

**Öffentliche Anhörung des Bundestagsausschusses
für Wirtschaft und Technologie
Berlin 13.10.2008**

**Stellungnahme zu dem Entwurf der
Bundesregierung für ein Gesetz zur
Modernisierung des Vergaberechts**

**Hermann Summa
Richter am Oberlandesgericht
OLG Koblenz**

A) Zusammenfassung:

Die Stellungnahme beschränkt sich auf den Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts. Zu den in mehreren Anträgen formulierten (politischen) Zielen möchte ich mich nicht äußern.

1. Aus Sicht eines in Vergabesachen tätigen Richters enthält der Gesetzentwurf überwiegend begrüßenswerte Neuregelungen. Hervorzuheben sind

- die „Ahlhorn-Klausel“ (die ich für EU-rechtskonform halte)
- die Übernahme der Regelungen zur Informationspflicht und zur Nichtigkeit aus der VgV in das GWB (§§ 101a, 101b GWB-E)
- die Erweiterung der Rügepräklusion in § 107 Abs. 3 Nrn. 3 GWB-E
- die Änderung des § 124 Abs. 2 GWB.

2. Einige der grundsätzlich begrüßenswerten Regelungen sollten sprachlich-redaktionell überarbeitet und/oder ergänzt werden.

3. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB-E ist systemwidrig und im Grunde genommen überflüssig. Außerdem werden Erwartungen geweckt, die insbesondere die kommunalen Auftraggeber nicht erfüllen können.

4. § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB-E könnte zu Verzögerungen des Vergabeverfahrens führen, weil sie voreilige Nachprüfungsanträge provoziert.

5. Für eine Neufassung der Abwägungskriterien in den §§ 115 Abs. 2, 118 Abs. 2, 121 Abs. 1 GWB besteht kein Bedürfnis, weil sich die vorhandenen Regelungen in der Praxis bewährt haben und kein Problem bekannt ist, welches durch die Neufassung gelöst werden sollte. § 115 Abs. 2 GWB-E ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich.

6. Die Verkürzung der Frist des § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB ist abzulehnen, weil sie kontraproduktiv wäre.

7. Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens sollte in § 120 Abs. 2 GWB nicht auf § 78 GWB verwiesen werden, sondern – der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes folgend – auf §§ 91 f. ZPO.

B) Vorschläge für sprachliche Änderungen/Ergänzungen:

1. § 99 Abs. 1 GWB-E

Es ist zu begrüßen, dass die durch die „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf hervorgerufene Verunsicherung insbesondere der Kommunen durch eine klarstellende Neudefinition des Auftragsbegriffes beseitigt werden soll. Zur Vermeidung unliebsamer Überraschungen sollte aber der Vorschlag des Bundesrates (Drucks. S. 40) aufgegriffen und in § 99 Abs. 1 GWB eine Regelung getroffen werden, die alle denkbaren Auftragsvarianten erfasst und nicht auf Bauaufträge beschränkt ist.

2. § 99 Abs. 6 GWB-E

Ich halte es für sinnvoll, deutlicher hervorzuheben, dass dem Auftragnehmer (Konzessionär) immer ein an sich dem Auftraggeber zustehendes Nutzungsrecht übertragen wird und schlage deshalb vor:

Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt darin besteht, dass der Auftraggeber das ihm zustehende Recht auf Nutzung der baulichen Anlage befristet auf den Auftragnehmer überträgt, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises.

Damit wäre unmissverständlich klargestellt, dass ein Investor, der auf einem erworbenen Grundstück baut, nie Konzessionär des Verkäufers sein kann, denn sein originäres Nutzungsrecht ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 GG, § 903 BGB.

3. § 101b Abs. 2 GWB-E

Um diese Norm „EU-fest“ zu machen, schlage ich vor, Art. 2 f Abs. 1 lit. a (1. Spiegelstrich) der Rechtsmittelrichtlinie vollständig umzusetzen und als Satz 3 anzufügen:

„Wurde der Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben, gilt Satz 2 nur, wenn der Auftraggeber zugleich mitteilt, warum er von einer Bekanntmachung abgesehen hatte.

4. § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E

Erkennbare, aber eben noch nicht erkannte Vergaberechtsverstöße (für erkannte gilt Nr. 1) kann man nicht unverzüglich rügen. Wann soll denn die Rügefrist beginnen, nach deren Ablauf Rügepräklusion eintritt? Es ist völlig ausreichend, auch hier – wie bei Nr. 2 – daran anzuknüpfen, dass sich der Bieter innerhalb der Angebotsfrist nicht mit der gebotenen Sorgfalt mit den Vergabeunterlagen befasst hat, das Unterbleiben der Rüge also auf vorwerfbare Unkenntnis des Vergaberechtsverstößes zurückzuführen ist. Es genügt deshalb zu regeln:

3. aufgrund der Vergabeunterlagen erkennbare Verstöße gegen das Vergaberecht nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt wurden (nicht: werden, da bei Einreichung eines Nachprüfungsantrags die Angebotsfrist längst abgelaufen ist).

C) § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB-E

1. Nach § 25 VOB/A bzw. § 25 VOL/A hat die Wertung der Angebote in 4 Schritten zu erfolgen. Zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung passen nicht in dieses System.

2. Die Begründung des Regierungsentwurfs lässt offen, wie öffentliche Auftraggeber, aber auch die Nachprüfungsbehörden mit den zusätzlichen Anforderungen umgehen sollen. Leistungsbeschreibung, personenbezogene Eignungskriterien und sachbezogene Zuschlagskriterien werden vermengt. Im Grunde genommen belegen die ange-

fürten Beispiele, dass die EU-rechtlich (Art. 26 VKR) zwar zulässige, aber nicht zwingende Neuregelung nicht nur unsystematisch, sondern auch überflüssig wäre.

a) Auch der öffentliche Auftraggeber ist Kunde und bestimmt alleine darüber, wie der Leistungs- oder Liefergegenstand beschaffen sein soll. Er ist bereits nach geltendem Recht nicht daran gehindert, beispielsweise

- „Ökostrom“ zu bestellen
- die Verwendung bestimmter Materialien vorzugeben (Holzfenster) oder zu untersagen (Tropenholz)
- Schadstoffobergrenzen für einzukaufende Fahrzeuge festzulegen
- Recycling-Papier einzukaufen.

Es genügt eine entsprechende Leistungsbeschreibung, die lediglich den in § 8 VOL/A bzw. § 9 VOB/A normierten Anforderungen Rechnung tragen muss.

b) Bereits nach heutigem Recht kann der Auftraggeber die Eignung eines Bieters verneinen, der keine Gewähr für die Einhaltung der Gesetze bei der Ausführung des Auftrags bietet. Selbstverständlich muss jeder Auftragnehmer auch die inländische Arbeitsrechtsordnung beachten, zu der beispielsweise Tarifverträge im Sinne des § 5 TVG gehören.

c) Die Verdingungsordnungen räumen dem Auftraggeber einen weiten Spielraum bei der Gestaltung der Zuschlagskriterien ein. Er kann beispielsweise bei der Ausschreibung eines Stromlieferungsvertrages „Punktzuschläge“ vorsehen für den Fall, dass ein bestimmter Prozentsatz aus Wasserkraftwerken stammt. Auch andere vom Auftraggeber für wünschenswert erachtete Faktoren wie geringer Energieverbrauch dürfen in die Wertung einfließen.

d) Die – übrigens in Art. 26 VKR nicht erwähnten – „innovativen“ Aspekte, die sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben sollen, sind so etwas wie ein schwarzer Schimmel. Innovationen sind in der Regel Leistungsvarianten, die der Auftraggeber deshalb nicht über die Leistungsbeschreibung bestellt, weil er sie nicht kennt. Die

Verdingungsordnungen weisen heute schon die Wege für die Beschaffung von Neuheiten: funktionale Leistungsbeschreibung oder Zulassung von Nebenangeboten.

3. Es ist nicht sinnvoll zu versuchen, über das Vergaberecht Unternehmer zur Erfüllung bestimmter Quoten (für Frauen, Auszubildende, Behinderte, Langzeitarbeitslose usw.) zu zwingen. Bei langfristigen Verträgen etwa auf dem Gebiet der Abfallentsorgung kann man vom Auftragnehmer nicht verlangen, dass er sich heute schon auf die Personalstruktur im Jahre 2013 festlegt. Auf der anderen Seite hilft es niemandem, wenn er bei Verträgen mit relativ kurzer Ausführungsfrist einen befristeten Arbeitsvertrag als „Quotenmann/frau“ erhält.

