



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

Fünfzehnte forum vergabe Gespräche 2012

Dokumentation der Veranstaltung
vom 18. bis 20. April 2012

Band 43



Bundesanzeiger
Verlag

Herausgeber:

forum vergabe e.V.
Spichernstr. 15
10777 Berlin

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

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

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

www.bundesanzeiger-verlag.de
E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de
Telefon (0221) 9 76 68-200
Telefax (0221) 976 68-115

Herstellung: Günther Fabritius

Fotos: Grazyna Fait

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

Vorwort

Mit der Durchführung der forum vergabe Gespräche in Fulda haben wir - in gewisser Weise - Neuland betreten. Geographisch stimmt diese Aussage nur bedingt, weil das forum vergabe schon vorher in Fulda Veranstaltungen durchgeführt hat. Aber mit dem Ortswechsel und dem neuen Namen haben wir uns physisch und begrifflich von Badenweiler getrennt. Die über viele Jahre geführte Diskussion hatte 2010 nach einer Mitgliederumfrage zu diesem Beschluss geführt. Badenweiler als Begriff und Ort haben die Urzelle des forum vergabe und in weiten Bereichen auch der vergaberechtlichen Diskussion in Deutschland gebildet. Sich davon zu trennen, ist nicht leicht gefallen. Aber wir müssen uns den Änderungen in unserem Umfeld stellen, und dazu gehören neben vielen anderen Veranstaltungen auch geänderte Reisegewohnheiten und -möglichkeiten.

Und der Mut zum Risiko hat sich gelohnt. Noch nie haben sich so viele Teilnehmer bei dieser Veranstaltung angemeldet. Dank engagierter Referenten und diskussionsfreudiger Teilnehmer erreichte die inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Vergaberecht ein hohes Niveau. Dazu hat neben den vielen interessanten Entwicklungen des Rechtsbereiches auch die Umgebung beigetragen. Der Park vor der Tür, fast alle Quartiere fußläufig, eine angeblich bis zum Morgengrauen geöffnete Bar, stimmungsvolle und technisch gut ausgestattete Tagungsräume ermöglichten ein intensives und gewissermaßen intimes Mit- und Gegeneinander der Unterhaltungen.

In diesem Tagungsband finden Sie die Redebeiträge und Zusammenfassungen der Diskussionen. Viele Redebeiträge wurden durch Rechtsprechungs- und Literaturhinweise ergänzt.

Wir bedanken uns bei den Sponsoren, die diese Veranstaltung und die Arbeit des forum vergabe e.V. großzügig unterstützt haben.

September 2012

Martin Zeil
Vorsitzender

Niels Lau
Geschäftsführendes
Vorstandsmitglied

Dr. Mark von Wietersheim
Geschäftsführer



Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Inhalt	9
Perspektiven des Vergaberechts	
<i>Dr. Andreas Schwab</i> Mitglied des Europäischen Parlaments	15
Begrüßung	
<i>Gerhard Möller</i> Oberbürgermeister der Stadt Fulda.....	25
Podiumsdiskussion: Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven	
Moderation und Einführung	
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. Siegfried Broß</i> Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.	29
Statements	
<i>Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.</i> Freshfields Bruckhaus Deringer LLP	31
<i>Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg</i> Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung	35
<i>Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz</i> Deutsche Bahn AG	41
<i>Leitender Ministerialrat Dr. Tobias Traupel</i> Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen	47
Zusammenfassung der Aussprache	49

Die Modernisierung des Vergaberechts auf europäischer Ebene

Joanna Szychowska

Europäische Kommission GD Markt 53

Zusammenfassung der Aussprache 59

Dr. Nico Spiegel

Europäische Kommission GD Markt 63

Zusammenfassung der Aussprache 69

Workshops

1. Mehrfachbeteiligung von Unternehmen

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz 73

Einführung

- *Heinz-Peter Dicks*
Richter am OLG Düsseldorf 75

- *Dr. Helmut Wirner*
Hochtief AG 93

Zusammenfassung der Aussprache 107

2. Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht

Moderation und Einführung

Dr. Rolf Raum

Stellvertretender Vorsitzender Richter am BGH 111

Einführung

- *Prof. Dr. Dr. h.c. Siegfried Broß*
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. 113

- *Rechtsanwalt Dr. Daniel M. Krause*
Krause & Kollegen 119

• <i>Oberstaatsanwalt Gunnar Greier</i> Staatsanwaltschaft Köln.....	129
Zusammenfassung der Aussprache.....	137
3. Vergaben im Bereich von Verteidigung und Sicherheit	
Moderation und Einführung	
<i>Niels Lau</i> Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.....	139
Einführung	
• <i>Dr. Markus Weinitschke</i> Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung	141
• <i>Dr. Eick Busz</i> CASSIDIAN, EADS Deutschland GmbH.....	147
Zusammenfassung der Aussprache.....	153
4. Schadensersatzansprüche von Bietern bei Vergabeverstößen des Auftraggebers	
Moderation und Einführung	
<i>Norbert Portz</i> Deutscher Städte- und Gemeindebund	159
Einführung	
• <i>Uwe Scharen</i> Vorsitzender Richter am BGH i.R.	161
• <i>Rechtsanwalt Dr. Wolfram Krohn</i> Orrick Hölters & Elsing.....	167
Zusammenfassung der Aussprache.....	175

Beschaffungsautonomie und Produktneutralität

Moderation und Einführung

Prof. Horst Franke
HFK Rechtsanwälte LLP 179

Vortrag

Dr. Friedrich Ludwig Hausmann
K&L Gates LLP 183

Zusammenfassung der Aussprache 195

Podiumsdiskussion: Nachhaltigkeit und Energie-Effizienz im Vergaberecht: Sackgasse oder der Weg in die Zukunft?

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger
Universität Augsburg 199

Statements

Hermann Summa
Richter am OLG Koblenz 203

Ministerialdirigentin Dr. Susanne Lottermoser
Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit 207

Martin Krämer
Leiter Zentrales Vergabeamt der Bundesstadt Bonn 213

Zusammenfassung der Aussprache 219

Resümee

Rechtsanwalt Dr. Mark von Wietersheim
Geschäftsführer des forum vergabe e.V. 223

Pressestimmen	225
Schnappschüsse	227
Verzeichnis der Teilnehmer	233
Sponsoren	245

Perspektiven des Vergaberechts



Dr. Andreas Schwab

Mitglied des Europäischen Parlaments

Lieber Herr Professor Dreher, lieber Herr von Wietersheim, lieber Herr Professor Broß, lieber Herr Professor Capitant, meine Damen und Herren, zunächst herzlichen Dank für die Einladung, heute Abend hier in Fulda sprechen zu dürfen. Und, Herr von Wietersheim, ich bin Ihnen natürlich besonders dankbar, dass Sie mir den Vorabend zur Verfügung gestellt haben, weil wir uns in einer Sitzungswoche befinden und ich deswegen morgen um 12 Uhr auch wieder in Strasbourg sein muss. Aber ich habe den Ausflug hierher sehr genossen, nicht nur wegen der landschaftlichen Schönheit, sondern auch, weil das Thema mich seit Jahren interessiert und ein Stück weit auch begeistert. Ich darf aber gleich einleitend sagen, meine sehr verehrten Damen und Herren, dass ich als ortskundiger und zuständiger Abgeordneter für Badenweiler natürlich sehr bedaure, dass Sie meinen Wahlkreis verlassen haben und sich nunmehr nach Fulda aufgemacht haben. Und ich gestehe, dass ich das Zitat von Heinrich von Kleist, dass Fulda die schönste, nein die angenehmste Stadt sei die er kenne, noch nicht wirklich habe überprüfen können. Als Abgeordneter von Badenweiler habe ich da natürlich automatisch Zweifel. Aber das können Sie ja dann in den nächsten Tagen selber erkunden.

Meine Damen und Herren, ich bin gebeten worden, heute Abend so ungefähr 20 Minuten über die wesentlichen Punkte in der Weiterentwicklung in der Reform des europäischen Vergaberechts zu formulieren. Ich hoffe, dass Sie mir diese 20 Minuten zuhören können und wir danach gemeinsam noch ein Glas Sekt oder Sprudel trinken. Ich möchte aus politischer Perspektive aus der Sicht eines Abgeordneten auf die wesentlichen Herausforderungen und Problembereiche in der jetzt vorliegenden Fassung der drei neuen Richtlinien und der einen Verordnung eingehen. Aber ich

kann heute Abend natürlich nur ganz allgemein politisch die grundlegenden Fragen erörtern.

Meine Damen und Herren, der europäische Binnenmarkt feiert in diesem Jahr sein 20-jähriges Bestehen, nachdem er nach der Einheitlichen Europäischen Akte mit dem Vertrag von Maastricht 1992 offiziell auf den Weg gebracht wurde. Wir müssen aber gemeinsam feststellen, dass auch 20 Jahre später ein wirklich offener Markt trotz einer Vielzahl von Richtlinien und Verordnungen noch nicht vollständig erreicht wurde. Ein funktionierender, wettbewerbsfähiger Binnenmarkt ist für ein zukunftsfähiges Europa in einer globalen Wettbewerbssituation jedoch unerlässlich, weshalb die noch anstehenden Hindernisse konsequent abgebaut werden müssen. Das öffentliche Auftragswesen, gewissermaßen als größter Nachfrager oder als größter Abnehmer der europäischen Wirtschaft, spielt dabei eine besondere Rolle, denn im Jahr 2009 wendete die öffentliche Hand fast ein Fünftel des Bruttoinlandsprodukts für Lieferdienstleistungs- und Bauaufträge auf. Aus diesem Grunde zählt die Überarbeitung der europäischen Vergaberechtsrichtlinien zu den Schlüsselmaßnahmen oder zu den Hebelmaßnahmen von Kommissar Barnier im Rahmen der von ihm lancierten Binnenmarktakte zur Neubelebung und – soweit es jemals möglich ist – zur Vollendung des Binnenmarktes.

Und meine Damen und Herren, auch der jetzige Ministerpräsident Italiens, Prof. Monti, hat in seinem Gutachten bzw. dem Grundsatzpapier für den europäischen Kommissionspräsidenten vor zwei Jahren das europäische Vergaberecht in seinem Bericht als einen erfolgreichen und einen der am weitesten entwickelten Bereiche des Binnenmarkts beschrieben. Damit fungieren Sie heute Abend nicht nur als europäische Öffentlichkeit, sondern Sie arbeiten auch an der Vorderfront des europäischen Rechts.

Im Dezember des vergangenen Jahres hat die Kommission ihre Vorschläge für eine Überarbeitung des öffentlichen Auftragswesens sowie einen Richtlinienvorschlag zur Konzessionsvergabe vorgelegt. Dieses Vergabepaket, wie es genannt wird, wurde nun kürzlich auch um einen Entwurf für ein Marktzugangsinstrument in Drittstaaten vervollständigt. Die Vorschläge werden derzeit im Binnenmarktausschuss und in weiteren Stellung nehmenden Ausschüssen des Europäischen Parlaments beraten. Aufgrund der Kürze der Zeit möchte ich mich kurz und präzise zu den drei verschiedenen Rechtsinstrumenten äußern.

I. Reform der europäischen Vergaberechtsrichtlinien

Die Reform des öffentlichen Auftragswesens, meine Damen und Herren, bildet zweifellos das Herzstück der neuen Vorschläge. Gleiche Wettbewerbschancen, Transparenz, Nicht-Diskriminierung und rechtliche Überprüfbarkeit öffentlicher Beschaffungen sind die entscheidenden Grundprinzipien des europäischen Binnenmarkts. Die letzte Reform der EU-Vergaberechtsrichtlinien liegt noch gar nicht so weit zurück und

erst seit dem 1. Februar 2006 ist die Umsetzungsfrist der heute geltenden Richtlinien abgelaufen, sodass der Europäische Gerichtshof und die Rechtsprechung bei der Auslegung dieser Richtlinien nach wie vor sicherlich nicht im Endstadium der Auslegung angelangt sind. Grenzfragen sind also heute noch immer nicht alle geklärt, wobei sich ja die öffentliche Hand zunehmend darüber freut, dass der EuGH teilweise auch in ihrem Sinne entschieden hat. Gleichwohl erscheint die jetzige Überarbeitung der Richtlinien aufgrund der Bedeutsamkeit des öffentlichen Auftragswesens für den Binnenmarkt und für vorgesehene Verbesserungen unter dem Prinzip "best value for money" durchaus gerechtfertigt. Gleichzeitig, davon bin ich jedenfalls sehr stark überzeugt, darf die Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren aber nicht zu weniger Transparenz oder Wettbewerb bei der Auftragsvergabe führen, denn bislang haben beide Richtlinien das Bedürfnis nach offenen Märkten und Transparenz durchaus erfüllt.

Die Kommission ist in ihrem Entwurf in vielen Punkten erfreulicherweise dem ursprünglichen Initiativbericht des Europäischen Parlaments, den wir als EVP-Fraktion entscheidend mitgestalten konnten, gefolgt. So bleiben etwa die geltenden Schwellenwerte, die sich aus den rechtlich bindenden Auflagen des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen ergeben, im Vorschlag der Kommission unverändert. Die nunmehr europäische Regelung über die Selbstreinigung zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit eines Bieters trägt erheblich zur europaweiten Korruptionsbekämpfung und Chancengleichheit bei und deswegen darf ich sie auch an dieser Stelle nochmals sehr begrüßen. Bis zu diesem Entwurf war dieses Konzept nämlich nur in Deutschland und Österreich bekannt und in vielen Mitgliedsstaaten der europäischen Union im Übrigen nicht.

Ich glaube, dass vier Punkte für die Vergaberechtsrichtlinien im Rahmen des Kommissionsvorschlags gesondert vorgestellt und diskutiert werden müssten und deswegen möchte ich diese vier Punkte nun vorab etwas spezieller beleuchten.

1. Verfahren

Die erste Grundfrage, die sich gestellt hat (die sich insbesondere auch die Kommission gestellt hat), war die Frage, ob das Verhandlungsverfahren künftig als Regelverfahren gelten soll. Bei der erweiterten Zulassung des Verhandlungsverfahrens ist die Kommission dem Parlament nun aber erfreulicherweise insoweit wieder gefolgt, als dass die Möglichkeit der Anwendung des Verfahrens nach wie vor nur als Ausnahme und unter besonderen Bedingungen zulässig sein soll. Beispielsweise sind Mindestvoraussetzungen nicht verhandelbar, sondern müssen vorher festgelegt werden. Steht am Ende die Leistungsbeschreibung fest, müssen nochmals alle Bieter angeschrieben werden, um ein abschließendes Angebot abzugeben, damit die Gleichbehandlung bis zum Ende gewährleistet ist. Die Einführung des Verhandlungsverfahrens als Standardverfahren, wie es von der Kommission ursprünglich einmal angedacht war, wäre – so der juristische Dienst des Rates und der Kommission in den entsprechenden Gut-

achten – aber aus Gesichtspunkten eines möglichen Diskriminierungsrisikos nicht von der Rechtsgrundlage von Artikel 114 des EU-Vertrages gedeckt. Nichts desto trotz werden seitens des Parlaments die Möglichkeiten einer erweiterten Zulassung des Verhandlungsverfahrens unter dem Stichwort "weniger Bürokratie" diskutiert. Meines Erachtens sollte an dieser Stelle vom Vorschlag der Kommission aber nicht wesentlich abgewichen werden, wir sollten vielmehr klare und strenge Voraussetzungen zur Sicherung der Transparenz und eines fairen Wettbewerbs schaffen. Im Übrigen darf an dieser Stelle auch an den Bericht des Bundesrechnungshofes vom Februar diesen Jahres kurz erinnert werden, der ja in seiner vielleicht etwas oberflächlichen, aber durchaus an manchen Stellen zutreffenden Evaluierung zum Ergebnis kommt, dass die öffentliche Ausschreibung letztlich zu den wirtschaftlichen Ergebnissen führt und wir in Deutschland – darauf können wir durchaus auch stolz sein – bekanntlich in diesem Bereich der öffentlichen Vergaben sehr stark vom Haushaltsrecht geprägt sind. Was allerdings, und darauf werden wir nachher noch zurückkommen, nicht in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union so gang und gäbe ist.

2. Strategische Vergabe

Ein zweiter Punkt, meine Damen und Herren, betrifft die strategische Vergabe und hier die Einbeziehung von vergabefremden Kriterien. Eine Berücksichtigung von sozialen oder umweltbezogenen Kriterien darf nach meiner Auffassung auch künftig nur optional zulässig sein, wie dies bereits heute unter engem Bezug zum Auftragsgegenstand möglich ist, weil ansonsten das Risiko bestünde, dass Transparenz und Wettbewerb im Vergabeverfahren umgangen werden. Eine Lockerung ist im Richtlinienvorschlag dahingehend vorgesehen, dass soziale Kriterien, beschränkt auf die wichtigen Aspekte Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern und die Integration sozial benachteiligter Personen, beim Produktionsprozess als Eignungskriterium berücksichtigt werden können. Sie können sich vorstellen, dass im Europäischen Parlament hierüber natürlich ein trefflicher Streit entbrannt ist und sehr viele neue Kriterien und deren Berechtigung in der Diskussion stehen, etwa wenn es um die Frage von Mindestlöhnen und die Einhaltung von Sozialversicherungspflichten geht, die aber im Übrigen gesetzlich eigentlich ohnehin vorgeschrieben sind. Bei den Beratungen über diesen Punkt wird es gelten, die Auftragsbezogenheit von Zuschlagskriterien nicht weiter aufzuweichen, denn nur klare und objektivierbare Kriterien lassen meiner Ansicht nach eine diskriminierungsfreie Vergabe von Aufträgen zu. Eine Öffnung könnte letztlich dazu führen, dass die Bieter nicht mehr um das Produkt oder eine Dienstleistung, sondern stärker um ihr Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit beziehungsweise ihre "Firmen-Policy" im Wettbewerb stehen. Gleichzeitig wird es aber auch gelten, ganz genau die Grenzen für eine Erweiterung beziehungsweise Einbeziehung sozialer Kriterien zu überprüfen. Hier beschränkt nicht nur das Regierungsbeschaffungsabkommen eine mögliche Ausdehnung, auch die EuGH-Rechtsprechung im bereits angedeuteten Rüffert-Urteil zur Entsenderichtlinie sowie die Richtlinie selbst

sperren bestimmte Merkmale, wie etwa die Gleichstellung der Geschlechter oder die Arbeitszeit, als Zuschlagskriterium in einem Vergabeverfahren bisher aus.

3. Differenzierung zwischen A- und B-Dienstleistungen

Der dritte Punkt, meine Damen und Herren, ist die Aufhebung der Differenzierung zwischen A- und B-Dienstleistungen. Entgegen der Position des Parlaments im letztjährigen Initiativbericht, hat die Kommission hier eine Änderung vorgeschlagen und sieht die Aufhebung der Differenzierung zwischen beiden Arten von Dienstleistungen sowie ein Sonderregime für soziale Dienstleistungen ab einem Schwellenwert von 500.000,- Euro vor. Für eine Reihe von bislang als B-Dienstleistung qualifizierte Dienstleistungen kann die Aufhebung aus meiner Sicht aber zu erheblichen praktischen Ausführungen führen, deren Notwendigkeit sich mir bisher nicht vollständig erschlossen hat. Auch wird sich die Frage der sozialen Dienstleistung stellen, beziehungsweise, ob eine getrennte Behandlung dieser und dann auch noch weiter zu definierenden Dienstleistungen gerechtfertigt und möglich ist.

4. Governance

Der vierte Punkt, der in Deutschland für erheblichen Unmut gesorgt hat, ist die Frage der "Governance", also der sogenannten praktischen Kontrolle und Durchsetzung des Vergaberechts auf der Ebene der Mitgliedsstaaten. Dieser Vorschlag ist gänzlich neu und in vielen Mitgliedsstaaten, aber auch im Parlament und unter Experten, wird die Schaffung einer zentralen nationalen Aufsichtsstelle, die verschiedene Aufgaben, wie zum Beispiel die Überwachung der Anwendung der Vergabevorschriften, aber auch die Rechtsberatung oder die Prüfung von Beschwerden im Einzelfall übernehmen soll, kontrovers diskutiert. Sicherlich kann es in Deutschland keine zentrale Schlichtungsstelle neben der Justiz geben und zusätzliche Bürokratie soll ebenfalls nicht entstehen. Es wäre meines Erachtens aber dennoch sinnvoll darüber nachzudenken, wie ein besserer Überblick über die Anwendung der Vergaberegungen in einzelnen Mitgliedsstaaten mit dem Ziel einer einheitlichen – europaweit einheitlichen – Anwendung geschaffen werden kann. Hierfür könnte als Kompromisslösung angedacht werden, die erste Säule über die Meldung von Aufträgen im Oberschwellenbereich hinsichtlich des Datenaustausches und der Genauigkeit der Daten effizienter zu gestalten. Und ich glaube an dieser Stelle nochmals darauf hinweisen zu müssen, dass nicht alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union das Vergaberecht und das Vergabeverfahren so stark im haushaltsrechtlichen Kontrollbereich angesiedelt haben und wir deswegen im Hinblick auf andere Mitgliedsstaaten und die Vergaben, die dort stattfinden – Stichwort Griechenland – dringend gehalten sind, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in ganz Europa sicherzustellen. Die zweite Säule, die nach dem jetzigen Vorschlag als sogenannter Cross-Check eingerichtet werden soll, ist meines Erachtens damit nicht mehr erforderlich, denn auf diesem Wege würde

man die umfassenden und transparenten Daten aller öffentlichen Auftraggeber in der europäischen Union verfügbar machen.

II. Richtlinienvorschlag zur Konzessionsvergabe

Meine Damen und Herren, die Vorschläge der Europäischen Kommission zu den Vergabeverfahren sind ergänzt worden um einen Vorschlag zur Konzessionsvergabe, der, wie Sie wissen, seit langem im Schrifttum, aber auch in der politischen Öffentlichkeit hoch umstritten ist. Das Europäische Parlament hatte sich 2011 in einem Initiativbericht, also in einer, eher der Prosa nahestehenden Äußerung, mit der Frage beschäftigt und verlangt, dass es nur dann bereit ist, dieser Richtlinie näher zu treten, wenn die Europäische Kommission nachweisen kann, dass es aus rechtlichen oder Marktgründen tatsächlich eine Notwendigkeit gibt, hier tätig zu werden. Nun haben wir den Vorschlag der Europäischen Kommission gesehen, wir haben ihn auch gelesen, aber das "Impact-Assessment", die Folgenabschätzung, gibt leider unter diesem Gesichtspunkt äußerst wenig an Aufklärung her und deswegen ist die Notwendigkeit einer sekundärrechtlichen Regelung der Konzessionen auf EU-Ebene, jedenfalls vor dem Hintergrund des deutschen Vergaberechts, nach wie vor unklar, zumal die bislang primärrechtlich festgelegten Grundsätze von Transparenz und Diskriminierung entsprechend der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits angewendet werden müssen.

Im Übrigen geht der Richtlinienvorschlag auch über das hinaus, was die Europäische Kommission ursprünglich eigentlich angedacht hatte, nämlich einen sogenannten "leichten Ansatz", bei dem das Konzessionsrecht, das es in vielen osteuropäischen Mitgliedsstaaten gar nicht gibt, nur ganz grundsätzlich und "leicht" geregelt werden soll. Sobald die Überarbeitung oder die Erarbeitung dieses Vorschlags dann aber fortschritt, umso mehr hat man festgestellt, dass man aus logischen Gründen die Konzessionen, wenn man sie ohnehin regelt, nicht wirklich wesentlich anders regeln kann als das öffentliche Vergaberecht. So ist eben aus diesem "leichten" Ansatz ein "voller" Ansatz geworden und das macht die Sache außerordentlich kompliziert. Die Argumentation, die jetzt allerortens stattfindet, man könne ja hier und da nachjustieren, beispielsweise könne man ja andere Schwellenwerte wählen, überzeugt nicht wirklich, weil sie die logische Natur des Vergaberechts an dieser Stelle, insbesondere auch in Abstimmung mit dem WTO-Government Procurement Agreement, infrage stellen würde. Und deswegen wird das Parlament an dieser Stelle erheblichen Nachbesserungs- und Diskussionsbedarf haben. Wir haben uns bislang kritisch zu diesem Vorschlag geäußert, haben jetzt zwei Studien in Auftrag gegeben, die zum einen die rechtliche Notwendigkeit einer Begriffsvereinheitlichung im Konzessionsrecht überprüfen soll und zum anderen, auch konkrete Zahlen zu Miss-

brauchsfällen und Korruptionsfällen nachweisen soll, damit man evaluieren kann, inwieweit eine solche rechtliche Regelung überhaupt sinnvoll und notwendig ist.

III. Vorschlag für ein Marktzugangsinstrument

Meine Damen und Herren, das dritte Instrument der Europäischen Kommission ist erst etwas später hinzugefügt worden, weil die Verhandlungen der Kommission auf internationaler Ebene im Zusammenhang mit der WTO zum GPA etwas länger gedauert haben. Nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb der Europäischen Union müssen der europäische Binnenmarkt und die wesentlichen Akteure dieses Binnenmarkts faire Wettbewerbsbedingungen und Chancengleichheit haben. Die Globalisierung, davon bin ich fest überzeugt, eröffnet gerade für uns zahlreiche Möglichkeiten für mehr Wachstum, Beschäftigung und Wettbewerbsfähigkeit, die wir noch stärker ausschöpfen können. Aber europäische Unternehmen sind laut einem aktuellen Bericht der Europäischen Kommission immer wieder mit Hindernissen in anderen Märkten konfrontiert, wenn sie Zugang zu den Märkten unserer strategischen Handelspartner erhalten wollen. Hier müssen wir mit unseren internationalen Partnern noch enger zusammenarbeiten, um bestehende Unzulänglichkeiten und Lücken in der Regelung beispielsweise beim Schutz geistigen Eigentums, bei der Standardisierung oder eben auch beim Zugang zu öffentlichen Beschaffungsmärkten abzubauen. Weil dies aber bislang nicht ganz im gegenseitigen Interesse funktioniert und das GPA, jedenfalls sein Annex, auf europäischer Ebene bislang auch nicht sekundärrechtlich kodifiziert ist, hat die Europäische Kommission im März den bereits angesprochenen Verordnungsvorschlag vorgelegt, mit dem außereuropäische Bieter unter bestimmten Umständen von öffentlichen Vergaben ausgeschlossen werden können. Eine derartige Möglichkeit bieten bereits jetzt vereinzelte Bestimmungen in der Sektoren-Richtlinie sowie in der Richtlinie über Verteidigungsgüter, von denen bislang jedoch kein Gebrauch gemacht wurde. Wichtig ist, dass aus handelspolitischer Sicht kein Signal einer protektionistischen Marktabstottung ausgesendet werden darf. Derzeit sind rund 85 Prozent des europäischen Marktes für Bieter aus den Unterzeichnerstaaten des GPA geöffnet. Der Verordnungsvorschlag legt zwar erstmals rechtlich verbindlich fest, dass die europäischen Märkte offen sind und offen bleiben. Das ist positiv. In diesem Instrument werden zwei Verfahrensarten vorgeschlagen, das sogenannte schnelle oder wie man heute sagt "Fast-Track-Verfahren", das von Beschaffungsstellen über eine Notifizierung bei der Kommission eingeleitet wird, aber zum zweiten das der Kommission ermöglichte Verfahren zur Überprüfung des Marktes und der Bietersituation bei wiederholten und schwerwiegenden Diskriminierungen in bestimmten Unterzeichnerstaaten. Jedoch dürfen die Verfahrensarten keine laufenden Verhandlungen oder die Beziehungen zu unseren wichtigsten Handelspartnern in der Welt gefährden. Ich glaube, dass das Instrument doch etwas wenig Balance hat und deswegen unbedingt nachjustiert werden muss. Trotzdem ist richtig, dass Ein-

schätzungen der Kommission zufolge von der ersten Säule des Vorschlags jährlich nur rund 35 Fälle betroffen sein würden, allerdings betreffen diese ungefähr 60 Prozent des Vergabevolumens, das in Europa ausgegeben wird. Es sind also "nur" 35 Fälle, aber diese 35 Fälle haben es in sich. Deswegen haben wir aus der Sicht der deutschen Wirtschaft hier auch ein Interesse daran, dass hier vorsichtig aber konsequent vorgegangen wird. Vor dem Hintergrund jedoch, dass es in Deutschland allein 25.000 Beschaffungsstellen gibt, in Frankreich werden schätzungsweise sogar 130.000 Stellen vermutet, und auch keine Kriterien hinsichtlich der Frage welcher Bieter ausgeschlossen werden kann, festgelegt wurden, müssen wir vorsichtig überprüfen, wie viele Befugnisse tatsächlich den Beschaffungsstellen direkt übertragen werden sollten. Diese sollten vielmehr bei der Vergabe öffentlicher Aufträge weiterhin die Möglichkeit haben, im Interesse der Steuerzahler das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen, unabhängig von der Herkunft. Schließlich müssten mögliche Sanktionen sehr gezielt eingesetzt werden. Gleichwohl würde das Verfahren, so wie es die Kommission vorgeschlagen hat, natürlich in unserem östlichen Nachbarstaat – in Polen wurde 2010 ein Teilstück einer Autobahn an chinesische Staatsbaukonzerne unter Kofinanzierung durch EU-Fördermittel vergeben – eine adäquate gesetzliche Grundlage zur Verfügung stellen, nach der ein solches Verfahren bei einem zukünftigen identischen Fall, wie beim Zuschlag für zweite Teile des Autobahnbaus an chinesische Staatsfirmen, dann angehalten werden könnte. Jedenfalls müssten mögliche Sanktionen sehr gezielt eingesetzt werden und bislang sieht der Vorschlag keine Involvierung des europäischen Parlaments oder des Rats im Sinne einer Gegenkontrolle oder einer Zustimmung vor und hier werden wir uns natürlich genau überlegen müssen, wie wir das Verfahren entsprechend verbessern können.

IV. Fazit

Ich komme zum Fazit und darf sagen, dass das Parlament die eben dargestellten Vorschläge für sehr wichtig erachtet und deswegen auch sehr sorgfältig darüber beraten wird, wie wir als Abgeordnete an den Stellen, an denen wir erheblichen Diskussions- und Verbesserungsbedarf sehen, voranschreiten können. Wir sind natürlich auch für Ihre Ratschläge und Ihre Erfahrungen dankbar. Wir werden hinsichtlich des Vorschlags zur Konzessionsvergabe oder zum Marktzugangsinstrument von Drittstaaten die Notwendigkeit dieser Maßnahmen ganz grundsätzlich, jedenfalls an einigen Stellen, überprüfen müssen. Denn wir wollen Ergebnisse erzielen, die den Binnenmarkt offenhalten und die letztlich nicht in bestimmten Teilbereichen einen Rückschritt oder eine erhebliche Verlangsamung von bestehenden Verfahren nach sich ziehen. Unser Ziel ist es, wie ich eingangs sagte, den funktionierenden und wettbewerbsfähigen Binnenmarkt für alle Beteiligten zu schaffen, auch für die öffentliche Hand und dies wird unsere Prämisse bei den Beratungen des Vergabepakets sein.

Am Ende wird es aber nicht ausschließlich auf eine gute und praxisnahe europäische Gesetzgebung ankommen, sondern auch auf die korrekte und rechtzeitige Um-

setzung der Richtlinien in den Mitgliedsstaaten. Viele Probleme aus den derzeit geltenden Richtlinien resultieren letztlich aus einer häufig falschen Anwendung oder Umsetzung der Richtlinien und Vorschriften in nationales Recht. Der kürzlich vorgestellte Bericht des ehemaligen bayrischen Ministerpräsidenten Edmund Stoiber, der heute die Expertengruppe zur Bürokratie auf EU-Ebene leitet, zieht eine ähnliche Schlussfolgerung. Am Beispiel der Umsetzung und Anwendung des EU-Vergaberechts wurde, so die Expertengruppe, besonders deutlich, dass ein großer Teil der bürokratischen Hindernisse und der damit verbundenen Kosten häufig nicht aus der europäischen Gesetzgebung selbst, sondern vielmehr aus der ineffizienten Umsetzung in die mitgliedsstaatliche rechtliche Lage resultierten. Auch Deutschland, laut dem Bericht auf Platz 9 – das sollte uns zu denken geben –, habe im Bereich des Vergaberechts, so der ehemalige bayerische Ministerpräsident Stoiber, noch durchaus Nachholbedarf.

Meine Damen und Herren, Sie sehen, dass Sie bei Ihrer Tagung hier in Fulda viel Arbeit haben, um diesen Nachholbedarf aufzuarbeiten. Ich wünsche Ihnen dabei viel Erfolg und ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Begrüßung



Gerhard Möller

Oberbürgermeister der Stadt Fulda

Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich möchte Sie als Oberbürgermeister unserer Stadt ganz herzlich begrüßen. Ich freue mich sehr, dass Sie erstmalig in Fulda tagen und ich will gerne Bewährungshilfe anbieten, dass Sie auch so gute Eindrücke gewinnen, dass Sie wiederkommen. Dazu lade ich Sie bereits jetzt herzlich ein.

Wir sind als Mittelstadt Oberzentrum, ein kleines Oberzentrum, das mit 65.000 Einwohnern sicherlich nicht den Wettbewerb mit Großstädten aufnehmen sollte, aber mit einer hohen Zentralität für etwa 350.000 bis 400.000 Einwohner hier in Osthessen und auch mit einer bedeutsamen Geschichte. Sie tagen sozusagen in einem besonderen Ambiente, das auch einen Abschnitt unserer besonderen Geschichte der Barockzeit widerspiegelt und auch prägend für unser Lebensgefühl steht. In der unmittelbaren Nachbarschaft des Doms, der an der Stelle der früheren Ratgar-Basilika das Grab des heiligen Bonifatius, des Apostels der Deutschen oder des Apostels der Europäer, beherbergt, haben wir als Stadt natürlich in dieser Tradition auch eine besondere Verpflichtung. Wir sind kulturelles Zentrum. Wir sind natürlich auch geprägt durch die Kirche, durch das Christentum. Der Bischofssitz ist in unmittelbarer Nachbarschaft, aber wir beherbergen auch den Sitz des deutschen evangelischen Kirchentages, was die wenigsten wissen, und sind also auch ökumenisch geprägt. Und natürlich ist unsere Stadt geprägt durch die lange Zeit von 40 Jahren unmittelbar an der innerdeutschen Grenze.

Ich versuche immer wieder die Geschichte Fuldas so zu fokussieren, dass wir im Wesentlichen vier Blütezeiten haben, nämlich den Beginn im Jahr 744 mit der Gründung des Klosters, der berühmten Klosterschule des frühen Mittelalters, einem Zentrum des europäischen Geisteslebens, dann die Barockzeit, weiter die Zeit, als Fulda industrialisiert wurde und Anschluss an das Deutsche Bahnnetz in 1866 erhielt, mit gro-

Ben Industrie Gründungen, und jetzt die Zeit nach dem zweiten Weltkrieg mit dem besonderen Glücksfall der Deutschen Einheit. Wir sind einwohnermäßig gewachsen, wir sind wirtschaftlich gewachsen, der Arbeitsamtsbezirk Fulda schreibt seit Jahren – zur großen Überraschung vieler – die besten Arbeitsmarktzahlen in Hessen. Das heißt, wir liegen jetzt im Bereich von 3,8/3,9 Prozent und ich glaube, das gibt etwas wieder von der Dynamik unserer Region, der Dynamik auch unserer Stadt. Wir haben in den letzten Jahren eine deutliche Hinwendung zu einem Schwerpunkt als Tagungs- und Kongressstadt. Und dazu sind Sie sozusagen auch ein lebender Beweis dafür, dass diese Möglichkeit zunehmend auch wahrgenommen und geschätzt wird.

Unsere Übernachtungszahlen haben innerhalb des letzten Jahrzehnts von Jahr zu Jahr zugenommen, wir haben jetzt knapp 500.000, die Schallgrenze haben wir nicht ganz geschafft im abgelaufenen Jahr. Es gibt viele Möglichkeiten, um Fulda schnell zu erreichen, mit dem Anschluss an das ICE-Netz in den 90er Jahren, der A 66 und der A 7. In der unmittelbaren Nachbarschaft ist ein weiteres großes Tagungs- und Kulturzentrum seit sieben Jahren in Betrieb.

Sie sind hier in einer städtischen Liegenschaft, der Orangerie. Wir sind seit vielen Jahren eine Partnerschaft mit Maritim eingegangen. Fulda hat, so wird es immer wieder kolportiert, eine der höchsten Kneipendichte in Deutschland, auf einem sehr engen Raum. Das gibt Möglichkeiten um sich auch abends noch weiter wohlfühlen.

Im Wesentlichen, denke ich, kommt es darauf an, dass wir für Sie ein gutes Ambiente bereithalten. Das Thema und Ihre sinnstiftende Tagung hier könnten ja auch nicht aktueller sein. Wenn man lange genug in der Kommunalverwaltung und in der Kommunalpolitik tätig ist, dann weiß man, dass einen Vergabefragen stündlich begleiten. Und wir haben montags unsere Magistratssitzung und wenn ich die Tagesordnungspunkte eines Jahres Revue passieren lasse, dann sind fast in jeder Sitzung Vergabeentscheidungen dabei. Gerade große Entscheidungen sind natürlich immer wieder geprägt durch europäisches Recht, durch Rechtsprechung, durch Bundesrecht oder durch Landesrecht: Wir haben hier in Hessen in der Krise ein zusätzliches großes Konjunkturprogramm, das jetzt beendet ist und wo wir jetzt die Verwendungsnachweise schreiben, abgewickelt. Allein für unsere Stadt waren das in zwei Jahren zusätzlich insgesamt 28 Millionen für gut 20 Projekte. Es galt, diese Dinge zu bewältigen, die wir aber – denke ich – gut vorangebracht haben.

Die Themenstellung, wenn ich Ihr Programm sehe, könnte ja auch nicht aktueller sein. Und so ist das, was Sie hier vorarbeiten, vordenken, kommunizieren und neu mit Impulsen versehen, sicherlich für die gesamte Vergabewelt wichtig, aber eben auch und nicht zuletzt für die kommunale Vergabewelt. Diese kommunale Vergabewelt hat natürlich immer wieder auch mit den Besonderheiten zu tun, dass das kommunale Ehrenamt gerne örtliche Unternehmungen, regionale Firmen, als Sieger sehen möchte. Wir wissen, dass die Dinge sich da hart im Raume streiten. Wir haben eine eigene Vergabestelle innerhalb des Hauses, die sich intensiv mit den neuesten Entwicklungen

befasst und sicherlich auch ein Stück davon profitiert, was Sie hier in Ihren Publikationen, aber auch in der Öffentlichkeitsarbeit wieder nach außen geben.

Ich wünsche Ihnen für diesen Tag und die Tagung hier, dass Sie wieder einen vielfältigen Austausch pflegen können. Ich wünsche vor allen Dingen, dass Sie sich hier in unserer Stadt wohlfühlen, auch hier in unserer Liegenschaft und ich lade Sie herzlich ein, nach Fulda wiederzukommen. Sollten Sie zusätzliche Wünsche, oder aber das eine oder andere an Kritik haben, lassen Sie unser Tourismus- und Kongressmanagement das einfach wissen. Wir sind natürlich immer wieder bestrebt noch besser zu werden und ich würde mich freuen, wenn ich Sie wieder begrüßen könnte und vielleicht gibt es für den einen oder anderen von Ihnen auch zwischendurch die Möglichkeit, Fulda noch einmal privat an einem Wochenende kennenzulernen.

Vielleicht noch ein Tipp: Wir haben im Rahmen unserer 1.200-jährigen Bonifatiusfeier im Jahre 2004 von jungen Menschen, die aber Profis sind, ein neues Genre für Themen entwickelt; ein Bonifatius-Musical ist dreimal hintereinander in Folge der Jahre aufgeführt worden und im letztem Jahr mit großem Erfolg das Musical "Die Päpstin". Sie können sich vorstellen, dass das vor dem Hintergrund unserer christlichen Kultur und der katholischen Prägung einen besonderen Reiz hatte. Und dieses Musical wird nach einem großen Erfolg in diesem Jahr im Juli wieder aufgeführt. Also wer besonderes Interesse hat; allein aus diesem Grund lohnt es sich schon wieder nach Fulda zu kommen. Einen guten Verlauf Ihrer Tagung und noch ein dickes Dankeschön, dass Sie Fulda zum Tagungsort ausgewählt haben.

Podiumsdiskussion: Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Dr. h.c. Siegfried Broß

Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.



Sehr verehrte Damen, sehr geehrte Herren,

es ist mir eine große Freude, dass ich heute diese Diskussion zu diesem Thema moderieren darf. Vorab gilt mein herzlicher Dank Herrn Dr. von Wietersheim und Herrn Rechtsanwalt Schabel, die mich mit sorgfältigen Materialsammlungen wieder auf den aktuellen Stand im Vergaberecht gebracht haben. Das erleichtert mir den Anschluss nach zwölf Jahren weitgehender Abwesenheit.

Das Thema hat uns schon seit etwa 1990 begleitet und war in der Vergangenheit verschiedentlich in dieser oder in vergleichbaren Fragestellungen zum Teil auch Gegenstand der Badenweiler Gespräche, so etwa im Jahre 2003, aber auch 2009 wie auch beim Ersten St. Galler Internationalen Vergaberechtsforum 2005. Die Rechtszersplitterung ist im Laufe der Jahre eher größer geworden und erstreckt sich inzwischen über das Kartellrecht, die Vergabeverordnung und die verschiedenen Vergabeordnungen bis hin zum Personenbeförderungsgesetz, dem Sozialgesetzbuch V und dann noch einer speziellen Verordnung für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, wie als Stand für den Sommer dieses Jahres zu befürchten ist.

Bevor ich unseren – Ihnen allen bestens bekannten – Experten und intimen Kennern der Materie, den Herren Dr. Kratzenberg, Dr. Opitz, Dr. Prieß und Dr. Traupel, das Wort erteile, möchte ich einige kurze Überlegungen vorausschicken. Die Rechtszersplitterung ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht unbedingt erfreulich. Es wird nicht nur in diesem Bereich übersehen, dass derlei Streben insoweit in die Irre führen kann. Rechtszersplitterung ist geeignet, die Rechtssicherheit für jeden Rechtsbereich zu gefährden. Ein rechtsstaatlicher "Mehrwert" der Rechtszersplitterung drängt sich nicht auf. Vor allem die Anbieter können bei identischen Gegenständen überfordert sein, ebenso aber die Kontrollinstanzen, weil man etwa spätestens auf der Stufe der Gerichte nicht gleichermaßen spezielle Spruchkörper schaffen kann. Des

Weiteren verhindert Rechtszersplitterung erfahrungsgemäß die Entwicklung einer "Kultur", die rechtsstaatlich unabdingbar ist, damit die Vertrautheit mit einer Materie in das allgemeine Bewusstsein dringen kann. Zudem ist die Rechtszersplitterung Hinweis auf eine "mystische Überhöhung" eines Rechtsbereichs (vergleichbar dem Patentrecht), die diesem wie im Übrigen keinem Rechtsbereich zukommt. Alle Bereiche unserer Rechtsordnung sind – abgesehen von der Verfassung – in diesem Sinne gleichwertig.

Zudem muss überlegt werden, dass die "Primärebene", die die Voraussetzungen für eine Beschaffung bildet (so z.B. das Planungsrecht), im Laufe der Zeit immer mehr vereinfacht und vereinheitlicht wurde, um die Anfälligkeit für Fehler und damit das Scheitern des Vorhabens zu verringern. Insofern vermisse ich auch die Symmetrie. Im Übrigen muss sich allen Kennern einer Rechtsmaterie zunächst immer aufdrängen, ob man eine Unübersichtlichkeit nicht mit einem die gemeinsamen Strukturen erfassenden Allgemeinen Teil beheben und dann in einem Besonderen Teil die unabdingbaren bereichsspezifischen Regelungen anhängen kann. Mein Anliegen ist es stets, nur so viele Differenzierungen wie aus Sachgründen zwingend nötig und unter rechtsstaatlichen Voraussetzungen vertretbar vorzunehmen – nicht also „Austoben“ von Liebhabereien –, aber auch nicht mehr. Allerdings wird deutlich: Man kann sich nicht mit „Liebe und Hingabe“ der Regelung der Sekundär-, also der Vergabeebene widmen, ohne strategisch und mit nüchternem Blick die Primärebene mit ins Auge zu fassen und beide Ebenen zu harmonisieren.

Damit möchte ich es bewenden lassen und bitte nun zunächst Herrn Dr. Kratzenberg um seine einführende Stellungnahme.

Podiumsdiskussion: Rechtseinheit und Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven



Statement

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

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1. Der Begriff der Rechtszersplitterung hat zu Recht einen negativen Beiklang. Denn er kann als Gegenbild zu den grundsätzlichen rechtsstaatlichen Anforderungen der Rechtssicherheit und -klarheit gelten, die ein rechtliches Normensystem gewährleisten müsste. Ohne die Einhaltung dieser Vorgaben ist es für die deutschen Vergabestellen, aber auch für die Bieter, nur schwer und kostspielig möglich, die vergaberechtlichen Rechte und Pflichten durchzusetzen bzw. sich gegen ungerechtfertigte rechtliche Angriffe zu verteidigen.
2. Was ist nun unter Rechtszersplitterung zu verstehen? Zunächst einmal die uneinheitliche Regelung eines einheitlichen, sachlich zusammenhängenden Rechtsgebiets, die im Rechtsschutz zu Unklarheiten über den Rechtsweg oder auch zu widersprüchlichen Entscheidungen führt. Hinzu kommt die fehlende sachliche Rechtfertigung für die uneinheitliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes.

Ein typisches Beispiel ist die gegenwärtige Situation des unterschiedlich geregelten vergaberechtlichen Rechtsschutzes oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte. Als (angeblich) sachliches Kriterium zur Rechtfertigung des unterschiedlichen Rechtsschutzniveaus wird hier eine dezisionistisch-willkürlich gegriffene Zahl – der Auftragswert – herangezogen. Das BVerfG hat das zwar als zulässiges Ausgestaltungsermessen des Gesetzgebers bewertet; der inzwischen zu Recht dem zuständigen Bundesministerium für Wirtschaft erteilte Gestaltungsauftrag belegt aber, dass die Legitimität dieser Bewertung höchst fraglich und ihre Überzeugungskraft sehr begrenzt ist.

In der Tat gibt es aus Skandinavien, aber auch aus Österreich, gute Beispiele dafür, wie ein einheitliches vergaberechtliches Rechtsschutzsystem gestaltet sein kann, ohne dass es zu Dysfunktionalitäten bei der Beschaffung kommt. An diesen sollte

man sich in Deutschland orientieren und dann – je mehr man sich vornimmt, desto mehr schafft man auch – sollte zügig ein Gesetzgebungsvorschlag des dazu berufenen Hauses folgen.

3. Eine Rechtszersplitterung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Rechtsschutz bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt dadurch behindert wird, dass unterschiedliche Ansprüche in unterschiedlicher Form oder verschiedenen Foren geltend gemacht werden müssen. Das positive Gegenbild ist hier das des systematisch schlüssigen Rechtsschutzkonzepts. Dieses Gegenbild leuchtet im vergaberechtlichen Rechtsschutz besonders hell, weil das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 104 ff. GWB heute in Deutschland das schnellste und billigste Rechtsschutzverfahren ist, das unserer Rechtsordnung zur Verfügung stellt.

Das bedeutet aber nicht, dass es nicht auch hier Probleme bei der Rechtsanwendung gibt:

- die höchst unterschiedliche Qualität der Vergabekammern,
- die neuerdings sich abzeichnende Tendenz zur (widerrechtlichen) Beschränkung und Versagung der Akteneinsicht,
- die häufig nur unzureichende Aufklärung des Sachverhalts auch bei fehlender Sachkompetenz der Vergabekammern etwa im IT-Bereich – dennoch werden kaum Sachverständige herangezogen,
- etc. etc.

Dessen ungeachtet ist der große Erfolg des Nachprüfungsverfahrens – es stellt den schnellen Schutz von unionsrechtlich verbürgten Rechten sicher, ohne Investitionshindernisse zu errichten – ein gewichtiges rechtstatsächliches Argument dafür, dieses Verfahren des Rechtsschutzes auch auf andere Bereiche auszudehnen, in denen es in derselben Weise um wettbewerbliche Verfahren der Beschaffung oder Verteilung geht. Die Zahlen sprechen ebenfalls dafür: Die jüngste Statistik zeigt einen Rückgang der Zahl der Nachprüfungsverfahren, bei den Vergabekammern auf unter 1000 neue Verfahren/Jahr. Das ist für eine Volkswirtschaft von der Größe Deutschlands und die Höhe der hierzulande aufgewendeten Mittel zur Beschaffung kein zu hoher Preis für einen Rechtsschutz; wer etwa die Verhältnisse in England kennt, für den stellt sich unsere GWB-Regelung als geradezu paradiesisch dar – vorausgesetzt man nimmt das Diktum des EuGH ernst, dass der vergaberechtliche Rechtsschutz die Funktion hat, die Bieter vor der Willkür der Auftraggeber zu schützen.

Es gibt löblicherweise eine Reihe von Beispielen, wie in der Vergangenheit schon in Deutschland die beklagenswerte Rechtszersplitterung im Vergaberechtsschutz in Teilen bereinigt worden ist:

- durch gesetzgeberisches Handeln: Im Bereich der sozialrechtlichen Vergaben ist die (horribile dictu) Zuweisung an die Sozialgerichte inzwischen zurecht beendet worden; diese Materie ist so weit von wettbewerblichen Strukturen und wettbewerblichem Denken entfernt und so staatsgläubig, dass hier die Revision der rechtspolitischen Fehlentscheidung nicht nur zur Bereinigung der Rechtszersplitterung notwendig, ja unabdingbar war;
- durch die Gerichte: Im Bereich der SPNV-Vergaben haben das OLG Düsseldorf und der BGH die Frage, wer hier zuständig ist, ebenfalls zugunsten der Nachprüfungsinstanzen entschieden.

Es zeigt sich also sowohl in der Gesetzgebung wie in der Judikatur eine richtige Tendenz. Sachlich bleibt es aber eine Abwägungsfrage, die stets erneut zu stellen ist: Bei der Verteidigungsvergabe, bei Dienstleistungskonzessionen, etc. etc. – hier spricht m.E. viel mehr für eine Harmonisierung, d.h. Ausdehnung der Nachprüfung, als für das Verharren im status quo-Denken.

4. Wie sollte nun eine systematisch schlüssige Rechtsschutzkonzeption (idealiter) aussehen ?

- a) Sachlich müsste das Nachprüfungsverfahren m.E. fraglos bei allen „Vergaben“, d.h. beim Einkauf von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen eröffnet sein. Deshalb ist es evident, dass z.B.
- für die Vergaben im Unterschwellenbereich das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 104 ff. GWB eröffnet sein müsste; und um allfälligen Einwänden gleich zuvor zu kommen: Was den sachlichen Maßstab der Prüfung betrifft, so ließe sich unschwer denken, sich hier etwa an der Regelung des Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 zu orientieren;
 - dasselbe gilt auch für die Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben und
 - für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

Fraglich sind dagegen andere Fälle, für die die Vergleichbarkeit mit der Beschaffungssituation weniger auf der Hand liegt. Das gilt etwa für die Verteilung knapper Güter und Privatisierungen. Hier zwingt schon das Beihilferecht, also das EU-Primärrecht, zu einem wettbewerblichen nicht-diskriminierenden Verfahren, das von den Grundanforderungen denen an primärrechtliche Verfahren gemäß den Grundfreiheiten entspricht. Diese weitgehende Übereinstimmung und die normalerweise ebenfalls gegebene Wettbewerbssituation sprechen überzeugend dafür, beim Rechtsschutz ebenfalls das Nachprüfungsverfahren zu eröffnen.

Das setzt allerdings voraus, in den Mittelpunkt des Rechtsschutzinteresses die allgemeine Verfahrensgewährleistung zu rücken. Bislang ist der Nachprüfungsrechtsschutz zu sehr dem Einkaufs-/Verkaufsdanken verhaftet, das eine

inhärente Begrenzung dieses Rechtsschutzes zu rechtfertigen scheint. Von diesem Denken müsste und sollte man sich trennen.

b) Rechtlich ist es unabdingbar, dass dem Nachprüfungsverfahren eine gewisse Konzentrationswirkung zuerkannt wird. Nicht die Bequemlichkeit mancher Vergabekammern und Vergabesenate und der Unwille, sich mit Vorschriften jenseits von GWB, VOB/A, VOL/A oder VOF zu befassen, darf das Maß des Rechtsschutzes bestimmen. Denn es liegt m.E. auf der Hand, dass in diesem Zusammenhang alle den Wettbewerb bestimmenden und betreffenden Anspruchsgrundlagen beurteilt werden müssen. Dazu gehören

- kartellrechtliche Ansprüche,
- beihilferechtliche Ansprüche,
- UWG-Ansprüche im Verhältnis zwischen Bietern,
- AGB-Regelungen betreffend die Leistungsbeschreibung,
- nach m.E. zutreffender Entscheidung des OLG Düsseldorf auch patentrechtliche Ansprüche.

Dazu gehören allerdings nicht Schadensersatzansprüche, die m.E. bei den ordentlichen Gerichten verbleiben sollten.

5. Zusammenfassend bleibt als Desiderat zur Beseitigung einer unnötigen Rechtzersplitterung des Rechtsschutzes der Ausbau der Regelungen zu einem Rechtsschutz, der

- alle staatliche Beschaffung und Verteilung und
- die Verfahrensgewährleistung in diesen Konstellationen generell absichert und
- zugleich eine Konzentrationswirkung für alle Anspruchsgrundlagen entfaltet, die den verfahrensrechtlich strukturierten Wettbewerb betreffen oder damit im Zusammenhang stehen.

Podiumsdiskussion: Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven

Statement



Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Ich will einleitend ein paar Worte zu der selbstverständlich plakativen Überschrift „Rechtszersplitterung oder Rechtsvereinheitlichung“ sagen. Niemand ist natürlich für eine Zersplitterung oder würde die These unterstützen, dass diese irgendetwas Gutes an sich hätte. Es stellt sich aber die Frage, was Vereinheitlichung in diesem Zusammenhang bedeutet. Ich bin in der glücklichen Lage, schon einige Jahre die vergaberechtspolitische Diskussion verfolgen zu können und finde es daher interessant, dass heute keiner meiner Vorredner gesagt hat, wir hätten in Deutschland verfassungswidrige, europarechtswidrige oder sonst rechtswidrige Zustände. Das ist nicht selbstverständlich. Es ist also viel Grundsätzliches geklärt und wir haben in Deutschland im Großen und Ganzen ein funktionierendes Vergaberechtssystem, das sogar in vielen Punkten in Europa vorbildlich ist. Nicht umsonst kommt auch der europäische Normgeber immer wieder auf die Idee, Regeln aus der VOB oder dem GWB abzuschreiben und so finden durchaus benachbarte Mitgliedsstaaten an diesen Regelungen viel Gefallen.

Dies vorausgeschickt, ist dann konsequenterweise die Luft schon ziemlich raus für eine radikale Reform des deutschen Vergaberechts. Nach meiner Meinung ist es für die Praxis viel wichtiger, dass immer dann, wenn Regelungen überarbeitet werden, der Gedanke der Vereinheitlichung auch Schritt für Schritt konkret nach vorne gebracht wird. Und da kann ich durchaus vielem zustimmen, was hier gesagt wurde.

Wie nicht anders zu erwarten, würde ich nicht allen Wunschlisten meiner Vorredner beitreten. Aber es ist schon an vielen Punkten etwas dran. Ich bin aus langjähriger Erfahrung heraus der Überzeugung, dass eine Entwicklung in kleinen Schritten besser und unter dem Strich auch effektiver ist als die oft nebulös wirkende Sehnsucht nach

einem großen Wurf. Ich habe in einem Zeitraum von etwa 10 Jahren in keinem Rechtsbereich eine erfolgreiche Strukturreform in Deutschland erlebt. Man kann über diese Aussage sicherlich munter diskutieren, aber ich bin gespannt auf die Gegenbeispiele. Strukturreformen ohne einen wirklich zwingenden Anlass sind nach meiner Meinung in einem vielschichtigen, demokratisch-pluralistischem System einfach schlicht nicht mehr möglich. Für die Praxis ist, um einen Altbundeskanzler zu zitieren, entscheidend, was bei gut gemeinten Struktur-Vereinfachungsreformen und Ähnlichem mehr hinten herauskommt. Solche Vorhaben sind ja in den letzten Jahren einige unter dem Titel Vereinfachung gelaufen und haben selten umfassend das Ziel erreicht, das in der Überschrift stand. Deswegen kommt es entscheidend auf viele kleine Schritte und die Konsequenzen für die Praxis an. Dies ist die Verantwortung der Leute, die am Vergaberecht drehen – in die eine oder andere Richtung.

Wer ist das? Da muss ich leider ein bisschen mit Sorgen zur europäischen Ebene schauen. Dort findet Zersplitterung par excellence statt, weil vergaberechtliche Vorschriften nicht einmal mehr von dem für das Vergaberecht federführend zuständigen Kommissar, sondern zunehmend aus allen möglichen Ecken der Kommission kommen. Natürlich kann zumindest teilweise auch dort das Schlimmste verhindert werden, im Rahmen von Abstimmungen unter den Kommissaren beispielsweise. Aber wenn man sich das einmal näher ansieht: Beschaffung sauberer Fahrzeuge, Ökodesign-Richtlinie, Gebäuderichtlinie, Energieeffizienz-Richtlinie; überall steht Vergaberecht drin mit zum Teil sehr weitgehenden und eben auch bindenden Vorgaben, die eine einheitliche Umsetzung aus einem Guss fast schon unmöglich machen. Das ist äußerst schwierig auch für die Mitgliedsstaaten. Die nationale Ebene, also den Bund, den würde ich jetzt eigentlich gar nicht im Vordergrund sehen im Moment.

Wo ist denn in letzter Zeit am meisten Zersplitterung erfolgt? Es gibt gute Beispiele, es gibt schlechte Beispiele. Ich halte es aber für diskussionswürdig, ob mit den Reformen der VOB/A und VOL/A die Zersplitterung viel weiter gegangen ist oder nicht. Die Meinungen hierzu gehen durchaus auseinander. Es sind da viele Sachen vereinheitlicht worden und der Prozess dauert auch an. Man kann also eher darüber reden, ob das nicht alles zu lang dauert, wofür ich schon eher den einen oder anderen Ansatzpunkt sehe. Ich glaube natürlich, dass man, wenn man die Chance hätte, ein Vergaberecht aus einem Guss neu zu gestalten, man sich manches anders vorstellen könnte. Ich sage aber noch einmal, dass es keinen Sinn macht, der Praxis immer wieder schöne Regenbogen an den Himmel zu malen, wie denn Vergaberecht aus einem Guss aussehen könnte und dann zu vernachlässigen, welche Grenzen bei den Rahmenbedingungen bestehen. Dies ist vor allem der Föderalismus und ich sehe auch nicht, dass es hier in absehbarer Zeit grundlegende Veränderungen der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern zum Thema Vergaberecht oder Haushaltsrecht oder anderen Themen geben wird.

Und jetzt ein kleiner Schwenk zum Rechtsschutz unterhalb der Schwelle: Das ist sicherlich noch nicht entschieden. Ich rede auch hier für mich und nicht für die Bun-

desregierung, sage aber ganz klar, dass ich es schon aus verfassungsrechtlichen Gründen für nicht möglich halte, eine Ausdehnung des Primärrechtsschutzes durch den Bund vorzunehmen. Der Bund kann für seine Beschaffungen Regelungen treffen, aber nicht für die der Länder und Kommunen.

Also spätestens seit der ersten Verfassungsreform, bei der man beim Art. 72 GG regelrecht umgeschaltet hat, reicht nicht einmal ein Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regel aus, sondern es muss gerade eine besondere Erforderlichkeit nachgewiesen sein. Mit vielen entsprechenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu anderen Bereichen ist dies im Bereich des Vergaberechts kaum machbar. Wer sich näher dafür interessiert, dem sei die Lektüre des Aufsatzes von Professor Burgi anempfohlen, in der Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 1217, wo das noch einmal ganz übersichtlich zusammengefasst wird. Also sollte man sich machbare Sachen vornehmen; alles andere nützt der Praxis recht wenig. Nicht zuletzt sind hier ja auch viele Sachen in die Richtung gegangen, um einen Konsens zu finden, so etwa bei der Musterbauordnung. Also das sind eigentlich die Vereinheitlichungsmöglichkeiten über die vernünftigerweise hier geredet werden muss.

Zum Thema VOB/A – VOL/A möchte ich jetzt, sicher nicht ganz verwunderlich, doch ein, zwei Sätze sagen und nur einen Gesichtspunkt ansprechen, der mir hierbei regelmäßig ein bisschen zu kurz kommt. Wenn ich beim Deutschen Bautechniktag bin, einer riesigen Veranstaltung mit regelmäßig an die 1.200 Teilnehmern, so beschäftigen sich auch diese mit Vergaberecht, nämlich mit der Vergabe von Bauaufträgen. Dann wird dort fast ausschließlich über die VOB/C diskutiert. Die Teilnehmer dort haben – erlauben Sie mir die Übertreibung – wenig Kenntnisse von den zivilrechtlichen Fragen, ein bisschen von der VOB/B, und so gut wie keine Kenntnisse zum Vergaberecht und wettbewerbsrechtlichen Fragen. Die VOB/C steht für diese Kreise absolut im Vordergrund und auf dieser Grundlage wird entschieden, wie ausgeschrieben wird, wie letztlich eingekauft wird. Wenn ich demnächst zum Baugerichtstag nach Hamm fahre, dann wird fast ausschließlich über die VOB/B oder entsprechendes BGB-Zivilrecht diskutiert. Dort wiederum ist – auch dies mit Übertreibung – die VOB/C nur ungenügend bekannt, obwohl sie Vertragsinhalt ist. Mittlerweile hat der siebte Senat des BGH das in Ansätzen erkannt, aber darunter sieht es da noch längst nicht so aus. Der Zusammenhang mit dem wettbewerblichen Vergaberecht, der ist auch dort eher unterbelichtet. Und wenn ich hier bin, mit Verlaub, dann ist es so, dass wir uns fast ausschließlich über wettbewerbsrechtliche Fragen unterhalten, über das was in der VOB/A steht und entsprechend natürlich in VOL/A und dem GWB.

Warum ist das so misslich? Weil seit 1926 die VOB eine Einheit ist, weil die Teile in der VOB aus gutem Grund auf einander verweisen und hier bauspezifische Fragen eine Rolle spielen, die bei der Ausschreibung einer Lieferleistung oder einer Dienstleistung niemals in dieser Komplexität, mit diesen technischen Verwurzelungen anzutreffen

sind. Und deswegen ist mein Plädoyer nach wie vor, in diesem Bereich auch an der VOB als Gesamtheit mit allen ihren Teilen festzuhalten.

Zumindest müsste jede neue einheitliche Lösung sich daran messen lassen, dass hier keine Brüche entstehen zu den zivilrechtlichen Fragen und auch zu den technischen Fragen, das was – verkürzt – in den ATV und der VOB/C beschrieben ist.

Letztlich kommt es entscheidend auf die von Ihnen, Herr Broß, ganz am Anfang genannte Vertrautheit mit der Materie an, das sollte man wirklich nicht unterschätzen. Auch Herr Opitz hat gesagt, dass auch die Deutsche Bahn AG mit durchaus vorhandenen juristischen Kapazitäten letztlich auf praxistaugliche Lösungen angewiesen ist. Und das sind nicht die, welche wir hier oder wer auch immer einmal zu Papier bringen, sondern das sind Lösungen, die in vielen Schulungsveranstaltungen und auch mit viel Zeit bis an die Basis durchdringen. Und das ist eben ein sehr hohes Gut, mit dem man auch nicht zu leichtsinnig umgehen sollte.

Dem Wunschkatalog von Herrn Prieß kann ich mich nicht anschließen. Ich bin nicht der Meinung, dass das Vergabe-Nachprüfungsrecht sich jetzt so sehr bewährt hat, wie es dargestellt wurde – als der billigste und schnellste Rechtsschutz der Welt. Ich verweise dabei gerne auf ein praktisches Beispiel, das viele kennen. Wer in Berlin von Westen in den Hauptbahnhof einfährt, der schaut nach rechts auf die Baustelle Moabit-Werder, wo hoffentlich bald ein Bundesinnenministerium entstehen soll. Dort war es so, dass ein Bieter unter anderem deswegen ausgeschlossen wurde, weil im entsprechenden Formblatt bei den Umsätzen der letzten drei Jahre für das letzte Jahr eine Null eingetragen war und dass er auch nach Nachfrage beim Gewerbeaufsichtsamt, tatsächlich nur zwei Jahre Umsätze gemacht hatte. Daraufhin wurde er ausgeschlossen. In der ersten Nachprüfungsinstanz wurde diese Argumentation nicht geteilt, sondern die Vergabekammer hat gesagt, eine „Null“ sei auch eine Eintragung. Der Auftraggeber müsse erst einmal weiter aufklären, was dahinter steht. Zum Glück hat dann die zweite Instanz beim Oberlandesgericht – im Rheinland weiß jeder, dreimal Null ist Null ist Null – entschieden, dass der Bieter nicht die erforderliche Erfahrung und Eignung nachgewiesen hat.

