

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	21
Gegenstand und Gang der Untersuchung	25
Teil 1 Grundlagen	30
A. Verständnis verbundener Unternehmen als Einheit	30
I. Europarecht	31
II. Gesellschaftsrecht	33
III. Konzerne im Kartellrecht	43
IV. Konzerngestaltungen im Kartellvergaberecht	48
B. Vergaberecht	49
I. Kooperationsformen	50
II. Angebotswertung	55
III. Präqualifikation	96
Teil 2 Kooperation im Konzern	98
A. Einleitung	98
I. Problemstellung	98
II. Interessenlage	99
III. Rechtliche Vorgaben	99
B. Obergesellschaft als berufendes Unternehmen	100
I. Vertragskonzern	100
II. Faktischer Konzern	103
III. Gemeinschaftsunternehmen als verpflichtete Gesellschaft	123
C. Tochter als berufendes Unternehmen	125
I. Mutter als verpflichtetes Unternehmen	125
II. Schwester als verpflichtetes Unternehmen	130

D. Zwischenergebnis	137
E. Formaler Nachweis der Verfügungsmacht	137
I. Gleichbehandlung mit Subunternehmerschaft?	138
II. Grundsatz der Eigenerklärung	140
III. Forderung von Fremdbelegen	141
IV. Nachforderung von Fremdbelegen	142
V. Forderung einer Verpflichtungserklärung	143
F. Ergebnis Teil 2	144
Teil 3 Konkurrenz im Konzern	146
A. Überblick über den Meinungsstand	147
I. Beteiligung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft	147
II. Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer	150
III. Beteiligung konzernverbundener Unternehmen	152
IV. Grundlagen des Geheimwettbewerbs	156
B. Geheimwettbewerb im allgemeinen Kartellrecht	160
I. Marktinformationsverfahren	160
II. Informationsfluß in Submissionsverfahren	165
C. Mehrfachbeteiligung im Lichte einer kartellrechtsfunktionalen Auslegung	166
I. Überblick	167
II. Beteiligung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft	180
III. Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer	188
D. Mehrfachbeteiligung verbundener Unternehmen	191
I. Kein Konzernprivileg	191
II. Allgemeine Grundlagen	192
III. Keine rechtsformübergreifende Lösung	193
IV. Vertragskonzern	193
V. Faktischer GmbH-Konzern	203
VI. Faktischer AG-Konzern	205
VII. Personelle Verflechtungen	212

E. Ergebnis Teil 3	218
Teil 4 Rechtslage in Polen	219
A. Grundlagen	219
I. Gesellschaftsrecht	219
II. Kartellrecht	226
III. Vergaberecht	227
B. Kooperation im Konzern	231
I. Obergesellschaft als berufendes Unternehmen	232
II. Tochter als berufendes Unternehmen	246
III. Formaler Nachweis der Verfügungsmacht	249
IV. Ergebnis Abschnitt B	249
C. Konkurrenz im Konzern	249
I. Grundlagen der Mehrfachbeteiligung	250
II. Mehrfachbeteiligung konzernverbundener Unternehmen	252
III. Ergebnis Abschnitt C	256
Teil 5 Resümee	257
I. Nachunternehmereinsatz	257
II. Kooperation im Konzern	258
III. Konkurrenz im Konzern	259
IV. Rechtslage in Polen	261
V. Kein einheitliches Konzernverständnis	262
Literaturverzeichnis	265

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Gegenstand und Gang der Untersuchung	25
Teil 1 Grundlagen	30
A. Verständnis verbundener Unternehmen als Einheit	30
I. Europarecht	31
II. Gesellschaftsrecht	33
1. Vertragskonzern	34
2. Faktischer Konzern	35
a. 100 %-ige GmbH-Tochter	36
b. 100 %-ige AG-Tochter	37
aa. Weisungsfreiheit des Vorstands	37
bb. Abhängigkeitsvermutung	38
cc. Konzernvermutung	38
dd. Zwischenergebnis	40
c. Tochter im Mehrheitsbesitz	40
d. Minderheitsbeteiligung	41
3. Gemeinschaftsunternehmen	41
III. Konzerne im Kartellrecht	43
1. Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB	44
2. Konzernprivileg	46
IV. Konzerngestaltungen im Kartellvergaberecht	48
1. § 100 Abs. 2 lit. o GWB	48
2. In-house-Vergabe	49
B. Vergaberecht	49
I. Kooperationsformen	50
1. Bietergemeinschaft	51
2. Subunternehmerschaft	51
a. Vorgaben des EuGH und der VKR	52
b. Nachunternehmer- und Verpflichtungserklärung	53
c. Zwei verschiedene Fallgruppen	54
3. Einsatz eines verbundenen Unternehmens	54

