

Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und europäisches Gemeinschaftsrecht

von Wiss. Mit. Marcel Kau, LL.M. (Georgetown), Konstanz¹

Das Kaskadenprinzip des deutschen Vergaberechts verstößt in seiner jetzigen Form gegen die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien (Art. 249 III EG) und gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags (insbes. Art. 28 ff., Art. 49 ff. EG). Bei der nun anstehenden Umsetzung des EU-Legislativpakets ist der Bundesgesetzgeber daher gehalten die bestehende Kaskadenstruktur deutlich abzubauen. Dafür muss er vor allem die künftige Fortgeltung vergaberechtlich relevanter Gesetze der Bundesländer ausschließen. Die bislang vorliegenden Gesetzesentwürfe der Bundesregierung genügen den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen noch nicht, weisen jedoch die Richtung für eine mögliche Vereinfachung des deutschen Vergaberechts.

Einleitung

Das vielleicht markanteste strukturelle Merkmal der zurzeit bestehenden deutschen Vergaberechtsordnung ist das sog. Kaskadenprinzip, wonach die anwendbaren Vorschriften auf verschiedene bundes- und landesrechtliche Gesetze sowie untergesetzliche Regelungen verteilt sind. Innerhalb des Kaskadenprinzips ist der allgemeine rechtliche Ordnungsrahmen und das Rechtsschutzverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte im 4. Teil des GWB normiert (sog. Kartellvergaberecht), während weitere Bestimmungen in der von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Vergabeverordnung (VgV) enthalten sind. Daneben dient die Vergabeverordnung nach der gegenwärtigen Gesetzeslage auch als Brücke zu den weiter fortbestehenden Verdingungsordnungen (VOB, VOL, VOF).² Schließlich wird die vierstufige Normenkaskade des deutschen Vergaberechts auf der Ebene des Landesrechts noch durch zahlreiche Landesvergabegesetze sowie weitere vergaberechtlich relevante Regelungen der Länder zur Mittelstands-, Ausbildungs- und Frauenförderung abgeschlossen.³ Schon vor seiner Einführung war das Kaskadenprinzip heftiger Kritik ausgesetzt.⁴ So schlug etwa der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 1997/1998 erfolglos vor, auf eine mehrstufige Normierung zu verzichten und stattdessen ein einheitliches Bundesvergabegesetz

¹ Der Verfasser ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Kay Hailbronner an der Universität Konstanz.

² Vgl. Hertwig, Das neue Vergaberecht ist komplett, DStR 2001, 172; Thieme, in: Langen/Bunte, Kommentar z. Kartellrecht, 9. Aufl. (2001), Vor §§ 97 GWB, Rdnr. 50.

³ Vgl. Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, Komm. z. EU, Losebl. (1999), Bd. 4, Öffentliches Auftragswesen, B.3 – Rechtsgrundlagen, Rdnr. 35.

⁴ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Komm. z. Vergaberecht, 2. Aufl. (2003), § 97, Rdnrn. 32 f.; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Komm. z. GWB, 3. Aufl. (2001), Vor §§ 97 ff., Rdnr. 24; Broß, Das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.8.1998, in: Festschr. f. Geiß, 559, 570; Pache, Der Staat als Kunde, DVBl. 2001, 1781, 1790 f.

zu schaffen.⁵ Später ist dem Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz (2004)⁶ zu entnehmen, dass vor allem kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) das Kaskadenprinzip zusammen mit dem Schubladenprinzip der Verdingungsordnungen für die „Unübersichtlichkeit des Vergaberechts“ und seinen Mangel an Praktikabilität verantwortlich machen.⁷ Insbesondere richtete sich die Kritik hierbei gegen die zahlreichen landesrechtlichen Vergabevorschriften, die eine weitgehende „Zersplitterung“ des Regelwerks zur Folge gehabt hätten.⁸ Während sich aus diesen Gründen das dem Bericht der Bundesregierung zugrunde liegende Gutachten für eine Abschaffung des Kaskadenprinzips aussprach,⁹ machte sich die Bundesregierung diese Beurteilung nicht zu eigen, sondern stellte in ihrem Bericht lediglich fest, dass „Praktikabilität, Effizienz und insbesondere Transparenz“ des Kaskadenprinzips unterschiedlich bewertet werden.¹⁰

Die im Nachgang des EU-Legislativpakets des Jahres 2004¹¹ nun anstehende Novellierung des deutschen Vergaberechts wirft erneut die Frage auf, inwieweit seine bisherige Kaskadenstruktur beibehalten, modifiziert oder möglicherweise doch abgeschafft werden soll. In diesem Zusammenhang soll zunächst auf der Grundlage des zurzeit vorliegenden ministeriellen Gesetzesentwurfs der Frage nachgegangen werden, wie sich nach dem Willen der Bundesregierung das Kaskadenprinzip künftig entwickeln soll (I.). Hierbei werden auch die Empfehlungen der vom Bundeswirtschaftsministerium (BMWA) eingesetzten Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts einbezogen, die schließlich zum Kabinettsbeschluss über die Vergaberechtsreform vom 14.5.2004 geführt haben.¹² Im Anschluss daran soll anhand der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen überprüft werden, ob das Kaskadenprinzip des deutschen Vergaberechts in seiner heutigen bzw. seiner künftigen Form mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist (II.).

