

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M., Dr. Kristin Hentschel und Ulrike Steiner, Bonn

Das vergaberechtliche System der Präqualifikation von Bietern auf dem Prüfstand des Kartellverbots des Artikels 81 Abs.1 EG

I. Einführung

Das deutsche Vergaberecht hat angesichts seiner Komplexität schon zahlreiche Anknüpfungspunkte für gemeinschaftsrechtliche Auseinandersetzungen geboten. Der Umstand, dass die Umsetzungsfrist der am 31.3.2004 verabschiedeten EG-Vergaberichtlinie [1] abgelaufen ist, ohne dass die Richtlinie vollständig in deutsches Recht umgesetzt werden konnte, verdeutlicht das Vorhandensein vergaberechtlicher Problemkreise derzeit in verstärktem Maße. In diesem Zusammenhang sind insbesondere auch Gesichtspunkte des Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen, so z. B. die EG-kartellrechtliche Beurteilung der Beschlüsse der Verdingungsausschüsse sowie des Inhalts der Verdingungsordnungen. Kartellrechtliche Probleme treten auch bei der Bewertung des neuerdings im Bausektor eingeführten Präqualifizierungssystems auf. Letzteres soll im vorliegenden Beitrag in den Blick genommen werden.

Unter Präqualifikation ist eine vorgelagerte, auftragsunabhängige Prüfung der Eignungsnachweise interessierter Bieter auf der Basis der in § 8 der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) definierten Anforderungen und ggf. zusätzlicher Kriterien zu verstehen. An öffentlichen Aufträgen interessierte Unternehmen können ihre Eignung auftragsunabhängig bei einer Präqualifikationsstelle nachweisen. Hierzu wurden durch das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung sechs private Unternehmen für die künftige Präqualifizierungstätigkeit in Deutschland ausgewählt [2]. Mit diesen hat der am 20.6.2005 gegründete, privatrechtlich organisierte „Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.“ (im Folgenden: *Prä-*

qualifikationsverein) Verträge für die Durchführung der Präqualifizierung abgeschlossen. Dem Präqualifikationsverein gehören Vertreter zahlreicher öffentlicher Auftraggeber, Behördenvertreter des Bundes und der Länder, sonstige öffentliche Auftraggeber, kommunale Spitzenverbände und Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik in paritätischer Zusammensetzung an.

Die konkreten Anforderungen an die Präqualifizierungsstellen wurden unter der gemeinsamen Federführung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung sowie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie von einer aus Auftraggebern und Auftragnehmern zusammengesetzten Arbeitsgruppe zur Einführung eines Präqualifizierungssystems für Bauunternehmen (im Folgenden: *Arbeitsgruppe Präqualifikation*) in der „Leitlinie für die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens“ [3] festgelegt. Gemäß den Vorgaben der Leitlinie führt der Präqualifikationsverein auf der Grundlage der von den Präqualifizierungsstellen zur Verfügung zu stellenden Daten die bundesweit einheitliche Liste präqualifizierter Unternehmen. Durch die vorgeschaltete Eignungsprüfung sollen die betroffenen Unternehmen Kosten und Aufwand, die im Rahmen der im Vergabeverfahren in jedem Einzelfall vorzunehmenden Prüfung entstehen, einsparen. Die Aufnahme des Anbieters in die Liste geeigneter Unternehmen beschleunigt die Be-

[1] RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (im Folgenden: Vergaberichtlinie), ABl. EG 2004 Nr. L 134, S. 114.

[2] Dazu gehören u.a. die BVQI Deutschland GmbH in Braunschweig, die DQB – Deutsche Gesellschaft für Qualifizierung und Bewertung GmbH in Berlin und Wiesbaden, die QCM-Consult GmbH in Frankfurt a.M. sowie die VMC Vergabe-Management-Consulting GmbH in Wien.

[3] Vom 25. 4. 2005, aktuelle Fassung v. 8. 11. 2005.

wertung des Anbieters im Vergabeverfahren und führt dadurch zu verbesserten Marktchancen dieses Unternehmens [4]. Auf Grund der frühzeitigen Erfüllung der Leitlinienvorgaben genießen die präqualifizierten Bieter Informations- und daraus resultierende Eignungsvorsprünge. Der vorliegende Beitrag untersucht die Vereinbarkeit des Handelns der die Präqualifikationsleitlinie verabschiedenden Arbeitsgruppe und des Präqualifikationsvereins mit dem Kartellverbot des unmittelbar anwendbaren Art. 81 Abs. 1 EG [5].

II. Das System der Präqualifikation und der Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG

Art. 81 Abs. 1 EG sieht ein Kartellverbot vor, das sich gegen wettbewerbsverfälschende Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen richtet. Art. 81 Abs. 3 EG lässt Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Kartellverbot zu [6]. Art. 81 Abs. 2 EG sieht die Nichtigkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen vor, die gegen das Verbot des Abs. 1 verstoßen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Beschlüsse der Arbeitsgruppe und des Präqualifikationsvereins unter das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallen.

1. Die Einordnung der zuständigen Stellen als Unternehmensvereinigungen

Dazu müssen der Präqualifikationsverein sowie die Arbeitsgruppe Präqualifikation als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren sein. Der EG-Vertrag enthält keine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs. Rechtsprechung und Schrifttum gehen von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus: Ein Unternehmen ist „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ [7], die nicht ausschließlich Verbraucher oder Arbeitnehmer ist [8]. Unternehmensvereinigungen – die zusätzlich zu ihren Mitgliedern Adressaten des Art. 81 Abs. 1 EG sind – sind Zusammenschlüsse wirtschaftlich selbstständiger Unternehmen, also zumindest potenzieller Konkurrenten, ohne Rücksicht auf die Organisations- bzw. Rechtsform oder Rechtsgrundlage der Vereinigung [9]. Insbesondere ist eine eigene Rechtspersönlichkeit oder die

Ausgliederung aus der öffentlichen Verwaltung in Bezug auf die handelnde Einheit nicht erforderlich [10].

Sowohl die Arbeitsgruppe, die die Leitlinie für die Durchführung des Präqualifizierungsverfahrens verabschiedet hat, als auch der sodann auf der Grundlage dieser Leitlinie arbeitende Präqualifikationsverein sind vor dem Hintergrund der dargelegten Definition möglicherweise als Unternehmensvereinigungen einzuordnen.

