1. Kapitel: Regelungsgegenstand, Rechtsquellen und theoretische Grundlagen

I. Regelungsgegenstand

Vergaberecht für Versorgungsunternehmen ist **etwas relativ Neues**. Aus der deutschen Rechtstradition gibt es für Unternehmen – unabhängig vom Rechtscharakter ihrer Trägerinstitution – keine Vorschriften für das Vorgehen beim Einkauf der für ihre Geschäftstätigkeit erforderlichen Waren und Leistungen. Das Programm zur Realisierung und Vertiefung des europäischen Binnenmarktes vom Anfang der 90er-Jahre des vergangenen Jahrhunderts hat dies geändert. Seither sind besondere Vorschriften über das Verhalten beim Einkauf nicht nur von staatlichen Institutionen im klassischen Sinne, sondern auch von Unternehmen anzuwenden, deren Versorgungsmonopol durch staatliche Regeln abgesichert wird. Zu diesem Zweck werden – mit leichten Änderungen – die für staatliche Institutionen geltenden Einkaufsvorschriften auch auf Versorgungsunternehmen erstreckt. 1

Unter diesen „Vergaberecht" genannten **Einkaufsvorschriften v**ersteht man die Regeln, die dem Staat und seinen Untergliederungen eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf der Güter und Leistungen vorschreiben, die zur Erfüllung der Aufgaben dieser Institutionen erforderlich sind. Einkauf bedeutet dabei jede Inanspruchnahme einer Leistung am Markt gegen Entgelt. Darunter fallen die Vorschriften darüber, wie eine Gemeinde vorzugehen hat, wenn sie zum Bau eines neuen Rathauses den Architekten oder zum Bau eines Müllkraftwerkes die Bauunternehmer oder zum Betrieb von Schulen und Rathaus den Stromlieferanten sucht, ebenso wie die Regeln über den Einkauf von LKW's und Waffen für die Bundeswehr, aber auch jegliche Dienstleistung, die sich eine staatliche Stelle von außerhalb erbringen lässt.[1] 2

Teil dieses Vergaberechtes sind eben jetzt auch die Regelungen, die die öffentliche **Versorgungswirtschaft** bei ihren Einkäufen zu beachten hat. Davon betroffen sind der Personenverkehr, die Energieversorgung und die Trinkwasserversorgung. Andere öffentliche Sektoren wie zB der gesamte Bereich der Entsorgungswirtschaft einschließlich der Abwasserentsorgung war in der Vergangenheit Aufgabe des Staates selbst. Im vergaberechtlichen Sinne wird er auch heute noch so behandelt. In der Entsorgungswirtschaft gelten daher Vergaberegeln nur für öffentlich beherrschte und öffentlich geführte Unternehmen – sofern sie denn die übrigen Voraussetzungen der Auftraggeberdefinition erfüllen. Für diese Unternehmen gelten dann die Regeln, die auch für „klassische" behördliche Auftraggeber gelten. Für in der Entsorgungswirtschaft tätige private Unternehmen gibt es keine Einkaufsvorschriften, die denen der Energiewirtschaft, des Verkehrs oder der Wasserversorgung entsprechen. Ähnliches gilt in Deutschland für Postdienste, die in die RL 2004/17/EG als eigener Sektor aufgenommen wurden. In Deutschland werden die Postdienste weder durch staatsbeherrschte Unternehmen noch 3

1 Ausführlich *Marx,* Vergaberecht – Was ist das? in: Festschrift für Bechtold, München 2006, S. 305 ff; *Kokott* in: Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, Heidelberg 2000, Einführung; *Rudolf* in: Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Frankfurt 2005, Einführung.

durch Unternehmen angeboten, die über besondere oder ausschließliche Rechte verfügen; solche Rechte können in Deutschland nach den Postregulierungsgesetzen nicht erworben werden. Die Bundesrepublik hat daher die Postdienste nicht unter die Sektorentätigkeiten des 4. Teils des GWB aufgenommen.

4 Der Begriff **„Vergabe" hat etwas Altertümliches** an sich. Er passt nach heutigem Sprachgefühl nicht so recht auf den Vorgang, der hier gemeint ist. Das Wort suggeriert das Entgegenkommen eines Hoheitsträgers, das, wenn denn nicht eine Art Gnadenakt, so doch eine Handlung ist, die eine über Andere gestellte staatliche Institution huldvoll dem gewährt, der sich würdig erweist. In Wahrheit hat die öffentliche Auftragsvergabe selbstverständlich nichts mit herablassender Segens- oder Mildtätigkeit zu tun. Der Einkauf der staatlichen Institutionen und erst recht der halbstaatlichen Monopolunternehmen ist ein knallharter profaner ökonomischer Vorgang: Es geht um den Erwerb der für die Existenz und die Aufgabenerfüllung notwendigen Ressourcen gegen Geld, das vom Steuer- oder Gebührenzahler zwangsweise erhoben oder im Monopol eingefordert wird. „Vergaberecht" hat sich aber eingebürgert und wird allgemein für das in den 90er Jahren neu gewachsene Rechtsgebiet verwendet.

