

Gutachterliche Stellungnahme in Sachen

„Ausschreibungsfreie Kooperation des Bundes mit der RMD“

- I. Sachverhalt und Problemstellung
 1. Strategische Rolle der RMD
 2. Operative Rolle der RMD
 3. Im Einzelnen: Das politische und rechtliche Ziel variantenunabhängiger Untersuchungen zum Ausbau der Donau zwischen Straubing und Vilshofen
 4. Beurteilungsgrundlage des Unterzeichners

- II. Rechtliche Situation
 1. Überblick über die Prüfungsergebnisse
 2. Die Situation im Einzelnen
 - a. Rechtliche Verhältnisse der RMD
 - aa. RMD AG und RMD Wasserstraßen GmbH
 - bb. Rechtliche Einordnung
 - (1) Keine Sektorenauftraggebereigenschaft
 - (2) Kein Inhouse-Geschäft
 - (3) Keine sonstige sachliche Ausnahme vom Vergaberecht
 - (4) Rolle eines sog. mittelbaren öffentlichen Auftraggebers
 - (5) Konzession mit Besonderheiten
 - b. Vergabe der Projektsteuerung an die RMD
 - aa. Wesen und Aufgaben der Projektsteuerung
 - bb. Grundsätzliche Ausschreibungspflichtigkeit der Projektsteuerung
 - cc. Projektsteuerung im Gefüge der Realisierung eines öffentlichen Projektes
 - (1) Letztverantwortlichkeitsprinzip
 - (1a) Reichweite nach altem Recht
 - (1b) Reichweite nach neuem Recht
 - (2) Neutralitätsprinzip

- (3) Trennung zwischen Planung und Ausführung; Trennung zwischen Vergabe- und Bedarfsstelle
- dd. Schlussfolgerungen
- c. De-facto-Vergaben: „pacta sunt servanda“ gilt nicht mehr

III. Schlussfolgerungen

I. Sachverhalt und Problemstellung

Die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reiches sowie der Freistaat Bayern verfolgten und verfolgen auch weiterhin das Ziel, den Bau und Ausbau eines Schifffahrtsweges zwischen Rhein und Donau (und damit im weiteren Sinne: von der Nordsee bis zum Schwarzen Meer) herzustellen bzw. sicherzustellen.

An diese Ausgangssituation knüpfen sich aktuelle Fragen zu verschiedenen Varianten bei der Weiterführung des Ausbaus an. Speziell geht es um die Frage einer Vorfestlegung auf eine bestimmte Variante, und zwar die sog. Variante C 2,80 mit Staustufe, die einen wesentlich stärkeren Eingriff in die Donau-Landschaft darstellt, als dies bei umweltschonenderen Varianten ohne Staustufen der Fall wäre, namentlich der durch einen Beschluss des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2002 favorisierten sog. Variante A. Eine wirklich variantenoffene und auch ergebnisoffene Prüfung ohne jede Vorbeeinflussung wäre jedoch aus Umwelt- wie auch aus Wirtschaftlichkeitsgründen unbedingt geboten.

Zugunsten einer variantenoffenen Prüfung sind neben den vergaberechtlichen Themen der Prüfungs- und Projektierungsverträge auch Fördermittel der EU im Spiel, die das Erfordernis einer Neutralität beinhalten, welche bei der derzeit praktizierten Handhabung ebenso zu hinterfragen ist.

Zwar wurden in Bezug auf die Abarbeitung der EU-Studie, die am 28.02.2010 abgeschlossen wurde, eine Lenkungsgruppe, eine Monitoring-Gruppe und eine Gruppe aus Mitarbeitern der Arbeitsebene installiert, die in ihrer Zusammensetzung auch breit gefächert sind; jedoch können aus den zu beleuchtenden Gesamtumständen heraus größere Zweifel im Hinblick auf eine Vorfestlegung angebracht sein, u.a. weil einem Bericht des Bundesrechnungshofes zufolge seit Jahren Personal vorgehalten wird, das nur für die Ausbauvariante C 280 gebraucht wird, nicht jedoch für die Variante A.

In diesem Zusammenhang gilt es, wie nachfolgend im Einzelnen zu untersuchen ist, maßgeblich die Umstände zu berücksichtigen,

- dass sich die RMD als privatwirtschaftliches Unternehmen auf eine fortgesetzte „Konzessionierung“ aus dem Jahre 1921 bezieht,
- dass deren tatsächliche Reichweite im Hinblick auf das heutige Vergabe- und Fördermittel-Recht betreffend bestimmte Projekte wie die Untersuchungen den Ausbau-Varianten zu überprüfen ist,
- dass sie konkret betreffend das aktuelle Donau-Ausbauprojekt zwischen Straubing und Vilshofen einerseits staatlich zur lediglichen Ausführung (Koordinierung) von Tätigkeiten mit dem Ziel des Donau-Ausbaus beauftragt ist,
- dass sie andererseits jedoch speziell eine über viele Jahre gewachsene Unternehmensstruktur aufweist, die per se anfällig macht für die Verfolgung/Mitbeeinflussung bestimmter Ausbau-Varianten mit zu erwartenden Auftragsumfängen, die eine Perpetuierung ihres Bestandes sicherstellen, und die schon bei grober Betrachtung nicht isoliert von der Übertragung sehr umfassender Projektsteuerungs- und -leitungmaßnahmen gesehen werden können, die ihr ohne Ausschreibung durch staatlichen Auftrag übertragen worden waren.
- Der RMD kommt im Kern eine Ausbauvariante zugute, die den Beschlüssen des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2002 widerspricht.

Dieses Gesamtgefüge wirft profunde juristische, hier insbesondere zu beleuchtende vergaberechtliche Fragen auf, die schon bei den zugrundeliegenden ursprünglichen „Konzessionierungen“ bzw. Beauftragungen der RMD ansetzen.

In der vorliegenden Stellungnahme geht es nicht um eine politische Bewertung der Sinnfälligkeit des Schifffahrtskanals Rhein-Main-Donau nebst den diskutierten Ausbau-Varianten, sondern es geht vielmehr um die zuvor kurz umrissenen vergaberechtlichen Themenstellungen. Diese werden im Rahmen der vorgegebenen Prüfungstiefe, die sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte konzentrieren soll, untersucht.

1. Strategische Rolle der RMD

Betreffend den Donau-Ausbau existiert eine vorkonstitutionelle Vereinbarung aus den 1920er Jahren zwischen dem Bund, dem Freistaat Bayern und Baden einerseits sowie der RMD andererseits. Diese Vereinbarungen wurden in jüngerer Zeit verschiedentlich er-

neuert und angepasst. An dem grundsätzlichen Konstrukt hat sich jedoch nichts geändert. Maßgeblicher Akteur in der Vergangenheit wie auch für die aktuellen Donau-Ausbaupläne ist die RMD AG und ihre heutige Tochterfirma, die RMD Wasserstraßen GmbH.

Im Einzelnen wird dazu im sog. **Duisburger Vertrag von 1966** festgehalten:

„Die Rhein-Main-Donau Aktiengesellschaft hat im Konzessionsvertrag vom 30.12.1921 gegenüber Reich, Bayern und Baden die Verpflichtung übernommen, die Großschiffahrtsstraße Aschaffenburg bis Reichsgrenze bei Passau gemäß den in Ziff. 4 bis 14 des Vertrages zwischen Reich und Bayern wegen Ausführung der Main-Donau-Wasserstraße am 13.06.1921 (Main-Donau-Vertrag) enthaltenen Bestimmungen auszubauen; der Main-Donau-Vertrag wurde durch einen Vertrag vom 17.08.1925 zwischen Reich und Bayern ergänzt. Im Main-Donau-Vertrag haben Reich und Bayern insbesondere die Verpflichtung zur Übernahme von Bürgschaften für Anleihen der Gesellschaft und zur Beschaffung der erforderlichen Geldmittel übernommen, soweit sie nicht durch Anleihen oder sonstige Einnahmen der Gesellschaft aufgebracht werden können.

Der sog. Zwischenvertrag vom 09.09.1949 zwischen der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, dem Freistaat Bayern und der Rhein-Main-Donau AG erklärte für die Vertragsteile insbesondere den Main-Donau-Vertrag und den Konzessionsvertrag für verbindlich (...)

In die Rechte und Pflichten der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes ist der Bund eingetreten (Art. 133 des Grundgesetzes).“

Deklaratorisch wird demnach immer von einem sog. „Konzessionsvertrag“ ausgegangen. Ob es sich dabei wirklich um einen Konzessionsvertrag handelt, respektive wenn ja, wie dieser im Gefüge des heutigen europäischen Vergaberechts einzuordnen ist, bedarf einer Klärung.

Der **Vertrag von 1921** enthält unter dem „Titel I Schiffahrtsstraße“ die Regelung, dass die RMD die Verpflichtung übernimmt, *„die Großschiffahrtsstraße Aschaffenburg-Reichsgrenze bei Passau gemäß den in Ziffer 4-14 des Vertrages zwischen dem Reiche und Bayern wegen Ausführung der Main-Donau Wasserstraße enthaltenen Bestimmungen auszubauen“*.

Des Weiteren wird unter dem „Titel II. Wasserkräfte“ der RMD die *„Erlaubnis zur Benutzung des Wassers und des Flußbettes des Mains von Aschaffenburg bis Bamberg und der bayerischen Donau, (...) nach den im Einvernehmen mit dem Reichsverkehrsministerium und dem bayerischen Ministerium des Innern zu erstellenden Plänen erteilt“*.

Die Dauer der Erlaubnis „erstreckt sich auf 100 Jahre, beginnend mit der ganzen oder teilweisen Inbetriebnahme des einzelnen Werkes. Sie wird für die zunächst in Angriff genommenen Werke bis zum Ablauf der Erlaubniszeit der später in Betrieb genommenen Werke verlängert. Sie endet für alle Werke spätestens am 31. Dezember 2050.“

Weiter ist geregelt: „Die Übertragung der Rechte aus der Erlaubnis durch die Rhein-Main-Donau Aktiengesellschaft auf andere Unternehmer darf nur mit Zustimmung des Reiches (Reichsverkehrsministerium) und des Freistaates Bayern erfolgen. Dies gilt auch für die Übertragung auf Tochtergesellschaften.“

2. Operative Rolle der RMD

Operativ wird die RMD im Namen und im Auftrage, sowie für Rechnung des Bundes tätig. So heißt es in Bezug auf operative Beschaffungsmaßnahmen betreffend die Ausschreibungspflichten im Donaukanalisierungs-Vertrag vom 11.08.1976:

„(3) Für die Geschäfte nach Absatz 2 stellt der Bund der RMD eine allgemeine, übertragbare Vollmacht aus, die sich auch auf alle Verfügungsgeschäfte und sonstigen Erklärungen der RMD über die erworbenen Rechte und auf alle Verfahren zum Erwerb oder zur Geltendmachung von Rechten erstreckt.

Die RMD übt die Vollmacht jeweils im Rahmen dieses Vertrages aus. Sie holt hierzu die allgemeine oder besondere Zustimmung des Bundes und Bayerns ein, soweit der Wert der Geschäfte nach Absatz 2 im Einzelfall folgende Grenzen übersteigt:

a) Bei Geschäften nach Nr. 1 mit öffentlicher Ausschreibung 4.000.000,- DM; jetzt 6.000.000,- mit beschränkter Ausschreibung 2.000.000,- DM; jetzt 3.000.000,-"" mit freihändiger Vergabe 500 000,- DM;*

b) bei Geschäften nach Nr. 2 1.000.000,- DM;

c) bei Geschäften nach Nr. 3 mit einmaliger Entschädigung 1.000.000,- DM.

(5) Der Bund gewährt der RMD in allen bundesbehördlichen Verfahren für die Donaukanalisierung jede nach den Gesetzen mögliche Unterstützung und Erleichterung. Die RMD macht in Wahrnehmung der Aufgaben nach Abs. 1 ihre öffentlich-rechtliche Stellung im eigenen Namen in den Verfahren nach Satz 1 geltend.

(6) Bayern gewährt der RMD bei den behördlichen Verfahren zum Erwerb von Grundstücken und Rechten im Sinne von Absatz 2 Nr. 2 einschließlich der Flurbereinigungsverfahren jede

nach den Gesetzen mögliche Unterstützung und Erleichterung.“

Seit dem **Jahre 1994** wurde die **RMD AG privatisiert**, mit Wirkung vom Jahre 1999 wurde die RMD Wasserstraßen GmbH aus gegründet.

Gewisse Besonderheiten dieses privatisierten Unternehmens, das von den Energieversorgern als Gesellschafter getragen wird, ergeben sich daraus, dass die **Bundesrepublik Deutschland und der Freistaat Bayern** die **Personalkosten im Verhältnis 2 : 1 übernehmen**. Im Jahre 2007 waren dies ca. 1,8 Mio. €.

Im **Verkaufsvertrag an die Energieversorgungsunternehmen** war definiert, dass die Energieversorgungsunternehmen das notwendige Personal für den Donauausbau vorzuhalten haben. Mit der Vereinbarung vom 11.03.1998 (unterzeichnet am 27.05.1998) haben die Verkäufer, vertreten durch den zuständigen Abteilungsleiter des Bundesverkehrsministeriums, *Ministerialdirektor Klaus Kraft*, sowie den damaligen Amtschef des Bayerischen Verkehrsministeriums, *Michael Schneider*, und der Vorstandsvorsitzende der RMD *Dr. Konrad Weckerle* den für den Donauausbau vorzuhaltenden Personalkörper mit **125 Mannjahren** festgelegt.

Behauptetermaßen soll es sich so verhalten, dass die RMD Wasserstraßen GmbH die von ihr erbrachten Leistungen nach den **tatsächlich entstandenen Selbstkosten abrechnet**, d.h. **ohne Gewinnzuschlag**. Gewinne aus der Planung und Projektierung des Ausbaus von Wasserstraßen sollen somit in diesem Unternehmen nicht erzielt werden.

Schreiben des Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, vom 23.08. bzw. 25.06.2008, auf die schriftliche Anfrage von *Eike Hallitzky* vom 10.04.2008 (Beantwortung.doc Nr. VII/6 – 8859/21/4 München, 23.06.2008) Bearbeiter(in): *Dr. Obermair*, Abt. VII MD St, staatlichen Finanzierung und zu den Aufgaben der privatwirtschaftlichen Rhein-Main-Donau AG bzw. GmbH (RMD).

Gewinne resultieren den dortigen Angaben nach allein aus Zinseinnahmen, die Buchungstechnisch nicht zu vermeiden sind. Der Jahresüberschuss bewegt sich pro Jahr zwischen 5 und 15 T €. Dieser Überschuss wird im Folgejahr dem Wasserstraßenbau gutgeschrieben und verringert dann entsprechend die Kosten von Bund und Freistaat Bayern.

Der **Bundesrechnungshof** hat diesen Sachverhalt im Jahre 2006 aus dem Gesichtspunkt heraus **kritisiert**, dass der Bund die Aufrechterhaltung eines Personalstammes mitfinanziert, der in der Stärke von 125 Beschäftigten einem Bedarf entspricht, wie er nur im Falle der Realisierung der von Bayern favorisierten Variante C 280 gebraucht wird.

„Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Bundesministerium) hat es versäumt, darauf hinzuwirken, dass ein mit dem Ausbau der Bundeswasserstraße Donau beauftragtes Unternehmen, dessen Personalkosten der Bund mit trägt, seinen Personalbestand reduziert und damit den tatsächlichen Erfordernissen anpasst.

Der Bund und der Freistaat Bayern (Bayern) wollen die Donau von einem Unternehmen ausbauen lassen, dessen Personalkosten sie tragen. Die endgültige Entscheidung, wie die Donau ausgebaut wird, haben sie noch nicht getroffen. Das Unternehmen hält mit 125 Vollzeitbeschäftigten so viel Personal vor, wie es für die Realisierung der von Bayern vorgezogenen Ausbauvariante benötigt wird. Für die vom Bund angestrebte Ausbauvariante werden 55 Vollzeitbeschäftigte weniger benötigt.

Der Bundesrechnungshof ist der Auffassung, dass es dem Bund nicht zugemutet werden kann, Personal für eine bauliche Lösung mitzufinanzieren, die er ausdrücklich ablehnt. Er hat das Bundesministerium daher aufgefordert, mit Nachdruck darauf hinzuwirken, dass das Unternehmen sein Personal abbaut, indem es Personalabgänge nicht mehr ausgleicht. Ausschließlich Schlüsselpositionen sollten zur Sicherung des Know-how von dieser Nachbesetzungssperre ausgenommen sein.“

(Hervorhebung durch den Uz.)

Kernthema und aktueller Ausgangspunkt dieser gutachtlichen Stellungnahme ist zunächst die grundsätzliche Frage, ob, und wenn ja, inwieweit die Beauftragungen mit der **Durchführung von Bau- und Projektierungsleistungen** sowie die damit zusammenhängenden Leistungen der RMD nach europäischem Vergaberecht **ausschreibungspflichtig** sind. Speziell ist außerdem die Rolle der RMD in Bezug auf die (Vor-)Festlegungen in dem Prüfungskatalog, bei dem es um die Varianten des Donau-Ausbaus geht, zu untersuchen. So hat die RMD, wie aus dem EU-Antrag für Gemeinschaftszuschüsse für das transeuropäische Verkehrsnetz betreffend den Donauausbau Straubing-Vilshofen hervorgeht, in den Jahren 1989 bis 2007 in erheblichem Maße **vorbereitenden Untersuchungen** (33 Varianten, Naturversuche) durchgeführt.