Was bedeutet das jetzt, dieser billige, schnelle Rechtsschutz? Wir haben einen Stillstand der Baustelle gehabt von Januar bis November letzten Jahres. Bis jetzt sind Kosten von ca. 1,6 Millionen Euro für den Steuerzahler aufgelaufen. Wie die sich weiter entwickeln, zumal jede zeitliche Verschiebung nun einmal additiv wirkt bei längeren Bauvorhaben, ist hier auch jedem klar. Es ist letztlich eine rechtspolitische Frage, keine rechtliche Frage, über die wir hier sprechen. Das muss man sich jedenfalls sehr gut unter dem Gesichtspunkt der Investitionssicherheit überlegen. Letztes Wort, Österreich „tu felix austria“ wird ja auch immer wieder angesprochen. Natürlich, das muss man anerkennen, muss der Anwender in Österreich nicht verschiedene Bücher verwenden, sondern nur eins. Ob das wirklich der Vertrautheit mit der Materie oder der Rechtssicherheit so viel dient, weiß ich nicht. Das österreichische Vergabegesetz hat 351 Paragraphen, mehr als fast das gesamte Vergaberecht in Deutschland zusam-

men, wenn ich alle Kaskaden und Vorschriften zusammenzähle, sowie 19 Anlagen. In den 19 Anlagen wird auf die Ö-Normen verwiesen, es gibt selbstverständlich ein burgenländisches Vergabenaufprüfungsrecht, ein Vorarlbergisches etc. Jedes Bundesland hat entsprechende eigene Gesetze. Und im Hinblick darauf, dass wir auch Wettbewerb schaffen wollen, ist noch etwas anzumerken: Österreich erlaubt in § 41 Bundesvergabe-gesetz bei Auftragswerten bis zu 50.000,- Euro Direktvergabe, mit relativ wenig Begründung; das kann mir aus Auftraggebersicht prima Vista gefallen. Nach einem gewissen Nachdenken und auch eingedenk des letzten Rechnungshofsberichts zu dem Konjunkturprogramm II bin ich eigentlich sehr zögerlich, ob das nun wirklich so sinnvoll ist. Aber das ist die österreichische Regelung und da frage ich mich, ob denn nicht auch hier ein einheitlicher Lebenssachverhalt zerschnitten wird, auf der Schwelle zwischen 49.000,- und 50.000,- Euro. Wo ist denn da im Kern dann wirklich der große Fortschritt?

Podiumsdiskussion: Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven



Statement

Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz

Deutsche Bahn AG

I. Ausgangspunkt

1. Das Thema „Rechtseinheit und Rechtszersplitterung“ ist ein „Dauerbrenner“ im Vergaberecht. Es war seit dem Jahr 2003 schon mehrfach Gegenstand der Badenweiler Gespräche des forum vergabe. Im Blickpunkt stand dabei in erster Linie die Systemfrage, d.h. die Frage nach der Regelungsstruktur des Vergaberechts des Bundes (dazu unter II.) Rechtszersplitterung hat im Vergaberecht aber weitere Ursachen, nämlich eine zunehmende Zahl additiver Landesvergabegesetze (dazu III.) und eine nach wie vor große Divergenz der Rechtsprechung der Vergabesenate (dazu IV.).
2. Die Deutsche Bahn AG und ihre Tochtergesellschaften sind als Rechtsanwender auf Bieterseite und auf Auftraggeberseite auf ein transparentes und möglichst leicht handhabbares Vergaberecht angewiesen. Die Deutsche Bahn AG vergibt jährlich Aufträge im Wert von rund 8-9 Mrd. Euro¹ und sie muss auch jährlich Investitionen in dieser Größenordnung tätigen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Verantwortlich für die Auftragsvergabe ist ein zentraler Konzerneinkauf mit rund 800 Mitarbeitern. Das sind zum Teil Techniker oder Ingenieure, überwiegend aber Kaufleute, d.h. Mitarbeiter ohne juristische Ausbildung oder gar Spezialausbildung. Dabei sollte es aus Sicht der Deutsche Bahn AG auch bleiben.

¹ Ohne Nachunternehmeraufträge im Güterverkehr und in der Kontraktlogistik

3. Ein effizientes Beschaffungsmanagement mit standardisierten Prozessen verlangt nach einem Vergaberecht mit
 - einer übersichtlichen Regelungsstruktur,
 - verständlichen Inhalten und
 - einheitlichen Vorschriften, wo Unterschiede nicht sachlich gerechtfertigt sind.Ein zersplittertes, komplexes und unverständliches Vergaberecht erhöht
 - die Fehleranfälligkeit und Unsicherheit,
 - den Verwaltungs- und Zeitaufwand von Beschaffungsprozessen und führt zur
 - Ignoranz gegenüber dem Recht.

II. Regelungsstruktur des Bundesrechts als Ursache für Rechtszersplitterung

4. Für die Rechtszersplitterung im Vergaberecht und damit einhergehende Adressatenfeindlichkeit werden meist zwei Regelungsprinzipien des Vergaberechts verantwortlich gemacht, nämlich das Kaskadenprinzip und das Schubladenprinzip. Es ist ein Verdienst der Vergaberechtsreform von 2009, dass die Regeln für die Auftragsvergabe in den Sektoren nunmehr – einheitlich für alle Arten von Aufträgen und einheitlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge – in einer einzigen Verfahrensordnung, der SektVO, zusammengefasst sind.

Im Bereich der Sektoren kann daher nicht mehr von einer Kaskade gesprochen werden. Und statt der vier Schubladen mit insgesamt 130 Vorschriften, in denen das Sektorenvergaberecht in den 3. und 4. Abschnitten der VOB/A und der VOL/A bis zum Jahre 2009 mit zahlreichen Unstimmigkeiten geregelt war, gibt es jetzt mit der SektVO nur noch eine „aufgeräumte“ Schublade mit 35 Vorschriften.

Für den Einkauf durch die Deutsche Bahn AG hat sich dadurch die Handhabbarkeit des Vergaberechts wesentlich erhöht, wenngleich nicht unerwähnt bleiben sollte, dass die Bahn im Unterschwellenbereich aufgrund von förderrechtlichen Vorgaben in nicht unerheblichem Umfang nach wie vor auch die 1. Abschnitte der VOB/A und der VOL/A anwendet.

5. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Modell der SektVO nicht Vorbild sein kann für das untergesetzliche Vergaberecht außerhalb der Sektoren. Die Antwort ist, sie kann Vorbild sein, sie muss es aber nicht sein. Die SektVO kann Vorbild sein, um nach wie vor bestehende Defizite in der Praktikabilität des Kaskaden- und Schubladensystems zu beseitigen. Sie muss aber kein Vorbild sein, weil eine weitere Rechtsangleichung grundsätzlich auch im bestehenden System möglich ist. Auch bestehen nach meinem Dafürhalten keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit des „bestehenden Systems“.

6. Weitere Schritte der Rechtsangleichung werden mit der VOB/A 2012 erfolgen. Die Vergaberechtsreform 2009 hatte die Strukturunterschiede von VOL/A und VOB/A zunächst vergrößert. Denn mit der VOL/A 2009 wurde das im Jahre 1990 eingeführte Konzept verworfen, die bestehenden Basisparagrafen lediglich punktuell durch europäisches Umsetzungsrecht in Form der a-Paragrafen zu ergänzen. Die VOB/A 2009 hielt an diesem Konzept jedoch fest. Jetzt – und man darf vielleicht sagen: „erst jetzt“ – hat sich auch der DVA dazu entschlossen, in der VOB/A 2012 den zweiten Abschnitt der VOB/A als in sich geschlossenen Regelkreis für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte auszugestalten. Auch einige redaktionelle Verbesserungen sind mit der VOB/A 2012 zu erwarten, z.B. eine begriffliche Anpassung der Verfahrensarten und der Mittelstandsklausel an die Terminologie des GWB.
7. Ich glaube allerdings, dass das Vereinfachungspotential noch nicht ausgeschöpft ist. Inhomogenität zwischen den Vergabe- und Vertragsordnungen und dem GWB besteht z.B. fort im Hinblick auf elektronische Auktionen. Diese sind als Verfahrensart in § 101 Abs. 6 GWB definiert und – wie sich aus den Materialien des VergRModG ergibt – auch zugelassen, aber in den Vergabe- und Vertragsordnungen nicht ausgeformt.

Vor allem besteht noch keine hinreichende Abstimmung zwischen den Vergabe- und Vertragsordnungen untereinander. Es ist kaum ersichtlich, warum die Angebotsfrist von 52 Tagen im offenen Verfahren nach der VOL/A am Tag der Absendung der Vergabebekanntmachung beginnt, nach der VOB/A aber am Tag nach der Absendung der Bekanntmachung. Und bei der Frage der Nachforderung fehlender Erklärungen ist es sogar so, dass in sechs Verfahrensordnungen vier unterschiedliche Regelungen geschaffen wurden.

8. Schließlich droht zusätzliche Komplexität mit der Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG. Wir werden nach der Umsetzung dieser Richtlinie voraussichtlich wieder acht Verfahrensordnungen im Vergaberecht haben.² Die neue VSVgV soll nur das Verfahren der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Liefer- und Dienstleistungen regeln. Für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Bauaufträge ist ein neuer 3. Abschnitt der VOB/A entwickelt worden. Dessen Verfahrensregeln sollen zum Teil aber noch durch die VSVgV ergänzt werden. Es wird so ein „Hybridmodell“ entstehen, das dem Schubladenprinzip nicht mehr treu bleibt.

² Drei Abschnitte der VOB/A, zwei Abschnitte der VOL/A, die VOF, die SektVO und die VSVgV.

III. Landesgesetze als Ursache für Rechtszersplitterung im Vergaberecht

9. Der Verzicht auf additive gesetzliche Vergaberegelungen der Länder wird als politische Forderung immer wieder erhoben.³ Der Regelungsumfang und die Regelungsintensität der jüngsten Welle neuer Landesvergabegesetze, für die pars pro toto das Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.01.2012 steht, lassen die Frage der politischen Opportunität aber unter neuem Licht erscheinen und haben meines Erachtens auch eine rechtliche Dimension. Sie werfen nämlich die Frage der Länderkompetenz auf.
10. Anlass zu Bedenken geben nicht die Tariftreuregelungen der Länder. Denn insofern – das dürfte nach der Entscheidung des BVerfG zum Berliner Tariftreuegesetz klar sein – hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht abschließend Gebrauch gemacht und mit § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB ausdrücklich eine Öffnungsklausel zu Gunsten der Länder vorgesehen. Da die Tarifvertragslandschaft länderspezifisch ist, ist ein Tätigwerden der Landesgesetzgeber auch politisch nachvollziehbar.
11. Thematisch gehen die Landesvergabegesetze jedoch über die Festlegung „andere(r) oder weitergehende(r)“ Kriterien für die Eignungsprüfung oder die Auftragsausführung hinaus und regeln – und zwar auch für den Oberschwellenbereich – zum Beispiel
 - allgemeine Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge,
 - zusätzliche Bekanntmachungspflichten in nationalen Vergabeportalen,
 - Fragen des Nachunternehmereinsatzes, einschließlich der Benennung von Nachunternehmern und der Bevorzugung von KMU beim Nachunternehmer-einsatz,
 - die Forderung und den Umgang mit Eignungsnachweisen, einschließlich des Ausschlusses von Angeboten bei fehlenden oder falschen Erklärungen,
 - Konkretisierungen der „nachweislich schweren Verfehlung“,
 - die Überprüfung unangemessen niedriger Angebote,
 - Fragen der wirtschaftlichen Bewertung der Angebote, z.B. die zwingende Berücksichtigung von Kriterien des Umweltschutzes bei der Angebotswertung oder Bevorzugtenregelungen.

Damit besteht vielfach eine Parallelität von Bundes- und Landesrecht.

³ Vgl. z.B. Begr. RegE VergRModG, BT-Drs. 16/10117, S. 2

12. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Bund und Länder sind grundsätzlich nur alternativ, nicht parallel zur Gesetzgebung zuständig.

Von der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Vergaberechts hat der Bundesgesetzgeber für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte umfassend Gebrauch gemacht. Es ist hier nicht so, dass der Gesetzgeber nur auf Teilfragen des Vergaberechts eine ausdrückliche Antwort gibt. Damit ist für „konkretisierendes“ ja selbst inhaltsgleiches Verfahrensrecht der Länder kein Raum mehr.

Ein Ausüben der Bundeszuständigkeit liegt meines Erachtens auch darin, dass der Bundesgesetzgeber den Auftraggebern einen Spielraum für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens – z.B. in Form der Bewerbungsbedingungen – überlässt oder er ihnen ein Ermessen oder einen Beurteilungsspielraum bei Entscheidungen im Vergabeverfahren einräumt.

IV. Divergierende Rechtsprechung der Obergerichte als Ursache für Rechtszersplitterung im Vergaberecht

13. Eine weitere Ursache für Rechtszersplitterung im Vergaberecht liegt in der divergierenden Rechtsprechung der Vergabesenate. Solche Divergenzen sollte es eigentlich gar nicht geben oder zumindest nicht in größerem Ausmaß, denn nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Divergenzvorlage zum Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Vergabesachen gewährleisten.⁴
14. Tatsächlich machen die Vergabesenate von der Vorlageverpflichtung aber nur „sehr zurückhaltend Gebrauch.“⁵ Das liegt vor allem an den Einschränkungen der Vorlagepflicht, die sich zum Teil aus § 124 Abs. 2 Satz 4 GWB ergeben oder aber unter Reduktion des Wortlauts von § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB entwickelt wurden.
15. Nach der vom forum vergabe veröffentlichten Statistik gab es von 1999 bis Ende 2011 insgesamt 34 Divergenzvorlagen bei insgesamt 2833 sofortigen Beschwerden. Das entspricht einer Quote von 1,2 %. Im Vergleich zu anderen Gerichtsbarkeiten ist das sehr gering. Nimmt man etwa die Arbeitsgerichtsbarkeit, die vergleichsweise rechtsschutzfreundlich ist, so liegt dort das Verhältnis zwischen den Eingängen bei den Landesarbeitsgerichten und den Eingängen beim Bundesarbeitsgericht⁶ etwa 3 bis 4-mal so hoch wie die genannte Quote der Divergenzvorlagen im Vergaberecht.

⁴ Begr. RegE VgRÄndG, BT-Drs. 13/9340, S. 22

⁵ So schon Bericht der Bundesregierung zum VgRÄndG vom 29.10.2003, BR-Drs. 851/03 bei II.1

⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.8.

16. Es ist zu überlegen, ob de lege ferenda nicht auch im Vergaberecht ein echtes Revisionsrecht geschaffen werden sollte,
- bei dem neben der Divergenz weitere Revisionsgründe bestehen,
 - bei dem der BGH an die Zulassung der Revision durch das Beschwerdegericht gebunden ist und
 - bei dem es die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde gibt.

Die §§ 72, 72a ArbGG könnten als Vorbild dienen.

Podiumsdiskussion: Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven



Statement

Leitender Ministerialrat Dr. Tobias Traupel

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen

Das Vergaberecht ist ursprünglich ein Instrument zur Rechtsvereinheitlichung. Es war Haushaltsrecht. Der Vorwurf gegen den Föderalismus, er trage zur Rechtszersplitterung bei, trägt insoweit nicht. Der Föderalismus hat bewiesen, dass er für die Wirtschaftsteilnehmer verlässliche und einheitliche Regelungen schaffen kann. Dafür sorgen das Haushaltsgrundsätzegesetz und die – bundeseinheitlichen – Vergabeordnungen.

Warum entsteht dann der Eindruck, das Vergaberecht sei kompliziert und unübersichtlich? Und ist dieser Eindruck berechtigt? Es ist das Europarecht, dass das Vergaberecht verkompliziert und es sind die Länder, die zunehmend eigenständige Regelungen treffen. Warum tun „wir“ Länder das? Wir gleichen mit dem Vergaberecht Defizite aus, die sich aus mangelnder Aktivität des Bundes ergeben: Weil der Bund keinen gesetzlichen Mindestlohn regelt und damit nichts gegen Lohndumping unternimmt, müssen die Länder handeln. Das können wir nur für unseren Hoheitsbereich regeln und da das Thema politisch umstritten ist, gibt es unterschiedliche landespolitische Lösungsansätze. Wir müssen uns der Tatsache stellen, dass das öffentliche Beschaffungswesen auf Grund seines erheblichen Anteils am Bruttoinlandsprodukt Vorbildcharakter hat. Das sieht auch die Europäische Kommission so. Wer diesem Trend entgegentritt und daran festhält, dass es bei Beschaffungen „nur“ um das vordergründig „wirtschaftlichste“ Angebot geht, führt politische Rückzugsgefechte. Ein Vergaberecht, das unterhalb der EU-Schwellenwerte den Wirtschaftlichkeitsbezug überbetont, trägt zur Rechtszersplitterung bei, weil es mit dem Oberschwellenrecht nicht mehr kompatibel ist.

Im Interesse der Rechtsanwender ist es aber sinnvoll, das materielle Vergaberecht unterhalb und oberhalb der EU-Schwellenwerte weitgehend zu vereinheitlichen. Wir brauchen eine konzertierte Aktion, die die Erfordernisse einer energieeffizienten, innovativen, nachhaltigen, sozialverträglichen und umweltfreundlichen Beschaffung in die Vergabeordnungen integriert. Dann ist das Vergaberecht wieder einheitlich und wir können uns darauf konzentrieren, die verfahrensrechtlichen Überregulierungen auf europäischer Ebene soweit zu reduzieren, dass der Beschaffungsbedarf zügig und mit geringen Transaktionskosten erfüllt werden kann.

Einige letzte Bemerkungen an dieser Stelle noch zum Verhältnis von VgV, Sektorenverordnung, VOB, VOL und VOF: Hier muss entrümpelt und harmonisiert werden. Erfreulich ist, dass die VOB mittlerweile die Struktur der VOL-Reform mit den eigenständigen Abschnitten für Unter- und Oberschwellenvergaben nachvollzogen hat. Weniger erfreulich ist, dass die Scharnierfunktion der VgV durch immer stärker detaillierte Umsetzungsnormen europäischer Energieeffizienzvorgaben verändert wird. Das und die gesetzestechnischen Vor- und Zurückverweisungen sind nicht transparent und schon gar nicht anwenderfreundlich. Hier ist Handlungsbedarf gegeben. Es kann nicht sein, dass die Schwierigkeit der Abstimmungsprozesse bei der Ausgestaltung der Vergabeordnungen zu Ausweichstrategien führt, die die VgV als letzten Ausgang einer richtlinienkonformen Umsetzung von EU-Vergaberecht instrumentalisiert. Die bessere Lösung ist eine grundlegende Reform der Meinungsbildungsmechanismen in den Vergabeordnungen. Gelingt das nicht, steht ihre Existenzberechtigung „im bestehenden System“ mal wieder auf dem Spiel.

Rechtseinheit oder Rechtszersplitterung: Stand und Perspektiven

Zusammenfassung der Aussprache

In der Aussprache bestand Konsens darüber, dass weniger Rechtszersplitterung wünschenswert wäre. Wie jedoch mehr Rechtseinheitlichkeit hergestellt werden könnte, wurde kontrovers diskutiert.

So auch beim Thema einheitlicher Rechtsschutz: Wenn hier Diskrepanzen zwischen der Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich beklagt würden, liege das daran, dass der Primärrechtsschutz im Vergaberecht «de luxe» sei im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten. Es gebe bereits einen Rechtsschutz unterhalb der Schwelle, insofern gehe es nur um die Frage, ob der de luxe-Rechtsschutz eingeführt werden solle. Bevor man den Rechtsschutz vom Oberschwellenbereich in den Unterschwellenbereich übertrage, sei jedenfalls eine rechtspolitische Abwägung zwischen der Frage der Investitionssicherheit und den anderen genauso anerkanntswerten Fragen nötig, die für den Vertreter des BMVBS das Pendel eher gegen eine Ausdehnung ausschlagen ließe.

Gegen die Ausdehnung des effektiven Oberschwellenrechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich wurde vor allem die Verteuerung öffentlicher Investitionen durch die Verzögerung von Vorhaben infolge von Nachprüfungsanträgen angeführt.

Die Befürworter eines einheitlichen Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich hielten entgegen, dass der teilweise befürchteten Prozesslawine bei der Einführung eines effektiven Unterschwellenrechtsschutzes in Deutschland die Beispiele anderer europäischer Staaten, z.B. Österreich, Schweden und Norwegen, entgegen stünden, in denen diese ausgeblieben sei.

Ein wesentlicher Vorteil eines einheitlichen Rechtsschutzes liege in der erheblich kürzeren Verfahrensdauer vor den Nachprüfungsinstanzen gegenüber anderen Verfahren. Diese könne von den Bietern derzeit jedoch nur im Oberschwellenbereich, nicht aber im Unterschwellenbereich in Anspruch genommen werden.

Ein Vertreter des BMWi versicherte, das Thema effektiver Rechtsschutz im Unterschwellenbereich stehe weiter auf der Agenda. Man habe sich mit dem BMVBS lediglich darauf verständigt, dieses auf die nächste Legislaturperiode zu verschieben, weil dann ohnehin in Umsetzung der kommenden EU-Richtlinien eine Änderung des deutschen Vergaberechts anstehe. An der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellen habe er im Übrigen keine Zweifel. Das Justiz-

ministerium und das Innenministerium hätten die Gesetzgebungskompetenz ebenfalls bestätigt.

Im Zusammenhang mit dem einheitlichen Rechtsschutz machte ein Vertreter des Wirtschaftsministeriums NRW darauf aufmerksam, dass das europäische Ansinnen, auch Konzessionen der Nachprüfung zugänglich zu machen, dazu führen werde, dass sich die öffentliche Hand genau überlegen werde, ob sie das Wagnis einer Konzession eingehe, wenn es Primärrechtsschutz gebe. Die Konsequenz sei dann möglicherweise nicht mehr Marktöffnung, sondern weniger, weil ineffiziente Strukturen aufrechterhalten und Auftragsvergaben vermieden würden. Bereits heute scheue die öffentliche Hand die Vergabe, weil sie hohe Risiken befürchte.

Mit Blick auf die weitere Harmonisierung des Vergaberechts im bestehenden System kam man auch auf die Vergabeordnungen zu sprechen. Seit 2009 seien nach Ansicht eines Vertreters der Deutsche Bahn AG durchaus Fortschritte erzielt worden. Er frage sich allerdings, ob es für das weitere Harmonisieren nicht auch eine Institution, eventuell in Form eines Abstimmungsausschusses zwischen DVA und DVAL geben sollte, um dem Thema mehr Gewicht zu verleihen. Ein Vertreter der Anwaltschaft ergänzte, zur Beseitigung der Rechtszersplitterung sei auch denkbar, von den ehemals 4 Abschnitten der VOL/A und der VOB/A über die jetzt bestehenden 2 Abschnitte der VOL/A und 3 Abschnitte der VOB/A auf lediglich eine VOL und eine VOB sowie keine VOF weiter zu vereinheitlichen. Inwieweit man die Sektorenverordnung und die künftige Verordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit noch einbinden könne, sei ebenfalls überlegenswert.



Auch die Frage nach der Beseitigung der Rechtszersplitterung zwischen Haushalts- und Wettbewerbsrecht müsse gestellt werden, so ein Vertreter der Anwaltschaft. Auf der sachlichen Ebene gebe es keinen Grund, denn auch im Haushaltsrecht würden die Prinzipien Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung gelten. Der Grund für die Teilung liege allein im Rechtsschutz. Dies solle jedoch nicht davon abhalten, diese fundamentale Zersplitterung im deutschen Vergaberecht zu beseitigen.

Nach Ansicht des Vertreters des Wirtschaftsministeriums NRW rührt die Rechtszersplitterung zwischen Wettbewerbsrecht und Haushaltsrecht u.a. auch aus der Binnenmarktöffnung. Eigentlicher Zweck des Vergaberechts sei der wirtschaftliche Einkauf. Mittlerweile werde das Vergaberecht jedoch mit allen möglichen prozessualen Regeln überfrachtet, weil dies auf europäischer Ebene gewünscht werde.

Je mehr jedoch das Vergaberecht für andere Zwecke instrumentalisiert werde, desto näher liege es, Instrumente wie den Rechtsschutz zu erweitern. Ob das immer sinnvoll sei, sei die Frage.

Für eine Vereinheitlichung von Haushaltsrecht und Wettbewerbsrecht sah der Vertreter des BMVBS indes wenig Hoffnung. In dieser grundlegend verschieden beurteilten Frage sei eine einheitliche Einschätzung nur schwer herbeizuführen. Er sei gespannt auf die Reaktion der Staatskanzleien der Länder, wenn der Bund dies tatsächlich angehen würde.

Auch die politisch motivierten Landesvergabegesetze stünden einem überschaubaren und einfachen Vergaberecht entgegen. Hier bestünde weiteres Potenzial zur Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsvereinfachung.

In diesem Zusammenhang wurde nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Landesvergabegesetzen gefragt. Ein Vertreter des BDI äußerte Zustimmung, sofern es im Rahmen der Sozial- und Umweltaspekte i.S.d. § 97 Abs. 4 GWB um die so genannten weitergehenden Anforderungen gehe. Wie aber sei es möglich, dass für das Vergabeverfahrensrecht – eine Bundeskompetenz – nebenher etliche Regelungen auf Landesebene getroffen würden? Dies sei immer dann verfassungswidrig, wenn die Schwelle der den Ländern zustehenden Ebene überschritten werde.

Nach Einschätzung des Vertreters des Wirtschaftsministeriums NRW gebe es die klare Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass vergaberechtliche Regelungen auf Landesebene im Grunde zulässig seien. Das Problem bestehe eher auf europäischer Ebene durch das Ruffert-Urteil und ähnliche Entscheidungen. In NRW sei dem verfassungsrechtlichen Aspekt im Tariftreue- und Vergabegesetz besonders Rechnung getragen worden, indem der Anwendungsbereich auf öffentliche Auftraggeber im Sinne des GWB erstreckt worden sei; soweit es sich aber um Sektorenauftraggeber handelt, nur auf öffentliche Sektorenauftraggeber und nicht auf private, weil für private Sektorenauftraggeber keine Gesetzgebungskompetenz bestanden habe. Regelungen materieller Art für private Sektorenauftraggeber wären problematisch.

Zusammenfassend schloss der Moderator, die bestehende Rechtslage sei zwar nicht optimal, aber beherrschbar. Wer Rechtseinheit fordere, müsse überlegen, was dessen Mehrwert sei: zum Beispiel die Handhabbarkeit, ein überschaubarer Rechtsschutz und schnellere Verfahren. Das Hauptproblem der Rechtseinheit seien politische Einflüsse sowie unkoordinierte Richtlinienentwürfe zu verschiedenen Bereichen aus Brüssel. Dennoch solle dies nicht daran hindern nachzudenken, was im eigenen Land getan

werden könne. Den Föderalismus wolle man nicht beseitigen, aber eine gewisse Harmonisierung sei wünschenswert. Wichtig bei allen Überlegungen seien eine ausgewogene Interessenabwägung und ein ausgewogener Interessenausgleich zwischen der Vergabe, der Belastung der öffentlichen Haushalte und der Anbieter.

Die Modernisierung des Vergaberechts auf europäischer Ebene: Ein Situationsbericht¹



Joanna Szychowska

Europäische Kommission GD Markt

Thank you very much for having invited me to this meeting; I feel very privileged to take part in your event. I know that you already discussed concessions yesterday – Mr Schwab made a presentation and mentioned this dossier. I will try to refer to some of the points he raised, and I am also certain that you will have questions on some issues later on. Since we have been discussing this proposal very intensively with the co-legislators: the Parliament and Council, I think this is a good opportunity for you to hear about it from both sides, from the Parliament and from the Commission.

What I intend to do is to tell you why the Commission thought it was a good idea to come up with a proposal, what we wanted to address, and how we went about it. So starting with “how”, I want to give you a picture of the current situation and the starting point for our deliberations. In a nutshell, the situation with regard to the secondary public procurement legislation is as follows: we know how to publish and award public contracts for works and for services. We know a little bit about works concessions, how to publish and how to appeal, but we do not know how to award such contracts and we literally know nothing about service concessions. I won’t even mention the utilities sector because then the whole right side of my slide would be blank. And of course, precision is not the only reason to legislate. If you look at the current situation in a holistic way, if you bear in mind that we are talking about procuring high value services and works, spending of public money, and the necessity to respect the Treaty, then there are good reasons to bring more clarity and more certainty to this type of procurement.

¹ Eine nicht autorisierte Übersetzung des Beitrages ist auf <http://www.forum-vergabe.de/veranstaltungen/durchgefuehrte-veranstaltungen-thesen/> zu finden.

I should also say that the objectives of this proposal, no matter how strange it may sound to you, are exactly the same as for the reform of public procurement. We also want to simplify the rules, and I will explain why. We also want to make things clearer and to make things more certain.

So, very briefly, what is this proposal about? In the first place, it is about spending public money, which also means EU money, because many projects are co-financed, so this is public money in the broad sense. It is about improving access to markets by economic operators and about increasing investment opportunities and innovation. While preparing our impact assessment we have learnt that the majority of public-private partnerships are based on concessions, so this proposal would be one of those elements that could help speed up the take-up of PPPs where such partnerships are suitable. I don't intend to talk about PPPs, and do not claim that they are the best tool for each and every situation, but concessions do nonetheless play a very important role in the context of PPPs.

And now I will tell you what this proposal is not about, even though this might sound strange. However, we have learned over the past year that there is a lot of discussion not only about the very necessity of the directive but also about what it actually covers. In this context, it seems to us that there is a lot of misunderstanding as to what this proposal aims to regulate. We need to respect voices opposing the adoption of the directive on concessions, but if one decides that this text shouldn't be adopted I think one has to be clear about the true reasons of such opposition.

My next slide shows what these rules are not about. In the first place they are not about privatisation of services. I know that this is a very common view, I know this is something raised over and over again in different quarters, but I can only repeat that the Commission simply wanted to come up with a procedure for choosing the best service provider. We didn't think about privatisation of services, we don't consider this proposal as the first step towards privatising any activity. So, no matter what convictions there are, I want to reassure you that this proposal doesn't have such an objective.

Therefore, it also doesn't aim to externalise public tasks. Such tasks will remain subject to a decision to delegate them, which will always remain with public authorities. We even had a discussion in the Parliament and with the Council that maybe it would be useful to reiterate this principle in the text of the directive itself. If there are still doubts, and if such a rule can give more reassurance, I think that is worth considering. So certainly, we are also not pushing for the externalisation of public tasks.

The proposal is also not about quality standards. We often hear that the quality of certain services will decline because public authorities will no longer be able to set the quality standards. Nothing could be further from the truth: this will still be possible, as it is possible today, because the directive simply doesn't cover this aspect.

And finally the directive does not set the conditions for exercising an economic activity.

My next slide contains some information from public consultations, because our work on this directive involved a very extensive process of discussion with public stakeholders, public and private partners, where we ran two consultations and carried out several studies. This is just to give you a snapshot. Some numbers indicate what we learned about entry barriers, about direct awards, about lack of transparency and about obstacles to cross-border awarding of contracts.

Maybe now I should mention the impact assessment and the availability of data. I know this is a very important issue in the debate. I know you also heard about this yesterday from Mr Schwab. In my view, it's a very valid point and it's very important to clarify it as well. Preparing the impact assessment for this proposal was extremely difficult, which was why it took us such a long time. Of course, there are numbers available, and the impact assessment provides such numbers, but I just want to draw your attention to the fact that since concession contracts, service concession contracts, are not published, no systematic or accurate data are available on this type of arrangement. So the only solution for us was to look at a sample of contracts – which we did – and on that basis try to draw certain conclusions. So data are there, but for very obvious reasons this impact assessment could never be as detailed as, for example, the impact assessment for the reform, where you just click on the data in official journals and can very easily see what the situation is with regard to the value of contracts, the sectors concerned, lengths of contracts, and so on and so forth.

Consequently, we focused on the qualitative aspects of impact assessment. What did we look at when examining the situation? We looked at the lack of legal certainty with regard to the definition of concessions. We realised that often we talk about concessions when a set-up has nothing to do with a concession and vice versa. We learnt that entry barriers stem from two sources. On the one hand, it's how member states interpret the Treaty rules, how they translate them into their national laws, and on the other hand, how they apply them. And that, of course, with twenty-seven different frameworks, creates a perfect entry barrier for those who would like to gain access to concession contracts. Finally, remedies applicable to public contracts do not apply to bidders for concessions. Tenderers are unable to benefit from the remedies system available in the case of public contracts.

We looked at three possible options to address the problem. We started with very basic rules like those for works concessions. Then we examined public procurement rules, but also we discarded this option. Then we tried to go for a middle solution which we called "mixed rules". I know that now someone will probably say that you cannot really talk about a mixed solution or "light-touch approach", when you end up with fifty-three articles and a large number of pages and annexes. However, I will try to demonstrate that the choice of the legal set varies significantly from the one applicable to public procurement, that the rules are lighter, and that the very fact that

there are a certain number of articles doesn't mean that this is a heavy-handed framework. Of course, if you start from zero and introduce provisions, however many, this already makes a difference. But we certainly should be talking about the content rather than about the numbers.

Our approach was to propose a single rulebook for concessions. Why did we not put a chapter on service concessions in the two directives that are now being reformed? This is a very good question. The reason was that we wanted, since we are trying to legislate exclusively on concessions, to offer a consolidated rulebook for those confronted with the secondary legislation on the matter. So we thought it's better to consolidate all the rules in one text rather than leave economic operators and contracting authorities with two different texts (classic and utilities sectors), where there will necessarily continue to be differences as is the case today, and where they would have to use not only two texts, but two different texts. Having one document also allowed us to slim down the rules already at this stage. It is much handier for users to have one text on concessions rather than have to flip through pages of procurement directives and look for appropriate provisions in two different directives with a number of cross-references and exceptions.

We have limited ourselves to what the Court has said. I know you will have objections to that, and I realise that in-house or public-public cooperation may be one such source of contention, so we can discuss this more at length if you wish later on. However, our starting point was to look in the first place at what the Court said, draw conclusions and, where the Court was unclear, try to spell out the details where we thought this was appropriate.

Maybe one general comment about the scope of the proposal. You will not hear from me that this directive is ideal and that the choices made are the only ones possible. Of course, that is why we have the Parliament and that is why we have the Council, in order to make things better, to improve them, and to take into account what others have to say. But we worked on this text in a very conscientious and very collaborative manner with all those concerned, and we were faced with very difficult decisions. On the one hand, we tried not to overload the text with too many specific rules, but, at the same time, we wanted to avoid being too vague or leave too much room for interpretation. We wanted to design an autonomous text on concessions without compromising the main principles of procurement. This is a very novel text, and not one that has been around for thirty or forty years, which we are just trying to improve. We want to come up with solutions that will work for the first time for this type of contract.

We proposed a threshold of five million for all concessions in both sectors, for works and for services. We envisage several specific exemptions where some regulation of concessions is already in place. Examples are public transport and air transport. There is also a lighter regime for social services, different from the standard one. So the

main points in the text concern the definition of concessions – and this is maybe the best illustration of why we have to legislate even though the Court has taken a number of important decisions. Indeed, the Court said many things, though not always complementing each other, often contradictory. That is why we thought, for the sake of clarity and to make sure everyone knows what we are talking about, we need to be more specific with the definition of concessions, as this a fundamental element of the directive. We also wanted to make clear that there is a difference between a concession and other types of unilateral act. Why? Because we were aware of a lot of worries and concerns that the directive could cover set-ups that are not supposed to be covered by the notion of concession. So we wanted to be precise and say that the directive is only about contracts of a certain type and not about, for example, licenses or authorisations.

Obviously, publication is linked to transparency, so we ask for the publication of notices, ex post and ex ante. We attempt to specify duration of a contract, though not in an explicit manner, not by referring to a concrete period, because this is, of course, not possible. But we indicate that the duration of the contract cannot be unlimited but has to be proportionate to the investment made.

And we envisage rules on the modification of contracts. This point was also raised during Mr Spiegel's presentation.

Now I come to procedural guarantees, requirements for the selection and exclusion of tenderers, and inclusion of the remedies directive.

These are the two main provisions that take into account the specificity of concessions and represent the biggest difference with regard to the reform and to public procurement. Why? Because we currently operate on the basis of the notion of the economically most advantageous tender and the lowest price. What we thought was needed, given the duration of concession contracts, their complexity, and the need to ensure the quality of the services provided, was more room for manoeuvre for public authorities to weigh the qualities of the tender and tenderers at a later stage. So basically to consider certain features of the tenderer once the overall assessment is made, which today is not allowed.

I realise that this might be a controversial solution, but it does not undermine the main principles given that we talk about the need to maintain the link with the subject-matter of the contract. It is about recognition of the greater flexibility that has to be offered to contracting authorities when designing the tender and choosing providers. So what we propose is an alternative: on the one hand, the possibility of recourse to MEAT or, on the other hand, relying on what we call the 'general requirements' to make the appropriate choice. Why is this more flexible? Because the text does not stipulate any procedures. So in contrast with public procurement we didn't impose any catalogue and we didn't design any specific procedure for the award of concession contracts. However, we did design what we called 'procedural guarantees'. In other words, certain elements that have to be taken into account by

contracting authorities when deciding about the procedure – which can be open, restricted or negotiated – but which has to observe certain basic principles. We did it this way because we didn't want to limit freedom of choice for public authorities by imposing one specific procedure or a catalogue of specific procedures. We wanted to leave it open-ended. We did not include rules for contracts to be awarded by concessioners that are not contracting authorities, and we slimmed down the rules on subcontracting. There is also more flexibility for electronic public procurement, where instead of two years we propose five years: because we are going to have such regulation for the first time ever, we consider more time is needed to look into adopting e-procurement solutions.

Rules on conflicts of interest are of a lighter nature than those designed for public procurement.

In a nutshell, that's what we intended to address: to guarantee sufficient access to the market, but only in cases where a public authority decides to look for service provider on the open market, and to guarantee the essential transparency and fairness of the procedure in order to put all bidders on an equal footing and ensure accountability for public money.

The last thing I want to say is about what's happening in the Council and the Parliament. The two proposals are discussed in parallel but at a different pace, not least because this proposal is much slimmer and also because a number of provisions are the same as in the reform of public procurement. So whenever there is progress on public procurement, this feeds into the discussion on concessions. We hope that this process can be finalised as soon as possible, but I cannot tell you if this will be by the end of this year or the beginning of next year. It is a work in progress and we have an ambitious calendar. This by way of introduction, and now I am happy to take your questions.

Die Modernisierung des Vergaberechts auf europäischer Ebene: Ein Situationsbericht

Zusammenfassung der Aussprache zum Vortrag von Joanna Szychowska

Die Aussprache erbrachte insgesamt ein breites Meinungsspektrum, das teils von grundsätzlicher Ablehnung der Kommissionsvorschläge bis hin zu weitgehender Zustimmung ging.

Von einem Vertreter eines Bundeslandes wurde kritisch angemerkt, die Kommission wirke mit ihrem Vorschlag zu Konzessionen zu stark in die Freiheit nationaler öffentlicher Stellen ein, selbst zu entscheiden, wie sie öffentliche Gelder am effektivsten einsetzen. Frau Szychowska erwiderte darauf, die Kommission respektiere ihre Kompetenzen und deren Grenzen. Allerdings sei die effiziente Verwendung öffentlicher Gelder eine Sache, die jedermann angehe und die Zuständigkeit für das öffentliche Auftragswesen, das die Verwendung öffentlicher Gelder betreffe, liege bei der Kommission. Die Berechtigung der Kommission, in diesem Bereich tätig zu werden, ergebe sich auch daraus, dass sie viele Projekte, bei denen Konzessionen eingesetzt werden, kofinanzieren und daher ein Interesse daran habe, dafür zu sorgen, dass insoweit die Regeln des EU-Rechts eingehalten würden.

Auch das Argument einer Stärkung der Nutzung von PPP überzeugte den Teilnehmer nicht. Es erschien ihm nicht nachvollziehbar, wie eine erleichterte Anwendung von PPP durch Schaffung neuer, aufwendiger Regelungen zu Konzessionen bewirkt werden solle. Die umfangreiche Neuregelung werde die Zurückhaltung öffentlicher Auftraggeber gegenüber PPP sogar noch verstärken, was im Widerspruch zum Ziel der Kommission stehe, auf eine verstärkte Nutzung von PPP hinzuwirken. Bezüglich der angesprochenen Erleichterungen zu PPP erläuterte Frau Szychowska, dass es der Kommission nicht um eine verstärkte Propagierung von PPP gehe. Sie habe lediglich festgestellt, dass die Mehrheit (60 Prozent) der PPP auf einer Konzession beruhe. Dagegen gehe es derzeit nicht um eine Regulierung für PPP.

Schließlich sei es, so der Teilnehmer weiter, angesichts der gefestigten Rechtsprechung des EuGH zu Konzessionen nicht sinnvoll, den EU-Rechtsrahmen durch die vorgeschlagene neue Richtlinie noch weiter zu vergrößern. Die Herausgabe einer Mitteilung der Kommission reiche völlig aus. Falls man dennoch eine Legislativmaßnahme bevorzuge, sollte die neue Regelung in die bereits existierenden Regelungen zu Konzessionen in der Richtlinie für öffentliche Aufträge eingefügt werden. Die Rechtsprechung des EuGH hat nach Frau Szychowska in der Tat zu einigen Aspekten von Konzessionen Stellung bezogen, jedoch nicht in allen Details und nicht zu allen Fragen. So bleibe beispielsweise offen, was unter „angemessener Transparenz“ bezüglich

der Bekanntmachung von Konzessionen zu verstehen sei. Dies werde in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt. Insoweit sei der Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung nicht ausreichend. Die Kommission sehe hier ihre Pflicht als rechtsetzendes Organ, in Zusammenwirken mit dem Europäischen Parlament und dem Rat, eine Klärung herbeizuführen.

In der weiteren Aussprache hinterfragte ein Vertreter der Kommunen kritisch, inwiefern die zur Begründung der Konzessionsrichtlinie behaupteten „schwerwiegenden Binnenmarktverzerrungen“ überhaupt vorliegen könnten, wenn zugleich festgestellt werde, dass nur 1,5 Prozent aller öffentlichen Aufträge an ausländische Bieter vergeben werden.



Frau Szychowska bestätigte, dass es in der Tat schwer sei, konkrete Zahlen anzuführen, weshalb sie darauf verzichten werde. Sie könne aber viele Details der Ergebnisse der Konsultationen der Kommission und der Gesetzesfolgenabschätzung anführen. Man habe auch konkrete Zahlen zu Konzessionen in den verschiedenen Markt Bereichen und Mitgliedstaaten erhoben.

Weiter, so der Vertreter der Kommunen, sei für den unter anderem besonders betroffenen Bereich der Wasserversorgung anzumerken, dass es dabei vor allem um die Gewährleistung einer hohen Wasserqualität gehe. Insoweit stelle sich die Frage, welchen Mehrwert die Neuregelung einem Land wie Deutschland, das nahezu die höchste Wasserqualität in Europa aufweise, überhaupt bringen könne. Der Wassersektor ist für Frau Szychowska tatsächlich ein sehr wichtiger Bereich, der mit besonderer Sorgfalt behandelt werden müsse. Allerdings befasse sich die Konzessionsrichtlinie nicht mit der Wasserqualität oder überhaupt damit, „was“ zu beschaffen sei.

Schließlich kritisierte der Vertreter der Kommunen, dass bei der nun über 90 Seiten starken Richtlinie nicht mehr vom ursprünglich angepriesenen Konzept eines „Vergaberecht light“ für Konzessionen die Rede sein könne. Die Neuregelung gehe über die

bisherige EuGH-Rechtsprechung hinaus und setze Vorschriften aus der Richtlinie für öffentliche Aufträge teilweise „1:1“ in das Konzessionsrecht um.

Ein Vertreter der Bauwirtschaft ergänzte, im Bausektor seien Konzessionen im Kern nur in zwei Vorschriften normiert. Diese Regelung werde von den Unternehmen unisono als zufriedenstellend und praxistauglich betrachtet. Für die Unternehmen sei nicht nachvollziehbar, wieso unter dem Leitmotiv der Vereinfachung nun eine neue, zusätzliche Richtlinie mit 52 Artikeln vorgeschlagen werde. Dementsprechend sei die Konzessionsrichtlinie bei einer Abstimmung im Bundeswirtschaftsministerium im Februar 2012 auf eine – so nur selten anzutreffende – einhellige Ablehnung praktisch aller beteiligten Fachkreise gestoßen.

Was den Umfang der Richtlinie angehe, habe Frau Szychowska in der Tat grundsätzlich dafür plädiert, dass der Text nicht zu umfangreich werde. Allerdings handele es sich um Gesetzestext, der wie die meisten anderen Gesetzestexte auch zwangsläufig nicht unkompliziert sei. Zudem handele es sich um die erste Gesamtkodifikation des Konzessionsrechts und nach einigem Zeitablauf, beispielsweise nach 30 Jahren, könne man im Rahmen einer Richtlinienrevision die gemachten Erfahrungen berücksichtigen. Die Regelungen für öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit sollten nach ihrer Ansicht im Konzessionsrecht nicht abweichend vom übrigen Recht für öffentliche Aufträge geregelt werden.

Zum Vergleich der Neuregelung mit der bestehenden Regelung zu Baukonzessionen und dem Hinweis auf Vereinfachung bemerkte Frau Szychowska, sie sei bereit, an weiteren Diskussionen teilzunehmen und beobachte einen sich verbessernden Informationsstand zu diesem Thema.

Es gab aber auch Befürworter einer legislativen Regelung zu Konzessionen. Als Argument für eine legislative Lösung führten sie an, es existierten Unsicherheiten über die gerichtlichen Zuständigkeiten. Auch beständen in der Praxis teilweise Defizite bezüglich der europarechtlichen Beurteilung von Konzessionen. Auch von diesen Diskussionsteilnehmern wurde allerdings ausdrücklich geltend gemacht, dass nicht verständlich sei, warum man bei einer Neuregelung nicht an die zweifellos bewährte vorhandene Regelung für Baukonzessionen anknüpfe.

Zu der auch von anwaltlicher Seite vorgetragenen Empfehlung der Eingliederung der Konzessionsregelung in die allgemeine Vergaberichtlinien bemerkte Frau Szychowska, die Kommission habe sich für die getrennte Richtlinie aus Gründen der aus ihrer Sicht damit verbundenen Rechtsklarheit entschieden.

Abschließend dankte Herr Dobler Frau Szychowska für ihr engagiertes Plädoyer. Die Aussprache habe gezeigt, dass die Diskussion wie zu erwarten weiter stark von den bisherigen Positionen geprägt sei, aber auch ein breites Meinungsspektrum zu verzeichnen sei. Auf jeden Fall wolle man sich von deutscher Seite, wenn der Gesetzgebungsprozess voranschreite, weiter in die Diskussion einbringen.

Die Modernisierung des Vergaberechts auf europäischer Ebene: Ein Situationsbericht



Dr. Nico Spiegel

Europäische Kommission GD Markt

Meine Damen und Herren,

ich danke Ihnen sehr herzlich für die Gelegenheit, mich hier mit Ihnen auszutauschen. Wir stecken mitten in der heißen Phase des Prozesses der Reform des Europäischen Vergaberechts. Dieser Prozess begann mit einer umfassenden ökonomischen Bewertung der Auswirkungen des EU-Vergaberechts, die von einer Konsultation mit dem Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens begleitet wurde, in dem wir eine Vielzahl von Fragen gestellt haben. Dankenswerterweise haben wir gerade auch aus Deutschland sehr viele sehr substantielle Antworten aus einem breiten Spektrum von an dem Prozess Beteiligten erhalten. Antworten, die wir ausgewertet haben und die dann eingeflossen sind in eine auch sehr kurzfristige Arbeit in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahres, nämlich der Vorbereitung des Richtlinienvorschlages, der schließlich am 20. Dezember 2011 verabschiedet und vorgelegt wurde. Und direkt nach der Weihnachtspause begannen die Verhandlungen im Rat unter der dänischen Ratspräsidentschaft.

Was sind die Ziele, was sind die Herausforderungen? Sowohl die ökonomische Analyse als auch die Befragung der Beteiligten brachte ganz klare Ergebnisse. Dies sind die Notwendigkeit des Bürokratieabbaus und eine größere Flexibilität, verbunden mit erweiterten Möglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber, strategische Ziele zu verfolgen. Diese Frage spielt in allen Mitgliedsstaaten eine zunehmende Rolle. Da kommt gerade auch die kommunale Ebene ins Spiel, generell das Prinzip der demokratischen Verfasstheit und der Grundsatz, dass demokratisch legitimierte Auftraggeber die Entscheidung treffen wollen, mit ihrem Mitteleinsatz bestimmte Ziele zu verfolgen. Zugleich ist es auch ein wichtiges politisches Thema, auch die Nicht-Regierungs-Organisationen sind natürlich sehr aktiv in diesem Bereich.

Auch in diesem Zusammenhang macht sich die allgemeine wirtschaftliche Situation in Europa deutlich bemerkbar. Es ist Ihnen genauso schmerzlich bekannt wie mir, dass es Mitgliedsstaaten mit großen Finanzproblemen gibt und solche, mit denen Vereinbarungen getroffen wurden, wie man die Haushaltssanierung mit starkem Einfluss von Brüssel in den Griff kriegen kann. In diesen Mitgliedsstaaten spielt das Vergaberecht eine große Rolle. Auch Missstände im Vergaberecht haben dazu beigetragen, dass sich Haushaltsprobleme aufgebaut haben und das erklärt zumindest teilweise den Hintergrund, warum Gesichtspunkte wie verbesserte Rechtsdurchsetzung gerade vor dem momentanen politischen und wirtschaftspolitischen Hintergrund eine besondere Bedeutung eingenommen haben.

Wenn man sich diese Ziele anschaut, dann sind Zielkonflikte natürlich offenkundig. Auf der einen Seite steht die Verfahrensvereinfachung, auf der anderen Seite die strategische Vergabe. Wenn zusätzliche Ziele vorgesehen werden, wenn man Regelungen haben möchte zur grünen Vergabe, zur sozialen Vergabe, zur Förderung von Innovation, dann wird es natürlich schwieriger, zugleich die Verfahren zu vereinfachen und weniger Regeln zu haben. Ähnliches gilt für faire Verfahren; auch ein wichtiges Thema. Weitere Themen wie Interessenkonflikte oder Korruptionsbekämpfung führen natürlich in der Tendenz zu zusätzlichen Regeln.

Eine weitere Grenze bei unserer Arbeit bildet der internationale Rahmen, der durch das im Rahmen der WTO geschlossene Government Procurement Agreement (GPA) gesetzt wird. Dieses hat mehrere Aspekte. Da sind zum einen die Schwellenwerte, die nicht nur eine rein interne Sache der EU sind. Es handelt sich vielmehr um verbindliche Zusagen, die wir unseren Handelspartnern auf der WTO-Ebene im GPA gemacht haben. Die EU und die einzelnen Mitgliedsstaaten haben sich verpflichtet, für Unternehmen aus GPA-Staaten Aufträge oberhalb dieser Schwellenwerte zugänglich zu machen. Und andererseits enthält das GPA auch Verfahrensregeln. Diese Verfahrensregeln sind oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden. Wenn man sich diese Verfahrensregeln näher ansieht, dann erscheinen sie zunächst etwas vager als die der Richtlinien, können aber stellenweise dennoch ziemlich weit ins Detail gehen, zum Beispiel bei Angebots-Abgabefristen. Und die Vorgabe musste natürlich sein, dass die EU das GPA beachtet. Das heißt alles, was vom GPA vorgegeben wurde, musste im Vorschlag eingehalten werden.

Damit war die Option einer Radikalreform bereits ausgeschlossen, denn sehr viele Dinge, gerade z.B. Fristen, Gestaltung der Verfahren, Aufteilung der Verfahren ließen sich nicht vereinfachen, ohne in Widerspruch mit den GPA-Vorschriften zu kommen. Eine weitere Vorgabe war, auch den zugesagten Anwendungsbereich zu beachten und eben deshalb an den Schwellenwerten festzuhalten. Wir haben zwei Vorschläge für Richtlinien: die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, die die bisherige Richtlinie 2004/18 ersetzen soll und die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, die an die Stelle der bisherigen Sektorenrichtlinie treten soll.

Diese beiden Richtlinienvorschläge sind im Wesentlichen der Gegenstand meiner Ausführungen, wobei ich auch um Verständnis bitte, dass ich mich in meinen Ausführungen im Wesentlichen auf die allgemeine Vergaberichtlinie konzentrieren werde.

Daneben gibt es auch Dinge, welche nicht geändert werden.

Besondere Erwähnung verdient hier die Rechtsmittelrichtlinie, die zuletzt im Jahr 2007 geändert worden ist (Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge). Ebenfalls nicht geändert wird die Richtlinie 2009/81/EG über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit, welche in Deutschland gerade umgesetzt worden ist und zu der wir heute Nachmittag eine interessante Debatte haben werden. Aber positiv formuliert – was haben wir noch auf dem Tisch? Es gibt einen ganz wichtigen weiteren Vorschlag, nämlich den Vorschlag für eine Richtlinie über Konzessionen – dieser Vorschlag wird dann der Gegenstand des zweiten Vortrages sein.

Und ganz neu ist nun auch noch ein Vorschlag über ein Instrument im Bereich des Außenhandels auf den Tisch gelegt worden, nämlich ein Instrument, das den Zugang der EU-Unternehmen zu Drittmärkten verbessern soll. Diese Entwicklung ist ein Teil des Hintergrunds der GPA-Debatte, auf die ich eben kurz einging, denn man darf ja nicht vergessen, das GPA selber hat weniger als zwanzig Vertragsstaaten.

Ich möchte mich aber für den Rest meiner Ausführungen auf die Vorschläge begrenzen, die Gegenstand meiner Arbeit sind. Das Hauptziel der Vorschläge lautet Vereinfachung. Was ist dafür vorgesehen?

Es gibt eine ganze Reihe von Vorschlägen. Eine wichtige Rolle spielt dabei die verstärkte Nutzung des Verhandlungsverfahrens, denn hier gibt uns das GPA noch Spielräume. Die grundsätzliche Linie war daher, das GPA einschließlich der Schwellenwerte nicht in Frage zu stellen, aber zu versuchen, dort wo es Spielräume gibt, diese so weit wie möglich auszunutzen. Das GPA lässt grundsätzlich Verhandlungen in allen Verfahren zu, dementsprechend sieht der Vorschlag die Möglichkeit zur verstärkten Nutzung des Verhandlungsverfahrens vor; allerdings nicht im Sinne einer generellen Öffnung, sondern in der Weise, dass das Verhandlungsverfahren weiterhin ein Verfahren bleibt, das einer Rechtfertigung bedarf. Allerdings sind die Rechtfertigungsgründe deutlich weiter und flexibler gefasst, sodass in Zukunft in mehr Fällen verhandelt werden kann.

Ein weiteres Thema kommt ebenfalls direkt aus dem GPA-Umfeld, nämlich die Vereinfachung der Veröffentlichungen für regionale und lokale öffentliche Auftraggeber. Das GPA beruht auf der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen zentralen Regierungsstellen einerseits und allen anderen öffentlichen Auftraggebern andererseits, das heißt sogenannte subzentrale Auftraggeber und Sektorauftraggeber. Diese Aufteilung, die für uns aus europäischer Sicht nicht unbedingt sehr naheliegend ist, hat Gründe, die in den Verhandlungen über das GPA liegen. Das GPA sieht verschiedene Verfahrenserleichterungen vor, die allerdings den nicht zentralen Regierungsebenen,

also den subzentralen Auftraggebern und den Sektorenauftraggebern, vorbehalten sind. Die wichtigste dieser Erleichterungen besteht darin, dass diese Auftraggeber die Möglichkeit bekommen können, statt einer Vergabebekanntmachung für jede einzelne Vergabe nur einmal eine Vorabinformation zu veröffentlichen und dort zu erklären, dass diese Vorabbekanntmachung die späteren Vergabebekanntmachungen ersetzt und dass dementsprechend alle, die an einem der darin aufgeführten Aufträge interessiert sein könnten, sich beim öffentlichen Auftraggeber melden sollten. Diese Vorgehensweise erlaubt dem Auftraggeber eine flexiblere Verfahrensplanung, denn er erspart sich die Vergabebekanntmachung und auch die Fristen, die damit verbunden sind.

Der Vorschlag stellt es den Mitgliedsstaaten frei, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht. Sie können dann auch entscheiden, ob sie die Verfahrenserleichterungen allen subzentralen Auftraggebern eröffnen wollen oder ob sie bestimmten Kategorien – zum Beispiel Gemeinden unterhalb einer bestimmten Einwohnerzahl – vorbehalten bleiben sollen. Der Vorschlag sieht zudem ein ganz wichtiges Instrument vor, um Transparenzverluste auszugleichen, die mit dieser vereinfachten Bekanntmachung verbunden sind, nämlich eine neue Form der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt, welche im TED (TendersElectronicDaily) erscheint.

TED ist ein elektronisches System, das allerdings nach wie vor auf der Idee eines täglich erscheinenden Amtsblatts beruht. Das heißt, wenn Sie die TED-Homepage öffnen (<http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>), haben Sie auf der ersten Suchebene die tagesaktuelle Ausgabe und die Ausgaben der letzten Wochen. Der Rest ist nur über die Archivfunktion zugänglich. Das ist auch sinnvoll für normale Vergabebekanntmachungen, die nur eine sehr begrenzte Zeit aktuell sind.

Nach dem Vorschlag würde TED zwei getrennte Teile erhalten. Für die normalen Vergabebekanntmachungen bliebe es bei dem eben beschriebenen System. Hinzu käme jedoch eine ständige Veröffentlichung ohne zeitliche Beschränkung für Vorabinformationen, die als Vergabebekanntmachung dienen, und für dynamische Beschaffungssysteme. All das sind Geschäftsgelegenheiten, die über einen längeren Zeitraum zur Verfügung stehen und wo ein Bieter „seinen Hut in den Ring werfen“ kann. Das hat dann den Vorteil, dass ein Unternehmen bei einer ersten Recherche direkt sehen kann, welche dauerhaften oder längerfristigen Geschäftsgelegenheiten bestehen.

Bei den Dokumentationspflichten sieht der Vorschlag erstmals Eigenerklärungen vor – aus deutscher Sicht ist das nicht revolutionär neu; vielmehr werden die auf nationaler Ebene bereits bewährten Erleichterungen nunmehr auch auf europäischer Ebene garantiert. Das dynamische Beschaffungssystem wird wesentlich vereinfacht in der Hoffnung, dass es dadurch auch leichter einsetzbar wird und möglicherweise gerade von großen zentralen Beschaffungsstellen intensiver angewandt wird. Ganz wichtig ist die E-Vergabe; ein Punkt, über den sich alle einig sind, der aber, wie allgemein bekannt, in der praktischen Umsetzung nach wie vor mit Problemen behaftet ist. Deshalb macht der Entwurf einen Sprung nach vorn, indem die elektronische Kommunikation spä-

testens zwei Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist verbindlich eingeführt wird. Das ist natürlich ein ambitioniertes Ziel und es ist dementsprechend in den Verhandlungen auch nicht unumstritten. Aus Sicht der Kommission ist klar, dass die Gelegenheit genutzt werden muss, um den Umstieg zur elektronischen Vergabe endlich Realität werden zu lassen.

Ein weiteres Ziel ist die strategische Vergabe, also die verstärkte Nutzung des öffentlichen Auftragswesens zur Förderung wichtiger gesellschaftspolitischer Ziele, vor allem in den Bereichen Umwelt, Soziales und Innovation. Hier lautet die Grundbotschaft „Keine Aufgabe des notwendigen Zusammenhangs mit dem Beschaffungsgegenstand“. Allerdings wird der Begriff des Beschaffungsgegenstands leicht geöffnet, indem man auch die Möglichkeit hat, auf Gesichtspunkte Bezug zu nehmen, die das Produktionsverfahren oder die Vermarktung des konkreten Gegenstands betreffen, der beschafft werden soll. Im Bereich der sozialen Beschaffung werden hier allerdings durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Fällen Laval und Rüffert klare Grenzen gesetzt. Hier musste der Vorschlag versuchen, durch diese Untiefen hindurch zu schiffen und in einem rechtlich zulässigen und zugleich praktikablen Maß die Heranziehung sozialer Aspekte zu erlauben.

Umweltaspekte können über den Produktionsprozess berücksichtigt werden. Lebenszykluskosten können, müssen aber nicht berücksichtigt werden. Es soll Sache der Vergabestellen sein, zu entscheiden, in welchem Umfang sie von Instrumenten wie Lebenszykluskosten oder strategischer Vergabe Gebrauch machen wollen. Es ist nicht die Aufgabe einer allgemeinen Beschaffungsrichtlinie, hier europaweit verbindliche Vorgaben zu machen. Auf diese Weise muss eben dann auch jeder Beschaffer selbst sehen, wie weit er dem Vorbild eines einfachen Verfahrens naheifern will oder in welchem Umfang er politische Zielsetzungen einbeziehen will, dann auch um den Preis, dass das eben doch mit zusätzlichen Normen und Vorgaben verbunden ist.

Für die Innovation gibt es ein neues Verfahren der Innovations-Partnerschaft zur Entwicklung von Produkten und Dienstleistungen die auf dem Markt bisher nicht verfügbar sind. Dieses Instrument soll die bisher schon vorhandene und weiterhin mögliche Beschaffung im Vorfeld des Marktes ("pre-commercial procurement") ergänzen. Außerdem enthält der Vorschlag eine Regelung für die grenzüberschreitende gemeinsame Auftragsvergabe, die gerade im Bereich der Innovation etwas ist, was als sehr wichtig angesehen wird. Es existieren bereits Projekte, in denen Netzwerke von öffentlichen Auftraggebern, z.B. Großstädte aus verschiedenen Mitgliedstaaten, gemeinsam als Besteller für innovative Produkte auftreten. Auf diese Weise lässt sich Nachfrage bündeln und die Marktteilnehmer werden stärker zur Entwicklung innovativer Lösungen motiviert.

Der Vorschlag enthält außerdem besondere Regeln für die Vergabe sozialer Dienstleistungen, die an die Stelle der bisherigen Regeln für so genannte B-Dienstleistungen treten. Das beruht auf den Ergebnissen der ökonomischen Bewertung und der Grünbuch-Konsultation. Das Verfahren sieht einen erhöhten Schwellenwert von 500.000

Euro vor. Aufträge unterhalb dieser Schwelle werden vom Gesetzgeber generell als nicht binnenmarktrelevant angesehen und können daher ohne Beachtung europäischer Rechts vergeben werden. Darin liegt ein großer Gewinn an Rechtssicherheit gegenüber der jetzigen Situation, wo nach der Rechtsprechung des EuGH für Aufträge über B-Dienstleistungen eine europarechtliche Pflicht zur Schaffung angemessener Transparenz bestehen kann, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Vertrag auch für Dienstleister aus anderen Mitgliedsstaaten von Interesse sein könnte. Für große Aufträge über 500.000 Euro sieht der Vorschlag ein sehr, sehr schlankes Verfahren vor, das im Wesentlichen aus einer stark vereinfachten (europa-weiten) Vergabebekanntmachung besteht, die auch die Form einer Vorabbekanntmachung annehmen kann.

Die Vorschläge enthalten auch Regeln über unfaire Vorteile durch Vorabkontakte, Minimal-Standards für Interessenkonflikte und zur Überwachung und Professionalisierung der Vergabe, die auch und gerade in Deutschland, eigentlich aber in allen Mitgliedsstaaten sehr umstritten sind.

Ziel im Rat und auch im Parlament ist nach wie vor die Annahme der Richtlinie Ende 2012.

Fürs Erste danke ich Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit, ich bin gespannt auf Ihre Beiträge und auf Ihre Anmerkungen und freue mich darauf, etwas zu bekommen, das ich mit nach Brüssel nehmen kann für die weiteren Verhandlungen.

Die Modernisierung des Vergaberechts auf europäischer Ebene: Ein Situationsbericht

Zusammenfassung der Aussprache zum Vortrag von Dr. Nico Spiegel

Ein Vertreter der Bauindustrie leitete die Diskussion mit der Frage ein, wie es zu erklären sei, dass bei der Reform der Richtlinie für öffentliche Aufträge, die prinzipiell nur für die Phase von der Bekanntmachung bis zum Zuschlag gelte, nunmehr in Art. 70 bis 73 des Kommissionsvorschlags auch Vorschriften aufgenommen worden seien, die sich auf die Phase nach Vertragsschluss beziehen.

Herr Dr. Spiegel führte dazu aus, über die Aspekte im Bereich nach dem Vertragsschluss sei bereits im Vorfeld des Kommissionsvorschlags intensiv diskutiert worden. Das Thema sei auch schon im Grünbuch und der nachfolgenden Diskussion angesprochen worden. Die Kommission habe sich für einen eher „konservativen“ Ansatz entschieden. Danach bleibe es bei dem Grundsatz, dass das Vergaberecht im Wesentlichen nur für die Phase bis zum Vertragsschluss gelte und nicht ins Zivilrecht hineinregieren solle; denn Letzteres wäre problematisch, da sowohl das Zivilrecht als auch die Schnittstelle zwischen Vergabe- und Zivilrecht in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich geregelt seien.

Allerdings könne man nicht darüber hinweg sehen, dass zu den Inhalten der Art. 70 bis 73 – vor allem betreffend Vertragsänderungen – in den vergangenen Jahren nennenswerte Entwicklungen in der Rechtsprechung zu verzeichnen gewesen seien. Insofern erscheine es legitim, diese auch bereits vom EuGH thematisierten Aspekte in der Richtlinie zu behandeln. Dies gelte beispielsweise für die Rechtsprechung des EuGH, nach der eine wesentliche Vertragsänderung wie eine neue Vergabe zu behandeln sei. Damit habe die Rechtsprechung bei Vertragsänderungen das Tor zum Vergaberecht wieder aufgemacht, so dass man damit wieder auf „vergaberechtlichem Boden“ sei. Die Richtlinie versuche, diese Rechtsprechung zunächst nachzuzeichnen und zu konkretisieren und dabei auch ein Minimum an Handhabbarkeit zu schaffen, in dem De-Minimis-Schwellen gesetzt werden, damit nicht jede kleine Änderung als Neuvergabe gewertet werden müsse.

Ein Vertreter eines Flughafens und damit eines Sektorenauftraggebers sprach an, dass einerseits wiederholt die Zielsetzungen „Bürokratieabbau“ und „Vereinfachung“ genannt würden, die Reform jedoch andererseits im Sektorenbereich Änderungen mit sich bringe, die damit kaum in Einklang zu bringen seien. Dies gelte beispielsweise für Rahmenverträge, bei denen im Sektorenbereich nun anders als zuvor für jeden Einzelabruf „Mini-Wettbewerbe“ eingeführt würden. Zu den Regelungen zu Rahmenverträgen verwies Herr Dr. Spiegel darauf, dass die diesbezüglichen Regelungen in der

Richtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber – abgesehen von einigen kleineren Konkretisierungen – nicht verschärft worden seien. Es gehe nur um eine Anpassung der Regelungen im Sektorenbereich an die bisher bereits im klassischen Sektor geltenden Bestimmungen, die die Kommission für angebracht halte.

Hinzu komme nach Auffassung des Sektorenauftraggebers, dass nach den Richtlinienvorschlägen bei größeren Bauaufträgen nun offenbar wohl bereits bei einem Erreichen einer Änderungssumme von nur 5 Prozent eine neue Ausschreibung erfolgen müsse, wobei erheblich höhere Kosten durch Kündigungserfordernisse entstehen könnten.

