

Beiträge zum Vergaberecht

Band 7

Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts im Vergaberecht

Von

Jongwook Park



Duncker & Humblot · Berlin

JONGWOOK PARK

Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts im Vergaberecht

Beiträge zum Vergaberecht

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

Band 7

Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts im Vergaberecht

Von

Jongwook Park



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
hat diese Arbeit im Jahre 2021 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
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2364-8724
ISBN 978-3-428-18436-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58436-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2020 an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Dissertation eingereicht. Die mündliche Doktorprüfung fand am 2. Juni 2021 statt. Literatur konnte bis Januar 2021 berücksichtigt werden.

Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow, sowohl für die Anregung dieses Themas und die engagierte Betreuung der Arbeit bedanken als auch für die wissenschaftliche Freiheit, die er mir eingeräumt hat. Mein Dank gilt ebenfalls Frau Prof. Dr. Constanze Janda für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt weiterhin Pfr. In Chan Yeon für die geistige Unterstützung während der Anfertigung der Arbeit.

In besonderer Weise danken möchte ich schließlich meinen Eltern und meinem Bruder, die mit ihrem Interesse und ihrer Ermutigung maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Ihnen ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

Mannheim, im Juni 2021

Jongwook Park

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	17
B. Die Bedeutung des Wettbewerbs im Vergaberecht und sein Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	19
I. Die Bedeutung des Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt	19
1. Wettbewerb und Binnenmarkt	19
2. Grundsatz der Offenhaltung nationaler Märkte	20
3. Grundsatz des Schutzes des Wettbewerbs vor Verfälschungen	21
II. Das Vergaberecht und sein Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	23
1. Begriff und Zweck des Vergaberechts	23
2. Bieterwettbewerb und Binnenmarkt	25
3. Das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbsrecht	27
a) Kartellrecht	27
aa) Zweck des Kartellrechts	27
bb) Das Verhältnis des Vergaberechts zum Kartellrecht	28
b) Lauterkeitsrecht	29
aa) Zweck des Lauterkeitsrechts	29
bb) Das Verhältnis des Vergaberechts zum Lauterkeitsrecht	30
c) Das Verhältnis des Vergaberechts zu anderen Rechtsgebieten	32
III. Zwischenfazit	35
C. Grundsätze des Vergaberechts	37
I. Wettbewerbsziel und darüber hinausgehende Ziele	37
1. Wettbewerbsziel	37
a) Die Bedeutung des Wettbewerbsziels	37
b) Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen	40
2. Über das Wettbewerbsziel hinausgehende Ziele: innovative, soziale und umweltbezogene Aspekte	41
a) Allgemeines	41
b) Einzelne Aspekte	43
aa) Soziale Aspekte	43
bb) Umweltbezogene Aspekte	44
cc) Aspekte der Innovation	45
c) Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Verwendung von politik-orientierten Zielen	47
II. Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz	50

1. Gleichbehandlungsgrundsatz	50
a) Allgemeines	50
b) Die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	52
c) Anwendungsfälle	55
aa) Verpflichtung zur Produktneutralität	55
bb) Diskriminierungsfreie Festlegung von Vergabekriterien	56
cc) Vermeidung von Interessenkonflikten	57
2. Transparenzgrundsatz	59
a) Allgemeines	59
b) Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes	60
aa) Ex-ante-Transparenz	60
bb) Ex-post-Transparenz	62
cc) Sonderfall: Beschränkung der Ex-post-Transparenz	63
III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	65
1. Allgemeines	65
2. Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	66
IV. Zwischenfazit	68
D. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Bieter- oder Auftraggeberseite ..	70
I. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Bieterseite	70
1. Zum Ausschluss führende Verhaltensweisen	72
a) Zwingende und fakultative Ausschlussgründe	72
b) Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen als Ausschlussgründe	74
c) Wettbewerbsregister	74
2. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aus Perspektive des Grundsatzes der Gleichbehandlung	76
a) Natürliche Wettbewerbsvorsprünge	76
aa) Marktbedingte Ungleichheiten	76
bb) Teilnahme öffentlicher Unternehmen	77
b) Künstliche Wettbewerbsvorsprünge	78
3. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aus kartellrechtlicher Perspektive, § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB	80
a) Wettbewerbsbeschränkende Abreden aus kartellrechtlicher Perspektive	80
aa) Allgemeines	80
(1) Koordiniertes Verhalten mehrerer Wettbewerber	81
(2) Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	81
bb) Konstellationen im Vergabeverfahren	83
(1) Submissionsabsprachen	83
(2) Bietergemeinschaften	84
(a) Ambivalente Auswirkungen von Bietergemeinschaften ..	85

Inhaltsverzeichnis	11
(b) Unzulässige Bietergemeinschaften	86
(aa) Spürbare Auswirkungen	86
(bb) Fehlende Markteintrittsfähigkeit	87
(cc) Zweckmäßige und kaufmännisch vernünftige Entscheidung	88
b) Wettbewerbsbeschränkende Abreden aus Perspektive des Gleichbehandlungsgrundsatzes	89
aa) Allgemeines	89
bb) Konstellationen im Vergabeverfahren	90
(1) Parallelbeteiligung	90
(2) Beteiligung konzernverbundener Unternehmen	92
c) Hinreichende Anhaltspunkte	92
II. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Auftraggeberseite	94
1. Allgemeines	94
2. Wettbewerbsbeschränkungen aus kartellrechtlicher oder vergaberechtlicher Perspektive	95
a) Gemeinsame Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber	95
aa) Zulässigkeit gemeinsamer Beschaffungen aus kartellrechtlicher Perspektive	96
(1) Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht	97
(2) Wettbewerbsbeschränkung durch gemeinsame Beschaffung	99
bb) Zulässigkeit gemeinsamer Beschaffungen aus vergaberechtlicher Perspektive	101
b) Marktbeherrschende öffentliche Auftraggeber	103
aa) Kartell- und vergaberechtliches Diskriminierungsverbot	103
bb) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, insb. das Diskriminierungsverbot	104
III. Zwischenfazit	106
E. Bieterrechtsschutz bei Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes in einem Vergabeverfahren	108
I. Vergaberechtliches Rechtsschutzsystem	109
1. Entwicklung	109
2. Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte	112
3. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	113
II. Rolle unterschiedlicher Behörden oder Gerichte bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in einem Vergabeverfahren	115
1. Nachprüfungsinstanzen	115
a) Vergabekammern (erste Instanz)	116
b) Oberlandesgerichte (zweite Instanz)	119
2. Überprüfung durch andere staatliche Einrichtungen	121

a) Aufsichtsbehörden	121
b) Vergabeprüfstellen	123
3. Kartellbehörden	124
a) Zuständigkeit der Kartellbehörden	124
b) Aufgaben der Kartellbehörden	126
aa) Verhaltenskontrolle	126
bb) Strukturkontrolle	128
c) Verfahren vor den Kartellbehörden und ihre Befugnisse	129
aa) Verfahren vor den Kartellbehörden	129
bb) Befugnisse der Kartellbehörden	130
4. Zivilgerichte	131
a) Zivilrechtliche Ansprüche bei Verletzung kartellrechtlicher Normen ..	131
b) Zivilrechtliche Ansprüche bei Verletzung lauterkeitsrechtlicher Nor-	134
men	
III. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen im Rahmen von Vergabe- und	
Nachprüfungsverfahren	138
1. Voraussetzungen eines Nachprüfungsverfahrens	138
a) Anwendungsbereich	139
b) Materielles Verständnis des Begriffs des Vergabeverfahrens	139
aa) Beginn eines Vergabeverfahrens	139
bb) Abschluss eines Vergabeverfahrens	141
2. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB	142
a) Allgemeines: Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB	143
b) Reichweite des subjektiven Rechts	144
aa) Unternehmen als Anspruchsinhaber	144
bb) Bestimmungen über das Vergabeverfahren	145
c) Überprüfbarkeit des § 124 Abs. 1 Nr. 4	146
aa) Die Auffassung der Rechtsprechung	146
bb) Die Auffassung in der Literatur	147
cc) Sonstige Auffassungen	148
dd) Eigene Stellungnahme	149
3. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen im Rahmen von Nachprü-	
fungsinstanzen	153
a) Allgemeines: sonstige Ansprüche	153
b) Reichweite der sonstigen Ansprüche	155
aa) Auftraggeber als Anspruchsgegner	155
bb) Handlung in einem Vergabeverfahren	155
c) Nachprüfbarkeit von kartellrechtlichen Normen	156
d) Nachprüfbarkeit von lauterkeitsrechtlichen Normen	162
aa) Lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Wettbewerber	162
bb) Lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Auftraggeber	164

e) Nachprüfbarkeit von öffentlich-rechtlichen Marktzutrittsregelungen .	166
aa) Der vergaberechtliche Ansatzpunkt	166
bb) Prüfungsbefugnis aus dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsziel	167
cc) Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen	168
dd) Fehlende Zuverlässigkeit	169
IV. Zwischenfazit	170
F. Fazit	173
I. Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts im Vergaberecht	173
II. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen in Vergabe- sowie Nachprü- fungsverfahren	175
Literaturverzeichnis	177
Sachwortverzeichnis	191

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt
ABlEU	Amtsblatt Europäische Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BNetA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaften
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschafts-gesetz)
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende, fortfolgende
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz)
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JRP	Journal für Rechtspolitik (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen
KVR	RL 2014/23/EU v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe
LG	Landgericht
lit.	Litera (Buchstabe)
LSG	Landessozialgericht
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (Zeitschrift)
NPV	Nachprüfungsverordnung
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung
sog.	sogenannt
SRL	RL 2014/25/EU v. 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste
Urt. v.	Urteil vom
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung)
VK	Vergabekammer
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabeordnung für Leistungen
Vorb.	Vorbemerkung
VRL	RL 2014/24/EU v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VVDstRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht

A. Einführung

Staatliche Auftraggeber sind Veranstalter von Wettbewerb. Dies ergibt sich unmissverständlich aus § 97 Abs. 1 GWB, wonach Auftraggeber öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb zu beschaffen haben. Sie müssen demgemäß einen chancengleichen und transparenten Wettbewerb zwischen Bietern vor allem deshalb organisieren und gewährleisten, weil damit zugleich wettbewerbliche Handlungsfreiheiten der Bieter gefördert werden, die zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen führen können.¹ Solche Handlungsfreiheiten können dort eingeschränkt werden, wo ein Auftraggeber seine Nachfragemacht gegenüber Teilnehmern an einem Vergabeverfahren ausnutzt. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Nachfragemacht spezifische vergaberechtliche Probleme aufwirft, hängt von der im Vergaberecht herrschenden wettbewerbspolitischen Ausrichtung ab. Ein Hauptziel des Vergaberechts liegt in der Schaffung eines grenzüberschreitenden Bieterwettbewerbs. Unter diesem Gesichtspunkt ist Wettbewerb zwischen Bietern besonders schützenswert. Eine andere Einschätzung ist möglich, wenn das Vergaberecht auch außerwettbewerbliche Ziele verfolgt. Hierbei ist die Nachfragemacht positiv zu bewerten, solange sie der Durchsetzung wettbewerbsexterner Gemeinwohlziele dient, die ein Wettbewerbsmarkt selbst nicht erreichen würde. Die Nachfragemacht ist aber auch ein Wettbewerbsproblem, wenn in ihrer Ausübung eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Marktabstottung gesehen werden kann. Insbesondere ist problematisch, wenn ein Auftraggeber Bieter ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt oder wenn er von Bietern bestimmte außerökonomische Bedingungen verlangt, die ohne seine überlegene Stellung nicht durchsetzbar wären. Um solche wettbewerbswidrigen Praktiken zu verhindern, erfordern das Vergabe- und das Wettbewerbsrecht in enger Verbindung mit dem grundgesetzlichen Gleichheitssatz und den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des primären Unionsrechts eine Gleichbehandlung aller Bieter und eine sachliche Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen zwischen ihnen. Insofern stellt sich die Frage, welche Bedeutung im Rahmen des Vergaberechts dem Wettbewerbsrecht zugemessen wird und inwieweit sich beide Rechtsgebiete bei der Verhinderung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gegenseitig beeinflussen. Diese Frage ist insbesondere verbunden mit der Diskussion um die Abgrenzungsprobleme zwischen dem Vergabe- und dem Wettbewerbsrecht.

¹ EuGH, VergabeR 2008, 758, Rn. 31 f.

Die Auftraggeber sind auch Schiedsrichter, die wettbewerbswidrig handelnde Bieter von einem Bieterwettbewerb ausschließen können. Jedoch blieb oft unklar, in welchen Fällen eine zum Bieterausschluss führende Wettbewerbswidrigkeit anzunehmen ist. Darunter wurden z.B. Unterkostenangebote subsumiert, die in der Absicht abgegeben werden, andere Wettbewerber zu verdrängen. Erfasst wurde auch ein Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Marktzutrittsnorm, durch den ein kommunales Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil im Vergabeverfahren genießen könnte. Sogar Verstöße gegen lauterkeits- und kartellrechtliche Normen waren Gegenstand einer Nachprüfung. Als normative Grundlage für diese extensive Interpretation wurde insbesondere der Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB herangezogen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der Wettbewerbsgrundsatz den konkreten Normanwendungsbefehl beinhaltet, jede nur denkbare Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen.² Insofern stellt sich die noch nicht abschließend geklärte Frage, ob bzw. inwieweit Wettbewerbsverstöße im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden können. Eng damit zusammen hängt die Frage, ob lauterkeits- und kartellrechtliche Ansprüche nach Maßgabe von § 156 Abs. 2 GWB geltend gemacht werden können.

Vor diesem Hintergrund befasst sich die vorliegende Dissertationsarbeit mit dem Thema „Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts im Vergaberecht“.

² Z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07; kritisch zur extensiven teleologischen Auslegung des Wettbewerbsgrundsatzes, *Ziekow*, VergabeR 2006, 702, 708 f.; *Mann*, NVwZ 2010, 857, 861; *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, 48; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 224 ff.

B. Die Bedeutung des Wettbewerbs im Vergaberecht und sein Verhältnis zum Wettbewerbsrecht

Dieses Kapitel befasst sich mit der Bedeutung des Wettbewerbs im Vergaberecht. Dazu erscheint es notwendig, hier zunächst den systematischen Zusammenhang von Wettbewerb und Binnenmarkt zu skizzieren. Denn das Vergaberecht ist unter Einfluss des Unionsrechts auf den Wettbewerb ausgerichtet. Anschließend wird kurz das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbsrecht sowie anderen (wettbewerbsbezogenen) Rechtsbereichen erläutert. Grundrechtliche Fragestellungen – z.B. hinsichtlich einer Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit – sind nicht Gegenstand dieses Kapitels.

I. Die Bedeutung des Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt

1. Wettbewerb und Binnenmarkt

Wettbewerb gehört zu den wirtschaftspolitischen Zielen der EU.¹ Die Verwirklichung eines europäischen Raums für freien Wettbewerb ohne Binnengrenzen² bildet den Rahmen, in dem soziale oder wirtschaftliche Wohlfahrt³ gefördert wird.⁴

Welche Wirtschaftsteilnehmer sich am Wettbewerb beteiligen können, hängt vor allem davon ab, unter welchen Bedingungen freier Marktzugang möglich ist oder ob Marktzutrittsschranken bestehen.⁵ Offene Märkte, die das Ziel eines offenen Marktzugangs verfolgen, zählen zu den konstituierenden Prinzipien einer Wettbewerbsordnung.⁶ Die Union verfolgt also unter anderem das Ziel, einen

¹ Zur Bedeutung des Wettbewerbs im Vertrag von Lissabon, *Behrens*, EuZW 2008, 193.

² So ausdrücklich Art. 119 Abs. 1, Art. 120 AEUV, wonach die Union und die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu handeln.

³ So gehören zu den in Art. 3 EUV niedergelegten Zielen eine „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ (Art. 3 Abs. 3 EUV).

⁴ Vgl. insoweit auch Präambel EUV, wonach die Verwirklichung eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem die Grundfreiheiten gewährleistet sind, den Rahmen schafft, in dem wirtschaftlicher und sozialer Fortschritt gefördert wird.

⁵ *Immenga/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-Kartellrecht, Einl. I, Rn. 18.

⁶ *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 264 ff.

wettbewerbsorientierten Binnenmarkt zu errichten.⁷ Seit 1958 ist es die Aufgabe der EG bzw. EU, ein dem Konzept eines Gemeinsamen Markts (jetzt: eines Binnenmarkts) immanentes System des unverfälschten Wettbewerbs zu verwirklichen (Art. 3 lit. d EWGV). In der EEA von 1987 kam der Zusammenhang von Wettbewerb und Binnenmarkt in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG in Betracht, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft „ein System (umfasst), das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“. Seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages wird der systematische Zusammenhang von Wettbewerb und Binnenmarkt im Zielkatalog von Art. 3 Abs. 3 EUV nicht mehr genannt. Er findet sich aber in einem Anhang zum Vertrag (Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb⁸). Wenn weiterhin der systematische Zusammenhang berücksichtigt werden soll oder sogar muss,⁹ dann ist die Gewährleistung offener Märkte die Zentralaufgabe einer rationalen Wettbewerbspolitik, damit wirtschaftliche Güter auf dem Binnenmarkt unter Wettbewerbsbedingungen frei getauscht werden können.¹⁰ Dies ist allerdings nicht bloß ein politisches Programm. Vielmehr muss die Wettbewerbspolitik durch zwingende Normen des AEUV verwirklicht werden.¹¹

Die Herstellung eines solchen wettbewerbsorientierten Binnenmarkts setzt zweierlei voraus: zum einen die Offenhaltung der mitgliedstaatlichen Märkte, insbesondere durch die Beseitigung von künstlichen Markteintrittsschranken, und zum anderen den Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen.¹²

2. Grundsatz der Offenhaltung nationaler Märkte

Konkreten Ausdruck findet das Konzept der Offenhaltung nationaler Märkte in Art. 26 Abs. 2 AEUV. Dort ist der Binnenmarkt definiert als ein (Wirtschafts-) Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Der Binnenmarkt ist in erster Linie durch die Grundfreiheiten garantiert. Sie zielen darauf, staatlich hervorgerufene rechtliche oder tatsächliche Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs zu beseitigen und damit die mitgliedstaatlichen Märkte zu integrieren.

Die Grundfreiheiten werden ihrem Gegenstand nach in vier Kategorien eingeteilt: Der freie Warenverkehr wird in Art. 34 ff. AEUV gewährleistet, der freie Personenverkehr, der die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie die Niederlassungs-

⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 26 ff.

⁸ ABIEU 2010, Nr. C 83/309.

⁹ *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, KartellR, Kap. 1, § 1, Rn. 1; ebenso EuGH, EuZW 2011, 339, Rn. 20.

¹⁰ *Basedow*, EuZW 2008, 225.

¹¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 26 ff.

¹² *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 7.

freiheit umfasst, in Art. 45 ff. AEUV, Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 ff. AEUV und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in Art. 63 ff. AEUV. Der Grundsatz der Offenhaltung nationaler Märkte bewirkt wenig, wenn eine effektive Durchsetzung mit Hilfe der Unionsgerichte und der mitgliedstaatlichen Gerichte unmöglich ist. Unabhängig vom Willen der Mitgliedstaaten finden daher die Grundfreiheiten unmittelbar Anwendung und begründen subjektive Rechte auf ungehinderte Teilnahme am Binnenmarkt.¹³

Trotz einiger Unterschiede im Wortlaut spiegeln alle Grundfreiheiten ein Diskriminierungsverbot wider, das auch als Gebot der Inländergleichbehandlung bezeichnet wird.¹⁴ Insofern konkretisieren die Grundfreiheiten das in Art. 18 AEUV enthaltene allgemeine Diskriminierungsverbot. Letzteres umfasst sowohl offene Diskriminierungen, die unmittelbar an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen, als auch versteckte, die durch die Anwendung anderer Differenzierungskriterien faktisch zum gleichen Ergebnis wie unmittelbare Diskriminierungen führen.¹⁵ Über den Grundsatz des Diskriminierungsverbots hinaus beinhalten die Grundfreiheiten auch allgemeine Beschränkungsverbote. Diese Verbote erfassen alle staatlichen Maßnahmen, die die Wahrnehmung einer Grundfreiheit „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“¹⁶ bzw. die geeignet sind, den Handel innerhalb des Binnenmarktes i. S. d. Dassonville-Urteil „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“.¹⁷ Die Grundfreiheiten, die insbesondere Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote enthalten, gewährleisten freien Zugang zu den mitgliedstaatlichen Märkten als Grundvoraussetzung für den grenzüberschreitenden Wettbewerb und schützen in dieser Funktion vor allem potentielle Wettbewerber vor staatlichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs.

3. Grundsatz des Schutzes des Wettbewerbs vor Verfälschungen

Zu den Aufgaben der EU gehört es, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, die mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar sind.¹⁸

¹³ *Immenga/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-Kartellrecht, Einl., Rn. 18.

¹⁴ *Ruthig/Storr*, ÖffWiR, Rn. 50.

¹⁵ Hierzu eingehend *Ziekow*, ÖffWiR, S. 31 ff.

¹⁶ Vgl. etwa EuGH, NVwZ 1993, 661, Rn. 32; EuGH, NJW 1996, 579, Rn. 37; EuGH, NZBau 2007, 122, Rn. 28; EuGH, NJW 2009, 1325, Rn. 78.

¹⁷ EuGH, GRUR Int. 1974, 467, 468.

¹⁸ Der Schutz des Wettbewerbs durch die Wettbewerbsregeln beruht auf seinen ökonomischen positiven Wirkungen. Die Förderung des Wettbewerbs führt einerseits zu einem Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage, dem wirtschaftlichen Einsatz der Produktionsfaktoren und einer leistungsgerechten Einkommensverteilung (sog. statische Wettbewerbsfunktionen) und andererseits zu Anpassungen an die Bedürfnisse der Marktgegenseite und schnellem technischen Fortschritt (sog. dynamische Wettbewerbs-

Welche Verhaltensweisen den Wettbewerb verfälschen und daher mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind, richtet sich nach den unmittelbar anwendbaren Wettbewerbsregeln.¹⁹ Diese Regeln sind nach der Rechtsprechung des EuGH für die Vollendung des Binnenmarktes und sein Funktionieren erforderlich.²⁰ Weil nicht nur staatliche Maßnahmen, sondern auch unternehmerische Handlungen das Funktionieren des Wettbewerbs beeinträchtigen können,²¹ nennt der AEUV die Wettbewerbsregeln, die unternehmensbezogen formuliert sind (Art. 101 und 102 AEUV), um bestimmte Wettbewerbsverfälschungen durch Unternehmen (hierzu gehören auch öffentliche Unternehmen) zu unterbinden.²² Die unternehmensbezogenen Regeln dienen dem Schutz eines vorgefundenen Wettbewerbs vor Verfälschungen, die Unternehmen – insbesondere durch ihre Marktmacht – verursachen.²³ Aus ökonomischer Sicht richtet sich das von diesen Regeln verfolgte Gemeinwohlziel auf die dem Wettbewerb immanenten Gemeinwohlleistungen, die die Produktion und Allokation privater Güter und Dienstleistungen betreffen, die auf Wettbewerbsmärkten am effizientesten produziert werden.²⁴ Insbesondere in Bezug auf den dynamischen Wettbewerbsprozess fördert die Verhinderung missbräuchlicher Verhaltensweisen und wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unternehmerische Innovationen, die zu technischem Fortschritt als der entscheidenden Ursache für die Erhöhung wirtschaftlichen Gemeinwohls führen.²⁵ Unabhängig davon wird die Entwicklung eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs auf früheren staatlichen Monopolmärkten durch Art. 106 AEUV gewährleistet. Die Vorschrift des Art. 106 AEUV bezweckt den Ausgleich der strukturellen Überlegenheit der öffentlichen Unternehm-

funktionen) (hierzu *Schmidt*, Wettbewerbspolitik, S. 11 f.). In europäischer Perspektive wird der Wettbewerb insbesondere zur Integration des Binnenmarktes instrumentalisiert, der einen Raum für wirtschaftliche Wohlfahrt eröffnet. Der AEUV selbst enthält aber keine ausdrückliche Regelung, welche ökonomische Wohlfahrt der Wettbewerb erbringen soll. Neuerdings zeigt sich – im Rahmen des More Economic Approach der EU-Kommission – eine starke Tendenz zur Berücksichtigung der Konsumentenwohlfahrt. Dahinter steht der Gedanke, dass sich bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen im Lichte wohlfahrtstheoretischer Erkenntnisse rechtfertigen lassen.

¹⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 26.

²⁰ EuGH, EuZW 2011, 339, Rn. 20 f.

²¹ Bereits in seinem Urteil vom 13.07.1966 hat der EuGH ausgeführt, der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt auf die Beseitigung von Handelshemmnissen zwischen den EU-Mitgliedstaaten gerichtet sei, könne nicht zulassen, dass Unternehmen solche Hemmnisse erneut errichten (GRUR Ausl. 1966, 580, 581).

²² *Müller-Graff*, in: Dausen/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, Abschn. A. I., Rn. 134.

²³ *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 18.

²⁴ *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 10.

²⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission „Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“, KOM (2010) 2020, S. 24.

men im Wirtschaftsverkehr und schützt so auch den Wettbewerb vor Verfälschungen.²⁶

Schließlich soll der AEUV auch Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt entgegenwirken, die durch staatlich gewährte Beihilfen entstehen.²⁷ Die Wirtschaftsförderung durch Beihilfen zählt zu den wirtschaftspolitischen Instrumenten des Staates, um Wirtschaftsabläufe zu beeinflussen.²⁸ Mit diesem Instrument werden in der Regel wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele verfolgt.²⁹ Jedoch werfen derartige Beihilfen spezifische unionsrechtliche Probleme insbesondere dann auf, wenn sie selektiv bestimmten Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig gewährt werden, in dem aktueller oder potentieller Wettbewerb herrscht.³⁰ Dies ist zum einen ein Problem, weil eine staatliche Beihilfe die Chancengleichheit von Unternehmen im Wettbewerb stört, indem sie die Marktstellung bestimmter Unternehmen gegenüber aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern künstlich stärkt (Wettbewerbsverfälschung).³¹ Darüber hinaus kann eine solche Beihilfe eine dem Binnenmarkt entgegenstehende protektionistische Wirkung entfalten und damit die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten gefährden.³² Also ist eine Beihilfekontrolle erforderlich, um Widersprüche zwischen wettbewerbsexternen Interessen und dem Wettbewerb zu beseitigen.³³

II. Das Vergaberecht und sein Verhältnis zum Wettbewerbsrecht

1. Begriff und Zweck des Vergaberechts

Unter dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist die Gesamtheit derjenigen Regeln und Vorschriften zu verstehen, die der öffentlichen Hand beim Einkauf von wirtschaftlichen Gütern oder bei der Inanspruchnahme von Leistungen am Angebotsmarkt mittels eines entgeltlichen Vertrages eine bestimmte Vorgehensweise vorschreiben.³⁴

Im Zuge der Vollendung des europäischen Binnenmarkts musste der traditionelle haushaltsrechtliche Ansatz des nationalen Vergaberechts teilweise aufgegeben werden. Nicht mehr die Grundsätze wirtschaftlicher wie auch sparsamer

²⁶ *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 18.

²⁷ So ausdrücklich Art. 107 Abs. 1 AEUV.

²⁸ *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 788.

²⁹ *Ziekow*, ÖffWiR, S. 65.

³⁰ Europäische Kommission, Bekanntmachungsentwurf zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Rn. 188.

³¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilferecht, 1. Teil, I. Abschnitt, B, Rn. 307.

³² *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 788.

³³ *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 84.

³⁴ *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637.

Haushaltsführung zu beachten steht im Vordergrund des nationalen Vergaberechts.³⁵ Es ist unter dem Einfluss des Unionsrechts auf den Wettbewerb neu ausgerichtet.³⁶ Dahinter steht, der Gedanke, dass „Gemeinwohlziele über den Wettbewerb verfolgt werden“.³⁷ Die staatliche Verwaltung entdeckt also den „Wettbewerb als Handlungsform [...], um das Gemeinwohl zu fördern“.³⁸

Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt ein Hauptzweck des Vergaberechts in der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für einen grenzüberschreitenden Bieterwettbewerb.³⁹ Wesentliche Impulse zur Wettbewerbsöffnung gingen und gehen von der Europäischen Union aus. Alle EU-Vergaberichtlinien betonen in ihren Erwägungsgründen die Zielsetzung, neuen Wettbewerb zu organisieren.⁴⁰ Sie dient vor allem der Verwirklichung des Binnenmarktes.⁴¹ Künstliche Marktzutrittsschranken sollen also beseitigt und so die öffentlichen Beschaffungsmärkte der Mitgliedstaaten für möglichst umfassenden Wettbewerb geöffnet werden.⁴² Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Wettbewerbsgedanken für die Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich aufgenommen und die zentralen Bestimmungen des nationalen Vergaberechts im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt (sog. wettbewerbsrechtliche Lösung).

Was unter Wettbewerb zu verstehen ist, definiert das nationale Vergaberecht nicht. Der Wortlaut des Wettbewerbs lässt nicht erkennen, welche Anforderungen an eine wettbewerbliche Vergabe zu stellen sind. Die im vierten Teil des GWB und in den aufgrund des vierten Teils des GWB im Verordnungswege erlassenen Regelungen verwendeten Ausdrücke, wie z. B. „Vergabe öffentlicher Aufträge im Wettbewerb“⁴³, „wirksamer Wettbewerb“⁴⁴ bzw. „Vergabe im Leistungswettbewerb“⁴⁵, helfen bei der Auslegung nicht weiter. Denn der Wettbewerbsbegriff ist kein abschließend definierbarer, sondern ein offener Rechtsbegriff. Darüber hinaus führt das GWB nicht aus, welche Unterschiede in seinem Rahmen zwischen dem Kartell- und dem Vergaberecht bestehen. Allerdings sind beide Rechtsbereiche danach zu unterscheiden, welche Gemeinwohlziele über einen funktionsfähige

³⁵ *Kirchner*, VergabeR 2010, 725, 726.

³⁶ Hierzu eingehend *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 3 f.

³⁷ *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 4.

³⁸ *Kersten*, VVDstRL 2010, 288, 289.

³⁹ EuGH, NVwZ 1990, 353, Rn. 21; EuGH, NZBau 2000, 153, Rn. 26.

⁴⁰ Erwägungsgrund 1 VRL; Erwägungsgrund 2 SRL; Erwägungsgrund 8 KVR.

⁴¹ Das Vergaberecht ist in dieser Perspektive „Marktöffnungsrecht“, *Basedow*, Der Staat als Nachfrager, S. 61 f.

⁴² *Egger*, Europäisches Vergaberecht, Rn. 84.

⁴³ § 97 Abs. 1 GWB.

⁴⁴ § 127 Abs. 4 S. 1 GWB.

⁴⁵ § 76 Abs. 1 S. 1 VgV.

gen Wettbewerb verfolgt werden. Wie bereits erörtert, bezieht sich das Kartellrecht (entspricht Art. 101 und 102 AEUV) darauf, die wettbewerbsimmanenten Leistungen zu gewährleisten. Hingegen richtet sich das mit dem Vergaberecht verfolgte primäre Ziel nicht auf eine wettbewerbsimmanente Leistung,⁴⁶ weil die eingekauften Waren oder Dienstleistungen der Erledigung von staatlichen Aufgaben dienen,⁴⁷ um wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele zu verwirklichen, die sich über einen Wettbewerbsmarkt nicht erreichen lassen.⁴⁸ Der Wettbewerb wird also für die Erreichung eines Zwischenziels genutzt – die Auswahl des besten Angebots –, das dem staatlichen Auftraggeber hilft, wettbewerbsexterne Aufgaben zu erfüllen wie etwa, medizinische Schutzausrüstung zur Verfügung zu stellen oder die Umwelt zu schützen.⁴⁹

Wenn die öffentliche Hand den auf der Angebotsseite bestehenden Wettbewerb nutzen will, muss sie einen zuvor nicht bestehenden Bieterwettbewerb rechtlich schaffen.⁵⁰ Anders ausgedrückt: Durch Ausschreibungen der öffentlichen Hand muss ein eigener Markt begründet werden (sog. Ausschreibungsmarkt). Um potentiellen Bietern freien Zugang zu den Ausschreibungsmärkten zu verschaffen, hat das Vergaberecht hier vor allem die Aufgabe, die öffentliche Hand daran zu hindern, ihre besondere Nachfragemacht durch grundlose Benachteiligung von einzelnen Bietern zu missbrauchen.⁵¹

Über diese bisher skizzierten Zwecke hinaus ist dem Vergaberecht auch der Zweck der Durchsetzung von außerökonomischen, d. h. politischen Interessen zugeschrieben worden.⁵² Die Berücksichtigung derartiger Interessen hat infolge der Novelle der EU-Vergaberichtlinien zunehmend an Bedeutung gewonnen. Eine Auftragsvergabe im Wettbewerb soll auch zur „Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“⁵³ genutzt werden.

2. Bieterwettbewerb und Binnenmarkt

Wie bereits erwähnt, liegt ein Hauptzweck des Vergaberechts in der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für einen unverfälschten Bieterwettbewerb.

⁴⁶ *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 89.

⁴⁷ *Burgi*, NZBau 2009, 609, 611 ff.

⁴⁸ *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 28.

⁴⁹ *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 30; vgl. OLG Naumburg, VergabeR 2013, 55, 64, wonach „die Organisation von Wettbewerb im Rahmen der Beschaffung nicht Selbstzweck ist, sondern ein Mittel zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln“.

⁵⁰ *Kirchhof*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 18.

⁵¹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht, Rn. 834.

⁵² Hierzu eingehend C. I. 2.

⁵³ Erwägungsgrund 2 VRL; Erwägungsgrund 4 SRL.

Das Vergaberecht dient deshalb neben dem Wettbewerbsrecht auch zur Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.⁵⁴ Deshalb sieht Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 VRL vor, dass ein Vergabeverfahren nicht mit der Absicht durchgeführt werden darf, den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Daraus ergibt sich die allgemeine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, den Wettbewerb nicht zu verfälschen.⁵⁵

Zwar enthält der AEUV keine speziellen Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe. Dennoch ist er für das Vergaberecht von großer Bedeutung.⁵⁶ Art. 106 Abs. 1 AEUV sieht ausdrücklich vor, dass der Staat, wenn er sich auf einem Markt als Nachfrager betätigt,⁵⁷ alle Maßnahmen zu unterbinden hat, die dem AEUV widersprechen.⁵⁸ Bedeutung im Bereich des Vergaberechts haben vor allem die Grundfreiheiten.⁵⁹ Sie sollen einen Binnenmarkt mit einem freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Personen gewährleisten.⁶⁰ Die europarechtliche Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge soll die Hemmnisse für den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen beseitigen.⁶¹ Bereits in ihrem Weißbuch aus dem Jahr 1985 für die Verwirklichung des Binnenmarktes deutete die EU-Kommission die fortdauernde Aufsplitterung in einzelstaatliche Vergabemärkte als eine der augenfälligsten Schranken auf dem Weg zur Vollendung eines echten Binnenmarktes und maß der gemeinschaftlichen Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens die zentrale Bedeutung zu.⁶² Ebenso betonte der 1988 im Auftrag der EU-Kommission verfasste Cecchini-Bericht die wesentliche Bedeutung der Liberalisierung der Beschaffungsmärkte.⁶³ Das daraufhin erlassene EU-Vergaberecht enthält eine große Anzahl von Grundsätzen, die bei nationaler Auftragsvergabe von erheblicher Bedeutung sind. Die Grundsätze dienen vor allem der Neutralisierung von Nachfragemacht der öffentlichen Hand, die die Chancengleichheit von Bietern im Wettbewerb bedrohen oder beeinträchtigen könnte.⁶⁴ Insofern wird dem Grundsatz von Gleichbehandlung eine hohe Bedeutung beigemessen, was insbesondere auch durch die Aufnahme in die Grundsätze des EU-Vergaberechts betont wird.

⁵⁴ Wolf, VergabeR 2011, 27, 29.

⁵⁵ Vgl. EuGH, NZBau 2020, 461, Rn. 69 ff.

⁵⁶ Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, Vor §§ 97 ff., Rn. 48.

⁵⁷ Vgl. aber EuGH, Urt. v. 11.07.2006, Az. C-205/03 P.

⁵⁸ Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, Vor §§ 97 ff., Rn. 48.

⁵⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Einl. GWB, Rn. 11 ff.

⁶⁰ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 24.

⁶¹ EuGH, VergabeR 2001, 111, Rn. 16.

⁶² Europäische Kommission, Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes, Rn. 81, 87.

⁶³ Cecchini, Europa '92: Der Vorteil des Binnenmarktes, 1988.

⁶⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10, S. 54.

Um Chancengleichheit im Wettbewerb zu gewährleisten, verpflichtet das EU-Vergaberecht die Mitgliedstaaten dazu, den rechtswidrig übergangenen Bewerbern bzw. Bieterinnen subjektive Klagerechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften einzuräumen, die vor mitgliedstaatlichen Gerichten (oder mindestens in einer gerichtähnlichen Kontrollbehörde) durchgesetzt werden können.⁶⁵ Die Subjektivierung der Vergabevorschriften soll effektiven Rechtsschutz gegen Vergaberechtsverstöße ermöglichen.⁶⁶ Darüber hinaus werden die durch subjektive Rechtspositionen der Unternehmen gesicherten privaten Interessen zur Durchsetzung des mit dem EU-Vergaberecht verfolgten Ziels der Öffnung der Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb instrumentalisiert.⁶⁷

3. Das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbsrecht

a) Kartellrecht

aa) Zweck des Kartellrechts

Das Kartellrecht ist als wettbewerbsbezogenes Recht zu qualifizieren.⁶⁸ Der Wettbewerbsbezug kann ohne ein Verständnis des Wettbewerbs nicht erfasst werden. Der Begriff des Wettbewerbs wird allerdings weder im AEUV noch im GWB definiert. In der wettbewerbstheoretischen Literatur sind hierfür verschiedene Definitionen entwickelt worden,⁶⁹ jedoch für die Praxis nur von begrenzter Bedeutung.⁷⁰ Denn der Wettbewerb ist ein hochkomplexes System, dessen Ergebnisse im Allgemeinen nicht vorherzusehen sind.⁷¹

Es liegt auf der Hand, dass Wettbewerb dort entsteht, wo Wirtschaftsteilnehmer ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit im Wirtschaftsverkehr genießen.⁷² Je mehr die Handlungsfreiheit entfaltet werden kann, desto mehr wächst wirtschaftliches Gemeinwohl.⁷³ Das Kartellrecht regelt jedoch nicht positiv, was der Wettbewerb erbringen soll, sondern verbietet „negative Störungen des freien Wettbewerbspro-

⁶⁵ So EuGH, VergabeR 2001, 111, Rn. 16, wonach „die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Gemeinschaftsebene [...] die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen soll, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten“.

⁶⁶ Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 40.

⁶⁷ Basedow, Der Staat als Nachfrager, S. 72.

⁶⁸ Das Kartellrecht wird als Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn bezeichnet.

⁶⁹ Hierzu Langen/Bunte, in: Langen/Bunte, KartellR, Einf. zum GWB, Rn. 63 ff.

⁷⁰ Wiedemann, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 1, § 1, Rn. 3.

⁷¹ Wiedemann, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 1, § 1, Rn. 3.

⁷² Emmerich, KartellR, S. 2.

⁷³ Zum Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl, Magen, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 42 ff.

zesses“.⁷⁴ Mit anderen Worten: Es beschäftigt sich nur mit der Frage, wie der Wettbewerb vor Beschränkungen durch „marktkonstituierende Regelungen“⁷⁵, geschützt werden kann, die den freien Wettbewerb im Marktprozess optimieren sollen.^{76,77} Die wettbewerbsoptimierenden Normen schützen unmittelbar die Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer im ergebnisoffenen Marktprozess.⁷⁸ Im Vordergrund steht hier das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb,⁷⁹ also der Schutz des Wettbewerbs als Institution.

bb) Das Verhältnis des Vergaberechts zum Kartellrecht

Das Vergaberecht und das Kartellrecht regeln den Wettbewerb unter verschiedenen Perspektiven. Das Vergaberecht richtet sich gegen das wettbewerbsverfälschende Potential eines Auftraggebers, das Kartellrecht gegen Einschränkungen der wettbewerbslichen Handlungsfreiheit.⁸⁰ Beide Rechtsbereiche dienen unmittelbar oder mittelbar dem Schutz von Individualinteressen aller potentiellen Bieter, soweit sie in enger Verknüpfung mit einem System unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts⁸¹ freien Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten erfordern.⁸² Beide Rechtsbereiche ergänzen daher einander, und ihre Vorschriften sind also so anzuwenden, dass ihre Zielsetzungen einander nicht widersprechen. Insbesondere bei der Einbeziehung außerökonomischer Ziele in einen Beschaffungsvorgang darf die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete

⁷⁴ Kersten, VVDstRL 2010, 288, 296.

⁷⁵ Schmidt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 92, Rn. 8.

⁷⁶ Kersten, VVDstRL 2010, 288, 290 f.

⁷⁷ Daher steht im Fokus des Kartellrechts die Kontrolle bestimmter Wettbewerbsbeschränkungen: Es schützt den Wettbewerb vor wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (§ 1 GWB), vor dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB), vor diskriminierenden Verhaltensweisen von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB) und auch vor erheblicher Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs als Folge von Unternehmenszusammenschlüssen (§§ 35 ff. GWB).

⁷⁸ Kersten, VVDstRL 2010, 288, 290 f.

⁷⁹ Vgl. dazu auch BVerfG, GRUR 2001, 266, 267, wonach der Schutz des freien Wettbewerbs vor missbräuchlicher Ausübung wirtschaftlicher Machtstellungen „zu den durch die Verfassung anerkannten Belangen des Allgemeinwohls zählt (vgl. Art. 74 I Nr. 16 GG), die grundsätzlich geeignet sind, Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen“.

⁸⁰ Diese Unterscheidung ergibt sich auch aus der Verschiedenheit der Normadressaten. Kartellrechtliche Verbotstatbestände richten sich an Unternehmen. Adressaten des Vergaberechts sind dagegen Auftraggeber i. S. v. § 98 GWB, die den Wettbewerb durch willkürliche Bevorzugung oder Diskriminierung einzelner Bieter verfälschen könnten.

⁸¹ Art. 3 Abs. 3 EU i.V.m. dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

⁸² Vgl. zum Zusammengang von Wettbewerbssystem und Binnenmarkt, *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 26 ff.

Zielsetzung des Kartellrechts nicht beeinträchtigt werden.⁸³ Darüber hinaus sind bei der Bündelung der Nachfrage die kartellrechtlichen Grenzen zu beachten.⁸⁴ Um derartige Widersprüche zu vermeiden, muss ein Vergabeverfahren wettbewerbsneutral durchgeführt werden.⁸⁵

Ziele und Instrumente beider Rechtsbereiche orientieren sich im Wesentlichen am Wettbewerb, wenn das Kartellrecht Wettbewerbsbeschränkungen beseitigen und das Vergaberecht möglichst allen potentiellen Bietern effektiven Marktzutritt zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten gewähren soll. Es ist grundsätzlich weder Aufgabe des Vergaberechts, wettbewerbliche Marktstrukturen sicherzustellen, noch gegen Verhaltensweisen vorzugehen, die mit der freiheitssichernden Zielsetzung des Kartellrechts nicht vereinbar sind. Es liegt auf der Hand, dass bereits ein Vergaberechtsverstoß nicht zur Bejahung eines Kartellrechtsverstoßes ausreicht.⁸⁶ Eine Maßnahme eines Auftraggebers kann aber sowohl gegen das Vergaberecht als auch gegen das Kartellrecht verstoßen, soweit der Auftraggeber dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff⁸⁷ unterfällt.⁸⁸ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Auftraggeber, die häufig, aber nicht in der Regel eine marktstarke Stellung haben, Bieter ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln.⁸⁹ Insofern beeinflussen beide Rechtsbereiche einander bei der Verhinderung von Missbräuchen der Nachfragemacht der öffentlichen Hand.⁹⁰ Allerdings darf die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze nicht dadurch unterschätzt werden, dass die Einbeziehung von Kartellrechtsfragen in das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren ohne Weiteres angenommen wird.⁹¹ Also verlangen die unterschiedlichen Zielsetzungen, die Verschiedenheit der Normadressaten sowie die unterschiedlichen Sanktionsmöglichkeiten, beide Rechtsbereiche aufeinander abzustimmen.

b) Lauterkeitsrecht

aa) Zweck des Lauterkeitsrechts

Das Lauterkeitsrecht, das als Wettbewerbsrecht im engeren Sinn bezeichnet wird und im Wesentlichen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt ist, soll die Lauterkeit im Wettbewerb schützen und unlautere Wettbe-

⁸³ BGH, NZBau 2000, 189, 192.

⁸⁴ *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 4 VgV, Rn. 2; *Fülling*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 4 VgV, Rn. 6.

⁸⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10, S. 54.

⁸⁶ Vgl. *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 74.

⁸⁷ Zum funktionalen Unternehmensbegriff, D. II. 2. a) aa) (1).

⁸⁸ Vgl. aber EuGH, Urt. v. 11.07.2006, Az. C-205/03 P.

⁸⁹ *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 53.

⁹⁰ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 130 GWB, Rn. 80 ff.

⁹¹ Zur insoweit umstrittenen Frage des Rechtswegs, E. III. 3. c).

werbsmethoden dort bekämpfen, wo diese die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs verfälschen. Ohne den Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs ist die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung unmöglich.⁹² Insofern hängen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht eng zusammen. Sie sind einander ergänzende Regelungen zum Schutz des Wettbewerbs im Interesse der Marktbeteiligten und im Allgemeininteresse und haben also übereinstimmende Schutzzwecke.⁹³

In Bezug auf die Schutzzwecke des UWG lässt sich sowohl nach dem Schutzsubjekt (Wer wird durch das UWG geschützt?) als auch nach dem Schutzobjekt (Was wird durch das UWG geschützt?) fragen. Beide Antworten gehen aus § 1 UWG hervor, der die Schutzzwecktrias kodifiziert. Danach schützt das UWG die Interessen von Unternehmern (Mitbewerber, sonstige Marktteilnehmer), Verbrauchern vor unlauterem Wettbewerb⁹⁴ (§ 1 S. 1 UWG) und der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (Schutz des Wettbewerbs als Institution) (§ 1 S. 2 UWG).⁹⁵ § 1 UWG regelt also gesetzlich die Schutzzwecke des UWG in Bezug auf die Schutzsubjekte – Unternehmer, Verbraucher – und auf das Schutzobjekt – den lautereren, unverfälschten Wettbewerb.⁹⁶ Die Formulierung des § 1 S. 2 UWG betont jedoch, dass das Allgemeininteresse Wettbewerbsbezug aufweisen muss. Neben diesem auf den Wettbewerbsschutz ausgerichteten Interesse ist also für andere Allgemeininteressen (z.B. Tier- oder Umweltschutz) kein Raum.⁹⁷ Was die Schutzzwecke betrifft, geht die Regierungsbegründung von einem integrierten Ansatz aus, sodass Unternehmer, Verbraucher und Allgemeinheit gleichberechtigt sind und „gleichermaßen und gleichrangig geschützt werden“.⁹⁸ Hinter diesem Ansatz steht der Gedanke, dass „das Verhalten von Unternehmen am Markt im Prinzip unteilbar ist“⁹⁹ und dass „durch ein unlauteres Verhalten Verbraucher und Mitbewerber [...] gleichermaßen geschädigt (werden)“.¹⁰⁰

bb) Das Verhältnis des Vergaberechts zum Lauterkeitsrecht

Die Ziele des Vergaberechts und des Lauterkeitsrechts orientieren sich aus unterschiedlichen Gründen am Wettbewerb. Wie bereits erwähnt, ist ein Hauptziel des Vergaberechts die Herstellung echten Wettbewerbs auf den Beschaffungs-

⁹² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, Einl., Rn. 6.11.

⁹³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, Einl., Rn. 6.11.

⁹⁴ Heute: unlautere geschäftliche Handlungen.

⁹⁵ Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 30.

⁹⁶ Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 1 UWG, Rn. 9.

⁹⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/1487, S. 16.

⁹⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/1487, S. 15 f.

⁹⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10145, S. 11.

¹⁰⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10145, S. 11.

märkten. Diesbezüglich gilt das Vergaberecht als „Markttöffnungsrecht“.¹⁰¹ Seine wettbewerbspolitische Ausrichtung geht insofern über die des Lauterkeitsrechts hinaus, als seine Vorschriften nicht den Marktzugang als notwendige Grundvoraussetzung für Wettbewerb schützen¹⁰², während das Vergaberecht neuen Bieterwettbewerb zu organisieren bestimmt ist, der die Brücke zum Marktzutritt schlägt.

Das Vergaberecht erfordert aber in deutlicher Überschneidung mit dem Lauterkeitsrecht die Gleichbehandlung aller Bieter. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Teilnahme von Bietern an einem Vergabeverfahren, die durch Rechtsbruch einen Wettbewerbsvorsprung erlangen und damit auch gegen § 3a UWG verstoßen. Welcher Wettbewerbsvorsprung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs vergaberechtlich unzulässig oder unerwünscht ist, ist in § 124 GWB abschließend genannt.¹⁰³ Nach § 124 Abs. 1 GWB kann ein Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Die Vorschrift des § 124 Abs. 1 GWB beinhaltet einen umfangreichen Katalog fakultativer Ausschlussgründe, in deren Rahmen Verstöße gegen außervergaberechtliche Normen in Betracht kommen. Diese reichen von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB)¹⁰⁴ bis zum Verstoß gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Hier zeigt vor allem die Vorschrift des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB, wie sehr die öffentliche Beschaffung für die Verfolgung von politikorientierten Zielen einsetzbar ist.¹⁰⁵ In diesem Zusammenhang geht die Funktion des § 124 Abs. 1 GWB insofern über § 3a UWG hinaus, als diese letztere Vorschrift nur gegen den Wettbewerbsvorsprung durch Verletzung von Marktverhaltensregelungen gerichtet ist.

Die Klärung der Frage, ob ein Verstoß gegen das Vergaberecht zugleich einer gegen § 3a UWG ist, betrifft ein über das Vergaberecht hinaus weisendes Problem. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁰⁶ kann ein Vergaberechtsverstoß zu-

¹⁰¹ Zum Vergaberecht als Instrument der Markttöffnung, *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 18.

¹⁰² Diese Sicht hat der BGH bereits im Urteil zu kommunalen Elektroarbeiten vom 25.04.2002 eingenommen und geschlossen, dass der unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelungen erfolgte Marktzutritt der öffentlichen Hand nicht als Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. UWG gewertet werden kann (VergabeR 2002, 467, 469); *Köhler*, GRUR 2001, 777, 780: „Das Wettbewerbsrecht setzt [...] den Marktzutritt von Unternehmen und damit das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses voraus. Es kann und will nur das Marktverhalten, nicht aber den Marktzutritt regeln.“

¹⁰³ Hierzu D.I.

¹⁰⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106: „Die Formulierung in § 124 Absatz 1 Nummer 4, die Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe d der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, greift die Formulierung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 1 auf.“

¹⁰⁵ OECD, Öffentliche Vergabe in Deutschland, S. 205.

¹⁰⁶ BGH, VergabeR 2008, 925.

gleich unlauter i. S. d. § 3a UWG sein, weil die Vorschriften des vierten Teils des GWB, die „die Vertragsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber ein(schränken) und [...] dadurch unmittelbar ihr Marktverhalten bei der Auswahl von Vertragspartnern (regeln)“¹⁰⁷, Marktverhaltensregeln i. S. d. § 3a UWG sind. Folgt man der Ansicht des BGH, ist dann zu fragen, ob jede Verletzung von Vergaberechtsvorschriften auch als Verstoß gegen die Lauterkeit im Wettbewerb gewertet werden muss. Das OLG Düsseldorf hat hierzu zutreffend entschieden, dass nicht in jedem Vergaberechtsverstoß eine Unlauterkeit gesehen werden kann, sondern nur Verstöße gegen solche Vergabevorschriften in Betracht kommen, die das Leitbild eines fairen und gleichen Wettbewerbs konkretisieren.¹⁰⁸

Problematisch ist, ob im Vergabeverfahren unterlegene Bieter ihre Ansprüche gegen die öffentliche Hand nach dem UWG vor den ordentlichen Gerichten geltend machen können. Denn zwischen dem Auftraggeber und einem (potentiellen) Bieter besteht keine Wettbewerbsbeziehung. Auf Vorschriften des UWG gestützte Wettbewerbsklagen gegen Auftraggeber sind jedoch grundsätzlich möglich.¹⁰⁹ Dies folgt unmissverständlich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, wonach auch die Förderung fremden Wettbewerbs eine Wettbewerbshandlung ist.¹¹⁰ Diese Voraussetzung kann erfüllt sein, wenn die öffentliche Hand ohne sachlichen Grund bestimmte einzelne Bieter bevorzugt oder benachteiligt.¹¹¹ In diesem Zusammenhang stellt sich die wichtige Grundsatzfrage, ob ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen Auftraggeber nach dem UWG von den Vergabekammern zu prüfen ist. Denn § 156 Abs. 2 GWB sieht vor, dass sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber nur vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden können. Umstritten ist also, ob und inwieweit Wettbewerbsverstöße im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden können.¹¹²

c) Das Verhältnis des Vergaberechts zu anderen Rechtsgebieten

Im Rahmen des Vergaberechts ist neben dem Wettbewerbsrecht vor allem das Beihilferecht bedeutsam. Für die Sicherstellung eines fairen und gleichen Wettbewerbs wäre es problematisch, wenn Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen, die staatliche Beihilfen erhalten haben, da sie niedrige Angebote abgeben können und also einen Wettbewerbsvorsprung haben.¹¹³ Das Vergaberecht steht

¹⁰⁷ BGH, VergabeR 2008, 925, 930.

¹⁰⁸ OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 68; ebenso Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.77.

¹⁰⁹ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 26.

¹¹⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2 UWG, Rn. 54.

¹¹¹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Vorb. zu §§ 97 ff. GWB, Rn. 183.

¹¹² Zur insoweit umstrittenen Frage des Rechtswegs, E. III. 3. d).

¹¹³ Lausen, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 60 VgV, Rn. 17.

jedoch der Teilnahme solcher Bieter am Vergabeverfahren nicht entgegen, obwohl das derartigen staatlichen Beihilfen innewohnende Risiko von Wettbewerbsverfälschungen besteht.¹¹⁴ Auch der EuGH geht von diesem Verständnis aus: In seinem Urteil in der Sache ARGE Gewässerschutz von 2000 führte der Gerichtshof aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch dann nicht verletzt ist, wenn die staatlichen Zuwendungen dem Bieter ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen der nicht subventionierten Bieter liegen.¹¹⁵ Daraus folgt zum einen, dass aus dem in § 97 Abs. 2 GWB verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung keine Pflicht zur Prüfung abgeleitet werden kann, ob die Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde, also einer der in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV abschließend genannten Ausnahmetatbestände vorliegt. Zum anderen ergibt sich daraus, dass es nicht Aufgabe des Vergaberechts ist, marktbedingte Ungleichheiten im Vergabeverfahren auszugleichen.¹¹⁶ Nach § 60 VgV, § 33 VSVgV und § 54 SektVO können dennoch Angebote abgelehnt werden, deren Preis ungewöhnlich niedrig ist. Dies gilt auch dann, wenn die Preisreduzierung durch europarechtswidrige Beihilfen ermöglicht wurde. Im Interesse der Gleichbehandlung ist ein automatischer Ausschluss der betroffenen Angebote allerdings unzulässig;¹¹⁷ vielmehr ist dem betroffenen Bieter zunächst die Gelegenheit zu geben nachzuweisen, dass er die Beihilfe auf rechtmäßige Weise erhalten hat.¹¹⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Rückzahlungsverpflichtung einer rechtswidrig gewährten Beihilfe die von § 122 Abs. 2 GWB geforderte finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters infrage stellt.¹¹⁹ Wenn daher der Bieter nicht (fristgemäß) nachweisen kann, dass die Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde, muss sein Angebot ausgeschlossen werden.¹²⁰

In diesem Zusammenhang ist weiterhin die Bedeutung des Kommunalwirtschaftsrechts im Bereich des Vergaberechts umstritten. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob Kommunen oder ihre Unternehmen an einem Vergabeverfahren teilnehmen können. Es ist nicht von vornherein unzulässig, dass sich Kommunen oder ihre Unternehmen wirtschaftlich betätigen und also mit privaten Unternehmen konkurrieren.¹²¹ Dennoch stellt sich häufig die Frage, inwieweit die öffent-

¹¹⁴ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 58.

¹¹⁵ EuGH, VergabeR 2001, 28, Rn. 25.

¹¹⁶ *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 22.

¹¹⁷ Vgl. Verordnungsbegründung, BR-Drs. 87/16, S. 216, wonach „ein Angebot, dessen ungewöhnlich niedriger Preis darauf beruht, dass das Unternehmen auf rechtmäßige Weise staatliche Beihilfen empfängt oder empfangen hat, nicht ausgeschlossen werden darf“.

¹¹⁸ So ausdrücklich § 60 Abs. 4 S. 1 VgV, § 33 Abs. 3 S. 1 VSVgV und § 54 Abs. 4 S. 1 SektVO.

¹¹⁹ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 82.

¹²⁰ *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 60 VgV, Rn. 23.

¹²¹ *Antweiler*, VergabeR 2001, 259, 262.

liche Hand unternehmerisch tätig werden darf. Diese Frage beantwortet das Grundgesetz nicht. Im Rahmen der verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen ist das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral.¹²² Hieraus hat das BVerwG gefolgert, dass die in Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit nicht vor Wettbewerb und also auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand schütze,¹²³ weil das Hinzutreten des Staates als Konkurrent lediglich eine weitgehend systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks beinhalte.¹²⁴ Etwas anderes könne ausnahmsweise dann gelten, wenn die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb die private Konkurrenz unmöglich mache oder unzumutbar einschränke.¹²⁵ Also dürfte die Bedeutung des Grundgesetzes im Rahmen der Diskussion um die wirtschaftliche Betätigung des Staates gering sein.¹²⁶ Eine Ausnahme bildet aber die in Art. 28 Abs. 2 GG postulierte kommunale Selbstverwaltungsgarantie.¹²⁷ Nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG haben die Gemeinden das Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“. Die Art und Weise der Erledigung der örtlichen Angelegenheiten können sie im Rahmen der Gesetze selbst wählen; hierzu gehört auch die wirtschaftliche Betätigung.¹²⁸ Die Vorschrift des Art. 28 Abs. 2 GG beinhaltet aber keine Aussage, unter welchen Voraussetzungen eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zulässig ist. Konkrete Regelungen zu den Voraussetzungen finden sich in den Gemeindeordnungen der Bundesländer, die der wirtschaftlichen Betätigung die folgenden Schranken setzen (sog. Schrankentrias): Kommunale wirtschaftliche Unternehmen dürfen nur errichtet und betrieben werden, wenn ein öffentlicher Zweck das Unternehmen rechtfertigt¹²⁹ bzw. erfordert¹³⁰, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht¹³¹ und wenn schließlich der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder werden kann.¹³² Insbesondere der letzterwähnte sog. Subsidiaritätsgrundsatz hat wettbewerbliche Bedeutung.¹³³ In diesem Zusammenhang stellt

¹²² Hierzu eingehend Ziekow, *ÖffWiR*, S. 15 f.

¹²³ Hierzu eingehend Hertwig, *NZBau* 2008, 355 ff.; Brünig, *NVwZ* 2012, 671 ff.

¹²⁴ BVerwG, *NJW* 1995, 2938, 2939.

¹²⁵ BVerwG, *NJW* 1995, 2938, 2939.

¹²⁶ BKartA, *Der Staat als Unternehmer*, S. 10.

¹²⁷ BKartA, *Der Staat als Unternehmer*, S. 10.

¹²⁸ Schink, *NVwZ* 2002, 129, 133.

¹²⁹ § 85 Abs. 1 Nr. 1 RhPfGO; § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO BW.

¹³⁰ Art. 87 Abs. 1. Nr. 1 BayGO; § 107 Abs. 1 Nr. 1 NRWGO.

