

Beiträge zum Vergaberecht

Band 2

Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts

Eine Untersuchung hinsichtlich Bestimmtheit, Klarheit
und Systemgerechtigkeit des Vergaberechts
oberhalb der Schwellenwerte

Von

Justus M. Bartelt



Duncker & Humblot · Berlin

JUSTUS M. BARTELT

Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 2

Der Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts

Eine Untersuchung hinsichtlich Bestimmtheit, Klarheit
und Systemgerechtigkeit des Vergaberechts
oberhalb der Schwellenwerte

Von

Justus M. Bartelt



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Wintersemester 2016/17 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2364-8724
ISBN 978-3-428-15224-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55224-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85224-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Wintersemester 2016/17 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand von Mitte April 2016 – dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des novellierten GWB. Neuere Literatur und vergaberechtliche Entwicklungen konnten im Anschluss nur vereinzelt berücksichtigt werden.

Großer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thorsten Siegel. Durch seine stets professionelle, engagierte und sympathische Art hat er maßgeblich zum Erfolg der Arbeit beigetragen. Zudem bin ich ihm für die zügige Erstellung des Erstgutachtens sowie die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe sehr verbunden. Die Erstellung des Zweitgutachtens hat freundlicherweise Herr Professor Dr. Helge Sodan übernommen – auch ihm danke ich ganz herzlich. Zudem sei Herrn Professor Dr. Jan Ziekow aus Speyer für die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe gedankt.

Für Korrekturarbeiten bin ich überdies insbesondere meinem Vater, Herrn Georg Bartelt, sowie meinen Freunden Herrn Dr. Karl Felix Oppermann und Herrn Jonas Weber sehr dankbar. Ihre Anmerkungen und Kritik haben sich bei der Bearbeitung als sehr wertvoll erwiesen. Dank gebührt ebenfalls Herrn Dr. Pascal Friton, LL.M., für die Unterstützung in der Anfangsphase sowie Herrn Raffaele Mazza, der gemeinsam mit mir unzählige Stunden in der Staatsbibliothek zu Berlin verbracht hat und als Diskussionspartner zur Verfügung stand. Für die finanzielle Unterstützung bei der Drucklegung bin ich im Weiteren meiner Großmutter Elisabeth Bartelt in großem Maße dankbar.

Abschließend gebührt expliziter Dank meiner Familie sowie meiner Freundin Josephine Tischer, die die ganze Zeit an das Gelingen des Projektes geglaubt und mich bedingungslos unterstützt haben. Letztere hat einen besonders großen Anteil daran – ohne sie wäre die Arbeit nicht entstanden. Ihr ist die Arbeit daher gewidmet.

Berlin, im April 2017

Justus Bartelt

Inhaltsverzeichnis

Einführung	19
-------------------------	----

Kapitel 1

Die Grundsätze der „Bestimmtheit“ und „Klarheit“ im deutschen Recht	22
--	----

A. Derzeitige Verwendung der Begriffe	22
I. In der Literatur	22
II. In der Rechtsprechung des BVerfG	23
III. Einheitliche Begriffsverwendung	25
B. Herleitung der Grundsätze	26
C. Geltung der Grundsätze	29
D. Inhalt der Grundsätze	30
I. Allgemeines	30
II. „Bestimmtheit“	31
1. Höchstmögliche Bestimmtheit von Gesetzen	31
2. Erforderlicher Bestimmtheitsgrad (materieller Gehalt des Bestimmtheitsgebots)	33
a) Auslegungsbedürftigkeit & Auslegungsfähigkeit	34
b) Einzelne Bereiche bzw. Arten des Rechts	35
aa) Formelles und materielles Recht	36
bb) Eingreifen in Rechte des Bürgers und Vorteilsgewährung	36
cc) Einzelne Sachgebiete des Rechts	37
c) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln	39
3. Zwischenergebnis	43
III. „Klarheit“	43
1. Einzelaspekte	44
a) Verständlichkeit	44
b) Zusammenwirken von Normen	44
c) Widerspruchsfreiheit	45
aa) Konstellation 1: Normenwiderspruch/-konflikt	46
bb) Konstellation 2: Prinzipienkonflikte	47
cc) Konstellation 3: (bloße) Wertungswidersprüche	47
dd) Konstellation 4: „Störungen“	49
ee) Zwischenergebnis	49

d) Aufbau und Systematik sowie Übersichtlichkeit	50
e) Verweisungen	53
2. Zwischenergebnis	56
E. Verhältnis von Bestimmtheit und Klarheit	57
F. Adressatenproblematik	58
I. Allgemein	58
II. Maßstab im Vergaberecht	63
G. Rechtsfolgen eines Verstoßes – Anwendung in der Praxis	64
H. Bestimmtheit und Klarheit im Recht der Europäischen Union	65

