlich, aber mit Jahreseinkünften von 500.000 für das forum vergabe.

Wäre es bei der DM geblieben, hätte ich dies erreicht, jedoch hat die Umstellung auf den Euro mir einen Strich durch die Rechnung gemacht.

Denn nachhaltig, d. h. in den Jahren ohne die „Badenweiler Gespräche“, haben wir den Sprung über die 500.000-Euro-Marke noch nicht geschafft.

Also: Ziel auf DM-Basis zwar erreicht, aber am Euro gescheitert. Als Tribut an den gemeinsamen Europäischen Markt, den wir ja trotz aller Verwerfungen für das Vergaberecht wollen, nehme ich das aber gerne hin.

In engem Zusammenhang mit den genannten zwei Zielen kam es mir drittens und letztlich ganz entscheidend darauf an, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich das forum vergabe in meiner Nachfolge für die operative Aufgaben der Geschäftsführung eine dafür hauptamtlich eingestellte Persönlichkeit leisten kann.

Das hat sich, Gott sei Dank, erreichen lassen, so dass ich zwar mit einer verstohlenen Träne, aber insgesamt zufrieden meine Aufgaben für das forum vergabe beenden kann.

Hier in Badenweiler war die Geburtsstunde des forum vergabe, und zwar mit den ersten „Badenweiler Gesprächen“ im November 1990, hier will ich mich daher auch vom forum vergabe verabschieden.

Zur Geburtsstunde des forum vergabe muss man erwähnen, dass es sich um eine schwierige Operation handelte, die letztlich nur erfolgreich war, weil es gelang, für das Projekt einen „weißen Ritt(n)er“ zu finden und – *cherchez la femme* – die Unterstützung einer Dame zu gewinnen, die entgegen ihrem Namen „Krause-Sigle“

klare Vorstellungen hatte, dass und wie das Novum einer nationalen Veranstaltung, die Badenweiler ist, auf den richtigen Weg zu bringen war.

Beide sind hier.

Ihnen beiden, liebe Frau Krause-Sigle und lieber Herr Prof. Rittner, darf ich daher sehr herzlich dafür danken, dass Sie als Taufpaten der „Badenweiler Gespräche“ und damit auch des forum vergabe das möglich gemacht haben, von dem ich mich heute, zwar bewusst und gewollt, aber doch schweren Herzens trenne.

Denn es bedeutet den Abschied von einer Institution, die das in den letzten zwei Jahrzehnten rechts- und wirtschaftspolitisch aufgeblühte und immer noch in einer dynamischen Entwicklung befindliche moderne Vergaberecht intensiv begleitet hat und darauf mit seiner Tätigkeit sowie durch seine Mitglieder vielleicht hier und da auch ein wenig gestalterisch eingewirkt hat.

Auch wenn es sich bei den „Badenweiler Gesprächen“ nicht um eine Vereinsveranstaltung handelt, so erlauben Sie mir bitte doch an diesem etwas besonderen Tag, meinen Mitarbeitern dafür zu danken, dass sie mit ihrem vorbildlichen Engagement wesentlich dazu beigetragen haben, dass sich das forum vergabe aufgrund seiner umfassenden Leistungen zu einem – ich hoffe, dass ich das sagen darf – zu einem Verein besonderer Art entwickelt hat. Und ich darf meinen Nachfolgern, den Herren Niels Lau und Dr. Mark von Wietersheim, im Verbund mit den Damen und Herren des Vorstands Glück und Erfolg bei der weiteren Entwicklung des forum vergabe wünschen.

Bedanken will ich mich auch bei Ihnen allen, die sich seit 1993 dem forum vergabe als Mitglieder angeschlossen haben. Ohne Ihre Unterstützung und Ihr zum Teil aktives Engagement, z. B. in unseren Regionalgruppen, als Vortragende bei unseren Veranstaltungen, durch Mitteilung aktueller Entscheidungen in Nachprüfungsverfahren oder auch mit den initiativ an uns herangetragenen Ideen für interessante Veranstaltungen, ohne all dies wäre das forum vergabe nicht zu dem geworden, was es heute ist.

Dazu passt als „Botschaft“ an alle diejenigen, die hier und heute teilnehmen, aber noch nicht Mitglied sind, dass es sich beim forum vergabe – das muss ich jetzt einfach einmal sagen – um einen tollen Club handelt, dem beizutreten sich unbedingt lohnt.

« Le roi est mort – vive le roi » – meine Damen und Herren, damit muss jeder eines Tages klar kommen. Ich ziehe einen Schlussstrich im Bewusstsein, dass meine Nachfolge gut bestellt ist.

Selber sehe ich dagegen einem ungewissen Schicksal entgegen. Denn ich muss mich jetzt in ein kleines familiäres Unternehmen einordnen, das von meiner Frau erfolgreich geleitet wird und nur noch Bedarf an „Indianern“ hat.

Ich liebe Obama, der eine politische Wende mit „We can“ einleitete, denn ich fürchte, dass die Wende für mich nun „You must“ lautet, da ich bei meinen Aufgaben im privaten Bereich in den vergangenen Jahren wohl nur subjektiv allem Erforderlichen genügt habe.

Wie dem auch sei, wenn und soweit Sie darauf Lust haben und es Ihre Zeit noch ermöglicht, würde ich mich freuen, wenn Sie draußen im Vorraum noch mit Sekt oder Selters mit mir anstoßen und mir zu meinem Abschied gratulieren oder kondulieren würden.

Und damit verabschiede ich mich von Ihnen – Sie kennen das Konstrukt der juristischen Sekunde – von jetzt auf gleich als noch präsent wie schon vergangen.

Ihr Timm R. Meyer

## Abschied der Geschäftsstelle

### **Dr. Mark von Wietersheim**

forum vergabe e.V., Berlin

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

sehr geehrter Herr Meyer,

diese Badenweiler Gespräche sind auch Tage des Abschiedes. Morgen wird der Vorstand Sie offiziell verabschieden. Heute soll ich im Namen der Geschäftsstelle etwas sagen. Ich habe mich entschieden, stattdessen nichts zu sagen. Schließlich bin ich hier im Raum möglicherweise derjenige, der Sie am kürzesten kennt. Was sollte ich also über Ihre vielen Jahre beim – oder besser: als forum vergabe sagen? Also sage ich lieber nichts.

Wir haben uns aber entschlossen, Ihre eigenen Worte sprechen zu lassen. Seit 1993 gibt das forum vergabe das Monatsinfo heraus. Bis zum Jahr 2000 ergab dies drei stattliche Bände, die Sie als Gabe zu Ihrem 60. Geburtstag erhalten haben. Seit 2000 haben Sie und das forum vergabe noch viel mehr zu sagen gehabt. Wir haben alle Monats- und Sonderinfos noch einmal herausgesucht und für Sie zusammengestellt. Insgesamt ergibt dies 8 Bände wie diesen hier. In jeder Monats- und Sonderinfo haben Sie wertvolle Informationen zum Vergaberecht zusammengetragen und ich übergebe Ihnen hiermit im Namen der Geschäftsstelle diesen einen Band stellvertretend für die weiteren Bände, die wir übrigens ebenfalls mitgebracht haben. Ich sage weiter nichts, denn die Monatsinfos sprechen für sich – und ich sage vorsichtshalber auch nichts dazu, wie Sie diese 8 Bände morgen von hier wegbringen sollen.

