

Dritter Düsseldorfer Vergaberechtstag

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer*, Münster/Osnabrück,
und Referendar am KG Dr. *Caspar David Hermanns*, Berlin

Es wäre sicherlich noch zu früh, von einer Tradition zu sprechen, aber eine gewisse Normalität war doch zu verspüren, als sich über den Dächern der nordrhein-westfälischen Landeshauptstadt am 27. 6. 2002 im überfüllten Tagungssaal des 16. Stocks des Düsseldorfer Wirtschaftsministeriums nunmehr¹ über 150 am Vergaberecht Interessierte aus Anwaltschaft, Justiz, Wirtschaft und Wissenschaft trafen. Diese beachtliche Resonanz freute natürlich vor allem die Veranstalter: Den organisatorischen Rahmen bot das durch MinDirig. *Krell* vertretene nordrhein-westfälische Wirtschaftsministerium. Die wissenschaftliche Federführung lag in den Händen des Ordinarius an der Ruhr-Universität Bochum Prof. Dr. Martin *Burgi*.

Stand im letzten Jahr die zum 1. 1. 2001 in Kraft getretene Vergabeverordnung im Mittelpunkt, waren es diesmal grundlegende und ebenso zeitlose Themen, die den Kern der Beratungen bildeten. Ein sich verschärfender Wettbewerb auf den nationalen und internationalen Märkten führt zu Konzentration und Kooperation. Ausdruck für ein stärkeres Zusammenrücken bei Großprojekten sind nicht nur die Bietergemeinschaften, sondern auch die Auftraggebergemeinschaften auf Seiten der Investoren. Und auch öffentliche Auftraggeber bündeln ihre Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen, um durch Paketlösungen günstigere Preise zu erhalten. Denn es liegt auf der Hand, dass sich durch gebündelte Großaufträge günstigere Preise erzielen lassen. Zudem haben auch die Bündelung der Verwaltungskapazitäten und Fachkompetenzen und eine Konzentration des Vergabemanagements Vorteile. Das alles stößt jedoch auf rechtliche Grenzen, wie Rechtsanwalt Dr. *Norbert Kämper*, Düsseldorf, in seinem Referat über die »Möglichkeiten und Grenzen von Auftraggebergemeinschaften« deutlich machte. Denn die öffentlichen Hände sind an das öffentliche Organisations- und Haushaltsrecht gebunden. Grenzen für das Zusammenarbeiten verschiedener Kommunen ergeben sich etwa aus dem Recht der kommunalen Gemeinschaftsarbeit. Innerhalb dieser Vorgaben auch des kommunalen Verfassungsrechts können die kommunalen Gebietskörperschaften allerdings den Grad ihrer Kooperation selbst bestimmen.

Das im GWB geregelte Vergaberecht enthält ausdrückliche Beschränkungen der Kooperation auf Auftraggeberseite. Das in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsprinzip des Vergaberechts als Grundgedanke des »Kartellvergaberechts« gilt nur für die Bieterseite, machte *Kämper* klar. Grenzen der Auftragsbündelung können sich allerdings durch das Gebot zur Mittelstandsförderung mittels Auftragsteilung in Fach- und Teillose ergeben (§ 97 Abs. 3 GWB). Dies setzt einer Auftragsbündelung deutliche Grenzen ebenso wie das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB), das eine Offenlegung der Nachfragebündelung er-

fordert. Die Bieter müssen wissen, wer in welchem Umfang Gebote wertet und über den Zuschlag entscheidet. Die vielfach unterstellten Markt- und Einkaufsmacht der Auftraggeber sah *Kämper* nicht. Auftraggebergemeinschaften würden keineswegs zu Monopolen führen, sondern oftmals erst die Kräfteverhältnisse der Marktteilnehmer wieder ausgleichen. Deshalb seien auch keine gegen § 1 GWB verstoßende Einschränkungen des Wettbewerbs zu befürchten, solange es nicht zu auf dem jeweiligen Markt spürbaren Beeinträchtigungen des Wettbewerbs komme.