¹³¹ § 85 Abs. 1 Nr. 2 RhPfGO; § 102 Abs. 1 Nr. 2 GO BW; Art. 87 Abs. 1. Nr. 2 BayGO; § 107 Abs. 1 Nr. 2 NRWGO.

¹³² § 85 Abs. 1 Nr. 3 RhPfGO; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW; Art. 87 Abs. 1. Nr. 4 BayGO; § 107 Abs. 1 Nr. 3 NRWGO.

¹³³ Gurlit, *VergabeR* 2017, 221, 223.

sich die Frage, ob Angebote von kommunalen Unternehmen, die gegen die oben beschriebenen Zulassungsschranken verstoßen, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können oder sogar müssen. Eng damit zusammen hängt die Frage, ob Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen eine Befugnis zur Prüfung des kommunalen Wirtschaftsrechts haben. Die Antwort auf diese Frage ist nach wie vor umstritten.¹³⁴

III. Zwischenfazit

1. Zu den Zielen der Union gehört es, einen wettbewerbsorientierten Binnenmarkt zu errichten. Dessen Herstellung in diesem Sinn setzt zweierlei voraus: die Offenhaltung der mitgliedstaatlichen Märkte und zudem den Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen.

2. Ein Hauptziel des Vergaberechts liegt in der Schaffung eines grenzüberschreitenden Bieterwettbewerbs. Unter diesem Gesichtspunkt ist Wettbewerb zwischen Bieter besonders schützenswert. Das Vergaberecht dient neben dem Wettbewerbsrecht auch zur Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.

3. Das Vergabe- und das Kartellrecht regeln den Wettbewerb aus verschiedenen Blickwinkeln. Einmal geht es um die Bekämpfung wettbewerbswidriger Maßnahmen der öffentlichen Hand durch willkürliche Bevorzugung oder Diskriminierung von einzelnen Bieter, zum anderen um den Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen. Das Vergaberecht ist kein Sonderrecht gegenüber dem Kartellrecht, das dessen Anwendung ausschließt. Im Einzelfall können beide Rechtsgebiete, obwohl sie unterschiedliche Zielrichtungen haben, nebeneinander zur Anwendung kommen. Insofern stellt sich die Grundsatzfrage, ob das Kartellrecht in den Prüfungsrahmen des Vergabe- und Nachprüfungsverfahrens einzubeziehen ist.

4. Bedeutung im Rahmen des Vergaberechts hat neben dem Kartellrecht das Lauterkeitsrecht. Jenes verlangt in deutlicher Überschneidung mit diesem die Gleichbehandlung aller Bieter. Im Interesse eines fairen und gleichen Wettbewerbs können beide Rechtsgebiete nebeneinander zur Anwendung gelangen, wenn dieselbe Betätigung sowohl gegen das Vergabe- als auch gegen das Lauterkeitsrecht verstößt. Umstritten ist insoweit die Frage, ob und inwieweit lauterkeitsrechtliche Verstöße im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden können.

5. Im Hinblick auf den Grundsatz eines chancengleichen Bieterwettbewerbs ist es prinzipiell unproblematisch, wenn Kommunen oder ihre Unternehmen an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Jedoch kann es problematisch sein, kommu-

¹³⁴ Zur insoweit umstrittenen Frage des Rechtswegs, E. III. 3. e).

nale Unternehmen, die gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelungen verstoßen, an einem Bieterwettbewerb zu beteiligen. Umstritten ist insofern die Frage, ob die Zulässigkeit des Marktzutritts von Gemeinden und ihren Unternehmen aufgrund öffentlich-rechtlicher Regelungen Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens durch das Zivilgericht sein kann.

Vorweg möchte ich betonen, dass die Beantwortung der oben beschriebenen Fragen von der im Vergaberecht herrschenden wettbewerbspolitischen Ausrichtung abhängt. Das folgende Kapitel befasst sich daher mit der Bedeutung der allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze.

C. Grundsätze des Vergaberechts

In diesem Kapitel wird die Bedeutung der allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts beleuchtet, um dadurch den in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedanken besser zu verstehen. Das vorliegende Kapitel dient einer Vorbereitung der späteren Kapitel, denn die Frage, ob und inwieweit ein Wettbewerbsverstoß im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden kann, setzt ein Verständnis der allgemeinen Vergabegrundsätze voraus.

I. Wettbewerbsziel und darüber hinausgehende Ziele

1. Wettbewerbsziel

a) Die Bedeutung des Wettbewerbsziels

Der Hauptzweck des Vergaberechts besteht, wie schon erwähnt,¹ in der Öffnung von Beschaffungsmärkten für einen grenzüberschreitenden Bieterwettbewerb.² Dies findet sich in § 97 Abs. 1 GWB positiviert. Danach sind öffentliche Aufträge und Konzessionen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben.

Um dem Wettbewerbsziel zu entsprechen, soll das Vergabeverfahren möglichst wettbewerbsoffen gestaltet werden³ und darf nicht von vornherein auf einzelne Unternehmen beschränkt durchgeführt werden.⁴ Ein möglichst verzerrungsfreier Bieterwettbewerb muss Machtpositionen der öffentlichen Hand bedrohen können. Insofern wird dem Wettbewerbsziel eine gesellschaftspolitische Funktion zugewiesen.⁵ Es geht dabei um die Neutralisierung von Nachfragemacht der öffentlichen Hand durch offene Märkte.⁶ Alle Maßnahmen, die den Kreis der Bieter unnötig einengen, würden also in Widerspruch zum in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedanken geraten.⁷ Würde beispielsweise das Angebot eines öffentlichen Unternehmens, das als Bieter an einem Ausschreibungsverfahren einer anderen Einrichtung der öffentlichen Hand teilnimmt, zwingend ausgeschlos-

¹ B. II. 1.

² EuGH, VergabeR 2008, 758, Rn. 31.

³ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 6.

⁴ Ruthig/Storr, ÖffWiR, Rn. 1052.

⁵ Zu den gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs, Emmerich, KartellR, S. 3 f.

⁶ Vgl. hierzu auch BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10, S. 54.

⁷ Vgl. Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 59 f.

sen, so würde dies zu einer vom Vergaberecht nicht bezweckten Beschränkung des Bieterkreises führen.⁸ Eine derartige Einschränkung des Wettbewerbs würde dem Wettbewerbsziel und dem seiner Verwirklichung dienenden Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen.⁹ Eine künstliche Verringerung des Wettbewerbskreises ist dann zulässig, wenn sie durch den Charakter der zu vergebenden Leistungen oder eine besondere Marktstruktur gerechtfertigt ist.¹⁰

Die vom Vergaberecht bezweckte Organisation möglichst intensiven Wettbewerbs beruht auf dessen positiven Wirkungen und deshalb hat der Gesetzgeber diesem Wettbewerbsziel eine hohe Bedeutung gegenüber dem ursprünglichen primären Ziel des kostengünstigen Einkaufs zugemessen, indem er das materielle Vergaberecht im GWB zusammengefasst hat.¹¹ Das Wettbewerbsziel war jedoch bislang bereits in den verschiedenen Verdingungsordnungen verankert und insofern ergibt sich aus der Aufnahme des Wettbewerbsziels in § 97 Abs. 1 GWB nichts grundsätzlich Neues.¹²

Besteht der in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsgedanke darin, in einem formalen Vergabeverfahren i. S. v. § 119 GWB den freien Zugang möglichst vieler potentieller Bieter zu den Beschaffungsmärkten zu gewährleisten, so wird dieser Wettbewerbsgedanke durch solche Vergabevorschriften verwirklicht, die das Leitbild eines fairen und transparenten Wettbewerbs konkretisieren.^{13,14} Diesem Verständnis liegt die Erkenntnis zugrunde, dass eine wettbewerbliche Vergabe Gleichbehandlung und Transparenz voraussetzt.¹⁵ Zwischen Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz bestehen insofern enge Zusammenhänge.¹⁶

Beim Wettbewerbsziel handelt es sich um einen programmatischen Grundsatz.¹⁷ Das Wettbewerbsziel begründet kein subjektives Recht i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB,¹⁸ weshalb eine Verletzung des Wettbewerbsziels von Bewerbern und Bie-

⁸ *Ruthig/Storr*, ÖffWiR, Rn. 1054.

⁹ *Ruthig/Storr*, ÖffWiR, Rn. 1054.

¹⁰ *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 6.

¹¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 14.

¹² *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 12.

¹³ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 5 und 9.

¹⁴ Dieses Verständnis wird durch den Umstand bestätigt, dass die EU-Vergaberichtlinien ausdrücklich die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz unter den Prinzipien ausführen, während nur in den Erwägungsgründen offener Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausdrücklich Erwägung findet.

¹⁵ BGH, VergabeR 2010, 945 Rn. 30, unter Hinweis auf EuGH, VergabeR 2008, 758 Rn. 31 f.

¹⁶ Zum systematischen Zusammenhang zwischen dem Wettbewerbsziel und den seiner Verwirklichung dienenden Grundsätzen, *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 2 ff.

¹⁷ A. A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07.

¹⁸ A. A. *Lux*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 21.

tern nicht selbstständig geltend gemacht werden kann.¹⁹ Darüber hinaus lassen sich zur Ausfüllung bestehender Regelungslücken heranzuziehende normative Grundsätze dem Wettbewerbsziel nicht entnehmen.²⁰ Auch die neuere Rechtsprechung des EuGH stützt dieses Verständnis: In seinem Urteil vom 18.05.2020 hat der Gerichtshof aus Art. 18 Abs. 1 VRL²¹ die allgemeine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers abgeleitet, die nicht den Wettbewerb zu verfälschen.²² Aus dem in Art. 18 Abs. 1 VRL verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz hat er gefolgert, dass eine horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht dazu führen dürfe, dass ein privates Unternehmen bessergestellt werde als seine Wettbewerber, auch wenn das Besserstellungsverbot in Art. 12 Abs. 4 VRL nicht ausdrücklich erwähnt werde.²³ So lässt sich etwa auch ein Gebot, Vergabewettbewerb newcomerfreundlich zu organisieren, dem Wettbewerbsziel nicht entnehmen.²⁴ Außerdem kann das Wettbewerbsziel nicht herangezogen werden, um nach öffentlichem Recht bestehende Rechtsschutzlücken zu schließen.²⁵

Die Bedeutung der Aufnahme des Wettbewerbsziels in § 97 Abs. 1 GWB liegt darin, stets den Wettbewerbsgedanken im Vergaberecht aufrechtzuerhalten.²⁶ Insofern hat bei unbestimmten Rechtsbegriffen (auf Tatbestandsseite) oder Ermessen (auf Rechtsfolgenseite) das Wettbewerbsziel eine auslegungsunterstützende Wirkung.^{27,28} Aber nur dort, wo die Vorschriften des Vergaberechts einen spezi-

¹⁹ A. A. *Antweiler*, VergabeR 2001, 259, 267.

²⁰ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4.

²¹ Danach müssen zum einen die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise behandeln und transparent und verhältnismäßig handeln, und zum anderen darf das Vergabeverfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Dabei gilt eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

²² EuGH, VergabeR 2020, 734, Rn. 63 ff.; hierzu auch Schlussanträge GA, VergabeR 2020, 163, Rn. 91 ff.

²³ EuGH, VergabeR 2020, 734, Rn. 70.

²⁴ Wenn jedoch ein Auftraggeber eine marktbeherrschende Stellung innehat, hat er eine besondere Verantwortung dafür, Newcomern die Möglichkeit zu gewähren, am Vergabeverfahren erfolgreich teilzunehmen. Vgl. BKartA, Beschl. v. 11.11.2002, Az. VK 2 – 82/02, S. 20.

²⁵ A. A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07.

²⁶ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4.

²⁷ *Burgi*, NZBau 2008, 29, 33; *Müller-Wrede*, in: *Müller-Wrede*, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4; *Aicher*, in: *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 12, Rn. 17; *Fuchs*, in: *Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 48; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4.

²⁸ Beispielsweise ist das Wettbewerbsprinzip als Auslegungsmaßstab für den Begriff „wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung“ i. S. v. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB heranzuziehen. Nach dem Wettbewerbsgedanken ist nicht von einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung auszugehen, wenn ein Bieter Kenntnis vom Inhalt derjenigen Angebote

fischen Wettbewerbsbezug aufweisen, entfaltet dieses Ziel eine eigenständige materielle Bedeutung als Auslegungsmaßstab.²⁹

b) Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Bietern sind zu unterbinden. Dieser Grundsatz findet sich beispielsweise in § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A, wonach „wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen (sind)“. Wettbewerbsbeschränkung und Unlauterkeit sind als unbestimmte Rechtsbegriffe zu qualifizieren.³⁰ Obwohl die beiden Begriffe nie abschließend definiert werden können, liegt es doch auf der Hand, dass sie wettbewerbsbezogen auszulegen sind.

Der Begriff ‚Wettbewerbswidrigkeit‘ ist nichts anderes als der Gegenbegriff zu ‚Wettbewerb‘. Die Frage, in welcher Art und Weise der Beteiligung der Bieter am Wettbewerb (das Wie der wettbewerblichen Betätigung) wettbewerbswidrige Praktiken liegen können, hängt daher von der im Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB herrschenden wettbewerbspolitischen Ausrichtung ab. Wenn sich Bieterwettbewerb dort ereignet, wo (potentielle) Bieter die Teilnahmemöglichkeit an einem Vergabeverfahren unter chancengleichen und transparenten Wettbewerbsbedingungen genießen,³¹ liegt es auf der Hand, dass eine Wettbewerbswidrigkeit dann anzunehmen ist, wenn bestimmte Bieter durch Beeinträchtigung von Chancengleichheit und Transparenz einen Wettbewerbsvorsprung genießen. Die Begriffe der Wettbewerbsbeschränkung und Unlauterkeit sind also im Lichte der den in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgedanken verwirklichenden Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz zu verstehen.³² Mit anderen Worten: Die Begriffe sind rechtstechnisch nicht im klassischen lauterkeits- und kartellrechtlichen Sinne zu verstehen.³³

hat, die für andere Lose abgegeben wurden. Denn die Lose stehen nicht in einem tatsächlichen Wettbewerbsverhältnis zueinander. *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 68.

²⁹ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 8.

³⁰ *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, 51.

³¹ BGH, VergabeR 2010, 945 Rn. 30, unter Hinweis auf EuGH, VergabeR 2008, 758, Rn. 31 f.

³² Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 6.

³³ So aber OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07: Der Wettbewerbsgrundsatz enthalte „den konkreten, an den öffentlichen Auftraggeber gerichteten Normenwendungsbefehl, bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags jede nur denkbare Wettbewerbsbeschränkung zu unterbinden“. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung umfasse „in einem denkbar weit zu verstehenden Sinn jede Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs (vgl. den Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB, auch wenn diese Normen andere Ziele als die vergaberechtlichen Vorschriften verfolgen)“. „Der Wettbewerb ist umfassend zu schützen. Demnach sind auch Verhaltensweisen zu unterbinden, die zwar nicht gegen Vorschriften des UWG, wohl aber gegen solche anderer Gesetze verstoßen und dadurch den Wettbewerb ... stören.“

In diesem Zusammenhang setzt das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden und unlauteren Verhaltensweise im oben beschriebenen Sinne nicht zwingend einen Verstoß gegen lauterkeits- und kartellrechtliche Bestimmungen voraus.³⁴ Einen derartigen Verstoß zu verfolgen oder zu sanktionieren, ist nicht Sache des Auftraggebers. Um einen funktionierenden Bieterwettbewerb zu gewährleisten, übernimmt er nur die Verpflichtung, gegen die den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz zuwiderlaufenden Verhaltensweisen mit den in § 124 Abs. 1 Nr. 4, 6 und 9 GWB vorgesehenen Instrumenten einzuschreiten.³⁵ Wegen in § 124 Abs. 1 GWB nicht genannter, aber dennoch in den Augen des Auftraggebers als wettbewerbswidrig einzustufender Verhaltensweisen darf ein Bieterausschluss nicht erfolgen.³⁶ Es ist nicht Aufgabe des Auftraggebers, sondern des Gesetzgebers, (normativ) festzulegen, welche Verhaltensweisen erfahrungsgemäß einem funktionierenden Bieterwettbewerb widersprechen.³⁷ Eine Notwendigkeit, die Einhaltung der durch die lauterkeits- und kartellrechtlichen Vorschriften gezogenen Grenzen in einem Vergabeverfahren zu überprüfen, ergibt sich auch nicht aus dem in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedanken.³⁸ Nur in Ausnahmefällen, insbesondere dann, wenn ein chancengleicher und transparenter Wettbewerb auf andere Weise nicht mehr hergestellt werden kann, kann der Auftraggeber unter Berufung auf die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz den betroffenen Bieter auf Basis gesetzlich nicht geregelter Gründe von einem Bieterwettbewerb ausschließen.³⁹ Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

2. Über das Wettbewerbsziel hinausgehende Ziele: innovative, soziale und umweltbezogene Aspekte

a) Allgemeines

Die immense Nachfragemacht der öffentlichen Hand durch die Auftragsvergabe kann dazu benutzt werden, außerökonomische Ziele durchzusetzen, ohne hierfür andere Instrumente entwickeln zu müssen.⁴⁰ Insofern wird der Verfolgung außerökonomischer Aspekte bei der Vergabe „eine wichtige Steuerungswirkung“⁴¹ zugemessen.

³⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 6.

³⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 5.

³⁶ Zum abschließenden Charakter der Ausschlussgründe, Otting, VergabeR 2016, 316, 321.

³⁷ Vgl. Gurlit, VergabeR 2017, 221, 226.

³⁸ Vgl. Müller-Wrede, VergabeR 2011, 46, 48.

³⁹ Vgl. zur Reservefunktion der vergaberechtlichen Grundsätze, Burgi, NZBau 2008, 29, 32 f.

⁴⁰ Ziekow, ÖffWiR, S. 189.

⁴¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 113 als Ausführungsbedingungen.

In neuerer Zeit ist auf der Ebene des EU-Vergaberechts eine Akzentverlagerung zu erkennen. Der europäische Richtlinienggeber betreibt mit zunehmender Deutlichkeit eine inhaltliche Ausrichtung des Vergaberechts an außerökonomischen Interessen. Die Berücksichtigung derartiger Interessen, die früher als vergabefremde Kriterien oder Sekundärzwecke genannt wurden, hat infolge der Novelle der EU-Vergaberichtlinien zunehmend an Bedeutung gewonnen.⁴² Ziel ist es, „die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen“.⁴³ Den Hintergrund dafür bildet „wachstumsfördernde Innovation“.⁴⁴ Elemente sind „intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“.⁴⁵ Diese Zielsetzungen haben einen über das Wettbewerbsziel hinausgehenden Gehalt.

Wettbewerb und wachstumsfördernde Innovation im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben bedingen einander wechselseitig. Ohne Wettbewerb ist die Sicherung wachstumsfördernder Innovationen kaum möglich. Die Organisation von Bieterwettbewerb wird als Mittel genutzt, um Innovationen zu befördern, die zu technischem Fortschritt führen.⁴⁶ Eine Nutzung des öffentlichen Auftragswesens zur Verfolgung außerökonomischer Ziele steht aber in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einem Bieterwettbewerb.⁴⁷ Beispielsweise kann etwa die Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte zu einer Beschränkung des Wettbewerberskreises führen, wenn sich potentielle Bieter, die zwar eine Markteintrittsfähigkeit als Wettbewerber besitzen, den festgelegten umweltbezogenen Kriterien jedoch nicht genügen, deshalb nicht am Wettbewerb um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligen können. Starke Anforderungen unter Berufung auf außerökonomische Ziele können sich nachteilig insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen auswirken.⁴⁸ Bei der Berücksichtigung außerökonomischer Aspekte ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, um das Interesse an einem möglichst breiten Bieterwettbewerb und jenes an einer wachstumsfördernden Innovation in Einklang zu

⁴² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 68.

⁴³ Erwägungsgrund 2 VRL.

⁴⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 60.

⁴⁵ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020, S. 12; hierzu auch Erwägungsgrund 47 VRL: „Forschung und Innovation, einschließlich Öko-Innovation und sozialer Innovation, gehören zu den Haupttriebkraften künftigen Wachstums und stehen im Mittelpunkt der Strategie ‚Europa 2020‘ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum.“ Erwägungsgrund 95 VRL, wonach „öffentliche Aufträge insbesondere als Motor für Innovationen eine entscheidende Rolle spielen, was für das künftige Wachstum in Europa von großer Bedeutung ist“.

⁴⁶ Hierzu eingehend *Fuchs*, JRP 2012, 288. Vgl. auch Erwägungsgrund 47 VRL: „Öffentliche Auftraggeber sollten die öffentliche Auftragsvergabe strategisch optimal nutzen, um Innovationen voranzutreiben.“

⁴⁷ Ziekow, DÖV 2015, 897; ebenso *Burgi*, Vergaberecht, S. 80.

⁴⁸ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 97 GWB, Rn. 236.

bringen.⁴⁹ Eine überhöhte Gewichtung solcher außerökonomischen Kriterien, die nur bestimmte Wettbewerber erfüllen können, kann darüber hinaus eine Diskriminierungswirkung entfalten.⁵⁰ Bei der Einbeziehung außerökonomischer Ziele in einen Beschaffungsvorgang hat daher der öffentliche Auftraggeber die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz zu wahren.⁵¹

Als vergaberechtlicher Ausgangspunkt für die über das Wettbewerbsziel hinausgehende Zielrichtung kommt vor allem § 97 Abs. 3 GWB in Betracht, wonach „bei der Vergabe Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe des vierten Teils des GWB berücksichtigt (werden)“. Nach § 97 Abs. 3 GWB können derartige Aspekte in allen Phasen eines Vergabeverfahrens einbezogen werden, in der Leistungsbeschreibung, bei der Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie im Rahmen von Ausführungsbedingungen.⁵² Trotz des eindeutigen Wortlauts („werden [...] berücksichtigt“) besteht allerdings keine zwingende Berücksichtigungspflicht zu Einbeziehung bestimmter Belange.⁵³ Eine solche Pflicht kann allerdings im Einzelfall im Hinblick auf die energieeffiziente Beschaffung (§§ 67, 68 VgV) oder die Berücksichtigung der Interessen von Menschen mit Behinderung (§ 121 Abs. 2 GWB) bestehen.⁵⁴ Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung bestimmter Belange erfolgt bei den jeweiligen Vergabevorschriften.⁵⁵ Allgemein gültige Voraussetzung hierfür ist ein Bezug zum jeweiligen Auftragsgegenstand.⁵⁶

b) Einzelne Aspekte

aa) Soziale Aspekte

Gemäß § 97 Abs. 3 GWB können auch soziale Gesichtspunkte bei der Auftragsvergabe verfolgt werden. Der EuGH hat bereits 1988 im Beentjes-Urteil ausgeführt, dass die Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen als

⁴⁹ *Fehns-Böer*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 137 ff.

⁵⁰ *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 97.

⁵¹ EuGH, NVwZ 1990, 353, Rn. 30 ff.

⁵² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 68.

⁵³ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 61.

⁵⁴ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 62; vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 68.

⁵⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 68.

⁵⁶ Erwägungsgrund 97 VRL: „Die Bedingung eines Bezugs zum Auftragsgegenstand schließt allerdings Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert. Daher sollte es öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet sein, von Bietern eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.“

Kriterien in einem Vergabeverfahren festgelegt werden kann, sofern der Gleichbehandlungs- und der Transparenzgrundsatz beachtet werden.⁵⁷ Bereits nach Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG konnten besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags unter Berücksichtigung sozialer Aspekte aufgestellt werden.

Als Beispiele für soziale Anforderungen sind etwa zu nennen: Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Erfüllung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO).⁵⁸ Zu den Anforderungen, die soziale Aspekte betreffen können, ist etwa die Einhaltung bestimmter Arbeits- und Gesundheitschutzstandards bei der Herstellung der beschafften Ware oder Dienstleistung zu rechnen.⁵⁹ Nach der Max Havelaar-Entscheidung des EuGH kann eine Ausführungsbedingung, wonach der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammen sollen, einen zulässigen sozialen Aspekt darstellen.⁶⁰ In den Bereich der sozialen Aspekte fällt auch die Einhaltung der Tariftreue- und Mindestentgeltverpflichtungen. Soweit die Landesvergabegesetze gemäß § 129 GWB die Tariftreue- oder Mindestlohnvorschriften enthalten, müssen diese Vorschriften mit der Dienstleistungsfreiheit – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁶¹ – vereinbar sein.⁶² Gemäß § 121 Abs. 2 GWB sind bei der Definition des Beschaffungsbedarfs ebenfalls die Kriterien der Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen und des „Designs für Alle“⁶³ zu berücksichtigen.

bb) Umweltbezogene Aspekte

Das Vergaberecht formuliert ausdrücklich den Grundsatz nachhaltiger, energieeffizienter und ressourcenschonender Beschaffung.⁶⁴ Dahinter steht ein weitreichender Begriff der Ökologisierung.⁶⁵ Umweltbezogene Aspekte gemäß § 97 Abs. 3 GWB dienen insbesondere der Umsetzung der den Mitgliedstaaten nach Art. 11 AEUV obliegenden Verpflichtung zur Förderung der Erfordernisse des Umweltschutzes und einer nachhaltigen Entwicklung.⁶⁶ Derartige Aspekte sind für das Vergaberecht in keiner Weise etwas Neues. Bereits nach § 97 Abs. 4 S. 2

⁵⁷ EuGH, NVwZ 1990, 353, Rn. 30 ff. als Ausführungsbedingung.

⁵⁸ Erwägungsgrund 98 VRL.

⁵⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 128 GWB, Rn. 34.

⁶⁰ EuGH, VergabeR 2012, 569, Rn. 89 f.

⁶¹ Latzel, NZBau 2014, 673, 674.

⁶² Hierzu eingehend Ziekow, DÖV 2015, 897, 900.

⁶³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 100.

⁶⁴ Haak, NZBau 2015, 11, 13.

⁶⁵ Haak, NZBau 2015, 11, 12.

⁶⁶ Erwägungsgrund 91 VRL.

GWB a.F. konnten umweltbezogene Aspekte im Rahmen von Ausführungsbedingungen berücksichtigt werden. Auch nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen Umweltschutzkriterien wie die Höhe der Stickoxidemissionen oder der Lärmpegel von Bussen aufgestellt werden.⁶⁷

Wie die nunmehr in § 97 Abs. 3 GWB verankerte Möglichkeit, umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen, verwirklicht werden kann, ist einzelnen Vorschriften zu entnehmen. Beispielsweise können gemäß § 128 Abs. 2 GWB solche Ausführungsbedingungen festgestellt werden, die sich auf umweltbezogene Aspekte beziehen, sofern diese Bedingungen einen Bezug zum jeweiligen Auftragsgegenstand⁶⁸ aufweisen und insbesondere keine diskriminierende Wirkung haben.⁶⁹ Als Beispiele für umweltbezogene Ausführungsbedingungen sind etwa zu nennen: die Herstellung der bestellten Ware ohne giftige Chemikalien, die Bereitstellung der erworbenen Dienstleistungen unter Einsatz energieeffizienter Maschinen, ökologische Anforderungen an die Anlieferung, Verpackung und Entsorgung von Waren und sowie die Abfallminimierung und die Ressourceneffizienz.⁷⁰ Im Hinblick auf umweltbezogene Belange wird darüber hinaus der Energiewende eine hohe Bedeutung zugemessen. So sieht etwa § 67 VgV die Pflicht vor, Anforderungen an die Energieeffizienz bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen zu berücksichtigen.⁷¹

cc) Aspekte der Innovation

Der europäische Richtliniengeber weist auf die zentrale Bedeutung von Innovation hin und sieht die Generierung und die Umsetzung neuer Ideen in innovative Waren und Dienstleistungen als Mittelpunkt für ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum an.⁷² Innovation steht daher insoweit in einem engen Zusammenhang mit Nachhaltigkeit.⁷³ Nachhaltigkeit wiederum betrifft häufig soziale und umweltbezogene Aspekte;⁷⁴ einzelne Begriffe werden miteinander kombiniert (z.B. Öko-Innovation und soziale Innovation⁷⁵). Der in § 97 Abs. 3 GWB zum Ausdruck kommende Aspekt der Innovation ist daher im Gesamtzusammenhang

⁶⁷ EuGH, VergabeR 2002, 593, Rn. 57, 64 f. als Zuschlagskriterium.

⁶⁸ Hierzu zählen „alle Faktoren, die mit dem konkreten Prozess der Herstellung, Bereitstellung oder Vermarktung zusammenhängen. Dies schließt Bedingungen in Bezug auf die Ausführung des Auftrags mit ein, jedoch nicht Anforderungen in Bezug auf eine allgemeine Unternehmenspolitik“. Erwägungsgrund 104 VRL.

⁶⁹ Erwägungsgrund 104 VRL.

⁷⁰ Erwägungsgrund 97 VRL.

⁷¹ Verordnungsbegründung, BT-Drs. 18/7318, S. 201.

⁷² Erwägungsgrund 47 VRL.

⁷³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 82: „In jeder Phase eines Verfahrens [...] können [...] innovative (*nachhaltige*) Aspekte einbezogen werden.“

⁷⁴ Fehns-Böer, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 88.

⁷⁵ Erwägungsgrund 47 VRL.

mit den ebenso darin enthaltenen sozialen und umweltbezogenen Aspekten zu lesen.⁷⁶

Die Innovationen sollen sowohl einem optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis als auch einer Bewältigung großer gesellschaftlicher Herausforderungen dienen.⁷⁷ Hierbei wird unter Innovation „die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschließlich – aber nicht beschränkt auf – Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, eine neue Vermarktungsmethode oder ein neues Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen, u. a. mit dem Ziel, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen“⁷⁸ verstanden.

Eine besondere Bedeutung im Hinblick auf Innovationen für ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum kommt dem mit der GWB-Novelle 2016 neu im Gesetz geregelten Verfahren der Innovationspartnerschaft zu, das durchgeführt werden kann, soweit der Bedarf an innovativen Waren oder Leistungen nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Lösungen befriedigt werden kann.⁷⁹ Mit dieser speziellen Verfahrensart soll es den Auftraggebern ermöglicht werden, eine langfristige Innovationspartnerschaft nicht nur für die Entwicklung, sondern auch für den anschließenden Erwerb neuer, innovativer Waren, Dienst- oder Bauleistungen zu begründen,⁸⁰ ohne eine erneute Ausschreibung durchführen zu müssen.⁸¹

Unabhängig von den in § 97 Abs. 3 GWB enthaltenen Aspekten findet sich nunmehr eine „weitreichende Öffnungsklausel“⁸² in § 129 GWB, wonach „Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden (dürfen)“. Aus dem eindeutigen Wortlaut des § 129 GWB („Ausführungsbedingungen [...] nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes“) folgt unmissverständlich zweierlei: Zum ersten ist die Vorschrift nicht auf Eignungs- oder Zuschlagskriterien anwendbar, sondern nur auf Ausführungsbedingungen.⁸³ Zum zweiten können zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung nur durch formelles Gesetz festgelegt werden.⁸⁴ Die Frage, ob auch die durch Bundes- oder Landesgesetz verbindlich vorgegebenen Ausführ-

⁷⁶ Fehns-Böer, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 88.

⁷⁷ Erwägungsgrund 47 VRL.

⁷⁸ Art. 2 Nr. 22 VRL, Art. 2 Nr. 18 SRL, Art. 5 Nr. 13 KVR.

⁷⁹ Erwägungsgrund 49 VRL.

⁸⁰ Erwägungsgrund 49 VRL; Verordnungsbegründung, BT-Drs. 18/7318, S. 163.

⁸¹ Huber, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 19 VgV, Rn. 2.

⁸² Kau, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 140.

⁸³ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 129 GWB, Rn. 7.

⁸⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 129 GWB, Rn. 5.

rungsbedingungen im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen müssen, beantwortet jedoch § 129 GWB nicht. Es liegt aber auf der Hand, dass derartige Bedingungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen.⁸⁵ Dieses Erfordernis ergibt sich bereits aus den EU-Vergaberichtlinien.⁸⁶

*c) Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Verwendung
von politikorientierten Zielen*

Eine Vergabe im Wettbewerb ist wesentlich durch die Trennung der Bereiche von Auftraggebern und Bieter gekennzeichnet. Gelten in letzterer Sphäre die Grundsätze von unternehmerischer Handlungsfreiheit und unverfälschtem Wettbewerb, so ist demgegenüber der Auftraggeber gehalten, einen chancengleichen und transparenten Bieterwettbewerb zu organisieren. Umstritten war und ist es auch bei diesen Voraussetzungen, inwieweit der Auftraggeber auf den Bieterwettbewerb Einfluss nehmen darf, und insbesondere, ob er bei der Einflussnahme auch politikorientierte Ziele verfolgen darf.⁸⁷ Im Streit steht aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive die Nachfragemacht der auftragsvergebenden öffentlichen Hand.⁸⁸

§ 97 Abs. 3 GWB verfolgt die über eine mikroökonomische Bedeutung hinausgehenden Gemeinwohlziele. Dabei ist die Nachfragemacht insofern positiv zu bewerten, als sie der Durchsetzung besonderer Gemeinwohlziele aus der Perspektive einer ‚langfristigen sozialen Wohlfahrt‘ (z. B. Soziales, Ökologisches usw.) dient,⁸⁹ d. h. die Auftragsvergabe aufgrund der Nachfragemacht der öffentlichen Hand als Instrument einer politischen Steuerung einsetzbar ist.⁹⁰ Der langfristige soziale Wohlfahrtsansatz steht im Einklang mit der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung.

Die Nachfragemacht ist jedoch auch ein Wettbewerbsproblem.⁹¹ Das Wettbewerbsrecht, insbesondere das Kartellrecht ist neutral dahingehend, ob die auftragsvergebende öffentliche Hand ihre Nachfragemacht dazu nutzt, politisch motivierte Gemeinwohlziele zu verfolgen.⁹² Auch ist es grundsätzlich nicht Aufgabe

⁸⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 129 GWB, Rn. 6; Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 129 GWB, Rn. 7.

⁸⁶ Art. 70 VRL, Art. 87 SRL, wonach (öffentliche) Auftraggeber besondere Ausführungsbedingungen festlegen können, sofern „diese [...] mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“.

⁸⁷ Hierzu eingehend Burgi, NZBau 2001, 64, 67 ff.

⁸⁸ Tätigkeitsbericht des BKartA 1997/1998, BT-Drs. 14/1139, S. 32.

⁸⁹ Ziekow, ÖfWiR, S. 189.

⁹⁰ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 97.

⁹¹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1997/1998, BT-Drs. 14/1139, S. 8; BGH, NZBau 2000, 189, 192; BGH, NZBau 2007, 459, 460.

⁹² BGH, NZBau 2007, 459, 460.

des Kartellrechts, aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive zu bewerten, ob bestimmte wettbewerbsexterne Interessen wettbewerbsimmanente Interessen überwiegen oder umgekehrt.⁹³ Dies liegt darin begründet, dass das Kartellrecht nur wettbewerbsimmanente Gemeinwohlziele verfolgt,⁹⁴ weil es hierdurch vor dem Druck politischer Entscheidungen geschützt wird.⁹⁵

Eine Ausnahme liegt jedoch dann vor, wenn die Berücksichtigung von politikorientierten Gemeinwohlbelangen dazu führen würde, dass der Wettbewerb um die Auftragsvergabe oder auf dem nachgelagerten Markt unzumutbar ausgeschlossen wäre.⁹⁶ Dies gilt auch dann, wenn die Einbeziehung strategischer Aspekte in Vergabeverfahren eine protektionistische Maßnahme darstellt (sog. versteckte Diskriminierung).⁹⁷ Voraussetzung dafür ist eine marktbeherrschende Stellung der auftragsvergebenden öffentlichen Hand. Kartellrechtsfragen stellen sich in diesem Zusammenhang nicht beim ‚Ob‘ der Berücksichtigung politikorientierter Ziele, sondern beim ‚Wie‘ des Schutzes des Wettbewerbs als Institution vor der politischen Instrumentalisierung der Auftragsvergabe.

Die öffentliche Hand verfügt häufig über eine marktbeherrschende Stellung. Sie nutzt aber ihre Nachfragemacht anders als sonstige nachfragemächtige Unternehmen nicht dazu, bessere Einkaufsbedingungen zu erhalten. Im Mittelpunkt stehen vielmehr Verhaltensweisen, die eine Ungleichbehandlung bestimmter Bieter und damit die wettbewerbswidrige Marktverschließung verursachen.⁹⁸ Derartiges wettbewerbswidriges Verhalten beruht vor allem auf einem besonderen Grund, nämlich der Verpflichtung staatlicher Nachfrager, bestimmte wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele zu verwirklichen.⁹⁹

Vor Einführung des modernen Vergaberechts zum 01.01.1999 wurde dem Kartellrecht die Aufgabe beigemessen, staatliche Nachfrager daran zu hindern, ihre Nachfragemacht durch grundlose Diskriminierung einzelner Bieter zu missbrau-

⁹³ Vgl. insoweit auch Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, Rn. 330, aufgrund politikorientierter Regelungen bleibe für „eine durch das Bundeskartellamt vorzunehmende Interessenabwägung zwischen den Vorschriften des Wettbewerbsrechts und politischen Anliegen der öffentlichen Hand dann kein Raum mehr“.

⁹⁴ Hierzu *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 79.

⁹⁵ Eine Ausnahme bildet § 42 Abs. 1 GWB, wonach „die Bundesministerin oder der Bundesminister für Wirtschaft und Energie auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss (erteilt), wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist“.

⁹⁶ BGH, NZBau 2007, 459, 460; BGH, NZBau 2000, 189, 192.

⁹⁷ BGH, NZBau 2000, 189, 192.

⁹⁸ *Basedow*, Der Staat als Nachfrager, S. 60.

⁹⁹ *Basedow*, Der Staat als Nachfrager, S. 61.

chen. Diese Aufgabe wurde seither insbesondere durch die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB verankerten Grundsätze Gleichbehandlung und Transparenz in das Vergaberecht inkorporiert. Die der Verwirklichung dieser Grundsätze dienenden Vergaberegeln, die bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB sind und deren Verletzung daher in einem Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemacht werden kann,¹⁰⁰ begrenzen Verhaltensspielräume der auftragsvergebenden öffentlichen Hand, die sich möglichen Gegenkräften entziehen können,¹⁰¹ also dem Druck des Bieterwettbewerbs, und lenken das staatliches Nachfrageverhalten bei der Berücksichtigung politikorientierter Ziele in rechtsstaatliche Bahnen. Ein anderes Ergebnis resultiert nicht daraus, dass das Vergaberecht keine Regelungen kennt, die sich ausdrücklich nur an nachfragemächtige Auftraggeber richten, denn ein Auftraggeber i. S. v. § 98 GWB hat ohnehin bieterschützende Bestimmungen i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB zu beachten, und zwar unabhängig von seiner Marktstellung.

Es liegt auf der Hand, dass dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung politisch motivierter Vergabeziele eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der GWB-Novelle 2016 zukommt.¹⁰² Dies bedeutet aber nicht, dass der Verfolgung politikorientierter Ziele die zentralen Vergabegrundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB Gleichbehandlung und Transparenz unterstellt werden können und die auftragsvergebende öffentliche Hand daher auf die Abwägung zwischen den mit der Förderung politikorientierter Aspekte verbundenen Vor- und Nachteilen verzichten kann.¹⁰³ Auch wenn die Berücksichtigung politikorientierter Maßnahmen notwendig ist, müssen die Maßnahmen verhältnismäßig sein, denn Auftragsvergabe ist, soweit sie durch die staatliche Stellung oder die damit verbundenen Unternehmen erfolgt, staatliches Handeln und dementsprechend ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz generell zu beachten, unabhängig davon, ob ein öffentlicher Auftraggeber über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Dieser Grundsatz wurde mit der GWB-Novelle 2016 neu in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB verankert und verlangt, bei Konflikten der Berücksichtigung politikorientierter Aspekte mit anderen Vergaberechtszielen zu einem Ausgleich zu erlangen.¹⁰⁴ Politikorientierte Ziele müssen also mit solchen Mitteln verfolgt werden, die die geringstmögliche und dennoch zur Erreichung der angestrebten Ziele hinreichende Wettbewerbsverfälschung mit sich bringen.¹⁰⁵ Dies gilt selbst dann, wenn gesetzliche Rege-

¹⁰⁰ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 22 und 43.

¹⁰¹ Hierzu auch BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10, S. 54.

¹⁰² Die sog. strategische Beschaffung wird durch § 97 Abs. 3 GWB in den Rang eines allgemeinen vergaberechtlichen Grundsatzes erhoben.

¹⁰³ Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 98; Fehns-Böer, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 137 ff.

¹⁰⁴ Fehns-Böer, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 139.

¹⁰⁵ Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Vergaberecht, C. III.

lungen eine Bevorzugung von bestimmte Gemeinwohlziele verfolgenden Unternehmen verlangen.¹⁰⁶

Zusammenfassend dürfte die praktische Bedeutung des Streits um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Verwendung von politikorientierten Zielen gering sein, weil das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB bereits über eigene Instrumente verfügt, mit denen die mit der Einbindung politikorientierter Ziele in ein Vergabeverfahren einhergehende Wettbewerbsverfälschung ohne den Umweg über das Wettbewerbsrecht unterbunden werden kann.

II. Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz

Wie bereits erwähnt, besteht eines der Hauptziele des Vergaberechts darin, die öffentlichen Beschaffungsmärkte für einen grenzüberschreitenden Wettbewerb zu öffnen. Das Ziel der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung kann nur dann tatsächlich erreicht werden, wenn allen potentiellen Bietern die Chance zu geben ist, zu gleichen und transparenten Wettbewerbsbedingungen Angebote abzugeben; Gleichbehandlung und Transparenz bilden in dieser Perspektive die Grundvoraussetzung für die Herstellung eines grenzüberschreitenden Bieterwettbewerbs.¹⁰⁷ Auch der EuGH geht von diesem Verständnis aus:

„Zu den Hauptzielen der Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen gehören die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten. Dieses doppelte Ziel verfolgt das Unionsrecht insbesondere durch die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter oder Bewerber und des sich daraus ergebenden Transparenzgebots.“¹⁰⁸

Demgemäß formuliert das Vergaberecht ausdrücklich die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz.

1. Gleichbehandlungsgrundsatz

a) Allgemeines

Eine Vergabe, die den grenzüberschreitenden Bieterwettbewerb nicht verzerrt, setzt voraus, dass sowohl alle tatsächlich an einem konkreten Vergabeverfahren teilnehmenden als auch potentiell an einem Auftrag interessierten Bieter¹⁰⁹

¹⁰⁶ Vgl. insoweit auch *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 118 GWB, Rn. 6, unter Hinweis auf Entscheidung des BGH, NZBau 2007, 459, die sich auf ein marktbeherrschendes Unternehmen bezog.

¹⁰⁷ *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 12, Rn. 14.

¹⁰⁸ EuGH, NZBau 2013, 783, Rn. 28.

¹⁰⁹ Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 2 GWB gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz für die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren. Der vierte Teil des GWB enthält keine abschließende Definition des Begriffs der Teilnehmer an einem Vergabeverfahren. Nach grammatikalischer Auslegung scheint es sich dabei nur um diejenigen zu handeln, die

gleichbehandelt werden müssen (§ 97 Abs. 2 GWB).¹¹⁰ Darin kommt zugleich zum Ausdruck, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz, regelmäßig in Verbindung mit dem Wettbewerbsgedanken i. S. v. § 97 Abs. 1 GWB, nicht nur tatsächliche, sondern auch potentielle Wettbewerber schützt.¹¹¹ Anders ausgedrückt: Nach dem durch § 97 Abs. 2 GWB formulierten Gleichbehandlungsgrundsatz dürfen wettbewerbliche Handlungsfreiheiten, die zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren führen können, nicht eingeschränkt werden.¹¹² Somit dient der Gleichbehandlungsgrundsatz der Verwirklichung des Ziels der grenzübergreifenden Öffnung der Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb¹¹³ und der Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen.¹¹⁴ Der Auftraggeber hat außerdem unabhängig von seiner Marktstellung den Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten.¹¹⁵

Eine Diskriminierung ist gemäß § 97 Abs. 2 GWB nur zulässig, soweit „eine Ungleichbehandlung aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder ge-

sich tatsächlich an einem konkreten Vergabeverfahren i. S. v. § 119 GWB beteiligen. So hat das Thüringer OLG, das erstmals diesen Begriff behandelt hat, entschieden, dass nur im Rahmen einer Sonderrechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Bieter, die erst durch die Einreichung eines Teilnahmeantrags bzw. eines Angebots zu bejahen ist, der Gleichbehandlungsgrundsatz seine Wirkung entfaltet und daher den Auftraggeber zur Gleichbehandlung der an einem konkreten Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter verpflichtet (VergabeR 2005, 492, 497). Jedoch ist der Begriff der Teilnehmer an einem Vergabeverfahren weit zu verstehen und daher nicht notwendig auf Teilnehmer eines formalen Vergabeverfahrens i. S. v. § 119 GWB beschränkt. Dahinter steht der Gedanke, dass der Vergabeverfahrensbegriff des § 97 Abs. 2 GWB in einem materiellen Sinne weit auszulegen ist. Hierzu *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 2 GWB, Rn. 31 ff.; so bereits EuGH, NZBau 2001, 275, Rn. 107 ff.

¹¹⁰ Insofern verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass „die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen“. EuGH, NZBau 2016, 506, Rn. 37.

¹¹¹ Rechtlicher Ausgangspunkt für die vergaberechtliche Feststellung einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ist insofern die Sicht potentieller Bieter; ebenso betont von *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 2 GWB, Rn. 31 ff.

¹¹² Insoweit ist auf das Urteil des EuGH zurückzugreifen. Der EuGH hat in der Rechtssache Stadt Halle, der eine De-facto-Vergabe zugrunde lag, unterstrichen, dass außer interner Überlegung oder Marktstudien alle Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens überprüfbar sein müssen. Hier hat der EuGH aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot und den Grundfreiheiten abgeleitet, dass auch die Entscheidung des Auftraggebers, einen Wettbewerb um einen Auftrag nicht durchzuführen, weil der Auftrag seiner Auffassung nach nicht in den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts fällt, nachprüfbar sein muss (VergabeR 2005, 44, Rn. 32 ff.). Dementsprechend können auch potentielle Bieter das Gleichbehandlungsgebot geltend machen.

¹¹³ EuGH, VergabeR 2008, 758, Rn. 32; Erwägungsgrund 1 und 90 VRL.

¹¹⁴ EuGH, NZBau 2016, 506, Rn. 38.

¹¹⁵ *Kling*, NZBau, 2018, 715.

stattet (ist)“. Eine solche ausdrückliche Ausnahme findet sich in § 97 Abs. 4 GWB,¹¹⁶ wonach „mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen (sind)“. Zu den zugelassenen Ausnahmen gehört auch die Drittlandsklausel des § 55 Abs. 1 SektVO, wonach „der Auftraggeber eines Lieferauftrags Angebote zurückweisen (kann), bei denen der Warenanteil zu mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes aus Ländern stammt, die nicht Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind und mit denen auch keine sonstigen Vereinbarungen über gegenseitigen Marktzugang bestehen“. Die Anwendung außerökonomischer Kriterien stellt hingegen keine gestattete Ungleichbehandlung dar, weil ihre durch §§ 127–129 GWB geregelte Zulassung als Zuschlagskriterium oder Ausführungsbedingung ohne Ausnahme dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegt.¹¹⁷

Dieser Grundsatz ist bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB und kann zur Ausfüllung verbleibender Lücken herangezogen werden.¹¹⁸

b) Die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hat zwei Dimensionen. Zum einen folgt er aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist am allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 zu messen.¹¹⁹ Die Auftragsvergabe stellt eine Form staatlicher Machtausübung dar und ist damit gemäß Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebunden.¹²⁰ Der durch Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Gleichheitsgrundsatz verlangt in materieller Hinsicht, dass der öffentliche Auftraggeber die Auswahl unter den Bietern nach den Kriterien der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragserfüllung treffen muss, und in prozessualer Hinsicht, dass alle potentiellen Bieter gleichmäßig über den zu vergebenden Auftrag durch öffentliche Ausschreibung zu informieren sind.¹²¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Gleichheitsgrundsatz verletzt, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.¹²²

¹¹⁶ *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 55; *Ruthig/Storr*, ÖffWiR, Rn. 1054; *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 2 GWB, Rn. 49.

¹¹⁷ *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 97 Abs. 2 GWB, Rn. 17.

¹¹⁸ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4 und 22.

¹¹⁹ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 18.

¹²⁰ BVerfG, VergabeR 2006, 871, 877 ff.

¹²¹ *Pünder*, VerwArch 2004, 38, 42 ff.

¹²² BVerfG, NJW 2000, 3341, 3342.

Zum anderen hat der Gleichbehandlungsgrundsatz unionsrechtliche Wurzeln. Primärrechtlich ist der Gleichbehandlungsgrundsatz unmittelbarer Ausdruck des Art. 18 AEUV,¹²³ wonach „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten (ist)“. Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich allerdings bei diesem Verbot um eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes.¹²⁴ Im europäischen Vergaberecht enthält der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit die gleichen Chancen beim Zugang zum Wettbewerb erhalten müssen,¹²⁵ er also auch dann anwendbar ist, wenn keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit besteht.¹²⁶ Insofern geht der im EU-Sekundärrecht von VRL, SRL und KVR verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz über das primärrechtliche Diskriminierungsverbot hinaus.¹²⁷

Um die wettbewerbliche Chancengleichheit der Bieter zu garantieren und hierdurch das Ziel der Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den Wettbewerb zu verwirklichen, verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB unmittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Unzulässig sind jedoch auch mittelbare Diskriminierungen, die „durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen“. ¹²⁸ Mittelbare Diskriminierungen treten häufig in Form von Ansässigkeitspflichten auf. Ein typisches Beispiel dafür ist eine Beschränkung des Wettbewerbs auf Bewerber, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind.¹²⁹ Dass die Ansässigkeit als Unterscheidungskriterium gewählt wird, ist allerdings von vornherein nicht verboten. Jedoch müssen, wie der EuGH klargestellt hat, die wettbewerbsbeschränkende Vergabemaßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses wie dem Schutz von Leben und Gesundheit von Personen gerechtfertigt und geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.¹³⁰

Im Hinblick auf mittelbare Diskriminierungen sind solche Vergabebedingungen verboten, die zwar auch von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten erfüllt werden können, dies aber nur mit größeren Schwierigkeiten als von einheimischen Bietern.¹³¹ Der EuGH sah eine mittelbare Diskriminierung in der Bezugnahme

¹²³ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 51.

¹²⁴ EuGH, VergabeR 2005, 737, Rn. 48.

¹²⁵ EuGH, VergabeR 2005, 737, Rn. 48.

¹²⁶ EuGH, VergabeR 2005, 737, Rn. 48.

¹²⁷ *Egger*, Europäisches Vergaberecht, Rn. 837.

¹²⁸ EuGH, VergabeR 2006, 63 Rn. 36.

¹²⁹ § 6 Abs. 1 VOB/A.

¹³⁰ EuGH, VergabeR 2006, 63, Rn. 61 ff.

¹³¹ EuGH, NVwZ 1990, 353, Rn. 30.

auf von nationalen Berufsverbänden aufgestellten Klassifizierungen für von Bieter geforderte technische Spezifikationen; denn für die Bieter aus anderen Mitgliedstaaten ist es schwerer, innerhalb der kurzen Frist Angebote abzugeben, da sie sich bei den betreffenden öffentlichen Auftraggebern zunächst über den Gegenstand und Inhalt der Klassifizierungen informieren müssen.¹³² Eine mittelbare Diskriminierung liegt auch vor, wenn von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Bieter verlangt wird, dass er eine Niederlassungsgenehmigung des den Auftrag vergebenden Staates besitzt.¹³³

Unter dem Gesichtspunkt eines einheitlichen Binnenmarktes und im Hinblick auf die Verwirklichung seiner Ziele verbieten die Grundfreiheiten nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch unterschiedslos in- und ausländische Bieter betreffende Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel bzw. die Erbringung von Dienstleistungen unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.¹³⁴ Dementsprechend hat der EuGH in den sog. Unix-Urteilen entschieden, dass die Aufstellung der technischen Leistungsbeschreibung, durch die als Betriebssystem das in den USA entwickelte UNIX-System bevorzugt werden kann, zur Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs führt, da sie Interessenten, die ähnliche Systeme wie UNIX verwenden, davon abhält, an der Ausschreibung teilzunehmen.¹³⁵

Auch wenn eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung oder eine andere behindernde Vergabemaßnahme vorliegt, stellt dies nicht zwingend eine Verletzung der Grundfreiheiten dar, sondern kann gerechtfertigt sein.¹³⁶ Eine unmittelbare Diskriminierung kann nur ausnahmsweise durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit sowie sonstige gewichtige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.¹³⁷ Mittelbare Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen können auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, soweit sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist, also der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird.¹³⁸

¹³² EuGH, Urt. v. 26.09.2000, Az. C-225/98, Rn. 81 ff.

¹³³ EuGH, Urt. v. 10.02.1982, Az. 76/81, Rn. 14; für weitere Beispiele, *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 97 GWB, Rn. 14.

¹³⁴ EuGH, EuZW 2008, 505, Rn. 32 ff.; EuGH, EuZW 2009, 659, Rn. 38; EuGH, VergabeR 2012, 716, Rn. 36; EuGH, VergabeR 2014, 774, Rn. 28; EuGH, NZBau 2015, 436, Rn. 45.

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 24.01.1995, Az. C-359/93, Rn. 27, EuGH; Urt. v. 28.10.1999, Az. C-328/96, Rn. 69; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 97 GWB, Rn. 15.

¹³⁶ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 97 GWB, Rn. 17.

¹³⁷ Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62, 65 Abs. 1 lit. b AEUV.

¹³⁸ Hierzu eingehend *Ziekow*, *ÖffWiR*, S. 34 f.

*c) Anwendungsfälle**aa) Verpflichtung zur Produktneutralität*

Das Vergaberecht setzt einer wettbewerbsbezogenen Ermessensausübung des Auftraggebers Grenzen, um dadurch einen funktionierenden Bieterwettbewerb zu verwirklichen.¹³⁹ Die Grenzsetzung hat darüber hinaus eine vorbeugende Funktion, die (potentielle) Bieter vor der Nachfragemacht des Auftraggebers schützt.

Es ist „grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers [...], seinen Bedarf selbst zu definieren und zu entscheiden, welche Produkte er in welchen Mengen nachfragt“.¹⁴⁰ Als Ausfluss der Vertragsfreiheit ist ein Auftraggeber grundsätzlich darin frei, was und ob er beschafft.¹⁴¹ Das Leistungsbestimmungsrecht wird in zeitlicher Hinsicht vor Beginn eines Vergabeverfahrens ausgeübt und ist daher nicht Bestandteil des Vergaberechts. Es regelt nicht das Was und Ob einer Beschaffung, sondern das Wie.¹⁴² Es greift dennoch bereits ein, wenn eine Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts dem Interesse der Öffnung des Beschaffungswesens für den Wettbewerb, aber auch der effektiven Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit zuwiderläuft.¹⁴³

Obwohl die Definition und Entscheidung des Beschaffungsgegenstandes grundsätzlich das ausschließliche Recht des Auftraggebers darstellen, also in seinem Ermessen liegen, sind doch bei der Beschreibung der Leistung die Grenzen zu beachten, die sich aus Vergabebestimmungen ergeben, die das Leitbild eines fairen und transparenten Bieterwettbewerbs konkretisieren.¹⁴⁴ Eine maßgebliche Grenze ergibt sich aus dem in § 31 Abs. 6 VgV verankerten Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung.¹⁴⁵ Seine wettbewerbspolitische Funktion besteht darin, eine wettbewerbsbeschränkende Festlegung des jeweiligen Auftraggebers möglichst im Vorfeld eines konkreten Vergabeverfahrens zu verhindern, weil durch eine Festlegung auf einen Marktteilnehmer im Vorfeld freier Zugang zu den Beschaffungsmärkten und eine Chancengleichheit im Wettbewerb von vornherein empfindlich beeinträchtigt wären.¹⁴⁶ Nicht mit diesem Grundsatz in Einklang steht es daher, wenn eine Leistungsbeschreibung auf ein bestimmtes Pro-

¹³⁹ Hierzu eingehend *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 47 ff.

¹⁴⁰ BKartA, Beschl. v. 08.01.2004, Az. VK 1 – 117/03, S. 8 f.

¹⁴¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 785, 789; OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 314, 318.

¹⁴² OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 785, 789; OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 378, 380; OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 314, 318.

¹⁴³ OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 314, 318.

¹⁴⁴ Vgl. *Lux*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 15.

¹⁴⁵ *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, 539, 542 f.

¹⁴⁶ OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 378, 380.

dukt eines bestimmten Bieters zugeschnitten ist und dieser dadurch begünstigt wird.¹⁴⁷

Nicht von vornherein unzulässig ist allerdings eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs durch zu enge, auf bestimmte Produkte oder Bieter zugeschnittene Leistungsbeschreibungen.¹⁴⁸ Diese Einschränkung des Wettbewerbs ist zulässig, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.¹⁴⁹ Die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers sind dabei unter vier kumulativen Voraussetzungen gewahrt, wenn

- „die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist,
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.“¹⁵⁰

Verhält sich die Bestimmung in den genannten Grenzen, gilt das Ziel der Entstehung eines unverfälschten Wettbewerbs nicht mehr uneingeschränkt.¹⁵¹

bb) Diskriminierungsfreie Festlegung von Vergabekriterien

Wie oben bereits ausgeführt, hat der Auftraggeber das ausschließliche Bestimmungsrecht zur Festlegung des Beschaffungsgegenstandes.¹⁵² Diesem Bestimmungsrecht unterliegen auch die Vergabekriterien, gemäß denen verschiedene Angebote bewertet werden.¹⁵³ Insbesondere bei der Festlegung der Eignungskriterien innerhalb der Kategorien des § 122 Abs. 2 S. 2 GWB oder der Zuschlagskriterien kommt dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum zu. Allerdings darf ihm kein unbeschränktes Ermessen eingeräumt werden.¹⁵⁴ Vielmehr müssen die Eignungs- und Zuschlagskriterien so festgelegt sein, dass die Erreichung des Ziels der Entstehung eines echten Wettbewerbs gewährleistet wird. Jedoch darf das Postulat der Wettbewerbsoffenheit nicht dazu führen, dass die Freiheit des Auftraggebers zur Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien allzu eingeschränkt wird.¹⁵⁵

¹⁴⁷ Verordnungsbegründung, BT-Drs. 18/7318, S. 171.

¹⁴⁸ OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 378, 380.

¹⁴⁹ Verordnungsbegründung, BT-Drs. 18/7318, S. 172.

¹⁵⁰ OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 785, 789.

¹⁵¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 785, 789.

¹⁵² OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 785, 789; OLG Karlsruhe, NZBau, 2014, 378, 380; OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 314, 318; OLG Düsseldorf, ZfBR 2017, 718, 719.

¹⁵³ OLG Düsseldorf, ZfBR 2017, 718, 719.

¹⁵⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 21 ff., für Eignungskriterien und § 127 GWB, Rn. 6 ff., für Zuschlagskriterien.

¹⁵⁵ OLG Naumburg, VergabeR 2013, 55, 64.

Um das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse, einerseits das Ziel der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung zu erreichen und andererseits die dem Auftraggeber bei der Festlegung der Vergabekriterien zustehende Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten, aufzulösen, erfordert das Vergaberecht, dass die Eignungs- und Zuschlagskriterien so wettbewerbsneutral zu fassen sind, dass aus einem etwaigen Wettbewerbsvorteil bestimmter Gruppen tatsächlich kein Wertungsvorsprung resultiert, also bestimmte Bieter nicht bevorzugt oder diskriminiert werden.¹⁵⁶ So verlangt beispielsweise § 122 Abs. 4 GWB, dass die Eignungskriterien zum Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, bei der Festlegung der Eignungskriterien also der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist.¹⁵⁷ Unangemessen sind Eignungskriterien, die die Chancengleichheit im Wettbewerb stören.¹⁵⁸ Ein anderes Beispiel findet sich in § 127 Abs. 4 GWB, wonach die Zuschlagskriterien so festgelegt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird. Der Wettbewerb ist dann wirksam, wenn er diskriminierungsfrei organisiert ist, die Verfahrensbedingungen also wettbewerbsneutral gestaltet werden.¹⁵⁹

cc) Vermeidung von Interessenkonflikten

Der Interessenkonflikt einzelner Verfahrensteilnehmer stellt einen Sonderfall der Diskriminierung dar.¹⁶⁰ Im Interesse der Gleichbehandlung und Transparenz soll die Neutralität des Auftraggebers gewährleistet werden.¹⁶¹ So kann etwa nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn im Rahmen des „materiellen“¹⁶² Vergabeverfahrens ein Interessenkonflikt besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des „laufenden Vergabeverfahrens“¹⁶³ beeinträchtigen könnte. Für

¹⁵⁶ Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 840 betont, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Festlegung materieller Kriterien, insbesondere der Eignungs- und Zuschlagskriterien, beachtet werden muss.

