

Christian Koenig<sup>\*)</sup>/Kristin Hentschel<sup>\*\*)</sup>/Ulrike Steiner<sup>\*\*\*)</sup>

## Die Beschlüsse der Vergingungsausschüsse auf dem Prüfstand des Kartellverbots des Art. 81 Abs. 1 EG

*Die Vergingungsordnungen für Leistungen und Bauleistungen (VOL/VOB/VOF) sind – neben dem GWB und der Vergabeverordnung – die Regelwerke, die das öffentliche Vergabewesen in Deutschland steuern. Ihr Inhalt wird von den Vergingungsausschüssen erarbeitet. Deren Mitglieder entstammen in paritätischer Zusammensetzung der Anbieter- und der Nachfragerseite; vertreten sind die bedeutendsten und marktmächtigsten Behörden und Verbände. Sie beschließen in einem satzungsmäßig normierten Verfahren über die Implementierung der erarbeiteten Regeln in die Vergabe- und Vertragsordnungen. Durch Regelungen zur Ausgestaltung der vergaberechtlichen Verfahrensvorgaben werden unter anderem auch die Bedingungen für die Ermittlung der optimalen Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisse bei Auftragsvergaben festgelegt und dadurch Angebot und Nachfrage von Leistungen beeinflusst und gestaltet. Die Vergingungsordnungen haben einen hohen faktischen Einfluss auf das gesamte Vergabeverfahren und damit auf das Bieterverhalten aller deutschen und EU-ausländischen Unternehmen, die deutsche öffentliche Auftraggeber beliefern wollen. Mit der Ausgestaltung der Vergingungsordnungen liegt mithin ein Verhalten vor, das sich auf grenzüberschreitende Geschäfte auswirkt und damit die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert sowie die Handelsströme beeinträchtigt. Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten sehen sich erheblichen Marktzutrittschranken gegenüber, so dass grenzüberschreitende Auftragsvergabe kaum stattfindet. Bei einer hohen Konzentration von Marktmacht in einem derart einflussreichen Beschlussgremium liegt die Frage nahe, ob ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Die Beschlüsse der Vergingungsausschüsse und das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG
  1. Verbot mit Legalausnahme und anschließender Kontrolle
  2. Vergingungsausschüsse als Unternehmensvereinigungen
  3. Erfasste Verhaltensweisen
    - 3.1 Beschlüsse der Vergingungsausschüsse
    - 3.2 Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels
    - 3.3 Wettbewerbsverfälschung durch Beschlüsse der Vergingungsausschüsse
    - 3.4 Spürbarkeit
  4. Rechtfertigung
  5. Die Ausnahmenvorschrift des Art. 81 Abs. 3 EG
  6. Ergebnis: Nichtigkeit der Beschlüsse nach Art. 81 Abs. 2 EG
- III. Fazit

### I. Einführung

Am 31. Januar 2006 ist die Frist zur Umsetzung der am 31. März 2004 verabschiedeten EG-Vergaberichtlinie<sup>1)</sup> abgelaufen. Der Umstand, dass die Richtlinie bisher noch nicht vollständig in nationales Recht umgesetzt wurde, liegt nicht zuletzt an der Komplexität des deutschen Vergaberechtssystems. Im Zuge der Umsetzung des novellierten EG-Vergaberechts sind im Hinblick

<sup>\*)</sup> Dr. iur., LL.M. (LSE), Universitätsprofessor und Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn

<sup>\*\*)</sup> Dr. iur., Juristische Referentin bei der Bundesnetzagentur, Abteilung Eisenbahnregulierung, Bonn

<sup>\*\*\*)</sup> Referentin beim Eisenbahnbundesamt, Bereich Unbundling, Bonn

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, 114.

auf die notwendige Vereinfachung und Verschlankeung des Vergaberechts zahlreiche Diskussionen geführt worden. Die Novellierungsvorschläge reichen dabei von bloßen Vereinfachungsvorgaben innerhalb des bestehenden Systems unter Beibehaltung der Verdingungsordnungen bis zu einer umfassenden Vereinheitlichung und Abschaffung des Kaskadenprinzips. Vor diesem Hintergrund rückt ein wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkt in den Vordergrund, der nicht nur im Zuge der Novellierungsdiskussion bisher zu Unrecht unberücksichtigt geblieben ist: die kartellrechtliche Beurteilung der Verdingungsausschüsse und ihrer Beschlüsse.

Die so genannten Verdingungsausschüsse, d. h. der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) sowie der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Leistungen (DVAL) haben die Aufgabe, Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu erarbeiten und weiterzuentwickeln. Ihre Zusammensetzung und Aufgabeninhalte sind in ihren Satzungen festgelegt. Den Verdingungsausschüssen gehören Vertreter zahlreicher öffentlicher Auftraggeber, darunter Behördenvertreter des Bundes und der Länder sowie kommunale Spitzenverbände, und Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik in paritätischer Zusammensetzung an. Ihnen obliegt insbesondere die Klärung aller mit der Herausgabe der Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen und Bauleistungen (VOL/VOB/VOF) zusammenhängenden Fragen.<sup>2)</sup> Die Verdingungsausschüsse erarbeiten die Verdingungsordnungen und schreiben diese fort. Der vorliegende Beitrag untersucht die Vereinbarkeit der Beschlüsse der Verdingungsausschüsse (am Beispiel des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen – DVA) mit dem Kartellverbot des unmittelbar anwendbaren Art. 81 Abs. 1 EG, das sich gegen wettbewerbsverfälschende Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen richtet.<sup>3)</sup>

## II. Die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse und das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG

### 1. Verbot mit Legalausnahme und anschließender Kontrolle

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.<sup>4)</sup> Art. 81 Abs. 2 EG sieht die Nichtigkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen vor, die gegen das Verbot des Absatzes 1 verstoßen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Verdingungsausschüsse bzw. ihre Beschlüsse unter das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallen.