II. Angebotswertung	55
1. Formelle Angebotsprüfung	56
a. Relevanz für die Konkurrenz im Konzern	57
b. Relevanz für die Kooperation im Konzern	57
c. Grundsatz Ausschluß bei fehlenden Erklärungen	58
d. Kritik	59
e. Ausnahme Unzumutbarkeit	59
f. Modifizierte BGH-Rechtsprechung zum Nachunternehmereinsatz	60
g. Übernahme der BGH-Rechtsprechung	61
h. Unklare Reichweite der modifizierten BGH- Rechtsprechung	62
i. Ausschluß wegen des Fehlens einer geforderten Erklärung zum Nachunternehmereinsatz	63
2. Eignungsprüfung	64
a. Prognoseentscheidung des Auftraggebers	65
b. Eignungsprüfung bei Kooperationen	66
aa. Bietergemeinschaft	66
bb. Subunternehmerschaft	66
(1) Gegenteilige Äußerungen	66
(2) Bieter ist selbst geeignet	68
(a) Anwendungsfälle	68
(b) Parallele zur Bietergemeinschaft	69
(c) Keine Rechtsgrundlage	69
(d) Zwischenergebnis	71
(e) Ausnahmen	72
(f) Keine Erklärungen zum Nachunternehmereinsatz	73
(3) Bieter ist selbst ungeeignet	74
cc. Gebrauch der Eignung eines anderen Unternehmens	74
(1) Verfügbarkeitsnachweis	75
(2) Zeitpunkt der Prüfung der Eignung und der Verfügungsmacht	76
(3) Keine Angaben in den Verdingungsunterlagen	76
(4) Späteres Einreichen zugelassen	77
(a) Europarechtliche Bedenken	78
(aa) Vorgaben der VKR	78
(bb) Bewertung formeller Bedenken	79
(cc) Nichtdiskriminierung	81
(dd) Zwischenergebnis	82

(5) Vorlage mit dem Angebot gefordert	82
(6) Zwischenergebnis bezüglich des offenen Verfahrens	83
(7) Besonderheiten im nichtoffenen Verfahren	84
(a) Entsprechende Interessenlage	84
(b) Andere Rechtslage	84
(aa) Vorlage mit dem Teilnahmeantrag gefordert	85
(bb) Gestattung eines anderen Nachweises	85
(c) Zwischenergebnis	86
(8) Besonderheiten im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog	87
(9) Besonderheiten der VOL/A 2006	88
(a) Offenes Verfahren	88
(b) Verfahren mit Teilnahmewettbewerb	89
(10) Beabsichtigte Neuregelung	90
(a) VOB/A 2009	90
(aa) Offenes Verfahren	90
(bb) Verfahren mit Teilnahmewettbewerb	92
(b) VOL/A 2009	94
(11) Ergebnis zur Prüfung abgeleiteter Eignung	95
III. Präqualifikation	96
 Teil 2 Kooperation im Konzern	98
A. Einleitung	98
I. Problemstellung	98
II. Interessenlage	99
III. Rechtliche Vorgaben	99
B. Obergesellschaft als berufendes Unternehmen	100
I. Vertragskonzern	100
1. Tochter als verpflichtete Gesellschaft	101
a. Weisungsrecht der Mutter	101
b. Beendigung des Unternehmensvertrags	101
2. Enkel als verpflichtete Gesellschaft	102
II. Faktischer Konzern	103
1. 100 %-ige GmbH-Tochter als verpflichtete Gesellschaft	104
2. GmbH-Tochter im Mehrheitsbesitz als verpflichtete Gesellschaft	106
a. Stimmverbot der Mutter wegen Interessenkollision	106