⁵ BR-Drs. 82/97, 6 ff.; BR-Drs. 646/97; Pressemitteilung des BR v. 10.11.2000.

⁶ Vgl. BT-Drs. 13/11160; zurückgehend auf einen Kabinettsbeschluss vom 29.10.2003 entstand der „Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, Berlin 2004 (im Folgenden: Bericht-BReg.), BT-Drs. 15/2034, 1 u. BR-Drs. 851/03, 1. Der Bericht beruht wiederum auf dem Gutachten „Analyse und Bewertung der Fragebogenaktion und der Rechtsprechung zur Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG)“ v.16.4.2003 (im Folgenden: *Franke*, Gutachten-VgRÄG), erstellt von Prof. H. Franke u.a., zu finden unter: www.bmwa.bund.de; vgl. zu den Details auch *Hailbronner/Kau*, Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis, NZBau 2005, 332, 334.

⁷ Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03 (o. Fußn. 6), 8; vgl. *Franke*, Gutachten-VgRÄG (o. Fußn. 6), 52 f.

⁸ Vgl. *Franke*, Gutachten-VgRÄG (o. Fußn. 6), 7 u. 42 f.

⁹ *Franke*, Gutachten-VgRÄG (o. Fußn. 6), 53.

¹⁰ Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 8 (o. Fußn. 6).

¹¹ Richtlinie 2004/17/EG v. 30.4.2004, ABIEG 2004 Nr. L 134, S. 1; Richtlinie 2004/18/EG v. 30.4.2004, ABIEG. 2004 Nr. L 134, S. 114; aus dem Schrifttum z.B. *P.W. Schäfer*, in: *Grabitz/Hilf* (o. Fußn. 3), Bd. 4, B.6 – Legislativpaket, Rdnrn. 2 ff.; *Kullack/Terner*, EU-Legislativpaket, ZfBR 2004, 244 u. 346.

¹² Vgl. Kabinettsbeschluss zur Vergaberechtsreform vom 12.5.2004, NZBau 2004, 317, 318; *Kratzenberg*, Bericht der Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts, NZBau 2004, 141.

I. Anstehende Novellierung des deutschen Vergaberechts (2005/2006)

1. Bundesrechtliche Vorschriften

Es überrascht angesichts des behutsamen Umgangs der Bundesregierung mit dem Kaskadenprinzips nicht, dass das BMWA bei der anstehenden Novellierung des deutschen Vergaberechts ungeachtet verschiedener Modifizierungen beabsichtigt, im Grundsatz am bundesrechtlichen Kaskadenprinzip festzuhalten.¹³ Dies gilt sowohl für den Arbeitsentwurf des BMWA vom 8. Oktober 2004 als auch für den Referentenentwurf vom 29. März 2005. Danach sollen zunächst die grundlegenden Vorschriften des GWB den veränderten Vorgaben des Gemeinschaftsrechts angepasst werden, während als Kern der Gesetzesänderung der Erlass einer neuen und umfangreicheren Vergabeverordnung vorgesehen ist.¹⁴ Ferner soll für den Bereich der Lieferungen und Dienstleistungen das Haushaltsrecht künftig unmittelbar Bezug auf die neue Vergabeverordnung nehmen, so dass VOL und VOF aufgehoben werden können. Allerdings ist mit der anstehenden Novellierung noch nicht der vollständige Abschied von den Verdingungsordnungen gekommen. Denn für den Bereich der Bauleistungen soll die VOB/A in „erheblich reduziertem Umfang“ erhalten bleiben. Nach der Begründung des bisherigen Referentenentwurfs ist die weitgehende Beibehaltung des Kaskadenprinzips zu einem guten Teil auf die Wünsche der Praxis zurückgeführt, die einen erneuten Systemwechsel im Vergaberecht gescheut hätte.¹⁵

Auch die vom BMWA eingesetzte Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts hat sich eingehend mit der Frage der Umstrukturierung befasst, konnte sich aber über das endgültige Schicksal der Verdingungsordnungen nicht einigen. Lediglich für die Abschaffung des Schubladenprinzips innerhalb der Verdingungsordnungen fand sich eine klare Mehrheit.¹⁶ Zur künftigen Ausgestaltung des Kaskadenprinzips wurden in der Arbeitsgruppe insgesamt drei Modelle sowie verschiedene Zwischenstufen diskutiert. Zunächst wurde nach österreichischem Vorbild das Modell eines einheitlichen Bundesvergabegesetzes erörtert. Alternativ hierzu stand eine „Verschlinkung im bestehenden System“ zur Debatte, bei der der Normbestand – vor allem durch die Abschaffung der Landesvergabegesetze – zwar insgesamt reduziert werden, die bisherige Struktur aber im Grundsatz erhalten bleiben sollte. Die Landesvergabegesetze und die Verdingungsordnungen sollten schließlich auch beim sog. „Zwei-Stufen-Konzept“ entfallen. Außerdem war hierbei vorgesehen, dass nur die Grundnormen des GWB

¹³ Vgl. www.bmwa.bund.de; *Kratzenberg*, Bericht der Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts, NZBau 2004, 141, 142, siehe auch Empfehlungen Ziff. 1 bis 3.