4. Das Vergaberecht ist kein geeignetes Instrument zur Bekämpfung der (sozialen) Missstände dieser Welt. Die vorgeschlagene Neuregelung weckt Erwartungen, die insbesondere die – nicht selten unter politischem oder öffentlichem Druck stehenden – kommunalen Vergabestellen vergaberechtskonform nicht erfüllen können. Es ist zu befürchten, dass sie sich als eine Nachprüfungsverfahren provozierende – und damit die Auftragsvergabe verzögernde – Fehlerquelle erweist.

Grund: Es ist dem Auftraggeber verwehrt, ein Vergabekriterium festzulegen, dessen Erfüllung durch die Bieter er nicht nachprüfen kann oder will, denn ein solches Kriterium widerspricht insbesondere dem Transparenzgebot.¹

Wenn er beispielsweise vorgibt, dass bei der Neugestaltung der Außenanlage des Rathauses keine Natursteine verwendet werden dürfen, bei deren Herstellung Kinder ausgebeutet wurden, muss sich auch etwas einfallen lassen, wie er die Einhaltung dieser Vorgabe kontrollieren will. Begnügt er sich mit der Eigenerklärung des Gärtners (was die Vergabeerlasse einiger Bundesländer vorsehen), ist das nicht nur reine Augenwischerei, sondern auch vergaberechtlich sehr bedenklich. Auch amtliche Bescheinigungen aus dem Herkunftsland sind nicht hilfreich, weil es Kinderarbeit hauptsächlich in Staaten gibt, in denen die Korruption weit verbreitet und jede Bescheinigung käuflich ist. Kinderarbeit in Steinbrüchen und Schuldknechtschaft sind beispielsweise in Indien seit Jahrzehnten verboten und trotzdem leider immer noch weit

¹ siehe auch EuGH v. 04.12.2003 - C-448/01- VergabeR 2004, 36.

verbreitet. Nach wie vor gibt es zu wenig unabhängige Organisationen², auf deren Bescheinigungen man sich verlassen kann und die zugleich in der Lage wären, den gesamten Bedarf an Importware in der EU abzudecken.

Statt das Vergaberecht für eine Alibiveranstaltung zu missbrauchen, die vielleicht das Gewissen der Beteiligten beruhigt, tatsächlich aber niemandem nützt, sollte der Auftraggeber von seinem Leistungsbestimmungsrecht als Kunde Gebrauch machen und beispielsweise „Bergische Grauwacke“ oder „Eifel-Basalt-Kopfsteinpflaster“ bestellen. Das mag teurer sein. Es ist aber es ehrlicher als auf ein Ausschreibungsergebnis zu hoffen, das die Verwendung ausländischer Billigprodukte zweifelhafter Herkunft voraussetzt, und das Feigenblatt der Eigenerklärung des Auftragnehmers in der Vergabeakte **abzuheften**.

D) § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB-E

Diese Neuregelung wird wahrscheinlich zu Verzögerungen des Vergabeverfahrens führen, weil sie voreilige Nachprüfungsanträge provoziert. Die Nrn. 1-3 zwingen den Bieter zu Recht, so früh wie möglich zu rügen. Rügt er aber in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens und teilt ihm die Vergabestelle sofort mit, sie helfe nicht ab, müsste er, um sich seine Rechtsschutzmöglichkeiten zu erhalten, alsbald einen Nachprüfungsantrag stellen, ohne zu wissen, ob er überhaupt eine Chance auf Auftragserteilung hätte.

E) Eilverfahren (§§ 115 Abs. 2, 118 Abs. 2, 121 Abs. 1 GWB)

1. Die §§ 115 Abs. 2, 118 Abs. 2, 121 Abs. 1 GWB haben durch die Rechtsprechung eine Auslegung und Anwendung gefunden, die sich bewährt hat. Sie tragen sowohl dem Rechtsschutzinteresse des Bieters³ als auch dem Interesse der Allgemeinheit hinreichend Rechnung. Änderungsbedarf besteht nicht.