Die vorgeschlagene Fünf-Prozent-Klausel sei, so Herr Dr. Spiegel, eher keine Verschärfung, sondern eine Erleichterung. Denn bei der EuGH-Rechtsprechung, wie in den Fällen „Prestetext“, sei es um minimale Änderungen gegangen. Darauf folgend sei große Rechtsunsicherheit entstanden. Hier wolle die Kommission mit der Fünf-Prozent-Zone eine sichere Zone schaffen.

Mehraufwand könne, so der Teilnehmer, im Sektorenbereich auch durch Abschaffung der Ausnahmen der so genannten „B-Dienstleistungen“ entstehen. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass bei der Vergabetätigkeit nach seinen konkreten Erfahrungen in seinem Umfeld nur wenig Binnenmarktrelevanz zu beobachten sei. Die Abschaffung der Ausnahmeregelungen für B-Dienstleistungen werde, so Herr Dr. Spiegel, in der Tat kontrovers diskutiert. Die Kommission habe mit ihrem Vorschlag etwas Besseres vorschlagen wollen als das bisherige Ausnahme-Regime. Nach den Ergebnissen der ökonomischen Analyse hätten die Vergaben bei B-Dienstleistungen in der Tat einen eher geringen Anteil grenzüberschreitender Vorgänge, doch nicht viel anderes gelte faktisch auch für A-Dienstleistungen. Daher stelle sich die Frage, wie zu gewährleisten sei, dass keine rechtliche Ungleichbehandlung erfolge. Auch bestehe eine gewisse Rechtsunsicherheit, weil der EuGH sogar für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte ausgesprochen habe, dass bei Verfahren von erkennbar grenzüberschreitender Relevanz auch unterhalb der Schwellenwerte Transparenz gewährleistet werden müsse.

Um vielfältige Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, habe die Kommission es für sinnvoll gehalten, den Freiraum auszunutzen, den das Government Procurement Agreement (GPA) gebe. Im GPA gehörten die Gegenstände der B-Dienstleistungen nicht zu dem von der EU in das GPA eingebrachte Öffnungsvolumen mit Ausschreibungspflicht. Dementsprechend habe man für bestimmte – soziale – Dienstleistungen in der Richtlinie einen deutlich höheren Schwellenwert vorsehen können, was für A-Dienstleistungen nach dem soeben erst reformierten GPA rechtlich nicht möglich sei. Sehr wichtig – und sicher noch diskussionsbedürftig – seien ferner die diesbezüglichen Erläuterungen in den Erwägungsgründen, die besagen, dass der europäische Gesetzgeber für Aufträge unter 500.000 Euro davon ausgeht, dass insoweit kein Binnenmarktbezug bestehe. Dies sei ein Versuch der Kommission, so weit wie irgend möglich Rechtsicherheit für den Bereich unterhalb dieses Schwellenwerts zu schaffen, ohne in Konflikt mit dem EU-Vertrag zu geraten.

Von einem Vertreter der Rechtswissenschaft wurde auf die große Bedeutung der Inhouse-Thematik verwiesen. Dabei zitierte dieser die teils vertretene Auffassung, das größte Sparpotenzial der öffentlichen Hand liege in einer stärkeren Zusammenarbeit von Verwaltungen, was gerade in Zeiten der Krise wichtig sei. Daher könne es schädlich sein, wenn dann, wenn Möglichkeiten der Verwaltungszusammenarbeit genutzt werden sollten, das Vergaberecht im Wege stehe. Dies müsse bei der Reform bedacht werden.

Herr Dr. Spiegel berichtete dazu, wegen der Aufteilung der Ratsverhandlungen in einzelne Arbeitspakete sei das Thema der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit/Anwendungsbereich zunächst hinter die Themen „Vereinfachung“ und „Umwelt und Soziales“ zurückgestellt worden. In der Tat seien die Fragen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und zum Anwendungsbereich heftig umstritten. Darauf werde sich die Diskussion insbesondere voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2012 konzentrieren. Der von der Kommission dazu vorgeschlagene Artikel 11 sei im Wesentlichen um eine Kodifizierung der bestehenden Rechtsprechung bemüht.

Ferner wurde gefragt, was genau unter den künftig privilegierten sozialen Dienstleistungen zu verstehen sei.

Hinsichtlich der sozialen Dienstleistungen habe man, nach Herrn Dr. Spiegel, im Prinzip CPV-Codes aus dem B-Bereich in die neue Gruppe der sozialen Dienstleistungen transferiert. Dabei gehe es um das, was im bisherigen Anhang II zwei zunächst als soziale Dienstleistungen, Erziehungs- und Gesundheitsdienstleistungen mit den entsprechenden Codes geführt worden sei. Dies sei noch um eine Reihe von Codes des bisherigen Bereichs 27 ergänzt worden. Auch hierzu gebe es allerdings noch Diskussionen im Rat.

Abschließend dankte Herr Dobler Herrn Dr. Spiegel für seinen interessanten Vortrag und allen Diskussionsteilnehmern für ihre Beiträge.

Workshop 1: Mehrfachbeteiligung von Unternehmen



Moderation und Einführung

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Unter dem Titel „Mehrfachbeteiligung von Unternehmen“ widmet sich dieser Workshop einem ebenso aktuellen wie grundsätzlichen Thema. Denn es geht am Ende um die drei Grundpfeiler des europäischen und deutschen Vergaberechts, nämlich um Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz bei öffentlichen Aufträgen. Wenn sich Unternehmen in unterschiedlichen Rollen um öffentliche Aufträge bewerben, führt dies zu zahlreichen Fragen rechtstatsächlicher und vor allem rechtlicher Natur. Zu diesen gehören zum Beispiel die Folgenden:

- In welchen Erscheinungsformen tritt dieses Phänomen auf?
- Ist der vergaberechtliche Wettbewerb ein Geheimwettbewerb, wie wir ihn aus dem Kartellrecht kennen?
- Was bedeutet dies gegebenenfalls und wo liegen die Grenzen des wettbewerblichen Unabhängigkeitspostulats?
- Gibt es für bestimmte Erscheinungsformen einer Mehrfachbeteiligung eine Vermutung, dass ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorliegt?
- Wie steht es um Offenlegungspflichten und um die Darlegungs- sowie Beweislast bei der Aufklärung von unterschiedlichen Rollen eines Bieters?
- Ist die vergaberechtliche Beurteilung der Mehrfachbeteiligung konsistent zu der Beurteilung von Konzernsachverhalten im europäischen Kartellrecht sub specie der Figur der wirtschaftlichen Einheit?
- Was sind die Rechtsfolgen einer unzulässigen Mehrfachbeteiligung?

- Und durch welche Maßnahmen kann die Praxis gewährleisten, dass das unter Umständen berechnigte Anliegen einer Mehrfachbeteiligung nicht an dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs scheitert?

Diesen, aber auch zahlreichen weiteren Teilthemen der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an Vergabeverfahren wollen wir uns im Workshop zuwenden. Dafür erteile ich unseren Referenten, beides ausgewiesene und im Einzelnen daher nicht mehr vorzustellende Angehörige der Vergabe-Community, das Wort.

Workshop 1: Mehrfachbeteiligungen von Unternehmen



Einführung

Heinz-Peter Dicks

Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Beteiligen sich Konzernangehörige oder auf sonstige Weise verbundene Unternehmen an einer Ausschreibung, entsteht gewissermaßen zwangsläufig der Verdacht, dabei könnten Bieterabreden über wettbewerbsrelevante Mechanismen, insbesondere bei Preisen und deren Kalkulation, eine Rolle gespielt haben. Es kann naheliegen, solche Angebote von vorneherein von der Ausschreibung auszuschließen. Sie können den Wettbewerb verfälschen, und das soll das Vergaberecht gerade verhindern. Dennoch: Mehrfachbeteiligungen sind – auch unter der Ägide des Europarechts – wohl differenzierter zu betrachten. Es soll eine Zusammenfassung über die verschiedenen Fallgestaltungen und die Rechtsprechung (konzentriert auf höchst- und obergerichtliche Entscheidungen) gegeben werden.

I. Fallkonstellationen – Rechtsgrundlagen – Rechtsfolge – Bieterschutz

Mehrfachbeteiligungen kommen bislang in vier Fallgruppen vor:

1. Ein Unternehmen beteiligt sich mit mehreren (Haupt-)Angeboten an der Ausschreibung.

Mehrere Haupt- oder Zusatzangebote sind in Einzelfällen statthaft, so z.B. bei funktionalen Ausschreibungen oder wenn Bieter bei einer Ausschreibung von sog. Leit-, Richt- oder gleichwertigen Fabrikaten mit ihrem Angebot auf jeden Fall im

Wettbewerb bleiben wollen.¹ Dieser Fall (Variante eins) soll aus der weiteren Betrachtung ausscheiden.

2. Mehrere konzern- oder sonst verbundene Unternehmen beteiligen sich mit jeweils eigenen (Parallel-)Angeboten an der Ausschreibung (Variante zwei).
3. Ein Unternehmen reicht ein eigenes Angebot ein, ist aber zugleich an einer Bietergemeinschaft beteiligt (Variante drei).
4. Ein Unternehmen beteiligt sich an der Ausschreibung mit einem eigenen Angebot und ist zugleich Nachunternehmer (oder Vorlieferant) eines weiteren Bieters (Variante vier).

In diesbezüglichen Entscheidungen ging es stets um einen Ausschluss der betroffenen Angebote von der Ausschreibung. Die weitaus meisten Entscheidungen der OLG verhielten sich über die zweite Variante (verbundene Unternehmen). Entscheidungserheblich ist im Allgemeinen gewesen, ob in den jeweiligen Konstellationen

- bei den betroffenen Bietern Kenntnis von den Preisen eines Konkurrenzangebots,² zumindest von wesentlichen Angebotsgrundlagen oder der Kalkulation und
- eine Deckungsgleichheit der Angebotsgegenstände

bestanden hat. Dabei haben auch Vermutungswirkungen eine Rolle gespielt. Als Rechtsgrundlagen sind herangezogen worden:

- das Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 1 GWB: „Öffentliche Auftraggeber beschaffen ... im Wettbewerb“),
- § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A („Wettbewerbsbeschränkende ... Verhaltensweisen sind zu bekämpfen“),
- § 2 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A (Aufträge werden „im Wettbewerb“ vergeben),
- § 16 Abs. 1 Nr. 1 d) VOB/A (Ausschluss der Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben); gleichlautend: § 19 EG Abs. 3 f) VOL/A.

Den genannten Normen ist – als dem Wettbewerbsprinzip immanent – das vergaberrechtliche Gebot des Geheimwettbewerbs entnommen worden, dessen Kehrseite die nur von der Bieteröffentlichkeit der Submission (§ 14 Abs. 1 Satz 1 VOB/A) durchbrochene und sogar noch nach Beendigung des Vergabeverfahrens zu wahrende Vertraulichkeit der Angebote ist (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 8 VOB/A, § 17 EG Abs. 1 Satz

¹ Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.03.2011 - VII-Verg 52/10, VergabeR 2011, 598: In jenem Fall hatte ein Bieter mit einem Hauptangebot zwar abweichend vom Leistungsverzeichnis angeboten, mit zwei weiteren, ebenfalls als Hauptangeboten zu wertenden Angeboten, jedoch ein Mal das ausgeschriebene Richtfabrikat und das andere Mal ein zugelassenes gleichwertiges Fabrikat offeriert.

² Vgl. für den hier nicht behandelten Sonderfall einer gegenseitigen Offenlegung wesentlicher Teile der Angebote durch unabhängige, nicht verbundene Bieter: Thüringer OLG, Beschl. v. 06.07.2004 - 6 Verg 3/04, NZBau 2004, 629 (LS); OLG München, Beschl. v. 11.08.2008 - Verg 16/08, VergabeR 2009, 61.

1, Abs. 3 VOL/A).³ Tatsächlich ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bieter ein wesentliches und hochrangiges, sogar ein unverzichtbares, Element der Beschaffung. Nur wenn jeder Bieter die ausgeschriebenen Leistungen in Unkenntnis der Angebote, wesentlicher Angebotsgrundlagen und der Kalkulation seiner Mitbewerber anbietet, ist ein unverfälschter Bieterwettbewerb um den Zuschlag möglich.⁴

Die strenge Ausprägung, die der Geheimwettbewerb in der Rechtsprechung erfahren hat, bezweckt einerseits den Schutz der Bieter insofern, als Konkurrenten kein Einblick in die Angebotspreise oder die Kalkulation anderer Unternehmen, mithin in ihre intimsten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, erlaubt sein soll. Über diese individual-schützende Zielrichtung hinaus stellt das Gebot des Geheimwettbewerbs sicher, dass der öffentliche Auftraggeber seiner gesetzlichen Pflicht zur wirtschaftlichen Beschaffung nachkommen und die Ausschreibung ihre Funktion als Auswahlverfahren zur Ermittlung des annehmbarsten Angebots erfüllen kann.⁵ Gerade wenn der einzelne Bieter nicht weiß, welche Konditionen die Konkurrenten ihrer Preisofferte zu Grunde legen, wird er, um seine Aussichten auf den Zuschlag zu wahren, seinen Preis bis an die Rentabilitätsgrenze kalkulieren. Kennt der Bieter hingegen die Angebotsbedingungen der Konkurrenz, muss er nicht mehr potentiell günstigere Preise unterbieten, sondern braucht sein Angebot nur noch an den ihm bekannten Konditionen zu orientieren.⁶ Durch eine Zulassung solcher Praktiken würde der Ausschreibungswettbewerb zu Lasten einer wettbewerblichen und wirtschaftlichen Beschaffung der öffentlichen Auftraggeber auf lange Sicht geschädigt werden.⁷ Deshalb erfordert ein Wettbewerbsverstoß auch keine ausdrückliche oder stillschweigende Verständigung zwischen Bietern über Preise oder sonstige Konditionen. Er ist in der Regel bereits dann verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen eines konkurrierenden Angebots erstellt worden ist.⁸

³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 - Verg 52/03, VergabeR 2003, 690, 691.

⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 - Verg 52/03, VergabeR 2003, 690, 691

⁵ So auch Glahs, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, 3. Aufl., § 2 VOB/A Rn. 46.

⁶ Vgl. zum Ganzen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2006 - VII-Verg 23/06, VergabeR 2007, 229, 232; Beschl. v. 13.04.2011 - VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371, 372 f. = VergabeR 2011, 731, jeweils m.w.N.

⁷ So ist eine aus dem Kartellrecht bekannte Erfahrungstatsache, dass Durchbrechungen des Wettbewerbs geeignet sind, als Spätfolge tiefergehende Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken. Hinzuweisen ist insbesondere auf die Gefahr, dass es bei Zulassung eines Informationsaustauschs über Preise oder andere wettbewerbsrelevante Tatsachen zu einer Angleichung des Wettbewerbsverhaltens kommt (Angleichungseffekt) und/oder Konkurrenten verdrängt werden, u.a. ein vorstoßender Wettbewerb unterbleibt (Abschreckungseffekt). Dies wirkt sich langfristig gesehen auf die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung aus (vgl. dazu z.B. Diaz, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2.Aufl., Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 133; Wägenbaur, ebenda, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 243; Nordemann, ebenda, § 1 GWB Rn. 88, jeweils m.w.N.).

⁸ Thüringer OLG, Beschl. v. 19.04.2004 - 6 Verg 3/04, VergabeR 2004, 520, 521 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2006 - VII-Verg 23/06, VergabeR 2007, 229, 232.

EU-rechtlich ist bei Verstößen die Ausschlussfolge vom EuGH zwar grundsätzlich gutgeheißen,⁹ indes durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit begrenzt worden. Danach ist ein automatischer oder genereller Ausschluss betroffener Angebote unverhältnismäßig. Er läuft dem Ziel der Vergaberichtlinien zuwider, auf eine Ausschreibung möglichst viele wertbare Angebote zu erhalten und würde zu einer Schmälerung des Wettbewerbs führen.¹⁰ Nach nationalem Recht ist dies nicht anders zu beurteilen. Jedes Handeln des Staates und seiner Trabanten, auch das fiskalische, unterliegt dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Im Fall eines Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs sind in der Rechtsprechung alle davon betroffenen Angebote von der Wertung ausgeschlossen worden.¹¹ Anders als durch einen Ausschluss sämtlicher Angebote lässt sich eine Wettbewerbsverletzung objektiv auch nicht beseitigen.¹² Dabei handelt es sich um eine seit langem praktizierte einheitliche Rechtsprechungslinie der Vergabesenate der OLG.¹³

Das Gebot des Geheimwettbewerbs ist bieterschützend.¹⁴ Zu bemerken ist allerdings, dass der Verstoß dagegen nicht bereits in dem an beteiligte Bieter zu richtenden Vorwurf eines nicht wettbewerbskonformen Verhaltens, sondern erst darin zu sehen ist, dass der Auftraggeber die Verletzung des Geheimwettbewerbs nicht zum Anlass genommen hat, die betroffenen Angebote von der Wertung ausschließen (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1 d) VOB/A; § 19 EG Abs. 3 f) VOL/A). Auftraggeber, die solches nicht tun, verletzen die subjektiven Rechte und schmälern die Auftragschancen der übrigen Bieter. Dies bleibt nicht ohne Folgen für die Rügeobliegenheit (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB): Eine Rüge ist nicht schon dann erforderlich, wenn dem späteren Antragsteller die Konzernverbundenheit eines Mitbewerbers um den Auftrag bekannt ist.¹⁵ Die Rügeobliegenheit wird vielmehr erst durch die fehlerhafte Vergabeentscheidung des Auftraggebers ausgelöst, die betroffenen Angebote nicht von der Wertung ausgenommen zu haben.¹⁶

⁹ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 - C-213/07, NZBau 2009, 133 = VergabeR 2009, 146, Michaniki: Die Mitgliedstaaten (zu denen auch deren Gerichtsbarkeit zählt) dürfen weitere Ausschlussgründe vorsehen, die sicherstellen sollen, dass in Vergabeverfahren die zentralen vergaberechtlichen Grundsätze beachtet werden.

¹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 03.03.2005 - C-34/03, VergabeR 2005, 318, Fabricom; Urt. v. 19.05.2009 - C-538/07, NZBau 2009, 607 = VergabeR 2009, 756, Assitur; Urt. v. 23.12.2009 - C-376/08, VergabeR 2010, 469, Serrantoni. Siehe zu EuGH Assitur auch Hölzl, NZBau 2009, 751 (Entscheidungsbesprechung).

¹¹ Vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 - Verg 52/03, VergabeR 2003, 690, 691; Beschl. v. 27.07.2007 - VII-Verg 23/06, VergabeR 2007, 229; Thüringer OLG, Beschl. v. 19.04.2004 - 6 Verg 3/04, VergabeR 2004, 520, 522.

¹² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.06.2002 - Verg 18/02, BA 36.

¹³ Siehe dazu die nachstehenden Rechtsprechungsnachweise.

¹⁴ Vgl. Thüringer OLG, Beschl. v. 19.04.2004 - 6 Verg 3/04, VergabeR 2004, 520, 522; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 - VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371 = VergabeR 2011, 731 m.w.N. Nach § 97 Abs. 7 GWB haben prinzipiell sämtliche Bestimmungen über das Vergabeverfahren Bieterschutzfunktion.

¹⁵ So zur Rüge nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB freilich OLG Dresden, Beschl. v. 28.03.2006 - WVerG 4/06, VergabeR 2006, 793, 797.

¹⁶ So richtigerweise OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.03.2004 - 11 Verg 4 und 5/04.

II. Die einzelnen Fallkonstellationen

1. Beteiligung konzernverbundener Unternehmen mit jeweils eigenen (Parallel-)Angeboten (Variante zwei)

- a) Zu verstehen sind darunter Mehrfachbeteiligungen in der Form von Parallelangeboten durch Mutter- sowie Tochter- oder Enkelunternehmen. Unter diesem Aspekt können auch die Angebote von Schwesterunternehmen, wenn sie einer konzernmäßigen Leitung unterstehen, in den Blick zu nehmen sein. Nachdem diese Erscheinungsformen – vielleicht auch durch Entscheidungen der Vergabesenate gefördert – in den Jahren 2006 bis 2011 praktisch zum Erliegen, jedenfalls nicht mehr bis vor die OLG gekommen waren, ist das Problem vor allem durch Krankenkassenausschreibungen¹⁷ erneut virulent geworden und hat im Jahr 2011 zu einer ganzen Reihe von Entscheidungen geführt. Dabei muss es der Auftraggeber keineswegs immer zu Mehrfachbeteiligungen kommen lassen. Konzernangebote oder solche verbundener Unternehmen, womit eine Verbundenheit im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB gemeint ist,¹⁸ können – sofern dafür sachlich gerechtfertigte Gründe sprechen – mit dem Mittel der Loslimitierung vermieden oder jedenfalls begrenzt werden.¹⁹ Loslimitierungen erfreuen sich zwar keines ungeteilten Zuspruchs.²⁰ Die Kritik vernachlässigt indes das Bestimmungsrecht des Auftraggebers, unter anderem auch durch eine Beschränkung von Losbeteiligungen die Regularien der Ausschreibung festzulegen. Demzufolge hat das OLG Düsseldorf unlängst die vergaberechtliche Zulässigkeit von Loslimitierungen bekräftigt.²¹
- b) War die Rechtsprechung bei Parallelangeboten verbundener Unternehmen anfangs noch von einer gewissen Zurückhaltung geprägt,²² haben die OLG bald zu einer entschiedeneren Gangart gefunden. So hat das Thüringer OLG vorhandenen Indizien entnommen, dass die Verantwortung für die inhaltliche Ausarbeitung der

¹⁷ Insbesondere bei der Ausschreibung von Rabattverträgen nach § 130a SGB V.

¹⁸ Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 AktG oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, sind die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen. § 36 Abs. 2 GWB ist infolge der Verweisung auf das AktG keineswegs nur auf Aktiengesellschaften, sondern auf Unternehmen jedweder Gesellschaftsform oder Inhaberschaft, sogar auch auf ausländische Unternehmen, anzuwenden; vgl. z.B. BGH, WuW/E BGH 1655, 1656, Zementmahanlage II; KG, WuW/E OLG 5907, 5909, Rheinpfalz / Medien Union.

¹⁹ Die Zulässigkeit von Loslimitierungen haben z.B. bejaht: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2000 - Verg 6/00, NZBau 2000, 440, Euro-Münzplättchen; OLG Dresden, Beschl. v. 12.04.2007 - WVerg 4/07; LSG NRW, Beschl. v. 26.03.2009 - L 21 KR 26/09 SFB, BeckRS 2009, 61379.

²⁰ Vgl. beispielhaft die Kritik von Kus, in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 97 Rn. 70; Otting/Tresselt, VergabeR 2009, 584; Ziekow, in ders./Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 61.

²¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.12.2011 - VII-Verg 99/11, BeckRS 2012, 02841.

²² Vgl. z.B. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.03.2004 - 11 Verg 4 und 5/04 (Erforderlichkeit eines gesicherten Nachweises einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede, hohe Anforderungen, keine Vermutungswirkung). In den vom OLG Dresden, Beschl. v. 28.03.2006 - WVerg 4/06, VergabeR 2006, 793, 797, und vom OLG Celle, Beschl. v. 13.12.2007 - 13 Verg 10/07, entschiedenen Fällen war eine Unternehmensverbindung dagegen noch nicht rechtlich wirksam geworden oder hatte bei Ausarbeitung der Angebote noch nicht bestanden.

Angebote zweier Bieter bei ein und derselben Person konzentriert gewesen sei und hat die betroffenen Angebote ausgeschlossen.²³

Das OLG Düsseldorf hat 2006 in einem Fall, in dem es um eine Belieferung der Bundeswehr mit Kampfschuhen ging, und Mutter- und Tochterunternehmen, mithin herrschendes und abhängiges Unternehmen (§ 36 Abs. 2 Satz 1 GWB, § 17 AktG), Parallelangebote eingereicht hatten, auf die hier erörterte Konstellation eine nach den Tatumständen von den betroffenen Bietern²⁴ nicht widerlegte Vermutung einer Störung des Geheimwettbewerbs angewandt.²⁵ Die Übereinstimmungen gingen so weit, dass in den Angeboten sogar dieselben Rechtschreibfehler begangen worden waren.

Nachdem die Entscheidungsfolge unterbrochen war, hatte sich im Jahr 2011 das OLG München erneut mit Parallelangeboten verbundener Unternehmen zu befassen.²⁶ Der Vergabesenat des OLG München hat für anstößig – und den Ausschluss beider Angebote rechtfertigend – gehalten, dass die Bieter wechselseitig Kenntnis von den jeweiligen Angeboten (zumindest wesentlicher Teile davon) hatten. Dafür hat er als unumstößlich zu wertende Beweisanzeichen herangezogen.²⁷

Ebenfalls im Jahr 2011 sind zur hier behandelten Fallkonstellation mehrere Entscheidungen des OLG Düsseldorf ergangen, in denen die Vermutungsregel einer Verletzung des Geheimwettbewerbs vertieft worden ist, so:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 - VII-Verg 4/11,²⁸ dessen Kernaussagen zu Parallelbeteiligungen von Konzerntöchtern (Schwesterunternehmen mit personellen und räumlichen Verflechtungen) darin bestehen:

Allein die konzernmäßige Verbundenheit (im entschiedenen Fall eine solche nach § 36 Abs. 2 GWB, § 18 AktG) begründet die widerlegbare und von den betroffenen Bietern zu entkräftende Vermutung eines Wettbewerbsverstoßes. Des Nachweises einer Kenntnis des Konkurrenzangebots (oder wesentlicher Teile davon), inhaltlicher Übereinstimmungen zwischen den Angeboten und/oder personeller, räumlicher oder infrastruktureller Verflechtungen bedarf es dazu nicht. Diese sind nur insofern relevant, als sie einer Widerlegung der Vermutung entgegenstehen kön-

²³ Thüringer OLG, Beschl. v. 19.04.2004 - 6 Verg 3/04, VergabeR 2004, 520.

²⁴ Diese waren als Antragsteller und Beigeladene beide am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligt.

²⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2006 - VII-Verg23/06, VergabeR 2007, 229 (neben gemeinsamen Büroräumen und mehrfachen personellen Verflechtungen fanden sich in den Angeboten mehrere inhaltliche Übereinstimmungen, die so weit gingen, dass sogar dieselben Rechtschreibfehler begangen worden waren; zudem war die Mutter Vorlieferantin der Tochter).

²⁶ OLG München, Beschl. v. 17.01.2011 - Verg2/11, BeckRS 2011, 01466 = ZfBR 2011, 382 (Eilentscheidung nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB).

²⁷ Z.B. ein und derselbe Geschäftsführer, wechselseitige Benennung als Nachunternehmer; Leistungsverzeichnisse von selber Hand ausgefüllt.

²⁸ NZBau 2011, 371 = VergabeR 2011, 731; vgl. dazu auch: Mager/von der Recke, NZBau 2011, 541 sowie Boldt/Zerwell, VergabeR 2012, 9.

nen. Im entschiedenen Fall war die Vermutungswirkung indes mit Erfolg entkräftet worden.

OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11.05.2011 - VII-Verg 1/11 und VII-Verg 8/11.²⁹ Die betroffenen Konzernunternehmen legten zwar im Einzelnen dar, welche verschiedenen Personen mit der Bearbeitung der Angebote befasst gewesen waren und welche unterschiedlichen und sich nicht überschneidenden Aufgaben diese gehabt hatten. Personelle Schnittstellen ergaben sich daraus nicht. Die Unternehmen agierten auch räumlich voneinander getrennt. Außerdem bestanden Anweisungen, die Einflussnahmen auf einen ungehinderten Wettbewerb untersagten. Gegenseitige Geheimhaltung wurde von Zeugen bestätigt. Trotzdem waren die betroffenen Unternehmen aber so ehrlich einzuräumen, dass ihre Angebotskalkulationen im fraglichen Zeitraum auf einem gemeinsam benutzten Computerserver abgelegt und beiderseits ungehindert zugänglich, also nicht gegen fremden Datenzugriff gesichert waren. Infolgedessen waren unternehmensintern errichtete „Chinese walls“ an einer entscheidenden Stelle durchbrochen und war infolgedessen die Vermutungswirkung im Ergebnis nicht widerlegt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.09.2011 - VII-Verg 63/11³⁰. In diesem Fall ging es um mögliche Schnittstellen konzernverbundener Unternehmen bei der Inanspruchnahme einer gemeinsamen Logistikstruktur sowie einer Konzern-Rechtsabteilung. Während die Nutzung der Logistik unproblematisch erschien (weil sie den konzernangehörigen Unternehmen – ohne einen Raum für eine eigenständige Kalkulation zu belassen – keine Kenntnis von wesentlichen Angebotsbestandteilen vermittelte), erforderte die Schnittstelle bei der Rechtsabteilung eine eingehendere Befassung, die im Entscheidungsfall jedoch dazu führte, dass der Senat die Vermutung einer Verletzung des Geheimwettbewerbs als widerlegt angesehen hat. Der Konzern hatte ausreichende Vorkehrungen dagegen getroffen, dass kalkulationsrelevante Informationen unmittelbar oder mittelbar an andere Konzerngesellschaften fließen konnten. Ohnedies wird eine Konzern-Rechtsabteilung im Allgemeinen nur in Bezug auf von den Ausschreibungsbedingungen aufgeworfene Rechtsfragen zugezogen. Kalkulationsrelevante Tatsachen werden ihr in der Regel nicht bekannt (sie müssen bei einem dahingehenden Prüfungsauftrag auch nicht offenbart werden) und können über die Rechtsabteilung dementsprechend ebenso wenig im Konzern weitergereicht werden. Unterstützend schützte im Streitfall die Verpflichtung der Mitarbeiter der Rechtsabteilung zur Verschwiegenheit davor, dass andere konzernangehörige Unternehmen von Angebotsinhalten erfuhren.

²⁹ Beides Kostenentscheidungen nach Hauptsacheerledigung. Dieselben Konzernunternehmen hatten sich an zwei Krankenkassenausschreibungen beteiligt.

³⁰ Entscheidung nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB; Vorinstanz: 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 27.06.2011 - 1 VK-66/11. Vgl. dazu auch Boldt/Zerwell, VergabeR 2012, 9, 13, 15.

Eine andere Beurteilung kann indes geboten sein, wenn die Rechtsabteilung an der Prüfung der Beanstandung ungewöhnlich niedriger Preise eines Konzernunternehmens beteiligt wird. Dann erlangt sie sogar vertiefte Kenntnisse von der Kalkulation, welche – auch unwillkürlich – in die Beratung eines anderen konzernangehörigen Unternehmens einfließen können. Genauso kann die Kenntnis der Preise eines anderen konzernangehörigen Unternehmens die Beratung des anfragenden Konzernunternehmens beeinflussen. Trotzdem: Einen Einfluss auf die Preisangebote bei der konkreten Ausschreibung kann die Befassung der Rechtsabteilung nicht (mehr) haben, wenn die Angebote bereits abgegeben worden sind und diese ohne Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot (§ 15 Abs. 3 VOB/A; § 18 EG Satz 2 VOL/A) nicht mehr geändert werden können. Jedoch können die an der Schnittstelle der Rechtsabteilung einmal erlangten Kenntnisse bei späteren Ausschreibungen weitergegeben und von dem um eine Beratung nachsuchenden Konzernunternehmen verwendet werden.³¹ Ob in einem solchen Fall allein eine Schweigepflicht der Mitarbeiter der Rechtsabteilung den Geheimwettbewerb ausreichend sichert, kann fraglich sein. Im Streitfall stellte sich dieses Problem indes nicht, weil ungewöhnlich niedrige Preise nicht behauptet worden waren.

- c) Einschließlich der in Fußnote 22 erwähnten sind zur zweiten Variante insgesamt zehn Entscheidungen der OLG aufzufinden gewesen. Zu den beiden folgenden Varianten ist in einem weitaus geringerem Umfang judiziert worden. Dies lässt die praktische Relevanz einer Mehrfachbeteiligung von konzernverbundenen Unternehmen erkennen, wobei mit Rücksicht auf die als gefestigt zu betrachtende und in der Literatur geteilte³² Rechtsprechung an dieser Stelle nicht die rechtsdogmatischen Grundlagen problematisiert werden sollen,³³ sondern sich eher die Frage stellt, auf welche Weise betroffene Unternehmen die „Ausschlussfälle“ des Geheimwettbewerbs zwar nicht rechtlich umgehen, aber vermeiden können – dazu später.

In rechtlicher Hinsicht verknüpft die vergaberechtliche Rechtsprechung mit dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB sowie der §§ 17, 18 AktG³⁴ bei Parallelangeboten eine Vermutungswirkung. Bei herrschenden

³¹ OLG Düsseldorf a.a.O.

³² Vgl. beispielhaft Brauer, in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. § 97 GWB Rn. 12; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., § 97 GWB Rn. 10; Dreher, in ders./Stockmann, Kartellvergaberecht, § 97 GWB Rn. 20.

³³ Natürlich kann man die Frage stellen, weshalb einem Unternehmen erlaubt sein soll, ggf. mehrere (Haupt-)Angebote einzureichen (siehe oben unter I.1.), während konzernangehörige Unternehmen, die nach § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB als einheitliches Unternehmen anzusehen sind, dazu (jedenfalls grundsätzlich) nicht befugt sein sollen (oder Erschwerungen unterliegen). Der Unterschied liegt in den konkreten Fallgestaltungen. Im erstgenannten Fall tritt tatsächlich lediglich ein Unternehmen als Bieter in Konkurrenz zu Wettbewerbern auf. Eine wettbewerbsverfälschende Wirkung ist davon nicht zu besorgen. Bei Parallelangeboten konzernangehöriger Unternehmen tun die Bieter indes nur so, als würden unabhängige Angebote abgegeben. Sie treten äußerlich als Konkurrenten auf, tatsächlich sind sie es jedoch nicht. Im bloßen Scheinwettbewerb liegt die Wettbewerbsverfälschung.

³⁴ Vgl. insoweit Fn. 18.

und abhängigen Unternehmen (§ 17 AktG), genauso bei Konzernabhängigkeiten (z.B. von Schwesterunternehmen) oder einer einheitlichen Unternehmensleitung (§ 18 AktG), sind die betroffenen Unternehmen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB als ein einheitliches Unternehmen anzusehen. Die Vorschrift verleiht den zugrundeliegenden Sachverhalten eine – von der Lebenserfahrung bestätigte – Typizität. Bei Parallelangeboten der genannten Unternehmen ist es so zu betrachten, als seien sie lediglich von einem Unternehmen abgegeben worden. Dann sind bei jenem Unternehmen die von abhängigen oder konzernangehörigen Unternehmen unterbreiteten Angebote als bekannt vorauszusetzen. Dafür, dass herrschende Unternehmen oder einheitliche Unternehmensleitungen im Rahmen einer Konzernstrategie Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Inhalt von Angeboten haben und diese ausnutzen, spricht die Erfahrung. Dies begründet prima facie den Verstoß gegen das Prinzip des Geheimwettbewerbs. Dabei handelt es sich um eine sog. tatsächliche Vermutung.³⁵ Jedwede Vermutung ist im Prozess jedoch nur vorläufiger, d.h. widerlegbarer Natur. Betroffene Bieter haben drei Möglichkeiten, sich dagegen zu verteidigen,³⁶ wozu ihnen spätestens im Nachprüfungsverfahren, und zwar unter dem Gebot der Gewährleistung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG, richtigerweise vom Auftraggeber aber auch schon im Vergabeverfahren Gelegenheit zu geben ist:

- Sie können die Vermutungsgrundlage bestreiten (mit der Folge, dass der Auftraggeber diese nachzuweisen hat). Die Vermutungsgrundlage besteht im Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 2 GWB sowie der §§ 17, 18 AktG. Darüber werden im Streitfall die beizuziehenden Handelsregisterakten Aufschluss geben.³⁷
- Bieter können auch die Vermutungsfolge (die Regelvermutung) entkräften. Praktisch gesehen hat der Bieter dann einen Sachverhalt darzulegen (und notfalls zu beweisen), bei dem Vorkehrungen gegen unzulässige Einflussnahmen auf den Wettbewerb oder Kenntniserlangung getroffen worden sind, und bei dessen Vorliegen die tatsächliche Vermutung nicht mehr „funktioniert“ (sog. Erschütterungsdarlegung und -beweis).³⁸ Diese Verteidigungsvariante hat hohe Praxisrelevanz. Auch verbundene oder konzernabhängige Unternehmen können bei der Beteiligung an Ausschreibungen über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen. Soweit in Entscheidungen davon die Rede ist, Bieter hätten die für eine Wettbewerbsverletzung sprechende Vermutung „widerlegt“ oder „nicht widerlegt“, ist in der Sache stets auf eine Entkräftung der Vermutung abgestellt worden. Gelingt der Erschütterungsbeweis, obliegt dem Auftraggeber der im Allgemeinen

³⁵ Um eine Rechtsvermutung (wie z.B. in § 1006 Abs. 1 BGB) geht es nicht, weil diese einer – hier nicht vorhandenen – gesetzlichen Anordnung bedarf.

³⁶ Vgl. dazu BGHZ 8, 239, 240 = NJW 1953, 584; BGH NJW 1969, 277; NJW 1978, 2032, 2033.

³⁷ Vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 28.03.2006 - WVerg 4/06, VergabeR 2006, 793, 797; OLG Celle, Beschl. v. 13.12.2007 - 13 Verg 10/07.

³⁸ Siehe dazu im Einzelnen BGHZ 8, 239, 240 = NJW 1953, 584; BGH NJW 1969, 277; NJW 1978, 2032, 2033.

schwierig zu führende volle Nachweis einer Verletzung des Geheimwettbewerbs, mithin einer wechselseitigen Kenntnis der Angebote oder der wesentlichen (Kalkulations-)Grundlagen.

- Schließlich können Bieter die Vermutung eines Wettbewerbsverstoßes auch direkt (im Sinn eines Gegenbeweises) widerlegen, wobei sie die Feststellungs- oder Beweislast trifft. Auch dieser Beweis ist in der forensischen Praxis nur schwer zu führen.

2. Beteiligung eines Unternehmens mit eigenem Angebot und gleichzeitig als Mitglied einer Bietergemeinschaft (Variante drei)

- a) Bei der Eingehung von Bietergemeinschaften stellt das Kartellverbot des § 1 GWB, genauso das des Art. 101 Abs. 1 AEUV, im Ergebnis kein unüberwindbares rechtliches Hindernis dar.³⁹ Die Absprache einer Zusammenarbeit durch Einreichen eines gemeinsamen Angebots im Vergabeverfahren (und die damit in der Regel kombinierte Vereinbarung einer Arbeitsgemeinschaft für den Fall des Zuschlags – beides führt zu einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft im Sinn des § 705 BGB),⁴⁰ ist im Prinzip zwar eine Wettbewerbsbeeinträchtigung,⁴¹ noch dazu, wenn sich die Beteiligten, wie nicht selten, im Vertrag gegenseitig verpflichten, von eigenen Angeboten abzusehen und/oder mit anderen Unternehmen nicht zusammenzuarbeiten.⁴² Gehören die beteiligten Unternehmen unterschiedlichen Branchen an, und besteht infolgedessen zwischen ihnen kein potentieller Wettbewerb, ist eine Bietergemeinschaft kartellrechtlich unbedenklich, weil es dann zu keiner Wettbewerbseinschränkung kommen kann.⁴³ Eine Bietergemeinschaft ist aber auch dann wettbewerbsunschädlich, wenn die Beteiligten aktuelle oder potentielle Wettbewerber sind, sofern – objektiv – die beteiligten Unternehmen ein jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenen Angebot aufgrund ihrer betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse (z.B. mit Blick auf Kapazitäten und deren anderweitige Bindung, finanzielle Ressourcen, technische Einrichtungen und/oder fachliche Kenntnisse) nicht leistungsfähig sind, und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran wirtschaftlich erfolgversprechend mit einem zusätzlichen Angebot zu beteiligen. In einem solchen Fall wird durch die Zusammenarbeit der Wettbewerb nicht beschränkt, sondern aufgrund des gemeinsamen Angebots gefördert.⁴⁴ Die in der Rechtspre-

³⁹ Vgl. zum Ganzen Lübbig, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 8 Rn. 228 m.w.N.

⁴⁰ Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 705 BGB Rn. 37 m.w.N.

⁴¹ Je nach Lage des Falles kann dafür das Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle freilich noch eine Rolle spielen; vgl. dazu Lübbig a.a.O. Rn. 229 m.w.N.

⁴² In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bleibt zu untersuchen, ob die beteiligten Unternehmen zu solcher Enthaltensamkeit, und zwar aus dem Zweck der Gesellschaft heraus, nicht ohnehin verpflichtet sind.

⁴³ Vgl. Lübbig a.a.O. Rn. 228.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 13.12.1983 – KRB 3/83, WuW/E BGH 2050, 2051, Bauvorhaben Schramberg; Urt. v. 05.02.2002 – KZR 3/01, WuW/E DE-R 876, 878, Jugend- und Nachtfahrten; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2005 - VII-Verg 68/04, BA 10 ff.

chung erörterte Fragestellung, ob die Zusammenarbeit eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Verhaltens liegende Unternehmensentscheidung darstellt,⁴⁵ ist nicht als Einführung einer subjektiven Prüfungskomponente zu verstehen, mit der Folge, dass schon subjektive Unternehmensentscheidungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots hinausführen. Es bleibt danach zwar zu berücksichtigen, ob der Eingehung einer Bietergemeinschaft kaufmännisch vernünftige und zweckmäßige Überlegungen zugrunde liegen, doch sind diese anhand objektiver Kriterien auf ihre Rechtfertigung zu überprüfen.⁴⁶ In einem so zu verstehenden Sinn sind Bietergemeinschaften in Vergabeverfahren von der Rechtsprechung der OLG gebilligt worden.⁴⁷

- b) Mit der konkreten Fragestellung – Einzelangebot aus einer Bietergemeinschaft heraus – hatten folgende Entscheidungen der Vergabesenate zu tun:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003 - Verg 8/03 (Sachverhalt verkürzt)⁴⁸:

Bei einem Straßenbauvorhaben hatte die Bietergemeinschaft aus den Unternehmen H, R, K und Z auf beide ausgeschriebenen Lose geboten (Fahrbahn und Lärmschutz).

Daneben bot die Bietergemeinschaft aus H und R gesondert auf Los 1 (Fahrbahn) und Z vereinzelt auf Los 2 (Lärmschutz).

Das OLG Düsseldorf hat das auf die Lärmschutzanlagen beschränkte Angebot des Bieters Z für unbedenklich gehalten – obwohl Z innerhalb der erstgenannten Bietergemeinschaft die Lärmschutzarbeiten ausführen sollte. Es bestand aber keine Deckungsgleichheit zwischen den Angebotsgegenständen. Ebenso wenig war festzustellen, dass Z wesentliche Teile des Angebots der Bietergemeinschaft aus H, R, K und Z bekannt waren.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.09.2003 - Verg 52/03⁴⁹:

Im Streitfall hatte sich der Antragsteller aus einer Bietergemeinschaft heraus mit einem deckungsgleichen, in vollem Umfang mit dem Angebot der Bietergemeinschaft konkurrierenden Angebot um den Zuschlag beworben. Dies ist für unstatthaft erachtet worden. Der Antragsteller kannte das Angebot der Bieter-

⁴⁵ BGH Urst. v. 05.02.2002 – KZR 3/01, WuW/E DE-R 876, 878, Jugend- und Nachtfahrten; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011 - VII-Verg 35/11, NZBau 2012, 252, 254

⁴⁶ Vgl. BGH Urst. v. 07.07.1992 – KZR 2/91, WuW/E BGH 2777, 2779, Freistellungsende bei Wegenutzungsrecht; OLG Düsseldorf Beschl. v. 02.11.2005 – VI-Kart. 30/04 (V), insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-R 1625, 1630 f.

⁴⁷ Vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 27.06.2003 - 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581; OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000, 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.06.2004 - VI-W (Kart) 13/04; Beschl. v. 09.11.2011 - VII-Verg 35/11, NZBau 2012, 252, 254; Beschl. v. 11.11.2011 VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255, 256; vgl. dazu auch Jäger/Graef, NZBau 2012, 213. Die grundsätzliche Frage, ob und ggf. in welchem Umfang solche genuin kartellrechtlichen Prüfungen von den Vergabenachprüfungsinstanzen überhaupt anzustellen sind, soll hierbei ausgeklammert bleiben, weil sie den Rahmen des Beitrags sprengte.

⁴⁸ VergabeR 2003, 461.

⁴⁹ VergabeR 2003, 690.

gemeinschaft. Er konnte deren Kalkulation für sein eigenes Angebot verwerten. Aufgrund dessen war der Geheimwettbewerb nicht mehr gewährt.⁵⁰

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.09.2004 - VI-W (Kart) 24/04⁵¹:

Auch in diesem Fall hatte sich der Antragsteller parallel zu der Bietergemeinschaft, der er angehörte, mit einem Angebot für ein und dieselbe Leistung an der Ausschreibung beteiligt, was zum Angebotsausschluss führte.

OLG München, Beschluss vom 28.04.2006 - Verg 6/06:

Im Unterschied zu den vorgenannten Beschlüssen des OLG Düsseldorf betrifft dieser Entscheid eine Mehrfachbeteiligung in dem einem Verhandlungsverfahren vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb. Das OLG München hat im konkreten Fall keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulassung einer Doppelbewerbung trotz Mitgliedschaft in einer Bewerbergemeinschaft erkannt. Zwar verbiete die Vergabeordnung wegen der Gefahr einer unzulässigen Abstimmung von Angeboten, die im Sinne des Wettbewerbs konkurrieren sollen, grundsätzlich eine Abgabe von Angeboten sowohl als Einzelbieter als auch innerhalb einer Bietergemeinschaft. Jedoch gehe es im Teilnahmewettbewerb nicht um eine Bewertung von Angeboten, sondern um die Auswahl von Teilnehmern, mit denen in einem zweiten Schritt die Auftragsbedingungen verhandelt werden. Ferner stehe die Antragstellerin in keiner Konkurrenz zu der Bewerbergemeinschaft. Zwischen ihr und den übrigen Mitgliedern der Beratergemeinschaft bestehe eine klare Aufgabentrennung. Während die Antragstellerin ausschließlich die Rechtsberatung gemäß Los 3 übernehmen könne, stünden ihre Partner nur für die technische und wirtschaftliche Beratung nach Los 2 und 3 zur Verfügung. Die Gefahr einer vergaberechtlich unzulässigen Wettbewerbsverzerrung sei bei dieser Konstellation nicht gegeben. Auch das OLG München hat demnach auf eine Deckung der (künftigen) Angebotsgegenstände abgestellt.

- c) Zusammenfassend: In den Gründen der angesprochenen Entscheidungen sucht man vergebens nach einer Vermutungswirkung. Sie spielt genau betrachtet aber auch bei der Variante drei noch eine Rolle. Nach dem übereinstimmenden Tenor der Entscheidungen soll es darauf ankommen, ob zwischen den Angeboten der Bietergemeinschaft und dem ihres Mitglieds objektiv eine gegenständliche Deckung besteht (Parallelangebot). Trifft dies zu, ist tatsächlich zu vermuten, dass

⁵⁰ In einer Anmerkung zu Thüringer OLG, Beschl. v. 19.04.2004 - 6 Verg 3/04, hat Olaf Jaeger, VergabeR 2004, 523, 524, freilich grundsätzlich nicht für anstößig befunden, wenn ein Bieter, dem im ARGE-Vertrag nicht untersagt ist, ein eigenes Angebot abzugeben, seine vom Angebot der ARGE erworbene Kenntnis bei einem eigenen Angebot verwertet.

⁵¹ VergabeR 2005, 117 - eine Entscheidung des Kartellsenats des OLG Düsseldorf, nicht des Vergabesenats.

der Einzelbieter das Preisangebot der Bietergemeinschaft kennt,⁵² und müssen unter der Voraussetzung, dass die Bietergemeinschaft das konkurrierende Angebot ihres Mitglieds zugelassen hat, beide Angebote aus dem Wettbewerb ausscheiden.⁵³ Jedoch ist dem Mitglied der Bietergemeinschaft deren Angebot nicht zwingend in allen Fällen inhaltlich bekannt. Dies lässt Raum für eine Entkräftung oder Widerlegung der Vermutung.

Ist umgekehrt aus der Bietergemeinschaft heraus kein deckungsgleiches, sondern vom Mitglied ein auf seine Leistungen in der Bietergemeinschaft beschränktes Einzelangebot eingereicht worden, ist dieses grundsätzlich zugelassen.⁵⁴ In solchen Fällen ist eine Kenntnis vom Angebot der Bietergemeinschaft im Normalfall nicht zu vermuten. Dies kann sich indes anders darstellen, sofern das Mitglied der Bietergemeinschaft wesentliche Teile (unter Umständen den Hauptteil) der Leistung ausführen soll und ihm infolgedessen mindestens wichtige Kalkulationsgrundlagen des Angebots der Bietergemeinschaft bekannt sind.

Eine Zulassung von (Teil-)Angeboten aus einer Bietergemeinschaft heraus ist vereinzelt kritisiert worden.⁵⁵ Dies begründe die Gefahr, dass sich die Mitglieder einer Bietergemeinschaft gegenseitig „austricksten“, indem Einzellose in Mitgliederangeboten günstiger offeriert werden könnten als im Angebot der Bietergemeinschaft. Dadurch werde Bietergruppen ermöglicht, in verschiedenen Preisvarianten anzubieten. Dagegen ist im Prinzip freilich nichts einzuwenden, wenn es denn einer wirtschaftlichen Beschaffung dient. Davon abgesehen können sowohl Auftraggeber⁵⁶ als auch Bietergemeinschaften⁵⁷ Einzelangebote von Gemeinschaftsmitgliedern ausschließen und dadurch eine von Wirtschaftsteilnehmern oder vom Auftraggeber selbst so empfundene Störquelle beseitigen.

⁵² In diese Richtung gehen auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 - Verg 52/03, VergabeR 2003, 690, 691 (unter 1)); Beschl. v. 13.09.2004 - VI-W (Kart) 24/04, VergabeR 2005, 117, 118 (unter 1. und 2.a); zustimmend Leinemann, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.05.2003 - Verg 8/03, in VergabeR 2003, 467, 468. Die damalige Auffassung der Entscheidung vom 13.09.2004, wonach der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, den betroffenen Bietern im Wege einer Aufklärung Gelegenheit zur Entkräftung der Vermutung zu geben, ist infolge der Urteile des EuGH Fabricom (Urt. v. 03.03.2005 - C-34/03, VergabeR 2005, 318), Assitur (Urt. v. 19.05.2009 - C-538/07, NZBau 2009, 607 = VergabeR 2009, 756) und Serrantoni (Urt. v. 23.12.2009 - C-376/08, VergabeR 2010, 469) inzwischen hingegen überholt.

⁵³ Ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.09.2004 - VI-W (Kart) 24/04, VergabeR 2005, 117, 118.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 - Verg 52/03, VergabeR 2003, 690, 691, 692.

⁵⁵ Leinemann, VergabeR 2003, 467, 468 (Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.05.2003 - Verg 8/03, VergabeR 2003, 461).

⁵⁶ EuGH 23.12.2009 - C-376/08, VergabeR 2010, 469, Serrantoni: Es darf vom Auftraggeber von vorneherein strikt untersagt werden, sich sowohl als Mitglied einer Bietergemeinschaft als auch als Einzelunternehmen an einem Vergabeverfahren zu beteiligen.

⁵⁷ Siehe oben unter a).

3. Beteiligung eines Unternehmens mit eigenem Angebot und gleichzeitig als Nachunternehmer (oder Vorlieferant) beim Angebot eines anderen Bieters (Variante vier)

Ein Einsatz desselben Nachunternehmers in den Angeboten mehrerer Bieter ist vergaberechtlich im Grundsatz unbedenklich. Dies kann bei hochspezialisierten Leistungen, die auf dem sachlich und räumlich einschlägigen Markt lediglich von wenigen Anbietern, gegebenenfalls nur von einem Anbieter, erbracht werden können, relevant werden.⁵⁸ Auch kann man sich fragen, ob eine solche Mehrfachbeteiligung Bieter nicht auch erst einmal bekannt sein muss.

Zu diesem Problemkreis sind im Wesentlichen folgende Entscheidungen zu nennen:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2006 - VII-Verg 10/06⁵⁹:

An einer Ausschreibung von Postdienstleistungen beteiligten sich die Beigeladenen zu 1 und 3 mit Parallelangeboten, wobei die Beigeladene zu 3 bei der Auslieferung von Zustellungen, einem Teilbereich der ausgeschriebenen Leistungen, als Nachunternehmer der Beigeladenen zu 1 tätig werden sollte. Dies ist vom Vergabesenat nicht beanstandet worden, mit der Begründung: Zwar sei der Beigeladenen zu 1 in Gestalt der Nachunternehmerleistungen eine Kostenposition aus dem Angebot der Beigeladenen zu 3 bekannt. Doch sei der Geheimwettbewerb infolgedessen nicht außer Kraft gesetzt worden, weil der Beigeladenen zu 3 in ihrem eigenen Angebot bei Kosten und Gewinn wesentliche Kalkulationsspielräume verblieben seien. Dass dies anders zu beurteilen ist (und zwar im Sinn eines Ausschlusses der Angebote), falls ein Bieter bei der gesamten Leistung Vorlieferant eines anderen Bieters ist, steht außer Frage.⁶⁰

Durch Beschluss vom 29.08.2008 - 9 Verg 5/08 - hat auch das Thüringer OLG gutgeheißen, dass ein Bieter Nachunternehmer bei weiteren Bieter sein sollte. Der Vergabesenat hat ausgeführt, dem als Nachunternehmer fungierenden Bieter sei lediglich der von den weiteren Bieter zu berücksichtigende Subunternehmerpreis bekannt gewesen, mithin ein bloßer, den Unterauftrag betreffender Ausschnitt aus der Kalkulation, nicht aber deren Angebotspreis. Bei den Angebotspreisen hätten eigenständige Kalkulationsspielräume bestanden.

Im selben Sinn hatte sich vorher bereits das KG durch Beschluss vom 13.03.2008 – 2 Verg 18/07 – geäußert⁶¹: Dass sich der Nachunternehmer eines Bieters daneben mit einem eigenen Angebot beteilige, sei zulässig. Denn der Bieter, der sich des Nachunternehmers bediene, könne durch dessen Beteiligung in seiner Kalkulation nicht be-

⁵⁸ Vgl. u.a. KG, Beschl. v. 13.03.2008 - 2 Verg 18/07, NZBau 2008, 466 = VergabeR 2008, 863; Thüringer OLG, Beschl. v. 29.08.2008 - 9 ,Verg 5/08.

⁵⁹ NZBau 2006, 810. Eine außerdem erörterte Unternehmensverbindung nach § 36 Abs. 2 GWB, §§ 17, 18 AktG war in dieser Entscheidung im Übrigen nicht festgestellt worden.

⁶⁰ Vgl. zu einem derartigen Fall OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2007 - VII-23/06, VergabeR 2007, 229 (Bundeswehr-Kampfschuhe).

⁶¹ NZBau 2008, 466 = VergabeR 2008, 863.

einflusst werden. Auch kenne der Nachunternehmer die Kalkulation des Konkurrenten (seines potentiellen Unterauftraggebers) nur in Bezug auf den vom Unterauftrag betroffenen Leistungsteil.

In dem durch Beschluss des OLG Düsseldorf vom 09.04.2008 – VII-Verg 2/08⁶² – entschiedenen Fall ging es um eine Herstellung von WAN-Verbindungen.⁶³ Der Antragsteller und Q hatten sich mit Parallelangeboten um den Auftrag beworben. Der Antragsteller hatte im Schmalbandbereich Q als Nachunternehmer eingesetzt. Im Angebot der Q hingegen sollte der Antragsteller im Breitbandbereich Nachunternehmer sein. Das OLG Düsseldorf hat daran keinen Anstoß genommen, weil beide Bieter dem jeweils anderen nicht bekannte, aber nennenswerte eigene Gestaltungsspielräume bei der Kalkulation hatten.

Auch in den vorgenannten Entscheidungen ist vordergründig zwar nicht mit einer Vermutung argumentiert worden. In der Sache ist ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb dennoch tatsächlich zu vermuten, sofern der als Nachunternehmer eingesetzte Bieter aufgrund seiner Eigenschaft, Subunternehmer zu sein, zumindest wesentliche Kalkulationsgrundlagen des anderen Angebots kennt, was dann anzunehmen ist, wenn die Nachunternehmerleistung einen wesentlichen Teil der Gesamtleistung betrifft. Die Vermutung ist als entkräftet anzusehen, wenn den Bietern trotz der Beteiligung eigenständige und wettbewerbswirksame Kalkulationsspielräume zur Verfügung stehen.

III. Darlegungs-, Beweis- und Prüfungsfragen

Die auf der Linie des Fabricom-Urteils des EuGH⁶⁴ liegenden Entscheidungen des EuGH Assitur⁶⁵ und Serrantoni⁶⁶

– stichwortartig soll daraus nur wiedergegeben sein: unter dem allgemeinen Gebot der Verhältnismäßigkeit kein automatischer, abstrakt-genereller Ausschluss konkurrierender Angebote von Konsortien und angehörigen Einzelbieter, keine unwiderlegbare Vermutung, sondern Erfordernis einer Einzelfallprüfung darauf, ob sich das inkriminierte Verhalten auf den Ausschreibungswettbewerb ausgewirkt hat –

sind danach nicht revolutionär. All dies ergibt sich auch bereits aus einer konsequenten Anwendung der nationalen Regeln über die tatsächliche Vermutung (siehe oben unter II.1. a.E.). Danach kann ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb in den dargestellten Fallgruppen zu Lasten der Bieter zu vermuten sein. Die Vermutung ist indes in jedem Fall widerlegbar. Daraus sind für die am Vergabeverfahren Beteiligten

⁶² VergabeR 2008, 865.

⁶³ WAN = Wide Area Network (im Gegensatz zu LAN = Local Area Network).

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 03.03.2005 - C-34/03, VergabeR 2005, 318.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 19.05.2009 - C-538/07, NZBau 2009, 607 = VergabeR 2009, 756; vgl. dazu auch Hölzl, NZBau 2009, 751.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 23.12.2009 - C-376/08, VergabeR 2010, 469.

– nach nationalem Recht sowie nach übereinstimmender Maßgabe der genannten Entscheidungen des EuGH – folgende Handlungspflichten und -obliegenheiten abzuleiten:

- Sofern Bieter die tatsächlichen Umstände, welche die Vermutung einer Verletzung des Geheimwettbewerbs begründen, kennen, und sie sich der rechtlichen Auswirkungen (Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs und Ausschluss der Angebote) bewusst sind, obliegt ihnen, unaufgefordert bereits mit dem Angebot eine Störung des Geheimwettbewerbs zu entkräften.⁶⁷
- Da eine derartige Kenntnis und ein Bewusstsein Bietern nicht einfach und in jedem Fall unterstellt werden kann, darf der Auftraggeber betroffene Angebote, welche die Vermutung aus sich selbst heraus nicht entkräften oder widerlegen, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausschließen, sondern muss den Bietern durch eine entsprechende Aufforderung zuvor Gelegenheit zu einer Entkräftung oder Widerlegung der Vermutung geben.⁶⁸
- Ein automatischer Ausschluss der Angebote durch den Auftraggeber ohne vorherige Aufklärung ist vergaberechtlich unstatthaft.
- Die betroffenen Bieter haben im Sinn einer Obliegenheit an der Aufklärung mitzuwirken (vgl. z.B. auch § 15 Abs. 2 VOB/A). Verweigerter Mitwirkung kann durch Angebotsausschluss geahndet werden. Insoweit kann eine Ermessenreduzierung auf Null indiziert sein.
- Beteiligen sich die betroffenen Bieter an der Aufklärung, hat der Auftraggeber eine Entkräftung oder Widerlegung der tatsächlichen Vermutung aufgrund der gemachten Tatsachenangaben einzelfallabhängig zu prüfen.
- Seiner Entscheidung darf der Auftraggeber (und dürfen die Nachprüfungsinstanzen) nur gesicherte Tatsachenerkenntnisse zugrunde legen.⁶⁹
- Der Prüfungstiefe sind unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt. Der Auftraggeber hat nicht sämtliche in Betracht kommenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen, um die gemachten Angaben zu verifizieren. Er darf seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbare, befriedigende Erkenntnisgrundlage, auch auf Eigenerklärungen der Bieter stützen, soweit diese konkrete, nachvollziehbare und unbestrittene Darlegungen enthalten.⁷⁰
- An einer Entkräftung oder Widerlegung verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des betroffenen Bieters.

⁶⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 - VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371, 374 = VergabeR 2011, 731.

⁶⁸ OLG Düsseldorf a.a.O.

⁶⁹ Seit BGH, Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661 allg. Rechtsprechungspraxis.

⁷⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 - VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371, 374 = VergabeR 2011, 731; Beschl. v. 02.12.2009 - VII-Verg 39/09, VergabeR 2010, 487.

Im Nachprüfungsverfahren haben dieselben Prüfungsgrundsätze zu gelten, dies vor allem dann, wenn der Auftraggeber seiner Prüfungspflicht im Vergabeverfahren nicht genügt hat.⁷¹ Ein Nachschieben von Gründen durch den Auftraggeber ist dabei nicht kategorisch zu verwerfen, sondern zugelassen, sofern dies eine wettbewerbskonforme Auftragsvergabe im Ergebnis nicht stört.⁷²

IV. Auswege aus der Ausschlussbedrohung

Anleitungen für Umgehungshandlungen sind von mir kraft Amtes weniger zu erwarten als beispielhafte Anregungen, wie die Vermutungsfolge einer Schädigung des Geheimwettbewerbs namentlich im Fall der eigentlich problematischen Fallvariante zwei (Parallelangebote konzernverbundener oder -abhängiger Unternehmen) entkräftet werden kann. Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.04.2011 – VII-Verg 4/11 –⁷³ gibt dazu Orientierungshilfen, die es lediglich zusammenzufassen und (beispielhaft) zu verallgemeinern gilt.

Die gebotene Entkräftung oder Widerlegung veranlasst für die betroffenen Bieter eine Doppelstrategie, und zwar:

1. In negativer Hinsicht: Ein Ausschalten von Vermutungstatsachen. Dazu reichen lediglich allgemeine Erklärungen oder Versicherungen der mit der Angebotsvorbereitung befassten Mitarbeiter, wonach die Vertraulichkeit gewahrt worden sei, nicht aus, ebenso wenig ein Hinweis auf bloße Verschwiegenheitspflichten;
2. In positiver Hinsicht: Aufzeigen von strukturellen Maßnahmen/Vorkehrungen für eine Wahrung des Geheimwettbewerbs und der Vertraulichkeit der Angebote. Als solche kommen unter anderem in Betracht:

Das beherrschende oder leitende Unternehmen nimmt bei einer Teilnahme von abhängigen oder Konzernunternehmen an Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber auf Angebote keinen Einfluss; es bestehen keine Weisungsrechte – positiv: Wie ist dies nachprüfbar sicher gestellt?

- Bei einer Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen existiert keine Konzernstrategie (Konzernpolitik) mit Blick auf die Inhalte von Angeboten.
- Verbundene/abhängige Unternehmen handeln bei der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen selbständig und unabhängig voneinander.
- Es bestehen keine personellen oder organisatorischen Schnittstellen.
- Die mit der Angebotserstellung befassten Unternehmenseinheiten/Abteilungen agieren in räumlicher und personeller Hinsicht getrennt.

⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 - VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371, 374 = VergabeR 2011, 731.

⁷² So BGH, Beschl. v. 08.02.2011 - X ZB 4/10, Rn. 73.

⁷³ NZBau 2011, 371, 375 = VergabeR 2011, 731.

- Zwischen Schwester-, Tochter-, Enkelunternehmen besteht über wesentliche Angebotsinhalte auch kein sonst möglicher Informationsfluss (auch nicht über gemeinsam genutzte Konzernabteilungen – Logistik, Rechtsabteilung – oder Informationstechnik/EDV).
- EDV-Systeme sind gegeneinander abgeschottet.
- Es sind mithin sog. Chinese Walls errichtet worden.
- Unterstützend kann eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit hinzukommen.

Solche Schutzvorkehrungen (Chinese Walls) zu schaffen, ist den betroffenen Unternehmen nicht unmöglich sowie – dies zumal vor dem Hintergrund des mit dem Vergaberecht angestrebten, hochrangigen und unverfälschten Wettbewerbs – ebenso wenig unzumutbar.

V. Zusammenfassung

Mehrfachbeteiligungen von Unternehmen sind prinzipiell kein von der vergaberechtlichen Gesetzgebung oder von öffentlichen Auftraggebern zugelassenes Problem. Sie sind durch technische und wirtschaftliche Entwicklungen sowie durch seit langem zu beobachtende Unternehmensspezialisierungen und -auffächerungen hervorgebracht worden. Das Vergaberecht muss unter Wahrung der geltenden rechtlichen Prinzipien darauf anforderungs- und zeitgemäße Antworten geben. Dies ist durch die Rechtsprechung gewährleistet. Es bedarf – auch mit Blick auf Transparenzerfordernisse – keiner gesetzlichen Regelung. Im Zweifel ist der Auftraggeber (genauso wie die Nachprüfungsinstanz) immer verpflichtet, über die genauen Umstände aufzuklären, bevor zum Ausschluss eines Angebots gegriffen wird.

Workshop 1: Mehrfachbeteiligungen von Unternehmen



Einführung

Dr. Helmut Wirner

Hochtief AG

Unionsrechtliche Schwerpunkte und Probleme aus Bietersicht

Im Anschluss an den Beitrag von Herrn Dicks konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf unionsrechtliche Schwerpunkte zu dem problematischen Thema der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren. Dabei werden insbesondere Problemthemen analysiert, die sich aus Bietersicht bei der Erstellung von Angeboten und Bewerbungen stellen.

I. Unionsrecht und nationales Recht

Im Bereich des öffentlichen Vergaberechts und im Zusammenhang mit der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren ist neben der bereits von Herrn Dicks näher dargestellten nationalen Rechtsebene mit VOB/A, VOL/A und Sektorenverordnung das Unionsrecht von Relevanz.