Ein zweites und letztes Geschenk der Geschäftsstelle zwingt mich ebenfalls zum Schweigen. Ich hatte es als einer meiner ersten Aufgaben beim forum vergabe übernommen, den Dank und die Grußworte von Weggefährten Ihrer Jahre beim forum vergabe einzuholen und für Sie zu sammeln. Deswegen schweige ich lieber zu diesem Projekt, denn ich muss befürchten, als Neuling beim forum vergabe für jeden

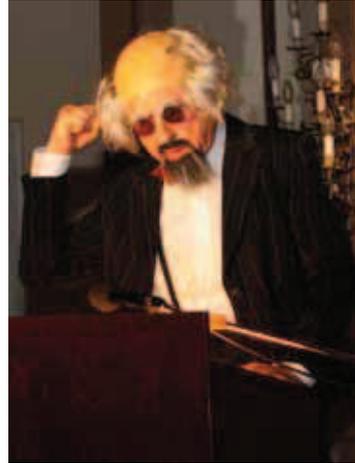
angesprochenen Weggefährten zwei oder mehr hier Anwesende übersehen zu haben. Hierfür bitte ich bereits jetzt um Entschuldigung. Auch so ist eine beeindruckende Sammlung zusammengekommen. Kollegen, Freunde, Wegbegleiter – viele haben Ihnen einen besonderen Gruß geschrieben und uns geschickt. Wir haben hieraus eine besondere Monatsinfo gemacht, eigentlich eine Meyer-Info. Ich weiß, dass es auch noch persönliche Briefe an Sie gibt, die in ein so öffentliches Organ wie die Monatsinfo nicht passen.

Ich überreiche Ihnen im Namen der Geschäftsstelle, aber auch aller derjenigen, die sich beteiligt haben, diese Sonderausgabe der Monatsinfo. Ich habe mir erlaubt, für alle Tische jeweils auch Exemplare vorbereiten zu lassen, die wir gleich verteilen werden. Zum Inhalt dieser Monatsinfo muss ich ebenfalls nichts sagen, weil die Beiträge für sich sprechen – jeder mit seiner besonderen Erinnerung und der Wärme des persönlichen Grußes. Ich danke allen, die sich mit einem Beitrag beteiligt haben.

Jetzt habe ich lange genug nichts gesagt. Es verbleibt mein persönlicher Dank an Sie, Herr Meyer, für die sorgfältige und vertrauensvolle Übergabe Ihres forum vergabe. Ich hoffe, Ihre Arbeit würdig fortsetzen zu können. Es ist daher sicher auch in Ihrem Sinne, wenn ich Sie alle jetzt bitte, mit mir auf das forum vergabe anzustoßen, auf seine Vergangenheit – die Sie geformt haben – und auf seine Zukunft, dessen Fundamente Sie gelegt haben.



## Abschiedsvorstellung



**Timm R. Meyer**

forum vergabe e. V.

Juten Abend, Mädels und Jungs

---

*Es sind Damen und Herren,*

*Herr Professor,*

*Damen! und Herren!*

---

Stimmb, dat Auditorium scheint überwiegend etwas jereifter. Is aber auch ejal. Isch saje immer

- Wissenschaft bliv Wissenschaft,
- ejal för wen se Wissen schafft.

Mache mer also Erwachsenen-Bildung. Hätt ja ooch mehr Wirkung

– hoffe isch.

Erlauben Sie mir aber, erst einmal dem Veranstalter, wer das auch ist, für die Einladung zu danken.

Op dem Brief stand „forum verjabe“. Hab ich mich gefragt, was das die zu verjeben. Ein Honorar war es jedenfalls nicht. Scheint eine arme Verein zu sein. Eja, hab ich mir gesagt, Badenweiler ist gut für mein Rheuma, jehste also hin.

Und ich muss sagen, hier fühle ich mich direkt heimisch (in den Hofsaal zeigend). Es ist wie im Kölner Dom. Herrlich! Hier geht mir das Herz so auf, das ich stundenlang reden könnte wie der Pfarrer in der Sonntagsmesse.

Und das bring mich zu meinem Thema:

- Die Verjabewelt nach der Reform
- und mit Blick auf die Kölner Vergabe-Regime.

Die Verjaberreform – ja da habe ich mir jetzt den Salat.

Das Verjaberrecht sollte schlanker gemacht, von der Bürokratie befreit und für den Mittelstand jetzt freundlicher gestaltet werden.

---

*Sie irren, Herr Professor, es ging um Modernisierung des Vergaberichts, so heißt ja auch das Gesetz*

---

Papperlapapp, dumme Tücher:

1. mein Gedächtnis ist noch stabil,
2. die Wissenschaft irrt nie, einzelne Kollegen hier können mir das bestätigen,
3. ich bedauere zwar, auf ein außerrheinisches Instrument zurückgreifen zu müssen, aber die Gesetzgebung ist wie der Nürnberger Trichter: Was der oben reindüst, kühlt unten meist ganz anders heraus.

Jedenfalls hätte die Schlankheitskur bei dem Patienten nicht angeschlossen:

- Ein Haushaltsrecht ist beliebt,
- dass JWB ein bisschen dicker geworden,
- die Verjabeordnungen haben zwar einen Schönheitspreis gewonnen, aber nicht viel Fett verloren,
- dass der Mittelstand eine rheinische Lösung bekommen
- und die Kaskade haben wir jetzt.

---

*Ist letzteres, Herr Professor,  
auch eine rheinische Lösung?*

---

Aber ganz und gar. Die Kaskade kommt doch aus dem Herzen des Rheinlands, meiner Vaterstadt Köln. Die bestimmt unser ganzes Leben. Da hat man den Dom mit dem Trio von Jottvater, heiligem Geist und Kardinal Meißner, das setzt sich im Brauchtum mit der Dreifaltigkeit von Prinz, Jungfrau und Bauer fort. Und in der Kommunalpolitik hat man es selbst mit Oberbürgermeister, Rat und Verjabe bestellt. Und das funktioniert prima.

Ich weiß, dass es südlich von Köln verschiedene Meinungen gegen die Kaskade gibt. Die Verjabeordnungen seien ungesetzlich, das müssten Verordnungen werden. Ja, meine Damen und Herren, will man denn die Stimme des Volkes nicht mehr ungefiltert hören? Will man in den Obrikeitsstaat zurückfallen?

Nun ist es aber so, dass diese exterritorialen Stimmen – wie Sie ja wissen, enden aus kölscher Sicht das Rheinland weit vor Mainz – dass diese exterritorialen Stimmen schon einen gewissen Erfolg hatten. Es soll eine neue Getränke-Verordnung geben, die SektVO. Das können und kann man in Köln allerdings nicht sagen. Wegen des kölschen Grundgesetzes. Denn das 11. Gebot heißt:

„Trink doch ein bisschen.“

Jetzt hat er sich aber aus dem Konzept gebracht. Eigentlich wollte ich zuerst ja was zum Mittelstand sagen. Also was die Reform für den gefunden hat, das ist jetzt so esu wie man im Rheinland denkt:

- Erst hat man ein Prinzip, das ist hier die Teilung in Lose, weil der Mittelstand gestützt werden muss.
- Dann fange man an, zu überlegen, ob das richtig ist, weil vielleicht ein Generalunternehmerverjabe kommod wäre.
- Um das mit dem Prinzip zusammenzubringen, fragen man uns, was dürfen wir, was können wir, was wollen wir.
- Und wenn man an dem Punkt ist, ist es auch nach der Reform ja nicht so schwer, dass man zum Ergebnis kommt: man macht, was man will.