² wie z.B. XertifiX

³ BVerfG v. 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03: „Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes enthält in Verfahren, in denen ein Primärrechtsschutz zur Abwendung von Gefahren und möglicher Nachteile begehrt wird, auch das Gebot, dass durch den gerichtlichen Rechtsschutz so weit wie möglich der Schaffung vollendeter Tatsachen zuvor zu kommen ist.“

2. Es liegt nicht an der derzeitigen Regelung, dass Auftraggeber selten Eilanträge stellen. Von wesentlicher Bedeutung dürfte die Befürchtung zusätzlicher Kosten sein, die in Form von Schadensersatz entstehen können, wenn der Eilantrag Erfolg hat (und der Zuschlag erteilt wird), der Nachprüfungsantrag aber später für begründet erklärt wird. Außerdem ist zu beobachten, dass die viele Auftraggeber vernünftigerweise zumindest ein Verfahren vor der Vergabekammer in ihre Zeitplanung einkalkulieren, so dass es schlicht und einfach an der Notwendigkeit für einen Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB fehlt. Mit Blick auf Eilanträge nach § 121 GWB dürften auch die in § 122 GWB normierten Konsequenzen eines erfolglosen Antrags abschreckend wirken.

3. Mit orakelhaften Formulierungen wie: *„Die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrags müssen nicht in jedem Falle Gegenstand der Abwägung sein.“* kann die Praxis nichts anfangen. Im Übrigen halte ich es für ausgeschlossen, dass es jemals einen Fall gab, in dem die *„summarische Prüfung“* der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages die Entscheidung über einen Eilantrag *„ungebührlich“* verzögerte.

4. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 121 Abs. 1 GWB-E (Drucks. S. 29) heißt es:

„Außerdem gibt es – wie beim § 118 Abs. 2 – keinen sachlichen Grund, die Kriterien für die Vorabentscheidung über den Zuschlag im Verfahren vor dem Beschwerdegericht abweichend von den Kriterien für Entscheidung der Vergabekammer über die Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 Abs. 2 zu regeln.“

Diese Aussage ist falsch, weil sie völlig außer Acht lässt, dass die verschiedenen Eilentscheidungen in gänzlich unterschiedlichen Verfahrensstadien ergehen.

a) Der Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB wird üblicherweise in einem frühen Verfahrensstadium gestellt. Wird es der Vergabestelle dann schon gestattet, durch Erteilung des Zuschlags vollendete Tatsachen zu schaffen, wird dem Primärrechtsschutzbegehren des Antragstellers der Boden entzogen, bevor seine Rügen wenigstens einmal von einer dazu berufenen Stelle eingehend geprüft wurden. Das ist auch vor dem

Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴ nur vertretbar, wenn ein **dringendes** Bedürfnis für eine sofortige Auftragserteilung besteht, welches das Interesse an einer vorherigen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens deutlich übersteigt. Dies ist nur der Fall, wenn die rasche Beseitigung von Not- und Problemlagen geboten erscheint.⁵

Es ist meines Erachtens nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vereinbaren, wenn bereits in einem frühen Stadium des Nachprüfungsverfahrens „*das Interesse des Bieters an der Verhinderung des Zuschlags und seiner Beauftragung gegenüber dem öffentlichen Interesse des Auftraggebers an der zügigen Fertigstellung unter Einhaltung des Kostenrahmens zurückstehen muss*“ (Begründung des Regierungsentwurfs Drucks. S. 27). Gesetzliche Fristen wie in § 113 Abs. 1 GWB und das allgemeine Beschleunigungsgebot tragen den Interessen des Auftraggebers, der im Übrigen bei der Planung ein nie auszuschließendes Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren hat⁶, in der Regel⁷ ausreichend Rechnung,

Im Übrigen gilt auch hier: Kryptische Formulierungen wie „*wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist*“ sollten keinen Eingang in Gesetze finden.

b) Im Beschwerdeverfahren, wenn Eilanträge nach §§ 118, 121 GWB gestellt werden, ist die Situation eine völlig andere: Die erste Instanz ist abgeschlossen; manches, über das zu Beginn des Verfahrens gestritten wurde, hat sich erledigt. Es liegt eine Entscheidung vor, in der der noch verfahrensrelevante Sach- und Streitstand nicht nur dargestellt, sondern auch gewürdigt ist. In der Antragsschrift ist dargelegt, was der vor der Vergabekammer Unterlegene an deren Entscheidung auszusetzen hat.

