

Rechtsprechungsreport November 2023**Zur Notwendigkeit von Markterkundungen vor Gesamtvergaben**

VK Nordbayern, Beschluss vom 23.03.2023 – RMF-SG21-3194-8-6

Der öffentliche Träger eines Krankenhauses schrieb die Beschaffung und Implementierung eines Patientenportalsystems, welches das digitale Aufnahme- und Behandlungssystem sowie das Entlassungsmanagement umfassen sollte, in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Eine Aufteilung nach Losen erfolgte nicht. Acht von zehn Teilnahmeanträgen benennen für das Entlassmanagement einen Unterauftragnehmer (davon fünf die Antragstellerin). Die übrigen Teilnahmeanträge sind nicht eindeutig bzw. schlagen eine Kooperation mit der Antragstellerin vor.

Die Antragstellerin - ein Anbieter für digitales Entlass- und Übernahmemanagement - stellte keinen Teilnahmeantrag und rügte erfolglos die fehlende Vergabe nach Losen. Ihr Nachprüfungsantrag sei auch ohne Abgabe eines Teilnahmeantrags zulässig und begründet, weil sie durch die unterbliebene Losaufteilung keine realistische Zuschlagschance habe. Vorliegend bestünden weder technische noch wirtschaftliche Gründe, die ein Absehen von der losweisen Vergabe erforderten. Eine getrennte oder losweise Vergabe sei marktüblich. Die Markteinschätzung der Vergabestelle ignoriere tatsächliche Gegebenheiten, weil die marktverfügbaren Lösungen die erforderlichen Funktionen nicht gemeinsam aufwiesen.

Die Vergabekammer schloss sich dieser Einschätzung an: Die Antragstellerin habe zwar keinen Teilnahmeantrag eingereicht aber schlüssig dargelegt, dass sie daran durch die Bedingungen der Ausschreibung gehindert war. Die zusammenfassende Vergabe sei nicht zulässig, weil es sich bei Aufnahme- und Behandlungsmanagement einerseits und

Entlassmanagement andererseits um getrennte Märkte handele.

Entscheidend dafür sprächen insbesondere die im Vergabeverfahren eingereichten Anträge, aus denen sich ergebe, dass für das Entlassmanagement ein eigener Markt bestehe. Kein Teilnahmeantrag sei ohne den Einsatz eines Fachunternehmens - entweder durch eine Kooperation oder Nachunternehmerstellung - ausgekommen. Da der Vergabekammer außerdem mehr als drei Fachunternehmen für Entlassmanagement bekannt seien, liege auch ein ausreichender Wettbewerb vor. Die Vergabestelle sei in der Konsequenz von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen und habe ihrer Entscheidung zur Gesamtvergabe im Rahmen des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB den falschen Sachverhalt zugrunde gelegt.

PRAXISHINWEIS: Die Entscheidung ist im Ergebnis wenig überraschend und nachvollziehbar begründet. Zwar mutet die Argumentation unter Verweis auf die Ausgestaltung der Teilnahmeanträge zunächst zirkulär an. Die Erkenntnisse der Vergabekammer hätte die Vergabestelle durch eine sorgfältige und umfangreiche Markterkundung aber wohl ebenso gewinnen können. Die Entscheidung zeigt, dass eine solche letztlich durch nichts zu ersetzen ist. Das macht auch der lapidare Hinweis der Kammer deutlich, dass der Verweis auf möglicherweise falsche Auftragsvergaben anderer öffentlicher Auftraggeber „keine Gleichheit im Unrecht“ begründen könne.

Die Forderung bestimmter Dateiformate ist nicht von vornherein vergaberechtswidrig.

BGH, Urteil vom 16.05.2023 – XIII ZR 14/ 21

Die Klägerin ist ein auf Abbrucharbeiten spezialisiertes Unternehmen, welches gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns geltend macht.

Die Beklagte hatte Bauleistungen mit einem geschätzten

Auftragswert im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Beklagte forderte für die Angebotsabgabe in elektronischer Form ein Leistungsverzeichnis als GAEB-Datei. Dabei handelt es sich um verschiedene durch den „Gemeinsamen Ausschuss Elektronik im Bauwesen“ (GAEB) entwickelte Dateiformate, die eine effiziente Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung von Bauleistungen ermöglichen sollen. Die Klägerin gab ihre Angebotsunterlagen jedenfalls als PDF-Datei ab, wobei ihr Angebot das günstigste darstellte. Die Beklagte schloss ihr Angebot aus, weil es nicht als GAEB-Datei eingereicht worden sei. Im Anschluss hob die Beklagte das Verfahren auf und schrieb die Leistung ohne Beteiligung der Klägerin in einem formlosen Verhandlungsverfahren aus. In der Folge beauftragte sie einen Drittunternehmer. Die Klägerin klagte auf Schadensersatz für den entgangenen Auftrag und erhielt zunächst in der Berufungsinstanz Recht. In diesem Schadensersatzprozess war zunächst streitig, ob die Klägerin das Angebot auch im geforderten GAEB-Format abgegeben hatte. Die Beklagte trug vor die Unterlagen nicht im geforderten Dateiformat erhalten zu haben, während die Klägerin behauptete, dass sie die Unterlagen auch in dem geforderten GAEB-Format eingereicht habe. Das Berufungsgericht ließ offen, ob das Angebot im GAEB-Format abgegeben worden war, weil die Beklagte ohnehin keine Vorgaben hinsichtlich des Dateiformats hätte machen dürfen und insoweit zur Nachforderung verpflichtet gewesen wäre.