Der Uz. wurde auf die vergaberechtliche Problematik im Zusammenhang mit Recherchen des Bayerischen Fernsehens (Sendung „quer“, ausgestrahlt am 04.11.2010, 20.15 Uhr) aufmerksam. Er wurde dort interviewt zu der speziellen Frage der Neutralität der RMD, die eine bestimmte Ausbaustufe favorisiert (nämlich eine solche mit Staustufen nebst Kraftwerken), die aber insofern rechtlich fraglich ist, als die RMD die späteren Projektierungs- und Koordinierungsleistungen selber durchführen wird.

Kern der rechtlichen Bedenken ist also, dass die RMD Einfluss auf Entscheidungen nimmt bzw. genommen hat, die zwar letztlich einerseits ihre zukünftige Existenz sichern, die aber andererseits in die Kompetenz des Staates und seiner Verfassungsorgane gehören, und von denen man grundsätzlich erwarten kann, dass nicht zuletzt wegen der Vergabe von Fördermitteln – und zwar auch solchen der EU – in einer Neutralität gefällt werden, die den Bedingungen und Zielsetzungen der bereit gestellten Mittel entsprechen. Maßgebliche

Bedingung ist u.a., dass die Mittel für die Studie so ausgegeben werden, dass sie zu Entscheidungen über die Ausbau-Varianten führen, die frei von „politischen Affinitäten“ und Interessenskollisionen ist.

Vgl. den EU-Zuschussbescheid vom 19.11.2008, Art. III.2.6, der die Bundesrepublik Deutschland als Auftragnehmer verpflichtet, alle nötigen Vorkehrungen zu treffen, um Interessenkonflikte auszuschließen, die eine unparteiische und objektive Ausführung der Untersuchungen beeinträchtigen könnten.

3. Im Einzelnen: Das politische und rechtliche Ziel variantenunabhängiger Untersuchungen zum Ausbau der Donau zwischen Straubing und Vilshofen

Speziell geht es bereits um die Voruntersuchungen der Jahre 1989 bis 2007 und um die Vergabe des Donauuntersuchungsprogramms durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung der Bundesrepublik Deutschland (BMVBS) an die Rhein- Main-Donau Wasserstraßen GmbH.

Das Bundesverkehrsministerium hatte bei der EU-Kommission einen **Förderantrag** zu variantenunabhängigen Untersuchungen zum Ausbau der Donau zwischen Straubing und Vilshofen eingereicht.

Nach dem Ministerium soll die Rhein-Main-Donau Wasserstraßen GmbH ohne Ausschreibung diese Untersuchungen mit einem Kostenvolumen von 33 Mio. €, die bis zum Jahr 2010 vollständig abgewickelt sein sollten, **selbst durchführen oder aber vergeben**.

Dies hatte auf Anfrage des BUND Frau Staatssekretärin *Roth* Herrn MdB *Dr. Hofreiter* auf Anfrage mitgeteilt; das gleiche hatte das Referat WS 11 des BMVBS mit Schreiben vom 02.04.2008 bestätigt.

Nach der Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage vom 21.12.2007, Bundestagsdrucksache 16/7641, Seiten 3 und 4, sollen von der RMD selbst folgende Teilleistungen erbracht werden (nachfolgend im Zitat):

- ▶ *„Projektsteuerung,*
- ▶ *Vergabe an Dritte,*
- ▶ *Beweissicherung (wie z.B. Grundwasserbeobachtung),*
- ▶ *Aktualisierung und Ergänzung der technischen Datengrundlagen (wie z.B. Kartengrundlagen, Vermessungen),*
- ▶ *Grundwassermodellierung,*
- ▶ *Technische Planung für Schifffahrtsstraße, Hochwasserschutz und Binnenentwässerung.“*

Nachdem die **Kosten** der bis 2010 abzuwickelnden Untersuchungen **33 Mio. €** betragen, werden die EU-Schwellenwerte i.H.v. 193.000 € bzw. 125.000 €, ab denen eine europaweite Ausschreibung grundsätzlich notwendig ist, in offensichtlichem Maße überschritten.

Dies gilt aber eben auch schon für den vom BMVBS an die RMD Wasserstraßen GmbH bereits vergebenen Dienstleistungsauftrag zur Konzeption des Untersuchungsprogramms sowie zur Vorbereitung der Untersuchungen, zurückgehend auf die Jahre 1989 bis 2007.

Das BMVBS behauptet demgegenüber in der Antwort auf die kleine Anfrage vom 21.12.2007, dass die

„heute geltenden Vergabevorschriften der EU in diesem Fall nicht einschlägig“

seien (Bundestagsdrucksache 16/7641, Seite 3), weil die RMD nach dem Duisburger Vertrag von 1966, dem Donaukanalisierungsvertrag von 1976 und dem Anpassungsvertrag von 1994 mit dem Donauausbau beauftragt („konzessioniert“) sei.

Diese Behauptung trifft nach Darstellung des BUND in den dem Uz. vorliegenden Schriftwechseln nicht zu:

- Erstens könnten die genannten, rechtlich als Verwaltungsabkommen zu qualifizierenden Donauverträge keine Freistellung von der Einhaltung der EU-Vergabevorschriften bewirken.
- Zweitens sei die RMD in den genannten Verträgen zwar mit der Durchführung des Donauausbaus beauftragt. Daraus ergebe sich jedoch kein Mitspracherecht bei der Entscheidung, ob ausgebaut wird und wenn ja, wie ausgebaut wird (z.B. mit oder ohne Staustufen). Diese Entscheidungen habe vielmehr allein der Bund im öffentlichen Interesse zu treffen. Die Privatfirma RMD habe bei dieser Entscheidung keinerlei Mitspracherecht und selbstverständlich auch nicht bei einem Untersuchungsprogramm, das der Entscheidungsfindung dient.

Fest steht, dass 33 Mio. € nach dem Willen des Bundesverkehrsministeriums für weiterführende „variantenunabhängige“ Untersuchungen zum Donauausbau zwischen Straubing und Vilshofen aufgewendet werden sollen. Die Hälfte davon finanziert die EU.

Eine **Nebenbedingung** für die Mitfinanzierung dieser Untersuchungen war für die EU die Einrichtung einer **Monitoring-Gruppe** aus Vertretern der Wirtschaft und der Umweltverbände und Bürgerinitiativen zur Begleitung und Überwachung der Untersuchungsdurchführung. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Untersuchungen transparent, objektiv und ergebnisoffen durchgeführt werden.

Abgesehen von Biotopkartierungen beziehen sich die Untersuchungen jedoch direkt und ausschließlich auf die zur Diskussion gestellten Ausbauvarianten A und C/C280. Die Bezeichnung „variantenunabhängig“ ist so nicht zutreffend. Warum notwendige Vorarbeiten für

den Wasserstraßenausbau nach Variante A und C280 „variantenunabhängige Untersuchungen“ genannt werden, lässt sich nicht erklären.

Im Jahr 2002 hatte demgegenüber der **Deutsche Bundestag** beschlossen, den **Donauausbau mit Staustufen nicht mehr weiter zu verfolgen**, die Schifffahrtsbedingungen ausschließlich mit flussregulierenden Maßnahmen (das heißt mit Ausbauvariante A) zu verbessern. Dieser Beschluss gilt nach wie vor – jede Maßnahme zur Vorbereitung des Ausbaus mit Stauhaltung, besonders die Finanzierung entsprechender Planungen mit öffentlichen Geldern, stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen diesen Beschluss dar.

Schlussfolgerungen und Vermutungen des BUND:

Die Rhein-Main-Donau Aktiengesellschaft (RMD AG) mit ihrem Tochterunternehmen Rhein-Main-Donau Wasserstraßen GmbH hat die **Schlüsselstellung** bei den jetzt laufenden Untersuchungen. Die RMD hat ein massives wirtschaftliches Interesse an einem möglichst tiefgreifenden Ausbau, und sogar, wenn sie selbst an der Durchführung der dazu erforderlichen Maßnahmen nichts verdienen sollte, so entspricht es doch den mittelbaren Interessen der die RMD als praktisch alleinige Gesellschafter tragenden Energieunternehmen, dass am Ende Stauwerke an der Donau vorhanden sind, die zum eigenen Vorteil für die Stromgewinnung genutzt werden können.

Dem Namen nach werden die Untersuchungen, die Grundlage für eine Ausbauentcheidung werden sollen, durch die **Wasser- und Schifffahrtsdirektion Süd (WSD Süd)** geleitet, tatsächlich bestimmt jedoch die RMD die Untersuchungen.

Damit wird konsequent auf eine Ausbauentcheidung hingearbeitet, die nicht im Interesse des Gemeinwohls, sondern im Interesse der RMD liegt.

Anforderungen des EU-Förderbescheides:

Im **Förderbescheid der EU** ist in den allgemeinen Bedingungen festgelegt, dass der Empfänger des 16,5 Millionen-Zuschusses – also die Bundesrepublik Deutschland – alle nötigen Vorkehrungen trifft, um **Interessenkonflikte auszuschließen**, die eine unparteiische und objektive Ausführung der Maßnahme beeinträchtigen könnten. Weiter ist im Förderbescheid ausgeführt:

„Ein Interessenkonflikt kann sich insbesondere aus einem wirtschaftlichen Interesse, politischer Affinität oder nationalen Bindungen, familiären oder freundschaftlichen Beziehungen sowie sonstigen Interessengemeinschaften ergeben.

Entstehen im Zuge der Durchführung der Maßnahme Interessenkonflikte oder Situationen, die zu einem Interessenkonflikt

führen können, so ist die Kommission unverzüglich schriftlich davon zu unterrichten. Der Empfänger trifft alle nötigen Vorkehrungen, um diese Interessenkonflikte und Situationen zu beenden.

Die Kommission behält sich vor, die in diesem Zusammenhang getroffenen und erforderlichenfalls zusätzliche Maßnahmen zu verlangen, für deren Durchführung sie eine Frist setzt.“

(Hervorhebungen durch den Uz.)

4. Beurteilungsgrundlage des Unterzeichners

Die dem uz. Gutachter vorliegenden Unterlagen sind (in Auswahl) die Folgenden:

- Donau-Vertrag aus dem Jahre 1921 und Folge-Verträge Duisburger Vertrag von 1966, Donaukanalisierungs-Vertrag vom 11.08.1976 (etc.)
- Bericht des Bundesrechnungshofes aus dem Jahre 2006
- EU-Förderbescheid zur „variantenunabhängigen Untersuchung“

II. Rechtliche Situation

1. Überblick über die Prüfungsergebnisse

Die RMD als seit dem Jahre 1995 privatwirtschaftliches Unternehmen, dessen maßgebliche Eigentümer die Energieversorgungsunternehmen sind, ist auf der Grundlage einer letzten Endes auf vorkonstitutionelle Zeit zurückgehenden Beauftragung („Konzessionierung“) tätig.

Grundsätzlich müssen auch Konzessionierungen einem regelmäßig wiederkehrenden Wettbewerb unterworfen werden; dies gilt auch dann, wenn die übertragenen Funktionen auf vorkonstitutionelle Zeiträume zurückgehen, auf langdauernde Projekte ausgerichtet und durch einen erheblichen Spezialisierungsgrad gekennzeichnet sind. Die entsprechenden Anpassungsverträge (Privatisierung der RMD AG im Jahre 1995 und die Ausgliederung der RMD Wasserstraßen GmbH im Jahre 1999) bilden dabei aus heutiger Sicht bedeutende rechtliche Ansatzpunkte. Entsprechend sieht auch der Vertrag aus dem Jahre 1921 ausdrücklich vor, dass die Zustimmung der anderen Vertragspartner erforderlich ist, wenn die RMD z.B. Rechte auf Tochtergesellschaften übertragen will.

Die Rechtsprechung hat sich verschiedentlich gegen lange Beauftragungszeiträume gewandt. So ist eine Beauftragung von 30 Jahren grundsätzlich vergaberechtswidrig.

EuGH, Urt. v. 10.4.2003 (Rs. C-20/01 und C-28/01 – »Stadt Braunschweig/Gemeinde Bockhorn«), VergabE A-1-5/03 = ZfBR 2003, 592.

Ein in dieser Weise richtig verstandenes Wettbewerbsprinzip lässt gleichermaßen in Bezug auf das »Laufenlassen« von unbefristeten Verträgen keine andere Schlussfolgerung zu, als dass sie regelmäßig auf ihre Sinnfälligkeit bzw. Wirtschaftlichkeit hin zu untersuchen und je nach Ergebnis dieser Prüfung neu auszuschreiben sind.

Noch, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl. 2011, Rdn. 53.

Selbst wenn man unterstellt, dass im Jahre 1921 eine „Konzessionierung“ für ein Infrastrukturprojekt für einen Zeitraum bis 2021 bzw. 2050 mangels entgegenstehender damaliger Vorschriften gerechtfertigt gewesen sein könnte, so wird man in Frage stellen müssen, ob die wesentlichen Änderungen in den 1990er Jahren, die als Neukonzessionierung auszulegen sind, nicht eine andere, kürzere zeitliche Begrenzung erforderlich gemacht hätten.

So ist es nach den anerkannten Grundsätzen notwendig, dass Konzessionierungen nach z.B. 30 Jahren wieder einem Wettbewerb unterworfen werden. Konzessionierungen betragen üblicherweise einen vorher festgelegten Zeitraum von maximal 30 Jahren, wie beispielsweise die Informationsbroschüre des BMVBS und des Bayerischen Staatsministeriums des Innern betreffend das sog. Betreiber-Modell der Bundesautobahn 8 (BAB 8) zeigt.

Siehe: „Das Pilotprojekt Betreibermodell – als Teil der A8 Ulm – Augsburg – München“ (Hrsg.: BMVBW und des Bayerischen Staatsministeriums des Innern), abrufbar unter http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/straassen-undbrueckenbau/veroeffentlichungen/a8_betreiber.pdf:

„Dabei wird die vierstreifige A8 von einem Konzessionsnehmer bis 2010 zwischen der Anschlussstelle Augsburg-West und dem Autobahndreieck München-Eschenried unter Aufrechterhaltung des Verkehrs auf 37 km Länge sechsstreifig mit Standstreifen ausgebaut und zusammen mit der Eschenrieder Spange und dem ausgebauten Teilbereich der A8 auf insgesamt 52 km Länge während der Konzessionsdauer von 30 Jahren erhalten und betrieben.“

(Hervorhebung durch den Uz.)

Überträgt man dies auf das Kooperationsverhältnis zwischen Bund bzw. Freistaat Bayern und RMD, so ergeben sich angesichts einer bereits erreichten Zeitdauer von fast 17 Jahren (seit 1995) und einer Restlaufzeit von noch 39 Jahren rechtliche Zweifel. Diese gehen bereits in die Richtung, dass sich über sehr lange Zeiträume erfah-

rungsgemäß Abhängigkeitsverhältnisse und auch Verselbständigungsprozesse einstellen können, die über die tatsächlichen Ziele und Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers im Zeitpunkt der erstmaligen Beauftragung weit hinausgehen bzw. daran vorbeigehen können. Genau das ist es, was das Vergaberecht vermeiden will.

Wäre es darüber hinaus so, dass, wie seitens der staatlichen Stellen in den Dokumenten verschiedentlich hervorgehoben wird, dass man nicht erst auf das Datum der Privatisierungsentscheidung (die im Übrigen ihrerseits ausschreibungspflichtig gewesen wäre) abstellen dürfte, sondern dass man bereits auf die vorkonstitutionellen Donau-Verträge oder zumindest die Anpassungsverträge von 1949, 1966 und 1976 abstellen müsse, so stellt sich dieses rechtliche Problem eines überlangen Beauftragungsverhältnisses um so virulenter. Insofern erweist sich das Argument, dass man aus den Gründen bereits vorkonstitutionell verankerter Vereinbarungen aus den Donau-Verträgen heraus gar keine andere Wahl gehabt habe als die umfassende Projektsteuerung der RMD zu übertragen, gerade als eine Art Bumerang.

Unabhängig von der Frage der i.d.R. zu verlangenden zeitlichen Befristung ist ein weiterer Punkt festzustellen:

Gemeinhin wird im Zuge der Beauftragung der RMD aufgrund der bekannten Donau-Verträge immer von einer „Konzessionierung“ gesprochen. Tatsächlich jedoch handelt es sich um keine solche. Bau- und auch Dienstleistungs-Konzessionen setzen

- die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechtes, das durch die öffentliche Hand zur Verfügung gestellt wird,
- sowie die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos durch den privaten Investor

zwingend als Merkmale voraus. Es kann sich vorliegend um keine klassische, „reine“ Konzession im Rechtssinne handeln, wenn es sich so verhält, dass aktenkundig die staatlichen Behörden immer wieder feststellen, dass die RMD für ihre Tätigkeiten gemäß dem Selbstkostenprinzip ohne Gewinnaufschlag vergütet wird.

Es erhebt sich die Frage: Wo ist dann aber das für eine Konzession zwingend notwendige wirtschaftliche Risiko?

Die Merkmale einer Konzession im Rechtssinne sind daher nicht erfüllt – unbeschadet der Tatsache, dass das Beauftragungsverhältnis mit der RMD dem äußeren Anschein nach Ähnlichkeiten mit einer Konzession aufweist.

