

# Wettbewerb - Transparenz - Gleichbehandlung

Festschrift für Fridhelm Marx

von

Hans-Joachim Prieß, Niels Lau, Rüdiger Kratzenberg

1. Auflage

[Wettbewerb - Transparenz - Gleichbehandlung – Prieß / Lau / Kratzenberg](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65266 0

**beck-shop.de**

Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung  
15 Jahre GWB-Vergaberecht

FESTSCHRIFT FÜR  
FRIDHELM MARX

**beck-shop.de**

**beck-shop.de**

**Wettbewerb – Transparenz –  
Gleichbehandlung**

15 Jahre GWB-Vergaberecht

FESTSCHRIFT FÜR  
FRIDHELM MARX

Herausgegeben von  
Hans-Joachim Prieß  
Niels Lau  
Rüdiger Kratzenberg



Verlag C.H. Beck München 2013

**www.beck.de**

ISBN 978 3 406 65266 0

© 2013 Verlag C.H.Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH,  
Neustädter Str. 1–4, 99947 Bad Langensalza

Satz: ottomedien, Heimstättenweg 52, 64295 Darmstadt

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## VORWORT

Festschriften sind eine Form der Anerkennung und Wertschätzung, die sich nach überkommenen Verständnis auf den akademischen Bereich beschränkt und die vor dem 70. Lebensjahr eines Hochschullehrer nicht angezeigt sein soll. Aber in der Lebenswirklichkeit werden derartige Festgaben, Gedenk- und Gedächtnisschriften auch Institutionen wie dem Bundesverfassungsgericht oder dem Bundesgerichtshof und – *horribile dictu* – in jüngerer Zeit sogar Rechtsanwälten gewidmet. Die hier vorgelegte Festschrift geht noch einen Schritt darüber hinaus und beschreitet insoweit Neuland, als sie einen ehemals leitenden Verwaltungsbeamten des Bundesministeriums für Wirtschaft, *Dr. Fridhelm Marx*, ehrt und zugleich das von ihm mitverantwortete und in erster Linie von ihm in den ersten Jahren der Rechtsanwendung geprägte Gesetzeswerk: Den vierten Abschnitt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der die ehemaligen EG-, jetzt EU-Richtlinien zum Vergabeverfahrensrecht und zu den Rechtsmitteln umsetzt. Am 1.1.1999 traten die §§ 104 ff. GWB in Kraft und sie haben in Deutschland vieles geändert, was seinerzeit Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen genannt wurde war und was noch bis zum Ende vor dem Europäischen Gerichtshof bestritten und bekämpft worden war: Dass nämlich diese Regeln die Bieter umfassend schützen sollen und dass sie subjektive Rechtspositionen einräumen. Die nicht durchweg grundlosen Einwände und Befürchtungen, durch die Einführung dieser neuen Regeln könne die Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand in Deutschland behindert werden und die neuen Rechtsschutzmechanismen würden wichtige Vergabeverfahren über Jahre verzögern, führten dazu, dass das neue GWB-Vergaberecht konzeptionell einen völlig neuen Weg beschritt und einen – auch zeitlich – verkürzten, schnellen aber effektiven Rechtsschutz schuf. Zusammen mit dem schnellen Zuschlagsverbot und dem Zugang zur Vergabeakte für den Antragsteller hat das GWB-Vergaberecht in vorbildlicher Weise die Rechtsmittelrichtlinien umgesetzt.

*Fridhelm Marx* war am Zustandekommen dieser konzeptionellen Neuordnung des Vergaberechts und des vergaberechtlichen Rechtsschutzes schon maßgeblich beteiligt.

Das Vergaberecht war ihm indessen nicht in die berufliche, juristische Wiege gelegt. Aufgewachsen im Saarland, entschied er sich nach dem Abitur 1964 für das Studium der Rechtswissenschaften, dass er an den Universitäten Freiburg i. Br., Lausanne und Münster absolvierte. Nach dem ersten Staatsexamen 1968 absolvierte er ab 1969 den juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Hamm und legte 1973 in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Die Promotion zeichnete dann in gewisser Weise schon seine zukünftige Befasung mit Fragen des europäischen Sekundärrechts vor, denn am Lehrstuhl von Professor Lukes an der Universität Münster befasste er sich sodann mit „Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWGV“. 1975 war die Arbeit abge-

