

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in die Themenstellung	1
I. Ziele gemeinsamer Beschaffung	1
II. Erscheinungsformen gemeinsamer Beschaffung	5
1. Punktueller Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber (Fallgruppe 1)	6
2. Ausgliederung der Beschaffungsgeschäfte auf einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft (Fallgruppe 2)	7
3. Ausgliederung auf eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft (Fallgruppe 3)	9
4. Vollständige Ausgliederung auf eine Beschaffungsgesellschaft in alleiniger privater Trägerschaft (Fallgruppe 4)	9
5. Geschäftsbesorgungsmodell (Fallgruppe 5)	10
III. Gang der Untersuchung	10
B. Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit	10
I. Europarechtliche Schranken	11
1. Primärrecht	12
a) Grundfreiheiten	13
b) Allgemeines Diskriminierungsverbot	18
c) Europäische Grundrechte	19
d) Beihilfevorschriften	20
e) Europäisches Kartellrecht	22
aa) Art. 81 EG - Kartellverbot	22
(1) Unternehmen	23
(2) Kartellrechtsrelevante Verhaltensweisen	26
(3) Wettbewerbsbeschränkung im zwischenstaatlichen Handel	28
(4) Spürbarkeit	31
(5) Ausnahmetatbestände	32
(a) Wirtschaftlicher Nutzen	33
(b) Angemessene Beteiligung der Verbraucher	34
bb) Art. 82 EG – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	37

cc) Verhältnis nationales Kartellrecht – europäisches Kartellrecht	39
f) Zusammenfassung.....	40
2. Sekundärrecht	41
a) Zentrale Beschaffungsstellen nach der Richtlinie 2004/18/EG	44
b) Verhältnis zu den primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrags.....	47
c) Zusammenfassung.....	48
II. Verfassungsrechtliche Schranken nach dem Grundgesetz.....	49
1. Das Vergabeverfahren als privatrechtliches Staatshandeln.....	49
2. Grundrechtsbindung bei privatrechtlichem Handeln des Staates.....	53
a) Grundsatz.....	53
b) Die einzelnen Grundrechte.....	56
aa) Art. 12 GG.....	56
bb) Art. 2 Abs. 1 GG	59
cc) Art. 3 Abs. 1 GG	60
c) Ergebnis.....	61
3. Bindung an die bundesstaatliche Kompetenzordnung	61
a) Beschaffungstätigkeit als „Annex zur Verwaltungskompetenz“.....	61
b) Bindung auch für fiskalisches Staatshandeln.....	63
c) Anwendung auf einzelne Kooperationsformen.....	64
aa) Kooperation Bund-Länder	64
bb) Kooperation einzelner Länder.....	68
cc) Bundesgrenzenüberschreitende Kooperation.....	69
(1) Kommunale Ebene	70
(a) Erfordernis einer besonderen staatlichen Ermächtigung?	70
(b) Madrider Übereinkommen.....	71
(c) Karlsruher Übereinkommen.....	73
(2) Zwischenstaatliche Kooperation anderer (nichtkommunaler) staatlicher Ebenen	76
(3) Zusammenfassung.....	76
d) Ergebnis.....	76
4. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie, Art. 28 Abs. 2 GG	77

a) Grundsatz der kommunalen Kooperationshoheit.....	77
b) Einschränkungen nach dem europäischen Vergaberecht.....	78
c) Pflicht zur Kooperation?	79
5. Kooperation sonstiger Selbstverwaltungskörperschaften	79
6. Ressortübergreifende Kooperation auf Bundesebene, Art. 65 GG ..	81
7. Finanz- und Haushaltsverfassungsrecht	82
a) Konnexitätsprinzip nach Art. 104a GG.....	82
b) Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Haushaltswirtschaft, Art. 109 Abs. 1 GG	83
c) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, Art. 114 GG.....	83
III. Landesverfassungsrechtliche Schranken	84
1. Kooperation kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften.....	84
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Länderkooperationen.....	85
IV. Einfaches Haushaltsrecht.....	86
V. Mittelstandsförderungsgesetze der Länder.....	89
VI. Kommunalrecht	91
1. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen der interkommunalen Zusammenarbeit	93
a) Zweckverband	93
b) Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen	94
c) Eigenbetrieb.....	94
d) Verwaltungsgemeinschaft	95
e) Öffentlich-rechtlicher Vertrag und sonstige Kooperations- verträge.....	96
f) Kommunale Arbeitsgemeinschaft	96
2. Privatrechtliche Formen der interkommunalen Zusammenarbeit....	97
a) Beschaffung über eine juristische Person	97
b) Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags	98
3. Zusammenfassung	98
4. Ländergrenzenüberschreitende interkommunale Zusammen- arbeit	100
5. Exkurs: Organisationsformen außerhalb kommunaler Auftraggebergemeinschaften.....	101
VII. Vergaberecht.....	101
1. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.....	101