Also: die Reform ist jetzt so schlecht. Da kann man auch nicht sagen, es sei zu vermissen, dass die interkommunale Zusammenarbeit nicht geregelt wurde. Ich weiß ehrlich nicht, wer damit ein Problem hat.

Mir Kölner jedenfalls nit. Wer will denn schon mit Düsseldorf zusammenarbeiten.

Meine Damen und Herren, wat isch vorjetrajen habe, sollte Ihnen lediglich emol beispillhaft zeijen, dat et Verjabereschts auch nach de Reform janz wesentlich auf rheinischem Jedankenjut beruht.

Wat aber auch janz natürlich is, wenn Se sisich emol vor Aujen führen, dat de Kaskade noch en de neunzijer Jahre mit demm Verjaberechtsänderungsjesetz in Bonn, also en de Köllner Exklave, entstanden is und dafür dann in Berlin en Mysterialdirijent zuständisch wor, der aus demm Rheinland stammb und, wie isch jehört hab, ad widde dahinjezoijen is.

Eins muss isch zo de Reform von de Verjebung noch sajen. Fürschterlich, wat mit de Verjabeordnungen passiert is, – fürch-ter-lich. Du findst nix mie, wirklich nix mie.

Dat jilt für die Vorschriften, dat jilt für den janzten Kram, der bisher jeschrieben worden is und, mein Jott, de janze Rechtsprechung, wat de Oberlandesjerüchte und der Europäische Jedichtshof der Verjabewelt seit 1999 jeschenkt haben, alles im Nebel verschwunden.

Jedenfalls weiß isch jet, wat dat JWB neu bedeutet: „Jott weiß Bescheid“ – aber auch nur der, dat saje isch Ihnen.

Und dabei hatte mer mit de Rechtsprechung jerade so schön bejonnen, allet einzefangen, wat auf der Flucht war:

- de öffentlich mäschtijen Rundfunkanstalten,
- de entsetzlichen Krankenkassen,
- de Notfallbettung un
- de städtebaulichen Erträge.

En de Republik sollte sisich also keiner mehr sisicher fühlen. Mer kriejen se alle.

Auch de Rechtsanwälte – is nur noch en Fraje der Zeit. Ja, ja, meine Damen und Herren Anwälte, isch habe das bereits jutachtlich aufjearbeitet. Als Orjan der Rechtspflege sin Se im Alljemeininteresse nichtjewerblich tätisch, werden durch jesetzliche Jebühren mittelbar staatlich finanziert un wat die Jrundlaje ihrer Jeschäfte betrifft, dat steht allet bereits in Jesetzen un Verordnungen.

Werfen mer noch en Blick auf et Kölner Verjabe-Regime. Hatt isch ja zu Bejinn versproche und is auch wischtisch, weil ja nit nur dat Kartellverjabereschts

---

*Vergabekartellrecht,*

*Herr Professor,*

---

Is ja jut. Hab isch verwechselt mit meinem jestrigen Vortrach vor einem jroßen interessierten Kreis aus de anbietenden Wirtschaft.

Also: dat Kölner Vergabe-Regime is wischtisch, weil ja nit nur dat Verjabekartellrescht rheinisch geprägt is, sondern weil de Kölner Welt ooch im Unterschwellenbereisich överall ze finden is.

Also wat is dat kölsche Vergabe-Regime? Et speist sisch aus Jrundsätzen un Brauchtum. Et is im wesentlichen unjeschrieben, wat et für Fremde so schwieirij maacht. Aber dat soll ja auch so sin.

Dä wischtichte Jrundsatz is et Territorialprinzip. Dat berücksischtjen wir bei de Kölner jewischteten Eijnung:

---

*Bei der Eignung gibt es keine Gewichtung,*

*Herr Professor*

---

Mein Jott, muss isch dat denn noch ens saje. Isch spresche über dat Kölner Vergabe-Regime un seine präjende Wirkung für dat, wat sisch irjendwann ooch alljemein durchsetzt oder schon praktiziert wird.

Also wir jewichten bei de Eijnung:

- in Köln jeboren und jroß jeworden is jut;
- in de Strukturen unserer Vaterstadt einjebunden is besser;
- Mitglied in de Ehrenjarde von einem unserer Fastelovends-Vereine is optimal
- un biste Prinz, haste fast schon den Auftrag.

Jetzt wissen Se ooch, warum se im Kölner Karneval alle dat Lied so inbrünstisch mitsingen: „Eenmol Prinz ze sin“.

Dat Territorialprinzip is aber, damit Se das rischtisch einordnen, können, nit lokal bejrenzt. Wir verstehen dat europäisch, ja jlobal – denn schließlich wisse mer ja nit, wo överall sisch Kölner Ungernehmen aanjesiedelt han.

Aus dem Brauchtum haben wir in dat Verjabe-Regime übernommen un dat müssen Se eijentlich schon gehört ham: „Eschte Fründe stonn zesamme“.

Dat sorjt bei uns für Transparenz. Damit Se dat verstehen, saach isch Ihnen en Fall, den mir der Baudezernent kürzlich verzellt hatt. Et jing um en Bauauftrag. De Anbieter Schmitz, Karnevalsbruder vom Dezernenten, kommt und fragt: „Wat is mit dem Auftrag?“

Sajt der Dezernent: „Et beste Anjebot sin 3 Millionen. Dann han isch noch eins über 3,5 Millionen un Du mit Deinen 4 Millionen liejst janz hinten. Wat soll isch da maachen, leve Jung?“

Sajt der Schmitz: „Dat is janz einfach. Du jibst mir den Auftrag, dat sin dann 500.000 für disch, 500.000 für misch und für die 3 Milionen losse mer den billijen Jakob bauen.“

Wat uns jroße Sorjen macht, dat muss isch Inne noch saje, un vielloeischt jeht et Inne ja ähnlisch. De EU – de Europäische Untersuchungsbehörde – versteht uns nit.

Dat is allerdings auch für en Kommission nit möglichsch, die mit de Verjabeko – mein Jott, wat für en diffezill Bejriff – also die für de Erklärung von de Verjabe 84 Artikel un 12 Anhänge mit mehr als 200 Seiten braucht. Da saje mer in Köln doch janz einfach:

„Hammer nit, bruche mer nit, fott domet.“

Wat sollen uns ooch de Vorschriften interessieren, wenn selbst de Jerischte sajen: mir entscheiden – ejal wat im Jesetz steht. Cogito ergo „Summa“.

Seitdem mer de Messe so verjeben ham, verfolcht uns de Kommission.

Da auch de Bundesnegierung nix jeholfen hat, wolle mer jetzt zum letzten Mittel jreifen, dat et hillije Köln hat. Et is – isch hatte den schon ens erwähnt – uns Kardinal Meissner. Dä soll de Kommission in de Dom einbestellen un se beischten lassen, wat se sisch denkt.