schlossen. Schon ein Jahr zuvor – 1974 – trat er in das Bundesministerium für Wirtschaft ein, in dem er zunächst in der Grundsatzabteilung und in der Europaabteilung eingesetzt war, bevor er – von 1979 bis 1984 – unter den Bundeskanzlern Schmidt und Kohl im Bundeskanzleramt tätig war. Zurückgekehrt in „sein“ Haus war es dann die Wiedervereinigung, die ihm gänzlich anderen Aufgaben zutrug, Aufgaben jedoch, die mit seiner späteren Tätigkeit im Vergaberecht durchaus im Zusammenhang standen und ihr vorgriffen: Von 1990 bis 1994 leitete er die Arbeitsgruppe zur Versorgung der russischen Truppen in Deutschland. Hier hat er selbst Beschaffung in einer historischen Umbruchsituation kennen gelernt und praktisch ausgeübt. Und er hat diese Zeit immer als eine besonders spannende und facettenreiche geschätzt, in der er auch mit seinen russischen Verhandlungs- und Gesprächspartnern eine persönlich enge, vertrauensvolle und erfolgreiche Zusammenarbeit gepflegt hat.

Ab 1993 war er zunächst als Leiter des Referats „Öffentliches Auftragswesen, Internationales und Nationales Vergaberecht“ wieder in Bonn und schließlich seit dem Jahr 2000 als Unterabteilungsleiter im Bundesministerium für Wirtschaft in Berlin für das Vergaberecht federführend verantwortlich. Diese Jahre brachten die vom EuGH oberhalb der EU – Schwellenwerte erzwungene Abkehr vom traditionellen deutschen öffentlichen Auftragswesen hinsichtlich des Rechtschutzes und einen Paradigmenwechsel, der den rechtlichen Rahmen und die Rechtswirklichkeit der Auftragsvergabe in Deutschland nachhaltig – und erfolgreich – umgestaltet hat. Das Wirken von *Fridhelm Marx* war hier ein maßgebender Gestaltungsfaktor: Zunächst bei der Ausarbeitung der §§ 104 ff. GWB und der Vergabeverordnung. Die Fassung der europäischen Vergaberichtlinien 2004/18 und 2004/17 hat er mitverhandelt und die Auslegung des EU-Vergaberechts durch eine Reihe wichtiger Gerichtsverfahren vor dem EuGH mit geprägt. Besonders ins Gewicht fällt aber auch seine Rolle bei der Anwendung des neuen deutschen Vergaberechts. Sie hat er tatkräftig, meinungsstark und wortmächtig durch Veröffentlichungen, Kommentierungen, Vorträge, Fortbildungsveranstaltungen etwa des Deutschen Anwaltsinstituts, Referate bei den Badenweiler Gesprächen des forum vergabe e.V., aber auch in vielen Einzelgesprächen mit Vergabestellen, Bieter und Beratern, Verbänden und anderen Akteuren in seinen Amtsräumen geprägt, für die er immer ansprechbar war. Ein bequemer Gesprächspartner war er dabei durchaus nicht immer, kein „everybody's darling“. Manche Kontroverse wirkt noch heute nach. Aber er war – und ist! – dialogorientiert, undogmatisch und neuen Gedankengängen gegenüber aufgeschlossen, was manche Spielräume für Vergabestellen – etwa die nicht unumstrittene interkommunale Kooperation – und Bieter erst eröffnet hat.

Seit seiner Pensionierung 2009 ist er erfolgreich als Rechtsanwalt auf dem Gebiet des Vergaberechts tätig und in rechtspolitischen Fragen ist er erst jüngst wieder als von seinem Haus benannter Sachverständiger in den zuständigen Ausschuss des Bundestages angehört worden.

Die große Resonanz, die dieses Festschriftenprojekt gefunden hat und die große Zahl und die hohe Qualität der hier versammelten Beiträge zeigen, wie sehr seine Rolle bei der Rechtsentwicklung vom öffentlichen Auftragswesen hin zum modernen GWB- und EU-Vergaberecht in der Fachöffentlichkeit und über die Gren-

zen Deutschlands hinaus geschätzt wird. Auch über den 15. Jahrestag des GWB-Vergaberechts hinaus hoffen wir, dass *Fridhelm Marx* engagiert die zukünftige Entwicklung „seines“ Rechtsgebiets weiter mit verfolgt und wie gewohnt mit seiner Stimme begleitet.

