

Inhalt

1. Einführung	1
A Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit	1
B Gang der Untersuchung	6
C Hintergründe und Rahmenbedingungen von Baukonzession und Mittelstandsförderung	8
1. Die Geschichte der Baukonzession und die Entwicklung des Vergaberechts aus der Mittelstandsförderung	8
a) Die Geschichte der Baukonzession	8
(1) Im Imperium Romanum und im Heiligen Römischen Reich	8
(2) Entwicklung in einzelnen europäischen Staaten während der Industrialisierung	10
(3) Zusammenfassung	15
b) Die Entwicklung des Vergaberechts aus der Mittelstandsförderung	16
2. Vergaberechtlicher Rahmen von Baukonzession und Mittelstandsförderung	21
a) Vergaberechtlich relevante Gesetze und Verordnungen	22
b) Die Rechtsnatur des Vergaberechts	24
(1) Privatrechtliche Einordnung	25
(2) Zuordnung zum Öffentlichen Recht	26
(3) Diskussion der Zuordnung zu einem Rechtsgebiet	27
(4) Annex: Einführung der Bezeichnung Fachanwalt für Vergaberecht	29
c) Die Mittelstandsförderung im Kontext der (beschaffungsfremden) Zwecke des Vergaberechts	30
(1) Entwicklung der Diskussion insbesondere in Bezug auf die Mittelstandsförderung	32
(2) Aktuelle Relevanz der Diskussion um die vergabefremden Zwecke	34
d) Europarechtliche Grenzen der Mittelstandsförderung	36
e) Der vergaberechtliche Mittelstandsbegriff	37
(1) Fehlen einer bundeseinheitlichen Definition des Mittelstandes	38
(2) Definition anhand von Beschäftigtenzahlen und Umsatzzahlen	38
(3) Definition anhand der Marktstruktur	39

3.	Wirtschaftliche Daten zum öffentlichen Beschaffungswesen und der relativen Bedeutung von Mittelstand und Baukonzession in Deutschland	41
a)	Die aktuelle Datenlage zur öffentlichen Beschaffung insgesamt	41
b)	Die wirtschaftliche Bedeutung des Mittelstandes gemessen an der Gesamtwirtschaftsleistung und am öffentlichen Auftragsvolumen	43
c)	Die wirtschaftliche Bedeutung der Baukonzession	44
(1)	Das Gesamtbauvolumen in der Bundesrepublik Deutschland	44
(2)	Der Anteil von Baukonzessionsvergaben an öffentlichen Bauaufträgen	45
D	Die Baukonzession in ihrer vertraglichen Ausgestaltung und als Unterfall der Öffentlich-Privaten Partnerschaft	47
1.	Rechtsdogmatische Einordnung der Baukonzession	47
a)	Die Baukonzession als gemischttypischer Vertrag des Zivilrechts	48
b)	Die Baukonzession als öffentlich-rechtlicher Vertrag	50
c)	Die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungskonzession	51
2.	Die Baukonzession als Unterfall der Öffentlich-Privaten Partnerschaft	53
2.	Die Baukonzession im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Beschaffung und Mittelstandsförderung unter besonderer Berücksichtigung der Risikübertragung	59
A	Wirtschaftliche Beschaffung, Mittelstandsförderung und Risiko	61
1.	Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung	62
a)	Mikroökonomische Zielsetzung und Zweck-Mittel-Relation	62
b)	Risiko und Risikokosten als Faktoren der wirtschaftlichen Beschaffung einer Baukonzession	65
(1)	Risikobegriff	66
(2)	Risikokosten	71
(3)	Weitere Probleme der Risikodarstellung bei der wirtschaftlichen Beschaffung in Form von Baukonzessionen	72
c)	GWB-Reform 2016	75
2.	Das Gebot der Mittelstandsförderung in Form der Losvergabe	77
a)	Teil- und Fachlose	78
b)	Gesamtvergabe	79