Isch saje Innen, im Dom sin schon Wunder jeschehen, warum nit auch ein Wandel der Kommission. Un wenn de Meissner dann saacht: „Mein Sohn, ich verjebe Dir“, dann möscht isch mal sehn, ob dat Brüsseler Männsche erwidert: „So jeht dat nit, Herr Kardinal, dat muss ausjeschrieben werden.“

Meine Damen un Herren, wat war de Verjabewelt doch früher schön un stabil jeordnet.

Jetzt ham mer en Dschungel von Ober- un Unterschwellen-Relejungen, Umwelt-, Sozial-, Innovations- und Enerjiejeffizienzkriterien, Wertjrenzen mit un ohne et Konjunkschwungpaket II, Rechtsschutz vor allen Jerischten, nur de Arbeitsgerischte ham sisch noch zurückjehalten, un ständijje Reformen ham mer auch.

In Köln hat dat zu einem schweren Krankheitsbild jeführt, der Klaustrophobie: jeder will raus. Un denken Se draan, hier und auch sonst: Köln is överall.

Sollten Se dat nejativ verstehn, dann saje isch Inne, wat de Kölner dazu in seinem Jrundjesetz als Überlebensstratejie hatt:

Et es wie et es, et kütt wie et kütt

un et hät noch immer jot jejange.

Dat will isch auch für dat Verjabereschthoffen

- als Professor – für einen Abend
- aus Köln – weil das forum vergabe dort seinen Ursprung hatte
- weil Köln eine fünfte Jahreszeit hat, die ich hier in Anspruch genommen habe, bei der man nie genau weiß: meint er das wirklich so?

Ihr jetzt wieder akademisch entkleiderter

Timm R. Meyer





Pressestimmen

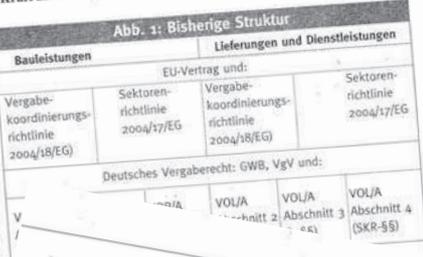
Behörden Spiegel / Juni 2009

### Erfrischende Neuigkeiten

Anfang vom Ende der Kaskaden durch die SektVO

(BS/Thomas Schabel\*) Bei den Badenweiler Gesprächen des forum vergabe e. V. enthüllte am 14. Mai die zuständige Referentin im Bundeswirtschaftsministerium, Ministerialrätin Dr. Bettina Waldmann, das neue Vergaberechtsmodell ihres Hauses, die Sektorenverordnung, von ihr salopp als SektVO bezeichnet. Der Entwurf vom 6. April wurde am 27. Mai vom Kabinett gebilligt und soll am 10. Juli vom Bundesrat beschlossen werden, um kurz danach in Kraft zu treten (siehe auch Seite 23).

Die Enthüllung dieses Modells löste viel Erstaunen aus, denn mit ihm nimmt das Vergaberecht abrupten Abschied vom umständlichen und schwer zu vermittelnden Kaskadenprinzip. Ein Blick auf die bisherige Struktur (Abb. 1) zeigt die fehlende Ordnung und Übersichtlichkeit: drei verschiedene Abschnitte der VOB/A, drei der VOL/A; dazu die jeweiligen Abschnitte 1 mit den Basisparagrafen und schließlich noch die VOF ergeben insgesamt neun verschiedene Vergabeordnungen, die schließlich in teilweise völlig unklarer und redundanter Weise noch mit der VgV und dem GWB verbunden sind.



#### Immunsierung gegenüber dem Ausland

Braucht schon der Fabrikant f Straßenlaternen für die Angebote? spezialistischer Rechtsanwalt, so immunsiert di System natürlich das nationale Vergaberecht gegenüber dem land – genau der gegenteilige der von der EU angestrebt nung. Jedenfalls im Bereich der also der Wasser-, Energie- kehrsversorgung, wird di anders: Hier wird in einer kr ordnung von insgesamt phen und zwei Anlagern wie ein Vergabeverfahren was dabei zu beacht möglichst nahe Umstimmungen der Sel (Abb. 2). Damit wir genommen von de geplanten Untersch che und nicht öfter ternehmen. Außerdem ist d lung von Bau- Lieferungen v andererseits w Rückzieher Zu dieser im Bereich geber nicht ren noch die teilw und sic!

#### Was wurde bewirkt?

Hervorragendes wissenschaftliches Arbeiten verlangt nicht nur fachliches und methodisches Können, sondern auch ein Gespür für die richtige Themenstellung. Und diese ergibt sich nach wie vor – direkt oder indirekt – aus der vergaberechtlichen Praxis. Wer das Tiefste gedacht, hat das Tiefste erreicht.

### The Winner to Come

IPA-Preis: Qualität und Praxisnähe verlangt

(BS/Franz Drey) Ministerialdirigentin a. D. Brigitte Krause-Sigle scheute sich nicht, das Ereignis eine "Negativpremiere" zu nennen: Im Rahmen der Badenweiler Gespräche des forum vergabe e. V. wurde der internationale Beschaffungspreis (International Procurement Award IPA) dieses Jahr nicht vergeben. Sie wollte aus dieser Not keine Tugend machen, wohl wissend, dass für die Jury eine bisher gültige Tugend weiterhin Maßstab ihrer Bewertung war und ist: Qualität. Daran habe es gefehlt, nicht an Bewerbungen. "Die Jury ist mehrheitlich der Meinung, dass keine der eingereichten Arbeiten den Preis verdient", berichtete die frühere Leiterin der Unterabteilung Öffentliche Aufträge, Wettbewerbs- und Preispolitik im Bundeswirtschaftsministerium. Natürlich nannte sie weder eingereichte Themen, Autoren oder ein Ranking.



Professor Dr. Dr. h.c. Fritz Rittner (r.), Mitbegründer des forum vergabe e. V., verabschiedete in Badenweiler im Namen des Vorstandes den langjährigen Geschäftsführer Timm R. Meyer, begleitet vom Beifall des stellvertretenden Vorsitzenden Prof. Dr. Meinrad Dreher.

nicht im Mindesten an Tiefe, die es zu beackern gilt. Zwei thematische Ansätze tragen auf dazu bei: das fachübergreifende "interdisziplinäre", d. h. über das juristische hinausgehende Denken und der direktere Bezug auf den Sinn und damit die beiden Ziele des Vergaberechts: den "guten Einkauf" einerseits und den "lebendigen Wettbewerb" andererseits. Gibt es eigentlich wissenschaftliche Untersuchungen, inwiefern das Vergaberecht in den letzten zehn Jahren zu diesen Zielen beigetragen hat?

(nicht nur des Vergaberechts!) soll durch den Anreiz eines Wettbewerbs um einen bedeuten Preis gefördert werden", heißt es im Stiftungsstatut zum IPA. Auch solle dem Vergaberecht zu mehr Publizität verholfen werden. Öffentliche Beschaffung, Auftragswesen, Vergaberecht sind ganzheitlich zu sehen. Dieses wissenschaftliche Betätigungsfeld ist kein Quark, der dadurch, dass man auf ihm herum tritt, "breit nicht stark" (Johann Wolfgang von Goethe) wird. Der öffentliche Einkauf kann eine Selbstverständlichkeit sein.