¹⁵⁷ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 24.

¹⁵⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 25.

¹⁵⁹ Csaki, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 127 GWB, Rn. 43.

¹⁶⁰ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 11.

¹⁶¹ Prieß/Friton/von Rummel, NZBau 2019, 690, 691; vgl. hierzu auch Verordnungsbegründung, BR-Drs. 455/00, S. 19 f.: „Der das gesamte Vergaberecht bestimmende Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) erfordert es sicherzustellen, dass für den Auftraggeber nur Personen tätig werden, die in ihren Interessen weder mit einem Bieter noch einem Beauftragten des Bieters verknüpft sind. Die Verletzung des mit dem Gleichbehandlungsgebot in engem Zusammenhang stehenden Neutralitätsgebotes kann an öffentlichen Aufträgen interessierte Bieter diskriminieren.“

¹⁶² Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 6 VgV, Rn. 16; zum materiellen Begriff des Vergabeverfahrens, Kap. E. III. 1. b).

¹⁶³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106, wonach die Vorschrift nur den Fall erfasst, dass „im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens ein Interessenkonflikt [...]“

die Ausschlussentscheidung ist es nicht erforderlich, dass der Interessenkonflikt tatsächlich zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt hat.¹⁶⁴ Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB („... beeinträchtigen könnte.“) genügt vielmehr schon ein böser Schein.¹⁶⁵

Die Vorschrift des § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB geht auf Art. 24 VRL¹⁶⁶ zurück. Danach sind Maßnahmen zur Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten zu ergreifen, die bei der Durchführung von Vergabeverfahren bestehen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen. Dabei ist allerdings der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.¹⁶⁷ Dementsprechend muss ein Bieterausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB geeignet sein, eine Wettbewerbsverzerrung und daraus resultierende Ungleichbehandlung zu verhindern.¹⁶⁸ Wie in § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB ausdrücklich klargestellt, ist ein Ausschluss nur möglich, wenn ein Interessenkonflikt „durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann“. Bei § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB handelt es sich um einen fakultativen Ausschluss. Der Ausschluss von Bietern, die einen Interessenkonflikt betreffen, steht daher grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers.¹⁶⁹ Nur wenn ein chancengleicher und transparenter Wettbewerb nicht mehr gewährleistet werden kann, kommt eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht.¹⁷⁰ Der Bieterausschluss ist Ultima Ratio.¹⁷¹

Wann ein Interessenkonflikt vorliegt, lässt sich nicht verallgemeinern.¹⁷² Für die Frage, in welchen Fällen er zu bejahen ist, kann auf § 6 Abs. 2 VgV zurück-

im Hinblick auf die Unparteilichkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber im Auswahlprozess tätigen Person besteht“.

¹⁶⁴ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 77.

¹⁶⁵ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 77.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 16 VRL: „Öffentliche Auftraggeber haben alle ihnen nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu nutzen, um aus Interessenkonflikten resultierende Verzerrungen bei den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu verhindern. Dies könnte Verfahren zur Aufdeckung, Verhinderung und Behebung von Interessenkonflikten beinhalten.“

¹⁶⁷ *Hövelberndt*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 42 VgV, Rn. 149.

¹⁶⁸ BGH, NZBau 2020, 609, Rn. 39 f.

¹⁶⁹ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 108.

¹⁷⁰ BGH, NZBau 2020, 609, Rn. 39 f.

¹⁷¹ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 32.

¹⁷² Auch in Art. 24 VRL findet sich keine abschließende Definition. Danach erfasst der Begriff *zumindest* alle Situationen, in denen „Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, von dem man annehmen könnte, dass es ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigt“.

gegriffen werden.¹⁷³ Ein Interessenkonflikt kann auch vermutet werden, wenn einer der Tatbestände des § 6 Abs. 3 VgV erfüllt ist. Die Vermutung gilt gemäß § 6 Abs. 4 S. 1 VgV auch für Personen, deren Angehörige die Voraussetzungen nach § 6 Abs. 3 VgV erfüllen. Die Vermutung ist allerdings widerlegbar;¹⁷⁴ eine unwiderlegbare Vermutung ist europarechtswidrig.¹⁷⁵ Selbst wenn eine der in § 6 VgV geregelten Tatbestandsvoraussetzungen nicht gegeben ist, muss der Auftraggeber das Neutralitätsgebot beachten,¹⁷⁶ und zwar unabhängig von seiner Markstellung. Dies ergibt sich bereits aus einer verfassungskonformen Auslegung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG; doch greift insoweit ohnehin der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 GWB ein.¹⁷⁷

2. Transparenzgrundsatz

a) Allgemeines

Das Vergaberecht verfolgt die Ziele der Wettbewerbsoffenheit und der Gleichbehandlung von Bietern, indem es Auftraggeber zu Transparenz verpflichtet.¹⁷⁸ So kann etwa eine Veröffentlichung begrenzter Informationen im Amtsblatt eine Verletzung des chancengleichen und transparenten Wettbewerbs darstellen, sofern diejenigen Bieter, die Zugang zu den im nationalen Amtsblatt veröffentlichten zusätzlichen Informationen gehabt haben, Wettbewerbsvorteile genossen haben.¹⁷⁹

Einen tragenden Grundsatz bei der Beschaffungstätigkeit des Auftraggebers bildet die in § 97 Abs. 1 GWB ausdrücklich verankerte Transparenz.¹⁸⁰ Danach sind öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Der bereits aus den Grundfreiheiten des AEUV abgeleitete Transparenzgrundsatz ist EU-sekundärrechtlich in Art. 18 Abs. 1 VRL, Art. 36 Abs. 1 SRL und Art. 3 Abs. 1 KVR niedergelegt.

Der Transparenzgrundsatz ist eng mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz verzahnt. Der EuGH entnimmt dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in ständiger Rechtsprechung eine Transparenzverpflichtung.¹⁸¹ Wie die Kommission unter Verweis auf

¹⁷³ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 106.

¹⁷⁴ *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 6 VgV, Rn. 35.

¹⁷⁵ *Prieß/Friton/von Rummel*, NZBau 2019, 690, 695.

¹⁷⁶ *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 6 VgV, Rn. 3.

¹⁷⁷ Hierzu *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 6 VgV, Rn. 1 ff.

¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 12.12.2002, Az. C-470/99, Rn. 89 ff.

¹⁷⁹ *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 42.

¹⁸⁰ Vgl. EuGH, NVwZ 1997, 374 Rn. 53 f.; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 24.

¹⁸¹ EuGH, NZBau 2000, 91, Rn. 31; EuGH, NZBau 2002, 101, Rn. 38; EuGH, NZBau 2002, 458, Rn. 45; EuGH, VergabeR 2005, 737, Rn. 49; EuGH, NZBau 2012, 376, Rn. 25; EuGH, NZBau 2014, 53, Rn. 28; EuGH, EuZW 2016, 278, Rn. 38.

das Wallonische Busse-Urteil¹⁸² ausführt, sichert der Transparenzgrundsatz den Zweck des Gleichbehandlungsgrundsatzes, indem er unverfälschte Wettbewerbsbedingungen durch eine für Wettbewerbsöffnung und Chancengleichheit sorgen- de Ex-ante-Transparenz garantiert.¹⁸³ Daraus folgt zum einen, dass Transparenz und Gleichbehandlung aufeinander bezogen und grundsätzlich nicht zu trennen sind,¹⁸⁴ und zum anderen, dass eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes grundsätzlich einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt.¹⁸⁵

Der Transparenzgrundsatz kann zur Ausfüllung verbleibender Lücken heran- gezogen werden und ist bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB.¹⁸⁶

b) Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verpflichtet der Transparenzgrund- satz den öffentlichen Auftraggeber, zugunsten potentieller Bieter einen ange- messenen Grad an Öffentlichkeit herzustellen, um die Vergabe dem Wettbewerb zu öffnen und die Nachprüfung zu ermöglichen, ob das Vergabeverfahren wett- bewerbsneutral durchgeführt wurde.¹⁸⁷ In diesem Sinne besteht das Gebot der Transparenz im Kern aus zwei Teilen: Ex-ante-Transparenz und Ex-post-Transpa- renz.¹⁸⁸

aa) Ex-ante-Transparenz

Eine der Grundvoraussetzungen für eine Auftragsvergabe, die dem Ziel der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung entspricht, ist Gleichbehandlung. Dies setzt die Ex-ante-Transparenz voraus, mit der „ein angemessener Grad an Markt- information über einen Beschaffungswunsch“¹⁸⁹ für alle (noch) nicht an einem konkreten Vergabeverfahren teilnehmenden, jedoch potentiell an dem Auftrag in-

¹⁸² EuGH, NVwZ 1997, 374, Rn. 54: „Das Verfahren zum Vergleich der Angebote mußte somit in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen.“

¹⁸³ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000/C 121/2, Nr. 3.1.2.

¹⁸⁴ Zum Zusammenhang zwischen dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungs- grundsatz, *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 54.

¹⁸⁵ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 39; EuGH, NZBau 2015, 377, Rn. 52: Eine Ungleichbehandlung „liegt in der ohne jede Transparenz erfol- genden Vergabe eines Auftrags an ein Unternehmen, das in dem Mitgliedstaat niederge- lassen ist, dem der öffentliche Auftraggeber zugehört“.

¹⁸⁶ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4 und 43.

¹⁸⁷ EuGH, NZBau 2001, 148, Rn. 62; EuGH, NVwZ 2005, 1407, Rn. 49; EuGH, Vergaber 2008, 213, Rn. 24; EuGH, NZBau 2009, 54, Rn. 25.

¹⁸⁸ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 54.

¹⁸⁹ *Aicher*, in: Müller-Wrede, Compendium des Vergaberechts, Kap. 12, Rn. 4.

teressierten Bieter hergestellt werden muss. Die Ex-ante-Transparenz ist aus dieser Perspektive ein notwendiges Instrument zur Verwirklichung des Ziels der Marktöffnung;¹⁹⁰ somit dient sie dem Ziel der Förderung der Marktintegration, indem sie eine Funktionsbedingung für den grenzüberschreitenden Bieterwettbewerb gewährleistet. Sie schützt mit diesem Zugriff potentiellen Wettbewerb.¹⁹¹

Unter dem Gesichtspunkt der Öffnung der Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb und im Hinblick auf ihre Verwirklichung fordert die Ex-ante-Transparenz, dass „alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens den Bietern so bekannt gemacht werden, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können“.¹⁹² Im Interesse der Gleichbehandlung und Transparenz ist es dem Auftraggeber untersagt, vorher nicht bekannt gegebene Kriterien zu verwenden.¹⁹³ Auch dürfen bereits bekanntgemachte Eignungs- und Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden,¹⁹⁴ da die nachträgliche Änderung eine Diskriminierung von Bietern verursachen kann.¹⁹⁵

Insbesondere im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz kommt der Ex-ante-Transparenz eine hohe Bedeutung zu. Denn chancengleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen allen Bietern durch Ausgleich von Informationsasymmetrien sicherzustellen, ist Funktion des Transparenzgrundsatzes.¹⁹⁶ Es ist Pflicht des Auftraggebers, die Transparenz des Vergabeverfahrens dadurch sicherzustellen, dass er alle Bieter in den gleichen Informations- und Kenntnisstand über die zu erbringenden Leistungen versetzt, insbesondere dann, wenn einer der Bieter wegen der bisherigen Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen über einen erheblichen Wettbewerbsvorteil, etwa in Form eines Informationsvorsprungs, verfügt.¹⁹⁷ Insofern spielt der Transparenzgrundsatz auch im Rahmen der Lösung der sog. Projektantenproblematik eine Rolle.¹⁹⁸ Die vergaberechtliche Problematik besteht darin, dass der Projektant aufgrund seiner Vorbefassung einen Informations- und Wissensvorsprung gegenüber anderen Bietern hat, sodass eine Chancengleichheit im Bieterwettbewerb fraglich wird.¹⁹⁹ In diesem Fall hat der Auftraggeber die Projektantentätigkeit detailliert zu dokumentieren

¹⁹⁰ Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 26.

¹⁹¹ Kirchner, VergabeR 2010, 725, 729.

¹⁹² OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 503, Rn. 19.

¹⁹³ EuGH, NZBau 2008, 262, Rn. 36 ff.

¹⁹⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 40.

¹⁹⁵ EuGH, NZBau 2011, 50, Rn. 63.

¹⁹⁶ Kirchner, VergabeR 2010, 725, 729; Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 24.

¹⁹⁷ OLG Naumburg, NZBau 2003, 628, 632.

¹⁹⁸ Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 7 VgV, Rn. 8.

¹⁹⁹ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 9.

und die Dokumentation allen anderen Bietern lückenlos zur Verfügung zu stellen, um einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen.²⁰⁰

bb) Ex-post-Transparenz

Der Transparenzgrundsatz hat insofern eine besondere Bedeutung, als er neben einer wettbewerbsgewährleistenden auch eine bieterschützende Funktion aufweist.²⁰¹ Letztere zielt darauf ab, die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Grundsätze für ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren gewahrt werden (sog. Ex-post-Transparenz).²⁰² Diese Zielsetzung entspricht derjenigen der Rechtsprechung des EuGH, wonach Richtlinien, die Ansprüche des Einzelnen begründen sollen, derart in innerstaatliches Recht umzusetzen sind, dass „die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“.²⁰³

Die Ex-post-Transparenz entfaltet sich in zweierlei Richtung: Zum einen verlangt sie, dass der Auftraggeber den Gang und die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten dokumentiert, um die Nachprüfung zu ermöglichen und hierdurch den Bietern einen effektiven Rechtsschutz i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB zu gewährleisten.²⁰⁴ Die Dokumentation dient dem Zweck, die Entscheidungen des Auftraggebers transparent und sowohl für die Bieter als auch für die Nachprüfungsinstanzen effektiv nachvollziehbar und überprüfbar zu machen.²⁰⁵ Diese Dokumentationspflicht findet sich in § 8 VgV, § 8 SektVO, § 6 KonzVgV, § 43 VSVgV sowie § 20 EU VOB/A, wonach die einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Vergabeentscheidungen dokumentiert werden müssen.²⁰⁶ Aus Gründen der Transparenz und Überprüfbarkeit muss die Dokumentation zeitnah erstellt und laufend fortgeschrieben werden.²⁰⁷ Weil die dem Auftraggeber obliegende Verpflichtung zur Dokumentation der Nachprüfbarkeit der Ordnungsgemäßheit des Vergabeverfahrens und damit der effektiven Durchsetzung subjek-

²⁰⁰ *Lux*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 46.

²⁰¹ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 54; *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 12, Rn. 25.

²⁰² EuGH, NZBau 2001, 148, Rn. 62; EuGH, NVwZ 2005, 1407, Rn. 49; EuGH, VergabeR 2008, 213, Rn. 24; EuGH, NZBau 2009, 54, Rn. 25.

²⁰³ EuGH, NVwZ 1991, 866, Rn. 15; EuGH, NVwZ 1991, 973, Rn. 6.

²⁰⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 87, 89; OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 513, 514; OLG Celle, VergabeR 2010, 669, 673.

²⁰⁵ OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 87, 89; OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 513, 514; OLG Celle, VergabeR 2010, 669, 673.

²⁰⁶ *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 33.

²⁰⁷ OLG Celle, VergabeR 2010, 669, 673.

tiver Rechte der Bieter dient,²⁰⁸ führen Dokumentationsmängel dazu, dass „das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet und in diesem Umfang zu wiederholen ist“.²⁰⁹ Dabei gilt allerdings der in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²¹⁰ Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist Ultima Ratio.²¹¹

Zum anderen fordert die Ex-post-Transparenz, dass unterlegenen Bietern ein Recht darauf eingeräumt wird, in angemessener Frist vor Vertragsabschluss über ihre Nichtberücksichtigung und deren Gründe sowie über den erfolgreichen Bieter informiert zu werden.²¹² Diese Informationen stellen sicher, dass dem unterlegenen Bieter eine Prüfung ermöglicht wird, ob er einen Nachprüfungsantrag nach § 160 Abs. 2 GWB stellen will.²¹³ Diese Vorabinformationspflicht findet sich in § 134 GWB. Hat der Auftraggeber gegen seine Informations- und Wartepflicht verstoßen, so ist dies der in § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB genannte Unwirksamkeitsgrund. Der Ex-post-Transparenz dienen etwa auch die Pflicht zur Unterrichtung der Bieter über die Aufhebung einer Ausschreibung (z. B. § 63 Abs. 2 S. 1 VgV) und die Pflicht zur Bekanntmachung vergebener Aufträge (z. B. § 39 Abs. 1 VgV).²¹⁴

cc) Sonderfall: Beschränkung der Ex-post-Transparenz

Wie schon erwähnt, stellt Transparenz eine notwendige Voraussetzung für einen grenzüberschreitenden Bieterwettbewerb dar. Transparenz und Wettbewerb stehen aber in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander.²¹⁵ Genauer ausgedrückt: Ein Zuviel an Transparenz kann in Konflikt mit dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgedanken geraten.

Unlautere Verhaltensweisen sind zu bekämpfen.²¹⁶ Unter dem Gesichtspunkt der Ex-post-Transparenz wird eine wettbewerbspolitische Funktion des Gebots zur Bekämpfung unlauterer Verhaltensweisen an verschiedenen Stellen unterstri-

²⁰⁸ Gemäß § 97 Abs. 6 GWB kann ein Bieter im Nachprüfungsverfahren Verstöße gegen Dokumentationspflichten geltend machen, soweit sich die Dokumentationsmängel auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig auswirken (OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 513, 514).

²⁰⁹ OLG Celle, VergabeR 2010, 669, 673.

²¹⁰ BGH, VergabeR 2011, 452, Rn. 73; Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 48.

²¹¹ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 12.

²¹² Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 45.

²¹³ BGH, NZBau 2005, 530, 531.

²¹⁴ Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 31.

²¹⁵ Fuchs, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 49.

²¹⁶ Zur Bedeutung des Gebots zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen, C. I. 1. b).

chen.²¹⁷ Denn einer übermäßigen Ex-post-Transparenz wohnt ein Gefährdungspotenzial inne, einen künftigen Vergabewettbewerb zu beschränken.²¹⁸ Zwar dient beispielsweise die nachträgliche Veröffentlichung bestimmter Informationen einerseits der Ex-post-Transparenz, sie würde andererseits aber auch dazu führen, dass Wettbewerber aufgrund der offengelegten Informationen über einen unzulässigen Wettbewerbsvorsprung bei künftigen Ausschreibungen verfügen können. Das Vergaberecht setzt daher der Ex-post-Transparenz Grenzen.

Ein Beispiel findet sich in § 39 Abs. 6 VgV, der der Umsetzung von Art. 50 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU dient. Die Vorschrift des § 39 Abs. 6 VgV führt vier Gründe für die Ausnahme von der Pflicht zur Ex-post-Bekanntmachung vergebener Aufträge in abschließender Weise auf.²¹⁹ Demgemäß kann der Auftraggeber von der Veröffentlichung bestimmter empfindlicher Einzelangaben absehen, wobei das Gebot zur Herstellung von Öffentlichkeit und das Geheimhaltungsinteresse des erfolgreichen Auftragnehmers abzuwägen sind.²²⁰ Im Zweifel kommt dem Geheimhaltungsinteresse Vorrang zu.²²¹

Zunächst sind Angaben, deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern würde, nicht in die Ex-post-Bekanntmachung aufzunehmen (§ 39 Abs. 6 Nr. 1 VgV). Eine Behinderung des Gesetzesvollzugs kann etwa darin liegen, dass die Veröffentlichung gegen gesetzliche Vorschriften, insbesondere das Geschäftsgeheimnisgesetz,²²² verstoßen würde.²²³ Nicht gemeldet werden dürfen ferner Angaben, deren Veröffentlichung dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen würde (§ 39 Abs. 6 Nr. 2 VgV). Wettbewerbsfremd ist darüber hinaus die Veröffentlichung bestimmter Angaben, die insbesondere Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des Auftragnehmers verletzen würde und damit dessen Wettbewerbsposition negativ beeinflussen könnte (§ 39 Abs. 6 Nr. 3 VgV).²²⁴ Solche Angaben sind daher zurückzuhalten.

²¹⁷ So ausdrücklich § 134 Abs. 3 S. 2, § 39 Abs. 6 Nr. 4 VgV, § 30 Abs. 3 Nr. 3 KonzVgV, § 38 Abs. 6 Nr. 4 SektVO und § 35 Abs. 2 VSVgV.

²¹⁸ Z.B. § 134 Abs. 3 S. 2, wonach im Fall verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge der Auftraggeber unter Umständen bestimmte Informationen zurückzuhalten hat, „deren Veröffentlichung den lauterer Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würde“, mit anderen Worten solche Informationen, die einzelnen Unternehmen bei künftigen Vergaben einen unzulässigen Wettbewerbsvorsprung einbringen können.

²¹⁹ *Franzius*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 25.

²²⁰ *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 9.

²²¹ *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 9.

²²² Vor dem zum 26.04.2019 in Kraft getretenen Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) war der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in §§ 17 UWG geregelt.

²²³ *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 10.

²²⁴ *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 11.

Im Hinblick auf die Lauterkeit im Wettbewerb ist es insbesondere problematisch, solche Angaben weiterzugeben, die geeignet sind, die Wettbewerbssituationen auf dem relevanten Anbietermarkt zu beeinflussen, da einzelne Unternehmen die offengelegten Angaben wettbewerbswidrig verwenden würden.²²⁵ So kann der Auftraggeber von der Veröffentlichung bestimmter Angaben absehen, wenn andernfalls im Rahmen eines künftigen Vergabeverfahrens ein lauterer Wettbewerb beeinträchtigt wäre (§ 39 Abs. 6 Nr. 4 VgV). Das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbs setzt allerdings nicht notwendig einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Normen, insbesondere das Lauterkeitsrecht, voraus.²²⁶ Es genügt vielmehr, dass die Veröffentlichung bestimmter Angaben die Stellung einzelner Unternehmen gegenüber Wettbewerbern stärkt.²²⁷ Nicht verlangt wird der Nachweis bzw. die hohe Wahrscheinlichkeit unlauterer Verhaltensweisen der Unternehmen (z.B. in Form einer wettbewerbswidrigen Abrede) oder negativer Auswirkungen auf künftige Ausschreibungen aufgrund der Veröffentlichung bestimmter sensibler Einzelangaben.

Die Ex-post-Bekanntmachungspflicht ist nicht bieterschützend i.S.v. § 97 Abs. 6 GWB,²²⁸ denn diese Pflicht dient lediglich dem öffentlichen Interesse an einer transparenten Auftragsvergabe.²²⁹ Ausgeschlossen ist ferner die Geltendmachung von lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen gegen Auftraggeber in einem Vergabenachprüfungsverfahren, denn der vergaberechtliche Rechtsschutz betrifft nur auf Entscheidungen eines Auftraggebers zurückzuführende Verletzungen von Bieterrechten innerhalb eines laufenden Vergabeverfahrens, nicht aber bei künftigen Ausschreibungen zu erwartende Verletzungen der Chancengleichheit im Wettbewerb.

Dennoch kann die Vergabekammer ausnahmsweise angerufen werden. Dies ist einschlägig, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen die Unterlassung der Bekanntmachung empfindlicher Informationen richtet.²³⁰

III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

1. Allgemeines

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet sich in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB positiviert. Danach ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Dieser Grundsatz hat verschiedene Wurzeln. Er ergibt sich nach der Darstellung des BVerfG als übergreifende

²²⁵ *Sterner*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB-Kommentar, § 28a VOB/A, Rn. 26.

²²⁶ *Conrad*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 39 VgV, Rn. 74.

²²⁷ *Stickler*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 18a VOB/A, Rn. 16.

²²⁸ *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 13.

²²⁹ *Rechten*, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 39 VgV, Rn. 6.

²³⁰ *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 39 VgV, Rn. 15.

Leitregel allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip und besitzt deshalb verfassungsrechtlichen Rang,²³¹ wonach Grundrechtseingriffe, also vergaberechtliche Maßnahmen öffentlicher (staatlicher) Auftraggeber geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung des angestrebten Ziels sein müssen.²³² Bei der europarechtlichen Verhältnismäßigkeit handelt es sich um einen der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts.²³³ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist EU-sekundärrechtlich in Art. 18 Abs. 1 VRL, Art. 36 Abs. 1 SRL und Art. 3 Abs. 1 KVR verankert. Er gilt auch für nationale Stellen, die das Unionsrecht anwenden müssen,²³⁴ und zwar auch dann, wenn ihnen ein weiter Ermessensspielraum zukommt.²³⁵ Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass vergaberechtliche Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind, wobei öffentliche Auftraggeber die für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belastenden Mittel zu wählen haben.²³⁶

2. Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB müssen öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungsaktivitäten den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Dieser Grundsatz findet in verschiedenen Bestimmungen noch einmal gesondert Erwähnung.²³⁷ Allerdings ist er auch dort zu beachten, wo er nicht erwähnt wird.²³⁸ Ihm wird besondere Bedeutung vor allem im Hinblick auf die Gestaltung der Leistungsbeschreibung, der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie der Ausführungsbedingungen beigemessen.²³⁹ Keine Bedeutung erlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allerdings hinsichtlich des Bestimmungsrechts des Auftraggebers.²⁴⁰

²³¹ BVerfGE 23, 127, 133.

²³² Lux, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 33.

²³³ EuGH, Urt. v. 11.07.1989, Az. C-265/87, Rn. 21.

²³⁴ EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Az. C-127/92, Rn. 27.

²³⁵ EuGH, Urt. v. 19.06.1980, Az. Verbundene C-41/79, 121/79 und 796/79.

²³⁶ EuGH, Urt. v. 11.07.1989, Az. C-265/87, Rn. 21; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000/C 121/2, Nr. 3.1.3.

²³⁷ Z. B. §§ 122 Abs. 4 S. 1, 124 Abs. 1 GWB.

²³⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 58.

²³⁹ Burgi, Vergaberecht, S. 77.

²⁴⁰ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 127 GWB, Rn. 6; Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 68: „Durch die klarstellende Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Blick auf die Anforderungen an das Vergabeverfahren wird das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht angetastet; dieser bestimmt auch weiterhin selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht“; allerdings wird das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers durch die Grundsätze der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbe-

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spielt insbesondere im Rahmen von Beschränkungen der vergaberechtlich zulässigen Vertragslaufzeit eine besondere Rolle.²⁴¹ Beschränkungen der zulässigen Laufzeit öffentlicher Aufträge sind keinem Wettbewerbsziel, sondern dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entnehmen.²⁴² So begreift der EuGH eine über 20 Jahre laufende Konzession als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die nur aus zwingenden Gründen im Allgemeininteresse gerechtfertigt ist, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Zielerreichung erforderlich ist.²⁴³

Angesichts des in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedankens ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit generell zu beachten, also auch dort, wo spezielle gesetzliche Regelungen einen sozialpolitischen Zweck verfolgen.²⁴⁴ Ein Beispiel findet sich in § 118 Abs. 1 GWB.²⁴⁵ Der Normzweck des § 118 Abs. 1 GWB ist die Förderung von Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und von Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist.²⁴⁶ Die zur Erreichung dieses Zwecks gewählten Mittel müssen allerdings angemessen sein. Das bedeutet, dass die mit einer Begrenzung des Bieterkreises auf die nach der Vorschrift privilegierten Einrichtungen einhergehende Einschränkung des Wettbewerbs nur dann zugelassen wird, wenn Proportionalitätsgesichtspunkte gewahrt sind.²⁴⁷ Der Auftraggeber hat daher unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu untersuchen, ob mildere Mittel, die die geringstmögliche und dennoch zur Erreichung des angestrebten Zwecks hinreichende Wettbewerbsbeschränkung verursachen, genügen.²⁴⁸

Besondere Bedeutung erlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe.²⁴⁹ Der Auftraggeber hat bei seiner Ermessensentscheidung über einen Angebotsausschluss nach § 124 Abs. 1 GWB

schreibung (§ 121 Abs. 1 GWB) und der produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV) eingeschränkt.

²⁴¹ Hierzu eingehend Ziekow, VergabeR 2006, 702.

²⁴² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 28 f.

²⁴³ EuGH, VergabeR 2006, 493, Rn. 44 f.

²⁴⁴ Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 118 GWB, Rn. 6.

²⁴⁵ § 118 Abs. 1 GWB, wonach „öffentliche Auftraggeber das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Unternehmen vorbehalten (können), deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, oder bestimmen, dass öffentliche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchzuführen sind“.

²⁴⁶ Csaki, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118 GWB, Rn. 1.

²⁴⁷ Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 118 GWB, Rn. 6.

²⁴⁸ Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 118 GWB, Rn. 6.

²⁴⁹ Lux, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 34.

den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.²⁵⁰ Daher muss er vor der Entscheidung, ein Unternehmen auszuschließen, berücksichtigen, dass „die begangenen Unregelmäßigkeiten kleiner sind oder sich kleinere Unregelmäßigkeiten wiederholt haben“.²⁵¹ Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann im Einzelfall auch eine Pflicht bestehen, das betroffene Unternehmen vor einer Ausschlussentscheidung anzuhören.²⁵² Daher steht es nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang, wenn beispielsweise ein Unternehmen, das sich an einem Wettbewerb sowohl als Einzelbieter als auch im Rahmen einer Bietergemeinschaft beteiligt, automatisch von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, ohne dass ihm die Möglichkeit gegeben wird, den Nachweis darüber zu erbringen, dass keine Verletzung des Geheimwettbewerbs aufgetreten ist.²⁵³

IV. Zwischenfazit

1. Es ist zentrales Anliegen des Vergaberechts, neuen Wettbewerb zu schaffen. Dementsprechend formuliert § 97 Abs. 1 GWB, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb vergeben werden. Das in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegte Wettbewerbsziel enthält einen Programmsatz und ist daher nicht bieterschützend. Normative Grundsätze, die zur Ausfüllung bestehender Regelungslücken herangezogen werden können, lassen sich nicht aus dem Wettbewerbsziel ableiten. Das Wettbewerbsziel hat nur eine auslegungsunterstützende Wirkung.

2. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Bietern sind zu unterbinden. Dieser Grundsatz findet sich beispielsweise in § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A, wonach „wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen (sind)“. Die Begriffe der Wettbewerbsbeschränkung und Unlauterkeit sind im Lichte der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz, die den in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgedanken verwirklichen, zu verstehen. Entsprechend sind Auftraggeber verpflichtet, gegen die diesen Grundsätzen zuwiderlaufenden Verhaltensweisen mit den in § 124 Abs. 1 Nr. 4, 6 und 9 GWB vorgesehenen Instrumenten einzuschreiten.

3. Das Vergaberecht hat auch eine über das Wettbewerbsziel hinausgehende Zielrichtung. Gemäß § 97 Abs. 3 GWB können soziale, umweltbezogene oder

²⁵⁰ OLG München, VergabeR 2017, 525, 538.

²⁵¹ EuGH, ZfBR 2020, 391, 395, unter Verweis auf Erwägungsgrund 101 der VRL; Darin heißt es: „Bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe sollten die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.“

²⁵² Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 2.

²⁵³ Conrad, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 93.

innovative Gesichtspunkte bei der Auftragsvergabe verfolgt werden. Bei der Einbeziehung derartiger Gesichtspunkte in einen Beschaffungsvorgang sind insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit zu beachten. Denn die Berücksichtigung außerökonomischer Ziele kann die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs stören.

4. Um das Ziel der Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den Wettbewerb zu verwirklichen, verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass sowohl alle tatsächlich an einem konkreten Vergabeverfahren teilnehmenden als auch potentiell an einem Auftrag interessierten Bieter gleichbehandelt werden müssen. Der Auftraggeber hat unabhängig von seiner Marktstellung den Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Im Interesse eines unverfälschten Wettbewerbs verbietet das Gleichbehandlungsgebot offene oder verdeckte Diskriminierung. Dieses Gebot hat darüber hinaus eine vorbeugende Funktion, die potentielle Bieter vor der Marktmacht der öffentlichen Hand schützt. Es setzt daher einer wettbewerbsbezogenen Ermessensausübung des Auftraggebers Grenzen, um dadurch einen funktionierenden Bieterwettbewerb zu verwirklichen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB und kann zur Ausfüllung verbleibender Lücken herangezogen werden.

5. Der Transparenzgrundsatz garantiert unverfälschte Wettbewerbsbedingungen durch eine für Wettbewerbsöffnung und Chancengleichheit sorgende Ex-ante-Transparenz. Darüber hinaus hat er eine bieterschützende Funktion, die darauf abzielt, die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Grundsätze für ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren gewahrt werden. Dieser Grundsatz ist bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB und kann zur Ausfüllung verbleibender Lücken herangezogen werden.

6. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist generell zu beachten. Ihm wird besondere Bedeutung vor allem im Hinblick auf die Gestaltung der Verfahrensbedingungen beigemessen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spielt insbesondere im Rahmen von Beschränkungen der vergaberechtlich zulässigen Vertragslaufzeit eine zentrale Rolle. Besondere Bedeutung hat er zudem bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe.

D. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Bieter- oder Auftraggeberseite

In diesem Kapitel soll aufgezeigt werden, welche Verhaltensweisen als wettbewerbswidrig eingeordnet werden können.

Das Ziel dieses Kapitels besteht insbesondere darin, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten zu systematisieren, um dadurch die Aufgabe von Auftraggebern sowie die ihnen nach dem Vergaberecht zugewiesenen Befugnisse oder Pflichten zum Wettbewerbsschutz besser zu verstehen.

I. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Bieterseite

Wie bereits oben erörtert, liegt ein Hauptzweck des Vergaberechts darin, einen funktionierenden Bieterwettbewerb herzustellen. Diesem Zweck entsprechend hat das Vergaberecht die Aufgabe, zum einen einen Bieterwettbewerb zu organisieren, zum anderen ihn auch zu schützen.¹ Demgemäß wird dem Auftraggeber nicht nur eine Verpflichtung auferlegt, sich selbst wettbewerbskonform und frei von wettbewerbswidrigen Maßnahmen zu verhalten, sondern ihm auch die Befugnis gewährt, ein Angebot eines Bieters vom Wettbewerb auszuschließen, insbesondere dann, wenn ein chancengleicher und transparenter Wettbewerb auf andere Weise nicht mehr hergestellt werden kann.²

Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen von Bietern sind zu bekämpfen.³ Wettbewerbsbeschränkung und Unlauterkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe.⁴ Aufgrund dieser Unbestimmtheit ließ auch der Begriff „wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen“ für sich genommen nicht erkennen, in welchen Fällen eine zum Bieterausschluss führende Wettbewerbswidrigkeit anzunehmen ist. Darunter wurden z.B. Unterkostenangebote subsumiert, die in der Absicht abgegeben werden, bestimmte Wettbewerber zu verdrängen.⁵ Erfasst wurde auch ein Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Markt-

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 255, 256.

² OLG Koblenz, VergabeR 2006, 392, 399.

³ So bestimmt etwa § 2 EU Abs. 1 S. 2 VOB/A, dass „wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen“ zu unterbinden sind.

⁴ Müller-Wrede, VergabeR 2011, 46, 51.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.02.2009, Az. VII-Verg 6/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.09.2008, Az. VII-Verg 50/08; zur Überprüfbarkeit von Unterpreisangeboten, die in der Absicht abgegeben werden, andere Wettbewerber zu verdrängen, inner-

zutrittsnorm, durch den ein kommunales Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil im Vergabeverfahren genießen könnte.⁶ Sogar Verstöße gegen wettbewerbs- und kartellrechtliche Normen waren Gegenstand einer Nachprüfung.⁷ Als vergaberechtliche Anknüpfungsnormen für diese umfassende Auslegung kam das Wettbewerbsziel oder das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen in Betracht.⁸ Hierdurch konnten sämtliche Verhaltensweisen erfasst werden, die einem fairen uneingeschränkten Wettbewerb widersprechen.⁹

Jedoch besteht nunmehr keine vergaberechtliche Notwendigkeit, dass der Auftraggeber gegen alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Bietern einzuschreiten hat. Mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.02.2016¹⁰ wurden die fakultativen Ausschlussgründe durch § 124 GWB in Gesetzesrang erhoben, in dem die zum Ausschluss führenden wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen genannt werden. § 124 Abs. 1 Nr. 4, 6 und 9 GWB regeln die Ausschlussgründe im Zusammenhang mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten des Wirtschaftsteilnehmers. Der Auftraggeber hat aktiv gegen die dort genannten Verhaltensweisen vorzugehen.¹¹ Welche Maßnahmen er zur Herstellung eines chancengleichen und transparenten Wettbewerbs ergreift, liegt in seinem Ermessen.¹² Zwar sind die Ausschlussstatbestände des § 124 GWB bieterschützend.¹³ Aber können andere Wettbewerber nicht die Ergreifung bestimmter Maßnahmen verlangen.¹⁴ Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.¹⁵

Die Aufzählung in § 124 GWB hat abschließenden Charakter.¹⁶ Aufgrund in § 124 GWB nicht genannter, in den Augen des Auftraggebers als wettbewerbs-

halb eines Vergabeverfahrens und Nachprüfungsverfahrens, *Müller-Wrede*, VergabereR 2011, 46.

⁶ Zur Frage, ob und inwieweit Verstöße gegen das Kommunalwirtschaftsrecht im Rahmen von Vergabeverfahren und Nachprüfungsinstanzen berücksichtigt werden können, *Mann*, NVwZ 2010, 857; *Gurlit*, VergabereR 2017, 221.

⁷ Zur Frage, ob im Rahmen eines Vergabe- oder Nachprüfungsverfahrens die Feststellung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung getroffen werden kann, *Overbuschmann*, VergabereR 2014, 634; zum Verstoß gegen UWG-Normen, *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 2 VOB/A, Rn. 31.

⁸ OLG Koblenz, VergabereR 2006, 392, 399; OLG München, VergabereR 2013, 917, 921.

⁹ OLG Koblenz, VergabereR 2006, 392, 399.

¹⁰ BGBl. 2016 I, S. 203.

¹¹ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 4.

¹² *Glahs*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, § 2 VOB/A, Rn. 25.

¹³ *Opitz*, in: *Burgi/Dreher*, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 11.

¹⁴ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 5.

¹⁵ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 5.

¹⁶ *Stolz*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 1.

widrig einzustufender Verhaltensweisen darf ein Ausschluss nicht vorgenommen werden.¹⁷ Anders ausgedrückt: Unbestimmte Ausschlussgründe dürfen nicht aus dem durch § 97 Abs. 1 GWB formulierten Wettbewerbsziel oder vergaberechtlichen Generalklauseln, z. B. § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A, abgeleitet werden.¹⁸

1. Zum Ausschluss führende Verhaltensweisen

a) Zwingende und fakultative Ausschlussgründe

Das GWB differenziert in seinen §§ 123 und 124 zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen. Die Vorschriften regeln, wann ein Unternehmen im Rahmen der Auswahl der Teilnehmer eines Vergabeverfahrens von der Teilnahme ausgeschlossen werden kann bzw. werden muss.¹⁹ Davon zu unterscheiden ist der Ausschluss eines Angebots aus anderen Gründen, z. B. weil es formale Mängel aufweist.²⁰ Die in § 123 und § 124 GWB geregelten Ausschlussgründe sind abschließend und nicht analogiefähig.²¹

Wie sich § 122 Abs. 1 GWB entnehmen lässt, setzt eine Eignungsprüfung das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen voraus. Zuerst ist das Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes i. S. v. § 123 GWB zu untersuchen. Ist einer der in § 123 abschließend genannten Ausschlussgründe²² gegeben, so müssen öffentliche Auftraggeber das betreffende Unternehmen grundsätzlich von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen. Insoweit steht dem Auftraggeber kein Ermessen bei der Entscheidung zu, ob das betreffende Unternehmen ausgeschlossen wird.²³ Nur in Ausnahmefällen besteht die Möglichkeit bzw. sogar die Verpflichtung, von einem Ausschluss des Unternehmens abzusehen.²⁴ Zum einen kann nach § 123 Abs. 5 von einem Ausschluss abgesehen werden, wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses vorliegen oder ein Ausschluss vom Vergabeverfahren offensichtlich unverhältnismäßig wäre. Zum anderen darf ein Ausschluss nicht (mehr) erfolgen, wenn das Unternehmen erfolg-

¹⁷ Zum abschließenden Charakter der Ausschlussgründe, *Otting*, VergabeR 2016, 316, 321.

¹⁸ Zur normativen Bedeutung des Wettbewerbsziels nach § 97 Abs. 1 GWB, *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 4 ff.

¹⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 102.

²⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 102.

²¹ *Otting*, VergabeR 2016, 316, 321.

²² Nach der Gesetzesbegründung (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 104) kann ein fakultativer Ausschluss, insbesondere nach § 124 Abs. 1 Nr. 3, Berücksichtigung finden, auch wenn „ein zwingender Ausschluss eines Unternehmens am Fehlen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen (scheitert)“.

²³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 102.

²⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 102.

reich eine Selbstreinigung gemäß § 125 oder § 123 Abs. 4 S. 2 durchgeführt hat.²⁵

Wenn kein zwingender Ausschlussgrund vorliegt, ist weiter zu prüfen, ob ein fakultativer Ausschlussgrund i. S. v. § 124 GWB besteht. § 124 GWB betrifft insbesondere den Fall eines schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens, das die Integrität eines Unternehmens infrage stellt, was einen Ausschluss zur Folge hat, selbst wenn die Eignung nach § 122 ansonsten gegeben ist.²⁶ Bei § 124 GWB – anders als bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 123 GWB – besteht ein Ermessen des Auftraggebers.²⁷ Das bedeutet zum einen, dass bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf der Tatbestandsseite dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zusteht.²⁸ Zum anderen bedeutet es, dass ihm auch ein Ermessensspielraum zukommt, ob er die betroffenen Unternehmen im Wettbewerb belässt (das Ob des Ausschlusses).²⁹ Selbst wenn dem Auftraggeber ein Ermessen zukommt, hat er bei der Entscheidung über den Ausschluss eines Unternehmens insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der ausdrücklich in § 124 Abs. 1 GWB verankert ist, zu beachten.³⁰ Hierbei ist es von Bedeutung, die richtige Balance zwischen dem Interesse an einer ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags und dem Interesse an einem größtmöglichen Wettbewerb zu finden.³¹ Nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang steht es, wenn aufgrund kleinerer Unregelmäßigkeiten ein Ausschluss erfolgt.³² Ebenfalls unverhältnismäßig ist ein automatischer Ausschluss eines Bieters wegen des Vorliegens eines Ausschlussgrundes bei einem seiner Unterauftragnehmer.³³ Maßgeblich für einen Bieterausschluss sind die Schwere des Vorwurfs, die Häufigkeit des Fehlverhaltens und dessen Rechtsfolgen sowie der zeitliche Aspekt, wobei die zeitliche Grenze für die Wirksamkeit des Ausschlusses (drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis) zu beachten ist.³⁴

²⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 102.

²⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 104.

²⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 104.

²⁸ Ob bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs dem Auftraggeber ein Beurteilungsermessen zukommt oder die Auslegung im Rahmen von Nachprüfungsinstanzen uneingeschränkt überprüft werden kann, wird zum Teil nicht einheitlich beantwortet. Insbesondere zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „schwere Verfehlung“ i. S. v. § 124 Abs. 1 Nr. 3, bejahend hinsichtlich des Beurteilungsermessens *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 23. Verneinend hingegen *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 48; OLG München, VergabeR 2017, 525, 538.

²⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 104.

³⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 104; *Otting*, VergabeR 2016, 316, 322; *Burgi*, Vergaberecht, S. 186; OLG München, VergabeR 2017, 525, 538.

³¹ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 12.

³² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 104.

³³ EuGH, VergabeR 2020, 584, Rn. 53 f.

³⁴ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 2.

b) Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen als Ausschlussgründe

Wie bereits erwähnt, enthalten § 124 Abs. 1 Nr. 4, 6 und 9 GWB die im Kontext von Wettbewerbswidrigkeit stehenden Ausschlussgründe.³⁵ Nach der Gesetzesbegründung beschäftigt sich § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB – in Anlehnung an das Kartellverbot des § 1 GWB – mit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung.³⁶ Mit anderen Worten: Die Vorschrift des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB befasst sich mit solchen Verhaltensweisen, die mit der auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts nicht vereinbar sind.³⁷ Im Vergleich dazu behandeln § 124 Abs. 1 Nr. 6 und 9 GWB solche Verhaltensweisen, die die Chancengleichheit von Bietern im Wettbewerb bedrohen könnten.³⁸ Die Vorschriften enthalten also die im Kontext des durch § 97 Abs. 2 formulierten Gleichbehandlungsgrundsatzes geregelten Ausschlussgründe. Ihre wettbewerbspolitische Funktion geht insofern über den Bedeutungsgehalt des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB hinaus.

c) Wettbewerbsregister

Die wirtschaftspolitische Diskussion um die öffentliche Auftragsvergabe ist zunehmend durch einen langfristigen sozialen Wohlfahrtsansatz geprägt.³⁹ Das Vergaberecht hat nicht nur bloße verfahrensrechtliche Bedeutung. Vielmehr kommt dem Vergaberecht auch eine politikorientierte Funktion zu, mit der wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele gefördert werden.⁴⁰ Die Anknüpfung der politikorientierten Funktion an das Vergaberecht ergibt sich vor allem aus der ökonomischen Bedeutung der öffentlichen Beschaffung. Vor diesem Hintergrund ist es bedeutsam, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die geltende Gesetze eingehalten haben und die sich im Wettbewerb fair verhalten.⁴¹ Die Vergabe öffentlicher Aufträge an Unternehmen,

³⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 4.

³⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106.

³⁷ Wanderwitz, WRP 2016, 684, 686 f.; Gurlit, VergabeR 2017, 221, 225.

³⁸ § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB betrifft den Fall, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Projektanten verzerrt wird. Ein Wettbewerbsproblem liegt darin, dass der Projektant gegenüber den anderen Wettbewerbern einen Wettbewerbsvorsprung besitzt. So hat der EuGH die Projektantenproblematik unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten diskutiert (VergabeR 2005, 319 Rn. 25 ff.); § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB betrifft den Fall, dass ein Unternehmen auf unlautere Weise einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen versucht hat. Zur normativen Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 7 und 9 ff., wonach es eine der dem in § 97 Abs. 2 GWB verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz zugewiesenen Funktionen ist, chancengleiche Wettbewerbsbedingungen durch Neutralisierung von auf unfaire Weise erlangten Wettbewerbsvorteilen zu gewährleisten.

³⁹ Vgl. etwa EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020.

⁴⁰ Hierzu eingehend C. I. 2.

⁴¹ Pfannkuch, ZfBR 2018, 342.

bei denen rechtstreues Verhalten in Zukunft nicht erwartet werden kann, könnte aufgrund eines großen wirtschaftlichen Werts der öffentlichen Beschaffung zu einem Schaden bei Staat, Steuerzahlern und integren Wettbewerbern führen.⁴² Um dies zu vermeiden, bestehen vergaberechtliche Möglichkeiten, ein Unternehmen nach einem der in § 123 und § 124 GWB ausgeführten Ausschlussgründe von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen. Insofern stehen die beiden Vorschriften der §§ 123, 124 GWB neben § 97 Abs. 3 GWB im Einklang mit der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung.⁴³

Bislang ist es für Vergabestellen in praktischer Hinsicht schwierig, zu prüfen, ob ein potentieller Auftragsnehmer Rechtsverstöße begangen hat, die nach §§ 123 oder 124 GWB zum Ausschluss führen können oder müssen. Aus diesem Grund wurde durch das am 29.07.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegG) ein bundesweites elektronisches Wettbewerbsregister eingeführt, in dem zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB sowie bestimmte fakultative Ausschlussgründe nach § 124 GWB (z. B. Kartellrechtsverstöße und bestimmte Verstöße gegen das Arbeitsrecht) eingetragen werden. Mit dem Wettbewerbsregister wird es öffentlichen Auftraggebern und Konzessionsgebern erleichtert, nachzuprüfen, ob bei einem potentiellen Auftragsnehmer Ausschlussgründe vorliegen,⁴⁴ und vor allem wird die Transparenz in der Vergabe öffentlicher Aufträge gestärkt.⁴⁵ Die Stärkung der Transparenz dient der Korruptionsprävention und -bekämpfung.⁴⁶

Nach § 1 WRegG ist ein zentrales Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt als Registerbehörde eingerichtet. Die Einrichtung beim Bundeskartellamt besteht darin begründet, dass auch die Bundesvergabekammern beim Bundeskartellamt angesiedelt sind und an die besondere Expertise bei der Bewertung von Vergabeverfahren einschließlich der Frage, ob bei einem Bewerber oder Bieter Ausschlussgründe vorliegen, angeknüpft werden soll.⁴⁷

Ein Auftraggeber i. S. v. § 98 GWB ist verpflichtet, ab Erreichen bestimmter Auftragswerte beim Bundeskartellamt abzufragen, ob Eintragungen im Hinblick auf einen potentiellen Auftragsnehmer bestehen. Auf Antrag ist eine Eintragung aus dem Wettbewerbsregister zu löschen, wenn ein eingetragenes Unternehmen ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB nachweisen kann. Bei der Beurteilung, ob die vom Unternehmen durchgeführten Maßnahmen zur Selbstreinigung ausreichend sind, hat der Auftraggeber zwar grundsätzlich einen

⁴² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/12051, S. 2.

⁴³ Verordnungsbegründung, BR-Drs. 74/21, S. 12.

⁴⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/12051, S. 1.

⁴⁵ *Fülling/Freiberg*, NZBau 2018, 259.

⁴⁶ SDG 16.3.

⁴⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/12051, S. 26.

weiten Spielraum.⁴⁸ Wenn ein Unternehmen aber eine erfolgreiche Selbstreinigung nachgewiesen hat, darf der Auftraggeber das Unternehmen nicht wegen Unzuverlässigkeit vom Vergabeverfahren ausschließen, obwohl bei ihm ein Ausschlussgrund vorliegt.⁴⁹ In einem solchen Fall steht dem Auftraggeber kein Ermessen zu.⁵⁰

2. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aus Perspektive des Grundsatzes der Gleichbehandlung

a) *Natürliche Wettbewerbsvorsprünge*

aa) Marktbedingte Ungleichheiten

Unter dem Gleichbehandlungsgesichtspunkt kann dann kein chancengleicher Wettbewerb mehr gewährleistet werden, wenn einzelne Bieter über einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber Mitbieterinnen verfügen.⁵¹ Denkbar ist eine Konstellation, bei der einzelne Unternehmen natürliche Wettbewerbsvorsprünge etwa aufgrund kürzerer Lieferwege besitzen.⁵² Im Hinblick auf die rechtliche Behandlung der natürlichen Wettbewerbsvorsprünge im Vergabeverfahren ist danach zu fragen, ob der durch § 97 Abs. 2 GWB formulierte Gleichbehandlungsgrundsatz den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die sich aus der unterschiedlichen Marktgegebenheit oder Marktstellung ergebenden Ungleichheiten auszugleichen. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz lässt sich jedoch keine Pflicht des Auftraggebers ableiten, die marktbedingten Ungleichheiten auszugleichen, die eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit der teilnehmenden Unternehmen und unterschiedliche Wirtschaftlichkeit der Angebote verursachen.⁵³ Diese Einschränkung des Gleichbehandlungsgebots entspricht auch der Auffassung der Rechtsprechung:

„Das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot stellen Anforderungen an das Verhalten des Auftraggebers bei der Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung, d. h. dass der Auftraggeber die von ihm beeinflussbaren Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung dieser Grundsätze gestaltet. Davon unberührt bleiben jedoch Umstände, die nicht auf seine Ausschreibung zurückzuführen sind, sondern insbesondere aus der regelmäßig unterschiedlichen Marktstellung der teilnehmenden Unternehmen resultieren.“⁵⁴

⁴⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 107; *Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Vergaberecht, § 125 GWB, Rn. 5.

⁴⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 107; *Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Vergaberecht, § 125 GWB, Rn. 5.

⁵⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 107; *Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Vergaberecht, § 125 GWB, Rn. 5.

⁵¹ *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 2 GWB, Rn. 43.

⁵² Hierzu eingehend *Lux*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 43.

⁵³ *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 22.

⁵⁴ OLG Naumburg, VergabeR 2009, 486, 495; in diese Richtung zuvor bereits OLG Koblenz, VergabeR 2002, 617, 628: „Öffentliche Auftraggeber sind nicht berechtigt und

Es ist also keine Sache des öffentlichen Auftraggebers, die marktbedingten Ungleichheiten auszugleichen.⁵⁵ So stellt etwa die rechtmäßige staatliche Subventionierung eines Unternehmens eine der marktbedingten Ungleichheiten dar, die der öffentliche Auftraggeber nicht ausgleichen muss,⁵⁶ und verstößt damit nicht gegen den Grundsatz chancengleichen Wettbewerbs.⁵⁷

bb) Teilnahme öffentlicher Unternehmen

Im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung kann es problematisch sein, öffentliche Unternehmen an einem Vergabeverfahren zu beteiligen.⁵⁸ Denn sie können etwa aufgrund ihrer finanziellen Vorteile ungewöhnlich niedrige Angebote abgeben, sodass die Wettbewerbschancen anderer Bieter beeinträchtigt werden könnten.⁵⁹ Daraus resultiert allerdings kein Grundsatz, dass die Beteiligung öffentlicher Unternehmen als Bieter oder Bewerber in einem Vergabeverfahren unzulässig ist.⁶⁰ Ein solcher Grundsatz findet sich nicht in den Vorschriften für die Vergabe von Aufträgen, deren Volumen oberhalb eines bestimmten EU-Schwellenwertes liegt.⁶¹ Im Gegenteil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 erfordert, dass die Auftraggeber alle Bieter oder Bewerber gleich und nichtdiskriminierend behandeln müssen, unabhängig von öffentlichen Unternehmen oder gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Daraus folgt, dass die Teilnahme öffentlicher Unternehmen am Vergabeverfahren vergaberechtlich grundsätzlich zulässig ist.⁶² Dies entspricht dem im Einklang mit den Anforderungen der EU-Vergaberichtlinien stehenden weiten, funktionalen Verständnis des Begriffs „Wirtschaftsteilnehmer“.⁶³

schon gar nicht verpflichtet, unabhängig von der konkreten Ausschreibung bestehende Wettbewerbsvorteile und -nachteile potentieller Bieter durch die Gestaltung der Vergabeunterlagen auszugleichen. [...] Das ist [...] eine vergaberechtlich irrelevante Frage ihrer Wettbewerbsfähigkeit.“

⁵⁵ OLG Koblenz, Beschl. v. 28.10.2009, Az. 1 Verg 8/09; OLG Naumburg, VergabeR 2009, 486, 495; OLG Koblenz, VergabeR 2002, 617, 628; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 22.

⁵⁶ *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 22.

⁵⁷ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 58.

⁵⁸ Vgl. hierzu auch EuGH, VergabeR 2001, 28, Rn. 24 ff.

⁵⁹ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 80.

⁶⁰ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 80.

⁶¹ Im Regelwerk des Vergaberechts, das für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt, stellt § 6 Abs. 7 VOL/A einen Ausnahmetatbestand dar. Danach sind Justizvollzugsanstalten vom Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen ausgeschlossen.

⁶² *Antweiler*, VergabeR 2001, 259, 268.

⁶³ Zum Begriff des Wirtschaftsteilnehmers, EuGH, NZBau 2010, 188, Rn. 35, 42; Der Begriff des Wirtschaftsteilnehmers wird in Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL definiert als „eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusam-

Nicht aus jeder Teilnahme öffentlicher Unternehmen ergibt sich automatisch ein dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechender Vorteil. Vielmehr ist jeweils anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen, ob ein unzulässiger Vorteil durch die Teilnahme öffentlicher Unternehmen entsteht. Auch die Rechtsprechung des EuGH stützt dieses Verständnis: In seinem Urteil in der Sache CoNISMa von 2009 führte der Gerichtshof unmissverständlich aus, dass „die Möglichkeit, dass ein Wirtschaftsteilnehmer wegen öffentlicher Zuwendungen oder staatlicher Hilfen eine privilegierte Stellung hat, es [...] nicht rechtfertigen (kann), Einrichtungen [...] von vornherein und ohne weitere Prüfung von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen“.⁶⁴ Soweit öffentlichen Einrichtungen wirtschaftliche Tätigkeiten daher innerhalb der Grenzen etwa des Kommunalwirtschaftsrechts erlaubt sind, kann ihnen nicht untersagt werden, an Vergabeverfahren teilzunehmen, die die Leistungserbringung betreffen.⁶⁵ In umgekehrter Richtung entsteht dagegen das Problem, ob öffentliche Unternehmen, die gegen die durch das Kommunalwirtschaftsrecht gezogenen Grenzen verstößen, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind.⁶⁶

b) Künstliche Wettbewerbsvorsprünge

Vorstellbar ist auch eine Konstellation, bei der einzelne Unternehmen künstliche Wettbewerbsvorsprünge durch wettbewerbswidrige Maßnahmen genießen. Zu denken ist hierbei beispielsweise an eine Situation, in der ein Unternehmen versucht hat, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die es unzulässige Wettbewerbsvorteile erlangen könnte (§ 124 Abs.1 Nr. 9). Eine weitere Fallgruppe bilden Konstellationen, in denen die Wettbewerbsvorsprünge, insbesondere in Form eines Informations- oder Wissensvorsprungs, aus der Sphäre des öffentlichen Auftraggebers stammen.⁶⁷ In diesen Fällen muss der Auftraggeber dafür sorgen, dass der Informations- oder Wissensvorsprung neutralisiert bzw. ein dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufender Vorteil ausgeglichen wird.⁶⁸

Im vorliegenden Zusammenhang genügt es, ein Beispiel zu skizzieren, um die dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechenden Wettbewerbsvorsprünge zu erkennen. Ein typisches Paradigma ist die Teilnahme von Projektanten am Ver-

menschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“.

⁶⁴ EuGH, NZBau 2010, 188, Rn. 34.

⁶⁵ EuGH, NZBau 2010, 188, Rn. 49.

⁶⁶ Hierzu E. III. 3. e).

⁶⁷ Lux, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 45.

⁶⁸ Lux, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 45.

gabeverfahren (die sog. Projektantenproblematik). Nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB kann ein Unternehmen, das bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, ausgeschlossen werden, wenn durch dessen Teilnahme eine Wettbewerbsverzerrung resultiert und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann. Im Interesse der Gleichbehandlung ist es grundsätzlich problematisch, solche Bieter oder Bewerber an einem Vergabewettbewerb zu beteiligen, die den Auftraggeber bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beraten oder unterstützt haben, weil sie aufgrund ihrer Vorbefassung einen Wettbewerbsvorsprung haben können.⁶⁹ Dennoch ist die Beteiligung vorbereiteter Bieter oder Bewerber nicht grundsätzlich unzulässig.⁷⁰ Entscheidend ist vielmehr, ob aus der Vorbefassung tatsächlich ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil resultiert bzw. ob dieser durch geeignete Maßnahmen beseitigt werden kann.⁷¹ Daher ist jeweils aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen, ob bei der Beteiligung vorbereiteter Bieter oder Bewerber die Chancengleichheit aller Teilnehmer im Wettbewerb beeinträchtigt wird oder nicht.⁷² Auch nach der Rechtsprechung des EuGH ist dem Auftraggeber ein zwingender Ausschluss vorbereiteter Personen untersagt.⁷³ Denn dies kann dazu führen, dass Personen, die zuvor bestimmte vorbereitende Arbeiten durchgeführt haben, ausgeschlossen werden, ohne dass ihre Beteiligung daran eine Gefahr für den Bieterwettbewerb bedeuten würde.⁷⁴ Grundsätzlich steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers, welche Ausgleichsmaßnahmen er zur Herstellung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen ergreift.⁷⁵ Erst wenn ein fairer und für alle Teilnehmer chancengleicher Wettbewerb nicht durch andere Maßnahmen hergestellt werden kann – etwa durch eine Bekanntgabe von Informationen, die die nicht vorbereiteten Teilnehmer in die Lage versetzt, zu den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie der vorbereitete Bieter ihr Angebot vorzulegen⁷⁶ –, wird das Ermessen des Auftraggebers auf Null reduziert, was einen zwingenden Ausschluss des vorbereiteten Bieters vom Vergabeverfahren zur Folge hat.⁷⁷

⁶⁹ EuGH, VergabeR 2005, 319, Rn. 28 f.; *Röwekamp*, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 7 VgV, Rn. 3; *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 7 VgV, Rn. 2.

