



Imme Buck

Die Vergabe
sogenannter nachrangiger
Dienstleistungsaufträge



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Grundlagen der Untersuchung	25
1. Abschnitt: Einführung.....	25
A. Die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge im System des Vergaberechts	25
B. Ziel und Gang der Untersuchung	31
C. Rückgriff auf Auftragsarten mit vergleichbarer rechtlicher Ausgangslage	33
I. Aufträge unterhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte	34
II. Gesetzlich geregelte Ausnahmefälle nach § 100 Abs. 2 GWB	36
III. Dienstleistungskonzessionen.....	39
2. Abschnitt: Gegenstand der Untersuchung.....	45
A. Der Begriff „Dienstleistungsaufträge“	45
I. Formelle Begriffsbestimmung im Wege der Negativabgrenzung zu anderen Auftragsarten	45
II. Materielle Begriffsbestimmung, die auf den Inhalt des Auftragsgegenstandes „Dienstleistungen“ abstellt.....	48
1. Keine vergaberechtliche Begriffsbestimmung	48
2. Rückgriff auf Begriffsbestimmungen aus anderen (Rechts-)Gebieten.....	49
3. Entwicklung einer materiellen Begriffsbestimmung für das Vergaberecht.....	51
B. Der Begriff „Nachrangigkeit“	53
I. Unterscheidung zwischen vor- und nachrangigen Dienstleistungen	53
1. Nachrangige Dienstleistungen	56
2. Vorrangige Dienstleistungen.....	59
3. Abgrenzung bei Dienstleistungen, die sowohl als vor- als auch als nachrangig eingeordnet werden können	60
4. Abgrenzung bei sog. gemischten Dienstleistungsaufträgen	61

II.	Herkömmliche Begründung der Unterscheidung zwischen vor- und nachrangigen Dienstleistungen: Mangelnde Binnenmarktrelevanz der nachrangigen Dienstleistungsaufträge	63
-----	--	----

2. Teil: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus dem sekundären Unionsrecht und dem einfachen deutschen Recht66

1. Abschnitt: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus dem sekundären Unionsrecht.....	66
A.	Vorgaben aus der Vergabe- und Sektorenkoordinierungsrichtlinie66
I.	Verpflichtung zur Verwendung bestimmter technischer Spezifikationen bei Leistungs- bzw. Aufgabenbeschreibung (Art. 23 VKR bzw. Art. 34 SKR)67
II.	Europaweite nachträgliche Bekanntmachung von Auftragsvergaben (Art. 35 Abs. 4 VKR bzw. Art. 43 SKR).....67
III.	Umsetzung der Vorgaben aus der Vergabe- und Sektorenkoordinierungsrichtlinie in deutsches Recht68
B.	Vorgaben aus weiterem Sekundärrecht: Vorgaben aus der Personenverkehrsdienstverordnung68
2. Abschnitt: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus den §§ 97 ff. GWB, der Vergabe- und der Sektorenverordnung	71
A.	Vorgaben aus den §§ 97 ff. GWB.....71
I.	Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB71
1.	Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB.....71
2.	Sachlicher Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB72
II.	Einzelne Vorgaben aus den §§ 97 ff. GWB72
1.	Vergabegrundsätze aus dem GWB (§ 97 GWB)73
a)	Vergabe im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 1 GWB).....73

b)	Gleichbehandlung aller Teilnehmer, aber zugleich Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 2 und 3 GWB).....	73
c)	Vergabe an geeignete Bewerber, ausnahmsweise Berücksichtigung vergabefremder Kriterien (§ 97 Abs. 4 GWB).....	74
d)	Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB).....	77
2.	Grundsatz des offenen Verfahrens und andere Arten des Verfahrens nach § 101 GWB	78
3.	Vorabinformation unterlegener Bieter (§§ 101a und b GWB)	79
B.	Vorgaben aus der Vergabeverordnung	79
I.	Anwendung nur bei Überschreiten der unionsrechtlichen Schwellenwerte (§ 2 VgV)	79
II.	Anwendungsbefehle für VOL/A und VOF in §§ 4, 5 VgV	79
1.	Vergabe von nicht-freiberuflichen Dienstleistungsaufträgen nach VOL/A (§ 4 VgV)	79
2.	Besondere Regeln für Personennahverkehrsleistungen (§ 4 Abs. 3 VgV)	80
3.	Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungsaufträgen nach VOF (§ 5 VgV)	81
III.	Weitere Vorgaben aus der Vergabeverordnung	81
C.	Vorgaben aus der Sektorenverordnung	81
3. Abschnitt:	Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus dem deutschen Kartell- und Wettbewerbsrecht	82
4. Abschnitt:	Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus der VOL/A.....	84
A.	Anwendungsbereich der VOL/A	84
I.	Persönlicher Anwendungsbereich der VOL/A	84