Schon seit einiger Zeit versuchen die öffentlichen Auftraggeber, den schwarzen Schafen auf der Anbieterseite auf die Schliche zu kommen und sie von weiteren Aufträgen auszuschließen. Doch das ist nicht so einfach. Öffentliche Auftraggeber haben den Zuschlag grundsätzlich an den preisgünstigsten Bieter zu erteilen und sind an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Zudem kann der Datenschutz bei der Weitergabe personenbezogener Daten ein wichtiges Wort mitsprechen, ganz abgesehen davon, dass die Grenzen zwischen dem Handeln eines ehrbaren Kaufmanns und den nicht mehr zulässigen Geschäftspraktiken von Wirtschaftskriminellen im Einzelfall durchaus fließend sein können. Von den rechtlichen Ausgangspunkten her ist die Sache eigentlich klar, wie Prof. Dr. *Jost Pietzcker* in seinem Referat »Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte« deutlich machte. Für den Bonner Hochschullehrer, den *Burgi* unter Hinweis auf dessen Habilitationsschrift aus dem Jahre 1977 »den Nestor« des Vergaberechts nannte, stellt es keine unzulässige Ungleichbehandlung dar, wenn ein unzuverlässiges Unternehmen bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigt wird. Aus rechtsstaatlichen Gründen sei allerdings eine Formalisierung des einer Auftragsperre vorausgehenden Verfahrens erforderlich. Eine gesetzliche Grundlage sei nicht erforderlich, weil die in Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit bei der Nichtberücksichtigung eines Bieters aufgrund seiner Unzuverlässigkeit nicht berührt werde. Auch eine durch mehrere Stellen der öffentlichen Hand vollzogene koordinierte Auftragsperre kann allenfalls dann zu einem Problem der informationellen Selbstbestimmung des Bieters werden, wenn sie auf einem internen Austausch personenbezogener Daten beruht. Andere Bieter oder Interessenten können sogar umgekehrt einen Anspruch auf Ausschluss eines unzuverlässigen Unternehmers oder auf eine dahin gehende fehlerfreie Ermessensentscheidung haben. Denn unter diesen Umständen ist der missliebige Konkurrent nicht mehr der preisgünstigste Bieter.

Nach dem instruktiven und viel diskutierten Rechtsprechungsbericht des Richters am KG *Jochem Gröning*, Berlin, zu den »Spielräumen bei der Bewertung von Angeboten«, in dem dieser unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses von Angeboten wegen Verstoßes gegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A auf Aspekte der unvollständigen Angaben zum Nachunternehmereinsatz und

¹ Zum Zweiten Düsseldorfer Vergaberechtstag *Stüer/Hermanns*, DVBl. 2001, 1333.

Prof. Dr. Dr. Jörg Berkemann, Bundesverwaltungsgericht, beanstandete in seinem Vortrag über die rechtlichen Instrumente zum Lärmschutz in der Verkehrsregulierung, dass diese zwar vorhanden seien, aber nicht genutzt würden. Die nach § 27 a LuftVO festzulegenden und klagbaren Flugrouten könnten am Lärmschutz orientiert werden. In den Planfeststellungsbeschluss könne der Vorbehalt aufgenommen werden, Flugbahnen durch Verordnung zu regeln. Die Festlegung der Flughöhen könne lärmorientiert erfolgen. Des Weiteren seien Betriebsbeschränkungen der Flughäfen, insbesondere Nachtflugreglementierungen, möglich. Die Richtlinie 2002/30/EG lasse bestehende Betriebsbeschränkungen unberührt. Berkemann betonte die im Zusammenhang mit Nachtflugbeschränkungen wichtige Rechtsprechung, nach der ein absolutes Nachtflugverbot nicht als allein rechtmäßiges Abwägungsergebnis anzuerkennen sei.