Kapitel 2

Systemgerechtigkeit, Einheit der Rechtsordnung und Kohärenz 68

A. Systemgerechtigkeit	68
B. Einheit der Rechtsordnung	74
C. Kohärenz	75
I. Kohärenz im Sinne des Art. 7 AEUV	75
II. Kohärenz in der Glücksspiel-Rechtsprechung des EuGH	76

Kapitel 3

Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts 82

A. Maßgebliche Vorschriften	82
B. Aktuelle Vorschriften zum Anwendungsbereich	83
I. Die neuen europäischen Vergaberichtlinien	83
1. Entstehung und allgemeine Ziele der neuen Vergaberichtlinien ...	83
2. VRL (Richtlinie 2014/24/EU)	86
a) Allgemeiner Anwendungsbereich	86
aa) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen	86
bb) Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors	87
(1) In-House-Vergaben	88
(2) In-State-Vergaben (interkommunale Zusammenarbeit) ..	91
(3) Zwischenergebnis	92
cc) Schwellenwerte	93
b) Ausnahmen	93
aa) Art. 7, 8, 9 und 11 VRL	93
bb) Art. 10 VRL	94
(1) Allgemeines	94

(2) Lit. h)	95
(a) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr	97
(b) Keine Entscheidungserheblichkeit der Auslegungs- frage?	99
(aa) Geltung europäischen Primärrechts bei der Vergabe von (Regel-)Rettungsdienstleistungen an gemeinnützige Organisationen oder Vereini- gungen?	100
(bb) Widerspruch zwischen europäischem Primär- und Sekundärrecht	107
c) Besondere Sachverhalte & Verteidigung und Sicherheit	109
d) Zwischenergebnis	110
3. SRL (Richtlinie 2014/25/EU)	110
a) Allgemeiner Anwendungsbereich	110
aa) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleis- tungen	111
bb) Besondere Beziehungen (Zusammenarbeit, verbundene Unternehmen und Gemeinschaftsunternehmen)	111
cc) Schwellenwerte	113
b) Sektorentätigkeiten	113
c) Ausnahmen	114
aa) Art. 18 bis 20, 22 und 23 SRL	114
bb) Art. 21 SRL	114
d) Besondere Sachverhalte, Verteidigung und Sicherheit & Wettbe- werbsklausel	115
e) Zwischenergebnis	115
4. KVR (Richtlinie 2014/23/EU)	115
a) Schaffung einer eigenständigen Richtlinie	115
b) Allgemeiner Anwendungsbereich	116
aa) Persönlicher Anwendungsbereich	116
bb) Sachlicher Anwendungsbereich	117
(1) Wortlaut von Art. 5 Nr. 1 KVR sowie Erwägungsgrün- de 11–20 KVR	117
(2) Übergang des Betriebsrisikos als maßgebliches Kriteri- um	118
cc) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleis- tungen	120
dd) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, verbundene Unter- nehmen, Gemeinschaftsunternehmen	120
ee) Schwellenwert	121
c) Ausnahmen	121
aa) Art. 10 KVR	121
bb) Art. 11, 12 und 16 KVR	122