Auf die Revision der Beklagten hob der BGH dieses Urteil auf. Der Begriff der „Form“ des Angebots in § 13 Abs.1 Nr. 1 Satz VOB/A 2016 umfasse auch die Wahl von Dateiformaten. Zwar enthielten die §§ 11, 11a VOB/A 2016 für den Unterschwellenbereich keine Definition des elektronischen Mittels, aber ergänzend könne § 11 Abs. 1 VOB/A-EU 2016 herangezogen werden, weil nach Einführungserslass des Bundesumweltministeriums für die Durchführung der elektronischen Kommunikation im Ober- und Unterschwellenbereich einheitliche Regelungen gelten sollten. Danach werden „elektronische Mittel“ als Geräte und Programme für elektronische Datenübermittlung zum Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten

definiert. Das schließe im Ergebnis auch die Wahl des Dateiformats mit ein. Soweit zum Datenaustausch verwendete Software-Programme ein bestimmtes Dateiformat erforderten, beinhalte deren Verwendung notwendigerweise dieses Dateiformat als äußere Verkörperung des Angebots und Art seiner Übermittlung. Das entspreche auch dem Sinn und Zweck des § 13 VOB/A 2016, der insbesondere der Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote in der Wertungsphase diene. Durch ein einheitliches Format würde beim Auftraggeber zusätzlicher Aufwand verhindert. Der BGH hob deshalb die Entscheidung auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht um festzustellen, ob das Angebot im geforderten GAEB-Format abgegeben wurde und ob diese Vorgabe den Anforderungen des §11a VOB/A 2016 entspreche.

PRAXISHINWEIS: Der BGH hat vorliegend ein Unterschwellenverfahren nach alter Rechtslage entschieden. Da sich aber die in Bezug genommenen Normen inhaltlich nicht verändert haben und der Fall mit explizitem Verweis auf das Oberschwellenvergaberecht aufgelöst wurde, sind die Rechtsgedanken entsprechend auf das Oberschwellenvergaberecht und die neue Rechtslage übertragbar.

Die Entscheidung sollte in ihrer Tragweite dennoch nicht überschätzt werden. Der BGH hat die Rechte der jeweiligen Vergabestelle zwar insoweit gestärkt, als ihr Vorgaben hinsichtlich des Dateiformats dem Grunde nach zugestanden werden. Allerdings hat er die ebenfalls relevante Frage, unter welchen Umständen dies für welche Formate der Fall sein soll, offengelassen. Gleichsam macht das Gericht deutlich, dass ein möglichst barrierearmer Zugriff auf Dateien ein taugliches Argument für entsprechende Vorgaben sein kann. Abzuwarten bleibt, welche Kriterien die Berufungsinstanz entwickelt, um diese Frage zu beantworten. Einstweilen tun Auftraggeber jedenfalls gut daran, die Forderung bestimmter Dateiformate nicht allzu streng zu handhaben.

Kalkulationsvorgaben sind als weiteres Kriterium für ungewöhnlich niedrige Angebote nicht zwingend zu prüfen

VK Bund, Beschluss vom 04.04.2023 – VK 2-18/23

Die Antragsgegnerin schrieb als zentrale Beschaffungsstelle die Vergabe von Bustransportdienstleistungen als

Rahmenvereinbarung mit drei regionalen Losen unionsweit im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Im Vergabevermerk wird eine Auftragswertschätzung genannt, die dem Preisniveau der erstplatzierten Angebote entspricht. Im E-Mail-Verkehr zwischen Bedarfsträger und der Antragsgegnerin wurde allerdings ein deutlich höherer Schätzwert herangezogen. In der mündlichen Verhandlung gab die Antragsgegnerin hierzu an, eine Änderung des geschätzten Auftragswerts hin zum aktuelleren (und höheren) Wert, sei zu einem späteren Zeitpunkt technisch nicht mehr möglich gewesen. Dieser höhere Wert habe vor allem dazu gedient, ausreichende Haushaltsmittel zu sichern. Im Verhältnis zu diesem Wert überschritt das erstplatzierte Angebot die Aufgreifschwelle der Rechtsprechung. Antragstellerin und Beigeladene gaben Angebote für alle Lose ab. Das Angebot der Beigeladenen enthielt für jedes Angebot den günstigsten Preis. An zweiter Stelle jedes Loses stand ein drittes Unternehmen, dessen Preis sich jeweils nur geringfügig von dem der Antragstellerin unterschied.

Aus dem Vergabevermerk ergibt sich, dass ein weiteres Unternehmen, das für Los 1 das niedrigste Angebot abgegeben hatte, nicht berücksichtigungsfähig gewesen war, weil es, wie die Antwort des Bieters im Rahmen einer Preisauflärung ergab, aufgrund eines Zahlendrehers nicht auskömmlich gewesen sei, der geänderte Angebotspreis aber erst nach Ablauf der Angebotsfrist eingegangen war. Unter Berücksichtigung dieses ausgeschlossenen Angebotes und dessen fiktiven tatsächlich gewollten Preises, lag die Antragstellerin bei Los 1 auf dem dritten Rang und bei den anderen Losen auf dem dritten und vierten Rang. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die bestplatzierte Beigeladene rügte die Antragstellerin erfolglos und beantragte sodann ein Nachprüfungsverfahren.

Das Angebot der Beigeladenen sei intransparent und ungewöhnlich niedrig. Es verstoße gegen den Wettbewerbsgrundsatz, sei unauskömmlich und wettbewerbsverzerrend. Der Preis sei nur durch eine Quersubventionierung innerhalb des Konzerns möglich. Ein niedrigeres Angebot als das der Antragstellerin sei nur denkbar, wenn zu erwartende Verluste innerhalb des Konzerns ausgeglichen wür-

den. Die Antragsgegnerin habe deshalb nach § 60 VgV ermitteln müssen, ob der Preis der Beigeladenen auf einer Quersubventionierung beruhe. Diese sei geeignet andere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, was einen Verstoß gegen die Berücksichtigung mittelständischer Interessen darstelle.