⁷⁰ OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016, Az. 13 Verg 11/15.

⁷¹ OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016, Az. 13 Verg 11/15.

⁷² OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016, Az. 13 Verg 11/15.

⁷³ EuGH, VergabeR 2005, 319, Rn. 34 f.

⁷⁴ EuGH, VergabeR 2005, 319, Rn. 35.

⁷⁵ OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016, Az. 13 Verg 11/15; *Röwekamp*, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 7 VgV, Rn. 8; *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 7 VgV, Rn. 9.

⁷⁶ OLG München, VergabeR 2014, 52, 59.

⁷⁷ OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016, Az. 13 Verg 11/15; *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 7 VgV, Rn. 9.

3. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aus kartellrechtlicher Perspektive, § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB

a) Wettbewerbsbeschränkende Abreden aus kartellrechtlicher Perspektive

aa) Allgemeines

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB können öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügen, dass das Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Wettbewerbsbeschränkung⁷⁸ bezwecken oder bewirken.

§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB setzt Art. 57 Abs. 4 lit. d der VRL um. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um einen fakultativen Ausschlussgrund. Wie schon der Wortlaut („fakultativ“) nahelegt, steht ein Ausschluss im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers.⁷⁹ Daher besteht für ihn keine generelle Verpflichtung, das betroffene Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.⁸⁰ Wenn die Voraussetzungen von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllt sind, ist der Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers aus Gründen der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs allerdings in aller Regel auf Null reduziert.⁸¹

Nach alter Rechtslage erforderte ein Angebotsausschluss aufgrund einer verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, dass die Vereinbarung in Bezug auf das konkrete Vergabeverfahren getroffen worden ist.⁸² Eine solche Einschränkung ergibt sich nicht aus § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.⁸³ In der Gesetzesbegründung wird vielmehr klargestellt, dass ein Angebotsausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht auf Fälle von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens beschränkt ist.⁸⁴ Insofern geht § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB über die als zwingende Ausschlussgründe ausgestalteten Ausschlussstatbestände der früheren Vergabeordnungen⁸⁵ hinaus.⁸⁶

⁷⁸ Wettbewerbsbehörden und Gerichte trennen die drei Tatbestandsformen der Verhinderung, der Einschränkung und der Verfälschung des Wettbewerbs nicht streng voneinander, sondern gehen von einem ungeschriebenen Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung aus. EuGH, GRUR Int. 1978, 254, 257; BGH, NJW 1975, 788, 790; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 126.

⁷⁹ *Gerlach*, VergabeR 2020, 451, 459.

⁸⁰ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 100.

⁸¹ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 101.

⁸² OLG Naumburg, NZBau 2001, 579.

⁸³ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 31.

⁸⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106.

⁸⁵ Z. B. § 31 Abs. 2 Nr. 6 VSVgV a. F. bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A-EG a. F.

⁸⁶ *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327, 330.

(1) Koordiniertes Verhalten mehrerer Wettbewerber

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB („das Unternehmen mit anderen Unternehmen“) ist der Regelungsgegenstand kein einseitiges Marktverhalten von Unternehmen, sondern ein koordiniertes Verhalten mehrerer Unternehmen.⁸⁷ Dies bedeutet, dass ein einseitiges Verhalten von Unternehmen, die entweder eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung (§§ 19, 20 GWB) innehaben, keinen Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB begründet.⁸⁸

Während § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nach seinem Wortlaut sowohl explizite Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen erfasst, behandelt Art. 57 Abs. 4 lit. d VRL nur explizite Vereinbarungen. Es stellt sich somit die Frage, ob § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB allein explizite Vereinbarungen erfasst oder – wie in § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV – hierunter auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen fallen. In der Literatur wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass bei der Anwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB die inhaltliche Gleichrichtung des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV zu gewährleisten ist.⁸⁹ Bei Zugrundelegung dieses Ansatzes erfasst § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht nur explizite Vereinbarungen, sondern – wie § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV – auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.⁹⁰

(2) Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Anders als Art. 57 Abs. 4 lit. d VRL, der von Vereinbarungen, die „auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen“, spricht und damit nur bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen erfasst, hat der deutsche Gesetzgeber die im Kartellverbot des § 1 GWB enthaltenen Tatbestandsmerkmale „bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen“ in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB aufgegriffen. Daraus lässt sich auch schließen, dass § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht nur Submissionsabsprachen, die sich gezielt gegen öffentliche Ausschreibungen richten, sondern alle Kartellabsprachen – horizontale wie vertikale Vereinbarungen – erfasst.⁹¹ Dementsprechend ist zwischen Vereinbarungen zu unterscheiden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, und solchen, die eine Wettbewerbsbeschränkung

⁸⁷ *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327, 331.

⁸⁸ *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327, 331; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 25.

⁸⁹ *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 686, unter Hinweis auf Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106.

⁹⁰ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 25; a. A. *Kaufmann*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 56.

⁹¹ *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327, 330; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 25.

bewirken.⁹² Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der wettbewerbsbeschränkende Zweck und die wettbewerbsbeschränkende Wirkung keine kumulativen, sondern alternative Voraussetzungen sind.⁹³

Nach ständiger, auch für die Auslegung des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB maßgeblicher Rechtsprechung des EuGH ist eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt, wenn „bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden“.⁹⁴ Hierbei handelt es sich um Beschränkungen, die ein derart großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, dass es für das Kartellverbot nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht notwendig ist, deren tatsächliche Auswirkungen im Markt zu prüfen.⁹⁵ So stellt etwa eine Vereinbarung, die einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck hat, für sich genommen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar.⁹⁶

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt, „auf deren Inhalt und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen“.⁹⁷ Die subjektive Absicht der beteiligten Unternehmen, den Wettbewerb zu beschränken, kann berücksichtigt werden, auch wenn sie ein relevanter Faktor, jedoch kein notwendiges Element für die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist.⁹⁸ Zudem kann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung auch dann angenommen werden, wenn sie „nicht ausschließlich auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abzielt, sondern auch andere, zulässige Zwecke verfolgt“.⁹⁹

Wenn keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist, ist zu untersuchen, ob die vereinbarten oder abgestimmten Maßnahmen eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung haben.¹⁰⁰ Dabei sind die tatsächlichen wie auch die potentiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen.¹⁰¹ Anders ausgedrückt:

⁹² Zum Unterschied zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen, Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 19 ff.

⁹³ EuGH, Urt. v. 04.06.2009, Az. C-8/08, Rn. 28.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 14.03.2013, Az. C-32/11, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Az. C-226/11, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 04.06.2009, Az. C-8/08, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 20.11.2008, Az. C-209/07, Rn. 17.

⁹⁵ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 21.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Az. C-226/11, Rn. 37.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Az. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P Rn. 58.

⁹⁸ *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 268; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Az. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, Rn. 58.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 06.04.2006, Az. C-551/03, Rn. 64.

¹⁰⁰ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 24.

Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind zu erwarten.¹⁰² Bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen – anders als bei bezweckten Beschränkungen – wird nicht vermutet, dass sie wettbewerbswidrige Auswirkungen haben.¹⁰³ Entscheidender Gesichtspunkt ist, inwieweit die vereinbarten oder abgestimmten Maßnahmen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, den tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb in einem solchen Umgang beeinträchtigen, dass negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter (z. B. Preise, Output, Innovation oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind.¹⁰⁴ Diese negativen Auswirkungen sind als spürbar einzustufen.¹⁰⁵ Andernfalls ist das Kartellverbot nicht anwendbar.¹⁰⁶

bb) Konstellationen im Vergabeverfahren

(1) Submissionsabsprachen

Unter Submissionsabsprachen werden geheime Vereinbarungen verstanden, die die Konkurrenten hinsichtlich ihres Bieterverhaltens bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand treffen, um hierdurch ein Konkurrieren ihrer Angebote auszuschließen und durch die Verringerung des Wettbewerbs einen Zuschlag zu höheren Preisen herbeizuführen.¹⁰⁷ Submissionsabsprachen weisen insofern einen wesentlichen Unterschied zu Bietergemeinschaften auf, bei denen mehrere Bieter offen ein gemeinsames Angebot einreichen, z. B. weil sie allein nicht in der Lage sind, den Auftrag auszuführen.¹⁰⁸

Submissionsabsprachen können als horizontale Absprachen zwischen Bietern in verschiedenen Formen auftreten, z. B. als Preis- oder Marktaufteilungsabsprachen.¹⁰⁹ Zwar sind vertikale Submissionsabsprachen zwischen Ausschreibendem und Bieter(n) vorstellbar, allerdings ist dies – anders als bei § 1 GWB – kein Regelungsgegenstand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.¹¹⁰ Denn der in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB verwendete Unternehmensbegriff ist ausschließlich bieterbezogen formuliert.¹¹¹

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 28.05.1998, Az. C-7/95 P, Rn. 77.

¹⁰² Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 24.

¹⁰³ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 24.

¹⁰⁴ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 24.

¹⁰⁵ Zum Begriff der Spürbarkeit, Europäische Kommission, Leitlinien Zwischenstaatlichkeit, Rn. 44 ff.

¹⁰⁶ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 24.

¹⁰⁷ Lübbig, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 2, § 9, Rn. 248.

¹⁰⁸ Lübbig, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 2, § 9, Rn. 248.

¹⁰⁹ Ulshöfer, VergabeR 2016, 327, 328.

¹¹⁰ OLG Karlsruhe, VergabeR 2019, 190, 197.

¹¹¹ OLG Karlsruhe, VergabeR 2019, 190, 197, wonach der Unternehmensbegriff des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht an den Unternehmensbegriff nach § 1 GWB anknüpft;

Kennzeichnendes Merkmal für Submissionsabsprachen ist die Verpflichtung der Kartellbeteiligten, sich bei bestimmten Ausschreibungen eines wettbewerblichen Angebots zu enthalten oder bloße Scheinangebote abzugeben.¹¹² Submissionsabsprachen werden regelmäßig als Mittel zum Zweck benutzt, um den Preiswettbewerb auszuschalten und das Preisniveau zu erhöhen.¹¹³ Sie zielen damit unmittelbar auf einen höheren als den Wettbewerbspreis zum Nachteil des öffentlichen Auftraggebers ab,¹¹⁴ was bei ihnen erhöhte Ausgaben oder eine Verringerung des Auftragsvolumens verursacht.¹¹⁵

Submissionsabsprachen stellen grundsätzlich eine Verletzung des Kartellverbots dar.¹¹⁶ Es kommt also nicht darauf an, dass sie spürbare wettbewerbswidrige Auswirkungen haben.¹¹⁷ Das Kartellverbot greift bereits ein, wenn der Absprache eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zukommt.¹¹⁸ Die Durchführung einer kartellrechtswidrigen Submissionsabsprache stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die nach § 81 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 GWB mit hohen Bußgeldern (bis zu einer Million Euro) geahndet werden kann. Zudem macht sich nach § 298 Abs. 1 StGB strafbar, „wer bei Ausschreibungen über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen“.

(2) Bietergemeinschaften

Wenn sich mehrere Unternehmen zusammenschließen, um sich mit einem gemeinsamen Angebot an einem bestimmten Vergabeverfahren zu beteiligen und den ausgeschriebenen Auftrag gemeinsam auszuführen, wird von einer Bietergemeinschaft gesprochen.^{119,120} Es handelt sich bei Bietergemeinschaften also um eine typische Kooperationsform.¹²¹

zum Unternehmensbegriff nach § 124 GWB, *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 7 ff.

¹¹² *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 229.

¹¹³ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 229.

¹¹⁴ *Ulhöfer*, VergabeR 2016, 327, 328.

¹¹⁵ *Basedow*, Der Staat als Nachfrager, S. 60.

¹¹⁶ *Lübbig*, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 2, § 9, Rn. 248.

¹¹⁷ *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 270.

¹¹⁸ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 56.

¹¹⁹ *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 53 VgV, Rn. 61.

¹²⁰ Bietergemeinschaften treten in zwei Formen auf. Zum einen können sich mehrere Unternehmen, die sich in der gleichen Branche gewerblich betätigen, zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen (sog. horizontale Bietergemeinschaften). Denkbar ist aber auch eine Bietergemeinschaft, deren Mitglieder in unterschiedlichen Branchen tätig sind (sog. vertikale Bietergemeinschaften). Zu den homogenen und heterogenen Bietergemeinschaften, *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 689.

Bietergemeinschaften dürfen nicht anders als Einzelbieter behandelt werden.¹²² Sie müssen unter den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie Einzelbieter an Vergabeverfahren teilnehmen können.¹²³ Ihnen verschärfte Teilnahmebedingungen aufzuerlegen, würde dem Gebot der Gleichbehandlung zuwiderlaufen.¹²⁴ Die Eingehung einer Bietergemeinschaft ist also grundsätzlich zulässig.¹²⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ihrer Gründung im Einzelfall die kartellrechtlich gesetzten Grenzen entgegenstehen können.¹²⁶ Wenn die Kooperation eine über die zur Wettbewerbsteilnahme erforderliche Zusammenarbeit hinaus gehende wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat, stellt dies eine Verletzung des Kartellverbots dar.¹²⁷

(a) Ambivalente Auswirkungen von Bietergemeinschaften

Bietergemeinschaften haben zwiespältige Auswirkungen auf den Wettbewerb.¹²⁸ Einerseits kann die Eingehung einer Bietergemeinschaft den Wettbewerb dadurch bereichern, dass Bieter, die nicht markteintrittsfähig sind, durch einen Zusammenschluss in die Lage versetzt werden, ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben.¹²⁹ Die Teilnahme einer Bietergemeinschaft am Wettbewerb ist insofern verbunden mit der Diskussion um die Förderung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 4 GWB.¹³⁰ Denn kleine und mittlere Unternehmen erhalten die Möglichkeit, Großaufträge durch die Zusammenarbeit in Form einer Bietergemeinschaft durchzuführen, insbesondere wenn ein zu vergebender Auftrag aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Gründe nicht in Lose aufgeteilt werden kann.¹³¹

Andererseits kann die Bildung einer Bietergemeinschaft aber auch Gefahren bergen. Eine Vereinbarung über die Bildung einer Bietergemeinschaft beinhaltet

¹²¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 256; ebenso OLG Koblenz, VergabeR 2005, 527, 528: Die Gründung einer Bietergemeinschaft ist „eine typische Kooperationsform von Unternehmen, die meist zu einer Erweiterung des Wettbewerbs führt (und durch Abgabe eines gemeinsamen Angebots offengelegt wird, was regelmäßig nicht für unlauteres Wettbewerbsverhalten spricht)“.

¹²² § 43 Abs. 2 S. 1 VgV.

¹²³ Hänsel, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 43 VgV, Rn. 4.

¹²⁴ Leinemann, VergabeR 2015, 281, 286 f.

¹²⁵ Vavra, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 16 VOB/A, Rn. 14.

¹²⁶ Kling, NZBau 2018, 715, 715.

¹²⁷ Wiedemann, ZfBR 2003, 240, 241.

¹²⁸ BKartA, Beschl. v. 16.01.2014, Az. VK 1 – 117/13, S. 12.

¹²⁹ OLG Koblenz, VergabeR 2005, 527, 528; Conrad, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 70.

¹³⁰ Michallik, VergabeR 2011, 683, 684.

¹³¹ Leinemann, VergabeR 2015, 281, 283; insoweit auch Michallik, VergabeR 2011, 683, 684; Schulte/Voll, ZfBR 2013, 223, 223.

in der Regel die gegenseitige Verpflichtung, dass sich die Beteiligten nicht mit eigenen Angeboten am Wettbewerb beteiligen.¹³² Als Folge einer solchen Vereinbarung wird daher die Anzahl der potentiellen Bieter reduziert, der Wettbewerb also durch Verzicht auf Handlungsfreiheit, die zum Markteintritt führen kann, eingeschränkt¹³³ und damit zugleich die Auswahl des öffentlichen Auftraggebers zwischen verschiedenen Angeboten beschränkt.¹³⁴ Die Gefahr einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht insbesondere dann, wenn aufgrund des Charakters des zu vergebenden Auftrags von vornherein nur wenige (Spezial-) Unternehmen als Bieter infrage kommen und sich ausgerechnet diejenigen zusammenschließen, denen das größte Leistungspotential zuzuordnen ist.¹³⁵ Hingegen sind Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen verschiedener Branchen wettbewerbsrechtlich unbedenklich, weil zwischen ihnen kein beschränkbarer Wettbewerb besteht.¹³⁶ Theoretisch ist aber ein Kartellverstoß vorstellbar. Beispielsweise kann die Bildung einer vertikalen Bietergemeinschaft dazu führen, dass die Kosten der am Auftrag interessierten Wettbewerber erhöht werden, indem ihr Zugang zu solchen Produkten beschränkt wird, die ein Bietergemeinschaftsmitglied ohne die Bildung einer solchen vertikalen Bietergemeinschaft geliefert hätte (sog. raising rivals' costs).¹³⁷ Bietergemeinschaften zwischen konzernangehörigen Unternehmen sind wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, weil diese nach § 36 Abs. 2 GWB als ein Unternehmen zu betrachten sind (sog. Konzernprivileg).¹³⁸

(b) Unzulässige Bietergemeinschaften

(aa) Spürbare Auswirkungen

Wie bereits erwähnt, schließen Vereinbarungen zur Bietergemeinschaft die gegenseitige Verpflichtung ein, auf die Abgabe eines eigenen Angebots zu verzichten, worin eine Wettbewerbsbeschränkung liegt.¹³⁹ Daraus ergibt sich aber nicht, dass die Vereinbarung per se unzulässig ist und für die Gefahr einer Beeinträchti-

¹³² *Vavra*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 16 VOB/A, Rn. 14.

¹³³ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 110.

¹³⁴ *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213, 214.

¹³⁵ OLG Koblenz, VergabeR 2005, 527, 528; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 70; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 27.

¹³⁶ *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213, 214; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 635; *Leinemann*, VergabeR 2015, 281, 283; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 71; *Kling*, NZBau 2018, 715, 716.

¹³⁷ Vgl. etwa Europäische Kommission, Nichthorizontalleitlinien, Rn. 31 ff.

¹³⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016 – VII-Verg 3/16; ebenso *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 71.

¹³⁹ Vgl. KG, Beschl. v. 24.10.2013 – Verg 11/13.

gung des Wettbewerbs spricht,¹⁴⁰ maßgeblich ist vielmehr, ob die Bildung einer Bietergemeinschaft wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen entfaltet.¹⁴¹ Dabei ist für die Beurteilung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen auf die Zahl der insgesamt abgegebenen Angebote, Angebotspreise, Innovationen sowie Qualität von Waren und Dienstleistungen abzustellen.¹⁴² Diese wettbewerbswidrigen Auswirkungen müssen spürbar sein,¹⁴³ auch wenn die Spürbarkeit vom Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht gefordert wird.¹⁴⁴

(bb) Fehlende Markteintrittsfähigkeit

Die Bildung einer Bietergemeinschaft ist dann nicht wettbewerbschädlich, wenn es den Bietergemeinschaftsmitgliedern an der Markteintrittsfähigkeit fehlt,¹⁴⁵ die Mitglieder also i. S. v. § 122 Abs. 1 GWB nicht geeignet sind.¹⁴⁶ In diesem Fall wird eine Wettbewerbsbeschränkung von vornherein ausgeschlossen, da die Mitglieder bereits aufgrund ihrer fehlenden Markteintrittsfähigkeit nicht in der Lage sind, sich selbstständig mit einem erfolgversprechenden Eigenangebot am Wettbewerb zu beteiligen.¹⁴⁷ Mit anderen Worten: Eine Wettbewerbsbeschränkung muss verneint werden, wenn ein potentieller Wettbewerb¹⁴⁸ zwischen den Mitgliedern nicht besteht.¹⁴⁹

¹⁴⁰ OLG Düsseldorf, VergabeR 2015, 224, 226, wonach die Bildung einer Bietergemeinschaft grundsätzlich zulässig ist und keinem Generalverdacht einer Kartellrechtswidrigkeit unterliegt.

¹⁴¹ BGH, GRUR 1984, 379.

¹⁴² Vgl. OLG Brandenburg, VergabeR 2012, 866, 874; vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3, Rn. 24.

¹⁴³ OLG Brandenburg, VergabeR 2012, 866, 874; BGH, GRUR 1984, 379, wonach eine Vereinbarung zur Bietergemeinschaft nur dann einen Verstoß gegen das Kartellverbot darstellt, wenn sie „geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen“.

¹⁴⁴ A. A. *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 691.

¹⁴⁵ *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213, 214; *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223, 224; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 635; *Leinemann*, VergabeR 2015, 281, 283; *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 687.

¹⁴⁶ VK Bund, ZfBR 2016, 390, 392: „Kann ein Bieter die vorgegebenen Eignungsanforderungen nur dann erfüllen, wenn er mit einem anderen Unternehmen eine Bietergemeinschaft eingeht, liegt eine kartellrechtsneutrale Vereinbarung vor, welche die Teilnahme am Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht“; ebenso *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 687.

¹⁴⁷ *Leinemann*, VergabeR 2015, 281, 283; *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 687; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16; OLG Celle, Beschl. v. 08.07.2016, Az. 13 Verg 2/16.

¹⁴⁸ Potentieller Wettbewerb liegt vor, wenn „unter Berücksichtigung der Struktur des Marktes sowie des wirtschaftlichen und des rechtlichen Kontextes seiner Funktionsweise tatsächliche und konkrete Möglichkeiten bestehen, dass die betroffenen Unternehmen untereinander in Wettbewerb stehen oder dass ein neuer Wettbewerber auf dem relevanten Markt auftreten und den etablierten Unternehmen Konkurrenz machen kann“. EuG, Urt. v. 29.06.2012, Az. T-360/09, Rn. 85 m.w.N.

Nach vom OLG Düsseldorf in diesem Zusammenhang vertretener Auffassung¹⁵⁰ ist die Bildung einer Bietergemeinschaft nicht als wettbewerbsbeschränkend anzusehen, wenn

„die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse (z.B. mit Blick auf Kapazitäten, technische Einrichtungen und/oder fachliche Kenntnisse) nicht leistungsfähig sind und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran mit Erfolgsaussicht zu beteiligen.“¹⁵¹

In einem solchen Fall wird durch die Zusammenarbeit der Wettbewerb nicht beschränkt, sondern aufgrund des gemeinsamen Angebots gefördert, indem dem Unternehmen, das nicht über die erforderliche Kapazität zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags verfügt, die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht wird.¹⁵² Auch nach Auffassung der EU-Kommission ist eine Vereinbarung in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn sie für die Ermöglichung des Markteintritts einer Partei objektiv erforderlich ist.¹⁵³

(cc) Zweckmäßige und kaufmännisch vernünftige Entscheidung

Auch wenn die Bietergemeinschaftsmitglieder die Markteintrittsfähigkeit besitzen, kann doch die Bietergemeinschaft zulässig sein, wenn die Mitglieder „für sich genommen leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein erfolgversprechendes Angebot ermöglicht“. ¹⁵⁴ Zu denken ist beispielsweise an eine Situation, in der die beteiligten Unternehmen zwar über die Markteintrittsfähigkeit verfügen, jedoch aufgrund anderweitiger Bindung nicht die personelle und sachliche Mittel zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags haben.¹⁵⁵ Eine unternehmerische Pflicht zur Kapazitätsausweitung besteht nicht.¹⁵⁶ Die Entscheidung eines Unternehmens, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, unterliegt grundsätzlich einer Einschätzungsprärogative der beteiligten Unternehmen, die nur beschränkt auf die Einhaltung ihrer Grenzen, kurz zusammengefasst: auf Vertretbarkeit, kon-

¹⁴⁹ Schulte/Voll, ZfBR 2013, 223, 224; Leinemann, VergabeR 2015, 281, 283; Gabriel, VergabeR 2012, 555, 557.

¹⁵⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16.

¹⁵¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16.

¹⁵² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16; OLG Celle, Beschl. v. 08.07.2016, Az. 13 Verg 2/16; Leinemann, VergabeR 2015, 281, 283.

¹⁵³ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 237.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16; OLG Celle, Beschl. v. 08.07.2016, Az. 13 Verg 2/16.

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16.

¹⁵⁶ Leinemann, VergabeR 2015, 281, 284.

trollierbar ist.¹⁵⁷ Folglich dürfen öffentliche Auftraggeber und Nachprüfungsinstanzen die Überlegungen eines Unternehmers nicht durch eigene Bewertungen ersetzen.¹⁵⁸

Als zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig kann die Entscheidung angenommen werden, wenn der Zusammenschluss die Senkung wirtschaftlicher Risiken bezweckt.¹⁵⁹ Ebenso ist es im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung vertretbar, wenn durch die Bildung einer Bietergemeinschaft die Erzielung von Synergieeffekten bezweckt wird.¹⁶⁰ Hingegen sind die von jedem Kartell verfolgten Ziele bloßer Kostensenkung oder Vergütungsmaximierung nicht ausreichend.¹⁶¹

*b) Wettbewerbsbeschränkende Abreden aus Perspektive
des Gleichbehandlungsgrundsatzes*

aa) Allgemeines

§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB gilt nach seinem Wortlaut für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Bietern. Zunächst war umstritten, ob der Begriff der Vereinbarung ausschließlich solche Abreden erfasst, die mit der auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts nicht vereinbar sind. Mittlerweile hat sich ein weites Verständnis des Begriffs der Vereinbarung durchgesetzt. Insoweit ist auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf zurückzugreifen. In seiner Entscheidung hat es betont:

„Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede i. S. von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A 2. Abschnitt ist dabei mit Blick auf den – das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden – Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfaßt auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind.“¹⁶²

Um diese weite Auslegung zu begründen,¹⁶³ hat das Gericht aus dem in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedanken als unverzichtbare Grundlage für einen funktionierenden Bieterwettbewerb das vergaberechtliche Selbst-

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 628, 631; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016, Az. VII-Verg 3/16; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 80.

¹⁵⁸ OLG Koblenz, VergabeR 2005, 527, 528.

¹⁵⁹ OLG Frankfurt am Main, VergabeR 2003, 581, 584; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 81.

¹⁶⁰ OLG Frankfurt am Main, VergabeR 2003, 581, 584; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 63; zur a. A. OLG Celle, Beschl. v. 08.07.2016, Az. 13 Verg 2/16.

¹⁶¹ *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213, 215.

¹⁶² OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 690, 691.

¹⁶³ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 7.

ständigkeitspostulat, also die sog. Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs, abgeleitet:

„Wesentliches und unverzichtbares Kennzeichen einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern. Nur dann, wenn jeder Bieter die ausgeschriebene Leistung in Unkenntnis der Angebote, Angebotsgrundlagen und Angebotskalkulation seiner Mitbewerber um den Zuschlag anbietet, ist ein echter Bieterwettbewerb möglich.“¹⁶⁴

Mit dieser Maßgabe ist der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung weit zu fassen und umfasst alle Verhaltensweisen, die der Gewährleistung des Geheimwettbewerbs zuwiderlaufen.¹⁶⁵ Dahinter steht die Erkenntnis, dass ein funktionsfähiger Bieterwettbewerb nur dann gewährleistet werden kann, wenn einzelne Bieter sich nicht durch Verletzung des für den Bieterwettbewerb geforderten Geheimwettbewerbs Wettbewerbsvorteile verschaffen können.¹⁶⁶ Was die Gewährleistung des Geheimwettbewerbs betrifft, kommt dem in § 97 Abs. 2 GWB gesetzlich niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatz besondere Bedeutung zu. Denn chancengleiche Wettbewerbsbedingungen durch Neutralisierung von mit unzulässigen Mitteln erlangten Wettbewerbsvorteilen zu gewährleisten, ist eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz zugewiesene Funktion.¹⁶⁷ Folglich muss § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung gesehen werden.

bb) Konstellationen im Vergabeverfahren

(1) Parallelbeteiligung

Wenn Bieter in einem Vergabeverfahren ein eigenes Angebot abgegeben haben und parallel an Konkurrenzangeboten beteiligt sind, wird von einer Parallelbeteiligung gesprochen.¹⁶⁸ Diese kann eine Verletzung des Geheimwettbewerbs und damit eine (unzulässige) wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung darstellen.¹⁶⁹

Im Hinblick auf die Gewährleistung des Geheimwettbewerbs ist es problematisch, dass das mehrfach auftretende Unternehmen Kenntnis von Angeboten seiner Konkurrenten erlangt.¹⁷⁰ Zu denken ist beispielsweise an eine Situation, in der sich ein Bieter innerhalb eines Vergabeverfahrens sowohl als Mitglied einer Bietergemeinschaft als auch als Einzelbieter um dieselbe Leistung bewirbt. In dieser Konstellation kann eine Verletzung des Geheimwettbewerbs vorliegen,

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 690, 691.

¹⁶⁵ Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 26.

¹⁶⁶ Vgl. Conrad, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 63.

¹⁶⁷ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 7.

¹⁶⁸ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 8.

¹⁶⁹ Conrad, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 82.

¹⁷⁰ Gabriel, NZBau 2010, 225, 225.

weil sich der Bieter die Kenntnis der Angebote der anderen Beteiligten im Rahmen seiner eigenen Angebotskalkulation zunutze machen kann.¹⁷¹ Im Interesse des chancengleichen Wettbewerbs ist allerdings der zwingende Ausschluss solcher Angebote per se unzulässig.¹⁷² Eine unwiderlegliche Vermutung der Verletzung des Geheimwettbewerbs ist europarechtswidrig.¹⁷³ Bei der Ausschlussentscheidung ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.¹⁷⁴ Danach dürfen die betroffenen Bieter nicht ausgeschlossen werden, ohne dass ihnen Möglichkeit gegeben wird, die Maßnahmen und Vorkehrungen darzulegen und zu beweisen, die einen Wettbewerbsverstoß effektiv verhindert haben.¹⁷⁵

Vorstellbar ist auch der Fall, dass von einem Bieter ein eigenes Angebot abgegeben wird und er innerhalb desselben Verfahrens im Angebot eines anderen Bieters als Nachunternehmer aufgeführt wird. Diese Parallelbeteiligung stellt nicht zwingend eine Verletzung des Geheimwettbewerbs dar.¹⁷⁶ Vielmehr ist jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob eine Verletzung des Geheimwettbewerbs vorliegt.¹⁷⁷ Hierbei müssen weitere Anhaltspunkte hinzukommen, die nach Art und Umfang des Nachunternehmereinsatzes oder mit Rücksicht auf die Begleitumstände eine Kenntnis von einem Konkurrenzangebot annehmen lassen.¹⁷⁸ So wurden etwa die Angebote von zwei Bietern ausgeschlossen, bei denen sich der eine als Einzelbieter und als Nachunternehmer des anderen Bieters am Vergabeverfahren beteiligt hat, wobei hinzugekommen ist, dass die beiden Bieter konzernverbundene Unternehmen i.S.v. § 36 Abs. 2 GWB waren und die Angebote identische orthografische Fehler enthielten.¹⁷⁹ Der Umstand, dass mehrere miteinander konkurrierende Bieter für bestimmte Arbeiten den Einsatz desselben Nachunternehmers vorsehen, ist hingegen generell unschädlich.¹⁸⁰ Wenn Nachunternehmer verpflichtet werden, nur einem Hauptauftragnehmer zur Verfügung zu stehen, kann dies zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen, da dann einige Bieter mangels geeigneter Nachunternehmen kein Angebot unterbreiten können.¹⁸¹

¹⁷¹ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 92.

¹⁷² EuGH, NZBau 2010, 261, Rn. 37 ff.; *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 79.

¹⁷³ EuGH, NZBau 2010, 261, Rn. 37 ff.

¹⁷⁴ EuGH, NZBau 2010, 261, Rn. 38.

¹⁷⁵ EuGH, NZBau 2010, 261, Rn. 39.

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, ZfBR 2006, 698; KG, VergabeR 2008, 853, 857.

¹⁷⁷ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 28.

¹⁷⁸ OLG Düsseldorf, ZfBR 2006, 698.

¹⁷⁹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2007, 229, 233; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 28.

¹⁸⁰ KG, VergabeR 2008, 853, 857.

¹⁸¹ *Optiz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 68.

(2) Beteiligung konzernverbundener Unternehmen

Darüber hinaus kann die Beteiligung von miteinander konzernverbundenen Unternehmen an einem Vergabeverfahren eine zum Ausschluss führende Verletzung des Geheimwettbewerbs darstellen.¹⁸² Allerdings ist ein automatischer Ausschluss des Angebots per se unzulässig.¹⁸³ Würden konzernverbundene Unternehmen systematisch oder grundsätzlich vom Wettbewerb ausgeschlossen, so würde dies übersehen, dass sich auch konzernverbundene Unternehmen häufig wirtschaftlich eigenständig bewegen und sogar in einem gewissen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen.¹⁸⁴ Ein derartiger Automatismus würde auch dem sich aus dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsziel ergebenden Interesse an der Beteiligung möglichst vieler Bieter oder Bewerber an einem Vergabewettbewerb zuwiderlaufen.¹⁸⁵ Es würde daher nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen, wenn konzernverbundene Unternehmen ausgeschlossen würden, ohne dass den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gegeben würde, nachzuweisen, dass der Geheimwettbewerb zwischen ihnen gewahrt ist.¹⁸⁶

Bei der parallelen Beteiligung zweier oder mehrerer konzernverbundener Unternehmen mit eigenen Angeboten an einem Vergabeverfahren besteht daher grundsätzlich eine widerlegbare Vermutung dafür, dass der Geheimwettbewerb verletzt ist.¹⁸⁷ Diese Vermutung zu widerlegen, ist Sache der konzernverbundenen Unternehmen.¹⁸⁸ Der Ausschluss der Angebote konzernverbundener Unternehmen nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist somit nicht dann gerechtfertigt, wenn der sichere Nachweis eines Wettbewerbsverstosses durch den öffentlichen Auftraggeber erbracht ist, sondern die betroffenen Unternehmen haben die Umstände und Vorkehrungen (z. B. Chinese Walls) aufzuzeigen und nachzuweisen, die die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung sicherstellen.¹⁸⁹

c) Hinreichende Anhaltspunkte

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB kann der Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn er über hinreichende Anhaltspunkte¹⁹⁰ für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verfügt.

¹⁸² *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 87.

¹⁸³ EuGH, VergabeR 2009, 756, Rn. 24 ff.

¹⁸⁴ VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 02.02.2005, Az. VK-SH 01/05, Rn. 66.

¹⁸⁵ VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 02.02.2005, Az. VK-SH 01/05, Rn. 66.

¹⁸⁶ EuGH, VergabeR 2009, 756, Rn. 30.

¹⁸⁷ OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 731, 735.

¹⁸⁸ OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 731, 735.

¹⁸⁹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 731, 735.

¹⁹⁰ In der deutschen Übersetzung von Art. 57 Abs. 4 lit. d der VRL wird der Begriff „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ verwendet (die englische Fassung spricht von „sufficiently plausible indications“).

Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut muss der Auftraggeber keinen gesicherten Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes erbringen.¹⁹¹ Vielmehr genügen hinreichende Anhaltspunkte hierfür. Der Sinn und Zweck, den der Gesetzgeber mit der Aufnahme der hinreichenden Anhaltspunkte als Tatbestandsmerkmal anstatt der Nachweislichkeit¹⁹² in die Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB verfolgt, besteht u.a. darin, den Nachweis darüber zu erleichtern, dass im konkreten Fall ein Kartellverstoß erfolgt ist.^{193,194} Denn Gewissheit darüber ist regelmäßig nicht innerhalb des unter einem besonderen Beschleunigungsbedürfnis stehenden Vergabeverfahrens zu erlangen.¹⁹⁵

Die Frage, welche Anforderungen an die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der hinreichenden Anhaltspunkte zu stellen sind, beantwortet § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Anforderungen an das Merkmal der hinreichenden Anhaltspunkte hoch anzusetzen sind.¹⁹⁶ Denn andernfalls ist unternehmerische Tätigkeit fälschlich als wettbewerbswidrig anzusehen und damit erwünschter Wettbewerb zu unterbinden. Auch nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, das sich erstmals mit dem Begriff der hinreichenden Anhaltspunkte i. S. d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB befasst hat, liegen die hinreichenden Anhaltspunkte erst dann vor, wenn aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Wettbewerbsverstoß mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.¹⁹⁷ Die Anhaltspunkte müssten so konkret und aussagekräftig sein, dass die Verwirklichung eines Wettbewerbsverstoßes zwar noch nicht feststeht, jedoch hierüber nahezu Gewissheit herrscht.¹⁹⁸ An die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der hinreichenden Anhaltspunkte seien strenge Anforderungen zu stellen.¹⁹⁹ Es liegt also auf der Hand, dass bloße Vermutungen oder erhebliche Verdachtsmomente nicht genügen.²⁰⁰ Auch die Gesetzesbegründung stützt dieses Verständnis: „Der Ausschlussgrund liegt jedenfalls dann vor, wenn eine Kartellbehörde einen Verstoß in einer Entscheidung festgestellt hat. Die

¹⁹¹ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 30; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 96; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 53.

¹⁹² Z. B. § 124 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB.

¹⁹³ OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 564 f.; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 53; vgl. hierzu auch *Leinemann*, VergabeR 2015, 281, 287.

¹⁹⁴ Die früheren Rechtsprechungen verlangten, dass ein Wettbewerbsverstoß durch den Auftraggeber mit konkretem Nachweis belegt werden muss, um darauf einen Ausschluss stützen zu können. OLG Frankfurt am Main, VergabeR 2003, 581, 583.

¹⁹⁵ OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 565.

¹⁹⁶ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 30.

¹⁹⁷ OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 564 f.

¹⁹⁸ OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 564 f.

¹⁹⁹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 564 f.

²⁰⁰ *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 97; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 30.

bloße Durchführung von kartellbehördlichen Ermittlungsmaßnahmen, beispielsweise Durchsuchungen, wird dagegen regelmäßig noch nicht ausreichen, um einen Ausschlussgrund nach Nummer 4 zu begründen.²⁰¹

II. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Auftraggeberseite

1. Allgemeines

Wettbewerbsbeschränkungen gehen auch von der Seite der öffentlichen Hand, also der Auftraggeberseite aus. Das Kartellrecht befasst sich traditionell mit der Thematik, wie ein funktionierender Wettbewerb vor Beschränkungen, die von Auftraggebern – insbesondere aufgrund ihrer Nachfrage- oder Einkaufsmacht – ausgehen, geschützt werden kann.²⁰² Die kartellrechtlichen Vorschriften gegen die Nachfrage- oder Einkaufsmacht, deren Ausübung sich negativ auf einen Bieter- oder Nachfragewettbewerb auswirken kann, sind allerdings keine Vergabebestimmungen i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB.²⁰³ Die Frage nach der Nachfrage- oder Einkaufsmacht und ihrer Behandlung in Vergabeverfahren und Nachprüfungsinstanzen ist dennoch ein Thema in der Literatur.²⁰⁴ Denn teilweise bestehen Überschneidungen zwischen Kartell- und Vergaberecht, soweit ihre Ziele und Instrumente – aus verschiedenen Blickwinkeln – am Wettbewerb orientiert sind;²⁰⁵ so kann etwa eine gemeinsame Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber dem Kartellverbot nach § 1 GWB unterfallen und zugleich auch in Widerspruch zum in § 97 Abs. 4 GWB verankerten Grundsatz des Mittelstandschutzes geraten.²⁰⁶

Darüber hinaus ist eine verbotene Diskriminierung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB dann anzunehmen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der eine marktherrschende Stellung innehat, gegen die vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz, verstößt.²⁰⁷ Besonders bei Verfolgung außerökonomischer, d. h. politischer Ziele kann eine diskriminierende Wirkung entfaltet werden. Ein marktbeherrschender Auftraggeber hat daher zu beachten, dass ein Mittel, das zum Erreichen der außerökonomischen

²⁰¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106.

²⁰² Basedow, Der Staat als Nachfrager, S. 60 f.

²⁰³ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 669; LSG BW, VergabeR 2009, 452, 461; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925; OLG Düsseldorf, VergabeR 2009, 905, 908.

²⁰⁴ Kling, NZBau 2018, 715; zur gemeinsamen Beschaffung öffentlicher Auftraggeber, Baudis, VergabeR 2016, 425; Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303.

²⁰⁵ Kirchhof u. a., in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 33 f.

²⁰⁶ Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 120 GWB, Rn. 18; Dreher, NZBau 2005, 427, 433 f.; Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 305 f.

²⁰⁷ Vgl. Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 74.

Ziele eingesetzt wird, kartellrechtlich hinnehmbar sein muss.²⁰⁸ Außerdem ist zu berücksichtigen, dass mit der marktbeherrschenden Stellung zugleich eine besondere Verantwortung zur Erhaltung eines möglichst offenen und unverfälschten Wettbewerbs einhergeht.²⁰⁹ So können unter bestimmten Umständen selbst solche Verhaltensweisen verboten sein, die denjenigen Auftraggebern, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben, gestattet sind. Beispielsweise können nichtmarktbeherrschende Auftraggeber solche Eignungskriterien festlegen, die immanent eine Bevorzugung erfahrener Bieter gegenüber Newcomern enthalten.²¹⁰ Die Zulassung von Newcomern zum Wettbewerb steht im Ermessen eines Auftraggebers.²¹¹ Wenn er jedoch aufgrund einer sehr einseitigen Nachfragestruktur ein Monopolist ist oder eine marktbeherrschende Stellung innehat, reduziert sich das Ermessen, das ihm bei der Zulassung unerfahrener Markteinsteiger zugesteht, auf Null, was zur Folge hat, dass er mit der Festlegung eines relativ niedrigen Eignungsgrades auch Newcomern die Chance eröffnen muss, am Vergabeverfahren erfolgreich teilzunehmen.²¹² Dies kann der Fall sein, wenn Gemeinden Dienstleistungskonzessionen neu vergeben, da diese bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.²¹³

2. Wettbewerbsbeschränkungen aus kartellrechtlicher oder vergaberechtlicher Perspektive

a) Gemeinsame Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber, die ausschließlich als Nachfrager auftreten, können den Wettbewerb beschränken. Ein praktisch besonders relevantes Beispiel ist insofern die gemeinsame Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber. Einerseits trägt sie dazu bei, durch die Nachfragebündelung²¹⁴ günstigere Preise und Kon-

²⁰⁸ So kann nach der Rechtsprechung des BGH, der ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zugrunde lag, offener Wettbewerb, auch wenn spezielle gesetzliche Regelungen verlangen, Werkstätten für behinderte Menschen bei der Auftragsvergabe zu bevorzugen, geboten sein, wenn dem Auftraggeber eine marktbeherrschende Stellung zugeschrieben werden kann (NZBau 2007, 459, 460); BGH, NZBau 2000, 189, 192; Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996 BT-Drs. 13/7900, S. 28.

²⁰⁹ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 3.

²¹⁰ Vgl. Kadenbach, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 60.

²¹¹ Opitz, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 93; Otting, VergabeR 2016, 316, 317.

²¹² Vgl. BKartA, Beschl. v. 11.11.2002, Az. VK 2 – 82/02, S. 20.

²¹³ Vgl. BKartA/BNetzA, Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, Rn. 18.

²¹⁴ Bei der Bündelung von Aufträgen können zentrale Beschaffungsstellen eingerichtet werden. Nach § 120 Abs. 4 S. 1 GWB handelt es sich bei einer zentralen Beschaffungsstelle um einen öffentlichen Auftraggeber, der „für andere öffentliche Auftraggeber dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschafft, öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen abschließt“.

ditionen zu erwirken sowie die Beschaffung effizienter zu gestalten.^{215,216} Andererseits dient eine gemeinsame Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten dem Zweck, die Zusammenarbeit zwischen diesen zu erleichtern und die Vorteile des Binnenmarkts durch Schaffung grenzüberschreitender Geschäftsmöglichkeiten zu maximieren.²¹⁷

Jedoch kann eine gemeinsame Vergabe öffentlicher Aufträge wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben,²¹⁸ zum Beispiel „höhere Preise, geringere Produktionsmenge, Produktqualität oder -vielfalt, oder Innovation, Marktaufteilung oder wettbewerbswidrige Verschließung des Marktes für andere mögliche Einkäufer“.²¹⁹ Eine übermäßige Konzentration der Kaufkraft kann darüber hinaus den Markteintritt kleinerer bzw. mittelständischer Unternehmen erschweren.²²⁰

aa) Zulässigkeit gemeinsamer Beschaffungen aus kartellrechtlicher Perspektive

Mehrere öffentliche Auftraggeber können gemäß § 4 Abs. 1 VgV vereinbaren, bestimmte Aufträge gemeinsam zu vergeben. Bei einer solchen Vereinbarung handelt es sich um eine Einkaufskooperation.^{221,222} Eine derartige Einkaufskooperationsvereinbarung läuft jedoch grundsätzlich Gefahr, als kartellrechtlich verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung qualifiziert zu werden.²²³ Beim gemeinsamen Einkauf sind daher die kartellrechtlich gesetzten Grenzen, insbesondere durch das Kartellverbot des § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV, zu wahren.²²⁴ Art. 101 AEUV findet nur dann Anwendung, wenn sich eine wett-

²¹⁵ Baudis, VergabeR 2016, 425, 426.

²¹⁶ Erwägungsgrund 59 VRL: Das Ziel der Zusammenführung der Nachfrage der öffentlichen Beschaffer liegt darin, „Größenvorteile, unter anderem eine Senkung der Preise und der Transaktionskosten, zu erzielen und das Beschaffungsmanagement zu verbessern und zu professionalisieren“.

²¹⁷ Erwägungsgrund 73 VRL.

²¹⁸ Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 307 f.; Baudis, VergabeR 2016, 425, 432; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 142.

²¹⁹ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 200.

²²⁰ Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, B. 6, Rn. 12.

²²¹ Dreher, NZBau 2005, 427, 433.

²²² Im Rahmen der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Selbstverwaltung können die Kommunen die Erfüllung ihrer Aufgaben selbst organisieren (Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 304). Als Ausprägung dieser Organisationshoheit ist auch das Recht zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung mit anderen Kommunen als Kooperationshoheit durch das BVerfG anerkannt (BVerfG, NVwZ 1987, 123, 124; Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 304).

²²³ Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 307; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 142.

²²⁴ Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 4 VgV, Rn. 2; Fülling, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 4 VgV, Rn. 6.

bewerbsbeschränkende Maßnahme innerhalb des gemeinsamen europäischen Markts ausgewirkt hat (das sog. Auswirkungsprinzip).²²⁵ Andernfalls kommt § 1 GWB zur Anwendung.

(1) Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht

Das nationale Kartellverbot des § 1 GWB bzw. das Europäische Kartellverbot des Art. 101 AEUV richtet sich an Unternehmen. So ist zunächst zu prüfen, ob die an einer Einkaufskooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber Normadressaten des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV – also Unternehmen – sind. Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff ist in einem funktionellen Sinn weit zu verstehen und auszulegen.²²⁶ Nach diesem Verständnis kann auch die öffentliche Hand selbst als Unternehmen angesehen werden, soweit sie wirtschaftlich auf einem bestimmten Markt tätig wird.²²⁷ Der Unternehmensbegriff umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“. ²²⁸ Nach der Definition der Rechtsprechung sind Unternehmen wirtschaftliche Einheiten, die „in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen und [...] dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgen“. ²²⁹ Maßgeblich für die Konkretisierung als Unternehmen ist die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Der EuGH versteht darunter „jede Tätigkeit, die darin besteht, Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“. ²³⁰ In diesem Zusammenhang war umstritten, ob eine bloße Nachfragetätigkeit einer Einheit als eine wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert werden kann. ²³¹ Hierzu hat das EuG im Fenin-Urteil Stellung genommen:

„Was dabei den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet, ist nicht die Einkaufstätigkeit als solche, sondern das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt. ... Bei der Beurteilung der Art der Tätigkeit (ist) der Kauf

²²⁵ EuGH, Urt. v. 27.09.1988, Az. C-89/85, Rn. 13.

²²⁶ EuGH, Urt. v. 23.04.1991, Az. C-41/90, Rn. 21; BGH, VergabeR 2004, 193, 195; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 23.

²²⁷ Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 101 AEUV, Rn. 67; BGH, VergabeR 2004, 193, 195.

²²⁸ EuGH, Urt. v. 23.04.1991, Az. C-41/90, Rn. 21.

²²⁹ EuG, Urt. v. 10.03.1992, Az. T-11/89, Rn. 311.

²³⁰ EuGH, Urt. v. 16.06.1987, Az. 118/85, Rn. 7.

²³¹ Bei der Prüfung der Unternehmenseigenschaft ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine besonders enge Wechselwirkung zwischen dem Angebots- und dem öffentlichen Ausschreibungsmarkt besteht. Dies bedeutet, dass konzeptionell der Angebotsmarkt nicht vom Ausschreibungsmarkt getrennt werden kann, da beide Märkte von der Endnachfrage durch die öffentliche Hand abhängen. Fraglich ist vor diesem Hintergrund aus kartellrechtlicher Sicht, ob eine bloße Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand als Endverbraucher eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.

des Erzeugnisses somit nicht von dessen späterer Verwendung durch den Käufer zu trennen. Der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt daher zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.

(37.) Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis – auch in großen Mengen – nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, z.B. einer rein sozialen, Tätigkeit zu verwenden, so wird sie demnach nicht schon allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert. Zwar trifft es zu, dass eine solche Einrichtung eine erhebliche Wirtschaftsmacht ausüben vermag, die gegebenenfalls zu einem Nachfragemonopol führen kann. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie, soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nichtwirtschaftlicher Natur ist, nicht als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft handelt und daher nicht unter die in Artikel 81 Absatz 1 EG und 82 EG vorgesehenen Verbote fällt.²³²

Diese Auffassung wurde vom EuGH mit der Entscheidung vom 11.07.2006 bestätigt.²³³ Danach fällt eine bloße Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand schon mangels Unternehmenseigenschaft aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots heraus. Nach in der Literatur²³⁴ und auch vom BGH²³⁵ vertretener Auffassung ist hingegen der im deutschen Recht allgemein anerkannte funktionale Unternehmensbegriff weiter anzuwenden, und dementsprechend stellt auch eine bloße Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand nach nicht wirtschaftlich verwendeten Gütern eine unternehmerische Tätigkeit dar. Für diese Sichtweise spricht nicht zuletzt der Umstand, dass Gefahren einer Beeinflussung des Wettbewerbs insbesondere bei der Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand bestehen, weil sie sich häufig in einer marktbeherrschenden Stellung befindet.²³⁶ Dies wird auch dadurch gestützt, dass nach § 185 Abs. 1 GWB das GWB auch auf öffentliche Unternehmen Anwendung findet, also solche Unternehmen, „die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden“.²³⁷

²³² EuG, Urt. v. 04.03.2003, Az. T-319/99, Rn. 36, 37.

²³³ EuGH, Urt. v. 11.07.2006, Az. C-205/03 P; zur a.A. BGH, VergabeR 2004, 193, 195.

²³⁴ Kling, NZBau 2018, 715; Baudis, VergabeR 2016, 425, 432; Schindler, KommJur 2011, 126, 128 f.

²³⁵ Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Unternehmensbegriff funktional auszulegen und bei der Auslegung „spielt es weder eine Rolle, ob sich die Nachfrage auf Gegenstände richtet, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit stehen, noch ob die Gemeinde im Hinblick auf den nachgefragten Gegenstand Endverbraucher ist“ (VergabeR 2004, 193, 195).

²³⁶ Hierzu eingehend Schindler, KommJur 2011, 126, 128 f.

²³⁷ Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 307.

(2) Wettbewerbsbeschränkung durch gemeinsame Beschaffung

Nach der überkommenen deutschen Auffassung – anders als nach der Rechtsprechung des EuGH – finden die Wettbewerbsvorschriften auch auf solche Auftraggeber Anwendung, die ausschließlich als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen tätig sind. Problematischer als die Feststellung der Unternehmenseigenschaft erweist sich allerdings die Frage, ob eine Einkaufskooperationsvereinbarung zur gemeinsamen Auftragsvergabe eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs darstellt.

Eine Einkaufskooperationsvereinbarung weist tendentiell einen wettbewerbsbeschränkenden Charakter auf. Sie kann zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, weil durch den gemeinsamen Einkauf der Kreis der potentiellen Nachfrager reduziert, also der Nachfragerwettbewerb durch Verzicht auf wettbewerbliche Handlungsfreiheit beschränkt wird.²³⁸ Darüber hinaus kann sie mittelbare Auswirkungen auf den Bieterwettbewerb haben,²³⁹ insbesondere dann, wenn als Folge des gemeinsamen Einkaufs die Anzahl der potentiellen Bieter verringert wird.²⁴⁰ Eine Einkaufskooperation kann daher eine nach § 1 GWB unzulässige horizontale Wettbewerbsbeschränkung darstellen.²⁴¹ Ein „Generalverdacht“, dass Einkaufskooperationen grundsätzlich kartellrechtswidrig sind, ist allerdings nicht berechtigt.²⁴²

Einkaufskooperationsvereinbarungen, die keine Beschränkungen des Wettbewerbs bezwecken,²⁴³ sind in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang auf ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen.²⁴⁴ Entscheidendes Kriterium für die Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen von Einkaufskooperationen ist die durch die Bündelung der Einkaufsmacht öffentlicher Auftraggeber verstärkte Marktmacht.²⁴⁵ Nach Ansicht der EU-Kommission ist es in den meisten Fällen unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die an einer Einkaufskooperation beteiligten Parteien sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % haben.^{246,247} Überschreitet ein Marktanteil diese Schwelle

²³⁸ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 142.

²³⁹ Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 187.

²⁴⁰ Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 307 f.

²⁴¹ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 142; Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 307 f.

²⁴² Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 303, 308.

²⁴³ Zur bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, D.I.3.a)aa)(2).

²⁴⁴ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 207.

²⁴⁵ Baudis, VergabeR 2016, 425, 432; Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 207.

²⁴⁶ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 208.

²⁴⁷ So hat das LG Hannover nach Maßgabe der Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission entschieden, dass eine Einkaufskooperation kartellrechtlich unbedenklich ist,

auf einem oder beiden Märkten, so müssen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sorgfältig geprüft werden.²⁴⁸ Darüber hinaus ist eine Verdrängungswirkung für konkurrierende Einkäufer (foreclosure effect) zu berücksichtigen.²⁴⁹ Für die Prüfung der Marktmacht sind auch die Zahl und die Intensität der Verbindungen (z.B. weitere Nachfragebündelung bzw. Einkaufsgemeinschaft) zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt von Bedeutung.²⁵⁰ Wenn jedoch konkurrierende Einkäufer zusammenarbeiten, die weder tatsächlich noch potentiell im Wettbewerb miteinander stehen, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen nach Auffassung der EU-Kommission unwahrscheinlich, es sei denn, „es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien ihre Stellung auf den Einkaufsmärkten nutzen könnten, um die Wettbewerbsstellung anderer Unternehmen auf ihren jeweiligen Verkaufsmärkten zu beeinträchtigen“.²⁵¹

Jedoch können sich auch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen überwiegend positiv auf das Wettbewerbsgeschehen auswirken, weil sie erhebliche Effizienzgewinne mit sich bringen, die den nachteiligen Wirkungen auf den Wettbewerb entgegenwirken können.²⁵² In diesen Fällen kommt eine Freistellung vom allgemeinen Kartellverbot in Betracht (Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB).²⁵³ Vom Kartellverbot sind gemäß § 3 GWB auch solche horizontalen Vereinbarungen freigestellt, die die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen enthalten.²⁵⁴ Im Unterschied zu § 2 GWB ist der Normzweck des § 3 GWB darauf gerichtet, strukturbedingte Nachteile zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber konkurrierenden Großunternehmen auszugleichen.²⁵⁵ Der BGH²⁵⁶ und das Bundeskartellamt²⁵⁷ nehmen eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 3 GWB auf die öffentliche Hand an. Eine Freistellung gemäß § 3 GWB kommt aber nicht in Betracht, wenn durch die Kooperationsvereinbarung der Wettbewerb auf dem betreffenden Markt wesentlich beeinträchtigt wird.²⁵⁸ Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i. S. d.

soweit die beteiligten Parteien einen gemeinsamen Marktanteil von weniger 15 % sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten haben (Urt. v. 15.6.2011 – 21 O 25/11, BeckRS 2012, 337).

²⁴⁸ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 209.

²⁴⁹ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 210.

²⁵⁰ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 211.

²⁵¹ Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien, Rn. 212.

²⁵² Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 2 GWB, Rn. 4.

²⁵³ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zulässigkeit von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand, S. 7.

²⁵⁴ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 3 GWB, Rn. 1.

²⁵⁵ BGH, VergabeR 2004, 193, 196.

²⁵⁶ BGH, VergabeR 2004, 193, 196.

²⁵⁷ Tätigkeitsbericht des BKartA 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, S. 45.

²⁵⁸ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zulässigkeit von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand, S. 7.

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB, die der Freistellung widersprechen würde, ist erst dann gegeben, wenn „die Einkaufskooperation selbst eine zu hohe Nachfragemacht erreicht“.²⁵⁹ Nach Auffassung des BGH hängt die Grenze der Zulässigkeit von der Schwelle der Marktbeherrschung ab und ist im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtabwägung von quantitativen und qualitativen Kriterien zu bestimmen.²⁶⁰

bb) Zulässigkeit gemeinsamer Beschaffungen aus vergaberechtlicher Perspektive

Wie bereits erwähnt, kann eine Einkaufskooperationsvereinbarung zur gemeinsamen Auftragsvergabe einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellen. Daraus ergibt sich allerdings kein „Grundsatz der dezentralen Beschaffung der öffentlichen Hand“.²⁶¹ Das in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsziel gebietet kein anderes Ergebnis. Die Bildung einer Einkaufskooperation ist vergaberechtlich grundsätzlich zulässig.²⁶² Das folgt aus § 4 Abs. 1 VgV, wonach zwei oder mehr öffentliche Auftraggeber eine bestimmte Auftragsvergabe gemeinsam durchführen können, aber auch eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich zulässig ist.

Allerdings hat eine gemeinsame Vergabe öffentlicher Aufträge zur Konsequenz, dass im Vergleich zu einer gesonderten Durchführung von Vergabeverfahren größere Auftragsvolumen ausgeschrieben werden.²⁶⁴ Die Anforderungen an personelle, sachliche und finanzielle Ressourcen von Unternehmen werden dadurch erhöht.²⁶⁵ Dies führt tendentiell zu einer Verringerung der Chancen mittelständischer Unternehmen und damit auch zur Verschlechterung wettbewerblicher Strukturen auf der Bieterseite.²⁶⁶ Bei der Bewertung der wettbewerblichen Wirkungen einer Einkaufskooperation kommt daher in erster Linie der zu erwartende Marktzugang von mittelständischen Unternehmen in Betracht.²⁶⁷ Anders ausgedrückt: Besonders berücksichtigt werden muss die Wahrscheinlichkeit, dass auch bei der gemeinsamen Beschaffung ein funktionsfähiger Wettbewerb im relevanten Ausschreibungsmarkt durch den Markteintritt mittelständischer Unternehmen aufrechterhalten würde.^{268,269} Insofern findet die Bildung einer Einkaufskoope-

²⁵⁹ BGH, VergabeR 2004, 193, 197.

²⁶⁰ BGH, VergabeR 2004, 193, 197.

²⁶¹ *Bunte*, BB 2001, 2121, 2123.

²⁶² *Antweiler*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 46.

²⁶³ *Dreher*, NZBau 2005, 427, 433; *Antweiler*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 46.

²⁶⁴ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 47.

²⁶⁵ *Baudis*, VergabeR 2016, 425, 431.

²⁶⁶ *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, B.6, Rn. 12.