¹⁴ Referentenentwurf BMWA (29.3.2005) und Arbeitsentwurf BMWA (8.10.2004), Gesetzesbegründung, jeweils 4.

¹⁵ Referentenentwurf BMWA (29.3.2005) und Arbeitsentwurf BMWA (8.10.2004), Gesetzesbegründung, jeweils 5 f.

¹⁶ Vgl. *Kratzenberg*, Bericht der Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts, NZBau 2004, 141, 143.

sowie eine umfangreiche Rechtsverordnung bestehen bleiben und ungeachtet der bisherigen Schwellenwerte auf alle öffentlichen Aufträge anwendbar sind.¹⁷

2. Landesrechtlichen Vorschriften

Sofern Vertreter des Bundes in der Vergangenheit zum Kaskadeprinzip im deutschen Vergaberecht Stellung nahmen, bezogen sie sich regelmäßig nur auf die Vorschriften und Bestimmungen aus dem Verantwortungsbereich des Bundes, namentlich die §§ 97 ff. GWB, die Vergabeverordnung und die Verdingungsordnungen (VOB/VOL/VOF). Dies mag zwar aus kompetenzieller Perspektive zutreffend gewesen sein, aus der Perspektive der Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen tragen aber auch die zahlreichen auf der Grundlage von § 97 IV Hs. 2 GWB erlassenen landesrechtlichen Vergabebestimmungen von gegenwärtig zehn Bundesländern¹⁸ erheblich zur Komplexität des deutschen Vergaberechts bei. Dass sich auch die Bundesregierung grundsätzlich darüber im Klaren ist, dass bundes- und landesrechtliche Vergabevorschriften zusammen betrachtet werden müssen, wurde bereits im Kabinettsbeschluss vom 12.5.2004 erkennbar. Unter Ziffer 7 hieß es dort: „Die Bundesregierung würde es begrüßen, wenn die Länder ... auf zusätzliche Regulierungen verzichten.“¹⁹ Auch die zur Vorbereitung dieses Beschlusses eingesetzte Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts hatte bereits eine ähnliche Empfehlung ausgesprochen.²⁰ Allerdings haben Bund und Länder – sofern im Rahmen der ersten Föderalismuskommission (2004) überhaupt über die Gesetzgebungskompetenz beim Vergaberecht verhandelt wurde – offenkundig keine Einigung erzielt. Ein gewichtiger Wandel ist in dieser Frage mit dem Referentenentwurf vom 29. März 2005 einhergegangen. Während der Arbeitsentwurf vom Oktober 2004 noch zum Nebeneinander von Bundes- und Landeskompetenzen geschwiegen hatte, sieht der Referentenentwurf nunmehr unter Ziff. 6 eingehende Ausführungen vor. Hierbei wird zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes²¹ sowie das Bedürfnis einer bundesgesetzlichen Regelung im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG festgestellt. Als eigentliches Novum wird in der Entwurfsbegründung weiterhin ausgeführt, weshalb künftig für landesrechtliche Vergabevorschriften kein Raum mehr besteht. Insbesondere würde „eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene ... zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen“. Bei potentiell

¹⁷ Vgl. *Kratzenberg*, Bericht der Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts, NZBau 2004, 141, 142.

¹⁸ Z.B. Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen und Schleswig-Holstein, vgl. *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, Anhang III.4 (S. 912); *Hailbronner*, in: *Grabitz/Hilf*, (o. Fußn. 3), Bd. 4, B.3 – Rechtsgrundlagen, Rdnrn. 37 ff.

¹⁹ Vgl. Kabinettsbeschluss zur Vergaberechtsreform vom 12.5.2004, NZBau 2004, 317, 318.

²⁰ Vgl. *Kratzenberg*, Bericht der Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts, NZBau 2004, 141, 143 (Verzicht „auf additive gesetzliche Regelungen“).

²¹ Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft), Nr. 16 (Kartell- und Wettbewerbsrechts), Nr. 1 (Gerichtliches Verfahren), Art. 109 Abs. 3 GG (Grundsätze des Haushaltsrechts).

17 unterschiedlichen Vergaberechtsordnungen wären die Unternehmen gezwungen ihre Ausschreibungsbeteiligungen auf die jeweiligen Anforderungen abzustellen und die Entwicklung von 17 Vergaberechtsordnungen zu verfolgen. „Dies würde“ wie der Referentenentwurf zu Recht feststellt, „für viele Unternehmen einen nicht zu leistenden Aufwand bedeuten.“²² Obwohl sich der Bund damit für eine „bundesgesetzlich einheitliche Lösung“ entschieden hat, ist die bislang für die landesrechtlichen Vergabebestimmungen konstitutive Vorschrift des § 97 IV Hs. 2 GWB sowohl im Arbeitsentwurfs als auch im Referentenentwurf des BMWA weder zur Aufhebung noch zur Änderung vorgesehen.²³ Ob die in der Begründung des Referentenentwurfs zum Ausdruck kommende Absicht zum Erlass einer bundeseinheitlichen Regelung angesichts dieser normativen Lage tatsächlich umgesetzt werden kann, erscheint daher zweifelhaft. Dies gilt umso mehr als die Bundesregierung bei der Verabschiedung der neuen Vergabeverordnung unverändert der Zustimmung des Bundesrates nach § 97 VI GWB bedarf. Es steht somit zu befürchten, dass es auch in Zukunft bei der Fortsetzung der Normenkaskade auf Länderebene bleibt. Angesichts der einhelligen Kritik an diesem Strukturmerkmal wäre hierin eine zentrale Schwäche der künftigen gesetzlichen Regelungen zu sehen, durch die ein wesentlicher Fehler des bisherigen deutschen Vergaberechts auch für die kommenden Jahre perpetuiert würde.