## Sponsoren

**Das forum vergabe bedankt sich für  
die Unterstützung der Badenweiler Gespräche 2009**

**bei**

ausschreibungs-abc-GmbH  
avocado rechtsanwälte  
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Boesen Rechtsanwälte  
Bundesanzeiger Verlag  
CBH Rechtsanwälte  
CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater  
cosinex GmbH  
Deutsche Bahn AG  
FPS Fritze Wicke Seelig Rechtsanwälte und Notare  
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP  
Gleiss Lutz  
GÖRG Rechtsanwälte  
Graf von Westphalen  
HFK Heiermann Franke Knipp Rechtsanwälte  
Heuking Kühn Lüer Wojtek  
HOCHTIEF AG  
Linklaters LLP  
Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte  
Siemens AG  
subreport Verlag Schawe GmbH



# avocado rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

avocado rechtsanwälte: ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel, das als Full-Service-Wirtschaftskanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen anbietet.

Die Praxisgruppe „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Kartellrecht, Europäisches Beihilfenrecht, Wirtschafts-verwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft, des ÖPNV, der Ausschreibung von IT-Leistungen und Infrastrukturmaßnahmen sowie im Rahmen von PPP-Projekten. Die Vergaberechtler erhalten bei ihrer Tätigkeit häufig Unterstützung von kompetenten KollegInnen aus anderen Fachbereichen, namentlich dem Umweltrecht, dem Immobilien(wirtschafts)recht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten, Infrastrukturmaßnahmen, Immobilientransaktionen und Projektentwicklungen sowie im Anlagenbau verfügen.

Kontakt:  
Markus Figgen  
Dr. Bettina Ruhland  
Telefon: 0221 / 39 07 11 12  
E-Mail: koeln@avocado-law.com

**Internet: [www.avocado-law.com](http://www.avocado-law.com)**

# BEITEN BURKHARDT

## RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

### Vergaberecht im Wandel

Die Badenweiler Gespräche haben es deutlich gezeigt: Das deutsche Vergaberecht verändert sich in diesen Monaten fundamental. Ein modernisiertes GWB, eine neue Sektorenverordnung sowie weitreichend veränderte Vergabeordnungen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft treten, verlangen von Auftraggebern wie Unternehmen permanent höchste Aufmerksamkeit.

In der Praxisgruppe 'Öffentliches Recht/Vergaberecht' von BEITEN BURKHARDT beraten mehr als 20 Anwälte sowohl die öffentliche Hand als auch Unternehmen bei Vergabemaßnahmen, PPP-Vorhaben und Privatisierungen. Wir kombinieren jahrzehntelange Erfahrung und Expertise mit der Einbindung aktuellster Rechtsentwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene und können somit eine präzise und praxisorientierte Rechtsberatung gewährleisten.

Insbesondere bei der Beratung öffentlicher Auftraggeber verfolgt BEITEN BURKHARDT einen integrativen Ansatz, da sich Vergabeverfahren zumeist durch eine Wechselwirkung aus rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Aspekten auszeichnen. Allein in rechtlicher Hinsicht erfordert dies die Berücksichtigung von vergabe-, gesellschafts-, steuer-, zivil- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Dies können wir durch enge Kooperation mit unseren anderen Praxisgruppen jederzeit kurzfristig auch für komplexe Verfahren sicherstellen.

BEITEN BURKHARDT ist eine unabhängige deutsche Anwaltskanzlei mit Büros in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, München und Nürnberg sowie in Brüssel und an sieben weiteren ausländischen Standorten. Mit rund 370 Anwälten beraten wir anspruchsvolle in- und ausländische Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts.

#### Kontakt:

BEITEN BURKHARDT Nürnberg – Berthold F. Mitrenga (Praxisgruppenleiter)  
Tel.: +49-911-27971-0, Berthold.Mitrenga@bblaw.com

BEITEN BURKHARDT Berlin – Stephan Rechten  
Tel.: +49-30-26471-0, Stephan.Rechten@bblaw.com

BEITEN BURKHARDT München – Michael Brückner  
Tel.: +49-89-35065-00, Michael.Brückner@bblaw.com

## Der Bundesanzeiger Fachverlag

mit einem kontinuierlich wachsenden multimedialen Angebot in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern ist bekannt als moderner, serviceorientierter und innovationsfreudiger Fachverlag. Klar gegliedert in 6 Themengebiete, bieten wir in diesem Geschäftsbereich fachspezifische Informationen für Experten aus Wirtschaft, Behörden, Kanzleien, Verwaltung und Sachverständigenwesen – um nur einige unserer Zielgruppen zu nennen.

Wir verstehen uns als Partner unserer Kunden und bereiten unsere aufwändig recherchierten Inhalte aktuell und in verschiedensten medialen Angebotsformen auf, um den sich verändernden Informationsbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Der Bund hat 2006 seine Anteile an unserem Verlag verkauft, bleibt aber als bedeutender und langfristiger Vertragspartner, Kunde und Herausgeber wesentlicher Medien dem Unternehmen eng verbunden. Seit Ende 2006 gehört der Bundesanzeiger Verlag nunmehr zu 100% zu der erfolgreichen und national wie international expandierenden Verlagsgruppe M. DuMont Schauberg in Köln.

Die Produktpalette im Fachbereich Vergabe umfasst Nachschlagewerke, Kommentare, Leitfäden, Zeitschriften/Newsletter, Pushdienste und eine vergaberechtliche Entscheidungsdatenbank mit Normen, Literaturführer etc.

### Ihr Kontakt im Vergaberecht:

Karin Wittkop-Reschke  
Telefon: (02 21) 9 76 68-133  
Telefax: (02 21) 9 76 68-271  
E-Mail: [karin.wittkop-reschke@bundesanzeiger.de](mailto:karin.wittkop-reschke@bundesanzeiger.de)

[www.bundesanzeiger-verlag.de](http://www.bundesanzeiger-verlag.de)



**Bundesanzeiger  
Verlag**

Bundesanzeiger Verlagsges. mbH. · Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln

# C/M/S/ Hasche Sigle

## Rechtsanwälte Steuerberater

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozietäten. Mehr als 600 Anwälte sind in neun wichtigen deutschen Wirtschaftszentren sowie in Belgien, Brüssel, Moskau und Shanghai für ihre Mandanten tätig.

Als eine der führenden Anwaltssozietäten auf dem Gebiet des Vergaberechts beraten wir sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen in Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren. Wir verfügen über fundierte Branchenkenntnisse, handeln vorausschauend und bieten Ihnen rechtssichere und zugleich individuelle Strategien für Ihre Auftragsvergabe oder Ihr Angebot.

Mit über 20 Rechtsanwälten an allen Standorten von CMS Hasche Sigle haben wir eines der größten Vergaberechtsteams in Deutschland und sind zugleich immer in Ihrer Nähe.