(1) Technische Gründe	79
(2) Wirtschaftliche Gründe	80
(3) Ermessen bei der Entscheidung für Los- oder Gesamtvergabe	83
(4) Nachfragebündelung	90
(5) Zwei-Stufen-Prüfung	92
(6) Loslimitierung	93
(7) Vergabeverfahrensrechtliche Dimensionen von Los- und Gesamtvergabe, insbesondere in Form der Baukonzessionsvergabe	95
(8) Risiko und Gesamtvergabe i. S. d. § 97 Abs. 3 GWB	102
3. Die sonstigen Vergabegrundsätze	105
a) Wettbewerbliche Vergabe	105
b) Transparenz	107
c) Gleichbehandlungsgrundsatz	110
d) Vergaberechtliche Grundsätze außerhalb des Kartellvergaberechts und weitere Grundsätze	111
B Das Risiko im Kontext der Merkmale der Baukonzession nach der GWB-Reform 2016	114
1. Das befristete Nutzungsrecht	115
a) Enges Verständnis des befristeten Nutzungsrechts nach herrschender Auffassung	116
b) Diskussion des Befristungserfordernisses unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung	118
2. Die Zuzahlung durch den öffentlichen Auftraggeber	122
3. Baukonzession und Risikoübernahme nach der GWB-Reform 2016	125
4. Anpassungsklauseln und Baukonzession	125
5. Wagnisvorbehalt und Baukonzession	127
3. Der Grundsatz der Mittelstandsförderung im Rahmen der Untervergabe durch den Baukonzessionär	131
A Die Reichweite der Bindung des Konzessionärs an das Vergaberecht aufgrund von § 98 Nr. 6 GWB i. V. m. § 6 VgV i. V. m. § 22 EG VOB/A	132
1. Beurteilung des Verhältnisses von § 98 Nr. 6 GWB und § 6 Abs. 1 VgV i. V. m. § 22 EG VOB/A	132

a)	Auslegung nach dem Wortlaut	132
b)	Analyse der einschlägigen regierungsamtlichen Stellungnahmen und Gesetzesbegründungen	134
c)	Stellungnahme	135
2.	Die Untervergabe von Planungsleistungen durch den Baukonzessionär – das Beispiel OLG München, Beschluss vom 05. 04. 2012 – Verg 3/12	138
B	Vergaberechtliche Bindung des Baukonzessionärs aus § 97 Abs. 3 S. 4 GWB	140
1.	Umfang, Adressat und Ausgestaltung der Pflicht zur Verpflichtung des Auftrag- nehmers, bei der Untervergabe nach § 97 Abs. 3 S. 1-3 GWB zu verfahren	140
a)	Umfang	140
b)	Adressat der Verpflichtung	141
c)	Ausgestaltung	145
2.	Der Begriff der öffentlichen Aufgabe i. S. d. § 97 Abs. 3 GWB	147
3.	§ 97 Abs. 3 S. 4 GWB und Unter-Untervergabe an weitere Dritte	150
C	Die Untervergabe durch den Baukonzessionär an mit ihm verbundene Unternehmen	151
1.	Herrschende Auffassung	151
2.	Kritik	152
3.	GW-B-Reform 2016	154
4.	Rechtsschutzmöglichkeiten im Kontext von Baukonzessions- und Untervergabe	155
A	Rechtsschutz gegen die Baukonzessionsvergabe als Gesamtvergabe	157
1	Primärrechtsschutz	157
a)	Primärrechtsschutz des mittelständischen Bieters gegen die Gesamtvergabe oberhalb der Schwellenwerte	157
(1)	Schwellenwerte und deren Bestimmung	159
(2)	Antragsbefugnis des mittelständischen Unternehmens	169
(3)	Rügeobliegenheit	174
(4)	Beschwerdeverfahren	177
(5)	Beiladung	178

b)	Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	179
(1)	Rechtswegfragen	180
(2)	Städtebauliche Verträge als Sonderfall der Baukonzession unterhalb der Schwellenwerte	183
2.	Folgen der GWB-Reform für den Primärrechtsschutz des Nachunternehmers gegen den Baukonzessionär	184
3.	Sekundärrechtsschutz	185
a)	Oberhalb der Schwellenwerte	185
b)	Unterhalb der Schwellenwerte	189
c)	Mehrvergütung bei verzögerter Vergabe eines Baukonzessionsvertrages	190
B	Besonderheiten hinsichtlich des Rechtsschutzes bei der Untervergabe durch den Baukonzessionär	191
1.	§ 98 Nr. 6 GWB	191
2.	Rechtsschutz bei Verstößen gegen § 97 Abs. 3 S. 4 GWB	192
a)	Pflichtverstoß des öffentlichen Auftraggebers	192
b)	Pflichtverstoß des Auftragnehmers	193
(1)	Vergaberechtlicher Lösungsansatz	193
(2)	Zivilrechtlicher Lösungsansatz	194
C	Kostenrisiko im Vergabeverfahren als Einschränkung des Rechtsschutzes und damit als Problem der Umsetzung des Mittelstandsschutzes	196
5.	Schluss	199
A	Fazit	199
B	Thesen	204
	Literaturverzeichnis	213
1.	Kommentare/Handbücher	213
2.	Monographien	215
3.	Aufsätze	217