

## Sektorenverordnung: SektVO

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Rechtsanwalt, Dr. Marc Opitz, Rechtsanwalt, und Dr. Hendrik Röwekamp, Rechtsanwalt, Bearbeitet von Tilmann Class, Rechtsanwalt, Katrin Dietrich, Rechtsanwältin, Dr. Mathias Finke, Rechtsanwalt, Marion Hackstein, Rechtsanwältin und Mediatorin (DAA), Georg Stalman, Rechtsanwalt, Matthias Steck, Christian Sudbrock, LL.M. (VUW), Rechtsanwalt, Dr. Nicole Weiß, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Alexander Wichmann, Rechtsanwalt, Dr. Michael Wolters, Rechtsanwalt, und Dr. Sabine Wrede, LL.M., Rechtsanwältin

2. Auflage 2019. Buch. XVIII, 888 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71401 6

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

Methode der Berechnung des geschätzten Auftragswertes (einschließlich von Änderungen des Auftrags) nicht in der Absicht wählen, die Anwendung der Bestimmungen des 4. Teils des GWB oder der SektVO zu umgehen. Sie dürfen die Auftragsvergabe nicht so unterteilen, dass der Auftrag oder die Auftragsänderung aus der Ausschreibungspflicht nach GWB oder SektVO herausfällt. Für Sektorenauftraggeber gilt das Umgehungsverbot damit ebenso uneingeschränkt.

Im Übrigen ist § 132 GWB auch im Sektorenbereich uneingeschränkt 90  
anwendbar. Zunächst muss es sich um **Auftragsänderungen** während einer noch laufenden Vertragslaufzeit handeln. Daher greift die Regelung schwerlich bei Erweiterungen von einmaligen Lieferaufträgen, da diese in der Regel keine Vertragslaufzeit haben, sondern einen Lieferzeitpunkt. Liegt dieser Lieferzeitpunkt aber noch bevor, so kann auch ein solcher Auftrag erweitert werden. Eindeutiger ist es bei vertraglich vereinbarten wiederkehrenden Lieferungen. Ebenso ist § 132 GWB für die Erbringung von wiederkehrenden Dienstleistungen oder Erweiterungen von Bauaufträgen während der Bauausführung des ursprünglichen Bauauftrages denkbar.

Die Prüfungsreihenfolge des § 132 GWB empfiehlt sich beginnend mit 91  
§ 132 Abs. 3 GWB und anschließend § 132 Abs. 2 GWB. Erst wenn beide Ausnahmen nicht vorliegen, ist zu prüfen, ob eine wesentliche Auftragsänderung nach § 132 Abs. 1 GWB vorliegt, wonach die Auftragsänderung nach europäischem Vergaberecht ausgeschrieben werden muss.

§ 132 Abs. 3 GWB lässt Auftragsänderungen ohne die Durchführung eines 92  
Vergabeverfahrens zu, wenn der Wert der Änderung die Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht übersteigt und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 % und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen ist die Summe der Werte aller Änderungen zusammen für die Berechnung der vorgenannten Prozentwerte maßgeblich.

Zudem darf sich der **Gesamtcharakter des Auftrags** nicht ändern. Hier- 93  
bei ist zu bewerten, was den Charakter des Auftrags ausmacht. Eine Änderung des Gesamtcharakters könnte zB vorliegen, wenn sich die Auftragsart nach § 103 GWB (zB von Bauauftrag in Dienstleistungsauftrag) verändert. Ebenso wird man beispielsweise eine Änderung des Gesamtcharakters annehmen müssen, wenn sich die Auftragsänderung auf ein anderes Projekt als dem Projekt, das dem ursprünglichen Auftrag zugrunde lag, bezieht. Die Bewertung ist jeweils einzelfallbezogen vorzunehmen.

Liegt keine Änderung nach § 132 Abs. 3 GWB vor, ist die Prüfung der 94  
ausschreibungsfreien Auftragsvergabe nicht beendet, sondern es ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 GWB zu prüfen. Hiernach bestehen vier verschiedene Möglichkeiten der Beauftragung von Auftragsänderungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens.

Nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB können im (ursprünglichen) Vertrag 95  
bereits vereinbarte Überprüfungsklauseln oder Optionen ohne erneute Ausschreibung umgesetzt werden, wenn deren Voraussetzungen klar, genau und eindeutig formuliert sind und die Bedingungen für diese Auftragsänderungen im Vertrag enthalten sind. Hierunter fallen beispielsweise Verlängerungsoptionen einer Vertragspartei oder Preisanpassungsklauseln.

- 96 Nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB können **zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen** direkt vergeben werden, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre. Hierbei sind verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe anhand des jeweiligen Einzelfalls konkret zu subsumieren und die Bewertung ausführlich zu begründen und zu dokumentieren. Ebenso verhält es sich mit der Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach § 132 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB bei für den Auftraggeber **unvorhersehbaren Ereignissen**. Ein Ereignis ist in der Regel nicht unvorhersehbar, wenn es aus der eigenen Sphäre des Auftraggebers stammt. Es muss daher von außen eintreten und für den Auftraggeber nicht erkennbar und planbar gewesen sein. Die vierte Möglichkeit der Beauftragung von Auftragsänderungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zählt § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB auf. Diese Regelung enthält wiederum drei Unterfälle des Austauschs des bisherigen Auftragnehmers durch einen neuen Auftragnehmer, zB bei Unternehmensumstrukturierungen oder wenn der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber dessen Unterauftragnehmers übernimmt. Letzteres wäre zB möglich, wenn der Hauptauftragnehmer im Rahmen eines Insolvenzverfahrens die Leistungen nicht mehr erbringen kann und der Insolvenzverwalter der Übernahme des Vertrages mit dem Unterauftragnehmer durch den Auftraggeber zustimmt.
- 97 Greift keine der in § 132 Abs. 2 und 3 GWB genannten Ausnahmen, so kann dennoch eine unwesentliche Auftragsänderung vorliegen, die ein erneutes Vergabeverfahren entbehrt. Wesentlich sind Auftragsänderungen nämlich nur dann, wenn sie dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich vom ursprünglichen Auftrag unterscheidet, § 132 Abs. 1 S. 2 GWB. § 132 Abs. 1 S. 3 GWB zählt einen nicht abschließenden Beispielkatalog von wesentlichen Änderungen auf.

## XVII. § 133 GWB Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen

- 98 § 133 GWB regelt vergaberechtliche Eingriffsmöglichkeiten des Auftraggebers während der Laufzeit eines Vertrages, auf den fast ausschließlich Zivilrecht anzuwenden ist. Obwohl die Auftragsvergabe und das Vergabeverfahren für den entsprechenden Auftrag längst abgeschlossen sind, greift der Gesetzgeber in einen erst danach anschließenden Zeitraum nach Zuschlagserteilung mit vergaberechtlichen Mitteln ein. Der Auftraggeber kann sich nach § 133 GWB unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag lösen. Die verschiedenen Kündigungsgründe sollen jedoch einen vergaberechtswidrigen Zustand beseitigen. Dies liegt darin begründet, dass die öffentliche Hand nach Art. 20 Abs. 3 GG zu rechtmäßigem Handeln verpflichtet ist und daher nicht zur Aufrechterhaltung rechtswidriger Verträge verpflichtet sein kann.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Müller, Greb/Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., 2017, GWB § 142 Rn. 39.