II.	Sachlicher Anwendungsbereich der VOL/A: Geltung für Leistungen, die keine Bauleistungen oder freiberuflichen Leistungen darstellen oder für freiberufliche Leistungen, die vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind	84
1.	Anpassung des deutschen Leistungsbegriff an den engeren unionsrechtliche Dienstleistungsbegriff	85
2.	Nicht-Freiberufliche Leistungen	85
3.	Freiberufliche Leistungen, die eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind	87
B.	Problem: Das deutsche Recht sieht für den Oberschwellenbereich strengere Regeln für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge vor als das Unionsrecht	88
I.	Keine Kollisionsprobleme im Unterschwellenbereich.....	90
II.	Wille des unionsrechtlichen Gesetzgebers: Keine vollständige Harmonisierung im Oberschwellenbereich	90
III.	Wille des deutschen Gesetzgebers: Geltung der Bestimmungen des ersten Abschnittes auch für Aufträge im Oberschwellenbereich.....	92
C.	Einzelne Vorgaben aus der VOL/A	95
I.	Vergabegrundsätze aus der VOL/A (§ 2 VOL/A)	95
1.	Vergabe im Wettbewerb (§ 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A)	95
2.	Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A)	95
a)	Grundsatz: Keine Diskriminierung von Unternehmen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A).....	95
b)	Ausnahme: Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen durch vorrangige Pflicht zur Losvergabe (§ 2 Abs. 2 VOL/A).....	96
3.	Vergabe an geeignete Bewerber (§§ 2 Abs. 1 Satz 1, 7 Abs. 1, 16 Abs. 5 VOL/A).....	96
4.	Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A).....	98

II.	Vergabe im Wege der öffentlichen Ausschreibung, der beschränkten Ausschreibung oder der freihändigen Vergabe (§ 3 VOL/A).....	99
1.	Grundsatz: Öffentliche Ausschreibung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VOL/A)	99
2.	Ausnahme: Beschränkte Ausschreibung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A).....	100
3.	Ausnahme: Freihändige Vergabe (§ 3 Abs. 1 Satz 3 VOL/A)	100
III.	Aufruf zum Wettbewerb, Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 12 VOL/A)	100
IV.	Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und den Inhalt der Vergabeunterlagen (§§ 7, 8 EG VOL/A).....	101
V.	Anforderungen an den Inhalt der Vergabeunterlagen (§§ 8 Abs. 1, 9, 13, 15 EG Abs. 10 VOL/A).....	104
VI.	Anforderungen an die Angebotswertung (§§ 16 Abs. 3 bis 8, 18 Abs. 1 VOL/A).....	105
1.	Anforderungen an die formale Angebotswertung (§ 16 Abs. 3 und 4 VOL/A).....	106
2.	Anforderungen an die Eignungsprüfung der Bieter (§ 16 Abs. 5 VOL/A).....	106
3.	Anforderungen an die Prüfung der Angemessenheit der Preise (§ 16 Abs. 6 VOL/A)	106
4.	Anforderungen an die Wirtschaftlichkeitsprüfung (§ 18 Abs. 1 VOL/A)	107
5.	Keine Berücksichtigung vergabefremder Kriterien?.....	108
VII.	Anforderungen an den Zuschlag (§ 18 Abs. 2 und 3 VOL/A)	108
VIII.	Weitere Verfahrensregeln für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge (§§ 2 Abs. 3, 6 Abs. 2, 10 Abs. 1, 11, 14, 15, 17, 19, 20 und 23 EG VOL/A).....	108
5.	Abschnitt: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus der VOF	111
A.	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der VOF	111