Der Nachprüfungsantrag hat im Ergebnis keinen Erfolg. Zwar stünde es der Antragsbefugnis nicht entgegen, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot nachrangig platziert ist, der Antrag sei aber unbegründet.

Die Antragsgegnerin habe ihre Einschätzung nach § 60 Abs. 1 VgV fehlerfrei vorgenommen, ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz sei nicht festzustellen. Erst erhebliche Unterschiede zwischen den angebotenen Preisen begründeten Anhaltspunkte für ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot. Ausgangspunkt hierfür sei die durch die Rechtsprechung entwickelte Aufgreifschwelle, die einen entsprechenden Abstand von 15 % bis 20 % zwischen dem Angebot des betroffenen Bieters und dem nächstplatzierten Bieter voraussetzt.

Die Prüfung der Auskömmlichkeit hat die Antragsgegnerin sachgemäß im Hinblick auf das ausgeschlossene Unternehmen in Los 1 vorgenommen. Gleiches sei aber nicht für das Angebot der Beigeladenen, welches im Verhältnis zu den übrigen Angeboten deutlich unterhalb der Schwelle von 20 % lag, notwendig gewesen. Ein Beurteilungsfehler ergebe sich auch nicht daraus, dass der Angebotspreis der Beigeladenen erheblich von der Kostenschätzung der Antragsgegnerin abgewichen sei und diesbezüglich oberhalb der Aufgreifschwelle lag. Dieser Schätzwert sei auf Basis der Altunterlagen entwickelt worden und habe nur dazu dienen sollen ausreichende Haushaltsmittel zu sichern. Die Kostenschätzung des Auftraggebers stelle zwar grundsätzlich ebenfalls ein Kriterium zur Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote dar, wenn sie aber wie hier lediglich zur Sicherung ausreichender Haushaltsmittel diene, begründe sie eine Preisprüfungspflicht nicht. Maßgeblich sei die Auftragswertschätzung, die den Ausgangspunkt des Vergabeverfahrens bilde und im Vergabevermerk mit einem niedrigeren Wert dokumentiert sei.

Auch dem Vorwurf der Quersubventionierung habe die Antragsgegnerin nicht weiter nachgehen müssen. Zwar müssten dafür grundsätzlich nicht bloß die konkurrierenden Angebote in Blick genommen werden. Wenn aber - wie hier - eine behauptete Wettbewerbsverzerrung auf den niedrigen Angebotspreis gestützt würde, reiche es aus, diesen anhand der übrigen Angebotspreise zu messen. Einer weitergehenden Prüfung der Quersubventionierung bedürfe es nicht. Weil die Aufgreifschwelle nicht überschritten war, bedürfte es auch keiner beihilferechtlichen Überprüfung durch die Kommission. Die Regelung nach § 60 Abs. 4 VgV setze tatbestandlich ebenfalls das Überschreiten der Aufgreifschwelle voraus. Eine weitergehende Pflicht zur Prüfung sei nicht vorgesehen und jedenfalls dann unnötig, wenn die Aufgreifschwelle wie hier gar nicht überschritten sei.

PRAXISHINWEIS: Zuletzt zeigte sich in der Rechtsprechung vermehrt die Tendenz, neben der reinen Preisdifferenz zum nächsthöheren Angebot auch verschiedene andere Umstände als berücksichtigungsfähig einzuordnen (prominent EuGH, Urt. v. 15.09.2022 – C-669/20 – „Veridos“, aber auch VK Bund, Beschluss vom 07.12.2022 – VK 2-94/22). Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht allerdings, dass eine Berücksichtigungspflicht, die zu einer entsprechenden Aufklärung zwingt, daraus jedenfalls nicht automatisch erwächst. Zudem müssen Vergabestellen dem Verdacht der Quersubventionierung nicht ohne weitere konkrete Anhaltspunkte nachgehen.

Mangelnde Festlegung der Bewertungsmethode führt zu Neubewertung.

KG Berlin, Beschluss vom 27.06.2022 – Verg 4/22

Der Antragsgegner schrieb mit öffentlicher Bekanntmachung Projektsteuerungsleistungen für die Grundsanierung eines Gebäudes aus. Als Zuschlagskriterien legte er unter anderem einzelne „Unterkriterien“ mit einer Gewichtung zwischen 10 % und 30 % fest, die jeweils mit Notenpunkten von 5 (sehr gut) bis 0 (keine verwertbaren Angaben) bewertet werden sollten. Das Angebot mit dem höchsten Punktwert sollte den Zuschlag erhalten.

Die Bewertung selbst sollte durch ein Gremium von fünf fachkundigen Mitarbeitern vorgenommen werden. Jeder

Mitarbeiter sollte dafür zunächst eine Einzelwertung vornehmen. Weitere Regelung über die Abstimmung der Mitarbeiter untereinander enthielten die Unterlagen nicht. Weil die Notenwerte nicht vollends übereinstimmten errechnete der Antragsgegner aus den abgegebenen Einzelnoten einen Durchschnittswert mit einer Nachkommastelle. Nach diesem Bewertungsprozess gab die Beigeladene das wirtschaftlichste Angebot ab und sollte den Zuschlag erhalten. Die Antragstellerin rügte die Bewertung, weil nach den Vergabeunterlagen nur ganze Notenpunkte vorgesehen gewesen seien. Der Antragsgegner half zunächst ab und rundete die Notenstufen, wodurch das Angebot der Antragstellerin das wirtschaftlichste war und den Zuschlag erhalten sollte.

Nun rügte die auf den zweiten Rang gerutschte Beigeladene, eine Rundung sei unzulässig, weil eine Gesamtwertung des berufenen Gremiums erfolgen müsse. Der Antragsgegner schloss sich dieser Argumentation an und widerrief sein Schreiben über den beabsichtigten Zuschlag gegenüber der Antragstellerin. Die Angebote müssten einer gänzlich neuen Gesamtbewertung durch ein neu zu besetzendes Gremium unterzogen werden, da ein Gremiumsmitglied wegen dauerhafter Erkrankung ausgetauscht werden müsste. Dabei sei dann aufgrund der neuen Einzelwertungen eine Gesamtwertung mit einer Notenstufe als ganze Punktzahl ohne Nachkommastellen vorzunehmen.