Allerdings ist zu beachten, dass das **Kündigungsrecht** nach § 133 GWB 99 bei Erkennen eines dort aufgeführten **Kündigungsgrundes** keine Pflicht zur Kündigung durch den Auftraggeber auslöst. Vielmehr hat er **Ermessen** und damit einen **Beurteilungsspielraum**, ob er bei Vorliegen der Voraussetzungen von dem Kündigungsrecht Gebrauch macht. Der Auftraggeber muss sein Ermessen zwingend ausüben, ansonsten ist die Entscheidung zur Kündigung ermessensfehlerhaft wegen **Ermessensnichtgebrauch**. Ebenso kann das Ermessen eingeschränkt sein. Beispielsweise reduziert sich das Ermessen, je schwerwiegender ein Verstoß nach § 123 GWB zu bewerten ist. Gemäß § 123 Abs. 5 GWB kann von einem Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren abgesehen werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Kehrtwende im Ermessen möglich ist und der Auftraggeber während des Vergabeverfahrens von dem Ausschluss des Bieters nach § 123 Abs. 5 GWB absieht und später den Vertrag nach § 133 GWB aus diesem Ausschlussgrund kündigt. Das würde einen **Ermessensmissbrauch** darstellen.

Das Recht zur Kündigung des Vertrages besteht unbeschadet des § 135 100 GWB. Nach § 135 GWB ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber gegen § 134 GWB (Informations- und Wartepflicht) verstößt oder eine de-facto-Vergabe vorliegt (Auftragsvergabe ohne die rechtlich vorgeschriebene Ausschreibung) und dieser Verstoß innerhalb von 6 Monaten nach Vertragsschluss in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde. Die Eingangsformulierung „unbeschadet des § 135 GWB“ bedeutet somit, dass der Auftraggeber auch bei Vorliegen einer Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags den Vertrag mit dem Auftragnehmer kündigen kann.

Es gibt folgende 3 **Kündigungsgründe**:

1. wesentliche Änderung des Auftrags nach § 132 Abs. 1 GWB, weil keine Ausnahme nach § 132 Abs. 2 oder 3 GWB vorliegt;
2. zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung lag ein (nicht erkannter) zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Abs. 1–4 GWB vor;
3. schwere Verletzung des EU-Vergaberechts und Feststellung einer solchen Verletzung durch den EuGH<sup>37</sup>

Der Kündigungsgrund gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB stellt die Möglichkeit 102 einer eigenen Korrektur des Auftraggebers bei **Auftragsänderungen** dar. Hierbei ist vorausgesetzt, dass im Rahmen eines bestehenden Auftrags von dem Auftraggeber selbst eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde und dazu bereits eine Entscheidung des Auftraggebers gefallen ist, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte. Denklogisch setzt dies voraus, dass mit der Auftragsänderung bereits begonnen wurde, sei es durch Abschluss eines Nachtrages oder Vertragsergänzung zum ursprünglichen Auftrag oder in tatsächlicher Umsetzung der Auftragsänderung durch (teilweise) Leistungserfüllung. Denn hat der Auftraggeber über die Notwendigkeit eines neuen Vergabeverfahrens für die Auftragsänderung noch nicht entschieden, kann er die Auftragsänderung immer noch neu ausschreiben

<sup>37</sup> Diese Möglichkeit der Kündigung wurde bisher durch die EuGH-Rechtsprechung geprägt (EuGH Urt. v. 18.7.2007 – C-503/04, EWiR 2008, 107).

und die Kündigung des ursprünglichen Auftrags wäre nicht erforderlich. Der Auftraggeber greift durch diese Kündigungsmöglichkeit also korrigierend in seine eigenen Vergabeentscheidungen ein.