5. Umwelttour am Hamburger Flughafen

Der erste Symposiumstag fand mit einem Empfang der Flughafen Hamburg GmbH seinen Abschluss. Der Leiter der Stabsstelle Umweltschutz, Axel Schmidt, erläuterte das verfolgte Umweltkonzept und berichtete, dass der Flughafen nach den Standards DIN EN ISO 14001 und EMAS II zertifiziert sei. Während einer Umwelttour auf dem Flughafengelände konnten sich die Tagungsteilnehmer über umweltschutzrelevante Aspekte des Flughafenbetriebes informieren. U. a. wurden die technischen Details der weltweit einzigen geschlossenen Lärmschutzhalle für Standläufe von Großraumflugzeugen erläutert.

6. Verminderung der Luftverunreinigungen

Dr. Ing. Helmut Richter, Rolls Royce Deutschland, stellte den technischen Entwicklungsstand in Bezug auf die Verminderung der Luftverunreinigungen dar. Er erläuterte, dass die Emissionen von Flugtriebwerken aus den Verbrennungsprodukten H₂O und CO₂ und den Verbrennungsnebenprodukten NO_x, CO, UHC und Ruß bestehen. Nach Einschätzung Richters ist es möglich, bis zum Jahre 2010 Triebwerke herzustellen, deren NO_x-Emissionen die CAEP-2-Werte um 50 % unterschreiten.

Prof. Dr. Eckhard Pache, Universität Würzburg, gab einen Überblick über die maßgeblichen völkerrechtlichen, gemeinschaftsrechtlichen sowie die nationalen rechtlichen Instrumente zur Verminderung luftverkehrsbedingter Luftverunreinigungen. Pache kritisierte, dass die in Annex 16, Band 1, Teil II, Kapitel 3 des ICAO-Abkommens festgeschriebenen Werte nicht mehr dem Stand der Technik entsprächen und die Treibhausauswirkungen nur unzureichend berücksichtigten. Zusätzlich zu der Überarbeitung der ICAO-Standards seien finanzielle Instrumente, wie der Emissionshandel, die Kerosinbesteuerung, Emissionsabgaben, die umsatzsteuerliche Gleichbehandlung mit anderen Verkehrsträgern und die Förderung der Forschung und Entwicklung erforderlich.

7. Der Schutz von Natur und Landschaft in der Flughafenplanung

Aus dem Problemfeld der Berücksichtigung des Schutzes von Natur und Landschaft im Planfeststellungsverfahren

erörterte PD Dr. Andreas Fisahn, Universität Bremen, die Frage, inwieweit besondere Schutzgebiete i. S. der §§ 19 a ff. BNatSchG beeinträchtigt werden dürfen. Dabei befasste er sich insbesondere mit der für den luftverkehrsrechtlichen Bezug typischen Problematik der Beeinträchtigung von Gebieten durch die Planung zugunsten privater Vorhabenträger. Fisahn vertrat dazu die Auffassung, dass nur Verkehrsflughäfen, nicht jedoch Betriebsflughäfen den Anforderungen entsprechen könnten.

8. Flughafenplanung und Städtebau: Die Zukunft des Fluglärmsgesetzes

Prof. Dr. Hans-Joachim Koch, Forschungsstelle Umweltrecht der Universität Hamburg, setzte sich kritisch mit der vorläufig gescheiterten Novellierung des FluglärmG auseinander. Koch erläuterte zunächst die Funktion des Gesetzes. Die in § 38 BauGB normierte Vorrangigkeit der Fachplanung gegenüber den bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsatbeständen solle durch spezifische Planungs- und Genehmigungsschranken – teilweise mit Entschädigungsansprüchen – durchgesetzt werden. Mit dem Sachverständigenrat für Umweltfragen bezeichnete er den gescheiterten BMU-Entwurf für ein novelliertes FluglärmG als Kompromiss. Die darin vorgesehenen Lärmgrenzwerte könnten mit guten Gründen niedriger ausfallen. Insbesondere der für die Nachtschutzzone vorgesehene regelmäßige Maximalpegel von > 55 dB(A) innen sei fragwürdig. Unzulänglich seien auch die im Entwurf vorgesehenen Siedlungsbeschränkungen, da sie die weitere Entstehung von Nutzungskonflikten nicht ausschlossen. Koch sprach sich nachdrücklich für eine Novellierung des FluglärmG aus, betonte aber, dass eine wirksame Lärmverminderung nur durch den Einsatz aller zur Verfügung stehenden Instrumente erreichbar sei.