a) Schwellenwerte	102
b) „Auftraggeber“ i.S.v. § 98 GWB	103
aa) Gründung zu einem besonderen Zweck.....	104
bb) Allgemeininteresse.....	105
cc) Nichtgewerblichkeit	106
dd) Staatsgebundenheit.....	110
c) Öffentlicher Auftrag, § 99 Abs. 1 GWB	112
d) Ausnahmetatbestände.....	112
aa) § 100 Abs. 2 lit. g GWB.....	113
bb) Inhouse-Geschäfte.....	114
cc) Sonstige interkommunale Kooperationen.....	115
dd) geplante Neuregelung, § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB.....	118
ee) Privatisierungen.....	118
e) Anwendung auf die Fallgruppen	120
aa) Fallgruppe 1: Punktuelle Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber.....	120
bb) Fallgruppe 2: Ausgliederung der Beschaffungsgeschäfte auf einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft	123
cc) Fallgruppe 3: Ausgliederung auf eine gemischt- wirtschaftliche Gesellschaft	126
dd) Fallgruppe 4: Vollständige Ausgliederung auf eine Be- schaffungsgesellschaft in alleiniger privater Trägerschaft .	128
ee) Fallgruppe 5: Geschäftsbesorgungsmodell	130
f) „Doppelausschreibung“.....	130
2. Vergabeprinzipien des § 97 GWB.....	131
a) Wettbewerbsprinzip, § 97 Abs. 1 GWB.....	131
b) Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB	134
c) Gleichbehandlungsgrundsatz, § 97 Abs. 2 GWB	135
d) Wirtschaftlichkeitsprinzip, § 97 Abs. 5 GWB	135
aa) Abgrenzung und Begriffsbestimmung	136
bb) Übertragung auf Auftragbergemeinschaften.....	138
cc) Justiziabilität.....	139
dd) Fazit	142
e) Mittelstandsförderung, § 97 Abs. 3 GWB	142
aa) Mittelstandsförderung als Vergabegrundsatz.....	143

(1) Grundlage: Vereinbarkeit des § 97 Abs. 3 GWB mit europarechtlichen Vorgaben	144
(2) Verhältnis zu den übrigen Vergabegrundsätzen	147
bb) Mittelstandsförderung im Einzelnen	149
(1) Begriff des Mittelstandes	149
(2) Begriff der Fach- und Teillose	151
(3) „Vornehmliche“ und „angemessene Berücksichtigung“	151
cc) Abweichung vom Grundsatz – Möglichkeit der Gesamtvergabe	153
dd) Zulassung von Nebenangeboten, Parallelausschreibung	158
ee) Bieterrechtsschutz	160
ff) geplante Neuregelung § 97 III GWB	162
gg) Fazit	163
f) „Grundsatz der dezentralen Beschaffung“	164
g) Bieterqualifikation, § 97 Abs. 4 GWB	165
3. Verdingungsordnungen	166
a) § 2 Nr. 3 VOL/A – ausschließliche Verantwortung der Vergabestelle	166
b) Leistungsbeschreibung	169
4. Vergaberechtliche Regelungen für Unterschwellenvergaben	169
5. Ergebnis	171
VIII. Deutsches Kartellrecht	174
1. Verhältnis zum europäischen Kartellrecht	174
2. Verhältnis von §§ 1 und 4 GWB zu § 97 Abs. 1, Abs. 3 GWB	176
3. Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Auftraggebergemeinschaften der öffentlichen Hand	178
a) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen	178
b) Vereinbarungen und Beschlüsse, aufeinander abgestimmtes Verhalten	180
aa) Punktuelle Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber (Fallgruppe 1)	180
bb) Ausgliederung der Beschaffungsgeschäfte auf einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft (Fallgruppe 2) ...	181
cc) Unabhängige (gemischt-, privatwirtschaftliche) zentrale Beschaffungsstelle (Fallgruppen 3 und 4)	182

dd) Geschäftsbesorgungsmodell (Fallgruppe 5).....	183
c) Wettbewerbsbeschränkung.....	183
d) Spürbarkeit der Außenwirkung	184
e) Reduktion des § 1 GWB aufgrund besonderen öffentlichen Interesses?	186
4. Ausnahmetatbestände	187
a) § 3 Abs. 1 GWB - Mittelstandskartell.....	187
aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 3 GWB	187
bb) Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen (Nr. 2)	189
cc) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Nr. 1)	192
dd) Rechtsfolge: Freistellung von Gesetzes wegen.....	193
b) § 2 GWB – Generalklausel.....	193
c) Ausschluss des § 97 Abs. 3 GWB bei Privilegierung nach §§ 2 f. GWB?.....	194
5. Abgrenzung §§ 35 ff. GWB nF – Zusammenschlusskontrolle	195
6. Sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	195
a) § 19 GWB.....	195
b) § 20 GWB.....	197
7. Ergebnis der kartellrechtlichen Untersuchung	198
IX. § 1 UWG.....	199
C. Sanktionen und Rechtsschutz gegen unzulässige Auftraggebergemeinschaften.....	200
I. Primärrechtsschutz.....	201
1. Oberhalb der Schwellenwerte.....	203
a) Überblick	203
b) Rechtswegseröffnung, § 104 Abs. 2 GWB	204
aa) „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“, § 97 Abs. 7 GWB	204
bb) § 1 GWB als Prüfungsgegenstand i.S.v. § 104 Abs. 2 GWB?	204
cc) „In einem Vergabeverfahren“, § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB	205
c) Antragsbefugnis, § 107 Abs. 2 GWB.....	206
d) Untersuchungsgrundsatz, Entscheidungsinhalt.....	207

2. Unterhalb der Schwellenwerte.....	208
a) Verwaltungsrechtsweg	208
b) Ordentlicher Rechtsweg	209
3. Kartellrechtsweg	210
a) Abgrenzung zum Vergaberechtsweg	210
b) Ansprüche aus § 33 Abs. 1 GWB	212
4. Rechtsschutz aufgrund europarechtlichen Primärrechts	212
5. Feststellung des relevanten Antrags-/Klagegegners.....	214
6. Sachliche und örtliche Zuständigkeit der jeweiligen Spruchkörper.....	216
II. Sekundärrechtsschutz	218
1. Vergaberechtlicher Schadensersatzanspruch, § 126 GWB	218
2. Allgemein zivilrechtliche Schadensersatzansprüche.....	219
3. Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche.....	222
III. Ergebnis	222
D. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	223
E. Ausblick.....	228
Literaturverzeichnis	XV