- 103 Bei der Kündigungsmöglichkeit nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt es sich um eine Korrektur einer Vergabeentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich eines nicht erkannten, aber zwingend erforderlichen **Ausschlussgrundes** bei dem Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, nach § 123 Abs. 1–4 GWB. Danach müssen öffentliche Auftraggeber Bieter vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn eine dem Bieter zuzurechnende Person strafrechtlich verurteilt wurde wegen Bildung krimineller Vereinigung, Terrorismusfinanzierung, Geldwäsche, Betrug, Subventionsbetrug, Bestechung, Bestechlichkeit, Förderung des Menschenhandels, Nichtabführen von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen.
- 104 Hierbei besteht für Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Besonderheit, dass sie Bieter gemäß § 142 Nr. 2 GWB nicht zwingend ausschließen müssen, sondern „können“. Auch hierbei darf der Sektorenauftraggeber aber sein Ermessen nicht dadurch missbrauchen, dass er im Vergabeverfahren auf den Ausschluss des Bieters nach § 123 GWB verzichtet, dann aber nach der Zuschlagsentscheidung und Abschluss des Vertrages diesen gemäß § 133 Nr. 2 GWB kündigt. Denn es handelte sich dann nicht um einen nicht erkannten Ausschlussgrund. Vielmehr hatte der Sektorenauftraggeber den Ausschlussgrund erkannt, von seiner Möglichkeit des Ausschlusses aber keinen Gebrauch gemacht. Das berechtigt nach Zuschlagserteilung nicht zur Kündigung des Vertrages.
- 105 Kündigungen nach § 133 GWB sind nur bei fortlaufenden Leistungspflichten möglich, nicht mehr nach bereits eingetretener Erfüllung des Auftrages. § 133 GWB sieht keine Kündigungsfristen vor. Damit ist die Kündigung bei Vorliegen der Voraussetzungen jederzeit möglich. Jedoch sollte § 314 Abs. 3 BGB analog angewandt werden und eine angemessene Kündigungsfrist gewählt werden.
- 106 Rechtsfolge der Kündigung ist die Beendigung des Auftrages. Gemäß § 133 Abs. 2 GWB, der analog zu § 628 Abs. 1 S. 1 BGB gestaltet ist, hat der Auftraggeber den Auftragnehmer die Vergütung für erbrachte Leistungen insoweit zu zahlen, wie diese für den Auftraggeber von Interesse sind. Im Anschluss kann der Auftraggeber für eine kurze Übergangszeit den Bedarf über einen Auftrag an Dritte direkt decken (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV; § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO). Für eine weitere längere Beauftragung ist jedoch eine neue Ausschreibung erforderlich. Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280, 283 BGB bleiben neben dem Recht zur Kündigung bestehen.
- 107 Gegen eine Kündigung durch den Auftraggeber hat der Auftragnehmer **Rechtsschutz**möglichkeiten. Hierzu stellt sich jedoch die Frage, ob dafür der Zivilrechtsweg oder der Vergaberechtsweg eröffnet ist. § 133 GWB regelt Sachverhalte nach dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung, er ist also streng genommen nicht dem Vergabeverfahren und dem Vergaberecht zugeordnet. Ein Anspruch kann demzufolge nicht aus § 97 Abs. 6 GWB hergeleitet werden. Nach § 156 Abs. 2 GWB ist ein Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern nur bei Ansprüchen nach § 97 Abs. 6 GWB oder

bei der Vornahme oder einem Unterlassen einer Handlung des Auftraggebers in einem Vergabeverfahren möglich. Somit scheidet der vergaberechtliche Rechtsweg vor den Vergabekammern aus und Ansprüche wegen einer Kündigung nach § 133 GWB sind ausschließlich vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

### XVIII. § 134 GWB Informations- und Wartepflicht

§ 134 GWB ist gemäß § 142 GWB für die Vergabe von Aufträgen zum Zweck einer Sektorentätigkeit uneingeschränkt anwendbar. Für Sektorenauftraggeber gelten damit keine Besonderheiten. 108

Nach § 134 GWB müssen Auftraggeber die Bewerber und Bieter, die nicht zum Zuge kommen, über das Unternehmen und den Zeitpunkt der beabsichtigten Zuschlagserteilung informieren. Darüber hinaus müssen sie die Gründe für die Nichtberücksichtigung des betroffenen Bewerbers bzw. Bieters anführen. 109

Die **Information** hat in Textform zu erfolgen und kann elektronisch versandt werden. Im Fall der elektronischen Information beträgt die Wartezeit, nach deren Ablauf der Vertrag geschlossen werden darf, 10 Kalendertage, ansonsten 15 Kalendertage. 110