Die Antragstellerin rügte die beabsichtigte Neubewertung zunächst, weil die Rundung der Einzelwertungen und die daraus ermittelte Gesamtwertung vergaberechtlich nicht zu beanstanden und der Antragsgegner hieran gebunden sei.

Rüge und Nachprüfungsverfahren blieben erfolglos.

Auch die angestregte sofortige Beschwerde war nach Auffassung des Kammergerichts zwar zulässig aber im Ergebnis unbegründet.

Das Vorgehen des Antragsgegners verletze die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB, sondern sei vorliegend sogar geboten gewesen.

Grundsätzlich müsse die Bewertungsmethode im Gegen-

satz zu Zuschlagkriterien und deren Gewichtung nicht bereits in der Ausschreibung bzw. den Vergabeunterlagen bekanntgemacht werden, soweit dadurch die Zuschlagskriterien nicht nachträglich verändert würden.

Wenn der Auftraggeber die Bewertungsmethode im Voraus veröffentliche, sei er hieran gebunden und eine Abweichung davon vergaberechtswidrig, weil sie gegen das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße. Daneben sei, um Parteilichkeit vorzubeugen, die Bewertungsmethode vor Öffnung der Angebote festzulegen. Die beabsichtigte Rundung sei zwar dem Grunde nach mit dem bekanntgemachten Punktesystem vereinbar gewesen, hier hätte das Vorgehen des Antragsgegners aber gegen das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.

Das veröffentlichte Bewertungssystem sei so zu verstehen gewesen, dass nur ganze Noten zu vergeben gewesen wären. Deshalb sei die Bildung von Zwischennoten mit Kommastellen unzulässig, die anschließende Rundung demgegenüber zulässig gewesen, weil dadurch glatte Noten gebildet würden und eine Verfälschung des Ergebnisses nicht ersichtlich sei.

Unzulässig sei das Vorgehen des Antragsgegners allerdings, da er im Vorfeld keine Vorgaben gemacht hatte, wie mit unterschiedlichen Wertungen des Gremiums umgegangen werden sollte und dadurch dem Auftraggeber gewissermaßen nachträglich ein Entscheidungsspielraum eröffnet würde: Entweder die Einzelwertungen zu runden oder eine gemeinsame Wertung des Gremiums zu erarbeiten.

Dieser Vergaberechtsverstoß ermögliche dem Auftraggeber von seinen bisherigen Wertungen Abstand zu nehmen und eine Neubewertung einzuleiten. Wenn das Verhalten fristgerecht gerügt würde, sei er dazu sogar verpflichtet. Der Antragsgegner habe das Verfahren daher insgesamt nicht aufheben müssen, weil eine transparente und den Gleichbehandlungsgrundsatz wahrende Neubewertung der Angebote weiterhin möglich sei.

PRAXISHINWEIS:

Das Kammergericht machte in seiner Entscheidung klar, dass die beiden denkbaren Bewertungsmethoden, nämlich eine gemeinsame Abstimmung des Gremiums und die

Bildung von Gesamtnoten aufgrund der Einzelnoten mit anschließender Rundung jeweils erlaubt gewesen wären. Nicht erlaubt war, die Entscheidung erst nach Öffnung der Angebote zu treffen. Die Konsequenz, dass eine Entscheidung im Nachgang neu getroffen werden kann, erscheint zunächst bizarr, ist im Ergebnis aber lösungsorientiert. Für die Praxis lässt sich ableiten, dass sich Auftraggeber über Bewertungsmethoden möglichst früh – spätestens vor Angebotsöffnung – Gedanken machen und diese nachweisbar vorab festlegen müssen. Um eine Situation zu vermeiden, in der man als Auftraggeber zwischen allen Stühlen sitzt, bietet es sich an, die Bewertungsmethode in den Vergabeunterlagen transparent zu machen.

UPDATE: Die eForms sind da!

In unserer letzten Ausgabe des Rechtsprechungs-Reports [hier](#), hatten wir über den Referentenentwurf zur Durchführungsverordnung der eForms berichtet. Es handelt sich dabei um neue Standardformulare, deren Anwendung Wirtschaftsbeteiligten das Auffinden relevanter Bekanntmachungen erleichtern, den Verwaltungsaufwand für Auftraggeber verringern und die Kostentransparenz gegenüber Bürgern erhöhen soll. Während die bisherigen Formulare letztlich auf Papierformaten basieren, sollen diese nun durch elektronische Formate ersetzt werden. Dabei erfolgt von Auftraggeberseite eine rein technische Beschreibung in dafür vorgesehenen Feldern der neuen Formate, die im Baukastenprinzip zu einer neuen Bekanntmachung zusammengesetzt werden. Dieser Entwurf wurde nach Zustimmung des Bundestages vom 27. April.2023 mit bloß geringfügigen Änderungen am 04. Mai 2023 durch die Bundesregierung beschlossen und an den Bundesrat weitergeleitet, der am 16. Juni 2023 dem Entwurf zugestimmt hat. Das entsprechende Änderungsgesetz wurde am 23. August 2023 verkündet. Inhaltlich bleibt es insbesondere bei der zentralen Verortung der eForms in § 10a VgV und dem Verweis des jeweiligen Vergaberechtsregimes auf diese zentrale Norm. Daneben entfällt mit § 3 Abs. 7 S. 2 VgV auch die Zusammenrechnung von Auftragswerten und auch die Klarstellung im Rahmen der Sekto-

renvergabe, nach der der Mindestumsatz auf das Zweifache des geschätzten Auftragsvolumens beschränkt sein soll, verbleibt. Die Benutzung von eForms ist seit dem 25. Oktober 2023 für öffentliche Auftraggeber verpflichtend.