Die Arbeitsgruppe setzt sich zusammen aus Vertretern der beteiligten Ministerien, der Deutschen Bauindustrie, der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt, der kommunalen Spitzenverbände, der Verbände des Ausbaugewerbes sowie des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes und des Deutschen Handwerks. Mitglieder des Vereins sind gemäß Nr. 3.2.3 der Präqualifikationsleitlinie „die an der Präqualifizierung Beteiligten, namentlich die Vertreter/Vertreterinnen der öffentlichen Auftraggeber von Bund, Ländern und Gemeinden der Bereiche Hochbau und Tiefbau und die Vertreter/Vertreterinnen der Auftragnehmer, der Bauwirtschaftsverbände und Vertreter der IG Bau.“ Damit finden sich in dem Verein im Wesentlichen dieselben Mitglieder wie in der die Leitlinien ausgestaltenden Arbeitsgruppe [11]. Diese paritätische Zusammensetzung aus Auftragnehmern und Auftraggebern entspricht der

[4] Vgl. dazu den Erlass v. 16.1.2006, im Internet abrufbar unter http://www.bmvbs.de/Anlage/original_948329/Erlass-vom-16.01.06-Eignungsnachweise-durch-Präqualifikationen.pdf.

[5] Zur entsprechenden Beurteilung der Beschlüsse der Verdigungsausschüsse, die die Verdingungsordnungen (VOB, VOL, VOF) erarbeiten und fortschreiben vgl. Koenig/Hentschel/Steiner, Die Beschlüsse der Verdigungsausschüsse auf dem Prüfstand des Kartellverbots des Art. 81 Abs. 1 EG, erscheint demnächst in der Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR), März 2007.

[6] Zusammen mit der seit dem 1.5.2004 geltenden Durchführungsverordnung Nr. 1/2003, VO Nr. 1/2003, ABLEG Nr. L 1, S. 1, ist Art. 81 EG dabei als ein Verbot mit Legalausnahme und anschließender Kontrolle zu lesen. Die Freistellung vom grundsätzlichen Kartellverbot bedarf keiner Entscheidung der Kommission, sondern tritt bereits ex lege ein, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind (Art. 1 Abs. 2 Verordnung Nr. 1/2003).

[7] EuGH, Slg. 1991, S. I-1979, Rdnr. 21 – Höfner und Elser.

[8] EuGH, Slg. 1999, S. I-5665, Rdnr. 26 – Becu.

[9] EuGH, Slg. 1987, S. 405, Rdnr. 29 ff. – Verband der Sachverständiger; EuGH, Slg. 1991, S. I-1979, Rdnr. 21 – Höfner und Elser; für Unternehmensvereinigungen EuGH, Slg. 1985, 391, Rdnr. 17 – BNIC/Clair.

[10] EuGH, Slg. 1993, S. I-5335, Rdnr. 15 – Decoster. So kann der Staat selbst – auf der Angebots- oder Nachfrageseite auf einem bestimmten Markt – funktional als Unternehmen qualifiziert werden.

[11] Der Verein und die Arbeitsgruppe haben damit im Wesentlichen auch dieselben Mitglieder wie der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), der die VOB/A erstellt.

Definition einer Unternehmensvereinigung, wonach ein Zusammenschluss wirtschaftlich selbstständiger Unternehmen, d.h. zumindest potenzieller Konkurrenten gefordert wird. Auf die Rechtsform des Vereins und der Arbeitsgruppe kommt es dabei nicht an. Unschädlich für die Qualifikation als Unternehmensvereinigung ist ferner, dass ein Teil der Mitglieder des Vereins bzw. der Arbeitsgruppe Wirtschaftsverbände sind: Deren Mitglieder sind Unternehmen, sodass ihr Verband als Unternehmensvereinigung zu qualifizieren ist. Als von Art.81 Abs.1 EG erfasste Unternehmensvereinigung gilt auch eine Vereinigung von Unternehmensvereinigungen [12].

Erforderlich für eine Einordnung als Unternehmensvereinigung ist ferner die Ausübung *wirtschaftlicher Tätigkeiten*. Das Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist funktional und damit weit zu verstehen. Es erfasst jedes auf das Angebot oder auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtete, also jedes marktbezogene Verhalten. Die Absicht der Gewinnerzielung stellt kein konstitutives Element für eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Eine unternehmerische Betätigung kann selbst dann vorliegen, wenn sie mit der Befugnis zum Tätigwerden in einer Handlungsform des öffentlichen Rechts verknüpft ist [13]. In der Ausübung von Hoheitsgewalt selbst ist dagegen keine wirtschaftliche Tätigkeit zu sehen [14]. Der Inhalt des Begriffs der Ausübung von Hoheitsgewalt ist nach gemeinschaftsautonomen Kriterien zu bestimmen und eng auszulegen. Er umfasst jedenfalls die Ausübung von Zwangsbefugnissen. Fraglich ist, ob der Verein und die Arbeitsgruppe nach Maßgabe dieser Voraussetzungen wirtschaftlich tätig werden.

a) Marktbezogene Tätigkeit der Arbeitsgruppe

Hinsichtlich der Arbeitsgruppe Präqualifikation spricht sehr viel dafür, ihre Tätigkeit nach Maßgabe der Grundsätze des EuGH als marktbezogen zu qualifizieren. Ausweislich Nr.1 der Präqualifikationsleitlinie trifft diese Regelungen zur bundesweit einheitlichen Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens bei öffentlichen Bauaufträgen. Damit bietet die Arbeitsgruppe zwar keine Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt an, wird

also nicht *unmittelbar* anbietend oder nachfragend tätig. Jedoch werden durch die Ausgestaltung der Präqualifikationsleitlinie – auf einer der Ausschreibung vorgelagerten Ebene – u.a. vertragsbezogene Bedingungen für die Ermittlung der optimalen Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisse im öffentlichen Bauauftragswesen festgelegt und dadurch Angebot und Nachfrage von Leistungen vorgestaltet. Dies geschieht konkret durch die Aufstellung der Vorgaben, die die an öffentlichen Aufträgen interessierten Bauunternehmen schon im Vorfeld zum Nachweis ihrer Eignung erfüllen können bzw. müssen. In ihrer Auswirkung ist die Tätigkeit der Arbeitsgruppe daher sehr wohl marktbezogen.