²⁶⁷ *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 120 GWB, Rn. 18.

²⁶⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 99: „Die Zusammenführung und Zentralisierung von Beschaffungen darf jedoch keine unzulässige Konzentration der Kauf-

ration ihre Grenzen im Grundsatz der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB.²⁷⁰

Wenn ein Hauptzweck des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB darin liegt, mittelständische Unternehmen²⁷¹ in die Lage zu versetzen, sich mit eigenen erfolgversprechenden Angeboten an einem Bieterwettbewerb zu beteiligen,²⁷² wird dieser Zweck im Fall einer Einkaufskooperationsvereinbarung durch den Grundsatz der losweisen Vergabe nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB verwirklicht.²⁷³ Insbesondere wenn auf eine Losvergabe verzichtet wird, werden die mittelständischen Interessen deshalb gefährdet,²⁷⁴ weil durch Nachfragebündelung verursachte erhöhte Auftragsvolumen kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten erschweren können.²⁷⁵ Somit bedarf die Zulässigkeit der mit dem

kraft herbeiführen. Transparenz und Wettbewerb sowie die Möglichkeiten des Marktzugangs für KMU sind aufrechtzuerhalten.“

²⁶⁹ Insbesondere bei der Prüfung der vergaberechtskonformen Anwendung des Grundsatzes der Losvergabe kommt es nicht auf die Wettbewerbsbedingungen an, wie sie ohne die Einkaufskooperation herrschen würden, sondern auf die Bedingungen, die sich aus der Bündelung der Nachfrage ergeben; ebenso OLG Schleswig, VergabeR 2013, 460, 465: „Das vergaberechtliche Gebot der Losvergabe ist nicht mehr für die einzelnen Bedarfe anzuwenden (die ohne die Zusammenfassung als eigenständige öffentliche Aufträge hätten vergeben werden können), sondern bezogen auf das Volumen aller gebündelten Aufträge.“

²⁷⁰ Baudis, VergabeR 2016, 425, 431.

²⁷¹ Der Begriff der mittelständischen Unternehmen ist weder im Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB noch in der Gesetzesbegründung definiert. Daher stellt sich die Grundsatzfrage, welche Unternehmen in den persönlichen Schutzbereich des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB einbezogen sind. Einigkeit besteht insoweit, als der Begriff der mittelständischen Unternehmen denselben Bedeutungsgehalt besitzt wie der der kleinen und mittleren Unternehmen. Umstritten ist hingegen, ob eine absolute Grenze für die Qualifizierung als kleines und mittleres Unternehmen besteht. Im Interesse der Rechtssicherheit wären formelle Kriterien zu präferieren (vgl. Antweiler, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 97 Abs. 4 GWB, Rn. 44). Insoweit wird vorgeschlagen, die in der Empfehlung der EU-Kommission vom 6.5.2003 genannten Maßstäbe heranzuziehen. Nach der Empfehlung sind kleine und mittlere Unternehmen solche, die höchstens 250 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. Euro erzielen. Wenn ein Unternehmen die in dieser Empfehlung genannten Schwellenwerte unterschreitet, fällt es ohne Zweifel in den Schutzbereich des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Wenn solche Schwellenwerte überschritten werden, kann das Unternehmen dennoch als mittelständisch bezeichnet werden, wenn es gegenüber konkurrierenden Großunternehmen erheblich unterlegen ist. Ein entscheidendes Kriterium hierbei ist die Marktstruktur auf der Anbieterseite. Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 74.

²⁷² OLG Schleswig, VergabeR 2013, 460, 465.

²⁷³ Baudis, VergabeR 2016, 425, 431.

²⁷⁴ Insofern dürfen Teil- oder Fachlose nicht so gebildet werden, dass sie nur von einem „Monopolisten“ oder von wenigen großen Unternehmen bedingt werden können (OLG Schleswig, VergabeR 2013, 460, 464).

²⁷⁵ Michallik, VergabeR 2011, 683, 687.

Verzicht auf die Losvergabe einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung besonderer Begründung.²⁷⁶ Genauer ausgedrückt: Mit der Entscheidung eines Auftraggebers für eine Nachfragebündelung werden die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Freistellung vom Grundsatz der Losvergabe verschärft und intensiviert.²⁷⁷

Der durch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB formulierte Grundsatz der Losvergabe ist bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB. Anders als § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, unter dessen Schutzbereich nur mittelständische Unternehmen fallen,²⁷⁸ erfasst der persönliche Schutzbereich des § 97 Abs. 4 S. 2 jeden Bieter, unabhängig davon, ob er zum Mittelstand gehört oder nicht.²⁷⁹ Die Vorschrift des § 97 Abs. 4 GWB enthält eine „justiziable Verpflichtung der Auftraggeber“²⁸⁰, deren Wahrung gerichtlich im vollen Umfang nachprüfbar sein muss.²⁸¹

Bei der Anwendung des § 97 Abs. 4 GWB darf der Charakter der Vorschrift als Anknüpfungsnorm für die Begründung einer Befugnis von Nachprüfungsinstanzen zur Prüfung des Kartellverbots nicht verkannt werden. Es liegt auf der Hand, dass ein (drohender) Verstoß gegen die in § 97 Abs. 4 GWB verankerten Grundsätze zugleich keinen (drohenden) Kartellverbotsverstoß darstellt. Dies ergibt sich schon daraus, dass solche Grundsätze und das Kartellverbot unmittelbar oder mittelbar der Sicherung eines möglichst breiten Bieterwettbewerbs dienen, sich aber erheblich in den Schutzzwecken unterscheiden. Wenn aber bieterschützende Vergabegrundsätze und -regeln eingehalten worden sind, dürfte eine durch eine Nachfragebündelung entstehende erhöhte Marktmacht wettbewerbsrechtlich unbedenklich sein.²⁸²

b) Marktbeherrschende öffentliche Auftraggeber

aa) Kartell- und vergaberechtliches Diskriminierungsverbot

Eines der zentralen kartellrechtlichen Instrumente, die freien Wettbewerb optimieren, ist das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV, § 19 GWB).²⁸³ Ziel dieser Missbrauchskontrolle ist es zu verhindern, dass ein marktstarkes Unternehmen seine wirtschaftliche Macht, die durch den Wettbewerbsprozess nicht mehr hinreichend kontrolliert werden kann,

²⁷⁶ Antweiler, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 47.

²⁷⁷ Burgi, NZBau 2006, 693, 694; Antweiler, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB, Rn. 47.

²⁷⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 76.

²⁷⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 100; Antweiler, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 97 Abs. 4 GWB, Rn. 46.

²⁸⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2007, Az. VII-Verg 10/07.

²⁸¹ Frenz, VergabeR 2011, 13, 15.

²⁸² Zur insoweit umstrittenen Frage des Rechtswegs, E. III. 3. c).

²⁸³ Kersten, VVDstRL 2010, 288, 296.

zum Schaden Dritter ausnutzt.²⁸⁴ Diesem Schutzzweck entsprechend umfasst der Gegenstand der Missbrauchskontrolle einen Missbrauch von Marktmacht sowohl im Vertikal- als auch im Horizontalverhältnis.²⁸⁵ Für die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand ist insbesondere die Untersagung des Machtmissbrauchs im Vertikalverhältnis relevant.

Ein Nachfrager, der überlegene Verhandlungsmacht im Vertikalverhältnis hat, nutzt diese dazu, bessere Einkaufskonditionen zu erlangen, woraus wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entstehen können.²⁸⁶ Im Vergleich dazu benutzt die öffentliche Hand ihre beträchtliche Nachfragemacht zu einer Diskriminierung bestimmter Bieter, was zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen kann.²⁸⁷ Besondere Bedeutung hat daher das Diskriminierungsverbot für den Bereich der öffentlichen Nachfrage, wo dem § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB die Aufgabe zukommt, diskriminierende Praktiken der öffentlichen Hand zu unterbinden.²⁸⁸ Dieses Diskriminierungsverbot wird in § 97 Abs. 2 GWB noch einmal besonders hervorgehoben, wonach „die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln (sind)“. Wenn der öffentliche Auftraggeber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und den Transparenzgrundsatz sowie gegen Vergaberegeln, die der Verwirklichung chancengleichen Wettbewerbs dienen, verstößt, stellt dies ein diskriminierendes Verhalten i. S. d. allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen dar.²⁸⁹ Voraussetzung hierfür ist allerdings eine marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Auftraggebers.²⁹⁰

bb) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, insb. das Diskriminierungsverbot

Nach § 19 GWB ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. § 19 GWB gilt nach seinem eindeutigen Wortlaut nur für marktbeherrschende Unternehmen. Daher ist zuerst zu prüfen, ob der Auftraggeber Normadressat der Verbotstatbestände nach § 19 GWB – also Unternehmen – ist. Wie bereits ausgeführt, ist der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff in einem funktionellen Sinn weit zu verstehen. Dementsprechend ist eine bloße Beschaffungstätigkeit des Auftraggebers als eine unternehmerische Betätigung i. S. d. Missbrauchsbestimmungen zu bewerten.²⁹¹

²⁸⁴ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 3.

²⁸⁵ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 3.

²⁸⁶ Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, S. 205.

²⁸⁷ Basedow, Der Staat als Nachfrager, S. 60.

²⁸⁸ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 130 GWB, Rn. 82.

²⁸⁹ Vgl. Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 74; OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 68.

²⁹⁰ Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 74.

²⁹¹ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 2.

Weiterhin ist zu untersuchen, ob ein oder mehrere Auftraggeber²⁹² marktbeherrschend sind. Allein aus der Zugriffsfähigkeit des Auftraggebers auf öffentliche Mittel kann keine Marktbeherrschung i. S. d. § 19 GWB begründet werden; vielmehr muss die marktbeherrschende Stellung konkret festgestellt werden, indem der relevante Markt abgegrenzt wird und auf dieser Grundlage eine ausführliche Bewertung der Wettbewerbssituation erfolgt.²⁹³ Eine solche Marktbeherrschung wurde angenommen bei der Nachfrage nach militärischen Rüstungsgütern²⁹⁴, aber auch bei der Vergabe von Straßenbauleistungen²⁹⁵ sowie im Bereich der Sozialversicherungsträger bei der Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln.²⁹⁶ Bei der Neuvergabe von Strom- und Gaskonzessionen, die nunmehr dem Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB) unterliegt,²⁹⁷ gehen das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur hingegen von einer marktbeherrschenden Stellung der die Konzession vergebenden Gemeinde aus.²⁹⁸

Schließlich ist zu prüfen, ob der Auftraggeber seine marktbeherrschende Stellung durch die willkürliche Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Bieter missbraucht hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Auftraggeber bei der Entscheidung über den Zuschlag ein weiter Ermessensspielraum zusteht, der nur beschränkt auf einen Missbrauch durch Verfolgung offenkundig sachwidriger Zwecke kontrollierbar ist.²⁹⁹ So wurde es etwa gebilligt, dass eine Kommune bei der Nachfrage nach Krankentransporten allein örtliche gemeinnützige Transportunternehmen unter Ausschluss privater Anbieter berücksichtigt,³⁰⁰ oder dass eine Gemeinde als Betreiber eines Großmarktes den großen Unternehmen strengere Pflichten als kleinen Unternehmen auferlegt.³⁰¹

Hingegen ist eine verbotene Diskriminierung anzunehmen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gegen die Vorschriften über das Vergabeverfahren verstößt.³⁰² In Betracht kommen insbesondere Verstöße gegen solche Vergabevorschriften,

²⁹² Mehrere Auftraggeber können eine marktbeherrschende Stellung innehaben, wenn sie sich bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen zusammenschließen und ein Kartell bilden. *Poschmann*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 21 VgV, Rn. 70.

²⁹³ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 192.

²⁹⁴ OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 26.07.1988, Az. 6 U 53/87 – Kart.

²⁹⁵ BGH, NZW 2000, 1288.

²⁹⁶ Tätigkeitsbericht des BKartA 1993/1994, BT-Drs. 13/1660, S. 98; für weitere Beispiele, *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 130 GWB, Rn. 71.

²⁹⁷ Hierzu eingehend *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, 71, 72 ff.

²⁹⁸ Vgl. BKartA/BNetzA, Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, Rn. 18; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 25; ebenso *Zinger*, VergabeR 2020, 20, 26.

²⁹⁹ BGH, NJW 1988, 772; *Stadler*, in: Langen/Bunte, KartellR, § 130 GWB, Rn. 82.

³⁰⁰ BGH, NJW 1988, 772; *Stadler*, in: Langen/Bunte, KartellR, § 130 GWB, Rn. 82.

³⁰¹ OLG Karlsruhe, GRUR 1988, 718; *Stadler*, in: Langen/Bunte, KartellR, § 130 GWB, Rn. 82.

³⁰² *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 24.

die das Leitbild chancengleichen Wettbewerbs konkretisieren.³⁰³ Diese Einschränkung entspricht dem in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedanken.³⁰⁴ Denn der Wettbewerb ist dann wirksam, wenn die Chancengleichheit aller Teilnehmer im Wettbewerb sichergestellt ist.³⁰⁵ Derartige Vorschriften sind bieterschützend i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB.³⁰⁶ Daraus folgt, dass ein Verstoß eines marktbeherrschenden Auftraggebers gegen solche bieterschützenden Vorschriften zugleich eine verbotene Diskriminierung i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellt.³⁰⁷ Insofern wäre die praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotsnorm im Rahmen des Vergaberechts gering.³⁰⁸ Denn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte haben öffentliche Auftraggeber – unabhängig von ihrer Marktstellung – derartige bieterschützende Vorschriften zu beachten, deren Wahrung im Nachprüfungsverfahren geprüft werden kann.³⁰⁹

III. Zwischenfazit

Wettbewerbswidrige Praktiken auf Bieter- oder Auftraggeberseite sind unter verschiedenen Aspekten zu betrachten.

1. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Bieterseite müssen bekämpft werden, und zwar vor allem durch Ausschluss der Angebote von Bietern. Als normative Grundlage dafür kommen fakultative Ausschlussgründe nach § 124 GWB in Betracht. Darin ist abschließend aufgezählt, in welchen Fällen eine zum Bieterausschluss führende Wettbewerbswidrigkeit anzunehmen ist. Aufgrund in § 124 GWB nicht genannter, in den Augen des Auftraggebers als wettbewerbswidrig einzustufender Verhaltensweisen darf ein Ausschluss nicht vorgenommen werden. Ein anderes Ergebnis resultiert nicht aus dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsziel.

2. § 124 Abs. 1 Nr. 4, 6 und 9 GWB regeln die Ausschlussgründe im Zusammenhang mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Bieter. § 124 Abs. 1 Nr. 6 und 9 werden als diejenigen Vergabebestimmungen verstanden, die der Chancengleichheit im Wettbewerb dienen. Diese Ausschlussgründe sind daher im Zusammenhang mit § 97 Abs. 2 GWB zu lesen. Davon zu unterscheiden ist § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, der solche Verhaltensweise behandelt, die mit der auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts nicht vereinbar sind. Die Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen inhaltlich denjenigen des § 1

³⁰³ Vgl. *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 74.

³⁰⁴ Vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 53.

³⁰⁵ Vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 53.

³⁰⁶ Hierzu E. III. 2. b) bb).

³⁰⁷ Insoweit findet auch ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB Berücksichtigung.

³⁰⁸ Vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 181 GWB, Rn. 53.

³⁰⁹ Vgl. *Kling*, NZBau 2018, 715, 715.

GWB. Dennoch verliert § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB dadurch nicht seine Eigenschaft als eigenständige vergaberechtliche Norm. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB muss auch im Lichte des in § 97 Abs. 2 GWB aufgestellten Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen werden. Daher lassen sich die unter § 124 Abs. 1 Nr. 4 subsumierbaren Verhaltensweisen in zweierlei Weise systematisieren: (1) die aus kartellrechtlicher Perspektive zu betrachtenden Verhaltensweisen (z.B. Submissionsabsprachen und Bietergemeinschaften), (2) die aus der Perspektive des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu betrachtenden Verhaltensweisen (z.B. Parallelbeteiligung und Beteiligung konzernverbundener Unternehmen).

3. Auch Wettbewerbsbeschränkungen auf Auftraggeberseite sind zu unterbinden. Ein praktisch relevantes Beispiel ist insofern eine gemeinsame Beschaffung mehrerer Auftraggeber. Bei der Bündelung ihrer Nachfragemacht müssen die vom Kartellrecht gezogenen Grenzen, insbesondere durch das Kartellverbot des § 1 GWB gewahrt werden. Daneben findet die Nachfragebündelung ihre Grenzen im Gebot des Mittelstandschutzes. Gemäß § 19 GWB ist ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch einen oder mehrere Auftraggeber verboten. Das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB hat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen durch Auftraggeber zentrale Bedeutung. Wenn ein Auftraggeber gegen bieterschützende Vergabebestimmungen i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB verstößt, stellt dies eine verbotene Diskriminierung (§ 19 Abs. 2 Nr. 1) dar. Voraussetzung hierfür ist allerdings eine marktbeherrschende Stellung des Auftraggebers. Insofern wäre die praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotsnorm im Rahmen des Vergaberechts gering. Denn bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte hat der Auftraggeber – unabhängig von seiner Marktstellung – derartige bieterschützende Bestimmungen ohnehin zu beachten.

E. Bieterrechtsschutz bei Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes in einem Vergabeverfahren

Wie bereits in Kap. E ausgeführt, kommen Wettbewerbsverstöße auf Bieter- oder Auftraggeberseite in vielfältiger Form in Betracht. Beim Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes stehen Teilnehmern an einem Vergabeverfahren sowie potentiell am Auftrag interessierten Bietern verschiedene gesetzlich vorgesehene Rechtsschutzinstrumente zur Verfügung.

Vergaberechtlicher Ausgangspunkt für die Frage, auf welchem Rechtsweg ein Wettbewerbsverstoß geltend gemacht werden kann, ist § 156 GWB.¹ Nach § 156 Abs. 2 GWB können Rechte aus § 97 Abs. 6 sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, ausschließlich vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden. Eine solche Rechtswegkonzentration, durch die ein effektiver Rechtsschutz unter Gewährung subjektiver Bieterrechte sichergestellt werden soll, bewirkt die Vorschrift des § 156 Abs. 2 GWB.² Sie begründet damit eine ausschließliche Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen für den Primärrechtsschutz im Vertikalverhältnis gegen einen Auftraggeber,³ aber auch im Horizontalverhältnis gegen Rechtsverstöße von Wettbewerbern, insbesondere dann, wenn es um die Frage geht, ob ein Auftraggeber seine Pflicht unterlassen hat, wettbewerbswidrige Vergabepraktiken zu unterbinden.⁴

Das Vergaberecht schließt aber nicht aus, dass zum einen ein auf lauterkeitsrechtliche Vorschriften des UWG gestützter Anspruch im Horizontalverhältnis gegen einen Wettbewerber vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht wird⁵ und zum anderen Verstöße gegen kartellrechtliche Normen, insbesondere gegen die §§ 19 und 20, von den in § 48 GWB genannten Kartellbehörden verfolgt werden (§ 156 Abs. 3 GWB).⁶ Dies führt zur Frage, in welchem Umfang wettbewerbsrechtliche Normen in vergaberechtliches Gebiet einzubeziehen sind.

¹ Dreher, NZBau 2013, 665, 666 f.

² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 17 und 39.

³ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 11, unter Hinweis auf BGH, VergabeR 2008, 925, 927; ebenso Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 10.

⁴ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 12.

⁵ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10117, S. 22 (zu § 104 GWB-RegE), wonach „sich [...] an den Befugnissen der Kartellbehörden im Falle eines unzulässigen Verhaltens eines marktstarken öffentlichen Auftraggebers nichts ändert“.

Vor diesem Hintergrund wird im vorliegenden Kapitel der Versuch unternommen, einen Maßstab für Grenzen der Einbeziehung des Wettbewerbsrechts in das Vergaberecht zu entwickeln. Zunächst soll das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem vorgestellt werden. Anschließend wird in einem weiteren Abschnitt auf die Rolle unterschiedlicher Behörden oder Gerichte bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen und schließlich auf ihre Überprüfbarkeit im Rahmen von Vergabeverfahren und Nachprüfungsinstanzen eingegangen. Auch kommunalrechtliche Fragestellungen – z. B. hinsichtlich einer Verletzung öffentlich-rechtlicher Marktzutrittsregelungen – sind Gegenstand dieses Kapitels.

I. Vergaberechtliches Rechtsschutzsystem

Im öffentlichen Auftragswesen ist grundsätzlich zwischen Vergaben oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte zu unterscheiden. So sind zu trennen: (1) nationale Vergabeverfahren nach den Verwaltungsvorschriften, die auf die VOB/A 1. Abschn. und VOL/A verweisen, und (2) europaweite Vergabeverfahren nach den EU-Vergaberichtlinien, die im deutschen Vergaberecht durch den vierten Teil des GWB umgesetzt werden. Diese Zweiteilung des Vergaberechts führt zu einer Zweiteilung des Rechtsschutzes.⁷

1. Entwicklung

Das Kapitel 2 des vierten Teils des GWB beschäftigt sich damit, wie bei der europaweiten Auftragsvergabe ein Unternehmen sein subjektives Recht in einem Vergabenachprüfungsverfahren durchsetzen kann.⁸ Die Vorschriften dieses Kapitels bilden damit die Grundlage für die Gewährleistung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes.⁹ Der Primärrechtsschutz i. S. d. Vergaberechts wird als Möglichkeit verstanden, Ansprüche gegen einen Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB auf eine bestimmte Verhaltensweise in einem laufenden, noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren aufgrund eines Verstoßes gegen Bestimmungen über das Vergabeverfahren vor Gericht oder mindestens in einem gerichtsähnlichen Verfahren geltend machen zu können.¹⁰ Leitende Vorstellungen des in Kapitel 2 des vierten Teils des GWB geforderten Rechtsschutzes sind Wirksamkeit und Raschheit.¹¹ Dem liegt folgende Überlegung zugrunde: Einerseits ist eine spürbare Wirkung der Nachprüfungsverfahren zu entfalten, um die Einhaltung der materiellen Vergabevorschriften zu gewährleisten.¹² Andererseits ist die Rechtmäßig-

⁷ Ziekow, *ÖffWiR*, S. 198.

⁸ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, *Vergaberecht*, Vor § 155 GWB, Rn. 1.

⁹ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, *Vergaberecht*, Vorb. § 155 GWB, Rn. 2.

¹⁰ Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, *VOB-Kommentar*, Vor § 102 GWB, Rn. 4.

¹¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG in der 2007er-Fassung.

¹² Erwägungsgrund 6 der Rechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG.

keit eines Vergabeverfahrens möglichst rasch zu prüfen,¹³ um hierdurch übermäßige Verzögerung bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu verhindern.¹⁴

Vor dem VgRÄG vom 26.08.1998 bestand diese Rechtsschutzstruktur nicht von vornherein. In Deutschland war die Grundlage der staatlichen Beschaffung das Haushaltsrecht, das als ein bloßes Innenrecht der Verwaltung verstanden wird.¹⁵ Nach traditionellem deutschem Verständnis diente dieses Haushaltsrecht der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der Haushaltsmittel (sog. haushaltsrechtliche Lösung).¹⁶ Es entfaltete keine unmittelbare Außenwirkung. Auch hieraus konnten sich keine subjektiven Rechte Dritter ergeben.¹⁷ Durch zwischenzeitlich in Kraft getretene Vergaberichtlinien¹⁸ und Rechtsmittelrichtlinien¹⁹ hat

¹³ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 11.

¹⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 12; auch die Stellungnahme des Bundsrats zum RegE VgRÄG, Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 40.

¹⁵ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 2.

¹⁶ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Einl. GWB, Rn. 1.

¹⁷ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 4.

¹⁸ Baukoordinierungsrichtlinie 93/73/EWG des Rates vom 14.06.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 199 vom 09.08.1993, S. 54 ff.; Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. EG Nr. L 199 vom 09.08.1993, S. 1 ff.; Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. EG Nr. L 209 vom 24.07.1992, S. 1 ff.; Sektorenrichtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. EG Nr. L 199 vom 14.06.1993, S. 84 ff.; ersetzt durch: Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134 vom 30.04.2004, S. 114 ff. sowie die Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG 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, ABl. EU Nr. L 134 vom 30.04.2004, S. 1 ff.; heute ersetzt durch: Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU Nr. L 94 vom 28.03.2014, S. 65 ff. sowie die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 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 vom 28.03.2014, S. 243 ff. sowie die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. EU Nr. L 94 vom 28.03.2014, S. 1 ff.

¹⁹ RL 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 33 ff.; RL 92/13/EWG des Rates vom 25.02.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. EG Nr. L 76 vom 23.03.

der europäische Richtlinienggeber sichergestellt, dass in einem von den Mitgliedstaaten einzurichtenden formellen Nachprüfungsverfahren ein effektiver Primärrechtsschutz der Bieter gewährleistet wird.²⁰ In den Anwendungsbereich der Richtlinien fielen öffentliche Aufträge mit Volumen ab bestimmten Auftragssummen, die sich an den in den Richtlinien festgesetzten Schwellenwerten orientierten. Zur Umsetzung der Richtlinien hat der nationale Gesetzgeber mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) vom 26.11.1993²¹ und der Vergabeverordnung (VgV)²² sowie der Nachprüfungsverordnung (NPV)²³ von 1994 ein einheitliches Vergabenachprüfungsverfahren für sämtliche Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte eingeführt. „Individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen“²⁴, war allerdings erklärtes Ziel des nationalen Gesetzgebers. Der Rechtsschutz hat sich auf zwei Instanzen beschränkt: die behördlichen Vergabeprüfstellen und die gerichtähnlichen Vergabeüberwachungsausschüsse.

Die Vergabeprüfstellen waren dafür zuständig, die Einhaltung der Vergabebestimmungen zu prüfen und konnten den Auftraggeber dazu verpflichten, „rechtswidrige Maßnahmen oder Entscheidungen aufzuheben oder rechtmäßige Maßnahmen oder Entscheidungen zu treffen“ (§ 57b Abs. 4 HGrG-1993). Diese Prüfungsverfahren konnten nur dann einen Suspensiveffekt entfalten, wenn die Vergabeprüfstelle den Auftraggeber anwies, bis zur Entscheidung das Vergabeverfahren nicht weiterzuführen, insbesondere den Zuschlag nicht zu erteilen (§ 2 NPV). Die Vergabeüberwachungsausschüsse als zweite Instanz konnten lediglich die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Vergabeprüfstelle überprüfen (§ 57c Abs. 5 HGrG-1993). Dem Verfahren vor dem Vergabeüberwachungsausschuss kam kein Suspensiveffekt zu (§ 3 Abs. 4 NPV).

Der EuGH hat am 11.08.1995 entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland die nur oberhalb der Schwellenwerte geltenden Vergaberichtlinien nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat, da ein Bieter einen Anspruch auf die Einhaltung der Vergabevorschriften nicht vor den nationalen Gerichten geltend machen konnte.²⁵ Nach der Einleitung mehrerer Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland hat der nationale Gesetzgeber mit dem am

1992, S. 14 ff. Nunmehr in der Fassung der RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 01.12.2007 zur Änderung der RL 89/665/EWG und 92/13/EWG, ABl. EU Nr. L 335 vom 20.12.2007, S. 31 ff., und der RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe. ABl. EU Nr. L 94 vom 28.03.2014, S. 1 ff.

²⁰ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 5.

²¹ BGBl. 1993 I, S. 1928 ff.

²² BGBl. 1994 I, S. 321 ff.

²³ BGBl. 1994 I, S. 324 ff.

²⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/4636, S. 12.

²⁵ EuGH, Urt. v. 11.08.1995, Az. C-433/93.

01.01.1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.08.1998²⁶ die haushaltsrechtliche Lösung aufgegeben. Das materielle Vergaberecht wurde in das GWB integriert (sog. wettbewerbsrechtliche Lösung). Zur Verbesserung des Bieterrechtsschutzes wurde ein zweistufiges Vergabenachprüfungsverfahren durch verwaltungsinterne, aber „gerichtsähnliche“²⁷ Vergabekammern und im Rahmen der sofortigen Beschwerde – als gerichtliche Nachprüfung – durch die Oberlandesgerichte eingeführt.

2. Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte

Die Abkehr des deutschen Vergaberechts von der überkommenen haushaltsrechtlichen Lösung hin zu einem effektiven Rechtsschutz wird insbesondere in § 97 Abs. 6 GWB deutlich, wonach Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung der ihren Rechtsschutz bezweckenden Vergabebestimmungen²⁸ haben, das sie in einem Vergabenachprüfungsverfahren vor unabhängigen Spruchkörpern durchsetzen können.²⁹

Den Kern des besonderen Rechtsschutzsystems des Vergaberechts bildet die Informations- und Wartepflicht von Auftraggebern gegenüber unterlegenen Bietern vor der Zuschlagserteilung.³⁰ Diese nunmehr in § 134 GWB verankerte Informations- und Wartepflicht ist unmittelbarer Ausdruck des Transparenzgrundsatzes und stellt eine notwendige Voraussetzung zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes dar.^{31,32} Denn ein wirksames Rechtsschutzinstrument muss insbesondere vor Vertragsschluss durch Zuschlagserteilung zur Verfügung stehen, insbesondere deshalb, weil Zuschlag und Vertragsschluss aus Sicht des im Wettbewerb unterlegenen Bieters in einem Akt zusammenfallen;³³ ein bereits erteilter

²⁶ BGBl. 1998 I, S. 2512.

²⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 20.

²⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 14: „Der Rechtsschutz kann [...] nur soweit gehen, soweit eine bestimmte vergaberechtliche Vorschrift gerade auch den Schutz des potentiellen Auftragnehmers bezweckt.“

²⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 12, 47.

³⁰ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 5.

³¹ Braun, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 134 GWB, Rn. 6.

³² So bereits Erwägungsgrund 4 RL 2007/66/EG: „Zu den ermittelten Schwächen zählt insbesondere das Fehlen einer Frist, die eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des betreffenden Vertrags ermöglicht. Das führt zuweilen dazu, dass öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber sehr rasch die Vertragsunterzeichnung vornehmen, um die Folgen einer strittigen Zuschlagsentscheidung unumkehrbar zu machen. Um diese Schwachstelle zu beseitigen, die einen wirksamen Rechtsschutz der betroffenen Bieter, nämlich derjenigen Bieter, die noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden, ernstlich behindert, ist es erforderlich, eine Mindest-Stillhaltefrist vorzusehen, während der der Abschluss des betreffenden Vertrags ausgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, ob der Vertragsschluss zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung erfolgt oder nicht.“

³³ BVerfG, VergabeR 2006, 871, 873.

Zuschlag kann nicht mehr aufgehoben werden.³⁴ Daher bedurfte es eines zweistufigen Modells der Zuschlagsentscheidung, um den effektiven Rechtsschutz im Vorfeld der Zuschlagserteilung zu gewährleisten.³⁵

Unter Rechtsschutzaspekten von besonderer Bedeutung ist auch der Suspensiv-effekt des Nachprüfungsantrages in Form des in § 169 Abs. 1 niedergelegten Zuschlagsverbotes,³⁶ weil das Fehlen des Suspensiveffekts dazu führt, dass eine Nachprüfung die Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle nicht aussetzen und aufschieben kann.³⁷ Vor diesem Hintergrund ist § 169 Abs. 1 GWB zu verstehen, wonach der Zuschlag nicht erteilt werden darf, sobald die Vergabekammer den Auftraggeber in Textform über den Nachprüfungsantrag informiert. Ein dennoch versuchter Zuschlag ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbotsgesetz nach § 134 BGB nichtig.³⁸

3. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Die wettbewerbsrechtliche Lösung führt zu einer Zweiteilung des Vergaberechts. Das Vergaberecht des vierten Teils des GWB findet nach § 106 GWB i.V.m. § 3 VgV bzw. § 2 SektVO, § 3 VSVgV, § 2 KonzVgV nur auf Aufträge mit Beträgen ab bestimmten Schwellenwerten Anwendung, also solche Aufträge, deren Betrag den EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt. Für Aufträge unterhalb dieser Schwellenwerte bleibt hingegen das überkommene haushaltsrechtliche Modell erhalten. Diese Zweiteilung des deutschen Vergaberechts weist bedeutende Unterschiede hinsichtlich der Frage auf, ob (potentielle) Bieter subjektive Rechte haben und welcher Rechtsschutz durchgesetzt werden kann.

Bei Aufträgen, die nicht dem Vergaberegime des GWB unterliegen, besteht ein subjektives Recht eines Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen, wie es sich aus § 97 Abs. 6 GWB ergibt, grundsätzlich nicht.³⁹ In dieser Beschränkung des Rechtsschutzes im Vergaberecht auf Entscheidungen über die Auftragsvergabe ab Erreichen der Schwellenwerte wurde ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und die Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG bzw. den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch gesehen.⁴⁰ Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 13.06.2006 die Zweiteilung des Rechtsschutzes jedoch als verfassungskonform erachtet.⁴¹ In der Ungleichbehandlung sah das BVerfG

³⁴ Ausdrücklich § 168 Abs. 2 S. 1 GWB.

³⁵ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 107.

³⁶ *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 7.

³⁷ *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 47 f.

³⁸ BGH, VergabeR 2010, 210, 212.

³⁹ *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 103.

⁴⁰ So z.B. *Losch*, VergabeR 2006, 298 ff.

⁴¹ BVerfG, VergabeR 2006, 871.

keine Verletzung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG.⁴² Nach dessen Ansicht stellt die Vergabe öffentlicher Aufträge keine Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG dar, weil die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe als Nachfrager am Markt tätig wird und sich insoweit nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern unterscheidet.⁴³ Prüfungsmaßstab sei daher nicht Art. 19 Abs. 4 GG, sondern der im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verbürgte allgemeine Justizgewährleistungsanspruch.⁴⁴ Dieser sei grundsätzlich nur insoweit verletzt, als ein Bieter oder Bewerber in seinem Anspruch auf Nichtdiskriminierung bei Vergabeentscheidungen beeinträchtigt sei.⁴⁵

Nach dieser Entscheidung des BVerfG hat ein Bieter den Anspruch auf seine Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG).⁴⁶ Der Primärrechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ist also rechtlich nicht ausgeschlossen.⁴⁷ Folgt man dieser Ansicht, so ist die damit verbundene Frage zu beantworten, ob für Streitigkeiten in Vergabeverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 GWB fallen, der Verwaltungsrechtsweg oder der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten eröffnet wird. Hierzu hat das BVerwG bereits in seiner Entscheidung vom 02.05.2007 Stellung genommen: Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sei der Staat als Nachfrager am Markt tätig, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken, und in dieser Rolle als Nachfrager gebe es keinen Unterschied zwischen dem Staat und anderen Marktakteuren.⁴⁸ Nicht entscheidend für die Bestimmung des Rechtswegs sei dagegen der Umstand, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge öffentliche Aufgaben wahrnehme und öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliege.⁴⁹ Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei für die Anwendung der Zweistufentheorie der falsche Ort, da sie einen einheitlichen Beschaffungsvorgang künstlich in zwei Teile auf-

⁴² BVerfG, VergabeR 2006, 871 ff., B. III.

⁴³ BVerfG, VergabeR 2006, 871 ff., B. I.

⁴⁴ BVerfG, VergabeR 2006, 871 ff., B. I.

⁴⁵ BVerfG, VergabeR 2006, 871 ff., B. II; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 21.

⁴⁶ BVerfG, VergabeR 2006, 871, 879: „Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es [...] verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabep Praxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. ... Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss“; ebenso *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 15.

⁴⁷ *Siegel*, DÖV 2007, 237, 241.

⁴⁸ BVerwG, NVwZ 2007, 820, 821, unter Hinweis auf BVerfG, VergabeR 2006, 871, 877.

⁴⁹ BVerwG, NVwZ 2007, 820, 822 f.

spalte.⁵⁰ Da die Vergabe öffentlicher Aufträge dem Privatrecht zuzuordnen sei,⁵¹ sei die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben.⁵²

Weil die Vorabinformationspflicht nach § 134 GWB unterhalb der Schwellenwerte nicht gilt, führt dies zur Minderung der Effizienz der Primärrechtsschutzmöglichkeit.⁵³ In praktischer Hinsicht kommt für einen im Wettbewerb unterlegenen Bieter daher häufig lediglich die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in Betracht.⁵⁴ Jedoch ist weiter zu berücksichtigen, dass die aus den Grundfreiheiten des AEUV abgeleiteten Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz auch auf Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte anwendbar sind.⁵⁵ Allerdings hängt die Anwendbarkeit des EU-Primärrechts davon ab, ob der betreffende Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse aufweist.⁵⁶ Ein solcher grenzüberschreitender Bezug ist dann anzunehmen, wenn der geschätzte Auftragswert, seine technischen Merkmale oder der für die Durchführung der Arbeiten vorgesehene Ort für ausländische Wirtschaftsteilnehmer eindeutig interessant sein könnten.⁵⁷

II. Rolle unterschiedlicher Behörden oder Gerichte bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in einem Vergabeverfahren

Bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen können die unterschiedlichen Behörden sowie die Gerichte Berücksichtigung finden.

1. Nachprüfungsinstanzen

Vergaberechtlicher Ausgangspunkt für die Frage, ob und inwieweit Wettbewerbsverstöße in das Prüfprogramm der Vergabenachprüfungsinstanzen einzubeziehen sind, ist § 156 Abs. 2 GWB. Die Vorschrift des § 156 Abs. 2 GWB betont eine ausschließliche Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen, die sich bereits aus der Schaffung des besonderen vergaberechtlichen Rechtsschutzwegs in § 155

⁵⁰ So bereits *Ziekow/Siegel*, ZfBR 2004, 30, 33.

⁵¹ So bereits *Ziekow/Siegel*, ZfBR 2004, 30, 32.

⁵² BVerwG, NVwZ 2007, 820.

⁵³ *Ziekow*, ÖfWiR, S. 202.

⁵⁴ Vgl. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft „Möglichkeiten einer Begrenzung gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Beachtung bzw. Einhaltung EG-rechtlicher Vergaberegeln zum Schutz von Unternehmen im Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge“, Anlage 1 zur Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), BR-Drs. 646/97, S. 56.

⁵⁵ EuGH, VergabeR 2015, 555, Rn. 16.

⁵⁶ EuGH, VergabeR 2015, 555, Rn. 16.

⁵⁷ EuGH, VergabeR 2008, 625, Rn. 24.

GWB ergibt:⁵⁸ Zuständig für die Durchsetzung subjektiver Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB sowie für die Geltendmachung sonstiger Ansprüche im Vertikalverhältnis gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, sind ausschließlich die Vergabekammer und das Beschwerdegericht.⁵⁹ Für den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz wird damit ein eigenständiger ausschließlicher Rechtsweg begründet.⁶⁰

a) Vergabekammern (erste Instanz)

Die Nachprüfung von Vergabeverfahren von Auftraggebern erfolgt in erster Instanz durch Vergabekammern. Sie ist keine allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht, sondern eine rechtsschutzorientierte Rechtmäßigkeitskontrolle.⁶¹

Nach § 157 Abs. 1 GWB „üben (die Vergabekammern) ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus“. Sie sind also an keine Weisungen gebunden.⁶² Das Gebot der weisungsunabhängigen Tätigkeit ist mit der in Art. 97 Abs. 1 GG garantierten Unabhängigkeit des Richters zu vergleichen.⁶³ Indessen sind die Vergabekammern keine Gerichte i. S. d. deutschen (Verfassungs-)Rechts,⁶⁴ sondern Teil der Exekutive.⁶⁵ Insbesondere wird dies ausdrücklich durch § 168 Abs. 3 S. 1 GWB belegt, wonach die Entscheidung der Vergabekammer als Verwaltungsakt ergeht.⁶⁶ Daher wird die Vergabekammer als gerichtsähnliche Behörde bezeichnet.⁶⁷ Insofern stellt das Verfahren vor der Vergabekammer ein Verwaltungsverfahren i. S. v. § 9 VwVfG dar.⁶⁸ Der Wortlaut des § 157 Abs. 1 GWB („im Rahmen der Gesetze“) ist eine deklaratorische Klarstellung, weil die Vergabekammer als Teil der Verwaltung ohnehin nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung alle geltenden Rechtsnormen einzuhalten hat.⁶⁹ Dazu

⁵⁸ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 5.

⁵⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 17.

⁶⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 17.

⁶¹ Kadenbach, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 114 GWB, Rn. 2 f.

⁶² Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 157 GWB, Rn. 6.

⁶³ VK Brandenburg, Beschl. v. 22.03.2004 – VK 6/04, S. 6.

⁶⁴ Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 105 GWB, Rn. 4; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 2; BSG, VergabeR 2008, 693, 697.

⁶⁵ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 2; vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 13.

⁶⁶ BSG, VergabeR 2008, 693, 697.

⁶⁷ BSG, VergabeR 2008, 693, 698; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 2; ebenso Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 20, wonach die Vergabekammer „eine erste gerichtsähnliche Instanz“ ist.

⁶⁸ Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 160 GWB, Rn. 6.

⁶⁹ Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 105 GWB, Rn. 9.

zählen sowohl nationale als auch unionsrechtliche oder sonst internationale Rechtsnormen; jedoch gehören die Verwaltungsregelungen nicht hierzu.⁷⁰

Nach § 160 Abs. 1 GWB „leitet (die Vergabekammer) ein Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag ein“. Ein solcher Antrag auf Vergabenachprüfung entfaltet den Suspensiveffekt in Form des gesetzlichen Zuschlagsverbotes nach § 169 Abs. 1 GWB,⁷¹ dessen Missachtung zur Nichtigkeit des Vertrags führt (§ 134 BGB).⁷² Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens von Amts wegen kam seit der Verfolgung des wettbewerbsrechtlichen Ansatzes nicht mehr in Betracht;⁷³ denn das neue vergaberechtliche Rechtsschutzsystem ist vornehmlich auf einen effektiven Bieterrechtsschutz gerichtet, während auf der Grundlage der traditionellen haushaltsrechtlichen Konzeption die Vergabeprüfstelle von Amts wegen das Interesse des Fiskus an einer möglichst sparsamen Beschaffung zu wahren hatte.⁷⁴ Nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Missachtung von Vergaberegeln geltend macht.⁷⁵ Bereits aus diesem Grund sind Populäransträge ausgeschlossen, mit denen ein Antragsteller eine Verletzung seiner Rechte nicht geltend macht.⁷⁶ Ein Interesse am Auftrag können alle potentiell am Auftrag interessierten Unternehmen eines vorhandenen Bietermarktes haben.⁷⁷

Nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB „entscheidet (die Vergabekammer), ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist“. Wie § 156 Abs. 2 GWB zeigt, kommen als Gegenstand der zu treffenden Entscheidung nur die Beseitigung einer Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige Anordnungen gegen Auftraggeber, die auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, in Betracht.⁷⁸ Wenn der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist, hat die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechtsverletzung zu eliminieren und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (§ 168 Abs. 1 S. 1 GWB). Bei der Auswahl der Maßnahmen hat die Vergabekammer den Grundsatz der Ver-

⁷⁰ *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 105 GWB, Rn. 9; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 157 GWB, Rn. 6.

⁷¹ *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 7.

⁷² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02. 2016, Az. VII-Verg 37/14.

⁷³ *Möllenkamp*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 160 Abs. 1 GWB, Rn. 19.

⁷⁴ *Möllenkamp*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 160 Abs. 1 GWB, Rn. 19.

⁷⁵ §§ 160 ff. i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB.

⁷⁶ *Hofmann*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 107 GWB, Rn. 4.

⁷⁷ *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 160 GWB, Rn. 10.

⁷⁸ *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 168 GWB, Rn. 9.

hältnismäßigkeit zu beachten.⁷⁹ Sie darf also nur diejenigen Maßnahmen ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, um den festgestellten Vergaberechtsverstoß zu beseitigen.⁸⁰

Ausweislich des § 167 Abs. 1 GWB steht das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter dem Druck des Gebots der Beschleunigung. Bei der Einführung des neuen Rechtsschutzsystems hat der nationale Gesetzgeber nicht nur die Zielsetzung, einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, betont. Gleichermaßen hat er von vornherein stets auf die Gewährleistung einer möglichst raschen Vergabe abgestellt;⁸¹ der Rechtsschutz sollte so ausgestaltet werden, dass keine „Investitionshindernisse“⁸² entstehen. So muss die Vergabekammer ihre Entscheidung innerhalb der in § 167 Abs. 1 GWB vorgesehenen Frist von fünf Wochen⁸³ treffen, um den möglichst raschen Abschluss des Verfahrens zu gewährleisten.⁸⁴ Wenn die Vergabekammer innerhalb der Fünf-Wochen-Frist nicht in der Sache entscheidet, gilt der Nachprüfungsantrag nach § 171 Abs. 2 GWB als abgelehnt (Ablehnungsfiktion). Nach Ablauf der Fünf-Wochen-Frist ist der Vergabekammer eine Entscheidung über den Nachprüfungsantrag untersagt,⁸⁵ da sich andernfalls ein Widerspruch zu der kraft Gesetzes gemäß § 171 Abs. 2 GWB eingetretenen Ablehnungsfiktion ergibt.⁸⁶ Eine Entscheidung der Vergabekammer nach Fristablauf und Eintritt der Ablehnungsfiktion ist daher eine Nicht-Entscheidung.⁸⁷ Die Fünf-Wochen-Frist kann bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten im Ausnahmefall verlängert werden (§ 167 Abs. 1 S. 2 GWB). Die Verlängerung muss vor Ablauf der Fünf-Wochen-Frist erfolgen.⁸⁸ Die Ablehnungsfiktion des § 171 Abs. 1 S. 1 GWB kann nicht nachträglich durch eine Entscheidung der Vorsitzenden, die Frist zu verlängern, aufgehoben werden.⁸⁹ Soweit die eine Fristverlängerung rechtfertigenden Gründe bestehen, kann die Fünf-Wochen-Frist um den erforderlichen Zeitraum verlängert

⁷⁹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 114 GWB, Rn. 24.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, ZfBR 2003, 721, 722.

⁸¹ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 11.

⁸² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 12.

⁸³ Die Berechnung der Entscheidungsfrist richtet sich wegen fehlender spezieller Bestimmungen in den Vergabevorschriften nach § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. §§ 187 ff. BGB. Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 4.

⁸⁴ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 11.

⁸⁵ Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 10.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.03.2003, Az. VII-Verg 49/02; Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 10.

⁸⁷ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 113 GWB, Rn. 15; Bungenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 113 GWB, Rn. 11.

⁸⁸ Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 14.

⁸⁹ Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 14; Bungenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 113 GWB, Rn. 14.

werden. Nach § 167 Abs. 1 S. 3 GWB „soll (dieser Zeitraum) nicht länger als zwei Wochen dauern“. Die Regelung ist in eine Soll-Vorschrift gekleidet.⁹⁰ Dies bedeutet, dass die Fristverlängerung im Regelfall die zwei Wochen nicht überschreiten darf.⁹¹ Wenn ausnahmsweise eine „atypische Situation“⁹² vorliegt, ist allerdings auch eine weitere Verlängerung der Frist zulässig. Dies ergibt sich bereits aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Verfahrensökonomie.⁹³

b) Oberlandesgerichte (zweite Instanz)

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer in Form des Verwaltungsaktes wird als gerichtlicher Rechtsschutz die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht zugelassen (§ 171 Abs. 1 GWB). Dies entspricht dem Rechtsmittel im Kartellrecht (§ 63 GWB).⁹⁴ Aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit von Vergabesachen muss für die Nachprüfung ein beschleunigtes Beschwerdeverfahren zu Verfügung gestellt werden.⁹⁵ Dementsprechend muss zum einen die sofortige Beschwerde binnen einer Notfrist von zwei Wochen beim Beschwerdegericht eingelegt werden (§ 172 Abs. 1 GWB). Zum anderen muss die Beschwerdeschrift den in § 172 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB geforderten Mindestinhalt der Begründung aufweisen (§ 172 Abs. 2 GWB).⁹⁶

Für vergaberechtliche Streitigkeiten werden bei den jeweils zuständigen Oberlandesgerichten nach § 171 Abs. 3 GWB spezielle Vergabesenate gebildet. Hier besteht Anwaltszwang nach § 175 Abs. 1 S. 1 GWB, der „in den eilbedürftigen Vergabesachen der rechtlichen Aufbereitung des Prozessstoffes dient“.⁹⁷ Dabei ist nach § 175 Abs. 1 S. 2 GWB bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine Vertretung durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt möglich.

Die sofortige Beschwerde hat einen Suspensiveffekt,⁹⁸ also eine aufschiebende Wirkung, die allerdings nach § 173 Abs. 1 S. 2 GWB zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt. Wenn der Antrag auf Nachprüfung abgelehnt wird, muss der Beschwerdeführer mit der Einlegung der sofortigen Beschwerde einen

⁹⁰ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 113 GWB, Rn. 12; Bungenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 113 GWB, Rn. 19.

⁹¹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 113 GWB, Rn. 12; Bungenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 113 GWB, Rn. 19; Frister, in: Ziekow/Völkl, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 14.

⁹² Bungenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 113 GWB, Rn. 19.

⁹³ Frister, in: Ziekow/Völkl, Vergaberecht, § 167 GWB, Rn. 14.

⁹⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 20.

⁹⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 20.

⁹⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 21.

⁹⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 21.

⁹⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 21.

Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stellen, um hierdurch seinen effektiven Rechtsschutz zu wahren.⁹⁹ Wenn die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag durch Untersagung des Zuschlags stattgegeben hat, hat der Zuschlag nach § 173 Abs. 3 GWB zu unterbleiben, solange nicht das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer nach § 176 oder § 178 GWB aufhebt.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ergeht als Beschluss.¹⁰⁰ Das Gericht kann nach § 176 GWB, wie in der Eingangsinstanz auch die Vergabekammer nach § 169 Abs. 2 GWB, auf Antrag des Auftraggebers oder des für den Zuschlag ausgewählten Unternehmens den Zuschlag gestatten. Ziel des § 176 GWB ist es, eine „unerträgliche“¹⁰¹ Verzögerung des Vergabeverfahrens zu vermeiden.¹⁰² Das Gericht hat im Rahmen des Vorabgestattungsverfahrens alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung durch den Auftraggeber und einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens einzubeziehen.¹⁰³ Bei der Interessenabwägung sind auch die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zu berücksichtigen.¹⁰⁴ Ist der Auftraggeber mit einem Antrag nach § 176 GWB vor dem Vergabesenat unterlegen, so obliegt es ihm, binnen zehn Tagen die Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu ergreifen, die sich aus der Entscheidung des Beschwerdegerichtes ergeben.¹⁰⁵ Anderenfalls gilt nach § 177 Hs. 1 GWB das Vergabeverfahren als beendet. Damit erledigt sich zugleich das Beschwerdeverfahren in der Hauptsache.¹⁰⁶ Nach § 177 Hs. 2 GWB ist eine Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens verboten. Ein dennoch versuchter Vertragsschluss ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbotsgesetz nach § 134 BGB nichtig.¹⁰⁷

Nach § 178 S. 2 GWB kann das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer aufheben und in der Sache selbst entscheiden oder die Verpflichtung der Vergabekammer aussprechen, wenn es die Beschwerde für begründet hält. Grundsätzlich steht dem Gericht ein Ermessen zu, ob es selbst entscheidet oder an die Vergabekammer zurückverweist.¹⁰⁸ Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB kommt in einem laufenden Beschwerdeverfahren nicht in Be-

⁹⁹ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 18.

¹⁰⁰ § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 71 Abs. 1 S. 1 GWB.

¹⁰¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 21.

¹⁰² Lux, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 121 GWB, Rn. 4.

¹⁰³ § 176 Abs. 1. GWB.

¹⁰⁴ § 176 Abs. 1. S. 3 GWB.

¹⁰⁵ Lux, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 1.

¹⁰⁶ Herrmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 177 GWB, Rn. 7.

¹⁰⁷ Herrmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 177 GWB, Rn. 6.

¹⁰⁸ Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 178 GWB, Rn. 10.

tracht.¹⁰⁹ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass gleichwohl der Vergabesenat dem besonderen vergaberechtlichen Beschleunigungsgebot unterliegt.¹¹⁰ Ebenso wie die Vergabekammer kann das Gericht einen bereits wirksam erteilten Zuschlag nicht mehr aufheben.¹¹¹

Den Entscheidungen der Vergabekammer und des Beschwerdegerichts kommt nach § 179 Abs. 1 GWB die Bindungswirkung zu, womit eine wiederholte gerichtliche Prüfung derselben Sach- und Rechtsfragen vermieden wird.¹¹² Daher ist in einem späteren Schadenersatzprozess das ordentliche Gericht an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer und des OLG gebunden (§ 179 Abs. 1 GWB).

Eine weitere Gerichtsinstanz besteht nicht. Der Bundesgerichtshof ist nach § 179 Abs. 2 GWB nur für Entscheidungen über Divergenzvorlagen zuständig.

2. Überprüfung durch andere staatliche Einrichtungen

a) Aufsichtsbehörden

Ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 155 GWB („unbeschadet der Prüfungsmöglichkeit von Aufsichtsbehörden“) gibt es neben der Nachprüfung durch die Vergabekammern auch noch die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden. Unabhängig davon, ob der Auftragswert die EU-Schwellenwerte erreicht oder übersteigt, unterliegt die Nachfragetätigkeit öffentlicher Auftraggeber der allgemeinen verwaltungsinternen Kontrolle durch die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden.¹¹³ Sie haben die Befugnisse, in fehlerhafte Vergabetätigkeiten der ihrer Aufsicht unterstehenden Vergabestellen einzugreifen, und halten diese durch kommunalaufsichtsrechtliche Weisungen zu vergaberechtskonformen Beschaffungen an.¹¹⁴ Ob die Aufsichtsbehörden gegen eine ihrer Kontrolle unterworfenen Vergabestelle vorgehen, steht allerdings in ihrem Ermessen.¹¹⁵

Die staatliche Aufsicht wird nach Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht differenziert. Die Rechtsaufsicht beschränkt sich auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle.¹¹⁶ Aus diesem Grund ist die Überprüfung der Zweckmäßigkeit unternehmerischer und wirtschaftlicher Entscheidungen ausgeschlossen.¹¹⁷ Der Rechts-

¹⁰⁹ Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 178 GWB, Rn. 3.

¹¹⁰ Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 178 GWB, Rn. 3.

¹¹¹ § 178 S. 4 GWB i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB.

¹¹² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 22.

¹¹³ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 15.

¹¹⁴ Diemon-Wies, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 40.

¹¹⁵ Antweiler, VergabeR 2008, 352, 356.

¹¹⁶ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 13.

¹¹⁷ BayObLG, NZBau 2004, 623, 625.

aufsicht stehen Unterrichts-, Beanstandungs- und Aufhebungsrechte zu.¹¹⁸ Im Einzelfall finden darüber hinaus auch Anordnungen oder Ersatzvornahme Berücksichtigung.¹¹⁹ Diese Rechtsaufsichtsmaßnahmen haben Außenwirkung, da die Aufsichtsbehörde in den durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützten kommunalen Aufgabenbereich eingreift.¹²⁰ Den Maßnahmen kommt folglich die Verwaltungsaktqualität i. S. d. § 35 VwVfG zu.¹²¹ Die staatliche Fachaufsicht betrifft sowohl die Recht- als auch Zweckmäßigkeitsüberprüfung.¹²² Die Dienstaufsicht überprüft die Art und Weise der Amtsführung eines Beamten oder Amtsträgers.¹²³ Fach- und dienstaufsichtsbehördliche Weisungen stellen in der Regel bloße verwaltungsinterne Maßnahmen dar und sind daher mangels Außenwirkung nicht als Verwaltungsakte i. S. d. § 35 VwVfG anzusehen.¹²⁴

Bei behördlichen Überprüfungen handelt es sich um formlose Rechtsbehelfe, die keinen Suspensiveffekt entfalten.¹²⁵ Das Fehlen des Suspensiveffekts hat zur Folge, dass ein Zuschlag trotz oder während einer behördlichen Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde wirksam erteilt werden kann.¹²⁶ Daher stellt die behördliche Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde den Teilnehmern an einem Vergabeverfahren keinen effektiven Rechtsschutz zur Verfügung.¹²⁷ Außerdem dient die verwaltungsinterne Aufsicht nur öffentlichen Interessen und bezweckt keinen Individualschutz.¹²⁸ Ein verwaltungsgerichtlich einklagbarer Anspruch eines unterlegenen Bieters auf Einschreiten gegen eine Vergabestelle bei vergaberechtlichen Verstößen besteht daher in der Regel nicht.¹²⁹ Eine weitere Möglichkeit kann ausnahmsweise insbesondere dann gegeben sein, wenn eine Ermessensreduzierung der Aufsichtsbehörden auf Null in Betracht kommt.¹³⁰ Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn die Vergabestelle bei der Auftragsvergabe offensichtlich gegen Vergabebestimmungen verstoßen hat.¹³¹

¹¹⁸ Vgl. §§ 121, 122 GO NW.

¹¹⁹ Vgl. § 123 GO NW.

¹²⁰ *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 13.

¹²¹ *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 13.

¹²² *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 17.

¹²³ *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 17.

¹²⁴ *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 13.

¹²⁵ *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 48.

¹²⁶ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 14.

¹²⁷ *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 14; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 16; *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 48.

¹²⁸ *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 40.

¹²⁹ *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 14.

¹³⁰ *Antweiler*, VergabeR 2008, 352, 356.

¹³¹ *Antweiler*, VergabeR 2008, 352, 356.

b) Vergabeprüfstellen

Nach der früheren, haushaltsrechtlich geprägten Rechtslage waren die der Streitschlichtung und Befriedigungsfunktion dienenden¹³² Vergabeprüfstellen die obligatorische erste Instanz vor dem Vergabeüberwachungsausschuss.¹³³ Mehrere Änderungen der vergaberechtlichen Vorschriften führten zur praktischen Bedeutungslosigkeit einer Überprüfung durch die Vergabeprüfstellen,¹³⁴ weshalb § 103 GWB in der bis zum 23.04.2009 geltenden Fassung aufgehoben wurde. Gleichwohl besteht weiterhin die Möglichkeit, Vergabeprüfstellen einzurichten.¹³⁵

Die Vergabeprüfstellen können auf Antrag oder von Amts wegen die Einhaltung der von den Auftraggebern anzuwendenden Vergabevorschriften prüfen.¹³⁶ Soweit eine Vergabeprüfstelle eingerichtet ist, kann sie auch parallel zu einem Nachprüfungsantrag gemäß § 160 GWB befasst werden.¹³⁷ Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer.¹³⁸ Dies entspricht auch dem Verständnis des EuGH, wonach es dem mit den Rechtsmittelrichtlinien verfolgten Ziel der Beschleunigung und Effizienz widersprechen würde, den Zugang zu den in den Richtlinien vorgesehenen Nachprüfungsinstanzen von der vorherigen Anrufung einer Schlichtungsstelle abhängig zu machen.¹³⁹

Ebenso wie bei Aufsichtsbehörden hat ein Verfahren vor den Vergabeprüfstellen keine Auswirkungen auf das laufende Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren.¹⁴⁰ Die Anrufung der Vergabeprüfstellen entfaltet keinen Suspensiveffekt.¹⁴¹ Im Ergebnis kann ein wirksamer Bieterrechtsschutz nicht gewährleistet werden, weil der Auftraggeber weiterhin den Zuschlag erteilen kann.¹⁴²

¹³² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 16.

¹³³ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 18.

¹³⁴ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 18.

¹³⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10117, S. 22: „Da die Nachprüfung durch Vergabeprüfstellen [...] kaum eine Rolle spielt, kann auf die Regelungen in § 103 Abs. 1 und 2 verzichtet werden. Gleichwohl bleibt die grundsätzliche Prüfungsmöglichkeit durch Vergabeprüfstellen bestehen, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im GWB“; ebenso Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 15.

¹³⁶ § 103 Abs. 2 GWB a. F.

¹³⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 16.

¹³⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 16.

¹³⁹ EuGH, VergabeR 2004, 315, Rn. 42; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 21.

¹⁴⁰ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 15.

¹⁴¹ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 15.

¹⁴² Diemon-Wies, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 52.