B.	Einzelne Vorgaben aus der VOF	111
I.	Nur wenige Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus der VOF	111
II.	Technische Anforderungen an die Aufgabenbeschreibung (§ 6 Abs. 2 bis 7 VOF)	112
III.	Insbesondere: Grundsatz der Produktneutralität (§ 6 Abs. 7 VOF).....	113
IV.	Bekanntmachung von vergebenen Aufträgen (§ 14 VOF)	113
V.	Keine Geltung der übrigen Vergabegrundsätze und Verfahrensanforderungen aus der VOF	113

3. Teil: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus höherrangigem Recht..... 116

1. Abschnitt: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus dem deutschen Verfassungsrecht	116
A. Bindung der öffentlichen Auftraggeber an die Grundrechte	117
I. Persönliche Reichweite der Grundrechtsbindung	118
II. Sachliche Reichweite der Grundrechtsbindung	121
B. Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichbehandlung der Beteiligten an der Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge.....	126
I. Allgemeines	126
1. Gleichheit.....	127
2. Beteiligte	129
3. Vergleich der Beteiligten	130
II. Kein Anspruch auf die Zuschlagserteilung	132
III. Aber: Gleichbehandlung durch die gleiche Chance auf die Zuschlagserteilung.....	134
1. Gleiche Chance auf die Zuschlagserteilung in materieller Hinsicht: Vergabe an geeignete Bieter anhand von Wirtschaftlichkeitskriterien	135

a)	Berücksichtigung des Differenzierungskriteriums „Eignung“	137
b)	Berücksichtigung des Differenzierungskriteriums „wirtschaftlich günstigstes Angebot“	139
c)	Schlussfolgerungen.....	141
2.	Gleiche Chance auf die Zuschlagserteilung in prozeduraler Hinsicht: Grundanforderungen an das Vergabeverfahren	142
a)	Information aller potenziell Interessierten durch öffentliche Ausschreibung	142
b)	Angabe der Wertungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen und der Leistungsbeschreibung.....	144
c)	Angabe von Mindestfristen in den Ausschreibungsunterlagen	145
d)	Information unterlegener Bieter vor der Zuschlagserteilung.....	146
e)	Schlussfolgerungen.....	147
IV.	Ausnahmsweise Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung bei Vorliegen rechtfertigender Gründe	147
1.	Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung in materieller Hinsicht: Zulässigkeit weiterer Kriterien.....	148
a)	Grundsätzliche Zulässigkeit.....	148
b)	Beeinträchtigung nur durch Gesetz?	151
c)	Verfolgung eines legitimen Zwecks	151
d)	Bei materieller Ungleichbehandlung größerer Intensität: Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) .	154
e)	Schlussfolgerungen.....	156
2.	Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung in prozeduraler Hinsicht: Abweichungen von Verfahrensvorgaben möglich.....	156
a)	Grundsätzliche Zulässigkeit.....	156
b)	Beeinträchtigungen nur durch Gesetz?	157
c)	Verfolgung eines legitimen Zwecks	157