⁴ BVerfG v. 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03

⁵ siehe auch BayObLG v. 23.01.2003 - Verg 2/03

⁶ OLG Jena v. 24.10.2003 - 6 Verg 9/03

⁷ Die durch das Verfahren vor der Vergabekammer regelmäßig entstehende zeitliche Verzögerung beläuft sich auf höchstens 8 Wochen.

Angesichts dessen ist es konsequent, bei der von den Vergabesenaten praktizierten 2-stufigen Prüfung mit den Erfolgsaussichten der Beschwerde zu beginnen. Erweist sich das Rechtsmittel aller Wahrscheinlichkeit nach als unzulässig oder unbegründet, kann dem Antrag schon deshalb nicht entsprochen werden. Umgekehrt ist dem Antrag stattzugeben, wenn alles für die Begründetheit der sofortigen Beschwerde spricht.

Ist bereits im Eilverfahren sicher festzustellen, dass sich die Vergabestelle rechtswidrig verhalten hat, gebührt dem effektiven Primärrechtsschutz selbst dann der Vorrang vor den vom Antragsgegner geltend gemachten wirtschaftlichen Belangen, wenn die Verzögerung der Auftragsvergabe zu erheblichen Mehrkosten führt.⁸ Wer dies kritisiert, sollte bedenken, dass Schadensersatz für den die Nachprüfung begehrenden Bieter (5-10% des Auftragswerts, wenn er den Auftrag eigentlich hätte erhalten müssen) auch zu erheblichen Mehrkosten führt.

Führt die Prüfung auf der 1. Stufe zu keinem klaren Ergebnis, **ist zu fragen**, ob das wirtschaftliche Interesse des die Nachprüfung beantragenden, also Rechtsschutzsuchenden Bieters ausnahmsweise zurücktreten muss, **weil** öffentliche Interessen eine umgehende Auftragsvergabe erforderlich machen. Dies ist beispielsweise bei Rettungsdienstleistungen der Fall.⁹

Diese Handhabung war und ist vernünftig. Sie trägt bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts den Interessen aller Beteiligten hinreichend Rechnung, so dass kein Änderungsbedarf besteht. Eine Neuregelung wäre nur eine Änderung um der Änderung willen.

Im Übrigen wage ich die Prognose, dass die im Regierungsentwurf vorgesehene Hervorhebung der wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers¹⁰ zwar für eine gewisse Zeit zu einer Zunahme von Eilanträgen der Vergabestellen, nicht aber zu einer Änderung der Spruchpraxis führen würde. Insbesondere die Vergabesenate würden

⁸ OLG Düsseldorf v. 25.11.2002 - VII-Verg 56/02

⁹ OLG Naumburg v. 19.10.2000 - 1 Verg 9/00

¹⁰ Entsprechende „Wertungen des Bundesverfassungsgerichts“ (siehe Drucks. S. 27) konnte ich im Beschluss v. 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03 – nicht finden.

auch künftig das Rechtsschutzinteresse eines Bieters, der mit seinem Begehren Erfolg haben könnte, allenfalls ausnahmsweise hinter kaum greifbaren wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers zurücktreten lassen.

F) § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB-E

In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es, die Verkürzung der Frist diene der Verfahrensbeschleunigung (wobei offen bleibt, ob das Vergabeverfahren oder das Nachprüfungsverfahren gemeint ist). Realistisch betrachtet würde sie günstigstenfalls wenigstens nicht das Gegenteil bewirken; wahrscheinlicher ist, dass sie zu einem Verfahrenshemmnis würde. Es gibt nämlich nur 2 Möglichkeiten:

1. Gibt der Vergabesenat dem Verlängerungsantrag statt, ist die Auftragsvergabe blockiert. Dafür ist es völlig unerheblich, ob diese Entscheidung binnen Wochenfrist oder - wie bisher - innerhalb von 2 Wochen ergeht. Auf den zeitlichen Ablauf des Beschwerdeverfahrens hat der Zeitpunkt des Erlasses der Eilentscheidung nicht den geringsten Einfluss. Insoweit würde die Verkürzung weder schaden noch nützen. Anders ausgedrückt: Sie wäre sinnfrei.