9. Rechtsschutz für Kommunen, Verbände und Drittbetroffene

Dr. Peter Wysk, OVG Münster, befasste sich in seinem Beitrag über die Rechtsschutzmöglichkeiten insbesondere mit der problematischen Vielzahl der an der Planung Beteiligten. Das Vorhandensein zahlreicher Planungsakte, die unterschiedlichen Einwirkungsmöglichkeiten Dritter und die Überlagerung von Teilrechtsordnungen erschweren es den Betroffenen, die »richtigen« anzugreifenden Akte zu identifizieren und rechtsschutzeffektive Klageanträge zu formulieren. Wysk ging darüber hinaus auf die luftverkehrsspezifischen Probleme des nachbarlichen Ausgleichs in der gerichtlichen Durchsetzbarkeit ein. Er betonte, dass es für die Gerichte äußerst kompliziert sei, die Schwelle der Gesundheitsgefährdung zu bestimmen. Problematisch sei zudem die außergewöhnlich stark ausgeprägte Lagerbildung der Lärmwirkungsforscher. Diese berge die Gefahr, dass durch die Auswahl eines Gutachters das Ergebnis eines Rechtsstreits im Voraus bestimmt werden könne. Nach Einschätzung Wysks erfolgt im Rahmen der Rechtsschutzverfahrens eine zu einseitige Fokussierung auf die gesundheitlichen Gefahren.

Die Vorträge des Symposiums werden in der Schriftenreihe der Forschungsstelle Umweltrecht (Forum, Nomos-Verlag Baden-Baden) erscheinen.

Änderungen an den Verdingungsunterlagen einging, behandelte *Burgi* den Themenkreis »Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?« Wird ein Vergabeverfahren durchgeführt, haben Mitbewerber entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten. Werden öffentliche Aufträge ohne ein nach § 97 GWB, der VgV und der Verdingungsordnungen erforderliches Vergabeverfahren erteilt, müssen konkurrierende Unternehmen entsprechende Rechte haben, auch wenn § 13 VgV seinem Wortlaut nach nicht einschlägig ist.

Abgerundet wurde die Veranstaltung durch einen Ausblick von Rechtsanwalt *Timm R. Meyer*, Berlin, der in seinem Beitrag »EU-Legislativpaket – Beschlüsse von Rat und Parlament« auf die kommenden europarechtlichen Veränderungen im Vergaberecht einging. Seit der Vorlage des Grünbuchs der Kommission zum öffentlichen Auftragswesen im Jahre 1996 hat es auf allen europäischen Ebenen vielfältige Bestrebungen gegeben, das Ziel der Binnenmarktvollendung insbesondere durch »Simplifikation und Modernisation« des Vergaberechts zu fördern. Insbesondere sollen dabei die Baukoordinations- und die Dienstleistungsrichtlinie modernisiert werden. Ein Baustein der angestrebten Vereinfachungen soll eine Anhebung der Schwellenwerte um 23 bis 50 % sein. Ferner sollen als neue Instrumente der Beschaffung neben der elektronischen Vergaben via Internet auch inverse Auktionen eingeführt werden. Zurückhaltend beurteilte *Meyer* allerdings die von der Kommission verfolgte Idee des »wettbewerblichen Dialogs«, der bei technisch anspruchsvollen

Projekten eine Projektoptimierung nach sich ziehen soll. Es sei nämlich sehr zweifelhaft, ob bei einem wettbewerblichen Dialog noch die ursprüngliche Zielstellung des Vergabeverfahrens erreicht werden könne oder ob es sich dann nicht doch mehr um ein Aushandeln des Zuschlags handle. Der Leiter des Bereichs »Auftragwesen« im BDI sprach sich daher dafür aus, das Konzept der Kommission, das erst im Jahre 2005 wirksam werden soll, im Ministerrat noch kräftig zu überarbeiten.