Bei dem Rechtsverhältnis zwischen Bund und RMD handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 99 GWB. Der Umstand, dass seitens des Bundes und des Freistaates Bayern eine Erstattung der Personalkosten auf Selbstkostenbasis im Verhältnis 2 : 1 stattfindet, steht dem nicht entgegen. Für einen öffentlichen Auftrag im Rechtssinne ist es nicht erforderlich, dass ein Gewinn erwirtschaftet wird.

Der Entgeltlichkeitsbegriff ist nach gesicherter Rechtsfindung sehr weit zu verstehen.

VK Brandenburg, Beschl. v. 9.2.2009 (VK 5/09) VS 2009, 30;
VK Sachsen, Beschl. v. 12.5.2005 (1 VK 38/05). *Eschenbruch*,
in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl.
2009, § 99 Rn. 48 ff.

Es ist im öffentlichen Auftragswesen anerkannt, dass Aufträge erklärtermaßen sogar unter Erwirtschaftung eines betriebswirtschaftlichen Verlustes übernommen werden können. Dies kann insbesondere in Fällen gelten, in denen der Auftragnehmer mit der Übernahme des Auftrages weitere (mittelbare) Zwecksetzungen verbindet.

Fundierte sachliche Ausnahmen vom Vergaberecht wie z.B. wesentliche Sicherheitsinteressen des Staates scheiden aus.

Nach der zum 01.01.1995 erfolgten Privatisierung der RMD, deren Anteile bis dahin vom Deutschen Reich und seinem Rechtsnachfolger sowie vom Freistaat Bayern gehalten wurden, ist ein sog. vergabefreies Eigengeschäft (sog. Inhouse-Geschäft) ausgeschlossen, weil dies eine 100%-ige Eigentümerschaft des Staates bzw. seiner Untergliederungen voraussetzt.

Es ist Folgendes hervorzuheben:

- Selbst wenn man die Rechtmäßigkeit der Fortdauer der Konzessionierung / Exklusiv-Beauftragung der RMD auch in der Zeit nach dem Jahre 1994 einmal als rechtmäßig unterstellen würde,
- und selbst wenn man dies auch auf die Übertragung von Aufgaben der Projektsteuerung des gegenwärtigen Ausbaivorhabens zwischen Straubing und Vilshofen beziehen würde (was u.a. infolge der vergaberechtlichen Neutralitäts- und Letztentscheidungsgrundsätze, sowie der förderrechtlichen Bestimmungen mehr als fraglich ist),
- so ist der Rahmen einer rechtlich zulässigen Exklusiv-Beauftragung dann überschritten, wenn der „Konzessionär“ im Vorfeld von Entscheidungsfindungen nicht nur allgemeinen Einfluss auf den Umfang seiner aktuellen und künftigen Tätigkeit nimmt, sondern er – nicht zuletzt bedingt durch ein langjähriges Auftragsverhältnis – in besonderer Weise vorentscheidend bestimmte Projektarten und Projektgrößen steuert oder maßgeblich mitbestimmt, ohne dass ein überzeugender Nachweis dahingehend angetreten werden kann, dass die zuständigen staatlichen Organe, welchen die Aufgabe der politischen Willensbildung, der verwaltungstechnischen Umsetzung von Maßnahmen, sowie insbesondere die Aufgabe der Bestimmung über die Verwendung der Steuergelder zukommt, ihre Rolle in adäquater, das heißt nachweislich unbeeinflusster Weise wahrgenommen haben.

- Das Budgetrecht und die hoheitlichen Entscheidungsbefugnisse werden dann in der Sache in einem solchem Maße beeinträchtigt bzw. mit dem Makel einer Beeinflussung durch den in eigenen Interessen betroffenen Projektsteuerer versehen, dass von rechtskonformen Entscheidungen kaum mehr gesprochen werden kann.
- Maßgeblich sind von diesem Mangel betroffen die Entscheidungen über die Ausbauvarianten sowie bereits die ohne Ausschreibung erfolgte Auftragsvergabe der Projektsteuerung selbst.
- Für diesen interessensaffinen Gang der Entscheidungen zu Ausbauvarianten und den Beauftragungsverhältnissen sind direkte wirtschaftliche Interessen der RMD gar nicht erforderlich, sondern es genügen mittelbare Interessen eines von der Energiewirtschaft getragenen Privatunternehmens, die auch in die fernere Zukunft gerichtet sein können. Es bedarf dazu nicht einmal zwingend des Vorhandenseins einer Planung, die Staufstufen mit Möglichkeiten der Energiegewinnung in dem betreffenden Flussabschnitt vorsieht.

Etwas vergrößert gesagt, verhält es sich hier unter dem Strich in vergleichbarer Weise so, wie wenn der TÜV, der ein im Rechtssinne beliehenes privates Unternehmen darstellt, beschließen würde, dass zugelassene Kraftfahrzeuge nicht mehr nur alle 2 Jahre zur Hauptuntersuchung vorgeführt werden müssen, sondern jedes Jahr. Zwar ist der TÜV (oder auch die DEKRA und andere staatlich zugelassene Prüfungsorganisationen) kraft des staatlichen Aktes der Beleihung mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet (er kann Verwaltungsakte erlassen), jedoch ist er nicht befugt, die genaue Art und den Umfang seiner Tätigkeit – und damit letztlich die eigenen Geschäftserwartungen – festzulegen. Dies muss einem staatlichen Akt vorbehalten bleiben.

Ebenso ist der Konzessionär, der den Ausbau von Abschnitten der BAB 8 übernimmt, nicht befugt, über die Art des Ausbaus zu befinden oder mitzubestimmen. Dies geht schon deshalb nicht, weil die Ausschreibung, die zur Findung des Konzessionärs stattfinden muss, die Beschreibung der Ausbauart und des Ausbausvolumens wegen des Petitums der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung mit dem Ziel der Erlangung vergleichbarer Angebote zwingend voraussetzt.

Eben diese mangelnde Ausschreibung und Drittvergabe der Arbeiten für die Festlegungen in dem Untersuchungsprogramm sowie des Projektsteuerungsauftrages – und die dadurch nicht erfolgende Objektivierung und Neutralisierung des zu vergebenden Leistungsbildes – ist einer der Gründe für die rechtlichen Beanstandungen der vorliegend zu betrachtenden Vorgänge.

Dass in einer solchen Situation, in der der langjährige Projektsteuerer die Prüfungspunkte für die Untersuchung der Donau-Ausbau-Varianten selbst mit festlegt (bzw. in der der Verdacht einer Einflussnahme nicht ausgeschlossen werden kann), und in der er ohne Ausschreibung diesen weitgehenden Projektsteuerungsvertrag erhält, in erheblichem Maße gegen die Grundsätze der Neutralität und Transparenz verstoßen wird, und dass dabei die Fördermittel i.H.v. 33 Mio. € (davon 50% EU-Mittel), die für eine variantenunabhängige Untersuchung bereitgestellt wurden, unter Verstoß gegen die Förderbestimmungen, die exakt eine Verwendung der Gelder ohne Gefahren einer Interessenkollision bzw. wirtschaftlicher und/oder politischer Affinitäten (und sogar die Vermeidung von Situationen, die zu einem Interessenkonflikt führen können) verlangen, ist eine logische Folge von alledem.

Der Ausschreibung des Projektsteuerungsvertrages hätte auch das langjährige Beauftragungsverhältnis der RMD aus den Donau-Verträgen nicht entgegengestanden. Der Verstoß gegen einschlägige Prinzipien des EU-Vergaberechts sowie der Förderbedingungen geht den vertraglichen Regelungen vor. Dementsprechend ist es dem Bund auch anheimgestellt worden, dass er den Auftrag ausschreiben möge oder durch die RMD erledigen lassen möge. Letzteres kann aber nur als indirekte Aufforderung verstanden werden, die naheliegende Interessensaffinität der RMD festzustellen und diesen Auftrag fremd zu vergeben. Im Übrigen enthält auch bereits der Vertrag von 1921 – wie auch die heutigen Verträge – die Einschränkungen der „Konzessionierung“ dahingehend, dass die Beachtung und Umsetzung planungsrechtlicher Vorgaben Sache der öffentlichen Hand sind. Es ist daher von impliziten Ausnahmen bereits in den Donau-Verträgen auszugehen. Die formale Berufung auf die Verträge ist insoweit vordergründig.

2. Die Situation im Einzelnen

a. Rechtliche Verhältnisse der RMD

aa. RMD AG und RMD Wasserstraßen GmbH

Die RMD teilt sich in das Mutterunternehmen RMD AG und die Tochter RMD Wasserstraßen GmbH auf. Die Unternehmen besitzen einen gemeinsamen Internet-Auftritt.

RMD AG:

Laut Internet-Auftritt besaßen ursprünglich das Deutsche Reich und später die Bundesrepublik Deutschland zwei Drittel und der Freistaat Bayern ein Drittel der Anteile an der RMD AG.

Am 01.01.1995 wurde die RMD AG privatisiert. Das auf der Website ersichtliche Diagramm (Abruf: 16.10.2011) zeigt die derzeitigen Eigentumsverhältnisse und weist aus: e.on energie – 77,49%, LEW Lechwerke 14%, EnBW 8,5%.

RMD Wasserstraßen GmbH:

Laut Internet-Auftritt wurden die Aufgaben des Wasserstraßenbaus und des Hochwasserschutzes 1999 von der RMD AG in die RMD Wasserstraßen GmbH ausgegliedert.

Dazu wird weiter ausgeführt: *„Die RMD Wasserstraßen GmbH ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Rhein-Main-Donau AG. Im Auftrag und auf Kosten der Bundesrepublik Deutschland und des Freistaates Bayern ist sie u.a. zuständig für den Donauausbau zwischen Straubing und Vilshofen sowie für die Herstellung eines verbesserten Hochwasserschutzes auf dieser Strecke.“*

bb. Rechtliche Einordnung

(1) Keine Sektorenauftraggebereigenschaft

Die RMD Wasserstraßen GmbH, die letztlich das maßgebliche Projektgeschäft für den Donau-Ausbau betreibt, ist kein Sektorenauftraggeber gemäß der Sektoren-Richtlinie 2004/17/EG. Die für die Energie-Versorger einschlägige Sektoren-Richtlinie (mit gelockerten vergaberechtlichen Bestimmungen) ist u.a. nur dann anwendbar, wenn ein Unternehmen auf die Wahrnehmung sektorenspezifischer Tätigkeiten ausgerichtet ist und außerdem zusätzlich auch sektorenspezifisch beschafft.

Vorliegend hat man die Wasserstraßen GmbH ausgegründet, so dass von der rechtlichen Einordnung her erstens auf diese Unternehmensperson abzustellen ist, und zweitens ist die Durchführung von Bauaufgaben für den Wasserstraßen-Ausbau sowie den Hochwasserschutz für diese Strecke als im Wesentlichen landschaftsbauliche Maßnahme, und damit als klassischer öffentlicher Auftrag, zu qualifizieren, der sich nach der klassischen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG richtet. Diese Vergabefahren werden und wurden in der Vergangenheit zu Recht nach dem klassischen Vergaberecht beurteilt.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.02.2004 (VII Verg 77/03 – »Teltowkanal«), VergabeR 2004, 537; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.03.2004 (VII-Verg 74/03 – »H.-O.-W.-Straße«).

Zwar haben in diesen genannten Fällen keine Sektoren-Unternehmen vergeben, sondern die Wasser- und Schifffahrtsämter, jedoch ist der Ausbau der Donau, die in erheblichem Maße dem Hochwasserschutz und anderen landschaftsbaulichen Zwecken dient, nicht sektorenspezifisch genug, um aus dem Vorgang eine Sektoren-Beschaffung zu machen. Die sektorenspezifische Tätigkeit ist eine ganz wesentliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Sektorenauftraggeberrechts.

EuGH, Urt. v. 10.4.2008 (Rs. C-393/06 – »Fernwärme Wien GmbH«), NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632.

Der Donau-Ausbau ist im Übrigen auch kein Projekt, das spezifisch und allein der Verkehrsversorgung dient, was es aber nach den Anforderungen der Sektoren-Richtlinie 2004/17/EG zu deren Anwendbarkeit tun müsste. Auch insoweit ist die notwendige sektorenspezifische Tätigkeit nicht gegeben.

Noch, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl. 2011, Rdn. 170, S. 362, m.w.N.

Ebenso ist die RMD kein Unternehmen, das von seiner Funktion her der Energieerzeugung zu dienen bestimmt ist. Es mag zwar sein, dass die RMD, die in der Anteilseignerschaft von Energieversorgungs-Unternehmen (EVU's) steht, mit dem Donau-Ausbau an einer bestimmten Variante mit Staustufen und dann gegebenen besonderen Möglichkeiten der Energieerzeugung interessiert ist – aber eben das genau ist das Problem, das hier zu beleuchten ist. Zwecksetzung der RMD ist nicht die Energieerzeugung, so dass die rechtliche Eigenschaft als Sektorenauftraggeber ausscheidet.

Darüber hinaus handelt es sich um kein Unternehmen der sog. Explorationswirtschaft (Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke des Aufsuchens und der Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen).

Franßen, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, Rdn. 2 zu § 129b GWB: „*Gemäß Art. 8 SKR i.V.m. Anhang VII und Anhang VIII zur SKR (jeweils unter dem Stichwort „Deutschland“) zählen zu den Auftraggebern in den Sektoren Aufsuchung und Gewinnung von Öl oder Gas und zu den Auftraggebern in den Sektoren Aufsuchung und Gewinnung von Kohle und anderen festen Brennstoffen jeweils „Unternehmen im Sinne des Bundesberggesetzes vom 13.8.1980, zuletzt geändert am 9.12.2006.“*“

Hinzu kommt zu all diesen Betrachtungen, dass die RMD die Bauaufträge direkt im Namen und Auftrage sowie für Rechnung der Bundesrepublik Deutschland vergibt. Schon über diesen Zurechnungszu-

sammenhang scheidet eine Sektorenauftraggebereigenschaft aus. Dies bleibt auch nicht ohne rechtliche Folgewirkungen für die von der RMD wahrgenommenen Projektsteuerungsaufträge, die insofern das rechtliche Schicksal als nicht-sektorenspezifisch teilen.

(2) Kein Inhouse-Geschäft

Nach der zum 01.01.1995 erfolgten Privatisierung der RMD, deren Anteile bis dahin vom Deutschen Reich und seinem Rechtsnachfolger sowie vom Freistaat Bayern gehalten wurden, ist ein sog. vergabefreies Eigengeschäft (sog. Inhouse-Geschäft) ausgeschlossen, weil dies eine 100%-ige Eigentümerschaft des Staates bzw. seiner Untergliederungen voraussetzt.

Die für das Inhouse-Geschäft anerkannten Voraussetzungen sind – hier insoweit nur der Vollständigkeit halber –, dass ein öffentlicher Auftrag dann nicht vorliegt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein privatwirtschaftliches Unternehmen (z.B. eine GmbH) mit Leistungen beauftragt, wenn drei Bedingungen erfüllt sind, und zwar

- dass der öffentliche Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten sein muss,
- er über diesen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausüben und
- der Beauftragte seine Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichten muss.

Schon die erste der drei zwingenden Voraussetzungen ist hier ersichtlich nicht erfüllt.

(3) Keine sonstige sachliche Ausnahme vom Vergaberecht

Das Vergaberecht gilt in sachlicher Hinsicht nicht uneingeschränkt für alle Öffentlichen Aufträge, die in der Praxis vergeben werden können.

So ist festzustellen, dass es im Bereich der Atomrechts nicht gilt. Der Bau von Atomkraftwerken und/oder die Betriebsführung für die Beseitigung bzw. Lagerung von Atommüll unterfällt dem Vergaberecht nicht. Diese Ausnahme kennt bereits die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG.

Schiedsspruch des Schiedsgerichtes, Frankfurt am Main, 23.04.2008, in der Sache „Betriebsführungsvertrag für das Endlager für radioaktive Abfälle Morsleben“

Wesentliche Sicherheitsinteressen des Staates sind ebenso ein Ausnahmetatbestand. Darunter sind z.B. einzuordnen Software für den

Verfassungsschutz, Planungsleistungen für den Neubau des BND in Berlin, Teilaufgaben des Betriebes des BOS-Digitalfunks usw.

OLG Dresden, Beschl. v. 18.09.2009 (W Verg 003/09), VergabeR 2010, 90, mit ausführlicher Anmerkung *Noch* = VS 2009, 66f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.03.2005 (VII-Verg 101/04), WuW 2005, 865; VK Brandenburg, Beschl. v. 22.03.2004 (VK 6/04), Behörden Spiegel 10/2004, S. 23.

Es kann sich aber auch um übergeordnete Gefahren für Leib und Leben der Bevölkerung handeln.

Schiedsspruch des Schiedsgerichtes, Frankfurt am Main, 23.04.2008, in der Sache „Betriebsführungsvertrag für das Endlager für radioaktive Abfälle Morsleben“

Des Weiteren dürften auch alle mit den sachlichen Ausnahmetatbeständen unmittelbar zusammenhängenden Leistungen, die sich also nicht speziell abtrennen lassen, darunter fallen. Im Einzelfall gibt es erfahrungsgemäß immer wieder Interpretationsspielräume.

So auch: Schiedsspruch des Schiedsgerichtes, Frankfurt am Main, 23.04.2008, in der Sache „Betriebsführungsvertrag für das Endlager für radioaktive Abfälle Morsleben“

Dennoch: Auch wurde bspw. im Zusammenhang mit staatlichen Sicherheitsinteressen entschieden, dass die Vergabestelle nicht angehalten werden kann, eine Aufteilung des Auftrags in einen nicht geheimhaltungsbedürftigen und damit ausschreibungspflichtigen sowie einen geheimhaltungsbedürftigen und damit ausschreibungsfreien Teil vorzunehmen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.03.2005 (VII-Verg 101/04), WuW 2005, 865.