§ 134 GWB dient der Wahrung eines effektiven Rechtsschutzes für Bewerber und Bieter gegen die Zuschlagserteilungsabsicht des Auftraggebers, ohne dass bereits durch den Beginn der Auftragserfüllung Fakten geschaffen werden. 111

### XIX. § 135 GWB Unwirksamkeit

§ 135 GWB ist gemäß § 142 GWB für die Vergabe von Aufträgen zum Zweck einer Sektorentätigkeit uneingeschränkt anwendbar. Für Sektorenauftraggeber gelten damit keine Besonderheiten. 112

§ 135 GWB dient dem Eintritt der Rechtssicherheit. Nach Ablauf von bestimmten Fristen sollen Bewerber und Bieter die Zuschlagsentscheidung nicht mehr hinterfragen können. Hierbei nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass vergaberechtswidrige Verträge Bestandsschutz genießen. Unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten des Vergabeverfahrens ist somit in einem ausgewogenen Verhältnis Rechtsfrieden hergestellt. 113

Nach § 135 GWB ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber gegen seine Informations- und Wartepflicht gemäß § 134 GWB verstoßen hat oder den öffentlichen Auftrag unzulässiger Weise ohne vorherige Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vergeben hat (sog. De-facto-Vergabe). Einer dieser Verstöße muss in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden sein. Erst dann tritt die **Unwirksamkeit** ein. Bewerber oder Bieter, die die Unwirksamkeit feststellen lassen wollen, müssen dies innerhalb von 30 Kalendertagen nach Eingang der Information gemäß § 134 GWB, jedoch spätestens 6 Monate nach Abschluss des Vertrages des Auftraggebers, geltend machen. Gibt der Auftraggeber jedoch die Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt bekannt, verkürzt sich diese Frist auf 30 Kalendertage nach der entsprechenden Bekanntmachung. Somit kann der 114

Auftraggeber selbst die Rechtssicherheit frühzeitig bewirken. Bei der sog. De-facto-Vergabe ist der öffentliche Auftrag nicht unwirksam, wenn der Auftraggeber die Vergabeabsicht zuvor im EU-Amtsblatt veröffentlicht hat und der Vertrag erst mindestens 10 Kalendertage nach dieser Veröffentlichung geschlossen wird.

### § 143 Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz

(1) **Sektorenauftraggeber, die nach dem Bundesberggesetz berechtigt sind, Erdöl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe aufzusuchen oder zu gewinnen, müssen bei der Vergabe von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträgen oberhalb der Schwellenwerte nach § 106 Absatz 2 Nummer 2 zur Durchführung der Aufsuchung oder Gewinnung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen festen Brennstoffen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe beachten. Insbesondere müssen sie Unternehmen, die ein Interesse an einem solchen Auftrag haben können, ausreichend informieren und bei der Auftragsvergabe objektive Kriterien zugrunde legen. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für die Vergabe von Aufträgen, deren Gegenstand die Beschaffung von Energie oder Brennstoffen zur Energieerzeugung ist.**

(2) **Die Auftraggeber nach Absatz 1 erteilen der Europäischen Kommission über das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Auskunft über die Vergabe der unter diese Vorschrift fallenden Aufträge nach Maßgabe der Entscheidung 93/327/EWG der Kommission vom 13. Mai 1993 zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die öffentlichen Auftraggeber, die geographisch abgegrenzte Gebiete zum Zwecke der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen nutzen, der Kommission Auskunft über die von ihnen vergebenen Aufträge zu erteilen haben (ABl. L 129 vom 27.5.1993, S. 25). Sie können über das Verfahren gemäß der Rechtsverordnung nach § 113 Satz 2 Nummer 8 unter den dort geregelten Voraussetzungen eine Befreiung von der Pflicht zur Anwendung dieser Bestimmung erreichen.**