### **Kontakt:**

Dr. Klaus Heuvels  
Partner

CMS Hasche Sigle  
Barckhausstr. 12-16  
60325 Frankfurt am Main

T + 49 69 71701 - 318  
F + 49 69 71701 - 40 615  
E Klaus.Heuvels@cms-hs.com

Dr. Volkmar Wagner  
Partner

CMS Hasche Sigle  
Schoettlestrasse 8  
70597 Stuttgart

T +49 711 9764 - 164  
F +49 711 9764 - 96162  
E Volkmar.Wagner@cms-hs.com



## Kurzprofil Deutsche Bahn

Die Deutsche Bahn AG wurde 1994 gegründet. Heute gehört sie zu den weltweit führenden Mobilitäts- und Logistikunternehmen und betreibt in rund 130 Ländern 1.500 Niederlassungen. 240.000 Mitarbeiter, davon ca. 182.000 in Deutschland, setzen sich täglich dafür ein, Mobilität und Logistik für die Kunden sicherzustellen und die dazugehörigen Verkehrsnetze auf der Schiene, im Landverkehr sowie in der See- und Luftfracht effizient zu steuern und zu betreiben. Im Geschäftsjahr 2008 betrug der Umsatz der DB AG rund 33,45 Milliarden Euro und das operative Ergebnis (EBIT bereinigt) 2,48 Milliarden Euro. Das Geschäft in Deutschland ist das Rückgrat der DB. Hier wurden 2008 rund 64 Prozent des Umsatzes generiert. Die Mobilitäts-, Logistik- und Dienstleistungsaktivitäten sind in der Konzerntochter DB Mobility Logistics AG gebündelt.

Kern des Unternehmens ist die Eisenbahn in Deutschland mit täglich rund 5,3 Millionen Kunden im Personenverkehr und rund 378,7 Millionen Tonnen beförderter Güter jährlich. 2,1 Millionen Kunden sind täglich mit den Bussen der DB unterwegs. Der DB-Konzern wickelt auf seinem modernen, rund 34.000 Kilometer langen und für den Wettbewerb geöffneten Streckennetz täglich über 39.000 Zugfahrten ab. Stoßrichtungen der DB-Strategie sind neben der Internationalisierung die Vernetzung aller Verkehrsträger durch den Aufbau übergreifender Reise- und Logistikketten. Das Unternehmen folgt den sich wandelnden Anforderungen der Märkte, die zunehmend effiziente und umweltverträgliche Dienstleistungen aus einer Hand nachfragen. Die Deutsche Bahn bietet schon heute Antworten auf die bestimmenden Trends der Globalisierung, der Ressourcenverknappung, des demographischen Wandels sowie der Deregulierung.

Weitere Informationen unter [www.deutschebahn.com](http://www.deutschebahn.com)

Deutsche Bahn AG  
Potsdamer Platz 2  
10785 Berlin


**FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER**

**Kontakt:**  
**Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.**  
**Potsdamer Platz 1**  
**10785 Berlin**  
**T +49 30 20 28 36 00**  
**F +49 30 20 28 37 66**  
**E [hans-joachim.priess](mailto:hans-joachim.priess@freshfields.com)**  
**[@freshfields.com](mailto:hans-joachim.priess@freshfields.com)**  
**[www.freshfields.com](http://www.freshfields.com)**



KANZLEI DES JAHRES FÜR  
 ÖFFENTLICHES RECHT

**„Erste Adresse im Vergaberecht“  
 loben  
 auch Wettbewerber ...“**  
***JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien  
 2008/2009***

### **Weltweite Beratung**

Freshfields Bruckhaus Deringer berät mit einer integrierten Partnerschaft aus 27 Standorten in Deutschland und in den wichtigsten Wirtschafts- und Finanzzentren weltweit die führenden nationalen und multinationalen Unternehmen, Finanzdienstleister und Institutionen bei ihren komplexesten Transaktionen – wirtschaftsrechtlich umfassend, über Grenzen hinweg, mit höchstem Anspruch an Qualität und Effizienz.

### **Marktführende Expertise im Vergaberecht**

Seit mehr als 15 Jahren begleiten wir unsere Mandanten dabei auch umfassend im Vergaberecht. Zu unserem hoch spezialisierten europaweiten Team zählen mehr als 50 Anwälte an elf Standorten der Sozietät. Wir beraten sowohl Auftraggeber als auch Bieter, Wirtschaftsverbände und Regierungen auf allen Gebieten des europäischen, nationalen und internationalen Vergaberechts. Unser Tätigkeitspektrum reicht von der vergaberechtskonformen Gestaltung von Transaktionen über Privatisierungsverfahren und ÖPP-Projekte bis hin zur vergaberechtlichen Compliance und Regierungsberatung bei Gesetzgebungsverfahren. Darüber hinaus vertreten wir unsere Mandanten sowohl in Rechtsstreitigkeiten vor den nationalen und europäischen Gerichten als auch vor der Kommission und nationalen Behörden.

**Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Tokyo Washington Wien**

Gleiss Lutz

## Die Vergaberechtspraxis bei Gleiss Lutz

Gleiss Lutz ist eine international tätige Full Service-Kanzlei und steht in allen Bereichen der wirtschaftsrechtlichen Beratung für höchste Qualität sowie für praxisnahe und innovative Lösungen. 250 Anwälte beraten an den Standorten Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, München, Stuttgart und Brüssel. Zu den Mandanten zählen Unternehmen und Konzerne verschiedenster Branchen im In- und Ausland sowie Körperschaften und Institutionen des öffentlichen Rechts.

Gleiss Lutz verfügt über eine herausragende Expertise in der vergaberechtlichen Beratung. Zu unseren Mandanten im öffentlichen Auftragswesen gehören sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Bieter. Das Tätigkeitsspektrum zieht sich dabei durch die gesamte Bandbreite der Branchen, die sich um öffentliche Aufträge bemühen: von der Bauwirtschaft über den Entsorgungsbereich bis hin zum Gesundheits-, Verkehrs- und IT-Sektor. Auch PPP-Projekte, städtebauliche Vergabeverfahren und komplexe Privatisierungen stehen auf der Agenda.

Das öffentliche Auftragswesen ist ein kompliziertes Terrain, das pragmatische und rechtssichere Lösungen erfordert. Immer wieder wird Gleiss Lutz mit Gutachten zu aktuellen Rechtsproblemen beauftragt, erstreitet Grundsatzentscheidungen oder mischt sich durch Publikationen und Vorträge in aktuelle Debatten ein. Die Vergaberechtsexperten von Gleiss Lutz beraten Sie hier umfassend und praxisnah – stets auch in fachlicher Kooperation mit Anwälten etwa aus dem Immobilien- oder Beihilferecht. Neben der beratenden Tätigkeit liegt ein Schwerpunkt unserer Vergaberechtspraxis in der Vertretung in Nachprüfungsverfahren. Hier sind wir in allen Parteirollen – für den Antragsteller, für Auftraggeber und für beigeladene Unternehmen – tätig.

### Ihr Kontakt:

Dr. Olaf Otting  
Mendelssohnstraße 87  
60325 Frankfurt am Main

T +49 69 95514-544  
F +49 69 95514-198  
olaf.otting@gleisslutz.com  
[www.gleisslutz.com](http://www.gleisslutz.com)



Gleiss Lutz in association with  
Herbert Smith and Stibbe



## **GÖRG ist eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland.**

### **Wir sind bekannt für unsere praxisnahen, wirtschaftlichen Lösungen in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.**

Mit mehr als 160 Rechtsanwälten in Berlin, Essen, Frankfurt am Main, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

### **Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP**

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands“, „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe- und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben“ – JUVE Handbuch 2009/2010).

