

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	19
-------------------------	----

## *Kapitel 1*

<b>Die Grundsätze der „Bestimmtheit“ und „Klarheit“ im deutschen Recht</b>	22
--	----

A. Derzeitige Verwendung der Begriffe .....	22
I. In der Literatur .....	22
II. In der Rechtsprechung des BVerfG .....	23
III. Einheitliche Begriffsverwendung .....	25
B. Herleitung der Grundsätze .....	26
C. Geltung der Grundsätze .....	29
D. Inhalt der Grundsätze .....	30
I. Allgemeines .....	30
II. „Bestimmtheit“ .....	31
1. Höchstmögliche Bestimmtheit von Gesetzen .....	31
2. Erforderlicher Bestimmtheitsgrad (materieller Gehalt des Bestimmtheitsgebots) .....	33
a) Auslegungsbedürftigkeit & Auslegungsfähigkeit .....	34
b) Einzelne Bereiche bzw. Arten des Rechts .....	35
aa) Formelles und materielles Recht .....	36
bb) Eingreifen in Rechte des Bürgers und Vorteilsgewährung ..	36
cc) Einzelne Sachgebiete des Rechts .....	37
c) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln .....	39
3. Zwischenergebnis .....	43
III. „Klarheit“ .....	43
1. Einzelaspekte .....	44
a) Verständlichkeit .....	44
b) Zusammenwirken von Normen .....	44
c) Widerspruchsfreiheit .....	45
aa) Konstellation 1: Normenwiderspruch/-konflikt .....	46
bb) Konstellation 2: Prinzipienkonflikte .....	47
cc) Konstellation 3: (bloße) Wertungswidersprüche .....	47
dd) Konstellation 4: „Störungen“ .....	49
ee) Zwischenergebnis .....	49

d) Aufbau und Systematik sowie Übersichtlichkeit .....	50
e) Verweisungen .....	53
2. Zwischenergebnis .....	56
E. Verhältnis von Bestimmtheit und Klarheit .....	57
F. Adressatenproblematik .....	58
I. Allgemein .....	58
II. Maßstab im Vergaberecht .....	63
G. Rechtsfolgen eines Verstoßes – Anwendung in der Praxis .....	64
H. Bestimmtheit und Klarheit im Recht der Europäischen Union .....	65

### *Kapitel 2*

#### **Systemgerechtigkeit, Einheit der Rechtsordnung und Kohärenz** 68

A. Systemgerechtigkeit .....	68
B. Einheit der Rechtsordnung .....	74
C. Kohärenz .....	75
I. Kohärenz im Sinne des Art. 7 AEUV .....	75
II. Kohärenz in der Glücksspiel-Rechtsprechung des EuGH .....	76

### *Kapitel 3*

#### **Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts** 82

A. Maßgebliche Vorschriften .....	82
B. Aktuelle Vorschriften zum Anwendungsbereich .....	83
I. Die neuen europäischen Vergaberichtlinien .....	83
1. Entstehung und allgemeine Ziele der neuen Vergaberichtlinien .....	83
2. VRL (Richtlinie 2014/24/EU) .....	86
a) Allgemeiner Anwendungsbereich .....	86
aa) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen .....	86
bb) Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors .....	87
(1) In-House-Vergaben .....	88
(2) In-State-Vergaben (interkommunale Zusammenarbeit) .....	91
(3) Zwischenergebnis .....	92
cc) Schwellenwerte .....	93
b) Ausnahmen .....	93
aa) Art. 7, 8, 9 und 11 VRL .....	93
bb) Art. 10 VRL .....	94
(1) Allgemeines .....	94

(2) Lit. h) .....	95
(a) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr. ....	97
(b) Keine Entscheidungserheblichkeit der Auslegungs- frage? .....	99
(aa) Geltung europäischen Primärrechts bei der Vergabe von (Regel-)Rettungsdienstleistungen an gemeinnützige Organisationen oder Vereini- gungen? .....	100
(bb) Widerspruch zwischen europäischem Primär- und Sekundärrecht .....	107
c) Besondere Sachverhalte & Verteidigung und Sicherheit .....	109
d) Zwischenergebnis .....	110
3. SRL (Richtlinie 2014/25/EU).....	110
a) Allgemeiner Anwendungsbereich.....	110
aa) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstlei- stungen .....	111
bb) Besondere Beziehungen (Zusammenarbeit, verbundene Unternehmen und Gemeinschaftsunternehmen) .....	111
cc) Schwellenwerte .....	113
b) Sektorentätigkeiten .....	113
c) Ausnahmen .....	114
aa) Art. 18 bis 20, 22 und 23 SRL .....	114
bb) Art. 21 SRL .....	114
d) Besondere Sachverhalte, Verteidigung und Sicherheit & Wettbe- werbsklausel .....	115
e) Zwischenergebnis .....	115
4. KVR (Richtlinie 2014/23/EU) .....	115
a) Schaffung einer eigenständigen Richtlinie .....	115
b) Allgemeiner Anwendungsbereich.....	116
aa) Persönlicher Anwendungsbereich .....	116
bb) Sachlicher Anwendungsbereich .....	117
(1) Wortlaut von Art. 5 Nr. 1 KVR sowie Erwägungsgrün- de 11–20 KVR .....	117
(2) Übergang des Betriebsrisikos als maßgebliches Kriteri- um .....	118
cc) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstlei- stungen .....	120
dd) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, verbundene Unter- nehmen, Gemeinschaftsunternehmen .....	120
ee) Schwellenwert .....	121
c) Ausnahmen .....	121
aa) Art. 10 KVR .....	121
bb) Art. 11, 12 und 16 KVR .....	122