#### Übersicht

	R.n.
A. Vorbemerkung .....	1
I. Bedeutung der Vorschrift .....	1
II. Vorgaben des EU-Rechts .....	3
III. Entstehungsgeschichte .....	6
B. Erläuterungen .....	7
I. Anwendungsbereich .....	7
II. Mindeststandards für das Vergabeverfahren .....	12
III. Auskunftspflicht .....	16
IV. Weitergehende Freistellung .....	18
V. Rechtsschutzfragen .....	20

## A. Vorbemerkung

### I. Bedeutung der Vorschrift

Für Sektorenauftraggeber, die nach dem Bundesberggesetz berechtigt sind, Erdöl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe aufzusuchen oder zu gewinnen, besteht eine weitgehende Befreiung von den Vorschriften des europäischen Vergaberechts. Sie ist in Art. 33 Abs. 1 RL 2014/25/EU verankert. Die bestehenden **Verpflichtungen beschränken sich auf die Beachtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe**. Art. 33 der Richtlinie 2014/25/EU ist in § 143 GWB umgesetzt.

§ 143 GWB fügt sich nicht ganz widerspruchsfrei in die **Systematik des Gesetzes** ein. Wie sich aus § 102 Abs. 6 GWB ergibt, handelt es sich bei der Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets zum Zwecke der Förderung von Öl oder Gas (§ 102 Abs. 6 Nr. 1 GWB) und der Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen (§ 102 Abs. 6 Nr. 2 GWB) um Sektorentätigkeiten. Soweit Aufträge zum Zweck dieser Tätigkeiten durch Sektorenauftraggeber iSv § 100 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 GWB vergeben werden, unterliegen sie den besonderen Vorschriften des GWB-Vergaberechts für Sektorenauftraggeber. Dies folgt aus § 136 GWB. Das würde eigentlich auch zur Anwendung der §§ 141 und 142 GWB führen und – wegen der in § 142 GWB enthaltenen Verweise – auch zur Anwendung der §§ 118 und 119 GWB sowie – eingeschränkt – der §§ 120–129, 130 und 131–135 GWB. Als Spezialregelung geht § 143 GWB jedoch den hierin festgelegten Bestimmungen über das Vergabeverfahren vor.<sup>1</sup> § 143 GWB ist – wie sich aus der Systematik der Richtlinie 2014/25/EU, dem Regelungszweck und der Entstehungsgeschichte ergibt – so zu verstehen, dass in seinem Anwendungsbereich ausschließlich die in Abs. 1 genannten Verfahrensvorgaben zu beachten sind, nicht jedoch das übrige nationale Recht zur Umsetzung der RL 2014/25/EU.<sup>2</sup> Auch die Sektorenverordnung (SektVO) ist folglich nicht anwendbar, obwohl der Globalverweis auf „Sektorentätigkeiten“ in § 1 Abs. 1 SektVO dies zunächst nahe legt. Folgt man indessen dem OLG Düsseldorf, das die Nichtanwendbarkeit der SektVO damit begründet, dass der – auch in § 1 SektVO verwendete – Begriff der „Energieversorgung“ das Aufsuchen und Gewinnen fossiler Brennstoffe nicht erfasse,<sup>3</sup> führt dies zu dem zweifelhaften Ergebnis, dass der Begriff der „Sektorentätigkeiten“ in § 1 Abs. 1 SektVO enger zu verstehen ist, als in § 102 GWB.

### II. Vorgaben des EU-Rechts

§ 143 GWB geht auf eine Entscheidung der Europäischen Kommission **3** aus dem Jahre 2004 zurück. Nach Art. 1 dieser Entscheidung gilt die Nutzung

<sup>1</sup> Ähnlich *Verfürth* in KKPP, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 143 Rn. 11. Zur Anwendung von § 134 u. 135 GWB → Rn. 21 Zur Anwendung der Vergabegrundsätze des § 97 GWB → Rn. 15.