cc)	Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen	123
d)	Besondere Sachverhalte & Verteidigung und Sicherheit	124
e)	Zwischenergebnis	125
II.	Nationale Regelungen zum Anwendungsbereich	125
1.	Allgemeines	125
2.	Aktuelle Vorschriften zum Anwendungsbereich	127
a)	Überblick	127
b)	Kapitel 1, Abschnitt 1 GWB n.F.	128
aa)	Die einzelnen Auftraggeber	128
bb)	Definitionen	129
cc)	Schwellenwerte	131
dd)	Ausnahmen	131
(1)	Allgemeine Ausnahmen, § 107 GWB n.F.	132
(2)	Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, § 108 GWB n.F.	133
(a)	In-House-Vergaben (Abs. 1 bis 5)	133
(b)	In-State-Vergaben (Abs. 6)	134
(c)	Bestimmung des prozentualen Anteils (Abs. 7)	134
(d)	Entsprechende Anwendung für Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber (Abs. 8)	135
(3)	Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln, § 109 GWB n.F.	135
ee)	Abgrenzungs- und Anwendungsregeln bei der Vergabe gemischter Aufträge, §§ 110 bis 112 GWB n.F.	135
ff)	Verordnungsermächtigung und Berichtspflichten, §§ 113, 114 GWB n.F.	136
c)	Kapitel 1, Abschnitt 2 GWB n.F.	136
aa)	Besondere Ausnahmen, § 116 GWB n.F.	137
bb)	Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfassen, § 117 GWB n.F.	138
cc)	Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltenen öffentliche Auf- träge, § 118 GWB n.F.	139
dd)	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen, § 130 GWB n.F.	139
ee)	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrs- leistungen im Eisenbahnverkehr, § 131 GWB n.F.	140
d)	Kapitel 1, Abschnitt 3 GWB n.F.	140
aa)	Unterabschnitt 1: Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber	141
(1)	Besondere Ausnahmen, § 137 GWB n.F.	141
(2)	Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen, § 138 GWB n.F. (Konzernprivileg)	141

(3) Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen, § 139 GWB n.F. (Joint-Venture-Privileg)	142
(4) Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten, § 140 GWB n.F. (Wettbewerbsklausel)	142
(5) Sonstige anwendbare Vorschriften, § 142 GWB n.F.	142
(6) Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz, § 143 GWB n.F.	143
bb) Unterabschnitt 2: Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	143
(1) Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, § 145 GWB n.F.	143
(2) Sonstige anwendbare Vorschriften, § 147 GWB n.F.	143
cc) Unterabschnitt 3: Vergabe von Konzessionen	144
(1) Besondere Ausnahmen, § 149 GWB n.F.	144
(2) Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit, § 150 GWB n.F.	145
(3) Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen, § 153 GWB n.F.	145
(4) Sonstige anwendbare Vorschriften, § 154 GWB n.F.	145
e) Zwischenergebnis	146

Kapitel 4

Verfassungsrechtliche Prüfungen 147

A. Vorbemerkung: Prüfung verfassungsrechtlicher Aspekte	147
I. Bestehen von Umsetzungsspielräumen	149
1. Allgemeines zur Umsetzung von EU-Richtlinien	149
2. Gold Plating (überschießende Richtlinienumsetzung)	149
a) Anforderungen	149
b) Vorliegen sog. gold platings hinsichtlich des Anwendungsbereichs?	151
3. Umsetzungsspielräume der neuen EU-Vergaberichtlinien hinsichtlich der vorzunehmenden Prüfungen	152
a) Bestimmtheit	153
b) Klarheit	154
c) Systemgerechtigkeit	155
aa) Umsetzungsspielraum	155
bb) Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG	156
II. Zwischenergebnis	158

B. Klarheit der neuen Vorschriften zum Anwendungsbereich	158
I. Widerspruchsfreiheit	159
II. Aufbau und Systematik bzw. Übersichtlichkeit	160
1. Intergesetzliche Aspekte	160
2. Internormative Aspekte	161
a) Allgemeiner Aufbau des Vierten Teils des GWB n.F.	161
aa) Aufteilung in „allgemeinen“ und „besonderen“ Teil	161
bb) Problematik des Aufbaus	162
(1) Beispiel: Eröffnung des Anwendungsbereichs im Fall der Konzessionsvergabe	163
(a) Eröffnung des Anwendungsbereichs	163
(b) Nichtvorliegen von Ausnahmen	164
(2) Stellungnahme	165
cc) „Gelungene Gesetzgebung“: Weitere Vereinfachung des Aufbaus	166
(1) Kritik/Vorschläge der BRAK	166
(2) Stellungnahme	167
b) Einzelaspekte	168
aa) Systematische Stellung des § 108 GWB n.F.	168
bb) Hohe Anzahl an Ausnahmen	171
c) Zwischenergebnis	172
3. Intranormative Aspekte	172
a) § 99 GWB n.F.: Öffentliche Auftraggeber	172
b) § 100 GWB n.F.: Sektorenauftraggeber	173
c) § 101 GWB n.F.: Konzessionsgeber	173
d) § 103 GWB n.F.: Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe	173
e) § 107 GWB n.F.: Allgemeine Ausnahmen	174
f) § 108 GWB n.F.: Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit	174
g) Besondere Ausnahmenvorschriften: §§ 116, 117, 137, 145, 149 und 150 GWB n.F.	174
h) Zwischenergebnis	175
III. Verweisungen	175
1. Zusammenspiel der §§ 98–102 GWB n.F. (Auftraggeber)	175
a) § 100 Abs. 1 GWB n.F.	175
b) § 101 Abs. 1 GWB n.F.	176
2. § 106 GWB n.F.: Schwellenwerte	177
3. § 130 GWB n.F.: Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen	180
4. §§ 137, 149 GWB n.F.: Besondere Ausnahmen	182
5. Zwischenergebnis	182
IV. Zwischenergebnis	182

