



Andrea Kloster

## Auftraggebergemeinschaften der öffentlichen Hand



PETER LANG

# Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in die Themenstellung .....	1
I. Ziele gemeinsamer Beschaffung .....	1
II. Erscheinungsformen gemeinsamer Beschaffung .....	5
1. Punktuelle 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) Beihilfenvorschriften .....	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 Auftragbergemeinschaften.....	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