Gleichzeitig lässt sich eine Einordnung des Handelns der Arbeitsgruppe als rechtssetzende, der Qualifikation als wirtschaftliche Unternehmenstätigkeit entgegenstehende Ausübung von Hoheitsgewalt ausschließen. Für dieses Ergebnis sprechen auch die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Italien/Kommission*. Hier ging es u.a. um die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft eines Betreibers öffentlicher Fernmeldeanlagen, der als öffentliche Stelle bestimmte rechtssetzende Tätigkeiten ausübte. Ungeachtet dieses Tätigkeitsbereiches bejahte der EuGH die Unternehmenseigenschaft einschließlich des wirtschaftlichen Handelns. Dabei bezog er sich maßgeblich darauf, dass sich die rechtssetzende Tätigkeit auf die Festsetzung von Tarifen und Bedingungen für Dienstleistungen beschränke [15], die autonom ohne Einflussnahmen der Behörden erlassen worden seien [16]. Die vorliegend zur Beurteilung stehende Arbeitsgruppe Präqualifikation handelt weder als öffentliche Stelle noch auf der Grundlage hoheitlicher Zwangsbefugnisse. Die hoheitliche Einflussmöglichkeit reduziert sich auf eine mit zahlreichen sonstigen Auftragnehmern gleichgestellte Teilnahme der öffentlichen Hand an der Arbeitsgruppe ohne eine im Vergleich zu anderen Teilnehmern gesteigerte Einflussmöglichkeit. Auch findet keine allein am Gesetz orientierte Umsetzung

[12] Kommission, ABl. EG 1994 L 343, S. 1, 97 – Zement.

[13] EuGH, Slg. 1985, S. 873, Rdnr. 19f. – Italien/Kommission; vgl. auch EuGH, Slg. 1991, S. I-1979 – Höfner und Elser.

[14] EuGH, Slg. 1997, S. I-1547, Rdnr. 22ff. – Diego Cali & Figli.

[15] EuGH, Slg. 1985, S. 873, Rdnr. 19f. – Italien/Kommission.

[16] EuGH, Slg. 1985, S. 873, Rdnr. 17 – Italien/Kommission.

von Vorschriften statt. Vielmehr orientiert sich die Leitlinie lediglich „insbesondere“ an § 8 VOB/A. Darüber hinaus besteht, wie sich bereits aus der Wortlautauslegung „insbesondere“ ergibt, Raum für zusätzliche Kriterien. Diese Eignungskriterien und die Einteilung der Leistungsbereiche in der Leitlinie und in ihren Anhängen sind im Einzelnen von der Arbeitsgruppe ausgestaltet worden. Diese wendet also nicht lediglich die einschlägigen Gesetze an, sondern nutzt die ihr eingeräumte Möglichkeit, mit konkreten, selbst aufgestellten Vorgaben v.a. auf die Auswahl von Bietern Einfluss zu nehmen.

Im Ergebnis stellt die Tätigkeit der Arbeitsgruppe eine Festschreibung vertragsbezogener Vorgaben auf rein wirtschaftlich ausgerichteten Märkten und somit eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Die Arbeitsgruppe ist mithin als Unternehmensvereinigung i. S. des Art. 81 Abs. 1 EG zu qualifizieren.

b) Marktbezogene Tätigkeit des Präqualifikationsvereins

Im Hinblick auf die Beurteilung des Handelns des Präqualifikationsvereins als wirtschaftliche Tätigkeit ist auf den Vereinszweck abzustellen. Dieser umfasst neben der Führung der Listen präqualifizierter Unternehmen vor allem die Beauftragung und Überwachung der Präqualifizierungsstellen sowie die Koordination des Zusammenwirkens der beteiligten Stellen aus Wirtschaft und Verwaltung. Dabei kooperiert der Verein eng mit einem Beirat des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen – DVA –, der dem Verein zuarbeitet, indem er umfangreiche Vorschläge zum Präqualifikationsverfahren erarbeitet. So wird auch der Präqualifikationsverein in Zusammenarbeit mit den Präqualifizierungsstellen marktbezogen tätig. Er wendet Vorgaben für zukünftige Auftragsvergaben sowie auf zukünftige Verträge bezogene Bedingungen im öffentlichen Auftragswesen an und beeinflusst dadurch zumindest mittelbar Angebot und Nachfrage von Leistungen auf vorgelagerter Ebene. Dies geschieht konkret durch die Erstellung und Veröffentlichung der Liste derjenigen Unternehmen, denen eine Eignung für die erfolgreiche Teilnahme an Ausschreibungsverfahren im Bausektor zugesprochen wird. Die Ar-

beit des Vereins erfolgt zwar gemäß Nr. 3.2.4. der Satzung in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung; diese Zusammenarbeit beschränkt sich nach Maßgabe dieser Vorschrift jedoch im Wesentlichen auf die umfangreiche Information des Bundesamtes. Die Tätigkeit des Vereins ist daher ebenfalls nicht als hoheitlich einzustufen. Die Entscheidungsfindung erfolgt auf der Grundlage der von der Arbeitsgruppe ausgestalteten Leitlinie durch die Vereinsmitglieder in Zusammenarbeit mit den privaten Präqualifizierungsstellen. Soweit dabei (ausschließlich) die Vorgaben der Leitlinie angewendet werden, handelt es sich, da deren Ausgestaltung auf nicht-hoheitlicher Grundlage erfolgt ist, ebenfalls nicht um die Anwendung von staatlich erlassenem Recht. So spricht auch in Bezug auf den Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen sehr viel für eine Einordnung als Unternehmensvereinigung.

2. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen im Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG

In den Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 EG fallen Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu beschränken. Im Hinblick auf das Handeln sowohl der Arbeitsgruppe als auch des Präqualifikationsvereins stehen *Beschlüsse* zur Beurteilung. Unter Beschlüssen ist die in der Satzung vorgesehene und im Einklang mit den dort festgelegten Voraussetzungen zu Stande gekommene Bildung des Gesamtwillens der in der Unternehmensvereinigung zusammengefassten Mitglieder zu verstehen [17]. Dabei können die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sowohl von Organen der Vereinigung als auch von der Mehrzahl der beteiligten Unternehmen getroffen werden.

a) Beschlüsse der Arbeitsgruppe Präqualifikation

Die Leitlinie für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens ist von der Arbeitsgruppe Präqualifikation erstellt worden. Sie

[17] Eilmansberger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 81 EGV, Rdnr. 15 m. w. N.

drückt daher den Gesamtwillen der Mitglieder der Arbeitsgruppe aus und fällt als Beschluss einer Unternehmensvereinigung unter die von Art.81 Abs.1 EG erfassten Verhaltensweisen.

b) Beschlüsse des Präqualifikationsvereins

Zu untersuchen ist, ob dies auch im Hinblick auf die Tätigkeit des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen gilt. Dieser führt gemäß Nr.5ff. der Leitlinien gemeinsam mit den Präqualifizierungsstellen das Eignungsprüfungsverfahren durch. Stellt die Präqualifizierungsstelle die Übereinstimmung der betroffenen Anträge mit den in den Leitlinien festgelegten Kriterien fest, so spricht sie eine Entscheidungsempfehlung aus, die nochmals geprüft wird (Nr.6. der Leitlinie). Gemäß Nr.7 der Leitlinie erfolgt sodann die Eintragung in die Liste der präqualifizierten Unternehmen, die vom Verein freigegeben und im Internet zur Verfügung gestellt wird. Die Entscheidungen – und damit der Gesamtwille – des Präqualifikationsvereins werden durch dessen Organe (Vorstand und Mitgliederversammlung) getroffen. Die Zusammensetzung dieser Gremien und das – von der Satzung vorgesehene – Verfahren gewährleisten, dass diese Entscheidungen den Willen der Mehrzahl der beteiligten Unternehmen wiedergeben. Auch hier handelt es sich daher um Beschlüsse i. S. des Art.81 Abs.1 EG.

3. Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels

Des Weiteren stellt sich die Frage nach einer potenziellen oder tatsächlichen Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Art.81 Abs.1 EG erfasst nur diejenigen Beschlüsse, „die geeignet sind, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann“ (Zwischenstaatlichkeitsklausel) [18]. Der EuGH umschreibt den zwischenstaatlichen Bezug wie folgt: „Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen (ist) geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie den Waren-

verkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen oder zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinn beeinflussen kann“ [19]. Der Warenverkehrsbegriff erfasst in diesem Kontext alle wirtschaftlichen Austauschvorgänge. Der Zwischenstaatlichkeitsbezug kann dabei nicht nur vorliegen, wenn an einem Beschluss Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten beteiligt sind. Auch rein innerstaatliche Koordinierungen können den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigungen liegen auch dann vor, wenn auf Grund einer kartellrechtlich relevanten Handlung (Absprache oder Beschluss), die nur einen nationalen Markt betrifft, die Gefahr besteht, dass der Wettbewerb in anderen Mitgliedstaaten verändert oder Importe beeinflusst werden [20].

a) Die im Rahmen einer Leitlinie vollzogene Ausgestaltung des Präqualifikationsverfahrens durch die Arbeitsgruppe Präqualifikation könnte zu einer relevanten Beeinflussung der Handelsströme in dem beschriebenen Sinn führen. Die Präqualifikationsleitlinie entfaltet rechtliche und tatsächliche Wirkungen nicht nur für deutsche Unternehmen, sondern auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten. Zwar sind diese – ebenso wie die deutschen Bewerber – an die Vorgaben zum Präqualifikationsverfahren nicht unmittelbar rechtlich gebunden, d.h. es steht ihnen frei, dieses Verfahren zu durchlaufen und sich auf einer vorgelagerten Ebene einen Eignungsnachweis zu beschaffen. Mit dem Bestehen des nationalen Präqualifikationsverfahrens ist jedoch eine erhebliche *faktische* Wirkung auch auf die jeweils relevanten EU-weiten Vergabemärkte dadurch verbunden, dass die Unternehmen, die einen entsprechenden vorgeschalteten Eignungsnachweis anstreben, die festgelegten Vorgaben befolgen und die Präqualifikationsstellen die ergangenen Leitlinien anwenden müssen. Ohne Einhaltung dieser Vorschriften ist eine Präqualifizierung – und damit ein legitimer Vorteil in folgen-

[18] Vgl. EuGH, Slg. 1979, 1869 Rdnr.7, siehe auch Eilmansberger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art.81 EGV, Rdnr.28.

[19] EuGH, Slg. 1999, S. I-135, Rdnr. 47 – Bagnasco.

[20] EuGH, Slg. 1985, S.3831, Rdnr.49 – Stichting Sigarettenindustrie; EuG, Slg. 1995, II-1533, Rdnr.122 – Langnese-Iglo.

den Vergabeverfahren – nicht möglich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Ausschreibung nach der VOB/A ein den Vertragsschluss regelndes Vorbereitungs- und Abschlussverfahren, bei dem von den beteiligten Kreisen zu erwarten ist, dass sie die Regeln des Verfahrens kennen und sich auf sie als Grundlage der Vertragsverhandlung einstellen [21]. Dasselbe lässt sich über das vorgeschaltete Präqualifikationsverfahren sagen, das den Zugang zum Vergabeverfahren kostengünstiger und einfacher gestalten soll. Daraus ergibt sich ein hoher faktischer Einfluss der Präqualifikationsleitlinie auf das Vergabeverfahren selbst und damit auf alle deutschen und EU-ausländischen auftragsinteressierten Unternehmen. Die Auswirkungen der Beschlüsse der Arbeitsgruppe wirken sich also erheblich auf grenzüberschreitende Geschäfte aus. Derartige Auswirkungen einer Verhaltensweise reichen zur Begründung des Merkmals der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung aus [22].

b) Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, auch das Handeln des Präqualifikationsvereins als den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigend einzuordnen. Denn die tatsächliche Ausführung und Anwendung der festgelegten Vorgaben ist untrennbar mit deren Schaffung verbunden und wirkt sich damit im Hinblick auf die Beeinflussung der vorgeschalteten Präqualifikation sowie des daran anschließenden Vergabeverfahrens auf dieselbe Weise aus. Die Schaffung der Leitlinie und deren Anwendung wirken damit jede für sich sowie kumulativ zumindest potenziell den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigend [23].

4. Wettbewerbsverfälschung durch Beschlüsse der Arbeitsgruppe und des Vereins

Voraussetzung des Art.81 Abs.1 EG ist ferner, dass mit einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung verbunden ist. Die Beschlüsse müssen geeignet sein, den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder ganz auszuschalten. Auf eine tatsächliche Beeinträchtigung kommt es nicht an, es genügt eine entsprechende Eignung der Maß-

nahme [24]. Neben den Regelbeispielen des Art.81 Abs.1 litt. a-e EG zieht der EuGH für die Abgrenzung der verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen die zentrale Bedeutung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Unternehmen für den Wettbewerb als Ausgangspunkt heran. Eine Verhaltenskoordination zwischen Unternehmen ist dann untersagt, wenn die unternehmerischen Handlungsspielräume der an der Kooperation Beteiligten beeinträchtigt werden. Die Art und der Gegenstand der betroffenen Erzeugnisse, die Stellung und Bedeutung der Parteien sowie die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge sind im Wege einer einzelfallbezogenen Marktanalyse zu betrachten, die sich nicht auf die Beziehungen der Beteiligten untereinander beschränkt, sondern auch mögliche Auswirkungen auf Dritte mit einbezieht [25]. Die Beschlüsse der Arbeitsgruppe und des Präqualifikationsvereins könnten den Marktzugang für Bewerber, die sich um ausgeschriebene Aufträge bemühen, auf den relevanten Märkten tatsächlich oder potenziell beeinträchtigen.

a) Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt ist hier der jeweils nach Maßgabe des Bedarfsmarktkonzepts [26] zu definierende Produktmarkt, auf dem sich eine dem deutschen vergaberechtlichen Regime unterliegende Stelle als Nachfrager im Wege der öffentlichen Auftragsvergabe eine Leistung verschaffen will (im Folgenden: „die jeweils relevanten Vergabemärkte“ genannt).