cc)	Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen .....	123
d)	Besondere Sachverhalte & Verteidigung und Sicherheit .....	124
e)	Zwischenergebnis .....	125
II.	Nationale Regelungen zum Anwendungsbereich .....	125
1.	Allgemeines .....	125
2.	Aktuelle Vorschriften zum Anwendungsbereich .....	127
a)	Überblick .....	127
b)	Kapitel 1, Abschnitt 1 GWB n.F. ....	128
aa)	Die einzelnen Auftraggeber .....	128
bb)	Definitionen .....	129
cc)	Schwellenwerte .....	131
dd)	Ausnahmen .....	131
(1)	Allgemeine Ausnahmen, § 107 GWB n.F. ....	132
(2)	Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, § 108 GWB n.F. ....	133
(a)	In-House-Vergaben (Abs. 1 bis 5) .....	133
(b)	In-State-Vergaben (Abs. 6) .....	134
(c)	Bestimmung des prozentualen Anteils (Abs. 7) ...	134
(d)	Entsprechende Anwendung für Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber (Abs. 8) .....	135
(3)	Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln, § 109 GWB n.F. ....	135
ee)	Abgrenzungs- und Anwendungsregeln bei der Vergabe gemischter Aufträge, §§ 110 bis 112 GWB n.F. ....	135
ff)	Verordnungsermächtigung und Berichtspflichten, §§ 113, 114 GWB n.F. ....	136
c)	Kapitel 1, Abschnitt 2 GWB n.F. ....	136
aa)	Besondere Ausnahmen, § 116 GWB n.F. ....	137
bb)	Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfassen, § 117 GWB n.F. ....	138
cc)	Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltenen öffentliche Auf- träge, § 118 GWB n.F. ....	139
dd)	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen, § 130 GWB n.F. ....	139
ee)	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrs- leistungen im Eisenbahnverkehr, § 131 GWB n.F. ....	140
d)	Kapitel 1, Abschnitt 3 GWB n.F. ....	140
aa)	Unterabschnitt 1: Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber .....	141
(1)	Besondere Ausnahmen, § 137 GWB n.F. ....	141
(2)	Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen, § 138 GWB n.F. (Konzernprivileg) .....	141

(3) Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen, § 139 GWB n.F. (Joint-Venture-Privileg) .....	142
(4) Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten, § 140 GWB n.F. (Wettbewerbsklausel) .....	142
(5) Sonstige anwendbare Vorschriften, § 142 GWB n.F. ....	142
(6) Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz, § 143 GWB n.F. ....	143
bb) Unterabschnitt 2: Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen .....	143
(1) Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, § 145 GWB n.F. ....	143
(2) Sonstige anwendbare Vorschriften, § 147 GWB n.F. ....	143
cc) Unterabschnitt 3: Vergabe von Konzessionen .....	144
(1) Besondere Ausnahmen, § 149 GWB n.F. ....	144
(2) Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit, § 150 GWB n.F. ....	145
(3) Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen, § 153 GWB n.F. ....	145
(4) Sonstige anwendbare Vorschriften, § 154 GWB n.F. ....	145
e) Zwischenergebnis .....	146

*Kapitel 4*

**Verfassungsrechtliche Prüfungen** 147

A. Vorbemerkung: Prüfung verfassungsrechtlicher Aspekte .....	147
I. Bestehen von Umsetzungsspielräumen .....	149
1. Allgemeines zur Umsetzung von EU-Richtlinien .....	149
2. Gold Plating (überschießende Richtlinienumsetzung) .....	149
a) Anforderungen .....	149
b) Vorliegen sog. gold platings hinsichtlich des Anwendungsbereichs? .....	151
3. Umsetzungsspielräume der neuen EU-Vergaberichtlinien hinsichtlich der vorzunehmenden Prüfungen .....	152
a) Bestimmtheit .....	153
b) Klarheit .....	154
c) Systemgerechtigkeit .....	155
aa) Umsetzungsspielraum .....	155
bb) Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG .....	156
II. Zwischenergebnis .....	158