Berlin, im Juni 2013

Die Herausgeber

**beck-shop.de**

## INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort .....	V
Autorenverzeichnis .....	XIII
Schriftenverzeichnis Dr. Fridhelm Marx .....	XXI

## BEITRÄGE

<i>Clemens Antweiler</i> Umgehungsverbote im Vergaberecht .....	1
<i>Arnold Boesen</i> Zuschlagskriterien – Möglichkeiten und Grenzen bei den Entscheidungen im Vergabeverfahren .....	15
<i>Christian Braun</i> Ausschreibungen vor dem Verwaltungsgericht .....	39
<i>Eckhard Bremer und Felix Helmstädtter</i> Kartellvergaberecht und Marktöffnung im Schienenpersonennahverkehr ..	53
<i>Martin Burgi</i> Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB- Vergaberechts .....	75
<i>Jan Byok</i> Konsequenzen aus der zunehmenden Divergenz der Vergabe- und Vertragordnungen .....	87
<i>Marcello Clarich</i> The rules of public contracts according to the Code of Public Contract, practice and recent legislation .....	93
<i>Bernhard Fett</i> Die Verlängerung und Veränderung bestehender Verträge – immer ausschreibungsrelevant? .....	103
<i>Horst Franke</i> Vergaberechtliche Pflichten für private Auftraggeber – Unteraufträge nach der VSVgV und weitere Beispiele .....	113

<i>Pascal Friton und Eva-Maria Meister</i>	
Die Rahmenvereinbarung: Das (nach wie vor) unbekannte Wesen? . . . . .	129
<i>Michael Fruhmann</i>	
Die neue Ausnahme für öffentlich – öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates . . . . .	145
<i>Marc Gabriel</i>	
Konzerne und Konzernunternehmen als Bieter im Vergabeverfahren . . . . .	167
<i>Ramin Goodarzi</i>	
Die Vergabe von Postdiensten . . . . .	181
<i>Klaus Greb</i>	
Schwellenwert – eine kritische Betrachtung . . . . .	193
<i>Jochen Gröning</i>	
Die Abrundung des GWB-Vergaberechts durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bewältigung nachprüfungsbedingter Bauzeitverschiebungen . . . . .	203
<i>Friedrich Ludwig Hausmann</i>	
15 Jahre GWB – 15 Jahre In-house-Rechtsprechung des EuGH . . . . .	213
<i>Stefan Hertwig</i>	
Die Heilung von Fehlern im Vergabeverfahren . . . . .	223
<i>Klaus Heuvels</i>	
Die Beteiligung insolventer Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen . . . . .	235
<i>Heiko Höfler</i>	
Die Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vierten Teils des GWB durch Art. 346 AEUV und ihre Auswirkungen auf die deutsche Beschaffungspraxis . . . . .	255
<i>Michael Holoubek und Claudia Fuchs</i>	
Zur Rationalität des Vergaberechts . . . . .	267
<i>Franz-Josef Hözl</i>	
Zur Frage der Ausschreibungspflichtigkeit von Finanzdienstleistungen – Regelungszweck und Verständnis wesentlicher Tatbestandsmerkmale des § 100a Abs. 2 Nr. 2 GWB . . . . .	281

*Lutz Horn*

- Öffentlich-private Partnerschaften – Ausgewählte vergabe- und vertragsrechtliche Fragen . . . . . 295

*Sabine Hugenroth*

- Mediation und öffentliches Auftragswesen . . . . . 313

*Ute Jasper und Christopher Marx*

- „Buy Green – Buy Social“: Paradigmenwechsel im Vergaberecht . . . . . 329

*Jane Jenkins*

- Ineffectiveness as a remedy under English law . . . . . 337

*Hans-Peter Kulartz*

- Varianten – legitime Lösungsansätze zum Zwecke wirtschaftlicher Beschaffung? . . . . . 351

*Alexander Kus*

- Das ungewöhnliche Wagnis in der VOB/A und im Bauvertrag . . . . . 363

*Niels Lau*

- Daseinsvorsorge und Vergaberecht . . . . . 379

*Thomas Mestwerdt und Dirk Sauer*

- Institutionalisierte Kooperationen öffentlicher Auftraggeber als kodifizierter Ausnahmetatbestand im Unionsvergaberecht . . . . . 391

*Timm R. Meyer*

- Entwicklungen und Fehlentwicklungen im nationalen und europäischen Vergaberecht – ein Rückblick auf 30 Jahre persönlichen Erlebens . . . . . 409

*Marianne Motherby und Elmar Gleichner*

- Die exterritoriale Tätigkeit von internen Betreibern – wie und ab wann wird sie durch Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beschränkt? 421

*Hans-Peter Müller*

- Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen – nach wie vor von uneingeschränkter Bedeutung für einen öffentlichen Einkauf zu Marktpreisen – . 449

*Malte Müller-Wrede*

- Rechtliche Aspekte bzgl. des Anwendungsverhältnis des Art. 5 VO 1370/2007 zum allgemeinen, nationalen Vergaberecht bei der Beschaffung von Verkehrsleistungen für den SPNV . . . . . 461

*Andreas Neun*

- Die Zuständigkeit der Vergabekammern in der Praxis – Wahlrecht des Antragstellers vs. Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers . . . . . 477