[21] BGH, NJW RR 1993, 1109 ff.

[22] Vgl. EuGH, Slg. 1981, S. I-2021, Rdnr. 18 – Züchner/Bayerische Vereinbank.

[23] Angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem Präqualifizierungssystem um eine Neuheit handelt, sind die tatsächlichen Auswirkungen noch nicht dokumentiert.

[24] EuGH, Slg. 1983, S. 3461, Rdnr. 104 – Michelin.

[25] EuGH, Slg. 1966, S. 457, 485 – Italien/Kommission; Kommission, Entscheidung v. 10.7.1985, ABI. EG 1985 Nr.L 219, S.35, Rdnr. 47 – EATE. So wird in der Praxis beispielsweise auf die Behinderung des Marktzugangs anderer Hersteller abgestellt, vgl. Kommission, Entscheidung v. 2.1.1973, ABI. EG 1973 Nr.L 140, S.17 – Europäische Zuckerindustrie.

[26] Danach zählen zum sachlich relevanten Markt alle Güter oder Dienstleistungen, die auf Grund ihrer Merkmale dem gleichen Bedarf zu dienen bestimmt und aus Sicht der Marktgegenseite – also aus Sicht der Nachfrager – mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar sind (Nachfragesubstituierbarkeit). EuGH, Slg. 1983, S.3461, Rdnr.38 ff. – Michelin; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 5.Aufl. 2006, Rdnr.1047. Ausführlich zur Bestimmung der relevanten Märkte z. B. Capito, in: EMR/ZEI, Market Definitions in the Media Sector, Chapter 1; vgl. auch Bundeskartellamt v. 29.4.2002, B 10 – 219/01, Nr.37 – Trienekens/Stadt Essen.

Räumlich relevanter Markt ist das Gebiet, in dem die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die Anbieter der relevanten Produkte oder Dienstleistungen hinreichend homogen sind und die Nachfrage der Verbraucher für alle Wirtschaftsteilnehmer gleich ist [27]. Da sich auch EU-ausländische Unternehmen an dem in Deutschland initiierten Leistungswettbewerb beteiligen und um die ausgeschriebenen Leistungen bemühen können, ist vorliegend von einer EU-weiten Ausdehnung der jeweils relevanten Vergabemärkte auszugehen.

b) Wettbewerbsbeschränkung

Eine *Wettbewerbsbeschränkung* könnte im vorliegenden Fall darin zu sehen sein, dass infolge der Beschlüsse der Arbeitsgruppe und des Vereins der Marktzugang anderer Anbieter behindert wird. Hier gestalten bestimmte Marktteilnehmer – zum einen Vertreter der Nachfrager und zum anderen ausgewählte Anbieter bzw. deren Verbände, und zwar ausschließlich deutsche Anbieter – gemeinsam die Marktzutrittsregeln, indem sie bestimmte Modalitäten des Vergabeverfahrens vorgeben. In der hier zu bewertenden Konstellation geschieht dies über vorgelagerte Präqualifizierungsoptionen für diejenigen Bewerber, die von dieser neu eingeführten Möglichkeit Kenntnis erlangen, sich die einzelnen Vorgaben erschließen und auf der Grundlage der im Einzelnen vorgeschriebenen Anforderungen genügend Nachweise erbringen, die im Vorfeld potenzieller Ausschreibungen ihre Eignung zertifizieren.

Die durch die Beschlüsse der Arbeitsgruppe und des Vereins zu Stande gekommene Ausgestaltung des Präqualifikationsverfahrens sowie die auf Grund dessen erstellte Liste präqualifizierter Unternehmen stellen vor diesem Hintergrund eine Ursache [28] für den Umstand dar, dass auf den jeweils relevanten deutschen Vergabemärkten ausländische Anbieter wesentlich geringere Wettbewerbschancen haben und infolgedessen die Vergabe öffentlicher Aufträge an ausländische Anbieter nur in äußerst geringem Umfang stattfindet.

Einer Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3.2.2004 zufolge [29] ma-

chen öffentliche Aufträge 16% des Bruttoinlandsprodukts (BIP) der Europäischen Union aus (ein Marktvolumen von über 1500 Mrd. €). Die EG-Vergaberichtlinien haben zunehmend zu grenzüberschreitendem Wettbewerb geführt und im europäischen Durchschnitt die Preise, die öffentliche Auftraggeber für Waren und Dienstleistungen zahlen müssen, in den letzten Jahren um etwa 30% gesenkt. In der Mitteilung heißt es: „Die Transparenz hat sich auf Grund der Beschaffungsrichtlinien zweifellos erhöht. Von 1995 bis 2002 verdoppelte sich z.B. der Prozentsatz der veröffentlichten Ausschreibungen annähernd (...). In einer Stichprobe von Unternehmen, die sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, ergab sich folgendes Bild: 46% der Unternehmen waren an grenzüberschreitenden Beschaffungsvorhaben der einen oder anderen Art beteiligt.“

Dies gilt jedoch nicht für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland. Ausweislich einer Studie der Kommission [30] werden in Deutschland nur sehr wenige öffentliche Aufträge an ausländische Unternehmen vergeben. Eine Liberalisierung des deutschen Vergabemarktes dahingehend, dass in nennenswertem Umfang Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten in das Vergabeverfahren einbezogen wurden, war für die Jahre 1999 bis 2004 nicht festzustellen [31]. Die grenzüberschreitende Auftragsvergabe ist in Deutschland im Vergleich zur EU und den meisten anderen Mitgliedstaaten unterdurchschnittlich ausgeprägt; die relevanten deutschen Vergabemärkte werden in unterdurchschnittlichem Umfang von ausländischen Bietern und Bewerbern frequentiert. Dies liegt nach Auffassung der Kommission zum einen an der Art und Weise der Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien in das deutsche Recht und

[27] Eilmansberger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 81 EGV, Rdnr. 45 m. w. N.; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABlEG 1997 Nr. C 372, S. 5.

[28] Neben und als Teil des komplizierten deutschen Vergaberechtssystems, das sich v.a. durch das sog. Kaskadenprinzip und die Verdingungsordnungen charakterisiert.

[29] Pressemitteilungen der Europäischen Kommission IP/04/149 und 150 v. 3.2.2004.

[30] A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application of EU Directives and Challenges for the Future (Brüssel, 3.2.2004), auf der Internetseite der Kommission seit einiger Zeit nicht mehr vorhanden.