II. Rechtsquellen

5 Das **deutsche Vergaberecht** war traditionell – und ist dies zu einem ganz wesentlichen Teil noch immer – spezieller **Teil des Haushaltsrechts,** welches die Vorschriften zur Aufstellung und zur Abwicklung des Etats einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft beinhaltet. Haushaltsgrundsätzegesetz, Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (§§ 55 BHO, LHO), die Haushaltsordnungen aller möglichen öffentlich-rechtlichen Körperschaften ebenso wie Gemeindehaushaltsverordnungen der Länder schreiben den Beamten bestimmte Verhaltens- und Vorgehensweisen beim Einkauf vor. Diese gesetzlichen haushaltsrechtlichen Vorschriften, die die Verwaltungen durchweg nur ganz allgemein verpflichten, im Wettbewerb zu beschaffen, werden näher ergänzt und ausgefüllt durch einheitliche Richtlinien:[2] VOB, VOL und VOF. Diese heute „Vergabeordnung" genannten Regelkomplexe sind in der Sache Absprachen unter den beiden Marktparteien – Staat und Wirtschaft – darüber, wie sich staatliche Institutionen zu verhalten haben, wenn sie bei Wirtschaftsunternehmen einkaufen, staatlich sanktionierte Rationalisierungskartelle also. In den drei aktuell existierenden Vergabeordnungen – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Vergabeordnung für Leistungen (VOL) und Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) – sind alle Einzelregelungen enthalten, die die staatlichen Auftraggeber bei der Anbahnung und dem Abschluss eines Auftrags zu beachten haben: Vorschriften über die Publizität, über einzuhaltende Fristen, über die Zulassung und Wertung von Angeboten, über den Zuschlag und die nach dem Zuschlag herzustellende Transparenz. Außer den Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren in den Teilen A enthalten diese Verdingungsordnungen in ihren Teilen B Allgemeine Geschäftsbedingungen, die beim Abschluss eines Vertrages zugrunde gelegt werden müssen. Mit Abschluss des Vertrages werden sie Vertragsgegenstand. Die VOB enthält außerdem noch einen Teil C mit

2 So die Vorläufige Verwaltungsvorschrift (VorlVV) zu § 55 BHO/LHO.

technischen Vorgaben für das Bauen. Diese kartellähnlichen Vereinbarungen werden zu einem Teil vom Gesetzgeber und zum anderen Teil von der Administration für „anwendbar“ erklärt und so zu wirksamem Recht gemacht, das seine Geltungskraft aus unterschiedlichen Quellen bezieht.

VOL und VOB gliedern sich in Teile und Abschnitte, wobei die VOB am deutlichsten durchstrukturiert ist. Ihr Teil A beschäftigt sich mit den Verhaltensregeln für öffentliche Auftraggeber und potentielle Auftragnehmer vor und beim Vertragsabschluss, dem Vergaberecht im engeren Sinne also, während Teil B die allgemeinen Vertragsbedingungen enthält – eine Art Bauvertragsrecht der öffentlichen Hand darstellt. Teil C ist eine Sammlung technischer Regeln, auf die sich die Baubehörden der Bundesrepublik mit den Vertretern der Bauunternehmen geeinigt haben und nach denen öffentliche Bauten zu errichten sind. Die **Teile A** von VOB und VOL **gliedern sich** wiederum in **zwei Abschnitte**, die sich in beiden Fällen auf einen Abschnitt für die Unterschwellenaufträge und einen Abschnitt für den Oberschwellenbereich einteilen, die aber seit der in der ersten Jahreshälfte 2010 vorläufig abgeschlossenen Vergaberechtsreform bei VOB und VOL jeweils anders konstruiert sind. Bei der VOB besteht der erste Abschnitt mit den Regeln für die Aufträge unterhalb der EU-Auftragsschwellen aus den sog. Basisparagraphen, die im zweiten Abschnitt um die Regeln ergänzt werden, die nur für den Oberschwellenbereich gelten sollen. In der VOL gibt es einen Abschnitt mit den Regeln für den Unterschwellenbereich, der nach §§ durchgegliedert ist. Davon redaktionell getrennt ist der zweite Abschnitt mit den Regeln für die Oberschwellenaufträge, die sich in §§ mit der Bezeichnung „EG“ aufgliedern. Die VOF ist nicht entsprechend aufgeteilt und gegliedert; sie gilt ohnehin nur für den Oberschwellenbereich. 6