Im Bereich des Unionsrechts ist zwischen Primärrecht und Sekundärrecht zu unterscheiden. Aus dem Primärrecht, d.h. vorrangig den Vorschriften des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV),¹ sind für das öffentliche Auftragswesen in erster Linie die Grundfreiheiten wie Warenverkehrs-,² Niederlassungs-,³ und Dienstleistungsfreiheit⁴ von Bedeutung. Aus dem Sekundärrecht sind für das öffentliche Vergaberecht vorrangig die Vergaberichtlinien zu nennen, im Zusammenhang

¹ EU-ABl. 2007 Nr. C 306/1, konsolidierte und berichtigte Fassung ABl. 2010 Nr. C 83/47.

² Art. 34-26 AEUV.

³ Art. 49 ff. AEUV.

⁴ Art. 56 ff. AEUV.

mit der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren die beiden materiellen Vergaberichtlinien 2004/17/EG⁵ und 2004/18/EG.⁶

Im Gegensatz zu den Grundfreiheiten des AEUV, die innerstaatlich unmittelbare Geltung entfalten, so dass sich jedes Unternehmen hierauf vor nationalen Gerichten berufen kann,⁷ entfalten die Vergaberichtlinien innerstaatlich grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung.⁸ Sie bedürfen der Umsetzung in innerstaatliches Recht, wobei diese Umsetzung einerseits innerhalb der relevanten Fristen, andererseits in einer Form erfolgen muss, die die volle praktische Wirksamkeit aller Richtlinienbestimmungen gewährleistet.⁹ Vor diesem Hintergrund sind nationale Vorschriften, die in Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien ergangen sind, stets richtlinienkonform unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH auszulegen und anzuwenden.¹⁰ Sofern eine solche richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich ist, können Richtlinienbestimmungen grundsätzlich auch unmittelbare Wirkung vor innerstaatlichen Gerichten entfalten, so dass sich Unternehmen bzw. übergangene Bieter vor nationalen Gerichten unmittelbar auf unionsrechtliche Richtlinienbestimmungen berufen können, die nicht oder nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt wurden.¹¹

Sofern Vorschriften des nationalen Rechts im Widerspruch zu unionsrechtlichem Primär- oder Sekundärrecht stehen, verdrängen die unionsrechtlichen Bestimmungen, soweit sie innerstaatlich unmittelbare Wirkung oder Geltung entfalten, im Wege des Anwendungsvorranges entgegenstehendes nationales Recht.¹²

⁵ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, EU-ABl. 2004 Nr. L 134/1.

⁶ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, EU-ABl. 2004 Nr. L 134/114.

⁷ U.a. EuGH Rs. 26/62, Van Gend en Loos gegen Nederlandse Administratie der Belastingen, Slg. 1963, 1; Rs. 2/74, Reyners gegen Belgien, Slg. 1974, 631; Rs. C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, Slg. 2007, I-10779.

⁸ Art. 288 Abs. 3 AEUV; u.a. Schroeder in Streinz, EUV/AEUV-Kommentar, München 2012, Art. 288 Rdnr. 70 ff.

⁹ U.a. EuGH Rs. 131/88, Kommission gegen Deutschland, Slg. 1991, I-870 Rdnr. 19; Rs. C-58/89, Kommission gegen Deutschland, Slg. 1991, 5023; Rs. C-194/01, Kommission gegen Österreich, Slg. 2004, I-4579 Rdnr. 38f.

¹⁰ EuGH Rs. 14/83, von Colson und Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen, Slg. 1984, 1891 Rdnrn. 26/28 d. Urte.; Rs. C-106/89, Marleasing gegen La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Slg. 1990, I-4135 Rdnrn. 7/8 d. Urte.; verb. Rs. C-397-403/01, Pfeiffer u.a. gegen Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V., Slg. 2004, I-8835 Rdnrn. 115, 116, 118 d. Urte.

¹¹ Z.B. EuGH Rs. 41/74, van Duyn gegen Home Office, Slg. 1974, 1337 Rdnr. 12 d. Urte.; Rs. 148/78, Pubblico Ministero gegen Tullio Ratti, Slg. 1979, 1629 Rdnr. 23 d. Urte.; zu den Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung näher Rs. C-226/07, Flughafen Köln/Bonn gegen Hauptzollamt Köln, Slg. 2008, I-5999 Rdnrn. 22/23 d. Urte.; C-138/07, Belgischer Staat gegen Cobelfret NV, Slg. 2009, I-731 Rdnr. 61 d. Urte.

¹² U.a. EuGH Rs. 6/64, Costa gegen E.N.E.L., Slg. 1964, 1270; Rs. C-462/99, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH gegen Telekom-Control-Kommission und Mobilkom Austria AG, Slg. 2003, I-5197 Rdnr. 40 d. Urte.; Rs. C-118/00, Kommission gegen Italien, Slg. 2001, I-5063 Rdnr. 52 d. Urte.; Rs. C-416/00, Morellato, Slg. 2003, I-9343 Rdnrn. 43 ff. d. Urte.

II. Problematische Konstellationen der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren in der Praxis

Wesentlicher Grundsatz des öffentlichen Vergaberechts ist der Geheimwettbewerb. Nur bei Unkenntnis der einzelnen Bieter von den Inhalten konkurrierender Angebote ist ein echter, fairer und transparenter Wettbewerb sichergestellt.¹³ Für eine Verletzung des Grundsatzes des Geheimwettbewerbs genügt daher bereits die Kenntnis einzelner Bieter von Teilen konkurrierender Angebote.

Als problematisch haben sich vor diesem Hintergrund in der Praxis im Fall der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an einem öffentlichen Vergabeverfahren folgende Konstellationen erwiesen:

- Ein Unternehmen tritt als Bietergemeinschaftsmitglied und zugleich als Einzelbieter auf;
- ein Unternehmen tritt als Bieter auf und zugleich als Nachunternehmer eines konkurrierenden Bieters;
- ein Unternehmen tritt als Nachunternehmer mehrerer oder sogar aller teilnehmenden Bieter auf;
- mehrere Unternehmen eines Konzerns nehmen als Konkurrenten an demselben Vergabeverfahren teil.

Im Folgenden soll näher dargestellt werden, ob und inwieweit die vorstehend genannten Konstellationen vergaberechtlich insbesondere unter unionsrechtlichen Aspekten problematisch sind und welche konkreten Risiken sich für Bieter in diesen Fällen stellen können.

III. Rechtsprechung des EuGH zur Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren

Der EuGH hatte sich – soweit ersichtlich – bislang lediglich in zwei Entscheidungen mit der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an einem Vergabeverfahren zu befassen und insoweit eine Interpretation der sekundärrechtlichen EU-Vergaberichtlinien vorgenommen, die für nationale Gerichte bei der Entscheidungsfindung bindend sind.

1. Das Urteil „Assitur“¹⁴

In der Entscheidung „Assitur“ ging es in der Sache um eine italienische Vorschrift, auf deren Grundlage Unternehmen von öffentlichen Vergabeverfahren um Bauaufträge zwingend von dem jeweiligen Verfahren auszuschließen waren, sofern sie gesellschaftsrechtlich verbunden oder gar voneinander abhängig waren und konkurrierend

¹³ Z.B. Ehrlicke in Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), München 2011, § 97 GWB Rdnr. 11.

¹⁴ Rs. C-538/07, Assitur gegen Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Slg. 2009, I-4219.

auftraten. Im konkreten Fall hatte die Industrie- und Handelskammer Mailand im Hinblick auf einen Dienstleistungsauftrag einen öffentlichen Vergabewettbewerb bekannt gegeben, wobei es um das Einsammeln und Zustellen von Postsendungen und verschiedener anderer Dokumente ging. Als Teilnehmer an dem Vergabeverfahren traten einerseits eine italienische Postgesellschaft, andererseits ein weiteres Unternehmen auf, dessen Kapital zwar von einem dritten Unternehmen gehalten wurde, dieses dritte Unternehmen jedoch komplett der ebenfalls an dem Vergabeverfahren teilnehmenden italienischen Postgesellschaft gehörte.

Unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung stellte der EuGH zunächst fest, dass die in den Vergaberichtlinien genannten Ausschlussgründe grundsätzlich als abschließende Aufzählung einzustufen seien, soweit es um Ausschlussgründe geht, die sich auf die berufliche Bietereignung beziehen. Mitgliedstaaten seien jedoch berechtigt, auch weitere Ausschlussgründe im nationalen Recht zu regeln, um die Beachtung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen.¹⁵ Die betreffenden Maßnahmen müssen nach Ansicht des EuGH jedoch verhältnismäßig sein, d.h., sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Wichtig ist dabei der Grundsatz des echten Wettbewerbs, d.h., dass eine möglichst hohe Anzahl von Bietern an den öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen soll.¹⁶

Ein systematischer Ausschluss miteinander verbundener Unternehmen von einem öffentlichen Vergabeverfahren im Sinne einer entsprechenden absoluten Verpflichtung des Auftraggebers wäre hingegen unverhältnismäßig, da als Folge eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung unvermeidbar wäre. Grund ist nach Ansicht des EuGH, dass sich das Abhängigkeitsverhältnis mehrerer Unternehmen nicht zwangsläufig auf deren Verhalten in dem konkreten Vergabewettbewerb auswirkt. Eine unwiderlegbare Vermutung dahin, dass zwei miteinander verbundene oder voneinander abhängige Unternehmen in jedem Fall den Vergabewettbewerb beeinflussen, ist jedoch nach dem EuGH aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt. Eine unwiderlegbare Vermutung in diesem Sinne wäre unverhältnismäßig, da hiermit den betroffenen Unternehmen jede Möglichkeit eines Entlastungsnachweises genommen wäre. Es sei nicht zwangsläufig ausgeschlossen, dass voneinander abhängige Unternehmen bei der Gestaltung der Geschäftspolitik und ihrer Tätigkeit über eine gewisse Selbständigkeit verfügen sowie gewisse interne Regelungen zu Unabhängigkeit und Vertraulichkeit existieren. Ob daher ein Angebot durch die Abhängigkeit oder Verbundenheit der betreffenden Unternehmen zueinander beeinflusst worden ist, muss die Vergabe-

¹⁵ Rdnr. 20 und 21 d. Urts. Im konkreten Fall nahm der EuGH insoweit auf Art. 29 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates 92/50/EWG vom 18.06.1992 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge EU-ABl. 1992 Nr. L 209/1 Bezug. Auch wenn diese Rechtsprechung noch zu den Vorgängerrichtlinien der beiden aktuell in Kraft befindlichen materiellen Vergaberichtlinien ergangen ist, dürfte kein Zweifel an deren Anwendbarkeit auf die aktuellen Richtlinien bestehen.

¹⁶ Rdnr. 26 d. Urts.

stelle auf Grundlage des konkreten Sachverhaltes prüfen. Die bloße Feststellung von Abhängigkeit und Verbundenheit reicht für einen solchen Ausschluss nicht aus.¹⁷

2. Das Urteil „Serrantoni“¹⁸

Die Rechtsprechung aus dem Fall „Assitur“ bestätigte der EuGH in der späteren Entscheidung „Serrantoni“. In der Entscheidung „Serrantoni“ ging es zwar um einen Bauauftrag, der in den zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG¹⁹ fiel. Allerdings bewegte sich der streitgegenständliche Auftrag wertmäßig unterhalb der Schwellenwerte, so dass die Regelungen der Vergaberichtlinien nicht relevant sein konnten, sondern lediglich die primärrechtlichen Grundfreiheiten. Diese sind auch auf öffentliche Auftragsvergaben anwendbar, die nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen, sofern die betreffenden Auftragsvergaben von grenzüberschreitendem Interesse sind.²⁰

Konkreter Sachverhalt, über den der EuGH zu entscheiden hatte, war, dass ein Unternehmen einerseits als Einzelbieter, andererseits aber als Mitglied eines bietenden „festen“ Konsortiums im Sinne des italienischen Rechts aufgetreten war. Nach den maßgeblichen italienischen Vorschriften handelte es sich bei einem festen Konsortium um eine Vereinigung von Unternehmen, deren leitende Organe beschlossen haben, für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe mit einer gemeinsamen, hierfür geschaffenen Unternehmensstruktur zusammenzuarbeiten. Tritt ein Bieter einerseits als Mitglied eines solchen festen Konsortiums auf, andererseits als Einzelbieter, so hatte dies auf Grundlage von italienischem Recht den automatischen Ausschluss zur Folge. Im Fall anderer Konsortien²¹ sollte nach den maßgeblichen italienischen Regelungen ein Ausschluss nur für dasjenige Unternehmen in Betracht kommen, in dessen Interesse bzw. auf dessen Rechnung das Konsortium das fragliche Angebot abgegeben hat.²² Beide Konsortialformen aber waren nach italienischem Recht in Zwecksetzung und Organisation weitgehend identisch.²³

Der Gerichtshof stellte zunächst heraus, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein allgemeiner Grundsatz des Vergaberechts und damit allgemein zu beachten sei.²⁴

¹⁷ Rdnrn. 27-32 d. Ur.

¹⁸ Rs. C-376/08, Serrantoni u.a. gegen Commune di Milano, Slg. 2009, I-12169.

¹⁹ S.o. Fn. 6.

²⁰ Rdnrn. 20-24 d. Ur.; zur grundsätzlichen Anwendbarkeit unionsrechtlicher Grundfreiheiten auf öffentliche Vergaben, die nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen, s. Rs. C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH gegen Telekom Austria AG, Slg. 2000, I-10745.

²¹ Hierunter fielen nach italienischem Rechtsverständnis Konsortien von Produktions- und Arbeitsgenossenschaften sowie Konsortien von Handwerkern, s. Rdnr. 8 d. Ur.

²² Rdnrn. 9-11, 15 und 18 d. Ur.

²³ Rdnr. 16 und 36 d. Ur.

²⁴ Rdnr. 33 d. Ur. unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung des EuGH.

In der Sache handelte es sich erneut um eine Regelung über einen automatischen Ausschluss ohne jede Möglichkeit des Nachweises, dass die fraglichen Angebote völlig unabhängig voneinander erstellt wurden und daher keine Gefahr der Wettbewerbsbeeinflussung bedeuteten. Ziel des öffentlichen Vergaberechts aber sei eine möglichst große Anzahl von Bietern, die an den betreffenden Vergabeverfahren teilnehmen. Ein automatischer Ausschluss gehe über das hinaus, was zur Sicherstellung von Gleichbehandlung und Transparenz erforderlich ist. Die Grundfreiheiten des AEUV, im vorliegenden Fall von Art. 49, 56 AEUV,²⁵ stehen nach Ansicht des EuGH jeder mitgliedstaatlichen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, jedoch geeignet ist, die Freiheit von Niederlassung oder Dienstleistung zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Die Regelung eines automatischen Ausschlusses könne auf Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten sehr abschreckend wirken. Zwar habe die Regelung einen legitimen Zweck, nämlich die Vermeidung von kollusivem Zusammenwirken zu Lasten eines fairen und transparenten Wettbewerbs, doch gehe sie über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus, da das italienische Recht insoweit den betroffenen Bietern nicht die Möglichkeit eines Entlastungsnachweises einräume.²⁶

IV. Frühere Rechtsprechung des EuGH zum Erfordernis eines Entlastungsnachweises

Die beiden vorstehend skizzierten Entscheidungen „Assitur“ und „Serrantoni“ sind wichtige Leitentscheidungen zur rechtlichen Behandlung der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren. Das darin ausgesprochene Erfordernis der Einräumung eines Entlastungsnachweises vor einem Ausschluss (wegen Verfälschung des Wettbewerbs) ist jedoch nicht gänzlich überraschend und fügt sich im Grunde nahtlos in frühere vergaberechtliche Entscheidungen des EuGH zu anderen vergaberechtlichen Sachverhaltskonstellationen ein.

1. Vorbefasste Teilnehmer an öffentlichen Vergabeverfahren

Bereits in dem Urteil „Fabricom“²⁷ hatte sich der EuGH 2005 mit der Projektantenproblematik zu befassen, d.h. mit der Frage, ob ein Unternehmen von einem Vergabewettbewerb ohne Weiteres und ohne nähere Prüfung der Einzelfallumstände ausgeschlossen werden darf, sofern es zuvor auf der Seite des Auftraggebers an der Vorbereitung und/oder Erstellung der Vergabeunterlagen mitgewirkt hat. Konkret ging es um eine belgische Regelung. Danach sollte eine Person, die mit Forschungs-, Erprobungs- und Planungs- sowie Entwicklungsarbeiten für den öffentlichen Auftraggeber betraut war, offensichtlich zur Sicherstellung eines in jeder Hinsicht fairen und trans-

²⁵ Vornorms Art. 43, 49 EG (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit).

²⁶ Rdnrn. 37-46 d. Urt.

²⁷ Verb. Rs. C-21 und C-34/03, Fabricom gegen Belgien, Slg. 2005, I-1559.

parenten Wettbewerbs nicht zur Teilnahme an dem sich anschließenden Vergabewettbewerb zugelassen werden. Die Möglichkeit eines Entlastungsnachweises hatte das belgische Recht dem betroffenen Bieter nicht eingeräumt, d.h. eine Nachweismöglichkeit, dass nach den Einzelfallumständen die erworbene Erfahrung den Wettbewerb zwischen den Bietern nicht verfälschen konnte. Der EuGH stellte heraus, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden können, sofern keine objektive Rechtfertigung der Ungleichbehandlung besteht. Grundsätzlich könne eine vorbefasste Person zwar durch einen Informationsvorsprung bevorteilt sein oder aber die Auftragsbedingungen in einem für sie günstigen Sinne beeinflussen. Ein automatischer Ausschluss vorbefasster Bieter würde aber auch solche vorbefassten Bieter einschließen, deren Beteiligung keine Gefahr für den Wettbewerb darstellt. Dies wäre jedoch unverhältnismäßig im Hinblick auf die Erreichung des Ziels, einen in jeder Hinsicht fairen und transparenten Wettbewerb sicherzustellen. Dieses Ziel können auch bei Einräumung der Möglichkeit eines Entlastungsnachweises sichergestellt werden, d.h. der Möglichkeit des Nachweises, dass nach den Umständen des Einzelfalls die erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht verfälschen konnte.²⁸

2. Unangemessen niedrige Preise

Ebenfalls eine Aufklärungspflicht vor einem möglichen Ausschluss des betreffenden Angebotes hat der EuGH im Zusammenhang mit möglicherweise unangemessen niedrigen Preisen angenommen.²⁹

Im Unterschied zur Projektantenthematik sowie zur Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an einem öffentlichen Vergabeverfahren enthalten die Vergaberichtlinien jedoch eine ausdrückliche Regelung dahin, dass der Ausschluss eines Angebotes wegen (scheinbar) unangemessen niedriger Preise erst nach einem – erfolglosen – schriftlichen Ersuchen des Auftraggebers an den betreffenden Bieter um Aufklärung und Erläuterung der Preiskalkulation in Betracht kommt.³⁰

V. Essenz aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren mehrfach, d.h. in unterschiedlicher Form oder Zusammensetzung beteiligen, erst nach Einräumung eines effektiven und im Ergebnis nicht gelungenen Entlastungs-

²⁸ Die Entscheidung bezog sich auf die Bestimmungen der (ehemaligen) Richtlinien 93/36/EWG (Richtlinie des Rates vom 09.08.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, EU-ABl. 1993 Nr. L 199/1) und 93/37/EWG (Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, EU-ABl. 1993 Nr. L 199/54). Die in der Entscheidung „Fabricom“ entwickelten Grundsätze dürften ohne weitere Zweifel auf die aktuell in Kraft befindlichen materiellen Vergaberichtlinien anwendbar sein. Sie wurden in Deutschland durch § 6a Abs. 9 VOB/A in nationales Recht umgesetzt.

²⁹ EuGH Rs. 76/81, *Transporoute et Travaux SA gegen Minister of Public Works*, Slg. 1982, 417; verb. Rs. C-285 und 286/99, *Impresa Lombardini SA u.a. gegen ANAS*, Slg. 2001, I-9233.

³⁰ Art. 55(1) Richtlinie 2004/18/EG (o. Fn. 6); Art. 30(4) Richtlinie 93/37/EWG (o. Fn. 28); s. dazu auch die deutsche Vorschrift des § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A.

nachweises ausgeschlossen werden können. Ein automatischer Ausschluss auf Grundlage einer generellen Vermutung bzw. auf Grundlage nicht am konkreten Einzelfall hinterfragter „verdächtiger Umstände“ ist wegen Unverhältnismäßigkeit unionsrechtswidrig und damit unzulässig.³¹ Ausdrücklich hat der EuGH das Erfordernis eines Entlastungsnachweises im Zusammenhang mit der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen bislang für folgende Konstellationen festgestellt:

- Konkurrerendes Auftreten eines Unternehmens als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft,³²
- Konkurrerendes Auftreten mehrerer Konzernunternehmen,³³
- Auftreten vorbefasster Personen als Bieter,³⁴
- Möglicherweise unangemessen niedrige Preise.³⁵

Aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH dürfte jedoch abzuleiten sein, dass vor dem Ausschluss eines Bieters von einem öffentlichen Vergabeverfahren grundsätzlich die Möglichkeit eines Entlastungsnachweises – auch in anderen Sachverhaltskonstellationen – einzuräumen ist. Insbesondere kommt das Erfordernis der Einräumung eines solchen Entlastungsnachweises auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte in Betracht.³⁶

Die Einräumung der Möglichkeit eines Entlastungsnachweises bedeutet zwar einerseits die Möglichkeit der Vermeidung eines Ausschlusses, bedeutet andererseits aber auch, dass die Beweislast für das Nichtvorliegen von Umständen, die einen Ausschluss begründen oder gar erforderlich machen könnten, bei dem betreffenden Bieter liegt. Es liegt mithin an dem betroffenen Bieter darzulegen und nachzuweisen, welche konkreten Vorkehrungen zur Sicherstellung des Geheimwettbewerbs getroffen wurden. In Betracht kommen hierbei z.B. – gesetzlich nicht geregelte – „chinese walls“, die u.a. das Abschotten von EDV-Systemen, Verschwiegenheitsverpflichtungen oder die Schaffung sehr spezifischer Berichtslinien etc. verlangen, um den Austausch von Informationen zwischen Konzernunternehmen im Rahmen der Erstellung konkurrierender Angebote zu vermeiden.³⁷ Grundsätzlich liegt in diesem Fall ein nicht unerhebliches Risiko bei Bietern, die sich mehrfach an einem Vergabeverfahren beteiligen, da die einzelnen Voraussetzungen, unter denen ein Ausschluss wegen Verletzung des Geheimwettbewerbs (ausnahmsweise) vermieden werden kann, weder gesetzlich gere-

³¹ Soweit nationales Recht einen solchen automatischen Ausschluss vorsehen sollte, wären die betreffenden Vorgaben nationalen Rechts wegen Vorranges von Unionsrecht nicht angewendet werden (o. Fn. 12).

³² Rs. C-376/08, Serrantoni u.a. gegen Commune di Milano, Slg. 2009, I-12169.

³³ Rs. C-538/07, Assitur gegen Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Slg. 2009, I-4219.

³⁴ Verb. Rs. C-21 und C-34/03, Fabricom gegen Belgien, Slg. 2005, I-1559.

³⁵ EuGH Rs. 76/81, Transporoute et Travaux SA gegen Minister of Public Works, Slg. 1982, 417; verb. Rs. C-285 und 286/99, Impresa Lombardini SA u.a. gegen ANAS, Slg. 2001, I-9233.

³⁶ S. o. Fn. 20.

³⁷ S. auch Hölzl, NZBau 2009, 751, 754.

gelt sind noch in der Rechtsprechung bzw. Entscheidungspraxis klar herausgearbeitet wurden.

VI. Konkrete Fragestellungen in der Praxis aus Bietersicht

Auch wenn die EuGH-Rechtsprechung in Bezug auf mögliche Ausschlüsse von Vergabeverfahren wegen Mehrfachbeteiligung von Bietern hinsichtlich der zwingend einzuräumenden Möglichkeit eines Entlastungsnachweises klar und eindeutig erscheint, so bleiben derzeit für die Praxis eine Reihe von Fragen offen. Die wichtigsten dieser Fragestellungen sollen im Folgenden erörtert werden.

1. Führung des Entlastungsnachweises als selbstverständliche Obliegenheit?

Gemäß dem Wortlaut der Urteile „Assitur“ und „Serrantoni“ ist nunmehr geklärt, dass Bieter bzw. Bewerber, die sich an öffentlichen Vergabeverfahren mehrfach parallel beteiligen, auf entsprechende Anfrage des Auftraggebers entlastende Umstände darlegen und belegen müssen. Zumindest nicht ausdrücklich hat der EuGH allerdings festgelegt, ob solche Bieter nach nationalem Recht verpflichtet werden können, von sich aus im Sinne einer selbstverständlichen Obliegenheit – ohne entsprechende Anfrage des öffentlichen Auftraggebers – in ihrem Angebot oder ihrer Bewerbung darzulegen und zu beweisen, welche konkreten Vorkehrungen im Einzelfall zur Sicherstellung des Geheimwettbewerbs getroffen wurden. Jedenfalls nach dem Wortlaut beider Urteile erscheint eine solche Verpflichtung nach nationalem Recht unionsrechtlich zumindest nicht völlig ausgeschlossen.

Da diese Frage für die Konstellation der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an Vergabeverfahren noch nicht entschieden ist, lohnt ein Rückblick auf die vergaberechtliche Entscheidungspraxis, die im Zusammenhang mit der Einschaltung von Nachunternehmern in Deutschland ergangen war.

In einer Reihe von Entscheidungen hatte der EuGH hierzu klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber nicht berechtigt sind, von Bietern das Erreichen eines bestimmten Eigenleistungsanteils zu verlangen. Allerdings müssten die betreffenden Bieter nachweisen, dass sie über die zur Auftragsausführung erforderlichen Mittel zum Einsatz vorgesehener Nachunternehmer auch tatsächlich verfügen. Andernfalls könne der öffentliche Auftraggeber sich keine Gewissheit über die fachliche Eignung des betreffenden Bieters verschaffen.³⁸ Nähere Ausführungen zu Art und Weise der Nachweisleistung hatte der EuGH in seine Urteile nicht aufgenommen.

Auf Grundlage dieser EuGH-Rechtsprechung wurde in der deutschen vergaberechtlichen Entscheidungspraxis teilweise die Ansicht vertreten, ein Ausschluss von Bietern wegen eines (übermäßigen) Nachunterleistungsanteils komme erst in Betracht, wenn

³⁸ EuGH Rs. C-389/92, Ballast Nedam gegen Belgien, Slg. 1994, I-1289 Rdnrn. 12 und 17 d. Urt.; Rs. C-176/98, Holst Italia gegen Comune di Cagliari, Slg. 1999, I-8607 Rdnrn. 28 und 29 d. Urt.; Rs. C-314/01, Siemens AG Österreich gegen Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger, Slg. 2004, I-2549 Rdnr. 44 d. Urt.

der öffentliche Auftraggeber zuvor vergeblich einen Nachweis der Verfügbarkeit über die Nachunternehmerressourcen verlangt hat. Teilweise wurde aber auch jedenfalls für Generalübernehmer eine selbstverständliche Obliegenheit in dem Sinne angenommen, dass diese von sich aus in ihrem Angebot darlegen und belegen müssen, welcher Unternehmen sie sich mit entsprechenden Mitteln zur Auftragsausführung bedienen können.³⁹

Vor diesem Hintergrund erscheint auch im Fall der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an einem Vergabeverfahren die Annahme einer solchen selbstverständlichen Obliegenheit zumindest nicht ausgeschlossen.⁴⁰ Immerhin haben die betreffenden Unternehmen die „verdächtige Situation“ selbst geschaffen. Vor dem Hintergrund des Wortlautes der Entscheidungen „Assitur“ und „Serrantoni“ wäre eine solche Vorgehensweise unionsrechtlich aber zumindest zweifelhaft. Die Vergabestelle hat nach Ansicht des EuGH die gesamten Einzelfallumstände zu prüfen und zu würdigen, d.h. insbesondere auch die abgegebenen konkurrierenden Angebote und deren Inhalte nebst Preisen. Erst nach Prüfung dieser Umstände macht im Grunde die Einräumung eines Entlastungsnachweises für die betroffenen Bieter Sinn.⁴¹ Mangels einer abschließenden Klärung dieser Frage müssen betroffene Bieter derzeit für einzelne Vergabeverfahren im Sinne einer Risikominimierung jeweils abwägen, ob und ggf. welche (entlastenden) Angaben sie in ihrem Angebot/ihrer Bewerbung von sich aus berücksichtigen möchten.

2. Konkurrierende Konzernunternehmen

Im Fall des konkurrierenden Auftretens mehrerer Konzernunternehmen stellt sich stets die Frage, wie sich die Unternehmensgruppe im konkreten Vergabeverfahren aufstellen kann, um einem möglichst geringen Ausschlussrisiko ausgesetzt zu sein. Praktisch relevant können insbesondere Konstellationen sein, in denen

- die Holding-Gesellschaft einer Unternehmensgruppe in Konkurrenz zu Tochterunternehmen auftritt,
- mehrere Schwesterunternehmen einer Unternehmensgruppe zueinander in Konkurrenz treten,
- Einzelgesellschaften in Konkurrenz zur Holdinggesellschaft oder Tochterunternehmen der Holdinggesellschaft auftreten.

Um darzustellen, dass bei Beteiligung mehrerer Konzernunternehmen keine Verletzung des Geheimwettbewerbs vorliegt, müsste im Einzelnen nachvollziehbar belegt werden, dass die Zugehörigkeit der Konkurrenten zu einem Konzern den Wettbewerb nicht beeinträchtigt hat und die konkurrierenden Konzernunternehmen ihr Angebot jeweils in Unkenntnis des konkurrierenden Konzernangebotes erstellt haben.

³⁹ Hierzu Winer, LKV 2005, 185, 188 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁴⁰ Zu Entscheidungen, die in diesem Sinne bereits ergangen sind, Hölzl, NZBau 2009, 751, 753 und Gabriel, NZBau 2010, 225, 226.

⁴¹ In diesem Sinne auch Hölzl, a.a.O., 753.

Im Fall konkurrierender Schwesterunternehmen erscheint ein erfolgreicher Entlastungsnachweis noch am ehesten möglich. In Abhängigkeit von der internen Organisation eines Konzerns erscheint möglich, z.B. EDV-Systeme voneinander abzuschotten, personelle Verquickungen zu vermeiden, Mitarbeitern spezifische Verschwiegenheitspflichten aufzuerlegen und Berichtslinien zu schaffen, die jeweils zu unterschiedlichen Entscheidungsträgern auf Holdingebene führen. Schwieriger erscheint ein erfolgreicher Entlastungsnachweis in den beiden anderen praktisch relevanten Konstellationen. Tochtergesellschaften sind meist eng mit ihrer Muttergesellschaft verquickt und oft in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis, das sich durch nahezu sämtliche Abteilungen der Unternehmen ziehen kann, dass eine unabhängige Angebotserstellung nur schwer plausibel darstellbar erscheint. Ähnliches dürfte für den Fall des konkurrierenden Auftretens von Tochter- und Enkelgesellschaften gelten, wobei in der Tendenz ein Entlastungsnachweis eher erfolgversprechend sein dürfte, wenn Enkel- und Holdinggesellschaft zueinander in Konkurrenz auftreten, da hier mehr Distanz zwischen beiden Konkurrenten möglich erscheint.

3. Bietergemeinschaften und Einzelbieter

Sofern ein Unternehmen sowohl als Einzelbieter wie auch als Mitglied einer konkurrierenden Bietergemeinschaft an demselben Vergabeverfahren teilnimmt, erscheint der Nachweis grundsätzlich schwierig, dass beide Angebote nicht unter Verstoß gegen den Geheimwettbewerb unterbreitet wurden, d.h., dass beide Angebote in Unkenntnis des jeweils anderen Angebotes erarbeitet wurden. So dürfte schwer nachweisbar oder glaubhaft zu machen sein, dass ein Bietergemeinschaftsmitglied nicht in die Kalkulation des gemeinschaftlichen Angebotes oder in die Erarbeitung dessen fachlich-technischer Kernelemente involviert war.

Auch in diesen Fällen wird man nur sehr einzelfallabhängig entscheiden können, ob der Grundsatz des Geheimwettbewerbs ausreichend gewahrt wurde. In der Tendenz erscheint ein erfolgreicher Entlastungsnachweis grundsätzlich möglich, wenn das Unternehmen als Einzelbieter einerseits und die Bietergemeinschaft andererseits jeweils Angebote über verschiedene Lose unterbreiten. In diesem Fall beteiligen sich Einzelbieter und Bietergemeinschaft zwar an dem Wettbewerb um Teile desselben Projektes, doch liegt in der Sache keine Konkurrenz vor, sofern es jeweils um Angebote für unterschiedliche Leistungsteile geht, die unabhängig voneinander unterbreitet werden. Schwieriger wird bereits der Fall zu beurteilen sein, dass einzelne Unternehmen innerhalb einer Bietergemeinschaft jeweils unterschiedliche Lose eines Auftrages bearbeiten und ein Bietergemeinschaftsmitglied parallel ein eigenes Angebot für ein Los als Einzelbieter unterbreitet, in dessen Bearbeitung es innerhalb der Bietergemeinschaft nicht zuständig gewesen ist.⁴²

⁴² Zu dieser Problematik ausführlich u.a. Verfürth, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2010, § 16 Rdnr. 107 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis.

4. Parallele Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer

Zwar hat sich der EuGH in seinen Entscheidungen „Assitur“ und „Serrantoni“ nicht ausdrücklich mit der Konstellation beschäftigt, dass ein Unternehmen parallel einerseits als Bieter, andererseits als Nachunternehmer oder aber als Nachunternehmer mehrerer konkurrierender Bieter auftritt. Wie vorstehend aufgezeigt, dürfte das von dem EuGH entwickelte Erfordernis der Einräumung eines Entlastungsnachweises verallgemeinerungsfähig und über die ausdrücklich bereits untersuchten Einzelfälle hinaus anwendbar sein.

Im Fall der Beteiligung eines Unternehmens sowohl als Bieter wie auch als Nachunternehmer eines konkurrierenden Bieters stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt ein Problem des Geheimwettbewerbs vorliegen und sich damit die Frage nach einem Entlastungsnachweis stellen kann. Letztlich kann dem parallel als Nachunternehmer auftretenden Bieter nicht bekannt sein, ob sein Nachunternehmerangebot überhaupt von dem konkurrierenden Bieter angenommen und verarbeitet wird. Auch ist dem Nachunternehmer zumindest nicht zwingend bekannt, wie der betreffende (konkurrierende) Bieter mit dem Nachunternehmerangebot kalkuliert, d.h., ob er einen Aufschlag in seine Preisfindung einkalkuliert oder nicht. Auch hier wird man indes sehr einzelfallabhängig entscheiden müssen, ob eine Verletzung des Geheimwettbewerbs anzunehmen ist oder ob der Entlastungsnachweis erfolgreich geführt werden konnte. Sofern sich das Nachunternehmerangebot über erhebliche Teile des abzugebenden Angebotes erstreckt oder etwa über technische Schlüsselgewerke, erscheint ein erfolgreicher Entlastungsnachweis schwierig. Das parallel als Nachunternehmer und Bieter auftretende Unternehmen hatte in diesem Fall zumindest Kenntnis über erhebliche Teile eines Konkurrenzangebotes, wenn auch möglicherweise nicht über sämtliche Details der Preisfindung.⁴³

In der Tendenz weniger riskant erscheint, wenn ein Unternehmen als Nachunternehmer mehrerer konkurrierender Bieter auftritt, vorzugsweise für jeweils unterschiedliche Angebotsteile. In diesem Fall lässt sich leichter argumentieren, dass sich das Unternehmen zwar parallel an einem Wettbewerb beteiligt, im Ergebnis aber zwischen den einzelnen Nachunternehmerangeboten keine Konkurrenz besteht und das fragliche Unternehmen daher den Wettbewerb auch nicht verzerren konnte. Weiteres entlastendes Element in dieser Konstellation kann im Einzelfall sein, wenn der betreffende Nachunternehmer sämtlichen Bietern ein Nachunternehmerangebot unterbreitet und dies zu identischen Konditionen tut. In diesem Fall ist eine Verzerrung des Wettbewerbs ebenfalls nicht zu befürchten. Dies dürfte z.B. in Betracht kommen, wenn für einen bestimmten Angebotsteil nur eine technische (ggf. sogar patentierte) Lösung in Betracht kommt und diese nur von dem betreffenden Nachunternehmer am Markt angeboten wird.

⁴³ Das OLG München geht z.B. von einer Verletzung des Geheimwettbewerbs aus, wenn der betreffende Bieter und Nachunternehmer von 50% oder mehr der jeweiligen Angebote Kenntnis hatte (OLG München Verg 16/08, Beschluss vom 11.08.2008); zu dieser Problematik auch Hölzl, NZBau 2009, 751, 753.

5. Entlastungsnachweis im Teilnahmewettbewerb

Nicht abschließend geklärt ist schließlich die Frage, wie mit der Mehrfachbeteiligung von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs umzugehen ist, der jeweils vor der Angebotserstellung stattfindet.

Sicherlich wird man vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten EuGH-Rechtsprechung auch im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs keinen pauschalen Ausschluss mehrfach in einem Vergabeverfahren beteiligter Unternehmen zulassen können. Ein Ausschluss könnte allenfalls wiederum auf Grundlage einer dezidierten Prüfung der Einzelfallumstände nach erfolgloser Einräumung der Möglichkeit eines Entlastungsnachweises erfolgen.

Aus Bietersicht kann es allerdings vorzugswürdig sein, bereits in einem Teilnahmewettbewerb auf eine Klärung der Frage einer möglichen Verletzung des Geheimwettbewerbs durch parallele Beteiligung hinzuwirken. Grundlage hierfür können entsprechende Angaben der betroffenen Bieter in der Bewerbung selbst sein, die der Vergabestelle Anlass geben zu prüfen, ob die bieterseits getroffenen Maßnahmen zur Erstellung von Angeboten in Unkenntnis des jeweils konkurrierenden Angebotes ausreichend sind. Sofern dies zweifelhaft sein sollte, haben die bietenden Unternehmen zu diesem Zeitpunkt noch keine möglicherweise sehr hohen Angebotserstellungskosten zu verbuchen und können sich ggf. entscheiden, welches der parallel beteiligten Unternehmen mit Aussicht auf Erfolg an dem weiteren Vergabewettbewerb teilnimmt.⁴⁴

⁴⁴ Zu dieser Problematik Hölzl, a.a.O., 754.

Workshop 1: Mehrfachbeteiligung von Unternehmen

Zusammenfassung der Aussprache

Rege Beteiligung fand die Aussprache, in der einige der bereits von den Referenten auf dem Podium angesprochenen Punkte nochmals vertieft diskutiert wurden.

So ging es um die Frage, ob der Wettbewerb tatsächlich dadurch beeinträchtigt wird, dass verbundene Unternehmen anbieten oder eher dadurch, dass ihre Angebote ausgeschlossen werden.

Hierzu wurde darauf hingewiesen, dass das Kartellrecht und das Vergaberecht voneinander abwichen, wenn es um verbundene Unternehmen gehe. Im Kartellrecht sei "Kungeln" zwischen konzernverbundenen Unternehmen grundsätzlich zulässig. Warum dies im Vergaberecht anders sein solle, erschließe sich – ausgenommen den speziellen Fall der Loslimitierung – nicht. Selbst wenn sich zwei konzernverbundene Unternehmen absprächen und anschließend zwei Angebote einreichen, von denen das eine günstiger, das andere qualitativ besser sei, entstehe für den Wettbewerb kein Schaden, wohl aber im Falle eines Ausschlusses. Denn sofern die beiden Unternehmen ihre gegenseitige Unabhängigkeit nicht darlegen könnten, müsse eines von beiden davon absehen, ein Angebot abzugeben. Jedoch sei der Verzicht auf eine Teilnahme am Wettbewerb in Absprache mit einem anderen potenziellen Bieter gerade einer der gravierendsten Fälle der Wettbewerbsbeschränkung. Ein vergaberechtskonformes Verhalten führe somit für den Auftraggeber zu weniger Wahlmöglichkeiten und einer kleineren Angebotspalette und damit am Ende auch zu weniger Wettbewerb. Dies könne nicht gewollt sein.

Ein weiterer Beitrag aus dem Auditorium betraf das Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage im Vergaberecht, nach der Angebote von zwei konzernverbundenen Unternehmen auszuschließen seien.

Ein Ausschlussgrund könne, so eine Auffassung, bei weiter Auslegung in § 16 Abs. 1 Nr. 1 d) VOB/A und § 19 EG Abs. 3 f) VOL/A gesehen werden. Diese Vorschriften regelten, dass Angebote, denen wettbewerbswidrige Absprachen zugrunde liegen, auszuschließen seien. Die Rechtsprechung interpretiere die wettbewerbswidrigen Absprachen weit, so dass darunter auch Konstellationen von Konzernverbundenheit fielen. Auch der EuGH beanstande ein nationales Recht nicht, das für diesen Fall einen Ausschluss vorsehe. Wolle man diese Auffassung nicht teilen, dann komme eine Ergänzung der genannten Normen durch Richterrecht in Betracht.

Dagegen wurde eingewendet, dass der Ausschluss der Angebote von verbundenen Unternehmen ein schwerwiegender Eingriff sei, dem lediglich ein schwacher Vermutungstatbestand ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage gegenüberstehe. Auch vor dem Hintergrund, wettbewerbswidrige Absprache und Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, sei der Schritt von einer bloßen Konzernverbindung zu einer wettbewerbswidrigen Absprache sehr groß. Die Beispiele aus der Rechtsprechung (z.B. die Nutzung eines gemeinsamen Servers, eine Schnittstelle im Unternehmen) lägen fern von wettbewerbsbeschränkenden Abreden.

Zudem solle die Last, die Vermutung zu widerlegen, nicht vollständig dem Bieter aufgelegt werden, der kaum nachweisen könne, etwas nicht abgesprochen zu haben. Stattdessen müssten von der Auftraggeberseite konkrete Anhaltspunkte für Absprachen gefordert werden.

Dem Einwand, die gesetzlichen Regelungen des § 36 Abs. 2 GWB und der §§ 17 und 18 AktG im nationalen Raum könnten nicht einfach außer Acht gelassen werden, wurde entgegen gehalten, dass es zwar diese gesetzlichen Tatbestände gebe, es jedoch an einer entsprechenden Verknüpfung fehle. Es gebe gerade nicht den gesetzlichen Tatbestand, nach dem ein Unternehmen auszuschließen sei, wenn die Voraussetzungen des § 36 GWB und der §§ 17 und 18 AktG vorliegen. Die Verknüpfung erfolge über § 19 VOL/A-EG wegen wettbewerbswidriger Absprache. Das gleiche gelte hinsichtlich des Grundsatzes des Geheimwettbewerbs. Auch dort fehle eine Verknüpfung, nach der der Geheimwettbewerb dann nicht mehr gegeben sei, wenn der Vermutungstatbestand des § 36 Abs. 2 GWB greife.



Darauf wurde erwidert, die Ausschlussmöglichkeit sei die einzige Möglichkeit, um sicherzustellen, dass ein Wettbewerbsverstoß behoben werde. Dem drohenden Angebotsausschluss auf der einen Seite begegne die Rechtsprechung mit relativ geringen Anforderungen an die Bieter, die Vermutung zu widerlegen. Es handle sich dabei auch nicht um eine Widerlegung, sondern vielmehr um ein bloßes Entkräften oder Erschüt-

tern. Dies sei beispielsweise machbar durch eine Darlegung, wie die Konzernunternehmen innerbetrieblich aufgestellt seien und wie die Geheimhaltung gewahrt werde. Dazu genügten Eigenerklärungen der Bieter.

Des Weiteren wurde die Frage nach den Offenbarungspflichten der Bieter gestellt. Herr Dicks antwortete, er würde das Angebot eines Bieters nicht ausschließen, weil jener nicht mit dem Angebot offenbart habe, das ein weiteres Konzernunternehmen an der Ausschreibung beteiligt sei. Vielmehr sei die Vergabestelle gehalten, gegebenenfalls nachzufragen und dem Bieter die Gelegenheit zu geben, einen bisher lückenhaften Vortrag nachzubessern, indem der Bieter die Vermutung der Störung des Geheimwettbewerbs entkräfte. Damit werde aus der Offenbarungspflichten eine echte Mitwirkungspflicht, die im weitesten Sinne § 15 Abs. 2 VOB/A unterfallen könne. Werde die Mitwirkung verweigert, könnten die Angebote aus diesem Grund ausgeschlossen werden.

Interessant war auch die Überlegung, warum zwei verbundene Unternehmen, die zwei Angebote abgeben, aber kartellrechtlich als ein Unternehmen betrachtet werden, anders behandelt werden als ein Unternehmen, das zwei Hauptangebote abgibt. Während im ersten Fall der Ausschluss drohe, werde der zweite Fall von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zugelassen.

Vorgeschlagen wurde, hierbei zu differenzieren. So solle der Ausschluss von konzernverbundenen Unternehmen, die in Absprache miteinander zwei Angebote abgeben, nur dann zulässig sein, wenn auch zwei Hauptangebote eines einzelnen Bieters unzulässig wären. Wenn aber mehrere Hauptangebote zulässig seien, und ein Einzelbieter auch zwei Angebote abgeben dürfe, dann spreche nichts dagegen, dass man diese Hauptangebote auch von zwei Schwesterbieter akzeptiere, die offenlegen, dass sie in Absprache miteinander agieren.

Herr Dicks war hier jedoch skeptisch. Seiner Ansicht nach seien zwei Hauptangebote ein und desselben Bieters etwas anderes als zwei Angebote von zwei Unternehmen, die so täten, als stünden und handelten sie in einem Wettbewerb zueinander, bei denen aber ein solcher Wettbewerb tatsächlich nicht bestehe, weil sie Schwesterunternehmen bzw. Konzernunternehmen seien, die unter gemeinsamer Leitung stünden und weisungsabhängig seien. In diesem Fall sei der Geheimwettbewerb nicht gewährleistet. Selbst wenn Unternehmen transparent machten, dass sie Konzernunternehmen seien, gewährleiste dies noch nicht, dass die Angebote auch unabhängig voneinander eingebracht worden seien. Eine schriftliche Erklärung genüge hier ebenso wenig wie eine Erklärung, die nicht zu den Umständen passe.

Dies stieß auf Widerstand. Es gebe keinen Anhaltspunkt, warum man zwei Konzernunternehmen, die transparent machten, dass sie Konzernunternehmen seien und zwei unterschiedliche Angebote abgeben, anders behandeln sollte als ein einheitliches Unternehmen, von dem z.B. zwei Abteilungen zwei verschiedene Angebote abgeben. In diesen Fällen entstehe dem Auftraggeber auch kein Nachteil, insbesondere wenn weitere Angebote vorlägen.

Workshop 2: Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht

Moderation und Einführung



Dr. Rolf Raum

Stellvertretender Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Vergabe- und Strafrecht haben keine sehr große gemeinsame Geschichte. Dies liegt unter anderem darin begründet, dass sich die Strafrechtler in der früheren Zeit aus dem Vergabegeschehen schlicht und ergreifend schon deshalb herausgehalten haben, da man sich irgendwie nie zu der Feststellung eines Schadens durchringen konnte. Weil früher nur der Tatbestand des Betrugs relevant erschien, musste der hierfür vorausgesetzte Schaden gegeben sein. Das hat bedeutet, dass sich derartige Vorgänge dann meistens im kartellrechtlichen Bußgeldbereich abgespielt haben, bis irgendwann ein Richter die Dinge noch einmal neu durchdacht hat und dann sagte, dass man vielleicht bei diesen Vergabefragen doch mit dem Betrug etwas machen kann.

Man hat dann nicht länger vor der oft nicht möglichen Suche nach dem wirklichen Wert kapituliert, sondern hat Indizien gesucht, nämlich die Bildung eines Kartells, die Ausgleichszahlungen oder bestimmte korruptive Erscheinungsformen. Anschließend hat man gesagt, dass alles darauf hindeuten scheint, dass die manipulierte Ausschreibung gegenüber der ordnungsgemäß verlaufenden Ausschreibung bzw. der ordnungsgemäßen Vergabe einen Schaden nach sich zieht.

Das hat sich dann später bei den fünf Strafsenaten des Bundesgerichtshofs so eingebürgert und man ist dann immer weiter in den Anforderungen zurückgegangen. Mittlerweile kann man es als gesicherte Rechtsprechung ansehen, dass, wenn man in einem Sachverhalt sowohl Ausgleichszahlungen als auch Schmiergeldzahlungen vorfindet, diese Zahlungen immer einen sogenannten Mindestschaden begründen.

Damit ist der Tatbestand des Betrugs erfüllt. Der Gesetzgeber hat dann, obwohl die Rechtsprechung vorgearbeitet hatte, mit dem § 298 StGB eine Norm geschaffen, die jedenfalls auf der Strafrechtsebene des BGH bisher wenig Arbeit gemacht hat. Um das

deutlich zu machen: Ich habe nach meiner Schätzung in 10 Jahren nur einen betroffenen Fall gesehen und bei den anderen Strafsenaten dürfte die Quote nicht wesentlich höher gewesen sein. Immerhin hat man sich darum bemüht, diesen Tatbestand handhabbarer zu machen und hat entschieden, dass jegliche Form einer Ausschreibung und Vergabe entsprechend den Grundsätzen der VOB/A bzw. der VOL/A als ausreichend angesehen wird, um den Tatbestand zu bejahen. Dann gab es in dieser Hinsicht als letzten Markstein des Bundesgerichtshofs eine Entscheidung vom 4. Strafsenat, die auch kartellrechtlich beeinflusst war, nämlich die Frage, welche Absprachen vom § 298 StGB erfasst sind. Im Ergebnis wurde dies auf die Horizontalebene beschränkt.

Da schließt sich jetzt die spannende Frage an, ob nach dem Paradigmenwechsel im Bereich der Absprachen (§ 1 GWB) nicht nur die Absprachen im Horizontalverhältnis, sondern auch die Absprachen im Vertikalverhältnis erfasst sind und wie sich das unter Umständen auf die Auslegung des § 298 StGB auswirken wird.

Sie sehen, mein Erfahrungsschatz zu diesem Bereich ist relativ gering, gleichwohl sind die Dinge spannend. Dies gilt insbesondere für den Aspekt der Schadensfragestellung, die ja auch deswegen interessant ist, weil dieser Schaden oft wieder abgeschöpft werden kann, zum einen im Kartellbußgeldverfahren über die Verbandsgeldbuße und zum anderen über den § 17 Abs. 4 OWiG, der die sogenannte Vorteilsabschöpfung ermöglicht. Da ist relativ viel Bewegung in diesem Bereich. Die Verfahren werden vom Bundeskartellamt betrieben. Ob diese Behörde das mit einer gewissen Verve oder mit dem gebotenen Engagement umsetzt, das kann man bezweifeln, aber immerhin ist die gesetzliche Möglichkeit da.

Workshop 2: Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht

Einführung



Prof. Dr. Dr. h.c. Siegfried Broß

Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

I. Allgemeine Überlegungen

Zunächst möchte ich einige weitergehende Überlegungen zu dem Thema unseres Workshops vorstellen, die mich fortwährend bewegen. Aus der Distanz betrachtet und aufgrund meiner richterlichen Erfahrung über Jahrzehnte ist es sinnvoll, die Betrachtung über das unmittelbare Strafrecht hinaus zu erstrecken (s. allg. Heinemann, Fehlerfolgen im Vergabeverfahren, *VerwArch.* 103 (2012), 87 ff.; Broß, Ausgewählte Probleme des Vergabewesens der öffentlichen Hand, *VerwArch.* 84 (1993), 395 ff.). Das Strafrecht ist zwar unerlässlich zur Sicherung der Rechtsordnung und der inneren Stabilität einer Gesellschaft. Andererseits könnten diese Ziele aber nicht erreicht werden, wenn allein das Strafrecht zur Verfügung stünde. Es bedarf einer allgemeinen Rechtsüberzeugung und flankierender Maßnahmen, damit das Strafrecht auf die Behandlung von "Ausreißern" beschränkt werden kann. Ich bevorzuge ohnehin Instrumente auf der Primärebene, weil diese in der Regel viel effektiver und mit erheblicher Durchschlagskraft eingesetzt werden können, während Strafverfahren wegen des Ermittlungsaufwands und der bekannten Überlastung der Gerichte sowie schließlich bei der Bemessung der Schuld häufig nicht dem Sachverhalt angemessen geführt werden können.

1. Zunächst sehe ich ein "Kultur"problem. Es gilt im Vergaberecht, lieb gewonnene Gewohnheiten, geradezu verbreitete Traditionen zu beseitigen und das Bewusstsein nicht nur partiell, sondern „flächendeckend“ zu heben. Zum Teil ist der Prozess des Umdenkens bei den beteiligten Kreisen gelungen, allerdings noch nicht in dem wünschenswerten Ausmaß.

Das gilt übrigens nicht nur für die Seite der Anbieter oder Nachfrager, sondern auch für die Strafgerichte. So ist etwa an den erleichterten Ausruf von Baumann

(NJW 1992, 1661) zu erinnern: "Endlich strafrechtliche Bekämpfung des Submissionsbetruges". Er behandelte in diesem Beitrag zugleich das Urteil des BGH vom 08.01.1992 – 2 StR 102/91 – (NJW 1992, 921), auf das ich noch zurückkommen werde. Trotz der inzwischen verstrichenen 20 Jahre erkenne ich noch erhebliche Defizite bei der Bewusstseinsbildung.

2. Die Handhabung des § 263 StGB stößt bis heute im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts neben der des § 266 StGB aus den verschiedensten Gründen immer wieder auf Schwierigkeiten. Es handelt sich in der Regel um unübersichtliche und sehr komplexe Sachverhalte, die sich zudem häufig der Alltagserfahrung entziehen. Nicht selten bereitet die Feststellung des Schadens wie auch die des Vermögensvorteils ein Problem. Andererseits ist es aus objektiven rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unerlässlich, ein Ausufern wie auch eine Ausdehnung oder Überdehnung von Tatbestandsmerkmalen zu verhindern. Allerdings geht meine Erfahrung dahin, dass häufig dem nach außen deutlich sichtbar werdenden Verhalten und der so deutlich werdenden Vorstellungswelt der Akteure nicht die gehörige Bedeutung zugemessen wird. Diese sind sich regelmäßig völlig im Klaren über ihre Handlungen und Verstöße und sie werden auf diese Weise gründlich unterschätzt. Dem sind z.B. in dem vom BGH 1992 entschiedenen Fall die Vorinstanzen erlegen. Daran ändert nichts, wenn die Dogmatik bezüglich des Schadens bemüht oder überhöht wird, um diese Fehlvorstellung in Teilen der Justiz zu verkleiden.
3. Unter diesem Gesichtspunkt ist es zu begrüßen, dass mit § 298 StGB eine spezielle Norm für das Vergaberecht geschaffen wurde. Allerdings möchte ich an dieser Stelle auf einen Lösungsansatz des Reichsgerichts hinweisen, der nicht ohne Charme ist. Dieses hatte in einem Fall, in denen sich Unternehmen vor der Abgabe ihrer Angebote abgesprochen hatten, einen Betrug zum Nachteil der nicht an dieser Absprache beteiligten Bieter gesehen, so RGSt 73,382 und RG JW 26, 2307. Die begründete Aussicht, im Wettbewerb um einen Auftrag in einem geordneten Verfahren nach bestimmten Regeln den Zuschlag zu erlangen, sei eine Position, die zum durch § 263 StGB geschützten Vermögen gehöre. Es ging dem Reichsgericht also nicht in erster Linie um den Schutz der öffentlichen Hand, sondern es sieht den Schaden bei den auch getäuschten Mitbewerbern.
4. Aus der Sicht des Rechtsstaats muss die Rechtsordnung ausgewogen sein, d.h., dass Rechtsbereiche, die in einem tatsächlichen Zusammenhang stehen, aufeinander abgestimmt sein müssen. Das bedeutet aber zwingend, dass man nicht nur die Ebene der Sanktionen betrachten darf, sondern das Augenmerk verstärkt darauf gerichtet werden muss, Verstöße von vornherein zu unterbinden oder aber höchst wirksame andere als strafrechtliche Sanktionen vorzusehen. Zu bedenken ist z.B. insoweit, dass Kartellverstöße mit der Einordnung als Ordnungswidrigkeit kaum abschreckende Wirkung verbreiten und zudem betriebswirtschaftlich kalkulierbar werden.

So ist mir aus meiner Mitgliedschaft im Kartellsenat des Bundesgerichtshofs meine "letzte" Kartellordnungswidrigkeit in Erinnerung, die immerhin eine Geldbuße von 110 Millionen DM zum Gegenstand hatte. Alle meine Anstrengungen nützten nichts – die Rechtsbeschwerde wurde zurückgenommen. Gleichwohl war die "Betroffene" davor wie auch danach regelmäßig aufgefallen.

Es ist deshalb unabdingbar, bei Verstößen gegen das Vergaberecht auf der Primärebene energisch durchzugreifen. Erfahrungsgemäß ist auf dieser Ebene eine größere abschreckende Wirkung zu erzielen. So subtile Fragen der Angemessenheit der Strafe, der Schuld und dergleichen mehr stellen sich nicht, weil es um die Frage der Zuverlässigkeit im Rechtsverkehr geht. Das sind aber objektive und schuldunabhängige Kriterien, die der Staat aufgrund seiner Pflicht zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden beachten muss. Zugleich sind solche Eingriffe auf der Primärebene eher geeignet, Vollzugsdefizite und verbleibende Dunkelfelder zu vermeiden. Solche führen zwangsläufig zu Gerechtigkeitslücken und schwächen die Akzeptanz. Damit wären wir wieder bei der Bewusstseinsbildung und der "Kultur".

5. Eine abschließende Überlegung betrifft eine bei strafrechtlicher Aufarbeitung von Verstößen gegen das Vergaberecht mögliche innere Befangenheit bei einzelnen Handelnden auf Seiten der Justiz. In der Regel sind die Betroffenen gut bürgerlich situiert und sozial integriert. Sie entsprechen nicht der allgemeinen Vorstellung vom "Straftäter". Die Verfahren sind regelmäßig aufwändig und häufig sind die rechtswidrigen Handlungen nur schwer zu durchschauen. Das sind keine erfreulichen Voraussetzungen für ein objektives rechtsstaatliches Strafverfahren. Nicht selten wird noch der Zwang zur Absprache behauptet, dem ich unter objektiven rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keinerlei Sympathie entgegenbringe. Andererseits ist es aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zu billigen, wenn sich aus einer möglichen inneren Befangenheit der staatliche Zugriff gleichsam selbst „desavouiert“.

II. Einzelheiten

1. Mir liegt sehr daran, dass man bezüglich der Verstöße gegen das Vergaberecht Tatbestandsgruppen bildet. Es ist nach meiner Erfahrung nicht so schwierig, eine angemessene und sinnvolle Differenzierung vorzunehmen.

Um der zuvor geschilderten inneren Befangenheit wirksam begegnen zu können, sollte man sich daran orientieren, ob auf der Bewerberseite zwei oder mehr Bewerber verbindende Strukturen geschaffen haben oder aber, ob solche zwischen der nachfragenden Stelle und der Bewerberseite zu erkennen sind. Wenn solche Strukturen den anderen Teilnehmern am Gesamtgeflecht – was nahe liegt – verborgen werden, sehe ich keine Schwierigkeiten, strafrechtliche Relevanz zu bejahen, weil der Wettbewerb um die Vergabe in einer Weise verfälscht werden soll,

die die anderen Bewerber schädigt und deren Aufwendungen jedenfalls schon für die Teilnahme an der Ausschreibung obsolet macht, wie das Reichsgericht überzeugend befunden hat. Bei solchem planvollen Vorgehen, dem Schaffen von schädigenden Strukturen für andere Beteiligte, muss man auch die erhebliche kriminelle Energie sehen. Zudem muss das Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Rechtsverkehrs und dem Schutz des von ihr aufgebrauchten Geldes gewichtet werden. So kenne ich z.B. ein Land mit erheblicher Korruptionsbelastung, in dem immer wieder die von vornherein abzulehnende Diskussion um die Ahndung solcher Delikte mit der Kapitalstrafe aufkeimt.

Der Gesetzgeber hat inzwischen mit § 298 StGB eine Vorschrift geschaffen, die den Gegebenheiten bei öffentlichen Ausschreibungen gerecht wird. Erfreulich ist, dass die vormalige lediglich als Kartellordnungswidrigkeit eingestufte Vorgehensweise nunmehr als Straftatbestand gefasst ist und zudem die Schwierigkeiten der Praxis vermeiden hilft, die mit dem Betrugstatbestand des § 263 StGB vermeintlich z.T. unvermeidbar waren. Damit möchte ich allerdings nicht so verstanden werden, dass ich diese nicht für behebbar gehalten habe. Der "Charme" der Vorschrift liegt darin, dass es sich um ein Unternehmensdelikt handelt; denn es ist nicht erforderlich, dass ein Vermögensschaden und ein Vermögensvorteil nachgewiesen werden. Allerdings sollte man diesen Gesichtspunkt nicht aus dem Auge verlieren. Er könnte sowohl bei dem Nachfrager als auch bei anderen Wettbewerbern relevant werden. Dann besteht zwischen § 298 Abs. 1 StGB Tateinheit mit § 263 StGB. Das bedarf gebührender Berücksichtigung bei der Strafzumessung.

2. Betrachtet man den vom Bundesgerichtshof 1992 gegen inhaltenden Widerstand der Instanzgerichte überzeugend entschiedenen Fall, springt die außergewöhnliche kriminelle Energie der sich absprechenden Bewerber ins Auge. Etwa 25 %, rund 5 Millionen DM bei einer Auftragssumme von etwa 15 Millionen DM, wurden von den Teilnehmern an der Absprache nur für deren Pflege aufgewendet. Anstatt dogmatische Höhenflüge anzustellen, hätte eine Parallelwertung in der Laiensphäre vollauf genügt. Wie verhalten sich ein ehrbarer Kaufmann und ein korrekter Bewerber? In diesem Zusammenhang möchte ich zur vertieften Beschäftigung mit der Problematik auf den kürzlich in DVBl. 2012, 391 ff. veröffentlichten Beitrag von Stober „Compliance in der öffentlichen Verwaltung“ verweisen.

Vor diesem Hintergrund halte ich die Entscheidung des BGH vom 28.6.2011 – KZR 75/10 (GRUR 2012, 291 = NJW 2012, 928 und dazu den Beitrag von Weitbrecht, NJW 2012, 881 ff.) für wenig hilfreich. Die durch § 298 StGB i.V.m. § 263 StGB vom Gesetzgeber geschaffene "neue" Rechtslage, die abschreckend auf Kartellabsprachen in bestimmten Konstellationen wirken soll, wird relativiert. Die Verpflichtung zum Schadensersatz ist in hohem Maße geeignet, die Vorschriften über Strafbarkeit wirksam zu flankieren. Dem widerspricht es, wenn der BGH für die Geltendmachung eines Schadens durch mittelbar durch ein Kartell Geschädigte die Schwelle so hoch ansetzt, wie er es in dieser Entscheidung getan hat.

3. Abschließend sollte man auch die Möglichkeiten, die die wirksame Anwendung des § 266 StGB bietet, nicht unterschätzen. Die Regelungen in § 298 und § 299 StGB konturieren die sich aus § 266 StGB ergebenden Pflichten für die Personen, die fremde Vermögensinteressen zu betreuen haben. Das galt schon vorher bei der Einstufung eines Teils des Vorgehens lediglich als Kartellordnungswidrigkeit, weil für das Unternehmen finanzielle Nachteile drohten. Zu überlegen bleibt allerdings, ob der Strafraum von bis zu fünf Jahren nicht angehoben werden sollte, wenn man etwa einen Vergleich zu den Strafräumen des § 243 StGB oder des § 263 Abs. 3 StGB zieht.

Für mich ist insoweit der Gesichtspunkt mit entscheidend, dass durch die hier in Rede stehenden Delikte über die unmittelbar geschädigten Beteiligten eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens der Wirtschaftsstandort Deutschland – nicht nur im Zusammenhang mit der Rangliste der Korruptionsbelastung der Staaten im Vergleich – nachteilig betroffen ist und insgesamt – trotz der Dunkelfelder – das volkswirtschaftliche Gesamtvermögen enormen Schaden leidet.

Workshop 2: Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht



Einführung

Rechtsanwalt Dr. Daniel M. Krause, LL.M.

Krause & Kollegen

Das Thema „Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht“ wirft zwei Fragen auf:

Erstens: Können Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts strafrechtliche Folgen haben, und wenn dem so sein sollte, in welchen Fällen kann ein Verstoß gegen das Vergaberecht eine Strafbarkeit nach sich ziehen?

Zweitens: Welche strafrechtlichen Sanktionen sind bei Straftaten im Zusammenhang mit Vergabeverfahren möglich?

Zur ersten Frage:

1. Handlungen im Vergabeverfahren sind nicht schon deshalb strafbar, weil sie gegen Vorschriften des Vergaberechts verstoßen. Das Vergaberecht kennt keine eigenen Straftatbestände und die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften wird auch vom Strafrecht nicht unmittelbar geschützt. Darin unterscheidet sich das Vergaberecht beispielsweise vom Subventionsrecht oder der Kreditvergabe. Dort hat der Gesetzgeber das Machen von unrichtigen Angaben in Subventions- oder Kreditanträgen in besonderen Tatbeständen des Strafgesetzbuches unter Strafe gestellt. Solche Regelungen bestehen für das Vergabeverfahren nicht. Eine Ausnahme bildet die wettbewerbsbeschränkende Absprache, die eigenständig in § 298 StGB unter Strafe gestellt ist.

2. Gleichwohl bestehen zahlreiche Wechselwirkungen zwischen Vergaberecht und Strafrecht.

Das Strafrecht wirkt – insbesondere durch seine Sanktionen – unmittelbar in das Vergaberecht hinein. So kann etwa ein Auftraggeber einen Bieter, der sich in der Vergangenheit strafbar gemacht hat oder gegen den Bußgeldbescheide ergangen sind, unter bestimmten Voraussetzungen wegen Unzuverlässigkeit von der Vergabe ausschließen.¹ Auch werden vielfach Erklärungen von den Bietern zum Nichtvorliegen von Verurteilungen bzw. Ermittlungsverfahren verlangt, deren unrichtige Beantwortung unter Umständen schon für sich genommen einen Ausschluss rechtfertigen kann. Darauf komme ich noch zurück.