3. Kartellbehörden

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Anrufung von Kartellbehörden, von der ein Bieter auch unabhängig von den Prüfungsmöglichkeiten des § 155 GWB Gebrauch machen kann.¹⁴³ Das ergibt sich bereits aus § 156 Abs. 3 GWB, wonach die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen unberührt bleiben.¹⁴⁴ Der Grundsatz, dass der Primärrechtsschutz nur vor den Nachprüfungsinstanzen erlangt werden kann, wird damit von der unberührt bleibenden Verfolgungsmöglichkeit der Kartellbehörden durchbrochen.

a) Zuständigkeit der Kartellbehörden

In § 48 Abs. 1 GWB werden die für die Durchsetzung des Kartellrechts zuständigen Behörden abschließend aufgelistet.¹⁴⁵ Dies sind neben dem Bundeskartellamt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landeskartellbehörden.

Nach § 51 Abs. 1 GWB ist das Bundeskartellamt eine selbstständige Bundesoberbehörde¹⁴⁶, die zum Bereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie gehört. Das Bundeskartellamt unterliegt daher grundsätzlich dessen Weisungen.¹⁴⁷ Dies wird auch durch § 52 GWB belegt, wonach das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dem Bundeskartellamt allgemeine Weisungen erteilen kann, die im Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind.¹⁴⁸ Bei diesen kann es sich um Auslegungs- oder Anwendungsrichtlinien handeln.¹⁴⁹ Sie finden ihre Grenzen im Gesetz und Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.¹⁵⁰

¹⁴³ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 18.

¹⁴⁴ Mit der Aufnahme des ausdrücklichen Verweises auf die §§ 19 und 20 in Abs. 3 S. 2 wurde klargestellt, dass „sich trotz der Regelungen der 7. GWB-Novelle an den Befugnissen der Kartellbehörden im Falle eines unzulässigen Verhaltens eines marktstarken öffentlichen Auftraggebers nichts ändert“. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10117, S. 22.

¹⁴⁵ Quellmalz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 48 GWB, Rn. 1.

¹⁴⁶ Eine selbstständige Bundesoberbehörde kann nach Art. 87 Abs. 3 GG errichtet werden. Der Begriff der Selbstständigkeit i. S. d. Art. 87 Abs. 3 GG ist in einem organisatorischen und funktionellen Sinn zu verstehen. Eine selbstständige Behörde ist grundsätzlich an die Weisungen des zuständigen Bundesministeriums gebunden. Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 GG, Rn. 254.

¹⁴⁷ Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 630.

¹⁴⁸ Zur Frage, ob und inwieweit neben den in § 52 GWB geregelten allgemeinen Weisungen das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dem Bundeskartellamt Einzelweisungen erteilen darf, Quellmalz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 52 GWB, Rn. 2 f.

¹⁴⁹ Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 52 GWB, Rn. 1.

¹⁵⁰ Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 52 GWB, Rn. 1.

Das Bundeskartellamt ist für die Zusammenschlusskontrolle (§§ 36 Abs. 1 und 40 GWB) ausschließlich zuständig.¹⁵¹ Eine Ausnahme bildet § 42 GWB, wonach die Bundesministerin oder der Bundesminister für Wirtschaft und Energie die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilen kann, wenn das außerwettbewerbliche öffentliche Interesse das Interesse am Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen überwiegt.¹⁵² Dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird lediglich eine Zuständigkeit für die Fälle des § 42 GWB gegeben.

Die Frage, ob das Bundeskartellamt oder eine Landeskartellbehörde zuständig ist, hängt vom Wirkungsprinzip ab.¹⁵³ Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ist im Übrigen gegeben, wenn die Wirkung des kartellrechtswidrigen Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht.¹⁵⁴ Wie sich bereits § 48 Abs. 2 GWB entnehmen lässt, ist nicht der Ort des Verhaltens oder der Geschäftssitz der betroffenen Unternehmen entscheidend, sondern die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel.¹⁵⁵ Bei horizontalen Beschränkungen des Wettbewerbs ist eine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes gegeben, wenn der Markt, für den die Beschränkung des Wettbewerbs gilt, über das Gebiet eines Bundeslandes oder mehrerer Bundesländer hinausreicht.¹⁵⁶ Hierfür ist die Perspektive der Nachfrager maßgebend.¹⁵⁷ Bei vertikalen Beschränkungen des Wettbewerbs kommt es auf den Tätigkeitsbereich der gebundenen Vertragspartei an.¹⁵⁸ Bei Marktmissbrauchsfällen hängt die Zuständigkeit von der konkreten Missbrauchswirkung ab.¹⁵⁹

Wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht und die ausschließliche Zuständigkeit des Bundeskartellamtes oder des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nicht gegeben ist, ist die Landeskartellbehörde örtlich zuständig.¹⁶⁰ Nach § 50 Abs. 1 GWB ist neben dem Bundeskartellamt auch die Landeskartellbehörde für die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zuständige Wettbewerbsbehörde.

¹⁵¹ *Klose*, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 10, § 53, Rn. 7.

¹⁵² *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 42 GWB, Rn. 2.

¹⁵³ *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 628.

¹⁵⁴ *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 628.

¹⁵⁵ *Quellmalz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 48 GWB, Rn. 5.

¹⁵⁶ *Klaue*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 48 GWB, Rn. 11.

¹⁵⁷ *Quellmalz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 48 GWB, Rn. 5.

¹⁵⁸ *Klose*, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 10, § 53, Rn. 9.

¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.06.2003 – Kart 7/03, BeckRS, 2004, 217; *Quellmalz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 48 GWB, Rn. 5.

¹⁶⁰ *Klaue*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 48 GWB, Rn. 17.

b) Aufgaben der Kartellbehörden

Hauptaufgabe der Kartellbehörde ist die Anwendung und Durchsetzung des Kartellrechts und damit der Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen. Ihre Aufgaben bestehen im Kern aus zwei Teilen: der Verhaltens- und der Strukturkontrolle.

aa) Verhaltenskontrolle

Eines der zentralen Instrumente der Verhaltenskontrolle ist das Kartellverbot. § 1 GWB bzw. § 101 Abs. 1 AEUV verbietet grundsätzlich koordiniertes Marktverhalten mehrerer Wettbewerber. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, verboten. Aufgabe der Kartellbehörde ist es, sowohl den Wettbewerb als Institution als auch die Handlungsfreiheiten der Wirtschaftsteilnehmer zu schützen.¹⁶¹ Andere Wohlfahrtsziele (z.B. Konsumentenwohlfahrt, Gesamtwohlfahrt, Umweltschutz) als Schutzzweck des Kartellverbots kommen nicht mehr in Betracht.¹⁶² Diesem Kartellverbot unterliegen zwei Arten von Wettbewerbsbeschränkungen: horizontale und vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Um horizontale Vereinbarungen handelt es sich, wenn zwischen beteiligten Unternehmen, die entweder tatsächlich oder potentiell auf demselben relevanten Markt tätig sind, der auf diesem Markt bestehende bzw. potentielle Wettbewerb¹⁶³ beschränkt wird.¹⁶⁴ Im Vergleich dazu wird vertikale Vereinbarung im wettbewerbsrechtlichen Kontext als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bezeichnet, „die zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen wird“. ¹⁶⁵ Dies bedeutet, dass kein Wettbewerb zwischen ihnen herrscht.¹⁶⁶ Insofern ist vertikale Wettbewerbsbeschränkung begrifflich nicht möglich, weil von vornherein kein vertikaler Wettbewerb besteht. Vom Kartellverbot sind dennoch

¹⁶¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 11 f.

¹⁶² Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 1 GWB, Rn. 8.

¹⁶³ Das Kartellverbot ist nicht nur auf den Schutz aktuellen Wettbewerbs gerichtet, sondern schützt auch potentiellen Wettbewerb, also die Möglichkeit künftigen Markteintritts. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht allein die objektive Markteintrittsfähigkeit für die Bejahung des potentiellen Wettbewerbs noch nicht aus. In subjektiver Hinsicht ist auch darauf abzustellen, ob „die Teilnahme eines bestimmten Unternehmens am Markt wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist“ (BGH, Urt. v. 15.12.2015, Az. KZR 92/13).

¹⁶⁴ Bunte, KartellR, S. 16.

¹⁶⁵ Europäische Kommission, Vertikal-GVO, Art. 1 Abs. 1 lit. a).

¹⁶⁶ Bunte, KartellR, S. 18.

auch die vertikalen Vereinbarungen erfasst, da sie sich auf horizontalen Wettbewerb zwischen Unternehmen auswirken.¹⁶⁷

Ebenso der Verhaltenskontrolle zuzuordnen ist das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁶⁸ Wie die Bezeichnung („das Missbrauchsverbot einer marktbeherrschenden Stellung“) deutlich macht, ist die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung als solche nicht verboten, sondern nur deren Missbrauch.¹⁶⁹ Ein Unternehmen soll nicht daran gehindert werden, einen Wettbewerbsvorsprung durch internes Wachstum mit den Mitteln des gesunden, auf Leistungsfaktoren basierenden Wettbewerbs (sog. Leistungswettbewerb) zu erreichen.^{170,171} Dieser Missbrauchsregelung liegt der Gedanke zugrunde, dass marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür tragen, „den wirksamen unverfälschten Wettbewerb [...] nicht zu beeinträchtigen“.¹⁷² Daher schränkt das Kartellrecht ihren Verhaltensspielraum gegenüber nicht marktbeherrschenden Unternehmen ein¹⁷³ und erlegt den betroffenen Unternehmen besondere Verhaltenspflichten auf.¹⁷⁴ So ist ihnen eine missbräuchliche Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung untersagt, insbesondere in Form von Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbräuchen.¹⁷⁵ Aufgabe der Kartellbehörde ist die Verhinderung von Verhaltensspielräumen, die von den Wettbewerbskräften nicht mehr hinreichend kontrolliert sind und daher zum Schaden Dritter ausgenutzt werden.¹⁷⁶ Diesem Schutzzweck entsprechend hat die Kartellbehörde einen funktionsfähigen Wettbewerb sicherzustellen, indem sie sowohl gegen ei-

¹⁶⁷ Bunte, KartellR, S. 18.

¹⁶⁸ § 19 GWB (entspricht Art. 102 AEUV).

¹⁶⁹ Thiele, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 5, Rn. 15.

¹⁷⁰ Vgl. Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 1.

¹⁷¹ So erfasst der EuGH solche Verhaltensweisen als Missbrauch, die „die Struktur eines Markts beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“ (Urt. v. 13.02.1979, Az. 85/76, Rn. 91).

¹⁷² Europäische Kommission, Prioritätenmitteilung, Rn. 1; EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Az. C-280/08 P, Rn. 176: „Da Art. 82 EG [...] nicht nur Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch solche, die sie durch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs schädigen, trägt das Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.“

¹⁷³ Bunte, KartellR, S. 20.

¹⁷⁴ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 3.

¹⁷⁵ Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 433.

¹⁷⁶ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 3.

nen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber Wirtschaftssubjekten auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen als auch gegen einen Missbrauch im Horizontalverhältnis gegenüber tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbern¹⁷⁷ vorgeht.¹⁷⁸

bb) Strukturkontrolle

Der staatlichen Strukturkontrolle liegt der Gedanke zugrunde, dass ein funktionsfähiger Wettbewerbsprozess bestimmte Marktstrukturen voraussetzt, ohne die er nicht mehr gewährleistet werden kann.¹⁷⁹ Aufgabe der Kartellbehörde ist also die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, indem sie die Entstehung wettbewerbschädlicher Marktstrukturen verhindert.¹⁸⁰

Eine Marktstruktur ist wettbewerbschädlich, wenn ein wettbewerbslicher Konzentrationsgrad auf dem jeweiligen Markt zu hoch ist.¹⁸¹ Eine solche wettbewerbschädliche Marktstruktur kann einerseits auf externem und andererseits auf internem Wachstum beruhen.¹⁸² Jedoch richtet sich die staatliche Kontrolle ausschließlich gegen externes Wachstum.¹⁸³ Im Gegensatz zum internen Wachstum, das den unternehmerischen Erfolg und einen ökonomisch erwünschten Wachstumsprozess bezeichnet,¹⁸⁴ ist externes Wachstum dadurch gekennzeichnet, dass sich mehrere zuvor voneinander unabhängige Unternehmen zusammenschließen und hierdurch ihre Marktmacht absichern bzw. ausbauen.¹⁸⁵ Ein derartiger Zusammenschluss ist nur negativ zu werten, wenn er zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, soweit nicht zugleich überwiegende Verbesserungen der wettbewerbslichen Bedingungen eintreten (§ 36 Abs. 1 GWB).

Aus wettbewerbspolitischer Sicht besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verhaltens- und der Strukturkontrolle. Im Gegensatz zur Verhaltenskontrolle, die eine Überprüfung bereits erfolgten Verhaltens darstellt (Ex-post-

¹⁷⁷ Europäische Kommission, Prioritätenmitteilung, Rn. 23: Nach Ansicht der EU-Kommission besteht ein Anhaltspunkt für eine wettbewerbsfeindliche Marktverschließung in Rahmen von preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen, wenn „das fragliche Verhalten andere, genauso effiziente Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen („as efficient competitors“) daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen“; EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Az. C-280/08 P, Rn. 177.

¹⁷⁸ Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 18 GWB, Rn. 3.

¹⁷⁹ Thiele, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 5, Rn. 17.

¹⁸⁰ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Vorb. zu § 35 GWB, Rn. 2.

¹⁸¹ Thiele, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 5, Rn. 17.

¹⁸² Thiele, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 5, Rn. 18.

¹⁸³ Pietzcker/Bretthauer, in: Stober, Wirtschaftsrecht, 2007, S. 529.

¹⁸⁴ Lettl, KartellR, S. 323.

¹⁸⁵ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Vorb. zu § 35 GWB, Rn. 1.

Überprüfung), bezeichnet die Strukturkontrolle eine Überprüfung, die vor dem Vollzug des geplanten Zusammenschlusses stattfindet (Ex-ante-Überprüfung).¹⁸⁶

c) Verfahren vor den Kartellbehörden und ihre Befugnisse

aa) Verfahren vor den Kartellbehörden

Die Kartellbehörde kann nach § 54 Abs. 1 GWB ein förmliches Verfahren von Amts wegen einleiten, etwa bei Missbrauchs- und Kartellverdacht. Amtsverfahren sind alle Verwaltungsverfahren nach dem GWB, die keine Antragsverfahren darstellen.¹⁸⁷ Im Amtsverfahren herrscht das Oficialprinzip.¹⁸⁸ Die Kartellbehörde leitet gemäß § 22 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen ein Amtsverfahren ein.¹⁸⁹ Daher ist ein konkret formulierter Antrag nicht erforderlich, solange ein von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenes Unternehmen zureichende Anhaltspunkte für einen möglichen Wettbewerbsverstoß aufweist.¹⁹⁰ Dritte haben ohnehin kein öffentlich-subjektives Recht auf ein Einschreiten der Kartellbehörde.¹⁹¹ In Ausnahmefällen kann jedoch bei Ermessensreduzierung auf Null ein Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden der Kartellbehörde bestehen.¹⁹² Ein solcher Anspruch ist allerdings nicht gegeben, wenn für ein Unternehmen die Möglichkeit besteht, eigene Abwehransprüche vor den Zivilgerichten durchzusetzen.¹⁹³

Das förmliche Verfahren kann sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden. Antragsverfahren unterliegen dem Dispositionsprinzip.¹⁹⁴ Durch die 7. GWB-Novelle 2005 wurden die meisten Antragsrechte abgeschafft. Folgende Antragsrechte sind noch im GWB genannt: Antrag auf Eintragung von Wettbewerbsregeln (§ 24 Abs. 3 GWB), Befreiung vom Vollzugsverbot (§ 41 Abs. 2 GWB), Ministererlaubnis in der Zusammenschlusskontrolle (§ 42 Abs. 1 GWB) und Beiladung (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB).¹⁹⁵

Nach § 57 Abs. 1 GWB „kann (die Kartellbehörde) alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind“. Die materielle Beweislast für

¹⁸⁶ Thiele, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 5, Rn. 19.

¹⁸⁷ Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 54 GWB, Rn. 5.

¹⁸⁸ Klose, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 10, § 53, Rn. 41.

¹⁸⁹ Klose, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 10, § 53, Rn. 41.

¹⁹⁰ Quellmalz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 54 GWB, Rn. 1.

¹⁹¹ BGH, Beschl. v. 06.03.2001 – KVZ 20/00, BeckRS 2001, 3311; BGH, Beschl. v. 09.07.2002 – KVR 15/01, BeckRS 2002, 6289.

¹⁹² Quellmalz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 54, GWB, Rn. 1.

¹⁹³ BGH, Beschl. v. 06.03.2001 – KVZ 20/00, BeckRS 2001, 3311, Quellmalz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 54 GWB, Rn. 1.

¹⁹⁴ Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 54 GWB, Rn. 2.

¹⁹⁵ Klose, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 10, § 53, Rn. 42.

das Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen liegt grundsätzlich bei der Kartellbehörde.¹⁹⁶ Welcher Beweismittel sich die Kartellbehörde bedient, entscheidet sie nach pflichtgemäßem Ermessen.¹⁹⁷ Zur Erfüllung ihrer Aufgaben kommen der Behörde ein Auskunftsrecht (§ 59 Abs. 1 GWB), ein Einsichts- und Prüfungsrecht (§ 59 Abs. 2 GWB), ein Betretungsrecht (§ 59 Abs. 3 GWB) und ein Durchsuchungsrecht (§ 59 Abs. 4 GWB) zu.

bb) Befugnisse der Kartellbehörden

In § 32 GWB zusammen mit den §§ 32a bis 32e und § 34 GWB sind die Befugnisse der Kartellbehörden bei Wettbewerbsverstößen von Unternehmen geregelt. Nach § 32 GWB kann die Kartellbehörde i.S. einer Abstellungsverfügung Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des GWB oder Art. 101 oder 102 AEUV abzustellen. Diesbezüglich ist sie berechtigt, den betroffenen Unternehmen alle Maßnahmen aufzugeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig sind (§ 32 Abs. 2. S. 1 GWB).¹⁹⁸ Die Kartellbehörde kann den Unternehmen nicht nur ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten untersagen (sog. negative Tenorierung), sondern auch sie zu einem bestimmten Wettbewerbsverhalten verpflichten (sog. positive Tenorierung).¹⁹⁹ Die für eine Abstellungsverfügung erforderliche Begehungsgefahr liegt bereits dann vor, wenn die ernste Besorgnis einer drohenden Zuwiderhandlung besteht (sog. Erstbegehungsgefahr).²⁰⁰ Bei berechtigtem Interesse kann allerdings die Kartellbehörde nach § 32 Abs. 3 GWB auch eine in der Vergangenheit liegende beendete Zuwiderhandlung feststellen. Ein berechtigtes Interesse ist vor allem zu bejahen, wenn Wiederholungsgefahr besteht oder die Wirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens fortbestehen.²⁰¹

Weiter kann nach § 32a GWB die Kartellbehörde von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn „eine Zuwiderhandlung ... überwiegend wahrscheinlich erscheint und die einstweilige Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist“. Vor Inkrafttreten des GWB-Digitalisierungsgesetzes 2021 war für den Erlass einstweiliger Maßnahmen eine zumindest prima facie festgestellte Zuwiderhandlung erforderlich.²⁰²

¹⁹⁶ *Klose*, in: Wiedemann, KartellIR, Kap. 10, § 52, Rn. 1.

¹⁹⁷ *Klose*, in: Wiedemann, KartellIR, Kap. 10, § 52, Rn. 1.

¹⁹⁸ BGH, NJW-RR 2008, 996, 1001.

¹⁹⁹ *Klose*, in: Wiedemann, KartellIR, Kap. 10, § 51, Rn. 6; Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/3640, S. 51.

²⁰⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2009 – Kart 1/09, BeckRS 2009, 27348.

²⁰¹ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 32 GWB, Rn. 47.

²⁰² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/23492, S. 85.

Hieran kann jedoch nach dem geänderten Wortlaut des § 32a nicht mehr festgehalten werden; vielmehr genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit.²⁰³

Ferner hat nach § 32b GWB die Kartellbehörde die Befugnis, zur Verhinderung einer drohenden Abstellungsverfügung in einem Verfahren nach § 32 oder § 32a GWB von den betroffenen Unternehmen angebotene Verpflichtungszusagen durch Verfügung für bindend zu erklären.²⁰⁴ Das Instrument der Zusagenentscheidung dient einer möglichst wirksamen und effizienten Durchsetzung des Kartellrechts in einem vernünftigen Zeit- und Kostenrahmen.²⁰⁵ Anders als die Kartellverwaltungsakte nach § 32 GWB beinhaltet eine Zusagenverfügung keine abschließende Aussage darüber, ob ein kartellrechtlicher Verstoß vorgelegen hat oder noch vorliegt.²⁰⁶ Damit entfalten Verfügungen nach § 32b GWB keine Bindungswirkung für einen nachfolgenden Schadensersatzprozess.²⁰⁷ Außerdem kann nach § 32c GWB die Kartellbehörde beschließen, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da nach den ihr vorliegenden Erkenntnissen die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 19 bis 21 und 29 GWB oder Art. 101 Abs. 1 oder Art. 102 AEUV nicht gegeben sind. Daneben hat die Kartellbehörde nach § 32d GWB die Befugnis zum Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung. Nach § 34 GWB kann sie darüber hinaus die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen, wenn es schuldhaft gegen eine Vorschrift des GWB, gegen Art. 101 oder 102 AEUV oder eine (verbindliche) Verfügung der Kartellbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat.

4. Zivilgerichte

Wie bereits erwähnt, begründet § 156 Abs. 2 GWB eine ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern. Geltend gemachte kartellrechtliche oder lauterkeitsrechtliche Abwehransprüche sind dennoch durch die ordentlichen Gerichte zu prüfen.

a) Zivilrechtliche Ansprüche bei Verletzung kartellrechtlicher Normen

Auftraggeber oder Bieter sind nach dem funktionalen Unternehmensbegriff als Unternehmen i. S. d. Kartellrechts zu qualifizieren.²⁰⁸ So sind etwa die Missbrauchsverbote der § 19 ff. GWB auf eine Nachfragetätigkeit der Auftraggeber

²⁰³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/23492, S. 86.

²⁰⁴ *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 32b GWB, Rn. 1.

²⁰⁵ Tätigkeitsbericht des BKartA 2007/2008, BT-Drs. 16/13500, S. 117; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 32b GWB, Rn. 3; *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 32b GWB, Rn. 1.

²⁰⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/3640, S. 52.

²⁰⁷ *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 32b GWB, Rn. 3.

²⁰⁸ *Kling*, NZBau 2018, 715 f.

anwendbar, sofern sie eine marktbeherrschende Stellung innehaben.²⁰⁹ Wenn sich kartellrechtliche Verstöße in einem Vergabeverfahren i.S.v. § 156 Abs. 2 GWB ereignen, können kartellrechtliche Abwehransprüche vor den für solche Ansprüche zuständigen Kartellgerichten geltend gemacht werden.²¹⁰

Diese kartellrechtlichen Abwehransprüche ergeben sich aus § 33 GWB. Die Vorschrift des § 33 GWB stellt ausdrücklich klar, dass bei Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften das davon betroffene Unternehmen neben Unterlassungsansprüchen im Fall einer Wiederholungsgefahr auch Beseitigungsansprüche geltend machen kann. Wenn eine (Wiederholungs-)Gefahr besteht, muss der Betroffene präventiv eine drohende Beeinträchtigung durch einen Unterlassungsanspruch verhindern oder eine gegenwärtige Beeinträchtigung, die Quelle einer fortwirkenden Störung ist, beseitigen können.²¹¹ Der Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB setzt voraus, dass nach einem Verstoß gegen eine kartellrechtliche Verbotsnorm, wie §§ 1, 19–21, 29, 31 Abs. 3 GWB,²¹² eine Gefahr für dessen Wiederholung besteht.²¹³ Von der Wiederholungsgefahr ist dann auszugehen, wenn eine ernstliche und greifbare Möglichkeit einer Wiederholung desselben Verstoßes besteht.²¹⁴ Nach § 33 Abs. 2 GWB ist aber auch eine vorbeugende Unterlassungsklage möglich, wenn „die ernst zu nehmende ... Gefahr eines baldigen (erstmaligen) Kartellrechtsverstoßes“²¹⁵ besteht (Erstbegehungsgefahr). Die Beweislast für den Nachweis einer solchen Gefahr trägt der Betroffene.²¹⁶ Der Beseitigungsanspruch ist unabhängig vom Unterlassungsanspruch gegeben, wenn eine bereits eingetretene Beeinträchtigung durch einen Kartellrechtsverstoß eine in der Zukunft fortwirkende Störungsquelle darstellt.²¹⁷

§ 33 Abs. 1 GWB gewährt dem Betroffenen einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. Betroffen i.S.d. § 33 Abs. 1 GWB ist nach § 33 Abs. 3 GWB, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß (gegen eine Vorschrift des GWB, die Art 101, 102 AEUV oder eine Verfügung der Kartellbehörde) beeinträchtigt ist.

Die Begriffe „Mitbewerber und sonstiger Marktbeteiligter“ sind im GWB nicht definiert. Die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UWG definierten Begriffe „Marktteilnehmer“ und „Mitbewerber“ helfen allerdings bei der Auslegung.²¹⁸ Nach der in

²⁰⁹ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 192 f.

²¹⁰ Vgl. *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 24.

²¹¹ *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 GWB, Rn. 59.

²¹² *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 GWB, Rn. 7.

²¹³ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 36 f.

²¹⁴ BGH, NJW 1992, 2292, 2294; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 38.

²¹⁵ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 42.

²¹⁶ *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 GWB, Rn. 59.

²¹⁷ *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 GWB, Rn. 59.

²¹⁸ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 12 ff.

§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG verwendeten Legaldefinition ist Mitbewerber „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“. Unter Zugrundelegung dieser Definition sind Mitbewerber i. S. d. § 33 Abs. 3 GWB solche Unternehmen, die auf einem relevanten Markt in einem aktuellen oder zumindest potentiellen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen.²¹⁹ Im Interesse eines wirksamen kartellrechtlichen Individualschutzes dürfen an das Bestehen eines aktuellen oder potentiellen Wettbewerbsverhältnisses zwischen Unternehmen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.²²⁰ Für die Annahme potentiellen Wettbewerbs reicht die bloß abstrakte Möglichkeit eines Markteintritts aber nach wie vor nicht aus.²²¹

Demgegenüber verwendet das UWG statt des Begriffs der sonstigen Marktbeteiligten jenen der Marktteilnehmer. Dieser ist in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG definiert. Danach bezeichnet der Begriff alle Personen (neben Mitbewerbern und Verbrauchern), die „als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind“. Dieses Verständnis kann ohne Weiteres auch auf den Begriff der sonstigen Marktbeteiligten übertragen werden,²²² weil nach dem Willen des Gesetzgebers dieser Begriff weit zu verstehen ist.²²³ Nach diesem weiten Verständnis erfasst der Begriff der sonstigen Marktbeteiligten alle anderen Unternehmen im Einflussbereich der gegen Verbotsnormen des GWB und Art. 101, 102 AEUV verstoßenden Unternehmen.²²⁴ In den Schutzbereich des Kartellverbots des § 1 GWB, Art. 101 AEUV sind daher sämtliche mittelbar oder unmittelbar im Einflussbereich der Teilnehmer an einem unzulässigen Kartell liegende Marktbeteiligte (z.B. Lieferanten, Abnehmer²²⁵) einzubeziehen.²²⁶ Zu den Anspruchsberechtigten können außerdem die Endverbraucher gehören, insbesondere dann, wenn „eine Kartellabrede auf der letzten Absatzstufe vorliegt“. ²²⁷ Dies entspricht der Auffassung des EuGH.²²⁸

²¹⁹ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/1487, S. 16.

²²⁰ Vgl. BGH, GRUR 2017, 918, 919.

²²¹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2 UWG, Rn. 104.

²²² Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 14.

²²³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/3640, S. 53.

²²⁴ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 14 ff.

²²⁵ Nach dem ORWI-Urteil des BGH umfasst der Kreis der durch das Kartellverbot geschützten Personen auch alle indirekt von einem Kartell betroffenen Abnehmer (NJW 2012, 928, Rn. 16 ff. und 23 ff.).

²²⁶ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 17 f.

²²⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/3640, S. 53.

²²⁸ Nach der Courage-Entscheidung des EuGH erfordert die volle Wirksamkeit des unionsrechtlichen Kartellverbots, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm aufgrund eines Kartellrechtsverstößes entstanden ist (EuZW 2001, 715, Rn. 26). Diese Entscheidung betrifft nur den Schadenersatz, hat jedoch entscheidende Bedeutung für die Auslegung des Betroffenenbegriffs.

Betroffen i.S.d. § 33 Abs. 1 GWB sind alle oben genannten Personen, wenn sie durch einen Kartellrechtsverstoß beeinträchtigt sind. Eine Beeinträchtigung liegt dann vor, wenn ein Kartellrechtsverstoß die Chancengleichheit der Unternehmen im Wettbewerb stört, indem er die Marktstellung bestimmter Unternehmen verschlechtert, z.B. durch die Behinderung des Markteintritts.²²⁹ Zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören in diesem Zusammenhang solche Bieter, die daran gehindert werden, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Wettbewerbsbedingungen Angebote abzugeben. So hat etwa der kartellrechtliche Abwehranspruch Bedeutung für den Bereich öffentlicher Auftragsvergaben erlangt, wo dem Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 GWB die Hauptaufgabe zukommt, einen Missbrauch der Nachfragemacht der öffentlichen Hand durch unzulässige Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Bieter zu verhindern.²³⁰ Die praktische Bedeutung der Durchsetzung des Abwehranspruchs gegen die öffentliche Hand ist aber gering; denn ohnehin greifen die strikten Grundsätze des Vergaberechts, deren Wahrung im Nachprüfungsverfahren überprüfbar ist.²³¹ Dem Abwehranspruch wird eine besondere Bedeutung beigemessen, insbesondere dann, wenn einseitige Kartellrechtsverstöße auf Bieterseite entstehen; zum einen, weil solche Kartellrechtsverstöße, wie beispielsweise der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB, keinen Ausschlussgrund nach § 124 GWB begründen,²³² zum anderen, weil kartellrechtliche Ansprüche gegen Wettbewerber nicht auch nach Maßgabe des § 156 Abs. 2 GWB geltend gemacht werden können.²³³

b) Zivilrechtliche Ansprüche bei Verletzung lauterkeitsrechtlicher Normen

Besteht eine in § 156 Abs. 2 GWB geregelte Zuständigkeitskonzentration auf die Vergabenaachprüfungsorgane, so kann dennoch eine Anspruchskonkurrenz zwischen vergabe- und lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen bestehen, wenn in einem Vergaberechtsverstoß unlautere geschäftliche Handlung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs zu sehen ist.²³⁴ Denkbar ist eine Konstellation, bei der ohne sachlich gerechtfertigten Grund öffentliche Auftraggeber Aufträge oberhalb der Schwellenwerte ohne Ausschreibung an bestimmte Bieter vergeben. Zu denken ist hierbei beispielsweise an eine Situation, in der ein bestimmter Bieter als Teilnehmer am Vergaberechtsverstoß Aufträge erhält. Diese vergaberechtswidrige Praxis stellt einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrund-

²²⁹ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 15.

²³⁰ Vgl. BGH, NZBau 2007, 459 ff.

²³¹ Kling, NZBau 2018, 715.

²³² Hierzu D.I. 1. b).

²³³ Hierzu E. III. 3. b) aa).

²³⁴ BGH, VergabeR 2008, 925, 926 ff.

satz dar und verletzt damit durch das Lauterkeitsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern.²³⁵ Dementsprechend müssen von dem vergaberechtlichen Verstoß betroffene Bieter gegen einen rechtswidrig begünstigten Bieter lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend machen können.²³⁶ Andernfalls würde eine mit dem in Art. 19 Abs. 4 GG enthaltenen Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbarende Rechtsschutzlücke entstehen,²³⁷ weil vergaberechtliche Ansprüche nach § 156 Abs. 2 GWB ausschließlich die Vertikalbeziehung von Bietern zu den Vergabestellen, nicht jedoch die Horizontalbeziehung der Bieter untereinander betreffen.²³⁸

Ausgangspunkt für die Frage, ob und inwieweit die von einem Verstoß gegen das Vergaberecht betroffenen Bieter gegen den rechtswidrig begünstigten Mitbewerber lauterkeitsrechtliche Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs geltend machen können, ist § 3a UWG. Danach handelt unlauter i.S.v. § 3 UWG, „wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen“. Demgemäß kann hier von einer Unlauterkeit ausgegangen werden, wenn sich ein Unternehmen durch Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 3a UWG einen Wettbewerbsvorsprung verschafft. Nicht in jedem Verstoß gegen eine Rechtsnorm kann allerdings ein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorsprung liegen;²³⁹ in Betracht kommen nur Verstöße gegen diejenigen Marktverhaltensregeln, die einen Wettbewerbsbezug dergestalt aufweisen, dass „die wettbewerblichen Belange der als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in Betracht kommenden Personen“²⁴⁰ geschützt werden. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes müssen jedoch die Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktteilnehmer liegen. Eine gesetzliche Vorschrift dient dem Interesse der Marktteilnehmer, wenn sie die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen zum Schutz der Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung bezweckt.²⁴¹ Zunächst ist in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob nationale Vorschriften des Vergaberechts Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 3a darstellen. Nach der Kommunalversicherer-Entscheidung des BGH sind die die Vergabe öffentlicher Aufträge regelnden Vorschriften der §§ 97 ff. GWB als Marktverhaltensregeln i.S.d. § 3a UWG einzuordnen, da sie

²³⁵ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

²³⁶ BGH, VergabeR 2008, 925, 926 ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.77; Schaffert, in: Heermann/Schlingloff, MüKo-UWG, § 3a UWG, Rn. 33.

²³⁷ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

²³⁸ Byok, NJW 2009, 644, 645.

²³⁹ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

²⁴⁰ BGH, GRUR 2017, 537, Rn. 20.

²⁴¹ BGH, GRUR 2016, 513, Rn. 28.

durch die Einschränkung der Vertragsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber unmittelbar ihr Marktverhalten bei der Auswahl von Vertragspartnern regeln und nach der gesetzgeberischen Intention den Schutz aller (potentiell) an der Erteilung von Aufträgen interessierten Bieter bezwecken.²⁴² Dies folgt unmissverständlich aus § 97 Abs. 6 GWB, wonach Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung der ihren Schutz bezweckenden Vergabevorschriften haben.²⁴³ Zivilrechtliche lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen den rechtswidrig begünstigten Mitbewerber können aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Täterschaft ausgelöst werden, weil Normadressaten des Vergaberechts nur Auftraggeber sind.²⁴⁴ Nur Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme am Vergaberechtsverstoß kommen in Betracht, da es nicht Voraussetzung für die Teilnehmerhaftung ist, dass der Teilnehmer selbst Normadressat ist.²⁴⁵ Für derartige Ansprüche ist es jedoch auch erforderlich, dass das Verhalten des Auftraggebers als eine geschäftliche Handlung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG²⁴⁶ betrachtet wird.²⁴⁷ Zwar dient die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand regelmäßig der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben,²⁴⁸ der Tatbestand einer geschäftlichen Handlung kann jedoch dann erfüllt werden, wenn das Verhalten des Auftraggebers in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens steht.²⁴⁹ Das ist immer bereits dann gegeben, wenn „der öffentliche Auftraggeber an dem wirtschaftlichen Erfolg des Gewerbetreibenden, dessen Wettbewerb zu fördern sein Handeln geeignet ist, ein Interesse hat, weil er davon auf Grund besonderer Umstände – etwa auf Grund vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher Beziehungen – profitiert“.²⁵⁰ Eine spürbare Beeinträchtigung wird bereits darin gesehen, dass am Auftrag interessierten Bietern die Chance genommen wird, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Wettbewerbsbedingungen Angebote abzugeben.²⁵¹

In diesem Zusammenhang stellt sich die Anschlussfrage danach, ob im Bereich der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte ein Unterlas-

²⁴² BGH, VergabeR 2008, 925, 929 f.

²⁴³ BGH, VergabeR 2008, 925, 930.

²⁴⁴ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

²⁴⁵ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

²⁴⁶ Danach bedeutet „geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt“.

²⁴⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.77.

²⁴⁸ BGH, VergabeR 2008, 925, 930.

²⁴⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.336.

²⁵⁰ BGH, VergabeR 2008, 925, 930.

²⁵¹ BGH, VergabeR 2008, 925, 930.

sungsanspruch nach Maßgabe des § 3a UWG geltend gemacht werden kann. Nach dem Wortlaut des § 3a UWG kommt nur eine gesetzliche Vorschrift in Betracht. Die in der VOB/A oder der VOL/A enthaltenen Bestimmungen sind keine Rechtsnormen i. S. d. § 3a UWG, sondern lediglich verwaltungsinterne Vorschriften, denen keine Außenwirkung zukommt.²⁵² Ein Anspruch aus § 3a UWG ist daher schon aus diesem Grund ausgeschlossen.²⁵³ Dieses Verständnis folgt bereits daraus, dass ein subjektives Recht eines Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen, wie es oberhalb der Schwellenwerte durch § 97 Abs. 6 begründet wird, bei diesen Auftragsvergaben grundsätzlich nicht besteht. Selbst im Bereich unterhalb der Schwellenwerte ist jedoch von einer unlauteren geschäftlichen Handlung i. S. d. § 3 Abs. 1 UWG auszugehen, wenn die öffentliche Hand zur Förderung fremden Wettbewerbs einen bestimmten Bieter ohne sachlich gerechtfertigten Grund bevorzugt oder benachteiligt.²⁵⁴ Dies folgt innerstaatlich bereits aus Art. 3 Abs. 1 GG.²⁵⁵ Hierbei ist nicht erforderlich, dass die öffentliche Hand eine marktbeherrschende Stellung innehat.²⁵⁶ Für den Unterschwellenbereich mit grenzüberschreitendem Interesse sind aber insoweit ohnehin die Diskriminierungsverbote des AEUV strikt zu beachten.²⁵⁷

Was eine Unlauterkeit durch Rechtsbruch nach § 3a UWG betrifft, stellt sich als weitere Frage, ob in dem Fall, dass ein kommunales Unternehmen unter Verstoß gegen kommunalrechtliche Vorschriften, die den Marktzutritt regeln, in den Wettbewerb mit privaten Unternehmen eintritt, derartige Vorschriften lauterkeitsrechtliche Ansprüche auslösen können, konkret, sie als Marktverhaltensregeln i. S. d. § 3a UWG zu qualifizieren sind. Wie oben bereits erwähnt, können nur Verstöße gegen eine Marktverhaltensregel nach Maßgabe des § 3a UWG geahndet werden. Kommunalrechtliche Vorschriften, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden Schranken setzen (z. B. Art. 87 BayGO; § 107 NRWGO; § 85 RhPfGO), stellen reine Marktzutrittsregeln, aber nicht zugleich auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Marktverhaltensregeln dar.²⁵⁸ Denn derartige Vorschriften regeln nur die Voraussetzungen, unter denen eine Gemeinde zu Erwerbszwecken auf einem Markt als Anbieterin oder Nachfragerin tätig werden darf (das Ob), nicht aber die Art und Weise dieser Erwerbsbetäti-

²⁵² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.55; Schaffert, in: Heermann/Schlingloff, MüKo-UWG, § 3a UWG, Rn. 54.

²⁵³ Im Ergebnis ebenso Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB, Rn. 18.

²⁵⁴ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1071; LG Koblenz, ZfBR 2011, 794; vgl. auch OLG Stuttgart, VergabeR 2002, 374.

²⁵⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.65d.

²⁵⁶ Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1071, 1072.

²⁵⁷ Zum vergaberechtlichen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, E. I. 3.

²⁵⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.79.

gung (das Wie).²⁵⁹ Solche Vorschriften fallen daher von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 3a UWG und ihre Verletzung begründet somit keine lauterkeitsrechtlichen Ansprüche.²⁶⁰ Ein anderes Bild ergibt sich nicht auch aus dem Umstand, dass solche Vorschriften nicht nur den Schutz der Kommunen vor den Risiken einer überdehnten unternehmerischen Betätigung, sondern auch den Schutz der Privatwirtschaft vor dem Marktzutritt der Kommunen bezwecken.²⁶¹ Dahinter steht der Gedanke, dass das Lauterkeitsrecht nur die Art und Weise (das Wie) der Beteiligung am Wettbewerb regelt, nicht aber den Zugang zum Wettbewerb.²⁶² Daher ist es nicht Aufgabe der Zivilgerichte, lauterkeitsrechtlich zu bestimmen, welche Grenzen dem Marktzutritt der öffentlichen Hand zu setzen sind.²⁶³ Vielmehr ist dies als eine wirtschaftspolitische Aufgabe zu verstehen, die in der Gesetzgebung und Verwaltung liegt.²⁶⁴ Bei Zugrundelegung dieses Ansatzes können öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregeln auch nicht über § 3 UWG durch die Zivilgerichte kontrolliert werden.²⁶⁵ Das ergibt sich schon aus einem Umkehrschluss aus § 3a UWG. Private Konkurrenten können bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregeln grundsätzlich ein Eingreifen der Aufsichtsbehörden anregen oder, sofern die betreffenden Normen ihnen eine öffentlich-rechtliche Klagebefugnis verleihen, vor den Verwaltungsgerichten Klage erheben.²⁶⁶ Das Marktverhalten (das Wie) der öffentlichen Hand unterliegt hingegen in vollem Umfang dem UWG.²⁶⁷

III. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren

1. Voraussetzungen eines Nachprüfungsverfahrens

Statthaftigkeitsvoraussetzung eines Nachprüfungsverfahrens ist zum einen, dass der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist. Zum anderen bedarf es eines materiell bereits begonnenen Vergabeverfahrens.²⁶⁸ Die Prüfung, ob diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen, ist durch die angerufene Vergabekammer von Amts wegen vorzunehmen.²⁶⁹

²⁵⁹ Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 3a UWG, Rn. 20.

²⁶⁰ Köhler, GRUR 2001, 777, 780 ff.; Ullmann, GRUR 2003, 817, 823; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 3a UWG, Rn. 18 ff.

²⁶¹ BGH, VergabeR 2002, 467, 469.

²⁶² BGH, VergabeR 2002, 467, 470, unter Hinweis auf BGH, NJW 1974, 1333.

²⁶³ BGH, VergabeR 2002, 467, 470.

²⁶⁴ BGH, VergabeR 2002, 467, 470.

²⁶⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.13.

²⁶⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.79.

²⁶⁷ Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 3a UWG, Rn. 18.

²⁶⁸ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 4.

²⁶⁹ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 19.

a) Anwendungsbereich

Ein Nachprüfungsverfahren i. S. d. §§ 155 ff. GWB ist nur dann statthaft, wenn die jeweils festgelegten EU-Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden, also der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist.²⁷⁰ So ist etwa ein irrtümlich oder freiwillig durchgeführtes europaweites Vergabeverfahren kein Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, wenn der zu überprüfende Auftrag die EU-Schwellenwerte objektiv nicht erreicht.²⁷¹ Im Gegensatz dazu ist ein Nachprüfungsverfahren für den Fall zulässig, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren trotz Erreichens der EU-Schwellenwerte unterlässt.²⁷² Für die Frage, ob ein Nachprüfungsverfahren wegen Erreichens der EU-Schwellenwerte statthaft ist, kommt es also auf die objektive Rechtslage an.²⁷³ Unabhängig vom Erreichen oder Überschreiten der EU-Schwellenwerte kommt eine Nachprüfung nicht in Betracht, soweit eine Ausnahme nach §§ 107–109, 116, 117, 137–140, 145, 149, 150 GWB vorliegt.²⁷⁴

Weitere Voraussetzung ist, dass der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Dieser stellt auf Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB i. V. m. § 99 GWB (öffentlicher Auftraggeber), § 100 GWB (Sektorenauftraggeber) und § 101 GWB (Konzessionsgeber) ab.²⁷⁵ Dabei ist der Begriff des Auftraggebers funktional zu verstehen, um eine Flucht ins Privatrecht zu verhindern.²⁷⁶ Dieses Verständnis ergibt sich nach der Beentjes-Entscheidung des EuGH bereits aus dem Ziel der EU-Vergaberichtlinien, die tatsächliche Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge zu gewährleisten.²⁷⁷

b) Materielles Verständnis des Begriffs des Vergabeverfahrens

aa) Beginn eines Vergabeverfahrens

Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sind Handlungen und Entscheidungen eines Auftraggebers in einem bereits begonnenen und noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren.²⁷⁸ Dies ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Wortlaut

²⁷⁰ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 5.

²⁷¹ Diemon-Wies, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 102 GWB, Rn. 11 m.w.N.

²⁷² Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 12.11.2008, Az. 15 Verg 4/08.

²⁷³ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155, Rn. 19.

²⁷⁴ Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 7.

²⁷⁵ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 6.

²⁷⁶ Ziekow, ÖfWiR, S. 180.

²⁷⁷ EuGH, NVwZ 1990, 353, Rn. 11.

²⁷⁸ BayObLG, VergabeR 2002, 244, 246; ebenso Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 28; Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 7.

des § 156 Abs. 2 GWB,²⁷⁹ wonach sich der Gegenstand des Rechtsstreits auf Rechtsverstöße in einem Vergabeverfahren beziehen muss. Der Begriff des Vergabeverfahrens ist im Lichte der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz weit auszulegen,²⁸⁰ weil alle auf einen chancengleichen und transparenten Bieterwettbewerb einwirkenden Handlungen und Entscheidungen eines staatlichen Auftraggebers nachprüfbar sein müssen.²⁸¹ Der Begriff ist also materiell zu verstehen.²⁸² Es kommt nicht auf „irgendwelche vom öffentlichen Auftraggeber bereits eingeleitete Förmlichkeiten“²⁸³ an. So ist etwa ein Vergabeverfahren, das rechtswidrig unter Nichteinhaltung des Vergaberechts durchgeführt wird (sog. De-facto-Vergabe), Gegenstand einer Nachprüfung durch die Vergabekammern.²⁸⁴ Nur auf diesem Wege kann „ein besonders schwerwiegender Vergaberechtsverstoß“²⁸⁵ – wie das rechtswidrige Unterbleiben einer Ausschreibung²⁸⁶ – bekämpft werden.²⁸⁷

Nicht nachprüfbar sind demgegenüber „Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen“.²⁸⁸ Um eine nachprüfbare Entscheidung von rein internen und vorbereitenden Tätigkeiten abgrenzen zu können, setzt der Beginn eines Vergabeverfahrens zweierlei kumulativ voraus:

„Der öffentliche Auftraggeber entscheidet, einen gegenwärtigen oder künftigen Bedarf durch eine Beschaffung von Lieferungen, Dienst- oder Bauleistungen auf dem (Binnen-)Markt (und nicht durch Eigenleistung) zu decken (interner Beschaffungsentschluss), und er ergreift nach außen hin (über interne Überlegungen und Vorberei-

²⁷⁹ *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 104 GWB, Rn. 33.

²⁸⁰ Hierzu C. II. 1. a).

²⁸¹ EuGH, VergabeR 2005, 44, Rn. 27 ff.

²⁸² OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 696, 698; BayObLG, VergabeR 2002, 244, 246; OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 404, 409; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 22; *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 7; *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 104 GWB, Rn. 34.

²⁸³ OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 696, 698; OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 404, 409.

²⁸⁴ Ausdrücklich § 135 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 GWB.

²⁸⁵ BayObLG, VergabeR 2002, 244, 246.

²⁸⁶ Erwägungsgrund 13 RL 2007/66/EG, wonach eine ohne Transparenz erfolgende Vergabe als „schwerwiegendste Verletzung des Gemeinschaftsrechts“ angesehen wird; ebenso Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 17, wonach eine Rechtsverletzung darin besteht, dass „die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieb“.

²⁸⁷ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 24; *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 7; *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 104 GWB, Rn. 37; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 104 GWB, Rn. 14.

²⁸⁸ EuGH, VergabeR 2005, 44, Rn. 35.

tungen hinaus) bestimmte, wie auch immer geartete Maßnahmen, um den Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln oder bereits zu bestimmen (externe Umsetzung).“²⁸⁹

Daraus wird geschlossen, dass ein vorbeugender Rechtsschutz gegen vermutete Missachtung des Vergaberechts in einem künftigen Vergabeverfahren nicht gegeben ist.²⁹⁰ Dies gilt auch dann, wenn allein die Gefahr besteht, dass ein Auftraggeber einen Auftrag oder eine Konzession ohne ein nach dem 4. Teil des GWB vorgeschriebenes Vergabeverfahren vergeben werde.²⁹¹

bb) Abschluss eines Vergabeverfahrens

Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist es, vermeintliche Fehler in einem laufenden Vergabeverfahren zu korrigieren.²⁹² Daraus folgt, dass der vergaberechtliche Primärrechtsschutz nur während eines noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens zu gewähren ist.²⁹³ Ein Vergabeverfahren ist beendet, wenn der Zuschlag bereits wirksam erteilt worden ist.²⁹⁴ Danach ist deshalb ein Nachprüfungsverfahren nicht (mehr) statthaft.²⁹⁵ Dies ergibt sich unmittelbar aus § 168 Abs. 2 S. 1, wonach „ein bereits wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden (kann)“. Nach Zuschlagserteilung sind die Möglichkeiten des Rechtsschutzes lediglich auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beschränkt;²⁹⁶ zuständig hierfür sind die Zivilgerichte (§ 13 GVG).²⁹⁷

Die Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung tritt nach § 135 Abs. 1 GWB dann ein, wenn ein Auftraggeber entweder gegen die Informations- und Wartepflicht des § 134 GWB verstoßen hat oder unter Nichtbeachtung der Pflicht zur Ausschreibung einen öffentlichen Auftrag direkt an ein Unternehmen erteilt hat. Nach § 135 Abs. 2 GWB muss jedoch die Unwirksamkeit innerhalb einer bestimmten Frist, die 30 Kalendertage ab Kenntnis des Verstoßes nicht überschrei-

²⁸⁹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 846, 848; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 28; vgl. auch EuGH, VergabeR 2005, 44, Rn. 41: „Diese Nachprüfungsmöglichkeit steht jedem, der ein Interesse an dem fraglichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, von dem Zeitpunkt an zur Verfügung, zu dem der Wille des öffentlichen Auftraggebers, der Rechtswirkungen entfalten kann, geäußert wird.“

²⁹⁰ OLG Koblenz, VergabeR 2014, 829, 830.

²⁹¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.10.2008, Az. VII-Verg 35/08; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 29; *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 104 GWB, Rn. 35.

²⁹² *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 7.

²⁹³ *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht, § 104 GWB, Rn. 38.

²⁹⁴ BGH, VergabeR 2001, 71, 73.

²⁹⁵ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 31.

²⁹⁶ *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 9.

²⁹⁷ BGH, VergabeR 2001, 71, 73.

ten darf, geltend gemacht werden. Wenn diese Frist bereits abgelaufen ist, ist auch ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht oder de facto abgeschlossener Vertrag im Interesse der Rechtssicherheit von vornherein wirksam.²⁹⁸

Wenn ein Vergabeverfahren durch Aufhebungsentscheidung eines Auftraggebers beendet wird, kann grundsätzlich auch diese Entscheidung statthafter Verfahrensgegenstand vor der Vergabekammer sein.²⁹⁹ Ausgehend vom Grundsatz, dass alle auf einen chancengleichen und transparenten Bieterwettbewerb einwirkenden Entscheidungen eines Auftraggebers nachprüfbar sein müssen, ist die Vergabekammer befugt, nachzuprüfen, ob die Aufhebungsentscheidung rechtswidrig oder rechtswirksam ist (sog. Aufhebung der Aufhebung).³⁰⁰ Jedoch ist zu beachten, dass die Verpflichtung eines Auftraggebers, Leistungen am Markt zu beschaffen, nach dem Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung nicht besteht,³⁰¹ sodass für einen Anspruch auf Fortführung eines Vergabeverfahrens kein Raum mehr bleibt.³⁰² Im Vergaberecht besteht kein Kontrahierungszwang.³⁰³ Die Aufhebung der Aufhebung ist daher auf bestimmte Fälle begrenzt, in denen z.B. die Vergabestelle eine Aufhebungsentscheidung in der Absicht getroffen hat, einen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen zu erteilen.³⁰⁴

2. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB

Wie bereits erwähnt, können Wettbewerbsverstöße auf Bieterseite in vielfältiger Form auftreten. Hier ist insbesondere die Bildung von Bietergemeinschaften zu nennen.³⁰⁵ Diese kann eine wettbewerbsbeschränkende Abrede darstellen, wenn sie eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.³⁰⁶ In der Rechtsprechung wurde dementsprechend die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften am Maßstab des Kartellverbots nach § 1 GWB gemessen.³⁰⁷

Faktoren, die wettbewerbsbeschränkende Abreden begünstigen, können dem jeweils ausgeführten Vergabeverfahren immanent sein.³⁰⁸ Das Vergaberecht ist

²⁹⁸ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 155 GWB, Rn. 32.

²⁹⁹ Horn/Hofmann, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht, § 102 GWB, Rn. 9 m.w.N.

³⁰⁰ BGH, VergabeR 2003, 313, 314 ff.; Burbulla, ZfBR 2009, 134, 136.

³⁰¹ Zum Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung, Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 108 GWB, Rn. 3 und 6.

³⁰² OLG München, VergabeR 2011, 525, 529.

³⁰³ OLG München, VergabeR 2011, 525, 529.

³⁰⁴ Burbulla, ZfBR 2009, 134, 138.

³⁰⁵ Hierzu D.I. 3. a) bb) (2).

³⁰⁶ VK Bund, ZfBR 2016, 390, 392; ebenso Overbuschmann, VergabeR 2014, 634, 635.

³⁰⁷ OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 628, 630 f.

³⁰⁸ Stein/Huttenlauch, NZBau 2016, 728, 729.

hinreichend in der Lage, derartige Faktoren aus eigener Kraft zu verhindern.³⁰⁹ Beispielsweise dient die Anwendung wettbewerbsneutraler, diskriminierungsfreier und transparenter Teilnahmebedingungen der Bekämpfung von unzulässigen Abreden.³¹⁰ Allerdings begründet das Vergaberecht nicht nur eine Verpflichtung des Auftraggebers, sich selbst wettbewerbsfreundlich zu verhalten;³¹¹ vielmehr gewährt es ihm das Recht, nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und inwieweit wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i. S. d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Vergabe- und Vergabenachprüfungsverfahren überprüft werden können. Denn die Aufgabe, Wettbewerbsverstöße zu verfolgen, ist originär den Kartellbehörden zugewiesen. Vergaberechtlicher Ausgangspunkt für diese Frage ist § 97 Abs. 6 GWB. Danach haben Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren.

a) Allgemeines: Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB

Die Vorschrift des § 97 Abs. 6 GWB verleiht den Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Formulierung des § 97 Abs. 6 GWB bedeutet, dass dieser Anspruch im Wege des Rechtsschutzes vor den Nachprüfungsinstanzen durchgesetzt werden kann.³¹² Dies stellt somit eine Abkehr von dem durch die haushaltsrechtliche Lösung verfolgten Prinzip dar, das einem unterlegenen Bieter keine subjektiven Rechte eingeräumt hat.³¹³ Mit dem früheren haushaltsrechtlich geprägten Vergaberecht wurde das Ziel verfolgt, „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen“.³¹⁴ Die nunmehr geltende wettbewerbsrechtliche Lösung stellt einen Paradigmenwechsel des deutschen Vergaberechts dar³¹⁵ und trägt der Rechtsprechung des EuGH Rechnung³¹⁶, wonach „die in den Richtlinien über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge enthaltenen Vorschriften über die Teilnahme und die Publizität den Bieter

³⁰⁹ Stein/Huttenlauch, NZBau 2016, 728, 729.

³¹⁰ OECD, Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, 2009, S. 4 ff.

³¹¹ OLG Koblenz, VergabeR 2006, 392, 399.

³¹² Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 17.

³¹³ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 147.

³¹⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/4636, S. 12.

³¹⁵ Hierzu eingehend E. I. 1.

³¹⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 14.

vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen“³¹⁷, wobei der Bieter sich „gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen“³¹⁸ können muss.

Nach § 97 Abs. 6 GWB wird den Unternehmen „ein konstitutiv wirkendes subjektives Recht“³¹⁹ eingeräumt.³²⁰ Dieses Recht wird also nicht aus den einzelnen Bestimmungen über das Vergabeverfahren abgeleitet, sondern nur durch Abs. 6 begründet.³²¹ Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs ist also zum einen, dass Anspruchsinhaber ein Unternehmen sein muss. Zum anderen muss die Bestimmung, deren Einhaltung nach § 97 Abs. 6 GWB verlangt werden kann, eine solche über das Vergabeverfahren darstellen.

b) Reichweite des subjektiven Rechts

aa) Unternehmen als Anspruchsinhaber

Anspruchsinhaber nach § 97 Abs. 6 GWB sind Unternehmen³²², die auch an anderen Stellen des GWB genannt werden.³²³ Der Unternehmensbegriff entspricht jenem des allgemeinen Wettbewerbsrechts.³²⁴ Daraus folgt, dass er funktionell und nicht institutionell zu verstehen ist.³²⁵ Der Begriff umfasst damit alle Personen, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen,³²⁶ unabhängig davon, ob es

³¹⁷ EuGH, NVwZ 1996, 367, Rn. 19.

³¹⁸ EuGH, NVwZ 1996, 367, Rn. 19.

³¹⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 69.

³²⁰ Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 97 Abs. 6 GWB, Rn. 12; Dicks, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Abs. 6 GWB, Rn. 237; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 108.

³²¹ Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, S. 66 ff.; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 108.

³²² Die EU-Vergaberichtlinien verwenden statt des Begriffs des Unternehmens den Begriff des Wirtschaftsteilnehmers. Dieser ist definiert in Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 der Richtlinie 2014/24/EU, Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie 2014/25/EU und Art. 5 Nr. 2 der Richtlinie 2014/23/EU. Danach ist ein Wirtschaftsteilnehmer „eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“.

³²³ Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 97 GWB, Rn. 70.

³²⁴ Schimanek, ZfBR 2002, 39, 39.

³²⁵ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 205; zum im deutschen Kartellrecht allgemein anerkannten funktionalen Unternehmensbegriff, Kap. D. II. 2. a) aa) (1).

³²⁶ Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 97 GWB, Rn. 70.

sich um natürliche oder juristische Personen handelt.³²⁷ Ebenso unerheblich ist, ob das Unternehmen Gewinnerzielung anstrebt.³²⁸

Zu berücksichtigen ist auch, dass § 97 Abs. 6 GWB die Angebotsabgabe nicht als zwingenden Bestandteil der Bestimmung des Unternehmensbegriffs voraussetzt.³²⁹ Der Begriff des Unternehmens in § 97 Abs. 6 GWB ist vielmehr im Lichte des Sinnes und Zweckes der EU-Vergaberichtlinien, die eine wettbewerbs-offene, diskriminierungsfreie und transparente Auftragsvergabe sichern sollen, dahingehend auszulegen, dass darunter auch potentielle Bieter fallen.³³⁰ So können sich etwa auch solche Unternehmen, die durch eine fehlerhafte Verfahrensgestaltung daran gehindert werden, ein Angebot einzureichen, auf den Schutz des § 97 Abs. 6 GWB berufen.³³¹ Nicht zu den geschützten Unternehmen gehören hingegen bloß mittelbar an der Auftragserteilung interessierte Dritte (z. B. Nachunternehmer).³³²

bb) Bestimmungen über das Vergabeverfahren

§ 97 Abs. 6 GWB ist nur auf Bestimmungen über das Vergabeverfahren anwendbar.³³³ Daraus ergibt sich, dass zum einen außervergaberechtliche Vorschriften keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren darstellen und zum anderen auch kartellrechtliche Vorschriften subjektive Rechte der Unternehmer nicht begründen, obwohl sich der Gesetzgeber für eine Integration des Vergaberechts in das GWB entschieden hat.³³⁴ Ein Bieter kann sich also bei der Frage, ob ein Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde, grundsätzlich nur darauf berufen, dass Vergabevorschriften i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB verletzt wurden.³³⁵ Ob lauterkeits- und kartellrechtliche Ansprüche in einem Nachprüfungsverfahren geltend zu machen sind, richtet sich nach § 156 Abs. 2. GWB. Nicht zu den Bestimmungen über das Vergabeverfahren gehören darüber hinaus Normen,

³²⁷ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 205.

³²⁸ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 65.

³²⁹ *Knauff*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 25, Rn. 29.

³³⁰ EuGH VergabeR 2005, 44, Rn. 21 ff.; ebenso *Schimanek*, ZfBR 2002, 39, 39 m.w.N.