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

### **Führend in vielen Bereichen**

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Nr. 1 im Bereich ÖPP, Top 10 im Vergaberecht, Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht, Top 10 im Bauplanungsrecht, JUVE Kanzlei des Jahres für Insolvenzverwaltung (basierend auf dem JUVE Handbuch 2009/2010).

### **Ansprechpartner:**

GÖRG Rechtsanwälte  
Dr. Lutz Horn  
Neue Mainzer Straße 69-75 in D-60311 Frankfurt/M.  
Tel +49 - 69 - 170000-17; lhorn@goerg.de

### **Experten im Vergaberecht**

Graf von Westphalen ist seit vielen Jahren beratend im nationalen und internationalen Vergaberecht tätig und spezialisiert auf die Beratung bei Privatisierungen und Public Private Partnerships (PPP/ÖPP). Die Sozietät berät dabei sowohl die öffentliche Hand als auch private Unternehmen.

Unsere vergaberechtlichen Spezialisten beraten Sie gerne bei Ausschreibungen und Privatisierungen. Wir unterstützen Sie als Auftraggeber, ein möglichst einwandfreies Vergabe- und / oder Privatisierungsverfahren durchzuführen, vergaberechtliche Risiken zu minimieren und Nachprüfungsverfahren so weit wie möglich zu vermeiden. Bewerbern und Bietern stehen wir bei der erfolgreichen Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten beratend zur Seite und helfen, ihre Rechte mit Hilfe von fristgerechten Rügen und Anträgen im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen sowie Schadensersatzansprüche durchzusetzen.

Mit mehr als 150 Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern leistet Graf von Westphalen als Full-Service Sozietät umfassende Rechts- und Unternehmensberatung. Dank unserer Präsenz in den großen deutschen Wirtschaftszentren und unserer internationalen Vernetzung betreuen wir Sie national und international.

Unser Ziel ist es, Sie wirtschaftlich und rechtlich optimal zu unterstützen. Nutzen Sie unser fundiertes Wissen, unsere erstklassige Beratungskompetenz und unseren exzellenten Service. Damit Sie Ihre Ziele sicher erreichen.

Ansprechpartner:

Graf von Westphalen  
Dr. Ingrid Reichling  
Widenmayerstraße 15  
80538 München  
Tel. +49 (0)89 689077-0  
muenchen@grafvonwestphalen.com

[www.grafvonwestphalen.com](http://www.grafvonwestphalen.com)

Graf von Westphalen. Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater  
Berlin Dresden Frankfurt Freiburg Hamburg Köln München Alicante Brüssel Shanghai [www.grafvonwestphalen.com](http://www.grafvonwestphalen.com)

## Die Kanzlei

HFK Rechtsanwälte Heiermann Franke Knipp ist eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des nationalen und europäischen Vergaberechts. Die Kanzlei versteht sich als ein Dienstleistungsunternehmen: Kompetenz, Qualität und Schnelligkeit werden verbunden mit innovativen Lösungen.

Mit ca. 50 Anwälten an den 6 Standorten Frankfurt am Main, München, Berlin, Hamburg, Hannover und Wien wird den Mandanten eine Beratungskompetenz geboten, die weit über rein rechtliche Fragen hinausgeht. Seit vielen Jahren kooperieren HFK Rechtsanwälte Heiermann Franke Knipp mit Spezialisten in Washington (Watt, Tieder, Hoffar & Fitzgerald, LL.P.).

## Ganzheitliche Beratungskompetenz

HFK Rechtsanwälte Heiermann Franke Knipp bietet eine umfassende Beratung von Anfang an – und damit Fachkompetenz aus einer Hand. Die Kanzlei berät bei der Erarbeitung der richtigen Projektstruktur, Entscheidungsabläufen, Organisation und Kontrollmechanismen. Die lange praktische Erfahrung bei der juristischen Steuerung von Großvorhaben bildet die Basis der ergebnisorientierten Rechtsberatung. Die Kanzlei wurde 1975 von Wolfgang Heiermann gegründet. Seither hat sie sich zu einer der führenden Kanzleien auf den Gebieten des Baurechts, Vergaberechts und Immobilienrechts entwickelt.

## Öffentliches Auftragswesen

Besonderer Schwerpunkt der Kanzlei ist die Beratung von Auftraggebern und Bietern bei der Konzeptionierung und Begleitung komplexer Beschaffungsvorhaben.

HFK Rechtsanwälte Heiermann Franke Knipp decken ein breites Spektrum von Wirtschaftsbereichen ab. Die Beratung erstreckt sich auf die Bereiche Bauwirtschaft, IT-bezogene Aufträge, Wirtschaftsprüferleistungen, Versorgungswirtschaft, Energie-Contracting, Verkehrswirtschaft, allgemeine Liefer- und Dienstleistungen sowie PPP- und Finanzierungsmodelle.

Vergaberecht bedeutet dabei nicht nur geltendes Recht und Formblätter abzuarbeiten, sondern daraus eine individuelle, zielorientierte Strategie zu entwickeln.

## Beratung von Auftraggebern

## Beratung von Bietern

## Vertretung in Rechtschutzverfahren

## Aktuelle Veröffentlichungen

Die im Laufe der Jahre gesammelten Erfahrungen der Kanzlei spiegeln sich in einer Reihe von in Rechtsprechung und Praxis bekannten und anerkannten Kommentaren und Publikationen wider, welche zu Standardwerken u.a. des Vergaberechts geworden sind (3. Auflage des „VOB-Kommentar Bauvergaberecht Bauvertragsrecht Bauprozessrecht“, herausgegeben von Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, sowie der „juris Praxiskommentar Vergaberecht“, herausgegeben von Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß). Weitere News unter [www.hfk-rechtsanwaelte.de/news-allgemeines.php](http://www.hfk-rechtsanwaelte.de/news-allgemeines.php).

## Das Team

Prof. Horst Franke, Seniorpartner  
Dr. Susanne Mertens LL.M., Partnerin  
Jörg Stoye, Partner  
Henrik Baumann  
Moritz Freiherr von Münchhausen  
Dr. Franziska Kriener  
Jonas Kollwe  
Dr. Valeska Pfarr

HFK Rechtsanwälte  
Kettenhofweg 126  
60325 Frankfurt/Main  
Tel. + 49 69 975822 – 151  
Fax + 49 69 975822 – 200  
Mail: [h.franke@hfk-rechtsanwaelte.de](mailto:h.franke@hfk-rechtsanwaelte.de)  
[www.hfk-rechtsanwaelte.de](http://www.hfk-rechtsanwaelte.de)



## **HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

**HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK** - dahinter verbirgt sich die Kompetenz einer der großen Sozietäten in Deutschland. Mehr als 150 versierte Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater vertreten die Interessen nationaler und internationaler Mandanten. Fachliche Kompetenz, erstklassige Ausbildung, tiefe Spezialisierung und umfassende Kenntnisse der Anforderungen und Entscheidungsstrukturen der Mandanten sind die Basis der Beratung. Erfahrene Partner und sorgfältig ausgewählte Mitarbeiter erarbeiten innovative Problemlösungen. Höchstes persönliches Engagement und effizientes Arbeiten prägen die Sozietätskultur.

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK ist bekannt für die erfolgreiche Realisierung von Umstrukturierungs- und Privatisierungsprojekten der öffentlichen Hand. Spezialisierte und engagierte Teams beraten Städte und Gemeinden bei anspruchsvollen Infrastrukturprojekten, PPP-Modellen, Investorenwettbewerben, interkommunalen Kooperationen und anderen komplexen Vorhaben, und zwar vom ersten Konzept bis zum Projektabschluss.