PRAXISHINWEIS: Zwar sollte die Vergabe per eForms das Verfahren sowohl für Bieter als auch für Auftraggeber vereinfachen, trotzdem traten verschiedentlich teils erhebliche Startschwierigkeiten bei der verpflichtenden Einführung auf. Vielfach zwang die jeweilige Maske Nutzer zur Entwicklung von Workarounds, um die Veröffentlichung abschließen zu können. Es bleibt zu hoffen, dass es sich bei diesen technischen Schwierigkeiten um „Kinderkrankheiten“ handelt, die sich im Laufe des Dauerbetriebs in Wohlgefallen auflösen. Jedenfalls offenbaren sie die Gefahren einer strengen Übergangsregelung, die Anwendern nicht nur technische Fähigkeiten, sondern auch ein starkes Nervenkostüm abverlangt.

Die Drittstaatensubventionsverordnung (DSVO) im Vergaberecht

Verordnung (EU) 2022/2560 vom 14.12.2022

Die Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen („Drittstaatensubventionsverordnung“, diese finden Sie [hier](#)) wurde im EU-Amtsblatt am 23. Dezember 2022 veröffentlicht, ist am 12. Januar 2023 in Kraft getreten und gilt seit dem 12. Juli 2023.

Die Drittstaatensubventionsverordnung regelt die Eingriffsbefugnisse der europäischen Kommission bei finanziellen Zuwendungen aus sogenannten Drittstaaten außerhalb der europäischen Union.

Hintergrund der Verordnung

Hintergrund der neuen Verordnung ist, dass Investitionen von Unternehmen aus Drittstaaten sowie drittstaatlich kontrollierter Unternehmen in der EU in den vergangenen Jahren stark angestiegen sind. So haben beispielsweise staatlich subventionierte Übernahmeangebote für europäische Unternehmen durch Investoren aus Drittstaaten deutlich zugenommen. Die vorgelegten Angebote lagen

weit über dem Marktpreis mit der Folge, dass europäische Unternehmen im Wettbewerb nicht mithalten konnten.

Weder die Wettbewerbsvorschriften, die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe noch die handelspolitischen Schutzinstrumente der EU boten insoweit bislang eine Abhilfe. Diese gelten nicht für finanzielle Zuwendungen aus Drittstaaten, die ihren Empfängern beim Kauf von EU-Unternehmen, bei öffentlichen Aufträgen oder kommerziellen Tätigkeiten in der EU einen Vorteil verschaffen. Die europäische Kommission hat darin eine „Regelungslücke“ erkannt, die zu unfairen Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt führte.

Die Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen bezieht sich auf Zusammenschlüsse von Unternehmen, aber auch öffentliche Vergabeverfahren mit mittelbarer drittstaatlicher Beteiligung und alle anderen Marktsituationen mit drittstaatlicher Beteiligung und schließt eine Regelungslücke im Binnenmarkt.

Wie wirkt sich die Verordnung auf öffentliche Vergabeverfahren aus?

Unternehmen sind künftig verpflichtet, ihre Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren unter bestimmten Umständen bei der EU-Kommission zu melden.

Eine Verpflichtung zur Meldung der Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren besteht dann, wenn

- der geschätzte Auftragswert mindestens 250 Millionen Euro beträgt und
- sich die damit verbundene drittstaatliche finanzielle Zuwendung auf mindestens 4 Millionen Euro pro Drittstaat beläuft.

Wenn der Auftrag in Lose unterteilt wurde, so muss der geschätzte Wert des Auftrags mindestens 250 Mio. EUR und der Wert des Loses oder der Gesamtwert aller Lose, um die sich der Bieter bewirbt, mindestens 125 Mio. EUR betragen (Art. 28 Abs. 2 DSVO).

Wie ist der Begriff der „finanziellen Zuwendung“ zu verstehen?

Der Begriff der finanziellen Zuwendung wird äußerst weit

definiert. Nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO umfasst die finanzielle Zuwendung neben Geldern oder Verbindlichkeiten (wie Kredite, Kreditgarantien oder Schuldenerlass), den Verzicht auf sonstige Einnahmen (z.B. Steuerbefreiungen) auch die Bereitstellung sowie den Erwerb von Waren und Dienstleistungen. Demnach fallen auch europäische Unternehmen in den Anwendungsbereich, die in Drittstaaten Umsätze erwirtschaften oder dort Fabriken betreiben. D.h. dass es bei den finanziellen Zuwendungen an den Wirtschaftsteilnehmer auch auf seine wirtschaftlich unselbständigen Tochtergesellschaften, Beteiligungsgesellschaften und gegebenenfalls Hauptunterauftragnehmer und Hauptlieferanten, die an demselben Angebot im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens beteiligt sind, ankommt. Die finanziellen Zuwendungen an verschiedene Tochter- oder Muttergesellschaften werden hier zusammengefasst.

Prüfung durch die Kommission

Ab dem 12. Juli 2023 ist die Kommission befugt, von Amts wegen Prüfungen einzuleiten, wenn der Verdacht besteht, dass wettbewerbsverzerrende drittstaatliche Subventionen vorliegen könnten. Der Anmeldepflicht müssen Unternehmen seit dem 12. Oktober 2023 nachkommen.

Im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens darf Bietern, die Gegenstand einer Prüfung sind, nicht der Zuschlag erteilt werden. Die Erteilung des Zuschlags an Unternehmen, die den Binnenmarkt verzerrende Subventionen erhalten, kann in solchen Verfahren von der Kommission untersagt werden.