2) Die Erledigung dieser Aufgaben erfolgt – hier anhand des DVA dargestellt – durch 4 Hauptausschüsse: Der Hauptausschuss Allgemeines befasst sich mit der VOB Teile A und B, der Hauptausschuss Hochbau und der Hauptausschuss Tiefbau sind für die Aufstellung und Überarbeitung der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) des Teiles C der VOB zuständig. Der Hauptausschuss GAEB befasst sich mit der Rationalisierung im Bauwesen mittels EDV. Diese Informationen sind im Internet abrufbar unter <http://www.bmvbs.de/Bauwesen/Bauauftragsvergabe-,15324158/Deutscher-Vergabe-und-Vertrags.htm?global.printview=2>.

3) Dieselbe Frage stellt sich im Hinblick auf das neuerdings im Bausektor eingeführte „Präqualifizierungssystem“. Unter Präqualifikation ist eine vorgelagerte, auftragsunabhängige Prüfung der Eignungsnachweise interessierter Bieter durch eine Präqualifikationsstelle zu verstehen, überwacht durch den privatrechtlich organisierten „Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen“ und auf der Grundlage einer Leitlinie, die von einer aus Auftraggebern und Auftragnehmern zusammengesetzten Arbeitsgruppe ausgestaltet und verabschiedet wurde. Vgl. dazu *Koenig/Hentschel/Steiner*, *VergabeR* 2006, 691.

4) Zusammen mit der seit dem 1. 5. 2004 geltenden Durchführungsverordnung Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl EG Nr. L 1, 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 VO Nr. 1/2003).

## 2. Verdingungsausschüsse als Unternehmensvereinigungen

Dazu müssen die Verdingungsausschüsse 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“,<sup>5)</sup> die nicht ausschließlich Verbraucher oder Arbeitnehmer ist.<sup>6)</sup> Unternehmensvereinigungen – die zusätzlich zu ihren Mitgliedern Adressaten des Art. 81 Abs. 1 EG sein können – sind Zusammenschlüsse wirtschaftlich selbstständiger Unternehmen, also zumindest potenzieller Konkurrenten, ohne Rücksicht auf die Organisations- bzw. Rechtsform oder Rechtsgrundlage der Vereinigung.<sup>7)</sup> Insbesondere ist eine eigene Rechtspersönlichkeit oder die Ausgliederung aus der öffentlichen Verwaltung in Bezug auf die handelnde Einheit nicht erforderlich.<sup>8)</sup>

Die Verdingungsausschüsse sind vor dem Hintergrund der dargelegten Definition möglicherweise als Unternehmensvereinigungen einzuordnen. Die Rechtsform der Verdingungsausschüsse als nichtrechtsfähige Vereine steht dem nicht entgegen. Ferner entspricht die paritätische Zusammensetzung aus Auftragnehmern und Auftraggebern der Unternehmensvereinigungsdefinition, soweit diese einen Zusammenschluss wirtschaftlich selbstständiger Unternehmen, d. h. zumindest potenzieller Konkurrenten fordert. Unschädlich für die Qualifikation als Unternehmensvereinigung ist ferner, dass ein Teil der Mitglieder des DVA Wirtschaftsverbände sind: Deren Mitglieder sind Unternehmen, so dass der Verband als Unternehmensvereinigung zu qualifizieren ist, und als von Art. 81 Abs. 1 EG erfasste Unternehmensvereinigung gilt auch eine Vereinigung von Unternehmensvereinigungen.<sup>9)</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Verdingungsausschüsse im Rahmen der ihnen obliegenden Gestaltung und Fortschreibung der verfahrensrechtlichen und technischen Vorgaben der Verdingungsordnungen *wirtschaftliche Tätigkeiten* ausüben. Das Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist funktional und damit weit zu verstehen und 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 soll selbst dann vorliegen, wenn sie mit der Befugnis zum Tätigwerden in einer Handlungsform des öffentlichen Rechts verknüpft ist.<sup>10)</sup> In der Ausübung von Hoheitsgewalt ist dagegen keine wirtschaftliche Tätigkeit zu sehen.<sup>11)</sup> Der Inhalt des Begriffs der Ausübung von Hoheitsgewalt ist nach gemeinschaftsautonomen Kriterien zu bestimmen und eng auszulegen. Er umfasst jedenfalls die Ausübung von Zwangsbefugnissen.

5) EuGH, Urt. v. 23. 4. 1991 – Rs C-41/90, Slg. 1991, I-1979 = ZIP 1991, 1614, Rz. 21 – Höfner und Elser, dazu EWiR 1991, 1083 (Schroeder).

6) EuGH, Urt. v. 16. 9. 1999 – Rs C-22/98, Slg. 1999, I-5665, Rz. 26 – Becu.

7) EuGH, Urt. v. 27. 1. 1987 – Rs 45/85, Slg. 1987, 405, Rz. 29 ff. – Verband der Sachversicherer, dazu EWiR 1987, 247 (Röhling); EuGH Slg. 1991, I-1979 = ZIP 1991, 1614, Rz. 21 – Höfner und Elser; für Unternehmensvereinigungen EuGH, Urt. v. 30. 1. 1985 – Rs 123/83, Slg. 1985, 391, Rz. 17 – BNIC/Clair.

8) EuGH, Urt. v. 27. 10. 1993 – Rs C-69/91, Slg. 1993, I-5335, Rz. 15 – Decoster. So kann der Staat selbst – auf der Angebots- oder Nachfrageseite auf einem bestimmten Markt – funktional als Unternehmen qualifiziert werden. Dabei ist auch kein Mindestmaß an organisatorischer Verselbstständigung notwendig.

9) Kommission, ABl EG 1994 L 343, 1, 97 – Zement.