C.	Bestimmtheit der neuen Vorschriften zum Anwendungsbereich	182
I.	Begriff der Betrauung in § 105 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie § 108 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 GWB n.F.	183
II.	Einfügung eines klarstellenden Abs. 3 in § 105 GWB n.F.	185
III.	Begriff der „Zusammenarbeit“ in § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB n.F.	186
1.	Enge Auslegung: „Echte Zusammenarbeit“ erforderlich	186
2.	Weite Auslegung: Zahlung eines Geldbetrages ausreichend	188
3.	Stellungnahmen im Rahmen der Expertenanhörung zum VergRModG im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages	188
4.	Eigene Stellungnahme	190
a)	Entscheidung des OLG Koblenz	190
b)	Auslegungsfähigkeit des Begriffs	191
aa)	Behandlung des Begriffs der Zusammenarbeit im nationalen Gesetzgebungsverfahren	192
bb)	Fazit	194
(1)	Keine Notwendigkeit der Schaffung eines „offenen“ Rechtsbegriffs	195
(2)	Keine Abwartezeit für den Gesetzgeber	196
(3)	Ergebnis	197
IV.	Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse in § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB n.F.	197
1.	Begriff der „Überlegungen“	197
2.	Begriff des „öffentlichen Interesse[s]“	198
V.	Zwischenergebnis	199
D.	Systemgerechtigkeit	200
I.	Neue Vergaberichtlinien	201
1.	Notwendigkeit einer eigenständigen Regelung betreffend Kon- zessionen	202
2.	Allgemeiner Anwendungsbereich	206
3.	Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen	207
4.	Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors	208
a)	Freistellung als solche und einzelne Tatbestandsmerkmale	208
b)	Neu geregelte In-House-Konstellation: Schwesternbeauftragung (sog. horizontales In-House-Geschäft)	209
aa)	Kontrollkriterium	210
bb)	Wesentlichkeitskriterium	212
cc)	Zwischenergebnis	214
5.	Schwellenwerte	214
6.	Ausnahmen	218
a)	Rechtsdienstleistungen	218

b) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr	220
c) Wasser	221
7. Fazit	226
II. Nationale Regeln zum Anwendungsbereich (Umsetzung in Deutsch- land)	228
1. System/zugrundeliegende Wertentscheidungen	228
2. Verstoß gegen verfassungsrechtliche Systemgerechtigkeit?	231
a) Vorschriften für die Vergabe von Konzessionen	231
b) Allgemeiner Anwendungsbereich	232
c) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistun- gen	232
aa) Schaffung der Sonderregime (bzw. Zuordnung der ent- sprechenden Dienstleistungen zum strengeren allgemeinen Vergaberegime)	233
(1) Vorliegen einer Systemwidrigkeit	233
(2) Rechtfertigung	234
(a) Intensität der Abweichung von der zugrunde geleg- ten Ordnung	234
(b) Vorliegen sachlich hinreichender/plausibler Gründe	235
(3) Zwischenergebnis	236
bb) Auswahl der von den Sonderregimen erfassten Dienstleistun- gen	237
(1) Vorliegen einer Systemwidrigkeit	237
(2) Rechtfertigung	238
(a) Intensität der Abweichung von der zugrunde geleg- ten Ordnung	238
(b) Vorliegen sachlich hinreichender/plausibler Gründe	238
(3) Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG	242
(a) Dogmatische Begründung der Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG	242
(b) Einwände gegen die Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG	243
(aa) Mitgliedstaatliche Mitwirkungsmöglichkeiten an der nationalen Gesetzgebung	243
(bb) Differenzierung innerhalb des Hoheitsgebietes eines Staates	245
(c) Fazit	246
d) Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors, Schwellenwerte und Ausnahmen	246
3. Rechtspolitische Dimension	247
a) Vorschriften für die Vergabe von Konzessionen	247
b) Allgemeiner Anwendungsbereich	247