Eine drittstaatliche Subvention soll gem. Art. 3 Abs. 1 DSGVO dann den Wettbewerb im Binnenmarkt verzerren, „*wenn ein Drittstaat direkt oder indirekt eine finanzielle Zuwendung gewährt, die einem Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausübt, einen Vorteil verschafft und die rechtlich oder faktisch auf ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt ist*“. In folgenden Bereichen nimmt die Kommission an, dass eine Verzerrung des Binnenmarktes am

wahrscheinlichsten sein wird: bei drittstaatlichen Subventionen für notleidende Unternehmen ohne Restrukturierungsplan, Exportkreditfinanzierungsmaßnahmen außerhalb des OECD-Abkommens, unbegrenzten Garantien, ungerechtfertigt günstigen Angeboten und unmittelbaren Erleichterungen eines Zusammenschlusses.

Im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung einer drittstaatlichen Subvention werden mögliche positive Effekte der Subvention berücksichtigt und diese dann mit den negativen, wettbewerbsverzerrenden Effekten abgewogen.

Bei anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen und öffentlichen Vergabeverfahren kann die Kommission alle drittstaatlichen Subventionen prüfen, die innerhalb der vorausgegangenen drei Jahre gewährt wurden. Jedoch gilt die Verordnung nicht für Zusammenschlüsse, die vor dem 12. Juli 2023 vollzogen, und öffentliche Vergabeverfahren, die vor diesem Datum eingeleitet wurden.

Bei Nichteinhaltung der Vorschriften, kann die Kommission Geldbußen verhängen. Diese können bis zu 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens betragen.

PRAXISHINWEIS: Gemeinsam mit Inkrafttreten der DSGVO wurde außerdem eine dazugehörige Durchführungsverordnung im EU-Amtsblatt veröffentlicht (die EU-VO 2023/1441 finden Sie [hier](#)), die verschiedene Verfahrensregeln und Informationspflichten für die Anmeldung von M&A-Vorgängen auf der einen Seite und für die Meldung von Vergabeverfahren auf der anderen Seite kodifiziert, die die jeweiligen Wertgrenzen übersteigen. Im vergaberechtlichen Kontext interessant ist dabei zuvorderst das in den Anlagen zur Durchführungsverordnung befindliche Standardformular Foreign Subsidies Public Procurement (FS-PP).

Dieses muss ausweislich des Art. 5 Abs. 1 der Durchführungsverordnung, bei dem für das Verfahren zuständigen öffentlichen Auftraggeber abgegeben werden, falls eine relevante drittstaatliche Subvention i. S. d. Art. 28 DSGVO vorliegt.

Der Auftraggeber ist seinerseits verpflichtet, die Meldeunterlagen an die Kommission weiterzuleiten. Zudem muss

er alle relevanten Informationen an die Kommission weitergeben, die diese für die Prüfung als wesentlich erachtet, Art. 11 der Durchführungsverordnung. Hiervon dürften etwa regelmäßig entsprechende Eigenerklärungen über die Eignung des betroffenen Bewerbers bzw. Bieters umfasst sein. Soweit der betroffene Bieter argumentiert, die drittstaatliche Subvention habe nicht zu einem ungerechtfertigt günstigen Angebot geführt, erstreckt sich die Pflicht zur Weitergabe sogar auf die übrigen abgegebenen Angebote. Auftraggebern ist deshalb jedenfalls für Aufträge mit einem entsprechenden Volumen zu empfehlen, ihre Musterunterlagen um das entsprechende Standardformular der EU zu ergänzen.

Künstliche Intelligenz: Rechtliche Empfehlungen zur Nutzung von Generativer KI

In den letzten Jahren haben wir eine rasante Entwicklung im Bereich der Künstlichen Intelligenz (KI) erlebt, die in den vergangenen Monaten in Zusammenhang mit neuen generativen KI-Anwendungen wie Dall-E, ChatGPT oder Midjourney spürbar wurde. Wir stellen Ihnen nachfolgend Empfehlungen zum Umgang mit KI-Tools aus rechtlicher Sicht dar. KI-Anwendungen, wie ChatGPT, das genau genommen ein sog Large Language Model (LLM) ist, sind ein bemerkenswertes Beispiel für die Fortschritte im Bereich der Chat-KI. Zu den Stärken der LLM gehört es, Texte zu generieren, die von Menschen erstellten Texten gleich bzw. ähnlich sind, und Fragen zu beantworten. Durch das Training mit großen Textmengen können sie auf ein breites Spektrum an Wissen zugreifen und komplexe Zusammenhänge „verstehen“. Zudem verfügen die LLM über Kontextsensibilität, das bedeutet, sie können den Kontext einer Unterhaltung erfassen und zusammenhängende Antworten liefern.

KI-Systeme haben das Potenzial, unser tägliches Leben und verschiedene Branchen grundlegend zu verändern. KI kann ein Erfolgsfaktor sein, indem beispielsweise neue Geschäftsfelder erschlossen oder Arbeitseffizienz/Produktqualität verbessert werden. Im vergaberechtlichen Kontext ist der Einsatz von LLM bei der Erstellung von Leistungsbeschreibungen oder Vergabeunterlagen denkbar. Gleichzei-

tig bestehen enorme rechtliche Herausforderungen und Risiken, z. B. beim Schutz von Knowhow oder personenbezogener Daten. Ein generelles Verbot der KI-Nutzung erscheint angesichts der potentiellen Vorteile der KI-Nutzung nicht sinnvoll. Auftraggeber müssen jedoch erhebliche Anpassungen vornehmen, um dem Wandel durch KI gerecht zu werden und eine Strategie entwickeln, wie sie die neuen Möglichkeiten rechtssicher und nachhaltig nutzen können.