10) EuGH, Urt. v. 20. 3. 1985 – Rs 41/83, Slg. 1985, 873, Rz. 19 f. – Italien/Kommission; vgl. auch EuGH Slg. 1991, I-1979 = ZIP 1991, 1614 – Höfner und Elser.

11) EuGH, Urt. v. 18. 3. 1997 – Rs C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Rz. 22 ff. – Diego Calí & Figli.

So können die Verdingungsausschüsse als Unternehmensvereinigungen zu qualifizieren sein, wenn sie nach Maßgabe der Grundsätze des EuGH marktbezogen tätig werden, ohne Hoheitsgewalt auszuüben. Es spricht sehr viel dafür, das Handeln der Verdingungsausschüsse als marktbezogen zu qualifizieren. Zwar bieten die Verdingungsausschüsse im Zusammenhang mit ihrer Beschlussfassung keine Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt an, so dass sie nicht unmittelbar anbietend oder nachfragend tätig werden. Jedoch werden durch die Ausgestaltung der vergaberechtlichen Verfahrensvorgaben unter anderem auch die Bedingungen für die Ermittlung der optimalen Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisse festgelegt und dadurch Angebot und Nachfrage von Leistungen beeinflusst und gestaltet.<sup>12)</sup> In ihrer Auswirkung ist die Tätigkeit der Verdingungsausschüsse danach sehr wohl marktbezogen.

Für dieses Ergebnis sprechen auch die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache Italien/Kommission.<sup>13)</sup> Hier ging es unter anderem um die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft eines Betreibers öffentlicher Fernmeldeanlagen, der als öffentliche Stelle bestimmte rechtssetzende Tätigkeiten ausübte. Die Klägerin des Verfahrens hatte hierzu vorgetragen, dass eine rechtssetzende Tätigkeit, die eine öffentliche Stelle unter hoheitlich festgelegten Umständen auf gesetzlicher Grundlage ausübe, keine Unternehmenstätigkeit darstellen könne. Der EuGH bejahte demgegenüber die Unternehmenseigenschaft, wobei er sich maßgeblich darauf bezog, dass sich die rechtssetzende Tätigkeit auf die Festsetzung von Tarifen und Bedingungen für Dienstleistungen beschränke.<sup>14)</sup> Er folgte damit den Ausführungen der Beklagten, die auf die enge Beschränkung der Rechtssetzungsoptionen auf Preise und Bedingungen hingewiesen und daraus den Schluss gezogen hatte, dass diese Festlegungen letztlich dieselben Aufgaben wie Vertragsbestimmungen erfüllten; sie seien autonom ohne Einflussnahmen der Behörden erlassen worden.<sup>15)</sup> Vor diesem Hintergrund wird sich das Handeln der Verdingungsausschüsse erst recht nicht als rechtssetzende, der Einordnung einer wirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit entgegenstehende Ausübung von Hoheitsgewalt einordnen lassen. Die hoheitliche Einflussmöglichkeit reduziert sich auf eine mit zahlreichen sonstigen Auftragnehmern gleichgestellte Teilnahme der öffentlichen Hand an der Unternehmensvereinigung ohne eine im Vergleich zu anderen Teilnehmern gesteigerte Einflussmöglichkeit. Zwangsbefugnisse werden von den Verdingungsausschüssen nicht ausgeübt. Auch wenden diese nicht lediglich die einschlägigen Gesetze an, sondern nutzen die ihnen eingeräumte Möglichkeit, mit konkreten, selbst aufgestellten Vorgaben unter anderem auf Vertragsgestaltungen, auf die Bestimmung von Leistungs- und Gegenleistungsverhältnissen, die Auswahl von Wettbewerbern und die Verwendung von Mitteln Einfluss zu nehmen. Schließlich scheidet die Unternehmensvereinigungseigenschaft auch nicht auf Grund entgegenstehender sozialer Gesichtspunkte aus, wie sie der EuGH vereinzelt für den Bereich der sozialen Sicherungssysteme angenommen hat.<sup>16)</sup> Das Handeln der Verdingungsausschüsse ist nicht von sozialen Aspekten geprägt, sondern stellt vielmehr eine Festschreibung vertragsbezogener Vorgaben auf rein wirt-

12) Etwas anderes dürfte im Hinblick auf die rein technischen Vorgaben der Verdingungsausschüsse (Verdingungsordnungen Teile B) gelten. Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff sind einzelne Tätigkeiten der in Rede stehenden Einrichtungen gesondert zu beurteilen.

13) EuGH Slg. 1985, 873, Rz. 16 – Italien/Kommission.

14) EuGH Slg. 1985, 873, Rz. 19 f. – Italien/Kommission.

15) EuGH Slg. 1985, 873, Rz. 17 – Italien/Kommission.

16) Insoweit ist die Rechtsprechung des EuGH streng einzelfallbezogen; siehe EuGH, Urt. v. 16.11.1995 – Rs C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Rz. 14 ff. – Fédération Française; EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – verb. Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01, Slg. 2004, I-2493, Rz. 51 f. – AOK-Bundesverband, dazu EWIR 2004, 435 (Neumann); EuG, Urt. v. 4.3.2003 – Rs T-319/99, Slg. 2003, II-357 – FENIN, dazu EWIR 2003, 575 (Lober).

schaftlich ausgerichteten Märkten dar,<sup>17)</sup> die bei einer konsequenten Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffes nicht von der Einbeziehung in den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG ausgenommen werden kann. Die Verdingungsausschüsse sind mithin als Unternehmensvereinigungen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu qualifizieren.

### 3. Erfasste Verhaltensweisen

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.

#### 3.1 Beschlüsse der Verdingungsausschüsse

Im Hinblick auf das Handeln der Verdingungsausschüsse stehen *Beschlüsse* zur Beurteilung. Unter einem Beschluss ist die in der Satzung vorgesehene und im Einklang mit den dort festgelegten Voraussetzungen zustande gekommene Bildung des Gesamtwillens der in der Unternehmensvereinigung zusammengefassten Mitglieder zu verstehen.<sup>18)</sup> Dabei können die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sowohl von Organen der Vereinigung als auch von der Mehrzahl der beteiligten Unternehmen getroffen werden.