³³¹ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 109.

³³² *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 207.

³³³ *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 110.

³³⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 669; LSG BW, VergabeR 2009, 452, 461; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925; OLG Düsseldorf, VergabeR 2009, 905, 908.

³³⁵ Vgl. insoweit zur Frage, ob außervergaberechtliche Regelungen anderer Gesetze oder des GWB außerhalb des durch das GWB geregelten Vergaberechts in einem Vergabenachprüfungsverfahren zu prüfen sind, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.07.2015, Az. VII-Verg 6/15, unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH in NZBau 2012, 586, 587; ebenso OLG Düsseldorf, NZBau 2018, 696 Rn. 41, wonach „Verletzungen außervergaberechtlicher Vorschriften nur bei Vorliegen einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm relevant werden (können)“.

die die Durchführung öffentlicher Aufträge, nicht jedoch das Vergabeverfahren betreffen.³³⁶

Trotz der Formulierung („Bestimmungen über das Vergabeverfahren“) haben die Unternehmen keinen Anspruch auf Einhaltung aller Vorschriften über das Vergabeverfahren.³³⁷ Die Frage, welche Vorschriften nachprüfbare Ansprüche i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB begründen, beantwortet § 97 Abs. 6 GWB allerdings nicht. Nach vorherrschender Meinung in der Literatur hängt diese Frage davon ab, ob die verletzte Norm dazu bestimmt ist, dem Schutz eines (potentiellen) Bieters zu dienen (sog. Schutznormlehre).^{338,339} Auch nach der Gesetzesbegründung reicht der subjektive Rechtsschutz nur so weit, wie eine vergaberechtliche Vorschrift den Schutz des potentiellen Auftragnehmers bezweckt (subjektive Vergabevorschriften).³⁴⁰ Auf reine Ordnungsvorschriften (objektive Vergabevorschriften) kann sich ein nicht berücksichtigter Bieter dagegen nicht berufen.³⁴¹ Nach der Rechtsprechung ist eine bestimmte vergaberechtliche Bestimmung dann bieterschützend i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB, wenn „sie zumindest auch den Zweck hat, den Betroffenen zu begünstigen und es ihm ermöglichen soll, sich auf diese Begünstigung zu berufen, um so einen ihm sonst drohenden Schaden oder sonstigen Nachteil zu verhindern“.³⁴²

c) Überprüfbarkeit des § 124 Abs. 1 Nr. 4

aa) Die Auffassung der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung können kartellrechtliche Verstöße auf Bieterseite in Vergabeverfahren und in Verfahren vor Nachprüfungsinstanzen im Wege einer

³³⁶ *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 18.

³³⁷ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 110.

³³⁸ So z. B. *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 151; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 110; *Weyand*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 821; *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 17 f.

³³⁹ Diese Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 6 GWB auf Bieterschutz bezweckende Vergabevorschriften wird teilweise kritisch gewürdigt, z. B. *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Kartellrecht, § 97 GWB, Rn. 402 ff.; kritisch dazu *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 151. Die praktische Bedeutung dieses Streits ist jedoch gering; zum einen, weil ohnehin die Vergabevorschriften, die den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz dienen, drittschützenden Charakter haben, zum anderen, weil die Antragsbefugnis zur Stellung eines Nachprüfungsantrages die Darlegung eines durch die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften drohenden Schadens voraussetzt, sodass ein allein auf eine reine Ordnungsvorschrift gestützter Nachprüfungsantrag abgelehnt wird. *Masing*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 110 ff.

³⁴⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 14.

³⁴¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 14.

³⁴² VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.09.2003, Az. 1 VK 52/03, Rn. 87.

Inzidentprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm – z. B. § 97 Abs. 1 GWB – überprüft werden.³⁴³

Insoweit ist zunächst auf die Entscheidung des BGH vom 18.06.2012 zurückzugreifen, mit der er den Nachprüfungsinstanzen die Möglichkeit eingeräumt hat, die inzidente Prüfung außervergaberechtlicher Vorschriften vorzunehmen, die selbst nicht unmittelbar zu den Vergabebestimmungen i. S. v. § 97 Abs. 7 GWB (heute: § 97 Abs. 6 GWB) zu rechnen sind, jedoch der Auftragsvergabe entgegenstehen können.³⁴⁴ Unter Berücksichtigung dieser Entscheidung des BGH hat das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 17.02.2014 entschieden, dass die Nachprüfungsinstanzen über die kartellrechtliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften zu befinden haben, sofern eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm vorliegt.³⁴⁵ Als eine solche hat es insbesondere den in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgrundsatz herangezogen.³⁴⁶ Später hat das OLG Düsseldorf dem Auftraggeber das Recht auf eine Aufforderung zur Erläuterung der Gründe für eine Abrede (z. B. die Bildung einer Bietergemeinschaft) gewährt, insbesondere dann, wenn er zureichende Anhaltspunkte für eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede hat.³⁴⁷ Zuletzt hat das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 29.07.2015 Folgendes ausgeführt: „Behauptete Verstöße gegen Kartellrecht sind im Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zu überprüfen, und zwar im Wege einer Inzidentprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm“.³⁴⁸

Der maßgebliche Grund für das Heranziehen vergaberechtlicher Anknüpfungsnormen lag darin, dass die Verbotsnorm nach § 1 GWB keiner Bestimmung über das Vergabeverfahren i. S. v. § 97 Abs. 7 GWB (heute: § 97 Abs. 6 GWB) zuzuordnen war.³⁴⁹

bb) Die Auffassung in der Literatur

Die Frage, ob bzw. inwieweit im Rahmen eines Vergabe- und Nachprüfungsverfahrens wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen überprüft werden können oder sogar müssen, wird in der Literatur uneinheitlich beantwortet.³⁵⁰

³⁴³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.07.2015, Az. VII-Verg 6/15.

³⁴⁴ BGH, VergabeR 2012, 839, 841.

³⁴⁵ OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 560, 562.

³⁴⁶ OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 560, 562.

³⁴⁷ OLG Düsseldorf, VergabeR 2015, 224, 226.

³⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.07.2015, Az. VII-Verg 6/15.

³⁴⁹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 560, 562; OLG Düsseldorf, VergabeR 2015, 224, 226.

³⁵⁰ Insbesondere zur Frage, ob eine kartellrechtliche Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden kann, *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 686: Prüfungsbefugnis für Vergabestellen und

Nach *Wanderwitz*³⁵¹ sind Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen für die Prüfung eines Wettbewerbsverstoßes nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB zuständig, obwohl diese Aufgabe den Kartellbehörden zugewiesen ist.³⁵² Für diese Sichtweise spreche insbesondere der Umstand, dass bei der Anwendung von § 124 GWB dem öffentlichen Auftraggeber sowohl ein Beurteilungs- als auch ein Entschließungsermessen zustehe.³⁵³ Denn der öffentliche Auftraggeber könne sein doppeltes Ermessen nur dann ausüben, wenn er die Befugnis zur eigenständigen Prüfung habe.³⁵⁴

Nach der Gegenauffassung ist es grundsätzlich Aufgabe des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden, kartellrechtliche Verstöße auf Bieterseite zu überprüfen.³⁵⁵ Nach *Overbuschmann*³⁵⁶ ist weder von den Vergabestellen noch von den Nachprüfungsinstanzen die Prüfung eines Wettbewerbsverstoßes nach § 1 GWB vorzunehmen.³⁵⁷ Aufgrund ihrer beschränkten Befugnisse und mangelnden Fachkunde sowie des Beschleunigungsgebots, das verlangt, dass ein Nachprüfungsverfahren innerhalb der Fünf-Woche-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB abgeschlossen sein muss, sei das Vergaberecht für die Klärung kartellrechtlicher Fragen der falsche Ort.³⁵⁸ Auch der in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegte Wettbewerbsgedanken gebietet nach dieser Auffassung kein anderes Ergebnis.³⁵⁹

cc) Sonstige Auffassungen

*Dreher*³⁶⁰ geht von einem ganzheitlichen Ansatz aus. Bei Zugrundelegung dieses Ansatzes führt die Einbindung des Vergaberechts in die Gesamtrechtsordnung zur Einbeziehung von Rechtsfragen aus anderen Rechtsbereichen in Vergabenaachprüfungsverfahren.³⁶¹ Ist danach die Frage, ob vergaberechtliche Vorschriften verletzt sind, zwingend als Vorfrage einer vergaberechtlichen Entscheidung zu klären, ist auch die Vorfrage aus anderen Rechtsgebieten in einem Nachprüfungs-

Nachprüfungsinstanzen; *Leinemann*, VergabeR 2015, 281, 287: Prüfungsbefugnis der Vergabestellen nur bei konkreten Anhaltspunkten für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 638 ff.: keine Prüfungsbefugnis für Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen.

³⁵¹ *Wanderwitz*, WRP 2016, 684.

³⁵² *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 686.

³⁵³ *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 686.

³⁵⁴ *Wanderwitz*, WRP 2016, 684, 686.

³⁵⁵ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 638 ff.; *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, wonach allein den Kartellbehörden eine Prüfungskompetenz hinsichtlich des Vorliegens eines Kartellverstoßes durch die Abgabe eines Unterkostenangebots zusteht.

³⁵⁶ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634.

³⁵⁷ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 638 ff.

³⁵⁸ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 640 f.

³⁵⁹ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 640.

³⁶⁰ *Dreher*, NZBau 2013, 665.

³⁶¹ *Dreher*, NZBau 2013, 665, 673.

verfahren zu berücksichtigen.³⁶² Dabei sei einerseits der Beschleunigungsgrundsatz nach § 167 GWB nicht zu verabsolutieren und andererseits das Gebot effektiven Bieterrechtsschutzes zu verwirklichen.³⁶³

Nach *Kling*³⁶⁴ muss eine kartellrechtliche Inzidentprüfung im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren stattfinden, soweit wettbewerbsbeschränkende Abreden von Bietern vorliegen, die offensichtlich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB darstellen.³⁶⁵ Denn Wettbewerbsverstöße, die mit hoher Wahrscheinlichkeit vorlägen, dürften nicht einfach hingenommen werden.³⁶⁶ Nach dieser Auffassung bleiben aber Wettbewerbsverstöße, für deren Feststellung komplexe Analyse (z. B. zur Festlegung des relevanten Marktes und zur Frage der Marktmacht) notwendig ist, in einem unter dem Druck des Beschleunigungsgebots stehenden Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren unberücksichtigt.³⁶⁷ Das gelte insbesondere für die Anwendung der Freistellungsnormen in Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB, die im Einzelfall ökonomisch und rechtlich komplexe Bewertungen erfordern.³⁶⁸

dd) Eigene Stellungnahme

Nach hier vertretener Auffassung sind für die Beurteilung kartellrechtlicher Fragestellungen die in § 48 Abs. 1 GWB definierten Kartellbehörden bzw. ggf. die Kartellgerichte gemäß § 87 GWB zuständig, obwohl § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Befugnis von Auftraggebern zur Prüfung einer wettbewerbswidrigen Abrede deshalb nahelegt, weil die Norm eine Bestimmung über das Vergabeverfahren i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB ist und zugleich bieterschützenden Charakter aufweist. Für dieses Verständnis sprechen folgende Überlegungen:

Die Vorschrift des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB enthält einen im Kontext mit Kartellrechtstatbeständen stehenden Ausschlussgrund.³⁶⁹ Die Norm setzt Art. 57 Abs. 4 lit. d der Richtlinie 2014/24/EU um. Anders als das Vergaberichtlinienrecht, das nur Vereinbarungen umfasst, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen, behandelt die deutsche Vorschrift Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Konsequenz daraus ist, dass der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB alle Kartellabsprachen erfasst.³⁷⁰

³⁶² *Dreher*, NZBau 2013, 665, 673.

³⁶³ *Dreher*, NZBau 2013, 665, 674.

³⁶⁴ *Kling*, NZBau 2018, 715.

³⁶⁵ *Kling*, NZBau 2018, 715, 721.

³⁶⁶ *Kling*, NZBau 2018, 715, 722.

³⁶⁷ *Kling*, NZBau 2018, 715, 721 f.

³⁶⁸ *Kling*, NZBau 2018, 715, 721.

³⁶⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106.

³⁷⁰ *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327, 330.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB muss der Auftraggeber keinen Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes erbringen.³⁷¹ Es genügt vielmehr, dass er über hinreichende Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Abrede verfügt.³⁷² Keinesfalls ausreichend ist ein bloßer Verdacht.³⁷³ Nach Auffassung des OLG Düsseldorf müssen die Anhaltspunkte „so konkret und aussagekräftig sein, dass die Verwirklichung eines Kartellverstoßes zwar noch nicht feststeht, jedoch hierüber nahezu Gewissheit besteht“.³⁷⁴ Dies ist nur dann festzustellen, wenn dem Auftraggeber umfassende und geeignete Ermittlungs- und Zugriffsinstrumente zur Verfügung stehen. Beispielsweise muss er die Geschäftsunterlagen der Kartellmitglieder im Wege der Durchsuchung sicherstellen können, um einen Wettbewerbsverstoß zu prüfen.³⁷⁵ Er hat jedoch kein Durchsuchungsrecht, da dieses den Kartellbehörden vorbehalten ist (§ 59 Abs. 4 GWB).³⁷⁶ Die an § 1 GWB angelehnte Formulierung des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB hat außerdem zur Folge, dass die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsbeschränkung³⁷⁷ in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB und jener in § 1 GWB zwingend parallel ausgelegt werden müssen. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB setzt also seinem Normzweck nach keine durch eine Abrede hervorgerufene Verletzung der Chancengleichheit von Bietern voraus.³⁷⁸ Für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung ist vielmehr die Perspektive des Wettbewerbs maßgeblich, weshalb (potentielle) Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter (z. B. Preise, Innovation oder Qualität von Waren und Dienstleistungen) zu berücksichtigen sind. Dies weist bedeutende Unterschiede zur Festlegung eines Vergaberechtsverstoßes auf; entscheidend dafür ist die Perspektive (potentieller) Bieter. Im Kontext des Kartellverbotes liegt also eine Wettbewerbsbeschränkung selbst dann nicht vor, wenn die Marktstellung der an einer Abrede Beteiligten gegenüber Mitbietern gestärkt wird. Verlangt wird vielmehr die hohe Wahrscheinlichkeit einer Veränderung der Marktstrukturen oder einer Verfälschung der Marktergebnisse infolge der wettbewerbsbeschränkenden Abrede.³⁷⁹ Daher ist eine konkrete Marktabgrenzung, wie sie etwa in § 1 GWB geboten ist, erforderlich. Ebenso bedarf es einer quantitativen Analyse der Auswir-

³⁷¹ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 30; *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 96; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 53.

³⁷² Hierzu D.I.3. c).

³⁷³ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 30.

³⁷⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 564.

³⁷⁵ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 640.

³⁷⁶ *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 640.

³⁷⁷ Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung wird als Sammelbegriff für Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs verstanden.

³⁷⁸ Hierzu eingehend D.I.3. a).

³⁷⁹ So OLG Düsseldorf, VergabeR 2018, 559, 564 f.; vgl. auch OLG Brandenburg, VergabeR 2012, 866, 874.

kungen der Abrede auf den Wettbewerb. Eine derartige Analyse ist jedoch im Rahmen eines unter Zeitdruck stehenden Vergabeverfahrens nicht zuverlässig durchzuführen.³⁸⁰ Würde der Auftraggeber aufgrund seiner eingeschränkten Ermittlungs- und Zugriffsinstrumente sowie des Zeitdrucks ein wettbewerbsfreundliches Bieterverhalten fälschlicherweise als wettbewerbsfeindlich betrachten und zugleich das Angebot des betroffenen Bieters ausschließen, würde dies dem in § 124 GWB noch einmal explizit betonten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen.

Die hier vertretene Auffassung berücksichtigt zudem, dass die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Wettbewerbsverstöße im Rahmen eines Vergabeverfahrens geprüft werden können, von der im Vergaberecht herrschenden wettbewerbspolitischen Ausrichtung abhängt. Wenn der in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegte Wettbewerbsgedanke darin besteht, allen potentiellen Bietern freien Zugang zu den Beschaffungsmärkten der öffentlichen Hand zu gewährleisten, wird dieser Gedanke erst durch die Sicherstellung von Gleichbehandlung und Transparenz realisiert.³⁸¹ Umgekehrt liegt es auf der Hand, dass als wettbewerbswidrige Maßnahme i. S. d. Vergaberechts nur solche Verhaltensweisen anzusehen sind, die sich durch Störungen von Gleichbehandlung und Transparenz negativ auf eine Vergabe im Wettbewerb auswirken.³⁸² Dies wird auch dadurch belegt, dass die im Kontext von Wettbewerbswidrigkeit geregelten weiteren Ausschlussstatbestände solche Verhaltensweisen behandeln, die mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar sind.³⁸³ Wettbewerbliche Ungleichheiten zwischen Bietern auszugleichen, ist zwar Sache des Auftraggebers, aber durch eine wettbewerbsbeschränkende Abrede verursachte erhöhte Marktmacht zu neutralisieren, ist nicht seine Sache, sondern die des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden. Das durch § 97 Abs. 1 GWB formulierte Wettbewerbsziel oder das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen (§ 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A) gebietet kein anderes Ergebnis.³⁸⁴

Ebenso wenig kann unter dem kartellrechtlichen Gesichtspunkt eine wettbewerbsbeschränkende Abrede in einem Nachprüfungsverfahren gerügt werden.³⁸⁵ Nach § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch gegen den Auftraggeber auf Einhaltung der Vergabevorschriften. Dieses subjektive Recht können sie im Wege des Rechtsschutzes nur vor den Vergabekammern geltend machen. Bei der Einbindung des Vergaberechts im GWB betonte aber der Ge-

³⁸⁰ Overbuschmann, VergabeR 2014, 634, 640 f.

³⁸¹ EuGH, VergabeR 2008, 758, Rn. 31 f.

³⁸² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 2 EU VOB/A, Rn. 4.

³⁸³ Zu den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen aus Perspektive des Grundsatzes der Gleichbehandlung, D.I.2.

³⁸⁴ Müller-Wrede, VergabeR 2011, 46, 48, 51.

³⁸⁵ Overbuschmann, VergabeR 2014, 634, 640; ebenso VK Saarland, Beschl. v. 15.04.2016, Az. 3 VK 02/2016.

setzgeber nicht nur die Zielsetzung, den Unternehmen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Für ihn stand auch die Gewährleistung einer möglichst raschen Vergabe im Vordergrund.³⁸⁶ Um übermäßige Verzögerung von Vergabeverfahren zu vermeiden, unterliegt das gesamte Nachprüfungsverfahren dem Beschleunigungsgebot.³⁸⁷ Eine umfangreiche Ermittlung des Sachverhalts und eine sorgfältige Analyse der Marktgegebenheiten, die ökonomisch und rechtlich komplexe Bewertungen verlangt, sowie die Klärung komplexer kartellrechtlicher Vorfragen, um einen Kartellrechtsverstoß festzustellen, sind im Rahmen eines unter dem Druck des Beschleunigungsgebots stehenden Nachprüfungsverfahrens nicht zuverlässig vorzunehmen.³⁸⁸ Unter Rechtsschutzgesichtspunkten wäre darüber hinaus die Zuständigkeit der eigens für die Prüfung kartellrechtlicher Verstöße eingerichteten Kartellbehörden bzw. der Rechtsweg zu den Kartellgerichten deshalb vorzuziehen, weil der gerichtliche Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Entscheidungen der Vergabekammer als verkürzt aufzufassen wäre.³⁸⁹ Einziger Rechtsbehelf gegen die Entscheidung der Vergabekammer in Form des Verwaltungsaktes ist die sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht. Liegt ein Verstoß gegen das Kartellverbot vor, so ist, insgesamt gesehen, das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren ungeeignet, den Verstoß zu verfolgen.³⁹⁰ Vielmehr sind die Kartellbehörden bzw. die Kartellgerichte hierfür geeignet. Ausgeschlossen ist gleichermaßen die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen an einer Abrede beteiligte Wettbewerber nach dem Kartellrecht in einem Nachprüfungsverfahren, weil sonstige Ansprüche nach § 156 Abs. 2 GWB nur solche im vertikalen Verhältnis gegen Auftraggeber sind.³⁹¹ Zu einem anderen Ergebnis führt auch das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen (§ 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A) nicht.

Dadurch verliert jedoch § 124 Abs.1 Nr. 4 GWB nicht seine Funktion als eigenständige vergaberechtliche Norm. Im Interesse der Gewährleistung gleicher Teilnahmebedingungen sind, wie bereits erwähnt, solche Verhaltensweisen zu unterbinden, die mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar sind. Insofern spielt die Vorschrift des § 124 Abs.1 Nr. 4 GWB im

³⁸⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 12: „Der Rechtsschutz soll so ausgestaltet werden, dass keine Investitionshindernisse entstehen“. Auch die Stellungnahme des Bundesrats zum RegE VgRÄG, Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 40.

³⁸⁷ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20, unter Hinweis auf Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 12.

³⁸⁸ BGH, NZBau 2000, 189, 193; OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 785, 788; VK Saarland, Beschl. v. 15.04.2016, Az. 3 VK 02/2016; ebenso *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 640.

³⁸⁹ BKartA, Beschl. v. 01.03.2012, Az. VK 2 – 5/12, S. 19.

³⁹⁰ Die Prüfungskompetenz der Nachprüfungsorgane gänzlich verneinend: *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, 47 ff.; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634, 640.

³⁹¹ Hierzu E. III. 3. b) aa).

Rahmen der Lösung von Verletzungen des Geheimwettbewerbs eine Rolle.³⁹² Wenn der Auftraggeber hinreichende Anhaltspunkte für eine solche Verletzung hat, ist sein Ermessen auf Null reduziert, sodass nur ein Ausschluss ermessensfehlerfrei ist. Darüber hinaus liegen hinreichende Anhaltspunkte vor, wenn eine Kartellbehörde einen Wettbewerbsverstoß in einer – nicht notwendig rechtskräftigen – Entscheidung festgestellt hat,³⁹³ und auch dann, wenn ein Kartellverfahren durch ein sog. Settlement mit der Kartellbehörde abgeschlossen worden ist.³⁹⁴ Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung, wonach der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht auf Fälle wettbewerbswidriger Abreden im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens beschränkt ist.³⁹⁵ Der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB richtet sich dabei nicht nur an dasjenige Unternehmen, das gegen das Kartellverbot verstoßen hat, sondern auch an jene, die mit diesem Unternehmen konzernrechtlich verbunden sind.³⁹⁶ Insofern hat § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB als *lex specialis* Vorrang vor dem fakultativen Ausschlussgrund der schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB.³⁹⁷

3. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen im Rahmen von Nachprüfungsinstanzen

Den rechtlichen Ausgangspunkt für die Frage, ob Ansprüche aus anderen Rechtsbereichen als dem Vergaberecht im Rahmen von Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden können, bildet § 156 Abs. 2 GWB. Danach können Rechte aus § 97 Absatz 6 sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, ausschließlich vor den Vergabenachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden.

a) Allgemeines: sonstige Ansprüche

Wie § 156 Abs. 2 GWB ausdrücklich klarstellt, können nicht nur Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB, sondern auch sonstige Ansprüche im Vergaberechtsweg geltend gemacht werden.

Dem Wortlaut des § 156 Abs. 2 GWB scheint aber jener des § 160 Abs. 2 S. 1 GWB zu widersprechen. Nach der letztgenannten Vorschrift ist die Befugnis zur Stellung eines Nachprüfungsantrages nur dann anzunehmen, wenn ein Unterneh-

³⁹² A. A. Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 56, wonach im Fall einer Verletzung des Geheimwettbewerbs ein Ausschluss wegen einer schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB in Betracht kommt.

³⁹³ Opitz, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 53 m.w.N.

³⁹⁴ Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 43.

³⁹⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 106.

³⁹⁶ VK Lüneburg, NZBau 2011, 574, 575 ff.

³⁹⁷ Ulshöfer, VergabeR 2016, 327, 332.

men „eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht“. Wenn es hingegen Ansprüche aus anderen Normen als jenen des Vergaberechts geltend macht, wäre es gemäß § 160 Abs. 2 S. 1 GWB trotz der in § 156 Abs. 2 GWB geregelten Rechtswegkonzentration nicht antragsbefugt. Daher ist umstritten, ob § 160 Abs. 2 S. 1 GWB im Lichte des § 156 Abs. 2 GWB weit auszulegen³⁹⁸ oder aber § 156 Abs. 2 GWB eng zu verstehen ist.³⁹⁹ Eine Beschränkung des Umfangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes auf die Prüfung der Verletzung subjektiver Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB steht jedoch dem Hauptzweck des Vergabeverfahrensrechts (§§ 155 GWB) entgegen, einen eigenständigen und ausschließlichen Rechtsweg zu schaffen, über den ein schneller Rechtsschutz gewährleistet wird, sodass die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen schnellstmöglich erfolgen kann.⁴⁰⁰ Bereits in der Stellungnahme des Bundesrats zum RegE VgRÄG vom 03.12.1997 wurde aus diesem Grund vorgeschlagen, neben der Geltendmachung von Rechten aus § 106 Abs. 6 GWB-RegE (heute: § 97 Abs. 6) die Verfolgung sonstiger Ansprüche, die auf anderen Normen beruhen, ergänzend beizufügen;⁴⁰¹ die Bundesregierung hat diesem Vorschlag zugestimmt.⁴⁰² Darauf folgend wurde mit dem VgRÄG vom 26.08.1998⁴⁰³ in § 114 Abs. 2 GWB-RegE (heute: § 156 Abs. 2 GWB) die Geltendmachung sonstiger Ansprüche eingefügt. Dieser wörtliche Widerspruch ist also als Redaktionsversehen des Gesetzgebers zu erachten.⁴⁰⁴ Auch ein Unternehmen, das vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht sonstige Ansprüche geltend macht, kann also nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB antragsbefugt sein.⁴⁰⁵

Voraussetzung für die Geltendmachung sonstiger Ansprüche ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 156 Abs. 2 GWB, dass diese (1) gegen Auftraggeber und (2) auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind.

³⁹⁸ *Dreher*, NZBau 2013, 665, 666 ff.; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 104 GWB, Rn. 9; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20.

³⁹⁹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 670; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925.

⁴⁰⁰ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 9.

⁴⁰¹ Die Stellungnahme des Bundesrats zum RegE VgRÄG, Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 39.

⁴⁰² Die Gegenäußerung der Bundesregierung zum RegE VgRÄG, Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/9340, S. 49.

⁴⁰³ BGBl. 1998 I S. 2512.

⁴⁰⁴ *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 104 GWB, Rn. 9; *Bormann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 9; *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 12 m.w.N.; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 9 m.w.N.

⁴⁰⁵ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 9.

b) Reichweite der sonstigen Ansprüche

aa) Auftraggeber als Anspruchsgegner

Die sonstigen Ansprüche, die ein Vergabenachprüfungsverfahren zum Gegenstand hat, sind nach § 156 Abs. 2 GWB ausschließlich solche im Vertikalverhältnis gegen einen Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB, d. h. einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 GWB, einen Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB oder einen Konzessionsgeber nach § 101 GWB.⁴⁰⁶ Somit gilt die ausschließliche Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen nach § 156 Abs. 2 GWB nicht für Ansprüche im Horizontalverhältnis gegen einen in einem Vergabeverfahren konkurrierenden Bieter.⁴⁰⁷

bb) Handlung in einem Vergabeverfahren

Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung sonstiger Ansprüche ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 156 Abs. 2 GWB, wonach eine derartige Geltendmachung tatbestandlich daran geknüpft ist, dass solche Ansprüche die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren betreffen müssen.⁴⁰⁸ Der Begriff des Vergabeverfahrens ist, wie bereits erwähnt, in einem materiellen Sinn weit zu verstehen.⁴⁰⁹ Nur nach diesem materiellen Verständnis kann eine ordnungsgemäße Anwendung des materiellen EU-Vergaberechts sichergestellt⁴¹⁰ und können dementsprechend alle auf einen chancengleichen und transparenten Bieterwettbewerb einwirkenden Maßnahmen eines Auftraggebers überprüft werden.⁴¹¹ Um jedoch dem Zweck der Rechtsmittelinstrumente, wirksamen und raschen Rechtsschutz zu gewährleisten, zu entsprechen, darf der Begriff nicht zu weit ausgelegt werden.⁴¹² Als sonstige Ansprüche, die sich aus anderen Rechtsgebieten als dem Vergaberecht ergeben können, kommen daher nur solche in Betracht, die einen sachlichen Bezug zu einem Vergabeverfahren aufweisen.⁴¹³

⁴⁰⁶ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 11, unter Hinweis auf BGH, VergabeR 2008, 925, 927; ebenso Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 10.

⁴⁰⁷ Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 104 GWB, Rn. 9; Bornmann, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 25; Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 11; Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 10; Landsberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 5; Kus, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 7; Dreher, NZBau 2013, 665, 666; Gurlit, VergabeR 2017, 221, 224.

⁴⁰⁸ BKartA, Beschl. v. 01.03.2012, Az. VK 2 – 5/12, S. 16.

⁴⁰⁹ Hierzu E. III. 1. b).

⁴¹⁰ Knauff, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 25, Rn. 10.

⁴¹¹ EuGH, VergabeR 2005, 44, Rn. 27 ff.

⁴¹² Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 14.

⁴¹³ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 14.

c) Nachprüfbarkeit von kartellrechtlichen Normen

Umstritten und noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob kartellrechtlich untersagte Tätigkeiten im Rahmen von Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden können. Diese Frage wird in der Rechtsprechung differenziert danach beantwortet, ob ein Wettbewerbsverstoß entweder auf Bieter- oder auf Auftraggeberseite gegeben ist. Nach gegenwärtigem Stand der Rechtsprechung sind kartellrechtliche Verstöße auf Auftraggeberseite nicht von den Vergabekammern nachprüfbar.⁴¹⁴ Denn solche Verstöße sind in zeitlicher Hinsicht vor Beginn eines Vergabeverfahrens erfolgt und besitzen damit keinen (zeitlichen) Bezug zu einem Vergabeverfahren.⁴¹⁵ So können nach dieser Auffassung beispielsweise kartellrechtliche Verstöße auf Auftraggeberseite kein Gegenstand einer Nachprüfung sein, wenn es um die Frage geht, ob eine gemeinsame Vergabe mehrerer Auftraggeber, etwa in Form einer Einkaufsgemeinschaft, als kartellrechtswidrig betrachtet wird.⁴¹⁶ Denn die Entscheidung eines Auftraggebers, sich als Mitglied einer Einkaufsgemeinschaft an einer gemeinsamen Vergabe zu beteiligen, ist vor Beginn eines Vergabeverfahrens erfolgt.⁴¹⁷

Eine solche einschränkende Auslegung ist jedoch abzulehnen; zum einen, weil eine solche Auslegung den Rechtsschutz eines Unternehmens gegenüber allen auf einen (potentiellen) Bieterwettbewerb einwirkenden Entscheidungen eines Auftraggebers zu weit einengen würde, zum anderen, weil eine derartige Auslegung dem Zweck der in § 156 Abs. 2 GWB geregelten Rechtswegkonzentration widersprechen würde, mit der Errichtung der Nachprüfungsinstanzen einen ausschließlichen Rechtsweg zu schaffen, in dem Entscheidungen eines Auftraggebers wirksam und rasch überprüft werden.⁴¹⁸ Gegen eine einschränkende Auslegung spricht auch der Umstand, dass die gebündelte öffentliche Nachfragemacht bzw. die Marktbeherrschung erst im Vergabeverfahren zutage tritt.⁴¹⁹ Von einem statthaften Verfahrensgegenstand muss daher ausgegangen werden, wenn die gerügte Verhaltensweise eines Auftraggebers einen sachlichen Bezug zu einem Vergabeverfahren aufweist. Nach hier vertretener Auffassung ist das beim Zusammenschluss von Auftraggebern zu einer Einkaufsgemeinschaft bereits der Fall.⁴²⁰

⁴¹⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 670; LSG BW, VergabeR 2009, 452, 461; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925; OLG Düsseldorf, VergabeR 2009, 905, 908.

⁴¹⁵ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 670, wonach eine nachprüfbare Entscheidung einen sachlichen und zeitlichen Bezug zu einem Vergabeverfahren aufweisen muss; ebenso LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925 f.; OLG Düsseldorf, VergabeR 2009, 905, 908.

⁴¹⁶ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 670; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925; ebenso *Hertwig*, öffentliche Auftragsvergabe, Rn. 19 und 311.

⁴¹⁷ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 670; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 925.

⁴¹⁸ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 18.

⁴¹⁹ BKartA, Beschl. v. 01.03.2012, Az. VK 2 – 5/12, S. 16.

⁴²⁰ Auch *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 18.

Wenn ein Auftraggeber eine Entscheidung im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren getroffen hat, die mit der auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts nicht vereinbar sein könnte, müsste diese Entscheidung nachprüfbar sein, weil sie wettbewerbliche Handlungsfreiheiten potentieller Bieter bedrohen könnte, die zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren führen können.⁴²¹ Zuständig für die Geltendmachung der kartellrechtlichen Ansprüche eines Bieters wären daher im oben genannten Fall des Zusammenschlusses grundsätzlich die Vergabekammern.⁴²² So könnte etwa auch ein eventueller Verstoß gegen die Missbrauchsverbote der §§ 19 GWB in einem Vergabenachprüfungsverfahren gerügt werden.

Dies alles zugrunde gelegt, wird weiterhin die Frage aufgeworfen, ob die aus einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit resultierenden Wettbewerbsprobleme Gegenstand einer Nachprüfung durch die Vergabekammern sein können. Auf der einen Seite verlangt das Vergaberecht, dass Vergabeverfahren transparent und diskriminierungsfrei gestaltet werden müssen.⁴²³ Auf der anderen Seite soll die öffentliche Hand nicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichtet werden, wenn sie die Leistung selbst erbringen kann oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge organisieren möchte.⁴²⁴ Die Eigen erledigung von Gemeinwohlaufgaben ist daher grundsätzlich vergaberechtsfrei.⁴²⁵ Dennoch unterliegt die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, sei es in Form des Inhouse- oder des Instate-Geschäfts, weiterhin den Wettbewerbsregeln, insbesondere Art. 106 Abs. 2 AEUV,⁴²⁶ und zwar mindestens in zweifacher Konstellation. Dies ist zum einen der Fall, wenn einer der beteiligten Auftraggeber auf dem Markt mit anderen privaten Wirtschaftsteilnehmern in Wettbewerb steht. Denn in diesem Fall würde er eine Zusatzposition auf dem betroffenen Markt haben, was den Wettbewerb verfälschen kann.⁴²⁷ Eine solche Zusammenarbeit stellt zum anderen auch ein Wettbewerbsproblem dar, wenn in irgendeiner Weise ein privater Wirtschaftsteilnehmer daran beteiligt ist,⁴²⁸ da dieser bei Befreiung von der Ausschreibungspflicht über einen Wettbewerbsvorteil verfügt. In beiden

⁴²¹ Zur kartell- und vergaberechtlichen Zulässigkeit von Einkaufskooperationen, D. II. 2. a).

⁴²² Vgl. BKartA, Beschl. v. 01.03.2012, Az. VK 2 – 5/12, S. 21 f., wonach zwar kartellrechtliche Vorschriften im Nachprüfungsverfahren zu überprüfen sind, insbesondere dann, wenn sich derartige Vorschriften in Vergabebestimmungen spiegeln (vergaberechtlicher Nexus), für die Prüfung der kartellrechtlichen Konformität einer Einkaufsgemeinschaft jedoch kein vergaberechtlicher Nexus besteht.

⁴²³ EuGH, VergabeR 2020, 734, Rn. 69.

⁴²⁴ Erwägungsgrund 5 VRL.

⁴²⁵ EuGH, VergabeR 2005, 44, Rn. 48; *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 108 GWB, Rn. 3.

⁴²⁶ Schlussanträge GA, VergabeR 2020, 163, Rn. 93.

⁴²⁷ *Ziekow*, ÖffWiR, S. 177.

⁴²⁸ Schlussanträge GA, VergabeR 2020, 163, Rn. 95.

Fällen könnte eine Per-se-Befreiung von der Pflicht zur Ausschreibung dem Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs zuwiderlaufen.⁴²⁹ Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive wäre auch denkbar, dass mehrere Auftraggeber eine marktbeherrschende Stellung erlangen könnten (die sog. kollektive Marktbeherrschung).⁴³⁰ Unter Berücksichtigung eines systematischen Zusammenhangs zwischen dem Ziel des Vergaberechts, einen grenzüberschreitenden Bieterwettbewerb auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten sicherzustellen, und dem Ziel des Europarechts, den Binnenmarkt zu vollenden, könnte also auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch mehrere öffentliche Auftraggeber bei einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zwischen ihnen im Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemacht werden, wenn dadurch die Markstellung eines privaten Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern gestärkt würde.⁴³¹

Jedoch müssen der Nachprüfungsmöglichkeit kartellrechtlicher Verstöße aus verfahrenspraktischen Gründen Grenzen gesetzt werden.⁴³² Wie bereits erwähnt, ist durch die Nachprüfungsinstanzen aufgrund ihrer eingeschränkten Ermittlungs- und Zugriffsinstrumente sowie des Zeitdrucks die kartellrechtliche Prüfung eines Wettbewerbsverstoßes auf Bieterseite nicht zuverlässig durchzuführen.⁴³³ Dies ist unzweifelhaft auf die Fälle von Wettbewerbsverstößen auf Auftraggeberseite zu übertragen. Ereignen sich solche Verstöße in einem Vergabeverfahren, so ist es also nicht Sache der Nachprüfungsinstanzen, sie zu verfolgen.⁴³⁴ Für diese Sicht-

⁴²⁹ Schlussanträge GA, VergabeR 2020, 163, Rn. 31: „Je mehr Verträge ausgeschlossen sind, desto geringer ist der Raum für die Vollendung und Entwicklung des Binnenmarkts für öffentliche Ausschreibungen“; hierzu auch die Anmerkung von *Ortner*, VergabeR 2020, 734, 744 f.

⁴³⁰ Schlussanträge GA, VergabeR 2020, 163, Rn. 33.

⁴³¹ In seinem Schlussantrag vom 29.01.2020 hat der Generalanwalt Manuel Campos Sánchez-Bordona aus dem Primärrecht (Art. 106 Abs. 2 AEUV) ein Besserstellungsverbot abgeleitet (VergabeR 2020, 163, Rn. 91 ff.).

⁴³² *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20; vgl. *Kling*, NZBau 2018, 715, 722 f.; vgl. auch *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 104 GWB, Rn. 16 ff.

⁴³³ Hierzu E. III. 2. c) dd).

⁴³⁴ BGH, NZBau 2000, 189, 193; OLG Düsseldorf VergabeR 2005, 212, 214; BKartA, Beschl. v. 23.01.2009, Az. VK 3 – 194/08, S. 31 f.; BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10 S. 53 f.; BKartA, Beschl. v. 01.03.2012, Az. VK 2 – 5/12, S. 18 f.; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20; im Ergebnis auch: OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 668, 670; LSG BW, VergabeR 2009, 452, 461; LSG NRW, VergabeR 2009, 922, 926; OLG Düsseldorf, VergabeR 2009, 905, 908; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 104 GWB, Rn. 16 ff.; *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, 47 f. A.A.: *Gabriel*, VergabeR 2009, 465, 466 ff.; *Diemon-Wies*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 56, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, ZfBR 2012, 723, 726, wonach bei kartellrechtlichen Verstößen die parallele Zuständigkeit der Vergabekammern und Kartellbehörden gegeben ist; ebenso *Landsberg*, in: Pünder/

weise spricht nicht zuletzt der Umstand, dass nach der Gesetzesbegründung zu § 104 Abs. 3 GWB a.F. (heute: § 156 Abs. 3 GWB)⁴³⁵ die Befugnisse der Kartellbehörden im Falle eines kartellrechtlich untersagten Verhaltens eines öffentlichen Auftraggebers unberührt bleiben. § 156 Abs. 2 GWB, der eine Zuständigkeitskonzentration bewirkt, ist daher im Kontext mit § 156 Abs. 3 GWB zu betrachten.⁴³⁶ Diese Vorschrift ist also dahingehend zu verstehen, dass die Kartellbehörden für die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auf Auftraggeberseite zuständig sind.⁴³⁷ Die Zuständigkeit der Zivilgerichte für solche Verstöße wird allerdings nicht durch § 156 Abs. 3 GWB berührt. § 97 Abs. 1 GWB bzw. § 2 EU Abs. 1 VOB/A bzw. § 97 Abs. 6 GWB i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 3 VgV⁴³⁸ gebietet kein anderes Ergebnis.⁴³⁹

Die hier vertretene Auffassung berücksichtigt zudem, dass das Vergaberecht selbst bereits über eigene Instrumente verfügt, mit denen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Auftraggebern ohne den Umweg über das Kartellrecht unterbunden werden können.⁴⁴⁰ Zum einen legt das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB dem Auftraggeber vielfältige Handlungspflichten auf, um von seiner

Schellenberg, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 9; weiter auch: BKartA, Beschl. v. 18.02.2016, Az. VK 2 – 137/15 S. 51, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, ZfBR 2012, 723, 726, wonach ein kartellrechtlicher Verstoß auf Auftraggeberseite, der ohne zeitaufwendige Untersuchung einwandfrei festgestellt werden kann, Gegenstand einer Nachprüfung sein kann.

⁴³⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10117, S. 22 (zu § 104 GWB-RegE).

⁴³⁶ Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20.

⁴³⁷ Vgl. insoweit auch Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 20, wonach ausschließlich die Kartellbehörden zuständig sind.

⁴³⁸ Die Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 3 VgV enthält ein Verbot des Missbrauchs von Rahmenvereinbarungen. Der in § 21 Abs. 1 S. 3 VgV genannte Begriff „missbräuchlich“ scheint falsch übersetzt zu sein. In Erwägungsgrund 61 der RL 2014/24/EU heißt es in der englischen Fassung: „Framework agreements should not be used improperly“. Der Begriff „improperly“ ist jedoch nicht gleichzusetzen mit „abuse a dominant position“, wie es im Kartellrecht verwendet wird. Die Missbräuchlichkeit ist daher nicht im Lichte des Kartellrechts auszulegen. Hierzu eingehend BKartA, Beschl. v. 01.03.2012, Az. VK 2 – 5/12, S. 19 f.

⁴³⁹ Müller-Wrede, VergabeR 2011, 46, 48, 50 f.

⁴⁴⁰ In diesem Sinne auch LSG BW, VergabeR 2009, 452, 461. Das LSG Baden-Württemberg führt in dieser Entscheidung in Bezug auf die Überprüfbarkeit von Kartellrechtsverstößen Folgendes aus: „Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann zwar vorliegen, wenn eine marktbeherrschende Nachfragemacht besteht, dies aber nur, wenn gleichwohl keine Ausschreibung der nachgefragten Leistungen erfolgt. Die Ausschreibung der nachgefragten Leistungen stellt, sofern sie ohne Rechtsverstoß erfolgt, einen Ausgleich für eine ggf. vorhandene wettbewerbsbeschränkende Nachfragemacht dar und beugt dem Missbrauch vor“; auch die neuere Rechtsprechung des EuGH geht von diesem Verständnis aus. In seinem Urteil, das ein Nachfragemonopol auf einem Feuerwehreinsatzsoftwaremarkt betraf, hat der Gerichtshof (anders als der Generalanwalt Manuel Campos Sánchez-Bordona) ein Besserstellungsverbot nicht aus dem Primärrecht (Art. 106 Abs. 2 AEUV), sondern aus dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet (VergabeR 2020, 734).

Marktmacht ausgehende Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden⁴⁴¹ und hierdurch einen wirksamen Bieterwettbewerb zu gewährleisten. Der Wettbewerb ist nur dann wirksam, wenn die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz eingehalten worden sind.⁴⁴² Diese hat der Auftraggeber unabhängig von seiner Marktstellung oder darauf beruhenden Marktmacht zu beachten.⁴⁴³ Zum anderen setzen sog. bieterschützende Vergabevorschriften durch die Beschränkung des „Wettbewerbsermessens“⁴⁴⁴ des Auftraggebers seinem Marktverhalten Grenzen, um die Chancengleichheit von Bietern im Wettbewerb und die Gleichbehandlung bei der Prüfung und Bewertung von Angeboten sowie bei der Auswahl der für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebote sicherzustellen. So können etwa dem Auftraggeber selbst solche Verhaltensweisen untersagt werden, die bei der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte gestattet sind. Dahinter steht der Gedanke, dass der Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte eine ähnlich besondere Verantwortung wie marktbeherrschende Unternehmen⁴⁴⁵ übernimmt, (potentiellen) Wettbewerbern eine faire Chance zum Marktzutritt zu gewähren und hierdurch ein Vergabeverfahren möglichst wettbewerbsoffen zu organisieren.⁴⁴⁶ So sind dem Auftraggeber diejenigen Praktiken untersagt, die auf eine Diskriminierung bestimmter Bieter und in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Marktverschließung abzielen. Hauptziel ist es, seinen Spielraum zu begrenzen, der durch einen wirksamen Bieterwettbewerb nicht mehr kontrollierbar ist. Um diesen Zweck zu erreichen, war ein Paradigmenwechsel des deutschen Vergaberechts notwendig, was durch die Einräumung subjektiver Rechte gekennzeichnet ist.⁴⁴⁷ § 97 Abs. 6 GWB stellt insofern bei wettbewerbspolitischer und vergaberechtlicher Betrachtung eine zentrale Maßnahme zur Wirkung gegen die Marktmacht der öffentlichen Hand und damit zur tatsächlichen Entfaltung des Bieterwettbewerbs dar.⁴⁴⁸ In der heutigen Form des dem Wettbewerbsgedanken unterliegenden Vergaberechts ist es schwer vorstellbar, dass ein Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts dort angenommen wird, wo der Auftraggeber seiner Handlungspflicht, einen chancengleichen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, nachgekommen ist.⁴⁴⁹

⁴⁴¹ Vgl. auch insoweit BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10 S. 54.

⁴⁴² EuGH, VergabeR 2008, 758 Rn. 31 f.

⁴⁴³ Kling, NZBau 2018, 715, 715.

⁴⁴⁴ Hierzu *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 47 ff.

⁴⁴⁵ Zur besonderen Verantwortung eines Marktbeherrschers, EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Az. C-280/08 P, Rn. 176.

⁴⁴⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 11.11.2002, Az. VK 2 – 82/02, S. 20.

⁴⁴⁷ BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10, S. 54.

⁴⁴⁸ BKartA, Beschl. v. 01.02.2011, Az. VK 3 – 135/10, S. 54.

⁴⁴⁹ Hierzu LSG BW, VergabeR 2009, 452, 461.

Die Bedeutung des Kartellrechts im Rahmen des Vergaberechts darf aber nicht außer Acht gelassen werden:⁴⁵⁰ Unmittelbare Berührungspunkte zwischen dem Vergabe- und dem Kartellrecht ergeben sich insofern, als beide Rechtsbereiche unter verschiedenen Aspekten dem Schutz wettbewerblicher Handlungsfreiheiten von Bietern zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen dienen. Zwar schützt das Vergaberecht unmittelbar die Interessen der Bieter durch die Gewährleistung chancengleicher und transparenter Wettbewerbsbedingungen, dies jedoch insbesondere deshalb, weil damit zugleich die Handlungsfreiheiten entfaltet werden können; so fokussiert es sich auf solche Regelungen, die auf eine Maximierung der Chancengleichheit der Bieter im Wettbewerb gerichtet sind. Einen bedeutenden Unterschied zum Vergaberecht weist daher das Kartellrecht insofern auf, als es unmittelbar den als Summe der wettbewerblichen Handlungsfreiheiten zu bezeichnenden Wettbewerb als Institution schützt⁴⁵¹ und damit mittelbar die Interessen der Bieter berührt. In dieser Hinsicht spielt das Kartellrecht eine Rolle bei der Neuvergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG, die als Dienstleistungskonzessionen seit der GWB-Novelle 2016 in den Geltungsbereich des Vergaberechts der §§ 97 ff. GWB fällt.⁴⁵² Denn bei der Vergabe von Konzessionen haben Gemeinden bereits eine marktbeherrschende Stellung⁴⁵³ und ihr Missbrauch ist verboten. Sofern von einer marktbeherrschenden Stellung der die Konzession vergebenden Gemeinde auszugehen ist, entfaltet das Kartellrecht seine eigenständige Bedeutung im Bereich des Vergaberechts, um den Wettbewerb als Institution zu schützen.^{454,455} Es ist allerdings Sache der Kartellbehörden, den Missbrauch zu kontrollieren; die Vergabenachprüfungsinstanzen sind mithin nicht zuständig. Besondere Bedeutung im Bereich des Vergaberechts dürfte außerdem das Kartellrecht vor allem im Hinblick auf die Rechtfertigungsprüfung nach den §§ 2 und 3 GWB haben.⁴⁵⁶ Zuständig hierfür sind die Kartellbehörden.

⁴⁵⁰ Vgl. *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Kartellrecht, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 34.

⁴⁵¹ Vgl. insoweit auch *Marx*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB-Kommentar, § 104 GWB, Rn. 11; zum Schutzobjekt des Kartellrechts, *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 11 ff.

⁴⁵² Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Neuvergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG, *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, 71, 72 ff.

⁴⁵³ *Zinger*, VergabeR 2020, 20, 26; vgl. BKartA/BNetzA, Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, Rn. 18.

⁴⁵⁴ Vgl. insoweit auch *Kling*, NZBau 2018, 715, 718.

⁴⁵⁵ So trägt etwa eine bereits marktbeherrschende Gemeinde eine besondere Verantwortung dafür, neugegründeten Unternehmen (sog. Newcomern) eine realistische Marktzutrittschance zu gewähren. Vgl. BKartA, Beschl. v. 11.11.2002, Az. VK 2 – 82/02, S. 20.

⁴⁵⁶ Vgl. *Kling*, NZBau 2018, 715, 721.

d) Nachprüfbarkeit von lauterkeitsrechtlichen Normen

Wie schon erwähnt, ist § 97 Abs. 6 GWB nur auf Vergabebestimmungen anwendbar, nicht aber auf außervergaberechtliche Regelungen.⁴⁵⁷ Lauterkeitsrechtliche Vorschriften gehören ohne Zweifel nicht zu den Bestimmungen über das Vergabeverfahren i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB. Ob bzw. inwieweit lauterkeitsrechtliche Ansprüche im Rahmen von Vergabenachprüfungsverfahren berücksichtigt werden können, richtet sich daher nach § 156 Abs. 2 GWB.

aa) Lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Wettbewerber

Die spezielle ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammer gilt, wie die Formulierung in § 156 Abs. 2 GWB deutlich macht, nur für Ansprüche im Vertikalverhältnis gegen dem Vergaberecht unterworfenen Auftraggeber, nicht hingegen für solche im Horizontalverhältnis.⁴⁵⁸ Ansprüche gegen Wettbewerber aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kommen bereits aus diesem Grund grundsätzlich nicht in Betracht.⁴⁵⁹ Derartige Ansprüche können nur vor den für das UWG zuständigen ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.⁴⁶⁰ Methodisch gilt nichts anderes für lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen andere Wettbewerber als Teilnehmer an Wettbewerbsverstößen eines Auftraggebers.⁴⁶¹

Dennoch kann ein horizontaler Verstoß mittelbar Gegenstand einer Nachprüfung sein.⁴⁶² Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ein Rechtsverstoß eines anderen Bieters über vergaberechtliche Normen zugleich einen solchen im Vertikalverhältnis darstellt.⁴⁶³ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber seiner Pflicht nicht nachgekommen ist, wettbewerbswidrige Praktiken auf Bieterseite zu unterbinden (§ 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A).⁴⁶⁴ Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen anderer Wettbewerber aufgrund ihrer Teilnahme an einem Vergabeverfahren müssten demgemäß gegenüber einem Auftraggeber geltend gemacht werden können. So wären z. B. Unterkostenangebote, die in Marktverdrängungsabsicht abgegeben wurden, über § 4 Nr. 4 UWG

⁴⁵⁷ Hierzu E. III. 2. b) bb).

⁴⁵⁸ *Bormann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 25 m.w.N.

⁴⁵⁹ BGH, VergabeR 2008, 925, 927.

⁴⁶⁰ BGH, VergabeR 2008, 925, 927; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 11; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 10; *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 5; *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 7.

⁴⁶¹ BGH, VergabeR 2008, 925, 927; zur lauterkeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeit, *Köhler/Steindorff*, NJW 1995, 1705, 1707 f.

⁴⁶² *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 12.

⁴⁶³ *Dreher*, NZBau 2013, 665, 666.

⁴⁶⁴ *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 12.

mittelbar Gegenstand einer Nachprüfung durch die Vergabekammern, wenn es um die Frage geht, ob in solchen Angeboten eine nach § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A unlautere Verhaltensweise liegt, die der Auftraggeber zu bekämpfen hätte.⁴⁶⁵ Auch niedrige Angebote aufgrund europarechtswidriger Beihilfen wären über § 3a UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs mittelbar Gegenstand der Prüfung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens.⁴⁶⁶

Wie in C. I. 1. b) bereits beschrieben, kann jedoch das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen seine volle Wirksamkeit nur entfalten, wenn die vergaberechtlichen Vorschriften inhaltliche Anknüpfungspunkte für wettbewerbswidrige Praktiken Dritter bieten. Das Vergaberecht kennt keine explizite Vorschrift, wonach das Lauterkeitsrecht in den Prüfungsrahmen des Auftraggebers und der Nachprüfungsinstanzen einzubeziehen ist. Insbesondere enthält weder § 123 noch § 124 GWB Ausschlussgründe für eine Heranziehung lauterkeitsrechtlicher Maßstäbe. Als Anknüpfungsnorm für den Einsatz des Vergaberechts als lauterkeitsrechtliches Sanktionsinstrument kann also nicht das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Praktiken herangezogen werden. Über § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A sind also lauterkeitsrechtliche Verstöße anderer Wettbewerber nicht von den Vergabekammern zu prüfen. Zuständig hierfür sind die ordentlichen Zivilgerichte.⁴⁶⁷ Zu einem anderen Ergebnis führt auch das durch § 97 Abs. 1 GWB formulierte Wettbewerbsziel nicht.⁴⁶⁸ Es ist nicht Sache der Vergabestellen oder der Nachprüfungsbehörden, sondern des Gesetzgebers, (normativ) festzulegen, welcher Wettbewerbsvorsprung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs vergaberechtspolitisch unerwünscht ist.⁴⁶⁹

Wenn in diesem Zusammenhang jedoch beispielsweise der Auftraggeber feststellt, dass ein Angebot wegen Missachtung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften, ungewöhnlich niedrig ist (§ 60 Abs. 3 S. 2 VgV) und damit die Wirksamkeit eines Bieterwettbewerbs beeinträchtigt wird, ist es zwingend auszuschließen.⁴⁷⁰ Im Mittelpunkt stehen hier jedoch nicht Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht,

⁴⁶⁵ Vgl. KG, BeckRS 2012, 15851.

⁴⁶⁶ Vgl. VK Düsseldorf, ZfBR 2002, 621, 624, wonach der Einsatz rechtswidriger Beihilfen zum Zwecke des Unterbietens von Wettbewerbern grundsätzlich als Verstoß gegen die Lauterkeit im Wettbewerb zu werten ist. Vgl. *Theobald/Kafka*, NZBau 2002, 603, 606. Zur Anwendbarkeit des § 3a UWG auf europarechtswidrige Beihilfen, *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.75.

⁴⁶⁷ Die Prüfungskompetenz der Nachprüfungsorgane gänzlich verneinend: *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 104 GWB, Rn. 27 f.

⁴⁶⁸ Zur Bedeutung des Wettbewerbsziels, C. I. 1. a).

⁴⁶⁹ Vgl. insoweit auch *Burgi*, NZBau 2008, 29, 32; *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, 52.

⁴⁷⁰ Nach § 60 Abs. 3 S. 2 VgV besteht kein Entscheidungsspielraum des Auftraggebers hinsichtlich des Obs des Ausschlusses. Hierzu *Gerlach*, VergabeR 2020, 451, 464.

sondern solche gegen die in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB genannten umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Verpflichtungen. Nur in einem derartigen Fall kann ein horizontaler Verstoß Gegenstand einer Nachprüfung sein.

bb) Lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Auftraggeber

Die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand ist als eine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu qualifizieren, wenn sie zugunsten eines fremden Unternehmens erfolgt und in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes steht. So kann etwa das Lauterkeitsrecht dann eingreifen, wenn die öffentliche Hand zur Förderung fremden Wettbewerbs (potentiell) am Auftrag interessierte Bieter ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt.⁴⁷¹ Das Lauterkeitsrecht ist daher insofern von Bedeutung, als es Bieter oder Bewerber vor unlauteren Wettbewerbsmethoden der öffentlichen Hand und zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Bieterwettbewerb schützt (§ 1 UWG).

Der Rechtsweg ist problematisch, wenn Ansprüche aus Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht in Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren stehen und insbesondere jene im Vertikalverhältnis gegen Auftraggeber geltend gemacht werden. Denn derartige Ansprüche können nur nach Maßgabe des § 156 Abs. 2 GWB (ausschließliche Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen auch für sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber) durchgesetzt werden.^{472,473} Wenn so von einer grundsätzlichen Exklusivität in der Weise ausgegangen wird, dass jeder denkbare Anspruch aus Verstößen gegen andere Rechtsbereiche als das Vergaberecht im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren gegen Auftraggeber nur im Rahmen von Vergabenachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden kann, liegt es auf der Hand, dass im Nachprüfungsverfahren lauterkeitsrechtliche Bestimmungen zum Prüfungsumfang gehören. Denn unter Aufrechterhaltung des das Nachprüfungsverfahren beherrschenden Grundsatzes, dass alle Entscheidungen der Auftraggeber nachprüfbar sein müssen, muss eine als unlautere geschäftliche Handlung i. S. d. § 3 UWG zu qualifizierende Entscheidung eines Auftraggebers Gegenstand einer Nachprüfung durch die Vergabekammern sein können. Für die Nachprüfung der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche sind daher grundsätzlich die Vergabekammern zuständig.

Die praktische Bedeutung der Durchsetzung solcher Ansprüche ist aber gering: Überschneidungen zwischen Vergabe- und Lauterkeitsrecht ergeben sich insofern, als beide Rechtsbereiche die Wettbewerber vor willkürlicher Bevorzugung

⁴⁷¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.65d.

⁴⁷² Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Vorb. zu §§ 97 ff. GWB, Rn. 186.

⁴⁷³ Wettbewerbsklagen gegen staatliche Nachfrager im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben sind grundsätzlich nicht unmöglich. Vgl. hierzu grundlegend GmS-OGb, NJW 1986, 2359.

oder Benachteiligung durch die öffentliche Hand schützen. Das Vergaberecht ist jedoch kein Sonderrecht gegenüber dem Lauterkeitsrecht. Es kann zur Anwendung kommen, wenn eine bestimmte Entscheidung eines Auftraggebers eine unlautere geschäftliche Handlung i. S. d. § 3 UWG darstellt, sie also fremden Wettbewerb fördert.⁴⁷⁴ Diese Voraussetzung kann bei der Benachteiligung einzelner Bieter durch den Auftraggeber erfüllt werden.⁴⁷⁵ Eine solche Benachteiligung stellt jedoch zugleich einen Vergaberechtsverstoß dar, sodass benachteiligte Bieter unter Berufung auf den drittschützenden (§ 97 Abs. 6 GWB) Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellen können. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf eine unlautere Handlung i. S. d. §§ 3 und 3a UWG nicht in jedem Vergabeverstoß zu sehen.⁴⁷⁶ In Betracht kommen nur solche Vergabebestimmungen, die den Rechtsschutz von Unternehmen i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB bezwecken.⁴⁷⁷ Die Auftraggeber haben jedoch ohnehin derartige Vergabebestimmungen zu beachten, deren Einhaltung im Nachprüfungsverfahren überprüft werden kann. Mit anderen Worten: Das Vergaberecht hat bereits eigene Instrumente, mit denen willkürliche Bevorzugung oder Ungleichbehandlung einzelner Bieter ohne den Umweg über das Lauterkeitsrecht unterbunden werden kann.