<sup>2</sup> Für einen Ausschluss der allgemeinen Pflichten nach den §§ 97 ff. GWB *Stockmann* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB § 129b Rn. 7; *Wagner* in HHKW, Vergaberecht, 1. Aufl., GWB § 129b Rn. 5.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf 17.12.2014 – VII – Verg 18/14.

geografisch abgegrenzter Gebiete zum Zweck der Suche nach oder der Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen in Deutschland ab dem 15.1.2004 nicht mehr als Sektorentätigkeit und gelten die eine solche Tätigkeit ausübenden Auftraggeber in Deutschland nicht als Inhaber besonderer oder ausschließlicher Rechte.<sup>4</sup> Rechtsgrundlage der Entscheidung war seinerzeit Art. 3 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift konnte ein Mitgliedstaat bei der Kommission eine entsprechende Freistellungsentscheidung beantragen, wenn bestimmte Bedingungen, nämlich insbesondere diskriminierungsfreie Genehmigungsverfahren, vorgesehen sind, die es ermöglichen, das mit der Sektorenrichtlinie verfolgte Ziel der Marktöffnung auf andere Weise zu erreichen.<sup>5</sup> Gemäß Art. 3 Abs. 2 RL 93/38/EWG musste auch im Falle einer solchen Entscheidung allerdings gewährleistet werden, dass die betroffenen Auftraggeber die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe befolgen. Die **Freistellungsregelung nach Art. 3 RL 93/38/EWG** war insofern anders ausgestaltet als die allgemeine Freistellungsklausel bei Nachweis entwickelten Wettbewerbs (sog. Wettbewerbsklausel), die später als Art. 30 in die RL 2004/17/EG aufgenommen wurde und heute in Art. 34 RL 2014/25/EU zu finden ist.<sup>6</sup> Diese allgemeine Freistellungsklausel sieht keine „nachwirkenden“ Vergabepflichten der von der Freistellung betroffenen Auftraggeber vor.

- 4 Die besonderen Vergabebestimmung für die von der Entscheidung der EU-Kommission vom 15.1.2004 betroffenen Auftraggeber wurde zunächst als Art. 27 in die Richtlinie 2004/17/EG übernommen und findet sich heute in **Art. 33 der Richtlinie 2014/25/EU**. Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 33 RL 2014/25/EU ergibt, gilt sie unbeschadet der Wettbewerbsklausel des Art. 34 RL 2014/25/EU. Das bedeutet, dass die betroffenen Unternehmen im Bereich des Bergbaus die Möglichkeit haben, eine über § 143 GWB hinausgehende, weitergehende Befreiung von der Anwendung des Vergaberechts nach Maßgabe von § 140 GWB zu beantragen.
- 5 Gemäß Art. 11 der Richtlinie 2014/25/EU gilt die Exploration, dh das **Aufsuchen von Öl oder Gas, heute nicht mehr als Sektorentätigkeit**.<sup>7</sup> Nach Einschätzung des Gemeinschaftsgesetzgebers ist dieser Bereich einem so starken Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, dass die durch die einschlägigen Unionsvergabevorschriften bewirkte Beschaffungsdisziplin nicht mehr erforderlich ist.<sup>8</sup> Art. 33 Abs. 3 RL 2014/25/EU trägt dem Rechnung, nicht jedoch § 143 GWB. Sofern § 143 GWB auch Auftraggeber betrifft, die Gas oder Öl *aufsuchen*, geht die Vorschrift ins Leere. Dass der nationale Gesetzgeber die nach dem Gemeinschaftsrecht bestehende Rechtslage verschärfen

---

<sup>4</sup> Entscheidung 2004/73/EG der Kommission v. 15.1.2004 über einen Antrag Deutschlands das spezielle Regime in Artikel 3 der Richtlinie 93/38/EWG anzuwenden (Abl. L 16, 57).

<sup>5</sup> Vgl. Erwägungsgrund 16 RL 93/38/EWG.

<sup>6</sup> Umgesetzt in § 140 GWB und § 3 SektVO.

<sup>7</sup> Vgl. *Opitz* in KKPP, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 102 Rn. 5.

<sup>8</sup> Vgl. Erwägungsgrund 25 RL 2014/25/EU.