Die Änderungen der VOB werden von den so genannten Hauptausschüssen des DVA erarbeitet und beschlossen, die paritätisch mit Mitgliedern der Auftraggeber- und der Auftragnehmerseite besetzt sind. Die Hauptausschüsse beschließen einstimmig; falls das nicht möglich sein sollte, fassen sie ihre Beschlüsse mit Dreiviertelmehrheit der anwesenden ordentlichen Mitglieder (vgl. § 16 Abs. 1 und 3 Satzung DVA<sup>19)</sup>). Ihre Arbeitsergebnisse übersenden die Hauptausschüsse den Mitgliedern zur Kenntnisnahme und legen sie nach Erledigung etwaiger Einwendungen aus dem Mitgliederkreis dem DVA-Vorstand zur Beschlussfassung über die Veröffentlichung vor (vgl. § 16 Abs. 5 Satzung DVA).

Der Vorstand besteht aus je sechs Vertretern der Auftraggeber und der Auftragnehmer sowie aus dem Vorsitzenden, der von dem für das Bauwesen zuständigen Bundesministerium gestellt wird (§ 13 Abs. 1 und 2 Satzung DVA). Der Vorstand beschließt über die Veröffentlichung der von den Hauptausschüssen verabschiedeten Arbeitsergebnisse. Hat der Vorstand gegen die Veröffentlichung Bedenken, so hat er sie im Einvernehmen mit dem zuständigen Hauptausschuss auszuräumen. Gelingt das nicht, hat der Vorstand zu entscheiden, ob er das Arbeitsergebnis in der vom Hauptausschuss vorgelegten Form veröffentlichen wird oder ob er die Mitgliederversammlung einberuft (vgl. § 14 Abs. 1 Satzung DVA), die mit einfacher Mehrheit entscheidet (vgl. § 12 Satzung DVA).

Die Entscheidungen – und damit der Gesamtwille – der Verdingungsausschüsse werden somit in erster Linie durch deren Organe (Hauptausschüsse und Vorstand), im Konfliktfall durch die 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. Von der oben wiedergegebenen Definition ausgehend, handelt es sich mithin um Beschlüsse<sup>20)</sup> i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.

17) Vgl. dazu auch die Rechtsprechung des BGH: Die Ausschreibung nach der VOB/A stellt danach ein den Vertragsschluss regelndes Vorbereitungs- und Abschlussverfahren dar, BGH NJW-RR 1993, 1109.

18) *Eilmansberger*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 81 EGV Rz. 15 m. w. N.

19) Satzung DVA Fassung v. 3. 11. 2004.

20) Ähnlich auch *Jasper/Marx*, Vergaberecht, 5. Aufl., 2001, Einführung S. XI: Die Verdingungsordnungen seien „Vereinbarungen zwischen den beiden Marktseiten“.

### 3.2 Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels

Von Art. 81 Abs. 1 EG sollen nur diejenigen Beschlüsse erfasst werden, „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).<sup>21)</sup> Dies kann im Wege einer durch das betreffende Verhalten – hier also die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse – bewirkten Veränderung der Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt sowie durch die Beeinflussung der Handelsströme geschehen. 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 Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen oder zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinn beeinflussen kann.“<sup>22)</sup> 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 wenn – wie hier – rein innerstaatliche Koordinierungen betroffen sind, können diese 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.<sup>23)</sup> Die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse und die darauf beruhende Ausgestaltung der Verdingungsordnungen entfalten rechtliche und tatsächliche Wirkungen nicht nur für deutsche Unternehmen, sondern auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten. Diese Wirkungen zeigen sich zum einen in der Form direkter rechtlicher Bindungswirkung, zum anderen als faktische Auswirkungen verwaltungsintern geltender Vorschriften. Die VOB/A Abschnitt 1 (Basisparagrafen) entfaltet allein verwaltungsinterne Wirkung, da unterhalb der EU-Schwellenwerte der Ausgangspunkt des deutschen Vergaberechts nach wie vor das Haushaltsrecht der öffentlichen Auftraggeber ist. Es besteht also nur eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Beachtung der VOB/A bei der Ausschreibung und Vergaben von Bauleistungen.<sup>24)</sup> Die Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A, die das Vergabeverfahren bei Überschreitung der EU-Schwellenwerte regeln, entfalten hingegen zumindest teilweise Außenwirkung. Der seit der Novellierung des Vergaberechts geltende § 97 Abs. 7 GWB normiert einen subjektiven Anspruch der Bieter auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der VOB/A (Abschnitte 2 bis 4) bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte. Damit sind zumindest die Bestimmungen der Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A, die (auch) dem Bieterschutz dienen, Rechtsnormen mit direkter Wirkung nach außen.<sup>25)</sup> Alle Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen wollen, sind ihnen unterworfen. Doch auch die verwaltungsintern geltenden Regeln der VOB/A Abschnitt 1 wirken insofern mittelbar nach außen, als auch in diesen Verfahren die öffentlichen Auftraggeber, die

21) Vgl. EuGH, Urt. v. 31. 5. 1979 – Rs 22/78, Slg. 1979, 1869, Rz. 7 – Hugin Kassaregister; siehe auch *Eilmansberger* (Fußn. 18), Art. 81 EGV Rz. 28.

22) EuGH, Urt. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs C-215/96, C-216/96, Slg. 1999, I-135, Rz. 47 – Bagnasco.

23) EuGH – verb. Rs 240 – 242, 261, 262, 268, 269/82, Slg. 1985, 3831, Rz. 49 – Stichting Sigarettenindustrie; EuG, Urt. v. 8. 6. 1995 – Rs T-7/93, Slg. 1995, II-1533, Rz. 122 – Langnese-Iglo.