*Marian Niestedt*

- Jusititia nemini neganda* – Gedanken zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte . . . . . 489

*Marc Opitz*

- Die internationale Dimension des Vergaberechts . . . . . 505

*Olaf Otting*

- Die Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG in das deutsche Recht: Systematik und erste praktische Erfahrungen . . . . . 527

*Felix Pakleppa*

- Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der öffentlichen Auftragsvergabe . . . . . 545

*Norbert Portz*

- Bewertung der EU-Richtlinienvorschläge zum Vergaberecht aus kommunaler Sicht . . . . . 555

*Hans-Joachim Prieß*

- Ex Marxianis ius oritur – Marx'sche* Rechtsüberzeugungen im deutschen und europäischen Vergaberecht . . . . . 571

*Hermann Pünder und Simone Terbrack*

- Das vergabeverfahrensrechtliche Grundmodell und die Gründe für seine Modifikationen – ein normübergreifender Überblick . . . . . 585

*Stephan Rechten*

- Wenn nicht zusammenwächst, was zusammengehört. Eine Bestandsaufnahme an der Schnittstelle zwischen Kartell- und Haushaltsvergaberecht 15 Jahre nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes . . . . . 605

*Olaf Reidt und Heike Glahs*

- Wettbewerbliche Verfahren gem. § 46 Abs. 3 EnWG für den Abschluss von Wegenutzungsverträgen im Bereich Strom und Gas . . . . . 625

*Thomas Schabel*

- Architektenwettbewerbe und VOF . . . . . 643

*Peter W. Schäfer*

- Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik . . . . . 657

<i>Uwe Scharen</i>	
Verbotene Verlagerung von ungewöhnlichen oder von unzumutbaren Wagnissen? . . . . .	677
<i>Martin Schellenberg</i>	
Generalunternehmervergabe und Losaufteilungsgebot . . . . .	687
<i>Erfried Schüttelpelz und Heinz-Peter Dicks</i>	
Auftragsvergaben durch gesetzliche Krankenkassen und die ordentliche gerichtsbarkeit – einige Schlaglichter auf die Rechtsprechung . . . . .	695
<i>Roland Stein</i>	
Nach Streichung des ungewöhnlichen Wagnisses: grenzenlose Nachfrage- macht der Hamburger Stadtentwässerung ? Kritische Anmerkungen zu VK Hamburg Beschl. v. 19.6.2012 – VgK FB 2/12 . . . . .	711
<i>Thomas Stickler</i>	
Ausgewählte Fragen der In-house-Vergabe durch Sektorenauftraggeber (§ 100 Abs. 6 bis 9 GWB) . . . . .	729
<i>Jörg Stoye und Johanna Walliczek</i>	
Die Rückforderung von Zuwendungen als Damoklesschwert im Beschaffungsvorgang – eine Bewertung der jüngeren Rechtsprechung . .	745
<i>Hermann Summa</i>	
Quo vadis, Vergaberecht? Vom Haushaltsrecht zur Sozialpolitik . . . . .	763
<i>Maria Vavra</i>	
Der unzutreffend geschätzte Auftragswert und die Rüge der fehlenden europaweiten Ausschreibung . . . . .	777
<i>Uwe-Carsten Völlink und Norbert Huber</i>	
Die Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise im Lichte der aktuellen Rechtsprechung . . . . .	791
<i>Michael Werner</i>	
„Los“ oder „Nicht-Los“ – das ist hier die Frage! Zur Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB . . . . .	805
<i>Klaus Wiedner und Nico Spiegel</i>	
Europäische Vergaberichtlinien: Die nächste Generation . . . . .	819
<i>Mark von Wietersheim</i>	
Schadenersatz von Auftraggebern nach gewonnenen Nachprüfungs- verfahren . . . . .	835

<i>Klaus Willenbruch</i>	
Vergaberechtliche Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber . . . . .	841
<i>Helmut Wirner</i>	
Ausgesuchte Probleme der Schadensersatzhaftung öffentlicher Auftraggeber bei vergaberechtlichen Pflichtverletzungen im Spiegel der EuGH-Rechtsprechung: Verschulden und vorherige rechtskräftige Aufhebung bzw. Feststellung der Rechtswidrigkeit von Auftraggeberentscheidungen durch Vergabenachprüfungsinstanzen . . . . .	857
<i>Ferdinand Wollenschläger</i>	
Sekundärrechtsschutz als effektiver Rechtsschutz jenseits des Kartellvergaberechts? . . . . .	873
<i>Jan Ziekow</i>	
Zur Abgrenzung von Zuwendungen nach Haushaltsrecht und ausschreibungspflichtigen öffentlichen Aufträgen . . . . .	885