(4) Rolle eines sog. mittelbaren öffentlichen Auftraggebers

Die RMD Wasserstraßen GmbH ist demnach vielmehr als Unternehmen der Privatwirtschaft einerseits grundsätzlich dem Wettbewerb unterworfen. Andererseits ist sie mit besonderen Funktionen ausgestattet, die ihr die Rolle eines sog. mittelbaren öffentlichen Auftraggebers zukommen lassen. Sie ist diejenige, die die Bauaufträge direkt im Namen und Auftrag sowie für Rechnung der Bundesrepublik Deutschland vergibt.

Die Rechtsfigur des mittelbaren öffentlichen Auftraggebers wird seit Jahren für solche Fälle anerkannt, in denen typischerweise ein privatwirtschaftliches Unternehmen im Auftrag und auf Kosten eines öffentlichen Auftraggebers Maßnahmen vornimmt, die der Ausschreibungspflicht unterliegen.

EuGH, Urt. v. 11.05.2006 (Rs. C-340/04), NZBau 2006, 452 = VergabeR 2006, 478 = WuW 2006, 849; KG, Beschl. v. 27.07.2006, (2 Verg 5/06 – »Messe Berlin«), NZBau 2006, 725 = VergabeR 2006, 904.

Es handelt sich dabei um eine neue Variante der funktionellen Auftraggebereigenschaft, die in der jüngeren Zeit eine zunehmende Rolle gespielt hat, und bei der eine private Gesellschaft tätig wird, die meistens selbst nicht öffentlicher Auftraggeber ist, jedoch maßgeblich im Auftrage oder für Rechnung eines öffentlichen Auftraggebers oder im Rahmen einer sonstigen, allgemeinen finanziellen Abhängigkeit vom Staate tätig wird.

Noch, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl. 2011, Rdn. 29.

Vorliegend ist die Bundesrepublik Deutschland zuständig für den Donauausbau. Gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 des Anpassungsvertrags unterliegt die RMD Wasserstraßen GmbH dem Aufsichts- und Weisungsrecht des Bundes, vertreten durch die Wasser- und Schifffahrtsdirektion Süd. Für Rechnung und im Auftrage der Bundesrepublik Deutschland wird eben diese tätig.

(5) Konzession mit Besonderheiten

Eine Sonderform einer mittelbaren öffentlichen Auftraggebereigenschaft stellen Baukonzessionen dar. Deren Kennzeichen ist es, dass nicht der Staat selbst auftritt und die Maßnahmen ausschreibt, sondern der Konzessionär, der dann aber – unbeschadet seiner Eigenschaft als Privater – förmlich öffentlich ausschreiben muss.

Das Konzessionsverhältnis ist ein zweigestuftes Rechtsverhältnis, bei dem

- erstens sowohl die Auswahl des Konzessionärs auszuschreiben ist, als auch
- zweitens die konkreten Baumaßnahmen durch den Konzessionär ausgeschrieben werden müssen.

Die Einschlägigkeit dieses Konzessions-Modells im heutigen Sinne ist jedoch vorliegend nicht gegeben: (Bau-)Konzessionen setzen ebenso wie die nicht dem Vergaberecht formal unterfallenden Dienstleistungskonzessionen

- die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechtes durch die öffentliche Hand
- sowie die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos durch den privaten Investor

zwingend als kumulativ zu erfüllende Merkmale voraus.

EuGH, Urt. v. 22.4.2010 (Rs. C-423/07 – »Kommission/ Spanien«), NZBau 2010, 643 = VergabeR 2010, 632; EuGH, Urt. v. 25.3.2010 (Rs. C-451/08 – »Helmut Müller GmbH/ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben«), VergabeR 2010, 441; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.5.2008 (VII-Verg 27/08), VergabeR 2008, 661; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2007 (VII-Verg 30/07), NZBau 2008, 138 = VergabeR 2008, 99; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 (VII-Verg 2/07), VergabeR 2007, 634, NZBau 2007, 530; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999 (Verg 1/99), BauR 1999, 1175 = NVwZ 1999, 1142 = NZBau 2000, 39 = WuW 1999, 929.

Speziell zur Definition einer Baukonzession auch: BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 (Verg 9/00), VergabE C-2-9/99, Rn. 14 = WuW 2001, 430.

Es kann sich vorliegend um keine klassische, „reine“ Konzession im Rechtsinne handeln, wenn es sich tatsächlich so verhält, dass – aktenkundig – die staatlichen Behörden (z.B. der Bundesrechnungshof, aber auch die Bayerische Staatsregierung) immer wieder feststellen und betonen, dass die RMD für ihre projektsteuernden Tätigkeiten gemäß dem Selbstkostenprinzip ohne Gewinnaufschlag vergütet wird.

Dieser Sachverhalt führt zu der Frage: *Wo ist dann aber das für eine wirkliche „Konzession“ im rechtlichen Sinne zwingend notwendige wirtschaftliche Risiko?* Dieses für eine Konzession im heutigen rechtlichen Sinne als zwingendes Merkmal notwendige Risiko ist zu verneinen.

Es ist schon an dieser Stelle zu konstatieren, dass die RMD zwar einen konzessionsähnlichen Auftrag, jedoch keine „Konzession“ im rechtlichen Sinne, übertragen erhalten hat. Zwar mag es historisch und dem äußeren Anschein nach so sein, dass die exklusive Beauftragung der RMD mit den Möglichkeiten der Nutzung der Donau-Ausbaustrecken zur Energiegewinnung Züge einer Konzession aufweist. Aktuell steht aber gerade das in Bezug auf die Ausbaustrecke Straubing-Vilshofen nicht in Rede, zumal derzeit keine Staustufen vorgesehen sind.

Gerade dann handelt es sich aber vielmehr um einen Auftrag zur Projektdurchführung, also eine Art Geschäftsbesorgungsauftrag, im Auftrag und auf Kosten des Bundes, der durch die Besonderheit gekennzeichnet ist, dass er - sowie der Freistaat Bayern - die Personalkosten im Verhältnis 2 : 1 übernehmen und dass bei Wahrnehmung der Aufgaben durch die RMD keinerlei Gewinn erwirtschaftet wird. Das aber wiederum steht rechtlicherseits einer Bejahung der Merkmale eines öffentlichen Auftrags betreffend den Projektsteuerungsvertrag ebenso wenig entgegen wie bezüglich der Bauaufträge, die durch sie vergeben werden.

Im Einzelnen:

Die ursprüngliche Beauftragung wird vorliegend in der Vereinbarung aus den 1920er Jahren als „Konzession“ bezeichnet.

Begriffstechnisch kann damit aus dem Verständnis der damaligen Zeit heraus nur eine relativ grob beschriebene Art der exklusiven Einräumung eines Rechtes gemeint sein, weil die Begrifflichkeiten der Konzessionierung im Sinne des Vergaberechts noch nicht bekannt oder zumindest noch nicht in hinreichendem Maße verfestigt waren. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) wurde im Jahre 1926 geschaffen, die Verdingungsordnung für Lieferleistungen (VOL) erst 1936. Bekannt waren damals allenfalls Bergbaukonzessionen oder Konzessionen im Bereich der Personenbeförderung.

Dennoch weist die damalige Konzessionierung der RMD AG die Besonderheit auf, dass eben kein privatwirtschaftliches Unternehmen konzessioniert wurde, sondern ein solches, das im Eigentum der damaligen Staatsgebilde stand. Dies galt bis einschließlich 1994 im Prinzip weiter. Die Rechtsnachfolger des Reiches (Vereinigtes Wirtschaftsgebiet bzw. Bundesrepublik Deutschland, Freistaat Bayern) sind in die entsprechenden damaligen Rechtspositionen eingetreten.

Rechtlicherseits zu erwägen ist, ob nicht durch die Änderungsverträge des Jahres 1976, in dem die Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG bereits existierte, oder spätestens im Jahre 1994 mit dem Anpassungsvertrag, der dann zu der Privatisierung der RMD AG führte, quasi eine Neuvergabe der „Konzession“ erfolgte.

Immer dann, wenn an bestehenden Rechtsverhältnissen/ Verträgen wesentliche Änderungen vorgenommen werden, ist prinzipiell ein Fall der Pflicht zur Neuvergabe gegeben.

Siehe etwa: EuGH, Urt. v. 19.06.2008 (Rs. C-454/06 – „presetext Nachrichtenagentur GmbH/Republik Österreich).

Dies könnte weiterhin speziell auch dann gelten, als 1999 die RMD Wasserstraßen GmbH ausgegliedert wurde, und nun diese – und nicht mehr die Mutter RMD AG – für den Wasserstraßenausbau im Auftrage der Bundesrepublik Deutschland und des Freistaates Bayern die Aufgaben versieht. Die Rechtsprechung hat verschiedentlich hervorgehoben, dass ein Bieterwechsel grundsätzlich schädlich ist, weil stets eine (rechts-)formale Betrachtung vorgenommen werden muss.

OLG Dresden, Beschl. v. 11.08.2011 (Verg 0006/11);
VK Sachsen, Beschl. v. 08.07.2011 (1/SVK/027–011).

Was innerhalb eines Vergabeverfahrens so bewertet wird, gilt wegen des Prinzips des materiellen Geltungsanspruchs des Vergaberechts auch im Laufe der Leistungserbringung, also während der gesamten Laufzeit.

EuGH, Urt. v. 06.04.2006 (Rs. C-410/04 – »ANAV .I. Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA«), NZBau 2006, 326 = VergabeR 2006, 488 = WuW 2006, 565. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.06.2001 (Verg 3/01), VergabeR 2001, 329 = NZBau 2001, 696: „*materielles Verständnis des ›Vergabeverfahrens‹*“

Man kann insoweit von einem ganzheitlichen Anspruch des Vergaberechts sprechen. Die bereits nach dem Vertrag von 1921 erforderliche Zustimmung auch im Falle einer Übertragung auf Tochterunternehmen stellt einen gestaltenden Rechtsakt dar, der de facto zu einer Neuvergabe führt.

Dies führt zunächst zu der Annahme, dass im Zuge der damaligen Privatisierung in den 1990er Jahren eine Ausschreibung hätte durchgeführt werden müssen. Der bestehende Vertrag mit dem Reich bzw. der Bundesrepublik Deutschland / dem Freistaat Bayern hätte aufgelöst werden müssen. Dies gilt jedenfalls solange und soweit, wie man seinerzeit das Vorhaben verfolgt hat, dass ein Unternehmen der Privatwirtschaft beauftragt werden müsse. Zwar ist der reine Verkauf bzw. die Übertragung staatlichen Besitzes in Form von Gesellschaftsanteilen als Verwertungshandlung kein öffentlicher Auftrag.

Noch, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl. 2011, Rdn. 39.

Jedoch ist nach anerkannten Grundsätzen auch insoweit eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die spätere weitere Auftragsvergaben und sonstige mittelbare Zwecke, die ein Erwerber mit dem Kauf verbindet, einbezieht.

Vgl.: EuGH, Urt. v. 22.12.2010 (Rs. C-215/09 – »Mehiläinen«), VergabeR 2011, 575; EuGH, Urt. v. 10.11.2005 (Rs. C-29/04 – »Kommission/Österreich«), NZBau 2005, 704 = VergabeR 2006, 47 = WuW 2005, 1329; VK Lüneburg, Beschl. v. 01.09.2005 (VgK 36/2005); VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 17.08.2004 (VK 20/04), VergabE E-15–20/04.

In nicht wenigen Fällen haben die Spruchkörper dann im Falle einer Nichtausschreibung letztlich eine Art Umgehungsgeschäft erkannt.

Im vorliegenden Fall hat man ohne Ausschreibung das Unternehmen RMD AG privatisiert und im Jahre 1999 an die Tochtergesellschaft RMD Wasserstraßen GmbH ausgelagert, die laufend Aufträge erhält, und dabei zwar nicht selbst Gewinnerzielungsinteressen verfolgt, aber jedoch mittelbar privatwirtschaftlichen Interessen der Energiewirtschaft zu dienen bestimmt ist. Anderenfalls würde es nach den Gesetzmäßigkeiten des Marktes kein Unternehmen der Privatwirtschaft geben, das solche Leistungen der Projektsteuerung erbringt, wenn damit nicht weitergehende Interessen verbunden wären. Zudem darf man nicht außer Acht lassen, dass mit den Projektsteuerungstätigkeiten Personal hochqualifiziert aus- bzw. weitergebildet wird, das anderweit – ggf. auch gegen Ablösesummen oder andere

geldwerte Vorteile – eingesetzt werden kann. Der derzeitige Arbeitsmarkt auf dem ingenieurtechnischen Felde ist, wie allgemein aus den Medien bekannt ist, praktisch leergefegt. Es existieren sogar offizielle Anwerbungsprogramme der Arbeitsverwaltung im Ausland.

All das bedeutet für den hier vorliegenden Fall, dass auch der Umstand der Übernahme der Personalkosten durch den Staat und die nicht vorhandene Gewinnerzielung seitens der heutigen RMD Wasserstraßen GmbH der Annahme weitergehender Zwecke, die seinerzeit eine Ausschreibungspflicht begründet hätten, nicht entgegenstehen. In jedem Falle werden der RMD durch den Staat rechtliche und tatsächliche Positionen eingeräumt, die einen wirtschaftlichen Wert darstellen.

Selbst wenn die damalige Übertragung der Gesellschaftsanteile kein öffentlicher Auftrag gewesen wäre, hätte man in einem wettbewerblichen, nicht-diskriminierenden und transparenten Verfahren eine solche Privatisierung vornehmen müssen.

Dieser jetzt eingetretene Interessenkonflikt hat, gerade auch im Hinblick auf die angesichts der Gesamtumstände schlichtweg nicht abstreitbare Mitbestimmung, mindestens aber Vorbeeinflussung, bei den grundlegenden Planungsentscheidungen (Voruntersuchungen, Punkteprogramm), die als sicher anzunehmenden Vergaberechtswidrigkeit bestätigt und perpetuiert.

Außerdem wäre es, wie oben schon erwähnt, ein Ansatz, zu prüfen, inwieweit nicht das Ende einer Konzessionierung in gewisser Weise bestimmt sein muss, oder ob man bei Jahrhundertprojekten von diesem wettbewerblichen Ansatz her eine Ausnahme machen kann. Jedenfalls im Falle von Autobahn-Konzessionen (sog. Betreiber-Modell) wird regelmäßig eine begrenzte Konzessionierung auf meist 30 Jahre rechtlicherseits zu verlangen sein.

So die Broschüre: „Das Pilotprojekt Betreibermodell – als Teil der A8 Ulm – Augsburg – München“ (Hrsg.: BMVBW und des Bayerischen Staatsministeriums des Innern), abrufbar unter

http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/straassen-undbrueckenbau/veroeffentlichungen/a8_betreiber.pdf

Die vorliegende „Konzession“ im o.g. untechnisch verstandenen Sinne unterliegt den Besonderheiten einer mangelnden Gewinnerwirtschaftung durch den Konzessionär bzw. eines fehlenden wirtschaftlichen Risikos desselben. Dies in Kombination mit dem gegebenen Maß an staatlicher Aufsicht, maßgeblich abgesichert durch die vertragliche Regelung, dass die RMD Wasserstraßen GmbH gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 des Anpassungsvertrags dem Aufsichts- und Weisungsrecht des Bundes unterliegt, führt zu der Schlussfolgerung, dass die RMD Wasserstraßen GmbH dem Anschein nach ein verlängerter Arm des Staates ist, der seine Aufgaben nach außen hin formal in privater Rechtsform erledigen lässt.

Damit wird von der rechtlichen Figur einer Konzession abgewichen, von der zu verlangen ist, dass der mit der Konzessionierung vom Staat gesetzte grundlegende Rahmen nicht verlassen werden darf. Speziell ist die Besonderheit gegeben, dass trotz (und wohl gerade wegen) dieser staatlichen Schein-Konzessionierung die mittelbaren Interessen privatwirtschaftlicher Energieunternehmen über den quasi verlängerten Arm des Staates, dessen Rolle die RMD einnimmt, geltend gemacht werden können.

Genau dies ist der Inhalt der monierten Interessenskollision, der die RMD unterliegt. Mit anderen Worten:

- ▶ Sie ist einerseits, was die aufsichtsrechtlichen Befugnisse anbelangt, formal dem Staat unterstellt, und wird außerdem von diesem, was die Personalkosten anbelangt, von diesem kostenmäßig freigestellt, so dass es von den rechtlichen Voraussetzungen her nicht einmal für das typische Modell einer staatlichen Konzessionierung von Privatunternehmen reicht,
- ▶ sie unterliegt aber andererseits insbesondere infolge der (mittelbaren) privatwirtschaftlichen Gesellschafterinteressen bei der Ausführung ihrer Tätigkeiten speziell immer dann rechtlicherseits nicht zu tolerierenden Interessenskollisionen, wenn es um grundlegende Fragen der Projektausrichtung geht, deren Mitbeeinflussung
 - infolge des Umstandes, dass der Staat erklärtermaßen gar nicht über das nötige Fachpersonal verfügt,
 - und infolge der notwendigen Begleiterscheinung, dass sich über viele Jahre ein erhebliches sog. Herrschaftswissen angesammelt hat, welches erfahrungsgemäß zu Verselbständigungstendenzen führt,

nicht abgestritten werden kann.