d)	Bei prozeduraler Ungleichbehandlung größerer Intensität:	
	Verhältnismäßigkeit	159
aa)	Geeignetheit.....	159
bb)	Erforderlichkeit.....	160
cc)	Angemessenheit.....	162
e)	Schlussfolgerungen.....	162
C.	Vorgaben aus Art. 12 Abs. 1 GG.....	163
I.	Schutz beruflicher Tätigkeiten: Teilnahme am Ausschreibungs-	
	wettbewerb geschützt	163
II.	Beeinträchtigung des Schutzbereichs nur bei Vorliegen besonderer	
	Umstände	167
1.	Besondere Umstände bei Vergaben durch monopolistische oder	
	marktherrschende Auftraggeber.....	171
a)	Beeinträchtigung in materieller Hinsicht.....	172
b)	Beeinträchtigung in prozeduraler Hinsicht.....	173
2.	Besondere Umstände bei Verhängung von Auftragssperren	174
a)	Beeinträchtigung in materieller Hinsicht.....	174
b)	Beeinträchtigung in prozeduraler Hinsicht.....	175
III.	Ausnahmsweise Zulässigkeit einer Beeinträchtigung bei Vorliegen	
	rechtfertigender Gründe	175
1.	Rechtfertigung einer Beeinträchtigung bei Vergaben durch	
	monopolistische oder marktherrschende Auftraggeber.....	175
a)	Beeinträchtigung nur durch Gesetz.....	175
aa)	Gesetz für Beeinträchtigung in materieller Hinsicht.....	176
bb)	Gesetz für Beeinträchtigung in prozeduraler Hinsicht.....	177
b)	Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung.....	178
aa)	Verhältnismäßigkeit bei Beeinträchtigung in materieller Hinsicht	178
bb)	Verhältnismäßigkeit bei Beeinträchtigung in prozeduraler Hinsicht	181

2.	Rechtfertigung einer Beeinträchtigung bei Verhängung von Auftragssperren	181
a)	Beeinträchtigung nur durch Gesetz.....	181
b)	Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung	182
aa)	Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung in materieller Hinsicht	182
bb)	Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung in prozeduraler Hinsicht	183
D.	Vorgaben aus weiteren Grundrechten.....	184
2.	Abschnitt: Vorgaben für die Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge aus dem Unionsrecht	186
A.	Vorüberlegungen	186
I.	Anwendbarkeit des Primärrechts bei der Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge	186
1.	Grundsätzlich keine abschließende Regelungswirkung der Vergaberichtlinien	187
2.	Keine Ausnahme für den Bereich der nachrangigen Dienstleistungsaufträge	188
II.	Geltung des Primärrechts nur bei grenzüberschreitendem Bezug	190
1.	Nachrangige Dienstleistungsaufträge haben laut EuGH a priori keinen grenzüberschreitenden Bezug	190
2.	Abweichende Beurteilung des grenzüberschreitenden Bezugs bei Dienstleistungskonzessionen und im Oberschwellenbereich	194
a)	Grenzüberschreitender Bezug bei Dienstleistungskonzessionen wird vermutet	194
b)	Grenzüberschreitender Bezug im Oberschwellenbereich wird vermutet; im Unterschwellenbereich a priori kein grenzüberschreitender Bezug	195
3.	Übertragung auf grenzüberschreitenden Bezug bei nachrangigen Dienstleistungsaufträgen: Grenzüberschreitender Bezug im	

	Oberschwellenbereich wird vermutet; im Unterschwellenbereich a priori kein grenzüberschreitender Bezug	197
B.	Vorgaben aus den Grundfreiheiten	200
I.	Bindung der öffentlichen Auftraggeber an die Grundfreiheiten	202
II.	Vorgaben aus Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit)	204
1.	Schutz des innereuropäischen Dienstleistungsverkehrs	206
2.	Diskriminierung oder Beschränkung des innereuropäischen Dienstleistungsverkehrs	208
a)	Diskriminierung oder Beschränkung in materieller Hinsicht	212
aa)	Offene Diskriminierung	212
bb)	Versteckte Diskriminierung	213
(1)	Personenbezogene versteckte Diskriminierung	213
(2)	Produktbezogene versteckte Diskriminierung	216
cc)	Beschränkung	218
dd)	Schlussfolgerungen	219
b)	Diskriminierung oder Beschränkung in prozeduraler Hinsicht	219
aa)	Offene Diskriminierung	220
bb)	Versteckte Diskriminierung	220
(1)	Information aller potenziell Interessierten durch öffentliche Ausschreibung	220
(2)	Angabe von Mindestfristen in den Ausschreibungsunterlagen	224
(3)	Information unterlegener Bieter vor der Zuschlagserteilung	224
(4)	Begründungspflicht und weitere Verfahrenspflichten	225
cc)	Beschränkung	225
dd)	Schlussfolgerungen	225
3.	Ausnahmsweise Zulässigkeit einer Diskriminierung oder Beschränkung bei Vorliegen rechtfertigender Gründe	225