Der Rechtsschutz im Vergaberecht wird eines der Themen sein, dass in den nächsten Jahren noch an Bedeutung zunehmen wird. Die Diskussionsfreudigkeit der Teilnehmer bei den jeweiligen Referaten legte hiervon sprichwörtlich beredetes Zeugnis ab. Es bleibt daher wohl auch fraglich, ob eine Anhebung der Schwellenwerte für den Vergaberechtsschutz ein Schritt in die richtige Richtung ist².

Hält der Zustrom an Interessenten an, werden sich die Verantwortlichen über einen anderen Tagungsort für den Düsseldorfer Vergaberechtstag Gedanken machen müssen. Mehr haben die Veranstalter allerdings kaum umzustellen – in dem doch an Veranstaltungen nicht gerade armen Tagungsgeschäft eine durchaus beachtliche Leistung.

2 Zum Rechtsschutz eines Mitbewerbers gegenüber einem Bieter, der den Zuschlag unter Verstoß gegen das Vergaberecht erhalten hat, LG Heilbronn, Urteil vom 19. 11. 2001 – 22 O 294/01 –.

Buchbesprechungen

■ *Hans-Joachim Koch / Reinhard Henderl: Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht.* 3. Auflage. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2001. 474 S. 29,50 €.

Wer sich mit dem Baurecht auseinandersetzen möchte, sieht sich einer nahezu unübersehbaren Auswahl an Literatur gegenübergestellt. Dies gilt inzwischen für das Handbuch genauso wie für das Lehrbuch. Beim Raumordnungs- und Landesplanungsrecht sieht es hingegen anders aus. Hier ist es schwieriger, geeignete Literatur zu finden. In dritter Auflage haben nun der Hamburger Hochschulprofessor *Hans-Joachim Koch* sowie der Trierer Ordinarius *Reinhard Henderl* das sich primär an Studierende richtende Werk »Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht« vorgelegt, das einerseits das Baurecht und andererseits auch das Raumordnungs- und Landesplanungsrecht beinhaltet. Während *Henderl*, nach einer allgemeinen Einführung, auf den Seiten 30 bis 141 das Raumordnungs- und Landesplanungsrecht näher darstellt, befasst sich *Koch* auf den folgenden gut 330 Seiten mit dem Baurecht. Die Schwerpunkte sind also klar verteilt.

Seine Ausführungen zur Raumordnung und Landesplanung, dem ersten Teil der Darstellung, beginnt *Henderl* mit einer Einführung in die Grundlagen – Gesetzgebungskompetenzen, Begriffe, Systematik, Ziel der Raumpla-

nung – sowie einem historischen Abriss. Nur gestreift wird die Raumordnung im Bund, bevor jeweils vertieft die Raumordnung auf Landesebene und auf regionaler Ebene behandelt werden. Den Abschluss des ersten Teils bilden im Wesentlichen Kapitel zur »Vorbereitung, Verwirklichung und Sicherung der Raumordnungsplanung« sowie »Gerichtlicher Rechtsschutz gegenüber Raumordnungsplänen«. Auch wenn die Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Raumordnungsplänen eher gering sind, die Ausführungen hierzu hätten ein wenig umfangreicher sein können, denn gerade an dieser Stelle sucht auch der Nutzer eines Lehrbuchs nach mehr weiterführenden Hinweisen. Dies gilt grundsätzlich ebenso für die Ausführungen zum Rechtsschutz von *Koch* im zweiten und dritten Teil der Darstellung, der auch verhältnismäßig wenig Raum für den Baurechtsstreit bereit hält, allerdings Fragen des Rechtsschutzes in den Text einstreut. Gleichwohl wird das insgesamt positive Gesamtbild hierdurch nicht wesentlich beeinträchtigt.

Wie auch schon *Henderl* das Raumordnungs- und Landesplanungsrecht stellt *Koch* Schritt für Schritt, sehr kenntnisreich und anschaulich, das Bauplanungs- und die Vorhabenzulassung dar. Die Ausführungen zur Bauleitplanung beginnen mit einem historischen Abriss, bevor auf die Rechtsstellung der Gemeinden, allem voran auf