c)	Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen	248
aa)	Schaffung der Sonderregime	248
bb)	Auswahl der von den Sonderregimen erfassten Dienstleistungen	248
(1)	Unveränderte Dienstleistungsauswahl	249
(2)	Anpassung durch den deutschen Gesetzgeber	250
(3)	Bewertung	250
d)	Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit	251
aa)	Wesentlichkeitskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.	252
bb)	Keine direkte private Kapitalbeteiligung, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F.	253
cc)	Neu geregelte In-House-Konstellationen	254
e)	Schwellenwerte	254
aa)	Dienstleistungskonzessionen	254
bb)	Bauleistungen	255
f)	Ausnahmen	257
aa)	Rechtsdienstleistungen	257
bb)	Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr	257
cc)	Wasser	258
III.	Zwischenergebnis	259
E.	Kohärenz	259

Kapitel 5

Aufbau des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte 262

A.	Bisheriger Aufbau des Vergaberechts	262
B.	Kritik am bisherigen Aufbau	267
I.	Verfassungsrechtliche Zweifel	267
1.	Kritik der Literatur und Klarheit des Kaskadensystems	267
2.	Rechtsprechung des BVerfG und eigene Stellungnahme	269
II.	Europarechtliche Zweifel	272
1.	Kritik der Literatur	272
2.	Stellungnahme	274
III.	Zwischenergebnis	276
C.	Neuer Aufbau des Vergaberechts	276
D.	Stellungnahme	280
I.	Verfassungsrechtliche Aspekte	280
II.	Europarechtliche Aspekte	281
III.	Rechtspolitische Aspekte	281

1. Erweiterung des Vierten Teils des GWB	281
2. Fortbestand der VOB/A	283
a) Rechtfertigung durch Besonderheiten des Baubereichs?	284
aa) Ansicht einiger Verbände	284
bb) Stellungnahme	285
(1) Besonderheiten des Baubereichs	285
(2) Auswirkungen auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte	287
b) Fazit	288
3. Zusammenführung der Vergabeverordnungen oder Schaffung eines einheitlichen Bundesvergabegesetzes?	289
4. Vergaberechtliche Landesgesetze	290
a) Kritik im Gesetzgebungsverfahren	291
b) Stellungnahme	293
IV. Zwischenergebnis	295
Zusammenfassung in Thesen	296
Literaturverzeichnis	302
Sachwortverzeichnis	328

Abkürzungsverzeichnis

ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BRD	Bundesrepublik Deutschland
ders.	derselbe
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
DVAL	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen
ErwGrd	Erwägungsgrund
ErwGrde	Erwägungsgründe
Fn.	Fußnote
GPA	Agreement on Government Procurement v. 15.04.1994, bzw. überarbeitete Fassung v. 02.04.2012, jeweils abrufbar unter www.wto.org
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV)
KVR	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. EU Nr. L 94/1 v. 28.03.2013
Ls.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren/m Nachweis/en
n. F.	neue Fassung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO)

SKR	Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU Nr. L 134/1 v. 30.04.2004
SRL	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU Nr. L 94/243 v. 28.03.2014
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz v. 17.02.2016, BGBl. I, S. 203
VKR	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134/114 v. 30.04.2004
VO (EG) Nr. 1370/2007	Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. EU Nr. L 315/1 v. 03.12.2007
VRL	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU Nr. L 94/65 v. 28.03.2014
VSVKR	Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. EU Nr. L 216/76 v. 20.08.2009
zit.	zitiert

Alle weiteren verwendeten Abkürzungen richten sich, soweit nicht gesondert vermerkt, nach *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis des Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013

