

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 Subunternehmenschaft? | 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. Assitur-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. Bezwecken oder Bewirken | 187 |
| 4. Zwischenergebnis | 188 |
| III. Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer | 188 |
| 1. Kenntnis | 188 |
| 2. Bezwecken 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 |
| VII. Personelle Verflechtungen | 212 |
| 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 |
| E. Ergebnis Teil 3 | 218 |
| Teil 4 Rechtslage in Polen | 219 |
| A. Grundlagen | 219 |
| I. Gesellschaftsrecht | 219 |
| 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 |
| II. Kartellrecht | 226 |
| III. Vergaberecht | 227 |
| 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. Kooperation im Konzern | 231 |
| 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 |
| C. Konkurrenz im Konzern | 249 |
| 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 |