Grundlegende Entscheidungen zu den Ausbauprojekten, hinsichtlich der sie befangen ist, müssen getrennt werden von lediglich projektausführenden Tätigkeiten. Der Verdacht einer recht weitgehenden Projektmitbestimmung (Projektführerschaft), der sich aber bei der hier gegebenen Sach- und Interessenlage geradezu aufdrängt, und der offenbar die grundlegenden Entscheidungen für bestimmte Ausbauproduktvarianten mitbetrifft, ist nicht zu widerlegen. Wie nachfolgend näher auszuführen ist, muss die Rolle der RMD unter den gegebenen Umständen als rechtlich unzulässig, weil mit dem nicht widerlegbaren rechtlichen Makel einer Interessenskollision behaftet, eingestuft werden. Jedenfalls die gewählte Form der Beteiligung der RMD an dem Ausbauprojekt Straubing-Vilshofen begegnet schwerwiegenden rechtlichen Bedenken.

Insbesondere gilt es, wie in all diesen Fällen, jeden „bösen Schein“ einer Mitbestimmung oder auch nur Einflussnahme auf grundlegende Projektentscheidungen, die unter dem Strich eine eigene Begünsti-

gung hervorrufen, die nicht zwingend in messbaren geldwerten Vorteilen bestehen muss, zu vermeiden.

Es ist also die Frage zu vertiefen, inwieweit es rechtlich zugelassen werden konnte, dass sich ein von der Privatwirtschaft getragenes Unternehmen, welches angeblich nur die lediglich ausführende Projektsteuerung versieht, im Gesamtgefüge der hier gegebenen besonderen Umstände, dem Verdacht aussetzt, sowohl im Vorfeld der variantenunabhängigen Untersuchungen wie auch aktuell Einfluss auf den Projektzuschnitt (Variantenausbau) genommen zu haben bzw. zu nehmen, und damit das gesamte Vorhaben mit einem rechtlichen Makel der Interessenskollision zu versehen.

Schon die Gesamtschau der Umstände zeigt, dass ein solches Unternehmen nicht zuletzt in der konkreten Form, in der es ohne Ausschreibung beauftragt wurde, aus vergaberechtlicher Sicht als befangen einzustufen ist.

Zusätzlich ist bei der gewählten Vorgehensweise u.a. die Einhaltung des vergaberechtlichen Letztverantwortlichkeitsprinzips des öffentlichen Auftraggebers mindestens in Frage gestellt.

b. Vergabe der Projektsteuerung an die RMD

Die grundlegende Frage, inwieweit die Vergabe der Projektsteuerung und die Festlegung des Untersuchungsprogramms für den Ausbau der Strecke Straubing-Vilshofen durch die „Konzessionierung“ aus dem Jahre 1921 gedeckt ist, wurde zuvor bereits negativ beurteilt. Sogar die Privatisierung im Jahr 1994 hätte unter Auflösung des Vertrages von 1921 ausgeschrieben werden müssen; Gleiches gilt für die Zustimmung zu der Übertragung der Aufgaben auf die RMD Wasserstraßen GmbH im Jahre 1999.

Kennzeichen des Projektsteuerungsvertrages betreffend den Ausbau Straubing-Vilshofen ist, dass mangelnde Ausschreibung in Kombination mit „Herrschaftswissen“ gegenüber dem Staat, sowie eine Mitbestimmung betr. die Festlegungen des Untersuchungsprogramms zu einer Situation führen, die über die üblichen Aufgaben der Projektsteuerung weit hinausreichen. Die durchschnittlichen Anforderungen an die Projektsteuerung werden nachfolgend beleuchtet.

aa. Wesen und Aufgaben der Projektsteuerung

Die Projektsteuerung wird klassischerweise als das Kernstück eines professionellen Baumanagements im Bauwesen bezeichnet. Sie ermöglicht es, die Prozesse in der Projektarbeit so zu führen, dass die Projektziele erreicht werden können.

Die Projektziele sind regelmäßig fest vorgegeben, so dass es lediglich um die operative Umsetzung von strategischen Zielen geht, die verwirklicht werden sollen.

Der Begriff der Projektsteuerung wurde im Jahre 1977 erstmals in die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) eingeführt. Sie blieb dort als klassisches Leistungsbild bis zum Inkrafttreten der HOAI, Fassung 2009, in § 31 HOAI definiert.

Auf diese Definitionen und Begriffsbestimmungen kann prinzipiell auch weiterhin zurückgegriffen werden. Die Projektsteuerung grenzt sich insbesondere begrifflich und inhaltlich von anderen Projektmanagementleistungen ab.

Projektsteuerung nach dem Verständnis der HOAI ist die Übernahme von delegierbaren Auftraggeberfunktionen gewesen, wie z.B.

- das Erstellen und Koordinieren des Programms für das Gesamtprojekt,
- das Aufstellen und Überwachen von Organisation-, Termin- und Zahlungsplänen bezogen auf Projekt und Projektbeteiligte,
- das laufendes Informieren des Auftraggebers über die Projektentwicklung und das rechtzeitige Herbeiführen von Entscheidungen des Auftraggebers.

Nicht zuletzt wegen der unklaren Abgrenzungen zu solchen Leistungen, die der Architekt zu erbringen hat, und die daher durch sehr unterschiedliche Auslegungen über die Honorarvorstellungen gekennzeichnet waren, führte dies zum Entfallen jeder Regelung über die Projektsteuerungsleistungen in der heutigen HOAI.

In der Vergangenheit machten sich es der Deutsche Verband der Projektmanager in der Bau- und Immobilienwirtschaft (DVP) und der AHO (Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.) zur Aufgabe, Ansätze zu entwickeln, um ein klarer abgegrenztes Leistungsbild für Projektsteuerungsleistungen zu schaffen.

Das Leistungsbild der Projektsteuerung sollte danach Leistungen von Auftragnehmern erfassen, mit denen Funktionen des Auftraggebers bei der Steuerung von Projekten übernommen werden, und zwar insbesondere dann, wenn es mehrere Fachbereiche zu koordinieren galt. Es ging und geht quasi um die Übernahme einer Stabsfunktion.

Die Leistungen sollen danach in fünf Handlungsbereiche und fünf Projektstufen gegliedert werden:

Handlungsbereiche:

- A. Organisation, Information, Koordination und Dokumentation
- B. Qualitäten und Quantitäten
- C. Kosten und Finanzierung
- D. Termine, Kapazitäten und Logistik
- E. Verträge und Versicherungen

Projektstufen

- I. Projektvorbereitung
- II. Planung
- III. Ausführungsvorbereitung
- IV. Ausführung
- V. Projektabschluss

Diese Einteilung in Handlungsbereiche und Projektstufen wird auch von den Gerichten akzeptiert.

Vgl. OLG München, Beschl. v. 10.02.2011 (Verg 24/10). Vgl. *Kulartz*, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, 4. Aufl. 2011, Rdn. 6 zu § 6: „*zwischenzeitlich weit verbreitete Beschreibung für die Projektsteuerung*“.

Gemeinsam ist aber allen diesen Versuchen, die Leistungen der Projektsteuerung zu definieren, dass es sich um die Übernahme von operativen Steuerungstätigkeiten handelt. Eine komplette Delegation – also Nach-außen-Verlagerung – ist damit grundsätzlich nicht verbunden.

Zwar haben sich in der Vergangenheit sehr unterschiedliche Formen der Projektsteuerung entwickelt, die bis hin zu einem aktiven sog. Claim-Management (also Anspruchs-Durchsetzung und ggf. Prozessführung) reichen können. Die Aufgabenbeschreibung hat naturgemäß Konsequenzen für die rechtliche Einordnung des Vertrages

OLG Naumburg, Urf. v. 14. 3. 2008, 10 U 64/07 [nachfolgend: BGH, 124 25. 9. 2008, VII ZR 102/08 {Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen}]; VS 2010, 23: „*Die rechtliche Einordnung der streitgegenständlichen Projektsteuerungsverträge hängt von den im Einzelfall getroffenen Vereinbarungen ab. Diese bestimmen, ob der Vertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat und ob er als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren ist. Werkvertragsrecht findet stets dann Anwendung, wenn der Projektsteuerer durch seine vertragliche Leistung einen Werkerfolg im Sinne des § 631 BGB schuldet. Nicht erforderlich ist dabei, dass der Projektsteuerer ausschließlich erfolgsorientierte Pflichten wahrnimmt. Werkver-*

tragsrecht kann vielmehr auch dann anwendbar sein, wenn der Unternehmer ein Bündel von verschiedenen Aufgaben übernommen hat und die erfolgsorientierten Aufgaben dermaßen überwiegen, dass sie den Gesamtcharakter des Vertrages prägen (vgl. BGH NJW 1999, 3118 - 3119 zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 24. April 2006, 8 U 131/05, BauR 2007, 1107 zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 28. März 2000, 28 U 3035/99 zitiert nach juris; Eschenbruch, Recht der Projektsteuerung, 2. Aufl., Rdn. 773 ff.; Werner/Pastor, Baurecht, 11. Aufl., Kapitel 7 Rdn. 1429; Loecher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 31 HOAI Rdn. 14 f). Es kommt mithin darauf an, wo der Schwerpunkt der vom Projektsteuerer übernommenen Aufgaben liegt.“

Dies hat aber andererseits auch Konsequenzen für die Beurteilung der speziellen Frage, ob ggf. originäre Aufgaben des Auftraggebers – also auch grundlegende strategische Entscheidungen – übernommen werden.

OLG Naumburg, Urt. v. 14. 3. 2008, 10 U 64/07: „Nach der im Projektsteuerungsvertrag in Bezug genommenen Beschreibung des Vertragsgegenstandes beschränken sich die Aufgaben der Klägerin keineswegs in reinen Beratungs-, Berichterstattungs- sowie Informationsleistungen. Der Klägerin sind vielmehr daneben umfangreiche Kontroll- und Überprüfungstätigkeiten im Zusammenhang mit dem Termin-, Kosten- und Qualitätsmanagement übertragen worden. Nach dem erweiterten Leistungsbild Anlage 3 aa) obliegt der Klägerin neben der Neuordnung der Organisationsstruktur auch die gesamte Terminplanung mit einer Neufestlegung von Terminen sowie die Kostenkontrolle und das Anti-Claim-Management gestörter Bauabläufe mit der Prüfung von Nachträgen. Ihr ist ferner das Vertragsmanagement mit einer Analyse der vorhandenen Planer- und Beraterverträge auf Vollständigkeit der Leistungsbilder und im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Vertragsergänzung sowie die Vorbereitung des Mahnwesens und das Belastungsmanagement übertragen worden. In dem Leistungspaket der Klägerin war zudem die Teilnahme an den Abnahmen mit der Verpflichtung der Klägerin enthalten, die bei der Abnahme festgestellten Mängel zu kontrollieren und die Mängelbeseitigungsmaßnahmen voran zu bringen. Mit diesen bedeutsamen Projektsteuerungsaufgaben, nämlich der Sicherung und Steuerung der Kosten, Termine und Qualitäten im Rahmen eines Qualitätsmanagements sowie der Gesamtkoordinierung des Bauablaufs hat die Klägerin erfolgsbezogene Tätigkeiten übernommen, die einen beachtlichen Anteil an einer erfolgreichen Realisierung des Gesamtprojektes einnehmen (vgl. BGH NJW 1999, 3118 - 3119 zitiert nach juris; Eschenbruch, Recht der Projektsteuerung, 2. Aufl., Rdn. 773 ff.; Werner in Werner/Pastor, Baurecht, 11. Aufl., Kapitel 7, Rdn. 1429).“

(Hervorhebungen durch den Uz.)

Selbst aus dieser sehr weit gefassten Aufgabenbeschreibung wird deutlich, dass die letztendliche Entscheidungsbefugnis, welche Ansprüche verfolgt werden, und wo gemahnt bzw. geklagt wird, dem Auftraggeber vorbehalten bleiben soll (und muss).

Beklagt war in dem zugrundeliegenden Fall das Land Sachsen-Anhalt als öffentlicher Auftraggeber. Diesem Umstand kommt aus den Gründen des öffentlichen Rechts (Zuständigkeiten, Kompetenzen usw.), des allgemeinen Haushaltsrechts und des Vergaberechts eine ganz besondere Bedeutung zu:

Selbst wenn für einen privaten öffentlichen Auftraggeber alle diese Leistungen delegierbar wären und es sicherlich auch sind, so verhält sich das im Unterschied dazu im Falle eines öffentlichen Auftraggebers, der den verschiedensten Bindungen des öffentlichen Rechts unterliegt, grundlegend anders.

bb. Grundsätzliche Ausschreibungspflichtigkeit der Projektsteuerung

Leistungen der Projektsteuerung sind grundsätzlich ausschreibungspflichtig.

Sie fallen unter den Anhang I der Vergabekoordinierungsrichtlinie VKRL 2004/18/EG, der die sog. „vorrangigen Leistungen“ betrifft. Dies sind Dienstleistungen, die einem europaweiten Ausschreibungswettbewerb geöffnet werden müssen, und die insbesondere im Amtsblatt der EU zuvor bekanntzumachen sind.

In der deutschen Umsetzung in Form der VOL/A und der VOF ist dann zu prüfen, inwieweit diese sich (zumindest auch) an Freiberufler richtende Leistung zuvor im Ergebnis eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.

OLG München, Beschl. v. 10.02.2011 (Verg 24/10): „Die Projektsteuerung ist im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Vergabebekanntmachung ordnungsgemäß nach § 5 Abs. 1 VOF a.F. ausgeschrieben worden. Bei den ausgeschriebenen Projektsteuerungsleistungen handelt es sich um freiberufliche Leistungen, die in Anh. I A zur VOF a.F. unter Ziffer 11 aufgeführt sind.“

Die Prüfung der Frage, ob eine vorab gegebene Beschreibbarkeit gegeben ist (dann Anwendung der VOL/A mit Beachtung des Vorrangs des Offenen Verfahrens) oder ob die Leistung im Ergebnis vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (dann Anwendung der VOF mit Möglichkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens, allerdings im Regelfall mit Vorschaltung eines förmlichen europaweiten Öffentlichen Teilnahmewettbewerbes), ist so dann vorzunehmen, wobei immer zu beachten ist, dass die VOF im Wesentlichen nur für wirklich künstlerisch-kreative Planungsleistungen Anwendung finden soll.

Dementsprechend kann dem Beschluss des OLG München in einer Randbemerkung auch entnommen werden, dass es auch umfangreiche Projektsteuerungsleistungen für durchaus nach der VOL/A ausschreibbar erachtet.

OLG München, Beschl. v. 10.02.2011 (Verg 24/10): „Der Senat ist auch nicht unbedingt der Auffassung, dass es sich bei der ausgeschriebenen Projektsteuerungsleistung um eine nicht beschreibbare Leistung handelt; hiergegen sprechen schon die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen selbst, in welchen - unter Ausfüllung anhand der einschlägigen Regelwerke - klar die einzelnen Schritte der Projektsteuerung aufgeführt sind.“

Diese Einschätzung mit der Zuordnung zum Bereich eher standardisierter Leistungen nach der VOL/A bekräftigt um so mehr die grundsätzliche Ausschreibungsfähigkeit von Projektsteuerungsleistungen. Insbesondere wird man, was aus der Entscheidung des OLG München auch hervorgeht, sich im Grundsatz nicht auf den Standpunkt zurückziehen können, dass angeblich so spezifische Leistungen zu vergeben sind, die nur von einem ganz bestimmten Büro erbracht werden können, z.B. was die vorhandenen Kontakte zu Behörden (Beantragung und Einwerbung von Fördermitteln etc.) anbelangt.

cc. Projektsteuerung im Gefüge der Realisierung eines öffentlichen Projektes

Besondere Anforderungen an die Vergabe von Projektsteuerungsleistungen ergeben sich im öffentlichen Bereich bei der Vergabe von staatlichen Behörden.

(1) Letztverantwortlichkeitsprinzip

Die Übertragung nicht nur der Projektsteuerung, sondern ggf. auch der gesamten Projektleitung bzw. Gesamtverantwortung, auf einen Dienstleister stellt eine sehr weitgehende Wahrnehmung von Aufgaben durch Dritte dar, bei denen vom Grundsatz her zu allererst eigentlich der öffentliche Auftraggeber in seiner Rolle als Beschaffer und Verwender von Steuergeldern gefragt ist.

Die Übertragung wesentlicher Steuerungsfunktionen auf einen Dienstleister, der neben dieser Steuerung auch noch die Leitung des Projekts übernehmen soll, ist ein Vorgang, der **vergaberechtlich intensiv zu beleuchten** ist.

Das Europarecht, maßgeblich die **Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG**, kennt **keine speziellen Rechtsvorgaben**, gemäß denen so etwas wie ein vergaberechtliches Letztentscheidungsgebot existieren würde.