2. Eine Beschleunigung des Vergabeverfahrens - und manchmal auch des Nachprüfungsverfahrens - tritt nur ein, wenn der Verlängerungsantrag abgelehnt wird. Der Auftraggeber kann dann den Zuschlag erteilen, obwohl die abschließende gerichtliche Entscheidung über den Nachprüfungsantrag noch aussteht. Damit wird der Bieterschutz erheblich eingeschränkt. Als Richter kann ich dies nur dann vor mir selbst verantworten, wenn eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage vorausgegangen ist. Dafür ist eine Woche völlig unzureichend. Selbst die jetzige 2-Wochenfrist ist knapp bemessen. Eine Halbierung der Frist hätte zwangsläufig zur Folge, dass einem Verlängerungsantrag auch in Fällen stattgegeben würde, in denen es heute zu einer Ablehnung käme. Damit wäre das Gegenteil dessen erreicht, was erreicht werden soll.

Alle Mitglieder anderer Vergabesenate, mit denen ich in jüngerer Zeit Kontakt hatte, sehen dies genauso und lehnen die geplante Neuregelung ebenfalls als kontraproduktiv ab.

G) Kosten des Beschwerdeverfahrens

Nachdem es der Gesetzgeber vor mehr als 10 Jahren vergessen hatte, eine Kostenregelung für das Beschwerdeverfahren zu treffen und es deshalb anfangs zu einigen Irritationen gekommen war, hat der Bundesgerichtshof frühzeitig¹¹ die Linie vorgegeben: Da das Beschwerdeverfahren ein Streitiges Verfahren vor einem ordentlichen Gericht ist, sind die Kostenvorschriften der ZPO entsprechend anzuwenden. Die Umsetzung dieser Vorgabe bereitete den Vergabesenaten keine Probleme, die Sache hat sich längst eingespielt. Dabei sollte es – künftig mit einem Verweis auf die §§ 91 f. ZPO in § 120 Abs. 2 GWB – auch bleiben.

H) „Ahlhorn-Klausel“

1. Das OLG Düsseldorf¹² hat kürzlich dem EuGH mehrere Fragen vorgelegt, von denen es in früheren Entscheidungen behauptet hatte, sie seien vom EuGH längst beantwortet worden.¹³ Der Begründung ist zu entnehmen, dass der Vorlagebeschluss auch eine Reaktion auf den vorliegenden Gesetzentwurf ist, soweit der „Ahlhorn-Rechtsprechung“ der Boden entzogen werden soll. Das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, dass die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen des § 99 GWB nicht mit EU-Recht zu vereinbaren sind.

2. Ich gehe davon aus, dass der EuGH die Fragen so beantworten wird, dass die „Ahlhorn-Klausel“ unangetastet bleibt.

a) Es kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass die VKR und das auf ihr aufbauende nationale Recht nur anwendbar **sind**, wenn der Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers mit einem Unternehmen einem Beschaffungszweck dient. In den Erwägungsgründen der VKR heißt es unter Nr. 2 unmissverständlich:

¹¹ BGH v. 19.12.2000 - X ZB 14/00

¹² Beschluss v. 02.10.2008 - VII-Verg 25/08

¹³ Entgegen früheren Aussagen des OLG Düsseldorf hat sich der EuGH noch nie mit den bei „Investorenverträgen“ im Raum stehenden Fragen befasst. Folglich gibt es auch bisher keine EuGH-Rechtsprechung, die der „Ahlhorn-Klausel“ entgegenstehen könnte.

*„Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die **Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb** zu garantieren.“* (Hervorhebung durch Verfasser).

Außerdem wimmelt es in der VKR von Begriffen wie „öffentlichen Beschaffern“, „Beschaffungsstellen“, „Beschaffungssysteme“, „Beschaffungsvorhaben“ und „Beschaffungsverfahren“.