Mit der Vervollständigung und **Vertiefung des europäischen Binnenmarktes** zu Anfang der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts gerieten auch die Einkaufsregeln der Mitgliedstaaten in den Blick der Gemeinschaft. Mehrere Richtlinien sollten dafür sorgen, dass auch auf diesem Sektor der Binnenmarkt mit seinen Marktfreiheiten wirkt und jegliche Diskriminierung von Unternehmen nach ihrer Herkunft unterbunden wird. Einbezogen wurde dabei auch der Teil staatlicher Tätigkeit, der als öffentliche Versorgung gilt und – von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich – öffentlich oder privat organisiert ist. Nach einer umfangreichen Novellierung der Regeln um die Jahrtausendwende sind maßgeblich nun die Richtlinien 2004/17 EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste[3] und 2004/18 EG zur Koordinierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge vom 31.3.2004.[4] Zusätzlich sind zu berücksichtigen die sog. Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge.[5] 7

3 Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 134/1 v. 30.3.2004.
4 Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 134/114 v. 30.3.2004.
5 Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 335/31 v. 20.12.2007.

8 Die Umsetzung der zur Marktöffnung erlassenen Richtlinien der EG in das deutsche Recht führte dann auch in Deutschland zu der für die Versorgungswirtschaft wesentlichen **Ausweitung des Adressatenkreises** der Regeln auf privatrechtlich organisierte Institutionen und Unternehmen und zu einer **Zweiteilung des deutschen Vergaberechts,** die bis heute fortdauert: Für Aufträge mit Auftragswerten **unterhalb** der in den Richtlinien bestimmten Schwellen und die Einrichtungen, die an öffentliches **Budgetrecht** gebunden sind, gelten die traditionellen deutschen haushaltsrechtlichen Vergaberegeln. Für Aufträge **oberhalb** dieser Schwellenwerte ist der Adressatenkreis sehr viel weiter und es gilt mit dem 1998 neu in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingefügten Vierten Teil über Öffentliche Aufträge das **wettbewerbsrechtliche Vergaberecht**, das für den Bereich der sog. klassischen Auftraggeber und Aufträge durch die sog. Kaskadenregel der Vergabeverordnung die – entsprechend angepassten und ergänzten – deutschen Vergabeordnungen wieder einbezieht.

9 Für den Versorgungsbereich wurde dagegen 2009 in einer eigenen Sektorenverordnung[6] spezifisches Einkaufsrecht für Versorgungsbetriebe geschaffen, das sich deutlich von den sog. klassischen Regeln absetzt, allerdings auch ohne diese Regeln im Hintergrund nicht recht verstanden werden kann.

10 Der **vierte Teil des GWB**, der seit dem 1.1.1999 in Kraft ist und im vergangenen Jahr durch das sog. Vergaberechtsmodernisierungsgesetz[7] novelliert worden ist, teilt sich in drei Abschnitte. Die Regelungsgegenstände des 1. Abschnitts sind unter der Überschrift „Vergabeverfahren“ der subjektive und der objektive Anwendungsbereich. Der subjektive Anwendungsbereich beschreibt in § 98 GWB die Auftraggeber, die bei ihren Einkäufen den vergaberechtlichen Bindungen unterworfen sind. Die Beschreibung des objektiven Geltungsbereiches beinhaltet die Festlegung auf die Aufträge oberhalb der EG-Schwellen und eine Kodifikation der Ausnahmen. Für die öffentliche Versorgungswirtschaft ist dieser Teil der gesetzlichen Regel von besonderer Bedeutung nicht nur, weil die idR ja eher seltenen Ausnahmen von der Pflicht zur Anwendung der Vergaberegeln beim Einkauf in einem langen Katalog beschrieben werden, sondern es im Versorgungsbereich auch sehr darauf ankommt, ob die Aufträge mit der Versorgungstätigkeit zusammenhängen. Außer der Beschreibung des Geltungsbereiches enthält der erste Abschnitt eine Regelung der wesentlichen Grundsätze, nach denen sich die Auftragsvergabe auszurichten hat. Schließlich werden die Vergabeverfahren beschrieben. Weiterer Schwerpunkt der Regelung des Vierten Abschnitts des GWB ist der spezifische vergaberechtliche Rechtsschutz.