b. Kein Konzernprivileg	107
c. Rechtsfolgen des Stimmverbots	109
aa. Faktischer Einfluß auf die Geschäftsführung	109
bb. Minderheitsrechte	110
cc. Minderheitsbeteiligung unter 10 %	113
dd. Beurteilungsperspektive	114
ee. Personenidentität	115
d. Zwischenergebnis	116
3. GmbH-Enkel als verpflichtete Gesellschaft	116
4. AG-Tochter als verpflichtete Gesellschaft	117
5. Divergenz zum gesellschaftsrechtlichen Verständnis verbundener Unternehmen als Einheit	118
6. Divergenz zum kartellrechtlichen Verständnis	120
a. Verbundklausel	120
b. Konzernprivileg	122
7. Übertragung auf Töchter in anderen Rechtsformen	122
III. Gemeinschaftsunternehmen als verpflichtete Gesellschaft	123
1. Faktischer Konzern	123
2. Vertragskonzern	124
C. Tochter als berufendes Unternehmen	125
I. Mutter als verpflichtetes Unternehmen	125
1. Konzernleitungspflicht	126
2. Gesellschaftsrechtlicher Grundsätze	127
3. Pauschale Verpflichtungserklärung	128
4. Zwischenergebnis	130
II. Schwester als verpflichtetes Unternehmen	130
1. Vertragskonzern	131
a. Delegation des Weisungsrechts	131
b. Verdrängende Übertragung des Weisungsrechts	133
c. Zwischenergebnis	134
d. Empfehlung	134
2. Faktischer GmbH-Konzern	135
3. Zwischenergebnis	136
D. Zwischenergebnis	137
E. Formaler Nachweis der Verfügungsmacht	137
I. Gleichbehandlung mit Subunternehmerschaft?	138
II. Grundsatz der Eigenerklärung	140
III. Forderung von Fremdbelegen	141

IV. Nachforderung von Fremdbelegen	142
V. Forderung einer Verpflichtungserklärung	143
F. Ergebnis Teil 2	144
Teil 3 Konkurrenz im Konzern	146
A. Überblick über den Meinungsstand	147
I. Beteiligung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft	147
II. Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer	150
III. Beteiligung konzernverbundener Unternehmen	152
1. Mehrdeutige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf	152
2. Konzerninterne Konkurrenz grundsätzlich unzulässig	153
3. Konzerninterne Konkurrenz grundsätzlich zulässig	154
4. Assitut-Entscheidung des EuGH	156
IV. Grundlagen des Geheimwettbewerbs	156
1. Eigenständige vergaberechtliche Auslegung	157
2. Kartellrechtliche Grundlagen	159
B. Geheimwettbewerb im allgemeinen Kartellrecht	160
I. Marktinformationsverfahren	160
1. Nationale Rechtspraxis	160
2. Europäische Rechtspraxis	161
3. Bewertung	163
4. Zwischenergebnis	164
II. Informationsfluß in Submissionsverfahren	165
C. Mehrfachbeteiligung im Lichte einer kartellrechtsfunktionalen Auslegung	166
I. Überblick	167
1. Abgestimmte Verhaltensweise	167
2. Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung	168
a. Bedeutung der Abgrenzung für die Mehrfachbeteiligung	168
aa. Kausales Marktverhalten bei Bezwecken	169
bb. Prüfung des Bewirkens	169
cc. Vorentscheidende Wirkung	170
b. Allgemeine Abgrenzungskriterien	171
c. Spezifika des Vergabeverfahrens	171
3. Spürbarkeit	174

a. Spürbarkeit bei bezweckter Wettbewerbsbeschränkung	174
aa. Marktabgrenzung	175
bb. Praktische Anwendung	177
b. Spürbarkeit bei bewirkter Wettbewerbsbeschränkung	178
4. Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung	179
5. Anwendung auf Fallgruppen	180
II. Beteiligung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft	180
1. Kenntnis des Inhalts eines anderen Angebots	181
a. Vermutung der Kenntnis	181
b. Personenverschiedenheit	182
aa. Allgemeine Grundsätze der Wissenszurechnung	183
bb. Wissenszurechnung im Fall der Mehrfachbeteiligung	184
c. Zeitpunkt des Nachweises der Wahrung des Geheimwettbewerbs	185
2. Kausales Marktverhalten	186
3. Bezuwecken oder Bewirken	187
4. Zwischenergebnis	188
III. Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer	188
1. Kenntnis	188
2. Bezuwecken oder Bewirken	190
3. Zwischenergebnis	191
D. Mehrfachbeteiligung verbundener Unternehmen	191
I. Kein Konzernprivileg	191
II. Allgemeine Grundlagen	192
III. Keine rechtsformübergreifende Lösung	193
IV. Vertragskonzern	193
1. Wissenszurechnung	194
2. Möglichkeit der Informationserlangung	196
a. Wertung des Konzernprivilegs	196
b. Wertung der Verbundklausel	198
3. Umkehr der Darlegungs- und Beweislast	200
4. Zwischenergebnis	201
5. Einsatz derselben konzerninternen Ressourcen	202
V. Faktischer GmbH-Konzern	203
1. Alleinbesitz	203
2. Mehrheitsbeteiligung	204
VI. Faktischer AG-Konzern	205
1. Informationsaustausch im faktischen AG-Konzern	205