24) *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 2. Aufl., 2001, Rz. 290; BGH BauR 1994, 236 für die Rechtslage vor 1999.

25) Vgl. *Leinemann* (Fußn. 24), Rz. 291.

Leistungen nachfragen, verpflichtet sind, bei der Auftragsvergabe diese Regeln zu befolgen. Nach der Rechtsprechung des BGH 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.<sup>26)</sup> Das suggeriert einen hohen faktischen Einfluss der Verdingungsordnungen auf das gesamte Vergabeverfahren und damit auf alle deutschen und EU-ausländischen Unternehmen, die deutsche öffentliche Auftraggeber beliefern wollen. Für das Merkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels genügt es, dass eine Verhaltensweise sich auf grenzüberschreitende Geschäfte auswirkt.<sup>27)</sup> Das ist im Hinblick auf die Verdingungsausschüsse der Fall, so dass die Auswirkungen ihrer Beschlüsse geeignet sind, zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigungen zu hervorzurufen.

### 3.3 Wettbewerbsverfälschung durch Beschlüsse der Verdingungsausschüsse

Die soeben festgestellte Handelsbeeinträchtigung durch die Arbeit der Verdingungsausschüsse ist im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1 EG jedoch nur relevant, wenn damit gleichzeitig eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung verbunden ist. Das Vorgehen muss geeignet sein, den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder ganz auszuschalten. Auf eine tatsächliche Beeinträchtigung kommt es nicht an, es genügt eine entsprechende Eignung der Maßnahme.<sup>28)</sup> Neben den Regelbeispielen des Art. 81 Abs. 1 Buchst. 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 Verhaltenskoordinierung zwischen Unternehmen ist dann untersagt, wenn die unternehmerischen Handlungsspielräume der an der Kooperation Beteiligten beeinträchtigt werden. Es hat eine einzelfallbezogene Marktanalyse zu erfolgen, die Art und Gegenstand der betroffenen Erzeugnisse, Stellung und Bedeutung der Parteien sowie die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge betrachtet. Die Untersuchung beschränkt sich nicht auf die Beziehungen der Beteiligten untereinander, sondern bezieht auch mögliche Auswirkungen auf Dritte mit ein.<sup>29)</sup> So wird in der Praxis beispielsweise auf die Behinderung des Marktzugangs anderer Hersteller abgestellt.<sup>30)</sup>

Die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse könnten den Marktzugang für Bewerber, die sich um ausgeschriebene Aufträge bemühen, tatsächlich oder potenziell beeinträchtigen.

(1) *Sachlich* relevanter Markt ist hier jeweils der nach dem Bedarfsmarktkonzept<sup>31)</sup> 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 zum Zweck der Vereinfachung „die jeweils relevanten Vergabemärkte“ genannt).

*Räumlich* relevanter Markt ist das Gebiet, in dem die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die Anbieter der relevanten Produkte oder Dienstleistungen hinreichend homogen sind und die

26) BGH v. 22. 4. 1993 – VII ZR 118/92, NJW RR 1993, 1109.

27) Vgl. EuGH, Ur. v. 14. 7. 1981 – Rs 172/80, Slg. 1981, I-2021 = ZIP 1981, 837, Rz. 18 – Züchner/Bayerische Vereinbank.

28) EuGH – Rs 322/81, Slg. 1983, 3461, Rz. 104 – Michelin.

29) Kommission, Entscheidung v. 10. 7. 1985, ABl EG 1985 Nr. L 219, 35, Rz. 47 – EATE.

30) Kommission, Entscheidung v. 2. 1. 1973, ABl EG 1973 Nr. L 140, 17 – Europäische Zuckerindustrie.

31) 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, 3461, Rz. 38 ff. – Michelin; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Aufl., 2006, Rz. 1047.

Nachfrage der Verbraucher für alle Wirtschaftsteilnehmer gleich ist.<sup>32)</sup> 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.<sup>33)</sup>

(2) Eine *Wettbewerbsbeschränkung* könnte im vorliegenden Fall darin zu sehen sein, dass infolge der DVA-Beschlüsse 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 die Modalitäten des Vergabeverfahrens regeln. Die in den Beschlüssen verabschiedeten Verdingungsordnungen sind ursächlich dafür, dass auf den jeweils relevanten deutschen Vergabemärkten ausländische Anbieter wesentlich geringere Wettbewerbschancen haben und auf Grund dessen die Vergabe öffentlicher Aufträge an ausländische Anbieter nur in äußerst geringem Umfang stattfindet.

Einer Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. Februar 2004 zufolge<sup>34)</sup> machen öffentliche Aufträge 16 % des Bruttoinlandsprodukts (BIP) der Europäischen Union aus (ein Marktvolumen von über 1 500 Mrd. €). Die EU-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.“

Die beschriebenen Entwicklungen vollziehen sich jedoch nicht in Deutschland. Ausweislich einer Studie der Kommission<sup>35)</sup> 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.<sup>36)</sup> 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 ausländischem Bietern und Bewerbern frequentiert. Dies liegt nach Auffassung der Kommission zum einen an der Art und Weise der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in das deutsche Recht und an den spezifischen Strukturen auf dem deutschen Vergabemarkt, und 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 Griechen-

32) *Eilmansberger* (Fußn. 18), Art. 81 EGV Rz. 45 m. w. N.; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABl EG 1997 Nr. C 372, 5.

33) Ausführlich zur Bestimmung der relevanten Märkte z. B. *Capito*, in: EMR/ZEL, 2003, Market Definitions in the Media Sector, Chapter 1; vgl. auch BKartA v. 29. 4. 2002 – B 10 - 219/01, Ziff. 37 – Trienekens/Stadt Essen.