[31] Vgl. hierzu und zum Folgenden Hailbronner/Kau, Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis, in NZBau 2006, 16, 17, 19, 20, sowie die soeben aufgeführte Kommissionsstudie v. 3.2.2004.

an den spezifischen Strukturen auf den deutschen Vergabemärkten, zum anderen an der unterdurchschnittlichen Veröffentlichungsquote. In Deutschland wurden in den Jahren 1995 bis 2001 nur 5,94%, im Jahr 2002 nur 7,5% der öffentlichen Aufträge europaweit ausgeschrieben (demgegenüber 2002 in Griechenland 45,7%, Spanien 23,6% und Großbritannien 21,1%); damit ist Deutschland im Hinblick auf die EU-weite Veröffentlichung von Ausschreibungen auf dem letzten Platz.

Diese Situation hat ihre Ursache zunächst in der Gesamtheit des deutschen Vergaberechtsregimes, v.a. im Regelungsgeflecht der Verdingungsordnungen [32]. Es ist jedoch vorherzusehen, dass deren wettbewerbshemmende Wirkungen durch das Präqualifikationssystem noch wesentlich *verstärkt* werden. Die Präqualifizierungsleitlinien und deren Anwendung stellen noch ein weiteres, von ausländischen Bewerbern kaum zu erschließendes Regelungssystem und dadurch ein Marktzugangshindernis dar. Dies schließt einen erheblichen Teil ausländischer Bewerber von den jeweils relevanten deutschen Vergabemärkten aus und beeinträchtigt dadurch den (Leistungs-)Wettbewerb. Das EuG hat eine solche koordinierte Behinderung von Wettbewerbern als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert [33]. Eine Wettbewerbsbeschränkung kann im Übrigen auch durch solche Absprachen oder Beschlüsse bewirkt werden, die die Wettbewerbsparameter der beteiligten Parteien zwar nicht auf rechtlich verbindliche Weise einengen, aber eine Interessenlage schaffen, in der die Durchführung bestimmter Wettbewerbshandlungen wenig wahrscheinlich wird [34]. Eine vergleichbare Situation liegt hier vor: Auf Grund des Präqualifikationssystems verpflichteten sich die Mitglieder der Arbeitsgruppe bzw. des Präqualifikationsvereins zwar nicht untereinander, bestimmte Wettbewerbshandlungen zu unterlassen; dennoch entfalten ihre Beschlüsse rechtliche und faktische Wirkungen sowohl für die Mitglieder als auch für alle anderen Teilnehmer der jeweils betroffenen Märkte. Diese Vorschriften und Verfahren verstärken mithin die Wirkung der Verdingungsordnungen, dass bestimmte wettbewerbliche Handlungen der Marktbeteiligten – nämlich zum einen europaweite Ausschreibungen mit realistischen Chancen ausländischer

Unternehmen, zum anderen, als unmittelbare Folge, grenzüberschreitende Auftragsvergaben und entsprechendes Angebotsverhalten ausländischer Unternehmen – verhältnismäßig selten auftreten, dass also ein Teil ausländischer Bewerber von den jeweils relevanten deutschen Vergabemärkten ausgeschlossen und damit der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Die oben dargestellte Situation auf den deutschen Vergabemärkten – äußerst geringer Umfang von Auftragsvergaben an ausländische Anbieter – dürfte sich vor dem Hintergrund des Präqualifikationsverfahrens auf dem Bausektor zukünftig noch weiter verschärfen. Folglich ist von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

Neben diesen wettbewerbsschädigenden Wirkungen kommt zusätzlich noch eine Auswirkung der vom Präqualifikationsverein erstellten Liste präqualifizierter Unternehmen auf das Nachfrageverhalten privater Bauherren in Betracht: Da diese Liste nicht nur öffentlichen Auftraggebern, sondern jedermann zugänglich ist, könnten private Bauherren sich dazu veranlasst sehen, bevorzugt solche Anbieter in Anspruch zu nehmen, die vom Verein als „zuverlässig“ eingestuft wurden [35], eine Folge, die die Benachteiligung ausländischer Unternehmen noch verstärken könnte. Der Umstand, dass zudem – wie aus den Nummern 12–14 der Anlage 1 zu den erlassenen Leitlinien hervorgeht [36] – nur solche Unternehmen präqualifiziert werden, die bereits mindestens drei Jahre am Markt sind, erschwert nicht nur jüngeren Unternehmen jeglicher Herkunft zusätzlich den Marktzugang, sondern führt auch zu einer weiteren Verkomplizierung und Erschwerung der Zugangsvoraussetzungen für ausländische Bewerber.

[32] Vgl. dazu ausführlich Koenig/Hentschel/Steiner, Nachweis in Fußn. 5.

[33] EuG T-23/99, Slg. 2002 II-1705 Rdnr. 137 ff.

[34] Eilmansberger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 81 EGV, Rdnr. 47.

[35] Der Präqualifikationsverein wirbt sogar damit: „Auch sonstige Vergabestellen (z.B. auch private Bauherren) können sich für die Auswahl zuverlässiger Unternehmen des Bauhaupt- und Bauneben-gewerbes in dem Teil der Liste auf der Homepage des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen erkundigen, der der Öffentlichkeit frei zugänglich ist.“ Vgl. http://www.pq-verein.de/pq_liste/informationen_fuer_sonstige_auftraggeber,id=1420.html.

[36] Vgl. dazu Nr. II.2. des Einführungserlasses BMVBS v. 16. 1. 2006.

Eine Wettbewerbsbeschränkung ist schließlich nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil an der Unternehmensvereinbarung, die die wettbewerbsbeschränkenden Beschlüsse erlässt, Vertreter staatlicher Stellen beteiligt sind. Zwar wird teilweise vertreten, eine Vereinbarung gemäß Art. 81 Abs. 1 EG liege nicht vor, wenn die Wettbewerbsbeschränkung auf eine staatliche Maßnahme zurückzuführen ist, oder – als Zwischenform zwischen unerlaubter privater Vereinbarung und nicht erfasster staatlicher Einflussnahme – wenn staatliche Stellen und private Unternehmen so zusammenwirken, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf einem Markt beschränkt werden [37]. Nach der Rechtsprechung des EuGH verstößt ein nationaler Gesetzgeber z. B. nicht gegen EG-Kartellrecht, wenn er einer Tarifkommission die Festlegung von Tarifen im Güterfernverkehr erlaubt. Die Mitglieder der Tarifkommission handeln dann nicht als Vertreter der beteiligten Wirtschaftskreise, sondern als unabhängige Sachverständige auf Grund von Erwägungen des allgemeinen Wohls, sofern der Staat die Befugnis hat, über das Handeln der Sachverständigen zu wachen und ggf. selbst an Stelle der Tarifkommission zu entscheiden [38]. Eine vergleichbare Situation liegt hier gerade nicht vor. Der Staat hat die Letztkontrolle über die Präqualifikation aus der Hand gegeben. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die staatlichen Stellen, deren Vertreter in der Arbeitsgruppe und im Präqualifikationsverein sitzen, hier gerade nicht in objektiver (Kontroll-)Funktion, sondern als Marktteilnehmer der Nachfragerseite auftreten [39]. Die Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG ist daher hier nicht ausgeschlossen.