Das einzige, was auch aus den **EU-Bekanntmachungsformularen** direkt hervorgeht, sind Beschaffungen, bei denen durch innerverwaltungsmäßige Vorgänge ein öffentlicher Auftraggeber für einen anderen beschafft (vgl. Art. 1 Abs. 10 VKRL 2004/18/EG; Definition sog. zentraler Beschaffungsstellen). Dies sind die Fälle, in denen beispielsweise eine Spitzenbeschaffungsbehörde wie das Beschaffungsamt des BMI für eine andere Bundesbehörde beschafft und in denen eine sog. „**Bedarfsträgerschaft**“ gegeben ist: Dies bedeutet, dass eine Behörde den Beschaffungsvorgang vornimmt, aber in Wirklichkeit eine andere Behörde der Bedarfsträger ist. Weitere For-

men der Beschaffung, die in diese Richtung gehen, sind solche, bei denen sich mehrere öffentliche Auftraggeber zu einer **Bedarfsgemeinschaft** zusammenschließen und bei denen z.B. ein Landkreis federführend für eine Gemeinschaft von Landkreisen eine Beschaffung für diese Bedarfsgemeinschaft durchführt. Aber auch diese Fälle **sind nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar**, in dem es um die Frage der Aufgabenwahrnehmung durch eingeschaltete Dienstleister als Drittbeteiligte geht.

Daher ist die für die hier aufgeworfenen Fragestellungen maßgebliche Rechtslage **schwerpunktmäßig durch die nationale Rechtslage geprägt**.

Bei verschiedensten Recherchen des Uz. hat sich herausgestellt, dass **etliche Entscheidungen der Vergabenachprüfungsorgane** existieren. Es gibt auch bereits Beschlüsse, die sich auf die **neue Rechtslage** nach den Vergabe- und Vertragsordnungen der Fassung 2009 beziehen.

(1a) Reichweite nach altem Recht

Das vergaberechtliche Letztentscheidungsgebot, war bislang einzig in § 2 Nr. 3 der VOL/A 2006 verankert.

„§ 2 Grundsätze der Vergabe (...)

Leistungen sind unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestellen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben.“
(Hervorhebung durch den Verf.)

In dieser Bestimmung ist – vom Wortlaut her etwas unglücklich gewählt – von **„ausschließlicher“ Verantwortung** die Rede. Im eigentlichen Sinne gemeint und letztlich interpretationshalber so auszulegen ist dies in der Weise, dass vom öffentlichen Auftraggeber eine **Letztentscheidung** verlangt wird, die es gerade nicht verunmöglichen soll, unterstützende Dienstleistungen an Dritte zu vergeben.

Siehe Noch, Vergaberecht kompakt, 4. Aufl. 2008, Rdn. 104, S. 164: „Bei der Beteiligung von Dritten ist generell darauf zu achten, dass die Vergabeentscheidungen selbständig durch den Auftraggeber zu treffen sind (siehe § 2 Nr. 3 VOL/A, Letztentscheidungsrecht und Letztentscheidungspflicht des Auftraggebers).“

Es existieren dazu nach altem Recht **verschiedene Judikate für den Bereich der Vergaben gemäß der VOL/A**, für die diese Norm direkt anwendbares Recht war. So ist der bei einer Ausschreibung von Versicherungsverträgen eingeschaltete Versicherungsberater

lediglich berechtigt, Entscheidungsvorschläge für die Gestaltung der Leistungsbeschreibung oder für die Bezuschlagung zu unterbreiten, und im Gegenzuge ist die Vergabestelle verpflichtet, insbesondere im Falle der Ausfüllung eines Ermessensspielraumes (diese gibt es von grundlegenden Konzeptionsfragen der Ausschreibung bis zur Phase des Zuschlags) eigenständige Wertungen zu treffen.

OLG Naumburg, Beschl. v. 26. 2. 2004, 1 Verg 17/03, VergabeR 2004, 387 = IBR 2004, 218.

Es existieren **aber auch Judikate für den Bereich der VOB/A**, in dem diese Norm ebenfalls für gültig erachtet wird bzw. wurde.

(1aa)

Das OLG München hatte Mitte 2005 betreffend eine VOB/A-Ausschreibung, bei der es um Sanierungs- und Erweiterungsarbeiten für ein Klinikum (Küchentechnik) ging, geurteilt, dass der öffentliche Auftraggeber die Wertungsentscheidung selbst zu treffen hat, und er sie nicht einem Sachverständigen (Planungsbüro, Projektsteuerungsbüro) überlassen darf.

OLG München, Beschl. v. 15. 7. 2005, Verg 14/05.

In diesem Fall hat der dortige Vergabesenat die **Übertragung von Projektsteuerungsaufgaben** zwar grundsätzlich für **rechtlich machbar** erklärt und auch bescheinigt, dass eine solche Wahrnehmung von Aufgaben durchaus „üblich“ ist, jedoch Anstoß daran genommen, dass die **Wertungsentscheidung nicht durch den öffentlichen Auftraggeber vorgenommen** worden ist.

Ein Dienstleister dürfe nur zur Unterstützung des öffentlichen Auftraggebers eingesetzt werden und dabei den dem Vergabeverfahren **zugrunde liegenden Sachverhalt kaufmännisch, technisch und/oder juristisch aufbereiten**. Entscheiden darf er aber nicht; die Kernkompetenz muss beim Auftraggeber verbleiben.

OLG München, Beschl. v. 15. 7. 2005, Verg 14/05: *„Darum darf er zwar die Wertungsentscheidung vorbereiten, er darf sie aber nicht selbst treffen; dies ist alleinige Aufgabe des Auftraggebers (OLG Naumburg vom 26.2.2004 - IBR 2004, 218; VK Lüneburg vom 3.5.2005 - VgK-14/2005 und vom 18.11.2002 - 203-VgK-25/2002; VK Sachsen vom 9.5.2003 - 1/SVK/034-03, Franke/Mertens VOB-Kommentar 2. Aufl. § 7 VOB/A Rn. 4 und 7; Herrmann in Völlink/Kehrberg VOB/A § 7 Rn. 22; Schraner in Ingenstau/Korbion, 15. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 27). Eine Wertung, die nicht der Auftraggeber selbst durchgeführt hat, verstößt gegen das Transparenzgebot sowie gegen den Wettbewerbsgrundsatz und ist deshalb rechtswidrig.“*

Die Aktenlage dieses vom OLG entschiedenen Falles stellt sich anhand der Beschlussgründe eindeutig dergestalt dar, dass das **Projektsteuerungsbüro praktisch alle Funktionen inklusive Durchführung der Wertung, sogar bin hin zu den Stellungnahmen im Nachprüfungsverfahren, übernommen** hat. Damit handelt es sich insofern um einen gewissermaßen „plakativen“ Fall, in welchem das OLG angesichts der erdrückenden Sachlage letztlich gar nicht anders als zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers entscheiden konnte.

OLG München, Beschl. v. 15. 7. 2005, Verg 14/05: „Der Antragsgegner hat sich an der Wertung nach Aktenlage offensichtlich überhaupt nicht beteiligt. Dies ergibt sich im Grunde genommen schon aus den verschiedenen Schreiben des Planungs- und des Projektsteuerungsbüros. Wenn auch in diesen Schreiben beteuert wird, die Wertung sei mit dem Klinikum besprochen worden, das Klinikum habe die Wertung gebilligt und es liege ein Handeln als Erfüllungsgehilfe vor, liegt hierin - unterstellt dieser Sachvortrag trifft zu - keineswegs eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers. Denn Auftraggeber ist nach der Vergabebekanntmachung nicht das Klinikum, sondern der Landkreis N., vertreten durch den Landrat. Dieser ist zu keinem Zeitpunkt in das Verfahren involviert worden. Im Übrigen hat der Senat aber auch erhebliche Zweifel, ob das Klinikum in irgendeiner Weise an der Wertung beteiligt war. In den gesamten Unterlagen findet sich nichts, was nur annähernd als eine Beteiligung angesehen werden könnte, weder ein Schreiben noch eine Gesprächsnotiz noch ein vom Antragsgegner unterzeichneter Randvermerk "einverstanden". Bezeichnenderweise ist sogar der Vergabevermerk durch das Projektsteuerungsbüro H. erstellt worden; im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer gegen den Antragsgegner haben sich lediglich Planungs- und Projektsteuerungsbüro zur Sache geäußert, nicht etwa der Antragsgegner. Der Vergabevermerk ist im übrigen nicht unterschrieben und damit nicht ordnungsgemäß erstellt.“ (Hervorhebungen durch den Uz.)

Diese Art der Komplettdellegation, vor allem inklusive des Umstandes, dass **praktisch keinerlei Beteiligung** in Form einer Mitentscheidung geschweige denn erkennbaren inhaltlichen Mitprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber vorlag, musste fast schon zwangsläufig zu dem für den öffentlichen Auftraggeber negativen Ausgang des Verfahrens führen.

Dabei weist dieses vom OLG entschiedene Verfahren die Besonderheit auf, dass das Städtische Klinikum nicht selbst Auftraggeber ist, sondern der Landkreis, vertreten durch den Landrat. Auf Auftraggeberseite agierten also drei verschiedene Stellen.

Dieser besondere Umstand in dem entschiedenen Fall mindert die Aussagekraft des Beschlusses allerdings nicht. Eine Komplettdellegation – ohne ein Mindestmaß an Beteiligung des eigentlich Beschaffenden – im Zweipersonenverhältnis zwischen Auftraggeber und Projektsteuerer ist nach den vom OLG aufgezeigten Maßstäben aus den gleichen Erwägungen heraus ebenfalls nicht statthaft. Diesen Aspekt betont das OLG München schließlich auch ausdrücklich bezogen auf das Verhältnis zwischen Klinikum und Projektsteuerungsbüro.

(1ab)

In die gleiche Richtung geht eine Entscheidung der VK Lüneburg.

VK Lüneburg, Beschl. v. 11. 1. 2005, 203-VgK-55/04.

In dem dort entschiedenen Fall ging es um die Vergabe von Metallbauarbeiten (Fenster-Fassade) im Rahmen der Baumaßnahme eines Krankenhauses. Die Kammer moniert die komplette Aufgaben-delegation an das Projektsteuerungsbüro, die sich in der Weise ausgewirkt hat, dass der **Auftraggeber damit zu keinem Zeitpunkt mehr eine eigene verantwortliche Vergabeentscheidung getroffen** hat. Damit wird gegen die Regeln über die vergaberechtlich zulässigen Befugnisse eines sog. Sachverständigen i.S.d. § 7 VOB/A verstoßen – eine Regelung, die in dem Zusammenhang des Letzte-entscheidungsgebotes durchaus häufiger zitiert wurde, die aber heutzutage in der VOB/A 2009 gleichfalls nicht mehr existiert.

VK Lüneburg, Beschl. v. 11. 1. 2005, 203-VgK-55/04: „Aus der Vergabeakte ist nicht ersichtlich, geschweige denn wird in einem den Anforderungen des § 30 VOB/A genügenden Vermerk belegt, dass die in den einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens zu treffenden Entscheidungen von dem Auftraggeber selbst getroffen wurden. Vielmehr hat der Auftraggeber seine Entscheidungskompetenzen vollständig dem mit der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragten Ingenieurbüro übertragen. Der Auftraggeber hat damit zu keinem Zeitpunkt eine eigene verantwortliche Vergabeentscheidung getroffen. Der Auftraggeber hat dem Ingenieurbüro Befugnisse eingeräumt, die weder unter dem Gesichtspunkt eines vom Auftraggeber hinzugezogenen "ausschreibenden Planers" im Sinne des § 15 Abs. 2 Nr. 6 HOAI (vgl. Beck'scher VOB-Kommentar, § 7, Rn. 51) noch unter dem Gesichtspunkt einer Mitwirkung von Sachverständigen gem. § 7 VOB/A gerechtfertigt sind.

Gemäß § 7 Nr. 1 VOB/A ist die Mitwirkung von "besonderen Sachverständigen" zulässig, sofern sie zweckmäßig ist, um die Vergabe, insbesondere die Verdingungsunterlagen, vorzubereiten oder die geforderten Preise einschließlich der Vergütungen für Stundenlohnarbeiten (Stundenlohnschläge, Berechnungssätze) zu beurteilen oder die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu begutachten. Diese Sachverständigen sollen grundsätzlich von Berufsvertretungen vorgeschlagen werden. Sie dürfen weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein. Wann die Mitwirkung eines Sachverständigen zweckmäßig im Sinne dieser Vorschrift ist, wird grundsätzlich in das Ermessen des den Sachverständigen beauftragenden Beteiligten, hier des Auftraggebers gestellt. Der Auftraggeber ist jedoch, wenn er wie im vorliegenden Fall selbst nicht über ausreichenden Sachverstand verfügt, verpflichtet, einen besonderen Sachverständigen hinzuzuziehen, um eine ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens zu gewährleisten (vgl. Franke/ Kemper/Zanner/ Grünhagen, VOB-Kommentar, A § 7, Rn. 6). Das gilt insbesondere auch für die Prüfung (§ 23 VOB/A) und die vorbereitende Wertung (§ 25 VOB/A) von Nebenangeboten sowie z.B. für die Koordination der Ausschreibung, die Durchführung des Eröffnungstermins, die Prüfung der Angebote in technischer und kaufmännischer Hinsicht, die Sachverhaltsvorbereitung für die Wertung und - nicht zuletzt - die Informations- und Dokumentationspflichten während des Vergabeverfahrens. § 7 VOB/A geht jedoch ebenso wie § 6 Nr. 3 VOL/A davon aus, dass der Auftraggeber die Entscheidungen im Vergabeverfahren stets in eigener Verantwortung trifft (vgl. Franke/Grünhagen, a.a.O., A § 7, Rn. 1).“

Weder erlauben also die Maßstäbe des früheren § 7 Nr. 1 VOB/A eine solche Art der kompletten Aufgabendelegation, welche die Übertragung jeder Entscheidung bedeutet, noch sind es die Grundsätze der Befugnisse des Planers nach § 15 HOAI.

VK Lüneburg, a.a.O.: „Aufgabe des Sachverständigen oder des ausschreibenden Planers im Sinne des § 15 Nr. 2 Abs. 6 HOAI ist es, durch schriftliche oder mündliche Äußerungen die Prüfung und Auswertung vorgegebener Tatsachen zu unterstützen, indem er aufgrund seines Fachwissens subjektive Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen bekundet. Will sich der Auftraggeber den Inhalt der gutachterlichen Äußerungen eines besonderen Sachverständigen bei der Entscheidung zu eigen machen, so ist er verpflichtet, sich zuvor inhaltlich noch einmal damit auseinanderzusetzen. Die Aufbereitung eines Sachverhalts durch einen Sachverständigen oder einen ausschreibenden Planer kann die Wertung des Auftraggebers nicht ersetzen. Zutreffend bemerkt deshalb das Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (VHB) zu § 7 VOB/A:

"Die Mitwirkung von Sachverständigen entbindet das Bauamt nicht, die Entscheidung in eigener Verantwortung zu treffen."

Geradezu mustergültig dafür, wie die Ausschreibungsprozesse bei der Beteiligung Dritter aus vergaberechtlicher Sicht auf keinen Fall aussehen dürfen, sind die Ausführungen der Vergabekammer im hinteren Teil des Beschlusses, wo es wie folgt heißt:

„Das Schreiben enthält am Ende lediglich den Vermerk: "Kopie: Bauherr". Die Vergabeakte erweckt den Eindruck, dass der Auftraggeber sich im gesamten Vergabeverfahren nahezu wie ein Unbeteiligter verhalten hat. Irgendeine schriftliche Äußerung des Auftraggebers zur beabsichtigten Vergabe enthält die Vergabeakte nicht. Er hat vielmehr lediglich die Prüfungsergebnisse und Entscheidungen des beauftragten Ingenieurbüros jeweils als Kopie zur Kenntnis erhalten.“

Diese Erwägungen sollten maßgeblich in die zu ziehenden Schlussfolgerungen einfließen.

(1ac)

Ein anderer Fall der VK Nordbayern aus dem Jahre 2009 betraf Straßenbauarbeiten (Brückenbau). Dieser Fall ist durch die inhaltliche Aussage gekennzeichnet, dass, **anders** als es bei den bisher geschilderten Sachverhaltskonstellationen der Fall war, **im Ergebnis die Einschaltung des Projektsteuerers nicht beanstandet** wird.

Die Kammer lässt es unter Bezugnahme auf die oben erläuterte Rechtsprechungslinie **ausdrücklich genügen, wenn irgendwelche Zustimmungsakte**, die eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Vorschlägen eines Projektbüros signalisieren, **vorhanden sind**.

VK Nordbayern, Beschl. v. 17. 11. 2009, Az.: VK 21.VK-3194-50/09): „Die Kernkompetenz der Entscheidung muss jedoch beim Auftraggeber verbleiben. Insbesondere ist es allein Sache des Auftraggebers, Wertungen (vgl. OLG München vom 18.08.2005, Verg 14/05) und Ermessensentscheidungen zu treffen.

In den Vergabeakten findet sich ein Vergabevermerk (Formblatt 331.H) vom 06.10.2009, der dem Vergabevorschlag des beauftragten Ingenieurbüros entspricht.

Der Auftraggeber darf sich einen solchen Vermerk ebenso wie einen Vergabevorschlag eines Dritten zu eigen machen, er muss dann aber durch einen schriftlichen Zustimmungsvermerk oder einen vergleichbaren Akt hinreichend deutlich machen, dass er den Inhalt geprüft und eine eigenverantwortliche Entscheidung getroffen hat (OLG München vom 21.08.2008 – Verg 13/08).

Im vorliegenden Fall ist im Vergabevermerk "einverstanden" angekreuzt und durch die Geschäftsführung unterzeichnet. Damit hat die VSt dokumentiert, dass sie eine eigenständige Prüfung und Entscheidung getroffen hat. Ferner wurde ein entsprechender zustimmender Beschluss des Aufsichtsrates am 02.10.2009 eingeholt." (Hervorhebungen durch den Uz.)