Vorab: Aktueller Stand der KI-Verordnung

Am 14. Juni 2023 hat das EU-Parlament seinen Vorschlag für die Formulierung des Entwurfs für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für KI (KI-Verordnung) angenommen. Seitdem laufen die Trilog-Verhandlungen im Rat. Änderungen sind in den letzten Schritten des Gesetzgebungsverfahrens wahrscheinlich. Nach derzeitigem Stand wird die KI-Verordnung einem risikobasierten Ansatz folgen, also das Maß der Regulierung davon abhängig machen, inwieweit die Nutzung von KI-Anwendungen ein Risiko für Nutzer:innen und Dritte darstellt.

Durch die sich konstant entwickelnden technischen Gegebenheiten und das unbegrenzte Anwendungsfeld von KI steht die Gesetzgebung vor großen Hürden, wie bspw. einen Rechtsrahmen zu setzen, der in mehreren Jahren noch mit der aktuellen Entwicklung Schritt halten kann. Es kommt erschwerend hinzu, dass sich divergierende Stoßrichtungen gegenüberstehen: Zum einen wird vor möglichen negativen Auswirkungen von KI gewarnt, zum anderen soll der technische Fortschritt in der EU nicht unverhältnismäßig gebremst werden.

Gefahren durch KI-Tools für Auftraggeber in verschiedenen Rechtsgebieten

Im Bereich des Urheberrechts besteht grundsätzlich Einvernehmen, dass durch KI-Tools generierte Inhalte regelmäßig mangels persönlicher geistiger Schöpfung kein nach § 2 UrhG geschütztes Werk darstellen. Allerdings drohen Urheberrechtsverletzungen bei der Nutzung der Ergebnisse, da die KI-Tools häufig nicht angeben, aus welchen Quellen ihre Informationen stammen. Im Falle der Veröffentlichung eines mithilfe von KI-Tools erstellten Werkes

droht die Gefahr, dass Dritte Ansprüche aus Urheber- oder Leistungsschutzrechten geltend machen.

Datenschutzrechtliche Problematiken ergeben sich bspw., wenn Beschäftigtendaten ohne deren Einverständnis in KI-Tools landen. Daten, die ursprünglich für einen spezifischen Zweck erhoben wurden, werden vom KI-Tool in der Regel auch für andere Zwecke genutzt. Derartige Zweckänderungen müssen den Anforderungen der DSGVO entsprechen. Auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder Interna des Auftraggebers muss bei der Verwendung von KI-Tools sichergestellt werden. Ein weiteres Problem bildet das oft unzureichende oder intransparente Datenschutzniveau bei Anbietern in Drittländern oder bei der Einbindung von KI in Dienste Dritter. KI-Anwendungen sind zwar nützliche Werkzeuge; die Ergebnisse enthalten jedoch oft Fehler. So können durch KI generierte Falschinformationen, mit denen weitergearbeitet wird oder die sogar veröffentlicht werden, negative Folgen nach sich ziehen.

Nicht zuletzt stellen sich Haftungsfragen, wenn durch ein KI-Tool Schäden (zumeist mittelbar) verursacht werden, da Anknüpfungspunkt für die Haftung im Regelfall menschliches Handeln ist. Bei Verkehrssicherungspflichten ergeben sich zudem Beweisschwierigkeiten, wenn hochentwickelte künstliche Intelligenzen kaum mehr von Menschen durchschaubar sind.

PRAXISHINWEIS: Die Prüfung der Rahmenbedingungen und Erstellung von Vorgaben für die Beschäftigten zur Nutzung der KI-Tools helfen dabei, Risiken bei der Nutzung neuer Tools zu minimieren. Wir empfehlen derzeit insbesondere folgende Maßnahmen:

1. Erstellung einer internen KI-Richtlinie

Wir empfehlen, eine umfassende unternehmensinterne KI-Richtlinie zu etablieren, um den rechtlichen Hürden von KI-Anwendungen einheitlich zu begegnen. Die Richtlinie regelt die Nutzung von KI-Tools durch die Beschäftigten und definiert Vorgaben für den verantwortungsvollen Umgang. Inhalte einer solchen Richtlinie können sein:

- Festlegung geeigneter Einsatzbereiche und Projekte für KI-Tools

- Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für Einsatz und Verwaltung
- Vorgaben an die Beschäftigten, wie mit Datenschutz umzugehen ist, insbesondere, dass keine personenbezogenen Daten in offene generative KI-Tools eingegeben werden dürfen
- Vorgaben an die Beschäftigten, wie mit Urheberrechten umzugehen ist, insbesondere, dass keine urheberrechtlich geschützten Informationen in generative KI-Tools eingegeben werden dürfen und dass die Ergebnisse nicht ohne Klärung der Quellen weiterverwendet werden dürfen
- Folgenabschätzungen für den Einfluss von KI-Tools auf die Situation der Beschäftigten
- Beteiligung der Personalvertretung
- Beteiligung der IT
- Festlegung einer Datenstrategie

2. Bewertung der mit der Nutzung von KI-Tools verbundenen Risiken

Schon jetzt sollte eine Risikomatrix erstellt werden, die zur Evaluierung von Risiken bei Einsatz von KI-Tools genutzt werden kann. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass KI-Tools nicht in relativ einfachen „wenn/dann“-Mustern ablaufen, sondern teilweise schwer nachvollziehbare und überraschende Ergebnisse liefern.

Konkret empfehlen wir:

- Bewertung der jeweiligen Risiken von eingesetzten KI-Tools
- Erstellung eines Maßnahmenkatalogs, um erkannte Risiken einzugrenzen oder zu beseitigen
- Entwicklung eines Verfahrensablaufs, der den Umgang mit eingetretenen Risiken bestimmt
- Maßnahmen für erhöhte IT-Sicherheit im Zusammenhang mit der Nutzung von IT-Tools

3. Beachtung von Pflichten aus dem Datenschutz

Geschäftsmodell der Anbieter von KI-Tools ist es, massenhaft Daten zu sammeln und auszuwerten. Der Schutz per-

sonenbezogener und sonstiger sensibler Daten muss daher im Interesse der Beschäftigten und des Unternehmens Priorität haben.