II. Beurteilung des Kaskadenprinzips nach dem Gemeinschaftsrecht

Die schon früher gegen das Kaskadenprinzip vorgebrachten Bedenken gründen sich zum Teil auf verfassungsrechtliche,²⁴ zum Teil aber auch auf gemeinschaftsrechtliche Vorbehalte. Den verfassungsrechtlichen Einwänden soll im Folgenden nicht weiter nachgegangen werden. Da die deutschen Vergabevorschriften unmittelbar auf europäisches Primär- und Sekundärrecht zurückzuführen sind, erscheint es lohnender zu überprüfen, ob die deutsche Richtlinienumsetzung den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts genügt. Als Maßstab für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit des Kaskadenprinzips kommen die Pflicht zur effektiven Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien (1.) sowie Verstöße gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags (2.) in Betracht.

²² Referentenentwurf BMWA, Gesetzesbegründung (29.3.2005), 6.

²³ Referentenentwurf BMWA (29.3.2005), Gesetzesbegründung, 10 und Arbeitsentwurf BMWA (8.10.2004), Gesetzesbegründung, 8.

²⁴ Vgl. *BVerfGE*, 1, 14, 45; *BVerfGE* 25, 216, 227; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Komm. z. GG*, Losebl. (2001), Bd. 3, Art. 20, VII, Rdnr. 63.

1. Pflicht zur effektiven Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien (Art. 249 III EG)

Zunächst könnte die Bundesrepublik Deutschland durch das Kaskadenprinzip ihre materielle Pflicht zur effektiven Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien nach Art. 249 III EG verletzt haben (Effektivitätsgrundsatz²⁵). Wie der EuGH schon mehrfach judiziert hat, trifft die Mitgliedstaaten die Pflicht zur hinreichend bestimmten, klaren und transparenten Umsetzung von Richtlinien.²⁶ Vor allem müssen die in einer Richtlinie angelegten Pflichten der Unionsbürger so bestimmt und klar sein, dass Rechtssicherheit gewährleistet wird.²⁷ Hierzu ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH erforderlich, dass die Mitgliedstaaten, um die volle rechtliche und tatsächliche Anwendung von Gemeinschaftsrichtlinien zu gewährleisten, durch den Erlass von Rechtsvorschriften einen eindeutigen rechtlichen Rahmen auf dem betreffenden Gebiet schaffen. Grundsätzlich muss jeder einzelne Unionsbürger in die Lage versetzt werden, seine subjektiven Rechte zu erkennen und sie vor nationalen Gerichten geltend zu machen.²⁸ So hat es der Gerichtshof beispielsweise in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahre 1999 nicht ausreichen lassen, dass in einem Gebührenverzeichnis ein Hinweis auf das Bestehen eines subjektiven Rechts im Umweltbereich erfolgte, während dieses Recht in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ansonsten keine Erwähnung fand.²⁹ Auch die Verwendung sprachlich mehrdeutiger Rechtsvorschriften wurde vom EuGH als Verstoß gegen die Umsetzungspflicht gewertet. Der Verweis, dass der „Einsatz des reichen und vielfältigen Wortschatzes“ einer Gemeinschaftssprache den notwendigen Zusammenhang herstelle, genügte dem Gerichtshof dabei nicht, da Rechtssicherheit und Rechtsschutz eine eindeutige Formulierung von mitgliedstaatlichen Rechtsnormen erfordert hätten.³⁰ Im Ganzen zeigt sich, dass der Gerichtshof in der Vergangenheit bei der Umsetzung von Richtlinien nicht nur auf die Einhaltung der vorgesehenen Frist und eine angemessene

²⁵ *EuGH*, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 15 = *NJW* 1984, 2021 – von Colson u. Kamann, („... die Verpflichtung der einzelnen Mitgliedstaaten ... im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständig Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten“); *EuGH*, Slg. 1998, I-4951, Rdnr. 34 f. = *EuZW* 1998, 664 ff. – Edis; *EuGH*, Slg. 2000, I-3201, Rdnrn. 32 ff. – Preston; eingehend auch *Schroeder*, in: *Streinz*, Komm. z. EUV/EGV, (2003), Art. 249, Rdnr. 91 („Effektivitätsprinzip“); *Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. (1999), Rdnr. 552 („effet utile“).