11 Die **eigentlichen Vorschriften** und detaillierten Vorgaben für das Vorgehen beim Einkauf von Gütern am Markt befinden sich **im nachrangigen Recht**. Für die klassischen Auftraggeber und Aufträge regelt dies die auf der Ermächtigungsbasis des § 97 Abs. 6 GWB erlassene Vergabeverordnung. Sie enthält allerdings die Einkaufsvorschriften nicht selbst, sondern verweist starr auf die 3 Vergabeordnungen VOB/A, VOL/A und VOF. Sie schreibt den Auftraggebern jeweils für Bau-, Liefer- oder gewerbliche Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen die Regeln der entsprechenden Abschnit-

6 Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) v. 23.9.2009 (BGBl. I 3110).
7 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergabeModG) v. 20.4.2009 BGBl. I v. 23.4.2009, S. 790.

te der Vergabeordnungen (VOB/A, VOL/A und VOF) zur Anwendung vor. Für den Versorgungsbereich regelt dies die Sektorenverordnung. Sie enthält alle beim Einkauf zu beachtenden Vorschriften ohne weitere Verweisung im Text selbst.

III. Regelungsziele und Instrumente

12 Vielfach wird **bezweifelt, dass** die Vergaberegeln heute noch einen ernst zu nehmenden und **sinnvollen ökonomischen Hintergrund** haben. Oft wird ihnen vorgeworfen, sie seien längst überflüssig gewordene bürokratische Belastungen, die abgeschafft werden müssen. Es mache keinen Sinn, Stadtwerken, Energieversorgern, Verkehrsunternehmen und Müllentsorgern Vorschriften zu machen. „Besonders unsinnig" seien sie schon deswegen, weil sie zu geringe Schutzmöglichkeiten gegen Absprachen unter Bietern gewährten. Sie benachteiligten öffentliche Unternehmen im Wettbewerb mit Privaten auf besonders unangemessene Weise. Bei komplexeren Beschaffungen von inhomogenen Gütern, beim Erwerb von technologischen Neuheiten und der Beschaffung von allem Übrigen, das der Auftraggeber nicht im Vorhinein genau beschreiben könne, führten sie nicht zu der erstrebten Wirtschaftlichkeit.

13 Bei näherem Hinsehen erweisen sich diese Bewertungen als das was sie sind: Teilrelevante Vorurteile, die auf bestimmte Fehler und Mängel einzelner Regelungen hinweisen, aber als Rechtfertigung für die Beseitigung des Regelkomplexes nicht taugen. Bei aller zum Teil unbedingt notwendigen Kritik an der Ausgestaltung des zur eigenständigen Rechtsmaterie herangewachsenen Vergaberechtes gilt, dass sich jedes betroffene Unternehmen und jede betroffene staatliche Einheit damit beschäftigen und darauf einstellen muss. Auf absehbare Zeit wird es ein Leben ohne Vergaberecht nicht geben. Im Gegenteil, für anbietende Unternehmen ebenso wie für Auftraggeber – ob öffentlich-rechtliche Körperschaften oder privatrechtlich organisierte Institutionen – wird die **Rechtsmaterie zunehmend wichtiger**. Man muss sich also darauf einstellen.

14 Das EU-induzierte Vergaberecht verfolgt **zwei Zwecke,**[8] die nicht nur nicht immer in dieselbe Richtung laufen, sondern vielfach nur mit Mühe kompatibel sind und sich auch durchaus einmal voll widersprechen können. Das oberste Ziel der Regeln des öffentlichen Auftragswesens ist aus nationaler Sicht die Verpflichtung der Auftraggeber auf den Einkauf nach dem **Prinzip der Wirtschaftlichkeit**. Überall dort nämlich, wo von vorneherein wettbewerbliche Strukturen fehlen, gibt es keinen Mechanismus, der den handelnden Institutionen den Maßstab der Wirtschaftlichkeit aufzwingt. Ökonomischer Zwang zu wirtschaftlichem Einkaufsverhalten besteht nur dort, wo unwirtschaftliches Verhalten letztlich mit dem Untergang, dh Konkurs bedroht ist. Das ist bei steuer- und abgabefinanzierten öffentlichen Institutionen ebenso wenig der Fall wie bei öffentlichen Versorgungsmonopolen. Diesen Institutionen muss daher vorgeschrieben werden, nach welchen Maßstäben sie einzukaufen haben. Es sind also Regeln und deren Überwachung erforderlich, um Verschwendung oder unkontrollierte Verwendung von Steuern und Abgaben für beliebige politische oder gar private Zwecke zu verhindern und effizienten Einkauf zu ermöglichen.