34) Pressemitteilungen der Europäischen Kommission IP/04/149 und 150 v. 3. 2. 2004.

35) A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application of EU Directives and Challenges for the Future (3. 2. 2004), auf der Internetseite der Kommission nicht mehr vorhanden.

36) Vgl. hierzu und zum Folgenden *Hailbronner/Kaw*, NZBau 2006, 16, 17, 19, 20, sowie die soeben aufgeführte Kommissionsstudie v. 3. 2. 2004 (Fußn. 35).



land 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. Kausal für diesen Umstand ist das in Deutschland entwickelte Kaskadenprinzip, d. h. insbesondere die für ausländische Bewerber kaum zu erschließenden Verdingungsordnungen, die durch die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse gestaltet werden.<sup>37)</sup>

Diese Beschlüsse der Verdingungsausschüsse schließen somit im Ergebnis einen erheblichen Teil ausländischer Bewerber von den jeweils relevanten deutschen Vergabemärkten aus und beeinträchtigen dadurch den (Leistungs-)Wettbewerb.<sup>38)</sup> Das EuG hat derartige koordinierte Behinderung von Wettbewerbern als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert.<sup>39)</sup> 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.<sup>40)</sup> Eine vergleichbare Situation liegt hier vor: Durch die Verdingungsordnungen verpflichten sich die Mitglieder der Verdingungsausschüsse zwar nicht untereinander, bestimmte Wettbewerbshandlungen zu unterlassen; dennoch entfalten die Verdingungsordnungen rechtliche und faktische Wirkungen sowohl für die Mitglieder der Ausschüsse als auch für alle anderen Teilnehmer des jeweils betroffenen Marktes. Und die Verdingungsordnungen bewirken, wie bereits aufgezeigt, dass bestimmte wettbewerbliche Handlungen der Marktbeteiligten – nämlich europaweite Ausschreibungen mit realistischen Chancen ausländischer Unternehmen, grenzüberschreitende Auftragsvergaben und entsprechendes Angebotsverhalten ausländischer Unternehmen – verhältnismäßig selten auftreten. Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Untersuchungen ist nicht nur von der *Möglichkeit* einer Wettbewerbsverfälschung auszugehen, die auf der Behinderungen ausländischer Bewerber durch die Kompliziertheit des deutschen Vergaberechtsystems mit seinem Kaskadenprinzip einschließlich der vielfach verzweigten Vorgaben in den Verdingungsordnungen beruht. Vielmehr wird anhand der Untersuchungen deutlich, dass in Deutschland ausgeschriebene Aufträge tatsächlich zu einem weitaus geringeren Anteil von ausländischen Bewerbern durchgeführt werden, wobei die Auftragsvergabe regelmäßig bereits auf der ersten Ebene scheitert, da es in den allermeisten Fällen nicht einmal zu einer Angebotsabgabe kommt. Damit werden ausländische Interessenten bereits in der Vertragsanbahnungsphase ausgesperrt. Folglich ist von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

(3) Eine Wettbewerbsbeschränkung ist zudem nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil an der Unternehmensvereinigung, 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

37) Hinzu kommen Ausschreibungsmodalitäten, die neben ihrer Komplexität durch ihre inhaltliche Ausgestaltung den mit den inländischen Gegebenheiten nicht umfassend vertrauten Unternehmen die Teilnahme zusätzlich erschweren. Dazu gehören z. B. die fehlende Transparenz bei beschränkten Ausschreibungen ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb und bei Verhandlungsverfahren sowie übermäßige bürokratische Anforderungen hinsichtlich des Nachweises der Leistungsfähigkeit. Die diesbezüglichen Einzelheiten bleiben einer gesonderten Untersuchung vorbehalten.

38) Dieses Ergebnis wird bestätigt von *Franke/Mertens/Grünbagen*, Analyse und Bewertung der Fragebogenaktion und der Rechtsprechung zur Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG), Gutachten v. 16. 4. 2003 für das BMWi, S. 8, veröffentlicht unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/A/analyse-und-bewertung-vergaberechtsaenderungsgesetz.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>. Das Gutachten stellt fest, dass deutsche kleine und mittlere Unternehmen sich durch die Unübersichtlichkeit der Vergaberegeln abgeschreckt fühlen (S. 7); dies muss erst recht für ausländische KMU gelten, denen sich das Regelungssystem als noch viel unzugänglicher darstellen dürfte.

39) EuG – Rs T-23/99, Slg. 2002, II-1705, Rz. 137 ff.

40) *Eilmansberger* (Fußn. 18), Art. 81 EGV Rz. 47.

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.<sup>41)</sup> 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 gegebenenfalls selbst anstelle der Tarifkommission zu entscheiden.<sup>42)</sup> Eine solche Situation liegt hier gerade nicht vor. Der Staat hat die Letztkontrolle über die Verdingungsordnungen aus der Hand gegeben. Ist das Beschlussverfahren innerhalb der Verdingungsausschüsse beendet, erscheint die Verdingungsordnung im amtlichen Teil des Bundesanzeigers bzw. als Deutsche Norm (DIN; vgl. § 17 Satzung DVA). Eine weitere staatliche Kontrolle findet nicht statt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die staatlichen Stellen, deren Vertreter in den Verdingungsausschüssen sitzen, hier nicht in objektiver Funktion, sondern als Marktteilnehmer der Nachfragerseite auftreten. Es liegt daher eine grundlegend andere Situation vor, so dass die Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG nicht ausgeschlossen ist.