### **HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

Cecilienallee 5  
40474 Düsseldorf  
[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

Ansprechpartner: Dr. Ute Jasper  
Telefon: 02 11.6 00 55-3 26  
Telefax: 02 11.6 00 55-3 20  
E-Mail: [u.jasper@heuking.de](mailto:u.jasper@heuking.de)

# GRÜNE SCHÜTZE



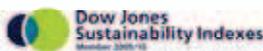
**Nachhaltig agieren – Kosten sparen:  
Nutzen Sie Ihre Effizienzchance**

Die Umwelt schonen, Kosten sparen, die Rendite erhöhen, das Wohlbefinden und die Produktivität der Nutzer steigern: „Grüne“ Immobilien, die unter nachhaltigen Aspekten gestaltet werden, sind effizient und attraktiv.

Ob für Neubauten oder Bestandsgebäude, während der Planung oder beim Betrieb: Nachhaltigkeit steht für Wirtschaftlichkeit. HOCHTIEF betrachtet den gesamten Lebens-

zyklus Ihres Projekts und gestaltet ihn ganzheitlich. Sichern Sie sich die Vorteile niedriger Betriebskosten und hoher Nutzungsflexibilität, etwa durch innovative Baukonzepte oder durch ein professionelles Energy-Management. Heben Sie beim nachhaltigen Planen, Bauen und Betreiben Ihren eigenen Schatz – denn so behält Ihre Immobilie langfristig einen hohen Wert.

Sie wollen mehr über nachhaltiges Bauen wissen? Sprechen Sie uns an. Tel.: 0201 824-2291.



Aus Visionen Werte schaffen.



# Fokussierte Vergabe Linklaters

Linklaters berät weltweit führende Unternehmen und Finanzinstitute sowie die öffentliche Hand im Wirtschafts- und Steuerrecht. Aus Büros in den wichtigen politischen und internationalen Wirtschafts- und Finanzzentren bieten wir unseren Mandanten Lösungen bei komplexesten Herausforderungen.

Eine besondere Expertise haben wir in der Beratung von Unternehmen aus (ehemals) regulierten Märkten und der öffentlichen Hand - bei Transaktionen, Privatisierungen und großen Projekten. Schwerpunkte sind dabei vor allem Sektoren wie Infrastruktur, Energie und Healthcare.

Der Schwerpunkt unserer Vergaberechtspraxis liegt in der Begleitung wirtschaftlich bedeutender und anspruchsvoller Vergabeverfahren. Die Projekte werden von unserem Vergaberechtsteam häufig umfassend betreut, wobei wir – beispielsweise bei Fragen der Projektfinanzierung – mit Teams aus anderen Fachbereichen der Kanzlei eng zusammenarbeiten. Aufgrund ihrer Expertise gilt unsere deutsche Vergaberechtspraxis als vergaberechtliches Kompetenzzentrum für die gesamte Kanzlei.

Wir waren und sind an den wirtschaftlich bedeutsamsten Ausschreibungen in Deutschland und in Ost- und Mitteleuropa beteiligt und (haben) beraten u.a.

- ein Konsortium um Bilfinger Berger bei den A-Modellen, den größten deutschen Infrastrukturmodellen, derzeit bei der BAB 8 und BAB 9 zuvor etwa die BAB A 1 mit einem Projektvolumen von 1,5 Mrd. Euro;
- ein Konsortium um Vinci Concessions SA bei der Ausschreibung des Autobahn-teilstücks R1 in der Slowakei mit einem Projektvolumen von 1,2 Mrd. Euro;
- Bund und Spitzenverbände im Gesundheitswesen bei strategisch wichtigen Projekten wie der Einführung der sektorenübergreifenden Qualitätssicherung im Gesundheitswesen in Deutschland;
- RWE Power AG bei Kraftwerksprojekten u.a. in Bulgarien und Ungarn.

Ihr Ansprechpartner:

Dr. Jan Endler

Linklaters LLP

Potsdamer Platz 5

10785 Berlin

T: (49 30) 214 96 257

F: (49 30) 214 96 89 257

**Schwerpunkt** der Kanzlei Müller-Wrede & Partner ist das Vergaberecht, ergänzt durch angrenzende Rechtsgebiete wie öffentliches Wirtschaftsrecht, privates Bau- und Architektenrecht, Europa- und Beihilferecht sowie Gesellschaftsrecht.

Dezernatsleiter und Seniorpartner Malte Müller-Wrede und sein Anwaltsteam begleiten beratend Vergabeverfahren öffentlicher **Auftraggeber**, um Vergabefehler und damit Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.

Auf der anderen Seite steht die Beratung von **Unternehmen**, die an Vergabeverfahren teilnehmen. Durch eine verfahrensbegleitende Beratung wird sichergestellt, dass die Auftragschancen gewahrt bleiben.

Unabhängig hiervon erfolgt die Vertretung von Auftraggebern und Auftragnehmern vor den **Nachprüfungsinstanzen**, bei denen Müller-Wrede & Partner marktbekannt eine hohe Erfolgsquote vorweisen kann. Dabei konnten bereits einige **Grundsatzentscheidungen** vor den Vergabesenaten und dem Bundesgerichtshof erwirkt werden.

Nicht zuletzt berät und vertritt Müller-Wrede & Partner seine Mandanten in **Vertragsverletzungsverfahren** vor dem Europäischen Gerichtshof. Diese werden von der Europäischen Kommission eingeleitet, wenn sie - häufig aufgrund der Beschwerde eines Unternehmens - Informationen über eine mutmaßliche Verletzung des europäischen Vergaberechts erhält.

Die hohe Qualität der juristischen Beratung wird unter anderem durch zahlreiche wissenschaftliche **Veröffentlichungen** sicher gestellt. Beispielhaft hierfür sind die Kommentare von Rechtsanwalt Müller-Wrede zum neuen **GWB**, zur **VOL/A** und zur **VOF** sowie das Kompendium des Vergaberechts zu nennen.

#### Ausgewählte Referenzen

Interkommunale Kooperation „Stadtreinigung Hamburg“  
Feste Querung Fehmarnbelt  
Olympiastadion Berlin  
Transrapid  
Staatsoper Unter den Linden  
Berliner Autobahnring „Mischkalkulation“



**Die Siemens AG (Berlin und München) ist ein weltweit führendes Unternehmen der Elektronik und Elektrotechnik. Der Konzern ist auf den Gebieten Industrie und Energie sowie im Gesundheitssektor tätig.**

Rund 410.000 Mitarbeiter (fortgeführte Aktivitäten) entwickeln und fertigen Produkte, projektieren und erstellen Systeme und Anlagen und bieten maßgeschneiderte Lösungen an.

Siemens steht seit über 160 Jahren für technische Leistungsfähigkeit, Innovation, Qualität, Zuverlässigkeit und Internationalität.

Im Geschäftsjahr 2008 erzielte das Unternehmen nach IFRS einen Umsatz von 77,3 Mrd. EUR und einen Gewinn nach Steuern von 5,9 Mrd. EUR.

Weitere Informationen finden Sie im Internet unter: [www.siemens.com](http://www.siemens.com).