8 Näher *Marx*, Vergaberecht – Was ist das? in: Festschrift für Bechtold, München 2006, S. 306 ff.

15 **Im deutschen Recht wird** von je her besonderer Wert auf die **Effizienz** der Beschaffung gelegt und das Recht der Unternehmen, sich geschäftlich an der Ressourcenbeschaffung staatlicher Institutionen zu beteiligen eher in den Hintergrund gestellt.[9] Aus europäischer Sicht ist ein weiterer **Gesetzeszweck** wichtiger: die **Öffnung der einzelnen nationalen öffentlichen Beschaffungsmärkte** zu einem großen Binnenmarkt. Die weithin gegeneinander abgeschotteten und den nationalen Anbietern vorenthaltenen Märkte sollen geöffnet werden, indem Transparenz der Regeln und Transparenz für die einzelnen Aufträge geschaffen sowie die Pflicht zur nicht diskriminierenden Vergabe nach rationalen Kriterien überall in der EG durchgesetzt wird. Staatlicher Einkauf wird, wenn er nicht in bestimmter Form abläuft, als klarer Verstoß gegen die **vertraglichen Marktfreiheiten** gewertet. Dabei ist inhaltlich von besonderer Bedeutung der freie Warenverkehr, der von den Mitgliedstaaten die Beseitigung aller Hindernisse für den Warenaustausch verlangt, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Herausragend wichtig ist daneben die Dienstleistungsfreiheit, die der Gerichtshof in sehr engem Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit sieht. Jede grenzüberschreitende Dienstleistung soll für jede Berufsgruppe ebenso ermöglicht werden wie die Niederlassung in jedem Mitgliedstaat.

IV. Theoretische Basis

1. Deutsches Recht

16 Über Zweck und Rechtscharakter des Vergaberechtes gibt es bis heute keine fest gefügten Vorstellungen.[10] Allgemein geht man von der **Theorie vom fiskalischen Hilfsgeschäft** aus. Danach haben die für das **Innenverhältnis** unter den Akteuren des Staates geltenden Regeln über die staatliche Beschaffung **budgetrechtlichen Charakter.** Haushalts- oder Budgetrecht kann dabei für die verschiedenen staatlichen und öffentlichen Institutionen höchst unterschiedlich sein. Es gilt in aller Regel nicht für Versorgungsunternehmen. Privatrechtlich organisierte Auftraggeber werden daher öffentliche Auftraggeber nur dann, wenn ein zusätzlicher Rechtsakt hinzukommt, sei es eine vertrtagliche Regelung oder sei es eine Klausel in einem subventionsrechtlichen Verwaltungsakt. Soweit der Bund und die Länder als Auftraggeber auftreten, folgt die Pflicht aus den §§ 55 BHO/LHO[11] iVm den entsprechenden Anwendungserlassen.[12]

---

9 Der Versuch, Vergaberecht nicht nur als Etatkompetenz- und Zivilrecht mit Bindung aus Art. 3 GG zu verstehen, sondern eine engere Verbindung mit einer Freiheit herzustellen und Vergaberecht direkt als Regulierung der Berufsfreiheit zu begreifen, ist vor ein paar Jahren schon im Ansatz vom BVerfG erstickt worden. Hauptkonsequenz der von *Puhl* (Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 20 (2001) S. 456 ff) und *Cremer* (Rechtsstaatliche Vorgaben für die Normsetzung im Vergaberecht – insbesondere zur Bedeutung der Freiheitsgrundrechte in: Pünder/Prieß, Vergaberecht im Umbruch, Köln 2005, S. 29 ff) entwickelten Idee wäre, dass die Budgetregeln in Deutschland nicht mehr zur Legitimation des Vergaberechtes ausreichten und ein Gesetz zum Eingriff in die Berufsfreiheit erforderlich wäre – das GWB-Vergaberecht in wesentlichen Teilen also auch auf den sog. Unterschwellenbereich ausgedehnt werden müsste. Siehe dazu BVerfG v. 13.6.2006 – NZBau 2006, 791 m.Anm. v. *Pietzcker* ZfBR 2007, 131; *Burgi,* Die künftige Bedeutung der Freiheitsgrundrechte für staatliche Verteilungsentscheidungen, Wirtschaft und Verwaltung 2007, 173 ff.

10 Ausführlich dazu *Marx* in: Festschrift für Bechthold, Vergaberecht – Was ist das?, S. 305 ff.

11 Absolut hM, zuletzt bestätigt durch BVerfG v. 13.06.06 – 1 BvR 1160/03 – VergabeR 2006, S. 871 ff = NZBau 2006, 791 ff; im Einzelnen dazu *Rudolf* in: Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Einführung Rn 73 ff.

12 Für § 55 BHO ist dies die VorlVV zu § 55 BHO mit ihren Ziffern 2 und 3; vergl. dazu *Nebel* in: Piduch, BHO, § 55 Rn 1 lit. d).