Umgekehrt wirkt das Vergaberecht in das Strafrecht hinein:

So wird das Vergaberecht einerseits herangezogen, um Strafnormen inhaltlich zu konkretisieren. Andererseits legt das Vergaberecht den an einer Vergabe Beteiligten bestimmte Pflichten auf. Deren Einhaltung genießt unter bestimmten weiteren Voraussetzungen strafrechtlichen Schutz, beispielsweise im Bereich der sog. Haushaltsuntreue, § 266 StGB.

- a) Zur ersten Variante: § 298 StGB verlangt das Vorliegen einer „Ausschreibung“ und eines „Angebotes“. Es muss sich nicht unbedingt um eine öffentliche Ausschreibung handeln. Ob eine „Ausschreibung“ vorliegt, richtet sich im weiteren Sinn nach dem Vergaberecht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist sie bei öffentlichen Ausschreibungen nach der VOB/A ohne Weiteres gegeben, bei privaten Ausschreibungen dann, wenn das Vergabeverfahren in Anlehnung an die Bestimmungen der VOB/A ausgestaltet ist.² Das BVerfG hat diese Rechtsprechung im Jahr 2009 auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit bestätigt.³ Private greifen in der Praxis vielfach auf VOB-Regelungen zurück. Deshalb werden private Ausschreibungen in der Regel durch § 298 StGB geschützt. Zu beachten ist, dass sich nach § 298 StGB nur der Ausschreibungsteilnehmer, nicht jedoch der Ausschreibende strafbar machen kann.

Eine besondere Problematik betrifft Absprachen zwischen Bietern – ggf. unter Beteiligung der Vergabestelle – im Vergabenachprüfungsverfahren und inwieweit diese unter § 298 StGB fallen können.

- b) Die zweite Variante betrifft die Konkretisierung von strafrechtlich bedeutsamen Pflichten durch das Vergaberecht. Das Vergaberecht erlegt den Teilnehmern am Vergabeverfahren in unterschiedlicher Hinsicht zahlreiche Pflichten auf.

¹ Vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 2 c) VOB/A.

² BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – 1 StR 366/02, NStZ 2003, 548.

³ BVerfG, Beschluss vom 2.4.2009 – 2 BvR 1468/08, NZBau 2009, 530.

Deren Verletzung kann in bestimmten Fällen und bei Hinzutreten weiterer Voraussetzungen strafrechtliche Konsequenzen haben:

Ein prominentes Beispiel für die Konkretisierung strafrechtlich bedeutsamer Pflichten durch das Vergaberecht betrifft die sog. „Pflichtwidrigkeit“ im Rahmen des Untreuetatbestandes, § 266 StGB.

Eine der Kernpflichten der Vergabe öffentlicher Aufträge ist es beispielsweise, dem Grundsatz einer sparsamen Haushaltsführung Rechnung zu tragen. Dieser Grundsatz wird z.B. in § 2 Abs. 1 VOB/A normiert. Danach sind Bauleistungen zu „angemessenen Preisen“ zu vergeben. Nach § 97 GWB ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Die Verletzung dieser Pflichten kennt viele Erscheinungsformen:

So begründet das Unterlassen einer nach § 97 GWB obligatorischen Ausschreibung ein pflichtwidriges Verhalten im Sinn des § 266 StGB. Es ist strafbar, wenn hierdurch der öffentlichen Hand ein wirtschaftlicher Nachteil entsteht. Das gilt auch, wenn eine Ausschreibung mit einem Bieter im Vorhinein abgesprochen wird – Motto: „Wir können nur mit dem!“ – und die Ausschreibungsbedingungen sodann auf den betreffenden Bieter „zugeschrieben“ und „auf ihn zu“ spezifiziert werden, damit im Ergebnis nur dieser die Ausschreibung gewinnen kann. Dies ist ein klarer Verstoß gegen das Vergaberecht, der eine Untreue begründen kann.

Nichts anderes gilt, wenn ein Unterlassen der Ausschreibung mit den potenziellen Bietern inoffiziell abgesprochen wird und man sich – ggf. gegen Ausgleichszahlungen der Bieter untereinander – auf die Beauftragung eines Unternehmens einigt.⁴ Wirken an diesen Manipulationen Mitarbeiter der Vergabestelle mit, liegt in der Praxis der Verdacht von Korruptionsdelikten sehr nahe.⁵

Eine strafbare Untreue kommt beispielsweise auch bei folgenden Vergaberechtsverstößen in Betracht:

- Beschränkte oder freihändige Vergabe entgegen §§ 97 ff. GWB, § 3 Abs. 3 VOB/A, § 3 Abs. 5 VOB/A,
- Reduzierung der Ausschreibung auf einen bekannten Teilnehmerkreis entgegen § 3 Abs. 2 VOB/A,
- Nachträgliche Änderung der Vergütung ohne sachlichen Grund und ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 Abs. 9 VOB/A.

Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit solcher Verstöße ist nicht gering. Insbesondere größere Vergabeverfahren werden vielfach von den Rechnungs-

⁴ Neye, NStZ 1981, 369.

⁵ Eine Submissionsabsprache nach § 298 StGB liegt hierin indes nicht, da es an einer Ausschreibung gerade fehlt, Hohmann in Münchener Kommentar zum StGB 1. Auflage 2006, § 298 Rn. 55.

höfen des Bundes und der Länder überprüft. Dabei ist wesentlicher Prüfungsgegenstand, ob die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens bzw. des Zuschlags dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gerecht geworden ist. Ferner wird untersucht, ob Anhaltspunkte für korruptives Handeln bestehen. Der Bundesrechnungshof hat bereits 1998 Empfehlungen und Hinweise zur Korruptionsbekämpfung beispielsweise bei Ausschreibungen im Straßenbau formuliert.⁶ Die Berichte der Rechnungshöfe sind regelmäßig fundiert und werden bei Beanstandungen häufig an Ermittlungsbehörden weitergeleitet oder diesen zugespielt. In zahlreichen Fällen bilden solche Berichte auch die Grundlage für die Einleitung von Ermittlungsverfahren.

- c) Voraussetzung einer Untreue nach § 266 StGB ist der Eintritt eines Schadens für das Vermögen des Ausschreibenden. Abstrakt liegt ein Schaden dann vor, wenn sich die Vermögenslage des Ausschreibenden im Falle eines pflichtgemäßen Verhaltens bei der Vergabe per Saldo positiver darstellen würde, als dies tatsächlich der Fall ist. Dies gilt beispielsweise für den Zuschlag zu einem unangemessen hohen Leistungspreis bzw. zu einem Preis, der bei pflichtgemäßem Verhalten niedriger gewesen wäre.

Der Nachweis des Schadens bereitet in der Praxis vielfach erhebliche Schwierigkeiten. Für die Bestimmung des Schadens im Zusammenhang mit solchen Vergaberechtsverstößen wird auf die Differenz zwischen der vertraglich vereinbarten Auftragssumme und dem Preis abgestellt, der bei Beachtung der geltenden Regelungen erzielbar gewesen wäre.⁷

Dies ist oft schwer zu bestimmen. Die Rechtsprechung behilft sich insoweit mit Vermutungskonstruktionen. Dies gilt beispielsweise bei Vorliegen einer Submissionsabsprache oder bei Schmiergeldzahlungen an einen Treupflichtigen zur Beeinflussung der Vergabeentscheidung. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die konkret vereinbarten Vertragsbedingungen unter Wettbewerbsbedingungen nicht erzielbar gewesen wären. Der Vermögensnachteil soll dann in sachfremden oder unter Wettbewerbsbedingungen nicht ohne Weiteres durchsetzbaren Rechnungsposten bestehen.⁸ Schmiergeld- und Ausgleichszahlungen werden von Ermittlungsbehörden und Gerichten als nahezu zwingendes Beweisanzeichen dafür angesehen, dass der ohne Preisabsprache erzielbare Preis den tatsächlich vereinbarten Preis unterschritten hätte.⁹ Demnach wird der Schaden in der Regel in Höhe der unlauteren Zahlungen gesehen.¹⁰

⁶ AZ: V 3 – 1998-0011 vom 12.11.1998.

⁷ BGHSt 38, 186, 190 ff.

⁸ BGH NJW 2006, 2864, Wuppertaler Korruptionsskandal.

⁹ BGHSt 38, 186, 190 ff.

¹⁰ Diese Schadensbestimmung ist nicht ohne Kritik geblieben, wurde jedoch durch den BGH mehrfach ausdrücklich bestätigt. BGH wistra 2001, 384; BGH NJW 2006, 2864, Wuppertaler Korruptionsskandal.

Hervorzuheben ist, dass Bieter bei einem Zusammenwirken mit Mitarbeitern des Ausschreibenden in den erwähnten Fällen ihrerseits eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Untreue trifft.

- d) Umgekehrt stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit auch dann in Betracht kommt, wenn durch den Auftraggeber gegen Vorschriften des Vergaberechts verstoßen wird, die dem Vermögensschutz der Bieter zu dienen bestimmt sind.

Das ist zu verneinen. Denn bei dem Verhältnis des Ausschreibenden zu den Bietern handelt es sich um ein typisches Leistungsaustausch- bzw. Gegenseitigkeitsverhältnis, bei dem die Vermögensinteressen der Vertragsparteien einander gegenüberstehen. Die Vergabestelle wird also nicht auf Seiten und in der Vermögenssphäre der Bieter tätig. Aus diesem Grund fehlt es an der für § 266 StGB notwendigen Vermögensbetreuungspflicht des Auftraggebers gegenüber den Bietern. Eine Untreue scheidet daher aus.¹¹ Deshalb liegt in einem pflichtwidrigen Zuschlag zugunsten eines Bieters, z.B. wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, nicht zugleich auch eine Untreue zum Nachteil der anderen Bieter, selbst wenn diese dadurch Vermögensnachteile erleiden.

- e) In der alltäglichen Vergabepaxis nicht unbedeutend sind auch Sachverhaltskonstellationen, in denen eine Strafbarkeit wegen Betruges (§ 263 StGB), Urkundenfälschung (§ 267 StGB) bzw. Geheimnisverrat (§ 353b StGB, § 17 UWG) in Betracht kommt.

Zu den elementaren Grundsätzen von Ausschreibungsverfahren gehört, dass abgegebene Angebote nach ihren technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen im Rahmen eines Wettbewerbs zustande kommen. Deshalb liegt eine betrugsrelevante Täuschung vor, wenn das von einem Bieter ursprünglich eingereichte Angebot im Nachhinein – üblicherweise unter Mitwirkung von Angehörigen der Vergabestelle – zu seinen Gunsten manipuliert worden ist. Solchen Angeboten haftet der Anschein an, regelgerecht abgegeben worden zu sein.¹² Der Betrugsschaden des unterliegenden Bieters, der im Fall einer ordnungsgemäßen Vergabe den Zuschlag erhalten hätte, liegt darin, dass bei ihm ein sicher zu erwartender Vermögenszufluss – der Zuschlag – vereitelt wird.

Praktisch bedeutsam ist im Übrigen auch Folgendes:

Regelmäßig wird in Ausschreibungsverfahren eine Erklärung des Bieters verlangt, mit der er ausdrücklich oder sinngemäß erklärt, die Anforderungen der Ausschreibung mit seinem Angebot beachtet und sein Angebot unter Wett-

¹¹ Greeve, NZ Bau 2000, 242.

¹² BGHSt 17, 47; 34, 379, 390; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Stoffgleichheit 4.

bewerbsbedingungen erstellt zu haben. Vielfach werden auch Erklärungen verlangt, nach denen der Bieter angibt, in einem bestimmten Zeitraum vor der Abgabe des Angebotes strafrechtlich nicht verurteilt worden zu sein. Die Risiken, die in der Abgabe einer solchen oder ähnlichen Erklärung liegen können, werden häufig nicht erkannt. Verlangte Erklärungen werden vielfach leichtfertig unterzeichnet. Dabei kann schon eine unzutreffende Angabe betreffend strafrechtliche Verurteilungen o.ä. die Unzuverlässigkeit begründen und einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nach sich ziehen.

Übersehen wird insbesondere, dass über derartige Pauschalenerklärungen auch sämtliche Verstöße gegen sonstige Ausschreibungsbedingungen zum Gegenstand einer Täuschung im Sinn des § 263 StGB werden können. Gelegentlich enthalten die Ausschreibungsbedingungen beispielweise bestimmte Verbote der Kontaktaufnahme zu Mitarbeitern der Vergabestelle bzw. zu deren Beratern. Eine Täuschung im Sinn des § 263 StGB liegt vor, wenn die Pauschalenerklärung abgegeben worden ist, jedoch tatsächlich ein – ggf. auch unbedeutender – Kontakt zu solchen Personen bestanden hat. Entsprechendes gilt für andere Ausschreibungsbedingungen. Zwar gelten für den Nachweis des für einen Betrug erforderlichen Schadens die obigen Ausführungen zu den Beweisschwierigkeiten entsprechend. Doch kann schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, für die die Abgabe unrichtiger Erklärungen dieser Art als Anfangsverdacht ausreichend ist, erhebliche Nachteile im laufenden Vergabeverfahren wie auch Reputationsschäden begründen.

- f) Die Weitergabe von Angeboten bzw. Teilen derselben an andere Teilnehmer des Ausschreibungsverfahrens oder Dritte – Stichwort: der „Maulwurf“ in der Vergabestelle – begründet in aller Regel eine Strafbarkeit wegen des Verrats von Dienstgeheimnissen (§ 353b StGB – beim öffentlichen Auftraggeber) bzw. des Verrats von Geschäftsgeheimnissen (§ 17 UWG – beim privaten Auftraggeber). Denn die eingereichten Angebote und die in ihnen mitgeteilten Details des Angebotes werden zu Dienst- oder Geschäftsgeheimnissen des Ausschreibenden. Der hieran auf Bieterseite Beteiligte macht sich regelmäßig wegen Anstiftung oder Beihilfe strafbar. Auch bei diesen in der Praxis nicht selten anzutreffenden Praktiken fehlt vielfach das Risikobewusstsein.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Verstöße gegen das Vergaberecht sind nicht per se strafbar, das Vergaberecht und die ihm zugrunde liegenden Grundsätze wirken jedoch konkretisierend bei der Bestimmung von Merkmalen der strafrechtlichen Tatbestände bzw. von strafrechtlich relevanten Pflichten. Dies gilt beispielsweise für die Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht (§ 266 StGB), aber auch bei der Bestimmung der Täuschung im Betrug (§ 263 StGB). Schließlich bestehen strafrechtliche Risiken im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen (§ 298 StGB), Korruptionsdelikten (§§ 331 ff., 299 StGB) und dem Geheimnisverrat (§ 353b StGB, § 17 UWG), ferner Risiken von Ordnungswidrigkeiten nach dem GWB.

Zur zweiten Frage:

Aufgrund von Straftaten im Zusammenhang mit Vergabeverfahren kommen verschiedene Sanktionen in Betracht:

- Individualstrafen: Geldstrafe (§ 40 ff. StGB), Freiheitsstrafe (§ 38 f. StGB),
- Verfall (§ 73 ff. StGB, § 29a OWiG),
- Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen (§ 30 OWiG),
- Geldbuße wegen Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG),
- Vergabesperrn / Korruptionsregister,
- Reputationsschäden.

1. Individualstrafen:

Die Individualstrafen – Geldstrafe und Freiheitsstrafe – richten sich gegen die jeweils beschuldigten Personen. In Bezug auf die Freiheitsstrafe ist zu beobachten, dass die Gerichte bei hohen Bestechungsbeträgen bzw. hohen Schäden mit eigennützigem Verhalten auch Freiheitsstrafen im nicht mehr bewährungsfähigen Bereich, also Freiheitsstrafen über 2 Jahre, verhängen.

In Bezug auf die Geldstrafe ist die Schwelle von 90 Tagessätzen zu erwähnen. Bis einschließlich 90 Tagessätzen Geldstrafe wird eine Verurteilung nicht in das an Private zu erteilende Führungszeugnis des Bundeszentralregisters (§ 32 Abs. 2 BZRG) aufgenommen. Geldstrafen ab 91 Tagessätze erscheinen im Führungszeugnis, d.h., der Betreffende darf sich nicht mehr als „nicht vorbestraft“ bezeichnen. Die Gerichte sind für Korruptionsdelikte schon länger besonders „sensibilisiert“, für Straftaten im Wettbewerb nimmt diese Sensibilisierung zu. Es kann davon ausgegangen werden, dass Geldstrafen bis zu 90 Tagessätzen in diesem Bereich Taten vorbehalten sind, die sich an der unteren Erheblichkeitsschwelle bewegen.

2. Verfall:

Aus Vergabemanipulationen Erlangtes kann der Staat abschöpfen (§ 73 StGB). Das Gericht ordnet den sogenannten Verfall an, wenn der Täter aus einer rechtswidrigen Tat – etwa einer Bestechung (§ 299 StGB, § 344 StGB) – etwas erlangt hat. Handelt der Täter für ein Unternehmen, trifft der Verfall das Unternehmen (§ 73 Abs. 3 StGB). Der Staat bedient sich allerdings nicht zu Lasten des Verletzten. Der Verfall ist ausgeschlossen, wenn es einen Verletzten gibt, dem aus der Tat Ansprüche erwachsen sind (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB).

Die mögliche Anordnung des Verfalls ist deshalb eine besonders bedrohliche Sanktion, weil die Gerichte insoweit das sog. Bruttoprinzip anwenden. Das bedeutet: Alles unterliegt dem Verfall, was dem Täter zugeflossen ist, z.B. der Wert des Zuschlages. Der eigene Aufwand des Täters wird nicht gegengerechnet.

M.a.W.: Der Verfall ist nicht auf den Gewinn aus dem Auftrag beschränkt, sondern erfasst den gesamten Auftragsumsatz. Es tritt hinzu, dass die StPO eine vorläufige Vermögensbeschlagnahme gestattet (§ 111b StPO), um eine spätere Verfallsanordnung zu sichern. Hieraus ergeben sich massive, vielfach existenzbedrohende Risiken, die bereits während des Ermittlungsverfahrens eintreten können.

3. Geldbußen nach § 30 OWiG / § 130 OWiG:

Bei Fehlverhalten einer Leitungsperson aus dem Unternehmen ermöglicht § 30 OWiG die Festsetzung einer Geldbuße von bis zu 1 Mio. Euro gegen das Unternehmen. Tatsächlich können nach § 30 OWiG verhängte Bußgelder jedoch deutlich höher ausfallen:

Das liegt zum einen daran, dass das angedrohte Bußgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung der Leitungsperson verhängt werden kann, was bei wiederholtem Verhalten zu einer erheblichen Erhöhung des Bußgeldes führt. Überdies soll das Bußgeld den erlangten Vorteil beim Täter abschöpfen, wozu auch das gesetzliche Höchstmaß überschritten werden darf (§ 17 Abs. 4 OWiG).

Über § 130 OWiG kann zudem schon eine Aufsichtspflichtverletzung der Leitungspersonen des Unternehmens zu einer erheblichen Haftung führen. Schließlich kann auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren der Verfall angeordnet werden (§ 29a OWiG). Dies selbst dann, wenn ein Bußgeld gegen das Unternehmen bzw. Verantwortliche nicht verhängt wird.

4. Vergabesperre:

Schwerwiegende Folge von Straftaten im Zusammenhang mit Vergabeverfahren ist auch die Vergabesperre. Sinn und Zweck der Vergabesperre ist es, Unternehmen, deren Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auf Dauer oder zeitlich begrenzt vom öffentlichen Auftragswettbewerb auszuschließen. Die Sperre soll vor allem dem Schutz eines freien und ungestörten Wettbewerbs dienen.¹³ Die Voraussetzungen für die Verhängung einer Vergabesperre sind nicht abschließend konturiert:

Fest steht, dass Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers bestehen müssen. Zweifel an der Zuverlässigkeit können sich etwa aus Einträgen im Gewerbezentralregister über rechtskräftige Verurteilungen von Mitgliedern der Unternehmensleitung bzw. über Bußgeldbescheide ergeben.¹⁴ Dabei muss es sich um eine schwere Verfehlung des Bewerbers in der Vergangenheit handeln. Es müssen also aufgrund der Verfehlung fortbestehende Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bieters bestehen. In einer Verurteilung aufgrund einer Submissionsabsprache nach § 298 StGB wird man einen solchen Ausschlussgrund in aller Regel sehen kön-

¹³ Bannenberg in Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- u. Steuerstrafrechts, 3. Auflage 2007.

¹⁴ Moosmayer, Compliance, 2. Auflage 2012.

nen.¹⁵ Dies dürfte auch für andere in einem Ausschreibungsverfahren begangene Straftaten gelten.

Einige Bundesländer haben ein Korruptions- bzw. Vergaberegister eingeführt, das unzuverlässige Unternehmen im vorgenannten Sinne enthält. Gemäß § 5 des Nordrhein-Westfälischen Korruptionsbekämpfungsgesetzes erfolgt beispielsweise ein Eintrag in das Vergaberegister, wenn eine natürliche Person im Rahmen einer unternehmerischen Betätigung u.a. Straftaten nach §§ 263, 266 StGB begangen hat.¹⁶ Es ist darauf hinzuweisen, dass mitunter eine Eintragung schon bei Zulassung der Anklage erfolgt, teilweise sogar bei Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO. Die Folgen einer Eintragung in ein Korruptionsregister können für ein Unternehmen erheblich – ggf. sogar existenzbedrohend – sein.

5. Reputationsschäden

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Reputationsschäden, die ein Unternehmen durch Strafverfahren im Zusammenhang mit dem Verdacht von Vergabemanipulationen erleiden kann, gewichtig sein können. Nicht zuletzt aufgrund dieser Folge ist es im Allgemeinen ratsam, dass sich ein mit dem Vorwurf der Vergabemanipulation konfrontiertes Unternehmen frühzeitig rechtlich beraten lässt.

¹⁵ Dannecker in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auflage 2010.

¹⁶ Martini in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage 2011.

Workshop 2: Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht

Einführung



Oberstaatsanwalt Gunnar Greier

Staatsanwaltschaft Köln

In den folgenden Ausführungen sollen einige rechtliche und tatsächliche Aspekte, die für die Bewertung strafrechtlicher Folgen von Verstößen gegen das Vergaberecht relevant sind, aus staatsanwaltschaftlicher Sicht skizziert werden. Dabei handelt es sich naturgemäß nur um eine Auswahl einzelner Punkte, und es kann auch nur die Sicht des Vortragenden wiedergegeben werden.

In den einleitenden Bemerkungen, die gerne auch als Grundlage für die folgende Diskussion herangezogen werden sollen, möchte ich die tatsächliche Relevanz des Tatbestands der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen, die Folgen entsprechender Ermittlungsverfahren sowie die besonderen Probleme der Strafverfolgung im Bereich des Vergaberechts behandeln.

I. Statistik und Wahrnehmung

Der „klassische“ Tatbestand für die Ahndung eines vergaberechtlichen Verstoßes ist § 298 StGB, die wettbewerbsbeschränkende Absprache bei Ausschreibungen. In der strafverfolgerischen Praxis spielt dieser Tatbestand jedoch nur eine untergeordnete Rolle, wie sich aus den Jahresstatistiken für das Jahr 2010 ergibt.

Der Strafverfolgungsstatistik des Bundes für diesen Zeitraum ist bei einer Gesamtzahl von ca. 1.018.000 strafgerichtlichen Verfahren, eine Anzahl von 35 Verfahren wegen des Vorwurfs der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen zu entnehmen. Als Vergleich hierzu: Subventionsbetrug (§ 264 StGB) war im Jahr 2010 in 249 Verfahren, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) in 105 Verfahren Gegenstand.

In den 35 Verfahren kam es in 17 Fällen zu einer Verurteilung durch die Gerichte, etwa die Hälfte der Verfahren wurde demnach eingestellt. In nur einem Fall wurde eine Freiheitsstrafe, die jedoch zur Bewährung ausgesetzt wurde, verhängt. In 16 Fällen kam es somit zu einer Geldstrafe; diese betrug nur in einem Fall mehr als 90 Tagessätze und führte damit zu einer Aufnahme in ein für Private zu erstellendes polizeiliches Führungszeugnis. Zur Verfahrensdauer ist der Statistik zu entnehmen, dass alle 17 den Verurteilungen zugrunde liegenden Taten länger als zwei Jahre vor der Aburteilung begangen worden waren.

Zu der Anordnung von Untersuchungshaft kam es im Jahr 2010 in keinem Fall der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen.

Die Relevanz des Tatbestandes des § 298 StGB für die Praxis zeigt sich auch in der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik des Bundes für das Jahr 2010. Von den ca. 6 Mio. registrierten Taten betrafen lediglich 60 Taten wettbewerbsbeschränkende Absprache bei Ausschreibungen, § 298 StGB. Lag die Aufklärungsquote insgesamt bei 56 % konnte in Fällen des § 298 StGB ein Täter in 96,7 % der Fälle ermittelt werden. Dieser hohe Wert dürfte sich daraus ergeben, dass bei Kenntniserlangung von dem Verdacht einer Absprache weniger Zweifel über die Person der Beteiligten, als an dem Nachweis der Absprachen vorliegen.

Bemerkenswert an der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik ist im Hinblick auf das Vergaberecht, dass der neben § 298 StGB in Betracht kommende Tatbestand des Betruges, § 263 StGB, in der hier denkbaren Variante des sog. Submissionsbetruges nicht als eigener Unterpunkt aufgeführt wird. Orientiert an den polizeilichen Deliktsskennzahlen, wird in der Statistik bei § 263 StGB u.a. nach Warenbetrug, Stoßbetrug, Grundstücks- und Baubetrug, Kautionsbetrug oder Umschuldungsbetrug unterschieden, der Submissionsbetrug indes nicht gesondert statistisch erfasst. Dies mag als Beleg auch der Bedeutung dieses rechtlichen Aspektes in der täglichen polizeilichen Arbeit gewertet werden.

Die Einschätzung des Risikos wettbewerbsbeschränkender Absprache bei Ausschreibungen durch die Verantwortlichen von Unternehmen geht in eine den dargestellten Zahlen vergleichbare Richtung. In einer Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PWC in Zusammenarbeit mit der Martin-Luther-Universität in Halle-Wittenberg zu dem Thema Wirtschaftskriminalität 2011, berichteten 52 % der Befragten über Schadensfälle, 6 % berichteten von einem Fall der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen. Von den neun abgefragten Deliktsbereichen bedeutet dies Platz sechs. Im Gegensatz dazu steht indes die Einschätzung der Fallzahlen insgesamt. Auf die Frage nach ihrer Bewertung der Häufigkeit von Schadensfällen, schätzten 35 % der Unternehmensverantwortlichen wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen als häufig oder sehr häufig eintretende Sachverhalte ein. Kein anderer Deliktsbereich wurde von mehr Befragten benannt. Auch bei den Angaben zu der Schadenshöhe nahm der Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen den Spitzenplatz ein.

Aus meiner Sicht auffallend bei den Zahlen sind die geringe Fallzahl einerseits und die deutlich stärkere Wahrnehmung des Risikos durch die Unternehmensverantwortlichen andererseits. Diese Umstände dürften durchaus einen Rückschluss auf ein beachtliches Dunkelfeld in diesem Bereich zulassen.

Eine denkbare – und nach meinen Erfahrungen im Bereich der Strafverfolgung von Sachverhalten mit vergaberechtlichem Bezug naheliegende – Erklärung für die geringen Fallzahlen bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen ist die Überschneidung mit Korruptionsdelikten. In nicht wenigen Fällen ist der Hintergrund des Vergabeverstößes eine korruptive Absprache zwischen Beteiligten des Ausschreibungsverfahrens und diese Absprache Angelpunkt der Ermittlungen. So konnte etwa in einem Ermittlungsverfahren, das aufgrund von Vergabeverstößen eingeleitet worden war, letztlich eine Bestechung ermittelt werden. In diesem Verfahren hatte ein Mitarbeiter einer ausschreibenden Stelle wiederholt Aufträge unter Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit der zu beauftragenden Arbeiten diese freihändig vergeben. Nachdem diese Handhabung durch die Vorgesetzten im Vertrauen auf die bis dahin beanstandungsfreie Arbeit des späteren Beschuldigten mitgetragen wurde, gab eine anonyme Anzeige Anlass zur Überprüfung der Vorgänge. Im Rahmen dieser Überprüfung konnte festgestellt werden, dass die Begründung für die Annahme einer Zulässigkeit der freihändigen Vergabe zum Teil unzutreffende war, der durch die freihändigen Vergaben begünstigte Unternehmer über Scheinrechnungen Dritter dem Mitarbeiter der ausschreibenden Stelle Gelder zukommen ließ und dieser dafür Teile der von der Ausschreibung umfassten Arbeiten während seiner Dienstzeit für das beauftragte Unternehmen erstellte.

Der Schwerpunkt der strafrechtlichen Bewertung liegt in derartigen Konstellationen, auch wegen der gegenüber § 298 StGB erhöhten Strafdrohung, auf dem Amtsdelikt.

II. Relevante Tatbestände und deren spezifische Probleme

Die maßgeblichen Tatbestände der §§ 263, 266 und 298 StGB wurden bereits durch Diskussionsteilnehmer umfassend dargestellt, daher sollen auch hier nur einzelne Aspekte aufgegriffen werden. Da es keine Straftat darstellt, die Vergabevorschriften nicht einzuhalten, ist das Vorliegen eines Vergabeverstößes an sich strafrechtlich nicht relevant. Dies kann etwa in Verfahren zum Tragen kommen, in denen sich der festgestellte Rechtsverstoß auf einen Verstoß gegen Vergaberecht beschränkt. Wird beispielsweise einem Förderempfänger in dem durch die Förderbehörde erlassenen Bescheid die Anwendung der VOB für die Vergabe des geförderten Projektes vorgegeben und kommt es dann im Vergabeverfahren – bei Erreichung des mit den Fördermitteln bezweckten Ziels, z.B. Bau von günstigem Wohnraum – zu nicht vermögensmindernden Vergabeverstößen der ausschreibenden Stelle, dürfte eine strafrechtliche Ahndung nicht in Betracht kommen. Da der Förderzweck erreicht wurde,

wird eine Rückforderung der Fördergelder i.d.R. nicht erfolgen, eine wettbewerbswidrige Absprache oder ein Schaden liegen nicht vor.

Zentrales Problem aus rechtlicher Sicht ist gleichwohl die Frage des Vorliegens eines Verstoßes gegen das Vergaberecht. Dieser Punkt erlangt Bedeutung als Tatbestandsmerkmal des § 298 StGB, als Merkmal der Täuschung bei § 263 StGB, im Bereich der Pflichtwidrigkeit des § 266 StGB oder auch als Kriterium der Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung eines Amtsträgers im Falle von Korruptionsdelikten. Die Feststellung eines entsprechenden Verstoßes bedarf in komplexen Verfahren oftmals vertiefter Kenntnisse des nationalen und europäischen Vergaberechts sowie seiner Handhabung in der Praxis. Diese Kenntnisse sind bei den eher strafrechtlich geprägten Angehörigen der Strafjustiz bei Staatsanwaltschaften oder Gerichten nicht ohne Weiteres vorauszusetzen. Ebenso ist es für die mit der Durchführung von einzelnen Aufgaben der Ermittlungen betrauten Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, hier insbesondere die Polizeibehörden, eine Herausforderung, sich den zur Bewertung der rechtlichen Fragestellungen relevanten Sachverhalten zu nähern.

In tatsächlicher Hinsicht stellt sich im Falle eines erwiesenen Vergaberechtsverstoßes die Folgefrage des Nachweises eines Tatvorsatzes des oder der Beschuldigten. Je nach Beweislage kann es problematisch werden, den Beschuldigten das Wissen um den nach intensiver Prüfung angenommenen – und vielleicht sogar rechtlich nicht unumstrittenen – Rechtsverstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften nachzuweisen. Fehlt es jedoch an einem Tatvorsatz, kommt eine Bestrafung wegen der nur bei vorsätzlicher Begehung strafbaren Tatbeständen der §§ 263, 266, 298, 331 ff. StGB nicht in Betracht.

Als Beispielsfall mag der der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu den Kölner Messehallen zugrunde liegende Sachverhalt herangezogen werden. Ausweislich der Feststellungen des Gerichts ging die den Auftrag vergebende öffentliche Stelle nicht von einer Ausschreibungspflicht aus. Dieser Rechtsauffassung schloss sich im gerichtlichen Verfahren auch die Bundesregierung an. Das Gericht folgte diesen Ansichten nicht und nahm eine Ausschreibungspflicht an. Ein strafbares Verhalten etwa im Sinne der Herbeiführung eines Vermögensnachteils durch pflichtwidriges Unterlassen des anzuwendenden Vergabeverfahrens käme vorbehaltlich der sonstigen Tatbestandsmerkmale nur bei Nachweis der positiven Kenntnis des richtigerweise anzuwendenden Verfahrens und Annahme eines bewussten Verstoßes durch die Verantwortlichen des Auftraggebers zur Zeit der Vergabeentscheidung in Betracht.

Ungeachtet der abweichenden tatbestandlichen Voraussetzungen ist die Frage des Vorliegens einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen i.S.d. § 298 StGB oder eines Betruges i.S.d. § 263 StGB auch im Hinblick auf die möglichen Rechtsfolgen von Interesse. Weisen beide Tatbestände den gleichen Strafrahmen von Geldstrafe bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe auf, eröffnen bei § 263 StGB die Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 StGB den erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis zu 10

Jahren Freiheitsstrafe. Bei Korruptionsdelikten sieht § 335 StGB für besonders schwere Fälle sogar eine Mindeststrafe von nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe vor.

Wie auch in anderen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts stellt sich als weitere besondere Herausforderung in Ermittlungsverfahren die Schadensberechnung dar. Bedingt durch die Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung in jüngerer Zeit ist auch in Fällen des Submissionsbetruges der Frage des Schadens besondere Bedeutung beizumessen. Zwar ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen für Fälle des Submissionsbetrugs die Annahme eines Schadens durch Schätzung eines angemessenen Marktpreises für den Submissionsgegenstand durch Abzug sachfremder Kosten, etwa Abstandszahlungen an Ersteller von Schutzangeboten, gebilligt worden. Die aktuelleren Entwicklungen der Rechtsprechung vor allem des Bundesverfassungsgerichts könnten jedoch auch in vergaberechtlichen Verfahren Anlass für die Suche nach zusätzlichen Kriterien für die Schadensermittlung, etwa durch Einholung von Sachverständigengutachten, geben. Je nach Umfang eines derartigen Gutachtens könnte dies die Dauer eines Ermittlungsverfahrens nachhaltig beeinflussen.

Bemerkenswert, gerade im Hinblick auf eine Sicherheit für die Rechtsanwender, ist im Bereich des Vergaberechts, dass zu spezifisch strafrechtlichen Fragen nur eine recht dürftige Zahl an veröffentlichten Entscheidungen vorliegt. Eine Suche in der Datenbank juris ergibt für § 298 StGB nur ca. 10 Treffer. Viele der in den einschlägigen Kommentierungen zum Teil kontrovers diskutierten Rechtsfragen harren noch einer Befassung durch die Rechtsprechung.

III. Folgen eines Ermittlungsverfahrens

Die Folgen eines Ermittlungsverfahrens für betroffene natürliche oder juristische Personen sind vielfältig. Für den einzelnen Beschuldigten kommen neben Geld- und/oder Freiheitsstrafen auch vermögensabschöpfende Maßnahmen in Betracht. Auch ein Unternehmen kann neben kartellrechtlichen Geldbußen durch Maßnahmen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht oder strafrechtliche Gewinnabschöpfungsmaßnahmen betroffen sein.

Erheblich sind für Betroffene stets auch Reputationsschäden bei Bekanntwerden der Tatvorwürfe. Obwohl der Inhalt staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren nicht der Öffentlichkeit zugänglich ist, kommt es in Einzelfällen zu Presseberichten auch schon in einem frühen Verfahrensstadium und auf einer dünnen Tatsachengrundlage. Soweit rechtlich zulässig, unterbleiben Äußerungen zu Verfahrensinhalten und betroffenen Personen durch die Strafverfolgungsbehörden, eine Eigendynamik der Berichterstattung kann dadurch aber nicht immer verhindert werden. Da je nach Lage des Verfahrens Zwangsmaßnahmen, etwa die Durchsuchung von Geschäftsräumen, erforderlich sind, kann durch derartige offene Maßnahmen die Existenz eines Ermittlungsverfahrens bekannt werden.

Als Besonderheit des Vergaberechts ist als Folge von Ermittlungsverfahren auf die Möglichkeit des Ausschlusses von Vergabeverfahren oder die Vergabesperre hinzuweisen. Durch die vergaberechtliche Spruchpraxis ist die Möglichkeit des Vergabeausschlusses bei Vorliegen schwerer Verfehlungen bereits konturiert. Anlass für die Annahme von schweren Verfehlungen und der Ungeeignetheit eines Bewerbers ist dabei nicht selten ein Ermittlungsverfahren gegen die Verantwortlichen eines Unternehmens. Die Kenntnisse des staatsanwaltschaftlichen Verfahrensinhalts können sich die für die Bewertung der Ausschreibungsteilnehmer zuständigen Behörden unter Umständen auch durch Akteneinsicht in die Ermittlungsakten verschaffen.

Weitere mögliche Erkenntnisquelle können die in einzelnen Bundesländern eingerichteten Vergaberegister sein. In Nordrhein-Westfalen besteht ein derartiges Register seit der Einführung des Korruptionsbekämpfungsgesetzes im Jahr 2005 und verpflichtet die im Gesetz genannten Behörden des Landes zur Meldung von Verfehlungen. Als Verfehlung normiert § 5 KorruptionsbG NRW im Rahmen einer unternehmerischen Betätigung begangene Straftaten von Bedeutung u.a. nach §§ 263, 266, 298, 331 ff. StGB. Die Eintragung einer Verfehlung kann bereits während noch andauernder Ermittlungen erfolgen, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage bei der meldenden Stelle kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung besteht.

Die Staatsanwaltschaften des Landes NRW sind von dem Kreis der zur Meldung verpflichteten Behörden ausgenommen, es sei denn sie nehmen Verwaltungsaufgaben wahr. Meldungen abgeben dürfen indes auch Behörden des Bundes und anderer Länder. Eintragungen in das Vergaberegister können von den Vergabestellen vor Erteilung eines Zuschlags erfragt werden.

Bundesweit geltende Regelungen liegen derzeit – noch – nicht vor, die vorhandenen landesspezifischen Regelungen weichen voneinander ab.

Eine weitere Auswirkung eines Ermittlungsverfahrens kann die Weitergabe von internen Informationen eines Unternehmens sein. Soweit derartige Informationen für die Bewertung des Tatvorwurfs von Bedeutung sind und Akteninhalt werden, unterliegen sie grundsätzlich der Akteneinsicht durch einen Verteidiger. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen geht dem Recht auf Akteneinsicht des Verteidigers eines Beschuldigten nicht vor. Auch Dritte haben unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, Informationen aus Ermittlungsakten zu erhalten. Handelt es sich jedoch nicht um Gerichte oder Justizbehörden, dürfte das Interesse am Schutz unternehmensbezogener Daten Anlass für eine Anhörung des betroffenen Unternehmens vor einer Entscheidung und ggf. auch eine Versagung oder Beschränkung der Einsicht sein.

IV. Besonderheiten der Strafverfolgung im Vergabebereich

Durch die Sonderzuständigkeit der Kartellbehörden für die Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten kommt es zu einem Nebeneinander von staatsanwaltschaftlicher und kartellamtlicher Tätigkeit. Da nicht selten die Mitglieder eines durch das Kartellamt zu verfolgenden Kartells auch Straftaten i.S.d. § 298 StGB begangen haben, sind diese parallel laufenden Ermittlungen zwischen den Behörden zu koordinieren. Soweit bei den Staatsanwaltschaften vor Abschluss der kartellrechtlichen Ermittlungen keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten gegeben sein sollten, kann ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren auch erst anlässlich von Berichten über kartellrechtliche Maßnahmen zu prüfen und dafür auf den Feststellungen des Kartellamts aufzubauen sein.

Hierbei ist hervorzuheben, dass etwaige Zusagen des Kartellamts aufgrund der Bonusregelungen im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren nicht ohne Weiteres auch im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zum Tragen kommen. Für den Tatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Ausschreibungen iSd. § 298 StGB ist der Anwendungsbereich der strafrechtlichen Kronzeugenregelung des § 46b StGB nicht eröffnet.

Um den Besonderheiten des Vergaberechts und seinen Auswirkungen auf das Ermittlungsverfahren gerecht werden zu können, sollte bei den Staatsanwaltschaften – wie auch bei den evtl. später mit den Sachen befassten Gerichten – eine Spezialisierung erfolgen. Die besondere Materie wird in den wesentlichen Verästelungen, ebenso wie in Korruptions-, Steuerstraf- oder Insolvenzverfahren, erst nach einiger Zeit zu durchdringen sein. Angesichts der geringen Fallzahlen kann eine derartige Spezialisierung jedoch erst über einen längeren Zeitraum erreicht werden. Um hier Abhilfe zu schaffen, bündeln einige Bundesländer die Zuständigkeit für die Bearbeitung von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen bei Schwerpunktstaatsanwaltschaften. Dies gewährleistet eine einheitliche Behandlung auf Landesebene, vereinfacht die Kommunikation durch Reduzierung der Anzahl der beteiligten Behörden und eröffnet die Möglichkeit einer Spezialisierung für die involvierten Mitarbeiter.

V. Fazit

Die strafrechtlichen Folgen von Verstößen gegen das Vergaberecht können sowohl die beteiligten Personen, als auch die von ihnen vertretenen Unternehmen betreffen. Dabei bestehen neben den spezifischen strafrechtlichen Auswirkungen durch Strafen oder Geldbußen auch vergaberechtliche Konsequenzen in Form einer Vergabesperre oder eines Vergabeausschlusses. Die Anzahl der anhängigen Strafverfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen ist zwar bisher eher gering, durch zunehmende Spezialisierung der mit der Bearbeitung befassten Angehörigen der Strafverfolgungsorgane könnte jedoch das Dunkelfeld aufgehellt werden.

Die damit zu fördernde Klärung offener Fragen durch die Rechtsprechung würde den Tatbestand weiter in den Fokus der Aufmerksamkeit rücken und für Rechtssicherheit aller Betroffenen beitragen können.

Workshop 2: Strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht

Zusammenfassung der Aussprache

Ein Vertreter eines großen städtischen Vergabeamtes griff die bereits auf dem Podium angesprochenen fatalen Folgen auf, die ein Ermittlungsverfahren, insbesondere angesichts der Presseberichterstattung, unabhängig von seinem späteren Ausgang für einen Vergabeamten mit sich bringen könne. Insofern stelle sich die Frage, ob im Interesse der Vermeidung derart negativer Folgen das formelle Ermittlungsverfahren erst eröffnet werden könnte, wenn bereits nahezu gesicherte Erkenntnisse vorlägen.

Tatsächlich sei, so Herr Greier, die Presseberichterstattung bei Ermittlungsverfahren oft nicht unproblematisch. Dies betreffe Wirtschaftsstraftaten ganz allgemein. Die Pressefreiheit sei natürlich auch sehr wichtig und sinnvoll. Hinzu komme, dass es klare gesetzliche Vorgaben zur Einleitung von Ermittlungsverfahren gebe, die zu beachten seien. § 152 Strafprozessordnung spreche vom Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte. Nach dem Legalitätsprinzip müsse die Staatsanwaltschaft dann, wenn sie Kenntnis von strafbaren Handlungen erlange, ein Ermittlungsverfahren einleiten. Insoweit gebe es kein Ermessen. Soweit er es übersehen könne, gehe die Staatsanwaltschaft dabei allerdings mit sehr viel Sensibilität vor. So sei beispielsweise ein wesentlicher Gesichtspunkt, worauf der Verdacht beruhe, etwa lediglich auf einer anonymen Anzeige oder aber auf einem konkreten Hinweis, dass Vergabeabsprachen vorliegen.



Wenn man sich alle Optionen offenhalten möchte, ein Verfahren möglichst effektiv und korrekt zu führen, könne das dazu führen, dass in einem gewissen Bereich zunächst einmal verdeckt ermittelt werde. Gelange der Staatsanwalt zu der Annahme, dass der Sachverhalt strafrechtlich relevant sowie nicht verjährt sei und keine Verfolgungshindernisse vorlägen, dann komme man allerdings an einer Verfahrenseinlei-

tion nicht vorbei. Auch hier werde aber sensibel vorgegangen. In Betracht kämen unter anderem Beschuldigtenvernehmungen, und im Falle von Durchsuchungen sei man auch offen für vermittelnde Gespräche mit Arbeitgebern. Bei allem sei sich die Staatsanwaltschaft der potenziellen negativen Folgen bewusst, die solche Verfahren für den Fall haben könnten, dass sie später eingestellt würden. Keinesfalls neige die Staatsanwaltschaft dazu, jeden Vergabefehler sofort als strafrechtlich relevant einzustufen.

Ein Vertreter aus dem Bahnsektor sprach an, dass Korruption im Zusammenhang mit Vergaben oft in hochkomplizierten Sachverhalten mit riesigem Verfahrensaufwand zum Tragen komme, wobei teils sehr filigrane Strategien der Verteidigung zum Einsatz kämen. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, ob die Ermittlungsbehörden für derart komplizierte Fälle angemessen „aufgestellt“ seien, so dass man die Ermittlungen überhaupt effizient und in einem zeitlich angemessenen Ablauf in diesen Fällen abschließen könne.

Herr Greier führte dazu aus, in der Tat seien solche Verfahren mit vielen Schwierigkeiten behaftet. Die Beantwortung der Frage könne sicher nicht für alle Bereiche einheitlich erfolgen. In Köln bilde man bei besonders großen, wichtigen Fällen inzwischen Schwerpunktteams. Dies diene auch dazu, dem Eindruck entgegenzuwirken, dass bei solchen Großverfahren am Ende nichts herauskomme. Daher würden angesichts der komplexen Tatbestände fachübergreifende Teams, beispielsweise aus Staatsanwälten, Polizeibeamten, Steuerfahndern und Wirtschaftsreferenten, d.h. Betriebs- und Volkswirten, eingesetzt, die ausschließlich an diesen Fällen arbeiteten. Diese Herangehensweise zeige in Köln inzwischen Wirkung. Auch in München verfolge man wohl vergleichbare Ansätze. Wichtig sei allerdings, dass eine solche konzentrierte, interdisziplinär abgestützte Vorgehensweise bei komplexen Wirtschaftsverfahren nicht nur bei den Staatsanwaltschaften, sondern auch bei den Gerichten praktiziert werde.

Für Großverfahren – beispielsweise im Zusammenhang mit dem Konkurs einer großen Kaufhauskette – seien die justiziellen Strukturen, so Herr Dr. Raum, oftmals noch nicht geschaffen. An solche Verfahren sei man bisher eher „konservativ“ herangegangen, indem man sie tendenziell ebenso wie beliebige kleine Gerichtsverfahren eingestuft habe. Insoweit bestehe noch Handlungsbedarf. Damit sei man in der Diskussion nun bei ganz fundamentalen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen angekommen. Die Vergabestrafttatbestände gehörten sicherlich zu den sehr wichtigen Vorschriften, weil sie des Öfteren Bestandteil großer wirtschaftsstrafrechtlicher Fälle seien. Allerdings stelle sich die Frage, ob man das Strafmaß erhöhen müsse, denn bei angemessener Verfahrensdurchführung könnten bereits nach geltendem Recht durchaus harte Strafen verhängt werden.

Zum Schluss des Workshops dankte Herr Dr. Raum den Rednern auf dem Podium und allen Teilnehmern im Publikum für die rege Diskussion.

Workshop 3: Vergaben im Bereich von Verteidigung und Sicherheit

Moderation und Einführung



Niels Lau

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Wir kommen bei der letzten Workshop-Serie zu einem Thema, das höchst aktuell ist. Wir kommen gleichsam auch zu dem auf gewissen Aktendeckeln zu findenden Kürzel „VS“, das vielleicht neue Bedeutung finden wird. Die Referenten, Herr Dr. Weinitschke und Herr Busz, sind beide in ihren Institutionen mit der Anwendung des Rechts befasst, das im Entstehen ist und über das wir heute sprechen wollen.

Wo stehen wir? Wir befinden uns im Umsetzungsprozess des sogenannten „EU-Defence-Package“. In Deutschland ist im ersten Schritt das „Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit“ am 14.12.2011 in Kraft getreten. Was jetzt noch fehlt, ist die Umsetzung der Verfahrensregeln. Diese soll im Wege der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) erfolgen – daher auch das Kürzel „VS“. Deutschland befindet sich mit diesem Dossier im Verzug.

Ich möchte hier jetzt keine Ausführungen zu der politischen Debatte machen, die sich um dieses Thema gerant hat, nämlich zu der Frage, inwieweit die Umsetzung von EU-Recht in einer Verordnung sinnvoll, systemgerecht und sachdienlich ist oder nicht. Es gab bislang nur eine sogenannte Rumpfverordnung; der umfassende Entwurf ist jetzt in die Öffentlichkeit gegeben worden und wird wohl am 23.05.2012 im Kabinett diskutiert und verabschiedet werden, so dass sich dann der Bundesrat damit beschäftigen kann und im Juli 2012 das Bundeskabinett die Sache noch einmal thematisieren wird. De lege ferenda steht also einiges bevor. Die Änderungen des Dritten Abschnitts der VOB/A mit Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der entsprechenden Richtlinie für den Baubereich sind erledigt. Insofern befinden wir uns gegenwärtig in der Situation einer – gewissermaßen – „abgeschichteten“ Rechtslage. Ich bitte nun die Referenten, aus ihrer jeweiligen Sicht, ihre Eindrücke der vergangenen und der zukünftigen Rechtslage zu schildern.

Workshop 3: Vergaben im Bereich von Verteidigung und Sicherheit

Einführung



Dr. Markus Weinitschke

Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, Ihnen das neue Vergaberecht für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit aus Sicht der zentralen Beschaffungsstelle der Bundeswehr im Rüstungsbereich, dem Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB), darstellen zu dürfen.

Ich möchte mit einem kurzen Rückblick in die Vergangenheit beginnen. Für die Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit kamen zwei Verfahrensrechte in Betracht. Zum einen gab es das klassische EU-Vergaberecht, also insbesondere die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Zum anderen konnte nach nationalem Haushaltsrecht beschafft werden. Ich habe in meiner Folie die Balken unterschiedlich groß dargestellt, um zu verdeutlichen, dass der Großteil der Beschaffungen nach den Vorschriften des nationalen Haushaltsrechts, mithin nach den Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A Abschnitt 1), erfolgte.

In den Bereichen Verteidigung und Sicherheit hat sich das BWB bis August 2011 weitgehend auf Ausnahmetatbestände im Kartellvergaberechts berufen und nach haushaltsrechtlichen Bestimmungen beschafft. Beispielhaft habe ich hier für den Bereich des Kriegsmaterials den Art. 346 AEUV angeführt. Nach Art. 346 Abs. 1 Buchst. b) AEUV kann jeder Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen. Ferner erfordert ein Berufen auf diesen Ausnahmetatbestand, dass die ergriffenen Maßnahmen die Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen dürfen.

Von dieser Möglichkeit, auf eine Vergabe nach Kartellvergaberecht zu verzichten, hat das BWB in der Vergangenheit regelmäßig Gebrauch gemacht. Dies geschah nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sich das Kartellvergaberecht für viele Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit als ungeeignet erwies. Beispielsweise war das offene Verfahren als Regelverfahren vorgesehen. Das offene Verfahren bietet allerdings ablauftechnisch keine Möglichkeiten, dem Bedürfnis der Informationssicherheit ausreichend Rechnung zu tragen, weil jedem Interessenten ohne die Möglichkeit einer vorherigen Sicherheitsüberprüfung vollständige Angebotsunterlagen zugesendet werden müssen. Einem nicht offenen Verfahren war zwar ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet, sodass hier geheimhaltungsbedürftige Informationen nicht an jedes anfragende Unternehmen versandt werden mussten. Jedoch konnte in diesen Verfahren nicht über die eingereichten Angebote verhandelt werden, was sich bei komplexeren Aufträgen oftmals als nicht sachgerecht erwiesen hätte. Ein Verhandlungsverfahren wiederum war nur unter engen Voraussetzungen möglich.

Zwar finden sich diese Gegebenheiten auch im Haushaltsrecht wieder, sodass sich insoweit auch das Haushaltsrecht als nicht adäquates Vergaberecht erwies. Allerdings ist es bei haushaltsrechtlichen Vergabeverfahren immerhin möglich, eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 f) VOL/A durchzuführen, wenn dies aus Gründen der Geheimhaltung erforderlich war. Zudem ist im Haushaltsrecht als staatlichem Innenrecht bislang kein Vergabenachprüfungsverfahren vorgesehen, sodass hier grundsätzlich nicht mit Verzögerungen der Auftragserteilung durch ein solches Verfahren zu rechnen ist. Diese Umstände haben dazu beigetragen, dass nicht nur das BWB in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit vorwiegend unter Anwendung von Haushaltsrecht beschaffte.

Durch die Richtlinie 2009/81/EG, die seit dem 21.08.2011 anzuwenden ist, ist ein neues Vergaberecht zu den bisherigen hinzugetreten. Seitdem sind alle verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträge (§ 99 Abs. 7 GWB) grundsätzlich nach europäischem Verfahrensrecht zu vergeben. Wie Sie sehen, nimmt der grüne Kasten den größten Teil des Diagramms ein. Er soll verdeutlichen, dass das BWB nach wie vor Aufträge nach klassischem Kartellvergaberecht vergibt. Dieser Anteil ist allerdings geschrumpft. Ebenso werden weiterhin verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge nach haushaltsrechtlichen Bestimmungen vergeben. Dieser Anteil ist aber ebenfalls geschrumpft. Vorwiegend sind dies solche Aufträge, die den Schwellenwert von z.Z. 400.000 Euro netto nicht erreichen oder bei denen wir uns auf eine Ausnahmeregelung berufen. Eine Ausnahme vom Kartellvergaberecht kommt beispielsweise für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen (§ 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB) oder weiterhin auch zur Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen (§ 100 Abs. 6 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 b) AEUV) in Betracht.

Allerdings ist der Verzicht auf die Anwendung des Kartellvergaberechts zur Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen vor dem Hintergrund der RL 2009/81/EG schwieriger geworden. Eine vollständige und logisch aufeinander aufbauende Subsumtion

unter die Tatbestandsmerkmale des Art. 346 Abs. 1 b) AEUV) macht es unter anderem notwendig, darzulegen, weshalb eine Nichtanwendung des Kartellvergaberechts „erforderlich“ ist. Es muss begründet werden, weshalb eine Vergabe nach haushaltsrechtlichen Regelungen besser geeignet ist, die betroffenen und wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren, als eine Vergabe nach kartellrechtlichen Regelungen. Da die RL 2009/81/EG explizit auf Beschaffungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich zugeschnitten ist, und insbesondere Regelungen zur Wahrung der Informationssicherheit enthält, müsste beispielsweise begründet werden, weshalb selbst dieses spezifische Verfahrensrecht dem Bedürfnis nach Informationssicherheit immer noch nicht genügt. Im Falle von Informationen höchster Sicherheitsrelevanz, die nicht ins Ausland gelangen dürfen, könnte beispielsweise der 1. Abschnitt der VOL/A insoweit vorteilhaft sein, als dieser – wie bereits erwähnt – aus derartigem Geheimhaltungsinteresse eine Freihändige Vergabe gestattet.

Mit der RL 2009/81/EG werden jedoch die Nachteile des klassischen EU-Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit weitgehend beseitigt. So gibt es kein offenes Verfahren mehr. Vor jeder Angebotsaufforderung kann ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden und über jedes Angebot kann verhandelt werden. Damit wird im BWB seit dem 21.08.2011 kaum noch die Notwendigkeit gesehen, mittels Art. 346 AEUV aus dem Kartellvergaberecht auszusteigen. Eine Abfrage hat ergeben, dass sich die Vergabestellen im BWB seit diesem Stichtag nur noch in lediglich vier Fällen auf Art. 346 AEUV berufen haben.

Im Anschluss an die Übersicht der im BWB angewendeten Verfahrensrechte möchte ich mich auf das Kartellvergaberecht konzentrieren und Ihnen überblicksmäßig das bereits vielfach angesprochene sog. Kaskadenprinzip in seiner aktuellen Ausgestaltung präsentieren. Ich habe es unterteilt in fünf Ebenen. Auf der obersten Ebene dargestellt ist der AEUV als europäisches Primärrecht. Darunter finden sich auf der zweiten Ebene (europäisches Sekundärrecht) die Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG, 2007/66/EG sowie die neue Verteidigungsvergaberichtlinie 2009/81/EG. Das Nadelöhr auf der nationalen Gesetzesebene ist der 4. Teil des GWB. Ausgehend vom GWB breitet sich die Kaskade auf der Verordnungsebene aus in die VgV, die SektVO und in die neue VSVgV. Die VSVgV existiert bereits als Entwurf und befindet sich momentan in der Ressortabstimmung. Sie soll das Verfahrensrecht für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen enthalten, während für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Bauaufträgen ergänzend auf den dritten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Oktober 2011 (BAnz. Nr. 182a vom 22.11.2011) verwiesen werden soll.

Aus Sicht des BWB als Beschaffungsstelle ist es unerheblich, ob sich das Verfahrensrecht unmittelbar aus der Rechtsverordnung VSVgV oder über die VgV aus der VOL/A ergibt. Entscheidend kommt es darauf an, eindeutige und widerspruchsfreie Regelungen vorzufinden, die eine klare und rechtssichere Anwendung zulassen.

Im Folgenden möchte ich kurz auf die zulässigen Vergabearten im Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG eingehen. Wie ich bereits dargestellt habe, ist das offene Verfahren ersatzlos weggefallen. Außerdem besteht ein Wahlrecht für den öffentlichen Auftraggeber zwischen dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb darf der öffentliche Auftraggeber eine Höchstzahl an Bewerbern bestimmen, die er zur Angebotsabgabe auffordern möchte. Sie darf nicht unter drei liegen. Abweichend zum klassischen Kartellvergaberecht (§ 3 EG Abs. 5 VOL/A) darf eine solche Höchstzahl in nicht offenen Verfahren nicht bestimmt werden. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 38 Abs. 3 der RL 2009/81/EG. Neben dem nicht offenen und dem Verhandlungsverfahren gibt es außerdem die Möglichkeit, Aufträge im Rahmen eines wettbewerblichen Dialoges zu vergeben. Da diese Vergabeart jedoch im BWB – soweit ersichtlich – bislang keinmal gewählt wurde, möchte ich an dieser Stelle auch nicht näher hierauf eingehen. Solange die VSVgV noch nicht in Kraft getreten ist, ergeben sich die Einzelheiten des soeben beschriebenen Verfahrensrechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit aus einer Kombination von grundsätzlich analoger Anwendung der Regelungen im 2. Abschnitt der VOL/A und einer unmittelbaren Anwendung einzelner Bestimmungen der RL 2009/81/EG. Welche Regelungen anwendbar sind, ergibt sich für das BWB aus den Rundschreiben des BMWi zur Anwendung der Richtlinie 2009/81/EG vom 26.07.2011 und vom 21.12.2011.

Ich habe in der nachfolgenden Darstellung die Kernelemente des neuen Vergaberechts aufgelistet, von denen ich bereits einige angesprochen habe.

Besonders hervorheben möchte ich die Möglichkeit der Durchführung von Nachprüfungsverfahren. Damit wird erstmals auch in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit primärer Rechtsschutz gewährt. Ich gehe deshalb davon aus, dass es auch im Bereich der Beschaffung durch das BWB zu mehr Nachprüfungsverfahren kommen wird. Zu bedenken ist ebenfalls, dass es im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG keinen Wegfall des Zuschlagsverbotes mehr gibt. § 115 Abs. 4 Satz 1 GWB n.F. bezieht sich ausdrücklich auf Aufträge, die nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevant sind.

Nach einer mittlerweile achtmonatigen Anwendung des neuen Vergaberechts kann ich insgesamt ein positives Fazit ziehen.

Die Richtlinie 2009/81/EG stellt sich für das BWB als solides und brauchbares Instrument dar, um Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit im europäischen Wettbewerb zu vergeben. Der Rückgriff auf nationales Haushaltsrecht ist in vielen Fällen nicht mehr notwendig, da dem Bedürfnis nach Informations- und Versorgungssicherheit nunmehr auch im Kartellvergaberecht Rechnung getragen werden kann. Auf der anderen Seite bleiben Vergabeverfahren nach dem 1. Abschnitt der VOL/A weiterhin möglich, wenn dies zur Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland im Einzelfall erforderlich ist (Art. 346 AEUV).

Durch die Gewährung effektiven Primärrechtsschutzes wird es zu mehr transparenten, wettbewerblichen und ergebnisoffenen Vergabeverfahren kommen. Im Hinblick

hierauf wird das BWB daher zukünftig verstärkt vergaberechtliche zulässige Gestaltungsspielräume nutzen. Dies ist die Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien und deren Gewichtung. Insbesondere möchte ich den Fokus auch auf die jüngste Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Grenze der Überprüfbarkeit einer Beschaffungsentscheidung (Beschluss vom 03.03.2010, Az. VII-Verg 46/09) lenken. Demnach steht das Vergaberecht produkt-, verfahrens- und technik-spezifischen Beschaffungsentscheidungen nicht entgegen, soweit diese auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruhen. Das Recht des öffentlichen Auftraggebers auf Festlegung des Beschaffungsgegenstandes wird konsequent im Lichte dieser Rechtsprechung ausgeübt.

Worshop 3: Vergaben im Bereich von Verteidigung und Sicherheit

Einführung



Dr. Eick Busz

CASSIDIAN, EADS Deutschland GmbH

Anknüpfend an den Vortrag von Herr Walter aus der EADS-Zentrale bei der Veranstaltung des forum vergabe an der Universität der Bundeswehr im Februar, ändert sich auch vor dem Hintergrund des jetzt vorliegenden Entwurfs der VSVgV nichts an der Einschätzung, dass wir durch die Richtlinie für die öffentliche Beschaffung im Bereich Verteidigung und Sicherheit einen wichtigen weiteren aber nur relativ kleinen Schritt auf dem Weg zu einem gemeinschaftlichen Verteidigungs- und Sicherheitsmarkt gehen werden. Letztlich dürfte es aber noch weiterer politischer und administrativer Schritte benötigen, um der Zielsetzung des "Rahmenübereinkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, dem Königreich Schweden, dem Königreich Spanien und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland über Maßnahmen zur Erleichterung der Umstrukturierung und der Tätigkeit der Europäischen Rüstungsindustrie" aus dem Jahr 2000 (in Kraft getreten zum 18.04.2001) näher zu kommen, da hierfür eine gemeinsame europäische Außen- und Sicherheitspolitik sowie Rüstungspolitik als Basis realisiert werden müsste.

Die in diesem Staatsvertrag zum Ausdruck gekommene Vision der beteiligten Nationen, nämlich einen politischen und rechtlichen Rahmen zu schaffen, um die Umstrukturierung der Industrie zum Zwecke der Förderung einer wettbewerbsfähigeren und stabileren europäischen rüstungstechnologischen und -industriellen Basis im Weltmarkt für Rüstungsgüter zu erleichtern und damit zum Aufbau einer gemeinsamen europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik zu kommen, wird mangels politischen Willens auch weiterhin eine Vision bleiben, auch wenn die Motivation für den Staatsvertrag, nämlich die kleiner werdenden Verteidigungsbudgets, nach wie vor relevant ist.

1. Situation auf dem Verteidigungsmarkt

Deloitte hat kürzlich in seinem aktuellen "Global Aerospace and Defense (A&D) Industry Outlook 2012" auf die auseinanderklappenden Aussichten für die A&D-Industrie hingewiesen. So heißt es dort, dass die kommerzielle Luftfahrt zwar nach einem starken letzten Jahr auch 2012 einem weiteren längerfristigen Aufwärtstrend entgegensteht, andererseits wird für den Verteidigungssektor ein rückläufiger Trend aufgrund gekürzter Verteidigungsbudgets in den USA und Europa prognostiziert. Hinzu kommt, dass die Globalisierung in der Branche anhält, was viele Unternehmen vor enorme Herausforderungen stellt und zudem kämen neue Wettbewerber auf den Markt. Für Deutschland sieht die kurzfristige Prognose verhalten positiv aus, mittelfristig müssen sich die Unternehmen aber auch hier auf geringere Verteidigungsbudgets einstellen. Der Wettbewerb um die wenigen großen Verteidigungsprogramme werde zunehmend offensiv ausgetragen, so die Studie, wobei neue, auch außer-europäische, Hersteller – einige mit finanzieller Unterstützung ihrer Regierungen – auf den Markt drängten.

Ähnlich hat sich im Übrigen auch das Europaparlament (EP) in seinem Bericht vom Dezember 2011 geäußert, in dem es heißt, dass mit Sorge der zunehmende Trend zu Kürzungen in den Verteidigungshaushalten der EU-Mitgliedsstaaten aufgrund der Finanz- bzw. Schuldenkrise zur Kenntnis genommen werde und der damit einhergehende Verlust der Fähigkeit der EU, ihre Verantwortung bei der Konfliktvermeidung im Einklang mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen zu entsprechen, wenn es nicht gelänge, diese Verluste durch eine verstärkte europäische Zusammenarbeit und Abstimmung auszugleichen. Insbesondere gibt das EP zu bedenken, dass es bei unkoordinierten Kürzungen der Verteidigungshaushalte zu einem vollständigen Verlust militärischer Fähigkeiten in Europa kommen könnte. Deshalb fordert das EP die Mitgliedsstaaten zu einer engeren Zusammenarbeit auf, insbesondere, um auch die strategische Autonomie der EU zu steigern und einen Beitrag im Kontext von NATO und anderen Partnerschaften zu leisten. Ohne verstärkte Zusammenarbeit komme es zu Verschwendung des doch immerhin ca. 200 Mrd. Euro großen gesamt-europäischen Verteidigungsetats durch Überkapazitäten sowie einer fragmentierten Industrie und zersplitterten Märkten. Hingegen führe eine „Bündelung der Beschaffungen“, wie etwa im A 400 M-Programm, zu Skaleneffekten, aber auch Interoperabilität. Eine Konsolidierung der verteidigungsindustriellen Basis sei aber notwendig in Anbetracht zunehmender Komplexität der Technik, steigenden internationalen Wettbewerbs bei gleichzeitig schrumpfenden Verteidigungshaushalten. Das EP empfiehlt für eine verstärkte Kooperation den Rückgriff auf die europäische Verteidigungsagentur EDA.