Im Einzelnen empfiehlt sich Folgendes:

- Prüfung der KI-Tools, deren Nutzung geplant ist, hinsichtlich deren Einhaltung der Datenschutzvorgaben, insbes. Datenschutzerklärung und AV-Vertrag (DPA)
- Überprüfung, wie personenbezogene Daten im Zusammenhang mit dem KI-Tool verarbeitet werden, durch präventive Analyse der verwendeten Tools und des Datenschutzkonzepts des KI-Anbieters
- Überprüfen, ob eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten mit einem KI-Tool besteht
- Einbinden der/des Datenschutzbeauftragten vor Auswahl konkreter KI-Tools
- Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) durchführen (oder dokumentieren, weshalb keine solche erforderlich ist)
- Einführung eines obligatorischen Faktenchecks von durch KI generierten Inhalten und Anweisung an Beschäftigte, dass KI-Ergebnisse stets einer menschlichen Kontrolle zu unterziehen sind
- Anweisung an Beschäftigte, keine personenbezogenen und sonstigen sensiblen Daten in KI-Systeme einzuspeisen

4. Urheberrecht

Inhalte und Medien, die mit KI-Tools erstellt wurden, sollten stets dahingehend geprüft werden, ob sie Immaterialgüterrechte Dritter berühren. Insbesondere ist bei Nutzung und Veröffentlichung von durch KI generierten Inhalten Vorsicht geboten.

Im Einzelnen sollten Sie beachten:

- Berücksichtigung der jeweiligen Nutzungsbedingungen der Software
- Prüfung der Möglichkeit, eigene Anwendungssysteme auf Basis von KI zu trainieren
- Beratung über verschiedene verfügbare KI-Tools, um nach individuellen Bedürfnissen das rechtssicherste und vorteilhafteste Anwendungsmodell auszuwählen.

5. Knowhow-Schutz und Geschäftsgeheimnisse

Selbst Entwickler:innen von KI-Tools, etwa Google, weisen ihre Beschäftigten an, die eigene KI nicht mit sensiblen Informationen zu füttern. Daher liegt es auf der Hand, dass Ihre vertraulichen Interna dort nicht gut aufgehoben sind.

Konkret empfehlen wir:

- Vorgaben an die Beschäftigten, dass keine vertraulichen, internen Informationen in generative KI-Tools eingegeben werden dürfen
- Anweisung der Beschäftigten im Hinblick darauf, welche Inhalte „KI-sicher“ sind
- Berücksichtigung bestehender NDA mit Vertragspartnern

Muster-Klauseln für die Beschaffung von KI durch öffentliche Auftraggeber

Im Windschatten der angesprochenen Trilog-Verhandlungen zu KI-Verordnung hat die Europäische Kommission Musterklauseln für die Beschaffung von Künstlicher Intelligenz (KI) durch öffentliche Auftraggeber veröffentlicht (die Muster finden Sie [hier](#)). Diese Musterklauseln wurden durch die, bei der Kommission anhängige, Public Buyers Community auf Basis entsprechender Klauseln der Stadt Amsterdam entwickelt. Dabei unterscheiden die Klauseln parallel zum Verordnungsentwurf zwischen High Risk und Non-High Risk KI. Maßgeblich für die Einordnung sind vor allem, die von der Verwendung von KI im konkreten Fall ausgehenden Gefahren. Die Klauseln sollen durch ständige Benutzung weiterentwickelt und zunehmend operabler werden.

PRAXISHINWEIS: Dieser Umstand stellt indes derzeit die größte Schwäche dieser Entwürfe dar: In ihrer jetzigen Form verweisen die Klauseln vielfach auf noch nicht entwickelte Mindeststandards oder bedienen sich auslegungsbedürftiger Begriffe. So sind die Klauseln aber gerade für solche Stellen, die aufgrund fehlenden *Know-hows* besonders auf solche vorformulierten Vertragsbedingungen angewiesen wären, kaum nutzbar. Näheres zu Hintergründen und Inhalten der Klauseln entnehmen Sie unserem Blogbeitrag.

Unsere Expertinnen und Experten für Vergaberecht

Dr. Roderic Ortner, LL.M.
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für IT-Recht
Roderic.Ortner@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 120



Jan Helge Mey, LL.M. (McGill)
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Jan.Mey@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 220



Dr. Oliver Heinrich
Rechtsanwalt | Partner
Oliver.Heinrich@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 200



Felix Schwarz
Rechtsanwalt | Senior Associate
Fachanwalt für Vergaberecht
Felix.Schwarz@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 230



Dr. Christina Kreissl
Rechtsanwältin | Senior Associate
Christina.Kreissl@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 170



Machmud Gadjisade
Rechtsanwalt | Senior Associate
Machmud.Gadjisade@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 195



Niklas Horn
Rechtsanwalt | Associate
Niklas.Horn@bho-legal.com
☎ + 49 (0) 221 270 956 235

BHO Legal berät europäische und nationale Behörden, öffentliche Auftraggeber und private Unternehmen in allen Fragen des Technologierechts. Wir fokussieren uns auf die Sektoren Luft- und Raumfahrt, Forschung und Entwicklung, IT und Digitalisierung sowie Sicherheit und Verteidigung. Unsere Tätigkeitsschwerpunkte sind das nationale und internationale Vergaberecht, Vertragsrecht, Luft- und Weltraumrecht, IT- und Datenschutzrecht, Gewerblicher Rechtsschutz sowie das Zuwendungs- und Beihilferecht. Mehr über uns:



www.bho-legal.com



[LinkedIn-Profil](#)

**BHO Legal – Baumann, Heinrich, Ortner
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Hohenstaufenring 29-37

50674 Köln

☎ + 49 (0) 221 270 956 0

☎ + 49 (0) 221 270 956 222

cologne@bho-legal.com