5. Spürbarkeit

Es ist anerkannt, dass nicht jede Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten ist. Nach der so genannten „*de-minimis*-Regel“ ist es vielmehr erforderlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung spürbar ist. Hieran fehlt es, wenn der betroffene Markt nur geringfügig beeinträchtigt wird [40]. Die Kommission stellt bei der Frage nach der Spürbarkeit einer Handelsbeeinträchtigung entscheidend auf die Marktlage

bzw. den Marktanteil ab [41]. Diese von der Kommission festgelegten Werte binden den EuGH allerdings nicht. Neben dem Marktanteil stellt der Gerichtshof auch auf weitere Umstände ab, wie etwa auf die Stärke einer Marke oder die Bedeutung des beeinträchtigten Handels. Vorliegend ist im Hinblick auf die Spürbarkeit auf die oben bereits geschilderte Bedeutung und den Umfang der EU-weiten Vergabemärkte zu verweisen. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe und des Präqualifikationsvereins sind auf den jeweiligen Produktmärkten der öffentlichen Auftragsvergabe durch deutsche Behörden von erheblicher Bedeutung. Auf der Nachfragerseite ist jeweils der größte Teil der dem Vergaberechtsregime unterliegenden öffentlichen Stellen vertreten (Vertreter vieler Bundesministerien, der jeweils mit dem Bau-, Verkehrs- und Finanzwesen befassten Ministerien aller Bundesländer sowie der kommunalen Spitzenverbände), auf der Anbieterseite finden sich sämtliche Spitzenverbände der Bauwirtschaft. Die Marktanteile können nicht genau beziffert werden und müssen für jeden einzelnen betroffenen Markt separat ermittelt werden; es ist jedoch von erheblichen Marktanteilen der Beteiligten auf vielen der betroffenen Märkte auszugehen. Zu berücksichtigen ist als weiterer Umstand die Bedeutung der betrachteten Märkte. Diese ist im vorliegenden Fall erheblich. So investieren in Deutschland 30 000 Vergabestellen von Bund, Ländern und Kommunen jährlich 300 Mrd. € für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen [42]. Die pro Jahr vergebenen ca. 1,2 Mio. öffentlichen

[37] So Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EGV/EUV, Art. 85 Abs. 1 Rdnr. 180; Brinker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 81 Rdnr. 58. In solchen Fällen ist der jeweilige Mitgliedstaat jedoch auf Grund seiner Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue gehalten, Maßnahmen zu unterlassen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsvorschriften beeinträchtigen könnten (st. Rspr. des EuGH). Der Gerichtshof hat Fälle, in denen der Staat den Abschluss wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen erleichtert oder in ihren Auswirkungen verstärkt hat, als Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 lit. g i. V. m. Art. 81 oder 82 gewertet, vgl. Brinker, a. a. O., m. Nachw.

[38] EuGH, Slg. 1993, S. I-5801, Rdnr. 18 ff. – Reiff; ähnlich Slg. 1993, S. I-5751 – Meng, und Slg. 1993, S. I-5851 – Ohra.

[39] Vgl. dazu die Aussage von Jasper/Marx, Vergaberecht, 5. Aufl. 2001, Einführung S. XI, die die Mitglieder der Vergängungsausschüsse als Vertreter der „beiden Marktseiten“ bezeichnen; wie bereits aufgezeigt, sind dies im Wesentlichen dieselben Beteiligten wie im Verein und in der Arbeitsgruppe.

[40] EuGH, Slg. 1969, S. 295, Rdnr. 7 – Völk.

[41] Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission aus dem Jahr 2001 geht davon aus, dass es bei Marktanteilen der Beteiligten von bis zu 10 bis 15 % regelmäßig an der erforderlichen Spürbarkeit fehlt, siehe ABl. EG 2001 Nr. C 368, S. 13.

[42] Vgl. http://www.bdi-online.de/Dokumente/Gemeinsame_Erklaerung_zum_Buerokratieabbau_im_Vergaberecht_-_10.10.05.pdf.

Bauaufträge sind mit rund 27 Mrd. € mit einem beträchtlichen Umfang an den jährlichen Bauinvestitionen beteiligt [43].

Aus alledem ergibt sich, dass auf vielen der betroffenen Märkte eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegen wird.

III. Rechtfertigung

In Einzelfällen ist eine Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung möglich. Eine Wettbewerbsverfälschung kommt nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn eine Absprache zwischen Unternehmen objektiv die einzige Möglichkeit darstellt, auf einem bestimmten Markt mehr Wettbewerb zu schaffen [44]. In seiner Entscheidung im Fall *Wouters* [45] grenzte der EuGH den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG ferner durch immanente Schranken – ähnlich der im Recht des freien Warenverkehrs entwickelten *Cassis*-Formel – ein [46].

Mit keinem dieser beiden Fälle ist die vorliegende Konstellation vergleichbar. Ziel des Präqualifikationsverfahrens ist es, den Eignungsnachweis für an öffentlichen Aufträgen interessierte Unternehmen kostengünstiger zu gestalten [47]. Zu keiner Zeit und an keiner Stelle wird vorgebracht, dass die Präqualifikation für mehr *europaweiten* Wettbewerb im Bauvergabewesen sorgen kann oder wird. Das Präqualifikationsverfahren ist daher weder der einzige Weg, Wettbewerb auf den betroffenen Märkten zu schaffen, noch ist eine Rechtfertigung durch tatbestandsimmanente Schranken – allein der Aspekt der Kostenreduktion stellt kein tragfähiges Allgemeininteresse dar – möglich. Die wettbewerbsbeschränkenden Beschlüsse der Arbeitsgruppe und des Präqualifikationsvereins sind mithin einer Rechtfertigung nicht zugänglich.

IV. Ausnahme nach Art. 81 Abs. 3 EG

Eine Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen enthält Art. 81 Abs. 3 EG. Hiernach kann das Verbot des Abs. 1 für unanwendbar erklärt werden [48], wenn eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise bestimmte materielle Voraussetzungen erfüllt: Die Koordinierung muss unter angemessener Beteiligung der Verbraucher am entstehenden

Gewinn zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder des wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder ihnen Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Art. 81 Abs. 3 EG findet seine Rechtfertigung u. a. darin, dass bestimmte Koordinierungen zwischen Unternehmen, auch wenn sie wettbewerbsbeschränkend i. S. des Art. 81 Abs. 1 EG sind, Ziele verfolgen können, die eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot tragen.