### 3.4 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.<sup>43)</sup> Die Kommission stellt bei der Frage nach der Spürbarkeit einer Handelsbeeinträchtigung entscheidend auf die Marktlage bzw. den Marktanteil ab.<sup>44)</sup> 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 EG-weiten Vergabemärkte zu verweisen. Die Mitglieder der Verdingungsausschüsse sind auf den jeweiligen Produktmärkten der öffentlichen Auftragsvergabe durch deutsche Behörden von erheblicher Bedeutung. Im Fall des DVA ist auf der Nachfragerseite 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 sämtliche Spitzenverbände der Bauwirtschaft. Die Marktanteile können

41) So *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV/EUV, Art. 85 EGV Abs. 1 Rz. 180; *Brinker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 81 Rz. 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 Buchst. g i. V. m. Art. 81 oder 82 EG gewertet, vgl. *Brinker*, ebd., Art. 81 Rz. 58 m. Nachw.

42) EuGH, Urt. v. 17.11.1993 – Rs C-185/91, Slg. 1993, I-5801, Rz. 18 ff. – Reiff; ähnlich EuGH, Urt. v. 17.11.1993 – Rs C-2/91, Slg. 1993, I-5751 = ZIP 1993, 1898 – Meng, dazu EWiR 1993, 1201 (*Reich*), und EuGH, Urt. v. 17.11.1993 – Rs C-245/91, Slg. 1993, I-5851 – Ohra.

43) EuGH, Urt. v. 9. 7. 1969 – Rs 5/69, Slg. 1969, 295, Rz. 7 – Völk.

44) 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 ABI EG 2001 Nr. C 368, 13.

nicht genau beziffert werden und müssen für jeden einzelnen im Einzelfall betroffenen Markt separat ermittelt werden; es ist jedoch von erheblichen Marktanteilen der Beteiligten auf vielen der betroffenen Märkte, insbesondere im Bausektor, 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.<sup>45)</sup> Die pro Jahr vergebenen ca. 1,2 Mio. öffentlichen Bauaufträge sind mit rund 27 Mrd. € mit einem beträchtlichen Umfang an den jährlichen Bauinvestitionen beteiligt.<sup>46)</sup>

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

#### 4. Rechtfertigung

In Einzelfällen ist die 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.<sup>47)</sup> In seiner Entscheidung im Fall *Wouters*<sup>48)</sup> 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.<sup>49)</sup> Der Fall betraf das von einer Rechtsanwaltskammer beschlossene Verbot gemischter Sozietäten zwischen Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern. Der EuGH bejahte ausdrücklich die Wettbewerbsbeschränkung, verneinte aber dennoch die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG, da die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erforderlich seien, um die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs sicherzustellen.

Mit keinem dieser beiden Fälle ist die vorliegende Konstellation vergleichbar. Zwar sind grundsätzlich die Bekämpfung der Korruption und die Schaffung von mehr Wettbewerb auf den Vergabemärkten Hauptzwecke der Verdingungsordnungen. Ohne klar definierte Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge wäre Korruption gänzlich unkontrollierbar. Jedoch ist es bisher ganz offensichtlich nicht gelungen, einen funktionierenden gesamteuropäischen Wettbewerb für die jeweils relevanten deutschen Vergabemärkte herzustellen und dadurch wesentliche Einsparungen in den öffentlichen Haushalten zu bewirken. Und selbst wenn die Verdingungsordnungen diese Ziele zu verwirklichen vermöchten, ist keine Rechtfertigung dafür ersichtlich, die Erstellung dieser Regelwerke in die Hände einer Gruppe mächtiger Marktteilnehmer zu legen. Die Regulierung eines Marktes zur Schaffung von Wettbewerb ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die nicht an Marktteilnehmer delegiert werden darf. Das geltende Verfahren zur Schaffung der Vergaberegeln ist grob wettbewerbsschädigend und kann durch die inhaltliche Notwendigkeit der Regelung vergaberechtlicher Verfahren nicht gerechtfertigt werden. Aus diesen Gründen ist auch eine Rechtfertigung durch tatbestandsimmanente Schranken nicht möglich.

45) Vgl. [http://www.bdi-online.de/Dokumente/Gemeinsame\\_Erklaerung\\_zum\\_Buerokratieabbau\\_im\\_Vergaberecht\\_-\\_10.10.05.pdf](http://www.bdi-online.de/Dokumente/Gemeinsame_Erklaerung_zum_Buerokratieabbau_im_Vergaberecht_-_10.10.05.pdf).

46) Vgl. <http://www.bmvbs.de/Bauwesen/-,1532/Baufauftragsvergabe.htm>.

47) Vgl. EuGH, Urt. v. 8. 6. 1982 – Rs 258/78, Slg. 1982, 2015, Rz. 56 ff. – *Nungesser*; EuGH, Urt. v. 28. 4. 1998 – Rs C-306/96, Slg. 1998, I-1983, Rz. 19 ff. – *Javico*, dazu EWIR 1999, 65 (*Röbling*). Zur Problematik der *rule of reason* überblicksartig *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fußn. 31), Rz. 1036.

48) EuGH, Urt. v. 19. 2. 2002 – Rs C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rz. 94 f. – *Wouters*.

49) 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 wettbewerblichen 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.

Die wettbewerbsbeschränkenden Beschlüsse der Verdingungsausschüsse sind mithin einer Rechtfertigung nicht zugänglich.

### 5. Die Ausnahmevorschrift des Art. 81 Abs. 3 EG

Eine Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen enthält Art. 81 Abs. 3 EG, der bestimmt, dass das Verbot des Absatzes 1 für nicht anwendbar erklärt werden kann,<sup>50)</sup> 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 unter anderem darin, dass bestimmte Koordinierungen zwischen Unternehmen, auch wenn sie wettbewerbsbeschränkend i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG sind, Ziele verfolgen können, die eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot tragen.<sup>51)</sup>

Im vorliegenden Fall kommt als ein solches ausnahmebegründendes Ziel nur die Schaffung von mehr Wettbewerb durch die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse in Betracht. Dieses Ziel vermag aber – abgesehen davon, dass es durch die Verdingungsordnungen nicht erreicht wird – aus den soeben dargelegten Gründen nicht das schwer wettbewerbsschädigende Zustandekommen dieser Beschlüsse zu rechtfertigen.