Wie bereits mehrfach betont, ist es darüber hinaus Sinn und Zweck des modernen Vergaberechts, Leistungen im chancengleichen und transparenten Wettbewerb zu vergeben. Wenn die Durchführung eines ordnungsmäßigen Vergabeverfahrens als Verstoß gegen die Lauterkeit im Wettbewerb gewertet wird (also unlauter Wettbewerb durch chancengleichen und transparenten Wettbewerb), würde dies zur Bedeutungslosigkeit des in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsgedankens führen. Aus diesem Grund kann die Durchführung eines ordnungsmäßigen Vergabeverfahrens bereits für sich genommen nicht die Verletzung der vom UWG geschützten Interessen der Wettbewerber darstellen, weil anderenfalls ein Konflikt der von den beiden Gesetzen verfolgten Ziele entstünde. Insgesamt gesehen hat das Lauterkeitsrecht in der gegenwärtigen vergaberechtlichen Praxis somit eine geringe Bedeutung.

Die eigenständige Bedeutung des Lauterkeitsrechts im Rahmen des Vergaberechts darf aber nicht übersehen werden. Es schützt nicht nur die Wettbewerber vor unlauteren Wettbewerbsmethoden, sondern auch den Wettbewerb als Institution. Wenn sich eine Wettbewerbsverfälschung durch chancengleichen und trans-

⁴⁷⁴ Vgl. *Horn/Hofmann*, in: *Burgi/Dreher*, Vergaberecht, Vorb. § 155 GWB, Rn. 26.

⁴⁷⁵ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, § 3a UWG, Rn. 2.65d.

⁴⁷⁶ OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 68, 72.

⁴⁷⁷ Nach einer anderen Formulierung des OLG Düsseldorf kommen nur solche Vergabebestimmungen in Betracht, „deren Einhaltung zugleich dem Willkürverbot entgegenwirken und im Ergebnis die Chancengleichheit der Bewerber bei der Beteiligung am Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung bei der Angebotsprüfung und -wertung sowie beim Zuschlag bewirken soll“ (NJWE-WettbR 1999, 68, 72).

parenten Wettbewerb, die nur in extremen Ausnahmesituationen denkbar ist, in einem Vergabeverfahren ereignet, ist es Aufgabe des Lauterkeitsrechts, diese zu unterbinden. Zuständig hierfür sind allerdings die ordentlichen Gerichte.⁴⁷⁸

e) Nachprüfbarkeit von öffentlich-rechtlichen Marktzutrittsregelungen

In ähnlicher Weise wie im UWG⁴⁷⁹ wird die Frage aufgeworfen, ob ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens durch das Zivilgericht ist. Ein praktisch relevantes Beispiel hierfür ist die Teilnahme eines kommunalen Unternehmens an einem Vergabeverfahren unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelungen. Die Frage, ob Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen eine Befugnis oder gar Pflicht zur Prüfung öffentlich-rechtlicher Marktzutrittsnormen haben, ist nach wie vor umstritten.⁴⁸⁰

aa) Der vergaberechtliche Ansatzpunkt

§ 97 Abs. 6 GWB bildet die Grundlage subjektiver Bieterrechte. Wie bereits erwähnt, ist § 97 Abs. 6 GWB nur auf Vorschriften über das Vergabeverfahren anwendbar. Kommunalwirtschaftsrechtliche Vorschriften, die der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit von Gemeinden und kommunalen Unternehmen Grenzen setzen (sog. Marktzutrittsregelungen), stellen allerdings offensichtlich keine Vergabebestimmungen dar.⁴⁸¹ Als zu prüfende Ansprüche nennt § 156 Abs. 2 GWB jedoch auch sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind. Somit können derartige Ansprüche auch dann in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, wenn sie sich aus anderen als vergaberechtlichen Normen ergeben. Den vergaberechtlichen Ansatzpunkt für die Frage, ob und inwieweit kommunalrecht-

⁴⁷⁸ Die Prüfungskompetenz der Nachprüfungsorgane gänzlich verneinend: *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 104 GWB, Rn. 27 f.

⁴⁷⁹ Hierzu E. II. 4. b).

⁴⁸⁰ Bejahend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07; OLG Düsseldorf, VergabeR 2009, 905, 916; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 20; *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 12, Rn. 23; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 12; *Diemon-Wies*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 35 f.; *Hertwig*, NZBau 2009, 355, 357 ff.; *Ortner*, VergabeR 2009, 850, 854 ff.: Über § 97 Abs. 1 GWB müsse von den Nachprüfungsinstanzen geprüft werden, ob ein öffentliches Unternehmen gegen das Kommunalwirtschaftsrecht verstoße. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass die jeweils einschlägige kommunalwirtschaftliche Norm drittschützend sei. Verneinend hingegen OVG Münster, NVwZ 2008, 1031: „Der vergaberechtliche Rechtsschutz beschränkt sich [...] auf die Prüfung offenkundiger Rechtsverstöße“; *Burgi*, NZBau 2003, 539, 543 f.; *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966, 967 f.; *Mann*, NVwZ 2010, 857, 859 ff.; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 223 ff.

⁴⁸¹ *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 116; *Mann*, NVwZ 2010, 857, 858; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 223.

liche Vorschriften im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren berücksichtigt werden können, bildet daher § 156 Abs. 2 GWB.⁴⁸²

Dass eine Prüfung gemeindewirtschaftlicher Tätigkeitsgrenzen in toto oder nur teilweise vorgenommen werden kann,⁴⁸³ lässt sich jedoch dem Wortlaut des § 156 Abs. 2 GWB nicht entnehmen. Denn die Zuständigkeit der Vergabekammern nach § 156 Abs. 2 GWB gilt nur im Vertikalverhältnis für Ansprüche gegen den Auftraggeber. Kommunalrechtliche Ansprüche sind schon aus diesem Grund nicht von den Vergabekammern zu prüfen,⁴⁸⁴ denn ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch kann lediglich gegenüber der Gemeinde durchgesetzt werden, die das öffentliche Unternehmen unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelungen errichtet hat.⁴⁸⁵ Ausgeschlossen ist gleichermaßen die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen das kommunale Unternehmen nach dem UWG in einem Nachprüfungsverfahren; zum einen, weil § 156 Abs. 2 GWB nicht das horizontale Verhältnis konkurrierender Bieter untereinander betrifft,⁴⁸⁶ zum anderen, weil die kommunalrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bloße Marktzutrittsregelungen darstellen und deren Verletzung somit nicht den Tatbestand des § 3a UWG erfüllt.⁴⁸⁷

bb) Prüfungsbefugnis aus dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsziel

Nach teilweise vertretener, jedoch umstrittener Auffassung kommt das Prinzip der wettbewerblichen Vergabe als Anknüpfungspunkt für die Prüfung einer außervergaberechtlichen Norm in Betracht. Insbesondere nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist das Wettbewerbsprinzip nicht nur ein Grundprinzip, sondern stellt einen konkreten Normanwendungsbefehl dar.⁴⁸⁸ Daraus ergebe sich die Pflicht von Auftraggebern, gegen „jede nur denkbare Wettbewerbsbeschränkung“⁴⁸⁹ vorzugehen. Nach dieser extensiven teleologischen Auslegung des Wettbewerbsprinzips sei der Auftraggeber verpflichtet oder berechtigt zu prüfen, ob ein kommunales Unternehmen gegen Kommunalwirtschaftsrecht verstoße.⁴⁹⁰ In Anbetracht der Bedeutung des Wettbewerbsziels⁴⁹¹ hat jedoch die Judikatur

⁴⁸² Dreher, NZBau 2013, 665, 666.

⁴⁸³ Vgl. insoweit OVG Münster, NVwZ 2008, 1031: „Der vergaberechtliche Rechtsschutz beschränkt sich [...] auf die Prüfung offenkundiger Rechtsverstöße.“

⁴⁸⁴ Gurlit, VergabeR 2017, 221, 224.

⁴⁸⁵ Gurlit, VergabeR 2017, 221, 224.

⁴⁸⁶ Vgl. Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 156 GWB, Rn. 11 f.

⁴⁸⁷ BGH, VergabeR 2002, 467; ebenso Köhler, NJW 2004, 2121, 2124.

⁴⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07.

⁴⁸⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07.

⁴⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07.

⁴⁹¹ Hierzu C. I. 1. a).

des OLG Düsseldorf keine feste Grundlage. Denn das Wettbewerbsziel stellt keine subsumtionsfähige Regel dar, die einen Anhaltspunkt für eine Prüfungspflicht einer außervergaberechtlichen Norm enthält.⁴⁹² Die neuere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁴⁹³ stützt diese Interpretation: In seiner Entscheidung vom 14.10.2020 hat es das Gericht als problematisch angesehen, aus dem Wettbewerbsziel „konkrete normative Folgen“ abzuleiten, weil der Wettbewerb i. S. d. § 97 Abs. 1 GWB bloß ein Verfahren darstellt.⁴⁹⁴ Unter Verweis auf Erwägungsgrund 1 VRL sowie auf das Urteil des EuGH „CoNISMA“ stellte das Gericht fest, dass eine Vergabe im Wettbewerb im Lichte der Öffnung des Wettbewerbs für möglichst viele Bieter zu verstehen sei.⁴⁹⁵ Damit sei nicht vereinbar, „den Marktzutritt von Unternehmen der öffentlichen Hand – gleich, ob er nach nationalem Recht zulässig ist oder nicht – als einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz“ zu betrachten.⁴⁹⁶

cc) Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen

Als normative Grundlage für die Einbeziehung des Kommunalwirtschaftsrechts in den Prüfungsrahmen im vorliegenden Zusammenhang findet auch das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen Berücksichtigung. Die Begriffe der Wettbewerbsbeschränkung und Unlauterkeit sind nicht neu. Sie bilden in lauterkeits- und kartellrechtlicher Literatur oder Rechtsprechung den zentralen Quell von Auseinandersetzungen damit, welche Verhaltensweisen als wettbewerbswidrig anzusehen sind.

Im Hinblick auf die Zielsetzung des EU-Vergaberechts, allen potentiellen Bietern freien und gleichberechtigten Zugang zu den Beschaffungsmärkten zu verschaffen, sind jedoch die Begriffe der Wettbewerbsbeschränkung und Unlauterkeit im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung dahingehend auszulegen, dass darunter lediglich dem chancengleichen und transparenten Wettbewerb widersprechende Verhaltensweisen fallen.⁴⁹⁷ Problematisch in Bezug auf den Grundsatz eines chancengleichen Wettbewerbs wäre die Beteiligung von kommunalen Unternehmen an einem Bieterwettbewerb unter Verstöße gegen das Kommunalwirtschaftsrecht. Denn durch derartige Verstöße könnten sich die kommunalen Unternehmen einen Wettbewerbsvorsprung vor ihren Wettbewerbern

⁴⁹² *Burgi*, NZBau 2003, 539, 544 f.; *Ziekow*, VergabeR 2006, 702, 708 f.; *Mann*, NVwZ 2010, 857, 861; *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46, 48; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 224.

⁴⁹³ OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 732, 737.

⁴⁹⁴ OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 732, 737.

⁴⁹⁵ OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 732, 737.

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 732, 737; a. A. *Antweiler*, NZBau 2020, 761, 763 f.

⁴⁹⁷ Hierzu C. I. 1. b).

verschaffen. Für die Nachprüfung eines kommunalrechtlichen Anspruchs eines Bieters wären daher grundsätzlich die Vergabekammern zuständig.

Was vergaberechtlichen Rechtsschutz gegen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand betrifft, ist jedoch zwischen dem Ob der unternehmerischen Betätigung und dem Wie des Verhaltens bei der Abgabe von Angeboten zu differenzieren.⁴⁹⁸ Welcher Rechtsschutz erlangt werden kann, richtet sich also danach, mit welcher Begründung die wirtschaftliche Betätigung eines kommunalen Unternehmens als unzulässig anzusehen ist.⁴⁹⁹ Nach dem eindeutigen Wortlaut z. B. des § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A („Verhaltensweisen sind zu bekämpfen“) kann nur die Art und Weise der Beteiligung an einem Bieterwettbewerb (das Wie) kontrolliert werden.⁵⁰⁰ Ein kommunalrechtlicher Anspruch eines Bieters ist schon aus diesem Grund nicht durchsetzbar,⁵⁰¹ da sich die kommunalwirtschaftsrechtliche Beurteilung und der entsprechende öffentlich-rechtliche Rechtsschutz nur auf die Zulässigkeit des Marktzutritts (das Ob) beziehen.⁵⁰² Wenn die öffentlich-rechtliche Frage aufgeworfen wird, ob ein Verstoß gegen eine kommunalwirtschaftsrechtliche Norm über den Marktzutritt vorliegt, ist es Sache der Verwaltungsgerichte, sie zu klären.^{503,504} Marktbedingte Ungleichheiten im Vergabeverfahren zu neutralisieren, ist ohnehin nicht Aufgabe des Auftraggebers.⁵⁰⁵

dd) Fehlende Zuverlässigkeit

Nach teilweise vertretener Auffassung besteht keine Notwendigkeit, über den Umweg des Wettbewerbsziels die Prüfungskompetenz der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen zu begründen. *Hertwig*⁵⁰⁶ lehnt die Heranziehung des Wettbewerbsgrundsatzes ab, da ein Unternehmen, das ein Angebot unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelungen abgegeben habe, schon wegen fehlender Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden müsse.⁵⁰⁷

Was die Nachprüfung der Marktzutrittsregelungen betrifft, ist jedoch zu berücksichtigen, dass die in Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete kommunale Selbst-

⁴⁹⁸ OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1032.

⁴⁹⁹ OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1033.

⁵⁰⁰ A. A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, Az. VII-Verg 42/07.

⁵⁰¹ OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1033; im Ergebnis auch: *Burgi*, NZBau 2003, 539, 542 ff.; *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966, 967 f.; *Mann*, NVwZ 2010, 857, 859 ff.; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 223 ff.

⁵⁰² OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1033.

⁵⁰³ So bereits BGH, VergabeR 2002, 467.

⁵⁰⁴ Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass eine öffentlich-rechtliche Marktzutrittsnorm drittschützenden Charakter hat. OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1033.

⁵⁰⁵ Hierzu D. I. 2. a) aa).

⁵⁰⁶ *Hertwig*, NZBau 2009, 355 ff.

⁵⁰⁷ *Hertwig*, NZBau 2009, 355, 356.

verwaltungsgarantie eine normative Grundlage für die Einbeziehung von Fragen aus anderen Rechtsgebieten als dem Vergaberecht in das Nachprüfungsverfahren erfordert.⁵⁰⁸ Die rechtliche Grundlage dafür ergibt sich aus den §§ 123 und 124 GWB, deren Vorschriften konkretisieren, welche Verstöße gegen außervergaberechtliche Vorschriften dem Grundsatz der Gesetzestreue und Zuverlässigkeit zuwiderlaufen.⁵⁰⁹ Die Vorschriften der §§ 123 und 124 GWB enthalten keine durch Beispielstatbestände konkretisierte Öffnungsklausel.⁵¹⁰ Vielmehr sind die Ausschlussgründe abschließend formuliert.⁵¹¹

Im vorliegenden Kontext besteht keine Befugnis oder Pflicht von Auftraggebern und ggf. Nachprüfungsinstanzen, das Kommunalwirtschaftsrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Denn weder § 123 GWB noch § 124 GWB weist Anknüpfungspunkte für einen Ausschluss eines mit dem Kommunalwirtschaftsrecht unvereinbaren Angebots auf.⁵¹² Gegen eine Erweiterung der Prüfungskompetenz der Auftraggeber sowie der Nachprüfungsinstanzen auf die Prüfung der Marktzutrittsregelungen spricht auch der Umstand, dass zum einen ein Verstoß der Gemeinde gegen das Kommunalwirtschaftsrecht das hieran nicht unmittelbar gebundene bietende Unternehmen nicht als unzuverlässig infiziert⁵¹³ und zum anderen die Marktzutrittsregelungen keinen Bezug zur für die Durchführung des zu vergebenden Auftrags erforderlichen Eignung haben.⁵¹⁴

Solange der Gesetzgeber keine normative Grundlage für eine Befugnis zur Prüfung der Marktzutrittsregelungen schafft, ist ihre Nichtbeachtung nicht Gegenstand eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens⁵¹⁵ – zuständig hierfür sind die Verwaltungsgerichte.

IV. Zwischenfazit

1. Wettbewerbsverstöße auf Bieter- oder Auftraggeberseite können in vielfältiger Form Berücksichtigung finden. Beim Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes stehen Teilnehmern an einem Vergabeverfahren sowie potentiell am Auftrag interessierten Bietern verschiedene gesetzlich vorgesehene Rechtsschutzzinstrumente zur Verfügung. Dabei reicht das Spektrum derartiger Instrumente von ver-

⁵⁰⁸ *Burgi*, NZBau 2008, 29, 32; ebenso *Mann*, NVwZ 2010, 857, 861; *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 225.

⁵⁰⁹ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 226.

⁵¹⁰ *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 1.

⁵¹¹ *Otting*, VergabeR 2016, 316, 321; ebenso *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 123 GWB, Rn. 1.

⁵¹² *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 226.

⁵¹³ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 226.

⁵¹⁴ *Burgi*, NZBau 2003, 539, 543; ebenso OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1033.

⁵¹⁵ *Gurlit*, VergabeR 2017, 221, 226.

gaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen über Kartellbehörden bis hin zu Zivil(-kartell-)gerichten.

2. Zunächst ist problematisch, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede i. S. v. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren überprüft werden kann. Vergaberechtlicher Ausgangspunkt dafür ist § 97 Abs. 6 GWB. Danach haben Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der ihren Rechtsschutz bezweckenden Vergabebestimmungen. Die Vorschrift des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB gehört zu den Vergabebestimmungen i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB. Den Vergabestellen und Nachprüfungsinstanzen wäre daher die Befugnis zur Prüfung einer wettbewerbswidrigen Abrede gegeben. Dies zu prüfen, ist jedoch Aufgabe der Kartellbehörden. Denn weder die Vergabestellen noch die Nachprüfungsinstanzen können wegen ihrer eingeschränkten Ermittlungs- und Zugriffsinstrumente sowie des Zeitdrucks die Prüfung von Wettbewerbsverstößen zuverlässig vornehmen. Bietern ist es aber unbelassen, neben der Anrufung der Kartellbehörden auch kartellrechtliche Ansprüche vor den Kartellgerichten zu verfolgen.

3. Des Weiteren ist auch problematisch, ob und inwieweit das Lauterkeits- und das Kartellrecht in den Prüfungsrahmen der Nachprüfungsinstanzen einzubeziehen sind. Vergaberechtlicher Ausgangspunkt dafür ist § 156 Abs. 2 GWB. Danach können auch sonstige Ansprüche ausschließlich vor den Nachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden. Sonstige Ansprüche dürfen nur solche im Vertikalverhältnis zwischen Bietern und dem Auftraggeber sein. Daher ist die Geltendmachung lauterkeits- und kartellrechtlicher Ansprüche gegen einen Wettbewerber ausgeschlossen. Das Gebot zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender und unlauterer Verhaltensweisen gebietet kein anderes Ergebnis. Auch kartellrechtliche Verstöße auf Auftraggeberseite sind nicht Gegenstand einer Nachprüfung. Zuständig hierfür sind die Kartellbehörden bzw. ggf. die Kartellgerichte. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Auftraggeber sind grundsätzlich vor den Vergabekammern geltend zu machen. Die praktische Bedeutung der Durchsetzung solcher Ansprüche ist aber gering, denn das Vergaberecht verfügt bereits über eigene Instrumente, mit denen unlautere Verhaltensweisen von Auftraggebern ohne den Umweg über das Lauterkeitsrecht unterbunden werden können.

4. Schließlich ist problematisch, ob ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch Gegenstand einer Nachprüfung durch die Vergabekammern ist. Ein praktisch relevantes Beispiel hierfür ist die Beteiligung kommunaler Unternehmen an einem Bieterwettbewerb unter Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelungen. Für die Prüfung derartiger Verstöße sind die Verwaltungsgerichte zuständig, weil das Vergaberecht keinen konkreten rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung von Vorfragen aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht in das Vergabe- und Nachprüfungsverfahren hat. Ein anderes Ergebnis resultiert aus dem in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Wettbewerbsge-

danken nicht. Ausgeschlossen ist gleichermaßen die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen das kommunale Unternehmen nach dem UWG in einem Nachprüfungsverfahren. Denn die Marktzutrittsvorschriften stellen bloße Marktzutrittsregelungen dar und deren Verletzung erfüllt somit nicht den Tatbestand des § 3a UWG.

F. Fazit

I. Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts im Vergaberecht

Ein Hauptziel des Vergaberechts liegt in der Schaffung eines grenzüberschreitenden Bieterwettbewerbs. Wichtige Impulse dazu gingen und gehen insbesondere von der europäischen Gemeinschaft aus. Unter dem Einfluss des Unionsrechts wurde das materielle Vergaberecht in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen integriert (die sog. kartellrechtliche Lösung). Diese systematische Stellung bedeutet, dass das Vergaberecht dem Wettbewerbsgedanken unterliegt. So stellt der Wettbewerb einen zentralen Grundsatz des gesamten Vergaberechtsregimes bei der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand dar. Obwohl öffentliche Beschaffung den Wettbewerbsregeln unterliegt, liegt es doch auf der Hand, dass das Vergaberecht eigene Regeln im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben enthält. Mit anderen Worten: Die kartellrechtlichen Verbotsnormen gehören grundsätzlich nicht zu den Vergabebestimmungen i. S. v. § 97 Abs. 6 GWB. Das Vergaberecht ist kein Sonderrecht gegenüber dem Kartellrecht, das dessen Anwendung ausschließt. Daraus ergibt sich, dass ein Auftraggeber bei seiner Beschaffungstätigkeit die kartellrechtlich gesetzten Grenzen zu beachten hat, soweit er dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff in einem funktionellen Sinn unterfällt. Umstritten war und ist somit, welche Bedeutung das Kartellrecht im Rahmen des Vergaberechts hat und wie sich beide Rechtsbereiche bei der Verhinderung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gegenseitig beeinflussen. Dieser Streit ist insbesondere verbunden mit der Diskussion um die Abgrenzungsprobleme zwischen dem Vergabe- und dem Kartellrecht.

Die beiden bedeutenden Zweige des Rechts zur Vollendung eines echten Binnenmarkts, das Vergaberecht und das Kartellrecht, regeln den Wettbewerb aus verschiedenen Blickwinkeln, unterscheiden sich aber auch erheblich in ihren Zielsetzungen. Während das Vergaberecht alle potentiellen Bieter vor mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Marktabschottungen schützt, steht im Kartellrecht der Schutz sowohl des Wettbewerbs als Institution als auch der Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer vor Beschränkungen im Vordergrund, die insbesondere von Marktmacht ausgehen. Beide Ziele stehen aber nicht im Widerspruch zueinander, sondern sind sich ergänzende Elemente. Denn das Vergaberecht zielt zwar auf die Organisation chancengleichen und transparenten Bieterwettbewerbs ab, dies aber insbesondere deshalb, weil damit zugleich wettbewerbliche Handlungsfreiheiten von Bietern zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen entfaltet

werden. Beide Rechtsbereiche verfolgen also insoweit ein übereinstimmendes Ziel, als sie der Gewährleistung offener Beschaffungsmärkte dienen. Insofern schützen sie unmittelbar oder mittelbar die Individualinteressen der Bieter sowie aller potentiellen Marktteilnehmer. Beide Rechtsbereiche ergänzen sich also gegenseitig und sind dementsprechend so anzuwenden und auszulegen, dass ihre Zielsetzungen einander nicht widersprechen. Insbesondere darf das in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsziel nicht zu weit ausgelegt werden, damit die kartellrechtliche Zielsetzung nicht ins Leere geht. Daher ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des Vergaberechts, wettbewerbliche Marktstrukturen zu gewährleisten und gegen kartellrechtlich kritisch zu betrachtende Verhaltensweisen vorzugehen.

Das Vergabe- und das Kartellrecht dienen der Schaffung von Voraussetzungen für die Entfaltung eines funktionsfähigen Bieterwettbewerbs. Dies wird vor allem daran deutlich, dass beide Rechtsbereiche einander bei der Verhinderung von Nachfragemachtmissbrauch beeinflussen. Sie sind daher unter bestimmten Voraussetzungen parallel anwendbar. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein marktbeherrschender Auftraggeber seine Stellung vergaberechtswidrig missbraucht. Allerdings darf die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze und der ihrer Verwirklichung dienenden Vergaberegeln nicht einfach dadurch übersehen werden, dass die Einbeziehung kartellrechtlicher Verbotstatbestände in das Vergaberechtsregime ohne Weiteres angenommen wird.

Das Vergaberecht selbst hat bei genauer Betrachtung bereits eigene Instrumente, mit denen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Auftraggebern ohne den Umweg über das Kartellrecht unterbunden werden können. Ist ein ordnungsmäßiges Vergabeverfahren durchgeführt, kann darin aus Sicht des Kartellrechts kein Wettbewerbsverstoß liegen. Sinn und Zweck des modernen Vergaberechts ist es in erster Linie, ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabeverfahren zu gewährleisten. Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB schränkt aus diesem Grund die Privatautonomie von Auftraggebern ein und legt ihnen vielfältige Handlungspflichten auf. Verboten sind ihnen ein Missbrauch ihrer Stellung und in diesem Kontext insbesondere eine willkürliche Benachteiligung einzelner Bieter. Hauptziel ist es, ihren Spielraum zu begrenzen, der durch einen funktionsfähigen Bieterwettbewerb nicht mehr kontrollierbar ist. Um diesen Zweck zu erreichen, war ein Paradigmenwechsel des deutschen Vergaberechts notwendig, was durch die Einräumung subjektiver Rechte gekennzeichnet ist. § 97 Abs. 6 GWB stellt insofern bei wettbewerbspolitischer und vergaberechtlicher Betrachtung eine zentrale Maßnahme zur Wirkung gegen den Missbrauch der Nachfragemacht und damit zur tatsächlichen Entfaltung des Bieterwettbewerbs dar. In der heutigen Form des Vergaberechts ist es schwer vorstellbar, dass in der Durchführung eines diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens ein kartellrechtlicher Missbrauch bzw. eine unzulässige Marktmacht gesehen wird. In der vergaberechtlichen Praxis hat daher das Kartellrecht eine geringe Bedeutung.

Nur in Randbereichen gewinnt es eine eigenständige Relevanz. So spielt das Kartellrecht bei der Neuvergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG eine Rolle. Denn bei der Vergabe von Konzessionen haben Gemeinden bereits eine marktbeherrschende Stellung und ihr Missbrauch ist verboten. Nur in einem solchen Fall entfaltet das Kartellrecht seine eigenständige Bedeutung im Bereich des Vergaberechts, um den Wettbewerb als Institution zu schützen.

Dem Lauterkeitsrecht käme bei der Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand insofern eine zentrale Bedeutung zu, als es (potentielle) Bieter oder Bewerber vor unlauteren geschäftlichen Handlungen der öffentlichen Hand und zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Bieterwettbewerb schützt. Das Lauterkeitsrecht erfordert in deutlicher Überschneidung mit dem Vergaberecht die Chancengleichheit aller Bieter im Wettbewerb und eine sachliche Rechtfertigung für deren etwaige Ungleichbehandlung. Diese Funktion des Lauterkeitsrechts ist jedoch bereits durch den in § 97 Abs. 2 GWB verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz und die seiner Verwirklichung dienenden Vergaberegeln unterstrichen. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf eine unlautere Handlung i.S.d. §§ 3 und 3a UWG nicht in jedem Verstoß gegen das Vergaberecht zu sehen, sondern nur in dem Verstoß gegen solche Vergabebestimmungen, die das Leitbild eines fairen und gleichen Wettbewerbs konkretisieren.¹ In Betracht kommen bei genauer Analyse nur solche Vergabebestimmungen, die den Rechtsschutz von Unternehmen i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB bezwecken. Öffentliche Auftraggeber haben jedoch ohnehin derartige Bestimmungen zu beachten, deren Einhaltung im Nachprüfungsverfahren überprüft werden kann. Unter Berücksichtigung dieses funktionalen Zusammenhangs zwischen dem Vergabe- und dem Lauterkeitsrecht muss es als methodisch problematisch betrachtet werden, dass vermeintliche Schutzlücken durch den unmittelbaren Rückgriff auf das Lauterkeitsrecht, insbesondere §§ 3 und 3a UWG, geschlossen werden. Folglich dürfte die Bedeutung der Diskussion um die Funktion des Lauterkeitsrechts im Rahmen des Vergaberechts gering sein, weil im Falle eines Wettbewerbsverstößes immernoch die Berufung auf den bieterschützenden Grundsatz der Gleichbehandlung oder der Transparenz verbleibt.

II. Überprüfbarkeit von Wettbewerbsverstößen in Vergabe- sowie Nachprüfungsverfahren

Zunächst ist problematisch, ob bzw. inwieweit kartellrechtliche Verstöße im Rahmen von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren berücksichtigt werden können. Weder die Vergabestellen noch die Nachprüfungsinstanzen können wegen ihrer eingeschränkten Ermittlungs- und Zugriffsinstrumente sowie des Zeitdrucks die Prüfung von Kartellrechtsverstößen zuverlässig vornehmen. Diese Kartell-

¹ OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 68, 72.

rechtsverstöße zu prüfen, ist Aufgabe der Kartellbehörden. Bietern ist es aber unbelassen, neben der Anrufung der Kartellbehörden auch kartellrechtliche Ansprüche vor den Kartellgerichten zu verfolgen.

Weiter ist auch problematisch, ob bzw. inwieweit das Lauterkeitsrecht in den Prüfungsrahmen der Nachprüfungsinstanzen einzubeziehen ist. Den vergaberechtlichen Ausgangspunkt dafür bildet § 156 Abs. 2 GWB, wonach auch sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, ausschließlich vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden können. Derartige Ansprüche dürfen nur solche im Vertikalverhältnis zwischen Bietern und dem Auftraggeber sein. Ausgeschlossen ist daher die Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche gegen einen Wettbewerber. Zuständig hierfür sind die ordentlichen Gerichte. Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Gebots zur Bekämpfung unlauterer Verhaltensweisen. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Auftraggeber sind hingegen grundsätzlich vor den Vergabekammern geltend zu machen. Die praktische Bedeutung der Durchsetzung solcher Ansprüche ist aber gering. Denn das Vergaberecht selbst verfügt bereits über Instrumente, mit denen unlautere Verhaltensweisen von Auftraggebern ohne den Umweg über das Lauterkeitsrecht unterbunden werden können.

Schließlich ist problematisch, ob innerhalb eines Vergabe- oder Nachprüfungsverfahrens die Feststellung eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsvorschriften getroffen werden kann. Besteht ein Verstoß gegen eine kommunalrechtliche Marktzutrittsnorm, so ist es nicht Sache der Vergabestellen und der Nachprüfungsinstanzen, den Verstoß zu unterbinden. Derartige Verstöße zu sanktionieren, ist vielmehr Sache der Verwaltungsgerichte. Ein anderes Ergebnis resultiert auch nicht aus dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgedanken. Nicht in Betracht kommen gleichermaßen Unterlassungsansprüche aus dem Lauterkeitsrecht, weil die Marktzutrittsvorschriften bloße Marktzutrittsregelungen darstellen und deren Verletzung somit nicht den Tatbestand des § 3a UWG erfüllt.

Literaturverzeichnis

- Aicher*, Josef: Die Verfahrensgrundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013, Kap. 12 (zitiert: *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 12).
- Antweiler*, Clemens: Neues zur Rügeobliegenheit und zu öffentlich-rechtlichen Marktzugangsbeschränkungen, NZBau, 2020, S. 761 ff.
- Antweiler*, Clemens: Kommentierung zu § 118 GWB, § 120 GWB, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Antweiler*, Clemens: Kommentierung zu § 97 Abs. 4 GWB, § 181 GWB, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht).
- Antweiler*, Clemens: Kommentierung zu § 97 Abs. 3 GWB, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: *Antweiler*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht).
- Antweiler*, Clemens: Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2008, S. 352 ff.
- Antweiler*, Clemens: Öffentliche Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren, VergabeR 2001, S. 259 ff.
- Bach*, Albrecht: Kommentierung zu § 32a GWB, § 32b GWB, § 54 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Basedow*, Jürgen: Das Sozialmodell von Lissabon – Solidarität statt Wettbewerb?, EuZW 2008, S. 225.
- Basedow*, Jürgen: Der Staat als Nachfrager – Eine ordnungspolitische Analyse des Vergaberechts, in: Blaurock, Der Staat als Nachfrager, Tübingen 2008 (zitiert: *Basedow*, Der Staat als Nachfrager).
- Baudis*, Ricarda: Zur gemeinsamen Beschaffung öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe der Richtlinie 2014/24/EU und deren Umsetzung sowie ihren Grenzen, VergabeR 2016, S. 425 ff.
- Behrens*, Peter: Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht. Eine systematische Darstellung der Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung der EU, Heidelberg 2017 (zitiert: *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht).
- Behrens*, Peter: Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, S. 193.

- Bormann*, Guido: Kommentierung zu § 156 GWB, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2018 (zitiert: *Bormann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht).
- Braun*, Christian: Kommentierung zu § 134 GWB, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Braun*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Brüning*, Christoph: Die Wege des Rechts sind verschlungen – Wettbewerbsrelevante Betätigung der öffentlichen Hand und Rechtsschutz, NVwZ 2012, S. 671 ff.
- Bundeskartellamt: Der Staat als Unternehmer – (Re-)Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext, 2014 (zitiert: BKartA, Der Staat als Unternehmer).
- Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur: Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl., 2015 (zitiert: BKartA/BNetzA, Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen).
- Bungenberg*, Marc: Kommentierung zu § 113 GWB, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht).
- Bungenberg*, Marc: Kommentierung zu Vor §§ 97 ff. GWB, § 97 GWB, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009 (zitiert: *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).
- Bungenberg*, Marc: Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme – Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Tübingen 2007 (zitiert: *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme).
- Bunte*, Hermann-Josef: Kartellrecht, 2. Aufl., München 2008 (zitiert: *Bunte*, KartellR).
- Burbulla*, Rainer: Aufhebung der Ausschreibung und Vergabenachprüfungsverfahren, ZfBR 2009, S. 134 ff.
- Burgi*, Martin: Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 1. Aufl., München 2016 (zitiert: *Burgi*, Vergaberecht).
- Burgi*, Martin: Die Zukunft des Vergaberechts, NZBau 2009, S. 609 ff.
- Burgi*, Martin: Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, S. 29 ff.
- Burgi*, Martin: Mittelstandsfreundliche Vergabe – Möglichkeiten und Grenzen (Teil 2), NZBau 2006, S. 693 ff.
- Burgi*, Martin: Das Kartellvergaberecht als Sanktions- und Rechtsschutzzinstrument bei Verstößen gegen das kommunale Wirtschaftsrecht?, NZBau 2003, S. 539 ff.
- Burgi*, Martin: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 ff.
- Byok*, Jan: Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2008, NJW 2009, S. 644 ff.
- Cecchini*, Paolo: Europa '92. Der Vorteil des Binnenmarkts, Baden-Baden 1988.
- Conrad*, Gunnar: Kommentierung zu § 39 VgV, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar, 5. Aufl., Köln 2017 (zitiert: *Conrad*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO).

- Conrad*, Gunnar: Kommentierung zu § 124 GWB, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, Köln 2016 (zitiert: *Conrad*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht).
- Csaki*, Alexander: Kommentierung zu § 118 GWB, § 127 GWB, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2018 (zitiert: *Csaki*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht).
- Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fachbereich WD 7: Zulässigkeit von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand, Sachstand WD 7 – 3000 – 160/16, Abschluss der Arbeit: 31. Oktober 2016 (zitiert: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zulässigkeit von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand).
- Dicks*, Heinz-Peter: Kommentierung zu § 160 GWB, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Dicks*, Heinz-Peter: Kommentierung zu § 97 Abs. 6 GWB, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2016 (zitiert: *Dicks*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht).
- Diemon-Wies*, Ingeborg: Kommentierung zu § 156 GWB, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, Köln 2016 (zitiert: *Diemon-Wies*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht).
- Diemon-Wies*, Ingeborg: Kommentierung zu § 102 GWB, § 104 GWB, in: Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Diemon-Wies*, in: Hattig/Maibaum, Kartellvergaberecht).
- Dittmann*, Kerstin: Kommentierung zu Vor § 155 GWB, § 155 GWB, § 156 GWB, § 157 GWB, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Dörr*, Oliver: Kommentierung zu § 97 Abs. 2 GWB, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht).
- Dreher*, Meinrad: Kommentierung zu Vorb. zu §§ 97 ff. GWB, § 97 GWB, § 113 GWB, § 114 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Dreher*, Meinrad: Andere Rechtsgebiete als Vorfrage im Vergaberecht, NZBau 2013, S. 665 ff.
- Dreher*, Meinrad: Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2005, S. 427 ff.
- Egger*, Alexander: Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008.
- Emmerich*, Volker: Kommentierung zu § 32 GWB, § 33 GWB, § 130 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Emmerich*, Volker: Kartellrecht, 11. Aufl., München 2008 (zitiert: *Emmerich*, KartellR).

- Ennuschat, Jörg*: Kommunalwirtschaftsrecht – Prüfungsmaßstab im Vergaberechtschutz?, NVwZ 2008, S. 966 ff.
- Eucken, Walter*: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990.
- Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum vom 3.3.2010, KOM (2010), 2020 endg.
- Europäische Kommission: Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2016/C 262/01 (zitiert: Europäische Kommission, Bekanntmachungsentwurf zum Begriff der staatlichen Beihilfe).
- Europäische Kommission: Mitteilung der EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/01 (zitiert: Europäische Kommission, Horizontal-Leitlinien).
- Europäische Kommission: Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/01 (zitiert: Europäische Kommission, Vertikal-GVO).
- Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009/C 45/02 (zitiert: Europäische Kommission, Prioritätenmitteilung).
- Europäische Kommission: Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. 2006/L 318/17 (zitiert: Transparenzrichtlinie).
- Europäische Kommission: Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004/C 101/07 (zitiert: Europäische Kommission, Leitlinien Zwischenstaatlichkeit).
- Europäische Kommission: Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004/C 101/08 (zitiert: Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3).
- Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000/C 121/2.
- Europäische Kommission: Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, Luxemburg 1985 (zitiert: Europäische Kommission, Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes).
- Fehling, Michael*: Kommentierung zu § 97 GWB, § 129 GWB, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UvG, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht).

- Fehling*, Michael: Kommentierung zu § 97 GWB, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2015 (zitiert: *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht).
- Fehns-Böer*, Gundula: Kommentierung zu § 97 Abs. 3 GWB, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, Köln 2016 (zitiert: *Fehns-Böer*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht).
- Franzius*, Ingo: Kommentierung zu § 39 VgV, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *Franzius*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht).
- Frenz*, Walter: Bildung, Vorauswahl und Wertung von Aufträgen nach § 97 Abs. 3 bis 5 GWB n.F. im Lichte des Europarechts und aktueller Judikatur, VergabeR 2011, S. 13 ff.
- Frister*, Anne-Christin: Kommentierung zu § 167 GWB, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Frister*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Fuchs*, Andreas: Kommentierung zu § 2 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Fuchs*, Claudia: Öffentliche Vergabe, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 15 (zitiert: *Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 15).
- Fuchs*, Claudia: Vergabewettbewerb als Instrument. Zur Renaissance politischer Instrumentalisierung des Vergaberechts, JRP 2012, S. 288 ff.
- Fülling*, Daniel: Kommentierung zu § 4 VgV, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar, 5. Aufl., Köln 2017 (zitiert: *Fülling*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO).
- Fülling*, Daniel/*Freiberg*, Tobias: Das neue Wettbewerbsregister, NZBau 2018, S. 259 ff.
- Gabriel*, Marc: Bietergemeinschaftsbildung unter Prüfungsvorbehalt: Strengere kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen qua neuer Rechtsprechungstendenz, VergabeR 2012, S. 555 ff.
- Gabriel*, Marc: Neues zum Ausschluss von Bietern und Bietergemeinschaften wegen Mehrfachbeteiligungen: Einzelfallprüfung statt Automatismus, NZBau 2010, S. 225 ff.
- Gabriel*, Marc: Anmerkung zum Beschluss des LSG Baden-Württemberg vom 23.01.2009 – L 11 WB 5971/08 – „Rabattausschreibung“, VergabeR 2009, S. 465 ff.
- Ganske*, Matthias: Kommentierung zu § 103 GWB, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht).
- Gerlach*, Jens: Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber im GWB-Vergaberecht, VergabeR 2020, S. 451 ff.

- Glahs*, Heike: Kommentierung zu § 2 VOB/A, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 6. Aufl., München 2018 (zitiert: *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB).
- Glahs*, Heike: Kommentierung zu § 181 GWB, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht).
- Grave*, Carsten/*Nyberg*, Jenny: Kommentierung zu § 101 Abs.1 AEUV, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).
- Greb*, Klaus: Kommentierung zu § 4 VgV, § 6 VgV, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Gurlit*, Elke: Das Vergaberecht im Spannungsfeld von Kommunalwirtschaftsrecht und Wettbewerbsrecht, VergabeR 2017, S. 221 ff.
- Gurlit*, Elke: Kommentierung zu § 108 GWB, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Gurlit*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht).
- Haak*, Sandra: Vergaberecht in der Energiewende – Teil I. Energieeffiziente Beschaffung und Ausschreibungsmodelle nach dem EEG 2014, NZBau 2015, S. 11 ff.
- Hailbronner*, Kay: Kommentierung zu § 97 GWB, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2011 (zitiert: *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht).
- Hailbronner*, Kay: Öffentliches Auftragswesen, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., München 2009, B. 6 (zitiert: *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU).
- Hänsel*, Tobias: Kommentierung zu § 43 VgV, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Herrmann*, Alexander: Kommentierung zu § 177 GWB, § 53 VgV, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Hertwig*, Stefan: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 6. Aufl., München 2016 (zitiert: *Hertwig*, öffentliche Auftragsvergabe).
- Hertwig*, Stefan: Uneingeschränkte Relevanz des Gemeindewirtschaftsrechts im Vergabenachprüfungsverfahren, NZBau 2009, S. 355 ff.
- Hertwig*, Stefan: Der Staat als Bieter, NZBau 2008, S. 355 ff.
- Hofmann*, Heiko/*Zimmermann*, Manuel: Rechtsrahmen für die Vergabe von Wegenutzungsverträgen im Energiebereich nach der neuen Konzessionsvergaberichtlinie, NZBau 2016, S. 71 ff.
- Hofmann*, Jakob: Kommentierung zu § 107 GWB, in: Müller-Wrede, Taschenkommentar GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Hofmann*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht).

- Horn, Lutz/Hofmann, Heiko*: Kommentierung zu Vorb. § 155 GWB, § 155 GWB, § 156 GWB, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht).
- Horn, Lutz/Hofmann, Heiko*: Kommentierung zu § 102 GWB, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: *Horn/Hofmann*, in: Dreher/Motzke, Vergaberecht).
- Hövelberndt, Andreas*: Kommentierung zu § 42 VgV, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar, 5. Aufl., Köln 2017 (zitiert: *Hövelberndt*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO).
- Huber, Norbert*: Kommentierung zu § 19 VgV, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Huber*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Ibler, Martin*: Kommentierung zu Art. 87 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 88. Ergänzungslieferung August 2019, München (zitiert: *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Einl. I, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019 (zitiert: *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Kartellrecht).
- Jäger, Martin/Graef, Andreas*: Bildung von Bietergemeinschaften durch konkurrierende Unternehmen, NZBau 2012, S. 213 ff.
- Kadenbach, Wiltrud*: Kommentierung zu § 122 GWB, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Kadenbach*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht).
- Kadenbach, Wiltrud*: Kommentierung zu § 114 GWB, in: Müller-Wrede, Taschenkommentar GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Kadenbach*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht).
- Kalinowsky, Marc*: Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, Berlin 2000.
- Kämper, Norbert/Heßhaus, Matthias*: Möglichkeiten und Grenzen von Auftraggebergemeinschaften, NZBau 2003, S. 303 ff.
- Kau, Marcel*: Kommentierung zu § 97 GWB, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2018 (zitiert: *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht).
- Kaufmann, Marcel*: Kommentierung zu § 124 GWB, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *Kaufmann*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht).
- Kersten, Jens*: Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDstRL 2010, S. 288 ff.

- Kirchhof*, Gregor: Das Öffentliche Wettbewerbsrecht – eine Neuvermessung, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 1 (zitiert: *Kirchhof*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1).
- Kirchhof*, Gregor/*Korte*, Stefan/*Magen*, Stefan/*Fetzer*, Thomas/*Fuchs*, Claudia/*Gärditz*, Klaus Ferdinand/*Ohler*, Christoph/*Schorkopf*, Frank/*Thiele*, Alexander/*Unger*, Sebastian/*Wollenschläger*, Ferdinand: Grundlagen des Öffentlichen Wettbewerbsrechts, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 4 (zitiert: *Kirchhof u. a.*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4).
- Kirchner*, Christian: Zur Ökonomik des Vergaberechts – § 97 GWB im Lichte der ökonomischen Theorie, VergabeR 2010, S. 725 ff.
- Klaue*, Siegfried: Kommentierung zu § 48 GWB, § 52 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Klaue*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Kling*, Michael: Kommentierung zu § 125 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 4, GWB, Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2021 (zitiert: *Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Vergaberecht).
- Kling*, Michael: Vergaberecht und Kartellrecht – Eine Analyse der Entscheidungspraxis im Zeitraum 2015 bis 2018, NZBau 2018, S. 715 ff.
- Klose*, Tobias: Kap. 10, § 51, § 52, § 53, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Klose*, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 10).
- Knauff*, Matthias: Effektiver Vergaberechtsschutz – europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013, Kap. 25 (zitiert: *Knauff*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kap. 25).
- Koenig*, Christian/*Haratsch*, Andreas: Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003, S. 2637 ff.
- Köhler*, Helmut: Kommentierung zu § 2 UWG, § 3a UWG, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, 38. Aufl., München 2020 (zitiert: *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG).
- Köhler*, Helmut: Das neue UWG, NJW 2004, S. 2121 ff.
- Köhler*, Helmut: Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt?, GRUR 2001, S. 777 ff.
- Köhler*, Helmut/*Steindorff*, Ernst: Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, S. 1705 ff.
- Kühnen*, Jürgen: Kommentierung zu § 18 GWB, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Kühnen*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).

- Kus*, Alexander: Kommentierung zu § 156 GWB, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2016 (zitiert: *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht).
- Kus*, Alexander: Kommentierung zu § 97 Abs. 2 GWB, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht).
- Landsberg*, Gerrit: Kommentierung zu § 156 GWB, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UvgO, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht).
- Langen*, Eugen/*Bunte*, Hermann-Josef: Einf. zum GWB, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Köln 2006 (zitiert: *Langen/Bunte*, in: Langen/Bunte, KartellR).
- Latzel*, Clemens: Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, S. 673 ff.
- Laumann*, Daniel Thomas/*Scharf*, Jan Peter: Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes und ihre Überprüfung im Primärrechtsschutz, VergabeR 2013, S. 539 ff.
- Lausen*, Irene: Kommentierung zu § 60 VgV, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht).
- Leinemann*, Eva-Dorothee: Erhöht sich der Prüfaufwand bei Angeboten von Bietergemeinschaften für die Vergabestellen?, VergabeR 2015, S. 281 ff.
- Leinemann*, Ralf: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Aufl., Köln 2016 (zitiert: *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge).
- Lettl*, Tobias: Kartellrecht, 3 Aufl., München 2013 (zitiert: *Lettl*, KartellR).
- Losch*, Alexandra: Brennpunkt „Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte“ – Der status quo, VergabeR 2006, S. 298 ff.
- Lübbig*, Thomas: Kap. 2, § 9, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Lübbig*, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 2).
- Lux*, Johannes: Kommentierung zu § 97 GWB, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, Köln 2016 (zitiert: *Lux*, in: Müller-Wrede, Vergaberecht).
- Lux*, Johannes: Kommentierung zu § 121 GWB, § 122 GWB, in: Müller-Wrede, Taschenkommentar GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Lux*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht).
- Magen*, Stefan: Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 2 (zitiert: *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2).
- Mann*, Thomas: Kommunales Wirtschaftsrecht als Vorfrage des Vergaberechts?, NVwZ 2010, S. 857 ff.

- Marx*, Fridhelm: Kommentierung zu Vor § 102 GWB, § 104 GWB, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, 1. Aufl., München 2001 (zitiert: *Marx*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB-Kommentar).
- Masing*, Tobias: Kommentierung zu § 97 GWB, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht).
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim/*Schweitzer*, Heike: Kommentierung zu Einl. Beihilfenrecht und Art. 107 AEUV, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfenrecht, 5. Aufl., München 2016 (zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Beihilferecht).
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim/*Schweitzer*, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014 (zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht).
- Michallik*, Florian: Problemfelder bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht, VergabeR 2011, S. 683 ff.
- Möllenkamp*, Christian: Kommentierung zu § 160 Abs. 1 GWB, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2016 (zitiert: *Möllenkamp*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht).
- Monopolkommission: Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. Achtzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009 (zitiert: Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009).
- Müller-Graff*, Peter-Christian: Verfassungsziele der Europäischen Union, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 49. Ergänzungslieferung November 2019, München, Abschn. A. I. (zitiert: *Müller-Graff*, in: Dausen/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht).
- Müller-Wrede*, Malte: Kommentierung zu § 97 GWB, § 102 GWB, § 104 GWB, § 105 GWB, in: Müller-Wrede, Taschenkommentar GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht).
- Müller-Wrede*, Malte: Die Wertung von Unterpreisangeboten – Das Ende einer Legende, VergabeR 2011, S. 46 ff.
- Nordemann*, Jan Bernd: Kommentierung zu § 1 GWB, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).
- OECD: Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, 2019.
- OECD: Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, 2009.
- Ohly*, Ansgar: Kommentierung zu § 3a UWG, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 7. Aufl., München 2016 (zitiert: *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG).
- Opitz*, Marc: Kommentierung zu § 122 GWB, § 124 GWB, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht).

- Ortner*, Roderic: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 28.05.2020 – C-796/18 – „ISE GmbH“, *VergabeR* 2020, S. 743 ff.
- Ortner*, Roderic: Wirtschaftliche Betätigung des Staates und Vergaberecht, *VergabeR* 2009, S. 850 ff.
- Otting*, Olaf: Eignungs- und Zuschlagskriterien im neuen Vergaberecht, *VergabeR* 2016, S. 316 ff.
- Overbuschmann*, Benedikt: Verstößt die Verabredung einer Bietergemeinschaft gegen das Kartellrecht?, *VergabeR* 2014, S. 634 ff.
- Pfannkuch*, Benjamin: Das bundesrechtliche Wettbewerbsregistergesetz – Überblick und Bedeutung im Vergabeverfahren, *ZfBR* 2018, S. 342 ff.
- Pietzcker*, Sören/*Brethauer*, Stefan: Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: Stober, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Stuttgart 2007, Kap. 3 § 5 (zitiert: *Pietzcker/Brethauer*, in: Stober, Wirtschaftsrecht).
- Poschmann*, Verena: Kommentierung zu § 21 VgV, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar, 5. Aufl., Köln 2017 (zitiert: *Poschmann*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO).
- Prieß*, Hans-Joachim/*Friton*, Pascal/*von Rummel*, Leonard: Der „böse Schein“ im Vergabeverfahren – Widerlegbarkeit von Interessenkonflikten in Vergabeverfahren nach EnWG und GWB, *NZBau* 2019, S. 690 ff.
- Pünder*, Hermann: Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, *VerwArch* 2004, S. 38 ff.
- Quellmalz*, Jens Holger: Kommentierung zu § 48 GWB, § 52 GWB, § 54 GWB, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Quellmalz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).
- Rechten*, Stephan: Kommentierung zu § 39 VgV, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, Köln 2017 (zitiert: *Rechten*, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV).
- Rehbinder*, Eckard: Kommentierung zu § 32b GWB, § 33 GWB, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).
- Reidt*, Olaf: Kommentierung zu § 160 GWB, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Reidt*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht).
- Riesenkampff*, Alexander/*Steinbarth*, Sebastian: Kommentierung zu § 42 GWB, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR).
- Rittner*, Fritz/*Dreher*, Meinrad/*Kulka*, Michael: Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 8. Aufl., Heidelberg 2014 (zitiert: *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht).
- Röwekamp*, Hendrik: Kommentierung zu § 7 VgV, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, Köln 2017 (zitiert: *Röwekamp*, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV).

- Ruthig, Josef/Storr, Stefan*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015 (zitiert: *Ruthig/Storr*, ÖffWiR).
- Schaffert, Wolfgang*: Kommentierung zu § 3a UWG, in: Heermann/Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zitiert: *Schaffert*, in: Heermann/Schlingloff, MüKo-UWG).
- Schimanek, Peter*: Der Anspruch des potentiellen Bieters auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, ZfBR 2002, S. 39 ff.
- Schindler, Sven*: Wettbewerbsrechtlicher Unternehmensbegriff des EuGH im Rahmen des Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV), KommJur 2011, S. 126 ff.
- Schink, Alexander*: Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129 ff.
- Schmidt, Ingo*: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005 (zitiert: *Schmidt*, Wettbewerbspolitik).
- Schmidt, Reiner*: Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV (Aufgaben des Staates), 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: *Schmidt*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 92).
- Schulte, Julia/Voll, Maximilian*, Das Bietergemeinschaftskartell im Vergaberecht – Drum prüfe, wer sich (ewig) bindet, ZfBR 2013, S. 223 ff.
- Siegel, Thorsten*: Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes, DÖV 2007, S. 237 ff.
- Sosnitza, Olaf*: Kommentierung zu § 1 UWG, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 7. Aufl., München 2016 (zitiert: *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG).
- Stadler, Christoph*: Kommentierung zu § 130 GWB, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Köln 2006 (zitiert: *Stadler*, in: Langen/Bunte, KartellR).
- Steck, Matthias*: Kommentierung zu § 168 GWB, § 178 GWB, § 60 VgV, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Stein, Roland M./Friton, Pascal/Huttenlauch, Anna Blume*: Kartellrechtsverstöße als Ausschlussgründe im Vergabeverfahren, WuW 2012, S. 38 ff.
- Stein, Roland M./Huttenlauch, Anna Blume*: Die OECD-Empfehlungen zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen – Wichtige Orientierungen für die vergaberechtliche Praxis, NZBau 2016, S. 728 ff.
- Sterner, Frank*: Kommentierung zu § 28 a VOB/A, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, 1. Aufl., München, 2001 (zitiert: *Sterner*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB-Kommentar).

- Stickler*, Thomas: Kommentierung zu § 18 a VOB/A, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 3. Aufl., München 2010 (zitiert: *Stickler*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB).
- Stockenhuber*, Peter: Kommentierung zu Art. 101 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 64. Ergänzungslieferung 2018, München (zitiert: *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU).
- Stockmann*, Kurt: Kommentierung zu § 104 GWB, § 105 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Stolz*, Bernhard: Kommentierung zu § 124 GWB, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Theobald*, Christian/*Kafka*, Axel: Vergabe von Verkehrsverträgen im Rahmen des SPNV, NZBau 2002, S. 603 ff.
- Thiele*, Alexander: Verhaltens- und Strukturkontrolle, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2014, § 5 (zitiert: *Thiele*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 5).
- Thomas*, Stefan: Kommentierung zu Vorb. zu § 35 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Ullmann*, Eike: Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, S. 817 ff.
- Ulshöfer*, Matthias: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung, VergabeR 2016, S. 327 ff.
- Vavra*, Maria: Kommentierung zu § 16 VOB/A, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) Nr. 1370/2007, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: *Vavra*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Völlink*, Uwe-Carsten: Kommentierung zu § 7 VgV, § 39 VgV, in: Ziekow/Völlink: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, Vergaberecht, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Wanderwitz*, Maximilian: Bietergemeinschaften – verbotene Kartelle? Eine dogmatische und praxisgerechte Untersuchung aus kartellrechtlicher Perspektive, WRP 2016, S. 684 ff.
- Weyand*, Rudolf: Vergaberecht. Praxiskommentar zu GWB, VgV, VOB/A, VOL/A, VOF, 2. Aufl., München 2007 (zitiert: *Weyand*, Vergaberecht).
- Wiedemann*, Gerhard: Kap. 1, § 1, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Wiedemann*, in: Wiedemann, KartellR, Kap. 1).
- Wiedemann*, Jörg: Kommentierung zu § 97 Abs. 3 GWB, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2016 (zitiert: *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht).

- Wiedemann, Jörg*: Die Bietergemeinschaft im Vergaberecht, ZfBR 2003, S. 240 ff.
- Wolf, Maik*: Ausschreibungspflichten bei Selbstvornahme und interkommunaler Zusammenarbeit, VergabeR 2011, S. 27 ff.
- Ziekow, Jan*: Einl. GWB, Kommentierung zu § 97 GWB, § 103 GWB, § 108 GWB, § 122 GWB, § 127 GWB, § 128 GWB, § 129 GWB, § 2 EU VOB/A, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, UVgO, VOB/A, VOL/A, VO(EG) 1370, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht).
- Ziekow, Jan*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., München 2016 (zitiert: *Ziekow*, ÖffWiR).
- Ziekow, Jan*: Soziale Aspekte in der Vergabe – Von der „Vergabefremdheit“ zur europäischen Regelung, DÖV 2015, S. 897 ff.
- Ziekow, Jan*: Die vergaberechtlich zulässige Vertragslaufzeit bei komplexen PPP-Modellen, VergabeR 2006, S. 702 ff.
- Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten*: Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, ZfBR 2004, S. 30 ff.
- Zimmer, Daniel*: Kommentierung zu § 1 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht).
- Zinger, Christoph*: Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts – Am Beispiel der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen nach §§ 46 ff. EnWG, VergabeR 2020, S. 20 ff.

Sachwortverzeichnis

- Aufsichtsbehörden 121 f.
Auftraggeber, Begriff 139
Ausschlussgründe 31, 72 ff., 170
- Beihilferecht 32
Bietergemeinschaft 84 ff.
Bieterwettbewerb 25 f., 47
- Einkaufsgemeinschaft 156
- fehlende Zuverlässigkeit 169 f.
- Geheimwettbewerb 68
Gleichbehandlungsgrundsatz 50 ff.
Grundfreiheiten 20
- haushaltsrechtliche Lösung 110, 143
hinreichende Anhaltspunkte 150
- innovative, soziale und umweltbezogene Aspekte 41 ff.
Interessenkonflikte 57 ff.
- Kartellbehörden 124 ff.
kartellrechtliche Verstöße 156
kollektive Marktbeherrschung 158
Kommunalwirtschaftsrecht 166
- langfristiger sozialer Wohlfahrtsansatz 47, 74
Lauterkeit im Wettbewerb 65
lauterkeitsrechtliche Ansprüche 162 ff.
Leistungsbestimmungsrecht 55
- marktbedingte Ungleichheiten 76 f.
marktbeherrschende Stellung 48, 132, 158, 161
Marktverhaltensregelungen 31, 135
Marktzutrittsregelungen 166 ff.
- Nachfragemacht 47, 55
Nachhaltigkeitsstrategie 47, 75
- öffentliche Unternehmen 77
- potentielle Wettbewerber 51
Projektanten 78
- Rechtsbruch 31, 134, 163
- Schrankentrias 34
subjektive Rechte 144 f.
Submissionsabsprachen 81, 83 ff.
- Transparenzgrundsatz 59 ff.
- Unternehmen, Begriff 29, 83, 144 f.
- Vergabekammern 116 ff.
Vergabeprüfstellen 123
Vergabeverfahren, Begriff 139 ff.
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 65 ff.
- wachstumsfördernde Innovation 42
wettbewerbsbeschränkende Abreden 80 ff.
wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen 40 f., 168
wettbewerbsrechtliche Lösung 112

- | | | | |
|--------------------------------|------------------|---------------------------|---------|
| Wettbewerbsregeln | 22 | Wettbewerbsziel | 37 ff. |
| Wettbewerbsregister | 74 f. | wirksamer Wettbewerb | 24 |
| Wettbewerbsverstöße | 142 ff., 153 ff. | Wirtschaftsteilnehmer | 77 |
| Wettbewerbsvorsprünge | 76 ff. | | |
| Wettbewerbswidrigkeit, Begriff | 40 | zivilrechtliche Ansprüche | 131 ff. |