Die europarechtlichen Vorgaben und die darauf aufbauenden nationalen Vorschriften dienen also allein dem Zweck, ein klar abgegrenztes Segment staatlichen Handelns, nämlich das öffentliche Beschaffungswesen, den Regeln eines europaweiten Wettbewerbs zu unterstellen. Keinesfalls wurde das Vergaberecht neu erfunden.

b) Traditionell liegt ein Beschaffungsvorhaben vor, wenn es der Deckung eines eigenen materiellen Bedarfs des Auftraggebers an einem geldwerten Wirtschaftsgut (Waren, Bau- und sonstige Leistungen) dient. Daran sollten die Vergaberichtlinien nichts ändern. Ihnen ist insbesondere nicht zu entnehmen, dass das Vergaberecht auf die „Beschaffung“ immaterieller Werte wie beispielsweise die Verbesserung des Ortsbildes oder die Förderung der städtebaulichen Entwicklung in eine bestimmte Richtung ausgedehnt werden sollte. Meines Erachtens ist der Begriff „Beschaffen“ nur deshalb nicht in den Vergaberichtlinien definiert, weil dies nicht für notwendig gehalten wurde. Es wurde vielmehr als selbstverständlich vorausgesetzt, dass es immer nur um die Beschaffung geldwerter Wirtschaftsgüter geht.

c) Ein Hinweis auf die Sichtweise des EuGH findet sich in einer Entscheidung, die das OLG Düsseldorf als Beleg für seine Auffassung angeführt hat¹⁴:

„Der entgeltliche Charakter des Vertrages bezieht sich auf die Gegenleistung der öffentlichen Verwaltung für die Ausführung von Bauvorhaben, die Gegenstand des in

¹⁴ EuGH v. 12.07.2001 - C-399/98 (Teatro alla Biccoca)

*Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie genannten Vertrages sind und **der öffentlichen Verwaltung zur Verfügung gestellt werden.***“ (Hervorhebung durch Verfasser)

Das bedeutet meines Erachtens, dass ein Bauauftrag im Sinne der VKR nur vorliegt, wenn der Auftraggeber die Verfügungsgewalt über das fertig gestellte Bauwerk erhält, es ihm also unmittelbar zugute kommt.

d) In einer anderen Entscheidung des EuGH¹⁵ ist zu lesen:

„Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen soll, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten.“

Danach geht es also um die Realisierung des gemeinsamen Markts für Wirtschaftsgüter im Interesse derjenigen, die ganz oder teilweise davon leben, dass öffentliche Auftraggeber bei ihnen Waren oder Leistungen aller Art gegen Entgelt bestellen. Investoren, für sich bauen und nebenbei auch noch ein immaterielles Interesse einer Kommune befriedigen, gehören nicht zu dem geschützten Personenkreis.

e) Das Wort Konzession stammt von dem lateinischen Partizip Perfekt Passiv „concessum“; das entsprechende Verb ist „concedere“ und bedeutet „zugestehen“ oder „erlauben“. Im Wirtschaftsleben gehört zum Wesen einer Konzession, dass eine Person (Konzessionsgeber) einer anderen Person (Konzessionär) eine wirtschaftliche Tätigkeit erlaubt, die diese aus eigenem Recht (so) nicht ausüben dürfte. Bei einer Baukonzession kann die Nutzungsbefugnis des Auftragnehmers deshalb immer ein **abgeleitetes Recht** sein, das ihm vom Auftraggeber als Träger des **originären Rechts** gewährt wird. Dem Auftragnehmer wird als Gegenleistung dafür, dass er das Bauwerk errichtet hat, die Befugnis eingeräumt, *„von den Nutzern des Bauwerks während eines bestimmten Zeitraums eine Vergütung zu verlangen (z. B. in Form von Eintrittsgeldern oder Parkgebühren).* Der Konzessionär erhält seine Entlohnung

¹⁵ Urteil v. 13.12.2007 - C - 337 / 06

*nicht direkt vom öffentlichen Auftraggeber, sondern wird von diesem ermächtigt, die Erträge, die aus der Nutzung des Bauwerks erzielt werden, einzubehalten“.*¹⁶

Vereinfacht ausgedrückt: Dem Konzessionär wird das Recht eingeräumt, Erträge als eigene zu behandeln, die ohne die Konzessionsabrede einem andern zustünden.

Es ist nach meiner Auffassung nicht möglich, einen Investor als Erwerber eines Grundstücks, der mit der Übereignung kraft Gesetzes (Art. 14 Abs. 1 GG, § 903 BGB) auch das originäre Nutzungsrecht an allen Bauwerken erwirbt, die sich auf dem Grundstück befinden oder künftig darauf befinden werden, als Konzessionär des Verkäufers anzusehen.

¹⁶ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht - ABI. 2000/C 121