All dies sind Forderungen, wie sie auch schon durch das oben genannte Rahmenübereinkommen im Jahr 2001 aufgestellt wurden.

2. Konsequenzen für die Industrie

Das bedeutet für die europäische Industrie einerseits eine außereuropäische Orientierung, um wegfallendes Geschäft zu kompensieren, aber andererseits auch inner-europäisch einen verstärkten Konsolidierungsdruck aufgrund der globalen wirtschaftlichen Herausforderungen, gekoppelt mit Umsatzeinbußen und Kostendruck aufgrund schrumpfender Margen in der globalen Verteidigungsindustrie. Dementsprechend bemühen sich die führenden Unternehmen des Sektors, ihre Kostenstruktur zu straffen, nicht zum Kerngeschäft gehörende Vermögenswerte zu veräußern und durch Akquisitionen neue Markt-/ Produktchancen zu ergreifen. Mit den Konsolidierungen geht die Verlagerung, aber auch der Verlust, von Know-how einher. Aufgrund der verstärkten Erschließung der außereuropäischen Exportmärkte, kommt es in diesen Märkten zu einem erhöhten Wettbewerbsdruck. Für die Industrie löst die verstärkte Auseinandersetzung mit (inner- wie auch außereuropäischen) Rechts- und Vertragsgrundlagen verständlicherweise einen erhöhten Beratungsbedarf aus.

Dementsprechend wichtig wird es – auch aus Sicht der Industrie –, künftig effiziente Beschaffungsvorgänge durch den Abbau von bürokratischen Hemmnissen sicherzustellen, wozu auch die Optimierung der Prozesse und Abläufe selbst gehört. Ob es vor diesem Hintergrund im Übrigen sinnvoll erscheint, das Kaskadenprinzip durch die VSVgV einerseits zu durchbrechen, wenn dann andererseits inhaltlich in der VSVgV doch wieder recht weitgehend auf die VOL/A-EG zurückgegriffen wird, erscheint zumindest fraglich.

Im Sinne effizienter Beschaffungsstrukturen muss deshalb das Ziel ein auf Wettbewerb und Qualität der Produkte beruhender europäischer Rüstungsmarkt mit gleichen Rahmenbedingungen (Level Playing Field) in allen beteiligten Nationen sein. Gerade unter dem Aspekt fehlender gleicher Rahmenbedingungen für Unternehmen in Europa und dem manches Mal fehlenden Willen einiger europäischer Nationen zur gegenseitigen Marktöffnung, insbesondere wenn Staatsbetriebe betroffen sind, wird es interessant werden zu sehen, ob innereuropäisch nicht nur eine vergleichbare Umsetzung in nationales Recht stattfinden wird, sondern auch die Verwaltungspraxis im Rahmen der Ermessensausübung durch die Behörden der Mitgliedsstaaten bei der Anwendung der Regeln zumindest "summa summarum" ähnlich ist.

3. Level Playing Field

Exemplarisch sei auf zwei Aspekte hingewiesen, die zeigen, dass man derzeit jedenfalls noch nicht von einem "Level Playing Field" sprechen kann.

a) Offset

Nach wie vor kommt es durch die Praxis einiger Staaten, Offset zu fordern, zu Wettbewerbsverzerrungen. Auch wenn die Kommission in ihrer "Guidance on Offsets" noch einmal deutlich hervorgehoben hat, dass Offsetforderungen gegen die Grundprinzipien des Vertrages über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) verstoßen, weil sie den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr beeinträchtigen und dementsprechend die Frage nach Kompensationsgeschäften nicht durch die Richtlinie selber zu regeln war, wird erst die Zukunft weisen, ob es nunmehr zu einer veränderten Handhabung der Offsetforderungen kommen wird. Denn grundsätzlich ist die europarechtliche Beurteilung von Offsetverlangen ja nicht neu, da sich der rechtliche Rahmen für Ausnahmen nach Art. 346 Abs. 1 Buchst. b AEUV nicht geändert hat. Natürlich wird man sich – jenseits des zweifelsfrei nicht rechtfertigbaren indirekten zivilen Offsets – im Einzelfall trefflich darüber streiten können, ob direkter oder indirekter militärischer Offset wiederum selber staatlichen Sicherheitsinteressen genügt und damit eine Ausnahme vom Offsetverbot begründen könnte. Zu denken dürfte hier beispielsweise sein an die Programmierung von Kryptocodes oder ballistischen Daten im Land. Dementsprechend fordert die Industrie auch weiterhin die Abschaffung von Kompensationsgeschäften. Diese Sichtweise wird auch durch das EP in der bereits erwähnten Stellungnahme geteilt, indem es ein schrittweises Auslaufen der Kompensationsforderungen verlangt. Ob sich nunmehr durch die Richtlinie ein Umdenken einstellen wird, bleibt abzuwarten. Dies hängt natürlich auch von der Bereitschaft der Bieter ab, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

b) Ausschlüsse im Anwendungsbereich

Ein weiterer Aspekt, der Zweifel im Hinblick auf die unmittelbare Schaffung eines gemeinschaftlichen Verteidigungsmarktes aufkommen lässt, ist der, dass die Richtlinie eine Vielzahl von Ausschlüssen bzw. Ausnahmen enthält, die den Anwendungsbereich der Richtlinie erheblich einschränken und damit den eigentlichen Zweck der Richtlinie, nämlich einen echten europäischen Markt für Verteidigungs- und Sicherheitsgüter und gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, gefährden können.

Zu denken ist hier insbesondere an

- Forschungs- und Entwicklungsverträge mit Eigenbeteiligung der Industrie (§ 100 IV Ziff. 2 GWB, Art. 13 j RL),
- Verletzung wesentlicher Sicherheitsinteressen (§ 100 VI GWB; Art. 13 a RL),
- Nachrichtendienstliche Tätigkeiten; gem. Erwägungsgrund 27 RL auch Grenzschutz-, Terrorismus-, und organisierte Kriminalitätsbekämpfung, Kryptotechno-

logien sowie geheimhaltungsbedürftige Aktivitäten (§ 100c Abs. 2 Nr. 2 GWB, Art. 13 b RL),

- Eigenbedarf internationaler Organisationen (§ 100c Abs. 4 Nr. 3 GWB, Art. 12 c RL),
- Internationale Abkommen oder Vereinbarungen zwischen EU-Staaten und Drittländern (§ 100c Abs. IV GWB, Art. 12 a RL),
- Kooperationsprogramme mit Forschungs- und Entwicklungsanteil aber auch weiteren Phasen des Lebenszyklus des Produkts, zwischen zwei EU-Mitgliedsstaaten (§ 100 c Abs. 2 Nr. 3 GWB, Art. 13 c RL),
- Beschaffungen zwischen Nationen (§ 100c Abs. 2 Nr. 4 GWB; Art. 13 f RL).

Wenn diese konkret benannten Ausnahmen nicht greifen, bleibt dem jeweiligen nationalen Auftraggeber – vorausgesetzt, er kann die Verletzung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen durch die Anwendung der neuen Richtlinie hinreichend begründen – zudem noch die Anwendung des Art. 346 AEUV.

Die Vielzahl der Ausnahmenvorschriften und der gegebene Ermessensspielraum, aber auch die Offsetproblematik zeigen, dass zu beobachten sein wird, ob es zu einer vergleichbaren Anwendung der Vorschriften in den Nationen im Sinne eines Level Playing Fields kommen wird und man sich damit einem gemeinschaftlichen, europäischen Verteidigungs- und Sicherheitsmarkt weiter annähern wird.

Workshop 3: Vergaben im Bereich von Verteidigung und Sicherheit

Zusammenfassung der Aussprache

In der Aussprache standen die Themenblöcke level playing field, Offset, Anwendungsbereiche der Richtlinie 2009/81/EG und 2004/18/EG sowie des Art. 346 AEUV, Unterauftragsvergabe sowie die Kaskade im Vordergrund.

Vom Erreichen eines level playing field, so die allgemeine Einschätzung, sei man noch weit entfernt. Bislang habe sich wegen der unterschiedlichen Rüstungsstrukturen in Europa noch nichts geändert. Während die Rüstungsindustrie in Deutschland und anderen europäischen Staaten privatrechtlich organisiert sei, hätten Staaten wie Frankreich, Spanien und teilweise auch Italien von staatlicher Seite getragene Industrien. Soweit diese Unterschiede weiter bestünden und beispielsweise die französische Rüstungsindustrie Unterkostenangebote machen könne, weil die aufgelaufenen Kosten durch den Staatshaushalt gedeckt würden, könne ein wettbewerbliches System nicht funktionieren. Es bleibe hier abzuwarten, inwieweit sich Europa einem gemeinschaftlichen Markt annähern werde.

In diesem Zusammenhang ging es auch um Offset. Die EU-Kommission habe zwar deutlich gemacht, dass sie Offset als vertragswidrig ansehe. Dennoch würde Offset teilweise auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2009/81/EG weiter gefordert. Insofern hoffe die Praxis darauf, dass die EU-Kommission künftig derartige Fälle aufgreifen und durch die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren sanktionieren werde. Erst dann werde das Thema gegenstandslos. Ob das Problem allerdings in Kürze erledigt sein werde, wurde bezweifelt. Selbst wenn offensichtliche Fälle vorlägen, fehle es oft an der Bereitschaft, Rechtsschutzverfahren anzustoßen.

Ein anwesender Vertreter der EU-Kommission pflichtete bei, man sei noch lange nicht am Ende des Weges, sehe aber deutliche Fortschritte. Seit etwa 2010 habe die EU-Kommission das Thema aktiv gegenüber den Mitgliedsstaaten aufgegriffen. Es werde nicht geduldet, dass seit Anwendbarkeit der Richtlinie 2009/81/EG im August 2011 nationale Beschaffungsstellen möglicherweise durch Rechtsvorschriften verpflichtet würden, Offsets im Anwendungsbereich der Richtlinie zu verlangen, denn das stünde in einem eklatanten Widerspruch zu den Bestimmungen des Primärrechts. Auch diese Mitgliedsstaaten hätten inzwischen den Grundansatz eingesehen. Mit ihnen werde derzeit über Änderungen ihrer nationalen Vorschriften gesprochen. Diese Gespräche würden weitergeführt. Jedoch sei die Botschaft von Anfang an klar: Komme man am

Schluss nicht zu einem befriedigenden Ergebnis, dann sei die EU-Kommission zur Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren bereit.

Breiteren Raum in der weiteren Diskussion nahm die Frage nach dem Anwendungsbereich der Richtlinien 2009/81/EG und 2004/18/EG sowie des Art. 346 AEUV bzw. deren Abgrenzung voneinander sowie die Prüfungsreihenfolge in Anspruch. Hier bestand insofern Dissens, als dass Art. 346 AEUV teilweise als vorweggenommene Prüfung betrachtet wurde, ob das Kartellvergaberecht überhaupt einschlägig ist, während er von anderen Teilnehmern als Ausnahme angesehen wurde für den Fall, dass das Kartellvergaberecht nicht einschlägig ist.

Zunächst wurde darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich des Art. 346 AEUV durch die Richtlinie 2009/81/EG nicht eingeschränkt worden sei, weil Primärrecht durch Sekundärrecht nicht eingeschränkt werden könne. Der Anwendungsbereich des Art. 346 AEUV sei durch diese Richtlinie – so auch die Intention der Kommission – lediglich klargestellt worden. Danach falle eben die Beschaffung von Bekleidung, Messern, Gabeln und ähnlicher Ausrüstung nicht unter Art. 346 AEUV.

Mit Blick auf die Prüfungsfolge sei zuerst Art. 346 AEUV zu prüfen. Finde er Anwendung, sei man frei vom Vergaberecht und könne nach beliebigen Kriterien bzw. nach dem Haushaltsrecht vergeben. Sei Art. 346 AEUV nicht einschlägig, werde geprüft, ob die Richtlinie 2009/81/EG anwendbar sei. Diese enthalte viele Ausnahmen, die die Frage aufwerfen würden, was überhaupt noch im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG verbleibe. Für den Fall, dass auch die Richtlinie 2009/81/EG keine Anwendung finde, bleibe noch, die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG zu prüfen. Sei der Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG hingegen eröffnet, habe man grundsätzlich deren Vorschriften anzuwenden, wenn es sich um Güter handle, für die keine der in der Richtlinie 2009/81/EG gegebenen Ausnahme vorliege. Sei eine der dort vorgesehenen Ausnahmen einschlägig, komme man zurück in den Bereich der Richtlinie 2004/18/EG. Nur wenn letztere wiederum keine Anwendung finde, sei das nationale Haushaltsrecht einschlägig.

Der Vertreter des BWB erläuterte die Prüfungsfolge im BWB andersherum: Ausgehend von dem Verständnis, dass es drei Verfahrensrechte gebe – das Haushaltsrecht, das klassische europäische Kartellvergaberecht und das Speziellste, das Kartellvergaberecht für den Rüstungsbereich – sei das Haushaltsrecht immer zuerst zu prüfen. Danach schaue man, ob der Anwendungsbereich der speziellen Richtlinie 2009/81/EG eröffnet sei. Bei einem Beschaffungsvorhaben, das darunter falle und einen Auftragswert über 400.000 Euro aufweise, für das aber eine Ausnahme i.S.d. Richtlinie 2009/81/EG vorläge, falle man nicht in die klassische Richtlinie 2004/18/EG zurück, sondern vielmehr ins Haushaltsrecht. Erst dann sei der Anwendungsbereich des Art. 346 AEUV zu prüfen. Das BWB verstehe somit Art. 346 Abs. 1 Buchst. b) AEUV als – grundsätzlich eng auszulegende – Ausnahme vom Kartellvergaberecht, weil dieser von Maßnahmen ausgehe, die erforderlich seien, um dem wesentlichen Sicherheitsinteresse zu genügen. Diese Maßnahme, die ein Mitgliedsstaat für erforderlich halten

könne, sei jedoch immer der Verzicht auf europäisches Kartellvergaberecht. Daher sei der Verzicht auf europäisches Kartellvergaberecht dogmatisch vor der Anwendung des Art. 346 AEUV zu prüfen.

Sei Art. 346 AEUV einschlägig, werde selbst ein Auftrag über 25 Millionen Euro nach dem Haushaltsrecht oder anderen Kriterien vergeben.

Die spannende Frage, was gelte, wenn es sich um eine Rüstungsbeschaffung im Sinne der Richtlinie 2009/81/EG handle und der Auftrag nicht den Schwellenwert dieser Richtlinie erreiche, aber den Schwellenwert der Richtlinie 2004/18/EG, beantworte der Vertreter der EU-Kommission, indem er auf das Verhältnis zwischen der Richtlinie 2009/81/EG und der Richtlinie 2004/18/EG einging. Wenn der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG eröffnet sei, sei der Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG automatisch ausgeschlossen. Bei einem Verteidigungsauftrag in Höhe von 300.000 Euro, also über dem Schwellenwert für die Richtlinie 2004/18/EG, aber unterhalb des Schwellenwertes der Richtlinie 2009/81/EG, sei keine der beiden Richtlinien anwendbar, weil für die Richtlinie 2009/81/EG der Schwellenwert nicht erreicht und für die Richtlinie 2004/18/EG der sachliche Anwendungsbereich nicht eröffnet sei. Das bedeute, es gelten aus EU-Rechtssicht die Regeln für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte. Dies sei auch das Verständnis der Mitgliedsstaaten gewesen, als im Rat über die Schwellenwerte verhandelt worden sei.



Ein weiterer Hinweis betraf die Ausnahmen von der Richtlinie 2009/81/EG. Man solle darauf achten, zunächst einmal die Vielzahl der Ausnahmen in der Richtlinie 2009/81/EG zu prüfen. Nur wenn diese nicht einschlägig seien, werde Art. 346 AEUV geprüft. Die Ausnahmen seien jedoch bereits sehr zahlreich und beträfen nicht nur den Bereich Verteidigung, sondern auch die zivile Sicherheit, z.B. den Grenzschutz. Der

Grenzschutz sei jedoch von vornherein klar ausgenommen, so dass ein Rückgriff auf Art. 346 AEUV mit der entsprechenden Begründung nicht notwendig sei.

Interessant war auch die Diskussion zu der Frage, ob die Übernahme der Regelungen zur Unterauftragsvergabe notwendig gewesen ist. Der Vertreter des BMWi betonte, das BMWi habe ein Interesse daran, dafür zu sorgen, das auch kleinere und mittlere Unternehmen von Auftragsvergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit profitierten. Dies setze voraus, dass die Möglichkeiten der Richtlinie ausgeschöpft würden. Das BMWi, als das für den Mittelstand zuständige Ministerium, sei überzeugt, dass es richtig sei, hier gewisse Vorgaben zu treffen, damit auch kleinere und mittlere Unternehmen sich einbringen könnten.

Darauf wurde entgegnet, aus Sicht der Industrie seien die vorgesehenen Regelungen zur Unterauftragsvergabe – auch im Hinblick auf die Mittelstandsförderung – bedenklich. Denn grundsätzlich gebe es in Deutschland die Pflicht zur losweisen Vergabe in § 97 Abs. 3 GWB, um den Mittelstand zu fördern. Die Kombination beider Regelungen könnte sogar zu ungewollten Komplikationen bei der Mittelstandsförderung führen. Denn ein Mittelständler könne per Losaufteilung einen Auftrag erhalten, wäre sodann aber möglicherweise infolge der neuen Regelungen dazu gezwungen, selbst Teile des Auftrags unterzuvergeben. Dadurch würde dieser Mittelständler im Ergebnis sogar benachteiligt. Zudem sei eine Regelung zur Unterauftragsvergabe auch überflüssig, weil Deutschland Regelungen zur Unterauftragsvergabe im Verteidigungsbereich schon angewendet habe, lange bevor es die Richtlinie 2009/81/1/EG gegeben habe. Die Richtlinie sei auch nicht aus Gründen geschaffen worden, die in Deutschland lägen, sondern vielmehr in den starren Lieferketten anderer Mitgliedsstaaten, die durch die Richtlinie 2009/81/1/EG aufgebrochen werden sollten.

Der Vertreter des BWB sah die Möglichkeit, bis zu 30 Prozent des Auftrages auf Unterauftragnehmer zu verteilen, lediglich als zusätzliches Instrument, das die Vergabestelle erhalte, aber nicht nutzen müsse.

Erwartungsgemäß stand auch die Frage nach der systematischen Stellung der Verfahrensregelungen innerhalb der Kaskade im Raum. Dass die Verfahrensregelungen für den Bereich Lieferungen und Leistungen in einer Verordnung und nicht in der VOL/A getroffen worden seien, diene nach Auffassung eines Vertreters des BMWi der Vereinfachung.

Die Vertreterin des BDI merkte dazu an, die Industrie hätte sich gewünscht, dass die Verfahrensregelungen in der VOL/A selbst verankert würden. Dies hätte wahrscheinlich dazu geführt, dass der Umsetzungsprozess schneller vorangegangen wäre und möglicherweise das von der EU-Kommission gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren wegen der verspäteten Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG hätte vermieden werden können. Dass eine zügige Implementierung der Verfahrensregelungen auch in der VOL/A möglich gewesen wäre, zeige das Beispiel der Arbeitsweise des DVA, der frühzeitig einen dritten Abschnitt „Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG“ der VOB/A veröffentlicht

habe. Nicht zuletzt gehörten aus Sicht der Industrie Verfahrensregelungen systematisch richtigerweise in die Vergabeordnungen, während die Verordnungsebene nur als Scharnier diene. Die Schaffung der neuen VSVgV führe unnötigerweise zu einer weiteren Zersplitterung des Vergaberechts und bringe per se keinerlei Vereinfachung für die Praxis mit sich.

Ergänzend fügte ein Unternehmensvertreter hinzu, der Entwurf der VSVgV referenziere inhaltlich sehr weit auf die VOL/A. Es dränge sich einfach die Frage auf, ob es überhaupt Sinn mache, dies in einer eigenen Verordnung zu regeln. Ein Mehrwert sei nicht erkennbar.

Für den Vertreter des BWB kam es weniger auf die Verortung der Regelungen als auf eine praxisgerechte Umsetzung an. Aus Sicht einer Vergabestelle mache es keinen Unterschied, ob ein Jurist eine Verordnung oder eine Vergabe- und Vertragsordnung anwende. Wichtiger seien eine ordnungsgemäße widerspruchsfreie Umsetzung, eine Abstimmung mit anderen Rechtsquellen, die Anwenderfreundlichkeit und möglichst wenig Auslegungs- und Verständnisschwierigkeiten. Dann sei das BWB auch in der Lage, die vorgegebenen Instrumente ordnungsgemäß, zielgerichtet und rechtssicher einzusetzen.

Workshop 4: Schadensersatzansprüche von Bietern bei Vergabeverstößen des Auftraggebers

Moderation und Einführung



Norbert Portz

Deutscher Städte- und Gemeindebund

In unserem Workshop geht es um Schadensersatzansprüche von Bietern bei Vergabeverstößen des Auftraggebers. Damit ist ein Thema aus dem Sekundärrechtsschutz angesprochen, das nicht täglich auf der Agenda des forum vergabe steht. Man kann wahrscheinlich mit Recht sagen, dass diese Problematik angesichts des Überwiegens von Veranstaltungen zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz bisher ein Nischenthema war. Ob dies auch so bleibt, werden wir gegebenenfalls am Ende der Diskussion sehen.

Dabei stehen der Schadensersatz und der Sekundärrechtsschutz schon heute möglicherweise ganz zu Unrecht im Schatten des primärrechtlichen Rechtsschutzes. Herr Scharen hat mir soeben mitgeteilt, dass die Mehrzahl seiner aktiven BGH-Entscheidungen gerade keine Divergenzvorlagen von Oberlandesgerichten zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz betrafen. Die Mehrzahl der Entscheidungen des X. Senats, und darunter ganz bemerkenswerte Grundsatzentscheidungen, waren vielmehr Entscheidungen zum Sekundärrechtsschutz und damit zum Schadensersatz.

Es lässt sich auch nicht ohne Weiteres die Aussage halten, wonach die Problematik des Schadensersatzes deswegen ein Randthema ist, weil der Anspruch des Auftraggebers hier oft auf das sogenannte negative Interesse begrenzt ist. Dies wird häufig vorschnell mit der bloßen Ersetzung der Porto- und Angebotserstellungskosten gleichgesetzt. Dass dies so nicht stimmt und auch Schadensersatzleistungen beträchtlich sein können, zeigt gerade die Höhe möglicher Ersatzleistungen nach komplexeren (Bau-)Vergaben.

In diesem Workshop befassen wir uns, anders als heute Morgen, nicht mit zukünftigen Entwicklungen und damit mit dem *lege ferenda*, sondern mit dem rechtlichen *status quo* und dem *lege lata*. Die Tatsache eines möglichen, aber nach Aussage von Herrn

Dobler in dieser Legislaturperiode nicht mehr kommenden Unterschwellenrechtsschutzes bei vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren wirft zudem die Frage auf, ob ein scharfer Sekundärrechtsschutz aufgrund der aktuellen BGH-Rechtsprechung nicht sogar eine bestehende oder vermeintliche „Rechtsschutzlücke“ füllen kann.

Die Gesamtfrage, der wir uns in diesem Workshop widmen, lautet daher auch, ob die BGH-Rechtsprechung, insbesondere vom 9. Juni 2011 zur „verschuldensunabhängigen Haftung“, nicht zu einem Bedeutungsgewinn für Schadensersatzansprüche führt.

Workshop 4: Schadensersatzansprüche von Bietern bei Vergabeverstößen des Auftraggebers

Einführung



Uwe Scharen

Vorsitzender Richter am BGH i.R.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt mittels eines Prozesses, weil eine Abfolge verschiedener Handlungen des Auftraggebers nötig ist. Es kann daher auch in vielfältiger Weise zu Fehlern kommen. Die Praxis bestätigt das. Tatsächlich gibt es viele Fälle, in denen es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht gelingt bzw. gelungen ist, mittels eines fehlerfreien Prozesses den öffentlichen Auftrag zu vergeben. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob alle am Auftrag interessierten Unternehmen wegen des vorgekommenen Fehlers des Auftraggebers vorzugsweise in Geld entschädigt werden müssen.

Auf den ersten Blick erscheint die Antwort gar nicht problematisch. Denn es wird allgemein vertreten, dass derjenige, dem ein Fehler vorzuwerfen ist, natürlich auch für die Folgen einzustehen hat. Gleichwohl kann hieraus nicht abgeleitet werden, dass jeder, dem gegenüber ein Vergabefehler begangen wurde, eine Entschädigung in Geld verlangen kann, wenn eine Fehlerkorrektur aus welchem Grund auch immer nicht erfolgt ist. Etwas anderes mag in Zweipersonenverhältnissen berechtigt sein, also wenn sich nur derjenige, der den Fehler begangen hat, und derjenige gegenüberstehen, der ein fehlerfreies Verhalten verlangen konnte. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist aber regelmäßig ein Mehrpersonenverhältnis gegeben. Dem Auftraggeber steht regelmäßig eine häufig große Anzahl am Auftrag interessierter Unternehmen gegenüber. Wenn es zu einem Vergabefehler kommt, ist das Verfahren typischer Weise gegenüber allen am Auftrag interessierten Unternehmen gleichermaßen fehlerhaft. Ich überlasse es Ihrer Fantasie, sich auszumalen, was es angesichts der bekannten Fehleranfälligkeit von Vergabeverfahren bedeuten würde, wenn der Auftraggeber neben dem Entgelt, das er an den ausgewählten Auftragnehmer für die Erledigung des Auftrags zu entrichten hat, auch an jeden anderen Interessenten etwas zahlen müsste.

Es lohnt sich deshalb schon, sich den Einzelheiten zuzuwenden, die bestimmen, wann und von wem Schadensersatz von dem öffentlichen Auftraggeber verlangt werden kann. Von einer Ausnahme abgesehen, die ausschließlich die Vergabe von Aufträgen betrifft, die dem GWB unterfallen, gibt es insoweit kein kodifiziertes Recht, das auf die Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe zugeschnitten wäre. Es gelten vielmehr die allgemeinen Regeln, die das BGB für Schadensersatzansprüche vorsieht. In der Praxis¹ und allgemein gesprochen beinhalten diese Regeln zwei Voraussetzungen. Der Anspruchsgegner muss eine gesetzlich verordnete oder eine von ihm übernommene Pflicht verletzt haben. Die Pflichtverletzung muss bei dem Anspruchsteller zu einer Vermögenseinbuße geführt haben.

Bei Vergaben der öffentlichen Hand betrifft die erste Voraussetzung die Frage: Was muss der öffentliche Auftraggeber eigentlich beachten, damit von einem fehlerfreien Prozess der Auftragsvergabe gesprochen werden kann? Das kann durchaus unterschiedlich sein. Ein vergleichsweise rudimentärer Pflichtenkatalog ergibt sich einmal aus Art. 3 GG. Denn die Vorschrift begründet nicht einmal einen Anspruch auf ein bestimmtes Vergabeverfahren; der öffentliche Auftraggeber kann eigentlich jede Vorgehensweise wählen, solange er nur vermeidet, den Auftrag nach Kriterien zu vergeben, die offensichtlich sachwidrig sind. Ähnliches gilt im Hinblick auf die sog. Grundfreiheiten des AEUV, des Nachfolgers des EG-Vertrags, die der Auftraggeber bei Aufträgen, die außerhalb des Vergaberegimes des GWB vergeben werden sollen, berücksichtigen muss, wenn dem betreffenden Auftrag sog. Binnenmarktrelevanz zukommt. Denn die Grundfreiheiten sind regelmäßig nicht berührt, wenn im Interesse potenzieller Bieter der Bedarf so bekannt gemacht wird, dass in zumutbarer Weise tatsächlich vorhandenes Interesse rechtzeitig bekundet werden kann, wenn die bedarfsgerechte Leistung diskriminierungsfrei festgelegt wird, wenn den tatsächlich Interessierten ermöglicht wird, rechtzeitig ein einer solcher Nachfrage gerecht werdendes Angebot abzugeben und wenn über den Zuschlag unparteiisch und ohne Willkür eine sachgerechte Entscheidung getroffen wird. Diese nur allgemein umschriebenen gesetzlichen Pflichten, die deshalb im Einzelfall näherer Bestimmung bedürfen, was durchaus Schwierigkeiten bereiten kann, sind in den weitaus meisten Fällen der Praxis jedoch ohne besondere Bedeutung. Wenn ein Auftrag betroffen ist, dessen Vergabe dem GWB-Vergaberegime unterfällt, muss der Auftraggeber nämlich von Gesetzes wegen ohnehin all das beachten, was nach der einschlägigen Vergabeordnung bzw. der SektVO in Ausformung der allgemeinen Regeln des GWB geboten ist. Missachtet er eine der dortigen Bestimmungen, ist ohne Weiteres die erforderliche Pflichtverletzung gegeben. Und auch bei Aufträgen, die deshalb außerhalb des Vergaberegimes des GWB vergeben werden dürfen, weil sie den Schwellenwert nicht erreichen, können gleichwohl jedenfalls die Regeln der einschlägigen Vergabeordnung zu beachten sein. Dies ist der Fall, wenn der Auftraggeber in irgendeiner

¹ Auf die Voraussetzung Verschulden wird hier nicht eingegangen, weil ein öffentlicher Auftraggeber nur ganz ausnahmsweise mit Aussicht auf Erfolg geltend machen kann, dass es hieran gefehlt habe.

Weise zu erkennen gegeben hat, nach dieser Ordnung verfahren zu wollen. Denn damit unterwirft er sich deren Regeln. Da dies aus haushaltsrechtlichen Zwängen regelmäßig geschieht, kann man zusammenfassend sagen, dass die Frage, ob eine fehlerfreie oder eine fehlerhafte Vergabe vorliegt, sich in den meisten Fällen danach beantwortet, ob die Regeln der einschlägigen Vergabeordnung – bei Oberschwellenvergaben als gesetzliche Vorgabe, bei Unterschellenvergaben als übernommene Vorgaben – eingehalten worden sind.

Die zweite entscheidende Voraussetzung betrifft die Notwendigkeit, den als Schadensersatz verlangten Betrag einem vorgekommenen Fehler zuzuordnen. Dabei ist zu unterscheiden, was im Einzelfall verlangt wird.

Das regelmäßig weitreichendste Verlangen richtet sich auf die Zahlung des Betrags, den das am Auftrag interessierte Unternehmen für den Fall, dass ihm der Auftrag erteilt worden wäre, als Gewinn oder jedenfalls als Deckungsbeitrag erzielt hätte. Dieser Betrag kann schlechterdings nicht mehreren oder gar jedem Unternehmen zustehen, das in dem fehlerbehafteten Vergabeverfahren nicht zum Zuge gekommen ist. Bei vergaberechtlichen Sachverhalten kann ein Schaden in diesem Umfang nur einem einzigen Interessenten entstehen. Denn auch bei einem Vergabeverfahren, das in allen Punkten der einschlägigen Vergabeordnung genügt, kann bestenfalls ein Unternehmen Gewinn oder andere Vorteile erzielen, nämlich dasjenige Unternehmen, das in diesem Fall den Auftrag hätte erhalten müssen. Alle anderen Unternehmen handeln hingegen sozusagen auf eigenes Risiko, wenn sie sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags bemühen. Dementsprechend gesteht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung nur dem Unternehmen Ersatz des sog. positiven Interesses in Geld zu, das ohne den vorgekommenen Vergabefehler und bei auch ansonsten ordnungsgemäßem Vergabeverfahren den Auftrag hätte erhalten müssen. Mit anderen Worten: Der Anspruchsteller muss dartun und ggf. beweisen, dass allein und gerade er derjenige Bieter ist, dem der Auftraggeber den Auftrag richtiger Weise hätte erteilen müssen. Auf der anderen Seite heißt das, dass der öffentliche Auftraggeber als Folge eines ihm unterlaufenen Vergabefehlers auch im ungünstigsten Fall nur zweimal für das positive Interesse auf Bieterseite aufkommen muss; einmal im Rahmen der vereinbarten Vergütung dem Bieter, der den Auftrag tatsächlich erhalten hat, und einmal als Schadensersatz dem Bieter, der an dessen Stelle den Auftrag hätte erhalten müssen. Häufig realisiert sich diese doppelte Zahlungspflicht aber gar nicht. Denn – um es etwas überspitzt auszudrücken – erfahrungsgemäß klagen meistens die – ausgehend von dem Vorgesagten – falschen Bieter auf Schadensersatz.

Die zweite Gruppe von Schadensersatzklagen richtet sich regelmäßig auf Ersatz der Kosten, die für die Angebotserstellung oder die Teilnahme am Eröffnungstermin entstanden sind. Für den Ersatz dieses sog. negativen Interesses gilt aber jedenfalls im Grundsatz nichts anderes als für das positive Interesse. Denn nach den Gepflogenheiten bei öffentlicher Vergabe verbleiben diese Kosten auch bei fehlerfreiem Vergabeprozess bei den nicht zum Zuge kommenden Bietern; diese Kosten kann regelmäßig

ebenfalls nur ein einziger Bieter realisieren, nämlich – im Rahmen seiner Vergütung – derjenige, der den Auftrag erhält. Das bedingt regelmäßig, dass auch nur ein anderer Bieter insoweit geschädigt sein kann, nämlich derjenige der den Auftrag hätte erhalten müssen. Allerdings gibt es insoweit zwei Besonderheiten.

Für Aufträge, die unter dem GWB-Regime zu vergeben sind, hat der Gesetzgeber durch § 126 GWB den Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert, weil danach nicht darzutun ist, dass man den Auftrag hätte erhalten müssen, sondern es vielmehr ausreicht, dass man eine echte Chance auf den Auftrag hatte. Die andere Ausnahme ist der Tatsache geschuldet, dass bei Aufwendungen beispielsweise für die Angebotserstellung dem Bieter regelmäßig noch nicht bekannt und auch nicht vorauszusehen ist, dass es im Verlaufe des Verfahrens zu einem Fehler kommt. Ein Bieter muss deshalb geltend machen können, dass er die Aufwendungen nicht getätigt hätte, wenn er um den Fehler gewusst hätte. Wenn dies glaubhaft dargelegt und bewiesen werden kann, was allerdings häufig nur schwerlich gelingen wird, können diese Aufwendungen dem Vergabefehler auch problemlos als Vermögensschaden zugeordnet werden. In dieser Fallgruppe kann sich der öffentliche Auftraggeber also durchaus neben dem Bieter, der den Auftrag eigentlich hätte erhalten müssen, auch anderen Schadensersatzgläubigern gegenübersehen, nämlich im Oberschwellenbereich denjenigen Bietern, die eine echte Chance auf den Auftrag hatten, und im Übrigen denjenigen, die sich mit Erfolg darauf berufen können, sie hätten sich bei Kenntnis der Regelverletzung anders als tatsächlich verhalten, sich insbesondere an dem Vergabeverfahren nicht beteiligt.

Eine dritte Gruppe von Schadensersatzklagen bilden schließlich hauptsächlich die Fälle, in denen ein oder mehrere Bieter den Fehler erkannt haben oder jedenfalls der Meinung sind, hier könne sich möglicherweise ein Vergabefehler eingeschlichen haben, und in denen sie deshalb die Aufwendungen tätigen, deren Ersatz sie mittels der Schadensersatzklage verlangen. Ein Beispiel sind Kosten für die Beratung durch einen Rechtsanwalt, ob der vermutete Fehler wirklich vorliegt und was dagegen zu unternehmen sei. Diese Fälle hat der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit regelmäßig nicht als schadensersatzpflichtig angesehen, weil die Aufwendungen hier nicht im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens erfolgt sein können, dies aber erforderlich sei, weil nur Ersatz des Vertrauensschadens verlangt werden könne. In Anbetracht des Umstands, dass die seit 2002 geltenden maßgeblichen Normen des BGB² das Erfordernis eines Vertrauenstatbestands nicht ausdrücklich erwähnen, kommt nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³ nunmehr aber auch insoweit ein Schadensersatzanspruch in Betracht. Der öffentliche Auftraggeber muss hiernach neben den Anspruchsberechtigten der zweiten Gruppe gegebenenfalls noch weiteren am Auftrag interessierten Unternehmen Schadensersatz in Form von Kostenerstattung leisten, wenn diese Kosten als Folge einer Regelverletzung, also sozusagen wegen dieses Vergabefehlers aufgewendet worden sind.

² §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3

³ Urt. v. 09.06.2011, X ZR 143/10, u.a. abgedr. in VergabeR 2011, 703

Die spannende Frage ist nun, ob damit allgemein eine Möglichkeit eröffnet ist, immer dann, wenn man das Gefühl hat, hier gebe es einen Vergabefehler, sozusagen Kosten produzieren zu können, weil die der Auftraggeber ja ersetzen muss, wenn sich das Gefühl im Schadensersatzprozess als richtig bestätigt. Der Tatsache, wie ich die Frage formuliert habe, mögen Sie entnehmen, dass ich hieran Zweifel habe und angesichts der anfangs skizzierten Gefahr weitreichender finanzieller Belastung der öffentlichen Hand diese Zweifel auch für sachgerecht halte. Ich möchte deshalb Ihren Blick auf zwei Gesichtspunkte richten. Einmal ist es nicht angängig, einer Gerichtsentscheidung nur das zu entnehmen, was im Leitsatz⁴ steht. Ein Leitsatz muss auch im Lichte des Sachverhalts gesehen werden, über den entschieden wurde. Nimmt man aber den Sachverhalt der Entscheidung in den Blick, deren Leitsatz eine grundlegende Rechtsprechungsänderung zu suggerieren scheint, so wird – das ist der zweite Gesichtspunkt – deutlich, dass damals eine besondere Fallkonstellation gegeben war. Das Vergabeverfahren war von Anfang an aussichtslos, weil schon die Ausschreibung misslungen war, und der Auftraggeber war schließlich auch gezwungen, das Vergabeverfahren aufzuheben. Bei Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist aber bereits früher vertreten worden, dass alle Bieter Kostenersatz (das negative Interesse) verlangen können, weil ihnen – jedenfalls und gerade – in diesen Fällen abgenommen werden kann, dass sie sich in Kenntnis dieses Umstands nicht an der Ausschreibung beteiligt hätten. Es ist m.E. eine naheliegende Überlegung, dass angesichts der fraglichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zukunft auf diese Begründung, mit der zu argumentieren – wie erwähnt – zu besonderen Beweisproblemen führen kann, verzichtet werden kann, wenn wie im Falle der Aufhebung wegen eines Vergabefehlers jedwede Kosten als schlechthin unnütz aufgewendet gelten und deshalb nur dem Vergabefehler zugeordnet werden können und damit als fehlerbedingter Schaden eines jeden Bieters qualifiziert werden müssen. Das steht zugleich einer Schlussfolgerung entgegen, die dahin geht, dass nunmehr Kosten, die ein am Auftrag interessiertes Unternehmen aufgewendet hat, nachdem es zu einem Vergabefehler gekommen ist, regelmäßig vom öffentlichen Auftraggeber zu ersetzen seien.

⁴ Leitsatz hier: Der auf Verstöße des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergabevorschriften gestützte Schadensersatzanspruch des Bieters ist nach der Kodifikation der gewohnheitsrechtlichen Rechtsfigur der culpa in contrahendo durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr daran geknüpft, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat, sondern es ist dafür auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch Missachtung von Vergabevorschriften abzustellen.

Workshop 4: Schadensersatz- ansprüche von Bietern bei Vergabeverstößen des Auftrag- gebers



Einführung

Rechtsanwalt Dr. Wolfram Krohn

Orrick Hölters & Elsing

Gemeinsam mit Herrn Scharen über das Thema Schadensersatz zu diskutieren, ist Fluch und Segen zugleich. Ein Segen (und ein Privileg) ist es, weil es in Deutschland wohl keinen besseren Kenner der Materie gibt. Herr Scharen hat als „Mr. Vergaberecht“ am X. Senat des BGH die Rechtsprechung, über die wir heute sprechen, über viele Jahre mitgeprägt, wir sind mit ihm sozusagen direkt an der Quelle. Es ist gleichzeitig ein Fluch, denn nachdem Herr Scharen sich zu dem Thema geäußert hat, ist im Grunde alles gesagt. Ich werde gleichwohl versuchen, dort anzuknüpfen, wo Herr Scharen gerade geendet hat, nämlich bei der aktuellen Entscheidung des X. Senats vom 09.06 2011 – X ZR 143/10 –, und einige Überlegungen zu den Folgen vorstellen, die sich daraus wahrscheinlich oder möglicherweise für die Praxis ergeben.

Die Entscheidung des BGH vom 9. Juni 2011

In diesem Zusammenhang ist die Mahnung von Herrn Scharen zu beherzigen, dass wir Rechtsprechung nicht anhand der Leitsätze, sondern anhand des zugrundeliegenden Sachverhalts würdigen sollten. Daher zunächst eine kurze, stark vereinfachte Rekapitulation des Falls. Es ging um ein VOL/A-Verfahren oberhalb der Schwellenwerte, das der Auftraggeber durch die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien von Anfang an „verkorkst“ hatte. Ein Bieter hatte das erkannt oder zumindest gemutmaßt, einen Anwalt mit der Überprüfung beauftragt und, nachdem der Anwalt einen Verstoß festgestellt hatte, eine Rüge erhoben. Als der Auftraggeber der Rüge nicht abhalf, stellte der Bieter einen Nachprüfungsantrag, dem stattgegeben wurde und der zur Aufhebung des Verfahrens führte. Der Bieter hatte bis zum Ablauf der Angebotsfrist kein Angebot abgegeben (zwar hatte er – wohl vorsorglich – nachträglich noch ein Angebot eingereicht, dies aber erst nach Ablauf der Angebotsfrist). Gleich-

wohl verlangte der Bieter nach der Aufhebung des Verfahrens Schadensersatz wegen seiner Kosten für die anwaltliche Prüfung der Vergabeunterlagen und die Rüge.

Der BGH bejahte den Anspruch auf Kostenersatz. Der Auftraggeber habe durch die vergaberechtswidrige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien seine vorvertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB verletzt. Daraus ergebe sich ein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB.

Das früher maßgebliche Tatbestandskriterium der Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens, das unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo wesentliche Voraussetzung eines Anspruchs war (z.B. BGH, Urteil vom 08.09.1998 – X ZR 99/96, NJW 1998, 3640), sah der Senat angesichts des durch die Schuldrechtsreform eingeführten § 311 Abs. 2 BGB nicht mehr als erforderlich an. Denn das Vergabeverfahren begründe ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2 BGB. Innerhalb dieses vorvertraglichen Verhältnisses ergebe sich eine Rücksichtnahmepflicht des Auftraggebers, unabhängig von der Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens des Bieters, direkt aus dem Gesetz (§ 241 Abs. 2 BGB). Auch die konkreten Verhaltenspflichten, denen der Auftraggeber im Vergabeverfahren unterworfen sei und deren Verletzung als Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht zu werten sei, ergäben sich direkt aus dem GWB in Verbindung mit der VgV und der VOL/A.

Was ist neu an der Entscheidung?

Was ist nun neu an dieser Entscheidung? Früher ergab sich ein Schadensersatzanspruch eines Bieters im Vergabeverfahren ausschließlich aus Verschulden bei Vertragsschluss. Weil es sich dabei um eine Vertrauensschutzregel handelt, erforderte ein Anspruch die Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens. Nur wenn und soweit dieses Vertrauen verletzt wurde, konnte ein Bieter Schadensersatzansprüche stellen. Das hatte zur Folge, dass Aufwendungen, die ein Bieter getätigt hatte, nachdem er einen Verfahrensfehler erkannt hatte, kein erstattungsfähiger Schaden mehr waren, weil der Bieter ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens vertrauen durfte. Dies führte dazu, dass insbesondere Rügekosten, d.h. Aufwendungen eines Bieters zur Geltendmachung eines Verstoßes, grundsätzlich nicht mehr erstattungsfähig waren, weil das Vertrauen des Bieters auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zum Zeitpunkt der Rüge bereits entfallen war.

Das ist jetzt anders. Nach der neuen BGH-Entscheidung ergibt sich ein potentieller Schadenersatzanspruch direkt aus der gesetzlichen Rücksichtnahmepflicht, so dass es der Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens nicht mehr bedarf. Damit können auch solche Aufwendungen ein erstattungsfähiger Schaden sein, die der Bieter tätigt, nachdem er gemerkt hat, dass ein Verfahrensfehler vorliegt. Das gilt insbesondere für Rügekosten, d.h. Aufwendungen zur Geltendmachung des Verstoßes.

Unterschiedliche Folgen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte

Die neue Rechtsprechung dürfte vor allem den Bereich oberhalb der Schwellenwerte betreffen. Das liegt daran, dass es nur dort einen unmittelbar aus dem Gesetz folgenden bieterschützenden Pflichtenkanon gibt. Ein Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht setzt voraus, dass der Auftraggeber eine Verhaltenspflicht verletzt hat, die ihm gegenüber den Bietern obliegt; derartige Pflichten gibt es derzeit jedenfalls direkt nur im Oberschwellenbereich.

Unterhalb der Schwelle sind die Folgen deutlich überschaubarer. Denn ein Auftraggeber ist im Unterschwellenbereich zwar haushaltsrechtlich verpflichtet, die Vergabevorschriften zu beachten; diese Pflicht ist jedoch nicht bieterschützend. Eine Missachtung der Vergabevorschriften verletzt damit als solche auch keine Rücksichtnahmepflicht gegenüber den Bietern.

Allerdings ergibt sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte (BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, Rn. 65), dass auch in diesem Bereich über Art. 3 GG und den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung insoweit, wie sich der Auftraggeber selbst bestimmten Verfahrensregeln unterworfen hat, eine Bindungswirkung im Außenverhältnis eintreten kann und damit ein Anspruch der Bieter auf Einhaltung dieser Regeln besteht. Damit kommt auch im Unterschwellenbereich ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Allerdings besteht ein solcher Anspruch allenfalls insoweit, wie der Auftraggeber selbst gesetzte (und damit über den Grundsatz der Selbstbindung auch im Außenverhältnis verbindliche) Verfahrensregeln missachtet.

Von einer derartigen Selbstbindung bzw. der Verletzung einer damit verbundenen Rücksichtnahmepflicht dürfte immer dann auszugehen sein, wenn der Auftraggeber die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens nach der VOB/A oder der VOL/A ankündigt und dann z.B. im Rahmen der Angebotswertung gegen die dort niedergelegten Wertungsregeln verstößt. Anders liegt es dagegen, wenn der Auftraggeber von vornherein zu erkennen gibt, dass er nicht gewillt ist, ein ordentliches VOB- oder VOL-Verfahren durchzuführen, sondern von den Vergabeordnungen abweichende Vorgaben aufstellt. In diesem Fall unterwirft sich der Auftraggeber m.E. gerade nicht den Vergabeordnungen, so dass auch keine dahingehende Selbstbindung eintritt. Möglicherweise entfällt eine Selbstbindung und dementsprechend ein potentieller Schadensersatzanspruch insbesondere schon dann, wenn der Vergabefehler aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ersichtlich ist, wie z.B. bei der offenen kommunizierten Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Das wird von der künftigen Rechtsprechung zu entscheiden sein.

Folgen für die Praxis im Einzelnen

Was bedeutet das nun für die Praxis? Durch den Verzicht auf das Merkmal der Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens, sind Schadenersatzansprüche nach der neuen Rechtsprechung auf jeden Fall leichter zu begründen als es früher der Fall war.

- **Rügekosten:**

Das gilt insbesondere für die Rügekosten, d.h. insbesondere Anwaltskosten für die Geltendmachung eines Vergabeverstoßes. Solche Kosten sind grundsätzlich – sofern die Rüge berechtigt ist – durch den Vergabeverstoß, d.h. eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht des Auftraggebers ausgelöst und folglich ein kausal verursachter Schaden.

Das gilt richtigerweise unabhängig davon, ob das Vergabeverfahren aufgrund des Vergabefehlers aufgehoben wird oder ob es – aus welchen Gründen auch immer – durch Zuschlag beendet wird. Die bisherigen Fälle, in denen einem Bieter auch ohne den Nachweis, dass er bei ordnungsgemäßem Verfahren den Zuschlag erhalten hätte, ein Schadenersatzanspruch auf das negative Interesse zuerkannt wurde, betrafen typischerweise Sachverhalte, in denen das Vergabeverfahren aufgehoben wurde (so z.B. auch im Fall des BGH-Urteils vom 09.06.2011). Nach den Erwägungen des BGH dürfte es hierauf allerdings nicht ankommen. Für einen Schadenersatzanspruch nach § 280 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB ist vielmehr allein entscheidend, dass der Auftraggeber seine vorvertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzt hat und dem Bieter dadurch Kosten entstanden sind, die er anderenfalls nicht gehabt hätte (wie es z.B. bei Rügekosten der Fall ist). Hierfür kommt es auf die Frage, wie das Verfahren ausgegangen ist oder ob der Bieter bei ordnungsgemäßem Verlauf den Zuschlag hätte erhalten müssen, nicht an.

Rügekosten können insbesondere auch dann erstattungsfähig sein, wenn ein Bieter gar kein Angebot abgegeben hat. Früher konnte man einem Bieter, der Schadenersatz forderte, ohne ein Angebot abgegeben zu haben, regelmäßig entgegenhalten, dass er im Verfahren mangels Angebot ohnehin chancenlos gewesen wäre und daher keinen Schaden erlitten habe. Nach der neuen Rechtsprechung kann der Bieter demgegenüber geltend machen, dass die Rücksichtnahmepflicht des Auftraggebers nach § 241 Abs. 2 BGB auch den Fall erfasst, dass der Auftraggeber einen Vergabeverstoß begeht, die eine Angebotsabgabe für den Bieter zwecklos erscheinen lässt. Auch in diesem Fall kann der Bieter potentiell Schadenersatz wegen seiner Rügekosten bekommen.

Durch den Anspruch auf Ersatz der Rügekosten wird zugleich eine Lücke im prozessualen Erstattungsrecht geschlossen. Bisher war es so, dass ein Bieter, der im Nachprüfungsverfahren erfolgreich war, zwar einen Anspruch auf Ersatz seiner Kosten für das Vergabekammerverfahren hatte, auf seinen Rügekosten aber „sitzen blieb“. Das war besonders misslich, wenn der Bieter seinen Anwalt bereits bei der Rüge eingeschaltet hatte. Denn in diesem Fall ist für das Vergabekammerverfahren nach neuerer

Rechtsprechung nicht die volle Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG erstattungsfähig, sondern lediglich die reduzierte Gebühr nach Nr. 2301 VV RVG (die dem Umstand Rechnung tragen soll, dass der Anwalt für die Rüge bereits eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG verdient hat und aufgrund seiner Vorbefassung im anschließenden Vergabekammerverfahren weniger Aufwand hat). Die vorangehende Gebühr nach Nr. 2300 VV RVG für die Rüge musste der Bieter jedoch selbst tragen. D.h., obwohl die Aufwendungen des Bieters insgesamt höher waren, musste ein unterlegener Auftraggeber (und ggf. der Beigeladene) letztlich geringere Kosten erstatten, als wenn der Bieter die Rüge selbst verfasst und den Anwalt nur für das eigentliche Nachprüfungsverfahren eingeschaltet hatte. Das war von jeher nicht gerecht. Mit der neuen BGH-Rechtsprechung kann ein Bieter nunmehr bei erfolgreichem Nachprüfungsverfahren auch die Kosten der Rüge gegen den Auftraggeber geltend machen.

Aus der BGH-Entscheidung folgt indessen nicht, dass jetzt uferlos Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden könnten. Der BGH hat insbesondere erkennen lassen, dass dem Auftraggeber der Einwand des Mitverschuldens des Bieters bzw. einer Verletzung der Schadensminderungspflicht grundsätzlich unbenommen bleibt (Rn. 15 des Urteils). Praktisch bedeutet das, dass ein Bieter allenfalls die Erstattung tatsächlich notwendiger Kosten verlangen kann (siehe dazu auch unten zu „Offenen Fragen“).

- **Angebotskosten:**

Obwohl der BGH-Fall nur Ansprüche auf Erstattung von Rügekosten betraf, gelten die zugrunde liegenden Erwägungen m.E. ebenso für Ansprüche auf Ersatz von Angebotskosten. Bisher konnte ein Bieter Angebotskosten, die er aufgewendet hat, nachdem er den Vergabefehler erkannt hatte, von vornherein nicht ersetzt verlangen, weil er ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens vertrauen konnte. Nunmehr kommt es auf die Inanspruchnahme eines solchen Vertrauens nicht mehr an; dementsprechend können auch solche Aufwendungen ein erstattungsfähiger Schaden sein, die der Bieter getätigt hat, nachdem er den Vergabefehler, der anschließend zur Aufhebung führt, erkannt hat.

Allerdings wird ein Bieter sich in diesem Fall regelmäßig den Einwand gefallen lassen müssen, dass die Kosten nicht notwendig waren (Einwand des Mitverschuldens bzw. Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht). Insoweit ergeben sich kaum Unterschiede zur früheren Rechtslage. Andererseits dürfte dieser Einwand dann nicht durchgreifen, wenn der Bieter darlegen kann, dass er aufgrund der Umstände gezwungen war, zur Chancenwahrung zumindest vorsorglich doch ein Angebot abzugeben (was nahe liegt, wenn der Bieter sich nicht darauf verlassen mag, dass sein Nachprüfungsantrag erfolgreich ist).

In der Praxis spielen Schadensersatzansprüche wegen der Angebotskosten ohnehin nur eine untergeordnete Rolle. Denn die erstattungsfähigen Kosten beschränken sich im Regelfall auf Kopierkosten, etwas Büromaterial und den Kurierdienst, möglicherweise auch ein paar Stunden Arbeit. Wirtschaftlich interessant sind Angebotskosten nur bei umfangreichem Einsatz teurer externer Berater. Unter Abwägung von Kosten

und Nutzen sind Bieter daher meist sehr zurückhaltend, wegen der Angebotskosten einen potentiell guten Kunden zu verklagen.

- **Offene Fragen**

Die Rechtsprechung lässt eine Reihe von Fragen offen.

So stellt sich z.B. die Frage, ob ein Bieter, der die Erstattung von Anwaltskosten für eine Rüge verlangt, nicht zunächst versucht haben muss, den Verstoß selbst, d.h. mit „Bordmitteln“ zu rügen (um den Schaden klein zu halten) und ihm erst dann die Hinzuziehung eines Anwalts zuzubilligen ist, wenn der Auftraggeber der Rüge nicht abhilft. Meines Erachtens ist das nicht der Fall. Zwar mag der Einwand, die sofortige Hinzuziehung eines Anwalts sei überzogen, in besonders einfach gelagerten Fällen berechtigt zu sein. Das gilt jedoch nur, wenn der Auftraggeber der Rüge sofort abhilft. Weist der Auftraggeber die – letztlich erfolgreiche – Rüge zunächst zurück, lässt sich die Notwendigkeit der Einschaltung des Anwalts kaum bestreiten.

Perspektivisch stellt sich ferner die Frage, ob die neue Rechtsprechung einen Ansatzpunkt für eine neue Art von Abmahnwesen sein könnte. So scheint es nicht ausgeschlossen, dass findige Unternehmen im Zusammenspiel mit Anwälten gezielt Vergabeunterlagen abfordern, um darin befindliche Fehler aufzuspüren, die sie dann anwaltlich rügen lassen, allein zu dem Zweck, Anwaltsgebühren zu kassieren. Ich halte dieses Szenario trotzdem für unwahrscheinlich. Sollte es Auswüchse geben, ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung rasch entgegensteuern wird.

Schließlich erhebt sich die Frage, ob die neue Rechtsprechung auch für Ansprüche auf entgangenen Gewinn von Bedeutung ist. Ein solcher Anspruch setzt bekanntlich voraus, dass (1.) der Anspruchsteller darlegen kann, dass er bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens den Auftrag bekommen hätte und (2.) der Auftrag tatsächlich an einen anderen Bieter vergeben wurde. Anspruchsgrundlage ist dabei – bislang – ebenfalls culpa in contrahendo (BGH, Urteil vom 16.12.2003 - X ZR 282/02, NJW 2004, 2165; Urteil v. 08.09.1998 – X ZR 99/96, NJW 1998, 3640). D.h., auch der Anspruch auf entgangenen Gewinn setzt nach bisherigem Verständnis ein besonderes Vertrauen des Bieters auf einen rechtmäßigen Verfahrensablauf voraus. Denkt man die neue BGH-Rechtsprechung konsequent zu Ende, spricht viel dafür, dass ein solches Vertrauen künftig nicht mehr unbedingt erforderlich ist. Das heißt, ein Bieter kann unter den o.g. Voraussetzungen auch dann einen Anspruch auf entgangenen Gewinn haben, wenn er von vornherein wusste oder hätte wissen müssen, dass das Verfahren fehlerhaft verlaufen würde.

Mit Blick darauf, dass der BGH Schadensersatzansprüche bei Vergabeverstößen jetzt direkt aus §§ 280 Abs. 2, 313 Abs. 2 BGB herleitet, ist außerdem zu überlegen, ob ein Anspruch auf entgangenen Gewinn weiterhin zwingend voraussetzt, dass der Auftrag tatsächlich anderweitig vergeben wurde. Zwar kann ein Auftraggeber eine Ausschreibung grundsätzlich auch dann aufheben, wenn kein förmlicher Ausschreibungsgrund nach VOB/A oder VOL/A vorliegt (BGH, Urteil vom 05.11.2002 - X ZR 232/00), d.h., es

besteht kein Kontrahierungszwang. Andererseits kann die Möglichkeit einer „freien Aufhebung“ ohne förmlichen Aufhebungsgrund dem Schadensersatzanspruch eines übergangenen Bieters zumindest dann nicht als rechtmäßiges Alternativverhalten entgegengesetzt werden, wenn der Auftrag anderweitig vergeben wurde (BGH, Urteil vom 25.11.1992 - VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 281). Insofern stellt sich die Frage, ob nicht weitergehend auch die willkürliche Aufhebung einer Ausschreibung zu einem vollen Schadensersatzanspruch des anderenfalls erfolgreichen Bieters nach § 280 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB führen kann. Ein solches Ergebnis scheint z.B. dann denkbar, wenn eine Aufhebung in der gezielten Absicht erfolgt, einem bestimmten Bieter in diskriminierender Weise den Zuschlag zu verwehren. Der künftigen Rechtsprechung zu diesen Fragen darf mit Spannung entgegengesehen werden.

Workshop 4: Schadensersatzansprüche von Bietern bei Vergabeverstößen

Zusammenfassung der Aussprache

Zu den Ausführungen von Herrn Dr. Krohn bemerkte Herr Scharen, dass im Rahmen des Schadensersatzes nur notwendige Kosten ersetzt und nicht Kosten „produziert“ werden dürften. Gleiches gelte für ein etwaiges Mitverschulden des klagenden Bieters, das, soweit vorhanden, natürlich mitberücksichtigt werden müsse. Es sei möglich, dass zumindest nach der neueren Rechtsprechung unter Umständen auch Angebotskosten ersetzt werden könnten. Allerdings seien die relevanten, vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle nur auf solche Gestaltungen bezogen, in denen es zu einem Fehler und zur Aufhebung gekommen sei. Er habe aber Zweifel daran, ob der BGH wirklich so weit gehen werde, Rügekosten generell ohne Weiteres zu ersetzen. Zur Frage, ob die angesprochene BGH-Entscheidung nach Vergaben ab und unterhalb der Schwellenwerte differenziere, neige er dazu, dass die Entscheidung keine derartige Unterscheidung vorsehe. Insoweit gehe es um Schadensersatzrecht, nicht um Vergaberecht.

Herr Dr. Krohn vertiefte die Frage, ob Kosten, die er als Rügekosten bezeichnet habe, auch ohne eine Aufhebung geltend gemacht werden könnten. Die Rügekosten seien auch dann kausal durch den Verstoß verursacht, wenn das Verfahren letztlich zum Abschluss gebracht werde; denn es seien Kosten, die der Bieter nicht gehabt hätte, wenn der Auftraggeber den Verstoß nicht begangen hätte. Und das sei unabhängig davon, ob das Verfahren aufgehoben werde oder der betreffende Bieter den Zuschlag nicht erhalte.

Ein Sprecher eines regionalen Bauindustrieverbands sprach die von Herrn Scharen unter anderem angesprochene Fallgestaltung an, dass ein Auftraggeber im Außenverhältnis angibt, dass er einzelne Vorschriften der Vergabe- bzw. Verdingungsordnungen nicht anwende. Dazu stelle sich die Frage, ob nicht ein jeder einen Anspruch darauf habe, dass die öffentliche Verwaltung sich rechtmäßig verhalte, auch wenn sie erkläre, dass sie nicht so verfare.

Herr Scharen sah dies als eine besondere Fallgestaltung. Man müsse insoweit zwischen Außenrecht und Innenrecht unterscheiden. Herr Scharen vertrat die Auffassung, hier sei im Verhältnis zum Bieter kein rechtswidriger Vorgang zu erkennen. Möglicherweise finde etwas Rechtswidriges im Innenverhältnis gegenüber dem Aufsichtspflichtigen statt, der geltend machen könne, die Beschaffungsstelle sei gehalten, die jeweilige Vergabeordnung vollständig anzuwenden. Herr Scharen vertrat die Ansicht, dass es eines ausdrücklichen Hinweises bedürfe, dass auch im Außenverhältnis die entsprechenden Bestimmungen eingehalten werden müssten.

Ein Vertreter des Bundesbauministeriums sprach die Fallkonstellation an, dass der Auftraggeber bei einer Bauausschreibung auf technische Beschreibungen Bezug nehme, dabei eine unzutreffende Spezifikation vorgebe und noch während der Angebotsfrist einen Bieter darauf aufmerksam mache, dass die Auftragsausführung bei Anwendung dieser Spezifikation nicht möglich sei und der Auftraggeber daraufhin die Ausschreibung ändere und dies ordnungsgemäß bekanntmache. Die Frage sei, ob in einem solchen Verfahren alle Bieter einen Schadenersatzanspruch hätten, weil sie ihr Angebot hätten umstellen müssen. Hierzu blieb offen, ob in diesem Fall tatsächlich eine Pflichtverletzung vorliegen würde. Diskutiert wurde, ob der Bieter, der den Auftraggeber auf den Fehler hingewiesen hat, insoweit unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag Erstattung seiner Kosten begehren könne. Beispielsweise hätten Abmahnvereine, bevor man in § 12 UWG die Abmahnkosten gesetzlich geregelt habe, ihre Gebühren in der Regel aufgrund des Rechtsgedankens der Geschäftsführung ohne Auftrag liquidieren dürfen. Letztlich sei die Entscheidung aber von den Besonderheiten des Einzelfalls abhängig.

Zu dieser Fallgestaltung wies der Vertreter einer kommunalen Vergabebehörde darauf hin, dass Auftraggeber und Unternehmer zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf ihre Interessen verpflichtet seien. Damit sei der Bieter aus seiner Sicht verpflichtet, eventuelle Mängel der Ausschreibung auch aufzuzeigen. Danach könnten die Kosten der Rüge als Akquisitionskosten zu betrachten sein. Es stelle sich daher die Frage, ob es dann überhaupt noch einen Schadenersatzanspruch geben könne.



Herr Dr. Krohn äußerte sich eher zurückhaltend, ob derartige Kosten generell als nicht ersatzfähige Akquisitionskosten einzustufen seien. Zutreffend sei der Hinweis auf den Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme. Sicher treffe die Bieter auch eine gewisse Pflicht, mit darauf hinzuwirken, dass die Kosten nicht ins Uferlose wachsen.

Herr Scharen bemerkte, es müsse zuerst geprüft werden, ob der Schaden dem Fehler zuzuordnen sei, ehe man auf ein mitwirkendes Verschulden eingehe. Ob der Bieter

zuerst selbst rügen müsse und erst dann Veranlassung habe, einen Anwalt einzuschalten, sei eine Frage der Notwendigkeit der Kosten. Bei einfachen Fehlern, die einem normalen Bieter „ins Auge springen“ müssten, sei klar, dass er nicht sofort einen Anwalt beauftragen müsse. In einem solchen Falle seien die Kosten für einen Anwalt nicht notwendig. Wenn es dagegen um schwierigere Fragen geht, die einer wissenschaftlichen Befassung bedürften, müsse er auch sofort einen Anwalt beauftragen dürfen. Hier komme es auf eine Einzelfallbetrachtung an.

Einigkeit bestand, dass es beim negativen Interesse bei großen Verfahren bei der Angebotserstellung nicht selten zu Aufwendungen in ein- bis zweistelliger Millionenhöhe komme und ein Schadensersatzanspruch daher durchaus praktisch relevant sei.

Abschließend wurde die jüngere Rechtsprechung des BGH als Vereinfachung begrüßt, allerdings sei die weitere Entwicklung noch abzuwarten.

Zum Schluss dankte Herr Portz Herrn Scharen und Herrn Dr. Krohn für ihre Beiträge und allen Teilnehmern für die Beteiligung an der Diskussion.

Beschaffungsautonomie und Produktneutralität

Moderation und Einführung

Prof. Horst Franke

HFK Rechtsanwälte LLP



Es ist allgemein anerkannt, dass die Entscheidung, welcher Gegenstand oder welche Leistung mit welcher Beschaffenheit und mit welchen Eigenschaften im Vergabeweg beschafft werden soll, der Vergabestelle obliegt.¹

Ein öffentlicher Auftraggeber ist – und dies stellt u.a. einen Ausfluss der zivilrechtlichen Privatautonomie dar – darin frei, die Anforderungen an die Beschaffenheit der gewünschten Leistung zu bestimmen.²

Die Anforderungen an Beschaffenheitsmerkmale und andere Eigenschaften, zu deren Stellung der Auftraggeber sich entscheidet, sind als zulässige Vergabebedingungen von den am Auftrag interessierten Unternehmen grundsätzlich hinzunehmen.

Zwar ist jede produkt-, verfahrens- oder technikspezifische Ausschreibung an sich wettbewerbsfeindlich, dies ist aber nicht automatisch gleichlaufend mit einer Vergaberechtswidrigkeit. Denn in der vorgelagerten Stufe der Leistungsbestimmung überwiegt die Freiheit des Auftraggebers zu entscheiden, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält. Bieter können dem Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand nicht vorschreiben.³ Auch besteht keine Verpflichtung der Vergabestelle, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind. Bei der im Anschluss an die Leistungsbestimmung vorzunehmenden Leistungsbeschreibung muss der öffentliche Auftraggeber allerdings die Einschränkungen beachten, die sich aus den jeweiligen Bestimmungen (§ 7 Abs. 8 VOB/A, § 7 Abs. 3, 4 VOL/A, § 8 EG Abs. 7 VOL/A, § 6 Abs. 7 VOF, § 7 Abs. 11 SektVO) ergeben. Aus diesen im Wesentlichen gleichlautenden Vor-

¹ VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 28.11.2006 - VK-SH 25/06.