Das fiskalische Hilfsgeschäft[13] unterlag zunächst außer der haushaltsrechtlichen keiner sonstigen allgemein öffentlich-rechtlichen Bindung. Einziger zusätzlich zu den zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu beachtender Aspekt war die sich aus dem Demokratieprinzip ergebende, strenge Verpflichtung, die Regeln über die Verfügbarkeit von und den Umgang mit den von der jeweiligen Vertretungskörperschaft der Exekutive bewilligten Haushaltsmitteln zu beachten. Ebenso wie vom jeweiligen Haushaltsgesetzgeber vorgegeben wird, wie viel Geld wofür in einem Haushaltsjahr bereit steht, wird vorgegeben wie das Geld auszugeben ist. Es finden sich daher in den **Haushaltsvorschriften** von Bund, Ländern und Gemeinden Regeln für die Vergabe von Subventionen (§§ 44 BHO, LHO) und Regeln über die Ausgaben im Zusammenhang mit dem Erwerb der notwendigen Sachmittel und Leistungen durch Verträge (§§ 30 HGrG und 55 BHO, LHO). Ähnliches gilt für die Haushaltsvorschriften anderer selbständiger, öffentlich-rechtlicher Einrichtungen und Anstalten, die zumeist an die Haushaltsregeln der Gebietskörperschaften anknüpfen und sie zumindest teilweise übernehmen. Da das Haushaltsrecht aber eben nur eine Regel für die Rechtfertigung gegenüber dem Haushaltsgesetzgeber ist, die Exekutive nur ihm und niemandem sonst für den Umgang mit Steuern oder Mitteln aus Gebühren und Zwangsabgaben verantwortlich ist, ist das haushaltsrechtliche Vergaberecht nur eine interne Bindung ohne direkte rechtliche Wirkung auf Dritte. Denn wenn der jeweilige Haushaltsgesetzgeber einer staatlichen Einheit allein verantwortlich ist, hat er – selbstverständlich im Rahmen des Grundgesetzes und der allgemeinen Gesetze – auch selbst zu entscheiden, ob ihm dieses oder jenes Verfahren als das wirtschaftlichste Verfahren erscheint. Gerichtsurteile gibt es in diesem Zusammenhang allenfalls in Verfassungsstreitigkeiten. 17

Mit dem Siegeszug der Feststellung, dass es **keine staatliche Tätigkeit ohne Bindung an das Grundgesetz und die Grundrechte** gibt, musste allerdings die Freistellung des fiskalischen Hilfsgeschäftes von außenwirksamen öffentlich-rechtlichen Bindungen eingeschränkt werden: Auch das fiskalische Hilfsgeschäft ist selbstverständlich so abzuschließen, dass Verstöße gegen den Gleichheitssatz ausgeschlossen und auch die übrigen Grundrechte nicht verletzt werden. Die Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Unternehmen muss so gestaltet bzw interpretiert werden, dass die rechtmäßige Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht mit einem Verstoß gegen Art. 3 Grundgesetz oder ein einschlägiges anderes Grundrecht verbunden ist. Das ändert jedoch nichts an der prinzipiellen Gestaltung der Außenbeziehung. **Rechtsprechung und hM**[14] halten **am zivilrechtlichen Bild der Außenbeziehung** fest. Noch heute sehen sie im Bereich der Aufträge, die nicht vom GWB erfasst sind, die Grundrechte gewahrt, wenn überall, wo dies mit verhältnismäßigen Mitteln möglich ist und die „Natur des Auftrags“[15] dies erlaubt, 18

13 Auf den Streit, ob das fiskalische Hilfsgeschäft neben dem Verwaltungsprivatrecht eine eigene Kategorie darstellt – so *Dreher* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. Vor §§ 97 Rn 76 f – und in welche Schublade das Vergaberecht dann einzuordnen ist, wenn es die beiden Kategorien gibt, dürfte es nicht (mehr) ankommen, da die Rechtsfolgen beider Kategorien (jedenfalls in unserem Fall) nicht voneinander abweichen.

14 BVerfG v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03 – VergabeR 2006, 871 ff; OLG Saarbrücken NZBau 2003, 462; BVerwG v. 2.5.2007 – 6 B 10.07 – VergabeR 2007, 337; OVG Berlin/Brandenburg VergabeR 2006, 765 ff; VG Leipzig VergabeR 2005, 758; weitere Nachweise bei *Pietzcker,* Defizite beim Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, NJW 2005, S. 2881 ff; *Rudolf* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005 Einführung Rn 73 ff.

15 §§ 55 BHO/LHO.