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<sup>52)</sup> 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 unter anderem 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 – gerade im Bausektor – diese Schwelle in den meisten Fällen nicht unterschreiten dürften.

### 6. Ergebnis: Nichtigkeit der Beschlüsse nach Art. 81 Abs. 2 EG

Die Beschlüsse der Verdingungsausschüsse sind daher gemäß Art. 81 Abs. 2 EG nichtig. Streng genommen sind damit auch die Verdingungsordnungen nichtig. Auf Grund der statischen Verweisungen auf die VOL/A, VOF und VOB/A in den §§ 4 bis 6 der Vergabeverordnung (VgV)<sup>53)</sup>

50) 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). Die Kommission verfügt daher nicht mehr über das Freistellungsmonopol. Das Beurteilungserisiko, ob eine bestimmte Vereinbarung die Kriterien des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt, liegt seither allein bei den an der Koordinierung beteiligten Unternehmen.

51) Dabei können auch außerökonomische Ziele Berücksichtigung finden, z. B. der Umweltschutz; vgl. *Meessen*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Recht, 2005, Art. 81 Abs. 3 EG Rz. 11; Kommission, Entscheidung 2000/475/EG, ABI EG 2000 L 187, 47, Rz. 55 ff. – CECED.

52) VO (EG) Nr. 2790/1999, ABI EG 1999 L 336/21.

53) Die Verordnungsermächtigung für die VgV findet sich in § 97 Abs. 6 GWB. Die derzeit geltende VgV von 2003 verweist auf die Fassungen der Verdingungsordnungen von 2002.

ordnet der Verordnungsgeber jedoch die Geltung derjenigen Fassungen der Vergängungsordnungen, auf die verwiesen wird, für die Vergaberechtspraxis der öffentlichen Nachfrager an. Diese hoheitliche Anwendungsanordnung 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.<sup>54)</sup> 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 gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot unanwendbar.<sup>55)</sup>

### III. Fazit

Das deutsche Vergaberechtsregime sieht sich im Hinblick auf die Arbeit der Vergängungsausschüsse erheblichen kartellrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Gewichtige Umstände sprechen dafür, dass die Vergängungsausschüsse beschlusserlassende Unternehmensvereinigungen darstellen und die gegenwärtig praktizierten Vorgehensweisen als verbotenes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu qualifizieren sind. Das in Deutschland wuchernde Unwesen der pseudo-selbstverwalteten Regulierung muss jedenfalls dort seine Grenze finden, wo die Marktzutrittsregeln *von den Marktteilnehmern* selbst gestaltet werden. Es ist ureigene Funktion des Kartellrechts, solche Delegationen zu untersagen und den Staat zu veranlassen, seiner regulierenden Gestaltungs- und Schiedsrichterverantwortung selbst nachzukommen. Nur auf diese Weise werden sich auch wettbewerbsbeeinträchtigende Regelungsgeflechte verhindern lassen, die immer dann unvermeidlich sind, wenn die „Player“ auf den Märkten ihre Vorgaben selbst definieren können. Die Novellierung des Vergaberechts bietet einen willkommenen Anlass, bestehende Missstände aus dem Weg zu räumen und ein Regelungsregime zu schaffen, das dem Staat die Erfüllung dieser Aufgabe ermöglicht.

#### *Abstract*

#### *The committees of awarding authorities and contractors' decisions – a case of Art. 81 (1) EC Treaty?*

*The Vergängungsordnungen für Leistungen und Bauleistungen (VOL/VOB/VOF, based on the Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – the German Antitrust Act – and the Vergabeverordnung – the German Public Procurement Regulation) are the rules that govern public procurement in Germany. They are agreements developed by bodies called Vergängungsausschüsse in which suppliers and purchasers are equally represented. The most important and powerful public authorities and associations of both purchasers and suppliers are amongst the members of these bodies. The Vergängungsausschüsse are associations of undertakings which by way of decisions establish the rules that are to be incorporated in the Vergängungsordnungen. These rules determine not only the procedure but also the substantive conditions of public procurement and thereby influence supply and demand. The Vergängungsordnungen exert great practical influence on the procedure of public procurement and therefore necessarily also on all those German and European undertakings that intend to supply purchasers subject to the German public procurement rules. The Vergängungsordnungen therefore constitute agreements interfering with the pattern of trade between the Member States and distorting the competition in the Common Market. Suppliers from other Member*

54) EuGH – Rs 14/68, Slg. 1969, I, Rz. 4 f. – Wilhelm/Bundeskartellamt; Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl., 2003, Art. 81 EGV Rz. 16.

55) Neben dem Verstoß gegen das EG-Kartellrecht kommt auch die Unvereinbarkeit des Systems der Vergängungsordnungen mit der EG-Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit in Betracht, die nicht Gegenstand der vorliegenden Prüfung ist. Vgl. dazu Kau, EuZW 2005, 492.

*States are confronted with considerable barriers making it difficult to penetrate the German public procurement markets. As a result, authorities subject to the German public procurement rules rarely award contracts to undertakings from other Member States. As the Verdingungsausschüsse unite both suppliers and purchasers with great market power, an appreciable effect on competition and trade can be inferred. The Verdingungsordnungen must therefore be qualified as decisions of associations of undertakings infringing Art. 81 (1) EC Treaty. An exemption under Art. 81 (3) EC Treaty is not possible. The decisions are therefore void under Art. 81 (2) EC Treaty. This nullity does not, in itself, extend to the referral in §§ 4 – 6 Public Procurement Regulation to the Verdingungsordnungen, since the Regulation is a government statute. As Community Law, however, takes precedence over contravening national law, a national statute referring to a decision void under Art. 81 (2) EC Treaty is inapplicable due to infringement of directly applicable EC Law.*