Schlussfolgerung hieraus ist, dass unter **Umständen ein Kreuzchen nebst Abzeichnungsvermerk genügen kann**, mit dem ausgesagt wird, dass eine Überprüfung des Entscheidungsvorschlages, mindestens aber eine förmliche Zustimmung, stattgefunden hat, und dass hier eine eigenständige Willenserklärung des öffentlichen Auftraggebers zugrundeliegt.

(1ad)

In einem Fall der VK Baden-Württemberg wird darauf verwiesen, dass es **allgemein üblich und zulässig** ist, dass **Beratungsunternehmen**

- den dem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Sachverhalt aufbereiten,
- das Verfahren begleiten
- und einen Vergabevorschlag ausarbeiten.

Diese Wertung spiegelt zum einen die häufige Zwangssituation in der Praxis wider, dass aufgrund von Personalknappheit in den Bauverwaltungen „outgesourct“ werden muss. Zum anderen gesteht die Kammer damit die rechtliche Konformität umfangreicher Projektbegleitung zu.

VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 16. 4. 2010, 1 VK 16/10.

Speziell ist es als rechtlich sehr beachtlich zu werten, wenn die Kammer die **fachliche Aufbereitung des Sachverhaltes für übertragbar** hält. Damit wird letztlich auch eine **weitgehende Übertragung der fachlichen Beurteilungsspielräume** gutgeheißen. Diese fachlichen Beurteilungsspielräume können juristisch nicht von den rechtlichen Beurteilungsspielräumen betreffend die Grundlagen der Ausschreibung getrennt werden. Im Grunde genommen wird damit, wenn dies so für vergaberechtlich statthaft erachtet wird, – überspitzt ausgedrückt – ein Teil der Ermessensausübung delegiert.

Auch aus dem Umstand, dass **beim Aufklärungsgespräch ein Berater teilnimmt**, lässt sich deshalb nicht im Entferntesten schließen,

dass das Vergabeverfahren entgegen dem Rechtsgedanken des bisherigen § 2 Nr. 3 VOL/A nicht unter der Verantwortung der Vergabestelle durchgeführt wurde.

(1ae)

Mit diesen Entscheidungen wird bzw. wurde der vergaberechtliche Rahmen (VOL/A 2006, VOB/A 2006) für zulässige Aufgabenwahrnehmung durch eingeschaltete Dritte vorgegeben.

(1b) Reichweite nach neuem Recht

Im Zuge der zweiten Stufe der Vergaberechts-Reform aus 2009/2010 ist die bisher lediglich in der VOL/A (§ 2 Nr. 3) vorhandene Bestimmung ersatzlos weggefallen.

Dennoch verhält es sich gemäß einer **ersten Rechtsprechungstendenz**, die einer sehr aktuellen Entscheidung der VK Lüneburg zu entnehmen ist, offenbar dergestalt, dass auch weiterhin von einer **Geltung des Rechtsgedankens des bisherigen § 2 Nr. 3 VOL/A 2006 auszugehen** sein soll, und zwar im Wege eines allgemeinen vergaberechtlichen Prinzips über den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB.

VK Lüneburg, Beschl. v. 29. 10. 2010, VgK 52/2010: „Dabei ist vorliegend nicht entscheidungserheblich, ob diese vormals in § 2 Nr. 3 VOL/A 2006 auch ausdrücklich geregelte Letztentscheidungspflicht auch auf der Grundlage der VOL/A 2009 noch in der bisherigen Strenge und insbesondere auch in der dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagerten Konzeptionsphase fortgilt. Während § 2 Nr. 3 VOL/A in der Fassung von 2006 noch ausdrücklich regelte, dass Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestellen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben sind, enthält die VOL/A 2009 keine explizierte Regelung des Letztverantwortlichkeitsprinzips. Die Vergabekammer vertritt allerdings mit der Antragstellerin die Auffassung, dass bereits das vergaberechtliche Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB gebietet, dass der Auftraggeber zumindest die wesentlichen Entscheidungen, die nach § 24 Abs. 2 VOL/A-EG in der Vergabeakte zu dokumentieren sind, nicht auf Dritte delegieren darf.“

Mit diesen Ausführungen knüpft die Vergabekammer in der Sache **nahtlos an den bisherigen Rechtszustand an**.

Auch wird in dem Beschluss explizit die Einschaltung Dritter nicht ausgeschlossen, sondern unter gewissen Voraussetzungen gerade erlaubt.

VK Lüneburg, Beschl. v. 29. 10. 2010, VgK 52/2010: „Die öffentlichen Auftraggeber dürfen sich aber nach wie vor zur Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens der Hilfe und Beratung Dritter bedienen, was der Auftraggeber vorliegend durch die Beauftragung des Kommunalberaters X auch in nicht zu beanstandender Weise getan hat. So ist in der Vergabeakte ein Vermerk vom 15.06.2010 über eine Besprechung der Aus-

schreibung Sachversicherungen Landkreis Y zum 01.01.2010 mit den Herren Z und A vom Auftraggeber und Herrn T vom Büro des Kommunalberaters am 15.06.2010 enthalten. Dort sind die wesentlichen Ergebnisse des Gesprächs über die Eckpunkte der Ausschreibung wie etwa Versicherungsdauer, Abdeckung von Terror schaden, Gewichtung des Zuschlagskriteriums Beiträge und Erstellung der Unterlagen festgehalten. Ferner ist ein E-Mail-Austausch zwischen dem Auftraggeber und dem Kommunalberater vom 08.07.2010 über die Notwendigkeit einer Maschinenversicherung enthalten. Auch die an die Bieter versandten Vergabeunterlagen und der weitere Schriftverkehr mit den Bietern, insbesondere die drei Bieterinformationen vom 17.08.2010 und die Bieterinformation vom 19.08.2010 sind ausweislich des Briefkopfs und der Unterschriften unter Federführung des Auftraggebers nach Rücksprache mit dem Kommunalberater bzw. auf der Grundlage seines Entwurfs der Leistungsbeschreibung erfolgt. Ein Verstoß gegen die Letztentscheidungspflicht der ausschreibenden Stelle liegt somit nicht vor.“

Diese von der Vergabekammer geäußerte Auffassung kann als ein erstes – und weil ausführlich begründet – auch als ein einigermaßen belastbares Judikat dahingehend gewertet werden, dass die Vorschriftenänderung in Form der Streichung des § 2 Nr. 3 VOL/A 2006 **keine wirkliche Änderung der Rechtslage** ausgelöst hat. Gleichermäßen wird im Ergebnis dieser Entscheidung der Spielraum für die Tätigkeit von eingeschalteten Dritten betont und bestätigt.

Noch, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl. 2011, Rdn. 293.

Damit **behalten** auch die bisherigen, von der Rechtsprechung **getätigten Schlussfolgerungen im Hinblick auf eine gleichgelagerte Rechtslage nach der VOB/A ihre Gültigkeit**. Das bedeutet, dass auch im Anwendungsbereich der neuen VOB/A 2009 an den Rechtsprechungsfundus zur Letztentscheidungspflicht des öffentlichen Auftraggebers anzuknüpfen sein wird.

Eine denkbare **gegenteilige Auslegung** dahingehend, dass mit der expliziten Streichung des § 2 Nr. 3 VOL/A eine substantielle Rechtsänderung dahingehend ausdrücklich gewollt ist, dass nunmehr komplette Aufgabenübertragungen erlaubt sein sollen, erscheint nur unter erheblichen Schwierigkeiten vertretbar. Eine kurze Begründung dafür ist, dass hier für den Bereich der staatlichen Auftraggeber, aber auch für andere Institutionen, die Steuermittel verwenden (bis hin zu qua Zuwendungsbescheid geförderten privatwirtschaftlichen Institutionen), die Grenzen des Verwaltungsrechts relevant werden, und zwar bereits im Falle der staatlichen Auftraggeber Haushalts- und Zuständigkeitsregelungen, ohne dass dies im vorliegenden Zusammenhang weiter vertieft zu werden braucht.

(2) Neutralitätsprinzip

Das vergaberechtliche Neutralitätsprinzip ist ein erläuterungsbedürftiger Begriff, weil es in **sehr vielen Bezügen und Konstellationen eine Rolle spielt**.

Es betrifft, grob gesagt, zum einen die Neutralität bei der Konzeption von Ausschreibungen und zum anderen die Anforderungen bei der Entscheidung über die Zuschlagsentscheidungen in öffentlichen Ausschreibungen.

Zum letztgenannten Sachverhalt hatte sich der Präzedenzfall ereignet, dass Ende der 1990er Jahre eine politische beeinflusste Entscheidung über eine Vergabe erging, die zu großen Diskussionen und sonach zu Konsequenzen des Ordnungsgebers geführt hatte.

In dem damaligen Fall hatte *Frau Fugmann-Heesing* über eine Vergabeentscheidung mitentschieden, bei der der bezuschlagte Bieter durch persönliche Beziehungen mit ihr verbunden war. Dass dies weder politisch noch rechtlich so einwandfrei funktionieren konnte, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Der Fall führte zunächst zu der Frage, inwieweit die Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts, die in § 20 VwVfG den Grundsatz der Neutralität kennen, auf Vergabeverfahren anwendbar sind. Das wurde damals von der VK Brandenburg bejaht, dann aber durch das OLG Brandenburg verneint.

OLG Brandenburg v. 03.08.1999 (6 Verg 1/99), BauR 1999, 1175 = NVwZ 1999, 1142 = NZBau 2000, 39.

Begründung war und ist, dass das Vergaberecht kein Verwaltungsrecht ist und insbesondere die Schlussfolgerung (bis heute) nicht gezogen werden sollte, dass das Vergabeverfahren ein Verwaltungsverfahren ist. Das darf es nicht sein, weil ansonsten der Zuschlag Verwaltungsakt wäre, was im Endeffekt dazu führen würde, dass ein grenzenloser Verwaltungsrechtsschutz im Vergaberecht eröffnet werden müsste. Diese Konsequenz scheut man.

Es musste daher eine andere, spezielle Grundlage für das Neutralitätsprinzip geschaffen werden, die dann in Form des § 16 VgV Gestalt annahm. Der § 16 VgV bildet genau die Fälle ab, in denen ein politischer Mitentscheider mit dem Bieterunternehmer persönlich verbunden ist oder in denen z.B. der Berater eines öffentlichen Auftraggebers an Entscheidungen oder Vorentscheidungen zur Vergabe beteiligt ist, aber gleichermaßen in persönlicher oder sonstiger Beziehung zu dem Bieter steht.

Was die Bestimmung des § 16 VgV aber anerkanntermaßen nicht abbildet, ist eine Konstellation, bei der in der **Phase der Konzeption** der Ausschreibung – also vor der offiziellen Eröffnung des Vergabe-

verfahrens, das mit der Bekanntmachung beginnt – Dritte Einfluss auf Grundentscheidungen des späteren Vergabeverfahrens nehmen. Dieser praktisch gravierend wichtige Fall ist nicht geregelt.

OLG Koblenz, Beschl. v. 05.09.2002 (1 Verg 2/02), VergabeR 2002, 617 = NZBau 2002, 699 = ZfBR 2002, 829; VK Lüneburg, Beschl. v. 17.10.2003 (203-VgK-23/ 2003), VergabE E-9c-23/03.

Teils wird für die anderen Fälle, die tatbestandlich durch § 16 VgV nicht erfasst sind, eine analoge Anwendung für erforderlich gehalten.

OLG Celle, Beschl. v. 9.4.2009 (13 Verg 7/08), NZBau 2009, 394 = VergabeR 2009, 609.

Teils kann auf Sonderregelungen wie z.B. § 6 Abs. 7 VOL/A-EG zurückgegriffen werden.

„Hat ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt, so hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.“

Teils wird davon unabhängig vertreten, dass eine Lösung von jedweden problematischen Konstellationen ohnehin letztlich nur über die **Grundprinzipien des Vergaberechts**, die da sind Transparenz, Nichtdiskriminierung und Wettbewerb, erfolgen kann.

Ausgehend von der nach der sog. Fabricom-Rechtsprechung des EuGH,

Urt. v. 03.03.2005 (Rs. C-21/03, Rs. C-34/03 – »Fabricom SA ./ Belgien«), VergabeR 2005, 319 = NZBau 2005, 351 = WuW 2005, 567,

nicht zulässigen pauschalen Unterstellung einer Wettbewerbsverfälschung (mit der möglichen Konsequenz eines Ausschlusses) ist nach alledem im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit der Wettbewerb durch Vorkenntnisse eines Bieters verfälscht sein könnte. Es ist konkret zu prüfen, inwieweit in diesen Projektanten-Fällen der Bieter, der z.B. im Sinne einer unternehmerischen Mutter-Tochter-Beziehung mit dem projektierenden Unternehmen, tatsächlich bessere Kenntnisse besitzt, und inwieweit diese Wissensvorsprünge tatsächlich ausgeglichen, ja im wahrsten Sinne des Wortes „neutralisiert“, wurden.

Diese „Projektanten-Fälle“ im weiteren Sinne nebst dem daraus abgeleiteten vergaberechtlichen Neutralitätsprinzip reichen bis hin zu einer direkten Anfrage der ausschreibenden Stelle beim Bieter, wie denn beispielsweise eine Leistungsbeschreibung aussehen könnte, weil der öffentliche Auftraggeber ansonsten keine Idee für das Erstellen des Leistungsverzeichnisses aus eigenen Stücken hat.

Vgl. VK Baden-Württemberg (Beschl. v. 27.06.2011, 1 VK 31/11): Vor diesem Problem stand eine Baden-Württembergische Großstadt, die Leistungen zur Brief- und Paketbeförderung ausschreiben wollte. In Ermangelung eines geeigneten Projektanten wandte sich die Vergabestelle einfach an die Post und besprach mit deren Vertretern, wie ein Leistungsverzeichnis für Briefdienstleistungen wohl aussehen könnte.

Darüber hinaus gibt es aber auch diejenigen rechtlich bedenklichen Fälle, in denen noch viel weiter im zeitlichen Vorfeld Mitentscheidungen und/oder Vorfestlegungen getroffen werden, die zu bestimmten Arten von Vergaben führen. Beispiele aus dem kommunalen Bereich: Eine Stadt beschließt, dass die Straßenausstattung mit einer bestimmten Art von Laternen geschieht, hinsichtlich der ein örtlicher Bauunternehmer die besten Einkaufskonditionen hat. Beeinflusst er dann solche Grundsatzentscheidungen auch noch durch Ratsmitglieder oder andere Entscheider in der Verwaltung, so ist das vergaberechtliche Neutralitätsprinzip verletzt.

Sehr häufig und geradezu typischerweise stehen solche **Neutralitätsverletzungen** in einem engen Zusammenhang mit der **Nichtwahrnehmung des Letztentscheidungsrechts** und der Letztentscheidungspflicht des öffentlichen Auftraggebers.

Zwischenergebnis:

Vorliegend verhält es sich dergestalt, dass bedingt durch das jahrelange Auftragsverhältnis mit der RMD, das aus den genannten Gründen bereits per se bedenklich ist, gepaart mit einem Spezialwissen der RMD, das trotz formaler Beaufsichtigung durch die Wasser- und Schifffahrtsdirektion Süd notwendigerweise **Verselbständigungseffekte** bei den zu treffenden Entscheidungen mit sich bringt, hinsichtlich des Ausbauabschnittes Straubing-Vilshofen eine Verletzung des Neutralitätsprinzips sowie der materiellen Letztentscheidungsbefugnisse der öffentlichen Hand vorliegt, die durch die geschilderten weiteren Begleitumstände – insbesondere auch der Vorfestlegungen in Bezug auf das Untersuchungsprogramm – verstärkt wird, und deren Nichtvorliegen nicht widerlegt werden kann.

Diese Verletzungen konkretisieren den „**bösen Schein**“, den es im Zusammenhang mit der Verwendung von öffentlichen Finanzmitteln insbesondere dann zu vermeiden gilt, wenn öffentliche Aufträge ohne Ausschreibung an Privatunternehmen vergeben werden und sich Sonderinteressen dieser Privatunternehmen geradezu aufdrängen. Daher ist mindestens die Vergabe des Projektsteuerungsauftrages hinsichtlich des Ausbauabschnittes Straubing-Vilshofen rechtswidrig.

Weder der Vertrag aus dem Jahre 1921 noch die Änderungsverträge und Privatisierungen der 1990er Jahre ändern an diesem Befund etwas:

- Fraglich ist bereits die sog. „Konzessionierung“ aus dem Jahre 1921, die keine solche im Rechtssinne ist;
- fraglich ist des Weiteren die Privatisierung, die in den 1990er Jahren ohne Ausschreibung von statten ging, obwohl es sich wegen der damals notwendigerweise gestaltenden Rechtsakte um eine Neuvergabe handelte;
- fraglich ist des Weiteren die Rechtmäßigkeit der Neuvergabe unter dem Aspekt der überlangen Zeitdauer bis 2050;
- überaus fraglich sind des Weiteren die durch mangelnde Neutralität und Verletzungen des materiellen Letztentscheidungsprinzips gekennzeichneten Umstände im Zusammenhang mit der Übertragung der umfassenden Projektsteuerungsaufgaben für den Ausbau-Abschnitt Straubing-Vilshofen.