Wettbewerb organisiert wird, wenn die interessierten Unternehmen sich beteiligen können und der Zuschlag nach objektiven Kriterien vergeben wird, also keine Willkür herrscht. Auch faktisch macht ja eine staatliche Einheit bei ihren Einkäufen nichts anderes als eine vergleichbare juristische Person des privaten Rechtes. **Äußerlich** haftet der Einkaufstätigkeit staatlicher Institutionen also nichts Besonderes an. Man geht allgemein davon aus, dass der Staat und seine rechtlich selbständigen öffentlich-rechtlich verfassten Untergliederungen **am zivilen Rechtsverkehr teilnehmen** wie jeder andere auch. Wenn sie einkaufen, verwenden sie die üblichen zivilen Rechtsinstrumente, sie bedienen sich des allgemeinen Schuldrechtes, des Kaufrechtes, des Sachenrechtes. Sie sind den Regeln des vertraglichen und deliktischen Schadensersatzrechtes unterworfen. Staatliche Einheiten machen also bei ihren Einkäufen rechtlich und faktisch nichts anderes als Private. Sie betreiben Marktforschung, lassen sich beraten, holen Angebote ein, schließen Verträge und achten auf die Vertragserfüllung.

19 In der **Innensicht** der staatlichen Organisation ist die Einkaufstätigkeit gefesselt durch ein Bündel aus budgetrechtlichen Vorschriften, dem Gleichheitsgrundsatz und anderen Teilhaberechten. Dabei werden diese für sich genommen offenbar öffentlich-rechtlichen Fesseln nicht als solche erkennbar und unterliegen daher auch keiner selbständigen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Das richtig interpretierte Privatrecht muss dafür sorgen, dass der Auftraggeber den öffentlich-rechtlichen Bindungen genügt. Wettbewerb und Transparenz haben in diesem Zusammenhang rein instrumentellen Charakter: Sie dienen einzig der Suche nach dem besten Angebot. Die Einhaltung der internen öffentlich-rechtlichen Bindungen ist zivilrechtliche Obliegenheit des öffentlichen Auftraggebers im Verlaufe der Vertragsanbahnung: Die Unternehmen dürfen darauf vertrauen, dass der Staat die haushaltsrechtlichen Vergaberegeln einhält. Wenn er das nicht tut, liegt eine Obliegenheitsverletzung im Zusammenhang mit einer Vertragsanbahnung vor, die zu (vor)vertraglichen Schadensersatzansprüchen führt.

20 Noch zu Beginn der 90er-Jahre des vergangenen Jahrhunderts war nach **absolut herrschender Meinung** die Vorstellung, dass ein Privater Anspruch auf gerichtlichen Eingriff in laufende Einkaufsüberlegungen öffentlicher Institutionen haben könnte, ein eher absurder Gedanke.[16] Primärrechtsschutz wurde in Deutschland erst eingeführt mit dem am 1.1.1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz – allerdings nur für die Aufträge, auf die auch das spezielle richtlinieninduzierte materielle Vergaberecht anzuwenden ist:

21 Die Regeln des Vergaberechts sind Binnenrecht und haben **keine Außenwirkung**, so dass aus ihnen auch für Niemanden Rechte erwachsen, auf die man sich vor Gericht berufen und eine Verletzung geltend machen könnte.[17] Die Entscheidung über die Auftragserteilung (**Zuschlag**) ist **nicht** Ausfluss von **öffentlicher Gewalt**, sondern ausschließlich zivilrechtliche Willenserklärung, mit der die Auswahl unter den vorliegenden Angeboten getroffen und zugleich das ausgewählte Angebot angenommen wird.[18]

16 S. zB Empfehlungen zum Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, Schriftenreihe des Forums ÖA e.V., Köln 1996.
17 BGH NJW 1992, 827 mwN; VGH Mannheim DÖV 1999, 79.
18 *Marx* in: Jestadt/Kemper/Marx/Priess, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 144; *Byok* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005 § 114 Rn 1075; *Reidt* in: Reidt, Stickler, Glahs, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003 § 114 Rn 25 ff mwN.