Einführung

Der Bereich des Vergaberechts ist seit jeher von erheblichen Vermeidungstendenzen¹ geprägt. Da das Vergaberecht stark formalisiert und dessen Einhaltung mit einigem bürokratischen Aufwand verbunden ist,² wird in der Praxis nicht selten versucht, die Vorgaben dieses Rechtsgebiets zu umgehen.³ Zudem ist bei vergaberechtlichen Rechtsetzungsverfahren regelmäßig zu beobachten, dass Interessenvertreter vor allem dafür streiten, dass der von ihnen vertretene Sachbereich weitestmöglich vom Vergaberecht ausgenommen wird.⁴

Angesichts dieser Umgehungspraxis erscheint es besonders wichtig, dass der Anwendungsbereich des Vergaberechts gesetzlich klar umrissen und dessen konkrete Weite fehlerfrei feststellbar ist. Nur wenn in der Praxis eindeutig geklärt werden kann, in welchen Fällen eine europaweite öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden muss bzw. in welchen hierauf verzichtet werden darf, kann Umgehungsversuchen effektiv entgegengetreten werden. Langwierige und kostenintensive Streitigkeiten über die Vergaberechtspflichtigkeit öffentlicher Vorhaben lassen sich dann vermeiden. Ziel

¹ Begriffsverwendung bei *Braun*, EuZW 2012, 451 (455) hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

² *Pietzcker*, NVwZ 2007, 1225 (1225, 1229).

³ Vgl. hierzu *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor §§ 97 GWB Rn. 142; *Schumacher*, Rechtsschutz, S. 5. Eine Umgehung ist beispielsweise durch die künstliche Aufteilung eines Auftrags in einzelne Bauabschnitte denkbar, so jedenfalls die Konstellation in EuGH, Urt. v. 15.03.2012, Rs. C-574/10 – „Gemeinde Niedernhausen“. Vgl. zudem u. a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011, VII-Verg 51/11, NZBau 2012, 190 ff. (unzulässige Vergabe einer Dienstleistungskonzession); OLG Saarbrücken, Urt. v. 06.11.2014, 3 O 260/11, NZBau 2015, 121 ff. (kollusives Zusammenwirken); siehe auch EuGH, Urt. v. 29.11.2012, verb. Rs. C-182/11 und C-183/11 – „Econord SpA“, Rn. 31; vgl. auch *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, Kap. 1 § 6 Rn. 70 sowie *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, Kap. 13 § 72 Rn. 7.

⁴ Derartiges zeigte sich auch im gerade abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahren, vgl. beispielsweise S. 2f. der Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) v. 12.01.2012 zum Entwurf einer Richtlinie über die Konzessionsvergabe, abrufbar im Internet unter [https://www.bdew.de/internet.nsf/id/FCEFD9687C6E9C5C125798E00316394/\\$file/120113_BDEW_Bewertung_Konzessionsrichtlinie_final.pdf](https://www.bdew.de/internet.nsf/id/FCEFD9687C6E9C5C125798E00316394/$file/120113_BDEW_Bewertung_Konzessionsrichtlinie_final.pdf) – zuletzt abgerufen am 31.03.2016; vgl. auch Bundesrat, Beschl. v. 30.03.2012, BR-Drs. 874/11 (Beschluss) (2), Nr. 12 f. (S. 5) sowie *Prieß*, NZBau 2014, 465 f. und *Schwab/Giesemann*, VergabeR 2014, 351 (357).

der folgenden Ausführungen ist es vor diesem Hintergrund zunächst, den Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts etwas näher zu betrachten, um anschließend überprüfen zu können, ob eine (weitgehend) fehlerfreie Rechtsanwendung für die vom Vergaberecht Betroffenen tatsächlich möglich ist. Abgestellt wird bei der Überprüfung auf die Vorgaben des nationalen Rechts; schließlich sind die europäischen Vorgaben zum Vergaberecht lediglich in Form von Richtlinien ausgestaltet, welche sich gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV an die Mitgliedstaaten wenden und im innerstaatlichen Recht grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung entfalten⁵. Den Maßstab für die Überprüfung bilden deshalb die deutschen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit des Rechts. Neben den streng verfassungsrechtlichen Aspekten soll stellenweise allerdings auch Raum für rechtspolitische Erwägungen bleiben.