B.	Klarheit der neuen Vorschriften zum Anwendungsbereich .....	158
I.	Widerspruchsfreiheit .....	159
II.	Aufbau und Systematik bzw. Übersichtlichkeit .....	160
	1. Intergesetzliche Aspekte .....	160
	2. Internormative Aspekte .....	161
	a) Allgemeiner Aufbau des Vierten Teils des GWB n.F .....	161
	aa) Aufteilung in „allgemeinen“ und „besonderen“ Teil .....	161
	bb) Problematik des Aufbaus .....	162
	(1) Beispiel: Eröffnung des Anwendungsbereichs im Fall der Konzessionsvergabe .....	163
	(a) Eröffnung des Anwendungsbereichs .....	163
	(b) Nichtvorliegen von Ausnahmen .....	164
	(2) Stellungnahme .....	165
	cc) „Gelungene Gesetzgebung“: Weitere Vereinfachung des Aufbaus .....	166
	(1) Kritik/Vorschläge der BRAK .....	166
	(2) Stellungnahme .....	167
	b) Einzelaspekte .....	168
	aa) Systematische Stellung des § 108 GWB n.F. ....	168
	bb) Hohe Anzahl an Ausnahmen .....	171
	c) Zwischenergebnis .....	172
	3. Intranormative Aspekte .....	172
	a) § 99 GWB n.F.: Öffentliche Auftraggeber .....	172
	b) § 100 GWB n.F.: Sektorenauftraggeber .....	173
	c) § 101 GWB n.F.: Konzessionsgeber .....	173
	d) § 103 GWB n.F.: Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe .....	173
	e) § 107 GWB n.F.: Allgemeine Ausnahmen .....	174
	f) § 108 GWB n.F.: Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit .....	174
	g) Besondere Ausnahmenvorschriften: §§ 116, 117, 137, 145, 149 und 150 GWB n.F. ....	174
	h) Zwischenergebnis .....	175
III.	Verweisungen .....	175
	1. Zusammenspiel der §§ 98–102 GWB n.F. (Auftraggeber) .....	175
	a) § 100 Abs. 1 GWB n.F. ....	175
	b) § 101 Abs. 1 GWB n.F. ....	176
	2. § 106 GWB n.F.: Schwellenwerte .....	177
	3. § 130 GWB n.F.: Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen .....	180
	4. §§ 137, 149 GWB n.F.: Besondere Ausnahmen .....	182
	5. Zwischenergebnis .....	182
IV.	Zwischenergebnis .....	182

C. Bestimmtheit der neuen Vorschriften zum Anwendungsbereich .....	182
I. Begriff der Betrauung in § 105 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie § 108 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 GWB n.F. ....	183
II. Einfügung eines klarstellenden Abs. 3 in § 105 GWB n.F. ....	185
III. Begriff der „Zusammenarbeit“ in § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB n.F. ....	186
1. Enge Auslegung: „Echte Zusammenarbeit“ erforderlich .....	186
2. Weite Auslegung: Zahlung eines Geldbetrages ausreichend .....	188
3. Stellungnahmen im Rahmen der Expertenanhörung zum VergRModG im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages .....	188
4. Eigene Stellungnahme .....	190
a) Entscheidung des OLG Koblenz .....	190
b) Auslegungsfähigkeit des Begriffs .....	191
aa) Behandlung des Begriffs der Zusammenarbeit im nationalen Gesetzgebungsverfahren .....	192
bb) Fazit .....	194
(1) Keine Notwendigkeit der Schaffung eines „offenen“ Rechtsbegriffs .....	195
(2) Keine Abwartefrist für den Gesetzgeber .....	196
(3) Ergebnis .....	197
IV. Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse in § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB n.F. ....	197
1. Begriff der „Überlegungen“ .....	197
2. Begriff des „öffentlichen Interesse[s]“ .....	198
V. Zwischenergebnis .....	199
D. Systemgerechtigkeit .....	200
I. Neue Vergaberichtlinien .....	201
1. Notwendigkeit einer eigenständigen Regelung betreffend Kon- zessionen .....	202
2. Allgemeiner Anwendungsbereich .....	206
3. Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen ..	207
4. Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors .....	208
a) Freistellung als solche und einzelne Tatbestandsmerkmale ....	208
b) Neu geregelte In-House-Konstellation: Schwesternbeauftragung (sog. horizontales In-House-Geschäft) .....	209
aa) Kontrollkriterium .....	210
bb) Wesentlichkeitskriterium .....	212
cc) Zwischenergebnis .....	214
5. Schwellenwerte .....	214
6. Ausnahmen .....	218
a) Rechtsdienstleistungen .....	218

b) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr .....	220
c) Wasser .....	221
7. Fazit .....	226
II. Nationale Regeln zum Anwendungsbereich (Umsetzung in Deutschland) .....	228
1. System/zugrundeliegende Wertentscheidungen .....	228
2. Verstoß gegen verfassungsrechtliche Systemgerechtigkeit? .....	231
a) Vorschriften für die Vergabe von Konzessionen .....	231
b) Allgemeiner Anwendungsbereich .....	232
c) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen .....	232
aa) Schaffung der Sonderregime (bzw. Zuordnung der entsprechenden Dienstleistungen zum strengeren allgemeinen Vergaberegime) .....	233
(1) Vorliegen einer Systemwidrigkeit .....	233
(2) Rechtfertigung .....	234
(a) Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung .....	234
(b) Vorliegen sachlich hinreichender/plausibler Gründe .....	235
(3) Zwischenergebnis .....	236
bb) Auswahl der von den Sonderregimen erfassten Dienstleistungen .....	237
(1) Vorliegen einer Systemwidrigkeit .....	237
(2) Rechtfertigung .....	238
(a) Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung .....	238
(b) Vorliegen sachlich hinreichender/plausibler Gründe .....	238
(3) Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG .....	242
(a) Dogmatische Begründung der Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG .....	242
(b) Einwände gegen die Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG .....	243
(aa) Mitgliedstaatliche Mitwirkungsmöglichkeiten an der nationalen Gesetzgebung .....	243
(bb) Differenzierung innerhalb des Hoheitsgebietes eines Staates .....	245
(c) Fazit .....	246
d) Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors, Schwellenwerte und Ausnahmen .....	246
3. Rechtspolitische Dimension .....	247
a) Vorschriften für die Vergabe von Konzessionen .....	247
b) Allgemeiner Anwendungsbereich .....	247



c) Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen .....	248
aa) Schaffung der Sonderregime .....	248
bb) Auswahl der von den Sonderregimen erfassten Dienstleistungen .....	248
(1) Unveränderte Dienstleistungsauswahl .....	249
(2) Anpassung durch den deutschen Gesetzgeber .....	250
(3) Bewertung .....	250
d) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit .....	251
aa) Wesentlichkeitskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. ....	252
bb) Keine direkte private Kapitalbeteiligung, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. ....	253
cc) Neu geregelte In-House-Konstellationen .....	254
e) Schwellenwerte .....	254
aa) Dienstleistungskonzessionen .....	254
bb) Bauleistungen .....	255
f) Ausnahmen .....	257
aa) Rechtsdienstleistungen .....	257
bb) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr .....	257
cc) Wasser .....	258
III. Zwischenergebnis .....	259
E. Kohärenz .....	259

### *Kapitel 5*

<b>Aufbau des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte</b> .....	<b>262</b>
A. Bisheriger Aufbau des Vergaberechts .....	262
B. Kritik am bisherigen Aufbau .....	267
I. Verfassungsrechtliche Zweifel .....	267
1. Kritik der Literatur und Klarheit des Kaskadensystems .....	267
2. Rechtsprechung des BVerfG und eigene Stellungnahme .....	269
II. Europarechtliche Zweifel .....	272
1. Kritik der Literatur .....	272
2. Stellungnahme .....	274
III. Zwischenergebnis .....	276
C. Neuer Aufbau des Vergaberechts .....	276
D. Stellungnahme .....	280
I. Verfassungsrechtliche Aspekte .....	280
II. Europarechtliche Aspekte .....	281
III. Rechtspolitische Aspekte .....	281

1. Erweiterung des Vierten Teils des GWB .....	281
2. Fortbestand der VOB/A .....	283
a) Rechtfertigung durch Besonderheiten des Baubereichs? .....	284
aa) Ansicht einiger Verbände .....	284
bb) Stellungnahme .....	285
(1) Besonderheiten des Baubereichs .....	285
(2) Auswirkungen auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte .....	287
b) Fazit .....	288
3. Zusammenführung der Vergabeverordnungen oder Schaffung eines einheitlichen Bundesvergabegesetzes? .....	289
4. Vergaberechtliche Landesgesetze .....	290
a) Kritik im Gesetzgebungsverfahren .....	291
b) Stellungnahme .....	293
IV. Zwischenergebnis .....	295
<b>Zusammenfassung in Thesen .....</b>	<b>296</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>302</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>328</b>