Die **Rechtsbeziehungen**, die durch den Abschluss eines Vertrages entstehen, sind **privatrechtlicher Natur**. Die öffentlichen Auftraggeber schließen ganz normale privatrechtliche Verträge ab. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Unternehmen, das Voraussetzung für einen Rechtsschutz im Verwaltungsgerichtsweg ist,[19] entsteht zu keiner Zeit. Die grundgesetzlichen Pflichten führen nach der hM[20] **nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis im Außenverhältnis** zwischen Auftraggeber und seinen potentiellen Vertragspartnern,[21] Bietern und Bewerbern, sondern werden zivilrechtlich vermittelt. 22

Verstoßen Auftraggeber im Laufe des Vergabeverfahrens gegen die in der Regel dann doch öffentlich-rechtlichen internen Bindungen, verletzen sie zugleich zivilrechtliche Obliegenheiten unter potentiellen Vertragspartnern, die aus dem bei der Vertragsanbahnung entstehenden Vertrauensverhältnis erwachsen.[22] Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, insbesondere vertragsrechtliche Schadensersatzansprüche sind vor den **Zivilgerichten** geltend zu machen. 23

Diese in sich geschlossene dogmatische Vorstellung[23] von der Auftragsvergabe führt im Ergebnis zu einer klaren Wertung unter den teilweise widerstreitenden Funktionen und Teilfunktionen der Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen: Klaren **Vorrang hat danach die Effektivität der Beschaffung.** Der Gleichbehandlungsaspekt ist, so wichtig er auch sein mag, nur Randbedingung, nicht gleichberechtigte Hauptfunktion. 24

2. Europarechtliche Verankerung

Vergaberecht hat über die national-rechtliche Entwicklung hinaus im EG-Primärrecht eine supranationalrechtliche Verankerung, die in den letzten 20 Jahren immer bedeutsamer geworden ist. Der Beschaffungsmarkt wird als Bestandteil des gemeinsamen europäischen Binnenmarktes angesehen. Die Mitgliedsstaaten und ihre Untergliederungen müssen deshalb über die traditionellen budgetrechtlichen und gleichheitsrechtlichen Bindungen hinaus bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen das EG-Primärrecht und die Vergaberichtlinien beachten. 25

Seit dem 1.1.1999[24] besteht in Deutschland ein horizontal zweigeteiltes Recht, das an verschiedenen Stellen und in vielfältiger Weise sachlich aufeinander bezogen und ineinander verflochten ist, das aber gerade für die öffentlichen Versorgungsunternehmen eine zunächst als fremd empfundene Belastung mit sich brachte, die so jedenfalls im deutschen Recht des öffentlichen Auftragswesens nicht bestand: Für Vergaben, die nach der Prognose des Auftraggebers bestimmte sich aus den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft ergebenden Auftragswerte nicht überschreiten, gilt das Haushaltsrecht der jeweils einkaufenden Körperschaft des öffentlichen Rechts. Dabei ist zu beachten, dass diese Regeln nicht den Freiheiten und dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminie- 26

19 *Rudolf* aaO Rn 88 mwN.
20 *Gröning*, Primärer Vergaberechtsschutz außerhalb des Vierten Teils des GWB auf dem Verwaltungsrechtsweg?, ZWeR 2005, 276; *Pietzcker* aaO 2881.
21 VG Leipzig VergabeR 2005, 758 ff mit zustimmender Anmerkung von *Marx*.
22 *Rudolf* aaO Rn 93 ff.
23 Ausführlich dazu *Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 56 ff.
24 Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG).

rungsverbot widersprechen.[25] Für Aufträge, die voraussichtlich die gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Schwellenwerte erreichen oder gar übersteigen, gilt der dem europäischen Richtlinienrecht nachgebildete Vierte Teil des GWB.[26] Das sind die §§ 97 ff GWB und sämtliche Vorschriften, auf die dort verwiesen wird.

27 Dabei kommt es für die Rechtspraxis des **Oberschwellenbereiches** auf die Frage, ob in einem nicht richtlinienkonformen Einkaufsverhalten der Mitgliedstaaten eine konkrete Freiheitsverletzung liegt, nicht so sehr an. Denn der Gemeinschaftsgesetzgeber hat die Richtlinien trotz allem erlassen und erst kürzlich durch eine umfangreiche Novelle wieder bestätigt. Auch wenn und gerade weil die **Binnenmarktrelevanz** der meisten Aufträge nicht gegeben ist, sollen die sekundärrechtlichen Regeln dafür sorgen, dass ein einheitlicher gemeinsamer Markt in Zukunft entsteht. Eine in Einzelfällen durchaus dramatische Steigerung der Transaktionskosten wird für diese **Binnenmarktentwicklung und -förderung** hingenommen. Anders ist das im **Unterschwellenbereich**. Dort kommt es entscheidend darauf an, was sich aus dem Primärrecht ergibt, welches als erstes voraussetzt, dass Binnenmarktrelevanz vorliegt.

25 Dazu *Sterner* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 100 Rn 6; *Eschenbruch* und *Röwekamp* in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009, § 99 Rn 213 ff und § 100 Rn 12 ff; *Otting* in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 100 Rn 6.

26 Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26.8.1998, BGBl. I, S. 2512.