a)	Rechtfertigung einer Diskriminierung oder Beschränkung in materieller Hinsicht	229
b)	Rechtfertigung einer Diskriminierung oder Beschränkung in prozeduraler Hinsicht	234
III.	Vorgaben aus Art. 34 AEUV (Warenverkehrsfreiheit).....	234
1.	Nur ausnahmsweise Warenbezug bei der Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge	234
2.	Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung bei der Vergabe nachrangiger Dienstleistungsaufträge	236
a)	Maßnahme gleicher Wirkung in materieller Hinsicht.....	238
b)	Maßnahme gleicher Wirkung in prozeduraler Hinsicht.....	239
3.	Ausnahmsweise Zulässigkeit einer Maßnahme gleicher Wirkung bei Vorliegen rechtfertigender Gründe	240
IV.	Vorgaben aus Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit).....	242
V.	Vorgaben aus Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit).....	246
C.	Vorgaben aus Art. 18 AEUV (Diskriminierungsverbot)	248
D.	Vorgaben aus den ungeschriebenen Grundsätzen des Unionsrechts	249
E.	Vorgaben aus dem Wettbewerbsrecht	250
I.	Vorgaben aus Art. 101 ff. AEUV	250
1.	Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung	250
2.	Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	252
II.	Vorgaben aus Art. 107 ff. AEUV	254
1.	Anwendbarkeit der Art. 107 ff. AEUV neben den Grundfreiheiten.....	254
2.	Keine Beihilfe, wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot eines geeigneten Bieters erteilt wird	256

3.	Keine Beihilfe, wenn ein subventioniertes Unternehmen am Verfahren teilnimmt.....	259
----	---	-----

4. Teil: Rechtsschutz bei der Vergabe nachrangiger Dienstleistungs-

aufträge.....	262
1. Abschnitt: Vergaberechtliche Primärrechtsschutzmöglichkeiten	262
A. Gewährung von Primärrechtsschutz	262
I. Gewährung von Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte nach §§ 102 ff. GWB	262
II. Gewährung von Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	265
1. Keine Gewährung von Primärrechtsschutz nach §§ 102 ff. GWB.....	265
2. Gewährung von Primärrechtsschutz nach Vorschriften des höherrangigen Rechts	266
a) Keine Gewährung von Primärrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG	267
b) Gewährung von Primärrechtsschutz nach allgemeinem Justizgewährungsanspruch	271
c) Zusätzlich: Gewährung von Primärrechtsschutz nach unionsrechtlichem Rechtsschutzgebot.....	274
B. Umfang des Primärrechtsschutzes	277
I. Umfang des Primärrechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte	277
1. Umfang des Primärrechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte, wenn die VOL/A einschlägig ist.....	278
2. Umfang des Primärrechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte, wenn die VOF einschlägig ist	280
II. Umfang des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte	281
C. Zuständiges Organ für den Primärrechtsschutz.....	283
I. Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte vor den Nachprüfungsbehörden, Vergabekammern und Oberlandesgerichten.....	284

II.	Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte vor den Zivilgerichten.....	284
III.	Zusätzlich: Primärrechtsschutz vor Organen der Europäischen Union...	286
2. Abschnitt:	Vergaberechtliche Sekundärrechtsschutzmöglichkeiten	287
3. Abschnitt:	Weitere Rechtsschutzmöglichkeiten	289
5. Teil:	Zusammenfassung und Fazit..	291
1. Abschnitt:	Untersuchungsergebnisse	291
2. Abschnitt:	Bewertung der gegenwärtigen Rechtslage und Reformvorschlag	296
A.	Bewertung der gegenwärtigen Rechtslage	296
I.	Gegenwärtige Rechtslage ist bedenklich	296
II.	Binnenmarktrelevanz ist kein taugliches Abgrenzungskriterium	298
III.	Keine rechtssicheren Vorschläge zur Beseitigung der Bedenken gegen gegenwärtige Rechtslage.....	299
B.	Reformvorschlag	301
	Literaturverzeichnis	307