² S. neben Fn. 1 auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.04.2005 - Verg 93/04.

³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2010 - Verg 42/09.

schriften zur Leistungsbeschreibung folgen das Gebot der Produktneutralität – und seine Ausnahmen.

Im Grundsatz darf der öffentliche Auftraggeber hiernach in der Leistungsbeschreibung in den technischen Spezifikationen/Anforderungen nicht auf

- eine bestimmte Produktion oder Herkunft,
- ein besonderes Verfahren,
- Marken, Patente oder Typen eines bestimmten Ursprungs/einer bestimmten Produktion

verweisen, wenn dadurch bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Diese Regelung soll einen möglichst breiten Wettbewerb gewährleisten. Daher sind diese Bestimmungen weit auszulegen und erfassen jegliche (auch Mindest-) Anforderungen und deren Umschreibungen, die wettbewerbseinengende oder -beschränkende Wirkung haben.⁴

Von dem Gebot der Produktneutralität sind zwei Ausnahmen zulässig. Der öffentliche Auftraggeber darf produktspezifisch ausschreiben, wenn

- dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist oder
- der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann.

Der Referent des heutigen Tages, Kollege Hausmann, wird dies sicherlich vertiefen und ausführlich darstellen.

Aus dem Wettbewerbsgrundsatz folgt (nach bisheriger Rechtsauffassung) die Pflicht des Auftraggebers, sich vor der Festlegung der Ausschreibungsbedingungen einen Überblick über die in Frage kommenden Alternativen zu verschaffen und positiv festzustellen, warum andere Lösungen nicht geeignet erscheinen.⁵ Dies ist in einer Dokumentation – und dies ist besonders wichtig – festzuhalten. Der Auftraggeber muss im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums eine Markterkundung durchführen, um zu erforschen, ob sich ein vertretbares Ausschreibungsergebnis auch durch eine produktoffene Ausschreibung erreichen lässt.

Die auch selbst zuvor vertretene Auffassung, dass der Auftraggeber hinsichtlich der Rechtfertigung einer produktbezogenen Ausschreibung durch den Auftragsgegenstand selbst einen Beurteilungsspielraum hat und deswegen vor der Beschaffungsentcheidung eine Markterkundung durchführen muss, hat das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 17.02.2010 – VII-Verg 42/09 und auch in darauf folgenden Entscheidungen⁶ aufgegeben.

⁴ Prieß in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A § 8 EG VOL/A, Rn. 104.

⁵ So zuletzt OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2008 - 13 Verg 1/08 u. OLG Jena, Beschl. v. 26.06.2006 - 9 Verg 2/06, auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.04.2005 – VII-Verg 93/04.

⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.03.2010 – Verg 46/09.

Aus dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und der Tatsache, dass die Vorschriften zur Leistungsbeschreibung „im Lichte des Bestimmungsrechts auszulegen und anzuwenden“⁷ sind, folgt hiernach hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs und der Prüfungsdichte, die an die Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers anzulegen sind, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit, oder erst Recht nicht auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu kontrollieren ist, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. „Ist ein derartiger sachlicher Bezug zu bejahen, findet keine Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraumes entwickelt worden sind.“⁸

Wir haben hochinteressante Möglichkeiten der Diskussion, vor allen Dingen auch über die Spannungsfelder, die sich hier auftun, nicht zuletzt mit Blick auf die verschiedenen OLG-Entscheidungen hinsichtlich der Reichweite des § 124 Abs. 2 GWB, d.h., wann dem Bundesgerichtshof eine Sache zur Entscheidung vorzulegen ist. Eine Vorlage des OLG Düsseldorf an den Bundesgerichtshof ist bisher (nur) deswegen unterblieben, weil laut dem Vergabesenat die Abweichung von der bestehenden Rechtsauffassung nicht entscheidungserheblich war.⁹

Daneben geben die Entscheidungen des OLG-Düsseldorf insoweit Anlass zur Debatte, als sich die Frage stellt, ob es sich um Einzelfallentscheidungen handelt, oder ob der Düsseldorfer Vergabesenat ganz grundsätzlich eine Markterkundung seitens des Auftraggebers für nicht (mehr) erforderlich hält. Hier lässt sich dann auch die Überlegung anstellen, ob eine Einordnung der Sachverhalte je nach dem vorliegenden oder nicht vorliegenden Erfordernis einer Markterkundung denkbar ist, ob also das (Nicht-)Bestehen der Pflicht des Auftraggebers zur Markterkundung anhand abstrakter Kategorien im Einzelfall klar definierbar ist.

Es ist also mit Spannung zu erwarten, wie die übrigen Vergabesenate sich zu diesen Fragen verhalten werden, und für heute ergibt sich für uns ein sehr vielfältiges Diskussionspotenzial.

⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2010 - Verg 42/09.

⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2010 - Verg 42/09.

⁹ S. Fußnoten 6 u. 7.

Beschaffungsautonomie und Produktneutralität



Rechtsanwalt Dr. Friedrich Ludwig Hausmann¹

K&L Gates LLP

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung im Vergaberecht

Ob „Hochdruck-Wassernebellöschanlagen“ oder „irische Blausteinböden mit fossilen Einschlüssen“ – Auftraggeber haben häufig sehr genaue Wünsche, wenn sie öffentliche Aufträge ausschreiben. Nach dem OLG Koblenz ist dies kein Thema des Vergaberechts: *„Verlangt ein Aufgabenträger die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen, so ist das mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Fall für Aufsichtsbehörde oder Rechnungshof. Vergaberechtlich wäre dagegen nichts einzuwenden, weil allein der Auftraggeber entscheidet, was er haben will und wie er es haben will.“²*

Auch wenn dem Auftraggeber bei fiskalischen Hilfsgeschäften grundsätzlich eine Privatautonomie zuzugestehen ist, verkennt diese Sichtweise, dass hier zentrale Grundsätze des Vergaberechts betroffen sind. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers ist deshalb mit dem so genannten Gebot der produktneutralen Ausschreibung in Einklang zu bringen. Dies ist keine einfache Hürde für eine korrekte Ausschreibung und auch die Rechtsprechung zu diesem Thema ist entsprechend uneinheitlich. Zu beobachtende Tendenzen, die Anforderungen in dieser Hinsicht zu senken, sind jedoch kritisch zu bewerten.

¹ Der Autor dankt Frau Rechtsanwältin Isabelle Ruf für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Vortragsmanuskripts.

² OLG Koblenz vom 5.9.2002, 1 Vg 2/02, B.IV.4.

1. Hintergrund

Das Gebot der Produktneutralität verfolgt in erster Linie das Ziel, den möglichst ergebnisoffenen Leistungswettbewerb zu fördern oder sicherzustellen, indem es den Auftraggeber dazu zwingt, sich nicht vorab auf ein bestimmtes Produkt festzulegen.³ Die Bieter sollen grundsätzlich aufgrund ihrer Sach- und Fachkunde die für die Ausführung der Leistung notwendigen Erzeugnisse oder Verfahren selbst auswählen; sie haben schließlich auch die Leistung unter eigener Verantwortung eigenständig und selbstständig auszuführen, vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 2 VOL/B⁴. Bei weiter reichender Freiheit können die Bieter den Interessen des Auftraggebers entsprechende Produkte auswählen und unter Konditionen anbieten, die unter Umständen vorteilhafter sind als diejenigen, die dem Auftraggeber vorschweben. Der mit dem Gebot der Produktneutralität geschützte Preis-, Konditionen- und Leistungswettbewerb⁵ hilft also letztlich auch dem Auftraggeber, dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu entsprechen⁶.

Jede Verengung auf bestimmte Produkte verringert den Wettbewerb und ist damit auf Ausnahmefälle zu beschränken, die einer besonderen Begründung bedürfen. Nur wenige Interessen des Auftraggebers an einer Konkretisierung der Ausschreibung auf bestimmte Produkte sind vergaberechtlich schutzwürdiger als der auf diese Weise gefährdete Wettbewerb.

2. Die rechtliche Umsetzung

Das Gebot der Produktneutralität ist konkret in den Vergabeordnungen in § 8 EG Abs. 7 VOL/A, § 7 Abs. 8 VOB/A bzw. § 7 EG Abs. 8 VOB/A 2012, § 7 Abs. 11 SektVO sowie in § 6 Abs. 7 VOF geregelt. Diese Vorschriften übernehmen weitestgehend wortgleich die Vorgaben des Art. 23 Abs. 8 VKR. Sie verbieten dem Auftraggeber grundsätzlich, in den technischen Anforderungen auf eine „bestimmte Produktion oder Herkunft, ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion“ zu verweisen. Das betrifft insbesondere die eindeutige Angabe von konkreten Fabrikaten eines bestimmten Herstellers oder gar die – in der Praxis wohl nicht seltene – Übernahme vorgefertigter Leistungsverzeichnisse oder Produktdatenblätter bestimmter Hersteller.

Das Gesetz selbst nennt zwei Ausnahmegründe: Zum einen kann der Verstoß gegen das zuvor genannte Verbot der konkreten Produktangabe „*durch den Auftrag gerechtfertigt*“ sein. Zum anderen sind solche Verweise „*ausnahmsweise zulässig, wenn der*

³ H.M. vgl. nur Bay-OblG, Beschluss vom 15.09.2004 - Verg 26/03; VK Bund, Beschluss vom 27.10.2008 – VK 3-134/08; Lausen in Heiermann/Zeiss/Blaufuß, jurisPK-VergR, § 7 VOB/A, Rn 106.

⁴ VK Lüneburg, Beschluss vom 12.05.2005 - VgK-15/2005; VK Hessen, Beschluss vom 11.12.2006 – 69d VK 60/2006; Donhauser in VERIS-VOB/A-Online-Kommentar, § 8 VOB/A, Rn. 75.

⁵ Prieß, NZBau 2004, 87 (92).

⁶ Zu diesen Gesetzeszwecken vgl. Bay-OblG, Beschluss vom 15.09.2004 - Verg 26/03; VK Lüneburg, Beschluss vom 12.05.2005 - VgK-15/2005; Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Ders, Kommentar zur VOB/A, 1. Auflage 2010, § 7 Rn 115

Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen“, vgl. bspw. § 7 EG Abs. 8 Satz 2 VOL/A.

3. Die Rechtsprechung

Vermeintliche Verstöße öffentlicher Auftraggeber gegen das Gebot der Produktneutralität sind Gegenstände einer kaum überschaubaren Kasuistik und die Rechtsprechung scheint auf den ersten Blick äußerst widersprüchlich zu sein. So gesteht etwa die VK Münster dem Auftraggeber zu, sich für irische Blausteinböden eines bestimmten Herstellers zu entscheiden, weil das eine Geschmacksfrage sei, bei der man dem Auftraggeber nichts „aufdrängen“ dürfe.⁷ Die VK Hessen hingegen akzeptiert nicht jeden gestalterischen Wunsch: Sie hat etwa keine hinreichende Rechtfertigung darin gesehen, dass der Auftraggeber in einem Neubau Türdrückergarnituren eines Fabrikats ausschrieb, das er bereits in einem anderen, separaten Bestandsgebäude eingesetzt hatte.⁸

Noch widersprüchlicher erscheint die Rechtsprechung im Hinblick auf Schnittstellen- und Wartungsprobleme und es ist kaum nachvollziehbar, wann Auftraggeber die Produkte desselben Herstellers verlangen dürfen, um technische Probleme bei der Zusammenschaltung mit ihrer bisher vorhandenen Ausstattung zu vermeiden oder eine einheitliche Wartung zu gewährleisten.⁹ Diametral stehen sich schließlich die Rechtsprechung des OLG Jena¹⁰ und die des OLG Düsseldorf¹¹ hinsichtlich der Frage entgegen, welche technischen Details der Auftraggeber vorgeben darf, ohne mit dem Gebot der Produktneutralität in Konflikt zu geraten.

Dieses Rechtsprechungs-„Wirrwarr“ bringt eine große Unsicherheit für alle Beteiligten mit sich. Insbesondere die Auftraggeber stehen vor der Frage, wie weit sie in der Leistungsbeschreibung gehen dürfen. Trotz der bestehenden Uneinheitlichkeit hat bislang keines der Gerichte diese Frage dem BGH nach § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB vorgelegt und es kommen (nicht zum ersten Mal) rechtspolitische Zweifel auf, ob dies noch mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar ist und ob der vergaberechtliche Rechtsschutz nicht im Hinblick auf die Einführung eines allgemeinen Revisionsrechtes zum BGH reformbedürftig ist.

⁷ VK Münster, Beschluss vom 24.06.2011 - VK 6/11.

⁸ VK Hessen, Beschluss vom 11.12.2006 – 69d VK 60/2006.

⁹ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005 – VII-Verg 93/04; Beschluss vom 23.03.2005 – VII-Verg76/04; Beschluss vom 14.04.2004, Verg 93/04; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.10.2003 - 1 Verg 2/03; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2003 – 11 Verg 9/03; VK Bund, Beschluss vom 09.08.2006, VK 2 - 77/06; VK Lüneburg, Beschluss vom 12.05.2005 - VgK-15/2005. Vgl. in dieser Richtung auch die Entscheidung der VK Bund vom 23.01.2006, VK 2 - 168/05, wonach die Vorgabe, bei produktneutraler Ausschreibung ein Ersatzteillager bereit halten zu müssen, nicht ohne Weiteres die Produktspezifizierung rechtfertigt; auch das Risiko, dass Ersatzteile nicht beschafft werden könnten, bedürfe näherer Darlegung.

¹⁰ OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006 - 9 Verg 2/06.

¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010 - Verg 42/09.

4. Systematisierung

Ein wenig mehr Licht ins Dunkel bringt jedoch eine Systematisierung der Fälle anhand der gesetzlichen Vorgaben. Das Gesetz bezweckt, Einschränkungen des Wettbewerbs so weit wie möglich zu vermeiden, und anhand dieses Ziels lassen sich folgende Fallgruppen der bedenklichen Wettbewerbsverengung unterscheiden:

- Angabe von Leitprodukten mit Zusatz „oder gleichwertig“,
- Beschränkung auf konkrete Produkte eines bestimmten Herstellers – offen oder verdeckt,
- Detailreiche Konkretisierung der Produktmerkmale ohne Festlegung auf ein bestimmtes Fabrikat.

4.1 Die Angabe von Leitfabrikaten

§ 8 EG Abs. 7 Satz 2 HS 1 VOL/A bzw. die Parallelvorschriften lassen die produktspezifische Leistungsbeschreibung zu, wenn der Auftragswunsch anders als durch den Verweis auf ein bestimmtes Produkt nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann, es dem Auftraggeber jedoch nicht zwingend auf genau dieses Produkt ankommt. Hier ist der Zusatz „oder gleichwertig“ zwingend erforderlich und daher lässt sich auch von der Fallgruppe der „Leitfabrikate“ sprechen.

§ 8 EG Abs. 7 Satz 2 HS 1 VOL/A setzt nicht voraus, dass die Beschreibung des Leistungsgegenstandes objektiv unmöglich ist, da anderenfalls dieser Ausnahmetatbestand de facto leer laufen würde. Stattdessen genügt, dass eine abstrakte Beschreibung wegen des zwingend hohen Detailgrades dem Auftraggeber nicht zuzumuten wäre¹² oder wenn sie zu Missverständnissen führen würde.¹³

Der Auftraggeber muss dem Bieter die Möglichkeit eröffnen, dem Leitfabrikat gleichwertige Alternativen zu bieten; ohne diesen Zusatz ist die Ausschreibung jedenfalls fehlerhaft.¹⁴ Die Gleichwertigkeit der Alternative bestimmt sich in erster Linie anhand des Auftraggeberwillens, wie und soweit dieser in der allgemeinen Leistungsbeschreibung zum Ausdruck kommt.¹⁵ Sie ist dann gegeben, wenn der Auftraggeber funktional dasselbe Ergebnis wie mit dem Leitfabrikat erzielen kann und die dem Auftraggeber gerade wichtigen Leistungsmerkmale auch bei dem Alternativangebot erfüllt werden.¹⁶ Zum Schutz der Bieterinteressen ist der Auftraggeber allerdings gehalten, die für ihn relevanten Merkmale in der Beschreibung so darzulegen, dass deutlich

¹² Schellenberg in Pünder/Ders., Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 7 VOB/A, Rn 78.

¹³ Traupel in Kommentar: Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, § 8 VOL/A-EG, Rn 69. Vgl. auch die Entscheidung der VK Bund vom 27.10.2008, VK 3 134/08, wonach die Angabe eines Leitfabrikats für nicht erforderlich erklärt wurde, weil es dem Auftraggeber bei der Ausschreibung des zweiten, inhaltlich vergleichbaren Bauabschnitts gelang, auf den Verweis zu verzichten.

¹⁴ Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Ders, Kommentar zur VOB/A, 1. Auflage 2010, § 7 Rn 124.

¹⁵ BayObLG, Beschluss vom 29.04.2002 – Verg 10/02.

¹⁶ VK Bremen, Beschluss vom 15.11.2006 - VK 2/06.

wird, wann ein Produkt dem Leitfabrikat gleichwertig ist.¹⁷ Bei der Angabe dieser Leistungsmerkmale darf der Auftraggeber wiederum nicht so einschränkend vorgehen, dass sich die Ausschreibung trotz der Zulassung gleichwertiger Alternativangebote de facto auf das Leitfabrikat beschränkt.¹⁸

Ein weiteres Problem ergibt sich schließlich im Unterschwellenbereich der VOL/A. Gem. § 7 Abs. 4 Satz 2 und 3 VOL/A ist der Zusatz „oder gleichwertig“ entbehrlich, wenn ein sachlicher Grund für die Produktvorgabe besteht. Ein solcher kann sich nach den Vergabeordnungen dann ergeben, *„wenn die Auftraggeber Erzeugnisse mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihnen vorhandenen Erzeugnissen beschaffen müssten und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, (...) verbunden wäre“*. Auch wenn im Unterschwellenbereich die Vergabekoordinierungsrichtlinie keine Anwendung findet, begegnet diese Vorschrift jedoch europarechtlichen Bedenken. Denn der EuGH hat in der Rechtssache „Vestergaard“ daran erinnert, dass auch im Unterschwellenbereich die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts einzuhalten sind.¹⁹ Da der Verzicht auf Gleichwertigkeitsangaben Unternehmen davon abhalten könnte, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, und zudem der innergemeinschaftliche Warenverkehr eingeschränkt werde, sei solch eine Regelung nicht mit Art. 28 AEUV vereinbar. Die Vereinbarkeit des § 7 Abs. 4 Satz 2 und 3 VOL/A mit dem Unionsrecht ist also zweifelhaft und dementsprechend ein Verzicht auf die Angabe „oder gleichwertig“ auch im Unterschwellenbereich nicht zu empfehlen.

4.2 Die Beschränkung der Ausschreibung auf ein konkretes Produkt

a) Betroffene Fälle

Schwerer wiegt die Wettbewerbsverengung, wenn es dem Auftraggeber genau auf ein bestimmtes Produkt ankommt, das auch nicht wie ein Leitfabrikat durch ein anderes ersetzt werden kann.

Ebenso in diese Fallgruppe gehört die verdeckte Beschränkung der Ausschreibung auf bestimmte Produkte: Auch ohne die Nennung konkreter Produktnamen sind Umschreibungen problematisch, wenn sie so detailliert sind, dass sie letztlich nur von bestimmten Produkten erfüllt werden („maßgeschneiderte Leistungsbeschränkung“).²⁰ Hierbei kommt es nicht auf eine subjektive Umgehungsabsicht der Vergabestelle an, sondern auf den objektiven Zuschnitt der Leistungsbeschreibung und die mit dem Beschaffungsvorhaben verfolgten Ziele und Zwecke.²¹ Diskriminierend wirkende Passa-

¹⁷ Vgl. VK Halle, Beschluss vom 13.12.1999 - VK 20/99; VK Südbayern, Beschluss vom 15.03.1999, 120.3-3194.1-02-02/99.

¹⁸ VK Arnsberg, Beschluss vom 25.05.2009 - VK 8/09.

¹⁹ EuGH, Beschluss vom 03.12.2004, Rs. C-59/00 - Vestergaard.

²⁰ Vgl. OLG München, Beschluss vom 17.09.2007 - Verg 10/07; VK Sachsen, Beschluss vom 01.07.2011 - 1/SVK/025-11; VK Bund, Beschluss vom 08.04.2009 - VK1-35/09.

²¹ Vgl. OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006 - 9 Verg 2/06; VK Südbayern, Beschluss vom 21.07.2008 - Z3-3-3194-1-23-06/08.

gen können sich damit in die Leistungsbeschreibung „einschleichen“, auch wenn die Vergabestelle gar keine Beschränkung auf bestimmte Produkte beabsichtigt.²² Als ein Indiz gegen solch eine unzulässige verdeckte Verengung der Ausschreibung auf bestimmte Produkte sieht es die Rechtsprechung allerdings an, wenn tatsächlich mehrere unterschiedliche Angebote eingehen, die mit den Vorgaben der Leistungsbeschreibung übereinstimmen.²³

Eine weitere Form der unzulässigen mittelbaren Produktspezifizierung kann sich daraus ergeben, dass die Leistungsbeschreibung zwar per se dem Gebot der Produktneutralität genügt, die zugelassenen Alternativangebote jedoch mit einer geringeren Punktzahl bewertet werden sollen und damit geringere Zuschlagschancen erhalten. Gegen solche Praktiken kommt der Rechtsgedanke des § 8 Abs. 7 VOL/A zum Tragen.²⁴

b) Rechtfertigung

Die produktspezifische Leistungsbeschreibung ist zulässig, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt werden kann. Dieser Ausnahmetatbestand wird auch in Art. 34 Abs. 8 der Sektorenrichtlinie aufgeführt, fehlt jedoch in der deutschen Umsetzungsvorschrift des § 7 Abs. 11 SektVO. Ob der Verordnungsgeber tatsächlich produktspezifische Ausschreibungen im Sektorenbereich an strengere Voraussetzungen knüpfen bzw. in noch weniger Ausnahmefällen zulassen wollte, ist allerdings zweifelhaft. Es ist insoweit kein Grund für eine differenzierte Wertung des Sektorenbereiches in dieser Hinsicht ersichtlich und auch die Begründungen im Gesetzgebungsverfahren enthalten diesbezüglich keine Stellungnahme. Demnach spricht viel für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 11 SektVO dahingehend, dass auch im Sektorenbereich die produktspezifische Leistungsbeschreibung zulässig ist, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.

Aus der Formulierung „durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“, ergibt sich nun, dass der Rechtfertigungsgrund in der Leistung selbst liegen muss. Nicht ausreichend sind deshalb beispielsweise subjektive Einstellungen des Auftraggebers zu Herstellern oder positive Erfahrungen mit bestimmten Produkten. Der damit zwingend sachliche Grund kann vielfältiger Natur sein und sich insbesondere aus technischen Zwängen und gestalterischen Aspekten ergeben, die maßgeblich aus dem Leistungsgegenstand, aber auch aus der geplanten Verwendung am konkreten Einsatzort herzuleiten sind. Da das Vergaberecht die Produktinnovation fördert, vgl. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, kann auch der innovative Charakter eines Produktes dessen Alleinstellung in der Ausschreibung legitimieren.

²² Vgl. OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006 - 9 Verg 2/06; VK Lüneburg, Beschluss vom 16.11.2009 - VgK-62/2009.

²³ VK Südbayern, Beschluss vom 14.12.2004 - 68-10/04; ähnlich auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.10.2004, Verg 56/04.

²⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.05.2007 - 11 Verg 12/06.

Liegt keine ausreichende sachliche Rechtfertigung „durch den Auftragsgegenstand“ vor, so kann dieser Fehler in der Ausschreibung nicht durch den Zusatz „oder gleichwertig“ geheilt werden. Das ist nur bei Vorliegen des weiteren Ausnahmegrundes der erschwerten Gegenstandsbeschreibung nach § 8 EG Abs. 7 Satz 2 VOL/A zulässig.

Liegt hingegen einer dieser Ausnahmefälle vor, die die Bevorzugung eines bestimmten Produktes rechtfertigen, so ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, dessen Hersteller oder Lieferanten aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Das wäre erst dann der Fall, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen besonderen Grad der Wettbewerbsverzerrung aus der Teilnahme ersichtlich würden; zu bedenken ist jedoch auch, dass der Wettbewerb gerade positiv beeinflusst werden kann, wenn der Hersteller des Produktes die Leistung preisgünstiger anzubieten vermag.²⁵

c) Die Auswertung der Rechtsprechung

Die umfangreiche Kasuistik zeigt, dass gerade die „Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand“ in der Praxis Schwierigkeiten verursacht und der Durchblick zu den Grundsätzen der Rechtsprechung nicht leicht zu gewinnen ist.

Die Betrachtung der Rechtsprechung zu den gestalterischen Aspekten deutet in dieser Hinsicht auf einen weiten Spielraum der Auftraggeber hin. Besonders eindeutig wird das in dem Beschluss der VK Münster, die dem Auftraggeber die Festlegung überlässt, welcher Bodenbelag optisch seinen Wünschen gerecht wird – selbst, wenn aus der Perspektive Dritter ein anderer Belag genauso gut passen würde.²⁶ Wie bereits erwähnt, ist die VK Hessen hier strenger und akzeptiert zwar nicht jeden gestalterischen Wunsch: Sie erkennt es nicht als hinreichende Rechtfertigung für eine Produktspezifizierung an, wenn der Auftraggeber in einem Neubau Türdrückergarnituren einer bestimmten Marke ausschreibt, die denen in einem anderen, eigenständigen Bestandsgebäude entsprechen.²⁷ Auch die VK Hessen gesteht jedoch dem Auftraggeber in gestalterischen Fragen grundsätzlich einen weiten (ästhetischen) Beurteilungsspielraum zu; problematisch in dem hier zu entscheidenden Fall war für die VK jedoch, dass sich der Auftraggeber für Fabrikate entschieden hatte, die mit denen anderer Hersteller weitgehend optisch identisch waren, er seine sachlichen Ziele also auch auf andere Weise hätte erreichen können.

Von hoher Relevanz ist die produktspezifische Ausschreibung bei der Beschaffung von technischen Gegenständen, insbesondere IT-Produkten. Hier führen Auftraggeber immer wieder Kompatibilitätsaspekte aufgrund der Schnittstellen zu ihrer bisher vorhandenen Ausstattung an; diese Gründe werden von der Rechtsprechung häufig als

²⁵ Vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.10.2003 - 1 Verg 2/03.

²⁶ Beschluss vom 24.06.2011 - VK 6/11. Die VK Münster, ebenda, geht zwar davon aus, dass es sich bei der Auswahl der Steine um eine dem Vergabeverfahren vorgelagerte Frage der Leistungsbestimmung handele, zieht jedoch dann die rechtfertigenden Gründe des § 7 Abs. 8 VOB/A zur Begründung ihrer Entscheidung heran.

²⁷ VK Hessen, Beschluss vom 11.12.2006 – 69d VK 60/2006.

hinreichend akzeptiert, nicht selten jedoch auch abgelehnt.²⁸ So warnt beispielsweise die VK Lüneburg davor, sich pauschal aufgrund von Kompatibilitätserwägungen einzuschränken, da anderenfalls für technische Gegenstände und Ausrüstungen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung leer liefe. Dementsprechend solle der Auftraggeber als Alternative prüfen, ob es nicht ausreichend wäre, die Leistungsbeschreibung um einzelne Mindestanforderungen dort zu ergänzen, wo es besonders auf die Kompatibilität mit den bereits vorhandenen Komponenten ankommt. Zudem komme eine softwaregestützte Simulation typischer Anwendungsschritte in einem Benchmark-Verfahren in Betracht, das die Leistungsfähigkeit des IT-Systems in dem verfahrensgegenständlichen Anwendungsbereich ermögliche.²⁹ Auf diese Weise ließe sich auch im Eigeninteresse des Auftraggebers eine dauerhafte Gebundenheit an einen bestimmten Hersteller vermeiden.³⁰ Ähnliches lässt sich auch gegen das von Auftraggebern vorgebrachte Argument der leichteren Wartung bzw. der Bevorratung von Ersatzteilen einwenden.³¹

Weiterhin problematisch sind die Vorgaben im Hinblick auf spezifische Wirkstoffkombinationen oder Applikationsweisen bei der Ausschreibung von Rabattverträgen durch die Krankenkassen. Das OLG Düsseldorf ist hier der Ansicht, dass eine auf einen bestimmten Wirkstoff bezogene Ausschreibung nicht zulässig sei, wenn die medizinische Erkenntnis die Auswahl unter mehreren Wirkstoffen zulasse. Das gelte selbst dann, wenn im SGB V patentierte Arzneien begünstigt würden³² und die VOL/A im Bereich der Vergabe von Aufträgen gesetzlicher Krankenkassen im Regelfall im Lichte des SGB V auszulegen seien. § 8 Abs. 7 VOL/A setze schließlich europarechtliche Vorgaben auch zum Umgang mit Patenten um, denen nationales Recht nicht vorgehen dürfe.³³

²⁸ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005 – VII-Verg 93/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2005 – VII-Verg 76/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2004, Verg 93/04; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.10.2003 - 1 Verg 2/03; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2003 – 11 Verg 9/03; VK Bund, Beschluss vom 09.08.2006, VK 2 - 77/06; VK Lüneburg, Beschluss vom 12.05.2005 - VgK-15/2005. Vgl. in dieser Richtung auch die Entscheidung der VK Bund vom 23.01.2006, VK 2 - 168/05, wonach die Vorgabe, bei produktneutraler Ausschreibung ein Ersatzteillager bereit halten zu müssen, nicht ohne Weiteres die Produktspezifizierung rechtfertige; auch das Risiko, dass Ersatzteile nicht beschafft werden könnten, bedürfe näherer Darlegung.

²⁹ VK Lüneburg, Beschluss vom 12.05.2005 - VgK-15/2005; zustimmend Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Ders, Kommentar zur VOB/A, 1. Auflage 2010, § 7 Rn 119. Vgl. die unten folgenden Praxishinweise auf die Leitfäden zur IT-Beschaffung.

³⁰ Die VK Düsseldorf, Beschluss vom 23.01.2001, Az.: VK-1/2001-B, spricht insoweit von "wettbewerbswidrigen Hoflieferantentum".

³¹ Kritisch gegenüber diesen Argumenten der Auftraggeber etwa OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2003 – 11 Verg 9/03; VK Hessen, Beschluss vom 11.12.2006 – 69d VK 60/2006. Vgl. in dieser Richtung auch die Entscheidung der VK Bund vom 23.01.2006, VK 2 - 168/05, wonach die Vorgabe, bei produktneutraler Ausschreibung ein Ersatzteillager bereit halten zu müssen, nicht ohne Weiteres die Produktspezifizierung rechtfertige; auch das Risiko, dass Ersatzteile nicht beschafft werden könnten, bedürfe näherer Darlegung.

³² Traupel in Müller-Wrede VOL-A-Kommentar, § 8 EG Rn 68, schließt von der sozialrechtlichen Zulässigkeit der exakten Vorgabe bestimmter Wirkstoffe darauf, dass dies auch vergaberechtlich zulässig sein müsse.

³³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.10.2008 – Verg 46/08; zustimmend Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 22.06.2009, § 8a VOL/A Rn. 6702/1. Generell sieht Scharen, GRUR 2009, 345 ff. (346), in dem Recht des Auftraggebers, den Leistungsgegenstand festzulegen, auch das Recht, sich ohne Rücksicht auf die Wettbewerbssituation

4.3 Konkretisierung der Produktmerkmale

Die dritte Fallgruppe der bedenklichen Wettbewerbsverengung betrifft detaillierte Produktmerkmale, die nicht nur auf ein Produkt, sondern auf mehrere Fabrikate unterschiedlicher Hersteller zutreffen. Zwar ist hier die Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung geringer, da die Bieter in der Regel noch zwischen einer (verengten) Anzahl von Produkten selbst wählen können. Dennoch wird auch hier die Auswahl eingeschränkt und unter Umständen werden Produkte ausgeschlossen, die dem Zweck des Auftraggebers ebenso gerecht werden könnten.

Zu bedenken ist, dass die Auftragsvergabe fiskalisches Handeln ist, bei dem auch dem öffentlichen Auftraggeber eine gewisse „Privatautonomie“ zusteht. Diese eröffnet ihm sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch des „Was“ einen Spielraum: Genauso wie es dem Auftraggeber grundsätzlich frei steht, sich zu entscheiden, ob er überhaupt einen Auftrag vergeben will, kann er auch über den Gegenstand dieses Auftrages frei bestimmen³⁴. An dieser Stelle stoßen jedoch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und das wettbewerbsschützende Gebot der Produktneutralität unmittelbar aufeinander – wie sich exemplarisch an den widersprüchlichen Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Jena zeigt:

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf soll eine Bestimmung des Leistungsgegenstandes, die de facto einen engen Kreis bestimmter Unternehmen oder Produkte bevorzugt, nur darauf überprüfbar sein, ob sie auf auftrags- und sachbezogenen Gründen basiere. Den Grund sieht das Gericht darin, dass die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes einer etwaigen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert sei; die Entscheidung werde schließlich getroffen, *„bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können“*³⁵. Dementsprechend könne dem Auftraggeber nicht vorgeschrieben werden, Marktanalysen hinsichtlich etwaiger Alternativprodukte durchzuführen³⁶.

Insbesondere die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf räumt damit dem Auftraggeber einen Spielraum ein, der bedenklich weit ist und das Gebot der produktneutralen Ausschreibung tangiert³⁷. Unter Berufung auf das Recht, den Leistungsgegenstand frei zu bestimmen, könnte der Auftraggeber schließlich detaillierte technische Anforderungen stellen, die zahlreiche andere Optionen ausschließen, ohne dass dies den

auf ein patentgeschütztes Erzeugnis zu beschränken, gerade weil dieses von einer geschützten Lehre zum technischen Handeln Gebrauch mache.

³⁴ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2005, Az.: Verg 26/05; VK Bund, Beschluss vom 05.03.2008, VK 3-32/08; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.11.2006, Az.: 25/05.; VK Münster, Beschluss vom 20.04.2005, VK 6/05.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010 - Verg 42/09; Scharen, GRUR 2009, S. 345 ff. (346).

³⁶ OLG Düsseldorf aaO; zustimmend VK Münster, Beschluss vom 24.06.2011 - VK 6/11.

³⁷ So hat das OLG Düsseldorf in der zitierten Entscheidung etwa detaillierte Vorgaben in Hinblick auf Sende- und Empfangsanlagen, insbesondere die Festlegung der Sendefrequenz, nicht beanstandet, obgleich es wohl technisch durchaus Alternativen gab.

strengen Voraussetzungen der produktneutralen Leistungsbeschreibung genügen müsste.³⁸

Im Gegensatz dazu steht die Auffassung des OLG Jena, dass die Definition beispielsweise der "Bauleistung" i.S.v. § 1 VOB/A zwar zur Disposition des Auftraggebers stehe, dieser Definitionskompetenz jedoch eine Grenze zu setzen sei. Außerhalb dieser Grenze hätten die bieterschützenden Beschränkungen zu Produktspezifikationen zu gelten. Um Letzteren nicht jeglichen Anwendungsbereich zu nehmen, könne die Dispositionsfreiheit bezüglich des Leistungsgegenstandes daher nicht „sämtliche technischen Einzelparameter“³⁹ umfassen.

So gestand das Gericht dem Auftraggeber zu, die Anforderungen auf ein möglichst feuchtigkeitsarmes Löschverfahren zu verengen und sich auf Wassernebellöschanlagen zu beschränken, die in Brandschutzgutachten als diesen Interessen entsprechend bewertet worden waren. Weitere technische Details, wie etwa der Druck, mit dem die Löschanlagen funktionieren, verließen hingegen nach der Auffassung des OLG Jena den Rahmen der Leistungsbestimmung; sie seien an den Vorgaben der Produktneutralität zu messen, wurden ihnen jedoch nicht gerecht. Schließlich hält das Gericht auch eine vorherige Markterkundung für zwingend erforderlich.

Die Grenze zwischen der dem Auftraggeber zuzugestehenden weitgehenden Freiheit bei der Bestimmung des Leistungsgegenstandes und der stärker eingeschränkten Festlegung der technischen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung mag im Einzelfall fließend bzw. nicht leicht zu bestimmen sein. Hier sind jedoch der hinter dem Gebot der Produktneutralität stehende Zweck der Offenhaltung des Wettbewerbs und die Einhaltung der Vorgaben der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Erinnerung zu rufen. In diesem Interesse sollte entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf den Auftraggebern keine derartig weitreichende Freiheit bei der Bestimmung der subjektiv notwendigen Merkmale des Beschaffungsgegenstandes eingeräumt werden. Vielmehr ist zu hinterfragen, welches den in Betracht kommenden Kreis einschränkende Detail objektiv notwendig ist, um den Zweck zu erreichen, den der Auftraggeber mit dem Vergabeverfahren verfolgt.

Die sichtbare Tendenz einzelner Oberlandesgerichte, nicht nur bei der Frage der Produktneutralität einer Auseinandersetzung mit der sachlichen, objektiven Richtigkeit von Darlegungen der Auftraggeber durch die Ausdehnung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen aus dem Weg zu gehen, wird der Funktion des vergaberechtlichen Rechtsschutzes nicht gerecht. Die Oberlandesgerichte sind die erste und einzige gerichtliche Tatsacheninstanz und damit nicht nur Revisionsinstanz der Vergabekammern. Diesem Anspruch haben die Vergabesenate trotz des Eilcharakters des Nachprüfungsverfahrens nachzukommen.

³⁸ Kritisch insoweit auch Leinemann/Kirch in Euroforum-Newsletter 8 (2/2010) S. 7 f.

³⁹ OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006 - 9 Verg 2/06.

An dieser Stelle sei an die Leitlinien erinnert, die der VÜA Bund im kuriosen Fall „Detlev-Rohwedder-Haus“ aufgestellt hat. Zwar unterscheidet sich dieser insofern, als dass der Auftraggeber hier in zulässiger Weise die Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt beschränkt hatte. Der VÜA musste vielmehr über das Verhalten eines Bieters entscheiden, der durch Aufkauf des Produkts eine Alleinstellung zu erlangen versuchte. Übertragbar ist jedoch die Begründung, weshalb eine solche versuchte Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den Bieter als ein unzulässiges Verhalten anzusehen sei, das sogar den Ausschluss rechtfertigen würde: *„Das Vergaberecht und dessen Anwendung kann und darf kein Verhalten rechtfertigen, das die Ausschreibung ihrer Funktion als Auswahlverfahren zur Ermittlung des annehmbarsten Angebots beraubt und die Mitbewerber um ihre Chance bringt, im Leistungswettbewerb um den Auftrag zu kämpfen. Ein solches Verhalten ist mit der Vergabepflicht rechtlich als eine „ungesunde Begleiterscheinung“ bzw. „wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise“ zu würdigen, der nach § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A vom Auftraggeber zu begegnen ist, keineswegs aber von diesem über die Vergabe gar noch honoriert werden kann.“*⁴⁰

5. Ergebnis

Das Gebot der produktneutralen Leistungsbeschreibung dient dem Wettbewerbsgrundsatz und der Wirtschaftlichkeit und spiegelt damit zentrale Prinzipien des Vergaberechts wider. Obgleich es nicht zuletzt auch wesentlichen Interessen der Auftraggeber dient, neigen diese dazu, die Leistungsbeschreibung bewusst oder unbewusst an einem bestimmten Produkt auszurichten und damit den Wettbewerb zu beschränken. Die engen Grenzen, in denen solch ein Verhalten ausnahmsweise zulässig ist, sind nicht leicht auszumachen; die hier vorgestellte Systematisierung erleichtert jedoch die Umsetzung der Vorgaben des Gesetzes und deren Auslegung in der Rechtsprechung.

Auftraggeber sollten daher im Interesse des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit der Ausschreibung sowie angesichts der Unvorhersehbarkeit der Rechtsprechung möglichst auf die Angabe konkreter Produkte verzichten. Auch sollte darauf geachtet werden, den Wettbewerb nicht mittelbar durch eine Produktbeschreibung einzuschränken, die detaillierter als notwendig ist und damit auch für die Interessen des Auftraggebers gar nicht zwingend erforderliche Faktoren enthält.

Der Rechtsprechung durch die Oberlandesgerichte ist eine Klärung der Widersprüche durch Divergenzvorlage zum BGH nahe zu legen. Einzelfallgerechtigkeit durch das Aufweichen und durch eine z.T. unpräzise Auseinandersetzung mit Vorentscheidungen herbeizuführen, gefährdet die Einheit und die Handhabbarkeit des Vergaberechts.

⁴⁰ VÜA Bund, Beschluss vom 07.01.1997 - 1 VÜ 26/96.

Beschaffungsautonomie und Produktneutralität

Zusammenfassung der Aussprache

Im Rahmen der anschließenden Diskussion zeigten sich zunächst die bereits von Herrn Dr. Hausmann in seinem Vortrag aufgezeigten unterschiedlichen Ansichten der Gerichte zum Umfang ihrer Kontrollbefugnis bzw. zu den Markterkundungspflichten eines Auftraggebers auch unter den Teilnehmern. Einigkeit bestand unter den Teilnehmern, dass die Entscheidungen der Gerichte immer im Ganzen zu lesen und im direkten Zusammenhang zu sehen und nicht nur auf die Leitsätze oder Schlagwörter zu beschränken seien und auch die hinter den Entscheidungen stehenden Einzelfälle nicht pauschal auf andere Entscheidungen übertragbar seien. Dies gelte auch bei den von Herrn Dr. Hausmann in seinem Vortrag besprochenen Urteilen des OLG Jena und OLG Düsseldorf; auch wenn diese Urteile für die anschließende Diskussion zugrunde gelegt wurden.

Aus richterlicher Sicht wurde von einem Teilnehmer darauf hingewiesen, dass zwischen der materiellen Rechtslage einerseits und andererseits der Frage – im Falle der Anrufung der Gerichte – ob und in welchem Umfang die Gerichte überprüfen dürfen, zu unterscheiden sei. Bei der Frage, ob ein bestimmtes Produkt geeignet sei und diese Geeignetheit durch technische Gutachten nachgewiesen sei, könne ein Gericht im Rahmen des Umfangs seiner Prüfungsmöglichkeit nur auf Missbrauch kontrollieren, da sich die Definition dessen, was ein Auftraggeber möchte, der Befugnis der Gerichte entzieht. So sei es auch als eine Art der Markterkundung zu sehen, wenn sich der Auftraggeber den technischen Sachverstand durch Sachverständigengutachten zu eigen macht und auch das Gericht sich später darauf stützt – soweit keine substantiierten Rügen gegen die Richtigkeit und Sachgerechtigkeit derartiger Gutachten bestehen.

Seitens Herrn Dr. Hausmann wurde eingeworfen, dass, wenn es um die Frage geht, ob ein Produkt genauso geeignet sei den Zweck zu erfüllen wie das andere und Sachverständige dies direkt beantworten können, es anders als bei Beurteilungsspielräumen, etwa bei Beamten oder Geschmacksfragen, vorliegend um einen überprüfbaren Beurteilungsspielraum bzw. um technisch überprüfbare und nachvollziehbare Entscheidungen gehe.

Von anderer Seite wurde der Gedanke angesprochen, ob nicht in vielen Fällen der Grundfehler schon darin liege, dass man deskriptiv ausgeschrieben habe anstatt funktional und hierin nicht auch die Lösung läge: In einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Insoweit wurde auf das GPA und auch den neuen Richtlinienentwurf

verwiesen, in welchem nunmehr die funktionale Leistungsbeschreibung an erster Stelle stünde.

Hierzu wurde u.a. entgegnet, dass die funktionale Leistungsbeschreibung nicht die Antwort auf alle Fragen sei, weil auch in der funktionalen Leistungsbeschreibung Grenzen zu setzen seien, und auch diese an bestimmten Stellen erlaube, Verengungen auf bestimmte Produkte vorzunehmen.

Von einem Vertreter der Kommission wurde zum GPA näher erläutert, dass zwar im GPA ganz klar stünde, dass an sich die funktionale Leistungsbeschreibung den Vorrang haben sollte. Hierdurch sollte ein Signal gesetzt werden für die funktionale Leistungsbeschreibung, auch im Hinblick auf Innovationen. Dies würde allerdings nicht bedeuten, dass auch eine justiziable Rangfolge zwischen den beiden Systemen bestehe. Es gäbe viele Fälle, wo eben doch eine detaillierte technische Leistungsbeschreibung von Vorteil sei. Diese Möglichkeit sollte gerade offengehalten werden.

Im Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass insbesondere bei IT-Vergaben die Frage der Kompatibilität immer wieder heikel sei. Hier würde sich immer wieder die Frage stellen, was man vom Auftraggeber verlangen könne und was diesem zuzumuten sei. In solchen Fällen müsse es einen Beurteilungsspielraum geben, da es oft theoretisch technisch möglich sei, ein kompatibles System aufzubauen, dass es jedoch oft für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht sehr interessant sei, wenn Markteinsteiger sich bewerben würden, weil dies mit anfänglichen Schwierigkeiten und Testphasen verbunden sein könne. Insoweit wurden die Fragen in den Raum gestellt: Wie stark ist die Entscheidung des Auftraggebers zu kontrollieren? Kann man vom Auftraggeber verlangen, Nachteile in Kauf zu nehmen oder bestimmte Risiken einzugehen, z.B., um eine solche Kompatibilitätslösung möglich zu machen?

Aus der Schweiz kam der Hinweis, es sei immer entscheidend, wie der Markt aussehe; wie viel Anbieter es gäbe und welche Auswirkungen dies auf den Wettbewerb habe; relevant sei, dass immer genügend Restanbieter-Wettbewerb verbleibe.

Von einem Teilnehmer wurde empfohlen, Technik immer offen auszuschreiben; typischerweise mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Soweit man dies nicht tue und ein ganz bestimmtes Produkt in die Leistungsbeschreibung aufnehme, müsse man hieb- und stichfest dokumentieren, dass dieses Produkt die einzige Lösung sei, um den Auftragszweck zu erfüllen. Im Übrigen bestand Einigkeit unter den Teilnehmern bezüglich der Bedeutung einer genauesten Dokumentation.

Ein Problem wurde auch in der Auslegung des ersten Halbsatzes in der VOL/A-Bestimmung in der Formulierung „gerechtfertigt ist“ gesehen. Hier sei eine objektive Auslegung geboten. Insoweit wurde auf Art. 23 Abs. 8 der Vergabekoordinierungsrichtlinie und den dazugehörigen Erwägungsgrund verwiesen und darauf, dass diese Vorschrift wettbewerbsschützend, wettbewerbsfördernd und wettbewerbsbetont auszulegen sei. Daher werde in der Entscheidung des OLG Düsseldorf ein dem Auftraggeber zu weit eingeräumter Spielraum gesehen. Der objektiv gebotene Schutz des

Wettbewerbs würde so in die Disposition des Auftraggebers gestellt, was nach dem Normzweck der Vorschrift entschieden zu wenig sei.

Im weiteren Verlauf der Diskussion wurden von den Teilnehmern auch betriebswirtschaftliche Aspekte eingebracht.

So wurde von einem Auftraggebervertreter das Thema auf Betriebserprobung und Teststellung gelenkt. Hier wurde v.a. die Frage aufgeworfen, inwieweit eine möglicherweise monatelang dauernde Teststellung dem Auftraggeber zumutbar sei oder ob sich ein Auftraggeber nicht auch darauf verlassen dürfe, was nachgewiesen, was getestet und was betriebserprobt sei – auch wenn dies dann nur ein oder zwei Produkte beträfe.

Ein weiterer Teilnehmer von der Auftraggeberseite verwies auf die Problematik umfangreicher, mitunter über 100 Seiten langer Leistungsverzeichnisse und dass hier die anfangs angesprochenen Sachverständigengutachten gar nicht möglich bzw. zu langwierig seien, da es immer Gegenpositionen und somit Gegengutachten und Gegen-Gegengutachten gäbe und dies zu einer unzumutbaren zeitlichen Verzögerung des Verfahrens führen würde.



Seitens Herrn Dr. Hausmann wurde angeführt, dass es nicht darum gehe, die Spezifizierung bestimmter Produkte und Produktmerkmale generell für unzulässig zu erklären und im Zweifel immer der Wettbewerb Vorrang haben müsse, sondern es gehe darum, Ausnahmen so einzugrenzen, dass sie wirklich nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine Alternative nicht bestehe. Soweit es kein Erkenntnismittel gäbe, eine Alternative im Verfahren zu prüfen, könne auch keine Nachprüfungsinstanz und auch kein Wettbewerber dies fordern. Dr. Hausmann betonte noch einmal, dass es nach seiner Auffassung eben nicht auf den subjektiven Maßstab ankommen dürfe, was der

Auftraggeber möchte und dieser dies ausreichend begründe, sondern einzig der objektive Maßstab, die objektive Überprüfbarkeit müssen entscheiden sein; wie z.B. auch, dass es keine Erkenntnismittel gäbe.

Hierzu wurde jedoch eingewandt, dass Wettbewerb nicht immer Verpflichtung zum Bestmöglichen bedeute. So wurde auf das Zuschlagskriterium „günstigster Preis“ verwiesen, welches die gängige Vorgehensweise bei Ausschreibungen sei und dazu führe, dass nicht das technisch beste Produkt genommen würde, sondern das Günstigste. Wenn dies jedoch zulässig und sogar geübte Praxis sei, müsse es auch in der Freiheit des Auftraggeber stehen, das Zweitbeste haben zu wollen und nicht das Allerbeste. Insoweit wurde der Entscheidung des OLG Jena und einer Verpflichtung zu vorherigen Markterkundung widersprochen. Der Wille des Auftraggebers, was dieser für ein Produkt haben möchte, müsse ebenfalls respektiert werden.

Podiumsdiskussion: Nachhaltigkeit und Energie- Effizienz im Vergaberecht: Sackgasse oder der Weg in die Zukunft?



Moderation und Einführung

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Universität Augsburg

Guten Morgen und ganz herzlich willkommen zum letzten Programmpunkt der forum vergabe Gespräche, einer Podiumsdiskussion zu einem Thema, das wir in den letzten beiden Tagen schon vielfach gestreift haben. Es geht um die Frage „Nachhaltigkeit und Energieeffizienz im Vergaberecht, eine Sackgasse oder ein Weg in die Zukunft?“. Es freut mich sehr, dass wir hier ein genauso hochkarätiges wie auch meinungsviel-fältiges Podium zusammenbekommen haben.

Gestatten Sie mir wenige Worte zur Einführung in unser Thema: Mit dem großen Vo-lumen der öffentlichen Auftragsvergabe, die Kommission nennt immer die hinlänglich bekannten Zahlen von 1.500 Mrd. Euro, was etwa 16 Prozent des Bruttoinlandspro-duktes der EU entspricht, geht ein erhebliches Steuerungspotential einher. Herr Traupel hat schon gestern das Vergaberecht als Hebel für die Politik bezeichnet, die entsprechende Forderungen der Wähler und der Öffentlichkeit aufgreifen muss. Die Berücksichtigung ökologischer Belange ist auch rechtlich vorgezeichnet; sie ist in dem im Grundgesetz verankerten Staatsziel Umweltschutz verfassungsrechtlich angelegt. Nichts anderes gilt im Europarecht, denken Sie an die Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV, wonach der Umweltschutz in allen Politikbereichen zu beachten ist.

Ein gutes und aktuelles Beispiel stellt auch das Thema unseres Podiums dar, nämlich die Themen Energieeffizienz und Nachhaltigkeit. Auf unserer Tagung ist allerdings auch schon mehrfach angeklungen, dass diese Instrumentalisierung des Vergabe-rechts für politische Zwecke in einem gewissen Spannungsfeld zu einem anderen Anliegen des Vergaberechts steht, das gerade darauf zielt, solche politischen Einflüsse zurückzudrängen, jedenfalls aber vergaberechtlich zu kanalisieren.

Dieses Spannungsfeld kommt auch sehr schön in den Oberbegriffen zum Ausdruck, unter denen man unser Thema gemeinhin diskutiert. Der erste Begriff war der Begriff

der vergabefremden Zwecke, der die Realisierung politischer Ziele als Fremdkörper im Vergaberecht erscheinen lässt. Positiver klingt der Begriff der Sekundärzwecke, weil dieser zumindest nahelegt, dass man politische Ziele im Vergaberecht mit berücksichtigen darf. Jüngst hat uns Europa schließlich den Begriff der strategischen Beschaffung beschert, der den instrumentellen Charakter des Vergaberechts noch einmal besonders hervorhebt.

In unserem Kreis muss ich den Rechtsrahmen für die Berücksichtigung derartiger Kriterien nicht weiter skizzieren. Sie wissen alle, dass sowohl der Europäische Gerichtshof als auch der Gesetzgeber auf europäischer und nationaler Ebene anerkannt haben, dass Umwelt- und Sozialkriterien bei der öffentlichen Aufgabe berücksichtigt werden dürfen. Umstritten ist lediglich die Ausgestaltung im Detail. Dies belegen auch sehr schön die Regelungen, mit denen wir uns jetzt zentral befassen – den Regelungen zur Energieeffizienz, die seit 2010 in Umsetzung der Energieeffizienz-Richtlinie Eingang in die Vergabeverordnung gefunden haben und die im Zusammenhang mit dem Energiepaket der Bundesregierung 2011 noch einmal verschärft worden sind. Im Kontext der aktuellen Novelle der Energieeffizienz-Richtlinie steht eine Überarbeitung der Vorgaben im Raum.

Die Referate von Herrn Schwab und Herrn Spiegel zeigen, dass auch die Novelle der allgemeinen Vergaberichtlinien derzeit an einem Scheideweg steht. Geplant ist – jedenfalls in den Vorschlägen – ein Beibehalten des Auftragsbezugs. Freilich haben wir auch gehört, dass gerade im Europäischen Parlament Initiativen hinsichtlich einer weitergehenden Berücksichtigung sozialer Belange Gehör finden.

Auf unserem Panel möchten wir diese Entwicklung bewerten, und bevor ich Frau Lottermoser das Wort erteile, darf ich noch ein paar Leitfragen formulieren: Vermag das Vergaberecht überhaupt einen gewichtigen Beitrag zur Realisierung von Energieeffizienz und Nachhaltigkeit zu leisten? Vermag das Vergaberecht vielleicht sogar mit einer Berücksichtigung dieser Kriterien seinem Kernanliegen besser zu entsprechen, weil eine wirtschaftlichere Beschaffung, die unter Berücksichtigung von Lebenszyklen stattfindet, möglich ist? Welches Innovationspotenzial wird freigelegt?

Das alles sind positive Punkte. Aber auf der anderen Seite muss man natürlich auch sehen, dass der Vergabevorgang für den Auftraggeber durch die Berücksichtigung derartiger Kriterien verkompliziert wird, was natürlich auch Prozessrisiken mit sich bringt. Vielfach wurden in diesem Rahmen schon Bedenken hinsichtlich der Wettbewerberschwerung für Bieter geäußert, die sich auf sehr unterschiedliche Anforderungen einstellen müssen. Und wenn wir gestern gerade gehört haben, welchen Flickenteppich die Landesgesetzgeber im föderalen Deutschland schaffen, steht eine Potenzierung dieses Problems im Raum. Vielfach wird angesichts der gegenwärtigen Haushaltslage befürchtet, dass die soziale bzw. umweltfreundliche Beschaffung zu einer erheblichen Kostensteigerung führt. Und schließlich, was gerade der Vergaberechtler bedauern mag, führt dieser Prozess natürlich auch zu einer Fragmentierung des Vergaberechts, wenn jetzt nicht nur diejenigen, die herkömmlicherweise für das

Vergaberecht zuständig sind, Vergabepolitik betreiben, sondern über die Energieeffizienz-Richtlinie, die Ökodesign-Richtlinie und die Gebäude-Richtlinie die Fachpolitik in großem Ausmaß Einfluss auf das Vergaberecht gewinnt.

Podiumsdiskussion: Nachhaltigkeit und Energie- Effizienz im Vergaberecht: Sackgasse oder der Weg in die Zukunft?



Statement

Hermann Summa

Richter am OLG Koblenz

Diskussionsthesen

1. Nach dem Drei-Säulen-Modell bedeutet Nachhaltigkeit das gleichzeitige und gleichberechtigte Umsetzen von umweltbezogenen, wirtschaftlichen und sozialen Zielen.
2. Nachhaltige Beschaffung ist nicht per se wirtschaftlich oder unwirtschaftlich. Ökologische Beschaffung kann langfristig auch für den einzelnen Auftraggeber wirtschaftlich sein. Die fragwürdige Vermengung von Bedarfsdeckung (Beschaffung) und Gesellschaftspolitik wirkt aber tendenziell preistreibend.
3. Wir retten die Welt (auch) mit dem Vergaberecht, koste es, was es wolle. Künftig soll die ökologisch und/oder sozial korrekte Beschaffung (= Primärziel) möglichst wirtschaftlich (= Sekundärziel) umgesetzt werden.
4. Das Vergaberecht soll dem Auftraggeber ein effektives und praktikables Verfahren zur wirtschaftlichen Umsetzung seiner Beschaffungsentscheidung zur Verfügung stellen. Davon entfernen wir uns immer mehr. Die Unternehmen brauchen Regeln, die einen fairen und transparenten Wettbewerb um einen Auftrag sicherstellen. Auch davon entfernen wir uns immer mehr. Und es ist nicht Aufgabe von Vergabekammern und Vergabesenaten, das Verhalten von Unternehmen auch darauf zu kontrollieren, ob sie, wie es in einem Entwurf für eine neue Vergaberichtlinie heißt, angemessen – was immer das sein mag – dem genügen, was gerade als sozial- oder umweltpolitisch korrekt gilt.
5. Regelungen wie § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB¹ ermuntern Stadt- und Gemeinderäte, insbesondere gesellschaftspolitische Forderungen zu stellen, die abhängig vom

¹ Entsprechende Regelungen finden sich inzwischen auch in Landesgesetzen, z.B. § 1 Abs. 3 LTTG RLP.

Ergebnis der letzten Kommunalwahl und individuellen Vorlieben der Ratsmitglieder von Gemeinde zu Gemeinde variieren können.

6. Sozial- oder umweltpolitisch motivierte Regelungen, die man sich in Brüssel oder Berlin für Schwellenwertvergaben ausdenkt, finden durch den Einfluss von Gewerkschaftsfunktionären und anderen Lobbyisten über kurz oder lang Eingang in Landesvergabegesetze u.ä. Betroffen sind dann auch auf öffentliche Aufträge angewiesene Kleinunternehmer, die mit einer 70-Stundenwoche ums Überleben kämpfen.

Was antwortet die Besatzung des Raumschiffs der Sozialpolitik einem Kleinunternehmer mit 10 Arbeitnehmern, wenn er fragt: „Mit der Rettung der Welt bin ich überfordert. Was muss ich tun, um trotzdem im Rennen um öffentliche Aufträge aus der Region zu bleiben?“

Antwort (?): „Stellen Sie eine behinderte 50-jährige ein, die seit mindestens 5 Jahren arbeitslos ist und jetzt bei Ihnen eine Maurerlehre beginnen will.“

Das mag zynisch klingen, träfe aber genau den Kern des Problems.

7. Einhergehen wird die Entwicklung mit Eingriffen in das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und damit auch in das Selbstbestimmungsrecht der Kommunen. Der Anfang zur Entmündigung des Auftraggebers ist bereits gemacht. § 4 Abs. 4, 5 und § 6 Abs. 2, 3 VgV² machen dem Auftraggeber konkrete Vorgaben für den Fall, dass er „energieverbrauchsrelevante“ Gegenstände beschaffen will. Dem steht die katastrophale finanzielle Situation der meisten Kommunen gegenüber, denen die Luxusfrage, ob sie ihre Schulgebäude mit Zweifach- oder Dreifachverglasung ausstatten sollen, völlig fremd ist.
8. Die Berücksichtigung externer (Umwelt-)Kosten bei der Entscheidung über den Zuschlag kollidiert mit dem (noch) geltenden Haushaltsrecht.
9. Nicht übersehen werden dürfen Wertungswidersprüche und Konflikte mit anderen Rechtsmaterien, wie sie z.B. beim Landestariftreuegesetz des Landes Rheinland-Pfalz (LTTG) deutlich werden – andere Bundesländer haben vergleichbare Regelungen.

Beispiel 1: Tarifautonomie

Nach § 3 Abs. 1 LTTG müssen Unternehmen, für die es weder einen unter das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) fallenden Tarifvertrag noch eine Mindestlohnverordnung nach dem Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) gibt, sich verpflichten, ihren Arbeitnehmern mindestens 8,50 Euro pro Stunde zahlen. Das gilt auch dann, wenn sie einem Tarifvertrag unterliegen, der einen niedrigeren Mindestlohn vorsieht – es sei denn, der niedrigere Mindestlohn ergibt sich aus

² Diese Regelungen sind m.E. von der Ermächtigungsnorm des § 97 Abs. 6 GWB (siehe auch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht gedeckt und somit unwirksam.

einem Tarifvertrag, auf den das Arbeitnehmer-Entsendegesetz anwendbar ist (z.B. Sicherheitsdienstleistungen: in RLP derzeit 6,53 €).

Beispiel 2: Daten³ -, Geschäfts- und Persönlichkeitsschutz:

§ 6 Abs. 1 LTTG gewährt dem Auftraggeber – auch kommunalen Gesellschaften, privaten Sektorauftraggebern und „Gelegenheitsauftraggebern“ im Sinne des § 98 Nr. 5 GWB – weitgehende Kontrollrechte. Insbesondere darf er Einsicht nehmen in die Entgeltabrechnungen des beauftragten Unternehmens und der Nachunternehmen, in die zwischen dem beauftragten Unternehmen und den Nachunternehmen jeweils abgeschlossenen Werkverträge sowie in andere Geschäftsunterlagen, aus denen Umfang, Art, Dauer und tatsächliche Entlohnung von Beschäftigungsverhältnissen hervorgehen oder abgeleitet werden können. Als Druckmittel stehen Vertragsstrafe und Kündigung zur Verfügung.

10. Die (politische) Umsetzung lässt die gebotene Redlichkeit vermissen. Zu den sozialen Aspekten, die inzwischen auch Eingang in Landesvergabegesetze u.ä. gefunden haben, gehört die Beschränkung der Bestellung auf Produkte, „die im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation gewonnen oder hergestellt wurden“. Die konsequente Umsetzung hätte die – politisch mit Sicherheit unerwünschte – Folge, dass der Auftragnehmer bei der Auftragsausführung nichts verwenden darf, was in der VR China hergestellt oder gewonnen wurde.⁴

³ Siehe auch § 32 BDSG: Arbeitnehmerdaten dürfen nur erhoben, verarbeitet und verwendet werden, wenn und soweit dies zur Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

⁴ Der weltweit größte Elektronikhersteller heißt Foxconn und produziert im südchinesischen Shenzhen u.a. für Dell, Nokia, Hewlett-Packard und Apple. Die sog. seltenen Erden, ohne die es z.B. keine Leuchtstofflampen, LCD- und Plasmabildschirme, LEDs, Brennstoffzellen, Laser, Katalysatoren oder Windräder gäbe, stammen überwiegend aus China.

Podiumsdiskussion: Nachhaltigkeit und Energie- effizienz im Vergaberecht: Sackgasse oder der Weg in die Zukunft?



Statement

Ministerialdirigentin Dr. Susanne Lottermoser

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit

Sehr geehrte Damen und Herren,
ich möchte fünf Punkte in die Diskussion einbringen:

1. Nachhaltigkeit und öffentliche Beschaffung sind kein Widerspruch

Öffentliche Beschaffung kann maßgeblich dazu beitragen, dass Ziele der Nachhaltigkeit schneller erreicht werden. Nachhaltigkeit umfasst ja bekanntermaßen die drei Dimensionen Ökologie, Ökonomie und Soziales. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Umweltschutz und soziale Verantwortung müssen so zusammengeführt werden, dass Entscheidungen nachhaltig, also dauerhaft tragfähig sind.

Als Vertreterin des Umweltministeriums werde ich mich hier auf die Umweltaspekte öffentlicher Beschaffung konzentrieren – und die Beschaffung nach sozialen Kriterien außen vor lassen. Das ist ein weitaus schwierigeres Feld, während die umweltfreundliche Beschaffung nach klaren technischen Kriterien erfolgen und gut messbar am Auftragsgegenstand festgemacht werden kann.

Wer umweltfreundlich beschafft, kann:

1. Kosten sparen. Denn wirtschaftlich beschaffen heißt nicht nur, den Anschaffungspreis zu sehen, sondern konsequent die Kosten des gesamten Lebenszyklus einer Anschaffung einzukalkulieren. Wenn ein höherer Anschaffungspreis geringere Lebenszykluskosten mit sich bringt, entspricht nur das dem Wirtschaftlichkeitsgebot;
2. modernen Technologien und Innovationen helfen, sich schneller im Markt durchzusetzen. Damit werden schneller Umweltentlastungseffekte erzeugt. Es stärkt gleichzeitig auch die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie und sichert so auch Arbeitsplätze.

2. Umweltpolitik hat sich mit folgenden Megatrends auseinanderzusetzen, die dieses Jahrhundert prägen werden und schon prägen:

- Eine rasant wachsende Weltbevölkerung,
- die nachholende Industrialisierung in Schwellenländern wie China und Indien,
- die mit beiden Tatsachen verbundene wachsende globale Nachfrage nach Energie und Rohstoffen und
- die Verschärfung von Umweltproblemen: Klimawandel, knapper werdende Ressourcen wie seltene Metalle, aber auch sauberes Wasser, Verlust von Lebensräumen und Artenvielfalt.

In dem Umfang, wie wir jetzt mit Rohstoffen umgehen und natürliche Ressourcen übernutzen, wird die ökologische Tragfähigkeit der Erde absehbar erschöpft sein.

Manche Fehlentwicklungen sind schon gar nicht mehr umkehrbar und es geht nur noch darum, sie abzumildern. Beispiel: Klimawandel.

Das heißt, der umweltpolitische Problemdruck ist immens und er erfordert, dass alle zur Verfügung stehenden Hebel – rechtliche und marktwirtschaftliche – eingesetzt werden. Dazu gehört auch das Vergabewesen.