²⁶ Z.B. *EuGH*, Slg. 1995, I-4883, Rdnr. 8 – Kommission/Spanien; *EuGH*, Slg. 1995, I-1589, Rdnr. 10 – Kommission/Luxemburg; hierzu auch *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf*, (o. Fußn. 3), Bd. 3, Art. 249, Rdnr. 140; *Schroeder*, in: *Streinz*, (o. Fußn. 25), Art. 249, Rdnrn. 78 u. 90 f.; *Biervert*, in: *Schwarze*, Komm. z. EU, (2000), Art. 249, Rdnrn. 27 f.; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Komm. z. EU-/EGV, 2. Aufl. (2002), Art. 249, Rdnr. 48; *Oppermann*, (o. Fußn. 25), Rdnrn. 551 ff.

²⁷ *EuGH*, Slg. 2001, I-541, Rdnr. 22 = *EuZW* 2001, 187 ff. – Kommission/Italien; *EuGH*, Slg. 1999, I-5087, Rdnr. 31 = *EuZW* 1999, 763 ff. – Kommission/Deutschland; *EuGH*, Slg. 1992, I-5437 = *EuZW* 1993, 63 ff. – Kommission/Deutschland; *EuGH*, Slg. 1993, I-2133, Rdnr. 13 ff. – Kommission/Italien; *EuGH*, Slg. 1996, I-4459, Rdnr. 13 – Kommission/Griechenland.

²⁸ *EuGH*, Slg. 1985, 1161, Rdnr. 23 – Kommission/Deutschland; *EuGH*, Slg. 1991, I-2567, Rdnrn. 18 u. 24 = *EuZW* 1991, 440 ff. – Kommission/Deutschland; *EuGH*, Slg. 1995, I-1589, Rdnr. 10 – Kommission/Luxemburg; *EuGH*, Slg. 1996, I-4459, Rdnr. 13 – Kommission/Griechenland.

²⁹ *EuGH*, Slg. 1999, I-5087, Rdnr. 37 = *EuZW* 1999, 763 ff. – Kommission/Deutschland.

³⁰ *EuGH*, Slg. 1993, I-2133, Rdnr. 14 – Kommission/Italien.

sene Rechtsformenwahl geachtet hat, sondern dass auch schon materielle Umsetzungsdefizite der Mitgliedstaaten zur Feststellung eines Pflichtverstoßes geführt haben. Diese materiellen Beanstandungen sind jedoch bislang nur vereinzelt erfolgt und stellen aufgrund ihrer kasuistischen Natur kein geschlossenes System dar. Aus diesem Grund wiegt es nicht schwer, dass die Verurteilung eines Mitgliedstaates durch den Gerichtshof wegen übermäßig komplexer Richtlinienumsetzung bislang nicht erfolgt ist.

Legt man die materiellen Anforderungen des EuGH an die bisherige Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in der deutschen Rechtsordnung an, so zeigt sich, dass durch den Erlass der Normenkaskade ein eindeutiger rechtlicher Rahmen nicht begründet worden ist und dass vor allem die Pflicht zur klaren und transparenten Umsetzung angesichts der für ausländische, aber auch für inländische Bieter auftretenden gravierenden Schwierigkeiten bei der Normfeststellung keinesfalls erfüllt ist.³¹ Auch erscheint es ungeachtet der Normierungen des im GWB geregelten Nachprüfungsverfahrens zweifelhaft, ob die beteiligten Bieter und Bewerber durch die bisherige Normenkaskade des deutschen Vergaberechts tatsächlich in den Stand gesetzt werden, alle ihnen zukommenden subjektiven Rechte festzustellen. Nicht unerheblich trägt hierzu der Umstand bei, dass die Rechtsnatur der Verdingungsordnungen (VOB, VOL, VOF) abhängig von den Verweisungen der Vergabeverordnung (VgV) verschieden sind. Außerdem führen auch die zurzeit bestehenden landesrechtlichen Bestimmungen dazu, dass es dem einzelnen Bewerber schwer fällt, die gesetzlichen Anforderungen für eine Ausschreibung festzustellen und im Falle einer späteren Nichtberücksichtigung die ihm zustehenden subjektiven Rechte zu ermitteln. Im Ergebnis verstößt damit die unübersichtliche und übermäßig komplizierte bisherige Kaskadenstruktur des deutschen Vergaberechts gegen die aus Art. 249 III EG abzuleitende Pflicht zur effektiven Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Weniger klar ist die Einschätzung im Hinblick auf den Referentenentwurf des BMWA vom März 2005, da ausweislich der Entwurfsbegründung nunmehr eine „bundesgesetzlich einheitliche Lösung“ gewählt werden soll, die einer „Gesetzesvielfalt auf Länderebene“ entgegen stehen soll.³² Der Ausschluss von vergaberechtlichen Vorschriften der Länder hätte zur Folge, dass nur noch eine zwei- bzw. dreistufige Kaskade des Bundesrechts bestehen bliebe. Dies ist zwar immer noch weit von der Übersichtlichkeit eines einheitlichen Bundesvergabegesetzes entfernt, wäre aber im Hinblick auf die gegenwärtige gesetzliche Regelung als Fortschritt zu betrachten. Allerdings bliebe es auch bei dieser Struktur künftig in ähnlichem Umfang wie bisher für ausländische Bieter und Bewerber schwierig, die für das jeweilige Vergabeverfahren einschlägigen Vorschriften festzustellen und ihre Gebote den daraus resultierenden

³¹ *EuGH*, Slg. 1995, I-1589, Rdnr. 10 – Kommission/Luxemburg.