a. Informationsrechte der Konzernrechnungslegung	206
b. Risiko-Überwachungssysteme	207
c. Informationsfluß für Dritte nicht ersichtlich	208
d. Grundsatz Verschwiegenheitspflicht	208
e. Verschwiegenheitspflicht im faktischen Konzern	209
f. Zwischenergebnis	210
2. Ausschluß der Wissenszurechnung	210
3. Darlegungs- und Beweislast	211
4. Zwischenergebnis	211
5. Einsatz derselben konzerninternen Ressourcen	212
<b>VII. Personelle Verflechtungen</b>	<b>212</b>
1. Doppelmandat in den Leitungsgremien	213
a. Wissenszurechnung	213
b. Informationsabfragepflicht	214
c. Informationsweiterleitungspflicht	215
d. Zwischenergebnis	215
2. Doppelmandat in Vorstand und Aufsichtsrat	216
<b>E. Ergebnis Teil 3</b>	<b>218</b>
<b>Teil 4 Rechtslage in Polen</b>	<b>219</b>
<b>A. Grundlagen</b>	<b>219</b>
<b>I. Gesellschaftsrecht</b>	<b>219</b>
1. Vertragskonzern	220
2. Faktischer Konzern	221
a. Sp. z o. o. als abhängige Gesellschaft	222
b. S. A. als abhängige Gesellschaft	223
aa. 100 %-ige S. A.-Tochter	224
bb. S. A.-Tochter im Mehrheitsbesitz	224
cc. Zwischenergebnis	226
<b>II. Kartellrecht</b>	<b>226</b>
<b>III. Vergaberecht</b>	<b>227</b>
1. Zulässigkeit der Betrachtung des Konzerns als Einheit	227
2. Grundzüge der Eignungsprüfung	228
3. Nachreichen fehlender Erklärungen	229
4. Zeitpunkt des Nachforderns einer fehlenden Verpflichtungserklärung	230

<b>B. Kooperation im Konzern</b>	<b>231</b>
I. Obergesellschaft als berufendes Unternehmen	232
1. Vertragskonzern	232
a. Problem nachteiliger Rechtsgeschäfte	232
b. Anerkennung des Vertragskonzerns	233
c. Schutz der Minderheitsgesellschafter	234
d. Gläubigerschutz	236
e. Zwischenergebnis	237
2. Faktischer Konzern	238
a. 100 %-ige sp. z o. o.-Tochter als verpflichtetes Unternehmen	238
aa. Drohende Schadensersatzpflicht und Strafbarkeit des Vorstands	239
bb. Wertung des Art. 244 KSH	239
cc. Verdeckte Einlagenrückgewähr	240
dd. Zwischenergebnis	241
ee. Wohl der Gesellschaft	242
b. sp. z o. o.-Tochter im Mehrheitsbesitz als verpflichtetes Unternehmen	243
c. S. A.-Tochter als verpflichtetes Unternehmen	244
d. Zwischenergebnis	244
3. Gemeinschaftsunternehmen als verpflichtete Gesellschaft	245
4. Zwischenergebnis	245
II. Tochter als berufendes Unternehmen	246
1. Mutter als verpflichtetes Unternehmen	246
2. Schwester als verpflichtetes Unternehmen	247
a. Delegation des Weisungsrechts	247
b. Verdrängende Übertragung des Weisungsrechts	248
c. Empfehlung	248
III. Formaler Nachweis der Verfügungsmacht	249
IV. Ergebnis Abschnitt B	249
<b>C. Konkurrenz im Konzern</b>	<b>249</b>
I. Grundlagen der Mehrfachbeteiligung	250
1. Artt. 82 Abs. 1, 89 Abs. 1 Nr. 1 PZP	250
2. Vergleich mit Art. 89 Abs. 1 Nr. 4 PZP	251
3. Zwischenergebnis	252
II. Mehrfachbeteiligung konzernverbundener Unternehmen	252
1. Bestehen ehrlichen Wettbewerbs	253
2. Informationsaustausch	253

3. Vertragskonzern	254
a. Voraussetzungen einer Vermutung der Kenntnis	254
b. Nachteilige Maßnahmen im Vertragskonzern	254
c. Differenziertes Ergebnis	255
4. Faktischer Konzern	256
III. Ergebnis Abschnitt C	256
 Teil 5 Resümee	 257
I. Nachunternehmereinsatz	257
II. Kooperation im Konzern	258
III. Konkurrenz im Konzern	259
IV. Rechtslage in Polen	261
V. Kein einheitliches Konzernverständnis	262
 Literaturverzeichnis	 265