3. Umweltaspekte sind als wichtige und zulässige Vergabekriterien anerkannt. Ihre stärkere Berücksichtigung soll mit der Novellierung der EU-Vergaberichtlinien unterstützt werden.

Der EuGH hatte mit den Urteilen Concordia Bus Finland 2002 und Wienstrom 2003 die Berücksichtigung ökologischer Vergabekriterien grundsätzlich gebilligt und die Voraussetzungen hierfür dargelegt. Daraufhin wurden in den Vergabe-Richtlinien von 2004 erstmals Umweltaspekte als zulässige Zuschlagskriterien verankert.

In der Folgezeit hat die Kommission in verschiedenen Mitteilungen die Bedeutung einer umweltfreundlichen und innovationsorientierten Beschaffung hervorgehoben und „eine stärkere Nutzung des öffentlichen Vergabewesens für die Unterstützung anderer Politiken“ gefordert. Zuletzt in der Strategie EU 2020 – die Nachfolgestrategie der Lisbonstrategie. Mit ihr soll ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum erreicht werden. Ziel ist, den Übergang zu einer emissionsarmen Wirtschaft, die ihre Ressourcen effizient einsetzt, zu unterstützen. Wirtschaftswachstum soll vom Ressourcen- und Energieverbrauch entkoppelt, CO₂-Emissionen reduziert und die Wettbewerbsfähigkeit gefördert werden.

Auf EU-Ebene hat sich der Begriff der strategischen Vergabe durchgesetzt.

Der Entwurf für das neue Legislativpaket sieht im hier diskutierten Zusammenhang nun als wesentliche Neuerung die Verankerung des Lebenszykluskostengedankens vor. Lebenszyklusanalysen sind nun ausdrücklich möglich. Sie können interne Kosten wie Energieverbrauch, Wartungs- und Entsorgungskosten ebenso wie externe Umweltkosten betreffen, sofern deren Geldwert bestimmt und geprüft werden kann.

Externe Umweltkosten können z.B. Kosten von CO₂-Emissionen sein. Dafür müssen allerdings Methoden vorhanden und nach objektiven Kriterien erstellt worden sein. Gibt es eine EU-weit festgelegte Methodologie – wie aufgrund der Spezial-Richtlinie saubere Fahrzeuge – so ist diese zugrunde zu legen. Die Berücksichtigung externer Umweltkosten bleibt aber fakultativ, nur die Methodologie ist bei Vorhandensein obligatorisch.

Die durchgehende Berücksichtigung ökologischer Kriterien macht die Beschaffung tendenziell komplexer. Daher muss der Aufwand so gering wie möglich gehalten werden, indem man z.B. möglichst Anforderungen an standardisierte Label knüpft, wie den Blauen Engel oder den EnergyStar. Hier soll die EU-Novelle Verfahrenserleichterungen dadurch schaffen, dass künftig einfach das Vorhandensein bestimmter Label oder gleichwertiger Nachweise gefordert werden kann, ohne dass deren zugrunde liegenden Kriterien wie bisher einzeln aufgelistet werden müssen.

Wichtig für den Umweltbereich ist auch die Klarstellung, dass Anforderungen an den Produktionsprozess gestellt werden können, z.B., dass die energieeffiziente Herstellung des zu beschaffenden Produkts gefordert werden kann. (Art. 66 des Entwurfes).

Insgesamt wird sich der Charakter der Vergaberichtlinien als Verfahrensrichtlinien aber nicht ändern. Es bleibt dabei, nur Vorgaben für das „Wie“ nicht für das „Was“ der Beschaffung zu machen. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers wird nicht berührt. Ebenso bleibt es dabei, dass die Berücksichtigung von Umweltkriterien in Kann-Bestimmungen geregelt wird, der Auftraggeber also ein weitgehendes Ermessen hat, welche Kriterien für seine subjektive Beschaffungsentscheidung maßgeblich sein sollen.

4. Energieeffiziente Beschaffung bringt viel für den Klimaschutz.

Einige Zahlen:

In Deutschland verfügen Bund, Länder und Kommunen mit jährlichen Ausgaben für die Beschaffung über ein Marktpotential in Höhe von insgesamt ca. 260 Mrd. Euro.

Davon sind über 50 Mrd. Euro Ausgaben mit unmittelbarer Relevanz für den Umwelt- und Klimaschutz. Davon entfallen über 32 Mrd. Euro auf die Kommunen – das sind rd. 60 %; auf die Länder über 6 Mrd. Euro 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 THG-Emissionen in Deutschland, das sind 42,8 Mio. t CO₂. Das mit über 23 Mio. t größte Emissionsvolumen entsteht durch den Energieverbrauch in öffentlichen Gebäuden. Würde man bei Anschaffungen auf

energieeffiziente und klimafreundliche Techniken setzen, ließen sich in 10-12 Jahren knapp 30 % (12 Mio. t) der Emissionen des öffentlichen Sektors einsparen.

5. Zur Etablierung von Nachhaltigkeit und Energieeffizienz im öffentlichen Auftragswesen gibt es noch viel zu tun.

In vielen Vergabestellen wird leider noch oft nach dem Motto agiert: „Wenn wir nicht nach Preis vergeben, gibt es ohnehin nur Ärger!“. Dabei ist die Vergabe nur nach Preis gar nicht durch das GWB gedeckt. Beschaffung wird nur als juristisches Minenfeld gesehen. Es fehlen klare Vorgaben der Hausleitung und konkrete Arbeitshilfen.

Es bedarf daher vor allem Dreierlei:

1. Politischer Wille und Unterstützung der „Entscheider“ in den Behörden. Gute Beispiele – gerade auch im kommunalen Bereich – gibt es genug;
2. klare Beschaffungsregeln;
3. regelmäßige Schulung des Personals und Bereitstellung von Informationen.

Die Bundesregierung unterstützt Informationsangebote und konkrete praktische Hilfen, z.B. in Form von Musterausschreibungen, Leitfäden oder Vergleichsrechnern für den Stromverbrauch. Dies gibt es etwa von der dena (Deutsche Energieagentur) oder dem Umweltbundesamt. Eine seit langem existierende Website ist z.B. www.beschaffung-info.de.

Abhilfe soll hier auch die neue Kompetenzstelle beim Beschaffungssamt des Bundesinnenministeriums schaffen. Sie soll Informationsangebote in Zukunft „bündeln“ und anwenderorientiert aufbereiten. D.h., es soll individuelle Beratungen geben und eine Webplattform, die z.B. Ausschreibungstexte bereitstellt, die Einkäufer an ihre jeweiligen Anforderungen leicht anpassen können.

Diese Kompetenzstelle ist ein Ergebnis des seit gut drei Jahren laufenden systematischen Informationsaustauschs zwischen Bund, Ländern und Kommunen in der sog. Allianz für nachhaltige Beschaffung unter Federführung des BMWi. In themenspezifischen Arbeitsgruppen werden Informationsgrundlagen für die Vergabe- und Beschaffungsstellen erarbeitet.

Der Bund sieht sich bei der öffentlichen Beschaffung auch in einer Vorbildfunktion. Um hier glaubwürdig agieren zu können, hat das oberste Gremium der Nachhaltigkeitsstrategie, der Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung, im Dezember 2010 ein „Maßnahmenprogramm nachhaltige Bundesregierung“ beschlossen, das ganz konkrete Selbstverpflichtungen auch zur umweltorientierten Beschaffung des Bundes enthält. Ein erfolgreiches Ergebnis dieses Maßnahmenprogramms ist u.a., dass nun alle Bundesministerien zu 100 % Ökostrom beziehen.

Parallel wurde die Vergabeverordnung bezüglich der Energieeffizienz ergänzt und Anfang des Jahres auch die Laufzeit der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen in Bundesdienststellen ver-

längert. Der Energieverbrauch eines Produkts ist dadurch zu einem zwingenden Kriterium für die Leistungsbeschreibung und die Zuschlagsentscheidung geworden.

Fazit

Deshalb beantworte ich die Leitfrage dieser Diskussionsrunde damit, dass wir mit der Beachtung der Energieeffizienz im Vergaberecht nicht in eine Sackgasse fahren, sondern der eingeschlagene Weg der Weg in die Zukunft ist.

Podiumsdiskussion: Nachhaltigkeit und Energie- Effizienz im Vergaberecht: Sackgasse oder der Weg in die Zukunft?



Statement

Leitender Städt. Rechtsdirektor Martin Krämer

Leiter Zentrales Vergabeamt, Bundesstadt Bonn

1. Die Themen Nachhaltigkeit und Energieeffizienz sind im Kontext weiterer, insbesondere sozialer politischer Zielsetzungen zu sehen. Diese kann man mit guten Gründen wie folgt bewerten: das Verbot der Berücksichtigung sogenannter „vergabefremder Aspekte“ bei der öffentlichen Beschaffung ist heute endgültig Geschichte.
2. Die öffentliche Beschaffung mit ihrem alleine in Deutschland bei rund 350 Mrd. den Euro geschätzten Gesamtvolumen von Bund, Ländern und Gemeinden wird auf allen Ebenen als (vermeintliches) Mittel zur Umsetzung allgemeiner und gesellschaftspolitischer Ziele genutzt:
 - auf Europäischer Ebene finden sich diese Zielsetzungen unter dem Schlagwort „Europa 2020“ sowie konkret im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates für die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011.
 - In Deutschland ist für die Bundesebene auf § 97 Abs. 4 GWB und die insbesondere jüngste Novellierung der Vergabeverordnung in der Fassung vom 20.08.2011 zu verweisen.
 - Vermehrt haben auch die Länder in Form von Landesvergabegesetzen die Thematik aufgegriffen und – teilweise verpflichtend auch für kommunale Beschaffungen – Regelungskonvolute hierzu erlassen.
 - Aber auch einige Kommunen haben sich des Themas bemächtigt; so mancher Stadtratsbeschluss geht mit seinen inhaltlichen Anforderungen an Nachhaltigkeit und Energieeffizienz für die eigene kommunale Beschaffung noch über die bestehenden Regelungen hinaus.

3. Bei nüchterner Betrachtung stellt man an und für sich fest: Nachhaltigkeit und Energieeffizienz sind dem Beschaffungsverfahren vorgelagert: Die Thematik gehört dem Grunde nach in das ausschließliche Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, also allein in die Phase der Definition dessen, was überhaupt beschafft werden soll; die (politisch geprägten) inhaltlichen Anforderungen an die Beschaffung stellen bei genauer Hinsicht keine Regeln des Vergabeverfahrens dar, so wie etwa auch die Rechtsprechung bislang fachgesetzliche Anforderungen (etwa aus dem abfallrechtlichen Bereich) als dem Vergaberechtsregime vor- bzw. nebengelagert angesehen hat (vgl. OLG Karlsruhe, 01.04.2011 – 15 Verg 1/11). Dennoch besteht – trotz oder gerade wegen der offenen, von der Rechtsprechung noch nicht entschiedenen fachlichen Diskussionen hierüber – das Risiko für Vergabestellen, dass Nachhaltigkeits- und Energieeffizienznormen, so sie in Vergaberechtsregelwerken aufgenommen wurden, für Bieter und Bewerber drittschützend mit der Folge sind, dass sie einer rechtlichen Überprüfung zugänglich sind.
4. Schaut man sich einzelne Regelungen detailliert an, so stellt man – wie häufig – fest: der Teufel steckt im Detail:

1. *Beispiel Europa:*

Artikel 67 des Vorschlags der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011 befasst sich mit der „Lebenszykluskostenberechnung“.

Unter diesem Begriff wird die Abdeckung aller Kosten während des Lebenszyklus eines Produktes, von Dienstleistungen oder Bauleistungen verstanden, wie

- *interne Kosten*, einschließlich Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb, wie Produktionskosten, Nutzung, wie Energieverbrauch, Wartungskosten und Lebensendkosten, wie Sammlungs- und Recyclingkosten, und
- *externe Umweltkosten*, die direkt mit dem Lebenszyklus in Verbindung stehen und die Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderer Schadstoffemissionen sowie
- *sonstige Kosten* für die Eindämmung des Klimawandels umfassen können, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann.

Als „Lebenszyklus“ definiert Art. 2 Ziff. 22 des Richtlinienentwurfs alle aufeinander folgenden und/oder miteinander verbundenen Stadien, einschließlich der Produktion, des Transports, der Nutzung und Wartung, während der Lebensdauer eines Produkts bzw. der Dauer einer Bauarbeit oder einer Dienstleistung, angefangen von der Rohmaterialbeschaffung oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zu Entsorgung, Aufräumarbeiten und Beendigung.

Wenn die öffentlichen Auftraggeber die Kosten nach einem derartigen Lebenszykluskostenansatz bewerten wollen, müssen sie in den Auftragsunter-

lagen die für die Berechnung der Lebenszykluskosten verwendete Methode benennen, die

- auf der Grundlage wissenschaftlicher Informationen erarbeitet wurde oder auf sonstigen objektiv nachprüfbar und nicht diskriminierenden Kriterien beruht,
- für die wiederholte oder kontinuierliche Anwendung konzipiert wurde und
- für alle interessierten Parteien zugänglich ist.

Alleine dies zeigt – bei allem Verständnis für eine Berücksichtigung der gesamten Lebenszykluskosten eines Produktes bei seiner Beschaffung –, welche hohen fachlichen Anforderungen an die Vergabestelle gestellt werden, die eine entsprechende Beschaffungsvorgabe zu erarbeiten hat.

2. *Beispiel Bund:*

Die §§ 4 und 6 der Vergabeverordnung vom 19.08.2011 normieren – freilich nur für den überschwelligeren Bereich – inhaltliche Pflichten wie

- die Forderung des höchsten Leistungsniveaus an Energieeffizienz im Leistungsverzeichnis
- eine „angemessene Berücksichtigung“ der ermittelten Energieeffizienz als Zuschlagskriterium.

Für Bauleistungen gelten diese Vorgaben für „energieverbrauchsrelevante technische Geräte oder Ausrüstungen“, wenn sie „wesentliche Bestandteile“ einer Bauleistung sind, wobei sogleich die Frage auftaucht, ob etwa bei Hochbauten nicht nur die Klimaanlage, sondern alle wesentlichen Bauteile wie Dämmung, Fenster, etc. hierunter fallen, da ihnen ohne Weiteres eine energieeffiziente Relevanz wohl kaum abgesprochen werden kann. Ich schließe mich insoweit der Bewertung des Städte- und Gemeindebundes an, der diese Novellierung der Vergabeverordnung mit den Worten kommentiert hat: *„Die Neuregelungen lassen befürchten, dass es in der kommunalen Vergabepaxis zu Wertungsschwierigkeiten kommen wird“*.

3. *Beispiel Länder:*

Auch einige Landesvergabegesetze haben sich der Thematik verschrieben.

So findet sich etwa in § 17 des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen vom 10.01.2011 eine Vorschrift, die sich mit umweltfreundlicher und energieeffizienter Beschaffung befasst.

In Absatz 4 der Vorschrift ist bestimmt, dass beim Kauf technischer Geräte mit der Leistungsbeschreibung von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch zu fordern sind. Dabei muss „in geeigneten Fällen“ (was dies ist, wird nicht de-

finiert) eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten zur Gewährung der Wirtschaftlichkeit vom Bieter gefordert werden.

In Abs. 8 der gleichen Bestimmung wird dem öffentlichen Auftraggeber anheimgestellt, über das gesetzliche Müssen hinaus „zusätzliche Bedingungen“ für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, sofern diese mit dem Unionsrecht vereinbar sind, insbesondere keinen diskriminierenden Charakter haben, in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen angegeben wurden und keine versteckten technischen Spezifikationen, Auswahl- oder Zuschlagskriterien darstellen.

5. Gibt es nun einen Königs-/Ausweg zur Problemlösung, speziell: können Siegel, Zertifizierungen und Kennzeichen helfen?

Meine Antwort ist: Ja, aber

- Erforderlich ist jedenfalls eine Leistungs- und Funktionsbeschreibung des Gewollten in mehr oder weniger abstrakter und allgemeiner Art; auch wenn gesiegelte, gekennzeichnete oder zertifizierte Produkte verfügbar sind, kann und darf der Beschaffer es sich nicht in der Weise einfach machen, dass er ein Produkt mit dem entsprechenden Siegel oder Zertifikat verlangt; er muss vielmehr das, was das Siegel oder das Zertifikat inhaltlich ausmacht, im Rahmen der Leistungs- und Funktionsangabe allgemein verbal beschreiben, ohne wiederum hierdurch faktisch ein bestimmtes Produkt vorzugeben.
- Zwar spricht bei Lieferung eines Produktes mit dem entsprechenden Siegel oder Zertifikat dann eine Vermutungsregel dafür, dass die geforderten Leistungs- und Funktionserfordernisse erfüllt sind; aber der Bieter hat immer auch die Möglichkeit, „andere geeignete Beweismittel“ vorzulegen, dass sein angebotenes Produkt diese Anforderungen in gleicher Weise erfüllt.
Ob dem dann tatsächlich so ist, wäre dann Prüfungsaufgabe für den wahrlich hierbei nicht beneidenswerten Beschaffer, der alleine zur Prüfung nur dieses Punktes häufig ohne externe Hilfestellung nicht weiter zu kommen vermag.
- Ein weiteres Problem verbleibt in der Frage der Gewichtungsmatrix aller Zuschlagskriterien untereinander: so können miteinander und untereinander konkurrieren: Umweltschutz, Nachhaltigkeit, Mindestlöhne, ILO-Kernarbeitsnormen, Frauenförderung, Innovation, Wirtschaftlichkeit.

Man fragt sich, wo man den Beschaffer findet, der dies alles „richtig“ rüge- und nachprüfungsfest noch hinbekommen kann.

6. Als Resümee indes verbleibt die Feststellung: Wehklagen hilft nicht:

Öffentliche Auftraggeber und Unternehmen müssen sich mit den (mit politischen Zielsetzungen befrachteten) Vergabespielregeln befassen und sich diesen stellen.

Letztlich bedeutet dies freilich einen (weiteren) Qualifizierungs- und höheren Personalbedarf bei den Vergabestellen, woran sich gleich die nächste Frage anschließt: wie kann dieser Bedarf vernünftig befriedigt werden, wo doch landauf

landab im öffentlichen Sektor Personalkosten gespart und frei werdende Stellen nicht wieder besetzt werden?

Vielleicht ergeben sich aber auch konkrete Hilfestellungen und Orientierungen für die Vergabestellen, aber auch für die an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen, im Rahmen zweier angelaufener Projekte:

Zum einen ist dies das Projekt der „Allianz für eine nachhaltige Beschaffung“ beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Zum anderen handelt es sich um das „Kompetenzzentrum für nachhaltige Beschaffung,“ für das das Beschaffungsamt des Bundesinnenministeriums in Bonn auserkoren wurde.

Es bleibt zu hoffen, dass hier Vorschläge für eine einheitliche praktikable und handelbare Beschaffungspraxis für den Alltag erarbeitet werden, die – bestenfalls – bundesweite Anerkennung und Anwendung fänden.

Uns, die öffentlichen Auftraggeber, Unternehmen, Vergaberechtler, wird die Thematik mit Sicherheit in Zukunft noch weiter beschäftigen; die Diskussionen hierüber haben ja gerade erst begonnen.

Nachhaltigkeit und Energie-Effizienz im Vergaberecht: Sackgasse oder der Weg in die Zukunft?

Zusammenfassung der Aussprache

In der Diskussion zeigte sich, dass Energieeffizienz einerseits und andere soziale Zwecke andererseits in der Praxis deutlich unterschiedlich gesehen werden, und zwar hinsichtlich der Berücksichtigung in Vergabeverfahren in tatsächlicher und grundsätzlicher Hinsicht. Begrifflich blieb unwidersprochen, dass angesichts der gesetzlichen Regelungen diese Zwecke endgültig nicht mehr als vergabefremd bezeichnet werden können. Als vergabefremde Zwecke könnten nach einem Beitrag nur noch solche bezeichnet werden, die vom Vergaberecht als nicht billigenswert eingestuft würden.

Bei der Energieeffizienz bestand Einigkeit, dass sie als Teil der Leistungsbeschreibung oder im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots bereits seit langem in Vergabeverfahren einfließen kann. Hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitsprüfung wurde allerdings in Frage gestellt, ob ein Zwang zur Ermittlung von Life-Cycle-Costs (LCC) sinnvoll ist. Als Beispiel dienten geringwertige Verbrauchsartikel. Jedenfalls hinsichtlich solcher Güter deutete sich eine Übereinstimmung aller Podiumsteilnehmer an, da auch von Seiten der Auftraggeber in solchen Fällen eine LCC-Ermittlung für unverhältnismäßig gehalten wurde. Auch sollte man nur solche Faktoren berücksichtigen, bei denen sich die marktgängigen Produkte auch tatsächlich unterscheiden.

Damit war die Diskussion um die LCC jedoch nicht beendet, auch ihre Ermittlung – insbesondere die Einbeziehung externer Kosten – wurde kritisch hinterfragt. Wichtig sei es, für die Praxis einfache und sichere Ermittlungsmethoden sowie anderes Handwerkszeug zu bieten. Insofern wurde auf die Bemühungen u.a. des Bundesumweltministeriums und der Allianz für Nachhaltigkeit verwiesen, die genau auf solche Hilfsmittel hinarbeiten. Auch wurde auf bestehende Standardmodelle für die LCC-Ermittlung, wie den Energy-Star, hingewiesen. Mehrfach wurde die LCC-Ermittlung nach den neuesten Entwürfen der Kommission angesprochen, die Äußerungen hierzu waren jeweils mit einer Aufforderung zur Vereinfachung und Verdeutlichung verbunden.

Von Teilnehmern der Industrie wurde betont, dass diese ausdrücklich die Berücksichtigung von Energieeffizienz und Innovation unterstützt, da hier Wettbewerbsvorteile der europäischen Industrie bestehen würden. Dies würde so weit gehen, dass man einer Streichung der Möglichkeit, das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu beauftragen, zustimmen könne. Abgelehnt wurden Eingriffe und Vorgaben des Staates hinsichtlich der Produktionsmethoden. So würde eine ungleiche Bezahlung von

Mitarbeitern für private Aufträge einerseits und öffentliche Aufträge andererseits zu massiven, auch arbeitsrechtlichen Problemen führen.

Bei den sozialen Zwecken – die beispielhaft für alle anderen nicht streng wirtschaftlichen Zwecke diskutiert wurden – war die Einschätzung gemischt. Teils wurde eine unzulässige Einmischung in die unternehmerische Freiheit angemahnt. Nur soweit es um allgemeine Unternehmensziele oder die Unternehmenspolitik geht, waren sich Teilnehmer und Podiumsteilnehmer einig, diese nicht im Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

Im Übrigen wurde dem Vorwurf einer unzulässigen Einmischung von Vertretern der Exekutive und teilweise aus der Rechtsprechung widersprochen. Es sei ein legitimes Mittel des Staates, durch sein Beschaffungsverhalten Marktänderungen zu fördern und zu fordern. Die öffentliche Beschaffung könne auch als ein Hebel für Innovationen und nachhaltiges Verhalten genutzt werden. Dem stellte Herr Summa gegenüber, dass eine Vielzahl von Produkten Vorprodukte oder Rohstoffe aus Ländern enthalten würden, in denen die ILO-Kernarbeitsnormen nicht beachtet würden. Insoweit müsste es konsequenterweise zum Einstellen der Beschaffung kommen, was aber wegen der Zahl der betroffenen Produkte und Produktbereiche nicht möglich sei.

Es wurde auf Konflikte der Vorgaben des Vergaberechts und anderer Gesetze hingewiesen. Beispielhaft wurde dies für den gesetzlichen Datenschutz erläutert, dessen Einhaltung angesichts der durch Tariftreuegesetze angeordneten Einsichtsmöglichkeiten in Personaldaten mehr als gefährdet sei.



Die Vorgaben von einzuhaltenden Labeln wurden durch Auftragnehmer-Vertreter kritisch angesprochen. Viele Label seien nur bedingt oder gar nicht geeignet, wirklich nachhaltige Eigenschaften und/oder Produktionsweisen nachzuweisen. Dem wurde von Seiten der öffentlichen Auftraggeber zugestimmt, doch wurde auf Datenbanken

verwiesen, die eine Ermittlung von geeigneten Labels für die jeweils in einer Vergabe verfolgten Ziele ermöglichten bzw. erleichterten.

Letztlich ohne Widerspruch blieb die Feststellung, dass der derzeitige Wille der demokratisch legitimierten Gremien in Kommunen und Ländern dahin geht, auch soziale Zwecke zu berücksichtigen und dass dieser Wille von den Vergabestellen umgesetzt werden muss. Als ein wichtiges Ziel der Landes-Exekutive wurde dabei formuliert, diesen politischen Willen in durch die Praxis handhabbare Regelungen, z.B. in Verwaltungserlassen, umzusetzen. Dabei müsse der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf allen Ebenen beachtet werden. Dieser Grundsatz sei insbesondere bei Eingriffen in das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und dem Bezug zum Auftragsgegenstand zu beachten.

Resümee



Rechtsanwalt Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer des forum vergabe e.V.

Meine Damen, meine Herren, wir haben Ihnen in zwei Tagen in vier Plenumsveranstaltungen und vier Workshops eine große Bandbreite vergaberechtlicher Fragen vorgestellt. Insgesamt 28 Moderatoren und Referenten haben sich Ihnen mit ihren Thesen und ihren Themen gestellt. Ich will diese Tage aus Sicht des forum vergabe zusammenfassen. Ich verwende dabei Zitate von Teilnehmern:

„Interessantes Argument. Das habe ich bisher noch nirgends gehört.“

„Ich kann dem inhaltlich nicht zustimmen, aber jetzt verstehe ich wenigstens, warum diese Meinung vertreten wird.“

„Ich wusste nicht, wie schön Fulda ist.“

Soweit meine Zusammenfassung von dem, was für uns als forum vergabe in den letzten Tagen wichtig war. Diese Veranstaltung hat uns einmal mehr gezeigt, was wir Ihnen bieten wollen und was uns als forum vergabe, wie ich glaube, auszeichnet: Das gegenseitige Zuhören, den Respekt für gegenteilige Auffassungen und der offene und intensive Meinungsaustausch. Dafür gilt mein Dank Ihnen als Referenten und als Teilnehmer.

Mein Dank gilt weiter den Sponsoren, die diese Veranstaltung und unsere Arbeit ermöglichen und erleichtern, dem Vorstand, der uns gerade im Vorfeld dieser Veranstaltung sehr unterstützt hat und der Geschäftsstelle, die sehr, sehr viel Arbeit in die Vorbereitung gesteckt hat und der an dieser Stelle ein besonderer Dank zu sagen ist.

Die nächsten forum vergabe Gespräche finden vom 18. bis 20. September 2013 statt. Ich freue mich darauf. Es verbleibt mir, Ihnen einen schönen Heimweg und ein schönes Wochenende zu wünschen.

Sponsoren

Das forum vergabe bedankt sich für die Unterstützung der forum vergabe Gespräche 2012 bei

avocado rechtsanwälte
Baker & McKenzie
beck-online Verlag C.H. Beck
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Boesen Rechtsanwälte
Bundesanzeiger Verlag GmbH
Clifford Chance
CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater
cosinex GmbH
Deutsche Bahn AG
Deutsche eVergabe
FPS Rechtsanwälte & Notare
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Gleiss Lutz
GÖRG Rechtsanwälte
Graf von Westphalen
HFK Rechtsanwälte LLP
HOCHTIEF AG
Hogan Lovells
K&L Gates LLP
lindenpartners Partnerschaft von Rechtsanwälten
Linklaters LLP
Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte
Orrick Hölters & Elsing
Siemens AG
Taylor Wessing
Wegweiser Media & Conferences 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, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft, der Freizeit- und Tourismusindustrie, des ÖPNV, der Ausschreibung von IT-Leistungen, Rettungsdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen, Lieferleistungen und Infrastrukturmaßnahmen sowie im Rahmen von PPP-Projekten. Die Vergaberechtler erhalten bei ihrer Tätigkeit häufig Unterstützung von kompetenten KollegInnen aus anderen Fachbereichen, namentlich dem Umweltrecht, dem Immobilien(wirtschafts)recht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten, Infrastrukturmaßnahmen, Immobilientransaktionen und Projektentwicklungen sowie im Anlagenbau verfügen.

Kontakt:

Markus Figgen

Dr. Bettina Ruhland

Rebecca Schäffer, MJJ

Telefon: 0221 / 39 07 11 13

E-Mail: koeln@avocado.de

Internet: www.avocado.de

Wir werden immer dann gefragt,
wenn es besonders anspruchsvoll wird.

BAKER & MCKENZIE

Vergaberecht bei Baker & McKenzie – Anspruchsvolle Materie, hohe Spezialisierung

Unsere Mandanten erwarten von uns hervorragende Expertise, wissenschaftlich exzellente und stets praktisch unmittelbar verwertbare Empfehlungen sowie eine hohe Reaktionsgeschwindigkeit. Schwierige und ungewöhnliche Fallgestaltungen sind daher bei uns die Regel, nicht die Ausnahme. Die Arbeit in unserem dynamischen Team ist deswegen durch herausfordernde Mandate mit oftmals starkem internationalen Bezug und sehr hohen Transaktionsvolumina gekennzeichnet.

Unser Vergaberechtsteam berät umfassend zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen auf höchstem Niveau. Neben der Vertretung von Unternehmen und Auftraggebern in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren zählen dazu auch Privatisierungen sowie strukturierte Bieterverfahren und Beteiligungsveräußerungen der öffentlichen Hand, die nicht dem Vergaberecht unterfallen. Dabei sind wir stets an der Entwicklung des Vergaberechts unmittelbar durch Veröffentlichungen, Vorträge und richtungsweisende Rechtsschutzverfahren beteiligt. Mit unserer europäischen Vergaberechtsgruppe, die gegenwärtig aus 40 Anwälten aus 18 verschiedenen Büros besteht, sind wir eine der wenigen Kanzleien, die auch hochkomplexe grenzüberschreitende Transaktionen mit vergaberechtlichem Bezug aus einer Hand begleitet.

Baker & McKenzie global und lokal

Lange bevor der Begriff „Global Player“ modern wurde, hatte Baker & McKenzie die Vision einer globalen Wirtschaftskanzlei bereits verwirklicht. 1949 in Chicago von Russell Baker und John McKenzie gegründet zählt Baker & McKenzie heute mit mehr als 4.000 Anwälten an 72 Standorten zu den größten und leistungsstärksten Anwaltssoziäten der Welt.

Auch unsere deutschen Büros fühlen sich der Vision der Gründer verpflichtet, Mandanten bei ihren Projekten mit international erfahrenen Anwälten vor Ort zur Seite zu stehen. In Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 200 Anwälte mit ausgewiesener fachlicher Expertise und internationaler Erfahrung die Interessen unserer Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über die Grenzen hinaus. Als eine der führenden deutschen Anwaltskanzleien berät Baker & McKenzie nationale und internationale Unternehmen und Institutionen auf allen Gebieten des Wirtschafts- und Steuerrechts.

Ihr Ansprechpartner:

Baker & McKenzie
Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern
und Solicitors

Dr. Marc Gabriel, LL.M.
Friedrichstraße 88 / Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 2 20 02 81 720
marc.gabriel@bakermckenzie.com

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften.



beck-online. Die Datenbank

Die Rechtsdatenbank beck-online (www.beck-online.de) aus dem Verlag C.H.BECK ist eine der führenden juristischen Online-Bibliotheken in Deutschland. Seit mehr als zehn Jahren setzen Kanzleien, Universitäten, Unternehmen, Behörden und Gerichte die Datenbank zur Recherche ein.

Der große Mehrwert von beck-online liegt in den über 600 verfügbaren Kommentaren und Handbüchern, die unmittelbar mit anderen Quellen wie Gesetzen, Gerichtsentscheidungen, Formularen, Arbeitshilfen und mehr als 70 Zeitschriften verlinkt sind. Zusätzlich zum umfangreichen Content-Angebot aus dem Hause C.H.BECK liefern rund 20 Verlagspartner Inhalte für die Datenbank.

Mit seinen zahlreichen Fachmodulen zu allen Rechtsgebieten bietet beck-online für jeden Nutzer ein passendes und individuelles Angebot.

Die mobile Version von beck-online, einschließlich moderner, berührungsempfindlicher Touch-Oberfläche, erschließt den gesamten Inhalt für Smartphones und Tablets. Dadurch ist die Datenbank heute auf Geschäftsreisen, bei Gericht und in Mandantengesprächen stets verfügbar.

Die intuitive Suche von beck-online ist abgestimmt auf die juristische Arbeitsweise und ermöglicht ein schnelles Auffinden der gewünschten Inhalte. Von Vorteil ist insbesondere die semantische Suche, bei der Begriffe automatisch in ihre Wortbestandteile zerlegt und für die Suchanfrage modifiziert werden. Wird beispielsweise der Begriff „Aufprallgeschwindigkeit“ eingegeben, bekommt der Nutzer ebenfalls Textpassagen angezeigt, in denen von der „Geschwindigkeit des Aufpralls“ die Rede ist. Auch Neukunden kommen so schnell zum richtigen Rechercheergebnis.

Mit „beck-vahlen-online Wirtschaft“ (www.beck-vahlen-online.de) bieten die Verlage C.H.BECK und Vahlen seit dem Frühjahr eine weitere Portallösung speziell für Fach- und Führungskräfte, die auf betriebswirtschaftliche Inhalte angewiesen sind.

Über den Verlag C.H.BECK

Der Verlag C.H.BECK ist der führende juristische Fachverlag in Deutschland. Mit seiner Datenbank beck-online, rund 7.000 gedruckten lieferbaren Werken, über 50 Fachzeitschriften und einer jährlichen Produktion von etwa 1.000 Neuerscheinungen und aktualisierten Neuauflagen zählt C.H.BECK zugleich zu den großen Buch- und Zeitschriftenverlagen hierzulande.

Im Web 2.0 ist das traditionsreiche Verlagshaus unter anderem mit dem „beck-blog“ (www.beck-blog.de), der „beck-community“ (www.beck-community.de) und dem Facebook-Studentenportal „JuraStudent/In“ (www.facebook.com/JuraStudentIn) vertreten. Unter dem Dach der BeckAkademie veranstaltet C.H.BECK jährlich mehrere hundert Fortbildungen in den Bereichen Recht und Steuern. Mit dem „beck-stellenmarkt“ unterhält der Verlag Deutschlands größte Jobbörse für Juristen. C.H.BECK wurde 1763 von Carl Gottlob Beck gegründet und befindet sich in 6. Generation in Familienbesitz.

BEITEN BURKHARDT

RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

Von Badenweiler nach Fulda

Der Ort wechselt, die Herausforderungen bleiben. Auch am neuen Standort Fulda zeigten die "Badenweiler Gespräche" eindrucksvoll, welche hohen Ansprüche das Vergaberecht an öffentliche Auftraggeber und die anbietende Wirtschaft heute stellt – und wie sehr sich diese zukünftig noch verschärfen werden: Das neue Legislativpaket auf europäischer Ebene, der Richtlinienvorschlag für Dienstleistungskonzessionen und das neue System der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge sind hierfür nur drei beredete Beispiele.

In der Praxisgruppe 'Öffentliches Recht/Vergaberecht' von BEITEN BURKHARDT beraten mehr als 20 Anwälte sowohl die öffentliche Hand als auch Unternehmen bei Vergabemaßnahmen, ÖPP-Vorhaben und Privatisierungen. Wir kombinieren jahrzehntelange Erfahrung und Expertise mit den aktuellsten Rechtsentwicklungen und einer immer häufiger erforderlichen Kreativität. Damit können wir stets eine präzise, praxisorientierte und erfolgreiche Rechtsberatung gewährleisten.

Insbesondere bei der Beratung öffentlicher Auftraggeber verfolgt BEITEN BURKHARDT einen integrativen Ansatz, da sich Vergabeverfahren zumeist durch eine Wechselwirkung aus rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Aspekten auszeichnen. Allein in rechtlicher Hinsicht erfordert dies die Berücksichtigung von vergabe-, gesellschafts-, steuer-, zivil- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Dies können wir durch enge Kooperation mit unseren anderen Praxisgruppen jederzeit kurzfristig auch für komplexe Verfahren sicherstellen.

BEITEN BURKHARDT ist eine unabhängige deutsche Anwaltskanzlei mit Büros in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, München und Nürnberg sowie in Brüssel und an sechs weiteren ausländischen Standorten. Mit rund 330 Anwälten beraten wir anspruchsvolle in- und ausländische Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts.

Kontakt:

Berthold F. Mitrenga, Tel.: +49-911-27971-0, Berthold.Mitrenga@bblaw.com

Stephan Rechten, Tel.: +49-30-26471-0, Stephan.Rechten@bblaw.com

Michael Brückner, Tel.: +49-89-35065-00, Michael.Brueckner@bblaw.com

Julian Polster, Tel.: +49-211-518989-0, Julian.Polster@bblaw.com

**BOESEN
RECHTSANWÄLTE**

DIE KANZLEI

Boesen Rechtsanwälte ist eine bundesweit tätige Anwaltskanzlei mit Sitz in Bonn. Zu ihren Mandanten zählt sie die öffentliche Hand, große und mittelständische Unternehmen sowie Verbände.

Die Kanzlei wurde im Jahre 1996 gegründet. Ihr Inhaber, Arnold Boesen, konnte dabei auf seine Erfahrungen bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, als Verwaltungsrichter sowie als Referent für Völkerrecht im Bundesjustizministerium zurückgreifen. In der Kanzlei sind derzeit 12 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte konzentriert die Tätigkeit bewußt auf ausgewählte Beratungsschwerpunkte. Aufgrund dieser Spezialisierung ist die Kanzlei in der Lage, die Erwartungen ihrer Mandanten auch bei äußerst komplexen Fragestellungen zu erfüllen. Dabei werden die Projekte in den Beratungsschwerpunkten stets ganzheitlich bearbeitet. So bildet sich bei jeder neuen Aufgabe regelmäßig ein Team aus Anwälten mit Erfahrung, rechtlichen Spezialkenntnissen und wirtschaftlichem Sachverstand, um den Erfordernissen des Projekts und den Wünschen der Mandanten in jeder Hinsicht gerecht zu werden.

Schwerpunkt Vergaberecht

Boesen Rechtsanwälte ist seit Jahren als eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des Vergaberechts anerkannt und hat die Entwicklung dieses Rechtsgebiets von Beginn an mitgeprägt. Die herausragende Expertise in diesem Bereich wird der Kanzlei regelmäßig, u.a. im JUVE-Handbuch, bestätigt.

Ein Schwerpunkt der Vergaberechtspraxis liegt auf der umfassenden Betreuung komplexer Beschaffungsvorhaben. Hierbei werden für den Mandanten individuelle und innovative Lösungen entwickelt, die sowohl eine wirtschaftlich effiziente als auch rechtlich verlässliche Vergabe sicherstellen. Weitere wesentliche Tätigkeitsfelder sind die gutachterliche Bearbeitung aktueller rechtlicher Fragestellungen, die Unterstützung von Bewerbern/Bietern bei der Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich der weiteren Begleitung im Vergabeverfahren sowie die Vertretung von Auftraggebern bzw. Bewerbern/Bietern in Nachprüfungsverfahren.

Die Beratungstätigkeit erstreckt sich auf sämtliche Branchen, in denen die Vergabe öffentlicher Aufträge relevant ist. Hierzu gehören u.a. der Bau- und Immobilienbereich, die Versorgungswirtschaft, IT und EDV, der Gesundheitssektor, ÖPNV, der Verteidigungsbereich sowie die Logistikbranche.

BOESEN RECHTSANWÄLTE

KAISER-FRIEDRICH-STR. 3

53113 BONN

WWW.BOESEN.DE

ANSPRECHPARTNER:

ARNOLD BOESEN

TELEFON: 0228 – 21 52 90

TELEFAX: 0228 – 21 54 91

MAIL: KANZLEI@BOESEN.DE

Der Bundesanzeiger Fachverlag

mit einem kontinuierlich wachsenden multimedialen Angebot in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern ist bekannt als moderner, serviceorientierter und innovationsfreudiger Fachverlag. Klar gegliedert in 6 Themengebiete, bieten wir in diesem Geschäftsbereich fachspezifische Informationen für Experten aus Wirtschaft, Behörden, Kanzleien, Verwaltung und Sachverständigenwesen – um nur einige unserer Zielgruppen zu nennen.

Wir verstehen uns als Partner unserer Kunden und bereiten unsere aufwändig recherchierten Inhalte aktuell und in verschiedensten medialen Angebotsformen auf, um den sich verändernden Informationsbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Der Bund hat 2006 seine Anteile an unserem Verlag verkauft, bleibt aber als bedeutender und langfristiger Vertragspartner, Kunde und Herausgeber wesentlicher Medien dem Unternehmen eng verbunden. Seit Ende 2006 gehört der Bundesanzeiger Verlag nunmehr zu 100% zu der erfolgreichen und national wie international expandierenden Verlagsgruppe M. DuMont Schauberg in Köln.

Die Produktpalette im Fachbereich Vergabe umfasst Nachschlagewerke, Kommentare, Leitfäden, Zeitschriften/Newsletter, Pushdienste und eine vergaberechtliche Entscheidungsdatenbank mit Normen, Literaturführer etc.

Ihr Kontakt im Vergaberecht:

Karin Wittkop-Reschke

Telefon: (02 21) 9 76 68-133

Telefax: (02 21) 9 76 68-271

E-Mail: karin.wittkop-reschke@bundesanzeiger.de

www.bundesanzeiger-verlag.de



Bundesanzeiger Verlag GmbH · Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln



Clifford Chance, eine der weltweit führenden Anwaltssozietaeten, ist für ihre Mandanten mit 34* Büros in allen wesentlichen Wirtschaftszentren der Welt tätig. In Deutschland ist die Sozietät mit rund 350 Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors in Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten.

Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP

Clifford Chance verfügt über eine langjährige Tradition in der vergaberechtlichen Beratung. Wir beraten öffentliche Auftraggeber ebenso wie Bieter im Rahmen von nationalen und europaweiten Vergabeverfahren. Mit den spezifischen Zielsetzungen und den internen Entscheidungsabläufen beider Seiten sind wir daher bestens vertraut. Dies ermöglicht es uns nicht nur, juristisch maßgeschneiderte Lösungen anzubieten, sondern auch taktisch zielführende Erwägungen in die Beratung einzubeziehen, um das jeweilige Projekt rechtssicher sowie wirtschaftlich und politisch erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

Unser Tätigkeitsspektrum umfasst unter anderem die Bereiche Projektentwicklung und Bau, insbesondere ÖPP, Healthcare, Energy sowie ÖPNV und Abfallentsorgung. Über unsere Expertise im deutschen und europäischen Vergaberecht hinaus haben wir Erfahrung bei der Strukturierung, Durchführung und dem erfolgreichen Abschluss internationaler Privatisierungs- und Restrukturierungsprojekte.

Wir vertreten unsere Mandanten vor den Vergabenachprüfungsinstanzen und haben bereits mehrfach Grundsatzentscheidungen, insbesondere im Bereich Healthcare, erstritten. Zahlreiche Anwälte unserer Sozietät sind aktive Mitglieder von Expertenrunden oder Lehrbeauftragte an deutschen Hochschulen. Sie publizieren und referieren regelmäßig zu vergaberechtlichen, ÖPP-relevanten und anderen Themen.

Ansprechpartner:

RA Steffen Amelung
steffen.amelung@cliffordchance.com
Tel.: +49 69 7199-1593

www.cliffordchance.com

**C L I F F O R D
C H A N C E**

*entschließliche Kooperation mit Al-Jadaan & Partners Law Firm, Saudi-Arabien

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 Brüssel, Moskau und Shanghai für ihre Mandanten tätig.

Als eine der führenden Kanzleien im Vergaberecht beraten wir sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen in Vergabe- und Bieterverfahren sowie in Nachprüfungsverfahren. Wir verfügen über fundierte Branchenkenntnisse und handeln vorausschauend. Zugleich bieten wir Ihnen individuelle und rechtssichere Strategien für Ihre Auftragsvergabe oder Ihr Angebot.

Mit mehr als 20 Rechtsanwälten an allen Standorten von CMS Hasche Sigle verfügen wir über eines der größten Vergaberechtsteams in Deutschland und sind 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 über 130 Ländern 2.000 Niederlassungen. Über 295.000 Mitarbeiter, davon ca. 193.000 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 2011 betrug der bereinigte Umsatz rund 37,9 Milliarden Euro und das operative Ergebnis vor Zinsen und Steuern (EBIT bereinigt) 2,3 Milliarden Euro. Das Geschäft in Deutschland ist das Rückgrat der DB. Hier wurden 2011 rund 59 Prozent des Umsatzes generiert. Die Mobilitäts-, Logistik- und Dienstleistungsaktivitäten sind unter 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 264 Millionen Tonnen beförderter Güter jährlich. Mehr als zwei Millionen Kunden sind täglich mit den Bussen der DB unterwegs. Um nachhaltig erfolgreich zu sein, setzt die DB auf zufriedene Kunden, eine exzellente Qualität, qualifizierte und hoch motivierte Mitarbeiter sowie umweltschonende Produkte. Mit der Strategie „DB2020“ will die DB profitabler Marktführer werden, in Deutschland zu den zehn Top-Arbeitgebern zählen und in Sachen Umwelt absoluter Vorreiter sein.

Weitere Informationen unter www.deutschebahn.com

Deutsche Bahn AG
Potsdamer Platz 2
10785 Berlin



Freshfields Bruckhaus Deringer

Kontakt:

Dr. Hans-Joachim Prieß,
LL.M.

Dr. Fridhelm Marx
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

T +49 30 20 28 36 00

F +49 30 20 28 37 66

E hans-joachim.priess

@freshfields.com

fridhelm.marx

@freshfields.com

www.freshfields.com

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 20 Jahren begleiten wir unsere Mandanten dabei auch umfassend im Vergaberecht. Zu unserem hoch spezialisierten europaweiten Team zählen mehr als 50 Anwälte an elf Standorten der Sozietät. Wir beraten sowohl Auftraggeber als auch Bieter, Wirtschaftsverbände und Regierungen auf allen Gebieten des deutschen, europäischen und internationalen Vergaberechts. Unser Tätigkeitspektrum reicht von der vergaberechtskonformen Gestaltung von Transaktionen über Privatisierungsverfahren und ÖPP-Projekte bis hin zur vergaberechtlichen Compliance und Regierungsberatung bei Gesetzgebungsverfahren. Wir vertreten unsere Mandanten sowohl in Rechtsstreitigkeiten vor nationalen und europäischen Gerichten als auch vor der Kommission und nationalen Behörden.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Tokyo Washington Wien

Gleiss Lutz

„Eine der führenden Kanzleien im Vergaberecht“

JUVE Handbuch 2011/2012

Gleiss Lutz ist eine der anerkannt führenden, international tätigen Anwaltskanzleien Deutschlands. Im Vergaberecht bietet sie innovative, auf die Ziele der Mandanten zugeschnittene Lösungen, die nicht nur auf ausgeprägter juristischer Kompetenz, sondern auch auf Kenntnis der politischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge beruhen. Als Full Service-Kanzlei verfügt Gleiss Lutz über Experten aus allen weiteren Rechtsgebieten, die mit der vergaberechtlichen Beratungspraxis verknüpft sind, etwa dem Immobilien- oder Beihilferecht. Damit begleitet die Kanzlei öffentliche Auftraggeber und Bieter in komplexen Projekten. Pluspunkt der Praxis ist zudem ihre umfassende Erfahrung in streitigen Verfahren, die das richtige Gespür für die Rechtsmittelanfälligkeit von Entscheidungen gewährleistet.

— Ihre Kontakte

Dr. Andreas Neun
T +49 30 800979-115
E andreas.neun@gleisslutz.com

Dr. Marco König
T +49 711 8997-421
E marco.koenig@gleisslutz.com

www.gleisslutz.com

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | München | Stuttgart | Brüssel



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 180 Rechtsanwälten in Berlin, Essen, Frankfurt am Main, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands“, „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe- und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben“ – JUVE Handbuch 2009/2010).

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

Führend in vielen Bereichen

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Top 10 im Vergaberecht, Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht und Top 10 im Bauplanungsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2011/2012).

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 Ausschreibungen, Privatisierungen und Public Private Partnerships (PPP/ÖPP). Die Sozietät berät dabei sowohl die öffentliche Hand als auch private Unternehmen.

Unsere vergaberechtlichen Spezialisten beraten Sie gerne bei Ausschreibungen und Privatisierungen. Wir unterstützen Sie als Auftraggeber, ein möglichst einwandfreies Vergabe- und / oder Privatisierungsverfahren durchzuführen, vergaberechtliche Risiken zu minimieren und Nachprüfungsverfahren so weit wie möglich zu vermeiden. Bewerbern und Bietern stehen wir bei der erfolgreichen Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten beratend zur Seite und helfen, ihre Rechte mit Hilfe von fristgerechten Rügen und Anträgen im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen sowie Schadensersatzansprüche durchzusetzen.

Graf von Westphalen ist eine Partnerschaft von Rechtsanwälten. Als eine der führenden deutschen Kanzleien sind wir sowohl national als auch international tätig – mit mehr als 100 Berufsträgern an den Standorten Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg und München sowie Alicante, Brüssel, Istanbul und Shanghai. Unseren Mandanten bieten wir als Full-Service-Kanzlei Beratung aus einer Hand in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Unser Ziel ist es, Sie wirtschaftlich und rechtlich optimal zu unterstützen. Nutzen Sie unser fundiertes Wissen, unsere erstklassige Beratungskompetenz und unseren exzellenten Service. Damit Sie Ihre Ziele sicher erreichen.

Ansprechpartner:

Graf von Westphalen
Dr. Ingrid Reichling
Maximiliansplatz 10
80333 München
Tel. +49 (0)89 689077-301
Fax:+49 (0)89 689077-100
i.reichling@gvw.com

www.gvw.com

Graf von Westphalen. Rechtsanwälte Partnerschaft
Berlin Düsseldorf Frankfurt Hamburg München Alicante Brüssel Istanbul Shanghai www.gvw.com

Die Kanzlei

HFK Rechtsanwälte LLP ist eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des nationalen und europäischen Vergaberechts und als JUVE-Kanzlei des Jahres 2010 für Privates Baurecht ausgezeichnet worden. Die Kanzlei versteht sich als ein Dienstleistungsunternehmen: Kompetenz, Qualität und Schnelligkeit werden verbunden mit innovativen Lösungen.

Mit ca. 60 Anwälten an den 8 Standorten Frankfurt am Main, Berlin, München, Stuttgart, Hamburg, Düsseldorf, Hannover und Wien wird den Mandanten eine Beratungskompetenz geboten, die weit über rein rechtliche Fragen hinausgeht. Seit vielen Jahren kooperiert HFK Rechtsanwälte LLP mit Spezialisten in Washington (Watt, Tieder, Hoffar & Fitzgerald, L.L.P.).

Ganzheitliche Beratungskompetenz

HFK Rechtsanwälte LLP bietet eine umfassende Beratung von Anfang an – und damit Fachkompetenz aus einer Hand. Die Kanzlei berät bei der Erarbeitung der richtigen Projektstruktur, Entscheidungsabläufen, Organisation und Kontrollmechanismen. Die lange praktische Erfahrung bei der juristischen Steuerung von Grovorhaben bildet die Basis der ergebnisorientierten Rechtsberatung. Die Kanzlei wurde 1975 gegründet. Seither hat sie sich zu einer der führenden Kanzleien auf den Gebieten des Baurechts, Vergaberechts und Immobilienrechts entwickelt.

öffentliches Auftragswesen

Besonderer Schwerpunkt der Kanzlei ist die Beratung von Auftraggebern und Bieter bei der Konzeptionierung und Begleitung komplexer Beschaffungsvorhaben sowie der Vertretung in Bieterrechtsschutzverfahren. Eine besondere Kernkompetenz kommt uns in der Begleitung von Ex-post-Bearstandungen durch Revisionsinstanzen zu.

HFK Rechtsanwälte LLP deckt ein breites Spektrum von Wirtschaftsbereichen ab. Die Beratung erstreckt sich auf die Bereiche Bau- und Immobilienwirtschaft, Facility Management, IT-bezogene Aufträge, Wirtschaftspruferleistungen, Entsorgungswirtschaft, Energie-Contracting, Verkehrswirtschaft, allgemeine Liefer- und Dienstleistungen sowie PPP- und Finanzierungsmodelle.

Vergaberecht bedeutet dabei nicht nur geltendes Recht und Formblätter abzarbeiten, sondern daraus eine individuelle, zielorientierte Strategie zu entwickeln.

Die Beratung von Auftraggebern

Unser „Kompetenzteam Vergaberecht“ steht Auftraggebern bei der Vorbereitung der Vergabe bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens umfassend beratend zur Verfügung. Durch die Entwicklung speziell zugeschnittener individueller Formularbibliotheken können Auftraggeber die notwendigen Schritte effizient, selbstständig und rechtssicher vornehmen. Als Profis der Verfahrens- und Vertragsgestaltung planen und entwickeln die Rechtsanwälte der Kanzlei auf den konkreten Einzelfall abgestimmte Ausschreibungsunterlagen und Vertragswerke. Vordergrundiges Ziel der Beratung ist die Unterstützung beim Finden des Vertragspartners, der aus Sicht des Mandanten die bestmögliche Leistung erwarten lässt.

Die Beratung von Bieter

Für Bieter werden erfolgreiche Strategien bei der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelt, von der ersten Anfrage an den Auftraggeber bis zur Zuschlagserteilung.

Durch taktische Unterstützung bei der Angebotsbearbeitung werden Formfehler vermieden und die erfolgreiche Durchsetzung gegenüber der Konkurrenz gefördert. Mit der Begleitung bei der strategischen Verhandlungsführung wird nicht nur ein interessengerechter und wirtschaftlicher Vertragsabschluss sichergestellt, sondern auch eine gewinnorientierte Abwicklung des Vertragsverhältnisses ermöglicht. Die Formstrenge des Vergaberechts wird gezielt analysiert und genutzt, um die Wettbewerbsposition des Unternehmens im Verfahren bestmöglich zu gestalten.

Die Vertretung in Rechtschutzverfahren

Neben der Beratung nimmt HFK Rechtsanwälte LLP regelmaig die Vertretung von Auftraggebern und Bieter in Vergabenachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten wahr. In zivilrechtlichen Sekundarrechtsschutzverfahren setzen wir Ihre Ansprüche erfolgreich durch.

Die aktuellen Verfoffentlichungen

Die im Laufe der Jahre gesammelten Erfahrungen der Kanzlei spiegeln sich in einer Reihe von in Rechtsprechung und Praxis bekannten und anerkannten Kommentaren und Publikationen wieder, welche zu Standardwerken u.a. des Vergaberechts geworden sind. Aktuell erschienen ist die 4. Auflage des „VOB-Kommentar Bauvergaberecht Bauvertragsrecht Bauprozessrecht“, herausgegeben von Franke/Kemper/Zanner/ Grünhagen.

Kontakt:

Prof. Horst Franke
Kettenhofweg 126
60325 Frankfurt am Main

Dr. Susanne Mertens. LL.M.
Knesebeckstrae 1
10623 Berlin

T +49/69/975822-152
F +49/69/975822-200
franke@hfk.de

T +49/30/318675-36
F +49/30/318675-29
mertens@hfk.de

www.hfk.de

Frankfurt Berlin München Hamburg Düsseldorf Stuttgart Hannover Wien



POWER & INNOVATION



**Erneuerbare Energien im Aufwind –
HOCHTIEF bietet Lösungen für die
optimale Infrastruktur.**

Wir realisieren schon seit vielen Jahren klima-
schonende Wind-, Wasser- und Geothermie-
Kraftwerke. Das Interesse an der Stromerzeu-
gung aus regenerativen Quellen steigt ständig.
Damit wachsen unsere Aufgaben. HOCHTIEF
stellt sich den Herausforderungen mit Know-
how, Erfahrung, speziell entwickelten Geräten

und Innovationskraft. Unsere Lösungen über-
zeugen technisch und wirtschaftlich. Auf dem
Wasser und an Land sorgen wir für die not-
wendige Infrastruktur. Ob beim Netzausbau
oder bei der Energiespeicherung – überall, wo
ein neuer Wind weht, steht HOCHTIEF bereit.

Wir informieren Sie gern.

Tel.: 0201 824-3834 oder info@hochtief.de



Aus Visionen Werte schaffen.



Hogan Lovells

HÖCHSTE ANSPRÜCHE AN QUALITÄT. WELTWEIT.

Hogan Lovells ist weltweit an mehr als 40 und in Deutschland an fünf Standorten in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hamburg und München vertreten.

Wir beraten Unternehmen, Finanzinstitute und die öffentliche Hand auf allen Gebieten des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts. Die hohe Qualität unserer Beratung gründet sich auf die exzellente juristische Qualifikation unserer Anwälte, unsere Marktkenntnis und unser Spezialwissen. Wir kombinieren exzellentes Fachwissen mit erstklassigem Branchen-Know-how.

BERATUNG IM VERGABERECHT: NATIONAL UND INTERNATIONAL

Das Vergaberecht gehört zu den Kernkompetenzen von Hogan Lovells: Wir beraten Bieter, Auftraggeber und Wirtschaftsverbände in Vergabeverfahren, Rechtsstreitigkeiten im In- und Ausland und in Gesetzgebungsverfahren. Unsere vergaberechtliche Beratung ist eng verzahnt mit unserer herausragenden Expertise im Marktordnungsrecht: Kartellrecht, Beihilfenrecht und Regulierungsrecht.

Die praktischen Erfahrungen der Vergaberechtsanwälte von Hogan Lovells erstrecken sich auf zahlreiche Industrien wie z. B. Energie, Transport und Verkehr, Öffentliche Infrastruktur und ÖPP, Verteidigung und Real Estate.

Hogan Lovells International LLP	www.hoganlovells.com
Ansprechpartner Dr. Eckhard Bremer, LL.M. (Harvard) eckhard.bremer@hoganlovells.com Tel.: +49 30 726 115 353	
Dr. Mark Schweda mark.schweda@hoganlovells.com Tel.: +49 40 419 93 509	

K&L GATES

Vergaberechtspraxis von K&L Gates LLP

K&L Gates LLP ist eine der führenden internationalen Wirtschaftssozietäten. Mit über 40 Büros auf vier Kontinenten ist die Kanzlei in allen wichtigen Zentren Europas, Asiens, der USA und Südamerikas präsent und lokal bestens vernetzt.

Unsere Anwälte haben langjährige Beratungserfahrung in den Bereichen ÖPP und Vergaberecht mit Bezügen zum Europa-, Beihilfen- und öffentlichen Wirtschaftsrecht. Unser deutsches Vergaberechts- und ÖPP-Team um die Partner Herrn Dr. Friedrich Ludwig Hausmann und Frau Dr. Annette Mutschler-Siebert berät seit vielen Jahren Auftraggeber, Bieter und Sponsoren. Maßgeschneiderte Lösungen garantieren die rechtssichere Realisierung komplexer Technologie-, Infrastruktur- und Bauprojekte. Aus unserer Tätigkeit in zahlreichen Pilotprojekten sind wir mit den wirtschaftlichen und politischen Interessenlagen sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite vertraut. Neben der Gestaltung von Vergabeverfahren einschließlich der vergabe- und beihilferechtskonformen Strukturierung von Privatisierungsvorhaben und ÖPP-Projekten begleiten wir Bieter in solchen Verfahren. Wir sind darüber hinaus als Gutachter tätig und vertreten unsere Mandanten in Nachprüfungsverfahren sowie vor deutschen und europäischen Gerichten.

Neben Vergaberecht und ÖPP sind Beratungsschwerpunkte der deutschen Praxis Corporate/M&A, Immobilienwirtschaftsrecht, Bank- und Finanzrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, Fusionskontrolle und Außenhandel, Telekommunikation, Medien und Technologie, Arbeitsrecht und Dispute Resolution.

Kanzlei des Jahres für Vergaberecht (*JUVE Awards 2010*)



Kanzlei des Jahres
für Vergaberecht

Ansprechpartner:
K&L Gates LLP
Dr. Friedrich Ludwig Hausmann
Markgrafenstraße 42
10117 Berlin
Tel. +49.30.22.00.29.350
friedrich.hausmann@klgates.com
www.klgates.com

K&L Gates LLP ist in folgenden Städten präsent: Anchorage, Austin, Berlin, Boston, Brüssel, Charleston, Charlotte, Chicago, Dallas, Doha, Dubai, Fort Worth, Frankfurt / Main, Harrisburg, Hongkong, London, Los Angeles, Mailand, Miami, Moskau, Newark, New York, Orange County, Palo Alto, Paris, Peking, Pittsburgh, Portland, Raleigh, Research Triangle Park, San Diego, San Francisco, São Paulo, Seattle, Schanghai, Singapur, Spokane, Taipeh, Tokio, Warschau und Washington D. C.

Linklaters

Fokussierte Vergabe

Aus 27 Büros in den wichtigen politischen und internationalen Wirtschafts- und Finanzzentren berät Linklaters weltweit große Unternehmen, Finanzinstitute sowie die öffentliche Hand im Wirtschafts- und Steuerrecht.

Eine besondere Expertise haben wir in der Beratung von Unternehmen aus (ehemals) regulierten Märkten und der öffentlichen Hand - bei Transaktionen, (Re-) Privatisierungen und anderen großen Projekten. Wichtige Schwerpunkte sind dabei etwa Sektoren wie Infrastruktur, Energie und Healthcare.

Der Fokus unserer Vergaberechtspraxis liegt dabei auf der Begleitung wirtschaftlich bedeutender und anspruchsvoller Vergabeverfahren. Die Projekte werden von unserem Vergaberechtsteam 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 bedeutsamsten Ausschreibungen in Deutschland beteiligt. Dazu gehören beispielsweise Öffentlich-Private-Partnerschaften wie die A-Modelle, bei denen wir ein Konsortium um Bilfinger Berger ständig in allen im Rahmen der Ausschreibung und ggf. Realisierung des Projekts betreffenden Fragen begleiten, die Ausdehnung der LkW-Mauterhebung auf vierspurige Bundesstraßen, bei der wir das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung (BMVBS) beraten haben und zahlreiche Konzessionsvergaben auf verschiedenen Märkten.

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

Traditioneller Schwerpunkt der Kanzlei Müller-Wrede & Partner mit Sitz in Berlin ist das Vergaberecht, ergänzt durch angrenzende Rechtsgebiete wie öffentliches Wirtschaftsrecht, privates Bau- und Architektenrecht, Europa- und Beihilferecht sowie Gesellschaftsrecht.

Müller-Wrede & Partner berät vor allem Auftraggeber, aber auch Bieter, **bundesweit**. Bei der Beratung von **Auftraggebern** steht zunächst die Betreuung und Absicherung von Beschaffungsprozessen im Vordergrund. Auf der anderen Seite berät die Kanzlei auch **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 auch in Verfahren vor dem **Europäischen Gerichtshof**.

Der hohe Qualitätsanspruch von Müller-Wrede & Partner wird auch durch die zahlreichen wissenschaftliche **Veröffentlichungen** sichergestellt. Beispielhaft hierfür sind die maßgeblichen Kommentare von Rechtsanwalt Müller-Wrede zum 4. Teil des **GWB**, zur **VOL/A**, zur **VOF** und zur **SektVO** sowie das **Kompendium des Vergaberechts** und **Der Architektenwettbewerb** zu nennen.

Ausgewählte Referenzen

- Interkommunale Kooperation „Stadtreinigung Hamburg“
- BOS-Digitalfunk für Bundesland
- Postlieferungsaufträge für Bundesländer und Kommunen
- Neubau Bundesministerium
- Vergabe von SPNV- und ÖPNV-Leistungen für Bundesländer und Kommunen
- Großvolumige Vergabeverfahren für TK-Leistungen
- Ausbau Bundesautobahnen
- Berliner Autobahnring „Mischkalkulation“
- Verkehrsvertrag BVG
- Gestaltung von IT-Vergabeverfahren für Bundesländer sowie Sektorenauftraggeber
- Staatsoper Unter den Linden
- Transrapid
- Feste Querung Fehmarnbelt
- Olympiastadion Berlin
- Kraftwerkbau für Sektorenauftraggeber

SIEMENS

Siemens steht seit über 160 Jahren für technische Leistungsfähigkeit, Innovation, Qualität, Zuverlässigkeit und Internationalität.

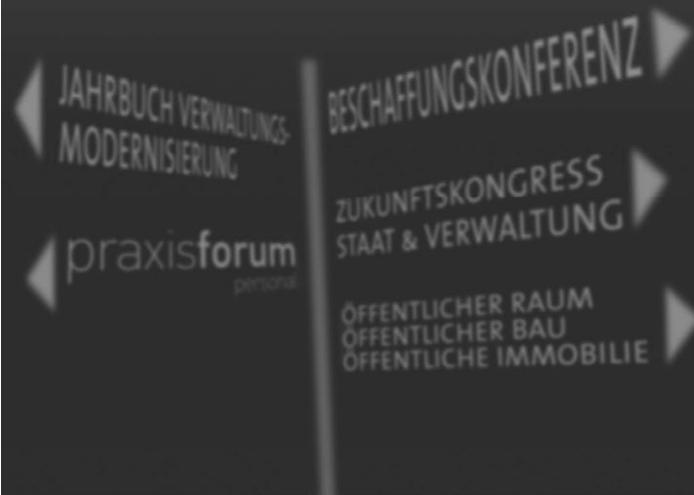
Siemens ist in rund 190 Regionen aktiv und nimmt mit seinen Geschäftsaktivitäten in den Sektoren Energy, Healthcare, Industry sowie Infrastructure & Cities weltweit führende Markt- und Technologiepositionen ein.

Weltweit rund 360.000 Mitarbeiter entwickeln und fertigen Produkte, projektieren und erstellen Systeme und Anlagen und bieten maßgeschneiderte Lösungen an.

Im Geschäftsjahr 2010/11 erzielte das Unternehmen einen Umsatz von rund 73,5 Mrd. EUR und einen Gewinn nach Steuern von 6,3 Mrd. EUR.

Weitere Informationen finden Sie im Internet unter: www.siemens.com.

Bridging people and markets



wegweiser[®]

Wegweiser Media & Conferences GmbH Berlin
Wegweiser GmbH Berlin Research & Strategy
Novalisstraße 7, 10115 Berlin
Tel: +49 30/28 48 81-0, E-Mail: info@wegweiser.de
Internet: www.wegweiser.de