³² Vgl. Referentenentwurf BMWA, Gesetzesbegründung (29.3.2005), 6.

Anforderungen anzupassen. Die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung birgt daher weiterhin normtechnische Fallstricke. Erschwerend tritt hinzu, dass nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Länder ihre bestehenden Vergabegesetze freiwillig aufheben und auf den Erlass eigener Regelungen künftig verzichten werden. Hätte sich die Bundesregierung stattdessen dazu entschlossen, das lediglich aus GWB und Vergabeverordnung (VgV) bestehende „Zwei-Stufen-Konzept“³³ zu realisieren und auf die Beibehaltung der Verdingungsordnungen vollständig zu verzichten, läge bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz mehr vor. In diesem Falle wäre es den ausländischen Bietern ohne größere Schwierigkeiten zumutbar, zuverlässige Kenntnis vom Inhalt der einschlägigen Grundnormen des GWB und der als Rechtsverordnung erlassenen Vergabeverordnung zu nehmen.

2. Grundfreiheiten des EG-Vertrags

Schon seit Beginn der 1980er Jahre hat der EuGH in zahlreichen Entscheidungen immer wieder betont, dass die Grundfreiheiten des EG-Vertrags – vor allem Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit – bei der Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien berücksichtigt werden müssen, sofern grenzüberschreitende Anknüpfungspunkte bestehen.³⁴ Außerdem finden die Grundfreiheiten generell auf alle grenzüberschreitenden Vergabeverfahren in den Mitgliedstaaten Anwendung, während die sekundärrechtlichen Bestimmungen des Vergaberechts erst ab Erreichen bestimmter Schwellenwerte eingreifen.³⁵ Von einem Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags durch die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien könnte zunächst unter dem Blickwinkel einer ungerechtfertigten Diskriminierung ausgegangen werden, allerdings gilt die im deutschen Vergaberecht bislang gewählte Umsetzung der europäischen Vorgaben für alle Bieter gleichermaßen, so dass hiervon nicht auszugehen ist. Es könnte jedoch eine mittelbare Diskriminierung bestehen, die sich dadurch auszeichnet, dass formal unterschiedslos geltende Voraussetzungen, von inländischen Staatsangehörigen leichter zu erfüllen sind als von Gebietsfremden oder sich nachteilige Vorschriften des mit-

³³ Vgl. *Kratzenberg*, Bericht der Arbeitsgruppe zur Verschlankung des Vergaberechts, NZBau 2004, 141, 142.

³⁴ Z.B. *EuGH*, Slg. 1982, 417 – Transporoute; *EuGH*, Slg. 1988, I-4635 = NVwZ 1990, 353 ff. – Beentjes; *EuGH*, Slg. 1988, 4949 – Dundalk; *EuGH*, Slg. 1989, 4035 = NVwZ 1991, 356 – Kommission/Italien; *EuGH*, Slg. 1990, 889 = EuZW 1990, 228 f. – Du Pont de Nemours (Mezzogiorno); *EuGH*, Slg. 1991, I-3641 – Laboratoire Bruneau; *EuGH*, Slg. 1993, I-3353 = EuZW 1993, 607 ff. – Kommission/Dänemark (Storebaelt); *EuGH*, Slg. 1994, I-1409 – Kommission/Italien (Lottomatica); *EuGH*, Slg. 1994, I-157 Kommission/Niederlande; *EuGH*, Slg. 2000, I-7445 (Architekten) = EuZW 2000, 755 ff. – Kommission/Frankreich; vgl. eingehend *Hailbronner*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, WiVerw 1994, 173.

³⁵ Vgl. *Oppermann*, (o. Fußn. 25), Rdnr. 1619; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Aufl. (2001), S. 5 u. 17; *Boesen*, Komm. z. Vergaberecht (1999), Einl, Rdnr. 11; ausdrücklich bestätigt im 2. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18/EG, ABIEG 2004 Nr. L 134, S. 114.

gliedstaatlichen Rechts eher auf ausländische Unionsbürger auswirken als auf Inländer.³⁶ Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis von Grundfreiheiten und öffentlicher Auftragsvergabe wurden mittelbare Diskriminierungen vor allem dann angenommen, wenn bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien nationale Bestimmungen inhaltliche Beschränkungen wie die prozentuale Bevorzugung inländischer Anbieter,³⁷ die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung inländischer Arbeitskräfte oder die Verpflichtung zur vorrangigen Verwendung inländischer Baustoffe vorsahen.³⁸ Über eine Verletzung der Grundfreiheiten durch die von einem Mitgliedstaat gewählte Umsetzungsstruktur hatte der EuGH auf dem Gebiet des Vergaberechts bislang nicht zu entscheiden. Im Hinblick auf die bisherige und künftige Kaskadenstruktur des deutschen Vergaberechts könnte jedoch davon ausgegangen werden, dass die übermäßig komplexe Umsetzung europäischer Rechtsvorschriften einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags darstellt. Zwar ist es für ausländische Unionsbürger schon aufgrund der sprachlichen und technischen Unterschiede grundsätzlich schwieriger sich mit der Normsituation in einem anderen Mitgliedstaat vertraut zu machen, so dass sich hieraus allein noch kein Verstoß gegen die Grundfreiheiten ergibt. Im Fall des deutschen Kaskadenprinzips kommt jedoch noch hinzu, dass sich aus rechtstatsächlichen Untersuchungen der letzten Jahre ergeben hat, dass die Struktur des deutschen Vergaberechts substantiellen Einfluss darauf gehabt hat, dass die grenzüberschreitende Auftragsvergabe und die Beteiligung ausländischer Bieter und Bewerber auf dem deutschen Vergabemarkt weit hinter dem Durchschnitt der anderen Mitgliedstaaten zurückliegt.³⁹ So wird die geringe Anzahl ausländischer Bieter auf dem deutschen Vergabemarkt nicht zuletzt von Vertretern der Europäischen Kommission auf das bisher bestehende Kaskadenprinzip und die komplexen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder auf dem Feld des Vergaberechts zurückgeführt.⁴⁰ Vor allem im Hinblick auf das Gemeinschaftsziel eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs im öffentlichen Auftragswesens wirkt sich das Kaskadenprinzip insofern