Im Hinblick auf die Bestrebungen interessierter Kreise, gerade „ihren“ Bereich von den Vorgaben des Vergaberechts zu befreien, bietet es sich im Weiteren an, die vom europäischen bzw. deutschen Gesetzgeber gesetzten Grenzen des Vergaberechts einmal einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Es soll der Frage nachgegangen werden, ob die Ausgestaltung und Weite des Anwendungsbereichs stimmig und in Anbetracht der Ziele des Vergaberechts konsistent ist. Überprüft werden somit in erster Linie Aspekte der sog. Systemgerechtigkeit bzw. Folgerichtigkeit. Mitunter werden aber auch hier rechtspolitische Anmerkungen zu finden sein.

Gegen eine Prüfung anhand der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Bestimmtheit und Klarheit ließe sich zwar einwenden, dass eine solche im Vergaberecht wenig sinnvoll wäre, da die Vorschriften in erster Linie nicht an die Bürger, sondern die Vertreter des Staates gerichtet sind. Schließlich ist unter Vergaberecht „die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften zu verstehen, die dem Staat, seinen Behörden und Institutionen eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf von Gütern und Leistungen vorschreiben“.⁶ Allerdings müssen auch die Auftragnehmer bzw. die potentiell an öffentlichen Aufträgen interessierten Personen und Unternehmen in der Lage sein, die Reichweite des Anwendungsbereichs fehlerfrei zu erkennen und zu bestimmen. Denn nur so können sie erfolgreich an Vergabeverfahren teilnehmen, etwaige Verstöße der (öffentlichen) Auftraggeber erkennen und sich hiergegen wehren. Hinzu kommt, dass im Falle der Ausübung einer Sektorentätigkeit ggf.⁷ auch natürliche oder juristische Personen des privaten

⁵ *Dageförde*, Vergaberecht, Rn. 42; vgl. allgemein zur Thematik *Haag*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Europäische Union, § 6 Rn. 29 ff., 61 ff.

⁶ *Jasper/Marx*, Textausgabe Vergaberecht, S. IX.

⁷ Sofern die entsprechende Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden.

Rechts, d. h. rein private Unternehmen, die keinerlei staatlichem Einfluss unterliegen, an (spezielle) Vergabevorschriften gebunden sind.⁸ Die hinreichende Bestimmtheit und Klarheit des Rechts ist daher auch im Vergaberecht von bedeutender Relevanz.⁹

Für die Bearbeitung der beiden Themenkomplexe werden in den ersten beiden Kapiteln zunächst insbesondere die Grundsätze der Bestimmtheit, Klarheit und Systemgerechtigkeit im Allgemeinen vorgestellt. Daraufhin werden im dritten Kapitel die neuen europäischen und deutschen Vorschriften zum Anwendungsbereich des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte nachgezeichnet. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet sodann das sich anschließende vierte Kapitel: Darin sollen die Vorschriften zum Anwendungsbereich hinsichtlich der genannten Aspekte eingehend überprüft werden. Abgerundet wird die Arbeit schließlich durch einen Blick auf den allgemeinen Aufbau des Vergaberechts. So sind im fünften Kapitel anlässlich der aktuellen Reform – aber unabhängig von den Vorschriften zum Anwendungsbereich – einige Anmerkungen zu Aufbau und Systematik des überschweligen Vergaberechts zu finden.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass bei einer Untersuchung der vorliegenden Art naturgemäß nicht jede einzelne Norm, jeder einzelne Absatz und jeder Satz eingehend überprüft werden kann. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf den Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte und konzentriert sich auf einige ausgewählte, besonders relevante bzw. problematische Vorschriften und Gesichtspunkte.

⁸ Vgl. *Dörr*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 120 ff.; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 91.

⁹ Vgl. zur Verdeutlichung auch BVerfGE 116, 135 (162): „Werden *rechtmäßige* Vergabeverfahren auf Initiative des Einzelnen überprüft, so entstehen Verfahrenskosten, ohne dass diesen Kosten ein Gewinn an Wirtschaftlichkeit gegenüberstünde. [...] Schließlich kann wegen dieser [durch ein Nachprüfungsverfahren begründeten] Verzögerungen die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um dererwillen Mittel beschafft werden sollen, beeinträchtigt oder sogar verfehlt werden.“ [Hervorhebung hinzugefügt].