(3) Trennung zwischen Planung und Ausführung; Trennung zwischen Vergabe- und Bedarfsstelle

Bei dem Postulat der Trennung zwischen Planung und Ausführung handelt es sich um einen hergebrachten Grundsatz des Bau- und Vergabewesens.

Er ist aus dem nachvollziehbaren Motiv heraus zu verstehen, dass Entwurfsplanung, Ausführungsplanung, Realisierung und Überwachung verschiedene Arbeitsbereiche darstellen, die aus gutem Grund nicht miteinander verknüpft werden sollten.

Diese Gründe liegen in vielfältigen Gesichtspunkten der Erfordernisse einer **wechselseitigen Zweckmäßigungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung**, sowie schließlich in der **Korruptionsprävention**.

In engem Zusammenhang damit steht der ebenfalls als gängige Praxis und in unzähligen Beschaffungsrichtlinien enthaltene Grundsatz der Trennung zwischen Vergabe- und Bedarfsstelle.

Mit beiden Grundsätzen soll – grob gesprochen – verhindert werden, dass sachfremde Erwägungen und kollusive Interessen Fuß fassen, die bereits in Planungsentscheidungen ihren Ausgang nehmen, und die das gesamte Verfahren zur Vergabe der späteren Ausführungsleistungen mit dem rechtlichen Makel nicht widerlegbarer Neutralitätsverstöße behaften.

Der Projektant, der infolge besonderer Einzelinteressen (z.B. wirtschaftlicher oder persönlicher Art) eine Planung in einer bestimmten Weise vornimmt, die im Ergebnis dazu führt, dass bestimmte Unter-

nehmen bevorzugt werden, ist dem in der Regel nicht ausräumbaren Verdacht ausgesetzt, vergaberechtswidrig zu handeln.

Zwar darf dies wegen der sog. Fabricom-Rechtsprechung des EuGH nicht im Sinne einer pauschalen rechtlichen Schlussfolgerung geschehen, in praxi läuft dies aber häufig darauf hinaus.

Vorliegend geht es um das **mittelbare wirtschaftliche Sonderinteresse** der RMD, deren Gesellschafter private Energieunternehmen sind, und die die Donau-Ausbau-Variante C280 mit Staustufen bevorzugen.

Der Verweis des BMVBW in seinem Schreiben vom 25.03.2011 darauf, dass

„in Bezug auf die Abarbeitung der EU-Studie eine Lenkungsgruppe, eine Monitoring-Gruppe und eine Gruppe aus Mitarbeitern der Arbeitsebene installiert“

wurden, deren Besetzung breit gefächert sei, hilft da nicht weiter. Das gewählte Verfahren mit der Beauftragung eines ohne Ausschreibung ermittelten privatwirtschaftlichen Unternehmens, das nicht nur eine weitgehende Projektsteuerung übernommen hat, sondern außerdem u.a. in Form der Festlegung der Prüfungspunkte für diese Arbeitsgruppen maßgebliche Vorentscheidungen beeinflusst hat, beseitigt diesen rechtlichen Mangel eben keineswegs.

Die (im Übrigen nicht widerlegbaren) starken Indizien für eine Befangenheit sind bereits

- die fehlende Ausschreibung der Projektsteuerung vor dem Hintergrund einer schon lange Jahre dauernden, unbefristeten „Konzessionierung“ der RMD, die aber im Rechtssinne gar keine ist,
- die Einbettung in den Gesamtzusammenhang, dass die RMD von Energieunternehmen als Gesellschafter getragen wird,
- das Sich-Einsetzen für eine Ausbau-Variante mit Staustufe nebst Vorbestimmung des Punktekataloges für die angebliche variantenunabhängige Untersuchung,
- der Beschluss des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2002 für eine Ausbau-Variante ohne Staustufen,
- sowie u.a. ein Bericht des Bundesrechnungshofes aus dem Jahre 2006, in dem die Vorhaltung von 55 überschüssigen Mitarbeitern moniert wird, die für den vom Deutschen Bundestag favorisierten Ausbau ohne Staustufen (Variante A) gar nicht benötigt werden.

Vor diesem Hintergrund hilft der Hinweis des BMVBW nicht weiter, dass die RMD nicht als Generalunternehmerin tätig sei, sondern lediglich als Projektkoordinatorin

„in der Stellung eines dem Aufsichtsrecht des Bundes in rechtlicher und fachlicher Hinsicht vollständig unterworfenen Ingenieurbüros“.

Eben dem ist nicht so. Die RMD ist zwar keine Generalunternehmerin (was auch im Übrigen im rechtstechnischen Sinn niemand behauptet hat), sie ist jedoch **mitnichten einem beliebigen Ingenieurbüro vergleichbar**, das gegen Honorar Projektkoordinierungstätigkeiten verrichtet.

Im Gegenteil: Einziger Existenzzweck der RMD AG bzw. insbesondere der RMD Wasserstraßen GmbH ist der Donau-Ausbau. Schon der Umstand dieser einseitigen Zweckausrichtung für sich genommen schafft ein besonderes **Abhängigkeitsverhältnis** von politischen Entscheidungen und macht in hohem Maße anfällig für die Einflussnahme auf selbige. Dabei ist es im öffentlichen Auftragswesen wie auch im allgemeinen Wirtschaftsgeschehen fast eine banale Weisheit, dass Abhängigkeiten von einem einzigen Auftraggeber sehr anfällig machen für Unregelmäßigkeiten jeglicher Art.

Hier kommt erschwerend hinzu, dass auch noch im Wege der Selbstkostenerstattung die Personalkosten der RMD vom Bund und vom Freistaat Bayern übernommen werden. Die in dem Schreiben des BMVBW erwähnte **Gewinnneutralität**, die angeblich gerade einen besonderen Nachweis der Absenz eines Interessenkonfliktes belegen soll, **kehrt sich in das Gegenteil um**: Gerade weil mit der RMD keine Gewinne erwirtschaftet werden, drängt sich die Betrachtung und rechtliche Würdigung der hinter der RMD stehenden Interessensvertreter der Energiewirtschaft um so mehr auf. Das vermeintliche Argument des BMVBW kehrt sich also gerade in das Gegenteil um: Gerade die Gewinnneutralität stellt ein starkes Indiz für den **Einfluss von sachfremden Interessen** dar, an denen auch die behauptetermaßen neutrale Besetzung der verschiedenen Arbeitsgruppen nichts mehr ändern kann. Entscheidend ist, dass die RMD in eigener Sache befangen ist. Aufgrund der geschilderten Begleitumstände hätte der doch recht weitgehende Projektsteuerungsvertrag rechtskonformer Weise ausgeschrieben oder für die RMD zumindest um substantielle Aufgaben reduziert werden müssen.

In jedem Falle gilt es, im Falle von staatlichen Auftragsvergaben, die noch dazu im Kontext außergewöhnlicher Begleitumstände geschehen, **jeden „bösen Schein“ zu vermeiden**.

Daran ändert auch wiederum nichts, dass aktuell in der Studie kein Bau einer Wasserkraftanlage vorgesehen ist. Unbestritten ist jedenfalls, dass die protegierte Ausbau-Variante C280 solche ermöglicht, nicht aber die Variante A. Es stellt zudem außerdem noch immer einen Unterschied dar, was aktuell beabsichtigt, und was künftig und langfristig doch vielleicht wieder anderweit vorgesehen wird.

dd. Schlussfolgerungen

Die Schlussfolgerungen lauten, dass die Projektsteuerungsleistungen im Ergebnis nicht an die RMD vergeben werden konnten.

Ursache dafür ist, dass die hier vergebenen Leistungen wesentlich über das hinaus gehen, was vom Leistungsbild einer durchschnittlichen Projektsteuerung her umfasst wird. Dies gilt erst recht in Kombination mit den hier obwaltenden Begleitumständen. Es handelt sich hier de facto in erheblichem Maße um die Delegation von grundsätzlichen Entscheidungen – noch dazu in Anbetracht des Umstandes, dass die Wasser- und Schifffahrtsdirektion Süd, die formal die Aufsicht erfüllt, erklärtermaßen gar nicht das notwendige Fachpersonal besitzt. Im Zusammenhang mit einer Vergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber ist diese Delegation von Bedeutung dahingehend, dass die Letztentscheidung gar nicht auf einen privaten Dritten übertragen werden kann. Das Letztentscheidungsrecht ist eine Letztentscheidungspflicht, die vergaberechtlich und auch aus sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der behördlichen Zuständigkeiten durch die öffentliche Hand wahrgenommen bzw. der entsprochen werden muss.

In diesem Zusammenhang fallen auch die Gesichtspunkte der langjährigen Voruntersuchungen (1989-2007) und die Steuerung der einzelnen Punkte für die Monitoring-Kommission entscheidend ins Gewicht.

(Zivil-)Rechtlich können daher auch die Donau-Verträge, deren (Vergabe-)Rechtskonformität spätestens durch die Privatisierungsentscheidungen der 1990er Jahre ohnehin anzuzweifeln ist, nicht verletzt sein, wenn sie gegen zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen. Insoweit wird auch in der Stellungnahme des BMVBS vom 10.12.2007 (in personam vertreten durch Frau Parlamentarische Staatssekretärin *Karin Roth*) davon ausgegangen, dass – zumindest alternativ – der Auftrag zur variantenunabhängigen Untersuchung ausgeschrieben und extern vergeben wird.

Mit anderen Worten: Es ist zu schlussfolgern, dass die RMD aufgrund der Gesamtumstände schon vor der Installierung der Monitoring-Kommission die Festlegungen für die Prüfung der Ausbau-Varianten beeinflusst hat, die schon deswegen im Kern nicht mehr „variantenunabhängig“ sein können.

Sie hat damit – auch entgegen den Förderbestimmungen – Vorentscheidungen zu Lasten eines bestimmten Ausbauvariante mitgetroffen, ist aber andererseits profitierende Partei von dieser Ausbauvariante, obwohl entgegen den üblichen Leistungsbildern einer Projektsteuerung und auch entgegen den Bestimmungen in den Donau-Verträgen dies gar nicht ihre Aufgabe ist. Vielmehr ist es ihre Aufgabe, politische Entscheidungen der Administration auszuführen,

für die durch die Legislative (also das Parlament) aufgrund Budgetrechts die finanziellen Mittel bereitgestellt werden.

Es ist weder Funktion noch Aufgabe eines privatwirtschaftlichen Unternehmens, staatliche Entscheidungen mitzubestimmen, um anschließend durch die Folgen aus diesen Entscheidungen selbst begünstigt zu werden. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob daraus unmittelbare, aktuelle Begünstigungen resultieren oder ob diese erst in der Zukunft zu erwarten sind.

Zwar mag es nach Darstellung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 23.06.2008 so sein, dass der RMD nur vorbehaltlich des hierzu erforderlichen wasserpolizeilichen Verfahrens die Erlaubnis zur Nutzung des Wassers und des Flussbettes des Mains von Aschaffenburg bis Bamberg und der bayerischen Donau ermöglicht wird, und sie nicht das automatische Recht hat, an evtl. zu errichtenden Wehren die Wasserkraft zu nutzen, sondern hierfür das entsprechende Rechtsverfahren zu durchlaufen hat. Die Aussage jedoch, dass sie genauso wie jeder andere Bewerber gestellt sei, der sich irgendwo in Bayern um die Errichtung eines Wasserkraftwerks bemühe, ist angesichts geschilderten Gesamtumstände objektiv nicht nachvollziehbar.

c. De-facto-Vergaben: „pacta sunt servanda“ gilt nicht mehr

Unter diesem Gliederungspunkt sollen nur ergänzend einige Hinweise zur materiellen und prozessualen Rechtslage gegeben werden.

Es wurde zuvor schon gesagt, dass der Projektsteuerungs- / Geschäftsbesorgungsauftrag als Dienstleistungsauftrag prinzipiell ausschreibungspflichtig war.

Stellt man auf die Privatisierungsvorgänge der 1990er Jahre ab, so ist festzustellen, dass die Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG, die erstmals diese Bereiche erfasste, seit dem 01.07.1993 unmittelbar anwendbar war – auch wenn die Umsetzung innerstaatlich in Deutschland bis zum Jahre 1997 auf sich warten ließ.

Vom Grundsatz des deutschen Rechts her sind vergaberechtlich ohne Ausschreibung geschlossene Verträge, die bei korrekter Handhabung auch als öffentliche Aufträge auszuschreiben gewesen wären, zunächst einmal gültig (herkömmliches Prinzip des „pacta sunt servanda“).

Das ist jedoch dann nicht mehr der Fall, wenn die betreffenden Verträge in einem Vertragsverletzungsverfahren seitens der Europäischen Kommission angegriffen und durch den EuGH für vergaberechtswidrig befunden werden.

So ausdrücklich EuGH, Urt. v. 18.07.2007 (Rs. C-503/04), NZBau 2007, 594 = VergabeR 2007, 597.

Anders wiederum verhält es sich, wenn die Vertragsschlüsse auf nationaler Ebene angegriffen werden. Eine automatische Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit existiert nicht. Sie muss vielmehr innerhalb der durch die Rechtsmittelrichtlinie (RMRL-Novelle 2007/66/EG) geschaffenen Rahmenvoraussetzungen vor den Vergabekammern bzw. den Oberlandesgerichten erstritten werden. Insbesondere ist dies nach absolut herrschender Meinung nur innerhalb der absolut zu verstehenden Frist von sechs Monaten nach Vertragsschluss möglich.

OLG München, Beschl. v. 10.3.2011 (Verg 1/11).

Die deutsche Umsetzungsvorschrift zur Bekämpfung solcher sog. de-facto-Vergaben in Form des § 101b GWB gilt seit dem 20.04.2009. Für den Zeitraum davor gilt eine unbeschränkte rückwirkende zeitliche Angreifbarkeit, die allerdings den Einwänden der Rechtsverwirkung unterliegen kann.

VK Südbayern, Beschl. v. 24.11.2010 (Az.: Z3-3-3194-1-54-08/10):

3. Schlussfolgerungen und weitere Überlegungen

Der Umstand, dass die RMD als privatwirtschaftliches, maßgeblich von den Energieversorgern getragenes Unternehmen

- ◆ einerseits staatlich zur Ausführung von Tätigkeiten mit dem Ziel des Donau-Ausbaus beauftragt ist,
- ◆ andererseits jedoch selbst eine sehr umfassende, Projektsteuerung und -leitung durch staatlichen Auftrag versieht, die trotz formaler Fach- und Rechtsaufsicht der Bundesbehörden in der Sache mitbestimmend und mitentscheidend wirkt,
- ◆ und überdies schon im Vorfeld des Prüfungsprogrammes eine Ausbauvariante protegiert hat und weiter protegiert, die den Beschlüssen des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2002 widerspricht, aber gleichzeitig ihren eigenen künftigen Interessen in Form von Beschäftigungssicherung dient,

wirft profunde juristische Bedenken auf. Diese bestehen u.a. in Folgendem:

- ▶ Der Staat verstößt – trotz seiner formal bestehenden Aufsichtsfunktionen – bei der gewählten Handhabung dieses Projekts in der Sache gegen die Grundsätze seines Letztentscheidungsrechts und seiner Letztentscheidungspflicht.
- ▶ Ein lediglich zur Projektsteuerung im Sinne einer ausführenden Tätigkeit beauftragtes, von der Energiewirtschaft getragenes, Unternehmen beeinflusst deutlich über die üblichen Leistungsbilder hinausgehende Projektentscheidungen im Interesse eigener

Beschäftigungssicherung sowie im Interesse der Energieversorgungsunternehmen. Es setzt sich jedenfalls dem Vorwurf mangelnder Neutralität gemäß den vergaberechtlichen Erfordernissen aus und kann schlechterdings nicht abstreiten, dass es in eigenen Interessen betroffen ist.

- ▶ Das gewählte Procedere ist in der Zusammenschau der nach den Umständen nicht abstreitbaren Beeinflussungen der jahrelangen Voruntersuchungen sowie des Punkteplans für die angeblich variantenunabhängigen Untersuchungen vergaberechtlich schon deswegen rechtswidrig, weil die von der Bundesrepublik und der EU gegebenen Zuschüsse i.H.v. von 33 Mio. € nicht frei von naheliegenden Eigeninteressen („wirtschaftliche Interessen“, „politische Affinitäten“) verwendet wurden. Überdies sind nach den Förderbedingungen ausdrücklich Situationen zu vermeiden, die auch nur potentiell zu einem Interessenkonflikt führen können. Genau dies ist hier aber der Fall.
- ▶ Für diesen interessensaffinen Gang der Entscheidungen zu Ausbauvarianten und den Beauftragungsverhältnissen sind direkte wirtschaftliche Interessen der RMD gar nicht erforderlich, sondern es genügen mittelbare Interessen eines von der Energiewirtschaft getragenen Privatunternehmens, die auch in die fernere Zukunft gerichtet sein können. Es bedarf dazu nicht zwingend des Vorhandenseins einer Planung, die Staustufen mit Möglichkeiten der Energiegewinnung in dem betreffenden Flussabschnitt Straubing-Vilshofen vorsieht.
- ▶ Neben den genannten Verstößen gegen das vergaberechtliche und auch allgemein verwaltungsrechtliche Neutralitätsprinzip sind grundlegende Verstöße gegen die Grundsätze der effektiven (und nicht nur formalen) Trennung von Bau- und Planung sowie von Vergabe- und Bedarfsstelle zu konstatieren.

München, den 12. November 2011



Dr. jur. Rainer Noch
Rechtsanwalt

www.bohlaw.de
www.dr-rainer-noch.de