Die Verfolgung eines der verbraucherorientierten Ziele, die von Art. 81 Abs. 3 EG geschützt werden, ist hier nicht ersichtlich. Die übrigen Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG liegen ebenfalls nicht vor. Eine Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Beschlüsse nach dieser Vorschrift ist daher nicht gegeben. Schließlich kommt auch eine Freistellung nach Maßgabe der Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Beschränkungen [49] nicht in Betracht. Zum einen ist deren sachlicher Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 bis 4 nicht eröffnet; zum anderen macht Art. 3 Abs. 1 den Eintritt der gruppenweisen Freistellung u. a. von dem Nichterreichen einer Marktschwelle von 30% abhängig. Wie oben dargelegt, haben die Mitglieder der Verdingungsausschüsse auf den jeweiligen Produktmärkten der öffentlichen Auftragsvergabe erhebliche Marktanteile, die

[43] Vgl. <http://www.bmvbs.de/Bauwesen/-/1532/Baufauftragsvergabe.htm>.

[44] Vgl. EuGH, Slg. 1982, S. 2015, Rdnr. 56 ff. – Nungesser; EuGH, Slg. 1998, S. I-1983, Rdnr. 19 ff. – Javico. Zur Problematik der rule of reason überblicksartig Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 5. Aufl. 2006, Rdnr. 1036.

[45] EuGH, Slg. 2002, S. I-1577, Rdnr. 94 f. – Wouters.

[46] Eine solche Prüfung von Schranken entspricht allerdings nicht der Systematik des Art. 81 EG, wonach jede wettbewerbsbeschränkende Maßnahme grundsätzlich verboten ist. Raum für eine Bilanzierung der wettbewerbslichen wie außerökonomischen Vor- und Nachteile einer solchen Maßnahme sowie für die Prüfung von deren Erforderlichkeit zur Erreichung bestimmter Ziele bleibt nur im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG.

[47] So die Aussage des Präqualifikationsvereins: <http://www.pq-verein.de/>.

[48] Nach Art. 1 Abs. 2 der neuen EG-Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003, die am 1.5.2004 in Kraft getreten ist, ist eine Vereinbarung automatisch freigestellt, wenn diese die Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt (Legalausnahme). Das Beurteilungsrisiko, ob eine bestimmte Vereinbarung die Kriterien des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt, liegt seither allein bei den an der Koordinierung beteiligten Unternehmen.

[49] VO (EG) Nr. 2790/1999, ABLEG 1999 L 336/21.

– gerade vorliegend im Bausektor – diese Schwelle in den meisten Fällen überschreiten dürften.

V. Ergebnisse

Im Ergebnis sprechen gewichtige Umstände dafür, dass die im Zusammenhang mit dem neuen Präqualifikationsverfahren im Bausektor zuständigen Instanzen, d.h. sowohl die Arbeitsgruppe Präqualifikation als auch der Präqualifikationsverein, beschlusserlassende Unternehmensvereinigungen darstellen und die gegenwärtig praktizierten Vorgehensweisen als verbotenes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten i.S. des Art.81 Abs.1 EG zu qualifizieren sind. Die Beschlüsse der Arbeitsgruppe sowie des Präqualifikationsvereins sind danach gemäß Art.81 Abs.2 EG *nichtig*. Die Anwendung der Präqualifikationsleitlinie sowie der Liste präqualifizierter Unternehmen durch alle dem Bauvergaberecht unterworfenen Stellen wird durch einen Erlass (Verwaltungsvorschrift) des BMVBS [50] vom 16.1.2006 verwaltungsintern angeordnet. Dieser Erlass erläutert das Präqualifikationssystem und schreibt vor, wie es angewendet werden soll. Er ordnet insbesondere ausdrücklich an, dass für bestimmte Eignungsnachweise im Vergabeverfahren der Eintrag in die Präqualifikationsliste geeignet und anzuerkennen ist. Diese hoheitliche Anwendungsanordnung im Binnenbereich selbst wird von der Nichtigkeitsfolge des Art.81 Abs.2 EG nicht erfasst. Allerdings genießt das EG-Kartellrecht, ebenso wie das übrige Gemeinschaftsrecht, *Anwendungsvorrang* vor entgegenstehendem nationalem Recht [51]. Eine nationale Vorschrift, die auf einen nach Art.81 Abs.2 EG nichtigen Beschluss verweist und sich dadurch den Inhalt des kartellrechtswidrigen Beschlusses zu Eigen macht, ist wegen der inhaltlichen Kollision mit dem unmittelbar anwendbaren gemeinschafts-

rechtlichen Kartellverbot *unanwendbar* [52]. Infolgedessen ist die Eintragung eines Bieters in die Liste präqualifizierter Unternehmen für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren bedeutungslos; die Eignungskriterien müssen vielmehr nach wie vor in jedem Vergabeverfahren einzeln erbracht werden.

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Notwendigkeit auf, die Novellierung des Vergaberechts zum Anlass zu nehmen, ein Regelwerk zu schaffen, das die durch das Präqualifizierungsverfahren beabsichtigten Ziele – Kostenersparnis und verbesserte Wettbewerbsfähigkeit – effektiv und ohne Kollision mit dem EG-Kartellrecht verwirklicht. Das System der Präqualifikation ist fern davon, Transparenz und Wettbewerb zu fördern; es verstärkt vielmehr die Schwächen des etablierten unübersichtlichen Vergaberechtsregimes und erhöht – um das Mindeste zu sagen – die bereits vorhandenen Marktzugangsbarrieren um ein weiteres bürokratisches Hindernis. Wer nicht zum „Klub der Auserwählten“, nämlich der Präqualifizierten, gehört, wird es in Zukunft erst recht schwer haben, die Hürden des Bauvergabeverfahrens zu nehmen. Grenzüberschreitender Wettbewerb lässt sich auf dem Vergabesektor nur im Wege eines allen potenziellen Teilnehmern wettbewerbssoffen und diskriminierungsfrei zugänglichen Systems verwirklichen. Solange die Absicht der „Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit“ sich auf einen beschränkten Personenkreis bezieht, treten kartellrechtliche Bedenken zu Recht auf den Plan.

[50] Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.

[51] EuGH, Slg. 1969, S.1, Rdnr.4f. – Wilhelm/Bundeskartellamt; Weiß, in: Calliess/Ruffert, 2. Aufl. 2003, Art. 81 EG Rdnr.16.

[52] Neben dem Verstoß gegen das EG-Kartellrecht kommt auch die Unvereinbarkeit des Systems der Verdingungsordnungen gegen die EG-Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit in Betracht, die nicht Gegenstand der vorliegenden Prüfung ist. Vgl. dazu Kau, Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: EuZW 2005, 492.