³⁶ *EuGH*, Slg. 1993, I-817 – Kommission/Luxemburg; *EuGH*, Slg. 1991, I-4501 = NJW 1992, 677 – Paraschi; *EuGH*, Slg. 1996, I-2617 – O’Flynn; *Tiedje/Troberg*, in: *von der Groeben/Schwarze*, Komm. z. EU/EG, 6. Aufl. (2003), Art. 49, Rdnrn. 67 ff.; *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Wilms*, Komm. z. EU, Losebl. (2002), Art. 39, Rdnrn. 101 ff.

³⁷ *EuGH*, Slg. 1990, 889 = *EuZW* 1990, 228 f. – Du Pont de Nemours (Mezzogiorno); *EuGH*, Slg. 1991, I-3641 – Laboratoire Bruneau.

³⁸ *EuGH*, Slg. 1993, I-3353 = *EuZW* 1993, 607 ff. – Kommission/Dänemark (Storebaelt).

³⁹ Vgl. *European Commission* (Hrsg.), „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. Februar 2004, 12 (Table 5), vgl. http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/studies_en.htm (zuletzt aufgerufen 18.3.05); ebenso auch *Franke*, Gutachten-VgRÄG, (o. Fußn. 6), 8 u. 46 f.; Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 9; vgl. *Hailbronner/Kau*, Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis, NZBau 2005, 332, 334.

⁴⁰ Vgl. *European Commission* (Hrsg.), „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU, 12 (Table 5); eingehend hierzu *Hailbronner/Kau*, Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis, NZBau 2005, 332, 334.

hemmend aus, als Bieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten erhebliche Schwierigkeiten haben, die einschlägigen und unmittelbar verbindlichen Rechtsnormen für den Bereich der Auftragsvergabe in Deutschland zu ermitteln und ihre Gebote den daraus resultierenden Anforderungen anzupassen. Bemüht sich beispielsweise ein belgischer Wirtschaftsteilnehmer um einen öffentlichen Auftrag in Deutschland, so genügt ihm derzeit ein Blick in die §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung nicht, um die einschlägigen Vergabevorschriften festzustellen. Er muss darüber hinaus noch die Verweise der Vergabeverordnung auf die drei Verdingungsordnungen nachvollziehen und sich darüber kundig machen, welche Bestimmungen der einschlägigen Verdingungsordnung durch die Verweisung der Vergabeverordnung Rechtsnormcharakter beanspruchen können.⁴¹ Allerdings muss er sich gegebenenfalls auch an die übrigen Bestimmungen der einschlägigen Verdingungsordnung halten, obwohl es sich dabei traditionell um reines Innenrecht ohne Außenwirkung handelt. Schließlich muss ein ausländischer Bieter nach der gegenwärtigen Rechtslage auch noch überprüfen, ob landesrechtliche Vorschriften zu berücksichtigen sind, sei es in Form eines Landesvergabegesetzes oder in Form anderer vergaberechtlich relevanter Gesetze (z.B. MittelstandsförderungG, TariftreueG, FrauenförderungsG). Ungeachtet der sonstigen praktischen Schwierigkeiten bei Ausschreibungsverfahren ist davon auszugehen, dass eine unübersichtliche und übermäßig komplizierte nationale Rechtslage von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten der EU als besonders abschreckend empfunden wird und u.a. dazu geführt hat, dass der deutsche Vergabemarkt ungeachtet der zwischenzeitlichen Liberalisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft noch weitgehend von inländischen Bietern und Bewerbern dominiert wird.⁴²

Wenn sogar kleine und mittlere Unternehmen aus dem Inland die Kaskadenstruktur des deutschen Vergaberechts kritisieren und sich aus einschlägigen Untersuchungen der EU ergibt, dass KMUs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Vergleich zu ihrem Gesamtanteil an den Wirtschaftsunternehmen nur unterdurchschnittlich berücksichtigt werden,⁴³ dann ist davon auszugehen, dass sich diese Faktoren auf in Deutschland tätige ausländische Bieter und Bewerber noch stärker benachteiligend auswirken. Das Kaskadenprinzip bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in seiner bisherigen und – zu einem bestimmten Grad – auch in seiner künftigen Form stellt somit ein gravierendes strukturelles Hemmnis für die grenzüberschreitende Auftragsvergabe dar, das sich auf ausländische Bieter nachteiliger auswirkt als auf

⁴¹ Vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 4), Vor §§ 97 ff., Rdnr. 30; *Hailbronner*, in: *Grabitz/Hilf* (o. Fußn. 3), Bd. 4, B.1 – Einleitung, Rdnr. 17, *Boesen* (o. Fußn. 35), Einl., Rdnr. 141; *Ingestau/Korbion*, Komm. z. VOB, 15. Aufl. (2004), Einl., Rdnr. 18, *Löttsch/Helmerich*, NJW 1995, 2134, 2137; *OLG Düsseldorf* v. 29.7.1998, WuW/E Verg 202.

⁴² Vgl. Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 9; *Franke*, Gutachten-VgRÄG (o. Fußn. 6), 8 u. 46 f.

⁴³ Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU, 20 (Public Procurement and SMEs).

inländische Bieter und somit als mittelbare Diskriminierung im Sinne des Gemeinschaftsrechts einzustufen ist. Da das Kaskadenprinzip außerdem wie die rechtstatsächlichen Untersuchungen gezeigt haben, nicht nur objektiv zur Abschreckung ausländischer Bieter geeignet ist, sondern sogar faktisch zur weitgehenden Abschottung des deutschen Vergabemarktes geführt hat, stellt bereits die in Deutschland für die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gewählte Normstruktur einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags dar, für den gemeinschaftliche Rechtfertigungsgründe nicht ersichtlich sind.

Dieses Ergebnis wird außerdem dadurch unterstützt, dass nach der Rechtsprechung des EuGH das Ziel der EU-Vergaberichtlinien vor allem darin besteht, eine Bevorzugung inländischer Bieter gegenüber ausländischen Bietern zu vermeiden.⁴⁴ Die im deutschen Recht erfolgte Umsetzung des europäischen Vergaberechts bislang bestehend aus der bundesrechtlichen Kaskade und zusätzlichen landesrechtlichen Bestimmungen hat jedoch genau eine solche Benachteiligung ausländischen Bietern aufgrund der Normstruktur zur Folge und verstößt daher – sowohl in der jetzigen, als auch in der künftigen Form – gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags.

III. Ergebnis

Die gegenwärtige strukturelle Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland hat sich in der Praxis schon seit längerem als Hemmnis für den grenzüberschreitenden Wettbewerb bei der öffentlichen Auftragsvergabe erwiesen. Zur bundesrechtlichen Kaskade aus GWB, Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen kommen zurzeit elf unterschiedliche Regelungsregimes der Bundesländer, die von öffentlichen Auftraggebern und Bietern zu berücksichtigen sind. Nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebungsarbeiten, die voraussichtlich erst nach dem Zusammentritt des 16. Deutschen Bundestages fortgesetzt und zum Abschluss gebracht werden,⁴⁵ soll sich zwar mit dem Ausschluss landesrechtlicher Regelungen an der Struktur des deutschen Vergaberechts etwas Grundsätzliches ändern. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob dieses Ziel ohne Aufhebung oder Änderung von § 97 IV Hs. 2 GWB erreicht werden kann. Selbst wenn dies gelingen sollte, bleibt in jedem Fall eine bundesrechtliche Kaskadenstruktur des Vergaberechts erhalten, bei dem die oben skizzierten Probleme – wenn auch in abgemilderter Form – fortbestehen werden.

⁴⁴ *EuGH*, Slg. 2003, I-1931, Rdnrn. 41 f. = *EuZW* 2003, 315 ff. – Truley; *EuGH*, Slg. 2000, I-8035, Rdnr. 16 = *NZBau* 2001, 218 – University of Cambridge; *EuGH*, Slg. 2002, I-5553 = *EuZW* 2002, 497 ff. – HI; *EuGH*, Slg. 2002, I-11617 = *EuZW* 2002, 147 ff. – Universale-Bau.

⁴⁵ Vgl. Forum Vergabe (Hrsg.), Sonderinfo 2/2005.

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die bisherige unübersichtliche und übermäßig komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts sowohl einen Verstoß gegen die Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien (Art. 249 III EG) als auch einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags darstellt. Will man diese Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht abstellen, so ist neben einer weiteren Reduzierung der bundesrechtlichen Kaskade vor allem der Ausschluss landesrechtlicher Gesetzgebungsmaßnahmen auf dem Gebiet des Vergaberechts dringend geboten. Dass die Bundesregierung im Referentenentwurf vom März 2005 – anders noch als im Arbeitsentwurf vom Oktober 2004 – sich dieses Ziel zu eigen gemacht hat zeigt, dass das Problem der übermäßig komplexen Umsetzung und ihrer protektionistischen Wirkung auch von den zuständigen Stellen erkannt worden ist. Ob es sich auch ohne Änderung des § 97 IV Hs. 2 GWB und vor dem Hintergrund des Zustimmungserfordernisses nach § 97 VI GWB wird realisieren lassen, bleibt hingegen abzuwarten.